

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 25. november 2021 af Østre Landsrets 13. afdeling
(landsdommerne Anne Birgitte Fisker, Louise Saul og Michael de Thurah).

13. afd. nr. B-2942-12:

Takeda A/S under frivillig likvidation (tidl. Nycomed A/S)

(advokat Lasse Esbjerg Christensen,
advokat Søren Lehmann Nielsen og
advokat Mathias Kjærsgaard Larsen)

mod

Skatteministeriet

(advokat Søren Horsbøl Jensen og
advokat Robert Andersen)

og

13. afd. nr. B-171-13:

NTC Parent S.a.r.l.

(advokat Arne Møllin Ottosen)

mod

Skatteministeriet

(advokat Søren Horsbøl Jensen og
advokat Robert Andersen)

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. De nedlagte påstande og sagernes baggrund.....	4
B-2942-12 Takeda A/S under frivillig likvidation mod Skatteministeriet.....	4
B-171-13 NTC Parent S.a.r.l. mod Skatteministeriet.....	5
II. Sagsfremstilling.....	6
B-2942-12 Takeda A/S under frivillig likvidation (Takeda A/S) mod Skatteministeriet..	6
SKATs afgørelse af 13. december 2010	6
Supplerende oplysninger om koncernen og lånene.....	32
B-171-13 NTC Parent S.a.r.l. mod Skatteministeriet.....	39
SKATs afgørelse af 18. marts 2011	39
Supplerende oplysninger om koncernen og lånene	77
III. EU-Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål.....	84
IV. Retsgrundlag	97
Selskabsskatteloven	97
Lovbekendtgørelse nr. 1125 af 21. november 2005 af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber mv. (Selskabsskatteloven)	98
Selskabsskatteloven § 3	102
Skattekontrolloven § 3 B.....	102
Rådets direktiv af 3. juni 2003 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater (rente- /royaltydirektivet).....	1079
Dobbeltbeskatningsoverenskomster.....	109
Den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst	110
Overenskomst med Luxembourg	110
Korrespondance mellem Danmark og Luxembourg om dobbeltbeskatningsoverenskomsten.....	111
OECD's modeller for dobbeltbeskatningsoverenskomst med kommentarer.....	113
Direktiv 85/611/EØF om investeringsinstitutter.....	121
Direktiv 2009/65/EF om investeringsinstitutter.....	122
Relevant luxembourgsk lovgivning om beskatning af investeringer.....	125
Lov af 31. juli 1929.....	125
Lov af 30. marts 1988 og lov af 20. december 2002 (SICAF og SICAV)	127
Lov af 22. juni 2004 om Risk Capital Investment Company (SICAR)	130
Lov af 11. maj 2005 (SPF).....	131
Aktieavancebeskatningsloven § 19	133

Belysning af administrativ praksis	135
Relevant lovgivning gennemført efter Skats afgørelser	135
Ligningslovens § 3	135
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.....	136
Lov nr. 327 af 30. marts 2019 om anvendelse af multilateral konvention til gennemførelse af tiltag i dobbeltbeskatningsoverenskomster til forhindring af skatteudhuling og overskudsflytning	137
V. Anbringender.....	138
B-2942-13 Takeda A/S under frivillig likvidation mod Skatteministeriet.....	138
B-171-13 NTC Parent S.a.r.l. mod Skatteministeriet.....	249
VI. Landsrettens begrundelse og resultat	293
B-2942-12 Takeda A/S under frivillig likvidation mod Skatteministeriet.....	294
Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.....	294
Rente-/royaltydirektivet	294
Den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst	297
Rentetilskrivningerne i 2007, 2008 og 2009	299
Dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg	301
Foreløbig konklusion	303
§ 2, stk. 1, litra d, sidste punktum	303
Administrativ praksis	304
Kildeskattelovens § 69, stk. 1	305
Konklusion	306
Sagsomkostninger	306
B-171-13 NTC Parent S.a.r.l. mod Skatteministeriet.....	307
Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og lovændringen pr. 1. maj 2006.....	307
Anvendelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. punktum	308
Renterne på Nordic Telephone Company Investment ApS' lån i 2006, 2007 og 2008	308
Den subsidiære og mere subsidiære påstand.....	311
Den mest subsidiære påstand – kildeskattelovens § 69, stk. 1.....	311
Konklusion.....	312
Sagsomkostninger	312

1. De nedlagte påstande og sagernes baggrund

B-2942-12 Takeda A/S under frivillig likvidation mod Skatteministeriet

SKAT traf den 13. december 2010 afgørelse om, at Nycomed A/S efter kildeskattelovens § 65 D, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, havde pligt til at indeholde kildeskat af de rentetilskrivninger, der blev foretaget i perioden 2007-2009 på et lån til selskabet ydet af selskabets moderselskab, Nycomed Sweden Holding 2 AB, med i alt 392.161.097 kr.

SKAT har efterfølgende nedsat beløbet til 369.057.895 kr.

I 2011 erhvervede virksomheden Takeda Pharmaceutical Company Limited aktierne i Nycomed A/S, som efterfølgende skiftede navn til Takeda A/S.

SKATs afgørelse blev påklaget til Landsskatteretten, men forinden Landsskatteretten traf afgørelse i sagen, blev sagen den 9. juli 2012 indbragt for Retten i Roskilde i medfør af skatteforvaltningslovens § 48, stk. 2. Retten i Roskilde henviste ved kendelse af 24. august 2012 sagen til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagsøgeren, Takeda A/S under frivillig likvidation, har nedlagt følgende påstande:

Principalt: Skatteministeriet skal anerkende, at Takeda A/S under frivillig likvidation ikke er indeholdelsespligtig af kildeskat på renter med henholdsvis 115.516.013 kr., 138.380.325 kr. og 115.161.557 kr., i alt 369.057.895 kr., svarende til 25 % af de i årene 2007, 2008 og 2009 tilskrevne renter på det i sagen omhandlede lån fra Nycomed Sweden Holding 2 AB, og at Takeda A/S under frivillig likvidation ikke er ansvarlig for betalingen af de ikke indeholdte beløb.

Subsidiært (sideordnede påstande):

(A) Skatteministeriet skal anerkende, at kildeskattekravene mod Takeda A/S under frivillig likvidation for årene 2007, 2008 og 2009 nedsættes med henholdsvis 1.615.932 kr., 1.935.776 kr. og 1.610.973 kr.

(B) Sagen hjemvises i øvrigt til fornyet behandling ved Skattestyrelsen med henblik på nedsættelse af kildeskattekravet til 0 kr., i det omfang det dokumenteres, at de direkte eller indirekte investorer i Nycomed S.C.A., SICAR på tidspunkterne for rentetilskrivningerne henholdsvis den 27. december 2007, den 27. december 2008 og den 27. december 2009 var

1) de ”retmæssige ejere” af de omhandlede renter i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem domicilstaten og Danmark, eller 2) fysiske personer.

Over for Skatteministeriets afvisningspåstand f.s.v.a. den subsidiære påstand B) har Takeda A/S under frivillig likvidation nedlagt påstand om frifindelse.

Sagsøgte, Skatteministeriet, har over for Takeda A/S under frivillig likvidations principale påstand og subsidiære påstand A) nedlagt påstand om frifindelse.

Over for selskabets subsidiære påstand B) har Skatteministeriet nedlagt principal påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

B-171-13 NTC Parent S.a.r.l. mod Skatteministeriet

SKAT traf den 18. marts 2011 afgørelse om, at Nordic Telephone Company Investment ApS efter kildeskattelovens § 65 D, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, havde pligt til at indeholde skat af de betalte/tilskrevne renter på aktionærlånet mellem Nordic Telephone Company Investment ApS og selskabet Angel Lux Common S.a.r.l. for perioden 1. maj 2006 til 10. juli 2008 med i alt 925.764.961 kr. SKAT nedsatte ved afgørelse af 5. oktober 2015 beløbet til 817.238.912 kr.

Nordic Telephone Company Investment ApS fusionerede i 2009 med Nordic Telephone Company Administration ApS som det fortsættende selskab. I 2010 blev Nordic Telephone Company Administration ApS opløst ved en skattefri grænseoverskridende fusion med Angel Lux Common S.a.r.l., der siden ændrede navn til NTC S.A. og efterfølgende er likvideret med overdragelse af bl.a. kravet i denne sag til NTC Parent S.a.r.l. NTC Parent S.a.r.l. har indbetalt den omhandlede renteskat til SKAT. Sagen er anlagt af NTC Parent S.a.r.l.

SKATs afgørelse blev påklaget til Landsskatteretten, men forinden Landsskatteretten traf afgørelse i sagen, blev sagen den 17. september 2012 indbragt for Københavns Byret, jf. skatteforvaltningslovens § 48, stk. 2. Københavns Byret henviste ved kendelse af 9. januar 2013 sagen til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1.

Sagsøgeren, NTC Parent S.a.r.l., har nedlagt følgende endelige påstande:

Principal: Skatteministeriet skal anerkende, at der ikke er dansk begrænset skattepligt af renter på lån mellem Nordic Telephone Company Investment ApS som debitor og Angel Lux Common S.a.r.l. som kreditor i indkomstårene 2006-2008.

Subsidiært: Skatteministeriet skal anerkende, at kildeskattekravet skal nedsættes med 574.865.866 kr. eller et sådant beløb, som i øvrigt fastsættes af retten.

Mere subsidiært: Sagen hjemvises til Skattestyrelsen til opgørelse af nedsættelsesbeløbene.

Mest subsidiært: Skatteministeriet skal anerkende, at Nordic Telephone Company Investment ApS ikke hæfter for kildeskatten på renter på PEC-lånene, jf. kildeskattelovens § 69.

Skatteministeriet har påstået frifindelse.

II. Sagsfremstilling

B-2942-12 Takeda A/S under frivillig likvidation (Takeda A/S) mod Skatteministeriet *SKATs afgørelse af 13. december 2010*

Den 13. december 2010 traf SKAT afgørelse om, at Nycomed A/S skulle have indeholdt kildeskat i forbindelse med de rentetilskrivninger, der blev foretaget i årene 2007-2009 til fordel for selskabets moderselskab, Nycomed Sweden Holding 2 AB, ligesom Nycomed A/S ansås for at hæfte for skatten. Rentetilskrivningerne i perioden 2007-2009 udgjorde henholdsvis 462.064.052 kr., 553.521.299 kr. og 460.646.228 kr. SKAT opkrævede derfor renteskat i medfør af kildeskattelovens § 65 D, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, med henholdsvis 138.619.216 kr. (30 %), 138.380.325 kr. (25 %) og 115.161.557 kr. (25 %), i alt 392.161.097 kr. Skatteministeriet har efterfølgende anerkendt, at kildeskattekravet for 2007 skal nedsættes til 115.516.013 kr. (25 %), således at det samlede krav på kildeskat var på 369.057.895 kr.

Af SKATs afgørelse af 13. december 2010 fremgår bl.a.:

”Beskrivelse af selskabet [Nycomed A/S]

Selskabet blev stiftet med det formål at erhverve Nycomed-koncernen i forbindelse med en kapital-fondsovertagelse heraf. Selskabet aktivitet består alene af at eje aktierne i Nyco Holdings ApS, CVR-nr. 26812275, der dengang var det øverste danske holdingselskab for koncernen.

Koncernen er en europæisk markedsføringsdrevet medicinalvirksomhed. Virksomheden indkøber, udvikler, fremstiller og sælger en bred vifte af receptpligtige ('Rx') og andre "OCT"-medicinal- og "consumer health"-produkter.

I 1999 blev koncernen erhvervet af en kapitalfond oprettet af Nordic Capital V Limited (Nordic Capital). I 2002 erhvervede en ny kreds af kapitalfonde og et investeringsselskab koncernen af Nordic Capital. Det drejer sig om investeringsselskabet Carillion samt kapitalfonde oprettet af CSFB Private Equity, The Blackstone Group International Limited (Blackstone) og NIB Capital Private Equity. Sådanne rådgivere for kapitalfondene kaldes også sponsorer. I 2005 købte Nordic Capital 46,8 % af koncernen tilbage fra den tidligere ejerkreds.

Dette blev gjort ved stiftelsen af Nycomed A/S, der herefter erhvervede det daværende øverste danske moderselskab i koncernen – Nyco Holding A/S, CVR-nr. 26812275.

Ultimo 2006 opkøbte koncernen den tyske medicinalkoncern Altana Pharma. Dette blev gjort ved, at Nycomed Danmark ApS stiftede det tyske holdingselskab Nycomed Germany Holding GmbH, der herefter erhvervede det daværende øverste tyske moderselskab i koncernen – Altana Pharma AG.

Talmæssig opgørelse

Der skal indeholdes følgende renteskat:

Dato tilskrivning	Beløb EUR	Kurs	Beløb i DKK	Renteskat i pct.	Renteskat i DKK
27-12-2007	61.965.461	745,68	462.064.052	30	138.619.216
27-12-2008	74.258.291	745,40	553.521.299	25	138.380.325
27-12-2009	61.887.366	744,33	460.646.228	25	115.161.557
I alt	198.111.118		1.476.231.579		392.161.097

Indeholdelse af kildeskat på renteudgifter

1. Sagens faktiske forhold

1.1. Koncern og ejerstruktur

Nycomed A/S ejes fuldt ud af Nycomed Sweden Holding 2 AB. 96,85 % af Nycomed Sweden Holding 2 AB ejes af Nycomed Sweden Holding 1 AB. Resten ejes af koncernens ledelse. Sweden Holding 1 AB ejes fuldt ud af Nycomed S.C.A., SICAR, der endeligt ejes af investorerne bag kapitalfondene. Nycomed Sweden Holding 2 AB og Nycomed Sweden Holding 1 AB er hjemmehørende i Sverige, medens Nycomed S.C.A., SICAR er hjemmehørende i Luxembourg.

Koncernoversigt pr. 31.12.2007 vedlægges som bilag 1. Den nøjagtige struktur i den underlæggende del af koncernen, som følgelig ændrer sig løbende, er ikke så afgørende for denne sag, hvorfor alene oversigt pr. 31.12.2007 er vedlagt.

SKAT har forespurgt selskabet om ejerforholdet af Nycomed S.C.A., SICAR. I brev af 19. november 2010 har Anders Bjørn og Charlotte Götzsche fra KPMG på vegne af selskabet svaret, at selskabet for nuværende ikke er i besiddelse af detaljeret information om ejerkredsen, hvorfor information herom ikke kan indsendes.

1.2. Lån mellem Nycomed A/S og Nycomed Sweden Holding 2 AB

Den 27.12.2006 lånte Nycomed A/S 501 mio. EUR af Nycomed Sweden Holding 2 AB. Ifølge låneaftalens punkt 3.1 bliver gælden en gang om året forrentet med EURIBOR + 8,0 procentpoint. Lånet er primært anvendt til refinansiering af det eksisterende PIK-note-lån, der blev optaget i 2005 i forbindelse med, at Nycomed A/S købte Nycomed-koncernen.

Medmindre andet aftales mellem låntager og långiver tilskrives renten hovedstolen, jf. aftalens punkt 3.2.

Lånet med tillæg af de i henhold til punkt 3.2 tilskrevne renter skal tilbagebetales i sin helhed 10 år efter aftalens indgåelse, d.v.s. den 27. december 2016.

Dog kan låntager til enhver tid indfri lånet helt eller delvist inden da, jf. aftalens punkt 4.2.

Hvis der skal indeholdes renteskat, skal låntager øge sin betaling, således at långiver får det samme udbetalt som om, der ikke var indeholdt renteskat.

Renteudgifterne er bogført således:

Regnskabsåret 2006

Tekst	Beløb EUR
Beregnet rente 27.12.2006	837.087,50

Regnskabsåret 2007

Tekst	Beløb EUR
Rentetilskrivning 27.12.2006-26.12.2007	61.965.461,34
Heraf beregnet rente 27.12.2006-31.12.2006	-837.087,50
Beregnet rente 27.12.2007-31.12.2007	799.285,85
Bogført rente 2007	61.927.659,69

Regnskabsåret 2008

Tekst	Beløb EUR
Rentetilskrivning 27.12.2007-26.12.2008	74.258.290,72
Heraf beregnet rente 27.12.2007-31.12.2007	-799.285,85

Beregnet rente 27.12.2008-31.12.2008	389.071,12
Bogført rente 2008	73.848.075,99

Regnskabsåret 2009

Tekst	Beløb EUR
Rentetilskrivning 27.12.2008-26.12.2009	61.887.365,55
Heraf beregnet rente 27.12.2008-31.12.2008	-389.071,12
Beregnet rente 27.12.2009-31.12.2009	338.136,74
Bogført rente 2007	61.836.431,17

På grundlag af ovenstående kan tilskrivningen af renterne samt udviklingen i gælden opgøres således:

Dato	Tekst	Beløb EUR
27.12.2006	Låneoptagelse	501.000.000,00
27.12.2007	Rentetilskrivning	61.965.461,34
27.12.2008	Rentetilskrivning	74.258.290,72
27.12.2009	Rentetilskrivning	61.887.365,56
31.12.2009	Beregnet rente 27.12.09-31.12.09	338.136,74
	Bogført restgæld pr. 31.12.2009	699.449.254,36

1.3. Koncernbidrag mellem Nycomed Sweden Holding 2 AB og Nycomed Sweden Holding 1 AB

Nycomed Sweden Holding 2 AB har betalt følgende koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1 AB:

År	Beløb EUR
2006	839.611
2007	60.468.000
2008	75.621.000
2009	60.353.294
I alt	197.281.905

Koncernbidragene betales ikke kontant men tilskrives over mellemregningen mellem de 2 selskaber.

I brev af 19. november 2010 har Anders Bjørn og Charlotte Götzsche fra KPMG bl.a. anført følgende vedrørende dette forhold:

Der foreligger ikke en aftale om størrelsen af koncernbidraget, beregningen eller udbetalingen af koncernbidragene. Det besluttes derimod år for år og afhænger af mange ting, herunder blandt andet om de svenske krav for udbetaling af koncernbidrag er opfyldt. Her tænkes specielt på kravet om ejerskab på mere end 90 % hele året, jf. at ledelsen har en ejerandel i SWE2, som varierer.

Det er således ledelsen/bestyrelsen i SWE2, som beslutter, om der skal udbetales koncernbidrag m.v. Ledelsen skal naturligvis i den forbindelse vurdere, hvorvidt det er økonomisk ansvarligt at udbetale koncernbidrag.

Koncernbidragene fratrækkes i (den svenske) skattepligtige indkomst for Nycomed Sweden Holding 2 AB, medens det indtægtsføres i Nycomed Sweden Holding 1 AB.

1.4. Lån mellem Nycomed Sweden Holding 1 AB og Nycomed S.C.A., SICAR

Nycomed Sweden Holding 1 AB lånte pr. 27.12.2006 498,5 mio. EUR af Nycomed S.C.A., SICAR.

Ifølge låneaftalens punkt 1 er der tale om et konvertibelt lån.

Af punkt 5 fremgår det, at gælden en gang om året bliver forrentet med EURIBOR + 7,9 procentpoint. Det fremgår endvidere, at renterne først forfalder til betaling sammen med hovedstolen.

Betingelserne for konverteringen fremgår af TERMS AND CONDITIONS FOR CONVERTIBLE DEBENTURE SERIES 2006:1.

Ifølge punkt 8 kan Nycomed Sweden Holding 1 AB indfri gælden ved udstedelse af aktier til Nycomed S.C.A., SICAR. Dette kan dog tidligst gøres 5 år efter gældens stiftelse (altså 27.12.2011) og senest 27.12.2060.

Nycomed Sweden Holding 1 AB har bogført følgende renteudgifter:

År	Beløb EUR
2006	837.087,50
2007	61.427.405,12
2008	75.403.757,25
2009	61.836.431,85
I alt	199.504.681,72

1.5. Beskrivelse af Nycomed Sweden Holding 2 AB

Foruden at eje Nycomed A/S har selskabet fra 2007 ifølge årsrapporten 10 ansatte, der beskæftiger sig med forskning og udvikling. Selskabets resultatopgørelse bortset fra renter og skat består af lønningsudgifterne til de 10 ansatte samt en ikke noteangivet driftsindtægt. Der er ikke aktiveret udviklingsomkostninger.

Derudover er der et svensk datterselskab ved navn Nycomed AB. Ifølge årsberetningen for 2007 blev 10 ansatte pr. 01.04.2007 overflyttet til Nycomed Sweden Holding 2 AB. Nycomed AB er ifølge årsberetningen alene et salgsselskab og har altså ikke tidligere haft aktivitet ved forskning og udvikling.

I brev af 1. oktober 2010 anmodede SKAT om følgende oplysninger vedrørende Nycomed Sweden Holding 2 AB:

- *Årsagen til, at de 10 medarbejdere blev overflyttet til Nycomed Sweden Holding 2 AB, bedes oplyst.*
- *Det bedes oplyst, om de pågældende medarbejdere fik nye arbejdsopgaver i forbindelse med overflytningen herunder deres faglige forudsætninger for at varetage disse arbejdsopgaver. Årsagen hertil er, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ifølge årsberetningen har aktivitet ved forskning og udvikling, medens Nycomed AB alene har virket som et salgsselskab.*
- *Det bedes oplyst, om aktiviteten er erhvervet eller opstartet fra bunden.*
- *Hvis det er erhvervet, bedes kopi af aftalegrundlaget herfor indsendt. Der bedes i den forbindelse redegjort for, hvorfor der ikke er overdraget immaterielle aktiver af nogen art.*
- *Hvis den er opstartet fra bunden, det vil sige uden erhvervelse af udviklingsomkostninger, patenter, knowhow eller lignende, bedes der nærmere redegjort for hvilken type aktivitet, der er opstartet.*
- *Der bedes redegjort for, hvorfor der ikke er aktiveret udviklingsomkostninger.*
- *Det bedes oplyst, om de pågældende 10 medarbejdere fysisk er flyttet til en ny adresse og i givet bedes det oplyst, hvor de er flyttet fra og til.*

I brev af 19. november 2010 har Anders Bjørn og Charlotte Götzsche fra KPMG anført følgende vedrørende dette forhold:

Nycomed Sweden Holding 2 AB

I forbindelse med købet af Altana i slutningen af 2006 gennemgår Nycomed-koncernen en større omstrukturering med henblik på at få integreret de 50 opkøbte enheder mest optimalt.

Et af elementerne i denne omstrukturering er at få diverse koncernfunktioner placeret mere hensigtsmæssigt i forhold til operationen, som i størrelse er mere end fordoblet i forhold til tidligere.

En af koncernens væsentlige opgaver, nemlig registrering af medicinske produkter hos myndigheder og arbejde i relation til kliniske forsøg, har hidtil delvist været varetaget af Nycomed AB, som også har fungeret som salgsselskab på det svenske marked.

Det er anset for uhensigtsmæssigt at have denne koncernfunktion placeret nede i strukturen og blandt andet af den grund stifter koncernen Nycomed Sweden Holding 2 AB (SWE2) og overdrager - ved en aktivitetsoverdragelse - registrering af medicinske produkter og monitorering af kliniske forsøg fra Nycomed AB til SWE2.

Vi har som ønsket vedlagt en kopi af overdragelsesaftalen inklusiv appendiks som bilag 5.

SWE2 overtager endvidere en del af det lejemål, som Nycomed AB bebor, og bliver således på samme adresse.

Der er altså ikke tale om, at der startes ny aktivitet op i SWE2. Det er den samme aktivitet, som for blev varetaget af Nycomed AB - nu blot mere hensigtsmæssigt placeret. Nycomed AB varetager herefter ingen koncernfunktioner, men er alene salgsselskab på det svenske marked. Herudover assisterer Nycomed AB SWE2 med bogføringsmæssig assistance og lønadministrationen for de 10 medarbejdere.

SWE2 er udelukkende finansieret med egenkapital og bliver i forbindelse med omstruktureringen moderselskab for Nycomed A/S. Dette skyldes primært, at det ved fuld egenkapitalfinansiering er væsentligt nemmere at etablere et incitamentsprogram for ledelsen end, hvis det fælles selskab også optog gæld.

SWE2 ejes delvist af Nycomed Sweden Holding 1 AB (> 90 %) og delvist af ledelsen i koncernen (<10 %).

Det er således også i SWE2, at ledelsens incitamentsprogram etableres. SWE2 er således det øverste fælles selskab i koncernen, idet SWE1 alene er ejet af fondene via selskabet i Luxembourg.

Dette understøttes endvidere af, at den siddende bestyrelse omfatter repræsentanter for ejerne og således er fuldt beslutningsdygtig til at vedtage enhver disposition over aktiebesiddelsen i Nycomed-koncernen.

Endelig skal det understreges, at lånet fra SWE2 til Nycomed A/S er et ganske almindeligt lån indgået på sædvanlige markedsvilkår, samt at koncernen har overholdt alle regler om tynd kapitalisering, renteloft og EBIT-begrænsninger vedrørende fradragsret for renteudgifter. Lånet er endvidere en refinansiering af et indtil da eksternt lån - PIK notes.

Der eksisterer således ikke nogen form for misbrugssituation i relation til danske dobbeltbeskatningsoverenskomster eller i relation til rente/royalty direktivet.

Overdragelsen mellem Nycomed AB og Nycomed Sweden Holding 2 AB er aftalt til den 2. april 2007, jf. overdragelsesaftalens punkt 4.1.

Af aftalens punkt 1.2 og 1.3 fremgår følgende:

- 1.2 The Seller is active, inter alia, in the provision of services relating to clinical trials, medical information and regulatory approvals (the part of Seller's operations relating to such services is hereinafter referred to as the "Business").*
- 1.3 The Seller now wish to transfer and the Buyer now wish to acquire the business assets and know-how relating to the Business on the terms set forth in this Agreement.*

Af aftalens punkt 2.1 fremgår følgende:

- 2.1 The Business transferred under this Agreement shall comprise the following assets and contractual rights and obligations:*

- (a) *Assets and inventories, as set forth in Appendix 1;*
- (b) *Employees, with salaries, benefits and accrued vacation salaries as set forth in Appendix 2; and*
- (c) *Agreement and contractual rights and obligations, as set forth in Appendix 3.*

Af aftalens punkt 3.1 fremgår det, at overdragelsessummen netto udgør -927.075 SEK, hvilket beløb Nycomed Sweden Holding 2 AB altså skal betale til Nycomed AB. Overdragelsessummen består af 225.641 SEK for driftsmidler ("Assets and inventories") og -1.152.716 SEK for feriepenge-forpligtelser ("accrued vacation salaries"). Driftsmidlerne består primært af skriveborde og PCere.

Litra c ovenfor omfatter indgået administrationsaftale, hvor Nycomed AB skal levere bl.a. bogføring og lønbogholderi til Nycomed Sweden Holding 2 AB samt indgået lejeaftale for kontorer.

Nycomed Sweden Holding 2 AB har haft følgende regnskabsmæssige driftsresultater for 2006-2009:

Tekst	2006	2007	2008	2009
Øvrige indtægter	0	1.193.131	1.726.601	1.238.442
Personaleudgifter	0	-1.851.855	-4.912.421	-6.275.092
Øvrige eksterne omkostninger	0	-302.705	-334.598	-519.292
Afskrivninger	0	-9.462	-9.462	-1.811
Renteindtægter	839.662	61.437.884	75.498.014	62.074.499
Renteudgifter	-50	-7.263	-118.861	-1.322.232
Resultat før skat	839.612	60.459.730	71.849.273	55.194.514
Skat	-235.091	-16.931.000	-21.173.880	-16.089.639
Resultat efter skat	604.521	43.528.730	50.675.393	39.104.875

Skatterne kan specificeres således:

Tekst	2006	2007	2008	2009
Skat	-235.091	-16.931.000	-21.173.880	-16.089.639
Skatteværdi af koncernbidrag	235.091	16.931.000	21.173.880	15.872.916
Aktuel skat	0	0	0	-216.723

Den negative skat for 2009 betyder her, at der er tale om en udgift og altså derfor en skat, der skal betales.

Beløbene er i euro.

1.6. Beskrivelse af Nycomed Sweden Holding 1 AB

Dette selskab virker alene som holdingselskab for Nycomed Sweden Holding 2 AB.

Nycomed Sweden Holding 1 AB har haft følgende regnskabsmæssige driftsresultater for 2006-2009:

Tekst				
Øvrige eksterne omkostninger	0	0	-32.130	-33.932
Renteindtægter m.v.	285	4.191	5.368	25.564
Renteudgifter m.v.	-825.987	-61.284.470	-72.866.092	-60.825.103
Resultat før skat	-825.702	-61.280.279	-72.892.854	-60.833.471
Skat	231.196	16.927.154	20.604.514	15.872.916
Resultat efter skat	-594.506	-44.353.125	-52.288.340	-44.960.555

Skatterne kan specificeres således:

Tekst	2006	2007	2008	2009
Skat af driftsresultat	231.196	16.927.154	20.604.514	15.872.916
Skat af koncernbidrag	-235.091	-16.931.000	-21.173.880	-15.872.916
Aktuel skat	-3.895	-3.846	-569.366	0

Den negative skat for 2006-2008 betyder her, at der er tale om en udgift og altså derfor en skat, der skal betales.

Beløbene er i euro.

1.7. Beskrivelse af Nycomed S.C.A., SICAR

”General Partner” (associé commandité) ejer en ”General Partner Share”. De øvrige investorer (actionnaires commanditaires) ejer de øvrige aktier ”Ordinary Shares”.

Ifølge vedtægterne træffer ”General Partner” stort set alle beslutninger. De øvrige aktionærer har kun tegningsret på generalforsamlingen.

”General Partner” hæfter ubegrænset, medens de øvrige aktionærer hæfter begrænset.

”General Partner” er ikke berettiget til udbytte men får i stedet et årligt vederlag for ”Management Fee”.

Selskabet aktivitet består alene i at eje aktierne i og fordringen hos Nycomed Sweden Holding 1 AB samt betaling af management fee til ”General Partner”.

Selskabet betaler endvidere et mindre beløb til ”Provision for domiciliation, corporate and accounting fees”. Det er betaling typisk til et advokatfirma for at have en postkasse og få foretaget regnskab og registrering i det lokale selskabsregister.

Selskabet betaler ikke skat af renteindtægterne. Det fremgår således af en note til årsrapporten, at SICAR-selskaber som udgangspunkt skal betale 29,63 % i renter men er fritaget for skat vedrørende de indtægter, der kan henføres til værdipapirer.

Nycomed S.C.A, SICAR har haft følgende regnskabsmæssige driftsresultater for 2006-2008:

Tekst	2006	2007	2008
Andre eksterne omkostninger	-2.310,00	-1.325.729,83	-1.204.292,33
Renteudgifter m.v.	-323,76	-225,00	-250,02
Renteindtægter koncernforbundne selskaber	825.986,81	61.732.642,83	72.416.763,39
Øvrige renteindtægter m.v.	303.003,18	66.796,59	24.520,43
Urealiserede kursreguleringer	0	49.200.000,00	-16.300.000,00
Resultat	1.126.356,23	109.673.484,59	54.936.741,47

Der betales ikke indkomstskat. Beløbene er i euro. Regnskabet for 2009 forelægger endnu ikke.

2. Begrundelse for forslag til ændring

2.1. Henvisning til love og regler

...

2.2. Foreløbig afgørelse af begrundelse herfor

2.2.1. Sagens formelle spørgsmål

En afgørelse om indeholdelse af renteskat er ikke en ligningsmæssig ansættelse i lighed med ændring af ansættelse af indkomst- eller ejendomsværdiskat. Dette betyder, at afgørelsen/forvaltningsakten ikke er omfattet af en række særregler, der ellers gælder i skattesager.

I SKM2005.9.HR (SKM2002.45.ØLR) blev det fastslået, at pålæg af indeholdelse af A-skat efter kildeskattelovens § 69 ikke er en ligningsmæssig ansættelse omfattet af dagældende skattestyrelseslov (i dag skatteforvaltningsloven).

I almindelige skattesager ville SKAT have frist til at afsende forslag til ændring af skatteansættelsen for 2007 til senest den 1. maj 2011, jf. skatteforvaltningslovens § 26, stk. 1, 1. pkt. Selve skattekravet som følge heraf ville tidligst blive forældet et år efter ansættelsestidspunktet, jf. skatteforvaltningslovens § 34 a, stk. 2.

Som nævnt ovenfor gælder disse regler imidlertid ikke i denne sag, hvorfor det er forvaltningslovens almindelige bestemmelser, der skal gøres gældende. Derfor er SKAT ikke begrænset af en ansættelsesfrist. Til gengæld gælder 1 års reglen i § 34 a, stk. 2 heller ikke, hvorfor det er de almindelige forældelsesregler, der gælder. Ifølge den nye forældelseslovs § 29, stk. 1 trådte denne i kraft den 1. januar 2008. Den gælder som udgangspunkt også for fordringer stiftet før ikrafttrædelsen, jf. forældelseslovens § 30, stk. 1, 1. pkt. Fordringen foræl-

der dog tidligst den 1. januar 2011, jf. § 30, stk. 1, 2. pkt. Det betyder altså, at renteskatten for 2007 som udgangspunkt forældes den 1. januar 2011.

Derfor er SKAT nødt til at gennemføre sagen meget hurtigt. Således skal renteskattekravet være forfalden til betaling og hvis denne ikke betales, skal der foretages tiltag om afbrydelse af forældelse, f.eks. anmodning om henstand med betalingen af skatten fra selskabets side. Alt dette skal nås inden udløbet af 2010.

En anden virkning af, at afgørelsen ikke er omfattet af de sædvanlige regler for skatteansættelser, er, at reglerne for udsendelse af agterskrivelse i skatteforvaltningslovens § 20 ikke gælder. Ifølge denne har SKAT som udgangspunkt en uudvidet høringspligt. Det betyder, at SKAT har pligt til at høre den skattepligtige både vedrørende sagen faktiske som retlige indhold. Efter forvaltningslovens § 19, stk. 1, som gælder denne sag, har SKAT kun pligt til at høre vedrørende faktiske oplysninger af betydning for sagen som den skattepligtige ikke er bekendt med i forvejen.

I denne sag vælger SKAT dog at udsende agterskrivelse og sagsfremstilling på almindelig vis.

2.2.2. Sagens materielle spørgsmål - indledning

Hjemlen til at indeholde renteskat på koncerninterne renteudgifter er i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d og i kildeskattelovens § 65 D, stk. 1.

SKATs fremstilling struktureres således, at den interne ret først beskrives. Derefter tages der stilling til begrebet retmæssig ejer i relation til dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Endelig tages der stilling til om der er fritagelse for renteskat efter Rente- Royaltydirektivet.

2.2.3. Intern ret

Som nævnt umiddelbart ovenfor er hjemlen til at indeholde renteskat på koncerninterne renteudgifter i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d og i kildeskattelovens § 65 D, stk. 1.

Hjemlen til at indeholde renteskat blev indsat første gang ved Lov af 221 af 31.03.2004 om ændring af forskellige skattelove. Bestemmelsen er indsat i ændringslovens § 10, nr. 2.

Ifølge 1. pkt. i litra d omfatter adgangen til renteskat danske selskabers gæld til udenlandske juridiske personer omfattet af skattekontrollovens § 3 B.

Bestemmelserne i skattekontrollovens § 3 B beskriver, om skattepligtige er undergivet bestemmende indflydelse i form af ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 % af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 % af stemmerne. Ved lov nr. 308 af 19. april 2006 blev der med virkning pr. 1. maj 2006 indsat en bestemmelse i § 3 B, stk. 2, 3. pkt. om, at der 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 ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.

I denne sag er der klart, at der er aftalt fælles ledelse for Nycomed S.C.A., SICAR. Således fremgår det af vedtægterne, at "General Partner" stort set træffer alle beslutninger, medens de øvrige aktionærer kun har tegningsret på generalforsamlingen. Således er betingelsen om, at der skal være tale om kontrolleret gæld, opfyldt.

Af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. pkt. fremgår det, at

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 Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende.

Litra d er ændret flere gange siden da, men ikke vedrørende dette forhold. I dag fremgår bestemmelsen således uændret af litra d, 3. pkt. (senest ved Lovbekendtgørelse nr. 1001 af 26.10.2009 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.). Det er altså bl.a. forarbejderne til Lov nr. 221 af 31.03.2004, der relevante ved fortolkningen af bestemmelsen. Lovens bemærkninger fremgår af LLF 2003-12-17 nr. 119 om ændring af forskellige skattelove.

Af ændringslovens § 10, nr. 5 (Lov af 221 af 31.03.2004) blev følgende endvidere indsat:

I § 2, stk. 2, indsættes efter 2. pkt.:

»Skattepligten i medfør af stk. 1, litra d og h, er endeligt opfyldt ved den i henhold til kildeskattelovens § 65 D foretagne indeholdelse af renteskat.«

Kildeskattelovens § 65 D blev indsat ved samme ændringslov. Det fremgår således af ændringslovens § 4, nr. 4, at

Efter § 65 C indsættes:

»§ 65 D. I forbindelse med enhver udbetaling eller godskrivning af renter til et selskab m.v., der er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, skal den, for hvis regning udbetalingen eller godskrivningen foretages, indeholde 30 pct. af den samlede rente. Det indeholdte beløb benævnes »renteskat«. Pligten til at indeholde renteskat påhviler selskaber, fonde og foreninger, der har hjemting her i landet. Hvis den, for hvis regning udbetaling eller godskrivning foretages, ikke har hjemting her i landet og udbetalingen eller godskrivningen foretages af en dertil befuldmægtiget, der har hjemting her i landet, påhviler det den befuldmægtigede at foretage indeholdelse. Bestemmelsen i § 46, stk. 3, finder tilsvarende anvendelse.

Selskabsskattelovens § 2, stk. 2 blev på dette punkt afgørende ændret ved Lov nr. 335 af 07.05.2008 om ændring af forskellige skattelove.

Af ændringslovens § 12, nr. 1 fremgår det bl.a., at

§ 2, stk. 2, 2.-5. pkt., ophæves, og i stedet indsættes:

...

Indkomstkatten i medfør af stk. 1, litra d og h, udgør 25 pct. af renterne og afståelsessummerne. Skattepligten er endeligt opfyldt ved den i henhold til kilde-skatte-lovens § 65 D foretagne indeholdelse af renteskat.

Af samme ændringslovs § 7, nr. 8 fremgår det endvidere, at

I § 65 D, stk. 1, 1. pkt., ændres »30 pct.« til: »25 pct.«

Begge bestemmelser blev vedtaget med virkning renter, der betales eller tilskrives den 1. april 2008 eller senere, jf. ændringslovens § 15, stk. 8.

2.2.3.1. Delkonklusion

Der er tale om renter af gæld til juridiske personer omfattet af skattekontrollovens § 3 B, hvorfor der som udgangspunkt er hjemmel til at indeholde renteskat.

Dette gælder dog ikke, hvis beskatningen af renterne skal frafalde eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties (herefter kaldet Rente- Royaltydirektivet), der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst (herefter kaldet DBO) med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende. Der tages stilling hertil i punkt 1.2.2.4 og 1.2.2.5 nedenfor.

Satsen for renteskatten udgør 30 % for renterne, der blev tilskrevet 27.12.2007 og 25 % for renterne, der blev tilskrevet 27.12.2008 og 27.12.2009.

2.2.4. Spørgsmålet om beskatningen af renterne ville skulle frafalde eller nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst

2.2.4.1. Den fælles nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Renteindtægten tilgår Nycomed Sweden Holding 2 AB, der er hjemmehørende i Sverige. Der skal derfor tages stilling til, om Danmark – hvis der bliver indeholdt renteskat – ville være pligtige til at frafalde eller nedsætte beskatningen i henhold til den fællesnordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst (BKI nr. 92 af 25/6 1997 af overenskomst af 23/9 1996 mellem de nordiske lande til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter).

Af DBO artikel 11, nr. 1 fremgår det, at

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.

I denne sag hidrører renterne fra Danmark og betales til Nycomed Sweden Holding 2 AB, der er hjemmehørende i Sverige. Efter bestemmelsen er udgangspunktet derfor, at Sverige har beskatningsretten.

Dermed er der som udgangspunkt ikke adgang til renteskat.

Som det fremgår, er det dog en forudsætning, at Nycomed Sweden Holding 2 AB er retmæssig ejer af renterne.

Der skal herefter tages stilling til, hvad der forstås ved begrebet retsmæssig ejer og hvorvidt Nycomed Sweden Holding 2 AB på denne baggrund kan betragtes som sådan.

2.2.4.2. SKATs juridiske vurdering af begrebet retmæssig ejer

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.

I kommentarerne til Modelkonventionen er spørgsmålet om forståelsen af udtrykket "retmæssig ejer" nu navnlig behandlet i punkt 12, 12.1 og 12.2, til artikel 10, hvori følgende er anført (med de her tilføjede fremhævninger):

*”12. Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i art. 10, stk. 2, for at tydeliggøre betydningen af ordene “betalt... til en person, der er hjemmehørende”, således som de anvendes i artiklens stk. 1. Det gøres herved klart, at **kildestaten ikke er forpligtet** til at give afkald på sin beskatningsret til udbytteindkomst, blot fordi indkomsten umiddelbart blev betalt til en person, der er hjemmehørende i en stat, med hvilken kildestaten har indgået en overenskomst. **Udtrykket retmæssig ejer er ikke anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhængen og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse.***

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

indkomst. Af disse grunde konkluderer den af Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", at et "gennemstrømningselskab" normalt ikke kan anses for den retmæssige ejer, hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter.

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

I relation til fortolkningen af begreberne retmæssig ejer og gennemstrømningselskaber henviser SKAT endvidere til daværende Skatteminister Kristian Jensens svar til Folketingets skatteudvalg på spørgsmål 2 vedrørende L-30 – Forslag til Lov om indgåelse af protokol om ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater. Der blev her spurgt, hvorfor Danmark ikke som USA har taget forbehold mod brug af gennemstrømningselskaber. I svaret anføres, at et land ikke skal indsætte forbehold om, at det vil anvende regler eller fortolkninger, som er nævnt i OECD-modellens bemærkninger.

Der er navnlig tre sager fra international retspraksis, der omhandler kvalificering af den "retmæssige ejer".

...

Dommenes præjudikatværdi er begrænset af, at der er tale om udenlandske domstole. De danske domstole er følgelig som udgangspunkt ikke forpligtet af den retspraksis, der dannes af udenlandske domstole. Imidlertid vedrører sagerne "beneficial owner" begrebet i Modeloverenskomsten, der også har retskildeværdi i Danmark, hvorfor dommene alligevel har en vis værdi.

Domstolene er Danmark har endnu ikke taget stilling til begrebet. SKAT har imidlertid tabt 2 sager ved Landsskatteretten. SKM2010.268.LSR omhandler kildeskat efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c på udbytter og SKM2010.729.LSR omhandler renteskat som i denne sag. Sagerne vedrører det samme selskab og som i denne sag er pengene blevet i Luxembourg ikke viderekanaliseret til aktionærerne for det luxembourgske moderselskab. I begge sager lagde Landsskatteretten afgørende vægt på, at der ikke er var fysisk gennemstrømning af midlerne gennem det luxembourgske moderselskab, hvorved det blev anset for retmæssig ejer af udbyttet (og renterne).

SKAT er imidlertid ikke enige i afgørelserne og har indbragt SKM2010.268.LSR for domstolene. SKM2010.729.LSR er så ny, at den endnu ikke er indbragt.

Derfor kan de 2 kendelser fra Landsskatteretten ikke lægges til grund.

SKATs vurdering af den konkrete situation

Nycomed koncernen har mellem de 4 øverste holdingselskaber 2 koncerninterne lån på ca. 500 mio. EUR. Da det er koncerninterne lån, er nettorenteudgiften for hele koncernen 0 kr. Alligevel er det konstrueret på en sådan måde, at renteudgiften fratrækkes i Nycomed A/S, medens den enten er skattemæssig neutral eller skattefri i de øvrige selskaber.

Således modsvares renteindtægten i Nycomed Sweden Holding 2 AB af et fradragsberettiget koncernbidrag. I Nycomed Sweden Holding 1 AB modsvares det skattepligtige koncernbidrag af en fradragsberettiget renteudgift til Nycomed S.C.A., SICAR, hvor renteindtægten er helt skattefri efter intern luxembourgsk skatteret.

Dette er netop kernesituationen, hvor renteskat er tiltænkt anvendt. Undtagelsen vedrørende DBOere er indført for at undgå dobbeltbeskatning. Tanken er, at hvis et andet land, hvormed Danmark har en DBO, har beskatningsretten til renteindtægten, vil renteindtægten også blive beskattet i dette land. Hele ideen er altså, at renten bliver beskattet én gang og kun én gang. Hvis undtagelsesbestemmelsen vedrørende DBOere ikke var der, ville der ofte opstå situationer, hvor der opstod dobbeltbeskatning og hvor DBOen ikke nødvendigvis ville løse herfor. Det er derimod ikke hensigten, at den modsvarende renteindtægt, som det er tilfældet i denne sag, slet ikke bliver beskattet.

Det er dog ikke tilstrækkeligt, at den omhandlede situation blot er i strid med lovens formål. Beskatning kræver følgelig også lovhjemmel. Forholdet har dog uden tvivl betydning, når afgrænsningen skal foretages i den konkrete situation.

Som det fremgår ovenfor under punkt 2.2.4.2, fremgår det af punkt 12 i kommentarerne til Model-konventionen, at

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.

Bl.a. på den baggrund finder SKAT ikke, at der kan stilles krav om, at modtageren af renten f.eks. ifølge aftale er retlig forpligtet til at videresende beløbet. SKATs udlægning stemmer også bedre overens med en naturlig sproglig fortolkning af den engelske term for begrebet. "Beneficial owner" er altså den, der får gavn af renten i modsætning til "Legal owner", der er den formelle ejer af renten. Desuden vil den begrænsede skattepligt altid opstå i koncerner, da det jo er en forudsætning, at der er tale om selskaber omfattet af skattekontrollovens § 3 B. I kraft af parternes interessefællesskab har de ikke behov for at formalisere en juridisk binding til at sende beløbet videre. Hvis det var et krav, at den umiddelbare kreditor (her Nycomed Sweden Holding 2 AB) formelt/retligt er afskåret fra at råde over renten, ville der praktisk talt næppe være situationer, hvor renteskat overhovedet kan komme på tale, hvilket næppe kan være hensigten.

Efter SKAT opfattelse er det tilstrækkeligt, at Nycomed Sweden Holding 2 AB og Nycomed Sweden Holding 1 AB *reelt* ikke råder over renterne.

Spørgsmålet er herefter, om dette er tilfældet i denne sag.

Efter SKATs opfattelse er det på forhånd besluttet, at Nycomed Sweden Holding 2 AB skal sende renterne videre til Nycomed Sweden Holding 1 AB i form af koncerntilskud. I brevet af 19. november 2010 har Anders Bjørn anført, at udbetalingen af koncernbidrag besluttet år for år af ledelsen i Nycomed Sweden Holding 2 AB.

SKAT finder det tvivlsomt, at det alene er ledelsen i Nycomed Sweden Holding 2 AB, der træffer beslutningen samt at det ikke på forhånd er afgjort, at koncernbidragene skal modsvare renteindtægten. Ledelsen ejer kun andele i Nycomed Sweden Holding 2 AB og således hverken i Nycomed Sweden Holding 1 AB eller i Nycomed S.C.A., SICAR. Derfor vil ledelsen alt andet lige ikke være interesseret i at sende tilskud til et selskab, de ikke har ejerandel i. Alligevel gør de det. Der vil heller ikke være en skattemæssig fordel for koncernen som helhed, hvis der ikke gives fradragsberettigede koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1 AB. Desuden har Anders Bjørn i brevet af 19. november 2010 anført, at repræsentanterne for ejerne af koncernen også er repræsenteret i bestyrelsen i Nycomed Sweden Holding 2 AB.

I brevet af 19. november 2010 fremgår det, at der var forretningsmæssige overvejelser bag overdragelsen af delaktiviteten fra Nycomed AB til Nycomed Sweden Holding 2 AB. SKAT skal ikke kunne afvise dette kategorisk. Imidlertid er omfanget af den overdragne aktivitet yderst begrænset i forhold størrelsen af koncernbidragene til Nycomed Sweden Holding 1 AB. Derfor kan den omhandlede aktivitet ikke tillægges afgørende betydning ved vurderingen af, om Nycomed Sweden Holding 2 AB *reelt* råder over renterne.

SKAT finder det heller ikke afgørende, at renterne og koncernbidragene ikke betales, men alene tilskrives. Dette følger dels af de almindelige skattemæssige regler, hvor retserhvervelse/pligtpådragelse er afgørende uanset pengestrømme. Desuden fremgår det direkte af kildeskattelovens § 65 D, stk. 1, 1. pkt., at renteskatten såvel omfatter udbetalte som godskrevne renter.

SKAT finder, at statuering af (en anden) retmæssig ejer fordrer, at der er en vis sammenhæng mellem de forskellige lån og ydelser m.v. Det er der også i denne sag. Der er herved henset til, at begge lån er optaget den 27. december 2006 og har næsten samme hovedstol, rentesats og ydelse (ingen ydelse før indfrielse efter en årrække). Det kan ikke tillægges betydning, at ydelserne op til Nycomed S.C.A., SICAR skifter karakter, da der i stedet for et back to back lån mellem de 2 svenske selskaber er koncernbidrag. Det afgørende er, at beløbene er betinget af hinanden og udligner skatten.

2.2.4.3. Delkonklusion

Hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB eller Nycomed Sweden Holding 1 AB anses for retsmæssig ejer af de omhandlede renter.

Derfor er SKAT ikke afskåret fra at indeholde renteskat som følge af den fællesnordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

2.2.5. Spørgsmålet om beskatningen af renterne skal frafalde efter Rente- Royaltydirektivet

2.2.5.1. Retmæssig ejer efter Rente- Royaltydirektivet

Af de indledende bemærkninger i Rente- Royaltydirektivet 2003/49/EF fremgår bl.a. følgende (med SKATs fremhævninger):

(1) På et indre marked, der har karakter af et hjemmemarked, bør transaktioner mellem selskaber fra forskellige medlemsstater ikke være undergivet ringere beskatningsvilkår end de vilkår, der gælder for de samme transaktioner mellem selskaber fra samme medlemsstat.

(2) Dette krav er i øjeblikket ikke opfyldt for så vidt angår betaling af renter og royalties; de nationale skattelovgivninger - eventuelt kombineret med bilaterale eller multilaterale overenskomster - kan måske ikke altid sikre afskaffelse af dobbeltbeskatning, og skattereglernes anvendelse medfører ofte tyngende administrative formaliteter og likviditetsproblemer for de pågældende selskaber.

(3) Det må sikres, at renter og royalties beskattes én gang i en medlemsstat.

(4) Den mest hensigtsmæssige måde at fjerne førnævnte formaliteter og problemer på og samtidig sikre, at nationale og tværnationale transaktioner behandles skattemæssigt ens, er at ophæve beskatningen af renter og royalties i den medlemsstat, hvor de opstår, uanset om beskatningen sker ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse; det er især nødvendigt at ophæve sådanne skatter i forbindelse med betalinger mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater samt mellem sådanne selskabers faste driftssteder.

(5) Ordningen bør kun gælde for eventuelle renter eller royalties, der ville være blevet aftalt mellem betaleren og den retmæssige ejer, såfremt der ikke havde bestået en særlig forbindelse

(6) Medlemsstaterne må ikke afskæres fra at træffe passende foranstaltninger til bekæmpelse af svig og misbrug.

...

(10) Målet for dette direktiv, nemlig etablering af et fælles system for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne og kan derfor bedre gennemføres på fællesskabsplan; Fællesskabet kan derfor træffe foranstaltninger i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, jf. traktatens artikel 5. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. nævnte artikel, går direktivet ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål -

Direktivets formål er således at sikre, at renter betalt over grænserne mellem medlemslandene behandles på samme vilkår som inden for grænserne i de enkelte medlemslande, men at denne ordning kun gælder for eventuelle renter, der ville blive aftalt såfremt der ikke havde bestået en særlig forbindelse. Derudover er formålet, at renterne beskattes i én medlemsstat, og at misbrug og svig kan bekæmpes.

Begrebet retmæssig ejer fremgår således allerede af de indledende bemærkninger. Derudover fremgår begrebet af art. 1, der har følgende ordlyd (med SKATs fremhævninger):

”Artikel 1

...”

Allerede af denne årsag er det utvivlsomt, at EU-retten ikke er til hinder for gennemførelse af en kildebeskatning af renterne i Danmark i tilfælde, hvor den retmæssige ejer ikke er hjemmehørende i EU.

Den omstændighed, at der indeholdes kildeskat på renter, når de betales til et ikke-hjemmehørende selskab, udgør ikke en restriktion i den frie bevægelighed, allerede fordi der ikke sker en skattemæssig forskelsbehandling.

Dette er også udtrykkeligt fastslået af EU-Domstolen i dom af 22. december 2008 i sag C-282/07, Truck Center,

...

Det er endvidere SKATs opfattelse, at EU-Domstolens praksis viser, at der ikke er noget til hinder for at afskære selskaber etableret i en anden medlemsstat fra at påberåbe sig EU-retten – herunder de harmoniserede regler, der følger af bl.a. moder-/datterselskabsdirektivet – når det må lægges til grund, at etableringen af et holdingselskab i en anden medlemsstat ”tager sigte på at undgå kildeskat på betalinger til ikke-europæiske foretagender, hvis en sådan konstruktion ikke tjener noget kommercielt formål”, jf. Kommissionens fortolkning af ”Rent kunstige arrangementer” offentliggjort i EUT 2008, C 116/13.

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, indebærer efter sin klare ordlyd, at Danmark ikke skal fratage kildeskat, medmindre der efter Rente- Royaltydirektivet består en egentlig pligt hertil.

Sammenfattende er det SKATs opfattelse, at begrebet retmæssig ejer i relation til direktivet svarer til begrebet i relation til DBOerne. Som det fremgår ovenfor, har begrebet eksisteret i en årrække i OECDs Modeloverenskomst førend, det blev indført i Moder- datterselskabsdirektivet og Rente- Royaltydirektivet. Der ses i den forbindelse ikke at være noget, der tilsiger, at begrebet har en større eller mindre rækkevidde end i OECDs Modeloverenskomst. EU Domstolen har dog endnu ikke taget stilling til begrebet. Det forhold, at der i Rente- Royaltydirektivets artikel 1, stk. 4 alene henviser til og ikke som formidler, herunder som agent, mandatar eller bemyndiget signatar for en anden person, kan ikke føre til andet resultat, da angivelsen ikke er udtømmende.

Med samme begrundelse som anført under punkt 2.2.4.2 ovenfor anses hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB eller Nycomed Sweden Holding 1 AB for retsmæssig ejer af de omhandlede renter i relation til Rente- Royaltydirektivet.

Herefter skal der tages stilling til, om Nycomed S.C.A., SICAR er retmæssig ejer. I forhold til de svenske selskaber er der den forskel, at der ikke er tale om gennemstrømning i den forstand, at renterne umiddelbart bliver viderekaliseret til ejerne.

Som nævnt ovenfor under punkt 2.2.4.2 har SKAT tabt 2 sager i Landsskatteretten, fordi Landsskatteretten har lagt afgørende vægt på, at der netop ikke var gennemstrømning ud af det luxembourgske moderselskab. Imidlertid er/bliver kendelserne indbragt på domstolene, hvorfor SKAT forsat er af den opfattelse, at fysisk gennemstrømning nødvendigvis ikke er afgørende.

Som ligeledes nævnt ovenfor under punkt 2.2.4.2 fremgår det af punkt 12.1 i kommentarerne til Modeloverenskomsten, at et selskab ikke er retmæssig ejer, hvis det blot virker som ren gennemstrømningsenhed. Dette er imidlertid ikke en u[d]tømmende afgrænsning af begrebet. Der er således ikke grundlag for at hævde, at det er den faktiske gennemstrømning, der er afgørende. En naturlig sproglig forståelse af Modeloverenskomsten samt kommentarerne hertil indebærer således, at der må lægges vægt på den formelle beløbsmodtagers reelle beføjelser i relation til at træffe afgørelser om, hvorledes der skal disponeres over det modtagne beløb.

I denne sag kan Nycomed S.C.A., SICAR som udgangspunkt disponere over aktivet på sædvanlig vis. Som juridisk person tegnes selskabet ganske vist af ejerne og især af general partner. Dette er jo også tilfældet for langt de fleste selskaber, uden at dette giver anledning til at anfægte, at selskabet er retmæssig ejer af en given fordring.

Som tidligere nævnt skal der imidlertid lægges vægt på bemærkningerne til Modeloverenskomstens punkt 12:

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.

I denne sag har det ikke været nødvendigt at lave back to back lån til ejerne af Nycomed S.C.A., SICAR, da selskabet ikke skal betale skat af renteindtægterne. I stedet for renter vil ejerne senere få det samlede beløb (hovedstol og tilskrevne renter) som udbytte.

Derfor finder SKAT heller ikke, at Nycomed S.C.A., SICAR er retmæssig ejer af renteindtægterne. I stedet er det ejerne af dette selskab, der er retmæssige ejere.

2.2.5.2. Antimisbrugsbestemmelse efter EU-retten og Rente- Royaltydirektivet

Indledningsvis bemærkes det, at ved dispositioner, der har skatteunddragelse, skatteundgåelse eller misbrug som formål, kan der opstå situationer, hvor EU-borgeren ikke kan påberåbe sig beskyttelse efter EU-retten. Dette gælder både for konkrete forordninger og direktiver – herunder Rente- Royaltydirektivet – samt EU-traktaterne generelt, f.eks. TEUF artikel 63-66 om beskyttelsen af kapitalens fri bevægelighed.

EU-Domstolens praksis

Fra EU-Domstolens praksis om misbrugsbegrebet kan bl.a. henvises til Cadbury Schweppes-dommen (sag C-196/04, Cadbury Schweppes, Saml. 2006, s.I-7995), Halifax-dommen (sag C-255/02, Halifax, Saml. 2006, s. I-1609) og Part Service-dommen (sag C-425/06, Part Service Srl.).

EU-Domstolen udtaler i Cadbury-Schweppes-dommen i relation til de engelske CFC-regler bl.a.:

.. for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.

Den momsretlige Halifax-dom omhandler gennemstrømningselskaber, idet der i sagen var tale om en momsfrigaget bank med 5 % momsfradrag, som lod sine relevante transaktioner passere et fuldt momspligtigt datterselskab med henblik på at opnå fuldt momsfradrag.

Om dommen samt dommens betydning i den efterfølgende sag Part Service Srl. anføres i Momsvejledningen 2010-2, afsnit C.4., følgende:

Fordele som følger af momslovenes bestemmelser, herunder reglerne om fradrag, kan ikke gøres gældende, når de transaktioner m.v. der begrunder denne ret, udgør et misbrug.

Det følger af EF-domstolens praksis, jf. sag C-255/02, Halifax plc., præmis 74 og 75, at konstateringen af misbrug kræver, at følgende betingelser er opfyldt:

- *De omhandlede transaktioner - selvom de betingelser der er fastsat i de relevante bestemmelser formelt er overholdt - ville indebære, at der blev opnået en afgiftsfordel, som det ville stride mod formålet med disse bestemmelser at tildele.*
- *Det skal tillige fremgå af en samlet række objektive omstændigheder, at hovedformålet med de omhandlede transaktioner er opnåelsen af en afgiftsfordel.*

At det er tilstrækkeligt for at konstatere misbrug, at det er hovedformålet - og herved ikke det eneste formål - med transaktionen at opnå en afgiftsfordel har EF-domstolen fastslået i den efterfølgende dom i sagen C-425/06 (Part Service Srl.)

Ved vurderingen af hovedformålet, kan transaktionernes rent kunstige karakter tillige med juridiske, økonomiske og/eller personlige forbindelser mellem de aktører, der tager del i planen vedrørende lettelse af afgiftsbyrden tages i betragtning, jf. Halifax-dommen præmis 81.

Ved vurdering af hovedformålet med etableringen har EU-Domstolen lagt særlig vægt på, om der er substans i selskabets domicilland, eller om der er tale om et rent kunstigt arrangement, hvilket ikke kun indebærer formel etablering, men også faktisk udøvelse af økonomisk virksomhed.

Rente- Royaldirektivets artikel 5

I relation til Rente- Royaltydirektivet fremgår følgende af artikel 5:

...

Der er altså en domstolsskabt praksis om det generelle EU-retlige misbrugsbegreb og en specifik misbrugsbestemmelsen i Rente- Royaltydirektivets artikel 5. Som det fremgår nedenfor, er det SKATs opfattelse at nægte direktivets fordele på grundlag af begge dele.

Implementering i dansk ret

Udgangspunktet er, at direktiver ikke har umiddelbar virkning overfor medlemsstaterne. Disse har derfor pligt til at implementere det i deres lovgivning. Hvis dette ikke sker, kan borgeren påberåbe sig direktivet. Ud fra det såkaldte retssikkerhedsprincip kan medlemsstaten imidlertid ikke påberåbe sig et direktiv overfor borgeren.

Dette fremgår bl.a. af præmis 42 i Kofoed-dommen (sag C-321-05, Kofoed, Saml. 2007, s. I-5795):

...

Rente- Royaltydirektivet som sådan er implementeret i dansk ret. Dette fremgår af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. pkt.:

Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafalder eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties...

Misbrugsbestemmelsen i artikel 5 er fakultativ for medlemsstaterne (Dette direktiv udelukker ikke anvendelse af nationale.....).

Spørgsmålet er herefter, om det er tilstrækkeligt som i denne sag at vedtage, at direktivet (som helhed) er gældende eller om artikel 5 skal implementeres særskilt.

Det er SKATs opfattelse, at misbrugsbestemmelsen i artikel 5 er implementeret i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d. Bestemmelsen indebærer således efter sin klare ordlyd, at Danmark ikke skal frafalde renteskat, medmindre der efter Rente- Royaltydirektivet består en egentlig pligt hertil.

Dette følger af ordlyden:renterne skal frafalder eller nedsættes.....

Der ses ikke at være noget i bemærkningerne til lovforslaget, der tilsiger en anden fortolkning.

Tværtimod understøttes SKATs fortolkning af bemærkningerne til lovforslaget til vedtagelsen af kildeskat på udbytter i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

3. punktum i denne bestemmelse fastsætter:

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

Dette punktum blev indsat ved lov nr. 282 af 25. april 2001 (ændringslovens § 1, nr. 1), idet lovændringen havde til hensigt at genindføre kildebeskatningen af udbytter. I det oprindeligt fremsatte lovforslag (L 99 2000/01) var bestemmelsen foreslået formuleret således:

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

Under behandlingen af dette forslag fremsatte skatteministeren imidlertid et ændringsforslag (LFB 2001-03-21 nr. 99) (svarende til bestemmelsens endelige formulering), idet han begrundede dette således:

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

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

Ved den efterfølgende vedtagelse af renteskatten i litra d, var det ikke nødvendigt med en sådan præcisering, da den korrekte ordlyd var med allerede i det fremsatte lovforslag.

SKATs konkrete vurdering

SKAT finder det klart, at misbrugsbestemmelsen i artikel 5 kan gøres gældende i denne sag.

Under henvisning til det anførte i afsnit 2.2.4.2 ovenfor må det anses for godtgjort, at der er tale om transaktioner, der har skatteundgåelse eller misbrug som væsentligste bevæggrund eller en af de væsentligste bevæggrunde. Det er følgelig ikke optagelsen af selve lånet, der ikke anses for erhvervsmæssig begrundet. Derimod er det selve placeringen af arrangementet gennem 3 overliggende holdingselskaber, der muliggør, at renteudgiften fratrækkes med skattemæssig virkning i Nycomed A/S, medens renteindtægten ikke er skattepligtig i Nycomed S.C.A., SICAR.

Man kan herefter diskutere, om sondringen alene skal foretages ud fra ordlyden i artikel 5, stk. 2 eller om misbrugsbegrebet derudover er afgrænset af den generelle EU-domstolsskabte praksis på området. I så fald vil det ikke være til-

strækkeligt, at hovedmotivet er skatteundgåelse. Derudover skal der være tale om et rent kunstigt arrangement, hvor der udover de skattemæssige motiver for transaktionen ikke må være tale om udøvelse af faktisk økonomisk virksomhed.

SKAT finder imidlertid under alle omstændigheder, at der er tale om et sådan rent kunstigt arrangement.

For de første ses der ikke at være et umiddelbart forretningsmæssigt motiv for at have såvel Nycomed Sweden Holding 1 AB og Nycomed S.C.A., SICAR som overliggende holdingselskaber. Ledelsen af koncernen er som anført i Nycomed Sweden Holding 2 AB. Der ses endvidere ikke at være noget forretningsmæssigt motiv for at placere det øverste holdingselskab i Luxembourg. Driften foretages dels fra Nycomed Sweden Holding 2 AB og fra General Manager i Nycomed S.C.A., SICAR. For Nycomed S.C.A., SICARs vedkommende består dette dog alene af at vederlægge General Manager, hvilket sker ved en tilskrivning på en mellemregning. Derudover udgør aktiviteten alene besiddelse af aktieposten og fordringen. Det praktiske omkring bogføring, anmeldelse i det luxembourgske selskabsregister m.v. klares ved at betale tredjemand for ”Provision for domiciliation, corporate and accounting fees”.

Delkonklusion

Hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB, Nycomed Sweden Holding 1 AB eller Nycomed S.C.A., SICAR anses for retmæssig ejer efter Rente- Royaltydirektivet.

Misbrugsbestemmelsen i Rente- Royaltydirektivets artikel 5 anses for implementeret i dansk ret.

Misbrugsbestemmelsen anses for at kunne gøres gældende i den konkrete sag.

2.2.6. Hæftelse for ikke indeholdt renteskat

Af kildeskattelovens § 69, stk. 1 fremgår det, at

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.

Det er altså Nycomed A/S, der har bevisbyrden for, at selskabet ikke burde have været opmærksom på, at det skulle have indeholdt kildeskat. Situationen, hvor den indeholdelsespligtige kan blive fritaget for hæftelse, er f.eks., hvor en lønmodtager snyder sin arbejdsgiver og dermed får udbetalt for store skattefrie godtgørelse uden, at det kan lastes arbejdsgiveren, at pågældende ikke opdagede dette.

Fritagelsen gælder imidlertid ikke i denne situation. Der er herved lagt vægt på, at selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d er en værnsregel, at Nycomed koncernen i den konkrete situation har søgt at omgå denne værnsregel samt at der er tale om interesseforbundne parter.

Således hæfter Nycomed A/S for renteskatten.

2.2.7. Nedslag i renteskatten på grundlag af ejerkredsen af Nycomed S.C.A., SICAR m.v.

Da ejerne af Nycomed S.C.A., SICAR anses for retmæssige ejere af renteindtægten, kan det komme på tale, at der skal gives forholdsmæssigt nedslag i renteskatten, hvis ejerne skal fritages eller lempes efter en DBO eller efter Rente-Royaltydirektivet.

Hvis dette kan dokumenteres, vil SKAT følgelig give et sådant nedslag.

SKAT er i øjeblikket i gang med en transfer pricing kontrol af rentesatsen. Hvis rentesatsen ændres, vil renteskatten følgelig blive ændret i overensstemmelse hermed.

2.2.8. Samlet konklusion

Der anses for at være aftalt fælles ledelse i Nycomed S.C.A., SICAR.

Hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB eller Nycomed Sweden Holding 1 AB anses for retsmæssig ejer af de omhandlede renter i relation til den fælles-nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB, Nycomed Sweden Holding 1 AB eller Nycomed S.C.A., SICAR anses for retsmæssig ejer af de omhandlede renter i relation til Rente- Royaltydirektivet.

I stedet anses ejerne af Nycomed S.C.A., SICAR for de retmæssige ejere.

I anden række gøres det gældende, at selvom Nycomed S.C.A., SICAR anses for retmæssig ejer, er selskabet ikke beskyttet af direktivet, idet misbrugsbestemmelsen i artikel 5 kan gøres gældende i den konkrete sag.

Derfor er der hjemmel til at indeholde renteskat, der kan opgøres således:

Dato tilskrivning	Beløb EUR	Kurs	Beløb i DKK	Renteskat i pct.	Renteskat i DKK
27-12-2007	61.965.461	745,68	462.064.052	30	138.619.216
27-12-2008	74.258.291	745,40	553.521.299	25	138.380.325
27-12-2009	61.887.366	744,33	460.646.228	25	115.161.557
I alt	198.111.118		1.476.231.579		392.161.097

2.3. Selskabets opfattelse og begrundelse

I brev af 9. december 2010 har Anders Bjørn anført følgende:

Nycomed A/S - Renteskat - j.nr. 28313519

Vi har modtaget SKATs forslag til afgørelse, dateret den 29. november 2010, om indeholdelse af renteskat for perioden 2006-09. Vi skal hermed på vegne af vores klient, fremkomme med følgende bemærkninger.

Faktuelle kommentarer til sagsfremstillingen

Vi har først et par faktuelle kommentarer til sagsfremstillingen. På side 1 fremgår det, at The Blackstone Group er ejer af Nycomed S.C.A., SICAR. Det er ikke tilfældet længere, idet gruppen solgte sin andel i 2006. På side 4 i afsnit 1.2 bør det tilføjes, at formålet med optagelse af lånet var at refinansiere det eksisterende PIK-note-lån, der blev optaget i 2005 i forbindelse med, at Nycomed A/S købte Nycomed-koncernen. Dette er endvidere omtalt på side 3, øverste halvdel.

Vurdering

Vi er ikke enige i SKATs vurdering af sagen. Efter vores vurdering har SKAT ikke grundlag for at kræve indeholdelse af renteskat.

- Nycomed Sweden Holding 2 AB (SEW2) er den retmæssige ejer af renteindtægterne og anvender blandt andet renteindtægterne til dækning af driftsudgifter og lønninger i selskabet. Selskabet har således fuld råderet over indtægten og er på ingen måde forpligtet til at betale renteindtægten videre.*
- Nycomed A/S har haft renteudgifter på et helt almindeligt lån, der er optaget (koncerninternt) til indfrielse af et eksternt lån. Der eksisterer således ikke nogen form for misbrugssituation i forhold til dansk lovgivning m.v.*
- I SKM 2010.729 LSR fik skatteyderen medhold i, at der ikke var grundlag for at kræve indeholdelse af renteskat, idet rentebeløbet ikke var betalt op igennem strukturen til de ultimative ejere (gennemstrømningselskab). Der er heller ikke i denne sag tale om gennemstrømning. Der er ikke engang [...] etableret et låneforhold mellem de svenske holdingselskaber. Alene af den grund kan der på ingen måde argumenteres for, at renteindtægten er strømmet igennem SWE2 og videre op igennem strukturen, og at SWE2 dermed ikke er den retmæssige ejer af indkomsten.*

At der sker gennemstrømning er ifølge Landsskatterettens egen afgørelse en altafgørende forudsætning for, at det overhovedet kan komme på tale at antage, at modtageren, her SWE2, ikke er den retmæssige ejer af indkomsten.

Af hensyn til det fremskredne tidspunkt har vi valgt ikke at argumentere yderligere for vores synspunkter for nuværende. Vi skal dog anmode SKAT om at genoverveje afgørelsen set i lyset af ovenstående og herefter fremsende en endelig afgørelse hurtigst muligt.

Afslutningsvis skal vi for god ordens skyld oplyse, at vi accepterer, at forældelsen efter forældelsesloven udskydes fra 31. december 2010 til 15. januar 2011.

2.4. Endelig afgørelse

Vedrørende de faktuelle forhold er sagsfremstillingen nu rettet til i overensstemmelse med det anførte i Anders Bjørns brev af 9. december 2010.

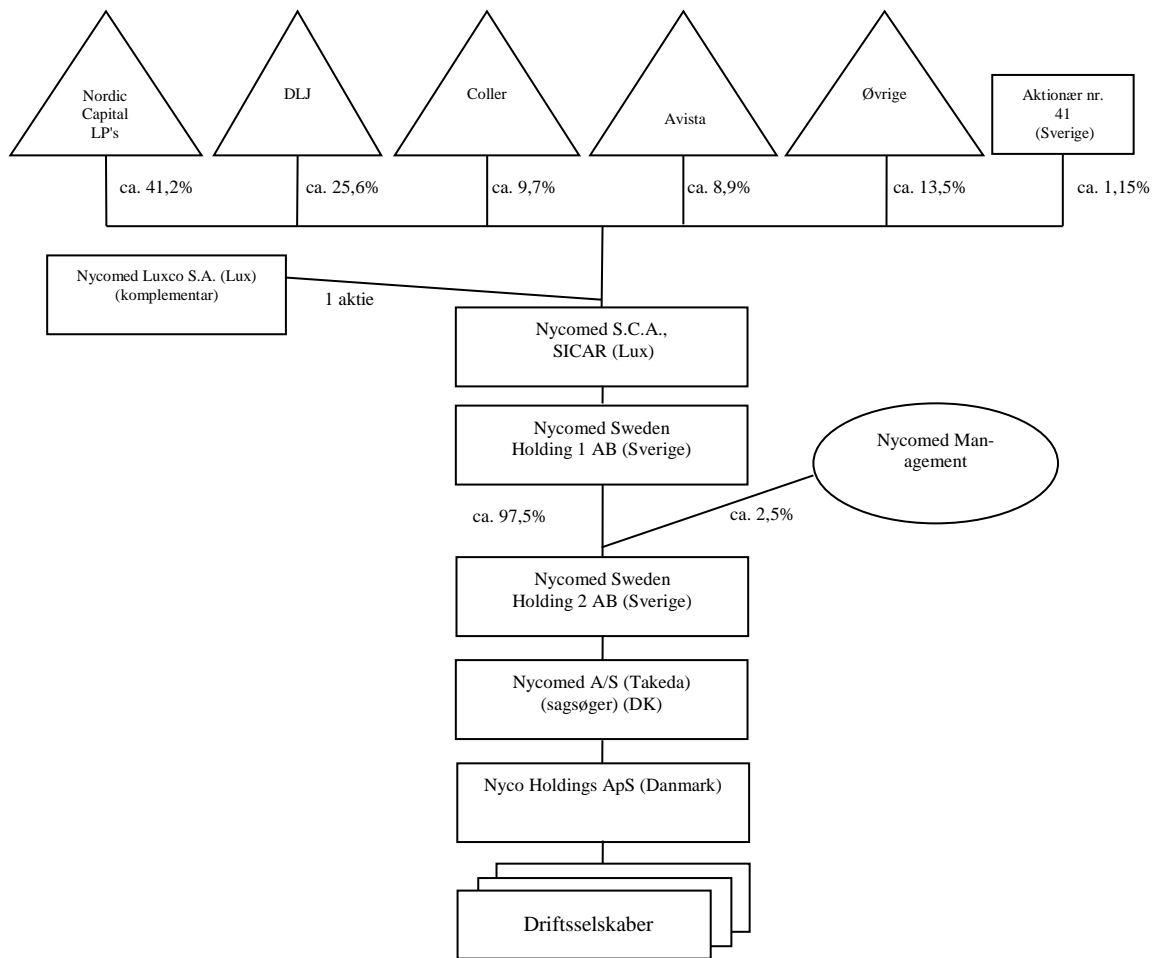
Herefter tages der kort stilling til de 3 punkter, som er fremsat.

...

Således er der truffet afgørelse i overensstemmelse med det fremsendte forslag.”

Supplerende oplysninger om koncernen og lånene

Efter det oplyste var Nycomed-koncernen i sagsperioden en verdensomspændende medicinalvirksomhed med i alt 12.500 ansatte, herunder 600 i Danmark, og havde datterselskaber i over 70 lande. Koncernen blev i 2005 købt af et kapitalfondskonsortium med den nordiske kapitalfond Nordic Capital som den største ejer. Nycomed-koncernens øverste danske moderselskab var Nyco Holding ApS. Købet af Nyco Holding ApS skete gennem det nystiftede holdingselskab Nycomed A/S (nu Takeda A/S), der var direkte ejet af deltagerne i kapitalfondskonsortiet. Til brug for købet af Nyco Holding ApS havde Nycomed A/S optaget et eksternt lån på ca. 400 mio. euro. I 2006 blev der foretaget en refinansiering af denne gæld og i den forbindelse etableredes følgende ejerstruktur:



Over 95 % af aktionærerne i Nycomed S.C.A, SICAR var forskellige kapitalfonde organiseret i skattemæssigt transparente enheder, typisk kommanditselskaber. Nycomed A/S har oplyst, at der var flere hundrede investorer i kapitalfondene, bl.a. pensionskasser, pengeinstitutter, investeringsforeninger og -selskaber, almindelige selskaber og privatpersoner. Nycomed A/S har endvidere oplyst, at disse investorer var hjemmehørende i en lang række jurisdiktioner, herunder inden for og uden for EU samt i og uden for stater, med hvilke Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og at omkring $\frac{2}{3}$ af de direkte investorer i kapitalfondene var selvstændige skattesubjekter, der var hjemmehørende inden

for EU eller i en stat, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Ud af de resterende investorer var en væsentlig del såkaldte "fund-of-funds", dvs. skattetransparente enheder, hvor det ikke umiddelbart har været muligt at fremskaffe oplysninger om hjemstedet for investorerne heri.

Der er mellem parterne enighed om, at identiteten og hjemstedet på investorerne i de pågældende kapitalfonde ikke er dokumenteret under sagen.

Der er fremlagt en række ejerfortegnelser for Nycomed S.C.A., SICAR for perioden 2007-2011, hvoraf det fremgår, at aktionær nr. 39 var en privatperson – efter det oplyste med bopæl i USA – og aktionær nr. 41 var en svensk bank. Efter det oplyste havde de to aktionærer i den omhandlede periode hver en ejerandel på henholdsvis 0,25 % og 1,15 %.

I 2011 erhvervede virksomheden Takeda Pharmaceutical Company aktierne i Nycomed A/S og købte dermed Nycomed-koncernen (bortset fra koncernens aktiviteter i USA), jf. nærmere nedenfor. Nycomed A/S skiftede i den forbindelse navn til Takeda A/S.

Nycomed S.C.A., SICAR

Nycomed S.C.A., SICAR, var koncernens moderselskab. Selskabet, der var hjemmehørende i Luxembourg, var fuldt ud egenkapitalfinansieret. Selskabet blev drevet i selskabsformen *Société en commandite par actions* ("S.C.A."). Selskabets komplementar, som varetog den daglige ledelse af selskabet, var Nycomed Luxco S.A. Det fremgår af de fremlagte årsrapporter, at henholdsvis fire og fem af de i alt syv ledelsesmedlemmer (Board of Directors) i Nycomed Luxco S.A. tillige var medlemmer af bestyrelserne i Nycomed Sweden Holding 1 AB og i Nycomed Sweden Holding 2 AB i den for sagen relevante periode.

Det er oplyst, at et S.C.A. er en selvstændig juridisk person og et selvstændigt skattesubjekt efter luxembourgsk ret. Parterne er enige om, at et S.C.A. på denne baggrund kan kvalificeres som en "hjemmehørende person" efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg, og at det er indkomstskattepligtig i Luxembourg og derfor er pligtig at betale selskabsskat og lokal erhvervsskat i Luxembourg af selskabets indkomst.

Nycomed S.C.A., SICAR, var efter en luxembourgsk lov af 22. juni 2004 registreret som et såkaldt "Société d'investissement en capital à risque" ("SICAR"). Dette indebærer, at selskabet var fritaget for indkomstskat af indtjening, der hidrørte fra selskabets investeringer,

dvs. renter, avancer og udbytter, ligesom selskabet var undtaget fra reglerne om indehøldelsespligt ved udlodning af udbytter.

Det er oplyst, at kapitalfondskonsortiet i forbindelse med refinansieringen af Nycomed A/S' eksterne lån indskød ca. 500 mio. euro i egenkapital i Nycomed, S.C.A., SICAR. Dette kapitalindskud var grundlaget for Nycomed, S.C.A., SICAR's lån på 498.500.000 euro til Nycomed Sweden Holding 1 AB. Selskabets investeringsportefølje bestod af en 100 % kapitalandel i Nycomed Sweden Holding 1 AB. Ud over ejerskabet af og udlånet til Nycomed Sweden Holding 1 AB udøvede Nycomed S.C.A., SICAR, ingen aktiviteter.

Lånet til Nycomed Sweden Holding 1 AB blev ydet den 27. december 2006. Ifølge låneaf-talen forrentes lånet med en rente på EURIBOR + 7,9 %, der tilskrives hovedstolen hvert år den 27. december. Renterne på lånet blev tilskrevet hovedstolen og blev i selskabets årsrapporter for indkomstårene 2007, 2008 og 2009 anført som tilskrevne renter (renter i perioden fra den 28/12-27/12) på henholdsvis 61.765.962, 72.826.401 og 60.825.103 euro.

Nycomed, S.C.A., SICAR, foretog i 2007-2009 hverken udlodninger eller anden betaling til kapitalfondene.

Nycomed Sweden Holding 1 AB

Nycomed Sweden Holding 1 AB's eneste aktivitet bestod i at være holdingselskab for Nycomed Sweden Holding 2 AB. Selskabet optog, som nævnt, et lån den 27. december 2006 hos sit moderselskab, Nycomed S.C.A., SICAR, på 498.500.000 euro. Selskabets bogførte renteudgifter vedrørende det omhandlede lån for indkomstårene 2007, 2008 og 2009 udgjorde ifølge selskabets årsrapporter (perioden fra 1/1-31/12) henholdsvis 61.284.470, 72.866.092 og 60.825.103 euro. Renterne blev i overensstemmelse med lånevilkårene løbende tilskrevet lånets hovedstol, og selskabet har foretaget fradrag for renterne ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst.

Pengene fra ovennævnte lån blev af Nycomed Sweden Holding 1 AB indskudt som egenkapital i Nycomed Sweden Holding 2 AB.

Nycomed Sweden Holding 2 AB

Nycomed Sweden Holding 2 AB, der var fuldt ud egenkapitalfinansieret, var ejet af Nycomed Sweden Holding 1 AB med ca. 97,5 % og af koncernledelsen med ca. 2,5 %. Sel-

skabet havde i de omhandlede indkomstår samme bestyrelse som Nycomed Sweden Holding 1 AB. Selskabet ejede i 2007-2009 ikke aktier i andre selskaber end Nycomed A/S.

Kapitalindsuddet fra Nycomed Sweden Holding 1 AB blev af Nycomed Sweden Holding 2 AB udlånt til Nycomed A/S ved en låneaftale af 27. december 2006.

Af årsrapporterne for 2007, 2008 og 2009 fremgår, at Nycomed Sweden Holding 2 AB havde to indtægtsposter, nemlig "Övriga intäkter" og "Renteintäkter och liknande resultatposter". Selskabet havde ikke andre renteindtægter end renterne på lånet til Nycomed A/S. I 2007, 2008 og 2009 udgjorde renteindtægterne henholdsvis 98,1 %, 97,8 % og 98 % af selskabets samlede indtægter. De renter, der blev tilskrevet på lånet til Nycomed A/S, er indgået i opgørelsen af Nycomed Sweden Holding 2 AB's skattepligtige indkomst i de pågældende indkomstår. Renteindtægterne udgjorde henholdsvis 61.444.992, 75.498.014 og 61.836.446 euro.

Nycomed Sweden Holding 2 AB har i indkomstårene 2007-2009 – i overensstemmelse med de særlige svenske regler om skattemæssig resultatudjævning inden for en koncern i den svenske indkomstskattelovs kapitel 35 – ydet koncernbidrag til sit moderselskab, Nycomed Sweden Holding 1 AB, på henholdsvis 60.468.000, 75.621.000 og 60.353.294 euro.

Koncernbidragene var fradragsberettigede for det ydende selskab, Nycomed Sweden Holding 2 AB, og skattepligtige for det modtagende selskab, Nycomed Sweden Holding 1 AB.

Pr. 2. april 2007 overtog Nycomed Sweden Holding 2 AB den hidtil af det svenske selskab Nycomed AB drevne aktivitet med produktregistrering hos myndigheder og diverse administrativt arbejde i forbindelse med kliniske forsøg. Selskabet beskæftigede herefter ca. 10 medarbejdere.

Dagen før overtagelsen, den 1. april 2007, indgik Nycomed Sweden Holding 2 AB og selskabet Nycomed AB en "Service agreement". Ifølge denne aftale var Nycomed AB forpligtet til at yde enhver administrativ bistand, som driften af den overtagne virksomhed måtte nødvendiggøre ("any administrative services that [Nycomed Sweden Holding 2 AB] may require from time to time"). Bistanden omfattede, men var ikke begrænset til, "accounting and financial services, HR and payroll services, IT and technical support services, services relating to invoicing and debt collection". Samme dag indgik Nycomed Sweden Holding 2

AB og Nycomed AB endvidere en lejeaftale, hvorved førstnævnte lejede en del af Nycomed AB's domicil, hvor medarbejdere, der var omfattet af overdragelsen, forblev placeret.

Nycomed A/S

Nycomed A/S, der var det øverste danske koncernselskab, blev stiftet i 2005 af det konsortium, som købte Nycomed-koncernen samme år. I forbindelse med købet havde Nycomed A/S optaget et såkaldt PIK-lån ("Payment-in-Kind") fra eksterne långivere. Renten på PIK-lånet, der var optaget til kurs 99, og som udløb i 2013, udgjorde fast 11,75 %.

Dette lån blev som nævnt erstattet af et koncerninternt lån, idet Nycomed A/S ved låneaftale af 27. december 2006 lånte 501 mio. euro af moderselskabet, Nycomed Sweden Holding 2 AB, som blev anvendt til indfrielse af det omtalte PIK-lån. Ifølge aftalen udgør renten EURIBOR + 8 procentpoint, der tilskrives hovedstolen hvert år den 27. december. Renten udgjorde således per 1. januar 2007 12,03 %, mens den ultimo 2009 udgjorde 9,24 %. De årlige rentetilskrivninger for 2007, 2008 og 2009 udgjorde henholdsvis 61.444.992, 75.498.014 og 61.836.446 euro svarende til henholdsvis 462.064.052, 553.521.299 og 460.646.228 kr. Ifølge låneaftalen skulle lånet først indfries, når Nycomed A/S blev solgt.

Nycomed A/S har foretaget fradrag for de tilskrevne, ikke betalte, renter ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst. Nycomed A/S indeholdt ikke kildeskat af de tilskrevne renter.

"Management Shareholders Agreement"

Takeda A/S har i forbindelse med sagens behandling ved landsretten fremlagt en "Management Shareholders Agreement" fra juli 2007 mellem Nycomed Luxco S.A., Nycomed S.C.A., SICAR, Nycomed Sweden Holding 1 AB, Nycomed Sweden Holding 2 AB, Nycomed A/S, The Investor Shareholders og The Management Shareholders. Aftalen regulerer navnlig The Management Shareholders rettigheder og forpligtelser i forhold til ejerne af Nycomed. S.C.A., SICAR. The Management Shareholders ejer ifølge aftalen alene andele i Nycomed Sweden Holding 2 AB. Aftalen indeholder bl.a. en regulering af muligheder for at disponere over deres aktier, bestemmelser om misligholdelse af aftalen samt en regulering af "Exit".

Det fremgår af aftalen, at der samtidig er indgået en "Investor Shareholders Agreement" mellem de samme parter med undtagelse af "The Management Shareholders", og at denne

aftale har forrang i tilfælde af uoverensstemmelse mellem de to aftaler i relation til ”the Management Shareholders”. Aftalen har ikke været fremlagt under sagen.

Salg af Nycomed-koncernen i 2011 og 2012 – ”Exit”

Den 19. maj 2011 blev der indgået aftale om salg af Nycomed-koncernen (bortset fra koncernens aktiviteter i USA) til Takeda Pharmaceutical Company. Overdragelsen blev gennemført ved, at Nycomed Sweden Holding 2 AB solgte sine aktier i Nycomed A/S (Takeda) til Takeda Pharmaceutical Company den 30. september 2011. Salgssummen for aktierne i Nycomed A/S udgjorde ca. 9,6 mia. euro.

På tidspunktet for gennemførelsen af overdragelsen af aktierne i Nycomed A/S til Takeda Pharmaceutical Company udgjorde Nycomed A/S’ gæld til Nycomed Sweden Holding 2 AB på det omhandlede lån (inklusive tilskrevne renter) 812.900.414 euro.

Den 21. september 2011, umiddelbart inden gennemførelsen af aktieoverdragelsen, konverterede Nycomed Sweden Holding 2 AB hele sit tilgodehavende (inklusive tilskrevne renter) til ny aktiekapital i Nycomed A/S. De nytegnede aktier indgik i overdragelsen til Takeda Pharmaceutical Company.

Umiddelbart efter salget udloddede Nycomed Sweden Holding 2 AB en væsentlig del af salgsprovenuet (ca. 3,8 mia. euro) til sit moderselskab, Nycomed Sweden Holding 1 AB.

Nycomed Sweden Holding 1 AB videreudloddede den væsentligste del af de modtagne udbytter til sit moderselskab, Nycomed S.C.A., SICAR, ligesom selskabet i oktober 2011 indfriede sit lån (inklusive tilskrevne renter), i alt ca. 790 mio. euro, til Nycomed S.C.A., SICAR.

Nycomed Sweden Holding 1 AB havde på tidspunktet for salget ultimo september 2011 et tilgodehavende hos Nycomed Sweden Holding 2 AB på ca. 248 mio. euro vedrørende ikke tilbagebetalte koncernbidrag. Denne gæld blev efterfølgende eftergivet ved, at Nycomed Sweden Holding 1 AB besluttede at yde sit datterselskab et tilskud (aktieägartilskott), hvorved gælden blev udlignet.

Efter salget af Nycomed A/S til Takeda Pharmaceutical Company fungerede Nycomed Sweden Holding 2 AB herefter som holdingselskab for det amerikanske driftsselskab gen-

nem et mellemliggende amerikansk holdingselskab. Den 30. juli 2012 solgte Nycomed Sweden Holding 2 AB (som på dette tidspunkt havde ændret navn til Fougera Sweden Holding 2 AB) sine aktier i det amerikanske holdingselskab til det uafhængige selskab Sandoz Inc. Købesummen udgjorde ca. 1 mia. euro. Den væsentligste del af salgssummen blev i 2012 udloddet til Nycomed Sweden Holding 1 AB, der igen videreudloddede den væsentligste del heraf til sit moderselskab, Nycomed S.C.A., SICAR.

Nycomed S.C.A., SICAR, foretog tilbagebetaling af indskudt kapital samt udbetaling af provenu til sine investorer i forbindelse med kapitalnedsættelser i 2011 og 2012 med i alt ca. 6,1 mia. euro.

B-171-13 NTC Parent S.a.r.l. mod Skatteministeriet

SKATs afgørelse af 18. marts 2011

Den 18. marts 2011 traf SKAT afgørelse om, at Nordic Telephone Company Investment ApS havde pligt til at indeholde kildeskat af de rentebetalinger/-tilskrivninger, der blev foretaget i perioden fra den 1. maj 2006 til den 10. juli 2008 til fordel for selskabets moderselskab, Angel Lux Common S.a.r.l.

SKAT anførte i den forbindelse, at de to luxembourgske selskaber, Angel Lux Common S.a.r.l. og Angel Lux Parent S.a.r.l. efter SKATs opfattelse ikke kunne anses for retmæssige ejere (beneficial owner) i relation til de koncerninterne rentebetalinger/-tilskrivninger, men derimod måtte anses for at fungere som gennemstrømningsenheder for en række kapitalfonde og banker, der hovedsageligt er hjemmehørende i lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, og dermed ikke berettiget til at opnå de fordele, der følger heraf.

Af SKATs afgørelse af 18. marts 2011 fremgår bl.a.:

”Gennemstrømning i form af rentetilskrivning

1. Beskrivelse af selskabet

Nordic Telephone Company Investment ApS er det øverste danske moderselskab for en række danske selskaber, herunder TDC A/S. Koncernen ejer endvidere en række udenlandske datterselskaber.

Nordic Telephone Company Investment ApS blev stiftet den 10. november 2005. Selskabet er fra og med den 14. november 2005 indgået som dattersel-

skab i en koncern. Selskabet er i perioden fra den 14. november 2005 ejet af selskaber i Luxembourg, som igen er ejet af en 5 store kapitalfonde, og fra den 28. april 2006 også af udenlandske banker med en mindre andel.

2. Talmæssig opgørelse i DKK

Indkomstår	Renter for hele året	Heraf indeholdelsespligt for renter for perioden 1.5.-31.12.2006	Heraf indeholdelsespligt for renter for perioden 1.1.-31.3.2008	Heraf indeholdelsespligt for renter for perioden 1.4.-10.7.2008	Renteskatteprocent	Renteskat
2006	1.329.208.093	922.794.206			30 %	276.838.262
2007	1.410.657.397				30 %	423.197.219
2008	824.768.741		390.745.904		30 %	117.223.771
				434.022.837	25 %	108.505.709
I alt						925.764.961

3. Baggrund

Sagen omhandler, hvorvidt Nordic Telephone Company Investment ApS skal tilbageholde rentekildeskat af renterne på aktionærlån til Angel Lux Common S.à.r.l. for perioden fra 1. maj 2006 til 10. juli 2008.

Overordnet er der sket det, at 5 kapitalfonde med henblik på opkøb af TDC A/S i sidste halvår 2005 har etableret en koncern bestående af en række selskaber hjemmehørende i Luxembourg og i Danmark (afsnit 3.1).

Finansieringen af opkøbet af TDC A/S er bl.a. sket ved, at de 5 kapitalfonde m.fl. har udlånt midler til Nordic Telephone Company Investment ApS.

Lånene består af en særlig type erhvervsobligationer, *Preferred Equity Certificates* (benævnt PECs) udstedt af Nordic Telephone Company Investment ApS i december 2005 og januar 2006 (afsnit 3.2).

PECs er efterfølgende i april 2006 overdraget af de 5 kapitalfonde m.fl. til et nystiftet datterselskab i Luxembourg (Angel Lux Parent S.à.r.l.). Dette datterselskab overdrog straks lånet videre til endnu et nystiftet datterselskab (Angel Lux Common S.à.r.l.) (afsnit 3.3 og 3.4). Sidstnævnte datterselskab er således formelt kreditor i forhold til Nordic Telephone Company Investment ApS. Betalinger ved overdragelse af PECs er sket ved etablering af gældsforhold af tilsvarende størrelse.

Renterne ifølge PECs er betalt/tilskrevet i en kæde fra Nordic Telephone Company Investment ApS gennem selskaberne i Luxembourg til de 5 kapitalfonde m.fl. (gennemstrømning) (afsnit 4).

Renterne af PECs er betalt/tilskrevet i perioden fra udstedelsen den 21. december 2005 til 10. juli 2008, hvor der sker gældskonvertering af PECs udstedt af Nordic Telephone Company Investment ApS, herunder for akkumulerede renter.

3.1. Koncernens etablering

...

3.1.1. De 5 kapitalfonde stifter 5 selskaber i Luxembourg

Kabler S.à.r.l., der er hjemmehørende i Luxembourg, bliver stiftet den 4. juli 2005 af:

- Permira Europe III L.P.1
- Permira Europe III L.P.2
- Permira Europe III, GmbH & Co. Kg
- Permira Europe III Co-Investment Scheme
- Permira Investments Limited

Angel Lux I S.à.r.l., der er hjemmehørende i Luxembourg, bliver stiftet den 8. november 2005 af Apax WW Nominees Ltd.

Angel Lux II S.à.r.l., der er hjemmehørende i Luxembourg, bliver stiftet den 8. november 2005 af:

- Blackstone Family Communications Partnership (Cayman) L.P.
- Blackstone Family Investment Partnership (Cayman) IV-A L.P.
- Blackstone Capital Partners (Cayman) IV-A Lp.
- Blackstone Participation Partnership (Cayman) IV L.P.

Hvert selskab tegner ¼ af kapitalen.

Angel Lux III S.à.r.l., der er hjemmehørende i Luxembourg, bliver stiftet den 8. november 2005 af Providence Equity Offshore Partners V LP.

Angel Lux IV S.à.r.l., der er hjemmehørende i Luxembourg, bliver stiftet den 8. november 2005 af KKR Millennium Fund (Overseas) Limited Partnership.

3.1.2. Stiftelse af NTC-selskaberne i Danmark

Nordic Telephone Company Investment ApS stiftes den 10. november 2005. Anparterne overdrages den 14. november 2005 til de 5 nystiftede selskaber i Luxembourg - Angel Lux I S.à.r.l., Angel Lux II S.à.r.l., Angel Lux III S.à.r.l., Angel Lux IV S.à.r.l. og Kabler S.à.r.l.

Nordic Telephone Company Administration ApS og Nordic Telephone Company Finance ApS stiftes af Nordic Telephone Company Investment ApS henholdsvis den 15. og 10. november 2005.

Nordic Telephone Company Holding ApS stiftes af Nordic Telephone Company Finance ApS den 11. november 2005.

Nordic Telephone Company ApS stiftes den 21. oktober 2005 af ekstern advokat, og overtages af Nordic Telephone Company Holding ApS den 30. november 2005.

3.2. Køb af aktier i TDC A/S

Den 30. november 2005 erhverver Nordic Telephone Company ApS 10,08 % af aktiekapitalen i TDC A/S til en købesum på DKK 7.554.600.000 (ca. EUR 1 mia.). Samtidig afgiver Nordic Telephone Company ApS et offentligt købstilbud på den resterende aktiekapital i TDC A/S.

Ved en fondsbørsmeddelelse den 25. januar 2006 offentliggøres det, at Nordic Telephone Company ApS har modtaget salgsaccepter for 78,1 % af aktiekapitalen i TDC A/S og således herefter ejer 88,2 % af aktiekapitalen i TDC A/S.

Denne ejerandel blev efterfølgende reduceret til 87,9 %, som følge af tilbageførsel af medarbejderaktier i december 2006.

Erhvervelsen finansieres, som det nærmere beskrives i det følgende, dels ved låneoptagelse hos tredjemand, dels ved kapitalforhøjelser som foretages fra det ultimative danske moderselskab, Nordic Telephone Company Investment ApS og ned gennem den danske del af koncernen.

Midlerne til disse kapitalforhøjelser hidrører navnlig fra de 5 kapitalfonde. Kapitalen tilføres Nordic Telephone Company Investment ApS på to måder:

1. For det første foretager de 5 selskaber i Luxembourg en kapitalforhøjelse i selskabet.
2. For det andet optager selskabet lån hos de 5 kapitalfonde m.fl. I forbindelse med opkøbet af TDC A/S udsteder Nordic Telephone Company Investment ApS således PECs ad to omgange.

Generelt er PECs et finansielt instrument, der minder om en forrentet erhvervsobligation. Køber af PECs bliver dermed reelt långiver til udstederen af PECs. De betalte renter anses af skattemyndighederne i visse lande som udbytte for ejeren af PECs (långiveren). Forskellen mellem aktier og PECs er bl.a., at aktionæren har sikkerhed i virksomheden og ejer en andel af virksomheden (egenkapitalen), mens PECs-ejeren har en sikkerhed som kreditor (i et tilgodehavende) i selskabet. PECs giver endvidere ikke stemmerettigheder.

3.2.1. Den 21. december 2005 - udstedelse af PECs (afsnit a) og kapitaludvidelser (afsnit b)

3.2.1.a. Udstedelse af PECs

Der udstedes PECs første gang den 21. december 2005 med en samlet værdi på i alt EUR 822.532.075 (ca. DKK 6,1 mia.).

PECs købes den 21. december 2005 af de 5 involverede kapitalfonde som långivere:

- Apax Partners Worldwide LLP (Guernsey, Channel Island)
- The Blackstone Group International Limited (Cayman Island)
- Providence Equity Partners Limited (Cayman Island)
- Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P. (Canada)
- Permira Advisers KB. (Guernsey og Tyskland)

Af "Subscription and Shareholders Agreement" (aktionæroverenskomsten) af den 7. december 2005 fremgår, at PEC-ejere ikke kan købe flere PECs, end hvad der svarer til deres ejerandel af selskabet. Alligevel er det de indirekte ejere af Nordic Telephone Company Investement ApS, der altså køber de PECs, der udstedes den 21. december 2005.

Betingelserne for PECs findes i en del af lånedokumentet til PECs ("Exhibit A, PEC Terms").

Det fremgår af lånedokumentet, at hver PEC har en nominel værdi på EUR 25, og at renten, "yield", på PECs udgør nominelt 10 % p.a., der beregnes dag til dag (hermed skal der beregnes renters rente).

Det kan imidlertid af modtagne kontoudtog fra Nordic Telephone Company Investement ApS konstateres, at renten beregnes af lånets hovedstol – uden de akkumulerede rentetilskrivninger, hvorfor der ikke er beregnet renters rente.

PEC-udsteder bestemmer, hvornår de vil betale renter og afdrag. En evt. betaling af renter vil ske ved betaling af de renter, der først er påløbet (en form for FIFO-princip). Renter og lån forfalder dog til betaling senest i 2054.

3.2.1.b. Kapitaludvidelser

...

Kapitaludvidelser af selskaberne i Luxembourg:

- Apax WW Nominees Ltd. foretager en kapitaludvidelse i Angel Lux I S.à.r.l. med EUR 372.400 (ca. DKK 2,8 mio.).
- Blackstone selskaberne foretager en kapitaludvidelse i Angel Lux II S.à.r.l. med EUR 451.125 (ca. DKK 3,4 mio.).
- Providence Equity Offshore Partners V LP foretager en kapitaludvidelse i Angel Lux III S.à.r.l. med EUR 392.075 (ca. DKK 2,9 mio.).
- KKR Millennium Fund (Overseas) Limited Partnership foretager en kapitaludvidelse i Angel Lux IV S.à.r.l. med EUR 420.600 (ca. DKK 3,1 mio.).
- Permira selskaberne og Schroder Ventures Investments Limited foretager en kapitaludvidelse i Kabler S.à.r.l. med EUR 408.100 (den 20. december 2005) (ca. DKK 3 mio.).

Kapitaludvidelser af selskaberne i Danmark:

De fem selskaber i Luxembourg foretager en kapitaludvidelse den 21. december 2005 i Nordic Telephone Company Investment ApS med DKK 1.533.509.400 (ca. EUR 205,6 mio.).

Efterfølgende foretages der kapitalforhøjelser ned igennem den danske del af koncernen:

- Nordic Telephone Company Investment ApS foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company Administration ApS den 21. december 2005 med DKK 7.667.542.352 (ca. EUR 1 mia.).
- Nordic Telephone Company Administration ApS foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company Finance ApS den 21. december 2005 med DKK 7.667.542.352.
- Nordic Telephone Company Finance ApS foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company Holding ApS den 21. december 2005 med DKK 7.667.542.352.
- Nordic Telephone Company Holding ApS foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company ApS den 30. december 2005 med DKK 7.667.542.352 (hvilket dog allerede foregår den 30. november 2005).

3.2.2. Den 25. januar 2006 - udstedelse af PECs (afsnit a) og kapitaludvidelser (afsnit b)

3.2.2.a. Udstedelse af PECs

Der udstedes anden gang PECs af Nordic Telephone Company Investment ApS den 25. januar 2006. Dette sker med en samlet værdi på EUR 1.011.370.475 (ca. DKK 7,5 mia.).

Samlet er der herefter udstedt PECs for EUR 1.833.902.550 (ca. DKK 13,7 mia.).

Anden pulje PECs købes den 25. januar 2006 af følgende kapitalfonde og banker.:

- Apax Partners Worldwide LLP (Guernsey, Channel Island)
- The Blackstone Group International Limited (Cayman Island)
- Providence Equity Partners Limited (Cayman Island)
- Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P. (Canada)
- Permira Advisers KB. (Guernsey og Tyskland)
- Deutsche Bank
- Credit Suisse
- Barclays
- JP Morgan
- RBS

3.2.2.b. Kapitaludvidelser

...

Kapitaludvidelser af selskaberne i Luxembourg:

- Apax WW Nominees Ltd. og Apax Angel Syndication Partners (Cayman) foretager en kapitaludvidelse i Angel Lux I S.à.r.l. med henholdsvis EUR 264.400 og EUR 85.225. Samlet EUR 349.625 (ca. DKK 2,6 mio.).
- Blackstone selskaberne foretager en kapitaludvidelse i Angel Lux II S.à.r.l. med EUR 626.350 (ca. DKK 4,7 mio.).
- Providence Equity Offshore Partners V LP og 3 andre Providence-selskaber foretager en kapitaludvidelse i Angel Lux III S.à.r.l. med EUR 418.800 (ca. DKK 3,1 mio.).
- KKR Millennium Fund (Overseas) Limited Partnership samt 2 andre KKR selskaber foretager en kapitaludvidelse i Angel Lux IV S.à.r.l. med EUR 479.150 (ca. DKK 3,6 mio.).
- Permira selskaberne og Schroder Ventures Investments Limited foretager en kapitaludvidelse i Kabler S.à.r.l. med EUR 470.675 (ca. DKK 3,5 mio.) (den 24. januar 2006).

Kapitaludvidelser af selskaberne i Danmark:

De fem selskaber i Luxembourg foretager en kapitaludvidelse den 25. januar 2006 i Nordic Telephone Company Investment ApS med DKK 1.748.584.013 (ca. EUR 234 mio.).

Følgende banker foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company Investment ApS den 25. januar 2006 med DKK 137.645.044 (ca. EUR 18,4 mio.) og bliver hermed også anpartshavere:

- Deutsche Bank AG, London
- Credit Suisse International, London
- Barclays Capital PLC, London
- J. P. Morgan Securities LTD., London
- J. P. Morgan Whitefriars Inc., London
- The Royal Bank og Scotland plc., London

Samlet sker der en kapitalforhøjelse i Nordic Telephone Company Investment ApS på DKK 1.886.229.057 (ca. EUR 252,8 mio.).

Efterfølgende foretages der kapitalforhøjelser ned igennem den danske del af koncernen:

- Nordic Telephone Company Investment ApS foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company Administration ApS med DKK 9.433.706.258 (ca. EUR 1,3 mia.).
- Nordic Telephone Company Administration ApS foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company Finance ApS med DKK 9.433.831.258 (ca. EUR 1,3 mia.).

- Nordic Telephone Company Finance ApS foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company Holding ApS med DKK 10.990.784.249 (ca. EUR 1,5 mia.) den 30. januar 2006.
- Nordic Telephone Company Holding ApS foretager en kapitaludvidelse i Nordic Telephone Company ApS med DKK 189.957.143 (ca. EUR 25,5 mio.) den 13. januar 2006 og DKK 59.025.461.110 (ca. EUR 7,9 mia.) den 30. januar 2006.

3.3. Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l.

3.3.1. Stiftelse

Angel Lux Common S.à.r.l., der er hjemmehørende i Luxembourg, stiftes den 25. april 2006 af de tidligere stiftede 5 selskaber i Luxembourg:

- Angel Lux I S.à.r.l.
- Angel Lux II S.à.r.l.
- Angel Lux III S.à.r.l.
- Angel Lux IV S.à.r.l.
- Kabler S.à.r.l.

Angel Lux Parent S.à.r.l., ligeledes hjemmehørende i Luxembourg, stiftes den 26. april 2006. Stiftelse foretages af en række af selskaber m.m., som har relation til primært de fem kapitalfonde.

De 5 selskaber - Angel Lux I S.à.r.l., Angel Lux II S.à.r.l., Angel Lux III S.à.r.l., Angel Lux IV S.à.r.l. og Kabler S.à.r.l. - ejede Angel Lux Common S.à.r.l. fra dette selskabs stiftelse den 25. april 2006 indtil den 20. december 2007. Pr. sidstnævnte dato likvideres de 5 selskaber, således at Angel Lux Parent S.à.r.l. herefter ejer Angel Lux Common S.à.r.l.

Den 27. og 28. april 2006 sker følgende aktieombytninger:

- Alle anparter i Nordic Telephone Company Investment ApS overdrages til Angel Lux Common S.à.r.l.
- De fem selskaber i Luxembourg får alle ejerandele i Angel Lux Common S.à.r.l.
- Anparterne i de fem selskaber i Luxembourg overdrages til Angel Lux Parent S.à.r.l.
- Kapitalfondene og bankerne får alle ejerandele i Angel Lux Parent S.à.r.l.

...[Der henvises til oversigten indsat under afsnittet om Supplerende oplysninger om koncernen og lånene.]

3.3.2. Overdragelse af PECs

Den 27. april 2006 overdrages alle PECs fra de 5 kapitalfonde m.v. til Angel Lux Parent S.à.r.l., der samme dag overdrager dem til Angel Lux Common S.à.r.l.

Angel Lux Common S.à.r.l. er pr. den 27. april 2006 enejer af alle PECs. Anskaffelsessummen er lig med hovedstolen uden vedhængende renter den 27. april 2006.

Hverken de 5 kapitalfonde eller Angel Lux Parent S.à.r.l. modtager effektiv betaling ved overdragelse af PECs. Betalingen sker ved, at der etableres et gældsforhold mellem i første række de 5 kapitalfonde m.v. og Angel Lux Parent S.à.r.l. og i anden række mellem Angel Lux Parent S.à.r.l. og Angel Lux Common S.à.r.l.

Angel Lux Common S.à.r.l. har fra den 27. april 2006 en gæld til Angel Lux Parent S.à.r.l. på samme beløb som Nordic Telephone Company Investment ApS har til Angel Lux Common S.à.r.l.

Ligeledes har Angel Lux Parent S.à.r.l. en gæld til kapitalfondene m.v. på samme beløb som Angel Lux Common S.à.r.l. har til Angel Lux Parent S.à.r.l.

Hovedstolen den 27. april 2006 udgør: EUR 1.833.902.550 (ca. DKK 13,7 mia.).

3.4. Nedbringelse af gæld samt betaling af renter

SKAT har modtaget en oversigt ("PEC status 31-12-2006") fra Nordic Telephone Company Investment ApS. Heraf fremgår det, at selskabet den 6. oktober 2006 betaler et rentebeløb på EUR 55.872.414 (ca. DKK 416 mio.) samt nedbringer hovedstolen med EUR 39.427.325 (ca. DKK 294 mio.), svarende til i alt EUR 95.299.739 (ca. DKK 710 mio.).

Ud fra kontoudtog modtaget af Nordic Telephone Company Investment ApS fremgår betalingen af renter og afdrag [note udeladt] med følgende beløb:

Dato	Beskrivelse	EUR	DKK
06.10.2006	Betalinger	75.513.322	ca. 563 mio.
09.10.2006	Betalinger	18.407.300	ca. 137 mio.
10.11.2006	Betalinger	1.129.746	ca. 8 mio.
	Tilgodehavende hos en PEC-ejer	250.371	ca. 2 mio.
		95.299.739	ca. 710 mio.

Betalingen sker efter følgende betalingssteps:

Første step – TDC A/S udlodder udbytte

Den 11. april 2006 udlodder TDC A/S et udbytte på DKK 43.481 mio. (ca. EUR 5,8 mia.)

Desuden udlodder TDC A/S den 29. juni 2006 ekstraordinært et udbytte på DKK 862 mio. (ca. EUR 115 mio.) Af disse to udbytter udloddes samlet ca. DKK 5 mia. (EUR 670 mio.) til mindretalsaktionærer.

Nordic Telephone Company ApS sender den 11. april 2006 deres udbytte fra TDC A/S videre til Nordic Telephone Company Holding ApS, DKK 39.533.903.000 (ca. EUR 5,3 mia.).

Nordic Telephone Company Holding ApS har optaget et eksternt lån – senior-facility – i forbindelse med købet af TDC A/S. Nordic Telephone Company Holding ApS bruger det modtagne udbytte til at indfri seniorfacility-lånet. Men for at TDC A/S i første omgang overhovedet kan udlodde udbytte er de nødt til at optage et lån. De overtager derfor seniorfacility-lånet. Udlodning, gældsindfrielse og gældsovertagelse sker i sammenhæng.

Andet step – Nordic Telephone Company Holding ApS udlodder udbytte

Den 18. april 2006 udlodder Nordic Telephone Company Holding ApS udbytte til Nordic Telephone Company Finance ApS på DKK 2.363.867.000 (ca. EUR 316 mio.).

Nordic Telephone Company Finance ApS har ligeledes haft optaget et eksternt lån – PIK-lån [note udeladt] – i forbindelse med købet af TDC A/S. Nordic Telephone Company Finance ApS bruger det modtagne udbytte til at indfri PIK-lånet.

Tredje step – Nordic Telephone Company Finance ApS yder lån

Den 4. oktober 2006 optager Nordic Telephone Company Finance ApS et nyt lån på EUR 95.800.000 (ca. DKK 718,5 mio.).

Nordic Telephone Company Finance ApS yder herefter et lån til Nordic Telephone Company Administration ApS på DKK 731.089.000 (ca. EUR 98 mio.).

Fjerde step – Nordic Telephone Company Administration ApS udlodder udbytte

Den 6. oktober 2006 bruger Nordic Telephone Company Administration ApS deres lån fra Nordic Telephone Company Finance ApS til at udlodde udbytte på DKK 712.851.000 (EUR 95,6 mio.) til Nordic Telephone Company Investment ApS.

Femte step - Nordic Telephone Company Investment ApS betaler renter og afdrag

Nordic Telephone Company Investment ApS bruger deres modtagne udbytte til at betale renter og afdrag på PECs, henholdsvis den 6. og 9. oktober 2006 og den 10. november 2006.

Det fremgår som nævnt af kontoudtoget, at Nordic Telephone Company Investment ApS i alt betaler EUR 95.299.739 (ca. DKK 710 mio.). Det fremgår af ”PEC status 31-12-2006” fra selskabet, at der betales EUR 55.872.414 (ca. DKK 416 mio.) i renter og EUR 39.427.325 (ca. DKK 294 mio.) i afdrag til de forskellige selskaber og banker i koncernen.

Heraf betaler de renter/afdrag på EUR 606.857 (ca. DKK 4,5 mio.) til Angel Lux Common S.à.r.l. og EUR 398.510 (ca. DKK 2,9 mio.) til Angel Lux Parent S.à.r.l.

Alle øvrige betalinger sker direkte til kapitalfonde og banker og omfatter både renter og afdrag.

Der sker efter betalingen en reduktion af gældsforholdet alle selskaber imellem med EUR 39.427.325 (ca. DKK 294 mio.). Reduktionen sker mellem Nordic Telephone Company Investment ApS og Angel Lux Common S.à.r.l., samt mellem Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l., og endelig mellem Angel Lux Parent S.à.r.l. i forhold til kapitalfondene og bankerne.

...

Nordic Telephone Company Investment ApS har i et brev af 20. april 2010 redegjort for pengestrømmene omkring PEC, herunder, at selskabet den 19. juni 2007 har betalt EUR 502.439 til PEC-ejere, men af årsregnskabet for 2007 for Angel Lux Common S.à.r.l., fremgår det, at Angel Lux Common S.à.r.l. kun har modtaget EUR 501.129 i 2007. Differencen er ikke oplyst overfor SKAT. Det fremgår ikke af regnskaberne for Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l., om beløbet på EUR 501.129 er viderebetalt til Angel Lux Parent S.à.r.l.

3.5. Udstedelse af PECs i december 2006

Den 7. december 2006 foretages der en mindre kapitaludvidelse af Angel Lux Parent S.à.r.l. med EUR 800. Udvidelsen foretages af HD Invest, Virum ApS

...

Den 22. december 2006 udsteder Nordic Telephone Company Investment ApS desuden PECs til Angel Lux Common S.à.r.l.

Angel Lux Common S.à.r.l. får tilsvarende en forøgelse af deres gæld til Angel Lux Parent S.à.r.l.

Angel Lux Parent S.à.r.l. får ligeledes en forøgelse af deres gæld, hvor HD Invest, Virum ApS kommer ind som anpartshaver og PECs ejer med DKK 318.625 den 22. december 2006. Selve betalingen for PECs udvidelsen sker i marts 2007.

3.6. Status den 31. december 2006

Den 31. december 2006 har Nordic Telephone Company Investment ApS en restgæld på PECs til Angel Lux Common S.à.r.l. på EUR 1.917.212.261 (ca. DKK 14,3 mia.).

Angel Lux Common S.à.r.l. har den 31. december 2006 en restgæld på PECs til Angel Lux Parent S.à.r.l. på EUR 1.917.445.886 (ca. DKK 14,3 mia.).

Angel Lux Parent S.à.r.l. har den 31. december 2006 en restgæld på PECs til kapitalfondene og bankerne på EUR 1.917.853.096 (ca. DKK 14,3 mia.).

Nordic Telephone Management Holding ApS stiftes den 20. december 2006 og kommer ind som anpartshaver i Nordic Telephone Company Investment ApS den 22. december 2006.

Nordic Telephone Management Holding ApS er primært ejet af Angel Lux Common S.à.r.l. med 81,3% og resten af ledende medarbejdere.

...

4. Rentetilskrivningerne på PECs fra den 21. december 2005 til den 10. juli 2008

4.1. Indkomståret 2006:

Nordic Telephone Company Investment ApS har for indkomståret 2006, på grund af forskudt regnskabsår, fratrukket følgende renteudgifter af PECs:

	EUR	DKK
21. december 2005 – 31. december 2005	2.478.864	18.516.053
1. januar 2006 – 31. december 2006	175.811.961	1.329.208.093
I alt fratrukket skattemæssigt	178.290.825	1.347.724.146

Nordic Telephone Company Investment ApS betalte den 6. oktober 2006 renter på PECs, jf. ovenfor afsnit 3.4. Hovedstolen er således pr. 31. december 2006 forøget med følgende renter:

	EUR	DKK
Samlede renteudgifter 21. december 2005 – 31. december 2006	178.290.825	1.347.724.146
Betalte renter den 6. oktober 2006	-55.872.414	-416.462.940
Akkumulerede renteudgifter 31. december 2006	122.418.411	931.261.206

Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. har indtægtsført følgende renteindtægter i 2006:

Beløb i EUR

	Angel Lux Common S.à.r.l.	Angel Lux Parent S.à.r.l.
Akkumulerede renteindtægter 31. december 2006	122.418.411	122.076.311
Renteindtægter modtaget 6. oktober 2006	1.760.727	1.729.595
I alt indtægtsført	124.180.447	123.805.906

Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. har udgiftsført følgende renteudgifter i 2006:

Beløb i EUR

	Angel Lux Common S.à.r.l.	Angel Lux Parent S.à.r.l.
Akkumulerede renteudgifter 31. december 2006	122.076.311	122.101.996
Betalte renteudgifter 6. oktober 2006	1.729.595	1.712.610
I alt udgiftsført	123.805.906	123.814.606

Angel Lux Parent S.à.r.l. har for 2006 indtægtsført de renteudgifter, som Angel Lux Common S.à.r.l. fratrækker for PECs.

Der er tale om tre forskellige låneforhold, der illustreres nedenfor for 2006:
(Beløb i EUR):

GÆLD	Investment	TILGODE	Common		
Hovedstol	1.833.902.550	Hovedstol	1.833.902.550		
Indfrielse	(39.427.325)	Indfrielse	(39.427.325)		
Forøgelse	318.625	Forøgelse	318.625		
Sum	1.794.793.850	Sum	1.794.793.850		
Renter	122.418.411	Renter 10%	122.419.720		
10%					
Ultimo	1.917.212.261	Ultimo	1.917.213.570		
		GÆLD		TILGODE	Parent
		Hovedstol	1.833.902.550	Hovedstol	1.833.902.550
		Indfrielse	(38.851.600)	Indfrielse	(38.851.600)
		Forøgelse	318.625	Forøgelse	318.625
		Sum	1.795.369.575	Sum	1.795.369.575
		Renter	122.076.311	Renter	122.076.311
		9,96875%		9,96875%	
		Ultimo	1.917.445.886	Ultimo	1.917.445.886
				GÆLD	
				Hovedstol	1.833.902.550
				Indfrielse	(38.470.075)
				Forøgelse	318.625
				Sum	1.795.751.100
				Renter	122.101.996
				9,96875%	
				Ultimo	1.917.853.096

Det fremgår af skemaet ovenfor, at hovedstolen primo 2006 er af samme størrelse, og at gælden ultimo 2006 er af næsten samme størrelse hos de tre selskaber.

Det fremgår desuden, at gældsnedbringelsen på EUR 39.427.325 (ca. DKK 294 mio.), jf. ovenfor afsnit 3.4. kan følges fra Nordic Telephone Company Investment ApS til Angel Lux Common S.à.r.l, men gælden fra Angel Lux Common S.à.r.l. til Angel Lux Parent S.à.r.l. er kun reduceret med EUR 38.851.600.

Gælden fra Angel Lux Parent S.à.r.l. til PEC-ejerne hos kapitalfondene og bankerne er kun reduceret med EUR 38.470.075.

SKAT er ikke bekendt med årsagen til forskellene i gældsnedbringelserne.

Videre fremgår det, at renten er 10 % p.a. i Nordic Telephone Company Investment ApS, mens den er 9,96875% p.a. i både Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l.

Angel Lux Parent S.à.r.l.'s gæld pr. 31. december 2006 til PECs-ejerne er sammensat således:

Beløb i EUR

	Hovedstol	Skyldige renter	Gæld i alt 31.12.2006
Apax	282.989.375	19.241.847	302.231.222
Blackstone	421.854.900	28.684.000	450.538.900
KKR	352.262.200	23.952.049	376.214.249
Permira	348.946.375	23.726.589	372.672.964
Providence	317.467.075	21.586.156	339.053.231
Deutsche Bank, London Branch	23.475.125	1.596.190	25.071.315
Crédit Suisse Securities Europe Limited	16.252.000	1.105.054	17.357.054
JP Morgan Whitefriars Inc	3.524.500	239.648	3.764.148
JP Morgan Securities Limited	7.310.200	497.057	7.807.257
Barclays Capital Princ. Invest. Limited	10.834.675	736.703	11.571.378
RBSM Invest. Limited	10.834.675	736.703	11.571.378
TOTAL	1.795.751.100	122.101.996	1.917.853.096

4.2. Indkomståret 2007:

For indkomståret 2007 har Nordic Telephone Company Investment ApS skattemæssigt fratrukket følgende renteudgifter af PECs:

	EUR	DKK
Akkumulerede renteudgifter 31. december 2007	191.218.786	
Betalte renter den 19. juni 2007	502.439	
I alt udgiftsført	191.721.225	1.410.657.397

Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. har indtægtsført følgende renteindtægter i 2007:

	Beløb i EUR	
	Angel Lux Common S.à.r.l.	Angel Lux Parent S.à.r.l.
Akkumulerede renteindtægter 31. december 2007	191.218.788	191.145.387
Betalte renter i 2007	501.129	
I alt indtægtsført	191.719.917	191.145.387

Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. har udgiftsført følgende renteudgifter i 2007:

	Beløb i EUR	
	Angel Lux Common S.à.r.l.	Angel Lux Parent S.à.r.l.
Akkumulerede renteudgifter 31. december 2007	191.145.387	191.164.588

Angel Lux Parent S.à.r.l. har for 2007 indtægtsført de renteudgifter, som Angel Lux Common S.à.r.l. fratrækker for PECs.

Bilag 9 indeholder en tabel med rentetilskrivningerne vedrørende PECs for indkomståret 2007 i de tre nævnte selskaber. Tabellen er baseret på ca. tal i EUR vedrørende Nordic Telephone Company Investment ApS, idet SKAT kun er i besiddelse af de præcise rentetilskrivninger fra dette selskab i danske kroner.

BILAG 9 Rentetilskrivning indkomståret 2007 (beløb i EUR)

GÆLD	Investment	TILGODE	Common		TILGODE	Parent
Hovedstol	1.917.212.261	Hovedstol	1.917.213.570 ¹		Hovedstol	1.917.445.886
Betaling	-502.439	Betaling	-501.129 ²		Renter 9,96875%	191.145.387
Renter 10%	191.721.225	Renter 10%	191.719.917		Ultimo	2.108.591.273
Ultimo	2.108.431.047	Ultimo	2.108.432.358		GÆLD	
					Hovedstol	1.917.853.096
					Renter 9,96875%	191.164.588
					Ultimo	2.109.017.684

4.3. Indkomståret 2008:

For indkomståret 2008 har Nordic Telephone Company Investment ApS skattemæssigt fratrukket følgende renteudgifter af PECs:

	EUR	DKK
Akkumulerede renteudgifter 1. januar 2008 – 10. juli 2008	107.725.849	
Betalte renter den 27. juni 2008	2.880.370	
I alt udgiftsført	110.606.219	824.768.741

Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. har indtægtsført følgende renteindtægter i 2008:

	Beløb i EUR	
	Angel Lux Common S.à.r.l.	Angel Lux Parent S.à.r.l.
1. januar 2008 – 10. juli 2008	107.149.774	
1. januar 2008 – 31. december 2008		210.515.257

Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. har udgiftsført følgende renteudgifter i 2008:

	Beløb i EUR	
	Angel Lux Common S.à.r.l.	Angel Lux Parent S.à.r.l.
1. januar 2008 – 31. december 2008	210.515.257	210.221.308

Angel Lux Parent S.à.r.l. har for 2008 indtægtsført de renteudgifter, som Angel Lux Common S.à.r.l. fratrækker for PECs.

Bilag 10 indeholder en tabel med rentetilskrivningerne vedrørende PECs for indkomståret 2007 i de tre nævnte selskaber.

BILAG 10 Rentetilskrivning indkomståret 2008 (beløb i EUR)

GÆLD	Investment	TILGODE	Common		
Hovedstol	2.108.431.047	Hovedstol	2.108.432.358		
Renter 10%	110.606.219	Renter 10%	107.149.774		
Ultimo	INGEN ³	Ultimo	INGEN		
		GÆLD		TILGODE	Parent
		Hovedstol	2.108.591.273	Hovedstol	2.108.591.273
		Renter 9,96875%	210.515.257	Renter 9,96875%	210.515.257
		Ultimo	2.319.106.530	Ultimo	2.319.106.530
		GÆLD		TILGODE	
		Hovedstol		Hovedstol	2.109.017.684
		Renter 9,96875%		Renter 9,96875%	210.221.308
		Ultimo		Ultimo	2.319.238.992

Det fremgår af tabellen, at renteudgifterne, som Nordic Telephone Company Investment ApS fratrækker i indkomståret 2008, er væsentligt reduceret i forhold til de 2 foregående indkomstår. Dette skyldes, at restgælden samt de ikke-betalte tilskrevne renter bliver konverteret til yderligere anpartskapital i Nordic Telephone Company Investment ApS den 10. juli 2008.

Renten er fortsat 10 % p.a. fra Nordic Telephone Company Investment ApS til Angel Lux Common S.à.r.l. indtil gældskonverteringen den 10. juli 2008.

Forrentningen mellem Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. er indtil den 9. juli 2008 9,96875% p.a., og samme procent er gældende videre fra Angel Lux Parent S.à.r.l. Det fremgår af årsregnskabet for Angel Lux Common S.à.r.l. for indkomståret 2009, at forrentningen af PECs mellem Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. bliver ændret den 9. juli 2008 fra 9,96875% p.a. til 10 % p.a. Forrentningen af PECs fra Angel Lux Parent S.à.r.l. til kapitalfondene og bankerne er fortsat uændret 9,96875% p.a.

Regnskabet for 2009 for Angel Lux Parent S.à.r.l. er endnu ikke tilgængeligt, hvorfor SKAT ikke har kunnet konkludere, om der ligeledes sker en gældskonvertering her.

5. Aktivitet i Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l.

Angel Lux Parent S.à.r.l. og Angel Lux Common S.à.r.l. i Luxembourg har, ud fra hvad der fremgår af årsregnskaberne for indkomståret 2006-2008, en minimal fysisk tilstedeværelse i Luxembourg.

Af regnskabet for Angel Lux Common S.à.r.l. for 2006 fremgår det således på side 4, at der er udgifter på 8.701 EUR, som benævnes Other external charges samt udgifter på EUR 209.349 der er benævnt som Other operating charges. Disse er specificeret i bilag 4 (Annexe 4) (se tabel nedenfor).

Af regnskabet for Angel Lux Parent S.à.r.l. for 2006 fremgår det ligeledes på side 4, at der er udgifter på 3.337 EUR, som benævnes Other external charges, samt udgifter på EUR 127.031 der er benævnt som Other operating charges. Disse er specificeret i bilag 4 (Annexe 4) (se tabel nedenfor).

Angel Lux Common S.à.r.l.

Autres charges externes (<i>Andre eksterne udgifter</i>)	8.701
Rémunération personnel (<i>løn</i>)	7.810
Cotisation sécurité sociale (<i>Sociale sikkerheds bidrag</i>)	891
Autres charges opérationnelles (<i>Andre driftsomkostninger</i>)	209.349
Loyers et charges locatives (<i>Leje og lokaleudgifter</i>)	3.253
Dépenses téléphone (<i>Telefonudgifter</i>)	300
Honoraires notaire (<i>Notar</i>)	7.030
Frais légaux (<i>Advokathonorar</i>)	174.579
Frais de comptabilité (<i>regnskabsomkostninger</i>)	5.000
Frais d'audit (<i>Revisionsomkostninger</i>)	10.000
Frais fiscaux (<i>omkostninger skat</i>)	6.000
Autres frais de personnel (<i>Andre personaleomkostninger</i>)	1.324
Secrétariat social (<i>løn</i>)	424
Voyage et subsistance (<i>Rejse og opholdsudgifter</i>)	644
Dépenses fournitures (<i>Forsyningsudgifter</i>)	511
Autres frais de personnel (<i>Andre personaleomkostninger</i>)	284
SKATs oversættelse	

Angel Lux Parent S.à.r.l.

Autres charges externes (<i>Andre eksterne udgifter</i>)	3.337
Rémunération (<i>løn</i>)	2.996
Charges sociales (<i>Sociale sikkerheds bidrag</i>)	341
Autres charges opérationnelles (<i>Andre driftsomkostninger</i>)	127.031
Loyers et charges locatives (<i>Leje og lokaleudgifter</i>)	3.253
Honoraires notaire (<i>Notar</i>)	58.250
Frais légaux (<i>Advokathonorar</i>)	43.170
Frais de comptabilité (<i>regnskabsomkostninger</i>)	5.000
Frais d'audit (<i>Revisionsomkostninger</i>)	10.000
Frais fiscaux (<i>omkostninger skat</i>)	6.000
Secrétariat social (<i>løn</i>)	324
Voyage (<i>Rejse</i>)	820
Autres frais de personnel (<i>Andre personaleomkostninger</i>)	214
SKATs oversættelse	

Af regnskaberne for Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. fremgår det således, at der betales beskedne udgifter til eventuelle ansatte og til indretning/leje af lokaler.

Indkomståret 2006 er første indkomstår for selskaberne i Luxembourg, hvor- med dette kan være med til at forklare den store udgift til advokat og notar.

SKAT har efterspurgt dokumentation for udgiftsposterne hos både Nordic Telephone Company Investment ApS og myndighederne i Luxembourg i form af lejekontrakt, ansættelseskontrakter samt indregistrering i Luxembourg som arbejdsgiver. Desuden har SKAT anmodet myndighederne i Luxembourg om specifikation af omkostningerne til advokat samt notar. Materialet er ikke modtaget.

Selskaberne Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. får ikke tilført yderligere likviditet bortset fra de enkeltstående beløb de modtager fra Nordic Telephone Company Investment ApS den 6. oktober 2006 på henholdsvis 606.857 EUR og 398.510 EUR i forbindelse med betalingen af renter og afdrag, jf. ovenfor afsnit 3.4. I afsnit 4 ovenfor er beskrevet, at Nordic Telephone Company Investment ApS den 19. juni og den 27. juni 2008 betaler renteudgifter til PEC-ejerne på henholdsvis EUR 502.439 og EUR 2.880.370. Derudover har selskaberne resterende likvider fra deres stiftelse, som kan dække underskuddene i selskaberne.

Ud fra regnskaberne kan det lægges til grund, Angel Lux Common S.à.r.l.'s eneste aktiv, ud over datterselskabsaktierne, er fordringen på PECs hos Nordic Telephone Company Investment ApS.

Myndighederne i Luxembourg har informeret SKAT om, at Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. er fuldt skattepligtige til Luxembourg.

Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. har registreret hjemsted på adressen Boulevard de Prince Henri 41. SKAT har undersøgt adressen nærmere. Tilsyneladende anvendes adressen som kontorhotel. Der er ganske vist en bygning med kontorer, men en søgning via google viser, at dette er adressen på flere forskellige (store som små) selskaber.

Adressen bliver også anvendt af selskaber, med direkte tilknytning til den ene af de 5 store kapitalfonde (Apax).

6. Øvrige strukturændringer

6.1. De fem mellemliggende selskaber i Luxembourg

Angel Lux I S.à.r.l., Angel Lux II S.à.r.l., Angel Lux III S.à.r.l., Angel Lux IV S.à.r.l. og Kabler S.à.r.l. likvideres alle den 20. december 2007.

...

6.2. Gældskonverteringen hos Nordic Telephone Company Investment ApS og Angel Lux Common S.à.r.l.

Den 10. juli 2008 sker der en gældskonvertering hos Nordic Telephone Company Investment ApS af PECs af den resterende hovedstol samt akkumulerede renter.

Ejerstrukturen pr. 31. december 2008 er uændret fra ejerstrukturen 31. december 2007 ...

Det fremgår af regnskaberne for Angel Lux Common S.à.r.l., at der sker en gældskonvertering i Angel Lux Common S.à.r.l. den 18. december 2009.

Regnskabet for 2009 for Angel Lux Parent S.à.r.l. er som nævnt endnu ikke tilgængeligt, hvorfor SKAT ikke har kunnet se ud af regnskabet, om der ligeledes sker en gældskonvertering her.

6.3. Fusioner i danske selskaber i 2009

I december 2009 vedtages følgende fusioner med tilbagevirkende kraft til 1. januar 2009:

- TDC A/S og Nordic Telephone Company ApS (med TDC A/S som det fortsættende selskab).
- Nordic Telephone Company Investment ApS, Nordic Telephone Company Administration ApS, Nordic Telephone Company Finance ApS og Nordic Telephone Company Holding ApS (med Nordic Telephone Company Administration ApS som det fortsættende selskab).

Den 18. december 2009 vedtages en aktieombytning, således at Angel Lux Parent S.à.r.l. overtager aktiebesiddelsen i Nordic Telephone Management Holding ApS fra Angel Lux Common S.à.r.l.

...

6.4. Udbytte i 2009 til kapitalfondene m.m.

Den 22. april 2010 oplyste finansdirektøren i TDC A/S til pressen (Computerworld), at de schweiziske konkurrencemyndigheder ikke ville godkende TDC A/S' salg af en del af det schweiziske datterselskab, Sunrise. Et salg, som umiddelbart ville indbringe TDC A/S DKK 11 mia. I den forbindelse oplyser finansdirektøren, at koncernen ikke fortryder udbetalingen af DKK 6 mia. til aktionærerne.

Ved en pressemeddelelse fra den 17. december 2009 meddelte koncernen, at salget af Sunrise indbringer TDC A/S godt DKK 11 mia., hvorfor det er vedtaget at foretage en fremrykket udbytteudbetaling på DKK 6 mia. til selskabets aktionærer i 2009.

Da 87,9 % af aktiekapitalen i TDC A/S er ejet af Angel Lux Common S.à.r.l., vil den største del af det ekstraordinære udbytte på DKK 6 mia. være kanaliseret via Angel Lux Common S.à.r.l.

Af årsregnskabet for Angel Lux Common S.à.r.l. for indkomståret 2009 er oplyst, at selskabets gæld til Angel Lux Parent S.à.r.l. er konverteret til yderligere "anpartskapital" den 18. december 2009, men udbyttet fra TDC A/S er ikke medregnet i årsregnskabet for Angel Lux Common S.à.r.l.

Udbytteandelen, som Angel Lux Common S.à.r.l. ses derfor være videreført til kapitalfondene. Det skal dog bemærkes, at SKAT ikke på nuværende tidspunkt er i besiddelse af årsregnskabet for Angel Lux Parent S.à.r.l. for indkomståret 2009, men i artiklen, hvor finansdirektøren i TDC A/S udtaler sig, er der ikke en tilbagevisning af, at udbyttet er endt hos kapitalfondene.

SKAT vil på et senere tidspunkt undersøge, om der i forbindelse med udbetalingen af udbytte i slutningen af 2009 til kapitalfondene burde have tilbageholdt udbytteskat.

6.5. Fusion i 2010 af Angel Lux Common S.à.r.l. og Nordic Telephone Administration ApS

I årsregnskabet for 2009 for Angel Lux Common S.a.r.l. er der på side 12 en information om, at bestyrelsen i selskabet den 15. januar 2010 har vedtaget at selskabet skal fusionere med Nordic Telephone Company Administration ApS med virkning fra den 1. januar 2010.

Den danske del af koncernen har i en storaktionærmeddelelse fra den 16. april 2010 meddelt, at det øverste danske selskab (fra den 1. januar 2009), Nordic Telephone Company Administration ApS fusioneres med Angel Lux Common S.a.r.l. med virkning fra den 1. januar 2010.

Angel Lux Common S.a.r.l. bliver det fortsættende selskab og Nordic Telephone Company Administration ApS opløses ved fusionen.

Derved vil Angel Lux Common S.a.r.l. blive ejeren af 87,9 % af aktierne i TDC A/S.

...

7. Indeholdelse af renteskat

7.1. Intern ret

Det er fastslået i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 1. pkt., at selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, bliver skattepligtige til Danmark, såfremt 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 § 3B (kontrolleret gæld). Efter selskabsskattelovens § 2 stk. 1, litra d, er der således som udgangspunkt begrænset skattepligt af koncerninterne renter.

Bestemmelserne i skattekontrollovens § 3 B beskriver, om skattepligtige er undergivet bestemmende indflydelse i form af ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 % af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 % af stemmerne. Ved lov nr. 308 af 19. april 2006 blev der med virkning pr. 1. maj 2006 indsat en bestemmelse i § 3 B, stk. 2, 3. pkt. om, at der 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 ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.

Ligningslovens § 2, stk. 2, 3. pkt. beskriver, at ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 % af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 % af stemmerne.

Som en undtagelse til udgangspunktet, følger det af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, at kildebeskatningen af renter skal frafalde, 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.

Efter kildeskattelovens § 65 D skal der i forbindelse med enhver udbetaling eller godskrivning af renter til et selskab, der er skattepligtigt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, indeholdes 30 % af den samlede rente. Fra den 1. april 2008 er satsen ændret til 25 %. Indeholdelsen foretages af den, for hvis regning udbetalingen eller godskrivningen foretages.

Skattepligten i medfør af § 2, stk. 1, litra d, er endeligt opfyldt ved den i henhold til kildeskattelovens § 65 D foretagne indeholdelse af renteskat, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 2, 3. pkt.

I henhold til bestemmelsen i kildeskattelovens § 69 indtræder der hæftelse for ikke indeholdt kildeskat, medmindre selskabet godtgør, at der ikke er udvist forsømmelse fra selskabets side.

7.1.1. SKATs vurdering i nærværende sag

Det er SKATs opfattelse, at betingelserne for, at der som udgangspunkt er begrænset skattepligt til Danmark af de omhandlede renter i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, er opfyldt. Det er endvidere SKATs opfattelse, at denne beskatning hverken skal frafalde i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg, jf. bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982 af dobbeltbeskatningsoverenskomst af 17. november 1980, eller i medfør af rente-/royaltydirektivet jf. direktiv 2003/48/EF. I relation til sidstnævnte henvises der med hensyn til den nærmere begrundelse herfor til de to følgende afsnit nedenfor.

Bestemmelserne om ”kontrollerende myndighed” fremgår som nævnt af skattekontrollovens § 3B.

Først den 27. april 2006 blev anparterne i Nordic Telephone Company Investment ApS ejet af Angel Lux Common S.à.r.l., og dermed af en anpartshaver, som havde ejerskabet til mere end 50 %, og dermed den bestemmende indflydelse. Den bestemmende indflydelse indtræder derfor først den 27. april 2006.

Ligningslovens § 2, stk. 2, 3 pkt. blev som nævnt vedtaget og trådte i kraft den 21. april 2006, og har virkning fra og med den 1. maj 2006, hvorved kredsen af

parter, som kan have den bestemmende indflydelse bliver udvidet, således at der også skal medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.

I forhold til Nordic Telephone Company Investment ApS, så vil samtlige fonde og fondsejede selskaber samt banker, der er aktionærer i Angel Lux Parent S.à.r.l., og dermed indirekte ejer af Nordic Telephone Company Investment ApS, være omfattet af den udvidede bestemmelse om ”bestemmende indflydelse”.

Det er dog en betingelse, som beskrevet i ligningslovens § 2, stk. 2, 3 pkt., at selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.

I ”Second Amended and Restated Subscription and Shareholders Agreement” (aktionæroverenskomsten) af den 27. april 2006 er beskrevet om udøvelsen af den fælles bestemmende indflydelse vedrørende blandt andet ejerskabet til PECs, jf. blandt andet ”Article VII, Transfers, 7.7 Certain Transferees to Become Parties”, hvorfor SKAT anser samtlige aktionærer i Angel Lux Parent S.à.r.l. for, at være omfattet af bestemmelserne i ligningslovens § 2, stk. 2, 3 pkt.

Dermed er der, i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, hjemmel til at beskatte renter (begrænset skattepligt) hos udenlandske selskaber, fonde og foreninger mv. fra kilder i Danmark, når der er tale om kontrolleret gæld, jf. skattekontrollovens § 3B.

SKAT lægger til grund, at betingelserne for anvendelsen af de særlige undtagelser i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3.- 7. punktum, ikke er til stede.

SKAT anser dermed renterne for omfattet af begrænset skattepligt i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 1. pkt.

Selskabet har ikke indeholdt renteskatten.

Det er SKATs opfattelse, at selskabet hæfter for den ikke indeholdte renteskat i medfør af kildeskattelovens § 69, idet selskabet har handlet forsømmeligt ved ikke at indeholde kildeskatten.

Det bemærkes i denne forbindelse, at anvendelsen af begrebet retmæssig ejer i dobbeltbeskatningsoverenskomsten og rente-/royaltydirektivet er udtryk for et værn mod misbrug af henholdsvis dobbeltbeskatningsoverenskomsten og rente-/royaltydirektivet, og at det er SKATs opfattelse, at der i relation til vurderingen af, om der er handlet forsømmeligt, jf. kildeskattelovens § 69, må stilles større krav til agtpågivenheden, når der er tale om overholdelse af en værnsregel og betaling af renter til en nærtstående.

Det fremgår af ”Second Amended and Restated Subscription and Shareholders Agreement” (aktionæroverenskomsten) af den 27. april 2006, at Angel Lux Parent S.à.r.l., Angel Lux Common S.à.r.l., Nordic Telephone Company Investment ApS, Nordic Telephone Company ApS og de fem mellemliggende sel-

skaber i Luxembourg alle skal lade sig registrere som anpartsselskaber efter amerikansk lov [note slettet] samt at alle aktionærer og PEC ejere ligeledes skal følge amerikansk lov på dette punkt, jf. "Article XI, Additional covenants and agreements, 11.1 Certain Tax Matters".

Ligeledes er i samme afsnit anført at PECs ikke vil blive anset som gæld, men derimod egenkapital efter amerikansk lov.

I afsnittet "Article XII Miscellaneous, 12.3 Notices" i "Second Amended and Restated Subscription and Shareholders Agreement" (aktionæroverenskomsten) af den 27. april 2006 fremgår det, at aftalen og spørgsmål omkring denne skal behandles efter amerikansk lov – medmindre det er nødvendigt at behandle enkelte punkter efter luxembourgsk eller dansk lov.

Ud fra "Second Amended and Restated Subscription and Shareholders Agreement" (aktionæroverenskomsten) af den 27. april 2006 fremgår det, at selskabet har ved at forsøge at sikre sig fordele, som hverken rente-/royaltydirektivet eller den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst tilsigter adgang til, og ved bevidst at have deltaget i et arrangement uden nogen forretningsmæssig begrundelse, indladt sig på en risiko.

SKAT anser det for at være uden betydning, om der i perioden fra den 1. maj 2006 – 10. juli 2008 er foretaget en egentlig pengeoverførsel af de betalte renter, eller renterne dagligt er tilskrevet gælden. Kildeskatteloven § 65 D beskriver, at i forbindelse med enhver udbetaling eller godskrivning af rente, skal der ske tilbageholdelse af renteskat.

Forholdet om betaling contra tilskrivning er behandlet i ligningsvejledningen S.A.2.7, og det gør ingen skattemæssig forskel, om der sker fysisk pengeoverførsel eller ej.

Selskabet hæfter dermed for den ikke indeholdte renteskat for perioden efter 1. maj 2006.

7.1.2. For perioden indtil den 1. maj 2006

SKAT anser selskaberne i Luxembourg, Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l. for at være koncernforbundne, men ikke kapitalfondene og deres selskaber samt bankerne efter de dagældende regler, hvorfor der ikke kan indeholdes kildeskat.

7.2. OECDs Modeloverenskomst og den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatnings-overenskomst

Efter ordlyden af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 2. pkt., fraviges udgangspunktet om begrænset skattepligt af renter i tilfælde, hvor beskatningen skal frafalde eller nedsættes i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller rente-/royaltydirektivet.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 17. november 1980 mellem Danmark og Luxembourg, jf. bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982, fastsætter, at renter, der hidrører fra én kontraherende stat, og som betales til et selskab

hjemmehørende i en anden kontraherende stat, kun - hvis dette selskab er "den retmæssige ejer" af renterne - kan beskattes i denne anden stat, jf. artikel 11, stk. 1.

Udgangspunktet i dobbeltbeskatningsoverenskomsten er derfor, at det ikke er muligt at anse renter betalt til et moderselskab i Luxembourg for omfattet af den begrænsede skattepligt i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, idet kildebeskatningen afskæres.

Som det fremgår ovenfor, er det imidlertid efter dobbeltbeskatningsoverenskomstens ordlyd en betingelse for afskæringen af Danmarks ret til som kildestat at beskatte renter, at modtageren af renterne er "den retmæssige ejer".

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.

I kommentarerne til Modelkonventionen er spørgsmålet om forståelsen af udtrykket "retmæssig ejer" nu navnlig behandlet i punkt 12, 12.1 og 12.2, til artikel 10, hvori følgende er anført (med de her tilføjede fremhævninger):

"12. Kravet om retmæssigt ejerskab blev indsat i art. 10, stk. 2, for at tydeliggøre betydningen af ordene "betalt... til en person, der er hjemmehørende", således som de anvendes i artiklens stk. 1. Det gøres herved klart, at kildestaten ikke er forpligtet til at give afkald på sin beskatningsret til udbytteindkomst, blot fordi indkomsten umiddelbart blev betalt til en person, der er hjemmehørende i en stat, med hvilken kildestaten har indgået en overenskomst. Udtrykket retmæssig ejer er ikke anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhængen og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse.

12.1 Når en indkomst betales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat og som handler i sin egenskab af agent eller mellemmand, vil det ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, at kildestaten indrømmer lempelse eller skattefritagelse alene på grundlag af den umiddelbare indkomstmodtagers status som en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Den umiddelbare indkomstmodtager er i denne situation en person, der er hjemmehørende i den anden stat, men ingen dobbeltbeskatning opstår som følge heraf, da indkomstmodtageren ikke anses for ejer af indkomsten i skattemæssig henseende i den stat, hvori han er hjemmehørende. Det ville ligeledes ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skulle indrømme lempelse 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 for-

melle ejer, reelt har meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter.

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

I relation til fortolkningen af begreberne retmæssig ejer og gennemstrømnings-selskaber henviser SKAT endvidere til daværende Skatteminister Kristian Jensens svar til Folketingets skatteudvalg på spørgsmål 2 vedrørende L-30 – Forslag til Lov om indgåelse af protokol om ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater. Der blev her spurgt, hvorfor Danmark ikke som USA har taget forbehold mod brug af gennemstrømnings-selskaber. I svaret anføres, at et land ikke skal indsætte forbehold om, at det vil anvende regler eller fortolkninger, som er nævnt i OECD-modellens bemærkninger.

...

7.2.1. SKATs vurdering i nærværende sag

Det fremgår af modelkonventionen, kommentarerne hertil samt international retspraksis, at det afgørende ved fastlæggelsen af, hvorvidt den formelle beløbsmodtager er "retmæssig ejer", er, i hvilket omfang den formelle beløbsmodtager har været beføjet til at disponere over det tilskrevne/modtagne beløb og kunnet drage nytte heraf.

Når den formelle beløbsmodtagers reelle beføjelser til at træffe afgørelse om, hvorledes der skal disponeres over tilskrevne/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 de mellemliggende selskaber får nogen reel mulighed for at disponere på anden måde end fastlagt af ejerne, ikke har de mellemliggende selskaber som "retmæssig ejer".

Det er SKATs opfattelse, at de to luxembourgske selskaber, Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l., ikke har nogen selvstændig ret til at disponere over rentebeløbene og hermed ikke er retmæssige ejere.

Det er således SKATs opfattelse, at ingen af de to mellemliggende selskaber i Luxembourg, Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l., i relation til de koncerninterne rentebetalinge kan anses for retmæssig ejer (beneficial owner), jf. art. 11, stk. 1 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

De to selskaber i Luxembourg anses derimod for at fungere som gennemstrømningsenheder for kapitalfondene og bankerne, der hovedsageligt er hjemmehørende i lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, og dermed ikke berettiget til at opnå de fordele, der følger heraf.

Renterne strømmer således fra den danske del af koncernen gennem selskaberne i Luxembourg og videre til kapitalfondene og bankerne.

Det kan efter SKATs opfattelse ikke tillægges afgørende betydning, at der er sket aflejring af 0,03125%, (forskellen mellem 10% rente i Danmark og 9,96875% rente i Luxenbourg), i rentemarginal i det nederste af de to koncernselskaber i Luxemburg, Angel Lux Common S.à.r.l. Det forhold, at der i kraft af de på forhånd fastlagte rentesatser, er truffet beslutning om at "efterlade" et mindre beløb i Luxembourg - som ikke benyttes til kommercielle aktiviteter eller lign. - er således ikke ensbetydende med, at der har været nogen reel bestemmelsesret fra Angel Lux Common S.à.r.l. side i relation til, hvorledes der skulle forholdes med tilskrevne/modtagne renter.

Det bemærkes også, at der ikke ses at være noget kommercielt formål med indskydelsen af de to luxembourgske holdingselskaber, som ikke ses at have andet formål end at søge at undgå dansk kildestatsbeskatning (eller opnå andre skattemæssige fordele).

Det er SKATs opfattelse, at der i nærværende sag er tale om misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg.

Nægtelse af at lade koncernen drage fordel af dobbeltbeskatningsoverenskomstens fordele strider således efter SKATs opfattelse ikke imod overenskomstens overordnede formål om undgåelse af dobbeltbeskatning.

Såfremt SKAT accepterede at lade de luxembourgske selskaber være omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg og dermed være omfattet af undtagelsen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, ville der derimod være tale om tildeling af en formålsstridig fordel.

SKAT anser dermed rentebetalingen/-tilskrivningen for omfattet af skattepligt i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

7.3. Forholdet til EU-retten

Af de indledende bemærkninger i rente-/royaltydirektivet 2003/49/EF fremgår bl.a. følgende (med SKATs fremhævninger):

(1) På et indre marked, der har karakter af et hjemmemarked, bør transaktioner mellem selskaber fra forskellige medlemsstater ikke være undergivet ringere beskatningsvilkår end de vilkår, der gælder for de samme transaktioner mellem selskaber fra samme medlemsstat.

(2) Dette krav er i øjeblikket ikke opfyldt for så vidt angår betaling af renter og royalties; de nationale skattelovgivning - eventuelt kombineret med bilaterale eller multilaterale overens-

komster - kan måske ikke altid sikre afskaffelse af dobbeltbeskatning, og skattereglernes anvendelse medfører ofte tyngende administrative formaliteter og likviditetsproblemer for de pågældende selskaber.

(3) Det må sikres, at renter og royalties beskattes én gang i en medlemsstat.

(4) Den mest hensigtsmæssige måde at fjerne førnævnte formaliteter og problemer på og samtidig sikre, at nationale og tværnationale transaktioner behandles skattemæssigt ens, er at ophæve beskatningen af renter og royalties i den medlemsstat, hvor de opstår, uanset om beskatningen sker ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse; det er især nødvendigt at ophæve sådanne skatter i forbindelse med betalinger mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater samt mellem sådanne selskabers faste driftsteder.

(5) Ordningen bør kun gælde for eventuelle renter eller royalties, der ville være blevet aftalt mellem betaleren og den retmæssige ejer, såfremt der ikke havde bestået en særlig forbindelse

(6) Medlemsstaterne må ikke afskæres fra at træffe passende foranstaltninger til **bekæmpelse af svig og misbrug.**

...

(10) Målet for dette direktiv, nemlig etablering af et fælles system for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne og kan derfor bedre gennemføres på fællesskabsplan; Fællesskabet kan derfor træffe foranstaltninger i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, jf. traktatens artikel 5. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. nævnte artikel, går direktivet ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål -

Direktivets formål er således at sikre, at renter betalt over grænserne mellem medlemslandene behandles på samme vilkår som inden for grænserne i de enkelte medlemslande, men at denne ordning kun gælder for eventuelle renter, der ville blive aftalt såfremt der ikke havde bestået en særlig forbindelse. Derudover er formålet, at renterne beskattes i én medlemsstat, og at misbrug og svig kan bekæmpes.

Begrebet retmæssig ejer fremgår således allerede af de indledende bemærkninger. Derudover fremgår begrebet af art. 1, der har følgende ordlyd ...

Allerede af denne årsag er det utvivlsomt, at EU-retten ikke er til hinder for gennemførelse af en kildebeskatning af renterne i Danmark i tilfælde, hvor den retmæssige ejer ikke er hjemmehørende i EU.

Endvidere giver direktivet ved art. 5 medlemsstaterne mulighed for at nægte skatteydere direktivets fordele i de situationer, der har karakter af svig og misbrug. Art. 5 har følgende ordlyd ...

Anvendelsen af begrebet ”retmæssig ejer” i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne tjener netop til bekæmpelse af svig eller misbrug. I henhold til art. 5 er direktivet således ikke til hinder for, at der pålægges kildeskat, når den retmæssige ejer ikke er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Den omstændighed, at der indeholdes kildeskat på renter, når de betales til et ikke-hjemmehørende selskab, udgør ikke en restriktion i den frie bevægelighed, allerede fordi der ikke sker en skattemæssig forskelsbehandling.

...

Det er endvidere SKATs opfattelse, at EU-Domstolens praksis viser, at der ikke er noget til hinder for at afskære selskaber etableret i en anden medlemsstat fra at påberåbe sig EU-retten – herunder de harmoniserede regler, der følger af bl.a. moder-/datterselskabsdirektivet – når det må lægges til grund, at etableringen af et holdingselskab i en anden medlemsstat ”*tager sigte på at undgå kildeskat på betalinger til ikke-europæiske foretagender, hvis en sådan konstruktion ikke tjener noget kommercielt formål*”, jf. Kommissionens fortolkning af ”Rent kunstige arrangementer” offentliggjort i EUR-Lex-52007DC0785.

Selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra d, indebærer efter sin klare ordlyd, at Danmark ikke skal fratage kildeskat, medmindre der efter rente-/royaltydirektivet består en egentlig pligt hertil.

Fra EU-Domstolens praksis om misbrugsbegrebet kan bl.a. henvises til Cadbury Schweppes-dommen (sag C-196/04, Cadbury Schweppes, Saml. 2006, s.I-7995), Halifax-dommen (sag C-255/02, Halifax, Saml. 2006, s. I-1609) og Part Service-dommen (sag C-425/06, Part Service Srl.).

EU-Domstolen udtaler i Cadbury-Schweppes-dommen i relation til de engelske CFC-regler bl.a.:

”.. for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.”

Den momsretlige Halifax-dom omhandler gennemstrømningsselskaber, idet der i sagen var tale om en momsfrataget bank med 5 % momsfradrag, som lod sine relevante transaktioner passere et fuldt momspligtigt datterselskab med henblik på at opnå fuldt momsfradrag.

Om dommen samt dommens betydning i den efterfølgende sag Part Service Srl. anføres i Momsvejledningen 2010, afsnit C.4., følgende:

”Fordele som følger af momslovenes bestemmelser, herunder reglerne om fradrag, kan ikke gøres gældende, når de transaktioner m.v. der begrunder denne ret, udgør et misbrug.

- *Det følger af EF-domstolens praksis, jf. sag C-255/02, Halifax plc., præmis 74 og 75, at konstateringen af misbrug kræver, at følgende betingelser er opfyldt:*
- *De omhandlede transaktioner - selvom de betingelser der er fastsat i de relevante bestemmelser formelt er overholdt - ville indebære, at der blev opnået en afgiftsfordel, som det ville stride mod formålet med disse bestemmelser at tildele.*

Det skal tillige fremgå af en samlet række objektive omstændigheder, at hovedformålet med de omhandlede transaktioner er opnåelsen af en afgiftsfordel.

At det er tilstrækkeligt for at konstatere misbrug, at det er hovedformålet - og herved ikke det eneste formål - med transaktionen at opnå en afgiftsfordel har EF-domstolen fastslået i den efterfølgende dom i sagen C-425/06 (Part Service Srl.)

Ved vurderingen af hovedformålet, kan transaktionernes rent kunstige karakter tillige med juridiske, økonomiske og/eller personlige forbindelser mellem de aktører, der tager del i planen vedrørende lettelse af afgiftsbyrden tages i betragtning, jf. Halifax-dommen præmis 81.”

Ved vurdering af hovedformålet med etableringen har EU-Domstolen lagt særlig vægt på, om der er substans i selskabets domicilland, eller om der er tale om et rent kunstigt arrangement, hvilket ikke kun indebærer formel etablering, men også faktisk udøvelse af økonomisk virksomhed.

SKAT er derfor af den opfattelse, at EU-retten ikke i videre omfang end de på Modelkonventionen baserede dobbeltbeskatningsaftaler kan anses for at afskære Danmark fra at gennemføre en kildestatsbeskatning af renter ud fra en betragtning om, at de pågældende beløbs retmæssige ejere er hjemmehørende uden for EU.

7.3.1. SKATs vurdering i nærværende sag

For at kunne bringe direktivets fordele i anvendelse er det en betingelse, at selskaberne i Luxembourg kan anses for at være den retmæssige ejer af renterne hidrørende fra de danske koncernselskaber. Det er SKATs vurdering, at denne betingelse ikke er opfyldt. Der henvises herved til det anførte i de foregående afsnit.

Endvidere henviser SKAT i nærværende sag til misbrugsbestemmelsen i direktivets art. 5, der ligeledes kan føre til, at direktivets fordele nægtes.

SKAT er opmærksom på Landsskatterettens kendelse af 3. marts 2010, offentliggjort som SKM2010.268 LSR, hvori Landsskatteretten har anført, at der ikke i dansk ret er hjemmel til at nægte et selskab de fordele, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet, når selskabet er rette indkomstmodtager af udbyttet,

og når de foretagne dispositioner ikke kan tilsidesættes ud fra realitetsbetragtninger.

Moder-/datterselskabsdirektivet indeholder ikke - på tilsvarende vis som rente-/royaltydirektivet - en udtrykkelig betingelse om, at det kun er den retmæssige ejer, der kan påberåbe sig direktivets bestemmelse om, at der ikke kan indeholdes kildeskat, men direktivet indeholder i artikel 1, stk. 2, en bestemmelse, der svarer til rente-/royaltydirektivets artikel 5.

I det omfang rente-/royaltydirektivets art. 5 skal anses for relevant, er SKAT - som det fremgår af ovennævnte - ikke enig i, at der alene kan være hjemmel til at nægte direktivets fordele ud fra den domstolsskabte praksis om rette indkomstmodtager eller ud fra realitetsbetragtninger. Derimod er det som anført SKATs opfattelse, at der er hjemmel til at nægte direktivets fordele både på grundlag af misbrugsbestemmelsen i direktivets artikel 5, og på grundlag af den domstolsskabte praksis om det generelle EU-retlige misbrugsbegreb.

Det bemærkes i denne forbindelse, at Landsskatteretten i sin kendelse af 3. marts 2010 desuden konkret vurderede, at SKAT ikke havde godtgjort, at det i sagen omhandlede luxembourgske selskab ikke var retmæssig ejer af det pågældende udbyttebeløb. De faktiske omstændigheder, der førte Landsskatteretten til denne vurdering, er efter SKATs opfattelse ikke sammenlignelige med de faktiske omstændigheder i nærværende sag.

Det bemærkes også, at en endelig beslutning vedrørende indbringelse af Landsskatterettens kendelse af 3. marts 2010 for domstolene endnu ikke er taget.

SKAT anser de luxembourgske selskaber for at være indskudte mellemed, der ikke selv drager økonomisk fordel af rentebetalingen.

SKAT finder således, at det ville være i strid med rente-/royaltydirektivets formål at lade koncernen opnå direktivets fordele.

7.4. Selskabets bemærkninger

SKAT modtog en skrivelse af 20. april 2010 fra Nordic Telephone Company Investment ApS hvoraf følgende fremgår:

Som også anført under vores tidligere drøftelser er det vores opfattelse, at der ikke er noget belæg for, at NTC Investment ApS skulle have udvist forsømmelighed ved ikke at indeholde renteskat, jf. hertil kildeskattelovens § 69: "Den, som undlader at opfylde sin pligt til et 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".

Det er efter praksis SKAT, der skal bevise, at NTC Investment ApS har udvist forsømmelighed. Indtil videre har SKAT intet anført til støtte herfor, mens vi – som også anført blandt andet på mødet den 21. januar 2010 – har gennemført en række undersøgelser, som bekræfter at der ikke i forbindelse med rentetil-

skrivningerne/-betalingerne var noget grundlag for at antage, at der skulle have været indeholdt renteskat og dermed at der er udvist nogen forsømmelighed:

- *Besigtigelse: Vi har været i Luxembourg og besøgt moderselskabet Angel Lux Common, mødt de ansatte, set lokalerne, inventaret og faciliteterne, samt set hvor bestyrelsen holder deres bestyrelsesmøder.*
- *Møder: Udover som nævnt at have mødt de ansatte, har vi på møde i år i Luxembourg mødt to af Angel Lux Commons tre uafhængige bestyrelsesmedlemmer, som fortalte om bestyrelsesarbejdet.*
- *Undersøgelse af selskabsretlige forhold: Angel Lux Common er et selskab placeret i EU, og selskabsretligt samt skattemæssigt hjemmehørende i Luxembourg.*
- *Sammenlignet med danske selskaber: Angel Lux Common er et "S.A.R.L." selskab som svarer til dansk aktie/anpartsselskab, der efter en dansk synsvinkel kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt.*
- *Forholdt os til fordringens karakter: PECs kvalificeres som fordringer. Angel Lux Common er ejer af PECs og kreditor for fordringen. En fordringsejer er rette indkomstmotager for de renter, der betales iht. fordringen.*
- *Undersøgelse af EU-ret og DBO: Rente-/royaltydirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg finder anvendelse og hver for sig fører de til, at der ikke skal indeholdes kildeskat.*
- *Undersøgt dansk litteratur og vejledninger: I SKATs egen kildeskattevejledning nævnes ikke en kildeskatsproblematik mellem et dansk selskab og et EU-selskab, og ej heller i anden litteratur fremgår, at der skulle være en kildeskatsproblematik, jf. eksempelvis vejledningen til blanket nr. 06.26 og ligningsvejledningen S.A.2.7.*

NTC Investment har foretaget en række undersøgelser, som bekræfter at der ikke i forbindelse med rentetilskrivningerne/-betalingerne var noget grundlag for at antage, at der skulle have været indeholdt renteskat og kan således ikke siges at have udvist forsømmelighed.

Hertil kommer, at der senest er offentliggjort bl.a. Landsskatterettens afgørelse SKM2010.268.LSR, som underkender SKATs påstand om indeholdelsespligt. Dette støttes af Skatterådet i SKM2010.240.SR.

7.5. SKATs kommentarer til selskabets bemærkninger

SKAT har gennemgået selskabets bemærkninger vedrørende spørgsmålet om forsømmelighed. Det er SKATs opfattelse, at selskabet jf. det foranstående har udvist forsømmelighed, idet det blandt andet fremgår af de aktionæraftaler, som er en del af hele aftalekomplekset, at der bevist skal handles således, at den opstillede konstruktion ikke genererer kildeskattet. Dette forhold har været kendt af alle led i koncernen, hvorfor forsømmelighedsaspektet tilbagevises.

8. SKATs foreløbige afgørelse

Det er på den baggrund SKATs opfattelse, at der skal ske indeholdelse af rentekildeskat af de tilskrevne/betalte renter i Nordic Telephone Company Investment ApS til Angel Lux Common S.å.r.l. i perioden fra 1. maj 2006 til den 10. juli 2008.

Det gælder dog ikke den andel af renterne, som ender hos de ultimative PECs-ejere, der er hjemmehørende i et DBO-land.

De skattemæssige konsekvenser for Nordic Telephone Company Investment ApS for indkomstårene 2006 – 2008 er herefter følgende:

Indkomstår	Renter for hele året	Heraf indeholdelsespligt for renter for perioden 1.5.-31.12.2006	Heraf indeholdelsespligt for renter for perioden 1.1.-31.3.2008	Heraf indeholdelsespligt for renter for perioden 1.4.-10.7.2008	Renteskatteprocent	Renteskat
2006	1.329.208.093	922.794.206			30 %	276.838.262
2007	1.410.657.397				30 %	423.197.219
2008	824.768.741		390.745.904		30 %	117.223.771
				434.022.837	25 %	108.505.709
I alt						925.764.961

Såfremt selskabet efterfølgende fremkommer med dokumentation, der påviser, at der blandt kapitalfondene og bankerne er enkelte hjemmehørende i lande med en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, vil SKAT foretage rettelser i grundlaget for beregningen af ovenstående.

Tilsvarende vil korrektion af grundlaget blive foretaget, såfremt SKAT foretager ændringer af rentesatsen for PECs.”

Det fremgår videre af SKATs afgørelse af 18. marts 2011, at selskabet i november 2010 klagede over SKATs foreløbige afgørelse af 28. april 2010 og redegjorde nærmere for sagen, men at dette ikke gav SKAT anledning til at ændre den foreløbige afgørelse. Følgende fremgår afslutningsvist af afgørelsen af 18. marts 2011:

”11. SKATs krav til dokumentation for bagvedliggende investorer for at frafalde eller nedsætte skattekravet

SKAT har den 17. marts 2011 i en mail til selskabets repræsentanter skrevet følgende:

Siden fremsendelsen af agterskrivelsen vedrørende indeholdelse af rentekildeskat har der som bekendt været afholdt en lang række møder mellem selskabet (for nemheds skyld benævnt TDC i det flg.) og SKAT vedrørende såvel denne

agterskrivelse som de øvrige agterskrivelser, der var blevet fremsendt samtidig.

Det har under disse møder bl.a. været drøftet, om der var mulighed for at opnå en nedsættelse af og/eller en forligsmæssig løsning i relation til de omhandlede skattekrav.

For så vidt angår rentekildeskatten rejste TDC på et møde den 18. august 2010 kort spørgsmålet om, hvilke krav SKAT ville stille med hensyn til dokumentation for bagvedliggende investorer for at frafalde eller nedsætte skattekravet.

Spørgsmålet blev på ny rejst på det følgende møde den 18. november 2010, hvor TDC oplyste, at man ikke havde sin undersøgelse af de bagvedliggende ejere klar, og mødet blev (i relation til spørgsmålet om rentekildeskatten) afsluttet med en forespørgsel fra selskabets side, om der var mulighed for eventuelt at kunne forlige sagen. For at vurdere muligheden herfor ønskede selskabet at give udsættelse med forældelsesfristen, således at man kunne tilvejebringe oplysninger om de bagvedliggende ejere samt give SKAT adgang til gennemgang af materialet om de bagvedliggende ejere.

På det følgende møde den 6. januar 2011 drøftedes alene rentekildeskatten, og der blev af TDC fremvist en mappe fremvist angiveligt indeholdende en liste over de bagvedliggende ejere – en liste, som SKAT dog ikke fik mulighed for at se. SKAT oplyste, at det var op til virksomheden at fremlægge dokumentation vedrørende de bagvedliggende ejere, og at SKATs mulighed for på teoretisk plan præcist at forholde sig til problemstillingen var begrænsede, når man ikke havde kendskab til de bagvedliggende ejerstrukturer. Man oplyste dog om de yderligere krav, der generelt stilles til eventuelt frafald eller nedsættelse af kildebeskatningen.

Vedrørende kildeskatteproblemstillingen blev det herefter på møde den 4. februar 2011 oplyst af TDC, at de ikke anså det for sandsynligt, at der kunne opnås et tilfredsstillende resultat set fra kapitalfondenes side, og at man derfor ikke var positivt indstillet over for at give SKAT adgang til informationen om de bagvedliggende ejere.

Problemstillingen blev senest drøftet på et møde i mandags, den 14. marts 2011, hvor der fra TDCs side blev efterlyst en skriftlig redegørelse for de krav, som SKAT vil stille for at kunne frafalde eller nedsætte kildeskatten.

SKAT er principielt af den opfattelse, at TDC har fået al den information om SKATs holdning til problemstillingen, som SKAT har mulighed for at give, så længe TDC ikke vil fremkomme med oplysninger overhovedet om de bagvedliggende ejerstrukturer. Sådanne oplysninger er simpelthen nødvendige for, at SKAT mere konkret kan vurdere, hvilke krav SKAT kan stille for at kildeskatten eventuelt kan frafaldes eller nedsættes.

Som følge af risikoen for forældelse vil SKAT træffe afgørelse i sagen senest i morgen den 18. marts 2011, da TDC har oplyst, at man ikke vil suspendere forældelsen yderligere. Da TDC, v. Christer Bell, i går telefonisk har givet udtryk for, at man – på trods af, at man ikke ønsker at forsøge at leve op til SKATs krav - ønsker en skriftlig redegørelse for de krav, som SKAT vil stille

for at kunne frafalde eller nedsætte kildeskatten, skal SKAT dog oplyse følgende:

Det er SKATs opfattelse, at renterne er strømmet igennem holdingselskaberne i Luxembourg, og at disse selskaber ikke kan påberåbe sig hverken DBO'en eller EU-retten (rente-/royaltydirektivet), fordi de ikke er renternes retmæssige ejere.

SKAT har intet kendskab til de bagvedliggende ejerstrukturer, men det er SKATs opfattelse, at i det omfang gennemstrømningen er sket til selskaber, der er hjemmehørende i et DBO- eller EU-land, vil der eventuelt skulle ske en nedsættelse (evt. et frafald) af kildeskatten.

SKAT baserer denne vurdering på, at hensigten med kravet om, at den formelle modtager af renterne er renternes retmæssige ejer, er at forhindre skatteunddragelse og misbrug. Et misbrug af DBO'erne/EU-retten vil imidlertid ikke forekomme, hvis renterne umiddelbart strømmer videre til et selskab i et DBO- eller EU-land og dér betragtes som skattepligtige for den bagvedliggende ejer.

En sådan videregennemstrømning vil – i hvert fald som udgangspunkt – forudsætte, at den bagvedliggende (retmæssige) ejer har modtaget et beløb, der er

1) beløbsmæssigt identisk med det beløb, der i første led er strømmet videre,

2) har samme karakter som det fra Danmark udbetalte beløb, dvs. beløbet må ikke have ændret karakter, således at det i domicillandet ikke undergives en beskatning efter samme regelsæt, som det ville være blevet, hvis beløbet var udbetalt direkte fra Danmark til den pågældende (retmæssige) ejer,

3) beløbet skal være modtaget og beskattet i samme indkomstperiode, som hvis det var blevet udbetalt direkte fra Danmark til den bagvedliggende (retmæssige) ejer.

Hvis renterne strømmer videre til en transparent enhed, rejser det særlige problemstillinger:

Hvis enheden anses for transparent efter både dansk ret og domicillandets ret, vil det isoleret set kunne tale for, at man skal anse næste led i ejerkæden for renternes retmæssige ejer. Hvis dette næste ejerleds domicil-land også anser enheden for transparent, vil der kunne være mulighed for at opnå en nedsættelse af kildeskatten ved påberåbelse af en DBO (eller evt. EU-retten) indgået mellem næste ejerleds domicil-land og Danmark (naturligvis under forudsætning af, at næste ejerled kan anses for retmæssig ejer, hvilket kan nødvendiggøre en undersøgelse af, om gennemstrømningen faktisk er stoppet i det pågældende led).

Anser næste ejerleds domicil-land derimod ikke enheden for transparent, vil næste ejerled ikke kunne påberåbe sig en eventuel DBO/EU-retten. Dette skyldes, at næste ejerled i så fald ikke skattemæssigt (i sit hjemland) er blevet anset for modtager af renterne og derfor ikke vil være en person, der kan påberåbe sig DBO'en, jf. pkt. 6.5 i kommentarerne til artikel 1 i modelkonventionen, jf.

også pkt. 54, 65 og 69-70 i "The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships".

Endelig kan nævnes, at selv om næste ejerleds domicil-land principielt betragter enheden som transparent, kan der være tilfælde, hvor næste ejerled ikke kan påberåbe sig en DBO, nemlig hvis der efter domicil-landets regler er mulighed for at vælge at anse enheden for ikke-transparent, jf. som eksempel herpå sagen refereret i Tfs2003.167.LSR hvor DBO'en mellem Danmark og USA ikke fandt anvendelse, idet USA ikke anså en (ellers transparent) enhed for transparent på grund af en anvendelse af check-the-box reglerne.

Det skal understreges, at SKAT i mangel af enhver form for oplysninger om de bagvedliggende ejerstrukturer mv. ingen mulighed har for at vide, i hvilket omfang disse betingelser er opfyldt, og SKAT kan heller ikke udelukke, at der i tilfælde af en nærmere undersøgelse af problemstillingen vil kunne opstå yderligere forhold, som skal inddrages i vurderingen.

På det foreliggende grundlag – hvor TDC har afvist at fremkomme med enhver form for oplysninger om, hvordan de bagvedliggende ejerstrukturer er indrettet – er det heller ikke muligt for SKAT præcist at vurdere, hvordan TDC i givet fald skal dokumentere, at betingelserne for frafald/nedsættelse af kildeskatten er opfyldt. Hvis TDC ønsker at forsøge at godtgøre, at betingelserne er opfyldt, vil SKAT dog naturligvis være villig til at drøfte disse dokumentationskrav.

SKAT har imidlertid forstået, at det er TDCs egen opfattelse, at de af SKAT opstillede krav ikke er opfyldt, og spørgsmålet om dokumentationskravenes omfang er derfor også kun af teoretisk interesse.

Som nævnt vil SKAT træffe afgørelse i sagen senest den 18. marts 2011, da TDC har oplyst, at man ikke vil suspendere forældelsen yderligere. Hvis der senest den 18. marts kl. 12 er fremkommet bemærkninger til denne mail, vil SKAT i videst muligt omfang forsøge at tage højde herfor i afgørelsen.

SKAT skal understrege, at den korte frist til at fremkomme med eventuelle bemærkninger skal ses i lyset af dels risikoen for forældelse, dels den omstændighed, at der er tale om en problemstilling, der har været gjort til genstand for drøftelser ved flere lejligheder, således at TDC er bekendt med SKATs synspunkter og først på mødet i mandags tilkendegav, at man ønskede en skriftlig redegørelse fra SKAT.

11.1. SKATs bemærkninger til selskabets kommentarer af 18. marts 2011 om krav til dokumentation for bagvedliggende investorer

Selskabet er den 18. marts 2001 fremkommet med kommentarer til ovenstående mail fra SKAT. Selskabets bemærkninger er anført under punkt "9.8. Bemærkninger til SKATs krav til dokumentation for bagvedliggende investorer for at frafalde eller nedsætte skattekravet".

SKAT kan knytte følgende bemærkninger til den modtagne mail fra selskabets repræsentant:

- SKAT har ikke givet tilsagn om nedsættelse af renteskat, hvis de bagvedliggende selskaber havde hjemsted i et DBO-land.

SKAT har derimod mundtligt og skriftligt fremført, at såfremt selskabet efterfølgende fremkommer med dokumentation, der påviser, at der blandt kapitalfondene og bankerne er enkelte hjemmehørende i lande med en dobbeltbeskatnings-overenskomst med Danmark, vil SKAT eventuelt foretage rettelse i grundlaget for beregningen af ovenstående.

SKAT kan ikke på forhånd give afkald på kildeskat på et abstrakt grundlag, hvorfor det hele tiden har været nødvendigt med yderligere dokumentation om de bagvedliggende ejere.

- SKAT finder det ikke korrekt, som anført af selskabets repræsentant, at NTC S.A. har tilbudt SKAT disse oversigter til gennemgang, og således at SKAT ved stikprøver kan efterprøve investorernes hjemmehørende-status.

Tværtimod har repræsentanten på flere møder afvist at udlevere det eventuelle materiale, som repræsentanten er i besiddelse af.

- SKAT finder endvidere ikke, at det er korrekt som angivet af selskabets repræsentant, at der i mail af 17. marts 2011 er udtrykt yderligere krav i forhold til de mundtlige krav, som er udtrykt i det mødeforløb, som har pågået siden den 6. januar 2011.
- Afslutningsvis er SKAT ikke enig i, som anført af selskabet, at der ikke kan stilles supplerende krav i henhold til kommentaren til OECD's modeloverenskomst samt EU-retten.

Hvis et bagvedliggende selskab i et DBO-land (eller en medlemsstat i EU) ikke skattemæssigt anses for modtager af renterne i hjemlandet, er det SKATs opfattelse, at selskabet ikke kan anses for at være en retmæssig ejer til renterne, der kan påberåbe sig beskyttelse mod kildeskatten i henhold til DBO'en og/eller EU-retten. At selskabet ikke kan påberåbe sig DBO'en følger bl.a. af pkt. 6.5 i kommentarerne til artikel 1 i modelkonventionen, jf. også pkt. 54, 65 og 69-70 i "The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships".

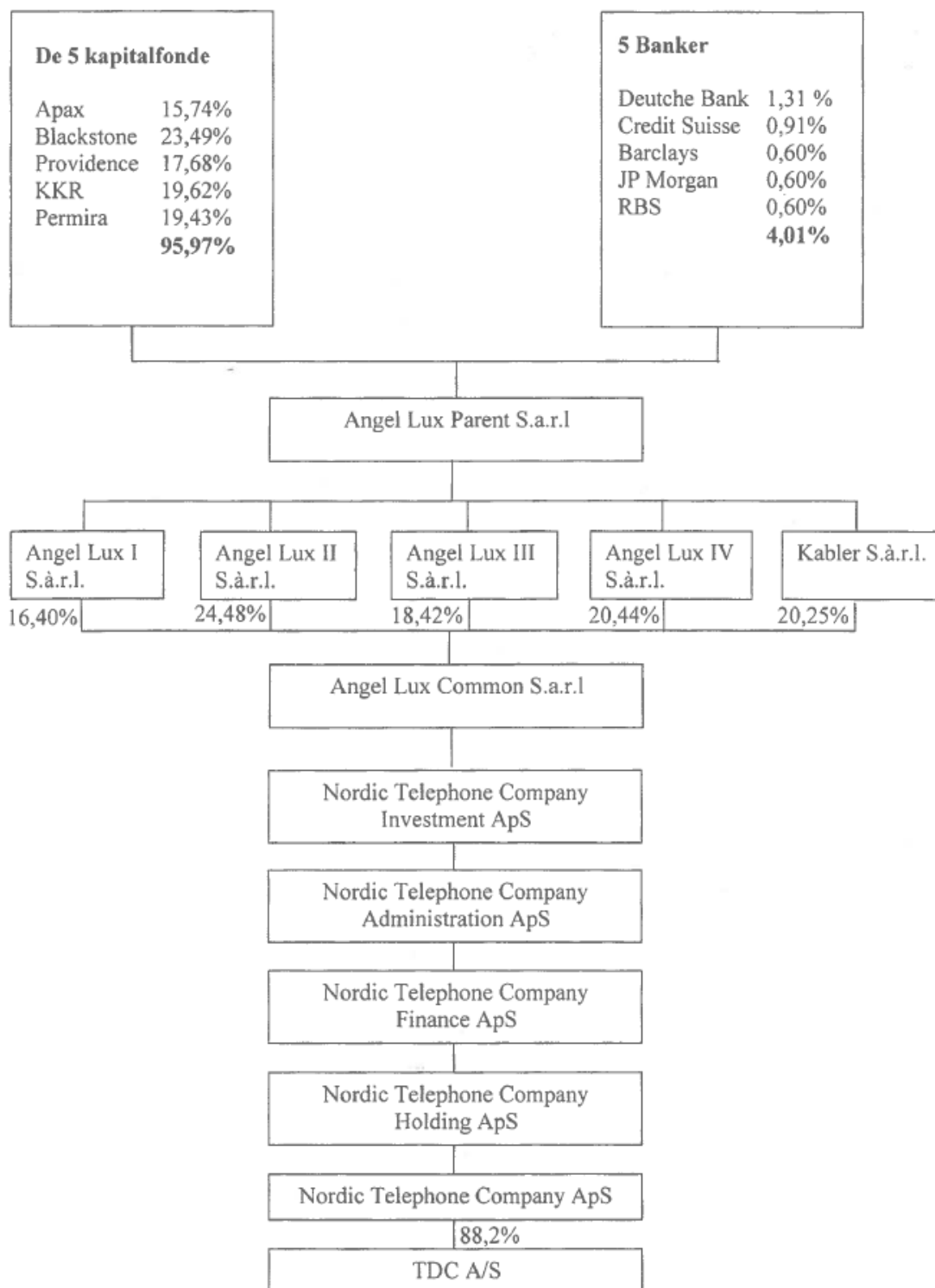
SKATs opfattelse anses ikke for at være i modstrid med OECD's modeloverenskomst samt EU-retten.

Den samlede konklusion er derfor, at ansættelsen fastholdes."

SKAT traf den 5. oktober 2015 afgørelse om, at der skulle tilbagebetales i alt 108.526.049 kr. i renteskat for de omhandlede skatteår. Reguleringen skyldtes, at der ved afgørelsen af 18. marts 2011 var pålagt 30 % i renteskat, men at rentesatsen rettelig skulle være mindre, svarende til rentesatsen der gjaldt for beskatning af danske selskabers renteindtægter. Det samlede krav på kildeskat udgjorde herefter 817.238.912 kr.

Supplerende oplysninger om koncernen og lånene

Pr. 29. april 2006 var koncernstrukturen således (bilag 5 til SKATs afgørelse):

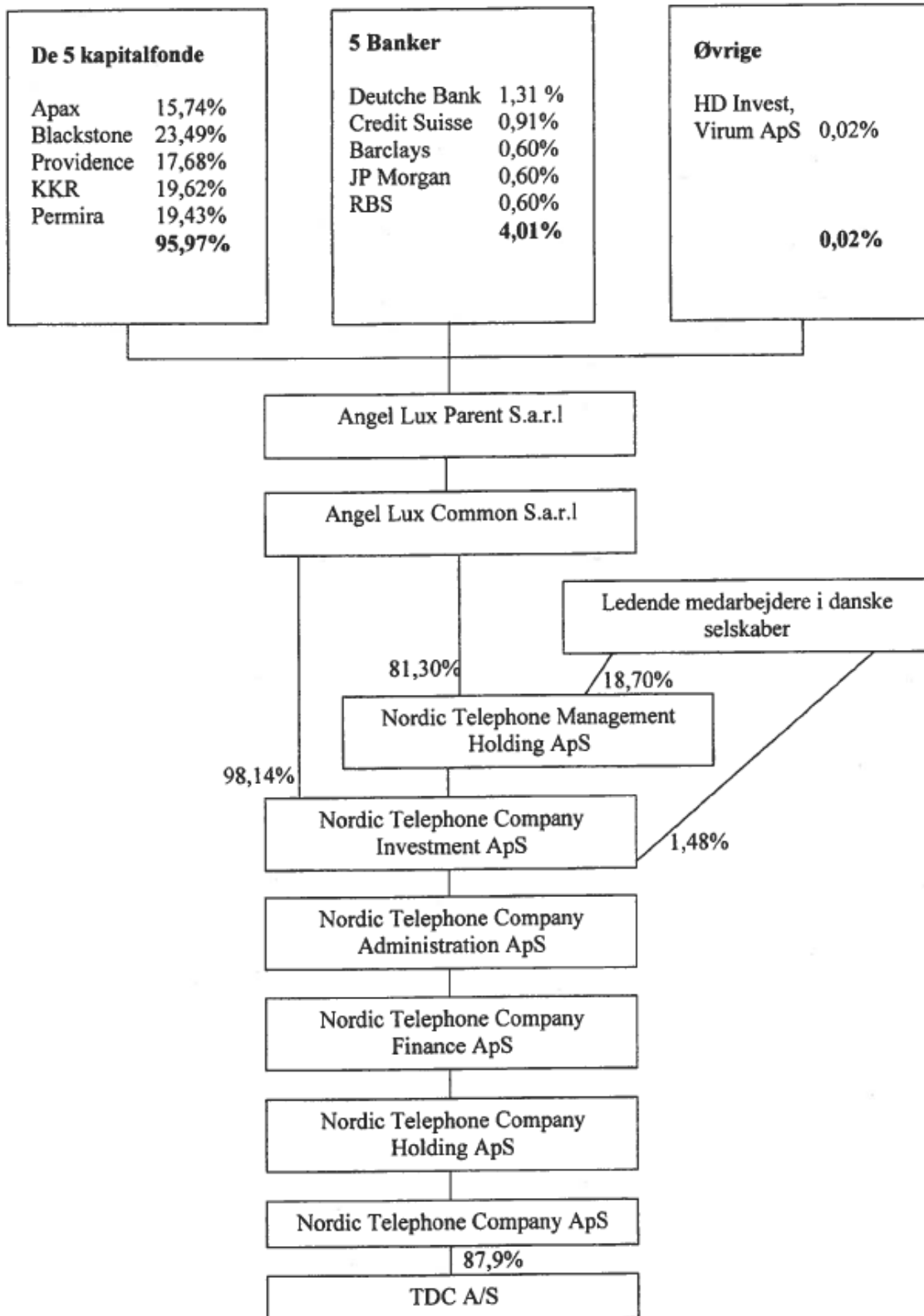


Selskabet Nordic Telephone Management Holding ApS stiftedes herefter den 20. december 2006 og kom ind som anpartshaver i Nordic Telephone Company Investment ApS den 22. december 2006. Nordic Telephone Management Holding ApS var primært ejet af Angel Lux Common S.a.r.l. med 81,3 % og resten af ledende medarbejdere i de danske selskaber.

De fem selskaber, Angel Lux I S.a.r.l., Angel Lux II S.a.r.l., Angel Lux III S.a.r.l., Angel Lux IV S.a.r.l. og Kabler S.a.r.l., blev likvideret pr. 20. december 2007, således at Angel Lux Parent S.a.r.l. herefter ejede Angel Lux Common S.a.r.l.

Pr. 31. december 2007 og 31. december 2008 var koncernstrukturen således (bilag 11 til SKATs afgørelse):

BILAG 11 Koncernoversigt pr. 31. december 2007 og 31. december 2008



Selskaberne Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l.

Angel Lux Common S.à.r.l. og Angel Lux Parent S.à.r.l., der blev stiftet henholdsvis den 25. og 26. april 2006, er begge fuldt skattepligtige til Luxembourg. Af brev af 10. juli 2008 fra skattemyndighederne i Luxembourg til de danske skattemyndigheder fremgår bl.a.:

"...In response to your information requested dated February 27th 2008, your reference 08-034555, W14612, regarding the Luxembourg companies Angel Lux Parent S.à.r.l., Angel Lux I S.à.r.l., Angel Lux II S.à.r.l., Angel Lux III S.à.r.l., Angel Lux IV S.à.r.l. Angel Lux Common S.à.r.l. and Kabler S.à.r.l, I am honoured to inform you:

"...The above mentioned companies are not covered by the law of 15 June 2004 or by any other law granting a special fiscal status. The companies are fully liable to the corporation tax (l'impôt sur le revenu des collectivités), the capital tax (l'impôt sur la fortune), the communal trade tax (l'impôt commercial communal)..."

I perioden fra 2006-2008 havde Angel Lux Common S.à.r.l. driftsudgifter (eksklusive renteudgifter) på henholdsvis ca. 220.000, 140.000 og 700.000 euro, mens Angel Lux Parent S.à.r.l. havde driftsudgifter (eksklusive renteudgifter) på henholdsvis ca. 130.000, 290.000 og 2.140.000 euro. De pågældende udgifter vedrørte bl.a. løn, leje, udgifter til kontorhold, udgifter til eksterne rådgivere mv., som angivet i SKATs afgørelse pkt. 5.

Det fremgår af Angel Lux Common S.à.r.l.'s årsregnskaber for 2007 og 2008, at selskabet i gennemsnit havde to personer ansat på deltid i løbet af årene. Det fremgår af Angel Lux Parent S.à.r.l.'s årsregnskaber for 2007 og 2008, at selskabet i gennemsnit havde én person ansat på deltid i løbet af årene. Der foreligger ikke specifikationer af selskabernes omkostninger for 2007-2009.

Angel Lux Common S.à.r.l.'s eneste aktiv, ud over anparterne i Nordic Telephone Company Investment ApS, var fordringen i henhold til PECs udstedt af samme selskab.

De fremlagte konsortieaftaler

Af en aftale af 24. august 2005 benævnt "Project Angel – Consortium Heads of Terms" fremgår de fem kapitalfonde, Apax Partners Worldwide LLP ("Apax"), The Blackstone Group International Limited ("Blackstone"), Permira Advisers KB ("Permira"), Provi-

dence Equity Partners Limited ("Providence") og Kohlberg Kravis Roberts & Co. Limited ("KKR"), som konsortiemedlemmer. Om "Governance" fremgår det bl.a. af aftalen:

"All significant decisions relating to the conduct of the transaction and, if the proposed transaction is consummated, relating to the business of the acquisition vehicles (collectively, "InvestCo") and the acquired group ("Angel") (i.e., decisions of a type customarily made by a board of directors or the shareholders/equity owners) will require the affirmative approval of at least 3 out of 5 of the Parties..."

Af den supplerende aftale af 16. november 2005 mellem samme fem kapitalfonde benævnt "Subscription and Shareholders Agreement" fremgår om "Investment Structure" bl.a.:

"In the event of any transaction that would trigger withholding taxes on any distribution to an Investor, each Investor will use its best efforts to structure any such transaction and/or amend the investment structure as may be reasonably advisable to avoid any such withholding taxes..."

Af samme aftale fremgår om "Governance" bl.a.:

"Each Investor will appoint one Danish Topco director and one Angel director (and, in each case, have one observer) and will appoint one representative to the Investors Committee.

Investors Committee operates on principle of approval of 3 of 5 Investors required. Matters listed on Annex A of this Term Sheet require the approval of the Investors Committee.

Certain "supermajority" matters as listed on Annex B of this Term Sheet require approval of 4 of 5 members of the Investors Committee.

An Investor loses rights to board and Investors Committee representatives when it ceases to hold over 50% of its original aggregate investment in Danish Topco shares and PECs."

Af den opfølgende og mere uddybende aftale, som ligeledes er benævnt "Subscription and Shareholders Agreement", af 7. december 2005 indgået mellem samme fem kapitalfonde, de fem selskaber i Luxembourg (Angel Lux I-IV og Kabler S.a.r.l.) samt de danske NTC-selskaber fremgår, at de fem navngivne medlemmer af "the Holdco Board" [NTC Investment ApS], er udpeget af hver af de fem kapitalfonde. Det fremgår endvidere bl.a.: "The same persons will also be members of the boards of directors of each Acquisition Subsidiary."

Af aftalen fremgår tillige:

“ARTICLE IV

CLOSING DATE ACTIONS

4.1. Board Actions. On or prior to the Closing Date, the Holdco Board shall hold a meeting to consider the approval of all documents to be executed by each member of the Group at Closing and all matters contemplated or required by such documents and this Agreement.

4.2. Subscription. Subject to the terms and conditions hereof and the Equity Commitment Letters, on or prior to the Closing Date, the following actions will be taken:

(i) Each Investor will irrevocably subscribe and pay for Shares and PECs as set forth in Exhibit B in an aggregate amount equal to its Equity Commitment in each case in accordance with Article III.

(ii) ...

(iii) Holdco and each Acquisition Subsidiary, as applicable, will transfer the amounts received pursuant to this Section 4.2. to Bidco [Nordic Telephone Company ApS] in accordance with instructions received from the Holdco Board.”

Exhibit B er ikke fremlagt for landsretten.

Såvel aftalen af 7. december 2005 og den efterfølgende aftale indgået den 25. januar 2006 benævnt ”Amended and Restated Subscription and Shareholders Agreement” indeholder udførlige bestemmelser om bl.a. ”Governance” and ”Transfers”.

Endelig indeholder en aftale af 27. april 2006 benævnt ”Second Amended and Restated Subscription and Shareholders Agreement” bl.a. bestemmelser om, at bestyrelsen for de nystiftede selskaber Angel Lux Common S.a.r.l. og Angel Lux Parent S.a.r.l. skulle bestå af de samme fem navngivne bestyrelsesmedlemmer som nævnt i aftalen af 7. december 2005. Det fremgår endvidere: ”The same persons will also be members of the board of directors of each Acquisition Subsidiary.”

Af aftalen fremgår tillige:

”5.8 Investors Committee. The Investors agree that the principal governing body of their investment in the Group will be a committee of representatives of

the Investors (the “Investors Committee”), to the fullest extent permitted by law, recognizing that the Investors Committee is a creation of contract and not of corporate law. The executive officers of the various members of the Group shall, in addition to their other duties, report to the Investors Committee if so requested. Each Investor shall take, and shall instruct its representative(s), nominee(s) or designee(s), as the case may be, on the Investors Committee, on each Board and any committee thereof and on the board or any similar governing body of each Subsidiary of Holdco (each, a “Subsidiary Board”) to take, any and all action within its power to effectuate any decision taken by the Investors Committee in respect of any matter contemplated by this Agreement to be subject to the approval of the Investors Committee or reasonably related to the investment of the Investors in the Shares and PECs, and an Investor shall not take, and shall instruct its representative(s), nominee(s) or designee(s), as the case may be, on the Investors Committee, on each Board and on any committee thereof and on each Subsidiary Board not to take, any action that would contravene any decision taken by the Investors Committee. Each Investor agrees that, unless and until any matter that requires the prior approval of the Investors as set forth in Section 5.11 or elsewhere in this Agreement has been considered and either approved or rejected by the Investors Committee or if any other matter otherwise is considered and either approved or rejected by the Investors Committee, it shall take any and all actions to the extent such actions are within its power and control in its capacity as an investor in Holdco [Angel Lux Parent S.a.r.l.], and shall instruct its representative(s), nominee(s) or designee(s), as the case may be, on the Investors Committee, on each Board and on any committee thereof and on each Subsidiary Board to take any and all action within the power of such Person (i) to procure that such matter shall not be placed on the agenda of any meeting of a Board or any committee thereof or any Subsidiary Board or by any shareholders and that consideration of such matter at any meeting of a Board or committee thereof or any Subsidiary Board or by any shareholders otherwise shall be delayed and (ii) in any event, to refrain from voting on such matter (whether for or against) at any such meeting.

5.9 Composition of Investors Committee.

(a) The Investors Committee shall initially consist of five members. Each of the Investors shall designate one member of the Investors Committee (each such member, an “Investor Representative”). Each Investor’s Investor Representative must also be such Investor’s Shareholder Director. The chairman of the Investors Committee shall be elected by the Investors Committee. Each initial Investor Representative is identified below opposite the name of the designating Investor.

<u>Designating Investor</u>	<u>Investor Representative</u>
Apax	***
Blackstone	***
KKR	***
Permira	***

Providence

Det er ubestridt, at de fem kapitalfonde er hjemmehørende i lande uden for EU uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

NTC Parent S.a.r.l. har under sagens behandling i landsretten fremlagt oversigter over investorer udarbejdet af kapitalfondene samt oversigt over de ultimative investorers hjemmehørende-status. Skatteministeriet har bestridt, at disse oversigter udgør dokumentation for de bagvedliggende investorer.

III. EU-Domstolens besvarelse af præjudicielle spørgsmål

Ved 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 besvarede Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, som Østre Landsret ved kendelse af 19. februar 2016 havde stillet i fire sager, herunder de to sager omhandlet i nærværende dom (Takeda-sagen B-2942-12 er omhandlet i C-118/16, og NTC-sagen B-171-13 er omhandlet i C-115/16). 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 betalinger beskattes én gang i en medlemsstat, idet den mest hensigtsmæssige måde at sikre, at na-

tionale og tværnationale transaktioner behandles skattemæssigt ens, er at opheve 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 kroatiske, 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 sprogversion). 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 denne 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 gennemstrømningselskaber 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 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.

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 udligningsbeløb (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 eksportrestitutions (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 Distribution, 229/83, EU:C:1985:1, præmis 27), den frie udveksling af tjenesteydelser (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, Centros, 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, Kommissionen mod Belgien, C-356/15, EU:C:2018:555, præmis 99), transport (dom af 6.4.2006, Agip Petroli, C-456/04, EU:C:2006:241, præmis 19-25), socialpolitikken (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 misbrug er et formål, som anerkendes og støttes i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgif-

ter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT 1977, L 145, s. 1), 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 (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 momsfrigivelse, 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 »Italmoda« 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 skattefrigivelse 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 anvendelsesområde (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 driftsteder, dels med henblik på at undgå tyngende administrative formali-

teter 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 overensstemmelse med sådanne formål, men ville derimod være til skade for såvel den økonomiske samhørighed 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 forfølger et sådant formål, idet Domstolen har fastslået, at princippet om forbud mod misbrug finder anvendelse på skatteområdet, når opnåelse af en skattefordel er hovedformålet med den omhandlede transaktion (jf. i denne 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 bestemmer præciserer, at medlemsstaterne ikke må afskæres fra at træffe passende 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, C-464/14, EU:C:2016:896, præmis 60), forholder det sig ikke desto mindre således, at en sådan skattepligtig person ikke kan indrømmes en ret eller en fordel, der følger af EU-retten, såfremt den omhandlede 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 misbrug.

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.

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 ombytning 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 henseende.

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 anvendelsen 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 »Italmoda« 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 uforholdsmæssigt 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 gennemstrømningselskaber, i sidste ende er et selskab med hjemsted i en tredjestat, med hvilken den pågældende medlemsstat har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Med 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 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 hovedfor-

mål 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 gennemstrømningselskabernes 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 skatelovgivning, 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 gennemstrømningselskaber, 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 gennemstrømningselskaber, 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 koncern-

strukturen 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 gennemstrømningselskaber, 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 derimod denne myn-

dighed 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.

Om det femte spørgsmål, litra a)-c), i sag C-118/16

146 Med det femte spørgsmål, litra a)-c), i sag C-118/16 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om et SCA, der i henhold til luxembourgsk ret er godkendt som et SICAR, kan være omfattet af bestemmelserne i direktiv 2003/49. Det bemærkes, at dette spørgsmål kun er relevant, såfremt X SCA, SICAR skal anses for den retmæssige ejer af de renter, som nævnte selskab har modtaget fra X Danmark, hvilket det alene tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

147 Når dette er præciseret, skal det fremhæves, således som også Kommissionen og flere af de regeringer, der har afgivet indlæg, har gjort, at artikel 3, litra a), i direktiv 2003/49 underlægger egenskaben af »selskab i en medlemsstat«, som kan drage nytte af de i dette direktiv fastsatte fordele, opfyldelsen af tre betingelser. For det første skal dette selskab have en af de former, der er nævnt på listen i bilaget til direktivet. For det andet skal selskabet i overensstemmelse med skattelovgivningen i medlemsstaten anses for at være hjemmehørende i denne stat og må ikke i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst kunne anses for at være hjemmehørende uden for EU i skattemæssig henseende. For det tredje skal selskabet endelig være omfattet af en af de skat-

ter, der er opregnet i artikel 3, litra a), nr. iii), i direktiv 2003/49 uden fritagelse eller af en identisk eller næsten tilsvarende skat, der efter dette direktivs ikrafttræden pålignes som supplement til eller i stedet for de eksisterende skatter.

148 Hvad angår den første betingelse skal denne – med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse – anses for at være opfyldt med hensyn til X SCA, SICAR, eftersom et SCA, der er godkendt som et SICAR, svarer til en af de selskabsformer, der er opregnet i bilaget til direktiv 2003/49, således som den luxembourgiske regering har fremhævet i retsmødet.

149 Hvad angår den anden betingelse synes denne, med samme forbehold, ligeledes at være opfyldt, eftersom X SCA, SICAR er hjemmehørende i Luxembourg i skattemæssig henseende.

150 Hvad angår den tredje betingelse er det ubestridt, at X SCA, SICAR er omfattet af impôt sur le revenu des collectivités (selskabsskat) i Luxembourg, som er en af de skatter, der er opregnet i artikel 3, litra a), nr. iii), i direktiv 2003/49.

151 For det tilfælde, at det imidlertid måtte blive konstateret, således som SKAT har gjort gældende i tvisten i hovedsagen i sag C-118/16, at de renter, som X SCA, SICAR har modtaget, faktisk er fritaget for impôt sur le revenu des collectivités i Luxembourg, skal det således fastslås, at nævnte selskab ikke opfylder den ovenfor i nærværende doms præmis 147 nævnte tredje betingelse, og at selskabet derfor ikke kan anses for at være et »selskab i en medlemsstat« som omhandlet i direktiv 2003/49. Det tilkommer imidlertid alene den forelæggende ret i givet fald at foretage den fornødne efterprøvelse heraf.

152 Denne fortolkning af rækkevidden af den i nærværende doms præmis 147 nævnte tredje betingelse understøttes dels af artikel 1, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/49, hvoraf fremgår, at et fast driftssted kun kan anses for den retmæssige ejer af renter som omhandlet i dette direktiv, »hvis betalingerne af renter [som det modtager] udgør indtægter, der i den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende, er undergivet en af de skatter, der er anført i [direktivets] artikel 3, litra a), nr. iii) [...]«, dels af direktivets formål, der er at sikre, at disse rentebetalinger beskattes én gang i en enkelt medlemsstat, som det i det væsentlige er anført i nærværende doms præmis 85.

153 Det femte spørgsmål, litra a)-c), i sag C-118/16 skal derfor besvares med, at artikel 3, litra a), i direktiv 2003/49 skal fortolkes således, at et SCA, der i henhold til luxembourgsk ret er godkendt som et SICAR, ikke kan kvalificeres som et selskab i en medlemsstat som omhandlet i dette direktiv, der kan være omfattet af den i direktivets artikel 1, stk. 1, fastsatte skattefritagelse, såfremt de renter, som nævnte SICAR har modtaget i en situation som den i hovedsagen omhandlede, er fritaget for impôt sur le revenu des collectivités i Luxembourg, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.”

IV. Retsgrundlag

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 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 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 værneregler, som vil forhindre en utilsigtet udhuling af grundlaget for selskabskat 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.

...

b. Den begrænsede skattepligt skal ikke omfatte renter, som er omfattet af rente-/royalty-direktivet 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 fratages 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 fratage eller nedsætte beskatningen af renterne.

Det er dansk politik ikke at indgå dobbeltbeskatningsoverenskomster med skatetyjurisdiktioner eller andre lavskatte-lande. Formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomster 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 ovennævnte 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 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 udenlandske modtagere. Det er heller ikke dansk skattepolitik at beskatte renter, som betales her fra landet til udenlandske rentemodtagere. Det ville blot fordyre dansk erhvervslivs låneoptagelse 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 modtagne 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.

...

Den foreslåede kildeskat vil altså ikke omfatte rentebetalinger til långivere i de lande, som danske selskaber sædvanligvis har erhvervsforbindelser med. 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.

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 modellens 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 Folketingets 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 skattefrie (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 bruttobeløb, 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 bruttobeløb.

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 provenutab ved, at der er placeret gennemstrømningselskaber i Danmark.”

Ved lov nr. 540 af 6. juni 2007 blev der med ikrafttræden den 1. juli 2007 i § 2, stk. 1, litra d, tilføjet følgende:

”Skattepligten bortfalder endvidere, hvis det modtagende selskab m.v. godtgør, at den udenlandske selskabsbeskatning af renterne udgør mindst $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning, samt at det ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab m.v., som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning.”

Selskabsskatteloven § 3

Af selskabsskatteloven § 3, jf. lovbekendtgørelse nr. 1745 af 14. december 2006, fremgår bl.a.:

”Undtaget fra skattepligten er:

[...]

19) Investeringselskaber, jf. aktieavancebeskatningslovens § 19, bortset fra kontoførende investeringsforeninger, jf. lov om beskatning af medlemmer af kontoførende investeringsforeninger § 2, og bortset fra udlodende investeringsforeninger, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 1. [...].”

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 juridi-

ske personer 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 truster stiftet af disse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af en person omfattet af kildeskattelovens § 1 eller et dødsbo omfattet af dødsboskattelovens § 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 truster 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 kommanditselskaber. 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 skattransparente 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 rentebetaltende 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 (targetselskabet).

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 ud-

veksler 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 rentebetalinger til kapitalfonden, i det omfang investorerne er selskaber mv. og er hjemmehørende i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

En anden konsekvens af, at kapitalfondene i de nuværende regler ikke er omfattet af værnreglerne, er, at reglerne om tynd kapitalisering ikke finder anvendelse. Kapitalfondens holdingselskab har dermed fradrag for renteudgifterne uanset størrelsen på gælden til kapitalfonden. Hvis långiver i stedet var et enkeltstående moderselskab til holdingselskabet, ville der ikke kunne opnås fradrag for renterne af gælden, i det omfang holdingselskabets gæld oversteg egenkapitalen med mere end forholdet 4:1.

De nuværende regler er ikke hensigtsmæssige. Der er ikke tvivl om, at kapitalfonden udøver bestemmende indflydelse på holdingselskabet, når investorerne i kapitalfonden agerer samlet. Lån fra kapitalfonden til holdingselskabet bør derfor være omfattet af reglerne om tynd kapitalisering. I realiteten er der således ikke forskel på den omtalte situation og situationen, hvor kapitalfonden er stiftet som et selskab i skatteretlig henseende.

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.

...

Til § 7

Til nr. 1

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.

Det er fortsat kommanditisterne, der er de begrænset skattepligtige subjekter. Kommanditisterne bliver med ændringen begrænset skattepligtige af renterne, når kommanditselskabet er koncernforbundet med debitorselskabet.

Kommanditisterne i kommanditselskabet anses som udgangspunkt for at være begrænset skattepligtige af renterne og kursgevinsterne.

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.

Den begrænsede skattepligt vil endvidere ikke omfatte renter og kursgevinster, hvis beskatningen skal frafaldes eller nedsættes efter rente-/royaltydirektivet. Undtagelsen forudsætter dog, at det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret (25 procents ejerskab, jf. rente-/royaltydirektivet) i en sammenhængende periode på minimum 1 år.

Endelig bortfalder den begrænsede skattepligt, hvis beskatningen skal frafaldes eller nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab (kommanditisten) er hjemmehørende.

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.

Det må formodes, at rentebetaleren i langt de fleste tilfælde vil kunne undlade at indeholde kildeskatter ved betaling til koncernforbundne skattemæssigt transparente enheder, idet det vil være de færreste interessentselskaber og kommanditselskaber mv., hvor der er ejere, der er juridiske personer hjemmehørende i lande, som Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med. De fleste rentebetalere vil derfor kunne udbetale renter til transparente enheder - uden overvejelser om indeholdelse af kildeskat.”

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 rentebetalinger 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 selskabsskatteovens § 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 selskabsskatteovens § 2, stk. 1, litra d, må det afgøres ud fra princippet om rette indkomstmodtager, hvem der oppebærer renterne.

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

Hvis kapitalfondene foretager aktie- og låneinvesteringer via holdingselskaber, vil det skulle vurderes, om holdingselskabet er rette indkomstmodtager/ retmæssig ejer af renteindkomsten. Et rent gennemstrømningsholdingselskab i eksempelvis Luxembourg kan efter min opfattelse næppe være rette indkomstmodtager /retmæssig ejer af renteindkomsten. Den schweiziske højesteret er kommet frem til, at et rent gennemstrømningsholdingselskab i Danmark ikke var retmæssig 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 indflydelse og udvidelse af definitionen på koncernforbundne juridiske personer i transfer pricing-reglerne m.m., således at den tillige omfatter juridiske personer med fælles 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 være forskel på denne situation og den situation, hvor de opkøbende kapitalfonde opretter et fælles interessentselskab med henblik på opkøbet. Sidstnævnte situation er omfattet af forslaget, førstnævnte situation bør derfor også omfattes af forslaget.

Det foreslås derfor, at når det skal bedømmes, om en kapitalfond har bestemmende 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 ligeledes skal gælde for selvstændige selskabsskattesubjekter så som aktieselskaber. 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 (såkaldt 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).”

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.”

Dobbeltbeskatningsoverenskomster

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 lovgivning.

...

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 1988 med Luxembourg til undgåelse af dobbeltbeskatning og til fastsættelse af bestemmelser om gensidig administrativ bistand 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, medmindre andet følger af sammenhængen, ethvert udtryk, som ikke er defineret deri, tillægges den betydning, som det har i denne stats lovgivning om de skatter, hvorpå overenskomsten finder anvendelse.

...

Artikel 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 fastsæt-

telse 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 sådanne selskaber, og heller ikke på aktier eller andre kapitalbeviser i selskaber af denne art, som en sådan person er ejer af.”

Af det lovforslag, der lå til grund for Luxembourgs indgåelse af dobbeltkatningsoverenskomsten med tilhørende slutprotokol med Danmark, fremgår bl.a. (uautoriseret oversættelse):

”stk. 1 i Slutprotokollen fastsættes det, at holdingselskaber i henhold til den luxembourgske lovgivning ikke er omfattet af konventionens anvendelsesområde.

Da disse holdingselskaber ikke er underlagt indkomst- eller formueskat, er de normalt ikke omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Når de høje kontraherende parter udtrykkeligt har nævnt luxembourgske holdingselskaber, er det utvivlsomt efter anmodning fra den danske medunderskriver, som ønskede at undgå forveksling mellem de skatter, der er nævnt i konventionen, og de abonnementskatter [”impots d’abonnement”], der skal betales af holdingselskaberne.

Det er rigtigt, at udelukkelsen af holdingselskaber også kan ses som et tegn på, at vores aftalepartnere har mistillid til en af vores mest originale, skattemæssige og finansielle, institutioner.

Selv om vi næppe kan protestere mod udelukkelse af holdingselskaber fra konventionens anvendelsesområde, skal vi fortsat være opmærksomme på at sikre, at vores specifikke lovgivning ikke bliver angrebet frontalt af dem, der med rette eller urette anser sig selv for at være ofre for den.”

Korrespondance mellem Danmark og Luxembourg om dobbeltbeskatningsoverenskomsten

Den 10. juni 1992 forespurgte de luxembourgske myndigheder Skatteministeriet, om ”Investment Funds under the Luxembourg law of March 30, 1988”, var omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, eller omfattet af slutprotokollen og dermed undergivet dansk beskatning. I den forbindelse blev anført bl.a.:

”I think one cannot assimilate the Investment Funds to holding companies to the extent that would fall under paragraph 1 of the Final Protocol. The first rea-

son is that this provision refers a particular legislation, namely the Act of 31 July 1929 and the Decree of 17 December 1938. As to the Investment Funds, they benefit by a fiscal regime totally independant from the one applying to holding companies. The second reason is that the two kinds of companies totally differ as to their structure and their activities.”

Den 14. oktober 1993 svarede Skatteministeriet, at man var af den opfattelse, at ”the investment funds” ikke var omfattet af overenskomsten, idet de var omfattet af slutprotokollen om holdingselskaber. Der blev i den forbindelse anført bl.a.:

”However, I disagree with you that the two types of companies differ considerably as regards structure and types of activity. On the contrary, there seems to be a great similarity between them in every respect.

In the first place, both types have a high rate of option as regards form of organization.

Secondly, both types of firms make investments in other firms only and do not carry out active business of trade or industry themselves. Also it is important to note that a holding company can be the administrator of an investment

Further, they are treated almost identically for fiscal purposes. Holding companies as well as investment funds are exempt from the greater part of the Luxembourg tax (including the taxes covered by the the convention between Denmark and Luxembourg) as only a very small subscription tax is to be paid in both cases. Moreover, they are subjected to the same fiscal treatment on distributions to or from a holding company or an investment fund respectively.

As a consequence of the above-mentioned and because to all appearances the laws concerning investment funds was not carried through until after the conclusion of the convention between Denmark and Luxembourg, Denmark is of the opinion that investment funds are covered by paragraph 1 of the final protocol and they can, therefore, not come under the provisions of the convention.”

Den 14. april 2005 besvarede Told og Skat ved en ”tax consultant” i retsafdelingen, personbeskatningskontoret, en henvendelse fra angiveligt en bank i Luxembourg, at man kunne bekræfte, at Ligningsrådet i en afgørelse fra 1995 havde fastslået, at en enhed i en investment fund i Luxembourg, et Sicav, kan sammenlignes med en dansk investeringsfond. Told og Skat anførte herefter, at et Sicav ”in such a case” er berettiget til de fordele, der følger af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg. Det er oplyst, at den omhandlede afgørelse fra Ligningsrådet er refereret i TfS 1995.195.

Skatteministeriet besvarede den 15. februar 2006 en officiel henvendelse fra de luxembourgske skattemyndigheder om, hvorvidt de danske skattemyndigheder, under henvisning til ovennævnte korrespondance af 14. april 2005, stadig anså luxembourgske "investment funds" for ikke at være omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomstens fordele, således:

"... I can inform you that I agree on the point view taken by the Central Customs and Tax Administration in mail of 14 April 2005. This means that Luxembourg investment funds qualify for benefits according to the Double Taxation between and Luxembourg.

Likewise if we consider the new Danish undertakings for collective investments to be covered by the Double Taxation Treaty. As in the note from Ernst & Young, these undertakings are in practise tax exempt but the Danish residents, which own shares in the undertaking, are subject to taxation at an accrual basis of the increase in value of shares in the undertaking."

På de luxembourgske skattemyndigheders hjemmeside på internettet vedrørende direkte skatter blev den 21. februar 2006 offentliggjort et nyhedsbrev, hvoraf fremgik bl.a. (uautoreret oversættelse):

"Extension of the scope of the Double Taxation Convention concluded between Denmark and Luxembourg to SICAVs / SICAFs

By exchanges of letters of December 30, 2005 and February 15, 2006, the Danish and Luxembourg tax authorities agreed that Luxembourg investment funds constituted in the form of SICAV / SICAF fall within the scope of the Tax Convention concluded between Denmark and Luxembourg on November 17, 1980.

The tax offices concerned will henceforth issue a certificate of tax residence serving as a supporting document.

Conversely, Danish collective investment undertakings also benefit from the provisions of the aforementioned Convention."

OECD's modeller for dobbeltbeskatningsoverenskomst med kommentarer

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

"Artikel 3

Almindelige definitioner

...

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

...

Artikel 10

Udbytte

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

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

- a) 5 pct. af bruttobeløbet af udbyttet, hvis den retmæssige ejer er et selskab (bortset fra et interessentskab og et kommanditselskab), der direkte ejer mindst 25 pct. Af kapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet;
- b) 15 % 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 gennemførelsen af denne begrænsning.

..."

Den engelske ordlyd af artikel 10 og 11 var sålydende:

"Dividends

1. Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.
2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the law of that State, but if the recipient is the beneficial owner of the dividends the tax so charged shall not exceed:

- a) ...
- b) ...

...

Interests

1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.

2. However, such interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the recipient is the beneficial owner of the interest the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation.”

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 dannelse 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 denne 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 klarere, 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 antimisbrugsregler 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).

...

Bestemmelser, der er udformet med henblik på enheder, der drager fordel af særligt fordelagtige skatteordninger

21. Særlige typer af selskaber, der nyder skatteprivilegier i deres hjemmehørende stat, gør gennemstrømnings- (conduit-) arrangementer lettere og rejser spørgsmålet om skadelig skattekonkurrence.

I tilfælde, hvor skattefritagne (eller næsten skattefritagne) selskaber kan identificeres på særlige lovgivningsmæssige kendetegn, kan misbrug af beskatningsoverenskomster undgås ved at nægte disse selskaber aftalefordele, “udelukkelsesmetoden” (the exclusion approach). Da sådanne privilegier hovedsagelig indrømmes særlige typer af selskaber, således som disse er defineret i den erhvervsretlige lovgivning eller i landets skattelovgivning, vil den mest radikale løsning være at udelukke sådanne selskaber fra overenskomstens anvendelsesområde. En anden løsning er indsættelsen af en “beskyttelsesklause” (safeguarding clause), der vil finde anvendelse på indkomst, der er modtaget eller betalt af sådanne selskaber og som kan udformes på følgende måde:

“Ingen bestemmelse i overenskomsten, der giver fritagelse for, eller nedsættelse af skat, skal finde anvendelse på indkomst, der modtages af, eller betales af et selskab, der falder ind under definitionen i § ... i lov nr...., eller som falder

ind under enhver lignende bestemmelse, der er lovfæstet ved ... efter undertegnelsen af overenskomsten.”

...

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 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 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 indkomstmodtageres 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 2014 indeholdt stort set enslydende bestemmelser. Af kommentarerne hertil 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 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 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 indkomstmottagers status som en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat. Den direkte 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.

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”², 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-over-form 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 royaltiene 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 forstå-

else af bestemmelsen, som henviser til en fysisk person, ikke kan forenes med den eksplicite 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 vanskeligheder, 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: ”ultimativ, 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 retmæssige 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).

...

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

Den 27. november 2006 besvarede skatteministeren en række spørgsmål til Folketingets Skatteudvalg i anledning af et lovforslag om ændring af Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomst med USA. Heraf fremgår bl.a.:

”Spørgsmål 5: Betyder den indgåede traktat, at der i Danmark skal tilbageholdes 5 pct. udbytteskat, hvis udbyttet fra et dansk selskab udbetales til et gennemstrømningsholdingselskab i Luxembourg, der ejes af amerikanske kapitalfonde, hvor ingen af ejerne har 80 pct. eller mere af stemmerettighederne?

Svar: Udgangspunktet er, at et udenlandsk selskab, der oppebærer udbytte fra danske selskaber, er begrænset skattepligtigt af udbyttet. Skattepligten opfyldes ved indeholdelse af 28 pct. udbytteskat. Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, medfører, at der ikke er begrænset skattepligt, hvis udbytterne oppebæres af et selskab, der ejer mindst 20 pct. af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab. Det er bl.a. en betingelse, at beskatningen skal frafaldes eller nedsættes efter EU's moder-/datterselskabsdirektiv eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det land, hvor det udenlandske selskab er hjemmehørende. 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 gennemstrømningselskabet er hjemmehørende i et andet land, og Danmark efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatnings-

overenskomst med dette land skal nedsætte eller undlade beskatning af udbyttet.”

Direktiv 85/611/EØF om investeringsinstitutter

Rådets direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) bestemte bl.a.:

”AFDELING I

Almindelige bestemmelser og anvendelsesomraade

Artikel 1

1. Medlemsstaterne lader bestemmelserne i dette direktiv gælde for saadanne institutter for kollektiv investering i vaerdipapirer (investeringsinstitutter), som er beliggende paa deres omraade.

2. Ved anvendelsen af dette direktiv og med forbehold af artikel 2 forstaas ved investeringsinstitutter saadanne foretagender, der har som eneste formaal at foretage kollektiv investering i vaerdipapirer af kapital tilvejebragt ved henvendelse til offentligheden, og hvis virksomhed bygger paa princippet om risikospredning, og -hvis andele paa forlangende af ihaendehaverne, skal tilbagekoes eller indloeses direkte eller indirekte for midler af disse institutters formue. Det forhold, at et investeringsinstitut traeffor foranstaltninger med henblik paa, at kursvaerdien for dets andele ikke afviger vaesentligt fra nettovaerdien, ligestilles med saadanne tilbagekoeb eller indloesninger.

3. Disse institutter kan i henhold til loven oprettes ifoelge aftale (investeringsfonde administreret af administrationsselskaber) eller som »trusts« (»unit trusts«) eller i henhold til vedtaegter (investeringselskab). I henhold til dette direktiv omfatter udtrykket »investeringsfond« ligeledes begrebet »unit trust«.

4. Dette direktiv omfatter imidlertid ikke investeringselskaber, hvis formue gennem datterselskaber hovedsagelig investeres i andre vaerdier end vaerdipapirer.

...

Artikel 2

1. Foelgende investeringsinstitutter anses ikke for investeringsinstitutter omfattet af dette direktiv:

- lukkede investeringsinstitutter,
- investeringsinstitutter, der tilvejebringer kapital uden at soege at tilbyde deres andele til offentligheden i faellesskabet eller en del af dette,
- investeringsinstitutter, hvis andele i henhold til fondsbestemmelserne eller investeringselskabers vedtaegter kun maa saelges til offentligheden i tredjelande,

-de kategorier af investeringsinstitutter, der er fastlagt i bestemmelserne i den medlemsstat, hvor investeringsinstituttet er beliggende, og for hvilke reglerne i afdeling V og artikel 36 paa grund af investeringsinstitutternes investerings- og laaneoptagelsespolitik er uhensigtsmaessige.

...

AFDELING V

Forpligtelser med hensyn til investeringsinstitutters investeringspolitik

...

Artikel 22

1. Et investeringsinstitut maa ikke for mere end 5 % af sin formue investere i vaerdipapirer, der er udstedt af samme emittent.
2. Medlemsstaterne kan forhoeje den i stk. 1 naevnte graense til hoejst 10 %. I tilfaelde, hvor et investeringsinstitut fra samme emittent investerer i vaerdipapirer for mere end 5 % af sin formue, maa den samlede vaerdi af saadanne erhvervede vaerdipapirer, som instituttet ligger inde med, imidlertid ikke overstige 40 % af instituttets formue.
3. Medlemsstaterne kan forhoeje den i stk. 1 naevnte graense til hoejst 35 %, naar vaerdipapirerne er udstedt eller garanteret af en medlemsstat, af dennes lokale offentlige myndigheder, af et tredjeland eller af internationale institutioner af offentlig karakter, som en eller flere medlemsstater deltager i.

...

Artikel 57

1. Medlemsstaterne saetter senest den 1. oktober 1989 de noedvendige foranstaltninger i kraft for at efterkomme dette direktiv. De underretter straks Kommissionen herom.”

Direktiv 2009/65/EF om investeringsinstitutter

Europa-Parlamentets og Raadets direktiv 2009/65/EF af 13. juli 2009 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i vaerdipapirer (investeringsinstitutter) bestemmer bl.a.:

”Artikel 1

1. Dette direktiv finder anvendelse pa institutter for kollektiv investering i vaerdipapirer (investeringsinstitutter), som er etableret pa medlemsstaternes omraade.
2. Ved anvendelsen af dette direktiv og med forbehold af artikel 3 forstaas ved investeringsinstitut et foretagende:
 - a) der har som eneste formaal at foretage kollektiv investering i vaerdipapirer eller i andre i artikel 50, stk. 1, naevnte likvide finansielle aktiver af kapital tilvejebragt ved henvendelse til offentligheden, og hvis virksomhed bygger pa princippet om risikospredning, og
 - b) hvis andele pa forlangende af ihændehaverne tilbagekøbes eller indløses direkte eller indirekte for midler af disse institutters aktiver. Det forhold, at et investeringsinstitut traaffer foranstaltninger med henblik pa, at kurs-

værdien for dets andele ikke afviger fra nettoværdien, ligestilles med sådanne tilbagekøb eller indløsninger.

Medlemsstaterne kan tillade, at investeringsselskaber består af flere investeringsafdelinger.

3. De i stk. 2 nævnte institutter kan oprettes i henhold til aftale (investeringsfonde administreret af administrationselskabet), som »trusts« («unit trusts») eller i henhold til vedtægter (investeringsselskaber).

I henhold til dette direktiv omfatter:

- a) udtrykket »investeringsfond« ligeledes begrebet »unit trust«
- b) udtrykket »andele« i investeringsinstitutter ligeledes aktier i investeringsinstitutter.
4. Dette direktiv omfatter ikke investeringsselskaber, hvis aktiver gennem datterselskaber hovedsagelig investeres i andre værdier end værdipapirer.

...

Artikel 3

Følgende institutter anses ikke for omfattet af dette direktiv:

- a) lukkede institutter for kollektiv investering
- b) institutter for kollektiv investering, der tilvejebringer kapital uden at søge at tilbyde deres andele til offentligheden i Fællesskabet eller en del af dette
- c) institutter for kollektiv investering, hvis andele i henhold til fondsbestemmelserne eller investeringsselskabers vedtægter kun må sælges til offentligheden i tredjelande
- d) de kategorier af institutter for kollektiv investering, der er fastlagt i bestemmelserne i den medlemsstat, hvor sådanne institutter for kollektiv investering er etableret, og for hvilke reglerne i kapitel VII og artikel 83 på grund af institutternes investerings- og låneoptagelsespolitik er uhenigtsmæssige.

...

KAPITEL VII

FORPLIGTELSER MED HENSYN TIL INVESTERINGSINSTITUTTERS INVESTERINGSPOLITIK

...

Artikel 50

1. Et investeringsinstituts portefølje består af en eller flere af følgende:

...

2. Et investeringsinstitut skal dog ikke:
 - a) investere mere end højst 10 % af sine aktiver i andre værdipapirer eller pengemarkedsinstrumenter end de i stk. 1 nævnte, eller

b) erhverve ædle metaller eller certifikater for disse.

Investeringsinstitutter kan accessorisk besidde likvide midler.

3. Et investeringselskab kan erhverve løsøre eller fast ejendom, som er absolut påkrævet for den direkte udøvelse af dets virksomhed.

Artikel 51

1. Et administrationsselskab eller investeringselskab anvender en risikostyringsproces, der giver det mulighed for til enhver tid at overvåge og måle risikoen ved positionerne og deres bidrag til porteføljens samlede risikoprofil.

Det anvender en proces, der giver mulighed for at foretage en nøjagtig og uafhængig vurdering af værdien af OTC-derivaterne.

Det holder regelmæssigt de kompetente myndigheder i dets hjemland underrettet om de afledte instrumenters art, de underliggende risici, de kvantitative begrænsninger samt de metoder, der vælges til risikovurdering for transaktioner i afledte instrumenter, for hvert af de investeringsinstitutter, det administrerer.

...

Artikel 52

1. Et investeringsinstitut investerer højst:

a) 5 % af sine aktiver i værdipapirer eller pengemarkedsinstrumenter, der er udstedt af samme emittent, eller

b) 20 % af sine aktiver i indskud hos den samme enhed.

Risikoen for investeringsinstituttets modpart i forbindelse med OTC-derivattransaktioner skal ikke overstige:

a) 10 % af dets aktiver, hvis modparten er et kreditinstitut som omhandlet i artikel 50, stk. 1, litra f), eller

b) 5 % af dets aktiver i øvrige tilfælde.”

Direktivet indeholder endvidere bestemmelser om, at medlemsstaterne under nærmere anførte betingelser i et vist omfang kan forhøje de anførte grænser for investering.

Direktivet indeholder i øvrigt detaljerede regler om bl.a. myndighedsgodkendelse af investeringsinstitutter for at kunne udøve virksomhed, om forpligtelser med hensyn til oplys-

ninger til investorer, herunder detaljerede oplysninger om de med investeringen forbundne risici, og om begrænsede muligheder for låneoptagelse.

Relevant luxembourgsk lovgivning om beskatning af investeringer

Lov af 31. juli 1929

Loven bestemte bl.a. (uautoriseret oversættelse):

”Art. 1st. Will be considered as a Holding company, any luxembourgeoise company whose purpose is exclusive of the acquisition of participations, under some form whatsoever, in other Luxembourg companies bourgeois or foreign and management as well as the development of these participations, in a way that it does not have its own industrial activity and that it is not a commercial establishment open to the public. The portfolio of companies Holding pent understand Luxembourg public funds bourgeois or foreigners.

The Holding company will be exempt from tax on income, surcharge, additional pot rim and coupon tax, without having right to the refund of the tax on the coupon collected by the native obligations that it holds in wallet; she is also exempt additional centimes from the municipalities.

The Holding company will be subject to taxes following:

1. The acts of formation and improvement of the society as well as deeds increasing share capital will be subject to the right proportional, established by art. 40 and 41 of the law of December 23, 1913, ...
2. The annual and compulsory subscription fee in charge of company titles, provided for by art. 34 and ss. of the law of December 23, 1913 ...
3. The stamp duty on securities issued by holding companies is due, under penalty of a fine an additional ten, within two months of registration de Parte creating these securities, ...”

Forordning af 17. december 1938 om beskatningsordningen for holdingselskaber, der modtager indskud bestående af et udenlandsk selskabs aktiver på mindst en milliard franc bestemte bl.a. (uautoriseret oversættelse):

”Artikel 2.

(1) Når den samlede aktie- og obligationskapital i et holdingselskab som omhandlet i artikel 1 når op på en milliard francs eller modværdien heraf i guld, i en kontovaluta, der er relateret til guld, eller i en fremmed valuta, opkræves følgende skatter

(a) det obligatoriske årlige tegningsgebyr, der opkræves for værdipapirer fra holdingselskaber;

(b) indkomstskat, tillægsskat og supplerende skat, som kan påhvile direktører, kommissærer og likvidatorer med mindre end seks måneders ophold om året i Storhertugdømmet Luxembourg samt andre kreditorer end indehavere af obligationer eller andre omsættelige værdipapirer af lignende art med mindre end seks måneders ophold om året i Storhertugdømmet Luxembourg;

c) yderligere cent til fordel for kommunerne;

erstattes af en indkomstskat, som med udelukkelse af alle andre skatter kun opkræves af:

(a) renter, der betales til indehavere af obligationer og andre omsættelige instrumenter af lignende art;

b) udbytte udbetalt til aktionærene;

c) vederlag og honorarer til direktører, kommissærer og likvidatorer, der er bossiddende mindre end seks måneder om året i Storhertugdømmet Luxembourg.

(2) Denne indkomstskat opkræves i henhold til følgende skalaer:

A. - Hvis de samlede renter, der hvert år betales til indehavere af obligationer og andre omsættelige værdipapirer af lignende art, når op på eller overstiger hundrede millioner (100 000 000) franc;

(a) tre procent (3 %) på renter, der betales til sådanne obligationsindehavere og andre værdipapirer;

b) 18 pct. (18 p.m.) på udbytte, bonusser og lønninger op til en maksimal uddeling på 50 millioner francs (50 millioner francs);

c) en promille (1 p.m.) af overskuddet af nævnte udbytter, honorarer og vederlag.

B. - Hvis de samlede renter, der hvert år betales til indehavere af obligationer og andre omsættelige instrumenter af lignende art, er mindre end hundrede millioner (100 millioner) franc:

(a) tre procent (3 %) på renter, der betales til sådanne obligationsindehavere og andre værdipapirer;

(b) tre procent (3 %) på udbytte, honorarer og vederlag, dog højst et beløb svarende til forskellen mellem hundrede millioner (100 millioner) og det samlede beløb af renter, der er betalt til indehavere af obligationer og andre omsættelige instrumenter af lignende art;

c) 18 pct. (18 p.m.) på overskuddet af udbytte, honorarer og vederlag op til en maksimal uddeling på 50 millioner francs;

d) en promille (1 p.m.) af overskuddet af nævnte udbytte, honorarer og vederlag.”

Ved Kommissionens beslutning af 19. juli 2006 blev det bestemt, at den skatteordning, der på det tidspunkt gjaldt i Luxembourg for holdingselskaber i henhold til lov af 31. juli 1929 var en statsstøtteordning, som er uforenelig med fællesmarkedet. Luxembourg blev pålagt at ophæve ordningen inden den 31. december 2006. Det er oplyst, at 1929-skatteordningen blev ophævet den 22. december 2006.

Lov af 30. marts 1988 og lov af 20. december 2002 (SICAF og SICAV)

Lov af 30. marts 1988 om institutter for kollektiv investering [Société d'Investissement à capital fixe og Société d'Investissement à capital variable] bestemmer bl.a. (uautoriseret oversættelse):

**”DEL I:
Institutter for kollektiv investering i værdipapirer**

Kapitel 1.

Generelle bestemmelser og anvendelsesområde

Art. 1. (1) Denne del finder anvendelse på alle institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) beliggende i Storhertugdømmet Luxembourg.

(2) I denne lovs forstand anses en institution for at være en UCITS-institution, jf. dog artikel 2

- hvis eneste formål er kollektiv investering i værdipapirer af kapital, der er tilvejebragt fra offentligheden, og som opererer efter princippet om risikospredning, og

- hvis andele efter anmodning fra deltagerne indløses direkte eller indirekte af organets aktiver. Sådanne indfrielse omfatter en UCITS' handling for at sikre, at børsværdien af dens andele ikke afviger væsentligt fra deres nettoaktivværdi.

(3) Disse organisationer kan være kontraktlige (gensidige fonde, der forvaltes af et administrationsselskab) eller den vedtægtsmæssige form (investeringselskab).

(4) Denne del finder dog ikke anvendelse på investeringsselskaber, hvis aktiver gennem datterselskaber hovedsagelig investeres i andre ejendomme end værdipapirer.

...

Art. 2. Denne del vedrører ikke:

lukkede fonde,

UCI'er, der tilvejebringer kapital uden at fremme salget af deres andele til offentligheden i Det Europæiske Økonomiske Fællesskab eller en del af dette, UCI'er, hvis andele i henhold til deres vedtægter kun må sælges til offentligheden i lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, kategorier af ucits, der er fastlagt af tilsynsmyndigheden, og for hvilke reglerne i kapitel 5 er uhensigtsmæssige på grund af deres investerings- og lånepolitik.

...

Kapitel 3. Investeringselskaber med variabel kapital i værdipapirer (SICAV)

Art. 24. Investeringselskaber med variabel kapital (SICAV'er) i henhold til denne del er selskaber, der har antaget form af et anonyme selskab i henhold til luxembourgsk lovgivning,

- hvis eneste formål er at investere deres midler i værdipapirer med henblik på at sprede investeringsrisici og give deres aktionærer mulighed for at drage fordel af resultaterne af forvaltningen af deres aktiver, og

- hvis aktier skal placeres blandt offentligheden ved et offentligt eller privat udbud, og hvis vedtægter fastsætter, at kapitalen til enhver tid skal svare til værdien af selskabets nettoaktiver.

...

Kapitel 5. Investeringspolitik for et investeringsinstitut

...

Art. 42. (1) Et investeringsinstitut må ikke investere mere end 10 % af sine aktiver i værdipapirer fra en enkelt udsteder. Desuden må den samlede værdi af de værdipapirer, som investeringsinstituttet har i udstedere, hvori det investerer mere end 5 % af sine aktiver, ikke overstige 40 % af værdien af investeringsinstituttets aktiver.

(2) Den i stk. 1 omhandlede grænse på 10 % kan være op til 35 %, hvis værdipapirerne er udstedt eller garanteret af en medlemsstat i Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, af dets lokale offentlige myndigheder, af en stat, der ikke er en del af Det U-europæiske økonomiske Fællesskab eller af internationale offentlige organer, som en eller flere medlemsstater i Det Europæiske Økonomiske Fællesskab er medlemmer af.

(3) Den i stk. 1 omhandlede grænse på 10 % kan være op til 25 % for visse obligationer, hvis de er udstedt af et kreditinstitut, der har sit hovedsæde i en medlemsstat i Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, og som ved lov er underlagt et særligt offentligt tilsyn, der har til formål at beskytte indehaverne af sådanne obligationer. Navnlig skal provenuet fra udstedelsen af sådanne obligationer i overensstemmelse med loven investeres i aktiver, der i tilstrækkelig grad dækker de forpligtelser, der følger heraf, i hele obligationernes gyldighedsperiode, og som prioriteres til tilbagebetaling af hovedstol og betaling af påløbne renter i tilfælde af udsteders misligholdelse. Hvis et investeringsinstitut investerer mere end 5 % af sine aktiver i de i dette stykke omhandlede obligationer udstedt af den samme udsteder, må den samlede værdi af disse investeringer ikke overstige 80 % af værdien af investeringsinstituttets aktiver.

(4) De i stk. 2 og 3 omhandlede værdipapirer tages ikke i betragtning ved beregningen af den i stk. 1 fastsatte grænse på 40 %.

De grænser, der er fastsat i stk. 1, 2 og 3, må ikke lægges sammen, og derfor må investeringer i værdipapirer fra samme udsteder, der foretages i overensstemmelse med stk. 1, 2 og 3, under ingen omstændigheder overstige i alt 35 % af investeringsinstituttets aktiver.

Art. 43. (1) Uanset artikel 42 kan tilsynsmyndigheden tillade, at et investeringsinstitut efter princippet om risikospredning investerer op til 100 % af sine

aktiver i forskellige værdipapirer udstedt eller garanteret af en medlemsstat i Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, af dens lokale myndigheder, af en stat, der ikke er medlem af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, eller af internationale offentlige organer, som en eller flere medlemsstater i Det Europæiske Økonomiske Fællesskab er medlem af. Tilsynsmyndigheden meddeler kun en sådan tilladelse, hvis den finder det godtgjort, at deltagerne i investeringsinstituttet nyder en beskyttelse, der svarer til den beskyttelse, som deltagerne i investeringsinstitutter, der overholder de i artikel 42 fastsatte begrænsninger, nyder.

Disse investeringsinstitutter skal besidde værdipapirer fra mindst seks forskellige udstedelser, uden at værdipapirer fra en enkelt udstedelse må overstige 30 % af det samlede beløb.

(2) De i stk. 1 omhandlede ucits skal i deres vedtægter udtrykkeligt nævne de stater, lokale myndigheder eller internationale offentlige organer, der udsteder eller garanterer de værdipapirer, som de agter at investere mere end 35 % af deres aktiver i, i deres vedtægter.

(3) Desuden skal de i stk. 1 omhandlede ucits i deres prospekter eller i al reklamemateriale indeholde en fremtrædende erklæring, der gør opmærksom på denne tilladelse og angiver de stater, lokale myndigheder og internationale offentlige organer, i hvis værdipapirer de agter at investere eller har investeret mere end 35 % af deres aktiver.

...

DEL II: Andre institutter for kollektiv investering

Kapitel 8. *Anvendelsesområde*

Art. 58. Denne del finder anvendelse på alle UCITS, der er udelukket i henhold til artikel 2 i denne lov, og på alle andre institutter for kollektiv investering, der er beliggende i Storhertugdømmet Luxembourg.

...

Kapitel 9. *Investeringsforeninger (Fonds communs de placement)*

Art. 60. Ved anvendelsen af denne del anses en investeringsfond for at være en uopdelt pulje af værdipapirer, der er sammensat og forvaltes efter princippet om risikospredning til fordel for uopdelte ejere, som kun er forpligtet op til deres investering, og hvis rettigheder er repræsenteret ved andele, der er bestemt til offentlig placering ved et offentligt eller privat udbud.

...

Art. 62. (1) En storhertuglig forordning, der vedtages på forslag eller efter indstilling fra tilsynsmyndigheden, kan navnlig fastsætte

...

d) den maksimale procentdel af værdipapirer af samme art, der er udstedt af samme organ, som den gensidige fond må besidde;

e) den maksimale procentdel af den gensidige fonds aktiver, der kan investeres i værdipapirer i samme samfund;

f) betingelserne og eventuelt de maksimale procentsatser, hvormed fællesfonden kan investere i værdipapirer fra andre institutter for kollektiv investering;

...

Kapitel 10. Investeringselskaber med variabel kapital (SICAV)

Art. 64. Ved investeringselskaber med variabel kapital i henhold til denne del forstås investeringselskaber, der har antaget form af et anonyme selskab i henhold til luxembourgsk lovgivning,

- hvis eneste formål er at investere deres midler i værdipapirer med henblik på at sprede investeringsrisikoen og lade investorerne få gavn af resultaterne af forvaltningen af deres aktiver, og
- hvis aktier skal placeres blandt offentligheden ved et offentligt eller privat udbud, og
- hvis vedtægter fastsætter, at kapitalen til enhver tid skal være lig med selskabets nettoformue.

...

Art. 66. (1) En storhertuglig forordning, der vedtages på forslag eller efter indstilling fra tilsynsmyndigheden, kan navnlig fastsætte

...

- d) den maksimale procentdel af værdipapirer af samme art udstedt af samme enhed, som fonden må besidde;
- e) den maksimale procentdel af fondens aktiver, som fonden må investere i værdipapirer fra en enkelt enhed;
- f) betingelserne og eventuelt de maksimale procentsatser, som selskabet kan investere i værdipapirer i andre UCITS;

...

Kapitel 17. Skattebestemmelser 1

Art. 105. (1) Bortset fra kapitaltilførselsafgiften ved kapitaltilførsel i civile og kommercielle selskaber og den i artikel 108 nedenfor omhandlede tegningsafgift skal der ikke betales nogen anden skat af de i denne lov omhandlede institutter for kollektiv investering.

(2) Udbetalinger fra disse organisationer sker uden kildeskat og er beskattes ikke hos ikke-hjemmehørende skatteydere.”

Loven af 30. marts 1988 blev med visse overgangsbestemmelser erstattet af lov af 20. december 2002 om institutter for kollektiv investering mv. Loven indeholder af relevans for denne sag i det væsentlige samme bestemmelser som loven af 30. marts 1988. Af loven fremgår, at den finder anvendelse på ”investeringsinstitutter”, der er defineret som et institut for kollektiv investering i værdipapirer, der er omfattet af Rådets direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985 om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter) med senere ændringer.

Lov af 22. juni 2004 on Risk Capital Investment Company (SICAR)

Af denne lov om SICAR-selskaber [Société d’investissement en capital à risque] – fremgår bl.a. (uautoriseret oversættelse):

”Art. 1st. (1) For the purposes of this law, a capital investment company shall be considered risk, in short SICAR, any company:

- which has adopted the form of a limited partnership, a limited partnership with shares, a cooperative company organized as a public limited company, a limited liability company or a public limited company incorporated under Luxembourg law, and

- whose object is the investment of its funds in securities representative of risk capital in order to benefit investors from the results of the management of their assets in return for the risk they support, and

- which reserves its securities for informed investors as defined in article 2 of this law, and

- whose articles of association provide that it is subject to the provisions of this law.

(2) Investment in risk capital is understood to mean the direct or indirect contribution of funds to entities with a view to their launch, development or IPO.

(3) The registered office and central administration of a Luxembourg SICAR must be located at Luxembourg.

Art. 2. A well-informed investor within the meaning of this law is the institutional investor, the professional investor as well as any other investor who meets the following conditions:

1) he has declared in writing his adherence to the status of informed investor and

2) he invests a minimum of 125,000 euros in the company, or

3) it benefits from an assessment, on the part of a credit institution, from another professional in the sector financial institution subject to rules of conduct within the meaning of Article II of Directive 93/22 / EEC, or of a management within the meaning of Directive 2001 / 107 / CE certifying its expertise, experience and knowledge to Appreciate an investment in risk capital adequately. The conditions of this article do not apply to general partners of limited partnerships.

...

Chapter IX: Tax provisions

Art. 34. (1) The amended law of 4 December 1967 on income tax is amended as follows:

...

(2) Do not constitute taxable income in the hands of a capital company referred to in this law, income from securities as well as income generated by the sale, or liquidation of these assets. Capital losses realized on the disposal of transferable securities as well as capital losses not realized but recognized as a result of the write-down of these assets cannot be deducted from taxable income of the company.”

Af loven om ”oprettelse af et familieformueforvaltningsselskab” [Société de gestion de patrimoine familial] fremgår navnlig (uautoriseret oversættelse):

”Art. 1. (1) I forbindelse med denne lov betragtes ethvert selskab som et familieformue-forvaltningsselskab, forkortet SPF:

- som har antaget form af et selskab med begrænset ansvar, et aktieselskab, et anpartsselskab eller et andelsselskab, der er organiseret som et aktieselskab, og
- hvis eneste formål er erhvervelse, besiddelse, forvaltning og realisering af finansielle aktiver som defineret i artikel 2 i denne lov, med udelukkelse af enhver kommerciel aktivitet, og
- som reserverer sine aktier eller andele til investorer som defineret i artikel 3 i denne lov, og
- hvis vedtægter udtrykkeligt fastsætter, at den er omfattet af bestemmelserne i denne lov.

...

Art. 2 (1) Ved finansielle aktiver i denne lovs forstand forstås (i) finansielle instrumenter i henhold til loven af 5. august 2005 om finansiel sikkerhedsstillelse og (ii) kontanter og aktiver af enhver art, der opbevares på konto.

(2) SPF må kun besidde en andel i et selskab på betingelse af, at den ikke griber ind i ledelsen af selskabet.

Art. 3 (1) En kvalificeret investor i henhold til denne lov er en af følgende personer

- a) en fysisk person, der handler som led i forvaltningen af sin private formue, eller
- b) en formueenhed, der udelukkende handler i en eller flere fysiske personers private formueinteresser, eller
- c) en mellemmand, der handler på vegne af investorer som omhandlet i litra a) eller b) i dette stykke.

Hver investor skal skriftligt erklære denne status til en repræsentant for SPF-selskabet eller, hvis det ikke er muligt, til SPF's bestyrelse.

(2) Værdipapirer, der udstedes af en SPF, må ikke placeres offentligt eller noteres på en fondsbørs.

Kapitel II: Skattebestemmelser

Art. 4 (1) SPF er fritaget for indkomstskat, kommunal erhvervsskat og formue-skat.

(2) Enhver SPF, der i det indeværende regnskabsår har modtaget mindst 5 % af det samlede udbytte fra kapitalandele i ikke-bosiddende og ikke-børsnoterede selskaber, som ikke er underlagt en skat, der kan sammenlignes med selskabs-skatten i henhold til den ændrede lov af 4. december 1967 om indkomstskat, er udelukket fra at være omfattet af den i stk. 1 omhandlede skatteordning.

(3) Et selskab, der er hjemmehørende i en EU-medlemsstat, og som er omfattet af artikel 2 i Rådets ændrede direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, opfylder betingelsen om sammenlignelig beskatning.

Art. 5 (1) SPF er underlagt en årlig abonnementskat på 0,25 %, men skatten heraf kan ikke være mindre end et årligt beløb på 100 euro. Abonnementskatten må ikke overstige et beløb på hundrede og femogtyve tusinde euro om året.”

Aktieavancebeskatningsloven § 19

Aktieavancebeskatningsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 172 af 29. januar 2021, § 19, stk. 1 og 2, er affattet således:

”Ved et investeringsselskab forstås:

1. Et investeringsinstitut i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/65/EF, jf. bilag 1.

Et selskab m.v., hvis virksomhed består i investering i værdipapirer m.v., og hvor andele i selskabet på forlangende af ihændehaverne skal tilbagekøbes for midler af selskabets formue til en kursværdi, der ikke i væsentlig grad er mindre end den indre værdi. Med tilbagekøb sidestilles, at en tredjemand tilkendegiver over for selskabet, at enten den pågældende eller en anden fysisk eller juridisk person på forlangende vil købe enhver andel til en kursværdi, der ikke i væsentlig grad er mindre end den indre værdi. Kravet om tilbagekøb på forlangende er opfyldt, selv om kravet kun imødekommes inden for en vis frist. Uanset at der ikke er pligt til tilbagekøb, anses selskabet for et investeringsselskab, hvis dets virksomhed består i kollektiv investering i værdipapirer m.v. Ved kollektiv investering forstås, at selskabet har mindst 8 deltagere. Koncernforbundne og nærtstående deltagere, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, og denne lovs § 4, stk. 2, regnes i denne sammenhæng for én deltager.

Stk. 2. Et investeringsselskab som nævnt i stk. 1, nr. 2, 1. pkt., omfatter ikke et selskab m.v., hvis formue gennem datterselskaber hovedsagelig investeres i andre værdier end værdipapirer m.v. Ved et datterselskab forstås et selskab, hvori moderselskabet har bestemmende indflydelse, jf. ligningslovens § 2, stk. 2. Et investeringsselskab som nævnt i stk. 1, nr. 2, 4. pkt., omfatter ikke et selskab m.v., hvis mere end 15 pct. af selskabets regnskabsmæssige aktiver i løbet af regnskabsåret gennemsnitligt er placeret i andet end værdipapirer m.v. Til værdipapirer m.v. medregnes ikke aktier i et andet selskab, hvori førstnævnte selskab ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen, medmindre det andet selskab selv er et investeringsselskab, jf. stk. 1. Hvis et selskab har bestemmende indflydelse på et selskab, jf. ligningslovens § 2, stk. 2, ses der ved opgørelsen efter 3. pkt. bort fra disse aktier, og i stedet medregnes den andel af det andet selskabs aktiver, som svarer til førstnævnte selskabs direkte eller indirekte ejerforhold i det andet selskab.

Stk. 3. Et investeringsselskab som nævnt i stk. 1 omfatter ikke et investeringsinstitut med minimumsbeskatning, jf. ligningslovens § 16 C. Et investerings-selskab som nævnt i stk. 1 omfatter heller ikke en kontoførende forening, der opfylder betingelserne i § 2, 2. og 3. pkt., i lov om beskatning af medlemmer af kontoførende investeringsforeninger.”

Bestemmelsen i § 19, stk. 2, blev oprindeligt indsat i avancebeskatningsloven ved lov nr. 98 af 10. februar 2009 med følgende ordlyd:

”Stk. 3. Et investeringsselskab som nævnt i stk. 2, nr. 2, 5. pkt., omfatter ikke et selskab m.v., hvis mere end 15 pct. af selskabets regnskabsmæssige aktiver i løbet af regnskabsåret gennemsnitligt er placeret i andet end værdipapirer m.v. Til værdipapirer m.v. medregnes ikke aktier i et andet selskab, hvori førstnævnte selskab ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen, medmindre det andet selskab selv er et investeringsselskab, jf. stk. 2. Hvis et selskab direkte eller indirekte har bestemmende indflydelse på eller ejer aktier i et koncernforbundet selskab, jf. ligningslovens § 2, stk. 2 og 3, ses der ved opgørelsen efter 1. pkt. bort fra disse aktier, og i stedet medregnes den andel af det andet selskabs aktiver, som svarer til førstnævnte selskabs direkte eller indirekte ejerforhold i det andet selskab.”

Af forarbejderne hertil, Tillægsbetænkning over Forslag til lov om ændring af selskabskatteloven, fusionsskatteloven og forskellige andre love (Justering af rentefradragsbegrænsningsreglerne m.v.), afgivet af Skatteudvalget den 28. januar 2009, fremgår bl.a.:

”BEMÆRKNINGER

...

Til nr. 2

Aktieavancebeskatningslovens § 19, stk. 3, medfører, at selskaber ikke skal anses som investeringsselskaber, selv om de opfylder betingelserne i stk. 2. For at undgå at begrebet investeringsselskaber bliver for omfattende, foreslås det at udvide undtagelsesreglen i stk. 3 og indsætte en ny undtagelse i et nyt stk. 5. Den nuværende bestemmelse i § 19, stk. 3, går ud på, at et selskab ikke er et investeringsselskab, hvis dets formue gennem et datterselskab hovedsagelig investeres i andre værdier end værdipapirer. Ved et datterselskab forstås, at holdingselskabet (moderselskabet) direkte eller indirekte råder over mere end halvdelen af aktiekapitalen eller halvdelen af stemmerne.

Den nye formulering af § 19, stk. 3, har som formål at undgå, at selskaber, der baserer sig på produktionsvirksomhed samt holdingselskaber i sædvanlige koncerner, der baserer sig på produktionsvirksomhed, bliver anset som et investeringsselskab omfattet af § 19.

For det første foreslås det, at begrebet investeringsselskab ikke skal omfatte et selskab, hvis mere end 15 pct. af dets regnskabsmæssige aktiver gennemsnitligt i løbet af det pågældende regnskabsår er placeret i andre aktiver end værdipapirer, som omfattet af aktieavancebeskatningsloven eller kursgevinstbeskatningsloven.

For det andet foreslås det, at når et selskab ejer mere end 10 pct. af aktiekapitalen i et andet selskab, medregnes aktierne ikke som værdipapirer ved afgørel-

sen af, om det førstnævnte selskab skal anses som investeringselskab. Dette gælder dog ikke, hvis det andet selskab er et investeringselskab.”

Belysning af administrativ praksis

Der henvises til gennemgangen af administrativ praksis i landsrettens dom af 3. maj 2021 i sagerne B-1980-12 og B-2173-12.

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 omfattende 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 omstæn-

digheder ville være i overensstemmelse med genstanden for og formålet med de relevante bestemmelser i den omfattede skatteaftale.”

V. Anbringender

B-2942-13 Takeda A/S under frivillig likvidation mod Skatteministeriet

Takeda A/S under frivillig likvidation har i sit sammenfattende processkrift af 2. august 2021 anført bl.a.:

”Til støtte for den principale påstand gøres det principalt gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af de pågældende renter, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d, sammenholdt med artikel 11 i den nordiske DBO og rente- royaltydirektivet (2003/49/EF). Tilsvarende gøres det gældende, at heller ikke noget andet selskab i koncernen eller de bagvedliggende ejere er begrænset skattepligtige til Danmark af de pågældende renter. Nycomed A/S (Takeda) har derfor ikke har været pligtig at indeholde renteskat, jf. kildeskattelovens § 65 D.

I relation til DBO'en gøres det gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB er "*rette indkomstmottager*" 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 Nycomed Sweden Holding 2 AB er "*rette indkomstmottager*" 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 nordiske 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).

Den omstændighed, at den af Skatteministeriet hævdede gennemstrømning af renter under alle omstændigheder, som nævnt, er endt i et andet DBO-land, Luxembourg, nemlig i det øverste moderselskab, Nycomed S.C.A., SICAR udelukker, at der kan foreligge misbrug af rente-/royaltydirektivet eller efter den nordiske DBO. En direkte betaling af renter fra Nycomed A/S (Takeda) til Nycomed S.C.A., SICAR ville således, som nævnt, have været fritaget for dansk kildeskat i medfør af den dansk-luxembourgiske DBO.

For det tilfælde, at landsretten måtte finde, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke er "*retmæssig ejer*" af renterne, gøres det subsidiært gældende, at det luxembourgiske bedstemoderselskab, Nycomed S.C.A., SICAR, der er det eneste andet selskab i koncernstrukturen, der har oppebåret renteindkomst vedrørende

de af sagen omhandlede koncerninterne lån, i så fald må anses som den "retmæssige ejer" i stedet (med den konsekvens, at der vil skulle ske nedsættelse efter DBO'en mellem Danmark og Luxembourg, hvorefter der ikke foreligger noget misbrug i sagen). Dette anbringende behandles nedenfor i afsnit 7.7.

Til støtte for den principale påstand gøres det videre gældende, at betingelsen for bortfald af begrænset skattepligt i SEL § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum, er opfyldt. Dette behandles i afsnit 9 nedenfor.

Subsidiært gøres det gældende, at SKATs afgørelse af 17. september 2010 er udtryk for en skærpelse af en fast administrativ praksis med tilbagevirkende kraft, og at den derfor ikke er lovlig. Dette behandles i afsnit 10.

Mere subsidiært gøres det gældende, at Nycomed A/S (Takeda) ikke hæfter for en eventuel kildeskat efter kildeskattelovens § 69, eftersom Nycomed A/S (Takeda) ikke har handlet "forsømmeligt" ved ikke at indeholde kildeskat i forbindelse med rentetilskrivningerne. Herom henvises til afsnit 11 nedenfor.

For det tilfælde at Nycomed S.C.A., SICAR heller ikke anses som "retmæssig ejer" af de af sagen omhandlede renter, gøres det - til støtte for de subsidiære (sideordnede) påstande - gældende,

- (A) at kildeskattekravet skal nedsættes til 0 kr., for så vidt angår det svenske børsnoterede selskab, Aktionær nr. 41, og for den fysiske person, der er hjemmehørende i USA, Aktionær nr. 39, som begge er direkte aktionærer i Nycomed S.C.A., SICAR, og disses (indirekte) andel af de omhandlede renter (ca. 1,40 %), eftersom disse to personer i så fald må anses som de "retmæssige ejere" for denne andel, og
- (B) at der herudover består et retskrav på nedsættelse af kildeskattekravet til 0 kr., i det omfang det - under en hjemvisning til Skattestyrelsen - dokumenteres, at de øvrige investorer i Nycomed S.C.A., SICAR, enten er (i) juridiske personer, der er "retmæssige ejere" af renterne i henhold til en DBO mellem Danmark og deres hjemland, eller (ii) fysiske personer (da der ikke i dansk ret er hjemmel til at opkræve kildeskat på renter vedrørende sådanne personer).

Til støtte for frifindelsespåstanden over for sagsøgtes afvisningspåstand gøres det gældende, at sagsøger har en åbenbar retlig interesse i at få prøvet sin subsidiære påstand.

Anbringerne til støtte for de subsidiære påstande behandles nedenfor i afsnit 12.

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 rentetilskrivninger havde følgende ordlyd [...]:

...

Danmark har ikke indført regler om begrænset skattepligt af renter, der betales til fysiske personer.

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 frafalde 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.

Takeda gør gældende, at rentebeskatningen skal frafalde eller nedsættes såvel efter den nordiske DBO (alternativt DBO'en mellem Danmark og Luxembourg) som efter rente-/royaltydirektivet, hvorfor Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af de pågældende renter. Der er dermed af denne grund ikke noget grundlag for opkrævning af kildeskat.

...

7 KRAV PÅ NEDSÆTTELSE EFTER DEN NORDISKE DBO - NYCOMED SWEDEN HOLDING 2 AB ER "RETMÆSSIG EJER" AF RENTERNE

7.1 Generelt om DBO'en

Det følger af artikel 11 i den dagældende *nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 23. september 1996* [...], at kildestaten - i denne sag Danmark - ikke kan beskatte renter, der betales til en modtager i et andet nordisk land, hvis rentemodtageren er renternes "retmæssige ejer" - i den engelske tekst "*beneficial owner*". Det er altså domicilstaten, i denne sag Sverige, der har den suveræne beskatningsret (som Sverige da også har udnyttet, idet renterne er blevet beskattet i Sverige).

Det gøres gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB er "retmæssig ejer" af de omhandlede renter, og at Nycomed Sweden Holding 2 AB derfor har krav på nedsættelse efter artikel 11 i den nordiske DBO. Da der skal ske nedsættelse, foreligger der ikke begrænset skattepligt til Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d.

Artikel 11 i den nordiske 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 nordiske 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 nordiske lande i 1996 - 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 Nycomed Sweden Holding 2 AB hverken er "agent" eller en "særligt udpeget person" (på engelsk: "nominee" [...] for moderselskabet, Nycomed Sweden Holding 1 AB, for det ultimative moderselskab, Nycomed S.C.A., SICAR, eller for nogen anden person, er det efter 1977-kommentarerne klart, at Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 "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." (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 (hvilket altså ikke gælder nærværende).

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 sin dom af 3. maj 2021 i de første sager i sagskomplekset også tiltrådt en anvendelse af de pågældende kommentarer fra 2003 [...].

Takeda er imidlertid uenig i dommen af 3. maj 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 [...].

Det kan uden videre fastslås, at Nycomed Sweden Holding 2 AB efter dansk ret er "rette indkomstmodtager" af de omhandlede renter, hvad Skatteministeriet også anerkender, jf. forelæggelseskendelsens punkt 50 [...] og punkt 78 [...]. Allerede af den grund er Nycomed Sweden Holding 2 AB også "retmæssig ejer" af de pågældende renter.

Når skatteministeren har forklaret Folketinget forud for vedtagelsen af SEL, at skattefriheden er afhængig af, at Nycomed Sweden Holding 2 AB er "rette indkomstmodtager" 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 indkomstmodtager".

Artikel 3, stk. 2, i den nordiske 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 indkomstmodtager".

Dette resultat er i overensstemmelse med den af de danske skattemyndigheder - forud for starten på "beneficial owner"-sagerne - anlagte fortolkning [...].

Takeda har naturligvis noteret, at Østre Landsret i sin dom af 3. maj 2021 har bemærket, at *"det forhold, at begreberne "retmæssig ejer" og "rette indkomstmodtager" ikke anvendes sprogligt stringent i forarbejderne ... ligeledes ikke [findes] at kunne føre til et andet resultat"*. Takeda er ikke enig heri.

Aage Michelsen giver i Festskrift til Ole Bjørn [...] udtryk for følgende generelle opfattelse:

"Anvendelsen af intern ret må ske i alle de tilfælde, hvor et internationalt skatte spørgsmål 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 indkomstmodtager" i dansk skatteret går ud på [...].

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 indkomstmodtager, 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 2011.31 [...].

Også Jens Wittendorff i SR-SKAT 2010.212, er af den opfattelse, at der skal foretages en internretlig fortolkning baseret på princippet om "rette indkomstmodtager" [...]. 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 gjort i TDC- og NetApp-sagerne (dommen af 3. maj 2021, [...]).

Takeda 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 låneaftale 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.

...

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 Prévost-sagen [...] 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 2007-09 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 reelt 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 Sverige 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 Sverige 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 i denne sag - ikke kan peges på en anden international forståelse af begrebet. Og dette er i særlig grad gældende på tidspunktet for de af sagen omhandlede rentetilskrivning i sagsperioden, 2007-09, og endnu mere klart, når det tages i betragtning, at den nordiske DBO er indgået i 1996 (endda som erstatning for en tidligere DBO, der indeholdt en tilsvarende bestemmelse).

Da der er enighed om, at Nycomed Sweden Holding 2 AB er "rette indkomstmottager" 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 de øvrige nordiske lande [...] er fra 1996, og artikel 11 i overenskomsten svarer til OECD's modeloverenskomst. Da Danmark og de øvrige nordiske lande 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 Michelsens artikel i Festskrift til Ole Bjørn [...], 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 retssikkerhedsmæssige 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. Skatteyderne værn

mod lovgivning og lovfortolkning 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) (MS 789) 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 nordiske DBO fra 1996.

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 delegationsforbuddet 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 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 tidspunkt, hvor den relevante overenskomst er indgået, kan ikke afgøres løsrevet fra den effekt, som kommentaren har på den sag, som er til pådømmelse. 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 uforholdende 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 adresserer Østre Landsret ikke direkte spørgsmålet, men det følger af landsrettens præmisser, at landsretten ikke har fundet, at de efterfølgende kommentarer er ændringer af kommentarerne. Takeda 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* [...]: ...

Efterfølgende kommentarer er heller ikke "*supplerende fortolkningsmidler*" i artikel 32's forstand, jf. *Michael Lang* [...]: ...

Den omstændighed, at OECD's embedsmænd i punkt 35 i introduktionen til *OECD-model-overenskomsten for 2003* [...] selv har givet udtryk, at ændringer i kommentarerne skal *anvendes* ved fortolkningen af tidligere overenskomster, ændrer ikke konklusionen ovenfor, jf. *Michael Lang* [...]: ...

Se også *Aage Michelsen* med henvisninger [...]: ...

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 nordiske DBO. Nycomed Sweden Holding 2 AB er derfor – allerede af denne grund - "retmæssig ejer", og der foreligger derfor ikke begrænset skattepligt.

7.4 *Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 vi-

dere gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB - også efter disse - må anses for "retmæssig ejer" af de omhandlede renter.

Takeda gør således også i dette tilfælde gældende, at "retmæssig ejer"-begrebet skal fortolkes i overensstemmelse med princippet om "rette indkomstmodtager" i dansk ret, jf. således bl.a. *Jakob Bundgaard og Niels Winther-Sørensen i SR-SKAT 2007.395* [...].

Men selv hvis der foretages en autonom fortolkning af begrebet, gøres det gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 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 på-ældende 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." (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 fastlæggelsen af, om den formelle beløbsmodtager er "retmæssig ejer", alene skal lægges vægt på omfanget af den formelle beløbsmodtagers reelle beføjelser i relation til at træffe afgørelse om, hvorledes der skal disponeres over modtagne beløb. Efter dette standpunkt vil den formelle beløbsmodtager således ikke kunne anses som "retmæssig ejer", såfremt denne i relation til den pågældende indkomst reelt ikke kan foretage dispositioner, der afviger fra de ultimative ejeres vilje (om at et modtaget beløb skal "dirigeres 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) "mellemand" eller (3) "gennemstrømningsenhed (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst". I den sidstnævnte situation kræves det yderligere, at gennem-strømningsenheden har "*meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter*".

I denne sag er der imidlertid slet ikke sket *gennemstrømning* af renter fra rentemodtageren, Nycomed Sweden Holding 2 AB, til Nycomed Sweden Holding 1 AB eller til nogen anden person.

Den omstændighed, at Nycomed Sweden Holding 2 AB har ydet *koncernbidrag* til Nycomed Sweden Holding 1 AB, ændrer ikke herved. For det første har rentefordringen bestået uanset ydelsen af koncernbidrag, og koncernbidragene har således ikke været til hinder for, at Nycomed Sweden Holding 2 AB kunne disponere over renterne ved at konvertere disse til egenkapital i forbindelse med Exit'en i 2011. Hertil kommer, at de pågældende koncernbidrag rent faktisk aldrig blev betalt til Nycomed Sweden Holding 1 AB, eftersom dette selskab eftergav koncernbidragsgælden ved Exit'en.

Nycomed Sweden Holding 2 AB, der er fuldt ud egenkapitalfinansieret, har således ydet lånet til Nycomed A/S (Takeda) af *egne midler*, og renterne er alene kommet Nycomed Sweden Holding 2 AB til gode. Nycomed Sweden Holding 2 AB har stedse været ejer af renterne, som løbende er blevet tilskrevet hovedstolen (hvorved Nycomed Sweden Holding 2 AB har kunnet oppebære større rentebetalinger (rentes rente). Og rentefordringen har eksisteret helt frem til den 21. september 2011, hvor Nycomed Sweden Holding 2 AB valgte at konvertere fordringen til nye aktier, der indgik i overdragelsen til Takeda Pharmaceutical Company. Nycomed Sweden Holding 2 AB har på det tidspunkt konstateret en højere aktieavance, end hvis der ikke var sket konvertering af gælden og renterne forinden.

Ovenstående viser, at selskabet har haft den fulde glæde af renterne.

Takeda gør videre gældende, at den omstændighed, at salgsprouvet fra salget af Nycomed A/S (Takeda) er udloddet fra Nycomed Sweden Holding 2 AB til Nycomed Sweden Holding 1 AB i slutningen af 2011 og i 2012 i forbindelse med ejerconsortiets "Exit" (og videre op til Nycomed S.C.A., SICAR og dette selskabs ejere), ikke kan anses som en gennemstrømning af de omhandlede renter. Disse midler stammer således ikke fra rentedebitoren, det sagsøgende selskab Nycomed A/S (Takeda), men fra den uafhængige køber af Nycomed-koncernen, Takeda Pharmaceutical Company.

Der synes at være enighed herom mellem parterne, jf. Skatteministeriets processkrift A (s. 3), hvor det hedder [...]:

"Takedas oplysning om, at Nycomed S.C.A., SICAR har foretaget tilbagebetaling af indskudt kapital samt udbetaling af provenu til sine investorer i forbindelse med kapitalnedsættelser i 2011 og 2012 (jf. forelæggelseskendelsen, pkt. 48), bestrides som udokumenteret, ligesom det bestrides, at der med sådanne eventuelle betalinger skulle være sket en "videregennemstrømning" af de omhandlede renter." (Vores fremhævning).

Nycomed Sweden Holding 2 AB er allerede af disse grunde ikke et "gennemstrømningselskab".

Selv hvis det måtte blive lagt til grund, at der er sket "gennemstrømning" af de omhandlede renter gennem Nycomed Sweden Holding 2 AB til Nycomed Sweden Holding 1 AB og videre, bemærkes, at det yderligere fremgår af kommentarerne til modeloverenskomsten, er omfanget af *rådighedsretten* et væsentligt element i vurderingen af, om et gennemstrømningselskab er den "retmæssige ejer" af indkomsten.

Pointen i kommentarerne er altså, at hvis det rentemodtagende selskab - her Nycomed Sweden Holding 2 AB - har viderekaliseret de modtagne renter til de bagvedliggende ejere, skal der - ved vurderingen af, om selskabet er "retmæssig ejer" - lægges vægt på, om dette er et udslag af, at de bagvedliggende ejere har indskrænket selskabets rådighed over renterne.

Det gøres i den forbindelse gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB i hele perioden frem til 2011 har kunnet disponere over rentefordringerne, og eventuelle kreditorer i Nycomed Sweden Holding 2 AB har tilsvarende kunnet søge sig fyldestgjort heri. Og ved konverteringen blev rentebeløbet en del af egenkapitalen i Nycomed A/S (Takeda).

Takeda gør dermed gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke 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". Tværtimod, har Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 Nycomed Sweden Holding 2 AB til at viderebetale de modtagne renter til Nycomed Sweden Holding 1 AB, 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 pengestrømmene, herunder tilskrivningen af renter hos Nycomed Sweden Holding 2 AB og dette selskabs betaling af koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1 AB, skulle indebære, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke kan anses for "retmæssig ejer" af renterne.

Alle større beslutninger i en hvilken som helst koncern – f.eks. om køb af selskaber, større udlodninger, etablering af finansieringsstruktur mv. - træffes sædvanligvis i første omgang af topledelsen i koncernen.

Herefter gennemføres beslutningerne af de relevante selskabsorganer i de respektive selskaber. Hverken de enkelte selskaber som sådan eller de enkelte ledelsesmedlemmer er som udgangspunkt forpligtede til at gennemføre de plan-

lagte beslutninger, men vægring herved kan naturligvis føre til, at de pågældende medlemmer udskiftes i overensstemmelse med selskabslovenes regler.

Det er ingen holdepunkter for, at kommentarernes punkt 8.1 skal fortolkes således, at det, der er en sædvanlig beslutningsprocedure i enhver koncern, automatisk diskvalificerer koncernens datterselskaber fra at være "retmæssige ejere" af modtagne 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 [...]: ...

Sammenfattende gøres det således gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 forekommer 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, herunder 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.

...

7.5 2014-kommentarerne - der skal foreligge en retlig forpligtelse til viderebetaling

Mens denne sag har verseret er der kommet nye kommentarer fra OECD, nemlig i 2014 [...], som også påberåbes af Skatteministeriet til støtte for, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke er "retmæssig ejer" af de omhandlede renter.

Takeda gør gældende, at det nu eksplicit af 2014-kommentarernes punkt 10.2 fremgår, at det som udgangspunkt er en betingelse for at frakende en rentemodtager status som "retmæssig ejer" efter modeloverenskomsten, at der foreligger en forpligtelse til at videreformidle renterne til en anden person. Det hedder således [...]: ...

Efter Takedas 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 således 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 Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 det modtagne rente til en anden person – "substantielt" ikke havde rettighederne til at "bruge og nyde" renterne.

Heroverfor gør Takeda gældende, at 2014-kommentarerne på dette punkt - hvis de skal forstås som hævdet af Skatteministeriet - fuldstændigt ændrer de hidtidige kommentarer til bestemmelsen - 7 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 de øvrige nordiske lande er indgået i 1996.

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 tillægge det pågældende udsagn betydning.

Skatteministeriet tillægger det stor vægt, at Takeda ikke har fremlagt skriftlige aftaler eller lignende, der dokumenterer, at Nycomed Sweden Holding 2 AB - eller Nycomed S.C.A., SICAR for så vidt angår lånet mellem dette selskab og Nycomed Sweden Holding 1 AB - ikke var begrænset i sin ret til at råde fuldt ud over de pågældende renter.

Sagen er den, at der foreligger ikke nogen aftaler, der begrænser Nycomed Sweden Holding 2 AB's (eller Nycomed S.C.A., SICAR's) råden over de oppebårne renter, endsige nogen aftaler eller lignende, der overhovedet vedrører de koncerninterne lån - ud over selve lånedokumenterne (og hvoraf der i sagens natur ikke fremgår nogen begrænsninger). Skatteministeriet er tilsyneladende af den opfattelse, at der må foreligge aftaler mellem de bagvedliggende aktionærer vedrørende spørgsmålet om råden over renterne, f.eks. en forpligtelse til at betale disse videre. Men det gør der ikke.

Spørgsmålet om - og beslutninger vedrørende - dispositioner har således været en integreret del af kapitalfondsmanagerens (komplementaren i Nycomed S.C.A, SICAR's) ansvars- og arbejdsområde (naturligvis med endelig beslutningskompetence i de enkelte selskaber), og dette hænger sammen med, at ejerne ikke har ydet lån til de underliggende selskaber, herunder til Nycomed S.C.A., SICAR. Derimod har der naturligvis foreligget aftalemæssige forpligtelser til tilbagebetaling af indskudt kapital samt udbetaling af salgsprovenu i forbindelse med en Exit.

Takeda har i sagen fremlagt aktionæroverenskomsten mellem aktionærene i Nycomed S.C.A., SICAR [...], hvoraf ses, at der ikke er truffet bestemmelser vedrørende de koncerninterne lån. Takeda har endvidere fremlagt referater af de bestyrelsesmøder, hvor der er truffet beslutning om at yde de pågældende lån (E 267-293). Heller ikke heri nævnes nogen form for begrænsninger.

7.6 Der foreligger ikke et misbrug af den nordiske DBO

...

Takeda bestrider imidlertid, at der i nærværende sag foreligger et misbrug af den nordiske DBO.

Imødegåelse af misbrug kræver, at der er hjemmel hertil i dansk ret.

Parterne i nærværende sag er enige om, at der i 2007-09 fandtes to domstolskabte regler til imødegåelse af misbrug, nemlig realitetsgrundsætningen og princippet om "rette indkomstmodtager", jf. forelæggelseskendelsens punkt 75-78 [...].

Der er mellem parterne enighed om, at realitetsgrundsætningen ikke giver grundlag for at tilsidesætte de i nærværende sag foretagne dispositioner, jf. punkt 76. Tilsvarende er der mellem parterne enighed om, at rentemodtageren, Nycomed Sweden Holding 2 AB, er "rette indkomstmodtager" efter dansk ret, jf. punkt 78.

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"). Takeda 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 foreligger et misbrug efter dansk ret. I øvrigt er det fast højesteretspraksis, at der ikke kan foreligge misbrug, hvis det fremgår af forarbejderne, at lovgiver 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 (Finwill ApS - "elevatorsagen") [...].

Der fandtes ikke relevante antimisbrugsregler i den dagældende nordiske 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 [...] - og dermed også i forbindelse med rentebetalinger, da det er samme betingelse (om "retmæssig ejer"), der gælder i begge situationer.

Dette er helt i overensstemmelse med Mogens Rasmussen og Dennis Bernhardt, begge Told- og Skatte-styrelsen, i SR-SKAT 2000.315 [...]: ...

Der var generel enighed blandt danske forfattere om disse synspunkter.

Hertil kommer, at formålet med de omhandlede rentebetalinger *ikke* var vide-rebetale disse til personer, der er hjemmehørende i lande uden DBO, jf. bl.a. ISS-dommen [...], idet "gennemstrømningen", hvis en sådan findes at være forekommet, under alle omstændigheder stoppede i et selskab i et andet DBO-land, nemlig i Nycomed S.C.A., SICAR, Luxembourg. Formålet var således på ingen måde at udøve "treaty shopping".

ISS-dommen er da også på dette punkt fuldt ud fulgt op i 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 var bestemt til at ende i et selskab, der var beliggende i et andet DBO-land (i sagen USA). Og i NetApp-sagen havde de "gennemstrømmede" midler endda "passeret" et selskab i et ikke-DBO-land. Dommen omtales nærmere nedenfor.

...

Det er en kendsgerning, at den valgte finansieringsstruktur indebærer, at Nycomed A/S (Takeda) opnår et rentefradrag i Danmark, og at Nycomed S.C.A., SICAR modtager en rente af nogenlunde samme størrelse (dog vedrørende et helt andet lån), som ikke er skattepligtig i Luxembourg. Denne "hybride" situation var således et af formålene med den konkret valgte lånestruktur, og der-

med at der opnåedes en skattefordel. Der skal imidlertid i den forbindelse erindres om, at lånet ikke blev ydet med dette som det væsentligste formål. Det væsentligste formål var således at indfri det bestående koncerneksterne lån (obligationerne), og lånet var således ikke blot etableret for at "skaffe" en rentefradragsret i Danmark. Rentefradraget eksisterede således allerede - endda med en forrentning, der set over perioden ville have været højere, end tilfældet var, for så vidt angår det interne lån. Og det skal videre bemærkes, at den pågældende skattefordel også ville have været til stede, hvis der i stedet var indgået en låneaftale direkte mellem Nycomed S.C.A., SICAR og Nycomed A/S (Takeda). Den er således ikke muliggjort af de mellemliggende svenske selskaber.

Det er uklart for Takeda, om Skatteministeriet gør gældende, at den omstændighed, at renterne er skattefrie i Luxembourg, skulle have betydning for, om Nycomed Sweden Holding 2 AB er "retmæssig ejer" af renterne. Takeda gør heroverfor gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt Nycomed S.C.A., SICAR beskattes af renterne, er ganske uden betydning for, om Nycomed Sweden Holding 2 AB er "retmæssig ejer" af renterne.

Selv hvis den pågældende finansieringsstruktur - med rentefradrag uden modstående rentebeskatning - måtte anses for at udgøre et retsmisbrug (hvad der under alle omstændigheder tidligst - og muligvis - er skabt hjemmel til med Danmarks implementering af EU's antimisbrugsdirektiv i 2018, jf. nærmere nedenfor), er den adækvate sanktion imidlertid ikke at opkræve kildeskat på renterne, men derimod at nægte fradragsret for renterne i Danmark, jf. princippet i ligningslovens § 3 [...].

Såfremt der havde været nogen som helst grund til at tro, at Danmark ville opkræve kildeskat på de omhandlede renter ved den valgte konstruktion, kunne koncernen som en fuldgod alternativ løsning altså have valgt at lade Nycomed S.C.A., SICAR, yde lånet direkte til Nycomed A/S (Takeda), idet der dermed ville have beskyttelse efter DBO'en mellem Danmark og Luxembourg.

Denne omstændighed, at den hævdede "rentegennemstrømning" stopper i Nycomed S.C.A., SICAR, Luxembourg, indebærer da også, at der ikke består noget grundlag for en antagelse om, at Nycomed A/S (Takeda) skulle have misbrugt den nordiske DBO.

Dette følger således direkte af Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 vedrørende NetApp, for så vidt angår det udbytte, der faktisk blev videreudloddet fra NetApp Denmark til NetApp Cypern og videre til NetApp USA (gennem NetApp Bermuda). ...

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. ...

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 antitreaty-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 nordiske DBO.

7.7 *Subsidiært er Nycomed S.C.A., SICAR "retmæssig ejer" af renterne og har krav på nedsættelse efter den dansk-luxembourgiske DBO - derfor intet misbrug i sagen*

...

Efter DBO'ens artikel 11, stk. 1 gælder følgende [...]: ...

Såfremt Nycomed S.C.A., SICAR anses som renternes "retmæssige ejer" følger det således direkte af DBO'en, at Danmark ikke kan beskatte renterne, og det følger dermed udtrykkeligt af SEL § 2, stk. 1, litra d, at rentekildeskatten bortfalder (eftersom beskattningen af renterne skal frafalde efter en DBO).

...

7.7.1 *De retlige konsekvenser af at anse Nycomed S.C.A., SICAR som "retmæssig ejer" af renterne*

...

Under alle omstændigheder er det en betingelse for at anse Nycomed Sweden Holding 2 AB som et "gennemstrømningsselskab" og dermed som begrænset skattepligtig af de omhandlede renter, at "gennemstrømningen" er sket til investorer, som ikke er beskyttet af en DBO.

Østre Landsret har således i sin dom af 20. december 2011 (ISS-dommen, MS 931) fastslået, at det er en forudsætning for *ikke* at anerkende den umiddelbare beløbsmodtager som "retmæssig ejer", at midlerne faktisk er strømmet videre til ikke-DBO beskyttede personer eller selskaber.

...

Hvis midlerne anses for at være gennemstrømmet de to svenske selskaber, er de ført videre til Nycomed S.C.A., SICAR i Luxembourg. Midlerne er dermed ikke ført til "*personer i tredjelande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst*".

Yderligere har Østre Landsret på tilsvarende vis i sin dom af 3. maj 2021 [...] i den ene af de to første pilot-sager i dette sagskompleks - NetApp-sagen - fundet, 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), eftersom det i sagen fandtes godtgjort, at udbyttet rent faktisk blev betalt fra Cypern til Bermuda og derfra videre til det øverste moderselskab i USA, hvor midlerne endte (og hvor dette moderselskab var beskyttet af den dansk-amerikanske DBO).

...

Overført på nærværende sag indebærer den omstændighed, at den hævdede "rentegennemstrømning" stopper i Nycomed S.C.A., SICAR Luxembourg - dvs. i et andet DBO-land - at etableringen af de svenske selskaber ikke udgjor-

de noget misbrug af den nordiske DBO, eftersom renterne kunne være betalt direkte til Nycomed S.C.A., SICAR uden dansk kildeskat. Efter denne retsstilling er det således den nordiske DBO, som bevirker, at rentekildeskatten bortfalder, eftersom der ikke er foreliggende noget misbrug af den nordiske DBO, såfremt Nycomed S.C.A., SICAR Luxembourg anses for renternes "retmæssige ejer".

Om bortfaldet af den danske rentekildeskat sker med den begrundelse, at det i den konkrete situation er den dansk-luxembourgiske DBO, der finder direkte anvendelse, således som Takeda 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 Luxembourg og Danmark, bevirker, at der ikke foreligger et misbrug af den nordiske DBO, forekommer at være "en strid om ord", som ikke skal forfølges nærmere.

...

Skatteministeriet stiller normalt krav om, at det - for at anerkende en person være "retmæssig ejer" af en modtaget rente (eller et udbytte) - dokumenteres, at indkomsten på forhånd var bestemt til at strømme videre til den pågældende person, at indkomsten rent faktisk strømmede dertil, at den pågældende person reelt har kunnet råde over indkomsten, og at den pågældende person ikke selv har fungeret som et "gennemstrømningsenhed" i relation til de pågældende midler.

Disse punkter vil på denne baggrund blive gennemgået i det følgende, og gennemgangen vil vise, at Nycomed S.C.A., SICAR opfylder alle betingelser for at kunne anses som den (alternative) "retmæssige ejer" af renterne.

7.7.2 Renterne var på forhånd bestemt til at strømme videre til Nycomed S.C.A., SICAR

...

Hvis landsretten altså lægger vægt på, at der i forbindelse med rentetilskrivningen blev skabt en kæde af tilgodehavender gennem de svenske selskaber, ligger det lige for at konstatere, at det så også på forhånd var bestemt, at Nycomed S.C.A., SICAR skulle være den endelige ejer af fordringskæden. Som nævnt [...] var det jo også hele formålet med lånestrukturen, at der skulle skabes et koncerninternt lån på baggrund af egenkapital indskudt i Nycomed S.C.A., SICAR med (fortsat) rentefradragsret i Nycomed A/S (Takeda) og ingen beskatning andetsteds i koncernen. "Rentestrømmen" fra Nycomed A/S (Takeda) er således som planlagt endt i Nycomed S.C.A., SICAR (hvis man altså ser bort fra Nycomed Sweden Holding 2 AB som "retmæssig ejer", selv om der ikke er sket tilskrivning af renter mellem de svenske selskaber, og selv om der ikke er sket effektiv betaling af renterne som følge af konvertering m.v., jf. bl.a. afsnit 7.1 - 7.5 ovenfor).

7.7.3 Renterne strømmede rent faktisk videre til Nycomed S.C.A., SICAR

...

Hvis landsretten måtte finde, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke er "retmæssig ejer" af renterne tilskrevet på Nycomed A/S (Takeda)'s gæld til Nycomed Sweden Holding 2 AB, må det - som nævnt i foregående afsnit - nødvendigvis skyldes, at landsretten anser disse renter for gennem koncernbidraget (der ganske vist aldrig blev faktisk betalt) at være overført fra Nycomed Sweden Holding 2 AB til Nycomed Sweden Holding 1 AB, og at Nycomed Sweden Holding 1 AB efterfølgende skattemæssigt har videreført renterne til Nycomed S.C.A., SICAR grundet den rentetilskrivning, der skete på Nycomed Sweden Holding 1 AB's gæld til Nycomed S.C.A., SICAR.

På den baggrund kan det uden videre konstateres, at renterne, såfremt Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke anses for "retmæssig ejer", skattemæssigt blev videreført til Nycomed S.C.A., SICAR.

7.7.4 Nycomed S.C.A., SICAR har reelt kunnet råde over renterne

Også vedrørende dette punkt er det åbenlyst, at rådighedsretten over renterne lå hos Nycomed S.C.A., SICAR, såfremt den ikke lå hos de to svenske selskaber.

Der forelå således ikke nogen forudgående aftale eller forståelse om, hvad Nycomed S.C.A., SICAR skulle anvende renterne eller tilgodehavendet på renterne til. Sagen var jo den, at de bagvedliggende ejere af Nycomed S.C.A., SICAR (som jo i sagens natur må være de "mere alternative" "retmæssige ejere" af renterne, hvis ikke Nycomed S.C.A., SICAR er det, jf. herom nedenfor i afsnit 12) ikke havde ydet lån til selskabet, men i stedet indskudt egenkapital, hvorfor de ikke havde noget renteaftast.

Hertil kommer, at selve etableringen - og administrationen - af det koncerninterne lån var en integreret del af kapitalfondsmanagerens (komplementaren i Nycomed S.C.A., SICAR's) ansvars- og arbejdsområde (naturligvis med endelig beslutningskompetence i de enkelte selskaber). Det var således komplementaren (og dermed selskabet selv), der traf de reelle beslutninger herom.

I den anledning kan der være anledning til at bemærke, at en renteindtægt på et koncerninternt lån ingen som helst driftsøkonomisk værdi skaber i en koncern. Ganske vist er der en renteindtægt i kreditor-selskabet (her Nycomed S.C.A., SICAR), men dette modsvares jo af en tilsvarende renteudgift i debitor-selskabet (her Nycomed A/S (Takeda)). På en konsolideret basis går det således i 0. Den eneste fordel ved et koncerninternt lån (hvad værdiskabelse angår) er, hvis man kan opnå en skattefordel, fordi fradragsretten for renteudgiften overstiger beskatningen af renteindtægten. Derved skabes der en skattebesparelse i koncernen, som ultimativt kommer ejerne til gode (da overskuddet efter skat forbedres). Dermed har ejerne heller intet ønske om at skulle have nogen som helst råden over renter på et sådant koncerninternt lån længere nede i strukturen.

Det, som rent faktisk skete, var, at Nycomed S.C.A., SICAR pr. 27. december 2006 lånte EUR 498,5 mio. til det øverste svenske moderselskab [...]. Efterhånden som der blev tilskrevet renter på lånet, valgte Nycomed S.C.A., SICAR at lade de tilgodehavende renter stå som et yderligere, markedsmæssigt forrentet lån til debitor, Nycomed Sweden Holding 1 AB, således at renterne fra henholdsvis 2007, 2008 og 2009 blev tilskrevet tilgodehavendet hos Nycomed

Sweden Holding 1 AB, [...]. Der er intet substantielt anført til støtte for, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke i denne lange periode kunne råde frit over rentefordringen og eventuelle afdrag herpå. Selskabet har da også haft den fulde glæde af renterne, eftersom tilskrivningen jo bevirkede, at lånet blev forøget - hvilket betød, at forrentningen det efterfølgende år blev større (rentes rente).

Hertil kommer, at det aktiv, som rentefordringen udgjorde, reelt tilhørte Nycomed S.C.A., SICAR, og at eventuelle kreditorer i Nycomed S.C.A., SICAR om nødvendigt kunne have fyldestgjort sig med rentefordringen.

Først i forbindelse med salget af Nycomed-koncernen i 2011 og 2012 - Exit'en - blev lånet indfriet [...].

Nycomed S.C.A., SICAR gennemførte herefter en række kapitalnedsættelser med tilbagebetaling af indskudt kapital samt overførsel af provenuet fra tilbagebetalingen af lånet og provenuet fra salget af Nycomed-koncernen. Først på dette tidspunkt - og som følge af afhændelsen af Nycomed-koncernen i 2011 og 2012 - blev midlerne overført til Nycomed S.C.A., SICAR's kapitalejere. I øvrigt længe efter SKATs afgørelse - der er til prøvelse i denne sag - blev truffet.

Det forhold, at Nycomed S.C.A., SICAR flere år efter at være blevet ejer af rentefordringen afhændede sine investeringer, og overførte provenuet ved indfrielsen af fordringen sammen med det øvrige provenu ved salget af Nycomed-koncernen til sine kapitalejere, kan ikke anføres som begrundelse for, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke var den reelle ejer - "retmæssige ejer" - af renterne (hvis ikke de svenske selskaber var det).

Som nærmere redegjort for i det følgende afsnit, har Skatteministeriet da også selv bemærket, at den omstændighed, at Nycomed S.C.A., SICAR i forbindelse med salget af Nycomed-koncernen i 2011 og 2012 gennemførte en kapitalnedsættelse med tilbagebetaling af indskudt kapital samt overførsel af provenuet fra salget af Nycomed A/S (Takeda) til kapitalejerne, ikke kan sidestilles med en viderebetaling af de omtvistede renter.

Nycomed S.C.A., SICAR var selvsagt ikke herre over, om og hvornår det ville lykkes at afhænde Nycomed-koncernen. Indtil salget var gennemført, måtte det derfor henstå som ganske usikkert, hvornår Nycomed S.C.A., SICAR kunne udlodde et eventuelt provenu til sine kapitalejere - og om der overhovedet blev noget provenu at udlodde.

Hvis Skatteministeriet hævder, at der rent faktisk var aftaler, forståelser eller lignende, som afskar Nycomed S.C.A., SICAR fra at råde over renterne eller tilgodehavendet på renterne, må det påhvile Skatteministeriet at føre bevis herfor eller i det mindste redegøre for, hvori båndet på Nycomed S.C.A., SICAR's handlefrihed bestod. I den forbindelse bemærkes det, at Nycomed S.C.A., SICAR havde et velbegrundet forretningsmæssigt formål, som bestod i at være fælles investeringsselskab for et stort antal kapitalejere, som havde besluttet at investere i fællesskab, og at der ikke er nogen som helst begrundelse for en antagelse om, at Nycomed S.C.A., SICAR på forhånd skulle have forpligtet sig til at videreføre renterne.

Tværtimod var formålet - som netop nævnt - med den etablerede koncerninterne finansieringsstruktur fra Nycomed S.C.A., SICAR og videre ned til Nycomed A/S (Takeda), bl.a. at opnå den skattemæssige fordel, der lå i, at der var rentefradragsret i Danmark uden modstående (effektiv) beskatning af renterne hos Nycomed S.C.A., SICAR. Dette viser i sig selv, at der ikke skete viderestrømning af renter fra Nycomed S.C.A., SICAR - og at dette aldrig var planlagt at skulle ske. Der kan således ikke påvises noget forretningsmæssigt eller skattemæssigt formål med at kanalisere renterne videre til kapitalejerne.

Der var derfor ikke andre selskaber end Nycomed S.C.A., SICAR, der kunne råde over renterne/fordringen på det øverste svenske moderselskab.

7.7.5 Renterne er ikke strømmet videre til Nycomed S.C.A., SICAR's aktionærer

Der er ikke sket nogen videreoverførsel eller godskrivning af renter fra Nycomed S.C.A., SICAR til andre. Hvis Skatteministeriet hævder, at renterne er strømmet igennem også Nycomed S.C.A., SICAR, påhviler det Skatteministeriet at løfte bevisbyrden herfor eller i det mindste redegøre for, hvorledes den videre gennemstrømning angiveligt har fundet sted, hvilket ikke er sket.

Ejerne af Nycomed S.C.A., SICAR havde fuldt ud egenkapitalfinansieret Nycomed S.C.A., SICAR. Der var således ikke - og har aldrig været - ydet lån fra ejerkonsortiet til Nycomed S.C.A., SICAR, og der er derfor aldrig betalt renter fra Nycomed S.C.A., SICAR til dettes aktionærer. ...

Der er da også enighed om, at den omstændighed, at Nycomed S.C.A., SICAR i forbindelse med salget af Nycomed-koncernen i 2011 og 2012 gennemførte kapitalnedsættelser med tilbagebetaling af indskudt kapital samt overførsel af provenuet fra salget af Nycomed A/S (Takeda), ikke kan sidestilles med en viderebetaling af de omtvistede renter (hvoraf de første stammede fra 2007), jf. Skatteministeriets processkrift A (s. 3) – [...], hvor det hedder:

"Takedas oplysning om, at Nycomed S.C.A., SICAR har foretaget tilbagebetaling af indskudt kapital samt udbetaling af provener til sine investorer i forbindelse med kapitalnedsættelser i 2011 og 2012 (jf. forelæggelseskendelsen, pkt. 48), bestrides som udokumenteret, ligesom det bestrides, at der med sådanne eventuelle betalinger skulle være sket en "videregennemstrømning" af de omhandlede renter." (Vores understegning).

Med ovenstående er det påvist, at Nycomed S.C.A., SICAR var den "retmæssige ejer" af renterne, såfremt de svenske selskaber ikke var det.

7.7.6 Nycomed S.C.A., SICAR er omfattet af DBO'en med Luxembourg

Det er ubestridt, at Nycomed S.C.A., SICAR er hjemmehørende i Luxembourg. Det forhold, at Nycomed S.C.A., SICAR alene realiserede indtægter, som var skattefrie efter Luxembourgs skattelovgivning, er - ligeledes ubestridt - ikke et forhold, der udelukker selskabet (og Luxembourg) fra at påberåbe sig DBO'ens artikel 11, hvorefter Danmark har afskåret sig fra at beskatte renter, som tilfalder selskaber, som er hjemmehørende i Luxembourg. Dette uddybes senere.

Skatteministeriet gør imidlertid gældende, at selskabet ikke er omfattet af DBO'en, eftersom selskabet ifølge Skatteministeriet er omfattet af en slutprotokol til DBO'en, som er udfærdiget i forbindelse med udfærdigelsen af den oprindelige DBO med Luxembourg i 1980, og som undtager såkaldte *1929-holdingselskaber* fra DBO'en.

Slutprotokollens § 1 har følgende ordlyd i den danske version [...]: ...

I al sin enkelhed er sagen den, at denne undtagelse helt klart efter ordlyden alene angår de særlige 1929-holdingselskaber, og der er intet som helst grundlag for at nå til det resultat, at andre selskaber end de udtrykkeligt nævnte særlige 1929-holdingselskaber også skulle være undtaget fra DBO'en.

...

Da Nycomed S.C.A., SICAR nyder beskyttelse efter den dansk-luxembourgiske DBO, foreligger der dermed ikke et misbrug i sagen, og selskabet (eller Nycomed Sweden Holding 2 AB) er dermed ikke begrænset skattepligtig til Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra d, og der er derfor intet grundlag for kilde-skatteindeholdelse.

...

7.7.7 Skatteministeriets (skiftende) argumentation i sagen

...

Takeda har aldrig påstået, at renterne var strømmet videre til investorerne i Nycomed S.C.A., SICAR. Takeda har blot indtaget det standpunkt, at hvis landsretten anser renterne for strømmet videre til investorerne, så ville også investorerne som - de mere "alternative" - "retmæssige ejere" have krav på bortfald af rentekildeskatten, jf. nærmere om dette subsidiære synspunkt nedenfor i afsnit 12.

... Når reviderede regnskaber i et EU-land viser, at Nycomed S.C.A., SICAR var ejeren af fordringen mod det øverste svenske selskab og renterne heraf, og regnskabet samtidig viser, at Nycomed S.C.A., SICAR var fuldt egenkapitalfinansieret, er der intet grundlag for at antage, at renterne er strømmet videre gennem Nycomed S.C.A., SICAR.

...

7.7.7.2 Der er enighed om, at det er uden betydning, at Nycomed S.C.A., SICAR er transparent efter dansk skatteret

...

Herefter frafaldt ministeriet i duplikken af 10. januar 2020 anbringendet - dvs. efter mere end 7 års proces [...]:

"Skatteministeriet frafalder anbringendet om, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke kan være den retmæssige ejer af renterne i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten, allerede fordi selskabet er transparent efter dansk ret...".

Til gengæld indtog Skatteministeriet i stedet et helt nyt standpunkt; nemlig at selskabet slet ikke er omfattet af den dansk-luxembourgiske DBO med henvisning til § 1 i slutprotokollen (der undtager Luxembourgs såkaldte 1929-holdingselskaber), jf. gennemgangen heraf i det følgende afsnit.

7.7.8 *Skatteministeriets nye anbringende om, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke er omfattet af DBO'-en med Luxembourg*

...

Takeda gør heroverfor gældende, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke er omfattet af § 1 i slutprotokollen, og at selskabet derfor er beskyttet af den dansk-luxembourgiske DBO. Takeda vil redegøre herfor i de følgende underafsnit.

...

7.7.8.2 *Bevisbyrden for, at DBO'en mellem Danmark og Luxembourg skal forstås som hævdet af Skatteministeriet, påhviler ministeriet, og bevisbyrden er ikke løftet*

Ordlyden og formålet med slutprotokollen er indlysende klar. Der er tale om en undtagelse, som specifikt angår 1929-holdingselskaberne og kun dem.

Ex tuto gøres det gældende, at det er Skatteministeriet, som har bevisbyrden for de faktiske og retlige forhold, som ministeriet måtte påberåbe sig til støtte for, at protokollens § 1 også omfatter et selskab som Nycomed S.C.A., SICAR.

...

Dette følger af almindelige bevisbyrderegler, men det gælder så meget desto mere her, fordi ministeriet er aftalepart, og dermed som den eneste har adgang til dokumenterne vedrørende forhandlingerne om bestemmelsen og dermed mulighed for at belyse forståelsen af og hensigten med bestemmelsen. Takeda har derimod ikke adgang til dette materiale. Ministeriet burde i det mindste have fremlagt dokumenter, der viser, at parterne (Danmark og Luxembourg) havde den hævdede fælles forståelse, som ligger langt ud over ordlyden af bestemmelsen. Dette er ikke sket. ...

...

7.7.8.3 *DBO'er omfatter helt generelt også skattefritagne enheder*

...

For det første skal det konstateres, at det i international og også dansk sammenhæng er helt sædvanligt, at juridiske sammenslutninger er undtaget fra skat, enten af hele deres indkomst eller af visse indkomster. Når en stat efter en DBO har aftalt sig frem til den eksklusive beskatningsret over en bestemt indkomst, indebærer det også retten for den pågældende stat til at fritage den pågældende indkomst for beskatning - uden den anden stats indblanding.

Danmark havde på tidspunktet for indgåelsen af DBO'en med Luxembourg i 1980 (og har fortsat) mange skattefritagne juridiske enheder. Der henvises til den dagældende selskabsskattelov § 3 [...] og Ligningsvejledningen 1979 Selskaber pkt. S.A.3 [...]. Navnlig skal fremhæves foreninger, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 6 (herunder erhvervsdrivende foreninger, der alene har omsætning med medlemmerne, jf. SEL § 1, stk. 5). Denne fritagelsesbestemmelse omfatter således f.eks. alle andelsboligforeninger, store sportslige organisationer og store almennyttige foreninger. Endvidere er en lang række enheder af offentligretlig karakter fritaget for skat, også selvom de ikke kan anses for en del af staten, jf.

SEL § 3. Det gælder således visse trossamfund, havne, lufthavne, vandforsyningsselskaber, skoler, hospitaler og teatre.

Endvidere fremgår det, at almennyttige fonde kunne fritages fuldstændigt for skattepligt, jf. bekendtgørelse nr. 67 af 28. februar 1978 [...] og Skattedepartementets cirkulære nr. 119 af 14. juni 1963 [...].

For så vidt angår selskaber med finansiell aktivitet, er det værd at hæfte sig ved, at de dagældende danske regler (i 1980, da DBO'en med Luxembourg blev indgået) fritog pensionskasser, der var undergivet lov om tilsyn med pensionskasser fuldstændigt fra skat. Endvidere var realkreditinstitutter fritaget for indtægt ved den statutmæssige virksomhed, hvilket selvsagt omfattede renteindtægter fra låntagere med sæde i Luxembourg.

Yderligere fremgår det, at den stadig gældende bestemmelse i statsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 6, havde (og har) den konsekvens, at de juridiske enheder, som beskattes efter denne bestemmelse, alene er skattepligtige af erhvervmæssige indtægter. Det var og er fast praksis, at skattepligten i denne situation ikke omfatter afkast af en likvid formue, herunder renteindtægter, som ikke henføres til virksomhedsdriften.

I 1980 havde det blandt andet den konsekvens, at alle andre fonde end de særskilt fritagne almennyttige fonde, kun var skattepligtige af eventuel erhvervmæssig virksomhed, og det fremgår af Ligningsvejledningens afsnit S.A.3.2 [...], at skattepligten *"ikke omfatter renter af offentlige obligationer, pantebrev m.v. og bankindestående ud over beløb, der anvendes ved driften af den erhvervmæssige virksomhed."* Konsekvensen af dette var bl.a. at nogle af vores allerstørste erhvervsdrivende fonde efter de dagældende regler var skattefrie af afkastet af den formue, som ikke var en del af den erhvervmæssige virksomhed.

Yderligere var det en konsekvens af bestemmelsen, at fagforeninger og arbejdsgiverforeninger var skattefrie, hvilket også gjaldt afkastet af den formue, som var hensat til strejker og lockouts.

Af helt særlig interesse for denne sag er det relevant at se nærmere på den datidige beskatning af investeringsforeninger. Indtil lov nr. 536 af 28. december 1979, som trådte i kraft den 1. januar 1980, var der kun givet særlige regler om kontoførende foreninger, jf. lovbekendtgørelse nr. 130 af 6. april 1967. Det fremgår af forarbejderne til 1979-loven (Folketingstidende 1979-1980, tillæg A, 2. saml., sp. 662), at der kun fandtes ganske få kontoførende investeringsforeninger. Herudover anføres samme sted om den retstilstand, som var gældende indtil 1. januar 1980:

"De certifikatudstedende investeringsforeninger omfattes af de gældende regler i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 6, hvorefter de pågældende foreninger kun er skattepligtige for så vidt angår indtægt ved erhvervmæssig virksomhed.

I det omfang, hvori foreningen alene har til formål at modtage indskud fra medlemmerne og investere disse indskud i værdipapirer, udøver foreningen ikke erhvervmæssig virksomhed, og investeringsforeningerne er derfor som helhed fritaget for skattepligt...." [vores understregning].

Yderligere fremgår følgende af sp. 663:

"I de senere år er der oprettet en række certifikatudstedende investeringsforeninger, der ifølge deres vedtægter intet udlodder til medlemmerne, de såkaldte akkumulerende investeringsforeninger. Renter og udbytter samt kursgevinster tillægges foreningens formue og geninvesteres med den virkning, at certifikaterne stiger i værdi.

Efter reglerne i lov om særlig indkomstskat m.v. nedsættes den opgjorte fortjeneste ved afståelse af aktier med 5 pct., dog højst 4.000 kr., og de første 6.000 kr. af særlig indkomst er fritaget for beskatning. Disse fradrag i forbindelse med en afrundingsregel ved skattens beregning gør det muligt, at medlemmerne ved fortsatte afståelser og genanskaffelser af certifikater vil kunne realisere en skattefri fortjeneste på indtil 6.421 kr. årligt, en fortjeneste, der i virkeligheden hidrører fra de ubeskattede renter og udbytter, der er tillagt foreningens formue.

Det foreslås derfor, at certifikatudstedende investeringsforeninger fra den 1. januar 1980 inddrages under beskatning på lige fod med aktieselskaber og erhvervsdrivende foreninger, medmindre foreningen ifølge sine vedtægter er forpligtet til at udlodde samtlige indtjente renter og udbytter inden fristen for indgivelse af selvangivelse for det pågældende indkomstår. Herefter vil renter og udbytter være skattepligtig indkomst for foreningen, ligesom gevinst og tab ved afhændelse og indfrielse af værdipapirer skal medregnes ved foreningens indkomstopgørelse...

Investeringsforeninger, der ifølge vedtægterne er forpligtet til at udlodde renter og udbytter inden fristen for indgivelse af selvangivelse, vil efter forslaget fortsat være fritaget for skattepligt, hvorimod medlemmerne løbende vil blive beskattet af udloddede beløb." (Vores understregning).

Loven blev vedtaget i den form, hvori den var fremsat.

På tidspunktet for indgåelsen af DBO'en med Luxembourg i november 1980 var således en meget betydelig del af danske selskaber m.v. skattefrie, og beskatningen af danske investeringsforeninger var også efter lovændringen i 1979 baseret på et princip om, at foreningerne var skattefrie.

Såfremt Danmark havde haft den tilgang til forhandlinger om dobbeltbeskatningsoverenskomster, at man ikke ville lade skattefritagne enheder være omfattet af DBO'erne, ville det derfor have betydning for de førnævnte danske skattefritagne enheder, da man jo ikke kan forvente, at Danmark kan fastholde kildekat i forhold til skattefritagne enheder hjemmehørende i modpartslandet, uden at modpartslandet vil kræve også at kunne kildebeskatte skattefritagne enheder hjemmehørende i Danmark.

På tidspunktet for Luxembourgs tiltræden af DBO'en med Danmark havde Luxembourg også en række juridiske enheder ud over 1929-holdingselskabet, som ikke betalte skat. Navnlig kan nævnes selskabsformerne "*association sans but lucratif (ASBL)*" og "*fondation d'utilité publique*", som er fritaget for skat på betingelse af, at de udelukkende varetager religiøse, kulturelle eller almennyttige formål, jf. artikel 161 i den luxembourgske indkomstskattelov (LITL) [...] og artikel 3 i Gewerbesteuer-gesetz af 1. december 1936 (med senere ændringer) [...].

Nu ligger det imidlertid også fast, at Danmark da heller ikke fortolker sine DBO'er på den måde, at det er en betingelse for overenskomstbeskyttelse af et selskab med indkomst fra kilder her i landet, at den pågældende udenlandske enhed rent faktisk er underlagt beskatning i det land, hvor enheden er hjemmehørende, jf. herom i det følgende.

...

Østre Landsret kan derfor lægge til grund, at den omstændighed, at Luxembourg ikke beskatter Nycomed S.C.A., SICAR af de omtvistede renter, ikke udgør nogen begrundelse for at nægte Nycomed S.C.A., SICAR beskyttelse efter DBO'en.

...

Det skal også bemærkes, at det forhold, at renterne ikke beskattes hos Nycomed S.C.A., SICAR ikke er udtryk for nogen form for misbrug af DBO'en eller Luxembourgs nationale lovgivning. Det er jo netop meningen med den luxembourgske lovgivning, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke skal beskattes af de omtvistede renter, så længe selskabet opfylder de betingelser, som Luxembourg har opstillet for ikke-beskatning. Lige så vel som det er meningen, at der skal være skattefrihed for de danske selskaber, som efter intern dansk lovgivning er skattefrie.

Baggrunden for fortolkningen af slutprotokollens § 1 er således, at spørgsmålet om skattefritagne enheders DBO-beskyttelse er en velkendt problemstilling, som både Danmark og Luxembourg utvivlsomt har været opmærksomme på ved indgåelsen af DBO'en, og at det er Danmarks, Luxembourgs såvel som OECD-kommentarernes klare udgangspunkt, at et selskab har overenskomstbeskyttelse, selvom det er skattefritaget i sit hjemstedsland.

Yderligere skal det fremhæves, at Danmark og Luxembourg kunne have aftalt en såkaldt "subject to tax"-klausul (dvs. en betingelse om effektiv beskatning) i tilknytning til DBO'ens artikel 11. Med en sådan klausul kunne kildestaten således have gjort skattefriheden af renter, som betales til en enhed i domicilstaten betinget af, at renteindtægten undergives effektiv beskatning i domicilstaten. En sådan klausul er f.eks. indeholdt i artikel 10 i Luxembourgs i sagsperioden gældende DBO af 1. april 1958 med Frankrig (som ændret ved protokol af 8. september 1970), [...].

Når det ikke specifikt i en DBO er medtaget som en betingelse for kildelandets opgivelse af sin beskatningsret, at hjemstedslandet effektivt beskatter indkomsten (en "subject to tax"-klausul), så har Luxembourgsk praksis fastslået, at en sådan betingelse ikke kan indfortolkes i DBO'erne. Der kan henvises til afgørelse af 16. marts 2011 fra den luxembourgske administrative domstol [...] og A. Steichen og L. Noguera: Double Non-taxation in Luxembourg gengivet i M. Lang: Avoidance of Double Taxation, 2003, s. 217 ff. [...].

For så vidt angår renter og andre betalinger, der er fradragsberettigede i kildelandet, udgør det heller ikke noget problem, at modtagerlandet ikke beskatter de pågældende indkomster. Et kildeland, der finder det uhensigtsmæssigt, at f.eks. renter, som er fradragsberettigede i kildelandet, ikke beskattes i modtagerlandet, kan nemlig løse denne situation, uanset at DBO'erne ikke forhindrer en sådan situation. Der er nemlig intet i vejen for, at kildelandet indfører en ren intern regel, som går ud på at nægte debitor rentefradrag i kildestaten i disse til-

fælde. Det ændrer ikke på, at modtageren er skattefri af renteindtægterne, men det giver en mulighed for den kildestat, som politisk har et ønske om at forhindre den asymmetri, der ligger i, at renterne fradrages i kildestaten, men ikke beskattes i modtagerstaten. Så længe nægtelsen af fradragsretten ikke er i strid med eventuelle diskriminationsbestemmelser i DBO'en, vil DBO'en ikke være til hinder for en sådan ensidig løsning baseret på kildelandets interne lovgivning om skattemæssigt fradrag for renter.

Danmark har indført værnsregler af denne type, men kun for nogle specifikke situationer, hvor situationen med fradragsret hos debitor og manglende beskatning hos kreditor opstår som følge af forskellig retlig kvalifikation af afkastet i henholdsvis kildelandet og domicilstaten. Folketinget har derimod aldrig fundet anledning til at indføre en generel regel, hvorefter en dansk debtors fradragsret for renter skulle afhænge af, at kreditor rent faktisk beskattes af renteindtægten (hvad enten der er tale om en kreditor hjemmehørende i Danmark eller i udlandet).

Således vedtog Folketinget med virkning fra den 13. december 2006 følgende bestemmelse i SEL § 2 B (lov nr. 344 af 18. april 2007, § 1, nr. 1) [...]:

"Stk. 1. Hvis et selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 1 har gæld el.lign. til en person eller et selskab, som er hjemmehørende i udlandet, og fordringen m.v. efter udenlandske skatteregler anses for at være indskudt kapital, anses gælden m.v. ligeledes for at være egenkapital ved den danske indkomstopgørelse. 1. pkt. finder kun anvendelse, hvis den udenlandske person eller det udenlandske selskab har bestemmende indflydelse over selskabet, eller hvis selskaberne er koncernforbundne, jf. ligningslovens § 2.

Stk. 2. Kvalifikation efter stk. 1 medfører, at selskabets rentebetalinger og kurs- tab anses for at være udbytteudlodninger.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse på selskaber omfattet af § 2, stk. 1, litra a og b."

Bestemmelsen indebar, at en dansk debitor nægtedes rentefradragsret i den særlige situation, hvor der efter dansk ret forelå et lån, medens kreditorlandet anser lånet for at være egenkapital og dermed renterne som (eventuelt skattefrie) udbytter. Bestemmelsen gjaldt endvidere kun låneforhold mellem koncernforbundne parter.

Ved lov nr. 1726 af 27. december 2018 blev bestemmelsen med virkning fra den 1. januar 2020 afløst af SEL § 8 D [...], der fortsat er begrænset til de situationer, hvor ikke-beskatningen af renteindtægterne hos kreditor skyldes en forskellig kvalifikation af betalingen i debitor-landet og kreditor-landet (såkaldt "hybridt mismatch"). Lovændringen i 2018 skyldtes tilpasning til EU's direktiv nr. 2017/952 ("Anti Tax Avoidance Directive II - ATAD II") [...], og det fremgår helt klart af direktivets præambel, pkt. 16, at hensigten med direktivet kun er at ramme de særlige situationer med hybridt mismatch [...]: ...

ATAD II - og dermed de nuværende danske regler er baseret på en rapport offentliggjort i OECD i oktober 2015 med titlen "*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*". På s. 192 [...] er anført et eksempel 1.5, hvor der foretages en fradragsberettiget betaling i et land til en skattefri enhed i et

andet land. Begge implicerede stater er enige om, at der er tale om et gældsinstrument. Det fremgår af eksemplet, at der ikke er tale om et hybridt mismatch af den type, som man med rapporten opfordrer medlemsstaterne til at gribe inde over for.

Det er således klart, at Danmark - uanset DBO'erne - har mulighed for at forhindre, at renter fratrækkes "hjemme" uden at blive beskattet "ude", men Danmark har kun valgt at gøre brug af denne mulighed på en måde, som ikke er relevant for denne sag, og Danmark er i øvrigt på linje med EU og OECD på dette punkt. Nærværende sag angår da heller ikke Nycomed A/S (Takeda)'s ret til fradrag for renterne.

Baggrunden for fortolkningen af slutprotokollen er således, at det er helt utvivlsomt, at det ikke har været parternes hensigt med slutprotokollen generelt at holde skattefritagne selskaber udenfor DBO'en.

...

Det står også klart, at det er helt uantageligt, at slutprotokollen skulle afspejle et ønske fra Danmarks side om generelt at undtage et selskab fra DBO'ens anvendelsesområde, fordi selskabet var helt eller delvist skattefritaget i Luxembourg. Både Luxembourg og Danmark havde i 1980 en række forskellige skattefritagne enheder, og det ville have alvorlige konsekvenser for mange danske skattefrie enheder, hvis Danmark havde den tilgang til DBO-forhandlinger, at skattefrie enheder ikke var DBO-beskyttet. Det fremgår dog også som nævnt af Den juridiske Vejledning, at Danmark sammen med størstedelen af OECD-landene har den tilgang til fortolkningen af DBO'er, at skattefrihed ikke udelukker et selskab fra overenskomstbeskyttelse.

...

I øvrigt er det slet ikke dokumenteret, at undtagelsen for 1929-holdingselskaber var begrundet i den manglende beskatning af selskabet.

7.7.8.4 En ordlydsfortolkning af slutprotokollen fører klart til, at kun 1929-holdingselskaber er undtaget fra overenskomstbeskyttelse

Det er i sagen ubestridt, at et S.C.A.-selskab - et kommanditaktieselskab - er omfattet af DBO'en.

Som vi redegør nærmere for nedenfor i afsnit 7.7.8.6, kunne bl.a. et S.C.A.-selskab på visse betingelser i Luxembourg blive underlagt et regulatorisk og skattemæssigt regelsæt forbeholdt et SICAR (*société d'investissement en capital à risque*).

Spørgsmålet er, om et sådant S.C.A.-selskab, der opfylder betingelserne for den særlige regulatoriske og skattemæssige SICAR-status, som Luxembourg indførte i 2004, er omfattet af § 1 i slutprotokollen til DBO'en (der altså er indgået i 1980, dvs. før SICAR-lovgivningen blev vedtaget) om de såkaldte 1929-holdingselskaber, med den virkning at et SICAR-investeringselskab er undtaget fra DBO-beskyttelse.

Takeda gør heroverfor gældende, at et investeringsselskab som et S.C.A., SICAR-selskab ikke er omfattet af slutprotokollens § 1, hvorfor Nycomed S.C.A., SICAR nyder beskyttelse efter DBO'en.

[...]

Den umiddelbare og ligefremme (og rigtige) forståelse af bestemmelsen er, at der er tale om en meget snæver undtagelse, som kun angår 1929-holdingselskaberne - og kun dem. 1. punktum identificerer 1929-holdingselskaberne på en meget ligefrem og koncis måde, som ikke giver mulighed for en udvidende fortolkning, og 2. punktum handler om at undtage indkomster og kapitalgevinster hidrørende fra nøjagtig de samme selskaber. Efter Wienerkonventionens artikel 31, stk. 1 [...] gælder, at

"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

...

Den vejledning nr. 74 af 28. april 1982 [...], som Skatteministeriet selv udstedte i tilknytning til offentliggørelsen af DBO'en, indeholder ingen støtte for, at slutprotokollen skulle have et videre anvendelsesområde end 1929-holdingselskaberne. Vejledningen gengiver blot slutprotokollens tekst på dette punkt.

...

Ud over at et S.C.A., SICAR-selskab slet ikke sammenligneligt med et 1929-holdingselskab - hvilket vil blive dokumenteret under det næste punkt - så er der intet belæg for en sådan udvidende fortolkning af ordlyden af bestemmelsen.

Som det fremgår af teksten, adresserer bestemmelsens to punktummer et 1929-holdingselskab med henvisning til den for disse selskaber gældende lovgivning på tidspunktet for indgåelsen af DBO'en i 1980.

I det første punktum adresseres spørgsmålet om, hvorvidt 1929-holdingselskabet selv nyder beskyttelse efter DBO'en. Det andet punktum vedrører investorerne i et 1929-holdingselskab og er toledet, idet det først konstateres, at indkomst, som et dansk selskab oppebærer fra et 1929-holdingselskab (f.eks. en royalty), ikke er omfattet af DBO'en, ligesom det gælder for indkomst, som en dansk person oppebærer på aktier i et 1929-holdingselskab (altså udbytte). Ordene "selskaber af denne art" henviser altså ikke til selskaber "tilsvarende" et 1929-holdingselskab, men refererer direkte til 1929-holdingselskabet (dvs. til "sådanne selskaber", som omtalt i første led af bestemmelsen).

...

Af væsentlig betydning er det at bemærke, hvor nemt det havde været at formulere en ændring af teksten i protokollen, så det tydeligt fremgik, at 1929-holdingselskaberne kun var et eksempel, og at lignende selskaber også var undtaget fra protokollen - eller at skrive ligeud, at luxembourgske skattefritagne selskaber generelt var undtaget fra DBO'ens anvendelsesområde. Men det har aftaleparterne ikke gjort. Og det var fordi, at det ikke var meningen med slutprotokollen.

Den franske version ...

Endvidere kan man søge til den engelske oversættelse ...

I denne anledning skal der videre henvises til lovbemærkningerne til bemærkningerne til det lovforslag, der implementerede DBO'en i intern luxembourgsk ret (lovforslag nr. 2533 af 6. oktober 1981), og hvor det om Slutprotokollens stk. 1 hedder ([...] (fransk original samt uautoriseret oversættelse til dansk)):

"Til 1. stykke i Slutprotokollen

I dette stykke fastsættes det, at holdingselskaber i henhold til den luxembourgiske særlovgivning ikke er omfattet af konventionens anvendelsesområde. Det samme gælder for indkomst, som en person, der er hjemmehørende i Danmark, opnår fra sådanne selskaber og fra kapitalandele i dem. Ordlyden svarer til den, der er anvendt i de fleste af de konventioner, som Luxembourg har indgået."

Det fremgår heraf klart, at referencen, som Skatteministeriet hæfter sig ved, angår de samme selskaber.

Skatteministeriet har videre fremhævet, at der i bestemmelsen henvises til lovgivningen for 1929-holdingselskaber med anvendelsen af ordene "*for tiden* " / "*pris en exécution*...".

Dette siger imidlertid alene det åbenbare, at den omstændighed, at de pågældende 1929-holdingselskaber måtte blive omfattet af en ny, ændret lovgivning, ikke ændrer deres status i henhold til DBO'en. Hensigten hermed var naturligvis blot at sikre, at Luxembourg ikke blot kunne erstatte den daværende lovgivning om 1929-holdingselskaber med en ny og dermed omgå bestemmelsen. Men det betyder jo ikke, at anden lovgivning vedrørende andre selskaber dermed bliver omfattet af den pågældende undtagelsesbestemmelse. ...

... Der er intet belæg for, at de to aftalelande skulle have ønsket andet end at undtage de pågældende 1929-holdingselskaber og kun dem. Dette understøttes da også af, at Skatteministeriet efterfølgende har godkendt andre (senere tilkomne) skattefritagne luxembourgiske investeringsselskaber som omfattet af DBO'en, jf. nærmere nedenfor i afsnit 7.7.8.7.

Resultatet støttes af en række almindelige fortolkningsprincipper.

For det første bemærkes, at slutprotokollen anvender den fremgangsmåde, at den definerer de undtagne holdingselskaber med en henvisning til en helt konkret selskabsdannelse i Luxembourgs interne lovgivning. Man har altså netop ikke forsøgt at definere det undtagne område ud fra objektive kriterier. Det taler i sig selv imod en udvidende formålsfortolkning af slutprotokollen. ...

Slutprotokollen indeholder, som nævnt, en specifik undtagelse fra DBO'en. Slutprotokollen udtrykker dermed ikke en enighed om en fortolkning af DBO'ens almindelige bestemmelser, men netop en fravigelse fra det resultat, der som udgangspunkt vil følge af bestemmelsen. Det er et almindeligt anerkendt fortolkningsprincip, at undtagelser fortolkes indskrænkende, dvs. kun så langt som ordlyden af undtagelsen utvivlsomt rækker, jf. [...].

...

Endvidere er forbeholdet ensidigt - det er kun til gavn for Danmark, som bevarer en beskatningsret i forhold til indkomster, herunder renter, som tilflyder 1929-holdingselskaber. Selvom Luxembourg ikke beskattede 1929-

holdingselskaber, har Luxembourg en åbenbar interesse i, at deres hjemmehørende selskaber ikke beskattes af andre lande. Det har derfor formodningen imod sig, at Luxembourg har haft til hensigt, at slutprotokollen skulle have et dækningsområde, som rakte ud over det, som klart følger af ordlyden. Som det vil fremgå af afsnit 7.7.8.7 nedenfor, har Luxembourg da også for så vidt angår investeringsforeninger og investeringsselskaber aktivt presset på for at få Danmark til at leve op til overenskomstens hovedregel om, at også skattefrie enheder nyder overenskomstbeskyttelse - og det med succes.

7.7.8.5 En formålsfortolkning fører tilsvarende til, at kun 1929-holdingselskaber er undtaget fra overenskomstbeskyttelse.

I det omfang Skatteministeriet støtter sit standpunkt på en formålsfortolkning af DBO'en og protokollen under henvisning til, at formålet har været at undgå skattefradrag i Danmark uden indregning af renterne i skattegrundlaget i Luxembourg, må det for det første gentages, at det ikke er et generelt formål med en DBO at undgå denne situation (jf. ovenfor i afsnit 7.7.8.3).

For det første er problemstillingen med fradragsret i et land og ingen beskatning i det andet land (*deduction without inclusion*) ganske enkelt ikke et spørgsmål om dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning. Dobbeltbeskatning foreligger, når den samme indkomst beskattes to gange. Dobbelt ikke-beskatning foreligger, når ingen stater beskatter en indkomst. Forholdet med fradragsret i et land og ingen beskatning i et andet land har en anden karakter, hvilket navnlig viser sig ved, at det kildeland, der af politiske grunde ikke bryder sig om at indrømme fradragsret hos en hjemmehørende debitor for en rente, som ikke beskattes hos en udenlandsk kreditor, har mulighed for at lovgive herimod ved ren national lovgivning, nemlig ved at nægte den hjemmehørende debitor fradragsret i en sådan situation, sådan som Danmark også til dels havde gjort det med SEL § 2B (nu SEL § 8D), jf. afsnit 7.7.8.3 ovenfor.

For det andet er det ikke misbrug af overenskomsten hverken fra Nycomed S.C.A., SICAR's side eller fra Luxembourgs side, at Nycomed S.C.A., SICAR kunne indtægtsføre renterne skattefrit, mens Nycomed A/S (Takeda) i Danmark fik fradrag for renterne. Skattefriheden er en konsekvens af den fulde beskatningskompetence, som Danmark har overladt Luxembourg, idet kompetencen til at beskatte også omfatter kompetencen til at undlade at beskatte, og idet Nycomed S.C.A., SICAR handler i fuld overensstemmelse med den luxembourgske lovgivning. Danske domstole har ingen censurret over for den måde, hvorpå Luxembourg udnytter - eller undlader at udnytte, som her - sin beskatningskompetence. Danmark kunne have stillet krav om effektiv beskatning som betingelse for at opgive sin beskatningsret i form af en "subject to tax"-klausul svarende til den, Frankrig havde med Luxembourg i disse stater DBO.

I den forbindelse kan der f.eks. henvises til TfS 1997.506 H

Afgørelsen viser, at så længe en koncernintern låneoptagelse sker på markedsvilkår og som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, kan der ikke uden udtrykelig hjemmel og alene ud fra misbrugsovervejelser ske nogen indskrænkning i debtors fradragsret, selvom kreditor ikke beskattes af renterne. Selve det forhold, at en kreditor ikke beskattes af en koncernintern renteindtægt, er ganske enkelt ikke odiøst, så længe den manglende beskatning - som

her - er et udslag af lovgivers bevidste undladelse af at beskatte i den foreliggende situation. Derfor er der heller ikke noget grundlag for en formålsfortolkning, som alene støtter sig på en implicit og uunderbygget antagelse om, at aftaleparterne har søgt at undgå denne situation, også når det drejede sig om andre selskaber end 1929-holdingselskaberne.

I øvrigt indrømmer Danmark modsat ikke skattefrihed for renteindtægter, blot fordi debitor ikke har skattemæssigt fradrag for renterne, hvad enten debitor er hjemmehørende i Danmark eller i udlandet, jf. f.eks. EU-Domstolens dom i C-593/14 Masco Denmark ApS (præmis 43) [...] og SKM 2019.6.SKTST [...].

...

Det fremgår [...] af ratificeringen af DBO'en i Luxembourg, at formålet med slutprotokollens § 1 var at skabe tydelighed omkring, at den "subscription tax", som 1929-holdingselskaber betalte, ikke var omfattet af overenskomsten.

Således fremgår følgende af statsrådets indstilling af 8. december 1981 til det lovforslag, der implementerede DBO'en i luxembourgsk ret ([...] - fransk og her i egen oversættelse):

"I stk. 1 i Slutprotokollen fastsættes det, at holdingselskaber i henhold til den luxembourgske lovgivning ikke er omfattet af konventionens anvendelsesområde.

Da disse holdingselskaber ikke er underlagt indkomst- eller formueskat, er de normalt ikke omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Når de høje kontraherende parter udtrykkeligt har nævnt luxembourgske holdingselskaber, er det utvivlsomt efter anmodning fra den danske medunderskriver, som ønskede at undgå forveksling mellem de skatter, der er nævnt i konventionen, og de abonnementsafgifter ["impôts d'abonnement"], der skal betales af holdingselskaberne.

Det er rigtigt, at udelukkelsen af holdingselskaber også kan ses som et tegn på, at vores aftalepartnere har mistillid til en af vores mest originale, skattemæssige og finansielle, institutioner.

Selv om vi næppe kan protestere mod udelukkelse af holdingselskaber fra konventionens anvendelsesområde, skal vi fortsat være opmærksomme på at sikre, at vores specifikke lovgivning ikke bliver angrebet frontalt af dem, der med rette eller urette anser sig selv for at være ofre for den. (Vores understregninger).

Det fremgår heraf, at det var Danmark, som ønskede § 1 i slutprotokollen indført, og at formålet hermed var at undgå forvirring omkring, hvorvidt den "abonnementsafgift" - "subscription tax" - som 1929-holdingselskaber betalte årligt, var en skat omfattet af DBO'en. Hvis Skatteministeriet under disse omstændigheder gør gældende, at formålet med slutprotokollen i virkeligheden var at undgå, at luxembourgske selskaber, som ikke betalte skat eller kun en marginal skat, var omfattet af DBO'en, påhviler bevisbyrden Skatteministeriet.

Som det vil fremgå nedenfor, betaler Nycomed S.C.A., SICAR ikke "subscription tax".

Det fremgår endvidere af ovenstående, at Luxembourg kunne acceptere en udelukkelse af 1929-holdingselskaberne, men at udelukkelsen af 1929-holdingselskaberne samtidig skabte en opmærksomhed fra Luxembourg om ikke at lade sig udsætte for "frontalangreb" på landets øvrige fiskale og finansielle instrumenter. Det vil derfor ikke stemme med parternes fælles hensigt med slutprotokollen at bruge den som afsæt for en formålsfortolkning, som nægter overenskomstbeskyttelse til andre selskaber end netop 1929-holdingselskaberne.

Samlet set er der intet grundlag for at fortolke slutprotokollen hverken udvidende eller formålsbestemt.

7.7.8.6 Et S.C.A., SICAR-selskab er ikke sammenligneligt med et 1929-holdingselskab

Under alle omstændigheder er et luxembourgsk S.C.A., SICAR-selskab ikke identisk - endsige på nogen måde sammenligneligt - med et 1929-holdingselskab.

[...]

1929-holdingselskabet var underlagt forholdsvis simple krav:

- Der skulle være tale om holding-aktivitet i form af (passivt) ejerskab af aktier eller besiddelse af immaterielle aktiver (artikel 1). 1929-holdingselskaberne var således almindelige holdingselskaber, hvor der ikke var noget krav om det nærmere formål med investeringen eller ejerkredsen. Det vil sige, at det var selskaber, som var etableret med henblik på at eje de investerings-aktiver, som aktionærene måtte ønske og overså lang en periode, som aktionærene måtte finde hensigtsmæssigt.
- 1929-holdingselskabet var ikke målrettet professionel investeringsaktivitet. Der var således ikke krav til aktivsammensætningen, hverken i form af risikospredning eller i form af krav om, at 1929-holdingselskabet skulle investere i en bestemt type af aktiver.
- 1929-loven indeholdt ikke regler om investorbeskyttelse, ligesom lovgivningen i øvrigt ikke opstillede krav til investorerne; hverken i form af den indskudte kapital eller investorernes fagkundskab.
- 1929-holdingselskabet var ikke underlagt tilsyn fra Luxembourgs finanstilsyn, ligesom 1929-holdingselskabet ikke var underlagt nogen rapporteringsforpligtelser. Der var ikke pligt til revision af regnskaberne i et 1929-holdingselskab.
- 1929-regimets anvendelse var således tilgængeligt for alle, der ønskede at etablere et holdingselskab, uanset hvad man måtte ønske at investere i, så længe der var tale om et rent holdingselskab, som ikke udøvede erhvervsaktivitet i øvrigt. Enhver kunne overdrage sine aktier m.v. til et - eventuelt 100 % ejet - holdingselskab, og på grund af den manglende rapporterings- og revisionspligt undgå at andre - herunder skattemyndighederne - havde indsigt i holdingselskabets aktiviteter.
- For så vidt angår beskatningen af 1929-holdingselskabet, bemærkes, at disse selskaber var fuldstændigt fritaget for selskabsskat, og alene betalte en (symbolsk) "*subscription tax*", jf. 1929-lovens artikel 1 [...] (på 0,2 % af selskabets kapital). Selskabet var således subjektivt skattefritaget og havde ikke nogen forpligtelse til at indgive selvangivelse. På det grundlag kunne selskabet helt generelt heller ikke få udstedt et hjemsteds certi-

fikat fra de luxembourgiske skattemyndigheder (som et af Luxembourg's DBO'er omfattet selskab).

En variant af 1929-holdingselskabet blev indført ved dekret af 17. december 1938 [...], som også er nævnt i slutprotokollen.

Heroverfor står selskaber omfattet af SICAR-loven [...].

Et SICAR kan selskabsretligt antage forskellige former. Nycomed S.C.A., SICAR var som navnet angiver et S.C.A. (société en commandite par actions). Betegnelsen SICAR angiver, at selskabet har valgt at underlægge sig - og er registreret efter - SICAR-loven.

SICAR-loven er en del af Luxembourg's lovgivning om regulerede, kollektive investeringsselskaber, som beskrives i detaljer senere. Typisk for kollektive investeringsselskaber er, at deres formål er at muliggøre og understøtte flere, typisk mange investorers fælles investeringer i værdipapirer m.v. Som i Danmark er disse enheder ofte skattefritagne, fordi man søger at undgå, at kollektive investeringer medfører en merbeskatning i forhold til den situation, hvor hver enkelt investor investerer direkte.

Vælges SICAR-regimet, fravælges (passiv) holdingaktivitet samtidig; et SICAR må udelukkende investere i højrisikoaktiver, dvs. aktiver, hvor SICAR'et ved sin investering deltager i udviklingen af det underliggende selskab. Når det underliggende selskab er kommet tilstrækkelig langt i sin udvikling, til at en investering i selskabet ikke længere er en investering i et højrisiko aktiv, skal SICAR-selskabet afstå sin investering. Et SICAR-selskabs formål er således ikke at besidde aktier som en langsigtet investering, men derimod at udvikle selskabet, således at selskabet vækster, for på den baggrund at afstå aktierne med den størst mulig gevinst for investorerne.

Det fremgår f.eks. af det luxembourgiske finanstillids, CSSF's, meddelelse af 5. april 2006 [...], hvor det hedder:

"In order to maximise profits from investments for the SICAR's shareholders, the SICAR will often intervene in management of the portfolio companies via an advisory activity or a representation in the managing bodies of the portfolio company, thereby aiming to create value in the latter through restructuring, modernisation, and by promoting any measures likely to improve the allocation of resources."

SICAR'er kan altså bruges til den aktivitet, som også varetages af danske private equity-/kapitalfonde, som har *aktivt ejerskab* med henblik på at udvikle og afvikle sin investering med størst muligt afkast. For så vidt angår spørgsmålet, om SICAR'et er et almindeligt holdingselskab, hedder det fra CSSF [...]:

"Finally, it should be noted that as an investment company in risk capital, the SICAR's declared intention shall be in general to acquire financial assets in order to sell them with a profit, as opposed to a holding company which acquires to hold." (Vores understregning).

Som det fremgår af SICAR-loven [...] og af Finanstilsynets (CSSF's) meddelelse af 5. april 2006 [...] er SICAR underlagt en lang række regulatoriske krav, herunder;

- CSSF skal godkende stiftelsen af et SICAR, jf. artikel 11 i SICAR-loven
- SICAR'et har løbende rapporteringsforpligtelser over for CSSF, som fører tilsyn med, at SICAR'et overholder sine forpligtelser, jf. artikel 11 og artikel 28 i SICAR-loven
- SICAR'et skal udpege en uafhængig depositar i form af et finansielt institut underlagt offentligt tilsyn, som skal sikre investorernes rettigheder, jf. artikel 9 i SICAR-loven
- SICAR'ets ledelse er underlagt et fit and proper-krav, jf. artikel 12, stk. 3 i SICAR-loven
- Kun visse kvalificerede investorer må investere i SICAR'et, jf. artikel 2 i SICAR-loven

For så vidt angår den skattemæssige behandling, er et S.C.A. (société en commandite par actions) et selvstændigt skattesubjekt under luxembourgsk ret. Det følger af artikel 159(1) (1A) i den luxembourgske indkomstskattelov [...]. Udgangspunktet er her, at et S.C.A. er skattepligtigt af sin globale indkomst.

SICAR-loven indeholder dog også særlige skatteregler for SICAR-selskaber. Det følger således af SICAR-lovens artikel 34, stk. 2, at et SICAR's indtægter fra investeringer i risikokapital ikke indgår i SICAR'ets skattepligtige indkomst [...]:

...

Et SICAR er således subjektivt skattepligtigt til Luxembourg, jf. Luxembourgs indkomstskattelov artikel 159(1) (1A) [...] - og skal dermed indgive selvangivelse (og kan få et hjemsteds-certifikat med henblik på dobbeltbeskatningslempe) - men er objektivt fritaget fra skat af afkast hidrørende fra investering i højrisikoaktiver (og kun dette afkast). Hvis et SICAR-selskab realiserer tab eller må afskrive på sine investeringer i risikokapital, kan tabene heller ikke trækkes fra i selskabets almindelige skattepligtige indkomst.

Et SICAR betaler ikke formueskat (ud over minimumsformueskatten), og betaler ikke som 1929-holdingselskaberne en *subscription tax* på 0,01 % eller 0,05 %.

Det er korrekt, som fremhævet af Skatteministeriet, at Nycomed S.C.A., SICAR i de pågældende tre indkomstår ikke konkret har betalt indkomstskat i Luxembourg. Det fremgår af selskabets årsrapporter og skyldes altså, at selskabet alene har haft indtægter fra sine investeringer (dvs. de af sagen omhandlede renteindtægter).

Det bestrides imidlertid, at det dermed kan konkluderes - som Skatteministeriet synes at gøre - at "*selskabet således har været fuldstændig fritaget for direkte beskatning i Luxembourg*", jf. ministeriets processkrift 3, s. 6.

Selskabet har ikke været "fritaget for direkte beskatning i Luxembourg", men har været skattefri af visse indkomster fra sine investeringer. Og selskabets indtægter har i de pågældende år altså alene bestået af sådanne indtægter.

Havde Nycomed S.C.A., SICAR f.eks. haft renteindtægter, måske fra en placering i obligationer efter en Exit i en længere periode, ville disse renteindtægter have været skattepligtige for selskabet med den almindeligt gældende selskabsskattesats i Luxembourg, der i 2007 udgjorde 29,63 %.

På investorniveau - dvs. for investorer i SICAR'et, som er hjemmehørende i Luxembourg - så beskattes afkastet af et SICAR på samme måde som afkast fra andre luxembourgske selskabsskattepligtige selskaber, dvs. en fysisk person beskattes af udbytteudlodninger (ved udlodningen), og aktieavancer ved realisation efter nærmere regler. Beskatningen afhænder bl.a. af, om der handles i spekulationsøjemed, og hvor stor en andel af aktier aktionæren ejer i det underliggende selskab. Selskabsinvestorer med hjemsted i Luxembourg beskattes ligeledes af udbytteudlodninger og realisation, idet Luxembourg dog - ligesom Danmark - friholder visse udbytter og aktieavancer for skat (moderselskabsfritagelse).

Mens 1929-holdingselskaberne således har kunnet anvendes til private investeringer uden offentlig indsigt, revision og uden tidsbegrænsning og med en subjektiv, total skattefritagelse, er SICAR-ordningen en del af Luxembourgs system af regulerede, kollektive investeringsselskaber med et snævert defineret anvendelsesområde, underlagt offentligt tilsyn og revisionspligt. Skattefritagelsen er alene objektiv - dvs. for visse indtægter - og forbeholdt det alment anerkendte formål om, at en flerhed af investorer gennem investeringsforeninger skal kunne pulje deres investeringer uden forøget beskatning til følge.

Ud over ovennævnte væsentlige forskelle bemærkes, at lovgivningen om 1929-holdingselskaberne blev ophævet i 2006 (med endelig virkning i 2011), jf. lov af 22. december 2006 [...] som følge af, at Europa-Kommissionen ved beslutning af 19. juli 2006 [...] havde fundet, at den skatteordning, der gjaldt for 1929-holdingselskaber, udgjorde ulovlig statsstøtte.

I den forbindelse er det væsentligt at bemærke, at Kommissionen også har foretaget en undersøgelse af, hvorvidt et SICAR-selskab udgjorde ulovlig statsstøtte. I forbindelse med lovens vedtagelse åbnede Kommissionen således en undersøgelsessag, men henlagde sagen administrativt i 2011, jf. sag nr. 54 i bilaget til konkurrencekommissær Margrethe Vestagers brev af 29. april 2015 [...]. Kommissionen må således være nået til en modsatrettet konklusion, for så vidt angår SICAR-selskabet. Dette dokumenterer også, at der består en relevant forskel på de to selskaber.

Det understreges på ny, at det er Skatteministeriet, som har bevisbyrden for at oplyse og dokumentere de forhold i den luxembourgske regulering/beskatning, som påberåbes til støtte for, at SICAR'er må sidestilles med 1929-holdingselskaber i forhold til slutprotokollen (hvis protokollen da overhovedet skulle give mulighed for en sådan udvidende fortolkning, hvilket bestrides).

...

7.7.8.7 Skatteministeriet har meddelt Luxembourg, at Danmark anser luxembourgske investeringsselskaber for omfattet af DBO'en - på trods af at de er fuldstændig fritaget for selskabsbeskatning

... Skatteministeriet [har] i 2006 selv [...] bekræftet over for Luxembourg, at Danmark anser andre luxembourgske investeringsselskaber, der er fuldstændigt skattefritagne for selskabsskat i Luxembourg, for at være omfattet af DBO'en.

Den 10. juli 1992 spurgte de luxembourgske skattemyndigheder således de danske skattemyndigheder, om de var enige i, at luxembourgske investeringsselskaber omfattet af lov af 30. marts 1988 om kollektive investeringsselskaber ikke var omfattet af slutprotokollens § 1, og at de dermed havde DBO-beskyttelse [...].

...

Skatteministeriet svarede i oktober 1993 [...], at de pågældende investeringsselskaber ikke var omfattet af DBO'en, fordi de var omfattet af § 1 i slutprotokollen om holdingselskaber, hvis formål ifølge ministeriet var at undgå dobbelt skattefritagelse.

...

12 år senere - i juli og december 2005 - henvendte de luxembourgske skattemyndigheder sig imidlertid på ny til Skatteministeriet [...], idet de ønskede svar på, om Skatteministeriet fortsat mente, at luxembourgske investeringsselskaber faldt uden for DBO'ens anvendelsesområde i medfør af § 1 i slutprotokollen.

...

Herefter vendte Skatteministeriet på en tallerken, da ministeriets førende internationale ekspert, Ivar Nordland, besvarede de luxembourgske myndigheders fornyede henvendelse den 15. februar 2006 (dvs. inden etableringen af lånestrukturen i nærværende sag) således [...]:

"I can inform you that I agree on the point of view taken by the Central Customs and Tax Administration in a mail of 14 April 2005. This means that Luxembourg investment funds qualify for benefits according to the Double Taxation Treaty between Denmark and Luxembourg.

Likewise if we consider the new Danish undertakings for collective investments to be covered by the Double Taxation Treaty. As mentioned in the note from Ernst & Young, these undertakings are in practice tax exempt but the Danish residents, which own the shares in the undertaking, are subject to taxation at an accrual basis of the increase in value of the shares in the undertaking." (Vores understregning).

Luxembourgske (og danske) investeringsselskaber var nu alligevel efter Skatteministeriets opfattelse omfattet af DBO'en.

Skatteministeriets svar henviser til "*Luxembourg investment funds*", uden at det er præciseret, hvad der helt præcist sigtes til. Det fremgår af sammenhængen, at der i hvert fald henvises til SICAV og SICAF-selskaber, idet Luxembourgs skrivelse af 30. december 2005 [...] var vedlagt et brev af 22. november 2005 fra Nordea Bank S.A. [...], der udtrykkeligt henviser til SICAV'er. Nordeas brev var yderligere vedlagt uddrag af en guide fra revisionsvirksomheden Ernst & Young ("*Investment Funds in Luxembourg - A Technical Guide*" fra september 2005 [...], som omtaler såvel SICAV'er og SICAF'er. Det må være den "*note from Ernst & Young*", som Ivar Nordland henviser til i brevet af 15. februar 2006.

Luxembourgs første henvendelse af 10. juli 1992 [...] angik udtrykkeligt "*Investment Funds under the Luxembourg law of March 30 1988*", som omfatter SICAV'er og SICAF'er, jf. nedenfor. Yderligere henviser Ivar Nordland i brevet af 15. februar 2006 til den ovenfor nævnte mail af 14. april 2005 fra Personbeskatningskontoret, hvori der henvises til Skatterådets bindende svar vedrørende SICAV'er.

Selv om det på dette tidspunkt nyligt introducerede SICAR-selskab ikke specifikt er nævnt, er der ingen som helst grund til at tro, at Skatteministeriets generelt holdte svar ikke også skulle omfatte SICAR'er. I hvert fald tog Skatteministeriet ikke noget forbehold for SICAR-selskaber eller fandt anledning til nærmere at specificere, hvilke "*Luxembourg investment funds*" Skatteministeriet med brevet af 15. februar 2006 accepterede som værende omfattet af DBO'en. Og samtidig pointerede ministeriet da også, at ministeriets holdning betød, at de i Danmark nys indførte (og nærmest fuldstændigt skattefritagne) investeringselskaber efter aktieavancebeskatningslovens § 19 (et "§ 19-selskab") - "*the new Danish undertakings for collective investments*" - også måtte anses som værende omfattet af DBO'en.

Sagen er under alle omstændigheder den, at korrespondancen demonstrerer, at Skatteministeriet ikke selv har fortolket slutprotokollen udvidende på den måde, at ethvert skattefritaget selskab, som opstod efter protokollens affattelse allerede på grund af skattefritagelsen måtte sidestilles med et 1929-holdingselskab. Heller ikke engang ethvert skattefritaget holdingselskab, dvs. et selskab, som hovedsageligt foretog værdipapirinvesteringer - f.eks. et § 19-selskab - kunne sidestilles med et 1929-holdingselskab. Man må formode, at Skatteministeriet er nået frem til dette resultat efter moden overvejelse, eftersom ministeriet tidligere havde indtaget den modsatte holdning, og meget tyder på, at det er Skatterådets afgørelse fra 1995 (som fremkom efter ministeriets oprindelige svar til Luxembourg i 1993), som har bevirket stemningsskiftet.

Der er her behov for at sætte Skatteministeriets svar ind i en større sammenhæng.

For det første er der en udbredt international (herunder dansk) anerkendelse af, at kollektive investeringselskaber, som udgangspunkt, er berettigede til overenskomstbeskyttelse, selvom mange lande har fritaget denne type selskaber for skattepligt.

...

Som nævnt, lå det allerede ved overenskomstens indgåelse i 1980 fast, at også Danmark havde mange juridiske sammenslutninger, som ikke betalte skat, herunder investeringsforeninger.

Da Skatteministeriet selv henviser til "*Danish undertakings for collective investments*", kan der være anledning til kort at gennemgå, hvordan Danmark på dette tidspunkt (hvor Skatteministeriet sender svaret til Luxembourg, dvs. i februar 2006) beskattede kollektive investeringsenheder.

I februar 2006 fandtes der hovedsageligt fire former for kollektive investeringsenheder:

- Kontoførende investeringsforeninger
- Bevisudstedende udloddende investeringsforeninger, jf. ligningslovens § 16 C
- Bevisudstedende akkumulerende investeringsforeninger
- Investeringselskaber, jf. aktieavancebeskatningslovens § 19 (et § 19-selskab)

De grundlæggende karakteristika og den skattemæssige behandling af ovennævnte investeringsforeninger beskrives i lovforslag nr. 98 af 24. februar 2005 på s. 3864 [...].

Det fremgår heraf, at kontoførende investeringsforeninger og bevisudstedende udloddende investeringsforeninger begge er skattefri jf. også § 1, stk. 1, nr. 6, jf. stk. 4, i den dagældende selskabsskattelev (lovbekendtgørelse nr. 1125 af 21. november 2005 – [...]), mens bevisudstedende akkumulerende investeringsforeninger undergives selskabsbeskatning på lige fod med et aktie- eller anpartsselskab jf. også § 1, stk. 1, nr. 5a, i den dagældende selskabsskattelev [...].

Investeringselskaber omfattet af den dagældende § 19 i aktieavancebeskatningsloven (lov nr. 1413 af 21. december 2005 - SMS 443) var i februar 2006 (og er fortsat i dag) skattefri efter § 3, stk. 1, nr. 19 i den dagældende selskabsskattelev [...], men beskattedes med 15 % af udbytte modtaget fra danske selskaber, men er altså skattefri af renter (uanset hvor debitor er hjemmehørende) og udbytter modtaget fra udenlandske selskaber.

Danmark havde altså en interesse i, at disse danske skattefrie kollektive investeringselskaber var beskyttet af DBO'en, for så vidt angår renter og udbytter fra kilder i Luxembourg, hvilket også tydeligt fremgår af Skatteministeriets svar til Luxembourg i 2006 [...].

Som nævnt, henvises der i korrespondancen mellem Skatteministeriet og de luxembourgske skattemyndigheder til den luxembourgske lov af 30. marts 1988 [...].

Loven af 30. marts 1988 [...] blev ændret ved lov af 20. december 2002 [...], og det var således i hvert fald det lovgrundlag, som Skatteministeriet og de luxembourgske skattemyndigheder sigtede til i februar 2006. Loven betegnes i det følgende som UCITS-loven. En redegørelse for reguleringen af luxembourgske investeringsforeninger/-selskaber kan derfor passende tage udgangspunkt heri.

Der er tale om en lovgivning, som har til hensigt at regulere kollektive investeringsenheder, og loven giver således regler om bl.a. tilrettelæggelse af investeringsaktiviteten (udstedelse og tilbagekøb af kapitalandele, regler om låntagning, hedging etc), markedsføring, tilsyn og revision. Der er således ikke tale om en lovgivning, der først og fremmest handler om den skattemæssige behandling.

Den selskabsretlige form er ikke afgørende for, hvordan en kollektiv investeringsenhed reguleres, men det er ikke alle selskabsformer, som er tilladte til enhver form for reguleret virksomhed. Selskabsbetegnelserne S.A., S.C.A.,

Sàrl m.v. siger ikke i sig selv noget om, hvorvidt et konkret selskab eventuelt er reguleret som et investeringsselskab.

Betegnelserne SICAV (*société d'investissement à capital variable*) og SICAF (*société d'investissement à capital fixe*) er to forskellige måder at indrette en investeringsenhed i Luxembourg, og den eneste forskel er, at SICAV betegner en enhed, som har variabel kapital, mens SICAF'er har en fast kapital, som kun kan ændres gennem egentlige kapitalforhøjelser eller nedsættelser. Heller ikke denne betegnelse er afgørende for, hvordan enheden behandles efter Luxembourgs lovgivning om kollektive investeringsselskaber.

UCITS-loven er opdelt i to dele, hvor investeringsenheder omfattet af den første del er såkaldte *Undertakings for Collective Investment of Transferrable Securities (UCITS)*, dvs. *investeringsselskaber*, som har til hensigt at investere i noterede værdipapirer.

Andre investeringsselskaber omfattet af loven kaldes "Part II Investment Funds".

I 2006 kunne et luxembourgsk selskab således være underlagt tilsyn og regulering som et investeringsselskab som

- en UCITS efter Part I af UCITS-loven,
- en Part II Investment Fund eller
- et SICAR efter SICAR-loven.

I 2007 blev der yderligere indført regulering af "*fonds d'Investissement spécialisés - FIS*" eller på engelsk "*specialised investment fund - SIF*", jf. lov af 13. februar 2007 [...]. Et investeringsselskab kunne herefter også være reguleret som en SIF. Da loven først blev vedtaget i 2007 eksisterede denne form for investeringsenheder ikke i 2006, hvor Skatteministeriet bekræftede at "*Luxembourg investment funds*" var omfattet af DBO'en mellem Danmark og Luxembourg. I et bindende svar offentliggjort som SKM2012.214.SR [...] bekræftede Skatterådet imidlertid under henvisning til den førnævnte korrespondance mellem Danmark og Luxembourg i perioden 1992-2006, at en investeringsenhed, der forventedes etableret som et SICAF-SIF SA, var omfattet af DBO'en.

Der var også andre regulerede former for kollektive investeringsenheder, som der ikke er grund til at gå i detaljer med her.

Det gælder for såvel UCITS, Part II Investment Funds som for SIF, at der er tale om regulerede enheder, som på forskellig måde har til formål at foretage kollektive investeringer og som på samme måde som SICAR er underlagt tilsyn af Luxembourgs finanstilsyn CSSF, jf. lov af 20. december 2002, kapitel 15, artikel 93 [...]. Alle enheder skal have en depositar, som er en finansiel institution, jf. artikel 17 [...], 34 [...], 66 [...] og 71 [...] i lov af 20. december 2002 og artikel 81 [...] i SIF-loven.

UCITS er fritaget for luxembourgsk skat, jf. artikel 127-129 i lov af 20. december 2002 [...], men betaler abonnementsafgift ("*subscription tax*").

Part II Investment Funds er fritaget fra luxembourgsk skat, jf. artikel 105 i lov af 30. marts 1988 (som videreført i kapitel 19 i lov af 20. december 2002). Skattefritagelsesbestemmelsen har følgende ordlyd [...]: ...

Artikel 108, som der refereres til i ovenstående citat, fastsætter forpligtelsen til at betale 0,01 % eller 0,05 % subscription tax [...].

Enheder, der tilvælger status som en SIF, er underlagt en skattefritagelsesbestemmelse svarende til Part II Investment Funds. ...

Subscription tax for SIF'er udgjorde 0,01 %, jf. artikel 68 i lov af 13. februar 2007.

Det gøres først og fremmest gældende, at Skatteministeriets korrespondance med de luxembourgiske skattemyndigheder må forstås således, at tilsagnet om at anerkende ikke nærmere definerede "*Luxembourg investment funds*" også må have sigtet til SICAR'er, da de udgjorde en integreret del af Luxembourgs regelsæt om investeringsselskaber.

Under alle omstændigheders står det klart, at Skatteministeriet - efter nøje overvejelse og fuldt opmærksomme på de luxembourgiske investeringsselskabers skattefrihed - anerkendte, at de enheder, som var reguleret af UCITS-loven, var beskyttede af DBO'en, og Skatterådet har siden anerkendt også SIF. Der er ingen regulatoriske eller skattemæssige forskelle, der kan begrunde, at et SICAR skulle være undtaget fra DBO'en i medfør af slutprotokollen, medens Part I Investment Funds (UCITS), Part II Investment Funds og SIF'er er anerkendt af henholdsvis Skatteministeriet og Skatterådet som beskyttede af DBO'en.

At kollektive investeringsenheder er skattefrie, er der intet mærkeligt i. Danmark havde - og har som nævnt - adskillige tilsvarende skattefrie enheder.

I øvrigt er forvaltning af investeringsforeninger en momsfrataget ydelse efter momsdirektivets artikel 135, stk. 1 [...], som er gennemført ved den danske momslovs § 13, stk. 1, nr. 11 [...]. Også denne fritagelse skyldes hensynet til at undgå en merbeskatning af sammenslutninger med kollektive investeringsformål.

Også på dette sted skal det nævnes, at det er Skatteministeriet, som har bevisbyrden, såfremt ministeriet hævder, at der er så afgørende forskel på et SICAR og de øvrige kollektive investeringsselskaber i den luxembourgiske lovgivning, at netop et SICAR, men ikke alle de øvrige investeringsselskaber, kan nægtes overenskomstbeskyttelse efter en fortolkning af slutprotokollen, idet det selv sagt stadig bestrides, at slutprotokollen overhovedet giver mulighed for en udvidende formålsfortolkning i denne retning.

Det er således Skatteministeriet, der i givet fald må forsyne landsretten med en så fuldstændig dokumentation for den regulatoriske og skattemæssige behandling af 1929-holdingselskaber (og 1938-selskaber), SICAR'er, UCITS, Part II Investment Funds og SIF'er, at landsretten har et fuldstændigt og betryggende grundlag for i givet fald at kunne fastslå, at SICAR'er i modsætning til UCITS,

Part II In-vestment Funds og SIF'er skal behandles som 1929-holdingselskaber i forhold til DBO'en. ...

7.7.8.8 *Luxembourg anser et SICAR-selskab for at være omfattet af DBO'en, og andre lande med lignende DBO-bestemmelser har (også) anerkendt et SICAR som værende DBO-beskyttet*

Som nævnt ovenfor, fremgår det af den korrespondance, som de luxembourgiske og danske skattemyndigheder har haft, at Luxembourg anser sine investeringselskaber for omfattet DBO'en, og altså ikke omfattes af slutprotokollens § 1. ...

At Luxembourg anser et SICAR-selskab for omfattet af sine DBO'er - hvad Skatteministeriet bestrider - fremgår ligeledes af diverse litteratur.

...

Endvidere har det betydning, at det kan dokumenteres, at andre lande har taget bredere forbehold over for 1929-holdingselskaber. Således er den tilsvarende bestemmelse i Luxembourgs DBO med Belgien (fra 1971), affattet således ([...] - engelsk IBFD oversættelse):

"Notwithstanding these provisions, the Convention shall not apply to the income or capital of holding companies resident in Luxembourg which benefit from special tax advantages under the terms of the Luxembourg law of 31 July 1929 and the decree law of 27 December 1937 or any other similar law which would enter into force in Luxembourg after the signature of the Convention."
(Vores understregning).

Denne bestemmelse har nok samme reelle indhold som den danske, men ordlyden giver dog langt bedre muligheder for en fortolkning - á la Skatteministeriets - hvorefter også "sammenlignelige" (fuldstændigt skattefritagne) skatteregimer omfattes. Men selvom denne formulering var tilgængelig, da Danmarks slutprotokol blev forhandlet i 1980, har Danmark og Luxembourg altså valgt en formulering, som var klart snævrere end den belgiske.

Det er nærliggende at antage, at årsagen er, at parternes hensigt var, at forbeholdet i den dansk/luxembourgiske slutprotokol udelukkende skulle angå 1929-holdingselskaber - og netop ikke "*any other similar law which would enter into force in Luxembourg after the signature of the Convention*", som jo præcis er Skatteministeriets standpunkt i denne sag.

Belgien har i øvrigt - på trods af den bredere undtagelsesbestemmelse - accepteret, at et SICAR-selskab er omfattet af den belgisk-luxembourgiske DBO'en.

Dette følger af den belgiske "*Ruling Commissions*" afgørelse af 12. juli 2016 [...]. ...

...

Skatteministeriet henviser til en udtalelse af fra de canadiske skattemyndigheder af 24. oktober 2007 [...], hvor skattemyndighederne konkluderer, at artikel 28, stk. 3, i DBO'en mellem Luxembourg og Canada "*bør finde anvendelse for at nægte SICAR'er og deres canadiske investorer fordelene ved konventionen*" [...].

Det er klart, at den omstændighed, at et andet lands skattemyndighederne måtte indtage samme standpunkt som Skatteministeriet, ikke er noget vægtigt argument for, at det så også er rigtigt. Det er da også kun skattemyndigheden, ikke en klageinstans- eller domstolsafgørelse.

I det pågældende tilfælde har de canadiske skattemyndigheders udtalelse imidlertid slet ingen bevis-værdi, eftersom den pågældende artikel 28, stk. 3, i DBO'en mellem Luxembourg og Canada adskiller sig på afgørende punkter fra stk. 1 i Slutprotokollen til DBO'en mellem Luxembourg og Danmark.

Artikel 28, stk. 3, i den pågældende DBO har (ifølge udtalelsen) følgende ordlyd [...]:

"Konventionen finder ikke anvendelse på holdingselskaber som defineret i luxemburgsk speciallovgivning, aktuelt loven af 31. juli 1929 og storhertugdekretet af 17. december 1938, eller anden lignende lov, der træder i kraft i Luxembourg efter underskrivelsen af aftalen, og heller ikke for selskaber, der i Luxembourg er omfattet af lignende skattelovgivning. Den gælder heller ikke for indkomst, som en hjemmehørende i Canada har fra sådanne selskaber, eller aktier eller andre kapitalandele i sådanne selskaber, som en sådan person ejer." (Vores understregninger).

Som det ses, indeholder DBO'en mellem Luxembourg og Canada netop den åbning for "lignende selskaber" efter "lignende skattelovgivning", der måtte komme på et senere tidspunkt.

De canadiske skattemyndigheder foretog derfor deres vurdering på et ganske andet grundlag end, hvad der er tilfældet i nærværende sag.

[Det] bemærkes videre, at Canada i øvrigt heller ikke anerkender "almindelige" luxembourgske, skattefritagne investeringsforeninger/-selskaber som værende omfattet af DBO'en - altså i modsætning til, hvad Danmark gør, jf. ovenfor i afsnit 7.7.8.7. Der kan bl.a. henvises til [...], som er en udtalelse fra de canadiske skattemyndigheder, og hvoraf fremgår, at Canada ikke anser et investeringsselskab i form af et SICAV for at være omfattet af DBO'en. Det er således ikke overraskende, at de canadiske skattemyndigheder indtager samme standpunkt vedrørende et SICAR.

7.7.8.9 Sammenfattende om spørgsmålet om, hvorvidt et SICAR-selskab er omfattet af DBO'en med Luxembourg

Det er ved ovenstående gennemgang i afsnit 7.7.8.1 - 7.7.8.8 påvist, at Skatteministeriets nye anbringende om, at et SICAR-selskab ikke er omfattet af den dansk-luxembourgske DBO (som omfattet af slutprotokollens stk. 1), intet som helst har for sig.

...

8 SKATTEN SKAL FRAFALDES EFTER RENTE-/ROYALTY-DIREKTIVET

8.1 De objektive betingelser for fritagelse i direktivet er opfyldt

Det andet underanbringende til Takedas principale anbringende om, at selskabet ikke har været forpligtet til at indeholde renteskat, går, som nævnt, ud på, at Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 [...]: ...

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 betalingstids-punktet 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.

Takeda gør gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB, 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 Nycomed A/S (Takeda).

8.2 Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 [...]: ...

Ved sin dom af 26. februar 2019 i nærværende sag [...] har EU-Domstolen slået fast, at begrebet "*retmæssig ejer*" som defineret i rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 4, er et selvstændigt EU-retligt begreb.

Det hedder om fortolkningen heraf i præmis 88 [...]: ...

EU-Domstolen har i denne forbindelse udtalt (præmis 90) [...], at direktivet har ladet sig inspirere af artikel 11 i OECD's modelbeskatningsoverenskomst 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 nordiske DBO, jf. ovenfor i afsnit 7.3.

Takeda gør gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB også er "retmæssig ejer" af de omhandlede renter efter direktivet. Det fastholdes således, at Nycomed Sweden Holding 2 AB er "retmæssig ejer", selv om 2003-kommentarerne måtte blive lagt til grund. Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 (C-321/05)*

EU-lovgiver har overladt det til de enkelte medlemsstater at fastsætte eventuelle bestemmelser om misbrug af rente-/royaltydirektivet. Det hedder således i artikel 5 [...]: ...

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 2007 - 2009*

Som det fremgår af afsnit 1.3.2, 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 2007 - 2009, da rentetilskrivningerne fandt sted.

Parterne er enige om, at retsstillingen vedrørende anti-misbrugsregler i dansk ret i sagsperioden var som gengivet i forelæggelseskendelsens punkt 74-78 [...].

Det fremgår heraf, at der ikke i 2007-2009 fandtes en *generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug*. Danmark har først med virkning fra den 1. maj 2015 indført en sådan anti-misbrugsbestemmelse - som følge af den med direktiv 2015/121/EU vedtagne forpligtelse for medlemsstaterne til at indføre en sådan foranstaltning, for så vidt angår udbytter, jf. også nedenfor i afsnit 8.5.

Derimod er der i domstolspraksis udviklet den såkaldte *realitetsgrundsætning* (punkt 75) og *princippet om "rette indkomstmodtager"* (punkt 77).

...

De danske skattemyndigheder har altså to domstolsskabte instrumenter til rådighed over for misbrugstilfælde, nemlig princippet om "rette indkomstmodtager" og realitetsgrundsætningen ("substance-over-form"). 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 78 [...], anerkender Skatteministeriet, at rentemodtageren, Nycomed Sweden Holding 2 AB, er "rette indkomstmodtager" af de omhandlede renter.

Tilsvarende anerkender Skatteministeriet i forelæggelseskendelsens punkt 76 [...], at realitetsgrundsætningen ikke giver grundlag for at tilsidesætte de i sagen foretagne dispositioner. SKAT forsøgte oprindeligt at nægte fritagelse for beskatning i "beneficial owner-sagerne" ud fra realitetsbetragtninger, men måtte erkende, at der ikke var grundlag herfor, jf. bl.a. dommene i *TfS 2003.889 H (Over-Hold ApS)* [...] og *TfS 2006.1062 H (Finwill 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 2007-09.

Dette er tiltrådt af *Landskatteretten* i udbyttesagerne (vedrørende de tilsvarende bestemmelser i moder-/datterselskabsdirektivet), hvorimod spørgsmål ikke blev fundet afgørende i rentesagerne, da rente-/royaltydirektivet indeholdt en - for Landskatteretten - 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 [...]: ...

...

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 intet 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).

Østre 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 120 [...]:

"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.

...

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)*

...

Takeda 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 nordiske DBO. Dette hensyn varetages i direktivet i stedet af kapital- og ejertidskravet.

Det er almindeligt anerkendt i den internationale skattelitteratur, at modeloverenskomstens betingelse om "retmæssig ejer" ikke er en anti-misbrugsbestemmelse. ...

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 79 [...].

Skatteministeriets synspunkt fører videre bl.a. til det selvmodsiggende 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. F.eks. har Danmark siden 2009 ikke haft DBO'er med Frankrig og Spanien. Hvis synspunktet var rigtigt, ville Nycomed Sweden Holding 2 AB (og dermed Nycomed A/S (Takeda) som indeholdelsespligtig) for perioden efter 2009 således have været bedre stillet, såfremt Nycomed Sweden Holding 2 AB i stedet havde været hjemmehørende i Frankrig eller Spanien.

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 mellemdingselskab, som var "retmæssig ejer" af udbytte (og dermed af renter), [...].

Også Skatteministeriets anbringende om, at betingelsen om "retmæssig ejer" er en overenskomstmæssig anti-misbrugsbestemmelse i artikel 5's forstand, med den virkning at Nycomed Sweden Holding 2 AB 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)*.

Østre Landsrets spørgsmål 3 til EU-Domstolen [...] drejer sig om dette anbringende fra ministeriet.

Kommissionen afviser i sit indlæg, punkt 48-55, i det hele ministeriets anbringende og konkluderer i punkt 55 [...]:

"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 anti-misbrugsbestemmelse" som omhandlet i direktivet artikel 5, stk. 1."

Som det fremgår af *generaladvokatens* forslag, punkt 120 [...], 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.

...

Indledningsvis bemærkes, at alle 4 domme forelå, da parternes advokater rådgav Østre 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-misbrugs klausul 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 2007 - 2009. Det hedder heri [...]:

"Der findes ikke en generel lovbestemt regel om bekæmpelse af misbrug 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 dispositioner kan tilsidesættes, således at beskatningen i stedet foretages i forhold til den modstående realitet. Dansk skatteret er altså grundlæggende helt på linje med international gældende principper om "substance 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 realitetsgrundsætningen. 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 76 [...] 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).

...

I alle de tre sager har skatteyderne forsøgt at "opstille kulisser", så arrangementerne fremstår som "gangbare skattemæssige dispositioner", men er blevet gennemskuet af domstolene.

[...] 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 Nycomed Sweden Holding 2 AB er "*rette indkomstmodtager*", jf. forelæggelseskendelsens punkt 78 (E 1097), og at dispositionerne ikke kan tilsidesættes efter *realitetsgrundsætningen*, jf. forelæggelseskendelsens punkt 76, hvilket altså betyder, at der ikke er tale om "tomme og kunstige, skattebetingede dispositioner", og at substansen svarer til formen, jf. forelæggelseskendelsens

punkt 75, samtidig med, at ministeriet hævder, at dispositionerne skal tilside-sættes, fordi de savner "forretningsmæssigt formål".

...

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 indkomstmottager"), og som kan føre til, at Nycomed Sweden Holding 2 AB 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*

...

Konklusionen er derfor - som det også fremgår af Østre Landsrets forelæggelseskendelse - at misbrug alene kan imødegås med *realitetsgrundsætningen* og *princippet om "rette indkomstmottager"*, 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, [...].

...

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).

...

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 mod-svar 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 ville 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 "direktiv-shopping" (dvs. man undgår, at selskaber investerer gennem medlemmer 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*" (MS 407). 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 tilføjelsen 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-misbrugsklausul.

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 strenghed og er under alle omstændigheder udformet til at afspejle de særlige 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 bekæmpelse 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 mulighed for at anvende deres interne bestemmelser eller overenskomster, 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 arrangementer som ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

4. Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser 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 ændrede moder-/datterselskabs-direktiv, 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 lejlighed til ikke blot at lade bestemmelsen gælde for moder-/datterselskabsdirektivet, men også for rente-/royaltydirektivet og fusionsskattedirektivet. 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 stedse 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 *til lige* 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 af EU-Domstolen foreslåede generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug har ikke - som hævdet af EU-Domstolen - direkte virkning for danske borgere*

8.6.1 Baggrund

Østre Landsret stillede i nærværende sag flere end 15 spørgsmål til EU-Domstolen.

...

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 [...]: ...

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 [...]: ...

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 120 [...], 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 afgørelse af 26. februar 2019 i nærværende sag har underkendt Kofoed-dommen og dermed ændret praksis med tilbagevirkende kraft - i hvert fald til 2005.

Takeda gør gældende, at det nævnte princip ikke er umiddelbart anvendeligt over for borgerne, 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.

...

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 retsakt. Princippet er skabt af EU-Domstolen og kan kun fortolkes af EU-Domstolen, jf. domskonklusionen ovenfor.

...

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 *Kofoed-sagen (C-321/05)*, hvor Domstolen kom til det modsatte resultat, nemlig at der kræves national hjemmel, skulle have betydning for udfaldet af nærværende sag.

...

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 medfør af dette di-

rektiv, "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.

...

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 *fortrudd Kofoed-dommen*. Til gengæld har EU-Domstolen samtidig *tilsidesat ethvert hensyn til retssikkerheden* for EU's borgere.

...

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. ...

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 NetApp-sagen [...] (og i udbytteskattesagerne generelt) på *Kofoed-dommen*.

Både den danske og den internationale litteratur har været overrasket og kritisk over for dommen.

...

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 76 og 78 fremgik, at parterne var enige om, at de i 2007 - 2009 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 kortsluttet. 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 2007 - 2009. 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 2007, 2008 og 2009.

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 2007, 2008 og 2009.

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 suveræniteten 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 folketings, 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 er umiddelbart anvendeligt over for en borger, medmindre der er udtrykkelig hjemmel hertil i den danske tiltrædelseslov, hvilket der ikke var.

Takeda gør gældende, at heller ikke det i nærværende sag omhandlede uskrevne generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug har direkte 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 [...]: ...

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 Takeda ikke enig. Domstolen har derimod udviklet et selvstændigt, uskrevent "*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 ...*", 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-/datter-selskabsdirektivet 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 rets-sikkerhedsprincippet.

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 direkte virkning for borgerne bl.a. [...]: ...

Som det fremgår, kan et generelt EU-retligt princip kun have direkte virkning for danske borgere, hvis Danmark i tiltrædelsesloven har afgivet suveræniteten efter Grundlovens § 20 til, at dette kan ske.

Det gøres gældende, at heller ikke "det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug" er forudsat i tiltrædelsesloven, og at dette princip derfor ikke har direkte virkning over for borgerne. Af samme grund kan Østre Landsret se bort herfra.

Det bemærkes i øvrigt i denne sammenhæng, at Danmark ikke har overladt suveræniteten til EU siden tiltrædelsen af Amsterdam-traktaten i 1998.

I øvrigt gøres det gældende, at *bevisbyrden* for, at Danmark har afgivet suveræniteten 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 *Ajos-sagen*, fordi der ikke i nærværende sag foreligger en "contra legem"-situation. ...

Takeda 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 2007.

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 *Kofoed-dommen* 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 74-78. 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 gennemstrømningselskaber 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 2007 måtte føre til det resultat, at der - stadig tilbage i 2007 - 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 12 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.

...

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 dom af 3. maj 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.

...

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 ufornødent at skulle tage stilling til det spørgsmålet 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 Takeda 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.

8.7 Der foreligger heller ikke et misbrug efter det af EU-Domstolen skitserede misbrugsbegreb

For det tilfælde, at Østre Landsret måtte fastslå, at det generelle EU-retlige princip om forbud mod misbrug har direkte 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 foreliggende omstændigheder.

Da de øvrige betingelser i rente-/royaltydirektivet er opfyldt, har Nycomed Sweden Holding 2 AB derfor krav på fritagelse efter direktivet, og der foreligger - også af denne grund - ikke begrænset skattepligt til Danmark af de omhandlede renter.

Det bemærkes, 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.

Takeda 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 [...]: ...

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. forelæggelseskendelsen punkt 77 [...].

Det er derfor ikke troværdigt, når Skatteministeriet, der anerkender, at der *ikke* foreligger et misbrug efter den danske realitetsgrundsætning, jf. forelæggelseskendelsens punkt 78 [...], 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*. Takeda 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 Østre 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 [...].

...

Takeda 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 fordel er således ikke opfyldt i nærværende sag.

For det første - og som det er fremgået ovenfor, herunder i afsnit 7.6 - har det overordnede formål med, at Nycomed A/S (Takeda) optog det pågældende koncerninterne lån været at erstatte - refinansiere - et allerede bestående koncernekstern lån (der over sagsperioden bag en højere forrentning). Der er således intet kunstigt eller "ikke-forretningsmæssigt begrundet" i det omhandlede lån, og dermed de omhandlede rentetilskrivninger.

Hertil kommer for det andet - og hvad der er lige så vigtigt - hele forhistorien omkring den danske implementering og fortolkning af skattedirektiverne, herunder i første omgang moder-/datterselskabs-direktivet - 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 gennemstrømmingsselskab). 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.

"Mellemløbselskaber" - *treaty shopping* - er således direkte anvist af Skatteministeren kort tid før de dispositioner, der har udløst de enorme kildeskatterkrav, 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.

Den måske væsentligste grund til, at der ikke foreligger noget misbrug af direktivet i nærværende sag, er imidlertid den omstændighed, at der ikke foreligger nogen "gennemstrømning" af midler til et selskab, der er beliggende i en ikke-DBO-stat (eller som ikke er beskyttet af en DBO).

Der henvises herved til redegørelsen ovenfor i afsnit 7.6, hvoraf fremgår, at hele formålet med låne-strukturen således var, at der alene skulle være lån op til Nycomed S.C.A., SICAR i Luxembourg. Formålet var således på ingen måde at udøve "treaty shopping". En betaling af renter direkte til Nycomed S.C.A., SICAR fra Nycomed A/S (Takeda) ville således også have været fritaget for beskatning, jf. ovenfor i afsnit 7.6 og 7.7.

Nycomed S.C.A., SICAR må således subsidiært anses som den "retmæssige ejer" af renterne, såfremt Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke anses som sådan.

Og dermed er der intet som helst grundlag for at statuere misbrug, jf. såvel ISS-dommen [...] som Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 i NetApp-sagen [...] (der nærmere er kommenteret ovenfor i afsnit 7.6).

Niels Winther-Sørensen har da også i SR.2019.174 [...] i sin kommentar til EU-Domstolens dom i nærværende sag bemærket følgende herom [...]:

"Læst i sammenhæng med den efterfølgende sætning i Rentedommens præmis 110 ... 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-/royaltydirektivet, 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."

Som det vil fremgå nedenfor af afsnit 10 og 11, indgår de netop beskrevne omstændigheder også som vægtige argumenter til støtte for Takedas anbringender om, at der foreligger en (ulovlig) praksisændring med tilbagevirkende kraft, og at Nycomed A/S (Takeda) ikke kan have handlet forsømmeligt ved ikke at indeholde kildeskat.

9 BETINGELSEN FOR BORTFALD AF BEGRÆNSET SKATTEPLIGT I SELSKABSSKATTELOVENS § 2, STK. 1, LITRA D, SIDSTE PUNKTUM, ER OPFYLDT

...

Bestemmelsen har følgende ordlyd: ...

Det følger heraf, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af renter, såfremt det godtgøres, at den udenlandske selskabsbeskatning af renterne udgør mindst $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning, og at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab, som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning.

Den udenlandske selskabsbeskatning refererer til selskabsskattesatsen i det relevante land, dvs. Sverige, jf. SKM 2010.20 SR [...].

Den første betingelse - om beskatning af renterne i Sverige - er opfyldt, eftersom renterne er beskattet med en selskabsskattesats på 28 % for indkomstårene 2007 og 2008 og med 26,3 % for indkomståret 2009 (den danske selskabsskattesats var i de omhandlede indkomstår 25 %).

Den anden betingelse - at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke har betalt renterne videre til et andet udenlandsk selskab, som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning - er også opfyldt, eftersom selskabet slet ikke har betalt renter videre.

Selskabet var således fuldt ud egenkapitalfinansieret og havde dermed ikke optaget lån - f.eks. et back-to-back lån - hvorpå renterne kunne siges at være viderebetalt.

Den omstændighed, at Nycomed Sweden Holding 2 AB har ydet et koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1 AB kan ikke sidestilles med, at der er betalt renter videre. Og endvidere bemærkes, at koncernbidragene rent faktisk aldrig blev betalt, da gælden, der opstod i forbindelse med ydelsen heraf, blev eftergivet af Nycomed Sweden Holding 1 AB i forbindelse med Exit'en i 2011, [...]. Selv hvis koncernbidragene måtte anses at være "viderebetalt" til Nycomed Sweden Holding 1 AB, kan det imidlertid under alle omstændigheder konstateres, at også koncernbidragene er undergivet en selskabsbeskatning i Sverige, der ikke er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning.

Det gøres hertil gældende, at bestemmelsen efter sin klare ordlyd - det er afgørende, hvad "det modtagende selskab" (her Nycomed Sweden Holding 2 AB) har gjort - *ikke* indeholder fornøden hjemmel til at tage hensyn til transaktioner højere oppe i koncernen.

Der kan således ikke efter bestemmelsens ordlyd tages hensyn til transaktioner - "viderebetalinger" - i andre led end mellem den umiddelbare modtager og dennes aftalepart, jf. ordet "det", der henviser til "det modtagende selskab". Der findes endvidere ikke i bestemmelsens forarbejder støtte herfor (hvilket Skatteministeriet da vist heller ikke har gjort gældende). Endelig er der ikke i bestemmelsen fastsat noget krav om "retmæssig ejer" eller lignende, der giver mulighed for at bortse fra den faktiske pengestrøm.

Det følger af almindelige fortolkningsprincipper, at en værnsregel (som SEL § 2, stk. 1, litra d, efter Skatteministeriets opfattelse er) ikke kan fortolkes ud over sin klare ordlyd, medmindre dette måtte have klar støtte i bestemmelsens

forarbejder, hvilket må godtgøres af Skatteministeriet i denne sag. Her er der imidlertid end ikke nogen som helst støtte i forarbejderne.

Det følger videre af almindelige fortolkningsprincipper af skattelovgivningen, at skattebestemmelser ikke bør fortolkes udvidende eller med analogislutninger, eftersom det kræver klar lovhjemmel at opkræve skat, jf. grundlovens § 43.

Og såfremt lovgiver havde ønsket, at bortfald af skattepligt ikke skulle gælde ud over 2. led i en lånestruktur, havde det da også været særdeles let at formulere bestemmelsen med et sådant - ikke-udtømmende - indhold. Under alle omstændigheder kunne man have undladt at give bestemmelsen den klare ordlyd, som den har.

Selv hvis domstolene måtte komme frem til, at Nycomed Sweden Holding 2 AB ikke er beskyttet af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst eller rente-/royaltydirektivet, følger det således direkte af SEL § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum, at der ikke kan foreligge begrænset skattepligt og dermed pligt til at indeholde kildeskat i relation til de af denne sag omhandlede rentetilskrivninger.

10 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 Takeda 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.

Takeda gør gældende, at der foreligger en praksisskærpelse såvel i relation til dobbeltbeskatningsoverenskomsten som i relation til rente-/royaltydirektivet. Disse spørgsmål behandles hver for sig nedenfor.

Hvis Takeda får medhold vedrørende blot et af disse spørgsmål, skal Takeda have fuldt medhold i sin principale påstand.

10.1 *Praksisskærpelse i relation til DBO'en*

[...][Det fremgår] 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) mellemholdingselskab, hvorigennem udbyttet *viderekanaliseres*, med den virkning, at den kildeskat, der ellers ville blive udløst, undgås. Mellemholdingselskabet er altså "*retmæssig ejer*". Det fremgår klart, at der er tale om *rene gennemstrømningsselskaber*, 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).

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 mellemholdingselskabet 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 mellemholdingselskabet "*retmæssig ejer*". Der var ikke tale om et dansk særstandpunkt. Dette var den globale opfattelse.

Takeda disponerede i 2006 - som de øvrige selskaber, mod hvilke SKAT har rejst sager - i tillid til disse forarbejder ved at etablere Nycomed Sweden Holding 2 AB 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 indkomstmodtager" 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 "gennemstrømningselskaber" - introduceret en *meget bred fortolkning* af begrebet "gennemstrømningselskab", 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 viderekalisere 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 Skatteministerien om, hvorledes retsstillingen er, og når skattemyndighederne efterfølgende administrerer i overensstemmelse hermed, er det imidlertid fuldgod 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.

Takeda 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 skærpeelse af en *fast administrativ praksis*, som burde have været varslet, og at denne ændrede praksis derfor ikke kan finde anvendelse i nærværende sag.

...

10.2 *Praksisskærpeelse i relation til rente-/royaltydirektivet*

10.2.1 *Praksisskærpeelse vedrørende rente-/royaltydirektivets anti-misbrugsklausul*

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-/datter-selskabsdirektivet *ikke kræver national hjemmel*.

...

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 spørgsmålet ikke var afgørende for Landsskatteretten i rentesa-gerne).

...

Der findes næppe noget nationalt retssystem i den civiliserede verden, der vil acceptere, at en praksis-ændring kan have 14 års tilbagevirkende kraft.

Takeda gør i sagen, som nævnt ovenfor, gældende, at det nævnte princip ikke har direkte virkning 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.

...

For det tilfælde, at Takeda ikke måtte få medhold i, at det generelle EU-retlige princip ikke har direkte 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 2007, 2008 og 2009, fordi det ville være udtryk for en betydelig praksis-skærpelse 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 direktivshopping. At princippet ikke engang gjaldt i EU, dokumenteres af, at *Kofoed-dommen* i 2007 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 retsanvendelsen.

Da en anvendelse af det generelle EU-retlige forbud mod misbrug under de nævnte forudsætninger vil være udtryk for en praksis-skærpelse med tilbagevirkende kraft, kan dette princip således ikke lægges til grund for afgørelsen af sagen.

10.2.2 *Praksis-skærpelse vedrørende rente-/royaltydirektivets bestemmelse om beskatning*

Ud over den i foregående afsnit væsentlige praksis-ændring foretaget af EU-Domstolen i sin dom i nærværende, indeholder EU-Domstolens dom imidlertid en - endnu mere overraskende - praksis-ændring vedrørende Domstolens for-

tolkning af rente-/royaltydirektivet, nemlig vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt et S.C.A., SICAR selskab er omfattet af direktivets beskyttelse, når det i sit hjemland - her Luxembourg - konkret er fritaget for beskatning af de renter, der hævdes omfattet af direktivet.

EU-Domstolen har således i dommens præmis 151 [...] fundet, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke kan nyde beskyttelse efter rente-/royaltydirektivet, såfremt selskabet "faktisk er fritaget" for luxembourgsk selskabsbeskatning af de omhandlede renter.

EU-Domstolen har således reelt indført en "subject-to-tax"-betingelse (krav om effektiv beskatning for at opnå beskyttelse) i direktivet, hvilket kom som et lyn fra en klar himmel, navnlig set i lyset af, at Kommissionen *flere gange* har udtalt, at der ikke gælder en sådan betingelse, og at Kommissionen flere gange tidligere forgæves har fremsat forslag om at indføre en sådan betingelse i direktivet (hvilket visse medlemsstater dog blokerede for, jf. den nedenfor citerede kommentarartikel til dommen). Der kan også henvises til, at Kommissionens indstilling i sagen var i overensstemmelse hermed, jf. punkt 85 og 86 [...], ligesom generaladvokat Kokott også i sin indstilling var enig i, at Nycomed S.C.A., SICAR var omfattet af direktivet, uanset om selskabet var skattefritaget af de konkrete renter, jf. præmis 97 [...].

EU-Domstolen har således også på dette punkt udøvet en vidtgående retsskabende aktivitet og har i den forbindelse kortsluttet den demokratiske proces.

...

Takeda gør ikke gældende, at denne praksisændring fra EU-Domstolen ikke kan gennemføres lovligt i nærværende sag, da den pågældende praksis er fastslået af EU-Domstolen i den konkrete sag og som det organ, der fortolker EU-retten. Nycomed S.C.A., SICAR nyder således ikke direktivbeskyttelse (men fortsat overenskomstbeskyttelse), men det gøres derimod gældende, at denne praksisændring "tæller med" med betydelig vægt, når det skal afgøres, om Nycomed A/S (Takeda) har handlet *forsømmeligt* ved ikke at indeholde renteskat i forbindelse med de omhandlede rentetilskrivninger, jf. nærmere nedenfor i afsnit 11.

10.3 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. ... 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 arbejdsudlejet arbejdskraft. ... 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.

... I nærværende sag er det evident, at skattemyndighederne først har tilrettet beskrivelsen af administrativ 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 Takeda.

...

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 Takedas 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 datidige afgørelser, som viste, at skattemyndighederne reelt havde en anden praksis end den, som fremgik af skatteministerens redegørelser. I Takedas sag er det imidlertid Skatteministeriet, som hævder, at skattemyndighedernes praksis i tiden indtil 2008 var en anden, end skatteministeren havde fortalt Folketinget i 2001.

...

Den af Skatteministeriet hævdede retstilstand, der strider mod de udtrykkelige forarbejder til SEL § 2 kan således kun tilvejebringes ad lovgivningsvejen.

Takeda 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).

...

Det fremgår af Takedas bemærkninger ovenfor i afsnit 10.1 og 10.2, at Takeda ikke er enig i Østre Landsrets afgørelse på dette punkt. Dommen er på dette punkt anket til Højesteret af NetApp.

...

11 NYCOMED A/S (TAKEDA) HÆFTER IKKE FOR EN EVENTUEL RENTESKAT - KILDE-SKATTELOVENS § 69

11.1 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 Nycomed A/S (Takeda) ikke hæfter for den ikke indeholdte kildeskat.

Spørgsmålet om, hvorvidt kildeskatten kan opkræves hos Nycomed A/S (Takeda), beror på bestemmelsen i kildeskattelovens § 69, der er sålydende [...]:

...

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 retspraksis vist sig, at det er told- og skatteforvaltningen, der skal bevise, at den indeholdelsespligtige har handlet forsømmeligt."

Allerede fordi Nycomed A/S (Takeda)'s 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 indkomstmodtager, er det åbenbart, at Nycomed A/S (Takeda) ikke har udvist "*forsømmelighed*".

Som nævnt i foregående afsnit, har Østre Landsret ganske vist i NetApp-dommen af 3. maj 2021 fundet, at der ikke forelå en fast administrativ praksis. Takeda er uenig heri, men selv hvis skattemyndighedernes mange tilkendegivelser om begrebet "retmæssig ejer" som værende lig med det danske "rette indkomstmodtager"-begreb ikke findes at konstituere en administrativ praksis, som Nycomed A/S (Takeda) kan støtte ret på, så har udsagnene under alle omstændigheder givet anledning til tilstrækkelig kvalificeret tvivl om fortolkningen, at det ikke kan lægges Nycomed A/S (Takeda) til last, at selskabet - til syvende og sidst - tog fejl, jf. nærmere herom nedenfor.

...

11.2 *Nærmere om betingelserne for indeholdelsespligt efter kildeskattelovens § 69*

Kildeskattelovens § 69 gælder ikke kun hæftelse for rentekildeskate, men også hæftelse for ikke-indeholdt A-skat, arbejdsudlejeskat m.v. Der kan derfor henvises til retspraksis om manglende indeholdelse af andre skatter end rentekildeskate, når det skal bedømmes, hvad der forstås ved hæftelsespådrag-ende forsømmelighed.

Det fremgår af bl.a. UfR 1977.844 H (ikke-hæftelse [...]), SKM2002.470.ØLR Ø (ikke-hæftelse [...]) og UfR 2018.3119 H (hæftelse [...]), at også vildfarelse om den korrekte retlige fortolkning og subsumtion 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 subsumtion, vil der derfor ikke være handlet forsømmeligt - heller ikke selv om 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 indkomstmodtager 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 indkomstmodtagere, hvis fonden ikke opfyldte de danske betingelser for at anse en fond for et i forhold til stifteren uafhængigt retssubjekt.

Nycomed A/S (Takeda)'s forståelse af retsgrundlaget må derfor - selvfølgelig - bedømmes efter de tilgængelige retskilder på rentetilskrivningstidspunkterne. Det var jo, hvad Nycomed A/S (Takeda) og dets rådgivere havde at gå ud fra.

Så vidt ses, er der ikke faktuelle uenigheder af betydning for forsømmelighedsbedømmelsen. Uenigheden går på, om Nycomed A/S (Takeda) 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 Nycomed Sweden Holding 2 AB, der ubestridt var rette indkomstmodtager. U.2016.2898H - RF Holding [...] handlede om en situation, hvor Højesteret lagde til grund, at udloddede midler blev ledt uden om rette indkomstmodtager, 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 Kapital-fonds- 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 aktionen og de nye synspunkter, som skattemyndighederne ønskede at afprøve.

11.3 Nycomed A/S (Takeda) 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 rentetilskrivningstidspunkterne - hvad enten dette konstituerer en administrativ praksis eller ej, jf. gennemgangen heraf ovenfor i afsnit 1, 2 og 10,

- at dansk litteratur er på linje med skattemyndighedernes tidligere praksis,
- at det følger direkte af ordlyden af rente-/royaltydirektivet (MS 381), at renter er fritaget for kildeskat, og
- at EU-Domstolen ved sin dom af 26. februar 2019 (imod Domstolens generaladvokats indstilling) har foretaget en klokkeklar ændring af den administrative praksis, som anvendt af Kommissionen vedrørende spørgsmålet, om rente-/royaltydirektivet forudsætter effektiv beskatning af de oppebårne renter, jf. ovenfor i afsnit 10.2.2,
- at såvel Kommissionen som EU-Domstolens generaladvokat var af den opfattelse, at Takeda skulle have medhold i sagen, dels da Nycomed Sweden Holding 2 AB måtte anses som den "retmæssige ejer" af renterne 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 begrebet "beneficial owner" skal fortolkes, jf. bl.a. OECD's forslag til kommentarer fra foråret 2011 (MS 651-655), hvor det af høringssvarene (MS 659-676) fremgår, at end ikke forslaget til de nye (præciserende) kommentarer bidrager til at mindske den usikkerhed, der hersker om fortolkningen,
- at ordlyden af SEL § 2, stk. 1, litra c, sidste punktum klart fører til, at der ikke foreligger begrænset skattepligt (og dermed indeholdelsespligt), og
- at Nycomed-koncernen (Takeda) forinden transaktionerne indhentede rådgivning hos et førende skatterådgivningsfirma, KPMG, der anviste den pågældende lånestruktur uden at tage forbehold om nogen risiko for kildeskat i forbindelse med de påtænkte rentebetalinger,

er det ganske klart, at Nycomed A/S (Takeda) *ikke* har udvist "*forsømmelighed*".

Såfremt Skatteministeriet måtte få medhold i spørgsmålet om indeholdelsespligt, selv om Nycomed S.C.A., SICAR i princippet anses som den "retmæssige ejer" af de omhandlede renter, dvs. som følge af, at det pågældende selskab skal sidestilles med et 1929-holdingselskab og dermed ikke er omfattet af den dansk-luxembourgiske DBO, jf. ovenfor i afsnit 7.7, skal det navnlig fremhæves, at Skatteministeriet i 2006 - dvs. umiddelbart før de første rentetilskrivninger i denne sag - bekræftede over for de luxembourgiske skattemyndigheder, at "*Luxembourg Investment Funds*" var omfattet af den dansk-luxembourgiske DBO. Et SICAR var som et investeringsselskab - på samme måde som et dansk investeringsselskab omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 19 - omfattet af bekræftelsen eller kan i hvert fald sidestilles med de investeringsselskaber, som derved blev anerkendt som overenskomstbeskyttede, jf. afsnit 7.7.8.7. Selv hvis landsretten tilsidesætter ministeriets (daværende) forståelse af DBO'en, kan det under ingen omstændigheder tilregnes Nycomed A/S (Takeda) som forsømmeligt, at selskabet ikke forudså, at ministeriets fortolkning var forkert, og i hvert fald demonstrerer det, at Nycomed A/S (')s fortolkning af DBO'en ligger inden for rammerne af en særdeles forståelig - og dermed undskyldelig - fejlfortolkning.

Det kunne heller ikke læses ud af slutprotokollen til DBO'en med Luxembourg, at forbeholdet for 1929-holdingselskaber også skulle gælde et selskab som Ny-

comed S.C.A., SICAR, og Skatteministeriet fandt da også først 7 år efter sagens anlæg (og 10 år efter SKATs afgørelse) på argumentet om, at slutprotokollen burde fortolkes udvidende/formålsbestemt, og efter at Skatteministeriet havde opgivet et andet, fejlagtigt argument om betydningen af, at selskabet måtte anses som transparent efter dansk skatteret, jf. afsnit 7.7. Når Skatteministeriet skulle bruge 7 år - og skattemyndighederne dermed mere end 10 år - på at finde på argumentet om udvidende fortolkning/formålsfortolkning af slutprotokollen, kan det ikke bebrejdes Nycomed A/S (Takeda), at selskabet tilbage i 2007, 2008 og 2009 ikke indså, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke kunne modtage renter uden at betale dansk kildeskat (såfremt dette altså viser sig at være landsrettens opfattelse).

Sagen er således den, at de retskilder, som var tilgængelige på tidspunktet for etableringen af låne-strukturen og rentetilskrivningerne, entydigt taler for, at renterne var skattefri.

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 Cypern som et mellemlidende 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 Denmark bliver ansvarsfri i medfør af kildeskattelovens § 69, stk. 1."

Disse præmisser kan opfattes således, at landsretten pålægger det potentielt indeholdelsespligtige selskab risikoen for den retlige usikkerhed om anvendelsen af begrebet "beneficial owner" og - i overensstemmelse med Skatteministeriets opfattelse - vel nærmest et objektivt ansvar herfor. Her skal man dog være opmærksom på, at denne del af præmisserne angik den del af udbytteudlodningen, hvor der efter landsrettens opfattelse ikke forelå en faktisk gennemstrømning til en "beneficial owner" i et land, som kunne modtage udbyttet skattefrit. I en sådan situation har landsretten altså vurderet, at der forelå en misbrugssituation, og at hæftelsesansvaret ikke bortfaldt, fordi der ikke var en "endelig afklaring" af, om man på basis af "beneficial owner"-begrebet kunne skride ind over for et sådant misbrug. Den retlige usikkerhed angik altså selve muligheden for at skride ind over for det, som landsretten anså for misbrug af DBO'en med Cypern. Det har således muligvis spillet en rolle for landsrettens vurdering, at NetApp efter landsrettens opfattelse havde søgt at udnytte DBO'en med Cypern på en illoyal måde, og at det i en sådan situation ikke kan diskulperes for hæftelsesansvar, når det til syvende og sidst viser sig, at konstruktionen kunne tilsidesættes.

Såfremt hovedspørgsmålet i Takedas sag skulle gå Takeda imod med den begrundelse, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke er beskyttet af DBO'en mellem Luxembourg og Danmark, foreligger der imidlertid en væsentlig anderledes situation. Her vil den retlige tvivl nemlig ikke angå fortolkningen af "beneficial owner"-begrebet, og hvorvidt der i den konkrete situation forelå misbrug. Såfremt Takeda får medhold i, at Nycomed S.C.A., SICAR i princippet var den

"retmæssige ejer" af de af sagen omhandlede renter (da selskabet ikke har fungeret som et "gennemstrømningsselskab"), men ikke kunne oppebære renterne uden dansk kildeskat som følge af forbeholdet i slutprotokollen, angår fortolkningstvivilen slutprotokollen til DBO'en i en situation, hvor det ligger fast, at Nycomed S.C.A., SICAR's etablering og tilstedeværelse i Luxembourg og status som renternes "retmæssige ejer" ikke kan tilsidesættes ud fra misbrugsbetragtninger. Den fortolkningstvivil, som måtte være om forståelsen af slutprotokollen har således en ganske anden karakter end spørgsmålet om, hvorvidt NetApp Cypem som et til lejligheden oprettet selskab kunne påberåbe sig DBO'en, og som nævnt havde Nycomed A/S (Takeda) altså særdeles gode grunde til at antage, at Nycomed S.C.A., SICAR kunne påberåbe sig overenskomsten (og rente-/royalty-direktivet), når (hvis) nu selskabet måtte blive anset som den (subsidiære) "retmæssige ejer" af renteindtægterne.

Hertil kommer, at der i nærværende sag består den væsentlige forskel i forhold til NetApp-sagen, at Nycomed A/S (Takeda) - som nævnt ovenfor - havde føje til at gå ud fra, at Nycomed S.C.A., SICAR under alle omstændigheder var ubetinget beskyttet af rente-/royaltydirektivet, selv om der ikke skete effektiv beskatning af renterne i Luxembourg, idet en fast EU-praksis herfor først blev ændret med EU-Domstolens dom, og da renterne i øvrigt ikke "gennemstrømmede" dette selskab videre til ejerne.

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 givet Skatteministeriet medhold i, at der var handlet "forsømmeligt". Det forekommer rimeligt klart i begge sager. Ingen af disse domme er derfor 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 Skatteministeriet - 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 fortsætter da også med at konstatere, at den indeholdelsespligtige "*ikke har haft føje*" til at antage, at der ikke var indeholdelsespligt.

Det bestrides endvidere, at Nycomed A/S (Takeda) skulle være underlagt en skærpet agtsomhedsbedømmelse, fordi der angiveligt var tale om omgåelse af en værnsregel.

For det første bestrides det, at SEL § 2, stk. 1, litra d, om begrænset skattepligt er en værnsregel.

For det andet giver det ikke nogen mening at tale om en skærpet agtsomhedsbedømmelse, fordi parterne var interesseforbundne, når agtsomhedsvurderingen drejer sig om den juridiske subsumption. Den juridiske bedømmelse af, om et mellemholdingselskab som Nycomed Sweden Holding 2 AB kan påberåbe sig DBO'en eller direktivet er jo upåvirket af, om Nycomed Sweden Holding 2 AB var minoritetsaktio-nær eller majoritetsaktionær i Nycomed A/S (Takeda). Tilsvarende gælder for Nycomed S.C.A., SICAR's muligheder for at påberåbe

sig DBO'en med Luxembourg. Østre Landsret har da heller ikke fulgt dette synspunkt i NetApp-sagen.

På den anførte baggrund gøres det samlet set gældende, at der *ikke* er grundlag for at anse Nycomed A/S (Takeda) for at have handlet "*forsømmeligt*".

12 ANBRINGENDER TIL STØTTE FOR DE SUBSIDIÆRE PÅSTANDE

12.1 De subsidiære påstande og Takedas hovedanbringender

[...]

Sagsøgte, Skatteministeriet, har over for Takedas subsidiære påstand (B) principalt nedlagt påstand om afvisning, subsidiært om frifindelse.

Over for Skatteministeriets afvisningspåstand har Takeda nedlagt påstand om frifindelse.

Til støtte for den subsidiære påstand (A) gør Takeda overordnet gældende, at - såfremt hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB, Nycomed Sweden Holding 1 AB eller Nycomed S.C.A., SICAR, anses som den "retmæssige ejer" af de af sagen omhandlede renter - så skal kildeskattekravet under alle omstændigheder nedsættes til 0 kr., for så vidt angår

- i. det svenske børsnoterede selskab, Aktionær nr. 41, der er (direkte) aktionær i Nycomed S.C.A., SICAR, eftersom dette selskab i så fald må anses som den "retmæssige ejer" af de omhandlede renter for dette selskabs ejerandel (ca. 1,15 %) (og er DBO-beskyttet), og
- ii. den i USA hjemmehørende fysiske person, Aktionær nr. 39, der ligeledes er (direkte) aktionær i Nycomed S.C.A., SICAR, da denne person i så fald må anses som den "retmæssige ejer" af de omhandlede renter for denne persons ejerandel (ca. 0,25 %), og da vedkommende er en fysisk person (da der ikke i dansk ret er hjemmel til at opkræve kildeskat på renter betalt til udenlandske fysiske personer).

Dette anbringende behandles i det følgende afsnit 12.2.

Til støtte for den subsidiære hjemvisningspåstand (B) gør Takeda overordnet gældende, at der herudover - dvs. i tillæg til det af den subsidiære påstand (A) omhandlede krav - består et retskrav på nedsættelse af kildeskattekravet til 0 kr., i det omfang Takeda under en hjemvisning til Skattestyrelsen dokumenterer, at de direkte eller indirekte investorer i Nycomed S.C.A., SICAR på tidspunkterne for rentetilskrivningerne var 1) de "retmæssige ejere" af de omhandlede renter i henhold til en DBO mellem domicilstaten og Danmark, eller 2) fysiske personer (da der ikke i dansk ret er hjemmel til at opkræve kildeskat på renter vedrørende sådanne personer).

Disse anbringender behandles nedenfor i afsnit 12.3.

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 nordiske DBO eller rente-/royaltydirektivet i forhold til disse investorer, eftersom en rentebetaling direkte til disse investorer ubetinget ville være fritaget for dansk kildeskat, jf. den tilsvarende problemstilling ovenfor i afsnit 7.7 vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der skal ske nedsættelse som følge af, at Nycomed S.C.A., SICAR alternativt må anses som den "retmæssige ejer" af renterne.

Som nævnt det anførte sted, kan det således alene komme på tale at bortse fra den umiddelbare modtager af en rente (eller et udbytte), dvs. statuere misbrug, såfremt midlerne er strømmet 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 bestemt hertil, og at dette selskab er den "retmæssige ejer" af midlerne.

Dette følger både af ISS-dommen [...], ligesom det nu også følger af Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 i NetApp-sagen [...].

...

12.2 *Kildeskattekravet skal nedsættes i forhold til de to aktionærer i Nycomed S.C.A., SICAR; Aktionær nr. 41, Sverige, og Aktionær nr. 39, USA*

For det tilfælde at hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB, Nycomed Sweden Holding 1 AB eller Nycomed S.C.A., SICAR anses som "retmæssig ejer" af de af sagen omhandlede renter, gøres det gældende, at det i så fald må være de direkte (eller indirekte) aktionærer eller investorer i Nycomed S.C.A., SICAR, der må være de "retmæssige ejere" af renterne. Der er ikke andre muligheder.

SKAT har da også i den indbragte afgørelse i sagen [...] lagt til grund, at det er investorerne i Nycomed S.C.A., SICAR, der er de "retmæssige ejere". Det hedder således [...]: ...

Som det fremgår af redegørelsen ovenfor i afsnit 4.6, udgør aktionærkredsen i Nycomed S.C.A., SICAR, for over 95 %'s vedkommende af kapitalfonde, der er organiseret i skattemæssigt transparente enheder, typisk udenlandske *limited partnerships*, dvs. kommanditselskaber. Investorerne i disse kapitalfonde er således i skattemæssig henseende direkte aktionærer i Nycomed S.C.A., SICAR. Antallet af investorer i disse enheder udgør flere hundrede.

Der findes dog også enkelte ikke-skattetransparente enheder, der er direkte aktionærer i Nycomed S.C.A., SICAR, herunder den svenske, børsnoterede bank, Aktionær nr. 41, og den i USA hjemmehørende fysiske person, Aktionær nr. 39, jf. ovenfor i afsnit 4.6. Som det fremgår af de pågældende afsnit, ejede Aktionær nr. 41 153.121 stk. ud af 13.316.572 stk. aktier, svarende til en ejerandel på ca. 1,15 %, mens Aktionær nr. 39 ejede 33.162 stk., svarende til ca. 0,25 %. De to aktionærers samlede ejerandel udgjorde dermed ca. 1,40 %.

På denne baggrund har Takeda altså nedlagt den subsidiære påstand (A) om nedsættelse af kildeskattekravene for årene 2007, 2008 og 2009 med henholdsvis 1.615.932 kr., 1.935.776 kr. og 1.610.973 kr.: ...

Når Takeda har valgt at udtage Aktionær nr. 41 og Aktionær nr. 39 til særskilt behandling og omfattet af en selvstændig subsidiær påstand - (A) - skyldes det, at begge disse aktionærer udgør enkle og illustrative eksempler at henviser til i relation til spørgsmålet om, hvilke betingelser der med rette kan stilles for at opnå en nedsættelse af kildeskattekravet i det scenarie, hvor ingen af de mellemliggende selskaber (Nycomed Sweden Holding 2 AB, Nycomed Sweden Holding 1 AB eller Nycomed S.C.A., SICAR) kan anerkendes som værende "retmæssig ejer" af de af sagen omhandlede renter.

Da investorerne i de skattetransparente kapitalfonde, som nævnt, udgør flere hundrede selskaber m.v., har Takeda altså valgt alene at lade landsretten bedømme spørgsmålet om nedsættelse af kildeskattekravet i forhold til den "retmæssig ejer" i forhold til to specifikke investorer.

Og herudover - såfremt landsretten måtte finde det godtgjort, at de pågældende investorer (eller blot én af dem) berettiger til en nedsættelse af kildeskattekravet - lægger sagsøger op til, at landsretten kan 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 nedsættelse), jf. nærmere nedenfor i afsnit 12.3.

Takeda gør, som nævnt, i denne forbindelse gældende, at - når ingen af de mellemliggende selskaber kan anses som den "retmæssige ejer" af de omhandlede renter - så er der ikke andre muligheder end at anse aktionærene/investorerne i Nycomed S.C.A., SICAR, som de "retmæssige ejere" heraf. Og to af disse investorer er altså Aktionær nr. 41 og Aktionær nr. 39.

Aktionær nr. 41 er et svensk selskab, der er omfattet af den nordiske DBO.

Og Aktionær nr. 39 er en fysisk person, der er hjemmehørende i USA (med hvilket land Danmark også har en DBO). I forhold til en fysisk person gøres det 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 (dvs. dette gælder, uanset hvor denne måtte være skattemæssigt hjemmehørende), hvorfor der under omstændigheder ikke kan foreligge noget misbrug i forhold til en sådan person, der måtte anses som den (alternative) "retmæssige ejer" af en rente. I dette konkrete scenarie spiller dette spørgsmål dog ingen rolle, eftersom Aktionær nr. 39 er hjemmehørende i en DBO-stat.

...

Skatteministeriet er enig med Takeda i, at der (i hvert fald i princippet) kan ske nedsættelse af kildeskattekravet, såfremt det godtgøres, at de bagvedliggende ejere er de "retmæssige ejere" af renterne. Skatteministeriet stiller i den forbindelse bl.a. krav om, at renterne "i skattemæssig henseende er henført til disse personer", jf. om denne betingelse senere i dette afsnit.

Takeda finder det vanskeligt at forstå Skatteministeriets synspunkter i relation til dette nedsættelsesspørgsmål ...

Problemet er imidlertid, at der ikke findes sådant skriftligt materiale, som Skatteministeriet forestiller sig. Og pengestrømmene er i øvrigt klart oplyste i denne sag - og har længe været det, jf. bl.a. beskrivelsen i forelæggelseskendelsen [...].

Ministeriet kan således ikke dække sig ind under manglende faktuelle oplysninger.

...

Og Skatteministeriet kan i øvrigt heller ikke dække sig ind under EU-Domstolens tilkendegivelse (efter rente-/royaltydirektivet) om, at det ikke er skattemyndighedernes opgave at udpege den "retmæssige ejer".

...

Skatteministeriet gør gældende, at det - for at nedsættelse af kravet kan komme på tale - skal godtgøres, at den pågældende investor ikke selv er et "gennemstrømningsselskab" for de pågældende renter.

Det bemærkes hertil, at det synes at være helt åbenbart, at disse midler ikke kan være "gennemstrømmet" den fysiske person, Aktionær nr. 39 (hvad Skatteministeriet da vist nok heller ikke gør gældende), men heller ikke den børsnoterede bank, Aktionær nr. 41, til dette selskabs mange tusinde aktionærer. Det må således uden videre kunne lægges til grund, at midlerne er kommet Aktionær nr. 41 fuldt ud til gode, jf. også redegørelsen ovenfor i afsnit 4.6, hvoraf fremgår, at banken foretog investeringen i Nycomed S.C.A., SICAR for egen regning (og altså ikke på vegne en kunde).

Skatteministeriet har under sagen hævdet, at det er en betingelse for nedsættelse, at den person, der anses som den "retmæssige ejer" af renterne, også i sit hjemland skal have indtægtsført de pågældende renter efter lokale regler - eller at renterne i hvert fald efter lokale regler skal anses for at skulle henføres til den pågældende person i skattemæssig henseende.

Takeda bestrider, at der kan stilles en sådan betingelse for nedsættelse af kildekattekravet.

I den forbindelse erindres om, at de bagvedliggende investorer i nærværende sag rent faktisk ikke har modtaget de af sagen omhandlede renter - eller nogen andre renter - hvorfor disse renteindtægter i sagens natur ikke i skattemæssig henseende kan anses for at være henførbare til de pågældende personer efter de for disse personer gældende lokale regler.

Sagen er den, at den af ministeriet opstillede betingelse *aldrig* vil kunne opfyldes i de situationer, hvor der ikke er sket faktisk gennemstrømning af de omhandlede renter til de personer, der - på trods heraf og - til syvende og sidst anses som de "retmæssige ejere" af renterne, og hvor Danmark som kildeland står alene med synspunktet om, at den umiddelbare rentemodtager (eller andre efterfølgende rente-modtagere, her Nycomed S.C.A., SICAR) ikke er den "retmæssige ejer".

Takeda er således ikke enig i, at der med rette kan opstilles en betingelse om, at renterne skal være omfattet af beskatningskompetencen i det land, hvori den "retmæssige ejer" er skattemæssigt hjemmehørende.

Det gøres således for det første gældende, at der gælder et såkaldt *look-through* princip efter DBO'erne, således at den person, der er den "retmæssige ejer" af en indkomst, kan påberåbe sig en eventuel DBO mellem den pågældendes hjemland og kildelandet (Danmark). Dette er der vist enighed om mellem parterne, ligesom dette nu også følger af Østre Landsrets dom af 3. maj 2021 i NetApp-sagen [...].

I de særlige tilfælde hvor det alene er kildelandet, her Danmark, der anser vedkommende for "retmæssig ejer" af den pågældende indkomst - f.eks. fordi der ikke har været nogen faktisk pengestrøm til vedkommende person som i nærværende sag - gøres det videre gældende, at kildelandet også er forpligtet til at føre denne *fiktion* helt igennem og lægge til grund, at vedkommende rent faktisk også har modtaget den pågældende indkomst og dermed kan påberåbe sig en eventuel DBO mellem pågældendes bopælsland og Danmark.

Danmark kan selvsagt ikke både *blæse og have mel i munden* ved at hævde, at den pågældende er "retmæssig ejer" af en indtægt, men at vedkommende ikke kan påberåbe sig en eventuel DBO, da dette efter ministeriets opfattelse kræver, at vedkommendes hjemland indtager samme standpunkt. I så tilfælde ville den pågældende skatteyder i "retmæssig ejer"-scenariet *de facto* blive stillet dårligere, end hvis vedkommende rent faktisk havde modtaget den pågældende indkomst, altså været formel långiver. Der erindres i denne forbindelse om, at der jo ikke foreligger - eller kan foreligge - noget misbrug af en DBO i forhold til en "retmæssig ejer" i et andet DBO-land, for så vidt angår renter (da der ikke er intern hjemmel til at beskatte, når der skal ske nedsættelse efter en DBO).

Et af problemerne i disse sager er, at Skatteministeriet foretager en kunstig adskillelse af "*rette indkomstmodtager*" (skattepligtssubjektet) og den "*retmæssige ejer*". Skatteministeriet gør således gældende, at den umiddelbare rentemodtager (i sagen Nycomed Sweden Holding 2 AB) er "rette indkomst-modtager" og dermed skattepligtssubjektet, men ikke den "retmæssige ejer", hvorfor denne rentemodtager ikke har krav på overenskomst- og direktivbeskyttelse.

Såvel DBO'erne som rente-/royaltydirektivet har imidlertid som forudsætning, at den "retmæssige ejer" er skattepligtssubjektet og dermed - efter dansk ret - også er "rette indkomstmodtager".

Skatteministeriets *konstruktion* (om adskillelse af "rette indkomstmodtager" og "retmæssig ejer") bliver en *contradictio in adjecto*, når Skatteministeriet - som betingelse for, at de bagvedliggende ejere har krav på nedsættelse efter en DBO - stiller krav om, at renterne er omfattet af den pågældende stats beskatningskompetence.

Sagen er nemlig den, at Skatteministeriet gør gældende, at det er den umiddelbare rentemodtager (Nycomed Sweden Holding 2 AB), der er "rette indkomst-modtager" (og dermed skattepligtssubjektet) af renterne, samtidig med at Skatteministeriet (som betingelse for nedsættelse) stiller krav om, at de samme renter er skattepligtige i den bagvedliggende ejers hjemstat, hvilket er det samme

som at sige, at den bagvedliggende ejer skal være "rette indkomstmodtager" af de samme renter, hvilket selvsagt er en umulighed.

Også dette viser, at der i denne situation ikke med rette kan opstilles en betingelse om, at renterne skal være omfattet af beskatningskompetencen i det land, hvori den "retmæssige ejer" er skattemæssigt hjemmehørende.

12.3 *Kildeskattekravet skal nedsættes i forhold til visse øvrige investorer ved hjemvisning af sagen til Skattestyrelsen*

I foregående afsnit, 12.2, har Takeda påvist, at der skal ske nedsættelse af kildeskattekravet i forhold to specifikke investorer, nemlig Aktionær nr. 41, Sverige, og Aktionær nr. 39, USA, eftersom disse personer må anses som de "retmæssige ejere" af renterne i dette subsidiære scenarie, blandt andet da der er tale om en fysisk person og et selskab, der ikke selv kan anses for at være "gennemstrømningselskab" i relation til de omhandlede renter, og som i øvrigt nyder beskyttelse efter en DBO mellem selskabets bopælsland og Danmark. Der foreligger således under alle omstændigheder ikke noget misbrug af den norske DBO (eller af rente-/royaltydirektivet) i forhold til disse to personer.

Aktionær nr. 41 og Aktionær nr. 39 er, som nævnt, direkte aktionærer i Nycomed S.C.A., SICAR.

Som nævnt indledningsvis i dette afsnit 12, er de øvrige aktionærer i selskabet primært skattetransparente kommanditselskaber, hvorfor det i relation til disse aktionærer er nødvendigt at vurdere nedsættelsesspørgsmålet - misbruget - i forhold til kommanditisterne i disse selskaber, da de i skattemæssig henseende anses som de direkte aktionærer i Nycomed S.C.A., SICAR.

På tilsvarende vis som for Aktionær nr. 41 og Aktionær nr. 39 vil der således skulle ske nedsættelse i forhold til disse øvrige investorer, såfremt disse enten kan godtgøre, at de selv er de "retmæssige ejere" efter en DBO med Danmark, dvs. at de ikke selv er "gennemstrømningselskaber" for de pågældende renter, og at de i øvrigt er hjemmehørende i et DBO-land (og omfattet af den pågældende DBO), eller at de er fysiske personer (da der, som nævnt, slet ikke i dansk ret er hjemmel til at opkræve kildeskat af renter oppebåret af udenlandske fysiske personer).

Da investorerne i de skattetransparente kapitalfonde udgør flere hundrede selskaber m.v., har Takeda, som tidligere nævnt, valgt alene at lade landsretten bedømme spørgsmålet om nedsættelse af kildeskattekravet i forhold til den "retmæssige ejer" i forhold til to specifikke investorer og herudover - såfremt landsretten måtte finde det godtgjort, at de pågældende investorer (eller blot én af dem) berettiger til en nedsættelse af kildeskattekravet - lægger Takeda op til, at landsretten skal hjemvise sagen i forhold til øvrige investorer, der måtte opfylde tilsvarende betingelser (og altså lade skatteforvaltningen foretage den ligningsmæssige 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 nedsættelse).

For så vidt angår spørgsmålet om, at det i denne forbindelse ifølge Skatteministeriet skal godtgøres, *"at den hævdede retsmæssige ejer ikke blot har været*

endnu en gennemstrømningsenhed, men har haft reelle beføjelser til selv at råde over renterne", bemærker Takeda, at disse flere hundrede investorer i de skattetransparente kapitalfonde hver især alene ejer en meget lille andel af den samlede investering, og at de pågældende investorer derfor ingen reel indflydelse har haft på de beslutninger, der har ført til, at det er disse bagvedliggende investorer, der - i givet fald - anses som "retmæssige ejere" af renterne. Hertil kommer, at disse investorer bl.a. omfatter en lang række selvstændige skatte-subjekter, der per definition ikke selv ville kunne anses som "gennemstrømningselskaber", så som pensionskasser, banker, visse investeringsforeninger, stats- og kommunale enheder, universiteter mv.

Da disse bagvedliggende investorer under alle omstændigheder slet ikke har ydet noget lån - og dermed ikke har modtaget nogen renter, jf. ovenfor - har det klart formodningen imod sig, at disse investorer selv skulle have etableret et "gennemstrømningsarrangement" desangående. Der er derfor intet grundlag for en antagelse om, at disse investorer ikke skulle være de "retmæssige ejere" af de omhandlede renter.

Af samme grund er der ikke behov for at stille krav om, at hver af disse investorer dokumenterer, at de ikke selv er gennemstrømningselskaber.

Det gøres derfor gældende, at det er tilstrækkeligt - under hjemvisningen - at påvise, at den pågældende investor (et selskab), der er direkte aktionær i Nycomed S.C.A., SICAR i skattemæssig henseende, er hjemmehørende er hjemmehørende i et DBO-land og er en af overenskomsten omfattet person.

Ex tuto gøres det imidlertid gældende, at den påviste direkte aktionær subsidiært må påvise, at selskabet ikke i sig selv er en "gennemstrømningsenhed". Det gøres i den forbindelse gældende, at dette, som nævnt, uden videre vil være tilfældet, for så vidt angår universiteter, stater og statsenheder, forsikringselskaber og pensionselskaber.

For så vidt angår de investorer i Nycomed S.C.A., SICAR, der i skattemæssig henseende er direkte aktionærer i selskabet, og som er fysiske personer, bemærkes, at Danmark slet ikke har indført begrænset skattepligt for renter for fysiske personer.

Såfremt Takeda i nærværende sag havde betalt de omhandlede renter direkte til kapitalfondene, dvs. direkte til investorerne/kommanditisterne heri, ja så havde der ubestridt ikke været grundlag for at opkræve dansk kildeskat, i det omfang kommanditisterne var fysiske personer. Danmark har således ikke intern hjemmel til at beskatte en udenlandsk fysisk person af renter.

Alene af den grund kan der ikke opstå noget misbrug af den nordiske DBO, når - og i det omfang - de pågældende renter anses for at være gennemstrømmet til en fysisk person i nærværende sag, jf. også ovenfor i foregående afsnit vedrørende Aktionær nr. 39.

Det er uklart, om Skatteministeriet gør gældende, at Takeda også i denne henseende må dokumentere, at den pågældende fysiske person er hjemmehørende i et DBO-land.

Takeda gør i givet fald heroverfor gældende, at dette krav ikke kan stilles i forhold til en fysisk person, da der jo netop aldrig vil være grundlag for at opkræve kildeskat over for en sådan person, uanset hvor den pågældende er hjemmehørende.

Til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand over for sagsøgtes afvisningspåstand gøres det gældende, at Takeda har en åbenbar retlig interesse i at få prøvet sin subsidiære påstand (B).

Som nævnt i foregående afsnit, udgør antallet af potentielle investorer, der kunne komme i betragtning i forbindelse med en nedsættelse af kildeskattekravet i dette subsidiære scenarie, flere hundrede selskaber m.v. Takeda har derfor valgt ikke belaste retssagen - og landsretten - med en omfattende bevisførelse vedrørende hver enkelt af disse op imod 500 investorer.

I stedet har Takeda ladet det være op til landsretten at bedømme de retlige spørgsmål omkring kravene til nedsættelse af kildeskattekravet i forhold til to specifikke investorer, og så i øvrigt at nedlægge en hjemvisningspåstand, for så vidt angår de øvrige investorer, der potentielt kunne berettiges til en nedsættelse.

Det er således helt afgørende for Takeda at få rettens stillingtagen til de retlige spørgsmål omkring kravene til nedsættelse, som parterne måtte være uenige om, således at den opgave, der - i givet fald - hjemvises til Skattestyrelsen, alene er at forholde sig til den forelagte dokumentation.

Der er således under ingen omstændigheder tale om en hypotetisk situation, som hævdet af Skatteministeriet, men derimod et særdeles relevant - og beløbsmæssigt væsentligt - punkt i dette subsidiære scenarie.

Og dermed skal Takeda frifindes for Skatteministeriets afvisningspåstand.”

Skatteministeriet har i sit sammenfattende processkrift af 2. august 2021 anført bl.a.:

”6. SKATTEMINISTERIETS ARGUMENTATION

6.1 *Nycomed Sweden Holding 2 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 skattekонтроllovens § 3 B (kontrolleret gæld), jf. lovens § 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 lav-skattelände, 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 Nycomed Sweden Holding 2 er et selskab som nævnt i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, at Nycomed er et selskab omfattet af lovens § 1, og at det omhandlede lån udgør ”kontrolleret gæld”.

Udgangspunktet er derfor, at Nycomed Sweden Holding 2 er skattepligtig af de omhandlede renter, og dette udgangspunkt er der i det foreliggende tilfælde ikke grundlag for at fravige – hverken i medfør af undtagelsesreglen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), tredje punktum, eller undtagelsesreglen i bestemmelsens sidste punktum.

6.1.1 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, ”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 ubetinget pligt til at frafalde eller nedsætte beskatningen. Følger en sådan pligt ikke af direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det modtagende selskab skattepligtig af renterne.

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 lav-skatte-landet.

I sådanne tilfælde vil de danske skattemyndigheder imidlertid efter en konkret realitets-bedømmelse 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.”

6.1.1.1 Beskatningen skal ikke nedsættes eller frafaldes efter rente-/royaltydirektivet

Betalinger 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”, jf. rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1 [...].

Efter Domstolens besvarelse af landsrettens femte præjudicielle spørgsmål (litra a)-c)) i denne sag, er det ubestridt, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke kan gøre den fordel, der følger af direktivets artikel 1, stk. 1, gældende, allerede fordi selskabet ikke er ”et selskab i en anden medlemsstat” [...]. Rente-/royaltydirektivet havde med andre ord ikke været til hinder for en kildebeskatning af renterne, hvis det omhandlede lån var blevet ydet (direkte) af Nycomed S.C.A., SICAR i stedet for af Nycomed Sweden Holding 2.

For såvel Nycomed Sweden Holding 2 som Nycomed Sweden Holding 1 gælder det ligeledes, at de ikke kan påberåbe sig direktivets fordel, dels fordi der foreligger retsmisbrug, dels fordi ingen af selskaberne kan anses for renternes retsmæssige ejer.

6.1.1.1.1 Der er hjemmel til at afslå direktivets fordele ved retsmisbrug

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 rets-misbrug (præmisserne 96 og 101 i Domstolens dom i denne sag, [...]). 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 forpligtet 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 dom, præmis 122 ff [...]. Med dommen 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 den foreliggende sag.

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 også fremgår udtrykkeligt af Domstolens dom i sag C-251/16, Cussens, 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 [...], som Takeda påberåber sig.

Af præmisserne for Højesterets dom i Ajos-sagen fremgår, at det for sagens udfald var udslagsgivende, at der med Højesterets ord forelå en såkaldt ”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”. Det er derfor en smal sag at anlægge en fortolkning af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), der er i overensstemmelse med rente-/royaltydirektivet og det almin-

delige princip om forbud mod retsmisbrug, således som direktivet og princippet skal fortolkes ifølge Domstolens dom.

På den anførte baggrund må selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d) – i overensstemmelse med hvad Østre Landsret også er kommet frem til i SKM2021.304.ØLR om bestemmelsens litra c) om udbytteskat – 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.

6.1.1.1.2 Domstolens bemærkninger om bedømmelsen af, om der foreligger retsmisbrug

Ifølge Domstolens dom 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 (præmis 124 i Domstolens dom i denne sag [...]).

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 holdpunkter 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 sager som den 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 videreformidles af det selskab, som har modtaget dem, til enheder, som ikke opfylder betingelserne for anvendelse af rente-/royaltydirektivet, er et holdpunkt 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 debitorselskabet, 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 ”gennemstrømnings-selskab” (dommens præmis 130). Et selskab kan anses for et gennemstrømnings-selskab, hvis selskabets eneste aktivitet er at modtage renterne og videreoverføre dem til den ”retmæssige ejer” eller til øvrige ”gennemstrømnings-selskaber”, 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 ”gennemstrømnings-selskabernes” 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 tredjemand, 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 (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.

Endelig er det for konstateringen af, om der foreligger et retsmisbrug, uden betydning, om Danmark med den stat, hvor renternes retmæssige ejer er hjemmehørende, har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der ikke ville være blevet indeholdt kildeskat af renterne, hvis de var blevet betalt direkte til den retmæssige ejer, jf. hertil præmisserne 134 ff.

6.1.1.1.3 Der foreligger retsmisbrug i den foreliggende sag

Når Domstolens anvisninger kobles med den foreliggende sags omstændigheder, kan det konstateres, at der foreligger et tilfælde af retsmisbrug.

For sagens afgørelse må A) lånet mellem Nycomed og Nycomed Sweden Holding 2, B) det samtidige lån mellem Nycomed Sweden Holding 1 og Nycomed S.C.A., SICAR, C) Nycomed Sweden Holding 1’s samtidige kapitalindskud i Nycomed Sweden Holding 2 samt D) den årlige vedtagelse af koncernbidrag

fra Nycomed Sweden Holding 2 til Nycomed Sweden Holding 1 betragtes som ét samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement.

Det beror ikke på nogen tilfældighed, at de 2 lån blev indgået samme dag og bortset fra, hvad der samlet set må betegnes som betydningsløse marginaler, havde samme hovedstol og vilkår. Det er endvidere usandsynligt, at Nycomed Sweden Holding 2 – ved et rent tilfælde og endda i tre på hinanden følgende år – årligt ydede et koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1 af en størrelsesorden, som stort set svarede til årets rentetilskrivning på Nycomed S.C.A., SICARs lån til samme selskab. Landsretten kan derfor uden betænkeligheder lægge til grund, at der er tale om et på forhånd tilrettelagt arrangement.

Det bemærkes i øvrigt, at koncernbidragene fra Nycomed Sweden Holding 2 var nødvendige for, at Nycomed Sweden Holding 1 kunne opfylde sine renteforpligtelser over for Nycomed S.C.A., SICAR, da Nycomed Sweden Holding 1 Holding ikke havde andre indtægtskilder, hvormed selskabets renteforpligtelser kunne honoreres, således at der fortsat var balance i selskabets regnskaber.

Skatteministeriet gør ikke gældende, at der for Nycomed Sweden Holding 2 bestod en kontraktuel forpligtelse til at betale koncernbidragene til Nycomed Sweden Holding 1. I koncernforhold som det i denne sag foreliggende er en sådan retlig forpligtelse upåkrævet og derfor overflødig. Det gælder ikke kun, men dog navnlig i en situation som den foreliggende, hvor de to selskaber havde identiske bestyrelser. Det er da også en kendsgerning, at bidragene faktisk blev ydet gang på gang på gang, og at de faktisk – gang på gang på gang – kunne dække Nycomed Sweden Holding 1's renteforpligtelser.

Arrangementet bevirkede rent faktisk, at hverken Nycomed Sweden Holding 2 eller Nycomed Sweden Holding 1 var overladt noget råderum til at disponere over deres indtægter i form af renter henholdsvis koncernbidrag. Begge selskaber var gennemstrømningsenheder.

Arrangementet var uden forretningsmæssig begrundelse. Forretningsmæssigt havde det været mest enkelt, hvis der var blevet etableret et direkte låneforhold mellem Nycomed og Nycomed S.C.A., SI-CAR. Koncernen var i givet fald sluppet for de øgede papirbyrder og i det hele taget det administrative bøvvl, der var forbundet med det yderligere koncerninterne låneforhold, gennemførelsen af en kapital-forhøjelse og vedtagelsen af de årlige koncernbidrag. De tilsyneladende selvskabte plager havde imidlertid en skattemæssig fordel, eftersom beskattningen af renterne fra Nycomed til Nycomed Sweden Holding 2 – bortset fra spørgsmålet om retsmisbrug og renters "retmæssige ejer" – skulle frafaldes efter rente-/royaltydirektivet.

Omstændighederne efterlader ingen tvivl om, arrangementet havde som formål at skaffe Nycomed S.C.A, SICAR (eller kapitalfondene) en fordel af rente-/royaltydirektivet, som selskabet (eller kapital-fondene) ikke selv kunne have gjort gældende, nemlig fritagelse for beskatning i kildestaten. Renterne var ganske vist skattepligtige for Nycomed Sweden Holding 2, men indtægterne blev skattemæssigt neutraliseret af de fradragsberettigede koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1. På samme måde blev koncernbidragene, der var skattepligtige for Nycomed Sweden Holding 1, skattemæssigt neutraliseret af de fradragsberettigede renteudgifter knyttet til lånet fra Nycomed S.C.A., SI-

CAR, der efter luxembourgsk ret var fritaget for at betale skat af renterne, og hvis investorer ikke blev kildebeskattet af afkast fra selskabet. Arrangementet medførte altså, at skattepligtige renter blev gjort skattefrie, hvilket i overmål opvejede ulemperne af, hvad der altså umiddelbart kunne fremstå som unødige og selvskabte plager.

Når de anførte omstændigheder sammenholdes med Domstolens anvisninger for misbrugsvurderingen, ligger det lige for at fastslå, at arrangementet havde som et hovedformål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse, der er fastsat i rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1.

Domstolen har da også fastslået (dommens præmis 126, [...]), 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 Takeda har haft mulighed for at føre modbevis.

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.

Takeda har ikke engang gjort et forsøg på at forklare, hvad der – fremfor den nemmeste løsning med et direkte lån fra Nycomed S.C.A., SICAR til Nycomed – var den forretningsmæssige begrundelse for arrangementet med A) lånet mellem Nycomed og Nycomed Sweden Holding 2, B) det samtidige lån mellem Nycomed Sweden Holding 1 og Nycomed S.C.A., SICAR, C) Nycomed Sweden Holding 1's samtidige kapitalindskud i Nycomed Sweden Holding 2 samt D) den årlige vedtagelse af koncernbidrag fra Nycomed Sweden Holding 2 til Nycomed Sweden Holding 1.

Da der altså foreligger retsmisbrug, er både Nycomed Sweden Holding 2 og Nycomed Sweden Holding 1 afskåret fra at drage fordel af den fritagelse for kildeskat, der er fastsat i rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1.

6.1.1.1.4 Direktivets fordele skal også afslås, fordi hverken Nycomed Sweden Holding 2 eller Nycomed Sweden Holding 1 er renternes retsmæssige ejer

Det fremgår af ordlyden af rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, at fritagelse for kildebeskatning er betinget af, at modtageren af renterne er renternes ”retmæssige ejer”.

Begrebet ”retmæssig ejer” skal ifølge Domstolen dom i den foreliggende sag fortolkes således, at ”det betegner en enhed, som reelt modtager de renter, som betales til den” (dommens præmis 88, ES3 s. 1395). 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).

Vurderingen af, om et givent selskab kan anses for renternes ”retsmæssige ejer”, og vurderingen af, om der i det givne tilfælde foreligger et retsmisbrug, går i realiteten ud på ét, hvilket Domstolens udlægning af bl.a. det første præjudicielle spørgsmål, litra d)-f) om begrebet ”retmæssig ejer” er et vidnesbyrd om (dommens præmis 123, [...]). Det er også kommet ganske klart til udtryk i f.eks. dommens præmis 127 [...].

Af de grunde, der er redegjort for i det foregående afsnit og det følgende afsnit, kan hverken Nycomed Sweden Holding 2 eller Nycomed Sweden Holding 1 anses for renternes retsmæssige ejer. Også af den grund er selskaberne afskåret fra at gøre den fordel, der følger af rente/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, gældende.

6.1.1.2 Beskatningen skal ikke frafalde eller nedsættes efter 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 ”retsmæssige ejer” af renterne. Efter ordlyden af denne bestemmelse er Danmark altså kun forpligtet til at frafalde beskatningen af renter, der hidrører fra Danmark, hvis modtageren er renternes ”retsmæssige ejer”.

Begrebet ”renternes retmæssige ejer” må fortolkes i overensstemmelse med det tilsvarende begreb i OECD’s modeloverenskomsts artikel 11, stk. 1 [...], idet den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er indgået på grundlag af modeloverenskomsten.

Østre Landsret har allerede fastslået, at begrebet ”retmæssig ejer” er et autonomt begreb, dvs. at det har et selvstændigt indhold uafhængigt af de kontraherende staters interne lovgivning, jf. både SKM2021.304.ØLR og SKM2012.121.ØLR [...]. Begrebet ”retmæssig ejer” skal derfor ikke fortolkes i overensstemmelse med begrebet ”rette indkomstmottager”, der i dansk skatteret bruges som betegnelse for den, der må anses for at være skattepligtig af en given indtægt.

Med de to domme har Østre Landsret også allerede fastslået, at skattemyndighederne i sager som den foreliggende har været berettiget til – som sket – at inddrage kommentarerne til OECD’s modeloverenskomst fra 2003 ved fastlæggelsen af, hvad der nærmere skal forstås ved begrebet ”retmæssig ejer”. De senere kommentarer fra 2014 og 2017 udgør på tilsvarende vis relevante fortolkningsbidrag, eftersom disse kommentarer – ligesom 2003-kommentarerne – ikke indebærer en ændret forståelse af modeloverenskomstens artikel 11, stk. 1, men alene har karakter af præciseringer.

Af 2003-kommentarerne, pkt. 8.1 til modeloverenskomstens artikel 11, stk. 1 [...], følger, at det ikke vil være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skal indrømme lempelse eller fritagelse for skat "i tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden vis end som agent eller mellemmand, blot fungerer som 'gennemstrømningsenhed' (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst." Et "gennemstrømningselskab" vil således ikke kunne anses for den retmæssige ejer, "hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en 'nullitet' eller administrator, der handler på vegne af andre parter".

I 2014-kommentarerne, pkt. 10.2, som på dette punkt er blevet videreført uden ændringer i 2017-kommentarerne, er det præciseret, at den umiddelbare modtager af renterne vil kunne nægtes den overenskomstmæssige fordel, der følger af modeloverenskomstens 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" ikke har rettighederne til at bruge og nyde renterne [...].

I den foreliggende sag viser de faktiske omstændigheder, at Nycomed Sweden Holding 2 og Nycomed Sweden Holding 1 ikke havde eller kun havde meget snævre beføjelser til at disponere over de renter, som første nævnte selskab modtog i kraft af lånet til Nycomed.

Som anført under punkt 6.1.1.1.3 må A) lånet mellem Nycomed og Nycomed Sweden Holding 2, B) det samtidige lån mellem Nycomed Sweden Holding 1 og Nycomed S.C.A., SICAR, C) Nycomed Sweden Holding 1's samtidige kapitalindskud i Nycomed Sweden Holding 2 samt D) den årlige vedtagelse af koncernbidrag fra Nycomed Sweden Holding 2 til Nycomed Sweden Holding 1 betragtes som ét samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement.

Som det også er anført under det nævnte punkt, beror det ikke på nogen tilfældighed, at de 2 lån blev indgået samme dag og bortset fra, hvad der samlet set må betegnes som betydningsløse marginaler, havde samme hovedstol og vilkår, eller at Nycomed Sweden Holding 2 – gang på gang på gang – ydede et koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1 af en størrelsesorden, som stort set svarede til årets rentetilskrivning på Nycomed S.C.A., SICARs lån til samme selskab.

Hertil kommer i øvrigt, at Nycomed Sweden Holding 2 uden renterne fra Nycomed ville have været ude af stand til at yde de omhandlede koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1, som uden koncernbidragene ville have været ude af stand til at afholde renteutgifterne, som lånet fra Nycomed S.C.A., SICAR gav anledning til. Og endelig var arrangementet uden nogen forretningsmæssig begrundelse.

De anførte omstændigheder godtgør, at arrangementet blev etableret med det (hoved-)formål, at såvel Nycomed Sweden Holding 1 som Nycomed Sweden Holding 2 skulle virke som gennemstrømningsenheder for de omhandlede renter, der uden arrangementet ville have været skattepligtige i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), og at ingen af selskaberne substantielt

kunne disponere over renterne, der på forhånd var bestemt til at blive videreført til Nycomed S.C.A., SICAR (eller kapitalfondene), hvilket faktisk også skete. I tilknytning hertil bemærkes, at renterne, hvis Nycomed S.C.A., SI-CAR havde været den direkte långiver, ville have været skattepligtige, idet selskabet hverken ville kunne have påberåbt sig rente-/royaltydirektivet, jf. ovenfor, eller den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. nærmere herom nedenfor.

Når der er tale om et sådant på forhånd tilrettelagt arrangement, spiller det ingen rolle, at Nycomed Sweden Holding 2 kanaliserede beløbet videre som koncernbidrag, eftersom substansen i arrangementet under alle omstændigheder var, at selskabet ikke havde reelle beføjelser til at råde over renterne, eftersom det utvivlsomt på forhånd var besluttet, at selskabet til Nycomed Holding Sweden 1 skulle yde koncernbidrag (stort set) svarende de renter, der blev tilskrevet lånet til Nycomed.

For bedømmelsen af, om Nycomed Sweden Holding 2 i skatteretlig henseende må anses for renternes retmæssige ejer, er det ligeledes uden betydning, at renterne blev tilskrevet hovedstolen (godskrevet) og (først) senere blev konverteret til kapitalandele i selskabet.

De skatteretlige virkninger indtrådte nemlig (allerede) ved rentetilskrivningen. For arrangementet var det et bærende element, at der i ingen af transaktionskædens led skete effektiv betaling af renter eller koncernbidrag, idet renter blev tilskrevet hovedstolen, og koncernbidragene blev posteret på en mellemregningskonto. Arrangementet indebar, 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 betalingsoverførsler, modregninger eller konverteringer til kapitalandele uden yderligere skattemæssige konsekvenser kunne gennemføres efterfølgende, hvad der i øvrigt faktisk også skete, jf. forelæggelseskendelsens pkt. 40-44 [...]. For den skatteretlige bedømmelse af, om Nycomed Sweden Holding 2 må anses for renternes retmæssige ejer, er det derfor uden betydning, at renterne ikke hvert år den 27. december blev betalt effektivt ved f.eks. en bankoverførelse, men blev tilskrevet lånets hovedstol.

På den anførte baggrund må det fastslås, at hverken Nycomed Sweden Holding 2 eller Nycomed Sweden Holding 1 i den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst artikel 11, stk. 1's forstand kan anses for de omhandlede renters retmæssige ejer. Dobbeltbeskatningsoverenskomsten fører dermed ikke til, at renterne skal fritages for en skattepligt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d).

6.1.1.3 Beskatningen skal ikke frafalde i medfør af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

6.1.1.3.1 Nycomed S.C.A., SICAR er ikke omfattet af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Overenskomsten af 17. november 1980 mellem Danmark og Luxembourg til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter (den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst) giver intet

grundlag for, at Danmark skal frafalde beskatningen af de omhandlede renter, allerede fordi Nycomed S.C.A., SICAR ikke er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Af § 1 i slutprotokollen, som blev indgået mellem Danmark og Luxembourg samtidig med overenskomsten i 1980, og som efter sin ordlyd udgør en integreret del af overenskomsten, fremgår [...]: ...

1929-loven, der blev ophævet i 2006, er beskrevet i Kommissionens beslutning af 19. juli 2006 offentliggjort i EU-tidende L 366/47 den 21. december 2006 [...]. Et selskab omfattet af 1929-loven (herefter benævnt "1929-holdingselskab") var ikke i sig selv en særlig juridisk selskabsform, men en særlig skattemæssig kvalifikation, som et luxembourgsk selskab, såsom et S.A. eller et S.A.R.L., kunne vælge. 1929-holdingselskaber var fritaget for direkte beskatning i Luxembourg, såsom selskabsskat og kommunal erhvervsskat, og var derfor ikke skattepligtige i Luxembourg af dividender, renter, royalties og kapitalgevinster, som sådanne selskaber modtog, ligesom selskabernes udbetaling af dividende, royalties og renter var fritaget for kildeskat, jf. beslutningens pkt. 21 [...].

Til gengæld skulle et 1929-holdingselskab betale dels en kapitaltilførselsafgift på 1 pct. ved kapitalindsud eller tilførsel af aktiver, dels en årlig tegningsafgift (abonnementsafgift) på 0,2 pct. af den indbetalte selskabskapital og af emissionspremiernes værdi, jf. beslutningens pkt. 24. For at et selskab kunne være omfattet af 1929-loven, var det en betingelse, at selskabet kun beskæftigede sig med køb, besiddelse og udnyttelse af enhver form for kapitalinteresser i andre luxembourgiske eller udenlandske selskaber, herunder i form af køb, besiddelse, forvaltning og salg af kapitalandele i selskaber samt udstedelse af lån til selskaber, hvori det havde en direkte kapitalandel, og et af loven omfattet selskab kunne ikke udøve erhvervsvirksomhed for egen regning, jf. beslutningens pkt. 26-28 [...]. 1929-loven blev ophævet i 2006, som følge af at det var EU-Kommissionens opfattelse, at lovens særlige skattefordele for de af loven omfattede selskaber indebar ulovlig statsstøtte.

En ordlydsfortolkning af slutprotokollens artikel 1 efterlader ingen tvivl om, at det ikke kun er selskaber omfattet af 1929-loven og 1938-forordningen, der falder uden for anvendelsesområdet for den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. ordene "den særlige luxembourgiske lovgivning, for tiden" og "selskaber af denne art", men at bestemmelsen også gælder for selskaber af tilsvarende art, der er blevet oprettet i henhold til lovgivning, som Luxembourg har gennemført efter indgåelsen af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. navnlig ordene "for tiden".

Det siger endvidere sig selv, at formålet med slutprotokollens artikel 1 er at modvirke, at luxembourgiske selskaber, som i Luxembourg er fritaget for beskatning af indtægtsarter, der er omfattet af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, benyttes som instrumenter til, at indtægter kan oppebæres, uden at der betales nogen skat i hverken Danmark eller Luxembourg (dobbelt ikke-beskatning). Det bemærkes i tilknytning hertil, at dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er indgået på grundlag af OECD's modeloverenskomst, har til formål dels at undgå dobbeltbeskatning dels at forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse.

En ordlyds- og formålsfortolkning af slutprotokollens artikel 1 fører til, at den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke finder anvendelse på Nycomed S.C.A., SICAR.

Ordningen med SICAR-selskaber blev indført i Luxembourg ved lov af 15. juni 2004. SICAR-selskabet er – ligesom 1929-holdingselskabet – ikke i sig selv en særlig juridisk selskabsform, men en særlig skattemæssig kvalifikation, som et luxembourgsk selskab kan vælge. Et SICAR er defineret som et såkaldt risikovilligt investeringsselskab, for hvilket der gælder en betingelse om, at selskabets kapital er investeret i aktiver (såsom aktier, obligationer og fordringer mv.), der er behæftet med en vis risiko.

Et SICAR er i princippet indkomstskattepligtigt i Luxembourg og skal betale selskabsskat og lokal erhvervsskat i Luxembourg af selskabets indkomst, men et SICAR er imidlertid fritaget for indkomstskat af indtjening, der hidrører fra selskabets investeringer, herunder renter, udbytter og avancer, ligesom det ikke skal indeholde skat ved udlodning af udbytte eller udbetaling af renter eller ved udbetaling af midler ved likvidation af selskabet. Da et SICAR netop er et investeringsselskab, er det altså i praksis fritaget for beskatning, hvilket også stemmer med, at Nycomed S.C.A., SICAR ingen skat har betalt i Luxembourg, fordi selskabets indtægter har været skattefrie efter luxembourgsk skattelovgivning [...].

På den anførte baggrund må SICAR-selskaber – henset til det formål, som slutprotokollens § 1 tager sigte på, og til bestemmelsens ordlyd – sidestilles med 1929-holdingselskaber som værende et selskab af tilsvarende art, med den følge at den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke finder anvendelse på SICAR-selskaber. Det må herved tages i betragtning, navnlig at det særlige skatte-regime, der gælder for SICAR-selskaber, reelt er lige så fordelagtigt som det, der gjaldt for 1929-holdingselskaber, og i øvrigt at et SICAR-selskab efter sin karakter i bund og grund er et holdingselskab.

Da Nycomed S.C.A. slet ikke er omfattet af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst må det altså – allerede af den grund – fastslås, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke kan give grundlag for, at Danmark skal fratage beskatningen af de omhandlede renter.

6.1.1.3.2 Takeda har ikke godtgjort, at Nycomed S.C.A., SICAR må anses for renternes retsmæssige ejer

Selv om Nycomed S.C.A., SICAR måtte være omfattet af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, giver dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke grundlag for, at Danmark skal fratage beskatningen af renterne.

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 Nycomed Sweden Holding 2 er rette indkomstmodtager af de omhandlede renter fra Nycomed, er det (kun) den nordiske 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 rente-/royaltydirektivet eller den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, vil det dog – efter omstændighederne – 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 juridisk person, der kan påberåbe sig en direktivbestemt eller overenskomstmæssig fordel, med det hovedformål at opnå en sådan fordel, som ikke ville kunne opnås af personen direkte. I situationer, hvor der ikke er indikationer på et sådant misbrug, fordi der ikke i relation til beskatning er nogen fordel forbundet med det mellemliggende selskab, 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 gennemstrømningsselskaber, har deres skattemæssige hjemsted i en tredjestat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst (dommens præmis 135, [...]), men ifølge Domstolen det kan 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 tredjestat – 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 omstændighed, 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 nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Bortset fra, at Nycomed S.C.A., SICAR som beskrevet ovenfor ikke er omfattet af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan den etablerede formodning for, at der foreligger et misbrug af rente-/royaltydirektivet og den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke afkræftes med henvisning til, at Nycomed S.C.A., SICAR – hvis det havde været långiver i stedet for Nycomed Sweden Holding 2 – kunne have påberåbt sig den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst artikel 11, stk. 1, allerede fordi Takeda ikke har godtgjort, at Nycomed S.C.A., SICAR i den faktiske foreliggende situation var renternes retmæssige ejer.

Når den, der fremtræder som fordringshaver (i dette tilfælde Nycomed Sweden Holding 2), ikke kan anses for renternes retsmæssige ejer, påhviler det således ikke skattemyndighederne at fastslå, hvem der så er renternes retmæssige ejer. En sådan pligt, der ikke kan udledes af rente-/royaltydirektivet, jf. hertil Domstolens dom i den foreliggende sag, præmis 143-145 [...], kan således heller ikke udledes af den nordiske 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 renternes 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 kildelandets (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.

I en situation som den foreliggende, hvor der er klare holdepunkter for at fastslå, at det på forhånd fastlagte arrangement med A) lånet mellem Nycomed og Nycomed Sweden Holding 2, B) det samtidige lån mellem Nycomed Sweden Holding 1 og Nycomed S.C.A., SICAR, C) Nycomed Sweden Holding 1's samtidige kapitalindskud i Nycomed Sweden Holding 2 samt D) den årlige vedtagelse af koncernbidrag fra Nycomed Sweden Holding 2 til Nycomed Sweden Holding 1 har taget sigte på et misbrug af rente-/royaltydirektivet og den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, må der derfor også stilles strenge krav til beviset for, at arrangementet (alligevel) ikke har haft et misbrug af direktivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsten som et hovedformål. Det påhviler derfor Takeda at føre et positivt bevis, som giver grundlag for med sikkerhed at fastslå, at Nycomed S.C.A., SICAR har været renternes retsmæssige ejer.

Takeda kan således ikke løfte sin bevisbyrde ved blot at indtage det standpunkt, at hvis Skatteministeriet ikke anerkender, at Nycomed S.C.A., SICAR er renternes retsmæssige ejer, må ministeriet anerkende, at selskabets "investorer" er renternes retsmæssige ejer, og når ministeriet så heller ikke vil det, så skal ministeriet anerkende, at Nycomed S.C.A., SICAR er renternes retsmæssige ejer.

Takeda skal derimod føre bevis for, at renterne enten forblev i Nycomed S.C.A., SICAR, eller hvis de blev kanaliseret videre, at en sådan viderekanalisering ikke på forhånd var bestemt, således at selskabet har haft mulighed for frit at råde over renterne og derfor må anses for renternes retmæssige ejer. Et sådant bevis er ikke blevet ført.

Det forhold, at de omhandlede renter antageligt er blevet ført videre fra Nycomed S.C.A., SICAR til selskabets investorer i 2011 og 2012, dvs. nogle år efter tilskrivningen af de omhandlede renter fra Nycomed (2007-2009), udelukker ikke *eo ipso*, at Nycomed S.C.A., SICAR har fungeret som "gennemstrømningsenhed", idet et sådant spørgsmål ikke kan afklares, uden der er blevet bragt klarhed over, hvilke rammer der var for selskabets dispositioner med hensyn til den investerede kapital og afkastet heraf.

Takeda har imidlertid ikke fremlagt den eller de aftaler, der utvivlsomt har været indgået mellem Nycomed S.C.A., SICAR samt kapitalfondene og/eller

sidstnævntes investorer om sådanne rammer, og hvis eksistens Takeda heller ikke har benægtet.

Den ovenfor omtalte ”Management Shareholders Agreement”, regulerer ikke rammerne for Nycomed S.C.A., SICARs dispositioner med hensyn til den investerede kapital og afkastet heraf. Den i aftalen omtalte ”Investor Shareholders Agreement”, hvori Nycomed S.C.A., SICAR og administrationselskabet Nycomed Luxco samt kapitalfondene også var parter, forekommer derimod efter sin benævnelse og de deltagende parter at være relevant for en afklaring af rammerne, men denne aftale har Takeda ikke fremlagt.

Når der ikke er blevet bragt klarhed over, hvilke rammer der var udstukket for Nycomed S.C.A., SICARs dispositioner med hensyn til den investerede kapital og afkastet heraf, er der ikke det fornødne grundlag for at fastslå, om selskabet har været renternes retmæssige ejer eller ej, og det er derfor udelukket, at den etablerede formodning for, at der foreligger et misbrug af rente-/royaltydirektivet og den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst kan afkræftes med henvisning til, at Nycomed S.C.A., SICAR – hvis det havde været långiver i stedet for Nycomed Sweden Holding 2 – kunne have påberåbt sig den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst artikel 11, stk. 1. Også af den grund kan den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke føre til, at Danmark skal frafalde beskatningen af de omhandlede renter.

6.1.1.4 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 nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, stk. 1, eftersom Nycomed Sweden Holding 2 ikke (og ej heller Nycomed Sweden Holding 1) kan anses for renternes retmæssige ejer.

Der er derfor med andre ord tale om, at Takeda med sit praksissynspunkt 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 Takedas 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 13. december 2010 [...] ikke er udtryk for en praksisskærpelse, eftersom afgørelsen ikke ændrede på nogen fast administrativ praksis.

Det påhviler Takeda at føre bevis for eksistensen af den hævdede praksis, som afgørelsen ifølge selskabet skulle fravige, jf. f.eks. U.2011.3305H [...], men selskabet har ikke løftet denne bevisbyrde. Takeda har således ikke påvist eksistensen af nogen tidligere afgørelse, hvorefter skattemyndighederne har anset renter for at være undtaget fra en skattepligt, selv om de givne omstændigheder – ligesom i den foreliggende sag – 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.

Takeda 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 forsømt 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 [...].

Takeda 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, hvorefter renter er blevet 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 påberåbte svar, 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 således ikke noget bevis for eksistensen af en bindende praksis, som afgørelserne i den foreliggende sag skulle ændre på.

Østre Landsret har i SKM2021.304.ØLR fastslået, at de påberåbte svar ikke udgør noget bevis for eksistensen af en administrativ praksis, hvorefter skattemyndighederne skulle have anset udbytter for at være undtaget fra den skattepligt, der følger af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c), selvom modtageren af udbyttet ikke havde haft eller havde haft så snævre beføjelser til at disponere over udbyttet, at modtageren ikke kunne anses for udbyttets retsmæssige ejer. Ministersvarene udgør så lidt desto mindre et bevis for eksistensen af en bindende administrativ praksis, som SKATs afgørelse i denne sag, der angår bestemmelsens litra d), skulle ændre på.

I tilknytning hertil bemærkes, at det tilmed – således som det også er beskrevet ovenfor under punkt 6.1.1 – fremgår 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 retsmæssige ejer.

De af Takeda påberåbte svar, som skatteministeren efter ikrafttrædelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), har afgivet i forskellige sammenhænge,

udgør heller 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 – ligesom 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 afgørelse i denne sag og den første af de i sagen omhandlede rentetilskrivninger havde skatteministeren 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 gennemstrømningsselskab”, et ”conduit” selskab, eller et ”gennemstrømningsselskab”, 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/”gennemstrømningsselskaber” omfatter selskaber, der ”reelt har meget snævre beføjelser i relation til den pågældende indkomst”.

De efterfølgende ministersvar og notatet om status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner, som Takeda påberåber sig til støtte for indsigelsen om en praksis-skærpe, blev også – forgæves – påberåbt af de udbytteudloddende selskaber i SKM2021.304.ØLR til støtte for den tilsvarende indsigelse om en praksisskærpe.

På den anførte baggrund bør det – på tilsvarende vis som i SKM2021.304.ØLR – fastslås, at SKATs afgørelse i denne sag ikke ændrede på nogen bindende, fast administrativ praksis, som Takeda i medfør af en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning kan støtte ret på.

6.1.2 Skattepligten er ikke bortfaldet i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum

Ifølge selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum, bortfalder skattepligten efter bestemmelsens første punktum endvidere, hvis det modtagende selskab m.v. godtgør, at den udenlandske selskabsbeskatning af renterne udgør mindst $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning, samt at det ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab m.v., som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning.

Denne undtagelsesbestemmelse, der kan være relevant, hvis det modtagende selskab ikke er omfattet af rente-/royaltydirektivet eller ikke er hjemmehørende i stat, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, skal ses i lyset af, at skattepligten, som beskrevet ovenfor, blev indført med det formål at begrænse mulighederne for skatteplanlægning ved fradrag for koncerninterne renter, når det modtagende udenlandske koncernselskab betaler ingen eller meget lidt i skat af de renter, der er fratrukket ved opgørelsen af dansk skattepligtig indkomst.

En sådan situation foreligger netop ikke, hvis det modtagende selskab er undergivet en (udenlandsk) beskatning, der i det væsentligste svarer til den danske selskabsbeskatning, forudsat at renterne ikke bliver betalt videre til et andet udenlandsk selskab, som betaler ingen eller meget lidt i skat af renterne.

Takeda har ikke godtgjort, at betingelserne for et bortfald af skatteskattepligten er opfyldt – tværtimod.

En stillingtagen til Takedas påberåbelse af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum, forudsætter nemlig, at skattepligten ikke er bortfaldet i medfør af bestemmelsens tredje punktum. For landsrettens stillingtagen til, om betingelserne for en skattefritagelse i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum, er opfyldt, må det derfor lægges til grund, at såvel Nycomed Sweden Holding 2 som Nycomed Sweden Holding 1 var ”gennemstrømningsenheder” for de omhandlede renter, der således blev kanaliseret videre til Nycomed S.C.A, SICAR, som var undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der var mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning, eftersom selskabet ifølge Luxembourgsk ret var fritaget for at betale skat af renterne.

Det må derfor også fastslås, at renterne, som Nycomed Sweden Holding 2 modtog, i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktums forstand er blevet betalt videre til et andet udenlandsk selskab, som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning, og at betingelserne for en skattefritagelse dermed ikke er opfyldt.

En sådan forståelse af undtagelsesreglen har entydig støtte i motivet for betingelsen om, at det modtagende selskab – for at et bortfald af skattepligten kan komme på tale – skal godtgøre, at det ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab m.v., som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning.

Formålet med betingelsen er (selvsagt) at forhindre, at undtagelsen bliver misbrugt som et instrument til at opnå en motivstridig skattefritagelse, hvilket bestemmelsens tilblivelseshistorie heller ikke efterlader nogen tvivl om.

Herom bemærkes, at ind til den 1. juli 2007 fulgte det af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum, at skattepligten efter første punktum bortfaldt, hvis det modtagende selskab godtgjorde, at det ikke ville være omfattet af selskabsskattelovens § 32, hvis det havde været kontrolleret eller under væsentlig indflydelse af et her i landet hjemmehørende selskab m.v., jf. § 32, stk. 6, samt at det ikke betalte renterne videre til et andet udenlandsk selskab m.v., som ville opfylde betingelserne i § 32 [...].

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår om selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum [...]:

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 af renterne, men samtidig vil det få fradrag for de renter, som det selv betaler videre til det andet udenlandske selskab i lavskatte-landet.

Formålet med betingelsen om, at renterne ikke må blive kanaliseret videre, er således tydeligvis at forhindre, at undtagelsen bliver misbrugt til at opnå en skattefritagelse, der strider imod motivet for indførelsen af skattepligten.

I den foreliggende sag er der netop tale om, at renterne via det modtagende selskab (Nycomed Sweden Holding 2) er blevet kanaliseret videre, med den følge at der hverken er blevet betalt skat af renterne i Sverige eller i Luxembourg. Derfor tilsiger en motivfortolkning altså entydigt, at skattepligten under de foreliggende omstændigheder gælder uden undtagelse, hvilket også er foreneligt med ordlyden af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum, der ikke giver grundlag at fastslå, at det for spørgsmålet om et bortfald af skattepligten skulle være afgørende, om renterne betales videre som fradragsberettigede renter eller f.eks. som fradragsberettigede koncernbidrag, eller om renterne kanaliseres videre til et lavskatte-land via en yderligere gennemstrømningsenhed.

Det må i det hele taget kræve meget klare holdepunkter i ordlyden af og forarbejderne til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum, for at kunne komme frem til en fortolkning, hvorefter anvendelsesområdet for denne undtagelsesregel skulle dække tilfælde, hvor det modtagende selskab er afskåret fra at påberåbe sig undtagelsesreglen i bestemmelsens tredje punktum, fordi selskabet har tjent som en gennemstrømningsenhed i koncernens forsøg på at opnå en motivstridig skattefritagelse ved at misbruge rente-/royaltydirektivet og en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Sådanne (klare) holdepunkter findes der ingen af, hvilket skyldes, at det ville være meningsløst, hvis undtagelsesreglen i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), sidste punktum, omfattede misbrug, der udelukker en skattefritagelse efter bestemmelsens tredje punktum.

6.2 Takeda er ansvarlig for den manglende indeholdelse

Da de omhandlede renter er omfattet af skattepligten, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), skulle Takeda 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 mang-

lende beløb, medmindre han godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed fra hans side ved iagttagelse af bestemmelserne i kildeskatteloven.

Ved afgørelsen af, om Takeda 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 Takeda gør gældende, at der forelå en administrativ praksis, som gav selskabet føje til at antage, at renterne kunne godskrives uden indeholdelse af renteskat.

Den påberåbte ”betydelig[e] tvivl” om fortolkningen begrebet ”retmæssig ejer”, jf. stævningen, s. 49, har heller ikke givet Takeda 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 Takedas ansvar efter kildeskattelovens § 69, stk. 1, bliver det (derimod) udslagsgivende, at selskabet har været bekendt med de faktiske omstændigheder, som fører til, dels at Nycomed Sweden Holding 2 ikke kan anses for at have 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 Nycomed Sweden Holding 2 heller ikke kan anses for renternes retmæssige ejer i direktivets forstand, jf. således også præmisserne for landsrettens dom gengivet i KM2021.304.ØLR.

Når der – som i den foreliggende sag – er grundlag for at nægte en skattemæssig fordel i form af kilde-skattefritagelse, fordi fordelene er søgt opnået ved retsmisbrug, og den indeholdelsespligtige er bekendt med dette grundlag, må den manglende indeholdelse af kildeskatten således – per se – tilregnes den indeholdelsespligtige som værende af en forsømmelig karakter.

Da Takeda altså ikke har afkræftet den lovbestemte formodning for, at der fra selskabets 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 renteskatte.

...

6.4 Takedas subsidiære påstande

Skatteministeriet forstår Takedas synspunkter sådan, at en stillingtagen til selskabets subsidiære påstande er irrelevant, hvis landsretten kommer frem til, at den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke kan påberåbes, (allerede) fordi Nycomed S.C.A., SICAR ikke er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, eftersom Takeda gør gældende, at Nycomed S.C.A.,

SICAR må anses for renternes retmæssige ejer, hvis hverken Nycomed Sweden Holding 2 eller Nycomed Sweden Holding 1 er renternes retsmæssige ejer, jf. hertil processkrift III [...]. Som ministeriet forstår det bliver en stillingtagen til Takedas subsidiære påstande altså kun relevant, hvis landsretten måtte komme frem til, at Nycomed S.C.A., SICAR er omfattet af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, men samtidig kommer frem til, at det ikke er blevet godtgjort, at selskabet er renternes retsmæssige ejer.

6.4.1 Der er ikke grundlag for at tage den subsidiære påstand (A) til følge

Efter omstændighederne vil den formodning for misbrug af rente-/royaltydirektivet og en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der rejses, når modtageren af renterne (långiveren) ikke kan anses for renternes retsmæssige ejer, kunne afkræftes, jf. punkt 6.1.1.3.2 ovenfor. I så henseende er det imidlertid ikke tilstrækkeligt at henvise til, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst kunne have været påberåbt, hvis långiveren havde været en anden end den, der i den faktisk foreliggende situation er långiveren, men altså ikke kan anses for renternes retsmæssige ejer.

For at en etableret formodning for misbrug kan anses for afkræftet, er det – i hvert fald – en grundlæggende betingelse, at den, der i den faktisk foreliggende situation – påviseligt – er renternes retmæssige ejer, ikke ville have været skattepligtig af de omhandlede renter, hvis den pågældende havde været den direkte långiver. Det påhviler Takeda at føre bevis for, at denne betingelse er opfyldt.

Allerede fordi Takeda ikke har ført bevis endside sikkert bevis for, at [den svenske bank] og [den amerikanske privatperson] har været de retmæssige ejere af en del af de omhandlede renter, skal det beløb, som Takeda over for det offentlige er ansvarlig for betaling af, ikke nedsættes med i de påstanden anførte beløb.

Takeda kan således som det også er anført ovenfor ikke løfte sin bevisbyrde ved at henvise til, at når Skatteministeriet ikke vil anerkende, at Nycomed S.C.A., SICAR er renternes retsmæssige ejer, så skal ministeriet anerkende, at [den svenske bank] og [den amerikanske privatperson] er de retsmæssige ejere af en del af renterne. Hvis Takeda vil gøre gældende, at [den svenske bank] og [den amerikanske privatperson] er de retmæssige ejer, må Takeda føre et positivt bevis herfor, men et sådan positivt bevis er ikke fremlagt.

Det er således fortsat udokumenteret, at de omhandlede renter er strømmet videre fra Nycomed S.C.A., SICAR til [den svenske bank] og [den amerikanske privatperson]. Der foreligger ingen dokumentation for, at Nycomed S.C.A., SICAR har udbetalt nogen beløb til [den svenske bank] og [den amerikanske privatperson], endside dokumentation for, hvad grundlaget for sådanne betalinger måtte have været, eller hvornår sådanne betalinger måtte have fundet sted.

Takeda har så lidt desto mindre ført et positivt bevis for, at en del af de omhandlede renter på forhånd har været bestemt til at strømme videre til [den svenske bank] og [den amerikanske privatperson], og at Nycomed S.C.A., SICAR ikke har kunnet råde over renterne, enten fordi selskabet har været retlig forpligtet til at føre renterne videre, eller fordi selskabet på grund af de faktiske

omstændigheder ikke har haft reelle beføjelser til at råde over renterne og dermed blot har fungeret som (endnu) en gennemstrømningsenhed.

Når der, som beskrevet ovenfor, ikke er blevet bragt klarhed over, hvilke rammer der var udstukket for Nycomed S.C.A., SICARs dispositioner med hensyn til den investerede kapital og afkastet heraf, er der ikke det fornødne grundlag for at fastslå, om selskabet har været renternes retmæssige ejer eller ej.

Og den bevisvivi, der består med hensyn til, om Nycomed S.C.A., SICAR er renternes retsmæssige ejer eller ej, kommer Takeda til skade, da selskabet med hensyn til spørgsmålet om, hvem der er renternes retsmæssige ejer, ikke kan løfte sin bevisbyrde ved blot at henvise til, at hvis Skatteministeriet ikke vil anerkende, at Nycomed S.C.A., SICAR er renternes retmæssige ejer, så skal ministeriet anerkende, at investorerne i selskabet er renternes retmæssige eller omvendt.

På den anførte baggrund bør Skatteministeriet frifindes for Takedas subsidiære påstand A).

6.4.2 Den subsidiære påstand B)

6.4.2.1 Påstanden bør afvises

Med den subsidiære påstand B) forsøger Takeda at indhente et responsum fra domstolene. Således som påstanden er udformet tager den nemlig ikke sigte på at fastslå, at hvad retsstillingen er i den konkret foreliggende situation, således som denne situation er blevet oplyst for domstolene, men på at fastslå de abstrakte betingelser for, at Takeda kan gøre krav på, at det beløb, som Takeda over for det offentlige er ansvarlig for betaling af, skal nedsættes. Domstolene har imidlertid ikke til opgave at afgive et sådant responsum.

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.

Påstandens udformning og de anbringender, som Takeda fremfører til støtte for påstanden, viser imidlertid, 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 den indbragte afgørelse, ”i det omfang” Takeda senere dokumentere de i påstanden anførte forhold.

Sagen er således den, at en domskonklusion svarende til den subsidiære påstand B) ikke fører til en ændring af parternes indbyrdes retsstilling, idet en

ændring altså er betinget af, at Takeda senere dokumenterer de i påstanden anførte forhold.

Takeda har i det hele taget ikke en retlig interesse i at få dom for, hvad der skal gælde, hvis selskabet på et senere tidspunkt måtte fremlægge oplysninger, som domstolene er uden kendskab til.

På den anførte baggrund bør det fastslås, at den subsidiære påstand B) ikke kan tages under pådømmelse og derfor vil være at afvise.

De samme argumenter gøres gældende til støtte for den subsidiære frifindelse påstand, for det tilfælde at landsretten måtte finde, at argumenterne fører til frifindelse i stedet for afvisning.

Til støtte for afvisningspåstanden gøres det endvidere gældende, at den subsidiære påstand B) er for upræcis og generelt affattet til, at den kan danne grundlag for en domskonklusion. Det bemærkes herved, at det kræver en konkret oplysning og vurdering af sagens faktiske omstændigheder, for at det kan fastslås, hvem der på de i påstanden anførte tidspunkter var "de direkte eller indirekte investorer i Nycomed S.C.A., SICAR", og hvem der var "de retmæssige ejere af de omhandlede renter". Da påstanden således er (for) upræcis og generelt affattet, er den altså uegnet til at danne grundlag for en domskonklusion. Også af den grund bør det fastslås, at påstanden ikke kan tages under pådømmelse og derfor vil være at afvise.

6.4.2.2 Der er ikke grundlag for at tage påstanden til følge

Således som den subsidiære påstand B) er udformet, er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge. Derfor må Skatteministeriet, hvis påstanden tages under pådømmelse, frifindes.

Som anført ovenfor vil den formodning for misbrug af rente-/royaltydirektivet og en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der rejses, når modtageren af renterne (långiveren) ikke kan anses for renternes retsmæssige ejer, efter omstændighederne kunne afkræftes.

Hvad angår rente-/royaltydirektivet, efterlader Domstolens dom, således som det også er beskrevet ovenfor, jf. punkt 6.1.1.3.2, ingen tvivl om, at den omstændighed, 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. Og der er som også anført ovenfor ingen retskildemæssige holdepunkter for, at der skulle gælde noget andet, hvad angår vurderingen af, om der foreligger et misbrug af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Det bemærkes i tilknytning hertil, at det i hvert fald må være en yderligere betingelse, at de beløb, som i den givne faktisk foreliggende situation er strømmet igennem til de omhandlede renters retsmæssige ejer, dvs. den, der har mulighed for frit at råde over anvendelsen heraf, bedømt efter reglerne i den stat, hvor den retmæssige er hjemmehørende, er omfattet af denne stats beskatningskom-

petence, da der ellers ikke i den faktisk foreliggende situation vil være nogen beskyttelse imod dobbeltbeskatning at indrømme efter statens dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

På den anførte baggrund må Skatteministeriet under alle omstændigheder frifindes for den subsidiære påstand B), 1. led.

Den formodning for misbrug af rente-/royaltydirektivet og en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der rejses, når modtageren af renterne (långiveren) ikke kan anses for renternes retsmæssige ejer, kan endvidere ikke afkræftes alene med henvisning til, at ”de direkte eller indirekte investorer i Nycomed S.C.A., SICAR”, som måtte være fysiske personer, ikke ville have været skattepligtige til Danmark af de renter, som de ville have oppebåret, hvis de havde ydet et lån til Nycomed.

Det bemærkes i tilknytning hertil, at det i hvert fald må være en yderligere betingelse, at der føres et sikkert bevis for, at den pågældende fysiske person i den faktisk foreliggende situation har været renternes rentemæssige ejer, og dermed også bevis for, at alle ejerled mellem Nycomed og den givne fysiske person har været ”gennemstrømningsenheder”, fordi de har været retlig forpligtet til at føre renterne videre, eller fordi de på grund af de faktiske omstændigheder ikke har haft reelle beføjelser til at råde over renterne.

På denne baggrund må Skatteministeriet derfor også under alle omstændigheder frifindes for den subsidiære påstand B), 2. led.”

B-171-13 NTC Parent S.a.r.l. mod Skatteministeriet

NTC Parent S.a.r.l. har i sit sammenfattende processkrift af 2. august 2021 anført bl.a.:

”5. ANBRINGENDER

5.1 Sagsøgers principale påstand - ingen begrænset skattepligt på renter

5.1.1 Rente-royaldirektivet

Det gøres overordnet gældende, at Angel Lux Common S.a.r.l. 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 Angel Lux Common S.a.r.l. 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 selvstændigt 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 Angel Lux Common S.a.r.l. 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 Angel Lux Common S.a.r.l. er den retmæssige ejer i direktivets forstand.

Hertil kommer, (i) at Angel Lux Common S.a.r.l. havde civilt ejerskab af de omhandlede PECs og de dertil hørende renter, (ii) at Angel Lux Common S.a.r.l. havde reel råden over renterne, samt (iii) at Angel Lux Common S.a.r.l. 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 Angel Lux Common S.a.r.l. 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 [...]:

...

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, Kofoed ("**Kofoed-dommen**"), se yderligere afsnit 5.1.3 nedenfor.

5.1.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg

Beskatningsretten til renter, der fra kilder i Danmark oppebæres af selskaber, der er hjemmehørende i Luxembourg, er reguleret i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11, stk. 1.

Bestemmelsen har følgende ordlyd [...]: ...

Det følger heraf, at kildestaten, her Danmark, ikke kan beskatte renter, der betales til en person, der er hjemmehørende i Luxembourg, såfremt vedkommende er den "retmæssige ejer" af renterne.

Det gøres gældende, at Danmark ikke kan beskatte rentebetalinger fra NTCI ApS til Angel Lux Common S.a.r.l., da sidstnævnte er retmæssig ejer af rentebetalingerne/tilskrivningerne også i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand.

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 [...]:

...

Af kommentarerne til OECD's 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.

Angel Lux Common S.a.r.l anerkendes i Luxembourg som et selvstændigt rets- og skattesubjekt, og havde civilt ejerskab af de omhandlede PECs og de dertil hørende renter. Derudover havde Angel Lux Common S.a.r.l. reel råden over renterne, samt den reelle nytte og risiko. Angel Lux Common S.a.r.l er derfor hverken et gennemstrømningsselskab eller en nullitet i forhold til renter modtaget fra NTCI ApS, men derimod dets retmæssige ejer.

Det understreges af, at der i denne sag ikke er sket nogen viderekalisering.

Langt den væsentligste del af renterne blev af NTCI ApS tilskrevet (men ikke betalt) på NTCI ApS' gæld til Angel Lux Common S.a.r.l, og som redegjort for [...] disponerede Angel Lux Common S.a.r.l. den 10. juli 2008 over de tilskrevne renter ved at konvertere disse til anparter i NTCI ApS. For Angel Lux Common S.a.r.l. udgjorde de tilskrevne renter indtil konverteringen et aktiv i form af en (del af en) fordring på NTCI ApS, og da dette aktiv ikke blev juridisk eller faktisk viderebetalt fra Angel Lux Common S.a.r.l, har der således i forhold til de tilskrevne renter ikke været tale om nogen form for faktisk viderebetaling eller gennemstrømning.

Gæld og renter er således "vendt tilbage" til Nordic Telephone Company Investment ApS. Der er ikke foretaget en gældskonvertering i Angel Lux Common S.a.r.l. samtidig med gældskonverteringen i Nordic Telephone Company Investment ApS, hvorfor der ikke foreligger en viderekalisering.

Også af den grund skal Angel Lux Common S.a.r.l. anerkendes som den retmæssige ejer, jf. SKM 2012.121 ØLR [...].

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 NTCI ApS 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, littera 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 frafalde 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 Angel Lux Common S.a.r.l. utvivlsomt rette indkomstmodtager af rentebetalingerne fra NTCI 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 værnregel blev først vedtaget ved lov nr. 540 af 29. april 2015 [...]. Derudover er der også enighed om, at realitetsgrundsætningen ikke giver grundlag for at tilsidesætte 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 direkte 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 overenskomstmæssige 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 frafaldes 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 selskabsskat, 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 skattefrie, 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 udbytte fra det irske selskab ved at overdrage aktierne i det danske selskab til et mellem-holdingselskab 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 udbyttebetalinger fortsat er fritaget for dansk udbytteskat. Dette er fordelagtigt, hvis udbyttet herfra kan videreudloddet til det egentlige moderselskab med en beskatning, som er lavere end den danske, eventuelt helt uden beskatning."

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 mellem-holdingselskab [...], svarede skatteministeren [...]:

"Det anføres, at de foreslåede regler ikke er særligt effektive, idet de kan undgås ved et mellem-holdingselskab 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."

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 mellem-holdingselskaber 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 gennemstrømningsselskaber.

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 tilfæl-

de 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 Michael Dalvad Carlsen 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 lovhjemmel.

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 henvisning 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 gennemstrømningsselskab 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 dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, herunder at selskaberne er retmæssige ejere af udbytterne.

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 gennemstrømningsselskaber, 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 gennemstrømningsselskaber i forbindelse med lovændringerne i 1998-2001, samt at Skatteministeriet i 2003 specifikt undlod at gennemføre en undersøgelse af gennemstrømningsselskaber, idet lovændringen i 2001 i væsentligt omfang havde fjernet udnyttelsesmulighederne, som var blevet kritiseret af EU [...]. Den selvsamme lovændring, hvor Skatteministeren i udvalgsspørgsmål bekræftede muligheden for at indskyde mellem-holdingselskaber. Ligeledes var det i 2002 Skattestyrelsens opfattelse, at en ligning af gennemstrømningsselskaber ikke ville føre til mange korrektioner [...].

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. udbytteskat.

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 frafaldes 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 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 dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. I dobbeltbeskatnings-overenskomsterne skal kildebeskatning kun frafaldes 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 indkomstmottager/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 selskabsskatteovens § 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 selskabsskatteovens § 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 udbyttebetalinger 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 pressemeddelelsen 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 ikke har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Imidlertid forlader pengestrømmen oftest Danmark netop til mottagere 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 mottager af betalingerne imidlertid ikke er den endelige mottager - "rette indkomstmottager" - af betalingerne, men derimod kun et gennemstrømningselskab, kan der alligevel være tale om begrænset skattepligt for den endelige ("rette") mottager."

I denne sag er der som nævnt enighed om, at Angel Lux Common anses for den rette indkomstmottager af renterne fra NTCI [...].

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 2006-2008 at ændre fast praksis for, om udenlandske selskaber er retmæssige ejere af rentebetalinger, og på den baggrund rejse et skattekrav på 925.764.961 DKK.

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.

...

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 (suverænitetssabsorberende) aktivisme, at Domstolen fra tid til anden opstiller nye skærpede EU-krav, jf. eksempelvis 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 [...].

...

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.

...

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 misbrugsprincippet uden at bestemmelsen var gennemført i dansk ret eller, at dansk ret indeholdte en grundsætning med et forbud mod retsmisbrug, eller 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 [...]. 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 forslag og efterfølgende dom i C-321/05, Kofoed i 2007 ...

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 ...

...

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 blevet 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 [...].

...

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 intet mere end 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 det 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 [...]. 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 sagen var "visse indicier" på et evt. retsmisbrug [...].

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-retten misbrugsprincip, er retssikkerhedsprincippet 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 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 vidt og bredt betragtes som ny praksis og en opsigtsvækkende og skelsættende afgørelse [...].

...

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-retlig 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 Europæiske Menneskerettighedskonvention og tilsvarende traktater og i medlemsstaternes 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 [...]. Princippet har imidlertid ikke grundlag i nogen traktatbestemmelse.

Situation var den samme i Højesterets afgørelse i U.2017.824H [...], ...

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 skattevig og skatteunddragelse [...], der i de kommende år skulle udvikle specifikke foranstaltninger mod skattevig, 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 mellem-holding 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 sag C-115/16 (forenede sager) udtaler EU-domstolen, at [...]:
...

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 Angel Lux Common S.a.r.l. som rette indkomstmodtager [...].

5.1.6.2 Fælles etablering i Luxembourg

Indledningsvist skal det bemærkes, at en kapitalfond er udtryk for en fælles "investeringsforening", hvis investorer hovedsageligt er institutionelle investorer eller velhavende enkeltpersoner. Der vil således ofte være tale om et større antal bagvedliggende investorer i hver enkelt kapitalfond, som det også er tilfældet i denne sag, [...].

I denne sag er der tale om, at hundredevis af investorer har samlet deres investering i forskellige kapitalfonde. Kapitalfondene har efterfølgende valgt at pulje midlerne sammen ved at etablere et samlet konsortium for dermed at have tilstrækkelig kapital til at foretage så massivt et opkøb som købet af TDC A/S var.

I sådant et tilfælde, hvor flere kapitalfonde investerer i samme selskab, og i en situation hvor disse kapitalfonde ikke er etableret i samme land, er der behov for at samle investorerne på en fælles platform. Investorerne har således behov for at have en fælles struktur til at foretage investeringen igennem.

Kapitalfonde og andre udenlandske investorer har historisk foretaget deres investeringer via Luxembourg, primært som følge af, at Luxembourg juridisk, regulatorisk, finansielt og politisk anses for et attraktivt og stabilt land at investere igennem. Som følge heraf blev det øverste lag af investeringsstrukturen etableret i Luxembourg [...].

På tidspunktet for det oprindelige valg af Luxembourg som øverste "holding-jurisdiktion" var det uden betydning for spørgsmålet om kildeskat på renter, hvor i verden selskaberne var hjemhørende, idet forudsætningen for, at der kan blive tale om kildeskat på rentebetalinger, er, at der er tale om kontrolleret gæld. På tidspunktet for stiftelsen af de oprindelige holdingselskaber i Luxembourg (sommeren og efteråret 2005) var der slet ikke tale om kontrolleret gæld efter dansk ret og dermed ingen begrænset skattepligt. Justeringen af definitionen til kontrolleret gæld blev først fremsat ved lovforslag nr. 116 af 14. december 2005 [...].

Det bestrides således, at der ikke er en troværdig forretningsmæssig begrundelse for arrangementet, og at baggrunden herfor alene skulle være at tilegne koncernen skattemæssige fordele.

Etablering af en holdingstruktur, når flere investorer sammen, er velkendt og forretningsmæssigt velbegrundet, som det også er lagt til grund af retten fx i

den canadiske Federal Court of Appeals dom af 26. april 2009 vedrørende Prévost Car Inc. [...]. ...

Udover samlingen af investeringen i Luxembourg, var der derudover behov for en fælles holdingstruktur i Danmark, idet det indebærer en række fordele i forhold til finansieringen af erhvervelsen, herunder dansk sambeskatning, fremsættelse af samlet købstilbud og mulighederne for endelig gennemførelse af købet og i det hele håndteringen af fondenes fælles investering [...].

5.1.6.3 Civilretligt ejerskab

Angel Lux Common S.a.r.l. var ubestridt den civilretlige ejer af såvel de af NTCI ApS udstedte PECs som de dertilhørende renter.

De modtagne rentebetalinger var ligeledes skattepligtige i Luxembourg [...], og Angel Lux Common S.a.r.l. har også rent faktisk betalt skat i Luxembourg af rentebetalingerne.

Af selskabets årsrapporter fremgår det således, at skatten i 2007 udgjorde EUR 180.066, mens skatten i 2008 udgjorde EUR 104.228.

5.1.6.4 Reel råden over renterne

Det gøres gældende, at Angel Lux Common havde selvstændig ret til at disponere over rentebeløbene.

Der var for det første ingen juridiske begrænsninger i Angel Lux Commons adgang til at disponere over renter på PECs udstedt af NTCI ApS.

For det andet var Angel Lux Common heller ikke i praksis underlagt nogen som helst begrænsninger i adgangen til at disponere over modtagne/tilskrevne rentebeløb.

Det fulgte således af vilkårene for de af Angel Lux Common udstedte PECs, at Angel Lux Common selv traf beslutning om, hvorvidt renter på PECs udstedt af Angel Lux Common skulle betales eller tilskrives.

Endvidere kunne Angel Lux Common træffe beslutning om, at renter på PECs udstedt af Angel Lux Common skulle betales kontant, ved udstedelse af yderligere PECs eller ved udstedelse af kapital-andele i selskabet, jf. således pkt. 2.2 og 3.1 i vilkårene for de pågældende PECs [...].

Angel Lux Common var således ikke retligt eller praktisk forpligtet til at anvende rentebeløb modtaget fra NTCI ApS til betaling til Angel Lux Parent. Angel Lux Common har da heller ikke i væsentligt omfang faktisk anvendt rentebeløb modtaget fra NTCI ApS til betaling af renter på de af Angel Lux Common udstedte PECs.

Tilskrivningen af renter på NTCI ApS' gæld til Angel Lux Common medførte, at Angel Lux Commons fordring på NTCI ApS ved hver tilskrivning blev forøget med et beløb svarende til de tilskrevne renter.

Da Angel Lux Common den 10. juli 2008 besluttede at konvertere fordringen på NTCI ApS til anpartar i NTCI ApS, disponerede Angel Lux Common såle-

des som et led i denne konvertering over de tilskrevne rentebeløb. Konverteringen af fordringen på NTCI ApS, herunder de tilskrevne renter, blev således besluttet af Angel Lux Common på en ekstraordinær generalforsamling i NTCI ApS den 10. juli 2008.

Beslutningen om at disponere over fordringen på NTCI ApS, herunder de tilskrevne renter, ved konvertering til anparter i NTCI ApS kunne juridisk set alene tages af Angel Lux Common og blev også faktisk alene taget af Angel Lux Common.

Det ville selvsagt være umuligt for Angel Lux Common at træffe beslutning om at konvertere de tilskrevne rentebeløb til anparter i NTCI ApS, hvis Angel Lux Common i praksis ikke havde nogen selvstændig ret til at disponere over renterne.

Angel Lux Commons beslutning om konvertering af de tilskrevne renter dokumenterer således, at Angel Lux Common – som den eneste – havde ret til at disponere over renterne.

Beslutninger om, hvorledes Angel Lux Common skulle disponere over renterne, blev heller ikke rent faktisk truffet af andre end ledelsen i Angel Lux Common. Tværtimod er samtlige beslutninger vedrørende Angel Lux Commons råden over renterne truffet af ledelsen i Angel Lux Common.

Angel Lux Common var således ikke retligt eller faktisk forpligtet til at anvende rentebeløb modtaget fra NTCI ApS til betaling til Angel Lux Parent.

For så vidt angår PEC-lånet mellem NTCI ApS og Angel Lux Common traf NTCI ApS selv beslutning om, hvorvidt renter på PEC's udstedt af Nordic Telephone Company Investment ApS skulle betales samt tidspunktet herfor.

Endvidere kunne Nordic Telephone Company Investment ApS træffe beslutning om, at renter på PECs udstedt af Nordic Telephone Company Investment ApS skulle betales kontant ved udstedelse af yderligere PECs eller ved udstedelse af kapitalandele i selskabet.

Både Nordic Telephone Company Investment ApS og Angel Lux Common havde således reel råden over rentebetalingerne til henholdsvis Angel Lux Common og Angel Lux Parent,

Det forhold, at der ikke blev foretaget en gældskonvertering i Angel Lux Common samtidig med gældskonverteringen i Nordic Telephone Company Investment ApS, afspejler netop, at Angel Lux Common og Angel Lux Parent havde fuld rådighed over det indbyrdes gældsforhold.

Det bestrides, at aktivitetsniveauet har afgørende betydning for, om Angel Lux Common er retmæssig ejer. I den forbindelse bemærkes, at de fysiske rammer og aktiviteten i ethvert selskab naturligvis er afpasset efter karakteren af den virksomhed, som det pågældende selskab varetager.

Angel Lux Common havde på tidspunktet for modtagelsen af renterne til formål at eje aktier i NTCI. I sagens natur vil et holdingselskabs aktivitet have be-

grænset omfang, idet der dog skal afholdes en enkelt eller få årlige generalforsamlinger og få årlige bestyrelsesmøder for at træffe de for holdingselskabet relevante og nødvendige beslutninger. Som nævnt indledningsvist råder Angel Lux Common over lokaler i Luxembourg, ligesom selskabet har en person ansat.

Angel Lux Commons aktivitet svarer således til den aktivitet, der er i tusindvis af danske og udenlandske holdingselskaber, som de danske skattemyndigheder efter fast praksis (tidligere) – og med rette – har anset som retmæssige ejere af udbytter udloddet fra datterselskaber.

Det gøres i forlængelse af ovenstående gældende, at et selskab skal anerkendes som retmæssig ejer, også når det driver virksomhed som holdingselskab, jf. hertil betragtningerne i Prévost-dommen behandlet ovenfor i punkt 5.1.6.2.

Det bemærkes endvidere, at Højesteret i TfS 2004.542 H (Johnson Holding A/S) [...] har fastslået, at et holdingselskab, hvis virksomhed alene består i at besidde kapitalandele i ét eller flere datterselskaber, må anses for erhvervsdrivende ved anvendelsen af de skatteretlige regler.

Realiteten er at Angel Lux Common S.a.r.l udøver den virksomhed, som ethvert holdingselskab gør, nemlig besiddelse af ejerandele i et eller flere andre selskaber og disponering over ejerandelene – alt i overensstemmelse med de beslutninger, som holdingselskabets ledelse løbende træffer.

5.1.6.5 Reel nytte og risiko

De udstedte PECs forrentedes ikke ens. PECs udstedt af NTCI ApS forrentedes med 10 %, mens forrentningen af PECs udstedt af Angel Lux Common S.a.r.l. var 9,96875 %.

Selv hvis de to lån skulle ses samlet, ville Angel Lux Common S.a.r.l. til enhver tid være sikker på at generere et overskud, hvilket også understreges af, at selskabet faktisk har betalt selskabsskat i Luxembourg i den omhandlede periode.

Renteindtægterne har derfor haft en reel nytteværdi for Angel Lux Common S.a.r.l.

5.2 Sagsøgers subsidiære påstand - ultimative ejere

5.2.1 Indledende bemærkninger

Der er enighed mellem parterne om, at det samlede kildeskattekrav helt eller delvist skal frafalde, såfremt de ultimative investorer i de overliggende kapitalfonde er hjemmehørende i en EU-medlemsstat eller en stat, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Uenigheden består herefter i, om der kan opstilles yderligere betingelser for lempelse af kildeskat.

Oprindeligt var der ikke samme uenighed, og det fremgår derfor også adskillige steder af SKATs oprindelige afgørelse og sagsfremstilling, at kildeskatten

skal frafalde eller nedsættes i det omfang, de retmæssige ejere af betalte eller godskrevne renter er hjemmehørende i et DBO- eller EU-land, [...].

I SKATs afgørelse og sagsfremstilling anføres [...]:

"De to selskaber i Luxembourg anses derimod for at fungere som gennemstrømningsenheder for kapitalfondene og bankerne, der hovedsagligt er hjemmehørende i lande uden dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, og dermed ikke berettiget til at opnå de fordele, der følger heraf.

Renterne strømmer således fra den danske del af koncernen gennem selskaberne i Luxembourg og videre til kapitalfondene og bankerne."

Af SKATs foreløbige afgørelse anføres, at (vores understregning) [...]:

"Det er på den baggrund SKATs opfattelse, at der skal ske indeholdelse af rentekildeskatt af de tilskrevne/betalte renter i Nordic Telephone Company Investment ApS til Angel Lux Coomon S.á.r.l. i perioden fra 1. maj 2006 til den 10. juli 2008.

Det gælder dog ikke den andel af renter, som ender hos de ultimative PECs-eiere, der er hjemmehørende i et DBO-land."

Videre anføres (vores understregning):

"Såfremt selskabet efterfølgende fremkommer med dokumentation, der påviser, at der blandt kapitalfondene og bankerne er enkelte hjemmehørende i lande med en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, vil SKAT foretage rettelser i grundlaget for beregningen af ovenstående."

I sagsfremstillingen anføres der videre [...] (vores understregning):

"SKAT har intet kendskab til de bagvedliggende ejerstrukturer, men det er SKATs opfattelse, at i det omfang gennemstrømningen er sket til selskaber, der er hjemmehørende i et DBO- eller EU-land, vil der eventuelt skulle ske en nedsættelse (evt. et frafald) af kildeskatten.

SKAT baserer denne vurdering på, at hensigten med kravet om at den formelle modtager af renterne er renternes retmæssige ejer, er at forhindre skatteunddragelse og misbrug. Et misbrug af DBO'erne/EU-retten vil imidlertid ikke forekomme, hvis renterne umiddelbart strømmer videre til et selskab i et DBO- eller EU-land og dér betragtes som skattepligtige for den bagvedliggende ejer."

Det har således klart været SKAT's opfattelse, at kildeskatten skal frafalde eller nedsættes i det omfang de ultimative ejere af rentebetalingerne er hjemmehørende i et EU- eller DBO-land.

Det fremgår dog videre, at først SKAT [...] og herefter Skatteministeriet [...] ender med at opstille yderligere – uhjemlede – betingelser, som skal være opfyldt førend kildeskatt skal nedsættes eller bortfalde. NTC har under hele sagen opfordret først SKAT og efterfølgende Skatteministeriet til for det første at angive, hvor de yderligere betingelser er hjemlet og for det andet, om de oplyste betingelser efter ministeriets opfattelse er udtømmende.

Ingen af delene har SKAT eller Skatteministeriet ønsket at oplyse. I stedet har Skatteministeriet fasholdt at NTC blot kan opfylde de ikke-udtømmende og uhjemlede dokumentationskrav. Herefter kan Skatteministeriet oplyse om der behov for at NTC opfylder yderligere uhjemlede dokumentationskrav.

Det gøres overordnet gældende, at de af Skatteministeriet opstillede krav, herunder i) at renterne påviseligt er videreført til den hævdede retmæssige ejer, ii) at de mellemliggende "led" mellem det rentemodtagende selskab og den hævdede retmæssige ejer ikke har kunnet råd over renterne og iii) at den hævdede retmæssige ejer selv har kan råde over renterne, hverken har støtte i intern dansk skatteret, i dobbeltbeskatningsoverenskomster eller i EU-retten.

At der helt grundlæggende ikke gælder supplerende krav som påstået af Skatteministeriet for at "beneficial owners" har ret til lempelse fremgår klart af kommentarerne til OECDs modeloverenskomst, jf. pkt. 9 og 11 til artikel 11 [...].

Det gøres gældende, at den store andel af ultimative investorer, som er hjemmehørende i DBO-lande og dermed berettigede til frafald af dansk kildeskat på dansk renteindkomst, bekræfter, at der slet ikke er tale om et gennemstrømningsforhold.

De ultimative investorer er helt overvejende hjemmehørende i DBO-lande og ville således under alle omstændigheder ikke have været skattepligtige til Danmark af renteindkomst.

Da der således ikke var behov for en gennemstrømningsstruktur, foreligger der heller ikke "misbrug", og der kan ikke opstå pligt til at indeholde dansk kildeskat overhovedet.

Under alle omstændigheder og uanset afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt Angel Lux Common S.a.r.l. er retmæssig ejer af renterne, skal den danske kildeskat i det mindste frafalde i forhold til disse investorer.

5.2.2 Ultimative retmæssige ejere

Såfremt Angel Lux Common S.a.r.l. ikke kan betragtes som den retmæssige ejer af renterne må der findes frem til de ultimative retmæssige ejere. Der kan naturligvis ikke sporadisk eller arbitrært vælges et andet mellemliggende selskab, medmindre dette i sig selv og efter en nærmere analyse opfylder kriterierne for at være den retmæssige ejer af renterne.

Anerkendes Angel Lux Common S.a.r.l. ikke som retmæssig ejer, gøres det gældende, at de bagvedliggende aktionærer skal anses for de retmæssige ejere. Det er derfor også dobbeltbeskatningsoverenskomsterne mellem Danmark og de stater, hvori de bagvedliggende investorer er hjemmehørende, der er afgørende for, om Danmark skal lempe kildebeskatningen. Dette gælder uanset, at den retmæssige ejer ikke er den umiddelbare modtager af renterne.

Som anført ovenfor ejes Angel Lux Parent S.a.r.l. af en række kapitalfonde: Permira, Apax, Blackstone, Providence og KKR. De bagvedliggende investorer i ovennævnte kapitalfonde omfatter dels institutionelle investorer, herunder pen-

sionsselskaber, banker og forsikringselskaber, dels fonde og universiteter, men herudover også privatpersoner.

Hver af ovennævnte kapitalfonde har udarbejdet detaljerede opgørelser over de bagvedliggende investorer i fondene, herunder navn, identifikationsoplysninger, typen af investor, procentvis investering i fonden, om der består en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark mv. Opgørelserne er udarbejdet på baggrund af bagvedliggende dokumentation for de pågældende forhold.

Disse opgørelser af de bagvedliggende investorer i kapitalfondene viser overordnet set, at mellem 58 % og 81 % af investorerne er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Langt hovedparten af de bagvedliggende investorer er hjemmehørende i USA, dog er der herudover også en mindre række investorer, som er hjemmehørende i Canada, diverse EU-medlemsstater, Cayman Island, Japan m.fl.

Opgørelserne indeholder oplysninger om hver enkelt investorer samt hvorvidt der mellem investorenes skattemæssige hjemsted og Danmark er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

...

En oversigt over de ultimative ejeres hjemmehørende-status er tidligere fremlagt [...], hvoraf fremgår de procentvise andele af investorer, der er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem den pågældende investors domicilland og Danmark.

På denne baggrund kan der opstilles følgende opgørelse af nedsættelse af kildeskattekravet:

Opkrævet renteskat fordelt pr. fond							
	Totalt	Kapitalfonde, samlet	Providence	Blackstone	KKR	Apax	Permeria
Ejerandel, Angel Lux Parent	100 %	95,96 % [...]	17,68 % [...]	23,49 % [...]	19,62 % [...]	15,74 % [...]	19,43 % [...]
Renteskat, DKK	817.238.912 [...]	784.222.460	144.487.840	191.969.420	160.342.275	128.633.405	158.789.521
Renteskat fordelt pr. indkomstår i DKK							
	Totalt	Kapitalfonde, samlet	Providence	Blackstone	KKR	Apax	Permeria
2006	258.382.378	247.943.730	45.682.004	60.694.021	50.694.623	40.669.386	50.203.696
2007	352.664.350	338.416.710	62.351.057	82.840.856	69.192.745	55.509.369	68.522.683
2008	206.192.184	197.862.020	36.454.778	48.434.544	40.454.907	32.454.650	40.063.141
Nedsættelse af kildeskattekravet							
	Kapitalfonde, samlet	Providence	Blackstone	KKR	Apax	Permeria	
2006							
Renteskat, 2006	247.943.730	45.682.004	60.694.021	50.694.623	40.669.386	50.203.696	

Procentvis andel af investorer omfattet af DBO		65,63 % (E II 765, 785, 789)	70,28 % (E II 817)	73,40 % (E II 837)	78,41 % (E II 844)	79,77 % (E II 859-863)
Nedsættelse, DKK	<u>181.783.064</u>	<u>29.981.100</u>	<u>42.655.758</u>	<u>37.209.853</u>	<u>31.888.866</u>	<u>40.047.488</u>
2007						
Renteskat 2007	338.416.710	62.351.057	82.840.856	69.192.745	55.509.369	68.522.683
Procentvis andel af investorer omfattet af DBO		65,51 % (E II 765, 785, 789)	70,28 % (E II 817)	73,40 % (E II 837)	78,41 % (E II 844)	79,77 % (E II 859-863)
Nedsættelse, DKK	<u>248.039.647</u>	<u>40.846.177</u>	<u>58.220.553</u>	<u>50.787.475</u>	<u>43.524.896</u>	<u>54.660.544</u>
2008						
Renteskat 2008	197.862.020	36.454.778	48.434.544	40.454.907	32.454.650	40.063.141
Procentvis andel af investorer omfattet af DBO		65,57 % (E II 765, 785, 789)	70,28 % (E II 817)	73,40 % (E II 837)	78,41 % (E II 844)	79,77 % (E II 859-863)
Nedsættelse, DKK	<u>145.043.156</u>	<u>23.903.398</u>	<u>34.039.798</u>	<u>29.693.901</u>	<u>25.447.691</u>	<u>31.958.368</u>
Samlet nedsættelse	<u>574.865.866</u>					

...

5.2.3 Modeloverenskomsten artikel 11

Anvendelsesområdet for de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster fremgår af disses artikel 1. Af modeloverenskomstens (2003-version) artikel 1, stk. 1, fremgår følgende [...]:

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

Det følger heraf, at de fysiske eller juridiske personer hjemmehørende i et andet land, der har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, herunder retten til frafald eller nedsættelse af kildeskat på renter.

Artikel 11 i modeloverenskomsten, der indeholder muligheden for nedsættelse eller bortfald af kildeskat på renter, har følgende ordlyd [...]: ...

Af bestemmelsen følger, at renter kan beskattes i modtagerens stat. Renter kan dog også beskattes i kildelandet, men kildelandets beskatningsret begrænses i det omfang, modtageren er den retmæssige ejer. Bestemmelsernes ordlyd fastsætter således to betingelser for, at kildelandet skal nedsætte beskatning. For det første skal modtageren være hjemmehørende i en kontraherende stat, og for det andet skal modtageren være den retmæssige ejer.

Der opstilles ingen yderligere betingelser for nedsættelse/bortfald af kildeskatten.

5.2.4 OECD kommentarer til artikel 11

Kommentarerne støtter den konklusion, at beskatning i kildelandet skal lempes, hvis den retsmæssige ejer er hjemmehørende i en kontraherende stat, uanset at den retmæssige ejer ikke er den umiddelbare modtager af udbyttet.

Af modeloverenskomstens pkt. 8.2 i kommentarerne til artikel 11 fremgår det, at (vores understregning) [...]:

"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."

Kildestaten skal således lempe beskatningen, hvis den retmæssige ejer er hjemmehørende i en anden kontraherende stat – dette uanset, om den umiddelbare modtager ikke er berettiget til overenskomstlempelse. Det er herved dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem den stat, hvori det betalende selskab er hjemmehørende og den stat, hvori den retmæssige ejer er hjemmehørende, der skal finde anvendelse ved vurderingen af, om Danmark skal nedsætte/frafalde beskatning.

Kommentarerne til modeloverenskomsten stiller ikke yderligere betingelser for, at beskatning i kildelandet skal lempes. Det er således i følge kommentarerne tilstrækkeligt, at den retmæssige ejer er hjemmehørende i en overenskomststat.

I Rapporten fra Committee on Fiscal Affairs afsnit I. A. 2 fremgår (vores understregning) [...]:

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

Hensigten med at stille som betingelse, at modtageren af renterne er den retmæssige ejer, er således at hindre, at bagvedliggende ejere *uretmæssigt* får fordele som følge af en dobbeltbeskatningsoverenskomst. I det omfang de bagvedliggende ejere selv ville have været berettiget til overenskomstlempelse, hvis renterne var betalt direkte til disse, er der ikke tale om uretmæssig overenskomstlempelse, og der er herved heller ikke behov for at afskære rentemodtagerne for overenskomstlempelse.

Dette fører til, at der således slet ikke kan være tale om noget gennemstrømningsselskab, når et større antal af de ultimative investorer under alle omstændigheder ikke ville skulle betale kildeskat.

Angel Lux Common S.a.r.l. kan således ikke meningsfuldt anses for et gennemstrømningsselskab, allerede når henses til de ultimative investorers hjem-

mehørende-status, og dermed er der heller ikke nogen indeholdelsespligt overhovedet.

I det mindste skal Danmark lempe beskatningen i det omfang, de bagvedliggende ejere ville have været berettiget til lempelse i det omfang renterne var udbetalt direkte til dem. I modsat fald beriger Danmark sig uretmæssigt og vilkårligt.

5.2.5 Forarbejder, praksis mv.

Vedrørende spørgsmålet om "beneficial ownership" har skatteministeren i 2006 udtalt, at:

"Bestemmelsen finder anvendelse selvom der indskydes flere mellemliggende almindeligt beskattede selskaber. Det afgørende er, hvem der er den rette indkomstmotager/retmæssige ejer.", jf. svar på spørgsmål S 474 [...].

Videre anførte ministeren i L 30 svar på spørgsmål 5 af 21. november 2006 [...]:

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

Et rent gennemstrømningsselskab, som er hjemmehørende i udlandet, f.eks. Luxembourg, vil ikke være retmæssig ejer af udbyttet, jf. bemærkningerne til artikel 10 i OECDs modeloverenskomst (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."

Citatet vedrører kildeskat på udbytte, men gælder tilsvarende for kildeskat på renter.

I L 213 af 18. april 2007, bilag 26 anførte ministeren (vores understregninger) [...]:

"Viderebetaling af renterne omfatter den situation, hvor rentemotageren nok bliver beskattet af renterne, men samtidigt har fradrag for de renter, som det selv betaler til det andet udenlandske selskab i lavskattelandet, jf. således bemærkningerne til L 119, 2003-2004. Det bemærkes, at det andet udenlandske selskab i denne situation anses for at være den reelle modtager af rentebetalingen. Opfylder dette andet selskab betingelserne for at være undtaget fra skattepligt af rentebetalingen, bortfalder skattepligten.

Det skal bemærkes, at hvis den umiddelbare modtager af rentebetalingen viderebetaler beløbet via en udlodning, tilbagebetaling af lån eller lignende skal det vurderes, om den umiddelbare modtager er den rette indkomstmotager (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."

(...) [...]

"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."

Som det ses, støtter samtlige citerede udtalelser den opfattelse, at der i forhold til indeholdelse af kildeskat skal ses på den ultimative ejer, og at det er dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og det land, hvor den retmæssige ejer er hjemmehørende, der er afgørende for, om Danmark skal yde overenskomstlempelse.

Det synes videre at være skatteministerens holdning, at der ikke stilles andre betingelser for overenskomstlempelse, end at en sådan lempelse er berettiget i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og det land, hvor den retmæssige ejer er hjemmehørende.

Skatteministeriet udsendte desuden en pressemeddelelse den 20. marts 2007 vedrørende "Status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner", i hvilken der igen lægges vægt på, hvem der er den endelige modtager af renterne, og om denne er hjemmehørende i et DBO-land eller ej, mens yderligere betingelser for overenskomstlempelse igen er fraværende. Der henvises til afsnit 5.1.4 ovenfor.

Det følger af ovenstående, at der kun skal tilbageholdes kildeskat, hvis den endelige modtager er hjemmehørende i et land, som Danmark ikke har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst med. Modsat skal Danmark yde overenskomstlempelse, hvis den ultimative ejer er hjemmehørende i et DBO-land. Der er intet grundlag for de yderligere betingelser for overenskomstlempelse, som opstilles af Skatteministeriet.

5.2.6 Sammenfatning vedr. ultimative ejere

Det følger af ovenstående, at i det omfang selskaberne i Luxembourg nægtes overenskomstlempelse ud fra den betragtning, at selskaberne ikke er retmæssige ejer af renterne, må der ses igennem alle mellemliggende selskab, uanset om disse er hjemmehørende i kontraherende stater eller i tredjestater, til de ultimative retmæssige ejere.

De ultimative retmæssige ejere er i nærværende tilfælde de bagvedliggende investorer i de fem kapitalfonde. En stor del af disse er hjemmehørende i stater, med hvilke Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvorfor de er berettigede til nedsættelse eller bortfald af kildeskatten i henhold til de nærmere betingelser herfor i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Der er med bilag 3 og 6-12 fremlagt dokumentation for de bagvedliggende investorer i de fem kapitalfondene samt at hovedparten af disse er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Hertil kommer at alle bankerne, der ligeledes er investorer gennem Angel Lux Parent, alle er hjemmehørende i UK.

Der er ikke hjemmel til at opstille yderligere betingelser for overenskomstlempelse for de ultimative ejere, end at disse ville være berettigede til overenskomstlempelse, hvis de havde været de umiddelbare modtagere af renterne.

5.3 Sagsøgers mere subsidiære påstand - NTCI har ikke handlet forsømmeligt og hæfter ikke for kildeskatten

Det gøres for god ordens skyld gældende, at selv hvis Angel Lux Common S.a.r.l. havde været begrænset skattepligtig, havde NTCI 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 [...].

For det første er der ikke i sagen tale om udbetaling af renter til et overliggende moderselskab eller ultimative investorer.

For det andet har det som også anført ovenfor været praksis at anse udenlandske holdingselskaber og mellemholdingselskaber som retmæssige ejere af modtagne udbytter og rentebetalinger.

For det tredje har Skatteministerens tilkendegivet, at begrebet retmæssig ejer/"beneficial owner" var meget lig det danske begreb "rette indkomstmodtager", og Angel Lux Common S.a.r.l., som er den civilretlige ejer af de af NTCI ApS udstedte PEC's, er ubestridt "rette indkomstmodtager" af renterne heraf efter dansk ret.

For det fjerde er Skatteministeriet med bl.a. denne sag i gang med at afprøve et i dansk skattepraksis helt nyt synspunkt, som NTCI ApS af samme grund ikke kunne forventes at foregribe.

For det femte er en del af Skatteministeriets anbringender til støtte for dette nye synspunkt allerede blevet afprøvet og afvist af Østre Landsret, der fastslår, at der ikke er dansk skattepligt i en lignende situation, jf. SKM2012.121.ØLR [...].

For det sjette modtog SKAT oplysninger om strukturen vedrørende de ultimative investorer og Luxembourg-strukturen senest 2. april 2009. I SKATs "Statusnotat" af 10. november 2009, punkt 7 fremgår det [...]:

"Problemstilling:

Hvis der betales renter og udbytter til modtagere i lande, som Danmark ikke har en DBO med, skal der tilbageholdes en skatteandel.

Konklusion:

De foretagne betalinger af renter og udbytter anses ikke at være omfattet af disse bestemmelser. Renterne betales til et koncernselskab i Luxembourg, hvorfor der ikke foretages yderligere på det foreliggende grundlag."

Det var således på dette tidspunkt også SKATs opfattelse, at NTCI ApS ikke var indeholdelsespligtig trods SKATs fulde indsigt i Luxembourg-strukturen.

For det syvende har Skatteministeriet anerkendt, at skattesatsen for opkrævningen af kildeskatten var i strid med EU-retten. Skatteministeriet har i sagsforlø-

bet 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 NTCI ApS ifølge Skatteministeriet klart burde have været bevidst om, ikke var så klar endda – heller ikke for Skatteministeriet..

For det ottende og ikke mindst var NTCI 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 NTCI ApS har udvist forsømmelighed ved at følge denne fortolkning.

Samtlige ovenstående grunde bekræfter hver for sig og samlet set, at NTCI ApS ikke har udvist forsømmelighed, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1, jf. TfS 2002. 844.Ø [...] og UfR 1977.844.H [...].

NTCI ApS er derfor heller ikke ansvarlig for den evt. manglende indbetaling.”

Skatteministeriet har i sit sammenfattende processkrift af 2. august 2021 anført bl.a.:

”7. SKATTEMINISTERIETS ARGUMENTATION

7.1 Angel Lux Common 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. lovens § 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 lav-skattelande, 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 Angel Lux Common er et selskab som nævnt i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, at Nordic Telephone Company Investment er et selskab omfattet af lovens § 1, og at det omhandlede lån fra førstnævnte selskab til sidstnævnte selskab udgør ”kontrolleret gæld”.

Udgangspunktet er derfor, at Angel Lux Common er skattepligtig af de omhandlede renter, og dette udgangspunkt er der, som der vil blive redegjort for i

det følgende, i det foreliggende tilfælde ikke grundlag for at fravige i medfør af undtagelsesreglen i 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, ”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 ubetinget pligt til at frafalde eller nedsætte beskatningen. Følger en sådan pligt ikke af direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det modtagende selskab skattepligtigt af renterne.

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 realitets-bedømmelse 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.”

7.1.1 Beskatningen skal ikke nedsættes eller frafaldes efter rente-/royaltydirektivet

Det følger af rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, at betalinger 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 [...].

Hverken Angel Lux Common eller Angel Lux Parent kan påberåbe sig den fordel, der følger af direktivets artikel 1, stk. 1, dels fordi der foreligger retsmisbrug, dels fordi ingen af selskaberne kan anses for renternes retsmæssige ejer.

7.1.1. Der er hjemmel til at afslå direktivets fordele ved retsmisbrug

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 hjemmel til imødegåelse af misbrug af den art, der er tale om i den foreliggende sag, jf. nærmere beskrivelsen i duplikken s. 5-6 [...], men afgørelsen af denne sag gør ikke en stillingtagen til det spørgsmål 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 denne sag). 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 forpligtet 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 dom, præmis 122 ff. Med dommen 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 den foreliggende sag.

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 også fremgår udtrykkeligt af Domstolens dom i sag C-251/16, Cussens, præmis 43 [...].

Der er heller ikke tale om, at Domstolen med sin dom 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 118).

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 [...], som NTC påberåber sig.

Af præmisserne for Højesterets dom i Ajos-sagen fremgår, at det for sagens udfald var udslagsgivende, at der med Højesterets ord forelå en såkaldt ”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”. Det er derfor 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.

Hvad angår U.2012.3564H, Sawo [...], som NTC også påberåber sig i denne sammenhæng, er også denne dom 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) – i overensstemmelse med hvad Østre Landsret også er kommet frem til i SKM2021.304.ØLR om bestemmelsens litra c) om udbytteskat – 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 Domstolens bemærkninger om bedømmelsen af, om der foreligger retsmisbrug

Ifølge Domstolens dom 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 (præmis 124 i Domstolens dom i denne sag).

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 sager som den 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 videreformidles 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 debitorselskabet, 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 ”gennemstrømnings-selskab” (dommens præmis 130). Et selskab kan anses for et gennemstrømnings-selskab, hvis selskabets eneste aktivitet er at modtage renterne og videreoverføre dem til den ”retmæssige ejer” eller til øvrige gennemstrømnings-selskaber, 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 ”gennemstrømnings-selskabernes” 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 tredjemand, 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 (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, 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 (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.

Endelig er det for konstateringen af, om der foreligger et retsmisbrug, uden betydning, om Danmark med den stat, hvor renternes retmæssige ejer er hjemmehørende, har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter der ikke ville være blevet indeholdt kildeskat af renterne, hvis de var blevet betalt direkte til den retmæssige ejer, jf. hertil præmisserne 134 ff.

7.1.1.3 Der foreligger retsmisbrug i den foreliggende sag

Når Domstolens anvisninger kobles med den foreliggende sags omstændigheder, kan det konstateres, at der foreligger et tilfælde af retsmisbrug.

Nordic Telephone Company Investment stod oprindeligt i et direkte gældsforhold til de omhandlede kapitalfonde frem til slutningen af april 2006, hvor der mellem kapitalfondene og Nordic Telephone Company Investment blev indskudt de to luxembourgske selskaber, Angel Lux Parent og Angel Lux Common.

For sagens afgørelse må (A) stiftelsen af Angel Lux Common og Angel Lux Parent, (B) gældsforholdet mellem kapitalfondene og Angel Lux Parent, (C) gældsforholdet mellem sidstnævnte og Angel Lux Common samt (D) gældsforholdet mellem sidstnævnte og Nordic Telephone Company Investment betragtes som ét samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement.

De nævnte gældsforhold havde ens hovedstole og blev forrentet på samme vis, idet gældsforholdet mellem Nordic Telephone Company Investment og Angel Lux Common dog blev forrentet med en sats på 10 pct., der var marginalt højere (0,03125 procentpoint) end satsen for de andre gældsforhold. Denne kæde af ens gældsforhold indebar, at renterne fra Nordic Telephone Company Investment i kraft af de løbende og samtidige rentetilskrivninger faktisk strømmede igennem Angel Lux Common og Angel Lux Parent til kapitalfondene, som Nordic Telephone Company Investment oprindeligt havde stået i et direkte gældsforhold til.

Arrangementet var uden forretningsmæssig begrundelse. NTC er ikke kommet med en forklaring på den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen i slutningen af april 2006, der medførte, at Angel Lux Common og Angel

Lux Parent blev indskudt som mellemed mellem Nordic Telephone Company Investment og kapitalfondene. En forretningsmæssig begrundelse er da heller ikke til at få øje på. Set fra et forretningsmæssigt perspektiv havde det været nemmest at bevare det direkte gælds-forhold, der fra begyndelsen havde bestået imellem Nordic Telephone Company Investment og kapital-fondene.

NTC's forklaring om, at der var behov for at samle kapitalfondene i et fælles holdingselskab, og NTC's abstrakte påberåbelse af, at kapitalfonde og andre udenlandske investorer "historisk" skulle have foretaget deres investeringer via Luxembourg, blandet andet som følge af at Luxembourg juridisk, regulatorisk, finansielt og politisk anses for et attraktivt og stabilt land [...], siger intet om, hvad den forretningsmæssige begrundelse var for – i det foreliggende tilfælde – at stifte to nye mellem-holdingselskaber i Luxembourg og indskyde disse selskaber mellem kapitalfondene og Nordic Telephone Company Investment.

Der var allerede etableret en struktur af holdingselskaber i Danmark, som kapitalfondene havde erhvervet aktierne i TDC A/S gennem, og det er da også en kendsgerning, at kapitalfondene i december 2005 og januar 2006 ydede de omhandlede lån direkte til det øverste danske selskab i denne holdingstruktur, Nordic Telephone Company Investment. Det var først efter vedtagelsen af nye danske lovregler i april 2006, som ville have gjort renterne fra det danske holdingselskab til kapitalfondene skattepligtige med virkning fra den 1. maj 2006, at koncernen fandt behov for at oprette to nye mellemholdingselskaber i Luxembourg og indskyde disse i låneforholdet mellem kapitalfondene og det danske selskab.

Hvor arrangementet var uden forretningsmæssig begrundelse, havde den til gengæld en åbenlys og betydelig skattemæssig fordel.

Omstruktureringen i slutningen af april 2006 fandt nemlig sted blot få dage før ikrafttrædelsen af den lovændring, der som nævnt medførte, at renterne på kapitalfondenes lån til Nordic Telephone Company Investment ville være blevet skattepligtige med virkning fra den 1. maj 2006, eftersom kapitalfondene ikke kunne påberåbe sig rente-/royaltydirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, [...]. Det arrangement, der blev etableret med omstruktureringen, indebar, at beskatningen af renterne fra Nordic Telephone Company Investment – bortset fra spørgsmålet om misbrug og renters "retmæssige ejer" – skulle frafaldes efter rente-/royaltydirektivet.

Det er på denne baggrund ubetænkeligt at lægge til grund, at arrangementet havde som hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, nemlig at gøre renter fra Nordic Telephone Company Investment skattefrie, ved at de mellemliggende luxembourgske selskaber modsat de bagvedliggende kapitalfonde – bortset fra spørgsmålet om retmæssig ejer og misbrug – kunne påberåbe sig rente-/royaltydirektivet og den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst. De to luxembourgske selskabers renteindtægter var ganske vist skattepligtige, men disse blev (stort set) neutraliseret af selskabernes lige så store renteudgifter. Etableringen af arrangementet medførte således, at renter, der uden arrangementet ville have været skatpligtige, blev gjort skattefrie.

Omstændighederne efterlader ingen tvivl om, at det på forhånd var bestemt af de luxembourgske selskabers bagvedliggende ejere, nemlig kapitalfondene, at renterne fra Nordic Telephone Company Investment skulle videreføres til kapitalfondene, hvilket også var det, som skete, og at de indskudte luxembourgske selskabers ikke var overladt noget reelt råderum til at disponere over deres respektive renteindtægter, men blot fungerede som gennemstrømningselskaber for kapitalfondene.

At selskaberne faktisk ikke var overladt noget råderum til at disponere over indtægterne, cementeres til overflod af den effektive betaling, der fandt sted i oktober 2006, hvor Nordic Telephone Company Investment – bortset fra nogle relativt set marginale beløb – foretog betaling af renter og afdrag direkte til kapitalfondene, dvs. uden om såvel Angel Lux Common som Angel Lux Parent.

At de luxembourgske selskaber blot fungerede som gennemstrømningselskaber i relation til de omhandlede renter, bestyrkes også af, at det efter de foreliggende oplysninger om selskabernes udgifter må lægges til grund, at selskaberne – ud over at fungere som gennemstrømningselskaber – ikke havde nogen reel faktisk økonomisk aktivitet af betydning. Det må baggrund af de foreliggende oplysninger lægges til grund, at Angel Lux Common henholdsvis Angel Lux Parent ud over ejerskabet af ejerandele i datterselskaber ikke udøvede andre betydende aktiviteter end at administrere deres lån til Nordic Telephone Company Investment henholdsvis Angel Lux Common og deres gæld til Angel Lux Parent henholdsvis kapitalfondene.

Når de anførte omstændigheder sammenholdes med Domstolens anvisninger for misbrugsvurderingen, ligger det lige for at fastslå, at arrangementet havde som et hovedformål uretmæssigt at drage fordel af den fritagelse, der er fastsat i rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1.

Domstolen har da også fastslået (dommens præmis 126), 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 NTC har haft mulighed for at føre modbevis.

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.

NTC har ikke engang gjort et forsøg på at forklare, hvad der – fremfor den nemmeste løsning med at beholde det allerede etablerede direkte lån fra kapitalfondene til Nordic Telephone Company Investment – var den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen, der resulterede i arrangementet med (A) stiftelsen af Angel Lux Common og Angel Lux Parent, (B) gældsforholdet mellem kapitalfondene og Angel Lux Parent, (C) gældsforholdet mellem sidstnævnte og Angel Lux Common samt (D) gældsforholdet mellem sidstnævnte og Nordic Telephone Company Investment.

Da der altså foreligger retsmisbrug, er både Angel Lux Common og Angel Lux Parent afskåret fra at drage fordel af den fritagelse for kildeskat, der er fastsat i rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1.

7.1.1.4 Direktivets fordeles skal også afslås, fordi hverken Angel Lux Common eller Angel Lux Parent er renternes retsmæssige ejer

Det fremgår af ordlyden af rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, at fritagelse for kildebeskatning er betinget af, at modtageren af renterne er renternes ”retmæssige ejer”.

Begrebet ”retmæssig ejer” skal ifølge Domstolen 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).

Vurderingen af, om et givent selskab kan anses for renternes ”retsmæssige ejer”, og vurderingen af, om der i det givne tilfælde foreligger et retsmisbrug, går i realiteten ud på ét, hvilket Domstolens udlægning af bl.a. det første præjudicielle spørgsmål, litra d)-f) om begrebet ”retmæssig ejer” er et vidnesbyrd om (dommens præmis 123). Det er også kommet ganske klart til udtryk i f.eks. dommens præmis 127.

Af de grunde, der er redegjort for i det foregående punkt og det følgende punkt, kan hverken Angel Lux Common eller Angel Lux Parent anses for renternes retsmæssige ejer. Også af den grund er selskaberne afskåret fra at gøre den fordel, der følger af rente/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, gældende.

7.1.2 Beskatningen skal ikke frafalde eller nedsættes efter 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 frafalde beskatningen af renter, der hidrører fra Danmark, hvis modtageren er renternes ”retsmæssige 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.

Østre Landsret har allerede fastslået, at begrebet ”retmæssig ejer” er et autonomt begreb, dvs. at det har et selvstændigt indhold uafhængigt af de kontraherende staters interne lovgivning, jf. både SKM2021.304.ØLR og SKM2012.121.ØLR [...]. Begrebet ”retmæssig ejer” skal derfor ikke fortolkes i overensstemmelse med begrebet ”rette indkomstmodtager”, der i dansk skatteret bruges som betegnelse for den, der må anses for at være skattepligtig af en given indtægt.

Med de to domme har Østre Landsret også allerede fastslået, at skattemyndighederne i sager som den foreliggende har været berettiget til – som sket – at inddrage kommentarerne til OECD’s modeloverenskomst fra 2003 ved fastlæggelsen af, hvad der nærmere skal forstås ved begrebet ”retmæssig ejer”. De senere kommentarer fra 2014 og 2017 udgør på tilsvarende vis relevante fortolkningsbidrag, eftersom disse kommentarer – ligesom 2003-kommentarerne – ikke indebærer en ændret forståelse af modeloverenskomstens artikel 11, stk. 1, men alene har karakter af præciseringer.

Af 2003-kommentarerne, pkt. 8.1 til modeloverenskomstens artikel 11, stk. 1 [...], følger, at det ikke vil være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skal indrømme lempelse eller fritagelse for skat ”i tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden vis end som agent eller mellemmand, blot fungerer som ’gennemstrømningsenhed’ (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst.” Et ”gennemstrømningselskab” vil således ikke kunne anses for den retmæssige ejer, ”hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en ’nullitet’ eller administrator, der handler på vegne af andre parter”.

I 2014-kommentarerens, pkt. 10.2, som på dette punkt er blevet videreført uden ændringer i 2017-kommentarerens, er det præciseret, at den umiddelbare modtager af renterne vil kunne nægtes den overenskomstmæssige fordel, der følger af modeloverenskomstens 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” ikke har rettighederne til at bruge og nyde renterne[...].

I den foreliggende sag viser de faktiske omstændigheder, at Angel Lux Common og Angel Lux Parent ikke havde eller kun havde meget snævre beføjelser til at disponere over de renter, som førstnævnte selskab modtog i kraft af lånet til Nordic Telephone Company Investment.

Som anført under punkt 7.1.1.3 må (A) stiftelsen af Angel Lux Common og Angel Lux Parent, (B) gældsforholdet mellem kapitalfondene og Angel Lux Parent, (C) gældsforholdet mellem sidstnævnte og Angel Lux Common samt (D) gældsforholdet mellem sidstnævnte og Nordic Telephone Company Investment betragtes som ét samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement

Endvidere havde de nævnte gældsforhold, som anført under punkt 7.1.1.3, ens hovedstole og blev forrentet på (stort set) samme vis. Denne kæde af ens gældsforhold indebar, at renterne fra Nordic Telephone Company Investment i kraft af de løbende og samtidige rentetilskrivninger faktisk strømmede igen-

nem Angel Lux Common og Angel Lux Parent til kapitalfondene, som Nordic Telephone Company Investment oprindeligt havde stået i et direkte gældsforhold til. Endelig var arrangementet, som anført under punkt 7.1.1.3, uden nogen forretningsmæssig begrundelse.

De anførte omstændigheder godtgør, at arrangementet blev etableret med det (hoved-)formål, at såvel Angel Lux Common som Angel Lux Parent skulle virke som gennemstrømningsenheder for de omhandlede renter, der uden arrangementet ville være blevet skattepligtige i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), pr. 1. maj 2006, da kapitalfondene ubestridt ikke selv kunne have påberåbt sig en overenskomstmæssig fordel, og at ingen af selskaberne substantielt kunne disponere over renterne, der på forhånd var bestemt til at blive videreført til kapitalfondene, hvilket faktisk også skete.

At selskaberne faktisk ikke var overladt noget råderum til at disponere over indtægterne, cementeres som nævnt ovenfor til overflod af den effektive betaling, der fandt sted i oktober 2006. Bortset fra nogle relativt set marginale beløb foretog Nordic Telephone Company Investment nemlig betaling af renter og afdrag direkte til kapitalfondene, dvs. uden om såvel Angel Lux Common som Angel Lux Parent.

For bedømmelsen af, om Angel Lux Common i skatteretlig henseende må anses for renternes retmæssige ejer, er det uden betydning, at renterne blev tilskrevet hovedstolen (godskrevet) og (først) senere blev konverteret til kapitalandele i Nordic Telephone Company Investment.

De skatteretlige virkninger indtrådte nemlig (allerede) ved rentetilskrivningen. For arrangementet var det et bærende element, at der i ingen af transaktionskædens led skete effektiv betaling af renter, idet renter blev tilskrevet hovedstolen. Arrangementet indebar, 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 tilgodehaverne i form af de tilskrevne renter efterfølgende og uden beskatning kunne suges op igennem konstruktionen ved betalingsoverførsler, modregninger eller konverteringer til kapitalandele. For den skatteretlige bedømmelse af, om Angel Lux Common må anses for renternes retmæssige ejer, er det derfor uden betydning, at renterne ikke løbende blev betalt effektivt ved f.eks. en bankoverførelse, men blev tilskrevet lånets hovedstol.

Det forhold, at beslutningen i 2008 om at konvertere Angel Lux Commons fordring (inkl. tilskrevne renter) på Nordic Telephone Company Investment til anpartskapital i det danske selskab formelt måtte være blevet truffet af Angel Lux Common som eneanpartshaver på en ekstraordinær generalforsamling i det danske selskab, beviser ikke, at Angel Lux Common var retmæssig ejer af renterne. Dette følger allerede, at gennemstrømningen af renterne til kapitalfondene som nævnt allerede var sket i kraft af de løbende rentetilskrivninger. Dertil kommer, at det – navnlig taget i betragtning af størrelsen af de konverterede beløb og bestemmelserne i aktionæroverenskomsten af 27. april 2006 [...] – er usandsynligt, at andre end de bagvedliggende kapitalfondene (reelt) kunne tage og faktisk også tog beslutningen om konverteringen.

NTC's påberåbelse af SKM2012.121.ØLR i forhold til selskabets synspunkt om, at renterne er "vendt tilbage" til Nordic Telephone Company Investment, er ikke holdbar. SKM2012.121.ØLR er på dette punkt usammenlignelig med den foreliggende sag, eftersom udbytte i den pågældende sag ikke blev ført videre fra den umiddelbare modtager af udbyttet, modsat hvad der er tilfældet i den foreliggende sag, hvor renterne fra Nordic Telephone Company Investment blev ført videre fra den umiddelbare rentemodtager, Angel Lux Common, via rentetilskrivninger på de back-to-back lån, der var etableret mellem det danske selskab og kapitalfondene.

På den anførte baggrund må det fastslås, at hverken Angel Lux Common eller Angel Lux Parent i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst artikel 11, stk. 1's forstand kan anses for de omhandlede renters retmæssige ejer. Dobbeltbeskatningsoverenskomsten fører dermed ikke til, at renterne skal fritages for en skattepligt efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d).

7.1.3 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 dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomsts artikel 11, stk. 1, eftersom Angel Lux Common ikke (og ej heller Angel Lux Parent) kan anses for renternes retmæssige ejer.

Der er derfor med andre ord tale om, at NTC med sit praksissynspunkt 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 NTCs 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 18. marts 2011 i den foreliggende sag ikke er udtryk for en praksiskærpelse, eftersom afgørelsen ikke ændrede på nogen fast administrativ praksis.

Det påhviler NTC at føre bevis for eksistensen af den hævdede praksis, som afgørelsen ifølge selskabet skulle fravige, jf. f.eks. U.2011.3305H [...], men selskabet har ikke løftet denne bevisbyrde. NTC har således ikke påvist eksistensen af nogen tidligere afgørelse, hvorefter skattemyndighederne har anset renter for at være undtaget fra en skattepligt, selv om de givne omstændigheder – ligesom i den foreliggende sag – 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.

NTC 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 forsømt 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 [...].

NTC 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, hvorefter renter er blevet 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.

Som beskrevet ovenfor under punkt 7.1 fremgår det 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 retsmæssige ejer.

De af NTC påberåbte svar, som skatteministeren efter ikrafttrædelsen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), har afgivet i forskellige sammenhænge, udgør 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 udtalelser eller abstrakte svar på abstrakte spørgsmål. Udtalelserne og svarene giver – ligesom det påberåbte notat om status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner og den påberåbte udtalelse fra en kontorchef i SKAT – 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 afgørelse i denne sag havde skatteministeren 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 ud-

valgsspørgsmål 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".

De ministersvar, notatet om status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner og udtalelsen fra en kontorchef i SKAT, som NTC påberåber sig til støtte for indsigelsen om en praksisskærpeelse, blev også – forgæves – påberåbt af de udbytteudloddende selskaber i SKM2021.304.ØLR til støtte for den tilsvarende indsigelse om en praksisskærpeelse.

På den anførte baggrund bør det – på tilsvarende vis som i SKM2021.304.ØLR – fastslås, at SKATs afgørelse i denne sag ikke ændrede på nogen bindende, fast administrativ praksis, som NTC i medfør af en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning kan støtte ret på.

[...]

7.2 NTC's subsidiære påstand – om de "ultimate investorer" i kapitalfondene

Andre dobbeltbeskatningsoverenskomster end den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst giver intet grundlag for, at Danmark skal fratage 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 Angel Lux Common er rette indkomstmodtager af de omhandlede renter fra Nordic Telephone Company Investment, 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 juridisk person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, med det hovedformål at opnå en overenskomstmæssig fordel, som ikke ville kunne opnås af personen direkte. I situationer, hvor der ikke er indikationer på et sådant misbrug, fordi der ikke i relation til beskatning er nogen

fordel forbundet med det mellemliggende selskab, 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 gennemstrømningsselskaber, har deres skattemæssige hjemsted i en tredjestat, med hvilken kildestaten har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst (dommens præmis 135), men 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 tredjestat – 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 omstændighed, at renternes retsmæssige ejer er skattemæssigt hjemmehørende i en stat, hvorved 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 (Angel Lux Common) blot udgør en ”gennemstrømningsenhed”, hvorigennem renterne ledes (via Angel Lux Parent, som er endnu en ”gennemstrømningsenhed”) til juridiske enheder, nemlig kapitalfondene, som ikke kan påberåbe sig en overenskomstmæssig fordel. 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 rente-/royaltydirektivet og den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan ikke afkræftes blot med henvisning til, at de ”ultimate investorer” i kapitalfondene 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 Angel Lux Common – 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.

Et sådant bevis er ikke ført, allerede fordi der ingen dokumentation er for, hvem der var de ”ultimate investorer” i de omhandlede kapitalfonde, og hvor disse investorer skulle være skattemæssigt hjemmehørende.

Oplysningerne i de oversigter, som NTC har fremlagt [...], bestrides som udokumenterede. Bilag 3 er blot en oversigt på et "blankt" stykke papir og udgør derfor ikke dokumentation for de nævnte forhold, og det samme gælder bilag 6-12. Det forhold, at oversigterne i bilag 6-12 ifølge NTC er udarbejdet af kapitalfondene på baggrund af dokumentation, som kapitalfondene er i besiddelse af [...], gør ikke, at oplysningerne i opgørelserne kan anses for dokumenterede.

Endvidere er oplysningerne i bilag 6-12 på en række punkter helt summariske og/eller ufuldstændige, hvorfor de under alle omstændigheder ikke er egnet til at danne grundlag for en eventuel nedsættelse af kildeskattekravet.

Dertil kommer, at selv hvis man måtte lægge de udokumenterede oplysninger i oversigterne i bilag 6-12 til grund, ville det ikke være tilstrækkeligt til, at der skal ske en nedsættelse af kildeskattekravet. Som nævnt er det blotte forhold, at de "ultimate investorer" i kapitalfondene måtte være hjemmehørende i et land, hvormed Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, nemlig ikke tilstrækkeligt til at afkræfte, at der er tale om misbrug af rente-/royaltydirektivet og den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

NTC må – i hvert fald – godtgøre, at de "ultimate investorer" i kapitalfondene som hævdet af NTC var de retmæssige ejere af renterne fra Nordic Telephone Company Investment.

Således om sagen foreligger oplyst, er der intet grundlag at fastslå, hvem der var retmæssig ejer(-e) af renterne fra Nordic Telephone Company Investment.

Det bemærkes i den forbindelse, at når den, der fremtræder som fordringshaver, i dette tilfælde Angel Lux Common, ikke kan anses for renternes retsmæssige ejer, påhviler det ikke skattemyndighederne at fastslå, hvem der så er renternes retmæssige ejer. En sådan pligt, der ikke kan udledes af rente-/royaltydirektivet, jf. hertil dommens præmis 143-145, 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 renternes 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 NTC at påvise og godtgøre, hvem der er renternes retmæssige ejer, såfremt selskabet ønsker at påberåbe sig, at den retsmæssige ejer er hjemmehørende i et land, hvormed Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

NTC har end ikke forsøgt at føre bevis for, at de hævdede "ultimate investorer" var de retmæssige ejere af renterne, herunder at kapitalfondene, som modtog renterne via gennemstrømningsenhederne Angel Lux Common og Angel Lux Parent, ikke er de retmæssige ejere af renterne.

Der er således ikke ført bevis for, at kapitalfondene ikke har kunne råde frit over renterne, enten fordi kapitalfondene 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, og at renterne er blevet ført videre fra kapitalfondene til de hævdede ”ultimate investorer”. Vedrørende sidstnævnte bemærkes, at der ikke foreligger oplysninger, endsige dokumenterede oplysninger om, hvad der er sket med de omhandlede renter, efter at de er strømmet gennem Angel Lux Common og Angel Lux Parent til kapitalfondene.

NTC har anført, at ”Kapitalfondene i sagen er alle etableret som skattemæssigt transparente enheder (Limited Partnerships – kommanditselskaber) med investorerne som limited partners (kommanditister)” [...]. Dette bestrides som udokumenteret. Der er ingen dokumentation for, at kapitalfondene anses som skattemæssigt transparente i de stater, hvor de er hjemmehørende.

Der er heller ingen dokumentation for, at kapitalfondene (også) anses som skattemæssigt transparente efter reglerne i de stater, hvor de ”ultimate investorer” er hjemmehørende, hvilket er en forudsætning for, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Danmark og den stat, hvori de ”ultimate investorer” er hjemmehørende, ville have kunnet finde anvendelse, hvis det havde været kapitalfondene, der havde været direkte långivere til Nordic Telephone Company Investment.

Allerede af disse grunde skal Skatteministeriet frifindes for NTC’s subsidiære påstand.

Det bemærkes *ex tunc*, at den beløbsmæssige opgørelse af de beløb, som kildeskattekravet ifølge NTCs subsidiære påstand skal nedsættes med, bestrides som udokumenteret og forkert, [...].

...

7.3 NTC’s mere subsidiære påstand – NTC er ansvarlig for den manglende indeholdelse

Da de omhandlede renter er omfattet af skattepligten, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d), skulle Nordic Telephone Company Investment (nu NTC) i forbindelse med godskrivningen af renterne 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 NTC 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 NTC gør gældende, at der forelå en praksis, som gav selskabet føje til at antage, at renterne kunne godskrives uden indeholdelse af renteskat.

Der har heller ikke været en tvivl om fortolkningen af begrebet ”retmæssig ejer”, der har kunnet givet NTC 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.

Det statusnotat af 10. september 2009 fra SKAT, som NTC påberåber sig [...], støtter ikke, at Nordic Telephone Company Investment ikke har udvist forsømmelighed, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1. Det pågældende statusnotat var et – ud af mange – løbende opdaterede statusnotater, som SKATs medarbejdere udarbejdede under behandlingen af sagen, og som beskrev det aktuelle ”stade” i relation til de forskellige skattemæssige forhold, som blev undersøgt. I øvrigt udleverede SKAT allerede få uger efter – den 2. december 2009 – et nyt statusnotat til selskabet, hvori det var anført, at ”[d]et kan konstateres, at der vedrørende PEC er foretaget betalinger/tilskrivninger af renter til koncernforbundne parter, som ikke er hjemmehørende i lande, som Danmark ikke har en DBO med, hvorfor udgangspunktet er, at der skulle have været tilbageholdt renteskat” [...].

For spørgsmålet om Nordic Telephone Company Investments (nu NTC’s) ansvar efter kildeskattelovens § 69, stk. 1, bliver det (derimod) udslagsgivende, at selskabet har været bekendt med de faktiske omstændigheder, som fører til, dels at Angel Lux Common ikke kan anses for at have været renternes retmæssige 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 Angel Lux Common heller ikke kan anses for renternes retmæssige ejer i direktivets forstand, jf. således også præmisserne for landsrettens dom gengivet i SKM2021.304.ØLR.

Når der – som i den foreliggende sag – er grundlag for at nægte en skattemæssig fordel i form af kilde-skattefritagelse, fordi fordelene er søgt opnået ved retsmisbrug, og den indeholdelsespligtige er bekendt med dette grundlag, må den manglende indeholdelse af kildeskatten således – per se – tilregnes den indeholdelsespligtige som værende af en forsømmelig karakter.

Da NTC altså ikke har afkræftet den lovbestemte formodning for, at der fra selskabets 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.”

VI. Landsrettens begrundelse og resultat

B-2942-12 Takeda A/S under frivillig likvidation mod Skatteministeriet

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 Nycomed Sweden Holding 2 AB er omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, og at lånet fra selskabet til Nycomed A/S, som de omhandlede rentetilskrivninger vedrører, er kontrolleret gæld.

Det følger dog af § 2, stk. 1, litra d, 3. punktum, at skattepligten ikke omfatter renter, hvis beskatningen af renterne skal frafalde eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF (rente-/royaltydirektivet) eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor selskabet er hjemmehørende.

Sagen drejer sig derfor i første række 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 Nycomed A/S var 100 % ejet af Nycomed Sweden Holding 2 AB.

Skatteministeriet har imidlertid gjort gældende, at Nycomed Sweden Holding 2 AB (og tilsvarende for Nycomed Sweden Holding 1 AB) ikke kan påberåbe sig skattefritagelse efter direktivet, fordi selskabet ikke kan anses for renternes "retmæssige ejer", og fordi der foreligger retsmisbrug, jf. direktivets artikel 5.

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 denne sag og sag B-171-13, 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 rentebetalinger, der er fastsat i rente-/royaltydirektivet, selv om der ikke findes nationale eller overenskomstsmæssige bestemmelser, der foreskriver en sådan nægtelse.

Takeda A/S 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 af direktivet.

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.

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 lavskatte-lande, 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 lavskatte-land. 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 en fortolkning af rente-/royaltydirektivet, som anført af EU-Domstolen, ikke er i strid med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Takeda A/S 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 suveræniteten til EU-Domstolen til at fastsætte et sådant princip.

Hertil bemærker landsretten, at der i den foreliggende retlige sammenhæng 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. Landsretten finder derfor, at en fortolkning som anført af EU-Domstolen 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.

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 hverken Nycomed Sweden Holding 1 AB eller Nycomed Sweden Holding 2 AB er retsmæssig ejer af renterne fra Nycomed A/S.

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.

Dansk skattelovgivning ses ikke at anvende begrebet ”retmæssig ejer”, der heller ikke er et nærmere defineret begreb i dansk ret.

Begrebet ”retmæssig ejer” er hverken omtalt i forarbejderne til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c eller litra d, der begge bestemmer, at der er skattefritagelse for kildeskat af henholdsvis udbytter og renter, hvis beskatningen skal nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Der foreligger ikke oplysninger om forhandlingerne med de nordiske lande forud for indgåelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Ved fortolkningen af begrebet ”retmæssig ejer” i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11, stk. 1, finder landsretten det derfor relevant at inddrage fortolkningsbidrag vedrørende den tilsvarende bestemmelse i OECD’s modeloverenskomst, der har anvendt begrebet ”retmæssig ejer” siden 1977.

OECD’s modeloverenskomst indeholder ikke en definition af begrebet ”retmæssig ejer”. I kommentarerne til modeloverenskomsten fra 1977 er om ”misbrug 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 misbrugs-situationer. Som misbrug omtales 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 OECD’s modeloverenskomst fra 2003 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 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 ”retmæssig ejer”, som anført ovenfor, skulle være i strid med selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c og d. Der ses hverken i ordlyden af bestemmelserne eller i forarbejderne hertil grundlag for en anden fortolkning, jf. det ovenfor anførte om forarbejderne til lov nr. 221 af 31. marts 2004, hvorved man indførte beskatning af renter på koncerninterne lån, og det i landsrettens dom af 3. maj 2021 i sagerne B-1980-12 og B-2173-12 anførte om forarbejderne til lov nr. 282 af 25. april 2001.

På dette grundlag skal der herefter foretages en vurdering af de konkrete rentetilskrivninger i sagen.

Rentetilskrivningerne i 2007, 2008 og 2009

Det fremgår af sagen, at der i efteråret 2006 blev foretaget en omstrukturering af konsortiet, der indebar, at selskaberne Nycomed S.C.A., SICAR, Nycomed Sweden Holding 1 AB og Nycomed Sweden Holding 2 AB blev stiftet og indskudt mellem kapitalfondene og Nycomed A/S.

Ved låneaftale af 27. december 2006 lånte Nycomed A/S 501 mio. euro af sit moderselskab, Nycomed Sweden Holding 2 AB. Det er oplyst, at finansieringen af lånet skete ved en kapitalforhøjelse fra Nycomed Sweden Holding 1 AB til Nycomed Sweden Holding 2 AB.

Ved låneaftale ligeledes af 27. december 2006 lånte Nycomed Sweden Holding 1 AB 498,5 mio. euro af sit moderselskab, Nycomed S.C.A., SICAR. Renten på de to lån var fastsat til henholdsvis EURIBOR + 8,0 % og EURIBOR + 7,9 %. For begge lån var det et vilkår, at påløbne renter skulle tillægges hovedstolen, som låntager ikke var forpligtet til at afdrage på i lånets løbetid.

Lånet mellem Nycomed A/S og Nycomed Sweden Holding 2 AB blev i 2007, 2008 og 2009 tilskrevet renter med henholdsvis 61.444.992, 75.498.014 og 61.836.446 euro. I samme periode ydede Nycomed Sweden Holding 2 AB koncernbidrag til Nycomed Sweden Holding 1 AB med henholdsvis 60.468.000, 75.621.000 og 60.353.294 euro, som blev tilskrevet Nycomed Sweden Holding 1 AB over selskabernes indbyrdes mellemregningskonto. Ligeledes i 2007, 2008 og 2009 blev lånet mellem Nycomed Sweden Holding 1 AB og Nycomed S.C.A., SICAR tilskrevet renter med henholdsvis 61.284.470, 72.866.092 og 60.825.103 euro.

Nycomed Sweden Holding 2 AB havde i 2007, 2008 og 2009 ifølge selskabets årsrapporter – ud over renteindtægterne – øvrige indtægter på henholdsvis 1.193.131, 1.726.601 og 1.238.442 euro. Nycomed Sweden Holding 1 AB havde i samme periode ifølge selskabets årsrapporter – ud over koncernbidragene – alene renteindtægter på henholdsvis 4.191, 5.368 og 25.564 euro. Det fremgår derudover, at de to selskaber i perioden havde identiske bestyrelser.

Landsretten finder, at a) lånet mellem Nycomed A/S og Nycomed Sweden Holding 2 AB, b) det samtidige lån mellem Nycomed Sweden Holding 1 AB og Nycomed S.C.A., SI-

CAR, c) kapitalforhøjelsen i Nycomed Sweden Holding 2 AB og d) den årlige vedtagelse af koncernbidrag fra Nycomed Sweden Holding 2 AB til Nycomed Sweden Holding 1 AB må anses for et samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement.

Takeda A/S har i sit påstandsdokument anført, at formålet med den konkrete struktur var ”at ”optimere” Nycomed-koncernens effektive skattesats, ved at Nycomed A/S ville opnå fradrag for renterne på gælden til Nycomed Sweden Holding 2 AB, uden at der skulle betales skat af renterne noget andet sted”.

Landsretten finder derfor, at det endvidere må lægges til grund, at indskydelsen af de to svenske selskaber i arrangementet – i stedet for at Nycomed S.C.A., SICAR ydede lånet direkte til Nycomed A/S – ikke havde nogen forretningsmæssig begrundelse ud over at opnå en mulig skattefordel. Efter oplysningerne om arrangementets tilrettelæggelse må det endvidere lægges til grund, at hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB eller Nycomed Sweden Holding 1 AB havde nogen reel råderet over de tilskrevne renter, henholdsvis koncernbidrag, som strømmede videre til Nycomed S.C.A, SICAR i overensstemmelse med formålet med arrangementet.

En samlet vurdering af de nævnte forhold findes at føre til, at hverken Nycomed Sweden Holding 2 AB eller Nycomed Sweden Holding 1 AB kan anses for at være retmæssig ejer af renterne, hverken efter rente-/royaltydirektivets artikel 1, stk. 1, eller den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst artikel 11, stk. 1. Ved denne vurdering findes det at være uden betydning, at renterne og koncernbidragene først effektivt blev ført op igennem koncernstrukturen i 2011 i forbindelse med salget af Nycomed, idet den skattemæssige virkning indtrådte allerede ved tilskrivningerne/bogføringen i henholdsvis 2007, 2008 og 2009.

Således som sagen foreligger oplyst, finder landsretten, at renterne endeligt er tilflydt Nycomed S.C.A., SICAR.

Landsretten finder, at der ikke kan gives Takeda A/S medhold i deres synspunkt om, at investorerne i kapitalfondene kan anses for de retmæssige ejere af renterne. Der er herved lagt vægt på, at der ikke foreligger oplysninger, der giver grundlag for at antage, at der er en sådan direkte sammenhæng mellem tilskrivningen af renterne hos Nycomed, S.C.A., SICAR, og dette selskabs udlodninger gennem kapitalnedsættelse mv. til kapitalfondskon-

sortiet, at Nycomed, S.C.A., SICAR må anses som et gennemstrømningselskab i den konkrete sammenhæng.

For så vidt angår Nycomed S.C.A, SICAR udtaler EU-domstolen, at i det tilfælde, hvor selskabet faktisk er fritaget for selskabsskat (impôt sur le revenu des collectivités) i Luxembourg, jf. artikel 3, litra a, nr. iii, kan selskabet ikke anses for at være et "selskab i en medlemsstat" i direktivets forstand.

Det er ubestridt, at selskabet i Luxembourg er fritaget for beskatning af de omhandlede renter, og at selskabet derfor ikke kan påberåbe sig fordelene i rente-/royaltydirektivet, uanset om selskabet måtte være renternes retmæssige ejer.

Spørgsmålet er herefter, om Takeda A/S som grundlag for skattefritagelse kan påberåbe sig, at Nycomed S.C.A, SICAR er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg

Det følger af dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Luxembourg artikel 11, at renterne ikke kan beskattes i Danmark, såfremt den retmæssige ejer af renterne er hjemmehørende i Luxembourg. Dette gælder ifølge slutprotokollen dog ikke, hvis den retmæssige ejer er et holdingselskab, som er omfattet af den særlige luxembourgske lovgivning, "for tiden loven af 31. juli 1929 og storhertugens forordning af 17. december 1938".

Det er ubestridt, at Nycomed, S.C.A., SICAR er hjemmehørende i Luxembourg. Spørgsmålet er, om selskabet er omfattet af slutprotokollen og dermed ikke er skattefritaget i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Nycomed, S.C.A., SICAR er et kommanditselskab, der er omfattet af lov af 22. juni 2004 om Société d'investissement en capital à risque, dvs. investeringselskaber med risikokapital (SICAR-loven). For at være omfattet af loven, skal selskabets formål være at investere i "securities representative of risk capital in order to benefit investors from the results of the management of their assets in return for the risk they support". Det er endvidere et krav, at investeringerne kun er tilgængelige for såkaldte "informed investors". En "informed investor" skal opfylde nogle nærmere angivne krav, herunder være certificeret som havende

ekspertise og erfaring med investering i ”risk capital”, og investeringen skal være på mindst 125.000 euro. Loven ses ikke herudover at stille krav til selskabets investeringer.

Selskabet er ikke underlagt indkomstskat af indtægter fra investeringerne eller fra salg af investeringerne.

Et selskab omfattet af lov af 31. juli 1929 (1929-loven) er defineret som et holdingselskab, hvis eneste formål er at erhverve andele, i en hvilken som helst form, i andre selskaber, således at selskabet ikke har egen ”industrial activity” og ikke er et ”commercial establishment open to the public”. Selskabet er ikke underlagt indkomstskat. Der ses ikke at være andre krav til selskabet eller dets investeringer. Forordningen af 17. december 1938 omhandler samme selskaber, hvis samlede aktie- og obligationskapital er på en milliard franc eller derover, og fastsætter en meget begrænset beskatning af renter og udbytter betalt til investorerne.

Slutprotokollen omfatter efter sin ordlyd ”holdingselskaber”, som er karakteriseret ved at være omfattet af ”den særlige luxembourgske lovgivning ”for tiden” 1929-loven og 1938-forordningen.

Slutprotokollen må efter sin ordlyd herefter tillige omfatte holdingselskaber, der er reguleret af lovgivning vedtaget efter 1929 og 1938, for så vidt denne lovgivning har samme særlige karakteristika som disse love.

Selskaber omfattet af 1929-loven ses alene at være karakteriseret ved dels at være holdingselskaber, hvis formål er at erhverve andele i andre selskaber, således at det ikke har egen ”industrial activity” og ikke er et ”commercial establishment open to the public”, dels ved ikke at være underlagt skattepligt.

Et selskab omfattet af SICAR-loven ses alene at være defineret som et selskab, hvis formål skal være at investere i ”securities representative of risk capital in order to benefit investors from the results of the management of their assets in return for the risk they support”. Det er endvidere et krav, at investeringerne kun er tilgængelige for såkaldte ”informed investors”.

Landsretten finder, at SICAR-loven ligesom 1929-loven omfatter holdingselskaber, der investerer i andre selskaber, således at investeringerne ikke er tilgængelige for offentligheden. Begge selskabstyper er i det væsentlige ikke underlagt skattepligt. SICAR-loven er som det mindre i det mere begrænset til investeringer i risikokapital.

På denne baggrund finder landsretten, at Nycomed. S.C.A., SICAR er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomstens slutprotokol, således at selskabet er skattepligtig af renter efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

Det forhold, at selskaber omfattet af den luxembourgske lov af 30. marts 1988 om SICAV og SICAF selskaber (SICAV/SICAF-loven) efter SKATs opfattelse ikke er omfattet af slutprotokollen og dermed er skattefritaget efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, kan ikke føre til et andet resultat.

Det bemærkes herved, at selskaber omfattet af SICAV/SICAF-loven ikke er at anse som holdingselskaber som følge af lovens omfattende regler om kollektiv investering fra offentligheden efter princippet om risikospredning.

Heller ikke det forhold, at muligt andre selskabstyper efter luxembourgsk lovgivning vil kunne være omfattet af slutprotokollen kan føre til et andet resultat.

Foreløbig konklusion

Nycomed. S.C.A., SICAR må anses for at være den retmæssige ejer af de omhandlede renter og er derfor som udgangspunkt skattepligtig heraf i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d. Selskabet er ikke omfattet af den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

§ 2, stk. 1, litra d, sidste punktum

Takeda A/S har endvidere gjort gældende, at skattepligten for Nycomed Sweden Holding 2 AB under alle omstændigheder bortfalder i medfør af § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum, hvorefter skattepligten bortfalder, hvis det modtagende selskab godtgør, at den udenlandske selskabsbeskatning af renterne udgør mindst $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning, samt at selskabet ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab, som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning.

Takeda A/S har nærmere anført, at både Nycomed Sweden Holding 2 AB – og Nycomed Sweden Holding 1 AB, i det tilfælde at renterne måtte blive anset for viderebetalt til dette selskab i form af de tilskrevne koncernbidrag – er skattepligtig(e) af renterne, henholdsvis koncernbidragene, i Sverige med en skattesats på 28 %, hvilket udgør mindst $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning.

Som anført ovenfor finder landsretten, at de omhandlede renter er strømmet igennem både Nycomed Sweden Holding 2 AB og Nycomed Sweden Holding 1 AB og videre til Nycomed S.C.A, SICAR, der må anses for at være renternes retmæssige ejer.

Det er ubestridt, at Nycomed S.C.A., SICAR ikke er skattepligtig af renterne, og at dette selskab derfor ikke opfylder kravet i § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum, om at være underlagt en selskabsbeskatning af renterne på mindst $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning.

Betingelserne for skattefritagelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum, er således ikke opfyldt. Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum, medfører derfor ikke, at Takeda A/S' skattepligt af renterne bortfalder.

Administrativ praksis

Takeda A/S 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 2007-2009.

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 skatenedsættelse i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst, uanset at modtageren af rentetilskrivningerne 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 i det 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 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 indkomstmodtager”, af renter og udbytter. Skatteministeren oplyste den 15. maj 2007, at disse undersøgelser endnu ikke havde ført til udbyttebeskatning af udlodningerne til gennemstrømningsselskaber. Sager om beskatning af renter blev ikke omtalt i udtalelsen.

Om betydningen af forarbejderne, herunder skatteministerens besvarelse af spørgsmål til Skatteudvalget, til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, om beskatning af udbytteudlodninger, samt skattemyndighedernes administrative praksis vedrørende beskatning af udbytter, som Takeda A/S tillige har påberåbt sig, henvises til det, som landsretten har anført herom i sin dom af 3. maj 2021 i sagerne B-1980-12 og B-2173-12.

På denne baggrund findes der ikke at foreligge en administrativ praksis, der indebærer accept af arrangementer som det foreliggende. Takeda A/S har derfor ikke haft føje til at antage, at selskabet i en situation som den foreliggende var skattefritaget af de omhandlede rentetilskrivninger på 369.057.895 kr.

Kildeskattelovens § 69, stk. 1

Det følger af kildeskattelovens § 65 D, stk. 1, at Nycomed A/S (nu Takeda A/S) er ansvarlig for at indeholde kildeskatten på 369.057.895 kr.

I et tilfælde som det foreliggende, hvor Takeda A/S ikke har opfyldt sin indeholdelsespligt, følger det af kildeskattelovens § 69, stk. 1, at Takeda A/S over for det offentlige er umid-

delbart ansvarlig for betaling af det manglende beløb, medmindre selskabet godtgør, at der ikke er udvist forsømmelighed fra selskabets side ved iagttagelse af kildeskattelovens bestemmelser.

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 mellemed 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.

Takeda A/S hæfter herefter over for det offentlige for betalingen af 369.057.895 kr. i kilde-skat af renter.

Konklusion

Takeda A/S har tilkendegivet, at deres subsidiære påstand B som det mindre i det mere indeholder en påstand om hjemvisning til fornyet behandling ved Skattestyrelsen. Landsretten har derfor ikke fundet grundlag for at afvise denne påstand.

Skatteministeriet frifindes herefter i det hele.

Sagsomkostninger

Parterne er ikke fremkommet med bemærkninger vedrørende sagsomkostningernes størrelse.

Efter sagens udfald skal Takeda A/S betale sagsomkostninger til Skatteministeriet med i alt 3.000.000 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.

B-171-13 NTC Parent S.a.r.l. mod Skatteministeriet

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, og lovændringen pr. 1. maj 2006

I henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, første punktum, påhviler der et udenlandsk selskab skattepligt, for så vidt selskabet oppebærer renter fra kilder her i landet vedrørende gæld, som et selskab omfattet af § 1 har til udenlandske juridiske personer som nævnt i 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 påhviler.

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 transparente skattesubjekter efter dansk ret hidtil havde været undtaget fra bestemmelsens generelle anvendelsesområde, under nærmere angivne betingelser blev omfattet 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 indflydelse på de fællesejede selskaber, som indgår i købet.

De fem kapitalfonde ydede i december 2005 og januar 2006 lån på i alt 1,8 mia. euro til Nordic Telephone Company Investment ApS. Der blev for lånene udstedt såkaldte Preferred Equity Certificates (PECs). Det er ubestridt, at lovændringen pr. 1. maj 2006 – ved uændrede forhold – ville 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 dobbeltbeskatningsoverenskomst indgået med Danmark.

Der blev imidlertid få dage før, at lovændringen trådte i kraft, foretaget en række omstruktureringer, der indebar, at selskabet Angel Lux Common S.a.r.l., som også blev stiftet få dage før ikrafttrædelsen af lovændringen, blev ny kreditor på de ovennævnte lån fra kapitalfondene til Nordic Telephone Company Investment ApS.

Spørgsmålet i sagen er, om selskabet Angel Lux Common S.a.r.l., der er hjemmehørende i Luxembourg, kan påberåbe sig skattefritagelse i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d, 3. punktum, hvorefter skattepligten ikke omfatter renter, hvis beskatningen skal

frafaldes 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, dels fordi der foreligger retsmisbrug, dels fordi selskabet 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 præmissen vedrørende sag B-2942-12, Takeda A/S under frivillig likvidation mod Skatteministeriet, jf. ovenfor.

På samme måde henvises til det anførte i præmissen vedrørende sag B-2942-12 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.

Der skal herefter foretages en konkret vurdering af den omhandlede gæld med tilhørende renter.

Renterne på Nordic Telephone Company Investment ApS' lån i 2006, 2007 og 2008

Nordic Telephone Company Investment ApS' gældsforhold til Angel Lux Common S.a.r.l. blev stiftet ved, at de PECs, som Nordic Telephone Company Investment ApS havde udstedt til kapitalfondene, den 27. april 2006 blev overdraget fra kapitalfondene til Angel Lux Parent S.a.r.l., der samme dag overdrog dem videre til Angel Lux Common S.a.r.l. Ved disse overdragelser blev der etableret nye gældsforhold henholdsvis mellem kapitalfondene og Angel Lux Parent S.a.r.l. og henholdsvis mellem Angel Lux Parent S.a.r.l. og Angel Lux Common S.a.r.l. med samme hovedstol og med stort set samme rentesats. Der blev for gælden udstedt PECs fra Angel Lux Parent S.a.r.l. til kapitalfondene og fra Angel Lux Common S.a.r.l. til Angel Lux Parent S.a.r.l. Hovedparten af renterne blev tilskrevet

hovedstolen for de enkelte gældsforhold, mens en mindre del af renterne blev betalt effektivt.

I perioden 6. oktober til 10. november 2006 betalte Nordic Telephone Company Investment ApS et rentebeløb på 55.872.414 euro svarende til ca. 416 mio. danske kr. og nedbragte hovedstolen med 39.427.325 euro svarende til ca. 294 mio. danske kr., i alt 95.299.739 euro (ca. 710 mio. danske kr.). Af dette samlede beløb på 95.299.739 euro blev der overført renter og afdrag på i alt 606.857 euro til Angel Lux Common S.a.r.l. og 398.510 euro til Angel Lux Parent S.a.r.l., mens alle øvrige betalinger skete direkte til kapitalfondene. Efter betalingen skete der en reduktion af gældsforholdet mellem alle selskaberne – dvs. mellem Nordic Telephone Company Investment ApS og Angel Lux Common S.a.r.l., mellem Angel Lux Common S.a.r.l. og Angel Lux Parent S.a.r.l. og mellem Angel Lux Parent S.a.r.l. og kapitalfondene – med 39.427.325 euro eller et næsten tilsvarende beløb.

For indkomståret 2007 og 2008 er det oplyst, at Nordic Telephone Company Investment ApS skattemæssigt har fratrukket renteudgifter med henholdsvis i alt 191.721.225 euro svarende til 1.410.657.397 kr. og 110.606.219 euro svarende til 824.768.741 kr. Af disse beløb udgør betalte renter til Angel Lux Common S.a.r.l. henholdsvis 502.439 euro i 2007 og 2.880.370 euro i 2008, mens det resterende beløb er tilskrevne renter. Tilsvarende beløb er i begge årene bogført som renteindtægter hos både Angel Lux Common S.a.r.l. og Angel Lux Parent S.a.r.l., ligesom begge selskaber også i begge år har udgiftsført renter af tilsvarende størrelse. Nordic Telephone Company Investment ApS' restgæld samt de ikke-betalte tilskrevne renter blev den 10. juli 2008 konverteret til yderligere anpartskapital for Angel Lux Common S.a.r.l. i Nordic Telephone Company Investment ApS.

Om Angel Lux Parent S.a.r.l. og Angel Lux Common S.a.r.l. er det oplyst, at disse selskaber ikke fik tilført yderligere likviditet bortset fra de enkeltstående beløb, som de modtog fra Nordic Telephone Company Investment ApS den 6. oktober 2006, og for så vidt angår Angel Lux Common S.a.r.l. tillige de to rentebetalinger modtaget i henholdsvis 2007 og 2008. Angel Lux Common S.a.r.l.'s eneste aktiv, ud over anparterne i Nordic Telephone Company Investment ApS, var fordringen på PECs i samme selskab. Det kan efter de regnskabsmæssige oplysninger lægges til grund, at Angel Lux Parent S.a.r.l. og Angel Lux Common S.a.r.l. ikke udøvede andre aktiviteter af betydning end at administrere låneforholdene.

Landsretten bemærker herefter, at Nordic Telephone Company Investment ApS oprindeligt stod i et direkte gældsforhold til de omhandlede kapitalfonde, og at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at stiftelsen og indskydelsen af de to luxembourgske selskaber, Angel Lux Parent S.a.r.l. og Angel Lux Common S.a.r.l., og de dispositioner, der som følge heraf blev foretaget for så vidt angår gældsforholdene, i det hele må betragtes som ét samlet og på forhånd tilrettelagt arrangement. Det må endvidere lægges til grund, at hovedformålet med arrangementet var at opnå skattefrihed for renterne, der uden arrangementet ville have været skattepligtige. Ledelsen i alle de involverede selskaber bestod af samme persongruppe, således som det var fastlagt i konsortieaftalerne, der i øvrigt indeholdt nøje fastlagte principper for arrangementet, herunder om bestemmende indflydelse fra ”Investors Committee”. Selskabet Angel Lux Common S.a.r.l. havde under disse omstændigheder ingen reel råderet over renteindtægterne. Det samme gør sig gældende for Angel Lux Parent S.a.r.l.

Formålet med transaktionerne i den nye selskabsstruktur ses ikke at have haft nogen forretningsmæssig begrundelse, men alene til formål at undgå beskatning. Selskaberne Angel Lux Common S.a.r.l. og Angel Lux Parent S.a.r.l. har således i relation til de omhandlede renter på gælden alene fungeret som gennemstrømningselskaber. Landsretten finder herefter, at der foreligger retsmisbrug.

Angel Lux Common S.a.r.l. kan herefter ikke anses som renternes retmæssige ejer og kan ikke påberåbe sig skattefritagelse efter rente-/royaltydirektivet. Angel Lux Common S.a.r.l. kan af de samme grunde heller ikke påberåbe sig skattefritagelse efter den dansk-luxembourgske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det kan ikke føre til et andet resultat, at den overvejende del af renterne ikke blev betalt løbende, men blev tilskrevet lånets hovedstol, idet den skattemæssige virkning indtrådte ved tilskrivningerne/bogføringen.

For så vidt angår anbringendet om, at SKATs afgørelse om kildeskat på renterne er en ændring med tilbagevirkende kraft af en fast administrativ praksis, henvises til landsrettens præmis om administrativ praksis i sagen BS-2942-12, Takeda A/S under frivillig likvidation mod Skatteministeriet.

Herefter frifindes Skatteministeriet for NCT Parent S.a.r.l.’s principale påstand.

Den subsidiære og mere subsidiære påstand

For det tilfælde, at Angel Lux Common S.a.r.l. ikke måtte blive anset for retmæssig ejer af renterne, har NTC Parent S.a.r.l. gjort gældende, at de bagvedliggende investorer i de fem kapitalfonde skal anses for de retmæssige ejere. Der er henvist til de fremlagte oversigter udarbejdet af hver kapitalfond. Det er nærmere gjort gældende, at der ikke er dansk begrænset skattepligt for den del af renterne, som tilkommer de ultimative investorer, som var hjemmehørende i en jurisdiktion, som Danmark i de pågældende indkomstår havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.

Skatteministeriet har bestridt, at de fremlagte oversigter udgør tilstrækkeligt bevis for identiteten af de bagvedliggende investorer. Skatteministeriet har gjort gældende, at der i en situation som den foreliggende, hvor der er tale om et arrangement med gennemstømningsenheder, 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.

Landsretten bemærker indledningsvist, at SKAT ikke under sagsbehandlingen op til eller i forbindelse med afgørelsen truffet den 18. marts 2011 kan anses for at have givet tilsagn om skattnedsættelse.

Landsretten finder endvidere, at det ikke er godtgjort, at de bagvedliggende investorer i de fem kapitalfonde skal anses for at være de retmæssige ejere af renterne fra Nordic Telephone Company Investment ApS. Der foreligger således navnlig ingen dokumentation for, hvad der er sket med pengestrømmen, efter at den er endt i kapitalfondene.

Som følge heraf frifindes Skatteministeriet for den subsidiære og den mere subsidiære påstand.

Den mest subsidiære påstand – kildeskattelovens § 69, stk. 1

Det følger af kildeskattelovens § 65 D, stk. 1, at Nordic Telephone Company Investment ApS (nu NTC Parent S.a.r.l.) er ansvarlig for at indeholde kildeskatten, som ved SKATs afgørelse af 5. oktober 2015 blev endeligt opgjort til 817.238.912 kr.

I et tilfælde som det foreliggende, hvor indeholdelsespligten ikke er opfyldt, følger det af kildeskattelovens § 69, stk. 1, at Nordic Telephone Company Investment ApS (nu NTC

Parent S.a.r.l.) 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.

Da det må lægges til grund, at Nordic Telephone Company Investment ApS (nu NTC Parent S.a.r.l.) har været bekendt med de faktiske omstændigheder ved rentebetalingerne/-tilskrivningerne, herunder at formålet med at indskyde de to luxembourgske selskaber som mellemlid alene var at undgå dansk kildebeskatning som redegjort for ovenfor, hæfter Nordic Telephone Company Investment ApS (nu NTC Parent S.a.r.l.) over for det offentlige for betalingen.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at der på tidspunktet for rentebetalingerne/-tilskrivningerne i 2006-2008 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.

NTC Parent S.a.r.l. hæfter herefter over for det offentlige for betalingen af 817.238.912 kr.

På denne baggrund frifindes Skatteministeriet ligeledes for den mest subsidiære påstand.

Konklusion

Skatteministeriet frifindes.

Sagsomkostninger

Parterne er ikke fremkommet med bemærkninger vedrørende sagsomkostningernes størrelse.

Efter sagens udfald skal NTC Parent S.a.r.l. betale sagsomkostninger til Skatteministeriet med i alt 3.500.000 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.

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

Skatteministeriet frifindes for de af Takeda A/S under frivillig likvidation nedlagte påstande i sagen B-2942-12.

Skatteministeriet frifindes for de af NTC Parent S.a.r.l. nedlagte påstande i sagen B-171-13.

I sagsomkostninger for landsretten skal Takeda A/S under frivillig likvidation inden 14 dage betale 3.000.000 kr. til Skatteministeriet.

I sagsomkostninger for landsretten skal NTC Parent S.a.r.l. inden 14 dage betale 3.500.000 kr. til Skatteministeriet.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den