

DOM

Afsagt den 13. marts 2015 af Østre Landsrets 23. afdeling
(landsdommerne Steen Mejer, Gunst Andersen og Sune Dalgaard-Nielsen (kst.)).

23. afd. nr. B-2896-13:

RF Holding ApS

(advokat Bente Møll Pedersen)

mod

Skatteministeriet

(kammeradvokaten v/advokat Søren Horsbøl Jensen)

Denne sag, der er anlagt ved København Byret den 27. februar 2013, er ved byrettens kendelse af 16. september 2013 henvist til behandling ved Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1. Sagen angår prøvelse af Landsskatterettens kendelse af 29. november 2012, hvorved sagsøgeren, RF Holding ApS, blev anset for indeholdelsespligtig af udbytteskat af udbytte i form af fem fordringer, der blev udloddet den 8. juni 2005.

Sagsøgeren, RF Holding ApS, har nedlagt påstand om, at sagsøgte, Skatteministeriet, skal anerkende, at RF Holding ApS ikke er pligtig at indeholde udbytteskat med 17.604.962 kr. svarende til 28 % af udbytte på 62.874.867 kr., der den 8. juni 2006 blev udloddet fra RF Holding ApS til LMR Investments S.à r.l., Luxembourg, og at sagsøger ikke hæfter for indbetaling af det ikke indeholdte beløb.

Sagsøgte, Skatteministeriet, har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Den 29. november 2012 afsagde Landsskatterettens følgende kendelse:

”Landsskatterettens afgørelse

Indkomståret 2006

SKAT har anset Selskabet for indeholdelsespligtig af udbytteskat af udbytte på 62.874.867 [kr.] udbetalt til sit moderselskab i Luxembourg, opgjort til 17.604.962 kr.

Landsskatteretten stadfæster afgørelsen.

...

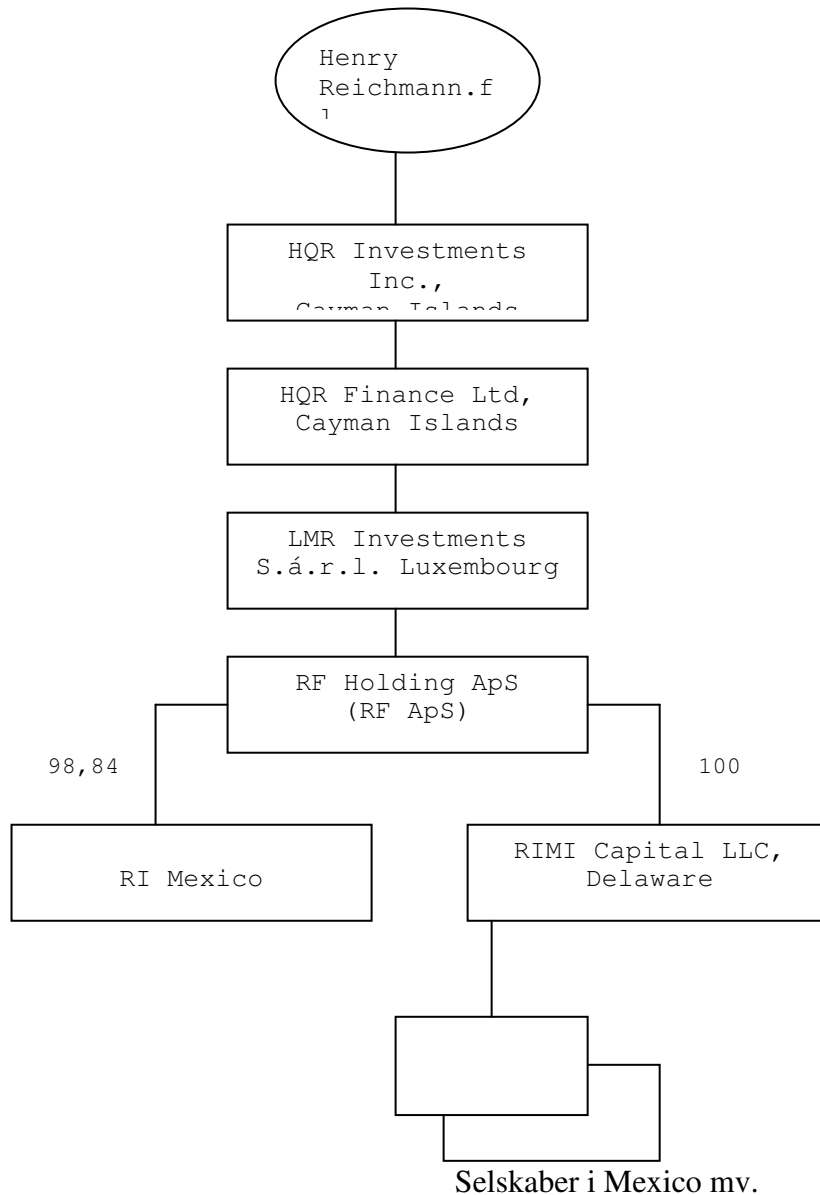
Sagens oplysninger

Det danske selskab RF Holding ApS (RF ApS), der blev stiftet i 1999 af HQR Finance Ltd. på Cayman Islands (HQR Ltd.), indgår i en større koncern, der er ultimativt ejet af Henry Reichmann og en trust beliggende på Guernsey. Koncernen er en af verdens ledende udviklere indenfor fast ejendom.

RF ApS ejer samtlige ejerandele i Rimi Capital LLC, Delaware (hovedkontoret), der har ejerinteresser i en kontorbygning, Torre Mayor, i Mexico (filialen). Derudover ejer selskabet 98,84 % af ejerandelene i Reichmann International Mexico SA de C.V. (RI).

Indtil 6. juli 2005 var det danske selskab direkte ejet af HQR Ltd., der igen var ejet af et andet selskab, HQR Investments Inc. (HQR Inc.), Cayman Islands.

Fra den 6. juli 2005 blev et selskab i Luxembourg, LMR Investments S.á.r.l. (LMR), der var stiftet i 1999, indsat mellem selskabet i Danmark og selskaberne på Cayman Islands (hvoraf det nederste blev opløst pr. 30. juni 2006, og det øverste likvideret med udgangen af 2009). LMR's erhvervelse af det danske selskab skete ved lån fra HQR Inc. på 24.905.000 € (ved udstedelse af Promissory Note). Strukturen ser herefter således ud:



Om LMR er oplyst, at selskabets formål er at være holdingselskab for selskaber i Luxembourg eller udenlandske selskaber og deltage i andre former for investeringer mv.

Om baggrunden for LMR's erhvervelse af det danske selskab er oplyst, at Reichmann-Gruppen har flere selskaber i Luxembourg, der er center for ledelse og administration af Reichmann-Gruppens selskaber uden for Canada og med investeringer i Mexico, U.K., United States, Israel og andre steder. Overførslen af det danske selskab til LMR var derfor for koncernen logisk og forretningsmæssigt begrundet.

LMR ledes efter sine vedtægter af en eller flere direktører og har ikke en bestyrelse. Reichmann-Gruppen har valgt at centralisere alle generalomkostninger i Luxembourg, herunder udgifter til lokaler og medarbejdere, i et søsterselskab til LMR, LMR Global Holding S.á.r.l. (LMR Global). Gruppens samlede omkostninger til administration i Luxembourg andrager ca. 165.000 euro årligt. Koncernen har ikke set nogen fordel i at

refakturere og fordele omkostningerne hos koncernselskaberne. LMR har derfor ikke ansatte medarbejdere på lønningslisten eller lokaler i Luxembourg. RF ApS havde i 2006 2 medarbejdere på lønningslisten, herunder Kuy Ly Ang, som også var en af 3 administrerende direktører i LMR.

RF ApS havde i årene 1999-2002 erhvervet de to datterselskaber, Rimi Capital LLC, Delaware, og Reichmann International Mexico S.A de C.V. via lån fra HQR Ltd. og HQR Inc., som også finansierede driften i datterselskaberne. Lånefinansieringen blev i 2004 overtaget af LMR, hvilket ifølge det danske selskab skyldtes, at det var ineffektivt at administrere en række lån i København, når resten af holding-, finansiering- og treasuryfunktionerne blev varetaget på kontorer i Luxembourg.

LMR modtog i 2006 udbytte fra RF ApS på i alt 62.874.867 kr. Udbytteudlodningen blev vedtaget den 8. juni 2006 i forbindelse med selskabets generalforsamling for 2005. Udbyttet er ikke en kontant udlodning, men består i fordringer på HQR Inc. i form af 5 promissory notes, som er udstedt fra 31. marts 2005 til 31. juli 2005, på i alt 10.848.724 \$.

Om baggrunden for udstedelsen af de 5 promissory notes med HQR Inc. som debitor er af repræsentanten oplyst, at de amerikanske og tyske investorer i Torre Mayor-bygningen i årene 2002-2005 var blevet tilbudt cash-flow garantier for at få dem til at betale den fulde pris for deres investeringer i bygningen, som om bygningen allerede genererede et 9 % afkast, uanset det var klart, at et sådant afkast ikke ville kunne opnås før bygningen var fuldt udlejet og frie lejeperioder udløbet. RIMI (filialen) var således, hvis det kontante afkast ikke androg 9 %, forpligtet til, at foretage garantiudbetalinger ("top-up"-beløb). Investorerne forpligtede sig samtidig til at tilbagebetale disse "top-up"-beløb, men kun i tilfælde af, at de i fremtiden aktuelt modtog afkast udover 9 %, hvilket ville kunne forekomme, hvis der blev fuld udlejning. Idet Torre-Mayor-bygningen ikke genererede overskud, og da RIMI (filialen) ikke havde andre indkomstkilder, blev "top-up"-beløb betalt af RIMI's ultimative aktionærer "HQR Investments fra ikke-Mexicanske kilder". Med en enkelt undtagelse skete betalingerne direkte til de amerikanske og tyske investorer.

Tilblivelsen af de 5 promissory notes, og transaktioner i tilknytning hertil, havde til formål at skabe præstationsmæssige fordele i relation til filialens regnskab ("accounting presentation benefits") i form af at øge aktivsiden i regnskabet. Ingen af dispositionerne involverede kontante overførsler.

De præstationsmæssige fordele bestod i, at der blev placeret nogle fordringer i RIMI's filial i Mexico, der kunne modsvare den gæld, der opstod i filialen som følge af HQR Inc.'s betalinger af "Top Up" beløb, som filialen, jf. ovenfor, var forpligtet til at betale til investorerne i Torre Mayor-projektet.

Ifølge repræsentanten blev de 5 promissory notes udloddet fra RIMI's filial til RIMI's hovedkontor, der herefter videreudloddede fordringerne til RF ApS, som igen videreudloddede disse til LMR. Dette skete på generalforsamling den 8. juni 2006, jf. dog nedenfor.

Koncernens canadiske advokat, advokat John Ulmer, har i et ikke underskrevet eller dateret notat forklaret:

”As already explained by the Group attorney in the document attached as Appendix 2 to SKAT’s presentation of the case, the only money sent to the investors in 2005 was transferred directly from HQR to the U.S. and German investors. The transactions explained by SKAT in detail in their Appendix 3 were mainly funding transactions which did not involve cash but were by letters of direction designed to achieve certain accounting presentation objectives by increasing the equity of RIMI to allow a netting of its reimbursement obligation to HQR for the Top-Up Payments which it was already recording as a liability against an equivalent receivable from HQR which would be recorded as an asset. Each time that RIMI’s Mexican branch booked a liability for Top-Up Payments starting in April 2004, therefore, the branch equity was increased by a directed transfer which started with HQR, and the branch recorded a retransfer to HQR as an advance under a Line of Credit Agreement dated April 29, 2004, a copy of which is attached as Appendix a. Another purpose of showing the advances under the Line of Credit Agreement was to reflect the potential recovery of the Top-Up Payments from the investors in the future, which if ever received by HQR from the investors would then have been repaid to RIMI’s Mexican Branch under the Line of Credit Agreement. Significantly, section 3 of the Line of Credit Agreement provided that the obligation of HQR to repay the advances to RIMI’s Mexican branch was limited in recourse to the recovery of any amounts by HQR from the investors.”

Efterfølgende blev man klar over, at der i RIMI- filialen i Mexico ville ske en beskatning af de pågældende tilgodehavender, som mere end opvejede de præstationsmæssige fordele, der blev opnået ved placeringen af fordringerne i filialen. Derfor overførte RIMI-filialen de modtagne tilgodehavender til filialens hovedkontor.

Ved en kapitalnedsættelse i RIMI den 31. december 2005 blev de 5 promissory notes på alt 10.848.724 \$ udloddet fra hovedkontoret til RF ApS med virkning fra den 31. maj 2006, hvorfra de blev videreudloddet til LMR på generalforsamling den 8. juni 2006. Af referat fra generalforsamlingen fremgår: ”... It is proposed to declare a dividend of USD 10,848,724 to the parent company. It is hereby accepted that the assignment of a series of promissory notes on 31 May 2006 is in satisfaction of the dividend payment to the parent company and no further action is required. It is proposed to carry the balance profit forward to next year.” Af e-mail af 20. februar 2007 fra John Ulmer til DHaval Sanghavi fremgår om udlodningen fra RIMI til RF ApS, at ” The documents for the assignment to RF Holdings ApS were actually completed in December 2005, even though they were effective on May 31, 2005.”

Udlodningen, som medførte en faktisk nedgang i RF ApS’s egenkapital, fremgik i første omgang ikke af LMR’s årsrapport for 2006. Efter SKATs forespørgsel den 18. februar 2009 herom blev årsrapporten rettet og et nyt regnskab for 2006 blev den 19. marts 2009 indleveret til Erhvervs- og Selskabsregistret i Luxembourg, ligesom der den 23. marts 2009 blev indsendt selvangivelse samt korrigeret regnskab til skattemyndighederne i Luxembourg. LMR blev i den anledning pålagt kapitalsskat for 2007 med 37.950 €.

Ifølge repræsentanten er der tale om en åbenlys fejl, når udlodningen og det koncerninterne tilgodehavende i første omgang ikke fremgik af årsrapporten. Der er herved henvist til, at selskaber i Luxembourg normalt ikke er underlagt revisionskrav, og efter en nærmere undersøgelse blev man opmærksom på fejlen. Fejlen skyldtes bl.a., at der ikke var kontante overførsler til bankkontoen, ligesom der var mange komplicerede transaktioner i 2006. Udlodningen blev imidlertid registreret i LMR's bøger på udlodningstidspunktet. Der er herved henvist til Record Book Index for Reichmann International, Mexico, Torre Mayor Funding of Entities and Related Transactions January - December 2006. Indekset indeholder følgende, idet de her omhandlede registreringer omfatter punkt XVIII, registreringer 84-86:

- I. Fourth Quarter 2005 Gurantee Payments - January 30, 2006
(registreringer 1-7),
- II. Advance to Rio Elba Trust - February 27, 2006
(registreringer 8- 12),
- III. Interest Payment under the RIMI Development-Land Trust Loan Agreement - March 3, 2006
(registreringer 13-14),
- IV. First Quarter 2006 Gurantee Payments - April 25, 2006
(registreringer 15- 22),
- V. Advance to Rio Elba Trust - April 28, 2006
(registreringer 23-25),
- VI. Interest Payment under the RIMI Development Loan and Advance to Rio Elba Trust - July 26/31, 2006
(registreringer 26-31),
- VII. Second Quarter 2006 Guarantee Payments and Advance to Rio Elba Trust - July 28/31,2006
(registreringer 32-42),
- VIII. Advance to RI Management - October 25, 2006
(registreringer 43-45),
- IX. Interest Payment under the RIMI Development Loan and Advance to RI Management - October 11/November 6, 2006
(registreringer 46-51),
- X. Third Quarter 2005 Gurantee Payments - October 30, 2006
(registreringer 52-57)
- XI. Advance to Rio Elba Trust - November 13/21/22, 2006
(registreringer 58-63),
- XII. Advance to Rio Elba Trust - December 1, 2006
(registreringer 64-65),
- XIII. Interest Payment under the RIMI Development Loan and Advance to Rio Elba Trust - December 5-6, 2006
(registreringer 66-71),
- XIV. Advance to Rio Elba Trust - December 13, 2006
(registreringer 72-77),
- XV. Advance to RI Management - December 29, 2006
(registreringer 78-81),
- XVI. Conosisa Note
(registrering 82),

- XVII. LMR-TM Company: Amentdment of March 3, 2005 Loan Agreement (registrering 83),
- XVIII. Payment of Dividend by RF (registreringer 84-86), og
- XIX. DWPV Memorandum (registrering 87, dateret January 30, 2007).

Under revisionen af regnskabet for LMR blev det samtidig konstateret, at regnskabet ved en fejl heller ikke havde taget højde for en i slutningen af 2006 foretaget overdragelse af LMR's gæld til HQR Inc. på 24.905.000 €, som jf. ovenfor hidrørte fra erhvervelsen af RF ApS, til koncernselskabet RF Holdings Ltd., Guernsey, hvilket derpå blev rettet, hvormed den evt. modregningsadgang ikke længere var til stede. Som dokumentation for overdragelsen er henvist til promissory note af 31. december 2006, hvoraf fremgår følgende: " For value received, the undersigned hereby agrees to pay on demand to RF Holdings Limited at Unsworth & Associates, Herengracht 483, 1017 BT, Amsterdam, the sum of Twenty-four Million, Nine Hundred and Five Thousand, Euros (€ 24,905,000), such principal sum to bear interest at the rate of 6 month EURXBOR plus 2% from July 7, 2005, calculated and payable annually."

Ultimo 2006 var LMR's hovedkreditor ændret fra at være HQR Inc. til RF Holdings Ltd., Guernsey, og ultimo 2008 fra RF Holdings Ltd., Guernsey, til RC Investments LLC, Caymann Islands.

Ultimo 2009 var LMR's fordringer på HQR's Inc., herunder de omhandlede Promissory notes, overtaget af RC Investments LLC, hvilket var sket i forbindelse med likvidation af HQR's Inc.

Såvel RF Holdings Ltd. som RC Investments LLC var på de omhandlede tidspunktet ultimativt ejet af Henry Reichmann.

Med klagen er vedlagt redegørelser, ifølge repræsentanten fra koncernadvokaten John Ulmer. Heraf samt af sagens øvrige oplysninger fremgår nærmere om de omhandlede 5 promissory notes, der fordeler sig således:

1. 1.597.808 \$, udstedt 30. april 2005
2. 2.787.287 \$, udstedt 31. juli 2005
3. 1.883.648 \$, udstedt 28. juli 2005
4. 2.000.000 \$, udstedt 31. marts 2005
5. 2.579.980 \$, udstedt 5. april 2005

Promissory note på 1.597.808 \$, udstedt 30. april 2005

Den 28. april 2005 overfører HQR Inc. 1.597.808 \$ direkte til de amerikanske investorer i Torre Mayor bygningen. Betalingen foretages på vegne RIMI (filialen), der var forpligtet til at udbetale "Top Up payments" til investorerne. Dette indebærer, at RIMI (filialen) har en gæld til HQR Inc. på et tilsvarende beløb.

RIMI-filialen indgår i en aftale (Line of Credit Agreement) med HQR Inc. om i takt med betaling af "Top-Up"-beløb at overføre beløb ("advances") til HQR Inc. mod tilbagebetaling på visse betingelser.

For at afspejle de regnskabsmæssige poster” underskrives en række dokumenter: Den 28. april 2005 overfører HQR Inc. en fordring på sig selv på 1.597.808 \$ via LMR til RF ApS som lån. Fordringen på HQR Inc. videreoverføres til RIMI (hovedkontoret) ved kapitalforhøjelse. Fra RIMI (hovedkontoret) videreoverføres fordringen til RIMI (filialen) ved kapitalforhøjelse, hvorfra fordringen føres tilbage til HQR Inc. Om sidstnævnte overførsel er i brev af repræsentanten nærmere oplyst: ”*filialen foretog en bogføring af overførslen til HQR Inc. som et forskud i henhold til Line of Credit Agreement af 29. august 2004. Dermed opstod et aktiv i bøgerne, som kunne udligne de USD 1.597.808, der var bogført som gæld til HQR Inc., svarende til Top Up amounts, som HQR Inc. havde betalt på vegne af RIMI (filialen)*”.

Af oplysninger fra repræsentanten, jf. hendes brev af 19. oktober 2011 sammen med oplysninger fra koncernens advokat John Ulmer mv., fremgår at dagen efter, den 29. april 2005, tilbageføres - som følge af skattemæssige forhold i Mexico - kapitalforhøjelsen i filialen. Samtidig overføres rettighederne i henhold til Line of Credit Agreement til hovedkontoret. Da hovedkontoret ikke er aftalepart i denne aftale, overfører HQR Inc. et beløb på 1.597.808 \$ til hovedkontoret ved udstedelse af en promissory note af 30. april 2005 (tilgodehavende på HQR Inc.). Samtidig bortfalder HQR Inc.’ forpligtelser over for filialen i henhold til Line of Credit Agreement for et tilsvarende beløb.

Derpå udlodder RIMI (hovedkontoret) den pågældende promissory note til RF ApS, som på generalforsamling den 8. juni 2006, videreudlodder noten til LMR. Udlodningen til RF ApS sker formelt den 31. maj 2006.

Den 31. december 2004 var blevet overført midler fra RF ApS (modtaget udbytte fra RIMI) på i alt 204.423.038 kr. til HQR Inc. som lån, og RF ApS bogførte i den forbindelse et tilgodehavende hos HQR Inc.

RF ApS’s gæld på 1.597.808 \$ til LMR indfries ved overførsel til LMR af andel af dette tilgodehavende på HQR Inc. LMR’s samtidige gæld på 1.597.808 \$ til HQR Inc. er ikke oplyst indfriet.

Nettoresultatet er herefter, bl.a. at LMR har et krav på HQR Inc. på 1.597.808 \$ i henhold til den den 30. april 2005 udstedte promissory note. LMR’s gæld til HQR Inc. på samme beløb er ikke oplyst indfriet, mens RF ApS’ gæld til LMR er indfriet ved overdragelse af andel af oprindelige fordring på HQR Inc. (204.423.038 kr.), som herefter er reduceret med et tilsvarende beløb.

Promissory Notes på 2.787.287 \$ og 1.883.648 \$ af henholdsvis 31. juli og 28. juli 2005
Den 28. juli 2005 overfører RF ApS en andel på 4.670.936 \$ af sit den 31. januar 2004 erhvervede tilgodehavende på HQR Inc. på oprindelig 204.423.038 kr., jf. ovenfor, til RIMI (hovedkontoret) ved kapitalforhøjelse.

Af oplysninger fra repræsentanten, jf. hendes brev af 19. oktober 2011 sammen med oplysninger fra koncernens advokat John Ulmer mv., fremgår at ved bogføringen overføres af de 4.670.936 \$ 2.787.287 \$ til RIMI (filialen) ved kapitalforhøjelse, hvor beløbet tilbageføres til HQR Inc., ifølge repræsentanten som ”*en forskudsbetaling til HQR Inc. i henhold til Line of Credit af 29. april 2004*”. Dermed får RIMI (filialen) et aktiv i bøgerne, som kan udligne de 2.787.287 \$, der er bogført som gæld til HQR Inc.

Dagen efter, den 29. juli 2005, tilbageføres - som følge af skattemæssige forhold i Mexico - kapitalforhøjelsen i filialen. Samtidig overføres rettighederne i henhold til Line of Credit Agreement til hovedkontoret. Da hovedkontoret ikke er aftalepart i denne aftale, overfører HQR Inc. et beløb på 2.787.287 \$ til hovedkontoret ved en promissory note af 31. juli 2005 (tilgodehavende på HQR Inc.). Samtidig bortfalder HQR Inc.' forpligtelser overfor filialen i henhold til Line of Credit Agreement med samme beløb.

For det resterende beløb på 1.883.648 \$ (4.670.936 \$ - 2.787.287 \$) udsteder HQR Inc. en promissory note af 28. juli 2005 (tilgodehavende på HQR Inc.) til RIMI (hovedkontoret). Ifølge repræsentanten *"for at bekræfte den saldo, der fortsat er skyldig af HQR Inc. til RIMI (hovedkontoret)"*.

Herefter udloddes de pågældende promissory notes, i alt 4.670.936 \$, til RF ApS, som videreudlodder noterne til LMR den 8. juni 2006.

Nettoresultatet er herefter, bl.a. at LMR har et krav på HQR Inc. på 4.670.936 \$ i henhold til de udstedte promissory notes. RF ApS' oprindelige fordring på HQR Inc. (204.423.038 kr.) er reduceret med et tilsvarende beløb.

Promissory Notes på 2.000.000 \$ og 2.579.980 \$ af henholdsvis 31. marts og 5. april 2005

Den 3. marts 2005 overføres fra HQR Inc. via LMR 4.688.046 \$ til RF ApS som lån. RF ApS videreoverfører provenuet til RIMI (hovedkontoret) ved kapitalforhøjelse, idet provenuet videreoverføres til RIMI (filialen) ved kapitalforhøjelse.

Af oplysninger fra repræsentanten, jf. hendes brev af 19. oktober 2011 sammen med oplysninger fra koncernens advokat John Ulmer mv., fremgår at, den 31. marts 2005 tilbageføres kapitalforhøjelsen som følge af skattemæssige forhold i Mexico. Samtidig overføres for 1.628.852 \$ vedkommende rettigheder i henhold til Line of Credit Agreement til hovedkontoret, og for 371.147 \$ vedkommende tilgodehavender hos en relateret enhed. Samme dag udstedes en promissory note på 2.000.000 \$ fra HQR Inc. til RIMI (hovedkontoret) til verificering af hovedkontorets tilgodehavende hos HQR Inc.

Den 5. april 2005 tilbageføres kapitalforhøjelsen med yderligere 2.579.980 \$. Samtidig overføres tilgodehavender på moms (vat). RIMI (hovedkontoret) overfører først tilgodehavenderne til HQR Inc., hvorved hovedkontoret får en fordring på HQR Inc. på samme beløb. Dette sker ved udstedelse af promissory note af 5. april 2005 på 2.579.980 \$.

Herefter udloddes de udstedte promissory notes til RF, som videreudlodder disse til LMR.

RF ApS's gæld på 4.688.046 \$ til LMR indfries ved overførsel til LMR af andel af fordringen på HQR Inc. på oprindelig 204.423.038 kr., jf. ovenfor.

Nettoresultatet er herefter, bl.a. at LMR har et krav på HQR Inc. på i alt 4.579.980 \$ i henhold til de udstedte promissory notes. LMR's gæld til HQR Inc. på samme beløb er ikke oplyst indfriet, mens RF ApS' gæld til LMR er indfriet ved overdragelse af andel

af oprindelige fordring på HQR Inc. (204.423.038 kr.), som herefter er reduceret med et tilsvarende beløb.

SKATs afgørelse

SKAT har anset RF ApS for indeholdelsespligtig af udbytteskat, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens § 65, i 2005 med 17.604.962 kr. (28 % af 62.874.867 kr.), samt anset selskabet for at hæfte for betalingen af den ikke-indeholdte udbytteskat.

Efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., er selskaber, der har hjemsted i udlandet, som udgangspunkt skattepligtige til Danmark af udbytte, der oppebæres fra kilder her i landet. Dette gælder dog ikke udbytte, som oppebæres af et selskab, der ejer mindst 20% (i 2006) i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken periode udbyttetidspunktet skal ligge, jf. den dagældende bestemmelses 2. og 3. pkt. Som en undtagelse til ovennævnte udgangspunkt, følger det af samme bestemmelse, jf. 4. pkt., at kildebeskatningen af udbytte skal frafalde, når der efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder-/datterselskabsdirektivet 90/435/EØF består en forpligtelse til enten at frafalde eller nedsætte kildebeskatningen. Det er ubestridt, at udbyttet hidrører fra RF ApS, og at udbyttet dermed "oppebæres fra kilder her i landet". Endvidere er udbyttet betalt opad i koncernen, hvor der — efter SKATs oplysninger — ikke er danske selskaber, hvorfor det kan lægges til grund, at udbyttet er oppebåret af et selskab med hjemsted i udlandet. Det er dermed SKATs opfattelse, at betingelserne for, at der som udgangspunkt pålægges begrænset skattepligt af udbyttet, er til stede.

Efter kildeskattelovens § 65, stk. 1, skal selskaber, der er skattepligtige efter selskabsskatteloven som udgangspunkt indeholde udbytteskat i forbindelse med enhver vedtagelse eller beslutning om udbetaling eller godskrivning af udbytte. Skattepligten i medfør af § 2, stk. 1, litra c, er endeligt opfyldt ved den i henhold til kildeskattelovens § 65 foretagne indeholdelse af udbytteskat, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 2, 2. pkt.

HQR Inc. er reelt modtager af/rette indkomstmotager i relation til udbyttet.

Der er herved henvist til, at baggrunden for overdragelsen af RF ApS til LMR, der alene ejer aktier i dette selskab, er uvis.

Af fremlagte koncernoversigter kan det ikke entydigt konstateres, som hævdet af repræsentanten, at overdragelsen er sket som led i en international omstrukturering. Koncernoversigterne, der ikke er daterede, illustrerer, at koncernen har 4 luxembourgske selskaber, hvoraf nogle har datterselskaber, samt lån til koncernforbundne selskaber. Af fremlagte bankbilag for perioden 2003-2006 fremgår endvidere, at der årligt kun er få posteringer, der har karakter af mindre udgifter til administration af LMR til eksempelvis gebyrer m.v. Desuden fremgår, at der ikke har været pengestrømme gennem LMR med henholdsvis koncernkreditorer på Cayman Islands og Guernsey og koncerndebitorerne i Danmark og Mexico, hverken i form af udlån, renter eller rentebetaling.

Ingen af lånebeløbene, hverken hovedstol, renter eller afdrag, er overført via LMRs bankkonto. Det må derfor formodes, at finansieringen, afdrag og renter foretages direkte mellem koncernselskaberne på Cayman Islands / Guernsey og debitorerne. For at få

afdækket pengestrømmene omkring lånetransaktionerne og udbytte har SKAT anmodet om bankkontoudtog for HQR Inc. for regnskabsårene 2003- 2006 med angivelse af, hvad de enkelte transaktioner vedrører, og hvem modparten er. RF ApS har ikke fremlagt disse dokumenter, da disse hævdes ikke at være relevante for sagen.

Hertil kommer, at udlodningen af de 5 promissory notes ikke fremgik af LMR's oprindelige årsrapport for 2006, men årsrapporten er simpelthen blevet ændret i forlængelse af SKATs henvendelser om sagen.

Selv om den ændrede årsrapport muligvis har udløst en - i forhold til udbytteskatten på 17.604.962 kr. - ubetydelig skattebetaling i Luxembourg, dokumenterer dette ikke, at udbyttet faktisk er modtaget af LMR. Der er ikke grundlag for - i mangel af sikker dokumentation for, at årsrapporten svarer til de faktiske beløbsmæssige transaktioner, der har fundet sted - at lægge den senere fremsendte, tilrettede årsrapport for LMR til grund. Dette gælder ikke mindst, fordi selskabet ikke har dokumenteret, hvordan de nævnte transaktioner har været behandlet i HQR Inc.s årsrapport mv.

Selskabet har ikke godtgjort, at det forhold, at udbyttet ikke er medtaget i LMR's regnskab, skyldes en fejl. Selskabet har da også i en skrivelse af 1. juli 2010 til SKAT, anført at "der var ingen fejl i regnskaberne vedrørende LMRs forpligtelser overfor HQR", hvilket modsiges i mail af 26. august 2010, hvor det er anført, at der var en skrivefejl i årsrapporten for 2006.

Selskabet har i klagen anført, at "Udlodningen af Promissory Notes blev korrekt registreret i LMR's bøger på udlodningstidspunktet". Til støtte herfor er fremlagt et Record Book Index angående "Reichmann International Mexico, Torre Mayor, Funding of Entities and Related Transactions" for kalenderåret 2006. Heraf ses bl.a., at generalforsamlingsbeslutningen i RF ApS den 8. juni 2006 er anført som registrering nr. 84, at registrering nr. 85 er en erklæring om udbyttebetalingen den 17. juli 2006, og at registrering nr. 86 er en overdragelse af promissory notes fra selskabet til LMR den 31. maj 2006. Record Book Index'et viser registreringerne i kronologisk rækkefølge. Således vedrører eksempelvis registreringerne nr. 1-7 den 30. januar 2006, registreringerne nr. 8-12 den 27. februar 2006 og registreringerne nr. 13-14 den 3. marts og så fremdeles. Derfor ville det også være forventeligt, at finde generalforsamlingsbeslutningen i selskabet den 8. juni 2006, og de to øvrige registreringer vedrørende udlodningen indsat mellem registreringerne nr. 23-25, der angår den 28. april 2006 og registreringerne nr. 26-31, der angår den 25./31. juli 2006. Samtlige registreringer angående udlodningen er imidlertid indsat sidst i index'et, som registreringer nr. 84-86, og bryder dermed med som de eneste registreringer med kronologien i Record Book Index'et. Det fremlagte Record Book Index støtter dermed ikke, at udlodningen blev korrekt registreret i LMR's bøger på udlodningstidspunktet som anført af selskabet. Tværtimod må det på baggrund af Record Book Index'et lægges til grund, at dokumentationen vedrørende udlodningen er tilføjet efterfølgende, ligesom udlodningen først efterfølgende er tilføjet i årsrapporten for LMR.

Da det er ubestridt, at selskabet har foretaget en udlodning af de 5 promissory notes, hvilket har medført en nedgang i selskabets egenkapital, og da udlodningen reelt ses at være ført helt uden om LMR, må det lægges til grund, at udlodningen i stedet er ført direkte til LMR's aktionær HQR Inc. Da udlodningen bestod i gældsbreve, hvor HQR

Inc. var debitor, indebærer allerede konstateringen af, at gældsbrevene ikke er ejet af andre end HQR Inc., at der er sket en berigelse af HQR Inc.

Der er af selskabet givet en række forklaringer på tilblivelsen af de 5 promissory notes, hvoraf den forklaring, der fremgår af bilag 24 til selskabets klageskrivelse, er den mest detaljerede. Selskabet har dog under hele forløbet erkendt, at transaktionerne, der førte til tilblivelsen af de promissory notes, ikke beroede på faktiske beløbsoverførsler mellem de involverede selskaber. Der er tale om rene papirtransaktioner, der ikke har udmøntet sig i betalinger af det "udlånte" beløb, tilbagebetalinger, rentebetalinger eller -tilskrivninger eller nogen form for faktisk konstaterbare overførsler.

Med de foretagne transaktioner er der reelt tale om, at der er trukket penge ud af RF ApS, der ifølge sine årsrapporter for 2004, 2005 og 2006 havde en egenkapital på henholdsvis godt 71 mio. kr., knap 84 mio. kr. og 19 mio. kr. Dermed er det reelt RF ApS, der har finansieret betalingen af "Top-Up" beløb til de amerikanske og tyske investorer. De beskrevne transaktioner medfører derfor reelt en tilførsel af midler fra RF ApS til HQR Inc.

Det må herefter lægges til grund, at udlodningen er sket udenom LMR og har beriget HQR Inc. direkte. Da HQR Inc. er beliggende på Cayman Islands, der hverken har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark eller er omfattet af moder / datterselskabsdirektivet, finder undtagelserne til udgangspunktet om begrænset skattepligt af udbyttet ikke anvendelse, og der skulle derfor være indeholdt udbytteskat.

Det er SKATs opfattelse, at det under de beskrevne omstændigheder — herunder som følge af, at udbyttet først efterfølgende i forlængelse af SKATs henvendelser — er bogført i LMR, må påhvile selskabet at godtgøre, at den efterfølgende bogføring dækker over en faktisk realitet. Selskabet har imidlertid ikke fremlagt nogen dokumentation i form af oprindelige dokumenter og/eller regnskabsmateriale vedrørende transaktionernes konsekvenser for HQR Inc., der kan godtgøre, at den efterfølgende bogføring af udbyttet ikke blot er et forsøg på at undgå konsekvenserne af de foretagne transaktioner i form af kildeskat her i landet

Beskatningen skal ikke frafalde i medfør af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 17. november 1980 mellem Danmark og Luxembourg, jf. bekendtgørelse nr. 95 af 23. september 1982, fastsætter, at udbytte, der udbetales fra et selskab hjemmehørende i Danmark til en modtager hjemmehørende i Luxembourg, ikke må pålægges kildeskat i Danmark, der overstiger 5 % af brutto-beløbet af udbyttet, hvis modtageren er "udbyttets retmæssige ejer" og direkte ejer mindst 25 % af kapitalen i selskabet, der udbetaler udbyttet, jf. artikel 10, stk. 2.

Det er SKATs opfattelse, at betingelserne for, at der skal ske frafald eller lempelse af beskatningen af udbyttet i Danmark efter den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke er til stede.

Dette følger allerede af, at det er SKATs opfattelse, at LMR ikke reelt er modtager af/er rette indkomstmodtager af udbyttet, jf. ovenfor.

Selv hvis LMR anses for reelt at have modtaget udbyttet / være rette indkomstmodtager af udbyttet, er det SKATs opfattelse, at LMR ikke kan anses for "retmæssig ejer" af udbyttet.

Efter dobbeltbeskatningsoverenskomstens ordlyd er det således en betingelse for afskæringen af Danmarks ret til som kildestat at beskatte udbytter, at den luxembourgske modtager af udbyttet er dets "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, hvilket også lægges til grund hos Winther-Sørensen og Bundgaard, SR-SKAT 2007, s. 398.

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.

Af kommentarerne fremgår det, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke i sig selv afskærer / begrænser kildestatsbeskatning, medmindre den retmæssige ejer er hjemmehørende en stat, med hvilken kildestaten har indgået en overenskomst. Afgørende for fastlæggelsen af "den retmæssige ejer" er efter kommentarerne bl.a., om den formelle udbyttmodtager blot fungerer som "gennemstrømningsenhed" (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst". Når den formelle beløbsmodtagers (det mellemliggende selskabs) reelle beføjelser til at træffe afgørelse om, hvorledes der skal disponeres over modtagne beløb, er meget snævre eller ikke-eksisterende, kan adgangen til at påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten således afskæres.

Samme retsopfattelse er fremført af Klaus Vogel i "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions", 3. udg., s. 563, punkt 10 in fine, hvor bl.a. følgende er anført: "even a one hundred percent interest in a subsidiary does not necessarily preclude the latter's 'beneficial ownership' in the assets held by it. There would have to be other indications of the fact that the subsidiary's management is not in a position to make decisions differing from the will of the controlling shareholder. If it were so, the subsidiary's power would be no more than formal and the subsidiary would, therefore, not qualify as a "beneficial owner" within the meaning of Arts. 10 to 12 MC"

Den formelle beløbsmodtagers reelle beføjelser til at råde over beløbet tillægges således også her afgørende betydning for kvalificeringen som "retmæssig ejer", idet den formelle beløbsmodtager ikke vil kunne anses som "retmæssig ejer", såfremt denne i relation til den pågældende indkomst ikke kan foretage dispositioner, der afviger fra en bagvedliggende ejers vilje.

I kommentarerne henvises der til den af Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", hvori der gives en række eksempler på de problemstillinger, som brugen af "conduit companies" skaber. I rapporten nævnes problemstillingen vedrørende "Direct Conduits" i punkt 4,

hvor der tages udgangspunkt i en situation, hvor et selskab i en kontraherende stat udelukkende er blevet oprettet som et mellemed (i stat A) mellem beløbsbetaleren (i stat B) og beløbsmodtageren (i en tredjestat) med henblik på, at beløbsmodtageren kan drage fordel af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem staterne A og B, når der ikke er indgået en overenskomst mellem B og tredjestaten, der giver de samme fordele. I rapporten nævnes muligheden for uden særlige regler at forhindre utilsigtede skatteunddragelser. Det anføres her (rapportens punkt 14.b.), at modelkonventionen i artikel 10-12 stiller krav om, at modtageren af udbytter, renter og royalties er "beneficial owner" (dengang nævnte kommentarerne ikke udtrykkeligt "conduit companies"). Herefter anføres: "Thus, the limitation is not available when, economically, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income [...] Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit company)". Det er det andet led i denne konklusion, der er gengivet i kommentarerne til modeloverenskomsten.

SKAT bestrider, at der skulle være holdepunkter for at antage, at der ved begreberne "retmæssig ejer" og "rette indkomstmodtager" skulle forstås det samme. "Retmæssig ejer" er et overenskomstmæssigt fastsat begreb, hvortil kommentarerne til modeloverenskomsten tjener som et fortolkningsbidrag. Rette indkomstmodtager er derimod et i dansk retspraksis udviklet begreb, der må fortolkes på baggrund af denne praksis. Der er ingen holdepunkter for at antage, at begrebet "retmæssig ejer" skulle være begrænset til alene at have det samme indhold som begrebet "rette indkomstmodtager", tværtimod viser kommentarerne til modeloverenskomsten, at "retmæssig ejer" ikke er begrænset til have det samme indhold som begrebet "rette indkomstmodtager".

LMR kan på baggrund af det anførte ikke anses for at have haft nogen faktisk rådighed over og økonomisk gavn af de udloddede fordringer på HQR Inc.

Endvidere har LMR i Luxembourg - hvis det anses for rette indkomstmodtager - fungeret som et rent gennemstrømningsselskab, hvilket understreges af, at der i selskabet alene er koncernintern gæld og fordringer, samt kapitalandelene i RF ApS. Finansieringen af LMR's aktiviteter er sket direkte af koncernforbundne selskaber på Guernsey og Cayman Islands og en stor del af finansieringen af de mexicanske daterselskaber er foretaget, inden selskabet overtog finansieringen heraf. Der er således ingen faktisk udlånsaktivitet i LMR, ligesom der ikke er bankoverførsler via selskabet. Finansieringen formodes derfor at være foretaget direkte fra de koncernforbundne selskaber på Cayman Islands og Guernsey til selskaberne i Mexico, ligesom afdrag og renter må være betalt direkte til selskaberne på Cayman Islands og Guernsey uden om LMR i Luxembourg. LMR har ingen ansatte og har derfor ikke de nødvendige kompetencer til at foretage denne finansieringsaktivitet. Det er oplyst, at administrationen varetages af et søsterselskab til LMR. Dette selskab har imidlertid beskedne omkostninger, og det er ikke sandsynliggjort, at dette selskab foretager faktisk finansieringsaktivitet. Det er bemærket, at selskabet ikke har imødekommet SKATs anmodning om at fremlægge bankkontoudtog fra HQR Inc.

Selskabet har anført, at formålet med overførslen af RF ApS til LMR skete som led i en global omstrukturering for at gøre RF ApS til et rent holdingselskab og samle alle

finansieringsaktiviteterne i Luxembourg. Det er dog alene RF ApS, der er overdraget til LMR som led i denne globale omstrukturering, hvorfor der ikke ses at være noget kommercielt formål med indskydelsen af LMR, som ikke ses at have andet formål end at søge at undgå dansk kildestatsbeskatning (eller opnå andre skattemæssige fordele).

Selv hvis det antages, at den efterfølgende bogføring af udbyttet hos LMR faktisk dækker over en korrektion af en fejl, må det konstateres, at der ikke er givet nogen forklaring på, hvorfor der skulle udloddes betydelige beløb til LMR fra selskabet, således at de transaktioner — der ifølge selskabet selv var rene papirtransaktioner, der alene havde til formål at skabe fremstillingsmæssige fordele i relation til regnskabet i Rimi Capital LLCs filial i Mexico — faktisk skulle have betydelige økonomiske konsekvenser for selskabet og LMR. Det må derfor lægges til grund, at det på intet tidspunkt har været meningen, at LMR skulle beholde noget beløb modtaget fra selskabet, hvorved bemærkes, at de udloddede promissory notes jo også fuldt ud modsvarede (hvis de forudsættes at være blevet "beholdt" af LMR) af en identisk gæld til HQR Inc.

LMR i Luxembourg anses på denne baggrund for at fungere som en gennemstrømningsenhed for HQR Inc., der er hjemmehørende på Cayman Islands, og LMR er dermed ikke berettiget til at opnå de fordele, der følger af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

SKAT kan ikke tiltræde repræsentantens synspunkt om, at selskabet ikke har snævre beføjelser, fordi den ultimative ejer af koncernen indgår i ledelsen af selskabet. Ud fra de dokumenter, som SKAT har fået forelagt, er ledelsen i de forskellige selskaber ens og består af bl.a. Henry Reichmann og James Bradley Unsworth. Henry Reichmann deltager i øvrigt ikke i ledelsen af selskabet, men fuldmagt gives til James Bradley Unsworth, der optræder som underskriver på samtlige transaktioner. Under alle omstændigheder siger ledelsens personelle sammensætning intet om selskabets reelle beføjelser over det udloddede beløb.

Hvad angår de af selskabet påberåbte svar fra skatteministeren til Folketingets Skatteudvalg, som blev afgivet i forbindelse med behandlingen af L99, jf. klageskrivelsen, side 14-15, er bemærket, at de alle vedrører det oprindelige forslag til formuleringen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, hvorefter kildebeskatning af udbytter altid skulle frafalde, såfremt udbyttedtageren var hjemmehørende i EU eller et DBO-land. Formuleringen af bestemmelsen blev imidlertid — efter afgivelsen af de nævnte svar — ændret, således at det blev præciseret, at kildebeskatning kun skal frafalde, hvis der efter EU-retten (moder-/datterselskabsdirektivet) eller en DBO er pligt til at frafalde eller nedsætte kildeskatten. Ingen af disse svar har derfor betydning for fortolkningen af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra e, således som bestemmelsen faktisk er formuleret efter den ændring af ordlyden, som blev foreslået under behandlingen af lovforslaget.

Det er fortsat SKATs opfattelse, at udbyttet af de ovenfor nævnte grunde ikke kan anses for faktisk at være kommet LMR til gode, således at dette selskab ikke kan anses for "retmæssig ejer" i forhold til udbyttet, der derimod må anses for strømmet videre til HQR Inc. på Cayman Islands. Allerede af den grund er selskabets henvisning til kendelsen i SKM 2010.268 LSR ikke relevant, hvorved i øvrigt er bemærket, at kendelsen er indbragt for domstolene.

Det er SKATs opfattelse, at der i nærværende sag er tale om misbrug af dobbeltbeskatningsaftalen 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. Der er henvist til punkt 9.4 i kommentarerne til artikel 1, hvori følgende er anført: "Uanset hvilke af de to synspunkter, der anlægges, er der enighed om, at stater ikke er forpligtet til at indrømme fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst ved deltagelse i arrangementer, der indebærer misbrug af overenskomstens bestemmelser."

Såfremt SKAT accepterede at lade det luxembourgske selskab være omfattet af dobbeltbeskatningsaftalen med Luxembourg og dermed være omfattet af undtagelsen i selskabsskattelovens § 2, stk. I, litra c, ville der derimod være tale om tildeling af en formålsstridig fordel.

SKAT anser dermed ikke udbyttebetalingen for at skulle nedsættes eller frafalde i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 10.

Beskatningen skal ikke frafalde i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet 90/435/EØF.

Det er SKATs opfattelse, at betingelserne for, at kunne bringe moder-/datterselskabets fordele i anvendelse ikke er til stede.

Dette følger allerede af, at LMR ikke reelt anses for at være modtager af / er rette indkomstmodtager af udbyttet.

Selv hvis LMR anses for reelt at være modtager rette indkomstmodtager i relation til udbyttet, anses betingelserne for at kunne bringe moder-/datterselskabets fordele i anvendelse ikke for at være til stede.

Direktivets artikel 1, stk. 2 sammenholdt med dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 10 samt EU-domstolens praksis om misbrugsbegrebet indebærer, at det er en betingelse for at kunne bringe direktivets fordele i anvendelse, at LMR i Luxembourg kan anses for at være "den retmæssige ejer" af udbyttet hidrørende fra RF ApS. Denne betingelse er ikke opfyldt.

Det vil således være i strid med moder-/datterselskabsdirektivets formål at lade koncernen opnå direktivets fordele.

Det følger af artikel 5 i moder-/datterselskabsdirektivet, at det overskud, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, fritages for kildeskat. Udgangspunktet er dermed, at der ikke kan pålægges kildeskat ved udbytteudlodninger til selskaber hjemmehørende i en anden medlemsstat, når moderselskabet opfylder kapitalkravet og ejertidskravet i direktivet. Dette udgangspunkt kan dog fraviges. Det er således anført i direktivets artikel 1, stk. 2, at direktivet ikke er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.

Anvendelsen af begrebet "retmæssig ejer" i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne tjener netop til bekæmpelse af svig eller misbrug, som omhandlet i direktivets art. 1, stk. 2.

Direktivet er således ikke til hinder for, at der pålægges kildeskat, når den retmæssige ejer ikke er omfattet af en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, indebærer efter sin klare ordlyd, at Danmark ikke skal frafalde kildeskat, medmindre der efter moder-/datterselskabsdirektivet består en egentlig pligt hertil. I det omfang, EU-retten ikke er til hinder for indeholdelse af kildeskat, skal der således ske indeholdelse af udbytteskat.

Hertil kommer, 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” i Kommissionens meddelelse om Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug indenfor direkte beskatning — i EU og i relation til tredjelande (Kom (2007)785). Der er henvist til Cadbury Schweppes-dommen (sag C-1 96/04), Halifax-dommen (sag C-255/02) og Part Service-dommen (sag C-425/06). Heraf fremgår bl.a., at der i vurderingen af, om der foreligger et sådant misbrug, at de fordele, der følger af reglerne, alligevel ikke kan gøres gældende, indgår om hovedformålet med de foretagne transaktioner er at opnå skatte- eller afgiftsfordele, og om der i relation hertil er tale om rent kunstige arrangementer.

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 udbytter ud fra en betragtning om, at de pågældende beløbs retmæssige ejere er hjemmehørende uden for EU.

SKAT er opmærksom på Landsskatterettens kendelse af 3. marts 2010, offentliggjort som SKM2010.268. SKAT er ikke enig i afgørelsen, som er indbragt for domstolene. Afgørelsen indeholder i øvrigt andre omstændigheder end nærværende sag.

SKATs afgørelse er ikke i strid med EF-traktatens frihedsrettigheder.

Selskabets har gjort gældende, at gennemførelse af kildebeskatning skulle stride mod EUs frihedsrettigheder.

I relation til EU's frihedsrettigheder — hvormed formentlig sigtes til den dagældende bestemmelse i TEF artikel 43 om den frie etableringsret — bemærkes det, at der efter SKATs opfattelse ikke er noget grundlag for at hævde, at traktatens almindelige bestemmelser skulle afskære en kildebeskatning i videre omfang, end hvad der følger af moder/datterselskabsdirektivet. Det er korrekt, at begrebet ”retmæssig ejer” ikke anvendes ved udbetaling af udbytter fra danske selskaber til danske holdingselskaber, men i disse tilfælde vil en viderebetaling af udbyttet til et selskab i et skattelyland jo også kunne kildebeskattes her i landet. De to situationer er derfor ikke sammenlignelige.

SKATs afgørelse er ikke i strid med antidiskriminationsbestemmelsen i dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 24.

Det er gjort gældende, at gennemførelse af kildebeskatning skulle stride mod antidiskriminationsbestemmelsen i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 24.

Efter SKATs opfattelse afskærer dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 24 ikke beskatningsretten. Begrebet "retmæssig ejer" er kun relevant i kildestaten, da begrebet netop anvendes med henblik på at fastlægge, hvornår kildestaten kan pålægge kildeskat.

Den omstændighed, at begrebet af de danske skattemyndigheder ikke er blevet anvendt i relation til beskatningen af danske selskaber, der modtager udbytter fra selskaber hjemmehørende i udlandet, er derfor blot en konsekvens af, at begrebet slet ikke er relevant for spørgsmålet om, hvorvidt der kan finde beskatning sted i udbyttedtagerens domicilland.

Hæftelse.

Selskabet har endvidere gjort gældende, at selskabet ikke hæfter for den ikke indeholdte udbytteskat i medfør af kildeskattelovens § 69.

Efter selskabets opfattelse har forholdet ikke haft en sådan klarhed, at det kan lægges til grund, at selskabet har udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde udbytteskat.

Selskabet har henvist til landsretsdommen gengivet i TfS 2002,844, der omhandlede en skatteyder, der lavede strenge til musikinstrumenter for en virksomhed, som skatteyderen blev anset for at være i et tjenesteforhold til, hvorfor virksomheden havde pligt til at indeholde A-skat og arbejdsmarkedsbidrag. Landsretten fandt, at de kriterier, som indgår i vurderingen af, om der foreligger et tjenesteforhold, ikke førte til et entydigt resultat, og fandt på denne baggrund, at forholdet ikke havde haft en sådan klarhed, at det kunne lægges til grund, at virksomheden havde udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde A-skat og arbejdsmarkedsbidrag. Dommen er, hvis præmisserne heri skal fortolkes således, at der skal være en vis klarhed over retstilstanden for at kunne pålægge hæftelse for manglende indeholdelse, klart i strid med den utvetydige ordlyd af kildeskattelovens § 69, hvorefter det påhviler den indeholdelsespligtige at godtgøre, at der ikke er udvist forsømmelighed. Det er klart, at tvivl om retstilstanden ikke i sig selv kan være diskulperende, idet den indeholdelsespligtige altid har mulighed for at få afklaret denne tvivl på forhånd.

Det følger da også af fast praksis fra Højesteret, at det relevante er, om den indeholdelsespligtige har haft "kendskab til de forhold, der begrunder indeholdelsespligten", jf. f.eks. UfR 2004, side 362 H og UfR 2008, side 2243 H.

Derudover er forholdene i nærværende sag ikke sammenlignelige med forholdene i ovennævnte landsretsdom. Der er i nærværende sag ikke tale om en sondring mellem to skatteretlige begreber som eksempelvis lønmodtager og erhvervsdrivende. Der er derimod tale om overholdelsen af en vænsregel, hvilket må stille særlige krav til agtpågivenheden. Et selskab kan således ikke undslå sig hæftelse for den manglende betaling af udbytteskat, blot fordi selskabet havde forsøgt at tilrettelægge dispositionerne således, at selskabet netop kunne undgå udbytteskat.

Selskabet har ved at forsøge at sikre sig fordele, som hverken moder-/datterselskabsdirektivet eller den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsordning

tilsigter adgang til, indladt sig på en risiko, som selskabet ikke har afklaret eller søgt afklaret.

Selskabet kan ikke have været i uvished med hensyn til de faktiske forhold. Højesterets praksis lægger netop afgørende vægt på den indeholdelsespligtiges kendskab til de forhold, der indebærer, at indeholdelse skulle være sket.

Selskabets synspunkt om, at selskabet var i uklarhed om retstilstanden må derfor afvises, allerede fordi den/de person(er), der har tilrettelagt arrangementet, nødvendigvis har haft fuld viden om formålet mv., og de(n) pågældende, der har haft kontrol over selskabet, har derfor været i besiddelse af al relevant information.

Det er derfor SKATs samlede opfattelse, at selskabet hæfter for betalingen af udbytteskat.

Selskabets påstand og argumenter

Selskabets repræsentant har principalt nedlagt påstand om, at selskabets indeholdelsespligt vedrørende udbytte til moderselskabet ophæves, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens § 65. Subsidiært er nedlagt påstand om, at selskabet ikke har udvist forsømmelighed, jf. kildeskattelovens § 69.

Til støtte for den principale påstand er overordnet gjort gældende, at LMR er rette indkomstmottager i relation til det omhandlede udbytte. Endvidere er gjort gældende, at LMR er udbyttets ”retmæssige ejer”, og at LMR ikke er begrænset skattepligtig til Danmark af det omhandlede udbytte, jfr. selskabsskattelovens § 2, stk. 1 litra c sammenholdt med artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg, samt moder /datterselskabsdirektivet, artikel 1, stk. 2 og artikel 5.

Til støtte for den subsidiære påstand er gjort gældende, at der ikke fra selskabets side er udvist forsømmelighed, hvorfor selskabet ikke er ansvarlig for betaling af det manglende beløb, jfr. kildeskattelovens § 69, stk. 1.

Udlodning af udbytte.

Som det helt centrale i sagen vedtog selskabet på sin ordinære generalforsamling den 8. juni 2006, at udlodde udbytte på 62.874.867 kr. (svarende til 10.848.724 \$). Udlo dningen skete ikke ved udlodning af et kontantbeløb, men derimod ved udlodning af 5 fordringer (promissory notes) på HQR Inc. Udlo dningen er ikke faktisk viderekanaliseret fra LMR. I forbindelse med likvidation af HQR Inc. med udgangen af 2009 blev HQR Inc.'s forpligtelser i henhold til de 5 promissory notes overtaget af RC Investment LLC.

Der er henvist til baggrunden for udstedelsen af de 5 promissory notes med HQR Inc. som debitor, og derefter er anført, at SKAT ved sin udlægning af faktum overser, at RIMI (filialen) ikke havde likviditet fra investeringerne i Torre Mayor-bygningen eller fra nogen anden kilde til at kunne betale til HQR Inc.'s i 2005. Såfremt Torre Mayor-bygningen havde haft tilstrækkelige midler selv, ville der ikke have været behov for cash flow garantibetalinger (top-up payments) til investorerne. Hvis det havde forholdt sig således, havde investorerne modtaget 9 % i kontant udbytte på deres investeringer direkte.

Dernæst er henvist til redegørelser fra koncernens advokat John Ulmer.

Ifølge repræsentanten er de 5 promissory notes udloddede fra RIMI's filial til RIMI's hovedkontor, der herefter videreudloddede fordringerne til RF ApS, som igen videreudloddede disse til LMR. Dette skete på generalforsamling den 8. juni 2006.

Ved en åbenbar fejl fremgik udlodningen i første omgang ikke af LMR's regnskab for 2006, jf. ovenfor. Udlodningen var dog blevet korrekt registreret i Record Book Indeks for Reichmann International, Mexico, Torre Mayor Funding of Entities and Related Transactions January - December 2006. Denne dokumentation var en del af LMR's regnskabsmateriale i 2006, og den fejl, der blev begået ved regnskabsudarbejdelsen, indebærer ikke, at der kan ses bort fra de udloddede fordringer, der er gennemført på en lovlig afholdt generalforsamling.

I supplerende indlæg til klagen er SKATs bemærkninger vedrørende Record Book Indeks bestridt som helt udokumenteret. Dokumentationen i Record Book Indeks blev endelig færdiggjort i marts 2007.

Som dokumentation er fremlagt mailkorrespondance mellem Dhaval J. Sanghavi (Tax manager) og advokat John Ulmer den 20./21. februar 2007 vedrørende arbejde i forbindelse med en tax audit for RF ApS. Heraf fremgår af forespørgsel af 20. februar 2007 fra John Ulmer til Dhaval Sanghavi følgende:

The usual summary of any changes in the loan accounts relating to Mexico for 2006 has been completed, but I dont believe that any of the fundings or repayments made in 2006 would have any impact on the accounts of RF Holding ApS. After the extensive amount of work required with RF Holding ApS as a result of the Danish tax audit and related events, I believe we were at the point last June when the 2005 accounts were being finalized whereby RF Holdings ApS was going to declare and pay a dividend to its shareholder, LMR Investments sarl, in the amount of DKK 62,874,867, and this dividend was going to be satisfied by the assignment of certain US dollar receivables which were being distributed to RF Holdings ApS from RIMI Capital LLC. The intention was that after this distribution in June of 2006, the balance sheet of RF Holdings ApS would be essentially fixed and that there would not be any material loans receivable or payable thereafter which generate interest income or expense, and RF Holding ApS would act as a pure holding company for the shares of the two subsidiaries. The documents for the assignment to RF Holdings ApS were actually completed in December 2005, even though they were effective on May 31 2005.

What is not clear to me, however, is the state of the documentation with respect to the declaration of the dividend by RF Holdings ApS (which I presume took place at the annual meeting) and of the documentation for the assignment of the US dollar receivables from RF Holding ApS to LMR Investments sarl in satisfaction of the dividend payment. Could you please let me know whether or not you have copies of those documents or whether we should ensure that signed copies are provided to you by Brad Unsworth. I have

not conducted a complete review of our files, but it appears that we were not provided with copies either.

Apart from this one open item, I believe that there would be no other transactions with other members of the group in which RF Holding ApS participated during 2006. We are currently engaged in a process, specifically with the Luxembourg companies in the chain, LMR investments sarl and Torre Mayor Finance sarl, of ensuring that all of the loan accounts reconcile between the various group companies and that all of the debt-equity capitalizations are working the way in which they were intended. I was hoping, therefore, that you could forward to me your schedules of any loans payable or receivable to or by RF Holding ApS as at December 31, 2005 when the last financials were finalized, in the currency in which the loans are denominated, so that we can make sure that we take into account the Danish company records as well in this exercise.

Af Assignment-dokument dateret 31. maj 2006 fremgår, at RF ApS overdrager alle sine rettigheder til de pågældende notes til LMR. Dokumentet er medunderskrevet på vegne af HQR Inc., af J Dradley Unsworth, der som debitor i henhold til de udstedte promissory notes anerkender overdragelsen.

Endvidere er fremlagt Statement af 17. juni 2011 uarbejdet af Kuy Ly Ang (sammen med J. Bradley Unsworth administrerende direktør i LMR), hvoraf bl.a. fremgår, at "The final version of the 2006 Flow of Funds Memorandum was received by me on January 30, 2007 by mail from Davies." Der er henvist til Memorandum af 31. januar 2007 fra John Ulmer til ham, hvori det om den omhandlede udlodning er anført: "Persuant to a resolution dated December 31, 2005, RIMI Head Office reduced its capital by the amount of USD 10,484,724,43 effective May 31, 2006, which reduction was satisfied on May 31, 2006 by the assignment of receivables from HQR in that amount to RF Holding ApS."

Af Statement af 17. juni 2006 fremgår videre, at "the actual 2006 Group Record Book" blev modtaget på hans kontor "on or about march 8, 2007". Der blev ikke herefter foretaget ændringer til bogen.

Endelig er henvist til, at udlodningen af udbyttet er indberettet til SKAT allerede i juli 2006.

LMR.

LMR er et société responsabilité limitée stiftet den 28. oktober 1999 i henhold til Luxembourg ret. Selskabets formål at være holdingselskab for selskaber i Luxembourg eller udenlandske selskaber og deltage i andre former for investeringer, køb og salg, finansiering, administration og udvikling af porteføljen.

Reichmann Gruppen har flere selskaber samlet i Luxembourg (ifølge repræsentanten er der siden 1999 etableret 9 selskaber i Luxembourg), og Luxembourg er således center for ledelse og administration af Reichmann Gruppens selskaber uden for Canada og med investeringer i Mexico, U.K., United States, Israel og andre steder. LMR var alene ét af ejer- og finansieringsselskaberne i Luxembourg med interesser i Mexico.

SKAT synes at forudsætte, at finansiering alene kan finde sted i form af overførsler af kontanter. LMR havde imidlertid fra tid til anden haft væsentlige midler, som selskabet har disponeret over, enten ved overdragelse eller anvisninger om at overdrage midler. Selskabet er derfor ikke enig i, at det kan konstateres, at LMR ikke havde midler til rådighed til udlån eller anden finansieringsaktivitet og er ikke enig i, at finansieringen er sket via koncernselskabet på Cayman Islands og Guernsey.

Det forhold, at der ikke er foretaget bankoverførsler via LMR indebærer ikke, at finansieringen er sket direkte via selskaber på Cayman Islands og Guernsey.

LMR ledes af en eller flere direktører og har ikke en bestyrelse. Den øverste aktionær Henry Reichmann har i meget vidt omfang deltaget i direktionens beslutninger. Reichmann Gruppen har valgt at centralisere alle generalomkostninger Luxembourg, herunder udgifter til lokaler og medarbejdere i et søsterselskab til LMR, LMR Global Holding Sarl., der også har et ejendomsprojekt i Mexico, og koncernen så ingen fordel i at refakturere og fordele disse omkostninger hos andre koncernselskaber herunder LMR. Ledelse, administration, regnskabsføring, bogføring og andre funktioner for LMR varetages således af medarbejderne i LMR Global Holding på lige fod med dette selskabs varetagelse af interesser for øvrige koncernselskaber i Luxembourg. På denne baggrund har LMR ikke ansatte medarbejdere på lønningslisten eller lokaler i Luxembourg. I hovedsagen varetages interesserne af Mr. Kuy Ly Ang (Management) og mrs. Sylvia Infanger, der står for administrationen, samt af Mr. James Unsworth, der er direktør i koncernen og som rejser hyppigt til Luxembourg fra Amsterdam. Gruppens samlede omkostninger til administration i Luxembourg andrager ca. 165.000 € årligt. Af administrative årsager har selskabet ikke opkrævet udgifterne hos søsterselskaberne. Selskabet er ikke enig i, at beløbet til administration er beskedent som hævdet af SKAT.

Det bestrides, at LMR ikke kan anses for at have haft nogen faktisk rådighed og økonomisk gavn af de udloddede fordringer på HQR Inc., således er egenkapitalen øget. Endvidere bestrides, at LMR ikke reelt har været beføjet til at disponere over udbytte udloddet fra RF ApS i 2006, således viser alene det forhold, at aktionæren er medlem af selskabets direktion, at det ikke er korrekt, at LMR har haft snævre eller ikke eksisterende beføjelser til at råde over kapitalen i LMR, herunder til at disponere over modtagne udbytter.

Rette indkomstmodtager.

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

Der foreligger en gyldig indgået aftale om overdragelse af anparterne i RF ApS, og anpartsoverdragelsen er noteret i selskabets anpartshaverfortegnelse (ejerbog). Det må lægges til grund som ubestridt, at anparterne civilretligt ejes af LMR, der har de sædvanlige ejerbeføjelser. HQR Inc. har ingen ejerbeføjelser til anparterne. Det er herefter også LMR, der er berettiget til at modtage udbytte, der udloddes på selskabets generalforsamlinger. Det er også LMR, der faktisk har modtaget udbyttet, og udbyttet skal også beskattes hos LMR som rette indkomstmodtager til udbyttet.

Den omstændighed, at der i første omgang er sket en åbenlys fejl i LMR's årsrapport, som efterfølgende er blevet korrigeret, ændrer ikke ved, at det er LMR, der civilretligt er ejer af anparterne, og giver ikke grundlag for at antage, at HQR Inc. skulle være den rette anpartshaver og dermed rette indkomstmotager til udbyttet. Den korrigerede årsrapport for 2006 for LMR, hvoraf udbyttet fremgår, er blevet lagt til grund af myndighederne i Luxembourg og den skal også lægges til grund af myndighederne i Danmark. Der er ikke tale om, at den reviderede årsrapport "muligvis" har udløst en mindre skattebetaling i Luxembourg.

Der er ingen særlige begrundelser for, at LMR, der er eneejer af anparterne i RF ApS, ikke skulle være rette indkomstmotager efter dansk ret.

Det er af SKAT bestridt, at der skulle være tale om, at der reelt er tilført midler fra RF ApS til HQR Inc. Det er endvidere bestridt, at RIMI skulle have finansieret "Top-Up" beløb. RIMI havde, jf. ovenfor, ingen likviditet hertil. Disse påstande er ikke på nogen måde godtgjort eller sandsynliggjort af SKAT, der heller ikke har godtgjort, at HQR Inc. skulle være ejer af anparterne, og dermed rette indkomstmotager til udbyttet.

Retmæssig ejer af udbyttet - begrænset skattepligt.

Intern dansk ret.

SKAT har ikke tidligere praktiseret at statuere begrænset skattepligt efter selskabsskattelovens § 2 stk. 1, litra c ved udlodning af udbytte til selskaber, der er omfattet af direktivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Der er således tale om en skærpelse af en fast administrativ praksis.

Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c blev indført samtidig med indførelsen af kildeskatten ved lov nr. 370 af 13. november 1968, der havde virkning fra 1. januar 1970. Ved lov nr. 1026 af 23. december 1998 blev den begrænsede skattepligt på udbytter i moder-/datterselskabsforhold afskaffet med virkning fra indkomståret 1999. Af bemærkningerne til loven fremgår, at ændringen vil gøre det mere attraktivt for udenlandske moderselskaber at placere datterselskaber i Danmark. Det fremgår endvidere, at lovforslaget bygger på et princip om, at indkomsten i et selskab, der indgår en koncern, kun skal beskattes i selskabet og ikke andre steder.

Efter 2 ½ år blev den begrænsede udbyttebeskatning genindført ved lov nr. 282 af 25. april 2001 i de tilfælde, hvor beskatning ikke skulle frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Af bemærkningerne fremgår, at de tidligere regler åbnede for etablering af danske holdingselskaber med moderselskaber i skattelylande, hvorved udlodningen fra andre datterselskaber i EU kan kanaliseres til skattelylande via Danmark.

Der er henvist til Skatteministerens besvarelse på spørgsmål nr. 16 af 8. december 2000 — bilag 22 til L99, ministerens besvarelse på spørgsmål nr. 2 og 3 af 20. november 2000 — bilag 24 til L9, ministerens svar på spørgsmål nr. 15 af 7. december 2000 — bilag 25 til L99, ministerens svar til Folketingets skatteudvalg fra 27. november 2006 vedrørende indgåelse af protokol om ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA (lov nr. 1574 af 20. december 2006) og ministerens oprindelige svar på spørgsmål 86 til L213 af den 22. maj 2007.

Der er så vidt det ses, selv om der har været begrænset skattepligt på udbytter i en meget lang årrække alene afbrudt af ca. 2 1/2 år, udelukkende ét eksempel på, at SKAT har anset et dansk selskab for indeholdelsespligtigt af udbytteskat af udbytte udbetalt til moderselskab i EU med henvisning til, at moderselskabet ikke er anset for retmæssig ejer af udbyttet. Der henvises til Landsskatterettens kendelse i SKM 2010.268 LSR.

Den af SKAT hævdede fortolkning afviger ganske markant fra de svar, som skatteministeren har afgivet overfor Folketinget og ganske markant i forhold til sin hidtidige praktisering af bestemmelsen, hvor der åbenlyst ikke er blevet statueret begrænset skattepligt i tilfælde som det foreliggende. Uanset at SKAT igennem mange år har været fuldt opmærksom på problemstillingen, har SKAT ikke tidligere statueret begrænset skattepligt i tilfælde som det foreliggende. Da udlodningen blev foretaget i 2006 var der ingen eksempler på, at man tilsidesatte behørigt indregistrerede udenlandske selskaber, og jfr. nedenfor er det er på den baggrund også gjort gældende, at selskabet ikke har udvist forsømmelighed, og derfor er selskabet ikke ansvarlig for det manglende beløb, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 17. november 1980 mellem Danmark og Luxembourg, artikel 10, svarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst fra 1977. Der er ikke, hverken i overenskomsten mellem Danmark og Luxembourg eller i modeloverenskomsten, nogen definition på begrebet "retmæssige ejer".

De kommentarer til modeloverenskomsten, som SKAT henviser til, er de kommentarer, der blev indsat ved revisionen af kommentarerne i 2003. Disse kommentarer svarer ikke til de tidligere 1977-kommentarer. Der er heller ikke tale om, således som SKAT anfører,

at bemærkningerne gradvist er blevet præciseret. Der er tale om en ændring i forhold til tidligere versioner.

I OECD's kommentarer til 1977-modeloverenskomsten, pkt. 12, fremgår følgende: "Efter stk. 2 finder begrænsningen af beskatningen i kildestaten ikke anvendelse i tilfælde, hvor en mellemmand, så som 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."

LMR er ikke agent eller en særligt udpeget person, der er indskudt mellem modtager og betaler, og derfor er LMR også udbyttets retmæssige ejer efter 1977 kommentarerne. De nye kommentarer, som SKAT har henvist til, er udtryk for en ændring i forhold til de tidligere versioner og ikke alene en præcisering. Endvidere er de nye kommentarer til modeloverenskomsten udtryk for en ændring i forhold til den version af modeloverenskomsten, som var gældende ved indgåelsen af dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og Luxembourg, og de kan derfor ikke lægges til grund ved fortolkningen af dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og Luxembourg.

Som nyt i den af SKAT påberåbte udgave af kommentarerne, pkt. 12, fremgår nu efter revisionen i 2003, at udtrykket "retmæssig ejer" er ikke anvendt i en snæver, teknisk betydning, men skal ses i sammenhæng og i lyset af overenskomstens hensigt og

formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og skatteundgåelse.” Dette uddybes i pkt. 12.1, hvor der er sket yderligere ændringer. Det udtales som nyt i kommentarerne: ”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.”

Som det fremgår udtrykkeligt af de nye ændrede kommentarer, er det et nødvendigt krav for at statuere gennemstrømningsenhed, at en anden person rent faktisk modtager den pågældende indkomst. Det vil sige, at udbyttet skal viderekaliseres til de bagvedliggende ejere, for at der kan statures gennemstrømningselskab. Dette støttes ligeledes af kommentarerne til pkt. 22, der omhandler tilfælde, hvor et udenlandsk holdingselskab undlader at udbetale sin fortjeneste i form af udbytte til de bagvedliggende ejere. I kommentarens pkt. 22 er det endvidere anbefalet at aftale særlige undtagelser for det tilfælde, at den ”retmæssige ejer” af udbytte fra kildestaten, er et selskab i en anden kontraherende stat, som ejes af aktionærer, der er hjemmehørende uden for denne stat, og hvor selskabet ikke udbetaler fortjeneste i form af udbytte og nyder en begunstigende skattemæssig behandling.

I rapporten fra Committee on Fiscal Affairs 1986 er det ligeledes er en forudsætning, at beløbet viderekaliseres til den, som hævdes at være ”beneficial owner” af indkomsten.

Det er således både efter kommentarerne og rapporten fra Committee on Fiscal Affairs afgørende, at udbyttebeløbene videreføres til de bagvedliggende ejere, således at udbytte skal være kommet den retmæssige ejer til gode. Der er henvist til Skatteministeriets afgørelse i SKM 2008.728DEP, som er en kommentar fra Skatteministeriet til FSR. Ministeriet har i svaret på et spørgsmål om betydningen af begrebet ”gennemstrømningselskab” i relation til de nye regler om skattefrihed for tilskud, anført følgende: ”Skatteministeriet har vanskeligt ved at se, hvordan det i det nævnte eksempel kan påvises, at Cayman Island selskabet er et gennemstrømningselskab, idet der — i modsætning til det omtalte eksempel i bilag 26 til L 213 — ikke rent faktisk føres en pengestrøm gennem Cayman Island selskabet.” . Endvidere er henvist til Landsskatterettens kendelse af den 3. marts 2010 (SKM 2010.268 LSR).

I nærværende sag har LMR ikke viderekaliseret det modtagne udbytte i form af de fem promissory notes til de ultimative aktionærer. Der er således på intet tidspunkt, siden anparterne i RF ApS blev overdraget til LMR, udloddet udbytte til de bagvedliggende ejere, og allerede på denne baggrund er LMR ikke et gennemstrømningselskab eller et conduitselskab. Der er intet holdepunkt for SKATs formodninger og antagelser om, at der er sket modregning, og at LMR’s gæld til HQR Inc. er nedbragt med promissory notes, eller at HQR Inc er tilført midler fra RF ApS. Dette har heller ikke støtte i selskabernes regnskaber eller i de relevante juridiske dokumenter. Selvom

der havde været foretaget modregning, indebærer dette ikke, at LMR er et gennemstrømningselskab. Hvis modregning var foretaget, ville udbyttet og modregningen alene være kommet LMR til gode ved en nedbringelse af LMR's egen gæld, og der ville ikke være foretaget nogen gennemstrømning af udbytte gennem LMR.

I supplerende indlæg til klagen er henvist til det den 29. april 2011 udsendte "discussion draft" fra OECD's Committee on Fiscal Affairs vedrørende "Clarification of the Meaning of Beneficial Owner" in the OECD's Model Tax Convention".

Ifølge repræsentanten er situationer som her i sagen efter forslaget ikke omfattet af beneficial owner-begrebet, og i givet fald burde SKAT i stedet for bringe misbrugsregler i anvendelse og ikke beneficial owner konceptet.

Det er påpeget, at alene fremkomsten af dette "Discussion Paper" understreger, at de udvidede kommentarer fra OECD fra 2003, som SKAT støtter sin sag på, ikke kan tillægges vægt.

Beføjelser over udbyttet.

Det må i sagens afgørelse lægges til grund, at LMR civilretligt har oppebåret det pågældende udbytte, og at LMR ikke har viderekaliseret det pågældende udbytte til dets moderselskab eller dets aktionærer, men i stedet for har ladet udbyttet indgå i selskabets egenkapital. Allerede på denne baggrund kan LMR ikke i relation til udbyttet anses for et gennemstrømningselskab, og LMR må anses for "retmæssig ejer" af udbyttet. Som følge heraf gælder begrænsningen dobbeltbeskatningsoverenskomsten artikel 10, stk. 2, hvorefter Danmark som kildeland alene kan beskatte 5 % af udbyttet. Idet beskatningen af udbyttet herefter skal nedsættes efter dobbeltoverenskomsten følger det af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, at udbyttet ikke er omfattet af den begrænsede skattepligt.

Rette indkomstmodtager.

Der er ikke i intern dansk ret og i forarbejderne til de relevante bestemmelser i selskabsskatteloven anvendt begrebet "beneficial owner", og det er derfor også antagelsen i litteraturen, at en dansk domstol vil anvende det i retspraksis anvendte princip om rette indkomstmodtager for at være "beneficial owner". Der er henvist til Jacob Bundgaard og Niels Winther Sørensen i SR Skat 2007/395: "Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering" samt Aage Michelsen i International Skatteret, 3. udgave, 2003, side 426.

Skatteministeren har således i sit svar af 6. november 2006 på spørgsmål S 474 udtalt, at princippet om rette indkomstmodtager må anvendes for at fastslå, hvem der "oppebærer" renterne, og at "udtrykket "rette indkomstmodtager" må anses for at være meget lig med udtrykket "beneficial owner" som anvendes i dobbeltbeskatningsaftalerne".

SKAT har også i sin vurdering af nærværende sag anført, at argumenterne for at anse LMR for at være rette indkomstmodtager af udbyttet og argumenterne for udbyttes "retsmæssige ejer" til dels er sammenfaldende ganske i overensstemmelse med skatteministerens ovenfor nævnte besvarelse og antagelsen i litteraturen.

Misbrug af dobbeltbeskatningsaftalen.

Der findes i en række landes overenskomster helt specifikke misbrugsbestemmelser for at imødegå blandt andet anvendelsen af gennemstrømningsselskaber. Der findes ikke en sådan misbrugsbestemmelse i overenskomsten mellem Danmark og Luxembourg. De forskellige bestemmelser og fremgangsmåder er omtalt i kommentarerne til artikel 1 i QECDs modeloverenskomst, pkt. 9-20, der omtaler forskellige metoder, herunder "the-look through-approach", der går ud på, at et udbyttemodtagende selskab ikke skal være berettiget til overenskomstfordele, hvis det ejes eller kontrolleres af personer, som ikke er hjemmehørende i samme stat som selskabet. Når stater bilateralt har behov for at indsætte sådanne bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne rettet så specifikt imod gennemstrømningsselskaber, kan det udelukkende skyldes, at landene generelt er af den opfattelse, at overenskomstfordele ikke kan nægtes med henvisning til, at selskabet ikke er "beneficial owner".

SKATs synspunkter er reelt udtryk for, at SKAT indfortolker en "look-through"-bestemmelse svarende til forslaget i OECDs kommentarer til artikel 1, pkt. 13. SKAT kan ikke indfortolke en sådan look-through-bestemmelse i den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. også Jacob Bundgaard og Niels Winther Sørensen i SR Skat 2007/395.

Luxembourg har i pkt. 27.6 til kommentarerne til artikel 1 i OECD's model overenskomst specifikt forbeholdt sig sin position til misbrugsbestemmelserne og anført følgende: "Luxembourg er ikke enig i fortolkningen i pkt. 9.2, 22.1 og 23 hvor det anføres, at der generelt ikke er modstrid mellem anti-misbrugsbestemmelser i en kontraherende stats nationale lovgivning og bestemmelserne i dens skatteaftaler. Uden en udtrykkelig bestemmelse i overenskomsten er Luxembourg derfor af den opfattelse, at en stat kun kan anvende bestemmelserne i sin nationale anti-misbrugslovgivning i særlige tilfælde, efter at den gensidige aftaleprocedure er bragt i anvendelse".

Det er herefter gjort gældende, at bestemmelsen om "beneficial owner" ikke kan bruges som misbrugsbestemmelse, og at SKAT ikke kan nægte overenskomstfordele med denne begrundelse.

Hertil kommer, at bestemmelserne om udbyttebeskatning i overenskomsten mellem Danmark og Luxembourg ikke har været afgørende for valg af domicilland for holdingselskabet for RF ApS. Andre af gruppens mexicanske interesser ejes også af selskaber i Luxembourg, hvor der er en stærk infrastruktur og et stærkt finansielt marked. Anvendelsen af luxembourgske mellemholdingselskaber medfører generelt ikke særlige skattemæssige fordele. Tværtimod har Luxembourg regler om udbytteskat på udbytter til skattelylande, hvorefter der skal indeholdes 15 % udbytteskat i Luxembourg.

International praksis.

De af SKAT nævnte sager er der rent faktisk sket udbetaling af udbytte til de ultimative aktionærer. De faktiske omstændigheder i Indofoods-sagen er således markant anderledes end i nærværende sag, hvor udbytte ikke er blevet videreudloddet. De faktiske omstændigheder i Bank of Scotland-sagen ligger ligeledes langt fra omstændighederne i nærværende sag. Der er ingen støtte at hente for SKAT i de nævnte domme.

Den nyeste internationale dom er fra den canadiske Court of Appeals i Prevost-sagen af den 26. februar 2009. I denne sag var der en faktisk gennemstrømning af udbytte til de

ultimative ejere, hvor de ultimative ejere på forhånd havde truffet beslutning om, at der skulle udloddes udbytte op igennem selskaberne, og hvor mellemholdingselskaberne ikke havde anden aktivitet og fysiske rammer end dem, der fulgte af at være et rent holdingselskab. I dommen fandt den canadiske domstol ikke støtte for, at mellemholdingselskabet ikke skulle være "beneficial owner" af udbytte.

SKATs afgørelse i nærværende sag går således langt videre, end der er støtte for i international retspraksis.

LMR's aktiviteter.

LMR's formål er ifølge vedtægterne at være holdingselskab for selskaber i Luxembourg eller udenlandske selskaber og deltage i andre former for investeringer samt finansiering, herunder yde lån inden for koncernen. Selskabet er således et rent holding- og finansieringsselskab i gruppen. Af indlysende praktiske grunde har selskabet ikke et selvstændigt kontor eller fastansatte medarbejdere, og den løbende administration er i stedet for varetaget af søsterselskabets ansatte. Aktiviteten i selskabet svarer til den aktivitet, som andre, herunder danske holdingselskaber udfører, og hvor skattemyndighederne i intet tilfælde har anfægtet disse holdingselskaber. Der er ikke i praksis eksempler på, at danske holdingselskaber af skattemyndighederne er blevet anset for ikke at være "retmæssige ejer" af udbytte fra udenlandske datterselskaber. Hertil kommer, som også Skatteministeren har bekræftet, at der ikke tidligere har været eksempler på, at danske skattemyndigheder har anfægtet, at et udenlandsk selskab er "retmæssig ejer" af udbytte fra danske datterselskaber.

Moder / datterselskabsdirektivet.

Der er intet krav i moder-/datterselskabsdirektivet om, at moderselskabet skal være "beneficial owner" af det modtagne udbytte. Når SKAT derfor har anført, at LMR ikke er rette indkomstmotager, og at moder-/datterselskabsdirektivet derfor under ingen omstændigheder kan være til hinder for kravet om indeholdelse af udbytteskat, kan dette ikke tiltrædes. Moder-/datterselskabsdirektivet opstiller ikke et krav om, at moderselskabet skal være "beneficial owner", og da LMR opfylder kapitalkravet og ejertidskravet moder /datterselskabsdirektivet, har LMR som udgangspunkt et helt ubetinget krav på at blive fritaget for kildeskat på udbyttet.

Misbrugsbestemmelser.

Det følger af moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2, at misbrug kun kan imødegås, hvis der er hjemmel hertil i intern ret. Misbrugstilfælde kan altså ikke imødegås alene ved en henvisning til artikel 1, stk. 2. I dansk ret findes der ikke specifikke lovbestemmelser om misbrug af direktivet. Derimod vil retspraksis om rette indkomstmotager og realitetsbetragtninger kunne finde anvendelse, forudsat at disse ligger inden for direktivets artikel 1, stk. 2, som fortolket af EU-Domstolen. Der er herved henvist til Jacob Bundgaard og Niels Winther Sørensen artikel i SR Skat 2007.508 og Landsskatterettens afgørelse i SKM 2010.268 LSR.

SKAT har henvist til en meddelelse fra Kommissionen af den 10. december 2007 om "Anvendelsen af foranstaltninger til bekæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning — i EU og i relation til tredjelande", offentliggjort i Kom (2007) 785. Meddelelsen giver Kommissionens bud på, hvor langt de nationale retsregler kan strække sig uden at komme i strid med de traktatsikrede frihedsrettigheder. Kommissionens meddelelse forudsætter, at der eksisterer nationale regler om bekæmpelse af misbrug, og

det er herefter spørgsmålet, hvilket indhold disse regler kan have uden at komme i strid med EU-retten. Af meddelelsen, pkt. 4, 4. afsnit, følger således at "...sådanne undgåelseskonstruktioner bedst forebygges ved en om ikke ensartet så i det mindste velkoordineret anvendelse af foranstaltninger til bekæmpelse af skatteunddragelse", dvs. ved indførelse af nationale regler til bekæmpelse af skatteunddragelse.

Ifølge repræsentanten er moder-/datterselskabsdirektivets artikel 1, stk. 2 ikke er en misbrugsregel, som kan anvendes af EU-Domstolen, men den er derimod en bemyndigelse til medlemsstaterne til at indføre eller opretholde nationale misbrugsregler.

Det følger af dansk retspraksis, at rette indkomstmodtager og realitetsbetragtninger kan hindre misbrug. I nærværende sag må det lægges til grund, at LMR er rette indkomstmodtager, og realitetsgrundsætninger vil også medføre, at dispositionerne ikke kan tilsidesættes.

Praksis.

Der er henvist til Landsskatterettens kendelse i SKM 2010.268. Heri var Landsskatteretten enig i, at et selskab ikke kan karakteriseres som et gennemstrømningselskab, når modtageren ikke har viderekaliseret det modtagne udbytte til dets moderselskab. Som følge heraf skulle udbyttet nedsættes efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg, og udbyttet var derfor ikke omfattet af den begrænsede skattepligt efter selskabsskattelovens § 2, stk. i litra c. Endvidere er konkluderet, at der ikke var intern hjemmel til at nægte de fordele, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet.

EF-traktatens frihedsrettigheder.

Der vil være tale om en krænkelse af EF-traktatens frihedsrettigheder, fordi beskatningen indebærer anvendelsen af en mere vidtgående misbrugsregel over for et holdingselskab i en anden medlemsstat end de misbrugsregler, der kan anvendes over for danske holdingselskaber. SKAT ville ikke have pålagt udbytteskat, hvis LMR havde været et dansk holdingselskab. Der foreligger en åbenbar restriktion af et udenlandsk moderselskab, som ikke kan retfærdiggøres af tvingende almindelige hensyn.

Dobbeltbeskatningsoverenskomstens diskrimineringsbestemmelser.

En gennemførelse af beskatningen er i strid med diskrimineringsbestemmelsen i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 24. I Danmark har man ikke anset danske holdingselskaber for at være gennemstrømningselskaber eller ikke at være "retmæssig ejer" af udbytte modtaget fra datterselskabet i udlandet med henvisning til, at de pågældende holdingselskaber ikke har ansatte eller har lokaler. Tværtimod har man i Danmark i en meget lang årrække anerkendt, at tilsvarende holdingselskaber også var retmæssige ejer af udbytte. Det nu opstillede krav over for holdingselskaber i Luxembourg er et mere byrdefuldt krav end det, der gælder for danske selskaber, og dette er ikke i overensstemmelse med artikel 24 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Forsømmelighed — kildeskattelovens 69, stk. 1.

Det er oplyst, at SKAT efter modtagelsen af diverse materiale fremkom med en agterskrivelse den 9. oktober 2008, hvorefter SKAT anså LMR for at være et gennemstrømningselskab. SKAT gjorde ikke oprindeligt gældende, at LMR ikke var rette indkomstmodtager. SKAT modtog både på møder og ved skriftsveksling en omfattende

redegørelse og bilag. Først ultimo april 2010 — efter at SKAT havde behandlet sagen i perioden fra efteråret 2008 — fremkom SKAT med sit synspunkt om, at LMR ikke var rette indkomstmotager. Det vil sige, at SKAT således ikke oprindeligt har fundet, at LMR ikke var rette indkomstmotager. Selv SKAT har ikke før efter en langvarig sagsbehandling på mere end 1 år — efter at SKAT havde tabt den første sag i Landsskatteretten — ment at LMR ikke skulle være rette indkomstmotager efter dansk ret.

Der kan ikke stilles større krav til agtpågivenheden hos klageren end hos SKAT, og det gøres gældende, at klageren ikke har handlet forsømmeligt efter kildeskattelovens § 69.

SKAT har igennem mange år været fuldt ud opmærksom på problemstillingen om rette indkomstmotager. På trods heraf har SKAT ikke tidligere statueret begrænset skattepligt og indeholdelsespligt i tilfælde som det foreliggende.

På det tidspunkt, da udlodningen blev foretaget på generalforsamlingen i 2006, var der ingen eksempler på, at man tilsidesatte behørigt indregistrerede udenlandske selskaber. Der var intet, der på det tidspunkt pegede på, at selskabet skulle være agtpågivende ved udlodningen. Først efter at SKAT har meldt ud, at man ønsker sager vedrørende gennemstrømningselskaber prøvet ved domstolene, kan det komme på tale at stille større krav til agtpågivenheden. Klageren har på tidspunktet for udlodningen ikke haft den fjerneste grund til at tro, at der skulle indeholdes skat i udbyttet. Det er også åbenbart, at såfremt man havde været bekendt med SKATs skærpelse af praksis, havde man ikke foretaget udbytteudlodningen.

Uanset at domstolene eventuelt senere måtte ændre Landsskatterettens afgørelse i de nu trufne sager, så fører reglerne ikke til et entydigt resultat. På den baggrund har forholdet ikke haft en sådan klarhed, at det kan lægges til grund, at klageren har udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde kildeskate.

Der er henvis til Østre Landsrets dom af den 11. september 2002, offentliggjort i TFS 2002.844, hvorefter Landsretten i en sag om hæftelse for ikke-indeholdte A-skatter lagde afgørende vægt på at de i cirkulære nr. 129 af 4. juli 1994 angivne kriterier, som indgår i vurderingen af, om der er tale om et tjenesteforhold, ikke førte til et entydigt resultat. På den baggrund fandt landsretten ikke at forholdet havde haft en sådan klarhed, at det kunne lægges til grund at sagsøgeren havde udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde A-skate og arbejdsmarkedsbidrag.

I nærværende sag er betingelsen i kildeskattelovens § 69 stk. 1 om, at klageren skal have udvist forsømmelighed, derfor ikke opfyldt, hvorfor afgørelsen skal ophæves.

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Ifølge den dagældende selskabsskattelovs § 2, stk. 1, litra c, er selskaber, der har hjemsted i udlandet, som udgangspunkt begrænset skattepligtige af udbytte, jf. 1. pkt. Dette gælder dog ikke udbytte, som oppebæres af et selskab, der ejer mindst 20 % af aktiekapitalen (for så vidt angår 2006) i det udbyttegivende selskab i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken periode udbytteudlodningstidspunktet skal ligge, jf. 2. og 3. pkt. Det er en betingelse, at beskattningen af udbyttet skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller

efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvor selskabet er hjemmehørende, jf. 4. pkt.

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

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

Det danske selskab RF ApS, der var ejet af HQR Inc., Cayman Islands, via HQR Ltd., Cayman Islands, overførte den 31. december 2004 et modtaget udbytte fra datterselskabet RIMI på i alt 204.423.038 kr. til HQR Inc. som lån, og det danske selskab fik i den forbindelse et tilgodehavende på HQR Inc.

Den 6. juli 2005 blev RF ApS erhvervet af det luxembourgske selskab LMR, der via HQR Ltd var ejet af HQR Inc. Købet blev finansieret ved lån fra HQR Inc. på 24.905.000 €.

Den 8. juni 2006 blev på generalforsamling i RF ApS vedtaget at udlodde udbytte til moderselskabet ("the parent company") i form af tilgodehavender på HQR Inc. (5 promissory notes) på i alt 10.848.724 \$, som selskabet havde modtaget som udbytte fra sit datterselskab, RIMI, der havde fået tilgodehavenderne overført fra HQR Inc.

Den 31. december 2006 var LMR's gæld til HQR Inc. overdraget til koncernselskabet RF Holdings Ltd. Guernsey. I 2008 blev LMR's gæld til RF Holdings Ltd. overdraget til RC Investments LLC, Cayman Islands. I 2009 blev LMR's fordring på HQR Inc. overdraget til samme selskab.

For en del af de pågældende promissory notes (note på 1.597.808 \$ af 30. april 2005, note på 2.000.000 \$ af 31. marts 2005 og note på 2.579.980 \$ af 5. april 2005) gælder for de transaktioner, der førte til udstedelsen af de pågældende notes, at der heri indgår en forudgående overførsel af fordringer på HQR Inc. til RF ApS via LMR som lån. Provenuet fra lånene er herefter overført til RIMI ved kapitalforhøjelser, hvor det - efter adskillige transaktioner - reelt er ført tilbage til RF ApS som fordringer på HQR Inc. og er herfra videreudloddet.

RF ApS' lån hos LMR er indfriet med andel af tilgodehavendet på HQR Inc. (oprindeligt på 204.423.038 kr.).

For resten af de omhandlede promissory notes (note på 2.787.287 \$ af 31. juli 2005 og note på 1.883.648 \$ af 28. juli 2005) gælder, at RF ApS's overførte en andel af nævnte tilgodehavende på HQR Inc. (oprindeligt på 204.423.038 kr.) til RIMI ved kapitalforhøjelser og derfra - efter adskillige transaktioner - reelt ført tilbage til RF ApS som fordringer på HQR Inc. og er herfra videreudloddet til LMR.

For de pågældende promissory notes gælder således, at RF ApS's oprindelige tilgodehavende på koncernens øverste moderselskab HQR Inc. for så vidt angår beløb svarende til disse notes efter adskillige transaktioner, herunder overførsler til RIMI mv., i realiteten videreoverdrages til et moderselskab.

Under disse omstændigheder, hvor der er tale om overdragelser mellem interesseforbundne parter, herunder parter hjemmehørende i lande, hvormed der ikke er indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst, påhviler det RF ApS som den part, der har adgang til beviserne, at godtgøre, at der ved det deklarerede udbytte foreligger en reel overdragelse (udlodning) til LMR.

Det findes efter det fremlagte ikke godtgjort, at overdragelsen af promissory notes fra RF ApS til LMR har tilsigtet og etableret retsvirkninger mellem parterne, således at LMR og ikke HQR Inc. er den rette indkomstmottager af udlodningen fra RF ApS. Der er herved lagt vægt på, at den omhandlede udlodning den 8. juni 2006 fra RF ApS ikke oprindeligt fremgik af LMR's årsrapport mv., ligesom det ikke har været muligt at fremvise regnskaber for HQR Inc., dette selskabs bankkonti mv. Der kan herefter ikke lægges afgørende vægt på den dokumentation, der er fremlagt for overførslen til LMR i form af Record Book Index 2006, diverse notater, mails mv., der alle er internt udarbejdet i koncernen. Der er videre henset til det oplyste omkring udstedelsen af de omhandlede promissory notes og formålet med udstedelsen af disse. Hertil kommer, at der udelukkende er tale om bogholderimæssige transaktioner, hvorfor det ikke har været muligt at følge pengestrømme mv. Det forhold, at der efterfølgende er betalt kapitalbeskatning til Luxembourg på 37.950 € kan ikke føre til andet resultat.

HQR Inc. anses herefter for rette indkomstmottager af udbyttet. SKATs afgørelse stadfæstes således.”

Det fremgår af en oversættelse af udskrift af 21. januar 2009 fra Registre de Commerce et de Sociétés fra Luxembourg vedrørende LMR Investments S.à r.l., at ledelsen bestod af Kuy Ly Ang, Bradley Unsworth og Henry Reichmann.

Det fremgår endvidere af en fuldstændig rapport fra Erhvervsstyrelsen vedrørende RF Holding ApS, at direktionen bestod af James Bradley Unsworth og Henry Reichmann.

Det er oplyst for landsretten, at RF Holding ApS ikke havde nogen medarbejdere.

Ved aftale af 6. juli 2005 overdrog HQR Finance Ltd. anparterne i RF Holding ApS til LMR Investments S.à r.l. Købesummen var fastsat til 29,3 mio. €, der blev erlagt ved udstedelsen af to gældsbreve på hhv. 24.905.000 € og 4.395.000 €. Aftalen blev underskrevet for begge parter af J. B. Unsworth.

Det fremgår af et koncerndiagram af 31. juli 2005 for HQR Investments Inc. Group, at HQR Finance Ltd. var et søsterselskab til LMR Investments S.à r.l., og at begge var 100% ejet af HQR Investments Inc. (Cayman), der var ejet 100% af Henry Reichmann, Israel. Det er oplyst for landsretten, at HQR Finance Ltd. ikke har ejet LMR Investments S.à r.l. Af koncerndiagram af 15. december 2008 for Reichmann Group og udskrift af 21. januar 2009 fra Registre de Commerce et de Sociétés fra Luxembourg fremgår det, at LMR Investments S.à r.l. på daværende tidspunkt var ejet af fem selskaber beliggende på Cayman hver tilhørende fem trusts beliggende på Guernsey hver tilhørende et af Henry Reichmanns børn.

Ved promissory note af 31. maj 2006 erklærede HQR Investments Inc. at skyldte 8.459.836 € til LMR Investments S.à r.l. Dokumentet er underskrevet for HQR Investments Inc. af J. B. Unsworth. Det er oplyst for landsretten, at denne promissory note blev udstedt som erstatning for de fem promissory notes med pålydende værdi i USD udloddet fra Rimi Capital LLC til RF Holding ApS, og at de fem promissory notes blev annulleret.

RF Holding ApS anmeldte ved blanketter af 8. juni 2006 til SKAT, at selskabet havde ud-betalt udbytte til LMR Investments S.à r.l. på 62.874.867 kr.

Ved e-mail af 18. juli 2006 anmodede Dhaval J. Sanghavi, der som tax manager hos firmaet Sheltons varetog RF Holding ApS interesser i Danmark, Brad Unsworth om på vegne af LMR Investments S.à r.l. at udfylde en formular om fritagelse for betaling af dansk udbytteskat af udbyttet og indlevere den til de luxembourgske skattemyndigheder til stempeling. Ved e-mail af 2. august 2006 blev formularen returneret af en medarbejder på vegne af Brad Unsworth med et stempel dateret den 31. juli 2006 fra de luxembourgske skattemyndigheder. Formularen var underskrevet af Kuy Ly Ang, og den blev sendt til SKAT med ansøgning om fritagelse for betaling af udbytteskat.

John Ulmer sendte ved e-mail af 30. januar 2007 sin endelige version af "2006 Mexico Funding Memorandum" til blandt andre Brad Unsworth og Kuy Ly Ang. Af memorandummet fremgår blandt andet betaling af "top-up"-beløb fra HQR til TM Finance og Difa. Udbytte fra RF Holding ApS til LMR Investments S.à r.l. var ikke nævnt.

Ved brev af 7. marts 2007 sendte Davies Ward Philips & Vineberg LLP Reichmanngruppens "Record Book" vedrørende Mexico for 2006 til Bradley Unsworth. Udbytteudlodningen fra RF Holding ApS til LMR Investments S.à r.l. var nævnt på dette sted.

Ved e-mails af 20. - 21. februar 2007 skrev Dhaval J. Sanghavi med John Ulmer om RF Holding ApS's regnskab for 2006. I korrespondancen drøftedes blandt andet status på deklarationen og udbetalingen af udbyttet til LMR Investments S.à r.l.

Dominique Crocenzo, der har været ansat som bogholder hos Unsworth & Associates, har afgivet en erklæring af 17. juni 2011, hvoraf fremgår blandt andet, at han arbejdede med Reichmanngruppens regnskaber, herunder regnskabet for LMR Investments S.à r.l. i årene 2004-2008. Han forlod sig ved udarbejdelsen af regnskabet for 2006 primært på et "Flow of Funds Memorandum" udarbejdet af gruppens advokatfirma, Davies Ward Philips & Vineberg LLP, hvoraf udbyttet fra RF Holding ApS til LMR Investments S.à r.l. ikke fremgik, men han burde også have set i "Group Record Book", udarbejdet af samme advokatfirma, hvoraf udbyttet fremgik. Han rettede regnskabet, således at udbyttet blev medtaget, straks han blev gjort opmærksom på fejlen, og indleverede den 19. marts 2009 et berigtiget regnskab til de luxembourgske skattemyndigheder, hvilket var fem måneder efter indleveringen af det først indgivne, ukorrekte regnskab.

Berigtigelsen af regnskabet fremgår endvidere af et generalforsamlingsprotokollat af 16. marts 2009 for LMR Investments S.à r.l.

Det fremgår af en oversættelse af dokument af 11. oktober 2010 fra Administration des Contributions Directes, at LMR Investments S.à r.l. for 2007 har betalt formueskat til Luxembourg med 37.950 €.

Af en opgørelse udarbejdet til sagen fremgår det, at der er tilskrevet renter på fordringen på HQR Investments Inc. for årene 2006-2009 med i alt ca. 1,56 mio. €. Renteindtægten fremgår af LMR Investments S.à r.l.'s årsregnskab for 2008 og er tillige selvangivet til de luxembourgske skattemyndigheder. Regnskabet er indleveret den 29. april 2010 til de luxembourgske selskabsmyndigheder.

Forklaringer

Der er i landsretten afgivet forklaringer af John M. Ulmer og Kuy Ly Ang.

John M. Ulmer har forklaret, at han har været advokat i Toronto, Canada, siden 1980. Hans firma, advokatfirmaet Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, har arbejdet for Reichmann-gruppen siden 1960. Han har arbejdet med gruppens sager siden sin ansættelse, og fra 1999 var han også involveret i arbejdet med de selskaber, som gruppen havde i Luxembourg og i Danmark.

Gruppens selskaber i Luxembourg blev serviceret af en virksomhed tilhørende Bradley Unsworth, der er bosiddende i Amsterdam. Luxembourg er fordelagtigt at slå sig ned i, fordi landet har en lang række dobbeltbeskatningsoverenskomster med andre lande over hele verden og tilbyder en fordelagtig skatteordning for holdingselskaber.

Reichmanngruppen har siden 1993 investeret i ejendomme i Mexico. I 1995 blev investeringerne sat i bero på grund af den mexicanske pesos kollaps. I 1999 blev det besluttet at opføre en bygning i Mexico. På den tid promoverede Danmark sig med en fordelagtig beskatning af holdingselskaber. De arrangerede hos en dansk virksomhed, der hed Sheltons, erhvervelsen af anparterne i et dansk selskab, RF Holding ApS. Han var også involveret i overdragelsen af 6. juli 2005, hvor anparterne i RF Holding ApS blev overdraget fra HQR Finance Ltd. til LMR Investment S.à r.l. På det tidspunkt ejede RF Holding ApS aktierne i de mexicanske selskaber og stod også for finansieringen af dem. Det viste sig, at finansieringsregnskaberne, som Sheltons førte, skulle korrigeres, og det tog lang tid. Der manglede koordinering mellem Luxembourgkontoret og det danske kontor. De besluttede derfor, at RF Holding ApS ikke længere skulle være involveret i finansieringen af Mexicoprojekterne, og at al finansiering skulle gå gennem Luxembourg. Det danske selskab skulle omdannes til et holdingselskab, der kun ejede aktier. Selskabet i Luxembourg skulle være moderselskab for det danske selskab. Det skulle sikre bedre kontrol med det danske selskab. Der var også udsigt til ændrede skatteregler i Danmark.

Fakturaen af 11. februar 2005 fra Sheltons beskriver en skattesag mod de danske skattemyndigheder, og under punkt 2 er beskrevet en udlodning af gældsbreve fra det mexicanske selskab. Det handlede om flere forskellige gældsbreve. Der var ikke tale om kontante

betalinger. Det havde sammenhæng med en ny investor i Mexico, en tysk fond, der hed DIFA. I april 2005 trådte denne tyske investor ind i projektet.

Efter problemerne med de danske skattemyndigheder i 2004 var de blevet meget forsigtige og ville gøre det mere enkelt for det danske selskab. Det skulle ikke længere finansiere noget.

For at få den plan til at gå op skulle ca. 10 mio. USD udbetales som udbytte.

Han kan vedstå den erklæring, som han har afgivet den 20. november 2013, hvori han blandt andet har redegjort for record book, som er blevet udarbejdet over udførte transaktioner. Den udarbejdes normalt for et helt år. Record book for 2006 var færdig i marts 2007. De dokumenter, der er beskrevet i record book under punkt 84 og 85, er ikke udarbejdet på hans advokatkontor, men det er dokumentet under punkt 86.

Den 20. februar 2007 skrev Sheltons til ham om regnskabet for RF Holding ApS, og samme dag skrev vidnet tilbage til Sheltons, at der for 2006 ikke skulle have været nogen transaktioner i selskabet. Han manglede i sit system endvidere en kopi af udbytteudlodningen.

Den 21. februar 2007 modtog han fra Sheltons generalforsamlingsreferatet fra RF Holding ApS og en kopi af udbytteudlodningen. Han havde ikke kopi af overdragelsesdokumenterne vedrørende promissory notes. En kollega skrev tilbage, at kontoret ville lede efter dokumenterne. Informationerne i record book under punkt 84, 85 og 86 er indført i den følgende uge, efter han fik informationerne i begyndelsen af 2007. Emnet for record book var egentlig Mexicoprojektet, men den information, som fremgår af punkt 84-86, har ikke noget med projektet at gøre. Derfor er de sat ind til sidst. Det ville have været mærkeligt at lave en record book med kun tre posteringer. Punkt 84-86 er indføjet inden den 7. marts 2007. De er ikke indføjet på baggrund af skattemyndighedernes henvendelse om sagen. Det ville have medført et stort ekstraarbejde at ændre på rækkefølgen.

Han har udfærdiget memorandum af 30. januar 2007, der omhandler lånene i de mexicanske selskaber. Overførslen af lånet til det danske selskab er nævnt under pkt. 6.1. Memorandummet omhandler kun Mexico, og derfor beskrives videreoverdragelsen af lånet til LMR Investment S.à r.l. ikke. Hvis de danske skattemyndigheder ikke havde opdaget fejlen i LMR Investment S.à r.l.'s regnskab, ville de have opdaget det selv til sidst, da tallene ikke stemte.

Kuy Ly Ang har forklaret, at han er administrerende direktør i Unsworth & Associates, Luxembourg, hvilket han har været siden 2004. Virksomheden er et servicefirma for

udenlandske holdingselskaber hjemmehørende i Luxembourg. Han har siden 2004 været direktør for LMR Investment S.à r.l. Han var i 2006 direktør for ca. 80 selskaber, og i dag er tallet ca. 50.

Han kan bekræfte rigtigheden af den erklæring af 17. juni 2011, som han har afgivet om LMR Investment S.à r.l. Han modtog via e-mail den 28. juli 2006 fra Sheltons de formularer, der skulle bruges til at ansøge om fritagelse for betaling af kildeskat af udbyttet. Det var et ark med tekst på for- og bagside. Der er sendt tre kopier til skattemyndighederne i Luxembourg, der har stemplet dokumenterne. De har sendt en af kopierne med skattemyndighedens stempel til det danske skattevæsen. Brevet er sendt anbefalet. En sekretær har den 2. august 2006 sendt en kopi pr. e-mail til Sheltons. Det er en helt normal procedure for europæiske selskaber at udfylde den omhandlede formular.

Der blev om fornødent bogført dagligt, hvis der var den nødvendige dokumentation. Det var ikke muligt at bogføre udbyttet fra RF Holding ApS, før der kom et referat fra generalforsamlingen. Han kan ikke huske, om referatet var modtaget, da formularen blev udfyldt. Der var ikke en kontrakt om udlodning. Det skyldes en forglemmelse, at udlodningen ikke er medtaget i regnskabet for LMR Investment S.à r.l. Regnskabet blev udarbejdet sent i 2007, og på det tidspunkt havde han glemt alt om udbyttet. Bogholderen Dominique Crocenzo var fransktalende og ikke god til engelsk. Han bogførte ud fra memorandummet fra Davies Ward Phillips & Vineberg om de mexicanske forretninger, hvor udbyttet fra RF Holding ApS ikke var medtaget. Beløbet var ikke stort, og dermed var det ikke iøjefaldende, at der var sket en fejl. Regnskaber bliver ikke konsolideret i Luxembourg. Der blev derfor ikke foretaget en overordnet gennemgang af Reichmanngruppens regnskaber. Regnskabet var forsinket som altid, da han som direktør skulle godkende det. Der var heller ikke tale om en pengeoverførsel i traditionel forstand, og bogholderen ville have en juridisk dokumentation, før udlodningen kunne bogføres. Regnskabet for 2006 blev indleveret i oktober 2008. Selvangivelsen baseret på de rigtige oplysninger blev indgivet i marts 2009. Det var lige efter, de havde registreret de rigtige oplysninger i regnskabet. I Luxembourg er det tilladt at indlevere regnskab så sent, og det er ikke påkrævet, at regnskaberne revideres.

Der blev endvidere foretaget rettelser i noterne til regnskabet. Der var blevet lavet en slåfejl ved indtastningen af en oplysning. Derefter blev samtlige regnskaber gennemgået, og skrivefejlen blev rettet.

Opgørelsen for 2004-2007 for LMR Global Holdings S.à r.l. viser de samlede administrationsudgifter for Reichmanngruppens selskaber i euro. De har ikke behov for at udspecificere posterne på de enkelte selskaber. Der er ikke krav herom hos skattemyndighederne i Luxembourg.

LMR Investment S.à r.l. har ikke udloddet udbytte til moderselskabet.

Procedure

Sagsøgeren har i sit sammenfattende processkrift af 5. januar 2015 blandt andet anført følgende:

”Til støtte for den nedlagte påstand gøres det **overordnet** gældende, at hverken LMR Investments eller HQR Investments Inc. er begrænset skattepligtige til Danmark af det omhandlede udbytte til LMR Investments, jf. den dagældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, smh. med artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg og artikel 5 i Rådets direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater, hvorfor sagsøgeren ikke havde pligt til at indeholde kildeskat efter kildeskattelovens § 65. Det gøres i den forbindelse gældende, at LMR Investments er rette indkomstmodtager af det omhandlede udbytte jf. statskattelovens § 4, og at LMR Investments er beneficial owner eller retmæssig ejer af det modtagne udbytte i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand.

Det gøres endvidere gældende, at LMR Investments har et ubetinget krav på, at udbytteskatten skal frafalde efter Rådets direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

Det bestrides, at der foreligger misbrug for så vidt angår dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg og moder-/datterselskabsdirektivet.

Herudover gøres det gældende, at beskatning af udbyttet er i strid med retten til fri etablering, jf. tidligere EF-traktatens artikel 43, nu TEUF, artikel 49.

Det gøres herudover gældende, at skatteministeriets fortolkning af begrebet ”retmæssig ejer” er ændret, ligesom skatteministeriet har ændret opfattelse af, hvornår et udenlandsk selskab har krav på skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet. Det gøres gældende, at der foreligger en skærpeelse af fast administrativ praksis med tilbagevirkende kraft, og at denne burde have været varslet og derfor ikke kan finde anvendelse i nærværende sag.

Det gøres endelig gældende, at RF Holding ApS ikke hæfter for eventuel kildeskat, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1, idet der ikke fra RF Holding ApS’ side er udvist forsømmelighed.

...

Det gøres gældende, at udbyttet ikke er omfattet af skattepligten i selskabsskattelovens § 2 stk. 1, litra c, idet beskatningen af udbyttet skal nedsættes efter artikel 10 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg og moderdatterselskabsdirektivet artikel 5.

Rette indkomstmottager

Det gøres i den forbindelse gældende, at LMR Investments er rette indkomstmottager i relation til udlodningen fra sagsøgeren, jf. statsskattelovens § 4.

Efter princippet om rette indkomstmottager i statsskattelovens § 4 er det skattesubjekt, der har den retlige adkomst til et indkomstgrundlag også rette indkomstmottager af indkomsterne heraf. Indkomstfordelingen følger de obligationsretlige regler, jf. f.eks. Michelsen, Lærebog om indkomstskat 15. udgave 2013, s. 659, 660 og 666 og Dam, Rette Indkomstmottager, s. 327-331 og 335-337. Indtægter skal henføres til skattesubjekt, der har et retligt krav på indtægten. Det er et klart udgangspunkt i dansk skatteret, at udbytte i praksis beskattes hos det skattesubjekt, der i civilretlig henseende ejer aktierne i det udbytteudloddende selskab.

Der er indgået en civilretligt bindende aftale om overdragelsen af anparterne i RF Holding ApS til LMR Investments, der var behørigt registreret i sagsøgers anparthaverfortegnelse. Også udadtil fremstod LMR Investments som ejer af anparterne. LMR Investments, der har ejet anparterne i RF Holding ApS siden 6. juli 2005, var utvivlsomt civilretlig ejer af anparterne i sagsøgeren på udlodningstidspunktet.

LMR Investments, der ejer anparterne i sagsøgerne, er et lovligt stiftet og indregistreret selskab i Luxembourg, hvortil det også er skattepligtigt, og LMR Investments skal også efter dansk ret anses for rette indkomstmottager til udbytte fra sagsøgeren.

Såfremt rette indkomstmottager af udbytte skal anses for en anden end ejeren af anparterne, kræver dette efter praksis en helt særlig begrundelse, og en sådan foreligger ikke. Sagsøgtens eneste begrundelse for ikke at anse LMR Investments for rette indkomstmottager af udbyttet er, at udbyttet ikke oprindeligt fremgik af LMR Investments regnskab. Af det skriftlige materiale fremgår, at dette beror på en menneskelig fejl fra bogholderens side ved udarbejdelsen af det oprindelige regnskab. Udlodningen til LMR Investments fremgik af koncernens Group Record Book, som er udarbejdet eksternt og som blev tilsendt LMR Investments i marts 2007, længe før sagsøgte påbegyndte sin undersøgelse. Udlodningen til LMR Investments fremgik at de til myndighederne indleverede attester og straks da fejlen i regnskabet blev opdaget, blev der korrigeret herfor og revideret regnskab indsendt til myndighederne i Luxembourg, der har lagt regnskabet til grund. Realiteten er, at LMR Investments civilretligt var ejer af anparterne, og realiteten er, at der alene gyldigt kunne udloddes udbytte til LMR Investments. Realiteten er endvidere, at det er LMR Investments, der har modtaget det udloddede udbytte, og en midlertidig bogføringsfejl i LMR Investments regnskab kan ikke ændre på realiteten.

LMR Investments har haft såvel faktisk fuld rådighed over den udloddede fordring som økonomisk gavn af fordringen, herunder opnået en forrentning af den udloddede

fordring i perioden fra den 30. juni 2006 til 30. november 2009 på i alt EUR 1.560.392. LMR Investments kreditorer ville kunne søge sig fyldestgjort i fordringen, og fordringen har sat LMR Investments i stand til godt 3 år efter modtagelsen af udlodningen at nedbringe sin gæld til et koncernforbundet selskab ved anvendelse af fordringen med tilskrevne renter. Den eneste der har juridisk krav på og fået økonomisk gavn af det udloddede udbytte er LMR Investments, og der foreligger ingen særlig begrundelse for, at LMR Investments ikke skulle være rette indkomstmotager i relation til udbyttet.

Når sagsøgte hævder, at en anden part end den, der civilretligt ejer anparterne, skal anses for rette indkomstmotager til udbyttet, gøres det gældende at sagsøgte har bevisbyrden herfor, jf. f.eks. Højesterets dom af 4. november 2014. Sagsøgte har end ikke i sin afgørelse anført, hvem der så er rette indkomstmotager. Det er først Landsskatteretten, der finder, at HQR Investments Inc. er rette indkomstmotager, men sagsøgte har ikke godtgjort, at udlodningen er sket til HQR Investments Inc. og dette selskab kan ikke anses for at være rette indkomstmotager af udbyttet jf. stats-skattelovens § 4.

Det bestrides, at udlodning er sket udenom LMR Investments og har beriget HQR Investments Inc. Det bestrides, at forholdene omkring og formålet med udstedelsen af de 5 promissory notes peger i retning af, at HQR Investments Inc. var rette indkomstmotager. Det foreligger ikke godtgjort, at det forhold, at udbyttet ved en fejl ikke i første omgang fremgik af LMR Investments regnskab for 2006 medførte en berigelse af HQR Investments Inc. hverken direkte eller indirekte.

Det bestrides, at der skulle være tale om, at det reelt er sagsøgeren, der har finansieret HQR Investments Inc.'s betaling af top-up amounts til de amerikanske og tyske investorer. Der er intet belæg herfor, og det bestrides, at der er tilført midler fra sagsøgeren til HQR Investments Inc., hvilket sagsøgte heller ikke har godtgjort.

Beneficial owner

Det gøres endvidere gældende, at LMR Investments er beneficial owner eller retmæssig ejer af det modtagne udbytte i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand.

LMR Investments havde ikke i relation til det modtagne udbytte meget snævre beføjelser, som gør det til en "nullitet" eller administrator der handler på vegne af andre parter. Tværtimod var LMR Investments hverken kontraktuelt eller juridisk forpligtet til at videreudlode udbyttet, således som det forudsættes i OECD's nye kommentarer til modeloverenskomstens pkt. 12.4, og LMR Investments har rent faktisk heller ikke videreudloddet det pågældende udbytte. LMR Investments har haft samme beføjelser som et hvilket som helst mellemholdingselskab har i andre koncerner og ejeren har ikke udøvet kontrol og styring udover, hvad der sædvanligvis forekommer i internationale koncerner.

Hertil kommer, at udbyttet ikke er blevet videreudloddet til HQR Investments Inc. eller andre.

Tværtimod beholdt LMR Investments udbyttet fra 2006 til ultimo 2009. Udlodningen forøgede LMR Investments egenkapital og denne er ikke efterfølgende nedbragt med udlodning til HQR Investments Inc. eller andre. Den udloddede fordring med tilskrevne

betydelige renter blev ultimo 2009 til gavn for LMR Investments selv anvendt til at reducere selskabets gæld og udgør således fortsat en del af selskabets egenkapital. På intet tidspunkt efter modtagelsen af fordringen har LMR Investments udloddet udbytte til sit moderselskab. LMR har således ikke fungeret som gennemstrømningsenhed.

LMR er ikke agent eller en særligt udpeget person, der er indskudt mellem modtager og betaler, og LMR var ikke kontraktuelt eller juridisk forpligtet til at videreudlodde udbyttet, hvilket heller ikke er sket.

...

Misbrug af dobbeltbeskatningsaftalen

Det bestrides, at der er tale om misbrug af dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og Luxembourg og moder-/datterselskabsdirektivet.

...

Udbytteskat skal frafalde efter moder-/datterselskabsdirektivet

Jeg gør endvidere gældende, at LMR Investments har et ubetinget krav på, at udbytteskatten skal frafalde efter moder-/datterselskabsdirektivet (direktiv 90/435/EØF), som ændret ved Rådets direktiv 2003/123/EF, artikel 1, stk. 2 og artikel 5, der – i modsætning til rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) – ikke stiller krav om, at moderselskabet skal være retmæssig ejer af det modtagne udbytte.

...

Beskatning af udbyttet er i strid med retten til fri etablering

Det gøres gældende, at beskatning af udbyttet strider mod den frie etableringsret, jf. tidligere EF-traktatens artikel 43, nu TEUF artikel 49. Forskelsbehandlingen kan hindre et moderselskab, der er etableret i en anden medlemsstat i at udøve sin traktatsikrede etableringsfrihed, idet moderselskabet afskrækkes fra at oprette datterselskaber i den medlemsstat, der har truffet foranstaltningen. Det følger af EU-domstolens praksis (sagerne C170/05, C379/05 samt C284/09), at en medlemsstats forskellige beskatninger af udbytter til hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aktionærer indebærer en restriktion for – eller diskriminerende begrænsning af – etableringsfriheden, at der er tale om objektivt sammenlignelige situationer, at forskellige nationale og overenskomstmæssige foranstaltninger, der ikke fuldt ud neutraliserer den forskellige behandling, ikke ophæver restriktionen, at medlemsstaterne ikke – som tvingende alment hensyn – kan påberåbe sig nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, herunder territorialprincippet eller et hensyn til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen, og at de pågældende restriktioner eller diskriminationer dermed er traktatstridige.

Begrænset skattepligt vil således være en åbenbar restriktion, som ikke kan retfærdiggøres af tvingende almene hensyn og som derfor er i strid med EF-traktatens artikel

43, nu TEUF artikel 49. Den begrænsede skattepligt kan derfor ikke håndhæves, og sagsøger er derfor ikke indeholdelsespligtig.

Skærpende praksisændring med tilbagevirkende kraft

Det gøres gældende, at SKATs afgørelse er udtryk for en skærpelse af en fast administrativ praksis, som burde have været varslet, og derfor ikke kan finde anvendelse i denne sag. Det gøres i den forbindelse gældende, at skatteministeriets fortolkning af begrebet ”retmæssig ejer” er ændret ligesom skatteministeriet har ændret opfattelse af, hvornår et udenlandsk selskab har krav på skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet. Oprindeligt har sagsøgte fortolket begrebet ”retmæssig ejer” i overensstemmelse med princippet om rette indkomstmodtager i dansk skatteret, men har ændret fortolkningen, således at ”retmæssig ejer” og ”rette indkomstmodtager” hævdes at være to forskellige begreber.

...

Forsømmelighed

For det tilfælde, at retten måtte nå til det resultat, at der skulle have været indeholdt kildeskat vedrørende det omhandlede udbytte, gøres det gældende, at RF Holding ApS ikke hæfter for den ikke-indeholdte udbytteskat efter kildeskattelovens § 69, stk. 1, idet der ikke fra sagsøgers side er udvist forsømmelighed. Det gøres i den forbindelse gældende, at spørgsmålet om forsømmelighed skal vurderes på grundlag af de retskilder, der var tilgængelige i juni 2006 og som ikke gav grundlag for at antage, at der skulle ske indeholdelse af kildeskat.

Henset til, at sagsøgerens forståelse af de relevante retsregler er i overensstemmelse med skatteministerens udtalelser i 2001 og 2004, og dermed den administrative praksis, som skattemyndighederne ubrudt har fulgt i mere end 30 år, gøres det gældende, at RF Holding ApS ikke har udvist forsømmelighed, men har haft fuld føje til at antage, at der ikke skulle indeholdes kildeskat.

Selskabets forståelse af de relevante regler er i overensstemmelse med den administrative praksis, som skattemyndighederne ubrudt har fulgt igennem årene. Så vidt det ses nægtede skattemyndighederne første gang ved afgørelse af den 5. maj 2009 skattefritagelse af udbytte til et moderselskab i et land, hvor Danmark havde indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst med den begrundelse, at moderselskabet ikke var beneficial owner af udbyttet. Det er således først i 2009, at sagsøgte ikke anerkender et i et andet land gyldigt indregistreret holdingselskab som retmæssig ejer af et udbytte. Endvidere henset til, at der ikke findes en endelig definition af, hvad der skal forstås ved begrebet ”beneficial owner”, og at der på såvel nationalt som internationalt plan hersker stor usikkerhed om, hvorledes begrebet ”retmæssig ejer” skal fortolkes, er det åbenbart, at RF Holding ApS ikke har udvist forsømmelighed. OECD har også erkendt, at begrebet er blevet fortolket forskelligt hos domstolene og skatteadministrationerne i de enkelte lande og har derfor i 2014 været nødsaget til at præcisere begrebet.

Sagsøgte fremkom efter modtagelse af diverse materiale fra sagsøgeren med en agterskrivelse den 9. oktober 2008, hvorefter sagsøgte anså LMR Investments for at være et gennemstrømningselskab. Sagsøger gjorde ikke gældende på daværende tidspunkt,

at LMR Investments ikke var rette indkomstmodtager. Sagsøgte modtog både på møder og ved skriftligt indlæg omfattende redegørelser og bilag, men først ultimo april 2010 – efter sagsøgte havde behandlet sagen i perioden fra efteråret 2008 – fremkom sagsøgte med sit synspunkt om at LMR Investments ikke var rette indkomstmodtager. Sagsøgte har således ikke selv oprindeligt fundet, at LMR Investments ikke var rette indkomstmodtager, men først efter en langvarig sagsbehandling på mere end 1 år – efter sagsøgte havde tabt den første sag i Landsskatteretten, fremkom sagsøgte med sit synspunkt om, at LMR Investments ikke var rette indkomstmodtager efter dansk ret. Det gøres gældende, at der ikke kan stilles større krav til agtpågivenheden hos sagsøgeren end hos sagsøgte.

Sagsøgte har igennem mange år været fuldt ud opmærksom på problemstillingen om retmæssig ejer og rette indkomstmodtager. På trods heraf, har sagsøgte ikke tidligere statueret begrænset skattepligt og indeholdelsespligt i tilfælde som det foreliggende. På det tidspunkt, hvor udlodningen blev foretaget, på generalforsamlingen i 2006, var der ingen eksempler i dansk praksis på, at man tilsidesatte behørigt indregistrerede udenlandske selskaber. Der var intet, der på det tidspunkt pegede på, at sagsøgeren skulle være agtpågivende ved udlodningen. Først efter at sagsøgte havde meldt ud, at man ønskede sager vedrørende gennemstrømningsselskaber prøvet ved domstolene, kan det komme på tale at stille større krav til agtpågivenheden. På tidspunktet for udlodningen havde klageren ikke den fjerneste grund til at tro, at der skulle indeholdes skat i udbytte. Det er først flere år efter udbytteudlodningen, at sagsøgte har ændret sin fortolkning af, hvad der skal forstås ved ”retmæssig ejer” ligesom sagsøgte har ændret sin opfattelse af, hvornår et udenlandsk selskab har krav på skattefrihed efter moder-/datterselskabsdirektivet.

Som det fremgår af de gentagne svar fra skatteministeren, er der ikke eksempler på udenlandske gennemstrømningsselskaber som de danske skattemyndigheder ikke har accepteret som retmæssige ejere af udbytte fra danske selskaber – ministerens svar på spørgsmål 6-L31. Det følger endvidere af ministerens svar, at der er meget snævre grænser for dem, når danske skattemyndigheder kan tilsidesætte et behørigt indregistreret fuldt skattepligtigt selskab, jf. således også skatteministerens svar på spørgsmål 86-L213 (2006/07).

Det bestrides, at forholdene har haft en sådan klarhed, at det kan lægges til grund at sagsøgeren har udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde kildeskat. Til støtte herfor henvises til Østre Landsrets dom af den 11. september 2002, offentliggjort i TfS.2002.844, hvorefter Landsretten i en sag om hæftelse for ikke-indeholdt A-skatter lagde afgørende vægt på, at de i cirkulære nr. 129 af 4. juni 1994 angivne kriterier ikke førte til et entydigt resultat. På den baggrund fandt Landsretten ikke, at forholdet havde haft en sådan klarhed, at det kunne lægges til grund, at sagsøgeren havde udvist forsømmelighed ved at undlade at indeholde A-skat og arbejdsmarkedsbidrag. Der henvises endvidere til Højesterets dom i U.1977.844 H.

Under de ovenfor anførte omstændigheder er betingelsen i kildeskattelovens § 69 stk. 1 om at klageren skal have udvist forsømmelighed ikke opfyldt, hvorfor afgørelsen skal ophæves.”

Sagsøgte har i sit sammenfattende processkrift af 5. januar 2015 blandt andet anført følgende:

”Det er Skatteministeriets opfattelse, at RF Holding var forpligtet til at indeholde udbytteskat, jf. kildeskattelovens § 65, i forbindelse med vedtagelsen om udbetaling af udbyttet, idet udbyttet udløste begrænset skattepligt, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, og at selskabet ved at undlade at opfylde sin pligt til at indeholde skatten blev umiddelbart ansvarlig over for det offentlige for betaling af det manglende beløb, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1.

Det er således – i første række – Skatteministeriets opfattelse, at der ikke er grundlag for at anse LMR for reelt at være modtager/rette indkomstmotager af udbyttet, og at betingelserne for, at beskatningen skal frafaldes efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, allerede af den grund ikke er opfyldt.

Det er – i anden række – Skatteministeriets opfattelse, at LMR ikke kan anses for udbyttets retmæssige ejer (beneficial owner), og at betingelserne for, at beskatningen skal frafaldes efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, også af den grund ikke er opfyldt.

...

5.1 Udgangspunktet om indeholdelsespligt og begrænset skattepligt af udbytte

Efter kildeskattelovens § 65, stk. 1, skal et selskab som RF Holding som udgangspunkt indeholde udbytteskat i forbindelse med enhver vedtagelse eller beslutning om udbetaling eller godskrivning af udbytte.

Ifølge lovens § 65, stk. 4 (tidligere stk. 5), fraviges udgangspunktet, hvor der er tale om udbytte, som et selskab, der er hjemmehørende i udlandet, modtager fra et selskab, der er hjemmehørende her i landet, når det pågældende udbytte ikke er omfattet af skattepligten, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt.

Efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., er selskaber, der har hjemsted i udlandet, som udgangspunkt skattepligtige til Danmark af udbytte, der oppebæres fra kilder her i landet. Dette gælder dog ikke udbytte, som oppebæres af et selskab, der ejer mindst 20 % (i 2006) i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken periode udbyttetidspunktet skal ligge, jf. den dagældende bestemmelses 2. og 3. pkt., forudsat at beskatningen af udbytte skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber (herefter moder-/datterselskabsdirektivet) eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor selskabet er hjemmehørende, jf. 4. pkt.

Af det anførte følger, at medmindre LMR må anses for både rette indkomstmotager og retsmæssig ejer, for så vidt angår det omhandlede udbytte, er udbyttet skattepligtigt i medfør af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, 1. pkt., med den følge at RF Holding i overensstemmelse med udgangspunktet i kildeskattelovens § 65, stk. 1, havde pligt til at indeholde udbytteskat i forbindelse med vedtagelsen af udbyttet.

5.2 RF Holding er ikke reelt modtager af/rette indkomstmotager i relation til udbyttet

Skatteministeriet bestrider ikke, at de omhandlede promissory notes ifølge RF Holdings årsrapport for 2005 ... – formelt – blev udloddet som udbytte til LMR.

Skatteministeriet bestrider derimod, at LMR reelt var modtager af/rette indkomstmodtager i relation til udbyttet. Det skyldes, at LMR ikke indtægtsførte udbyttet. Udbyttet blev således ikke indtægtsført i selskabets oprindelige årsrapport for 2006. Det blev først indtægtsført via en ændret årsrapport, efter at SKAT i 2009 havde taget sagen op, og det må lægges til grund for sagens afgørelse, at ændringen alene var foranlediget af SKATs henvendelse i sagen.

Udlodningen må under de foreliggende omstændigheder reelt anses for at være blevet ført uden om LMR til LMR's moderselskab, HQR Investments Inc. (herefter HQR Investments).

RF Holding har ikke godtgjort nogen forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen, hvorefter HQR Investments ejede RF Holding via LMR, der ikke havde midler til rådighed til finansiering af koncernens aktiviteter, og der har ikke været pengestrømme fra koncernselskaber på Cayman Islands henholdsvis Guernsey via LMR til selskaberne i Danmark og Mexico, hverken i form af udlån, renter eller afdrag. Al finansiering foregik således fra selskaberne på Cayman Islands og Guernsey til selskaberne i Mexico.

RF Holding har til skattemyndighederne oplyst, at ingen af lånebeløbene, hverken hovedstol, renter eller afdrag er overført via LMRs bankkonto, og kontooplysninger, som RF Holding efter sagens anlæg har fremsendt til Kammeradvokaten, viser, at LMR i realiteten alene fungerede som gennemstrømningsenhed vedrørende overførsler til og fra HQR Investments...

Henset hertil, til formålet med HQR Investments udstedelse af de omhandlede promissory notes og de dertil knyttede transaktioner samt tilbageførslerne..., må HQR Investments anses for den reelle modtager af/rette indkomstmodtager for så vidt angår udbyttet i form af de omhandlede promissory notes.

Det bemærkes herved også, at det har formodningen for sig, at tilbageførslerne af de omhandlede promissory notes, der angiveligt var begrundet i mexicanske skatteforhold, skulle ske til HQR Investments, der havde udstedt dem, og ikke til dette selskabs datterselskab, LMR.

Under de foreliggende omstændigheder må det i hvert falde påhvile RF Holding at godtgøre, at LMR – på trods af den manglende indtægtsførelse i årsrapporten – reelt var modtager af/rette indkomstmodtager i relation til det omhandlede udbytte. Det har formodningen imod sig, at LMR "ved en fejl" glemte at indtægtsføre et udbytte på næsten 63 mio. kr. Henset hertil og til, at udbyttet først blev indtægtsført i form af en ændret årsrapport for 2006, efter at SKAT i 2009 tog sagen op, og at der er tale om transaktioner mellem interesseforbundne parter, må der påhvile RF Holding en skærpet bevisbyrde for, at den manglende indtægtsførelse alene skyldtes en fejl.

Denne bevisbyrde har RF Holding ikke løftet.

Det fremlagte record book index ... angående "Reichmann International Mexico, Torre

Mayor, Funding of Entities and Related Transactions" for kalenderåret 2006, godtgør således ikke, at den manglende indtægtsførelse skyldtes en fejl. Der er tale om rent internt materiale, og som nærmere beskrevet i svarskriftet ... støtter indekset ikke, at udbyttet – oprindeligt – blev noteret som en indtægt i LMRs bogføring. Som beskrevet det anførte sted må det tværtimod lægges grund, at tilførslen om udbyttet er foretaget efterfølgende.

RF Holding har i øvrigt ikke på anden vis dokumenteret, at udbyttet – bortset fra at det ikke blev indtægtsført i årsrapporten – ellers oprindeligt blev noteret i LMR's bogføring, og at det udelukkende skyldes en fejl, at udbyttet ikke blev indtægtsført i årsrapporten.

Endelig har RF Holding heller ikke dokumenteret, hvordan de omhandlede transaktioner blev bogført af HQR Investments. At selskabet ifølge RF Holding ikke skulle have udarbejdet årsrapport, kan ikke komme Skatteministeriet til skade.

RF Holding har således ikke afkræftet formodningen for, at udlodningen af de omhandlede promissory notes må anses for at være blevet ført uden om LMR til LMR's moderselskab, HQR Investments.

På den anførte baggrund må det lægges til grund, at RF Holding reelt ikke har været modtager af/rette indkomsthaver i relation til det omhandlede udbytte, men at HQR Investments er rette indkomstmodtager. Konsekvensen heraf er, som beskrevet under punkt 0, at RF Holding havde pligt til at indeholde udbytteskat i forbindelse med vedtagelsen om udbetaling af det omhandlede udbytte..

5.3 Beskatningen skal ikke frafalde i medfør af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst

Selvom LMR anses for reelt at have modtaget udbyttet/være rette indkomstmodtager af udbyttet, er der alligevel ikke belæg for at fravige udgangspunktet om begrænset skattepligt af udbyttet med henvisning til den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det skyldes, at LMR ikke kan anses for retmæssig ejer ("beneficial owner") af udbyttet.

...

Det af RF Holding fremlagte "Certificate of Contributions Directes" vedrørende LMR ... kan ikke tillægges betydning. Det fremgår end ikke af attesten, hvilket landsmyndigheder, der har udfyldt den. Selv hvis der er tale om en attest udfyldt af myndighederne i Luxembourg, kan attesten ikke tillægges nogen betydning. Bedømmelsen af, om der er skattefrihed efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, jf. kildeskattelovens § 65, skal selvsagt foretages af de danske skattemyndigheder og domstole.

Den fremlagte attest ... er i øvrigt udarbejdet af de danske skattemyndigheder som en standardblanket og har derfor i sagens natur et meget standardiseret præg, og intet tyder på, at skattemyndighederne i Luxembourg har foretaget en realitetsbedømmelse af udbytteudlodningen. Det fremgår i øvrigt ikke af attesten, hvilke faktiske oplysninger den er udfyldt på grundlag af. Det kan derfor ikke tillægges nogen betydning, at det af attesten fremgår, at LMR er "*the beneficial owner of the dividends specified om page*

1". Den nævnte side 1 er i øvrigt ikke vedlagt, og det er derfor under alle omstændigheder ikke klart, hvilke udbytter, der henvises til.

...

5.4 Beskatningen skal ikke frafalde i medfør af moder-/datterselskabsdirektivet

Selvom LMR måtte blive anset for reelt at være modtager/rette indkomstmodtager i relation til udbyttet, er betingelserne for at kunne bringe moder-/datterselskabets fordele i anvendelse alligevel ikke til stede.

Det er således anført i direktivets artikel 1, stk. 2, at direktivet ikke er til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug.

Anvendelsen af begrebet "retmæssig ejer" i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne tjener netop til bekæmpelse af svig eller misbrug, som omhandlet i direktivets art. 1, stk. 2. Direktivets artikel 1, stk. 2 sammenholdt med dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 10 samt EU-domstolens praksis om misbrugsbegrebet indebærer, at det er en betingelse for at kunne bringe direktivets fordele i anvendelse, at LMR i Luxembourg kan anses for at være den retmæssige ejer af udbyttet hidrørende fra RF Holding. Denne betingelse ikke er opfyldt, jf. de foregående afsnit.

...

5.5 Den begrænsede skattepligt er ikke i strid med EF-traktatens frihedsrettigheder

En gennemførelse af kildebeskatning strider ikke mod retten til fri etablering, jf. TEUF art. 49 (tidligere TEF art. 43). Der er ikke noget grundlag for at antage, at EUF-traktatens almindelige bestemmelser skulle afskære en kildebeskatning i videre omfang, end hvad der følger af moder-/datterselskabsdirektivet.

5.6 Der er ikke tale om en skærpende ændring af praksis med tilbagevirkende kraft

Kildebeskatningen er ikke udtryk for en skærpende praksisændring med tilbagevirkende kraft. RF Holding har bevisbyrden for, at der skulle være tale om ændring af en fast administrativ praksis, og denne bevisbyrde har selskabet ikke løftet.

5.7 RF Holding er ansvarlig for manglende indeholdelse af udbytteskat, jf. kilde-skatteovens § 69, stk. 1

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, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1, og RF Holding har ikke godtgjort, at selskabet ikke har udvist forsømmelighed

Det må derimod lægges til grund, at RF Holding ikke foretog nærmere undersøgelser med henblik på at afklare, om betingelserne for ikke at indeholde kildeskat var opfyldt.

RF Holding kan i øvrigt heller ikke have været i uvished med hensyn til de *faktiske forhold*, der begrundet indeholdelsespligten. Det skal i den forbindelse bemærkes, at den/de person(er), der har tilrettelagt arrangementet i nærværende sag, nødvendigvis har haft fuld viden om formålet mv., og de(n) pågældende, der har haft kontrol over selskabet, har derfor været i besiddelse af al relevant information”.

Parterne har under proceduren gentaget og uddybet synspunkterne.

Landsrettens begrundelse og resultat

Efter bevisførelsen kan det lægges til grund, at RF Holding ApS over for de danske og luxembourgske skattemyndigheder deklarerede et udbytte på 62.874.867 kr. til sit moderselskab, LMR Investments S.à r.l., og ansøgte om fritagelse for betaling af kildeskat heraf.

Det kan på baggrund af e-mails, erklæringer og vidneforklaringen fra John Ulmer lægges til grund, at han som advokat for Reichmanngruppen havde instrueret Sheltons, der varetog RF Holding ApS’ interesser i Danmark, i, at der skulle ske udlodning og deklarering af udbyttet.

På baggrund af Reichmanngruppens record book for 2006, der var udarbejdet af gruppens advokatfirma, kan det endvidere lægges til grund, at advokatfirmaet ved udarbejdelsen heraf forudsatte, at udbyttet blev udloddet fra RF Holding ApS til LMR Investments S.à r.l., men af det årsregnskab for 2006, som LMR Investments S.à r.l. indleverede til de luxembourgske myndigheder, fremgik udbyttet imidlertid ikke. Det påhviler på den baggrund RF Holding ApS at godtgøre, at regnskabets udvisende beroede på en fejl, og at udbyttet faktisk var udloddet til LMR Investments S.à r.l.

Henset til, at skattemyndighederne ved kontrol opdagede, at LMR Investments S.à r.l. ikke havde regnskabsført udbyttet i overensstemmelse med, hvad RF Holding ApS tidligere havde oplyst til myndigheden, og at RF Holding ApS vedrørende spørgsmålet om den faktiske udlodning af udbyttet til LMR Investments S.à r.l. alene har kunnet fremlægge dokumenter udarbejdet internt i koncernen eller af interesseforbundne parter, samt at transaktionerne udelukkende har været af bogholderimæssig karakter, der ikke ses at have haft noget andet formål end et rent skattemæssigt, og sammenholdt med udbyttets karakter i form af en fordring på et interesseforbundet selskab i koncernstrukturen, finder landsretten det ikke godtgjort, at RF Holding ApS faktisk udloddede udbyttet til LMR Investments S.à r.l.

Den efterfølgende dokumentation, som RF Holding ApS har tilvejebragt i form af ureviderede regnskaber for LMR Investments S.à r.l., herunder et berigtiget regnskab for 2006, en erklæring fra egen bogholder om fejl ved udarbejdelsen af det første årsregnskab for 2006, vidneforklaringen fra Kuy Ly Ang, samt den omstændighed, at der af LMR Investments S.à r.l. er betalt kapitalskat i Luxembourg på 37.950 € for 2007 kan ikke føre til et andet resultat.

Landsretten finder derimod, at det må lægges til grund, at ledelsen i RF Holding ApS udloddede udbyttet til anden side end moderselskabet LMR Investments S.à r.l. Det følger heraf, at RF Holding ApS ikke opfylder betingelserne for at være fritaget for indeholdelse af udbytteskat i medfør af kildeskattelovens § 65, stk. 4 (tidligere stk. 5), jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

RF Holding ApS er ved at udlodde udbytte, der ikke var fritaget for pligten til indeholdelse af udbytteskat, ansvarlig for betalingen af det manglende beløb, jf. kildeskattelovens § 69, stk. 1., idet RF Holding ApS har ikke godtgjort, at der ikke er udvist forsømmelighed ved udlodningen.

Der er ikke grundlag for at anse indeholdelsespligten af udbytteskat for at stride mod retten til fri etablering jf. TEUF art. 49 (tidligere art. 43).

Efter det anførte har landsretten ikke anledning til at tage stilling til de øvrige under sagen rejste spørgsmål vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet, dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Luxembourg eller en eventuel skærpende ændring af praksis med tilbagevirkende kraft.

Skatteministeriets frifindelsepåstand tages derfor til følge.

Efter udfaldet af sagen skal RF Holding ApS betale sagsomkostninger til Skatteministeriet med i alt 750.000 kr. Beløbet vedrører udgifter til advokatbistand ekskl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet er der ud over sagens værdi taget hensyn til sagens omfang og varighed, herunder at den er hovedforhandlet over tre retsdage.

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

Skatteministeriet frifindes.

I sagsomkostninger skal RF Holding ApS betale 750.000 kr. til Skatteministeriet.

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

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.