

ATA-direktivets betydning for dansk CFC-beskatning herunder betydningen af den manglende implementering

The significance of the ATA-Directive for Danish CFC-taxation including
the significance of the lack of implementation



Navn: Mette Storvang
STUDIENUMMER: 20144243
VEJLEDER: MAGNUS VAGTBORG
ANTAL ANSLAG: 143.992

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
Indledning	5
Problemformulering.....	6
Afgrænsning	7
Metode	8
CFC-beskatning	13
Selskabsskatteloven.....	13
Anti-tax avoidance direktivet	15
Sammenfattende	17
Direktivets virkning i national ret – med fokus på ATA-direktivet	17
ATA-direktivets direkte virkning i dansk ret	21
a) Betingelsen om klar, præcis og ubetinget og ingen yderligere gennemførelsesforanstaltninger	21
b) Betingelsen om vertikal virkning	24
c) Betingelsen om udløb af implementeringsfrist	26
Virkningstidspunktet efter reglerne om umiddelbar anvendelighed?	27
Sammenfattende	28
Materiel og formel tilbagevirkende kraft	28
Selskabsskattelovens § 32 og ATA-direktivets art. 7	29
Kontrolbetingelsen	30
Datterselskabet over for enhed	31
Koncernens bestemmende indflydelse over for kontrol alene eller med tilknyttede selskaber	35
Sammenfattende	41
Indkomstbetingelsen	41
SEL § 32, stk. 1, nr. 1 over for ATA-direktivets art. 7, stk. 2	42
Definitionen af CFC-indkomst.....	45
Udbytter m.v.....	48
Royalties m.v.....	52
Indkomst fra faktureringselskaber	56
Sammenfattende	57
Fremtidens CFC-beskatning	58
Perspektivering	59
Konklusion	60
Litteraturliste	62

Grundloven.....	62
Traktater.....	62
Direktiver.....	62
Lovgivning.....	62
Bilag til lovgivning	62
Lovforslag og ændringslove.....	62
EU-domme, forslag til afgørelse og bindende svar.....	63
Juridisk vejledning.....	63
Bøger	64
Artikler.....	65
Hjemmesider	65
Andet.....	66
Bilag	67
Bilag 1 – CFC-indkomst.....	67
Bilag 2 – CFC-reglernes udvikling	67

Abstract

In 2016, the Council of the European Union (EU) adopted the Anti-Tax Avoidance Directive (Directive). The Directive is one of the many initiatives set out in the past years in the process of preventing aggressive tax planning and combating tax avoidance. It followed the publication of the BEPS-project from OECD in 2015 after the Council concluded a need for common flexible solutions at EU-level consistent with the conclusion in the BEPS-project.

Since Denmark is a Member of the EU, the Danish Tax Rules must be in accordance with the provisions in the Directive. Therefore, Denmark presented a bill (L 28) in October 2018 in which the necessary changes to comply with the Directive was made. The bill is subsequently been divided into two (L 28A and L 28B). L 28B contained the further case history of the implementation of the CFC-taxation part of the Directive. This bill was repealed due to parliamentary election before it was adopted. It appears from Article 11 in the Directive, that Member states shall adopt the Directive by 31 December 2018. Denmark has not complied with this.

With the Directive designed as a Minimum Harmonization Directive, the Danish CFC-taxation rules in Section 32 of the Danish Corporation Tax Law (DCTL) must contain at least the same provisions as the Directive. In that context, this thesis will examine the current Danish CFC-taxation after the adoption of the Directive in 2016 with focus on whether the Directive is immediate applicable and whether the Danish CFC-taxation rules contains at least the same provisions as the Directive and taxes the same companies.

Usually a Directive only becomes effective after implementation in national law. A principle developed in EU case law has made an exemption to this. If a provision is clear, exact and unconditional, if it commits the Member State and if the deadline of implementation has expired, the provision is immediate applicable without implementation. An analysis of art. 7 in the Directive shows that this provision is immediate applicable.

Both Section 32 of the DCTL and art. 7 in the Directive contains conditions for establishing CFC-taxation. Below, both contains a condition of control and a condition of income. Section 32 of the DCTL base the condition of control on a legal control test focusing on voting rights. Art. 7 in the Directive base the condition of control on a legal control test and an economic control test focusing on voting rights, shares and right to profit. Both Section 32 of the DCTL and art. 7 in the Directive

base the condition of income on a categorical analysis. The condition in Section 32 of the DCTL is met, when more than half of the income in the company is CFC-income. CFC-income is defined as income from financial assets, intellectual property, banking activities etc. The condition in art. 7 in the Directive is met from the moment the company has CFC-income. CFC-income is defined as income from financial assets, intellectual property, other income from these assets and income from invoicing companies.

An analysis of the Danish CFC-taxation shows that beside Section 32 of the DCTL, art. 7 in the Directive is applicable law in Denmark. Beside this, the analysis shows that the scope of art. 7 in the Directive is broader than section 32 of the DCTL, both in the condition of control and the condition of income. Therefore, changes of section 32 of the DCTL is needed.

Indledning

Med en kompleks lovgivning og et ustabil område kan det være svært at forudsige retstillingen og gennemskue konsekvenserne af ens egne handlinger. For skattelovgivningen synes dette at være tilfældet.¹ Mens det må antages, at lovgivningen har til formål at klarlægge den skattemæssige behandling for skatteyderne, medfører dens kompleksitet og skatterettens ustabile område, at der opstår usikkerheder omkring, hvilke regler der gælder og hvordan disse skal forstås. Usikkerhederne kan i værste fald resultere i en overtrædelse af loven.²

Som følge af den stigende globalisering og en ikke-harmoniseret skattebase af landenes skattesystemer er der også andre udfordringer end de ovenfor nævnte. Disse udfordringer giver efter skattemyndighedernes opfattelse anledning til større problemer. Med virksomhedernes konkurrence på tværs af grænserne er betydningen af skattebetalingerne enorm. Når dette kombineres med landenes forskellige skattesystemer og skattesatser giver det mulighed for, at virksomheder kan spekulere i minimering af skattebetalingerne.³ Der ses derfor at være udviklet en tendens til, at indkomster flyttes til lande med lav eller ingen beskatning for at minimere skattebetalingen. Dette har resulteret i, at der i dag er et stort fokus på skatteplanlægning og skatteundgåelse.⁴

For at imødegå ovenstående har mange lande inklusiv Danmark indført værneregler. Værnsreglerne skal forsøge at løse de udfordringer, som forskellene i landenes skattesystemer medfører og sikre at skattegrundlaget ikke udhules.⁵ Som en del af de danske værneregler er CFC-reglerne i selskabsskattelovens (herefter SEL) § 32. Foruden at flere lande på nationalt plan har foretaget tiltag for at modvirke skatteplanlægningen og skatteundgåelsen, er der også foretaget diverse tiltag på internationalt og EU-retligt plan. Et samarbejde mellem *The Organisation for Economic Co-operation and Development* (herefter OECD) og G20 har medført en 15-punkts handlingsplan, som skal forsøge at dæmme op for den aggressive skatteplanlægning.⁶ Handlingsplanen går under navnet *Base Erosion and Profit Shifting* (herefter BEPS) og indeholder blandt andet tiltag, som skal sikre effektive

¹ Loft, Peter, 2015, s. 243

² Juul, Mette, s. 2 og 4

³ Loft, Peter, 2015, s. 107

⁴ Bundgaard, Jakob m.fl., 2015, s. 125

⁵ Bundgaard, Jakob m.fl., 2015, s. 115

⁶ About the Inclusive Framework on BEPS, OECD

CFC-regler. Som følge af BEPS-projektet har Rådet for Den Europæiske Union vedtaget et minimumsharmoniseringsdirektiv, der skal forsøge at bekæmpe skatteundgåelse. Formålet med direktivet er at sikre, at skatten betales der hvor overskuddet genereres og værdien skabes.⁷ Direktivet benævnes Anti-tax avoidance direktivet (herefter ATA-direktivet) og indeholder ligeledes bestemmelser om CFC-beskatning.⁸

Med disse tiltag og Danmarks medlemskab i den Europæiske Union (herefter EU) har Danmark fremsat et lovforslag, L 28. Lovforslaget har til formål at implementere ATA-direktivets bestemmelser i dansk ret.⁹ L 28 er efter fremsættelsen blevet delt i to særskilte lovforslag, hvor implementeringen af CFC-bestemmelserne i ATA-direktivet er udskilt til L 28B. L 28B er ikke vedtaget og CFC-bestemmelserne i ATA-direktivet er derfor ikke implementeret i dansk ret inden for implementeringsfristen.¹⁰ Grundet udskrivelsen af folketingsvalget er L 28B nu bortfaldet.

Et i forvejen komplekst regelsæt bliver ikke mindre komplekst af, at der vedtages nye regler af betydning for beskatningen af danske virksomheder og Danmark samtidig ikke overholder fristerne. Afhandlingen vil derfor forsøge at belyse hvilke regler der gælder i Danmark for CFC-beskatning, herunder ATA-direktivets betydning for dansk CFC-beskatning.

Afhandlingens problemformulering vil derfor være følgende:

Problemformulering

Hvad er gældende ret for CFC-beskatning i Danmark efter vedtagelsen af ATA-direktivet? Hvilket materielt indhold har CFC-beskatningsbestemmelsen i SEL § 32 over for bestemmelsen i ATA-direktivets art. 7 og hvilke konsekvenser kan eventuelle forskelle have for dansk CFC-beskatning?

⁷ L 193/1 - (2016/1164 EU) 1. og 2. præambel

⁸ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7 og 8

⁹ L 28B (2018/2019)

¹⁰ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 11

Afgrænsning

Som det fremgår af problemformuleringen vil afhandlingen have sit fokus på CFC-reglerne for selskaber i SEL § 32. Af den grund vil CFC-reglerne for fysiske personer og dødsboer i ligningslovens (herefter LL) § 16H ikke blive belyst. Fokuset på SEL § 32 udspringer af, at ATA-direktivet vedrører skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en eller flere medlemsstater og derfor ikke har direkte betydning for fysiske personers CFC-beskatning samtidig med, at LL § 16H flere gange henviser til SEL § 32, som derfor på flere punkter må danne grundlag for CFC-beskatningen af fysiske personer.^{11 12}

SEL § 32 er en blandt mange skatteretlige bestemmelser i dansk ret. Afhandlingen fokuserer på CFC-reglerne, hvorfor andre nationale bestemmelser ikke analyseres, medmindre de har betydning for forståelsen af SEL § 32. Her tænkes særligt på SEL § 31C og LL § 16A, som anvendes i afhandlingen.

EU-retten vil have en særlig betydning i afhandlingen. For at klarlægge gældende ret og betydningen af Danmarks manglende implementering af ATA-direktivet inden for implementeringsfristen vil Traktaten for Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) blive anvendt. Anvendelsen vil holde sig til art. 288, som oplyser de nærmere foranstaltninger for EU-retlige reglers virkning i national ret, mens andre bestemmelser i TEUF ikke vil blive anvendt. Herudover vil afhandlingen klarlægge anvendeligheden af direktivbestemmelser, som ikke er implementeret i national ret, ved at benytte de EU-retspraksisudviklede regler om umiddelbar anvendelighed. Reglerne om EU-rettens forrang og fortolkningsforpligtelsen vil ikke blive belyst. Anvendelsen af den umiddelbare anvendelighed vil være fastholdt til den umiddelbare anvendelighed af direktiver, da vurderingen af den umiddelbare anvendelighed af traktater, forordninger og afgørelser ikke vil have betydning for besvarelsen af problemformuleringen.

EU-retten vil også spille en rolle i analysen af det materielle indhold af CFC-reglerne. Hertil vil ATA-direktivet blive anvendt. Det betyder derfor også, at afhandlingen ikke vil benytte andre EU-retlige direktiver. Anvendelsen af ATA-direktivet vil være fastholdt til art. 7, hvorfor de andre bestemmelser i direktivet, herunder art. 8 om retsvirkningerne ved CFC-beskatning, ikke vil blive omtalt. At art. 8 ikke vil blive anvendt skyldes, at afhandlingen alene vil analysere kontrolbetingelsen,

¹¹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 1

¹² Schmidt, Peter Koerver m.fl., 2015, s. 385

indkomstbetingelsen og indkomsttyperne. De resterende aspekter, herunder retsvirkningerne, vil ikke blive behandlet. Det er dels begrundet i afhandlingens omfang og dels begrundet i, at de valgte aspekter er underlagt størst omtale i litteraturen.

I afhandlingen vil der ikke blive foretaget en analyse af, om SEL § 32 strider mod de EU-retlige frihedsrettigheder eller dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, hvorfor dobbeltbeskatningsoverenskomster og OECD's modeloverenskomst ikke vil være genstand for behandling.

OECD BEPS-projektet vil blive omtalt i afhandlingen. BEPS-projektet indeholder 15 *Actions*, men alene *Action 3* vedrørende anbefalinger til udformningen af CFC-regler, som har betydning for afhandlingen, vil blive omtalt. *Action 3* vil ikke være genstand for en særskilt analyse, men alene blive anvendt som fortolkningsbidrag til forståelsen ATA-direktivets art. 7. Dette på baggrund af, at ATA-direktivet er en følge af de udarbejdede tiltag fra OECD i BEPS-projektet.

Som nævnt i indledningen har Danmark fremsat et lovforslag, som skal implementere ATA-direktivbestemmelserne i dansk ret. Lovforslaget blev fremsat som L 28, men det videre forløb for implementeringen af bestemmelserne blev delt i L 28A og L 28B. Afhandlingen vil alene berøre L 28B og ikke L 28A, da L28A ikke vedrører elementer af betydning for dansk CFC-beskatning. L 28B er som nævnt tidligere bortfaldet og vil derfor kun blive anvendt til at forstå, hvilke udfordringer CFC-bestemmelserne i ATA-direktivet giver for dansk CFC-beskatning, herunder hvordan ministeren opfatter bestemmelserne.

Metode

I afhandlingen vil den retsdogmatiske metode blive anvendt til at fastlægge retstilstanden for dansk CFC-beskatning efter vedtagelsen af ATA-direktivet.¹³ For at besvare afhandlingens problemformulering vil der blive foretaget en undersøgelse og analyse af de nuværende retsregler på området, som vil danne grundlag for fastlæggelsen af gældende ret, betegnet *De Lege Lata*.¹⁴ Til dette vil afhandlingen anvende alt lige fra nationale retskilder til EU-retlige retskilder og

¹³ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 214-215

¹⁴ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 214-215

retslitteratur. Afhandlingen vil til tider endvidere bære præg af aspekter fra den komparative metode både ved anvendelsen af fremmed ret, men også ved sammenligningen af det materielle indhold i SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7.¹⁵

Til at fastlægge gældende ret for CFC-beskatning vil SEL blive anvendt. SEL er en national retskilde og anvendes, da de danske regler om CFC-beskatning fremgår af dennes § 32. Udover selve lovteksten vil lovens forarbejder tillige blive anvendt. SEL har stor retskildemæssig værdi og virksomhederne kan håndhæve den over for domstolene.¹⁶ Forarbejderne derimod kan alene indgå som bidrag til fortolkningen af loven, eftersom forarbejder ikke er selvstændige retskilder.¹⁷ Udgangspunktet for al fortolkning i dansk ret, herunder fortolkning af lovtekster, er en ordlydsfortolkning. Hvor en ordlydsfortolkning af lovteksten ikke er nok til at klarlægge reglen, kan en lovs forarbejder anvendes. Det er ligeledes af den grund, at forarbejderne anvendes i denne afhandling.¹⁸

Foruden SEL vil L 28B også blive anvendt. L 28B er et lovforslag, der har været fremsat i Folketinget, men som ikke er blevet vedtaget. Lovforslaget er bortfaldet efter udskrivelsen af folketingsvalget, hvilket betyder, at det ikke bliver vedtaget og dets nuværende formulering ikke kan anses for at være gældende ret. De enkelte momenter og bemærkninger, der fremgår af det fremsatte lovforslag kan ikke håndhæves over for domstolene, som SEL § 32 kan og kan ikke tillægges retskildemæssig værdi.¹⁹ Afhandlingen skal derfor være påpasselig med anvendelsen heraf og af den grund anvendes bemærkningerne i lovforslaget alene til at klarlægge, hvilke ændringer ministeren anser for nødvendige, inden SEL § 32 opfylder ATA-direktivets minimumsniveau.

Afhandlingen vil også benytte EU-retlige retskilder. Dette vil omfatte TEUF og ATA-direktivet. I TEUF vil afhandlingen benytte art. 288 vedrørende direktivers virkning i national ret. TEUF betegnes som en rammetraktat og udgør Unionens forfatning.²⁰ Den er primær EU-ret, rangerer højest i retskildehierarkiet af de EU-retlige retskilder og har retskildemæssig forrang.²¹ Traktaten udgør

¹⁵ Tvarnø, Christina D. m.fl., 2017, s. 30

¹⁶ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 255

¹⁷ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 261

¹⁸ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 300

¹⁹ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 256 og 261

²⁰ Sørensen, Karsten Engsig, m.fl., 2019, s. 102

²¹ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 280

hjemlen for de andre EU-retsakter nævnt i art. 288 og har derfor stor retskildemæssig værdi. I afhandlingen vil TEUF blive anvendt til at forstå betydningen af ATA-direktivets CFC-bestemmelser på nuværende tidspunkt uden en implementering i dansk ret.

I ATA-direktivet vil art. 7 blive anvendt. Art. 7 vil blive anvendt, eftersom de EU-retlige CFC-beskatningsbestemmelser fremgår heraf og har betydning for CFC-beskatningen i Danmark. ATA-direktivet er som ordlyden tilsiger et direktiv. Et direktiv er sekundær EU-ret og er kun gyldig, hvis det overholder de retsakter, som har forrang frem for denne, eks. TEUF.²² Det skal bemærkes, at direktiver som udgangspunkt kun binder medlemsstaterne i forhold til målet med direktivet og ikke har direkte retsvirkninger over for borgerne, førend direktivet er implementeret i national ret.²³ Efter en implementering vil direktivet indgå som en slags forarbejder til fortolkningen af de nationale bestemmelser, hvori direktivet er inkorporeret, efter reglerne om direktivkonform fortolkning.²⁴ Hvor direktivet ikke implementeres i national ret inden for fristen fastsat i direktivet vil direktivet som udgangspunkt ikke have virkning. Under nogle betingelser kan skatteydere alligevel påberåbe direktivet i sin selvstændige form, hvorfor det kan få betydning for retstilstanden.²⁵ Betydningen af ATA-direktivet for dansk CFC-beskatning på nuværende tidspunkt vil være genstand for selvstændig prøvelse senere i afhandlingen. Afhandlingen skal derfor forholde sig til, at direktivet ikke er vedtaget til tiden i Danmark og usikkerheden omkring, hvorvidt direktivet på nuværende tidspunkt har betydning for CFC-beskatningen i Danmark. Efter TEUF art. 288 er det et krav, at direktivet implementeres i dansk ret. Derfor vil ATA-direktivet før eller siden få betydning for dansk ret på samme niveau, som allerede implementerede direktiver.²⁶ ATA-direktivet udgør derfor en væsentlig retskilde for afhandlingen.

Foruden art. 7 vil afhandlingen anvende ATA-direktivets præambler. Disse vil blive anvendt til at forstå ordlyden i art. 7. Præambler anses ikke for at være selvstændige retskilder, men kan anses for at varetage samme formål som loves forarbejder. Dette også selvom EU-retten holder en mere stringent ordlydsfortolkning end dansk ret. EU-Domstolen er ligeledes i nyere tid blevet mere

²² Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 277

²³ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 278

²⁴ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 278

²⁵ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 280

²⁶ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 282

tilbøjelig til at henvise til forarbejderne i deres afgørelser. Præamblerne kan derfor tillægges en væsentlig fortolkningsmæssig værdi.²⁷

I forholdet mellem de nationale og EU-retlige retskilder har EU-retskilderne forrang.²⁸ SEL § 32 skal derfor overholde direktivbestemmelserne i ATA-direktivet og bestemmelserne i TEUF.

Afhandlingen vil anvende anbefalinger fra OECD i form af BEPS-projektets endelige rapporter. Den retskildemæssige værdi heraf skal vurderes ud fra den retskildemæssige værdi af OECD's modeloverenskomst og kommentarer.²⁹ Hertil kan bemærkes, at hverken OECD's modeloverenskomst eller kommentarer er elementer, som er gennemført i national ret. De er ikke bindende og har således ikke status som værende en retskilde.³⁰ Hvor kommentarerne har karakter af at være et fortolkningsbidrag til udfyldelsen af en regel, vil den kunne tillægges en fortolkningsmæssig værdi. Værdien vil dog aldrig være den samme som værdien af lovbemærkninger.³¹ Der henvises i ATA-direktivet til, at det har været nødvendigt at udforme et fælles regelsæt, som vil sikre en efterlevelse af konklusionerne fra OECD. BEPS-projektet har således været en afgørende faktor for tilblivelsen af ATA-direktivet. De elementer som fremgår af BEPS-projektet udgør af denne grund et fortolkningsbidrag til forståelsen af direktivteksten. Brugen af BEPS-projektet skal derfor foretages med en vis omhu og under hensyntagen til, at det ikke er en retskilde med selvstændig værdi i dansk ret.³²

Afhandlingen vil anvende EU-Domstolsafgørelser og bindende svar fra Skatterådet. Disse vil blive anvendt til forståelsen af den gældende ret for CFC-beskatning. Ved anvendelsen af retspraksis både fra EU-Domstolen, de danske domstole eller skatteankenævnene kan det bemærkes, at disse kan tillægges en retskildemæssig værdi. Dette sker på baggrund af lighedsprincippet.³³ Den retskildemæssige værdi heraf varierer alt afhængig af, hvem der træffer afgørelsen. Domstolenes afgørelser har en højere retskildemæssig værdi end kendelser fra Landsskatteretten eller Skatterådet og afgørelser fra højesteret har en højere retskildemæssig værdi end afgørelser afsagt

²⁷ Tvarnø, Christina D. m.fl. 2017, s. 107

²⁸ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 282

²⁹ DJV 2019-1, C.F.8.2.1

³⁰ DJV 2019-1, C.F.8.2.1

³¹ DJV 2019-1, C.F.8.2.1

³² DJV 2019-1, C.F.8.2.1

³³ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 315-316

fra landsretten eller byretten. Disse værdimæssige forskelle er begrundet i, at afgørelser fra højere rangerede instanser binder underordnede instanser, mens det omvendte som udgangspunkt ikke er tilfældet. Afgørelser kan også have betydning for efterfølgende sager, hvor der fastlægges en ny praksis eller den går imod tidligere anvendt praksis grundet nye lovbestemmelser eller ændringer. Dette betegnes præjudikatværdi.³⁴ Værdien heraf beror på en vurdering af flere forhold, herunder blandt andet hvilken instans der har truffet afgørelsen og om afgørelsen er afsagt med eller uden dissens.³⁵ EU-Domstolens domme har betydning for fastlæggelsen af gældende ret. EU-retten har forrang og EU-Domstolen har til opgave, at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten, hvilket forudsætter, at domme accepteres som præjudikater i medlemsstaterne.³⁶ Danske domstole skal således indrette sig efter EU-Domstolens afgørelser, mens EU-Domstolen principielt er fritstillet i forhold til tidligere afgørelser og kan ændre eller modificere disse.³⁷ De tillægges derfor en væsentlig retskildemæssig værdi. Den retskildemæssige værdi af bindende svar er, at disse kun binder skattemyndighederne direkte over for spørger, mens de ikke binder domstolene.³⁸

Der vil i afhandlingen blive anvendt retslitteratur i form af faglitterære artikler og litterære fagbøger. Hertil skal bemærkes, at disse ikke udgør en retskilde. Det er kilder, der repræsenterer en forfatters egne holdninger omkring et emne understøttet af allerede opnåede resultater og viden på området.³⁹

Enkelte steder vil afhandlingen inddrage svensk ret. Dette betegnes fremmed ret og retskilderne kan ikke betragtes som direkte anvendelige kilder i dansk ret. Retkilderne kan derfor ikke tillægges retskildemæssig værdi ved fastlæggelsen af gældende dansk ret, men alene være en inspirationskilde i forhold til fastlæggelsen af dansk ret.⁴⁰

I afhandlingen vil begreberne skattesubjektet og moderselskabet blive anvendt sideløbende med hinanden. De vil betegne det samme. Lignende vil være tilfældet med begreberne datterselskabet og enhed, som vil blive anvendt sideløbende med begrebet det kontrollerede selskab.

³⁴ Tvarnø, Christina D. m.fl. 2017, s. 141-142

³⁵ Tvarnø, Christina D. m.fl. 2017, s. 147

³⁶ Tvarnø, Christina D. m.fl. 2017, s. 149

³⁷ Tvarnø, Christina D. m.fl. 2017, s. 157

³⁸ Michelsen, Aage m.fl., 2017, s. 87

³⁹ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 372-374

⁴⁰ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 273

CFC-beskatning

Der er med vedtagelsen af ATA-direktivet og det bortfaldne L 28B lagt op til, at der skal foretages ændringer af de danske CFC-beskatningsregler i den nærmeste fremtid. ATA-direktivet er vedtaget, men ikke implementeret i dansk ret, og det er derfor usikkert, om det på nuværende tidspunkt har betydning for dansk CFC-beskatning. L 28B er ikke vedtaget. Det betyder, at indholdet heri ikke kan tages til udtryk for, hvad der er gældende ret. Når der fremsættes og vedtages et lovforslag efter afholdelsen af folketingsvalget, vil dette få betydning for dansk CFC-beskatning.

Med det in mente er det nærliggende at undersøge den nuværende retstilstand på CFC-beskatningsområdet, herunder fastlægge ATA-direktivets betydning for dansk CFC-beskatning.

Selskabsskatteloven

Regler om CFC-beskatning har været en del af dansk skatteret siden 1995, hvor der blev indført regler om tvungen sambeskatning. Reglerne blev indsat i SEL som § 32 og medførte, at indkomsten i et udenlandsk selskab (herefter datterselskabet) skulle medregnes ved opgørelsen af et dansk selskabs (herefter moderselskabets) skattepligtige indkomst, når datterselskabet var kontrolleret af et dansk moderselskab, datterselskabet drev virksomhed med overvejende finansiell karakter og datterselskabets afkast blev beskattet væsentligt lavere end efter danske skatteregler.⁴¹

Baggrunden for at indføre sådanne regler i dansk skatteret var et ønske om at hindre udhuling af det danske skattegrundlag.⁴² Kapitalens fri bevægelighed og flere landes ivrige forsøg på at tiltrække kapital, ved indførelsen af særligt gunstige skatteordninger, havde gjort det muligt for danske selskaber, ved anvendelsen af selskaber i lande med et lavt skatteniveau, at minimere skattebetalingerne til Danmark. Når dette samtidig blev set i forhold til de daværende danske skatteregler, var det muligt at udskyde beskatningen i det uendelige, så længe der ikke blev hjemtaget udbytte eller afstået aktier i selskabet.^{43 44} Med indførelsen blev de danske skatteregler

⁴¹ Lov nr. 312 af 17. maj 1995, ændring § 1, nr. 14

⁴² Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 100

⁴³ L 35 (1994/1995), bemærkninger til de enkelte bestemmelser, § 1, nr. 9

⁴⁴ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 100-101

tilpasset erhvervslivets udvikling, og der blev gjort et forsøg på at hindre udhuling af det danske skattegrundlag.⁴⁵

Siden indførelsen i 1995 og til i dag har reglerne været underlagt adskillige ændringer.⁴⁶ I dag går reglerne under betegnelsen CFC-beskatning og medfører, at indkomsten i et finansielt datterselskab skal medregnes til opgørelsen af den skattepligtige indkomst i et selskab eller en forening, hjemmehørende her i landet, når selskabet er moderselskab for datterselskabet, datterselskabets CFC-indkomst udgør mere end halvdelen af dets samlede skattepligtige indkomst og datterselskabets finansielle aktiver gennemsnitligt i indkomståret udgør mere end 10 % af dets samlede aktiver.⁴⁷ Hvad der startede med betegnelsen tvungen sambeskatning og betingelser om kontrol, finansiell aktivitet og væsentlig lavere skat, er nu udskiftet med betegnelsen CFC-beskatning og betingelser til kontrol, indkomst- og aktivsammensætningen. Efter de nuværende regler i SEL § 32 CFC-beskattes moderselskabet ikke af indkomsten i datterselskabet, hvis koncernen har valgt international sambeskatning eller Skatterådet har givet dispensation. Heller ikke selvom betingelserne er opfyldt.⁴⁸

Med de mange ændringer følger også en diversifikation i forhold til andre landes regler. De danske regler i SEL § 32 anvender ligesom andre lande betegnelsen CFC-beskatning. CFC står i SEL § 32 for *Controlled Financial Company*, mens det i andre lande står for *Controlled Foreign Company*.⁴⁹ Forskellen er opstået efter en lovændring i 2007, hvor SEL § 32 blev ændret. Ændringen var en følge af EU-Domstolens sag *Cadbury Schweppes*. Denne havde erklæret, at de britiske CFC-regler, som på daværende tidspunkt mindede meget om de danske, udgjorde en hindring for etableringsfriheden og alene kunne begrundes, hvis reglen tog sigte på rent kunstige arrangementer.⁵⁰ I stedet for at følge EU-Domstolens udtalelse om, at reglen alene skulle finde anvendelse på rent kunstige arrangementer, blev de danske regler i SEL § 32 udvidet til at omfatte alle finansielle datterselskaber uanset hjemsted. Efter Danmarks opfattelse ville der som følge heraf ikke længere være en forskel i behandlingen af datterselskaber baseret på deres skattemæssige hjemsted.⁵¹ De danske CFC-regler

⁴⁵ Koch, Carsten, 1995

⁴⁶ Bilag 2

⁴⁷ SEL § 32, stk. 1

⁴⁸ SEL § 32, stk. 2

⁴⁹ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 320, DJV 2019-1, C.D.4.1.1 og DJV 2019-1, C.A.2.4

⁵⁰ Sag C-196/04, for mere herom se Schmidt, Peter Koerver m.fl., 2015, s. 388

⁵¹ Se bilag, note 11

finder således principielt anvendelse på alle finansielle datterselskaber, og har til formål at hindre udhuling af det danske skattegrundlag.

Igennem de seneste år har skatteundgåelse og aggressiv skatteplanlægning været underlagt stor bevågenhed. Det har blandt andet ført til vedtagelsen af et EU-direktiv, som har betydning for dansk CFC-beskatning.

Anti-tax avoidance direktivet

ATA-direktivet blev vedtaget i 2016 af Rådet for Den Europæiske Union og har til formål at bekæmpe metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde.⁵² ATA-direktivet fastlægger i den forbindelse regler på fem forskellige områder, hvoraf regler om beskatning af kontrollerede udenlandske selskaber (CFC-beskatning) er en af dem.⁵³ CFC-beskatningsreglerne er placeret i art. 7 og 8.

Forslaget til et direktiv om regler til bekæmpelse af skatteundgåelse blev fremsat af Europa-Kommissionen som følge af det offentliggjorte BEPS-projekt. Det blev fremsat i håbet om at skabe en mere sammenhængende indsats i EU mod virksomheders skattemanipulation.⁵⁴ Fremsættelsen af forslaget skal ses i sammenhæng med, at reglerne i de nationale skatteordninger ikke i sig selv er tilstrækkelige til at bekæmpe skatteundgåelse. Selvom flere lande har opstillet værnregler, er det stadig muligt for skatteyderne at nedbringe deres skattebetalinger, ved at udnytte forskellene i de nationale skatteordninger.⁵⁵ Det er eksempelvis tilfældet, hvor skatteydere drager fordel af lavere skattesatser, opnår dobbelt fradrag eller undgår beskatning.⁵⁶ Der vil derfor være risiko for, at der opstår en unfair skattekonkurrence eller en markedsforvridning, hvis ikke der foretages sådanne tiltag.⁵⁷

I forsøget på at effektivisere landenes skatteregler og bekæmpe ovenstående er der derfor udtrykt et behov for et fælles regelsæt, som implementerer BEPS-anbefalingerne på en sammenhængende

⁵² L 193/1 - (2016/1164 EU) 5. præambel

⁵³ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7

⁵⁴ COM/2016/026 Final, 1. Baggrund for forslaget – forslagets begrundelse og formål

⁵⁵ COM/2016/026 Final, 1. Baggrund for forslaget – forslagets begrundelse og formål

⁵⁶ COM/2016/026 Final, 1. Baggrund for forslaget – forslagets begrundelse og formål

⁵⁷ COM/2016/026 Final, 1. Baggrund for forslaget – forslagets begrundelse og formål

og koordineret vis. Det bemærkes hertil, at hvis det ikke sker, er der risiko for, at det indre marked bliver fragmenteret, og nye huller til skatteundgåelse bliver skabt. Indsatsen for at bekæmpe skatteundgåelse vil derfor blive undermineret.⁵⁸ Det fremgår således også af præamblerne til det vedtagne ATA-direktiv, at alene en fælles ramme kan forhindre og bringe en ende på nuværende markedsforvridninger og samtidig stille sikkerhed for, at de nationale regler efter gennemførelsen er forenelige med EU-retten.⁵⁹ For at foretage en effektiv indsats mod skatteundgåelse, der passer ind i 28 EU-landes forskellige skattesystemer, er direktivet fastsat og vedtaget med et minimumsniveau af beskyttelse.⁶⁰

I henhold til art. 7 skal indkomsten i en enhed eller et fast driftssted, som stammer fra de oplyste indkomsttyper eller et ikke reelt arrangement, medregnes til et skattesubjekts skattegrundlag, når enheden eller det faste driftssted er et kontrolleret udenlandsk selskab.⁶¹ Dette vil være tilfældet, når skattesubjektet selv eller sammen med tilknyttede selskaber direkte eller indirekte har en interesse på mere end 50 % af stemmerne, ejer mere end 50 % af kapitalen eller har ret til mere end 50 % af overskuddet i det kontrollerede selskab, og når den reelle betalte selskabsskat er lavere end forskellen mellem den skat, der ville blive betalt i skattesubjektets medlemsstat og den skat, der reelt er betalt.⁶²

Selvom betingelserne er opfyldt, kan der undtages fra CFC-beskatning, hvor:⁶³

- Mindre end 1/3 af indkomsten stammer fra de oplyste indkomsttyper
- Mindre end 1/3 af de oplyste indkomsttyper i finansielle selskaber hidrører fra transaktioner med skattesubjektet eller dets tilknyttede selskaber
- Enhedens eller det faste driftssteds overskud højst er 750.000 EUR og dets ikke driftsmæssige indtægter højst er 75.000 EUR
- Enhedens eller det faste driftssteds overskud højst udgør 10 % af driftsomkostningerne

⁵⁸ COM/2016/026 Final, 1. Baggrund for forslaget – sammenhæng med de gældende regler på samme område

⁵⁹ L 193/1 - (2016/1164 EU) 2. præambel

⁶⁰ L 193/1 - (2016/1164 EU) 3. præambel

⁶¹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2

⁶² L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1

⁶³ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 3 og stk. 4

Der er således med vedtagelsen af ATA-direktivet foretaget en minimumsharmonisering af CFC-reglerne i EU. Den nærmere udformning af reglerne i dansk ret er herefter overladt til de danske myndigheder, så længe minimumsniveauet overholdes.^{64 65}

Sammenfattende

Danmark står på nuværende tidspunkt i en særlig situation, da ATA-direktivets CFC-regler ikke er implementeret i dansk ret.⁶⁶ Danmark har CFC-beskatningsreglerne i SEL § 32, som er gældende ret og som kan håndhæves for domstolene. Herudover er der CFC-bestemmelserne i ATA-direktivet, som det endnu er uvist, hvordan Danmark skal forholde sig til, men som efter direktivets ikrafttrædelsesbestemmelse skulle være trådt i kraft fra 1. januar 2019.⁶⁷

Uvisheden skaber en del tvivl. Hvad gælder for selskabers CFC-beskatning? Har ATA-direktivet direkte virkning i dansk ret? Kan CFC-bestemmelserne heri påberåbes på nuværende tidspunkt?⁶⁸

En analyse af det materielle indhold i SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7 senere i afhandlingen vil belyse eventuelle forskelle i reglerne. Hvis analysen viser, at der er forskelle i de to regelsæt og ATA-direktivet medfører andre rettigheder end SEL § 32, kan selskaberne have en interesse i at påberåbe direktivbestemmelserne.⁶⁹ Af den grund er det relevant at undersøge, om ATA-direktivet under nuværende omstændigheder har virkning i dansk ret.

Direktivets virkning i national ret – med fokus på ATA-direktivet

Når et direktiv vedtages følger der for Danmark, som medlem af EU, en række forpligtelser. Heriblandt skal Danmark sikre, at de EU-retlige regler overholdes i dansk ret. I TEUF art. 288 angives de retsakter, som EU-institutionerne kan benytte sig af ved udstedelsen af EU-retlige regler, samt

⁶⁴ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 3

⁶⁵ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 278

⁶⁶ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 11

⁶⁷ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 11

⁶⁸ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 106 og 159

⁶⁹ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s., s. 173-174

de nationale myndigheders foranstaltninger for at gøre bestemmelserne gældende i national ret.⁷⁰
For direktiver fremgår det af TEUF art 288:

”Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede formål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.”⁷¹

Som det fremgår skal direktiver gennemføres i national ret for at opnå virkning. Direktiver binder medlemsstaterne i forhold til det tilsigtede formål, men når det kommer til de enkelte direktivbestemmelser, har disse ikke virkning og binder ikke, før direktivet er implementeret i national ret. Det følger endvidere af reglen, at de nationale myndigheder har kompetence til selv at bestemme, hvordan direktivet implementeres i national ret.⁷² Denne kompetence er siden indførelsen af art. 288 blevet begrænset. Begrænsningerne følger af en række betingelser, som EU-Domstolen gennem tiden har udviklet ved retspraksis. Disse betingelser skal være opfyldt, inden en medlemsstats konkrete implementering af et direktiv opfylder TEUF art. 288.⁷³ Betingelserne kan opstilles til følgende:⁷⁴

- Retsstillingen i national ret skal efter direktivets implementering være klar og utvetydig
- De nationale regler, som implementerer direktivets regler, skal være bindende og være forbundet med sanktioner ved overtrædelse
- Direktivet skal være implementeret inden for implementeringsfristen

Implementeringsfristen fastsættes i det enkelte direktiv. For ATA-direktivet, som anvendes i indeværende afhandling, er implementeringsfristen fastsat til den 31. december 2018.⁷⁵ I skrivende stund siger kalenderen maj 2019 og implementeringsfristen er derfor udløbet. Da Danmark ikke har implementeret CFC-bestemmelserne i ATA-direktivet, må det antages, at Danmark ikke har opfyldt betingelserne efter TEUF art. 288 jf. ovenstående.

⁷⁰ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s., s. 103

⁷¹ Konsolideret udgave af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) art. 288

⁷² TEUF art. 288

⁷³ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 107

⁷⁴ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 107-109

⁷⁵ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 11, stk. 1

Danmark har efter udløbet af implementeringsfristen modtaget en åbningskrivelse fra Europa-Kommissionen. En åbningskrivelse er et middel, som Kommissionen kan anvende, når der opdages en overtrædelse af EU-lovgivningen. Herigennem kan Kommissionen forklare, hvorfor den mener, at Danmark ikke har overholdt sine forpligtelser i henhold til EU-lovgivningen.⁷⁶ I den her situation gælder det i forhold til, at Danmark ikke har implementeret CFC-bestemmelserne i dansk ret inden for implementeringsfristen. Åbningskrivelsen giver herefter Danmark mulighed for at udtale sig om den manglende overholdelse, men er samtidig en advarsel til Danmark om, at hvis den danske skattelovgivning ikke indrettes efter EU-lovgivningen, og ATA-direktivets CFC-beskatningsbestemmelser ikke implementeres, anlægges der en traktatbrudssag ved EU-Domstolen.⁷⁷ Efter modtagelsen af åbningskrivelsen har Skatteminister Karsten Lauritzen udtalt sig om den manglende implementering og begrundet den med, at de danske CFC-regler allerede udgør et robust værn imod udhuling af den danske selskabsskattebase. Han er bekendt med, at der kræves visse ændringer af de nuværende regler for at efterleve minimumskravene i ATA-direktivet, men at regelsættet er så komplekst, at der er behov for yderligere overvejelser inden en endelig implementering.⁷⁸ Der arbejdes derfor på at opstille nye løsningsforslag, som medfører den bedst mulige løsning for både Danmark som stat og selskaberne.⁷⁹

På nuværende tidspunkt må det således antages, at der er andre og større problemer for Danmark som stat end tvivlen om, hvorvidt ATA-direktivet har virkning i dansk ret uden en implementering.

Når der opstår tvivl om direktivers virkning i national ret uden en implementering, herunder ATA-direktivets virkning, skyldes det et retspraksisudviklet princip i EU, betegnet umiddelbar anvendelighed.⁸⁰ Princippet dækker over den situation, hvor bestemmelser i et direktiv, som ikke er implementeret i national ret, alligevel får betydning for retsstillingen og er anvendelige. Det vil sige, at selskaber og borgere under visse betingelser får mulighed for at påberåbe direktivbestemmelserne for de nationale domstole og over for de nationale myndigheder, og dermed opnår bestemmelsernes afledte rettigheder.⁸¹ Muligheden herfor følger et ønske om at

⁷⁶ Kontrolmekanismer i EU-systemet, Folketinget – EU-oplysningen

⁷⁷ Kontrolmekanismer i EU-systemet, Folketinget – EU-oplysningen

⁷⁸ SAU Alm. del, Bilag 137, 2018-2019

⁷⁹ SAU Alm. del, Bilag 137, 2018/2019

⁸⁰ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s.168 – også benævnt direkte virkning

⁸¹ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s.168

sikre EU-rettens gennemslagskraft og effektivitet samt, at det ikke skal være muligt for medlemsstaterne at slippe for forpligtelserne i henhold til et direktiv ved deres manglende opfyldelse af implementeringsfristen.⁸² Det er således undtagelsen til hovedreglen i TEUF art. 288.

Når selve vurderingen af umiddelbar anvendelighed foretages, skal det have in mente, at vurderingen ikke kan foretages på et generelt plan. Der skal derfor foretages en konkret vurdering af den enkelte bestemmelse. Det er begrundet i, at der forekommer forskellige vurderingsmomenter alt efter, hvilken retsakt bestemmelsen fremgår af. Herudover kan én bestemmelse i en retsakt godt være umiddelbar anvendelig, mens en anden bestemmelse i samme retsakt ikke er det.⁸³ I indeværende afhandling skal CFC-bestemmelsen i ATA-direktivets art. 7 vurderes. Det er derfor momenterne bag direktivers umiddelbare anvendelighed, der skal lægges til grund for vurderingen.⁸⁴

Vurderingen af et direktivs umiddelbare anvendelighed afspejler sig langt hen af vejen af samme momenter, som indgår i vurderingen af, om en traktatbestemmelse er umiddelbar anvendelig. Det var således også i forbindelse med en vurdering af en traktatbestemmelse, at princippet om umiddelbar anvendelighed for første gang blev slået fast. Dette var tilfældet i sagen *Van Gend en Loos*⁸⁵. Heri konstaterede EU-Domstolen, at traktatbestemmelsen var egnet til at være umiddelbar anvendelig. Som en del af begrundelsen hertil blev det bemærket, at bestemmelsen indeholdte et klart og ubetinget forbud, som ikke var knyttet op på forbehold fra statens side til den nærmere gennemførelse. Det væsentlige med afgørelsen er, at EU-Domstolen har opstillet en række betingelser, der skal vurderes, for at afgøre en traktatbestemmelses umiddelbare anvendelighed. Disse betingelser dækker over, at bestemmelsen skal være klar og præcis i sin forpligtelse, den må ikke være forbundet med forbehold og den må endvidere ikke være betinget af nogen form for gennemførelsesforanstaltninger.⁸⁶ En del år efter denne afgørelse, som statuerede muligheden for umiddelbar anvendelighed, blev det første tilfælde med umiddelbar anvendelighed af direktivbestemmelser slået fast. Dette fremkom i sagen *Van Duyn*⁸⁷. Efterfølgende har en lang

⁸² Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s.174

⁸³ Olsen, Birgitte Egelund m.fl., 2018, s. 354

⁸⁴ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 168

⁸⁵ Sag 26/62

⁸⁶ Sag 26/62, II – vedrørende det første spørgsmål, B – vedrørende realiteten og Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 171

⁸⁷ Sag 41/74

række af afgørelser statueret umiddelbar anvendelighed for direktivbestemmelser.⁸⁸ Disse har som *Van Gend en Loos* opstillet en række betingelser, som alle skal være opfyldt, inden bestemmelsen er umiddelbar anvendelig og har direkte virkning. Betingelserne kan opstilles til følgende:⁸⁹

- a. Bestemmelsen skal være klar, præcis og ubetinget og ikke forudsætte yderligere gennemførelsesforanstaltninger
- b. Bestemmelsen skal forpligte en medlemsstat (vertikal virkning)
- c. Implementeringsfristen skal være udløbet

ATA-direktivets direkte virkning i dansk ret

Den direkte virkning af ATA-direktivets art. 7 i dansk ret skal afgøres ud fra ovenstående betingelser.

a) Betingelsen om klar, præcis og ubetinget og ingen yderligere gennemførelsesforanstaltninger

I forhold til denne betingelse skal det undersøges, om ordlyden i ATA-direktivets art. 7 er klar, præcis og ubetinget, og dermed egnet som umiddelbar anvendelig. Til at afgøre dette kan sagen *Becker*⁹⁰ anvendes. I denne sag tog EU-Domstolen stilling til, om en fritagelsesbestemmelse i momssystemdirektivet kunne anses for gældende ret i Tyskland, selvom bestemmelsen ikke var implementeret i tysk ret.⁹¹ Altså spørgsmålet om en direktivbestemmelser umiddelbare anvendelighed. Det fremgik af bestemmelsen:

”Med forbehold af andre fællesskabsbestemmelser fritager medlemsstaterne på betingelser, som de fastsætter for at sikre en korrekt og enkel anvendelse af nedennævnte fritagelser, og med henblik på at forhindre enhver mulig form for svig, unddragelse og misbrug: {...}

*1. ydelse og formidling samt forvaltning af lån ved den person, som har ydet lånene.”*⁹²

⁸⁸ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 174

⁸⁹ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 179-181

⁹⁰ Sag 8/81

⁹¹ Sag 8/81

⁹² Sag 8/81, sagsfremstilling

EU-Domstolen konkluderede i denne sag, at bestemmelsen var tilstrækkelig klar og præcis til, at kunne påberåbes af private.⁹³ Sagsøgte udtalte i forbindelse med vurderingen af bestemmelsens egnethed, at reglen ikke var ubetinget. Denne udtalelse blev underbygget med argumentet om, at bestemmelsen var underlagt og knyttet op på betingelser, som medlemsstaten frit kunne fastsætte for at sikre en korrekt og enkel anvendelse af bestemmelsen.⁹⁴ Dette argument var EU-Domstolen ikke enig i. EU-Domstolen konstaterede, at betingelserne ikke knyttede sig til indholdet i bestemmelsen, men derimod var opstillet for at hindre svig, misbrug og unddragelse.⁹⁵ Bestemmelsen blev af den årsag vurderet ubetinget og EU-Domstolen kom frem til, at fritagelsesbestemmelsen kunne påberåbes fra implementeringsfristens udløb efter reglerne om umiddelbar anvendelighed.

Af art. 7, stk. 1 fremgår det:

”Et skattesubjekts medlemsstat behandler en enhed eller et fast driftssted {...} som et kontrolleret udenlandsk selskab, hvis følgende betingelser er opfyldt:

a) skattesubjektet har {...} selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber en direkte eller indirekte interesse på mere end 50 % af stemmerettighederne eller ejer direkte eller indirekte mere end 50 % af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet i denne enhed, og

b) den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud, er lavere end forskellen mellem den selskabsskat, der ville være blevet pålagt {...} i henhold til det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat, og den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud.”⁹⁶

Det fremstår således klart og præcist, hvornår et selskab anses for at være kontrolleret. Bestemmelsen er ikke knyttet op på yderligere betingelser end dem, som fremgår af bestemmelsen, der skal afgøre, hvornår selskabet opfylder kravene til at være kontrolleret. Det vurderes derfor, at art. 7, stk. 1 er klar, præcis og ubetinget. Det samme gør sig gældende for art. 7, stk. 2, som oplister, hvilken indkomst der skal medregnes til skattesubjektets skattegrundlag.⁹⁷ Selvom der kan være en

⁹³ Sag 8/81, præmis 27

⁹⁴ Sag 8/81, præmis 31

⁹⁵ Sag 8/81, præmis 32-35

⁹⁶ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1

⁹⁷ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2

usikkerhed omkring, hvad indkomsterne dækker over, kan det ved anvendelsen af *Becker* sagen konstateres, at det ikke har nogen indflydelse. I *Becker* sagen var bestemmelsen klar og præcis, selvom det ikke klart fremgik, hvad begreberne formidling og forvaltning af lån dækkede over.

Hvad angår art. 7, stk. 3, er det mere tvivlsomt, om den opfylder betingelsen. Det fremgår af art. 7, stk. 3, at: "*Hvis et skattesubjekts skattegrundlag efter reglerne i en medlemsstat beregnes i henhold til stk. 2, litra a), kan medlemsstaten vælge ikke at behandle en enhed eller et fast driftssted som et kontrolleret udenlandsk selskab i henhold til stk. 1, hvis {...}*"⁹⁸

Der er ikke tvivl om, at ordlyden er klar og præcis, men der kan opstå tvivl om, hvorvidt bestemmelsen er ubetinget. Det fremgår af bestemmelsen, hvornår Danmark kan undlade at behandle en enhed eller et fast driftssted som et kontrolleret udenlandsk selskab. Herudover fremgår det, at bestemmelsens virke i dansk ret er betinget af, at Danmark vælger at medtage den. Altså det her *kan* udtryk.⁹⁹ Siden EU-Domstolen i tidernes morgen opstillede betingelserne, som skal afgøre en bestemmelses umiddelbare anvendelighed, har EU-Domstolen været tilbøjelig til at lempe disse væsentligt.¹⁰⁰ At en bestemmelse er betinget af Danmarks valg, er derfor ikke i sig selv nok til at udelukke den umiddelbare anvendelighed af bestemmelsen.

I *Becker* sagen var det overladt til medlemsstaterne at fastætte de nærmere betingelser for fritagelsesbestemmelsens virke. Selv dette var ikke nok til, at reglen ikke var umiddelbar anvendelig. Begrundelsen herfor var, at betingelserne ikke knyttede sig til indholdet af bestemmelsen.¹⁰¹ Situationen i art. 7, stk. 3 er sammenlignelig. Indholdet i reglen er klart, men det er overladt til Danmark at beslutte, om der skal være en sådan mulighed for undtagelse i dansk ret. Ved anvendelsen af EU-Domstolens udtalelse i *Becker* sagen herpå, må det formodes, at denne del af art. 7 også opfylder betingelsen om klar, præcis og ubetinget. *Kan* udtrykket knytter sig ikke til indholdet i reglen. Det knytter sig derimod til det forhold, at Danmark frit kan fastsætte og udforme de regler, der passer ind i det danske skattesystem, så længe reglerne opfylder formålet med bestemmelsen i ATA-direktivet.

⁹⁸ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 3

⁹⁹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 3

¹⁰⁰ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 180

¹⁰¹ Sag 8/81, præmis 32

Betydningen af Danmarks mulighed for at medtage art. 7, stk. 3 i dansk ret grænser således også op til betingelsen om, at der ikke må være knyttet yderligere gennemførelsesforanstaltninger til bestemmelsen. Efter TEUF art. 288 påkræves det, at et direktiv implementeres i dansk ret. Med en sådan implementering følger ofte en række valg fra medlemsstaterne, og særligt i forhold til minimumsharmoniseringsdirektiver. Det i sig selv gør, at det kan være svært at opfylde betingelsen om ingen yderligere gennemførelsesforanstaltninger. EU-Domstolens praksis har som nævnt tidligere lempet betingelserne. Det er derfor muligt, at en bestemmelse kan være umiddelbar anvendelig, selvom der er overladt en række valgmuligheder til staterne, herunder Danmark.¹⁰² Det fremgår, at *”såfremt en bestemmelse isoleret betragtet er tilstrækkelig klar og præcis, og den kan løsrives fra sammenhængen og anvendes isoleret, er der intet til hinder for, at den er umiddelbart anvendelig.”*¹⁰³

Af art. 3 i ATA-direktivet fremgår det, at der er tale om et minimumsdirektiv, som fastsætter minimumsniveauet for beskyttelsen af det nationale selskabsskattegrundlag. Danmark kan således vedtage bestemmelser, der er strengere end direktivets, også uden at komme i konflikt med direktivet. Det forhold at der kan fastsættes strengere regler, er heller ikke til hinder for, at bestemmelsen kan være umiddelbar anvendelig.¹⁰⁴

På baggrund af ovenstående skal det bemærkes, at ATA-direktivets art. 7 opfylder betingelsen om klar, præcis og ubetinget og ingen yderligere gennemførelsesforanstaltninger.

b) Betingelsen om vertikal virkning

Diskussionen af om et direktiv forpligter medlemsstaten eller en privat går under sontringen vertikal og horisontal virkning. Denne diskussion er nødvendig, da den ene giver mulighed for at gøre brug af princippet om umiddelbar anvendelighed, mens den anden ikke gør.¹⁰⁵

I sagen *Van Duyn* blev der statueret umiddelbar anvendelighed af en direktivbestemmelse. I denne sag vedrørte spørgsmålet om umiddelbar anvendelighed et forhold mellem en hollandsk

¹⁰² Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 180

¹⁰³ Sag 8/81, præmis 27

¹⁰⁴ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 180

¹⁰⁵ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 175

statsborger og medlemsstaten Storbritannien, hvor direktivet forpligtede medlemsstaten.¹⁰⁶ I efterfølgende sager er det blevet slået fast, at hvor direktiver forpligter private, og vedrører forhold mellem private, kan princippet om umiddelbar anvendelighed ikke anvendes.¹⁰⁷ Det kan derfor udledes, at direktivbestemmelser som forpligter medlemsstaterne, såkaldt vertikal virkning, kan være umiddelbar anvendelige.

At direktivbestemmelser som har vertikal virkning, og ikke dem som har horisontal virkning, kan være umiddelbar anvendelige, kan bedst beskrives med baggrundsretten for øje. Det fremgår af TEUF art. 288, at direktiver er rettet mod medlemsstaterne, som skal implementere dem. Hvor et direktiv ikke er implementeret inden for fristen, skal det ikke komme medlemsstaten til gode. Derfor gives skatteyderne en mulighed for at påberåbe bestemmelser, som ikke er implementeret.¹⁰⁸ Omvendt er direktiver ikke rettet til private, hvorfor det vil være for vidtgående, at forpligte private for forhold der er ude af deres hænder.¹⁰⁹

For at afgøre om ATA-direktivets art. 7 opfylder indeværende betingelse skal det derfor undersøges, om det er private eller medlemsstaten, der pålægges pligter. Af art. 13 i ATA-direktivet fremgår det, at direktivet er rettet til medlemsstaterne.¹¹⁰ Det indikerer, at direktivet i sin helhed henvender sig til medlemsstaten. Af ordlyden i art. 7 fremgår ordet medlemsstat flere steder. Det samme var tilfældet i *Becker* sagen. Heri var det medlemsstaten, der skulle fastsætte fritagelsesmulighederne, hvorfor det var medlemsstaten, som direktivet var rettet til.¹¹¹ Af art. 7 fremgår det:¹¹²

"Et skattesubjekts medlemsstat behandler {...}"

"Hvis et skattesubjekts skattegrundlag {...} kan medlemsstaten vælge {...}"

"Medlemsstaten kan undtage {...}"

Det er således op til medlemsstaten at fastsætte de nærmere regler for dansk CFC-beskatning. Det må derfor antages, at bestemmelsen forpligter medlemsstaten.

¹⁰⁶ Sag 41/74

¹⁰⁷ Sag 152/84

¹⁰⁸ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 174

¹⁰⁹ Olsen, Birgitte Egelund m.fl., 2018, s. 355

¹¹⁰ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 13

¹¹¹ Sag 8/81

¹¹² L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1, stk. 3 og stk. 4

Det kan diskuteres, om direktivets indirekte påvirkning af skatteyderen fører til, at art. 7 ikke kan være umiddelbar anvendelig. Analysen af SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7 senere i afhandlingen vil belyse, om direktivet er mere bebyrdende end nuværende danske regler. Hvis dette er tilfældet, kan det diskuteres, om mere bebyrdende regler er det samme som at miste rettigheder. Ligeledes om det kan sidestilles med at blive pålagt en pligt. Det må antages, at skatteyderne vil føle, at en mistet rettighed er det samme som en pligt. Da det kun er skatteydere, der kan påberåbe direktivbestemmelser efter reglerne om umiddelbar anvendelighed, og ikke medlemsstaterne, mister skatteyderne på nuværende tidspunkt ikke deres rettigheder i henhold til national ret, hvis de vel og mærke ikke selv ønsker det. De bliver derfor ikke pålagt en pligt.¹¹³ I *Becker* sagen udtalte EU-Domstolen, at det forhold at fritagelsen for nogle medførte en ulempe, ikke kunne medføre, at reglen ikke var umiddelbar anvendelig i de tilfælde, hvor en afgiftspligtig person ønskede at påberåbe den, og påtog sig følgerne af valget.¹¹⁴

På baggrund af ovenstående betragtninger vurderes art. 7 at forpligte medlemsstaten. Art. 7 har derfor vertikal virkning.

c) Betingelsen om udløb af implementeringsfrist

Af TEUF art. 288 fremgår det, at medlemsstaterne skal gennemføre et direktiv i national ret. Gennemførelsen skal foretages inden for en vis frist. Denne frist fremgår af en særskilt bestemmelse i det enkelte direktiv og kaldes implementeringsfristen. Hvis medlemsstaterne ikke implementerer direktivet i national ret inden for den fastsatte frist, er implementeringsfristen overskredet. I *Ratti*¹¹⁵ sagen har EU-Domstolen udtalt, at private ikke kan påberåbe bestemmelser inden udløbet af implementeringsfristen. Det er derfor en betingelse for at påberåbe bestemmelser efter princippet om umiddelbar anvendelighed, at implementeringsfristen er udløbet.¹¹⁶

Af ATA-direktivets art. 11, stk. 1 fremgår det, at medlemsstaterne, herunder Danmark, senest den 31. december 2018 skal implementere direktivets bestemmelser i national ret.¹¹⁷ Denne dato er

¹¹³ Sag 14/86, præmis 19

¹¹⁴ Sag 8/81, præmis 45

¹¹⁵ Sag 148/78

¹¹⁶ Sag 148/78, præmis 46

¹¹⁷ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 11, stk. 1

overskredet og CFC-bestemmelserne er ikke implementeret i dansk ret. Denne betingelse er derfor også opfyldt.

Virkningstidspunktet efter reglerne om umiddelbar anvendelighed?

ATA-direktivets art. 7 opfylder efter betragtningerne i indeværende afsnit alle tre betingelser. Art. 7 er derfor vurderet umiddelbar anvendelig. Selvom afhandlingen vurderer, at det er tilfældet, skal en afgørelse fra EU-Domstolen foreligge, inden det endeligt kan konstateres over for skatteyderne.¹¹⁸ Det er således interessant at undersøge, fra hvilket tidspunkt en sådan afgørelse vil have virkning.

Udgangspunktet i dansk ret er, at en afgørelse har virkning fra den dato, hvor den træffes.¹¹⁹ En undtagelse hertil er, hvor afgørelsen træffes med tilbagevirkende kraft, og har virkning fra et andet tidspunkt.¹²⁰ En afgørelse fra EU-Domstolen som konkluderer, at en direktivbestemmelse er umiddelbar anvendelig, vil som udgangspunkt følge denne mulighed.¹²¹ Hvis et selskab således ønsker at påberåbe ATA-direktivets art. 7, og den danske myndighed forelægger spørgsmålet om bestemmelsens umiddelbare anvendelighed for EU-Domstolen, vil EU-Domstolens afgørelse som udgangspunkt træffes med tilbagevirkende kraft.¹²² Dette tidspunkt går tilbage til den 1. januar 2019, hvor direktivet skulle være trådt i kraft i dansk ret.^{123 124} En af grundene til at EU-Domstolen træffer afgørelser med tilbagevirkende kraft er, at det normalt tager flere år at få en sag igennem retssystemet.¹²⁵ Princippet om umiddelbar anvendelighed vil derfor ikke være af samme betydning, hvis afgørelsen først har virkning flere år efter, at skatteyderen ønsker at påberåbe bestemmelsen.

Diskussionen af virkningstidspunktet og EU-Domstolens mulighed for at erklære bestemmelsen umiddelbar anvendelig vil være mere teoretisk end praktisk, da det må antages, at bestemmelsen vil være implementeret i dansk ret, inden en afgørelse foreligger.

¹¹⁸ Daniel, Bugge Thorbjørn m.fl., 2011, s. 266

¹¹⁹ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 266

¹²⁰ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 266

¹²¹ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 183

¹²² Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 183

¹²³ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 183

¹²⁴ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 11, stk. 1

¹²⁵ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 183

Sammenfattende

Alle tre betingelser er efter ovenstående opfyldt for ATA-direktivets art. 7 og bestemmelsen er derfor umiddelbar anvendelig i dansk ret. Det betyder, at bestemmelsen uden implementering har virkning for dansk CFC-beskatning og selskaberne kan påberåbe bestemmelsen over for myndighederne ved domstolene. Det skal bemærkes, at bestemmelsen først endegyldigt kan erklæres umiddelbar anvendelig, når en afgørelse fra EU-Domstolen foreligger.¹²⁶ En sådan afgørelse vil som udgangspunkt blive afsagt med tilbagevirkende kraft til den 1. januar 2019, hvor direktivbestemmelsen skulle være trådt i kraft i dansk ret.

Materiel og formel tilbagevirkende kraft

Som opfølgning på ovenstående hvor det antages, at en implementering af reglerne i dansk ret vil være foretaget, inden en afgørelse om umiddelbar anvendelighed foreligger, er ikrafttrædelsestidspunktet af implementeringsloven interessant at undersøge.

I henhold til grundlovens § 22 får et vedtaget lovforslag lovskraft, når det stadfæstes af kongen.¹²⁷ Formålet hermed er at gøre borgere bekendte med lovbestemmelserne og samtidig sikre, at myndighederne ikke kan anvende loven, før den er bekendtgjort.¹²⁸ Lovens ikrafttrædelsestidspunkt følger som udgangspunkt lovtidendelovens § 3, hvorefter en lov træder i kraft ved begyndelsen af det døgn, der følger det døgn, hvori den er indført i Lovtidende.¹²⁹

Når der tales ikrafttræden sondres der mellem begreberne formel og materiel ikrafttræden. Ved formel ikrafttræden forstås det tidspunkt hvorfra myndighederne kan tage retsreglen i brug, og ved materiel ikrafttræden forstås det tidspunkt hvorfra forhold kan blive omfattet af retsreglen.¹³⁰ Normalt vil ikrafttrædelsestidspunkterne være sammenfaldende og indtræde efter lovens kundgørelse, men hvor det ikke er tilfældet, vil der være tale om tilbagevirkende kraft.¹³¹ Ved

¹²⁶ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s.279 og TEUF art. 267

¹²⁷ Grundloven § 22

¹²⁸ Germer, Peter, 2012, s. 137

¹²⁹ Lovtidendeloven § 3

¹³⁰ Germer, Peter, 2012, s. 137

¹³¹ Germer, Peter, 2012, s. 137

tilbagevirkende kraft sondres der ligeledes mellem formel og materiel ikrafttræden, hvilket vil sige, at loven tages i brug eller knytter retsvirkninger på forhold, der ligger før dens kundgørelse.

Selvom udgangspunktet er, at en lov har virkning for forhold, der følger efter dens offentliggørelse, er grundlovens § 22 ikke til hinder for, at der kan vedtages love med tilbagevirkende kraft.¹³² Det følger herefter, at der er en generel opfatte af, at det ikke er foreneligt med de almindelige retssikkerhedsbetragtninger at vedtage love med tilbagevirkende kraft. Alligevel er det i praksis forekommende.¹³³ Tilbagevirkende kraft anvendes særligt inden for skatteområdet, hvor det bliver anvendt til at hindre skattespekulation, og til at lukke "huller" i den nuværende lovgivning, som skatteydere kan drage fordel af.¹³⁴

Når et lovforslag indeholdende implementeringen af ATA-direktivets art. 7 bliver vedtaget, må det forventes, at implementeringslovens ikrafttrædelsesbestemmelse vil blive fastsat til at knytte retsvirkninger på forhold, der ligger før dens kundgørelse og dermed vil have materiel tilbagevirkende kraft. ATA-direktivet skulle være trådt i kraft i dansk ret den 1. januar 2019 og det må af den grund formodes, at andre lande har implementeret CFC-bestemmelsen og anvender den fra den dato. Hvis loven ikke fastsættes med materiel tilbagevirkende kraft, kan der opstå en utilsigtet effekt med direktivet. Hvor andre landes regler med den implementerede CFC-bestemmelse knytter retsvirkninger på forhold fra 1. januar 2019, vil Danmarks regler alene knytte retsvirkninger på forhold, der ligger efter vedtagelsen og dermed skabe en skævvridning i direktivanvendelsen. Det antages derfor, at loven vedtages med materiel tilbagevirkende kraft.

Selskabsskattelovens § 32 og ATA-direktivets art. 7

ATA-direktivets art. 7 vil som nævnt tidligere i afhandlingen før eller siden opnå virkning i dansk ret, enten som følge af reglerne om umiddelbar anvendelighed eller som følge af vedtagelsen af en implementeringslov. Indeværende afsnit vil af den årsag undersøge betydningen af det materielle indhold i ATA-direktivets art. 7 for dansk CFC-beskatning.

¹³² Germer, Peter, 2012, s. 148

¹³³ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 266-267

¹³⁴ Munk-Hansen, Carsten, 2018, s. 266-267

L 28B indeholder de ændringer, som den danske regering fremsatte i forsøget på at implementere art. 7 i dansk ret. I dette blev der lagt op til ændringer af stort set alle elementer i SEL § 32.¹³⁵ Følgende afsnit vil undersøge indholdet i SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7 for at klarlægge, om der er elementer i ATA-direktivets art. 7, der nødvendiggør en ændring af SEL § 32 og i givet fald hvilke. Herefter vil det undersøgte blive sat i forhold til L 28B, for at give en ide af, hvad regeringen lagde op til.

Både i L 28B og i retslitteraturen er kontrolbetingelsen og indkomsttyperne underlagt mest omtale.¹³⁶ Afsnittet vil derfor være fastholdt til en analyse af disse elementer, herunder enhedsbegrebet og indkomstbetingelsen, som har tilknytning hertil. At analysen indeholder disse elementer er ikke lig med, at de andre elementer, såsom aktivbetingelsen, lavskattetesten og fritagelserne i SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7 er de samme.

Kontrolbetingelsen

I henhold til SEL § 32, stk. 1 skal et selskab, som er omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a til sin indkomstopgørelse medregne indkomsten i datterselskabet, når selskabet er moderselskab for datterselskabet og datterselskabet opfylder de øvrige betingelser til indkomst- og aktivsammensætningen.¹³⁷ Vurderingen af hvornår et selskab er moderselskab for datterselskabet foretages efter SEL § 32, stk. 6. Heraf fremgår:

”Selskabet anses for at være moderselskab for datterselskabet, hvis selskabet direkte eller indirekte er aktionær i datterselskabet og koncernen har bestemmende indflydelse efter § 31 C.”¹³⁸

I ATA-direktivet gælder tilsvarende. Medlemsstaten skal til skattesubjektets skattegrundlag medregne en enheds eller et fast driftssted ikke-udloddede indkomst, som nævnt i art. 7, stk. 2, når enheden eller det faste driftssted anses for at være et kontrolleret udenlandsk selskab. Efter art. 7, stk. 1 anses et selskab for at være et kontrolleret udenlandsk selskab, når kontrolbetingelsen i litra a og lavskattebetingelsen i litra b er opfyldt.

¹³⁵ L 28B (2018/2019), bemærkninger til lovforslaget, pkt. 2.4.3 Lovforslaget

¹³⁶ Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

¹³⁷ SEL § 32, stk. 1

¹³⁸ SEL § 32, stk. 6

Af kontrolbetingelsen i litra a fremgår:

"{...} skattesubjektet har, hvis der er tale om en enhed, selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber en direkte eller indirekte interesse på mere end 50 % af stemmerettighederne eller ejer direkte eller indirekte mere end 50 % af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet i denne enhed {...}"¹³⁹

Både SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7 indeholder således en betingelse om kontrol. SEL § 32 definerer det som, at der skal foreligge et moder-/datterselskabsforhold baseret på koncernens bestemmende indflydelse, mens ATA-direktivets art. 7 definerer det som, at skattesubjektet skal være direkte eller indirekte involveret i det kontrollerede selskab ved rådighed over stemmer, kapital eller ret til overskud taget begrebet tilknyttede selskaber i betragtning. En opremsning af de to bestemmelsers ordlyd kan ikke i sig selv afgøre, om kontrolbetingelsen i SEL § 32, stk. 6 er i overensstemmelse med ATA-direktivets, hvorfor indholdet heri må undersøges nærmere. Undersøgelsen vil indledningsvist søge at afklare CFC-selskabsdefinitionen ud fra begreberne datterselskab og enhed, da disse er i naturlig tilknytning til kontrolbetingelsen, efterfulgt af en analyse af kontrolbetingelsernes enkelte elementer, herunder hvilke selskaber der skal tages i betragtning ved opgørelsen af kontrollen og hvad der udløser kontrollen.

Datterselskabet over for enhed

I SEL § 32, stk. 6 anvendes betegnelsen moderselskab for datterselskabet. I ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a anvendes betegnelsen skattesubjekt for en enhed eller et fast driftssted.

Det fremgår af SEL § 32, stk. 1, at begrebet datterselskab dækker over selskaber, foreninger m.v. Denne definition synes at være vid og upræcis. Peter Koerver Schmidt udtrykker da også: *"denne brede formulering synes at indikere, at alle danske som udenlandske juridiske personer, der kan indpasses under en af kategorierne opregnet i SEL § 1, stk. 1, potentielt må kunne anses som et datterselskab i CFC-reglernes forstand."*¹⁴⁰ Det er således uklart, hvad begrebet egentlig dækker over, foruden de nævnte selskaber og foreninger. Et cirkulære fra 1997 har oplyst: *"det er alle former for selvstændige juridiske personer, der efter danske regler kvalificeres som selvstændige*

¹³⁹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1

¹⁴⁰ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 152

*skattesubjekter, der kan medføre tvungen sambeskatning.*¹⁴¹ Både lovteksten, cirkulæret og Peter Koerver Schmidts udtalelse indikerer, at begrebet favner bredt. Selvom det synes nærliggende at antage, at fonde således også bør være indeholdt i definition, er det ikke tilfældet. Fonde anses efter dansk skattelovgivning for at være selvstændige skattesubjekter, men deres karakter af at være selvejende gør, at det ikke er muligt at eje aktier eller andele heri, hvorfor det ikke er muligt at opfylde kontrolbetingelsen.^{142 143} Det samme gælder for trusts.¹⁴⁴ Udover selskaber, foreninger og andre selvstændige skattesubjekter kan CFC-selskabet også være et fast driftssted. Dette blev indført med territorialbeskatningsprincippet i SEL § 8, stk. 2 i 2005.¹⁴⁵

ATA-direktivets art. 7 anvender ikke betegnelsen datterselskab, men derimod enhed. I art. 7, stk. 1, litra a fremgår det, at hvis der rådes over eller ejes mere end 50 % af stemmerne eller kapitalen eller der er ret til mere end 50 % af overskuddet i enheden, er kontrolbetingelsen opfyldt.¹⁴⁶ Ligesom i SEL § 32 kan et fast driftssted også være et CFC-selskab.¹⁴⁷ ATA-direktivet definerer ikke i bestemmelsen, hvad der skal forstås ved begrebet enhed. Heller ikke andre bestemmelser i ATA-direktivet eller dets præambler definerer det. Men det fremgår af præamblerne, at direktivet alene skal finde anvendelse på skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en medlemsstat og dermed ikke skal omfatte typer af enheder, der ikke er selskabsskattepligtige i en medlemsstat, altså navnlig transparente enheder.¹⁴⁸ I præamblerne henvises der til, at direktivet er udarbejdet med fokus på, at alle lande tager OECD BEPS-projektets anbefalinger til sig og gennemfører tiltagene på ensartet vis.¹⁴⁹ Fortolkningsbidrag må derfor kunne hentes i BEPS-projektets anbefalinger.

BEPS-projektets anbefalinger er udarbejdet af OECD. Det må derfor formodes, at disse er på niveau med OECD's modeloverenskomst, kommentarer fra OECD eller andre udarbejdede dokumenter herfra. Om OECD's modeloverenskomst eller kommentarer fra OECD kan anvendes ved fortolkningen af EU-retten, er der blevet taget stilling til med C-116/16.¹⁵⁰ I Generaladvokatens

¹⁴¹ Cirkulære om international beskatning, pkt. 7.2.3 – udenlandsk selskab m.v.

¹⁴² Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 323

¹⁴³ Cirkulære om international beskatning, pkt. 7.2.3 – udenlandsk selskab m.v.

¹⁴⁴ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 152

¹⁴⁵ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 323

¹⁴⁶ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1, litra a

¹⁴⁷ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1, litra a

¹⁴⁸ L 193/1 - (2016/1164 EU) 4. præambel og art. 1

¹⁴⁹ L 193/1 - (2016/1164 EU) 2. præambel

¹⁵⁰ Sag C-116/16

forslag til afgørelse i denne sag, blev der taget stilling til, hvorvidt kommentarerne til OECD's modeloverenskomst skulle inddrages ved fortolkningen af en fritagelsesbestemmelse i moder/datterselskabsdirektivet.¹⁵¹ Det blev i forslaget til afgørelsen anført, at OECD's modeloverenskomst er en ensidig retsakt udstedt af en international organisation indeholdende anbefalinger til dens medlemsstater. Modeloverenskomsten er en ikke bindende, multilateral international konvention og medlemsstaterne er ikke forpligtet til at overholde den.¹⁵² Hvor medlemsstaterne alligevel vurderer det hensigtsmæssigt, kan de med rette støtte sig herpå.¹⁵³ Det blev endvidere anført, at OECD's modeloverenskomst ikke umiddelbart anses for at være en del af EU-retten og derfor ikke er bindende for EU-Domstolen.¹⁵⁴ OECD's kommentarer har som udgangspunkt ikke indflydelse på fortolkningen af EU-direktiver, men hvor EU-lovgiver har støttet sig herpå, og hvor det fremgår af direktivets ordlyd og tilblivelseshistorie, kan de komme i betragtning.¹⁵⁵ Da BEPS-projektet antages at være en del af ATA-direktivets tilblivelse, kan BEPS *Action 3* komme i betragtning til fortolkningen af ATA-direktivets art. 7.

I BEPS-projektets *Action 3* anbefales det, at en enhed defineres bredt, så det dækker alle selskabsretlige enheder.¹⁵⁶ Herudover anbefales det, at transparente enheder eller faste driftssteder kan behandles som CFC-enheder, hvis den indtægt der genereres heri udgør en risiko for udhuling af skattegrundlaget eller flytning af overskuddet. Her tænkes særligt på de situationer, hvor de transparente enheder ikke allerede er underlagt beskatning i moderselskabets jurisdiktion.¹⁵⁷ ¹⁵⁸ Enhedsbegrebet i BEPS er derfor særdeles bredt. Det omfatter både selskabsskattepligtige enheder og faste driftssteder eller transparente enheder, der udgør en risiko for udhuling af skattegrundlaget og som ikke allerede beskattes i moderselskabets jurisdiktion.

I det svenske lovforslag, som implementerer ATA-direktivets CFC-bestemmelser i svensk ret, har den svenske regering udtrykt, at der efter deres opfattelse ligger en form for selvstændighed i begrebet enhed.¹⁵⁹ I svensk lovgivning anses CFC-selskaber for at være alle udenlandske juridiske personer,

¹⁵¹ Sag C-116/16, præmis 78-88

¹⁵² Sag C-116/16, præmis 81

¹⁵³ Sag C-116/16, præmis 81 og 83

¹⁵⁴ Sag C-116/16, præmis 81

¹⁵⁵ Sag C-116/16, præmis 83

¹⁵⁶ OECD (2015), *Action 3 – 2015 Final Report*, s. 21

¹⁵⁷ OECD (2015), *Action 3 – 2015 Final Report*, s. 21-22

¹⁵⁸ Schmidt, Peter Koerver, 2016, s. 92

¹⁵⁹ Regeringens proposition 2017/18:296, s. 24-25

som efter regelsættet i det land, det er hjemmehørende, kan erhverve rettigheder og påtage sig forpligtelser, føre sager ved domstolene og hvori de enkelte deltagere ikke frit kan disponere over formuemassen.^{160 161} Denne formulering anser de for værende i overensstemmelse med enhedsbegrebet i ATA-direktivet.¹⁶²

På baggrund af betragtningerne i indeværende afsnit kan det udledes, at begreberne datterselskabet i SEL § 32 og enhed i ATA-direktivets art. 7 begge dækker over selskabsretlige skattesubjekter. Hvor SEL § 32 dækker over selvstændige skattesubjekter, dækker ATA-direktivet over alle selskabsretlige skattesubjekter. Det er usikkert, om begrebet enhed, udover selskabsretlige skattesubjekter, også dækker over transparente enheder. Enhedsbegrebet kan som det ser ud enten følge BEPS-anbefalingerne og medtage transparente enheder i de ovenfor nævnte situationer, eller det kan følge de fremlagte bemærkninger til direktivets anvendelsesområde og undlade at medtage dem. I denne afhandling antages det, at ATA-direktivet i sin helhed ikke tilsigter at finde anvendelse på transparente enheder, men alene selskabsskattepligtige enheder, hvorfor transparente enheder ikke anses at være indeholdt i begrebet.¹⁶³ At en enhed anses for at være et selvstændigt skattesubjekt i en anden jurisdiktion end moderselskabets, må derfor medføre, at denne enhed er omfattet af begrebet. Det kan hertil bemærkes, at begrebet datterselskabet ikke dækker over transparente enheder. I henhold til SEL § 32 anses fonde, trusts og lignende selvejende institutioner ikke for at være indeholdt i begrebet datterselskabet. Baggrunden herfor er, at det ikke er muligt, at eje aktier i sådanne juridiske personer og derfor ikke muligt at opfylde kontrolbetingelsen. Med ATA-direktivets formulering "*eller har ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet i denne enhed*"¹⁶⁴ formodes det, at begrebet enhed vil dække over sådanne former for juridiske personer. Det er forfatterens holdning, at begrebet enhed i ATA-direktivets art. 7 er bredere end begrebet datterselskabet i SEL § 32, hvilket betyder, at flere juridiske personer kan være CFC-selskaber efter ATA-direktivet end efter SEL § 32. Der kræves derfor en ændring for at opfylde minimumsforanstaltninger i ATA-direktivet.

¹⁶⁰ Regeringens proposition 2017/18:296, s. 24-25

¹⁶¹ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 170 note 60

¹⁶² Regeringens proposition 2017/18:296, s. 24-25

¹⁶³ L 193/1 - (2016/1164 EU) 4. præambel og art. 1

¹⁶⁴ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1, litra a

Det blev da også fremsat i L 28B, at begrebet datterselskabet skulle defineres som selvstændige skattesubjekter. Herudover blev det endvidere bemærket, at begrebet fremadrettet ligeledes skulle omfatte trusts eller selvejende institutioner, hvori moderselskabet ville have ret til mere end halvdelen af overskuddet.¹⁶⁵

Koncernens bestemmende indflydelse over for kontrol alene eller med tilknyttede selskaber

Efter SEL § 32, stk. 6 anses et selskab for at være moderselskab, når det er direkte eller indirekte aktionær i datterselskabet og når koncernen har bestemmende indflydelse i datterselskabet.¹⁶⁶ I retslitteraturen og i forarbejderne til lovteksten er formuleringen direkte eller indirekte aktionær ikke tillagt betydelig vægt. Det udtales, at denne del af kontrolbetingelsen er underordnet, mens det afgørende er den bestemmende indflydelse efter SEL § 31C.¹⁶⁷ ¹⁶⁸ Derfor behandles aktionærbegrebet ikke nærmere, men det skal bemærkes, at lignende formulering ikke fremgår direkte af ATA-direktivets art. 7.

Kontrolbetingelsen efter SEL § 32, stk. 6 er opfyldt, når koncernen har bestemmende indflydelse i datterselskabet. Koncernens bestemmende indflydelse opgøres efter SEL § 31C. At kontrolbetingelsen er en vurdering baseret på koncernens bestemmende indflydelse har ikke altid været tilfældet. I 1995 da reglen blev indført, var det med en betingelse, som var opfyldt ved et selskabs direkte eller indirekte besiddelse på mere end 50 % af stemmerettighederne eller kapitalandelene i datterselskabet.¹⁶⁹ Denne har efterfølgende været ændret til en væsentlig indflydelse på mere end 25 % af aktierne eller mere end 50 % af stemmerne og er nu en vurdering baseret på koncernens bestemmende indflydelse.¹⁷⁰ Til den seneste ændring er det blevet anført, at datterselskabet nu vil blive omfattet af CFC-beskatning på samme tidspunkt, som national eller international sambeskatning indtræder, hvilket vil lette det administrative arbejde ved indkomstopgørelsen.¹⁷¹

¹⁶⁵ L 28B (2018/2019), bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 17

¹⁶⁶ SEL § 32, stk. 6

¹⁶⁷ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s 323

¹⁶⁸ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 153 note 11

¹⁶⁹ Lov nr. 312 af 17. maj 1995, ændring § 1, nr. 14

¹⁷⁰ Bilag 2

¹⁷¹ L 213 (2006/2007), bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 12, stk. 6

Både koncerndefinitionen og den bestemmende indflydelse i datterselskabet skal opgøres efter SEL § 31C. I henhold til SEL § 31C, stk. 1 anses et moderselskab og et eller flere datterselskaber tilsammen at udgøre en koncern.¹⁷² Hvis flere selskaber opfylder betingelserne for at være moderselskab efter bestemmelsen, er det selskabet, der udøver den faktisk bestemmende indflydelse, som anses for at være moderselskab.¹⁷³ I forbindelse med behandlingen af L 121 (2004/2005) blev det udtalt, at to selskaber er koncernforbundne, hvis det ene selskab har bestemmende indflydelse i det andet, eller hvis et fælles moderselskab har bestemmende indflydelse i begge selskaber.¹⁷⁴ Koncernbegrebet er derfor knyttet op på en vurdering af den bestemmende indflydelse. I SEL § 31C, stk. 2 fremgår det, at den *”bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger.”*¹⁷⁵ Denne beføjelse vil som udgangspunkt foreligge, når moderselskabet direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab.¹⁷⁶ Selvom dette er udgangspunktet, er det alligevel muligt, at en besiddelse på mere end 50 % af stemmerettighederne ikke fører til koncernforbindelse.¹⁷⁷ Det er tilfældet, hvor det klart kan påvises, at moderselskabet ikke med sin besiddelse på mere end 50 % af stemmerettighederne har beføjelsen til at styre datterselskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger. Det fremgår af SEL § 31C, stk. 3 og fremgår ligeledes i et bindende svar fra skatterådet.¹⁷⁸

Der var her tale om et selskab A ApS, som besad 75 % af stemmerne og kapitalen i to datterselskaber, mens et andet selskab D ApS besad de resterende 25 %. I forholdet mellem A ApS og D ApS var der indgået en aktionæroverenskomst. Af denne fremgik, at ingen af aktionærerne var i besiddelse af en bestemmende indflydelse og i tilfælde af uenighed, ville det være en uafhængig tredjemand, som besad den afgørende stemme. SKAT udtalte, at der var koncernforbindelse mellem A ApS og datterselskaberne. Denne afgørelse var baseret på de dagældende regler, hvor den formelle besiddelse af stemmerettighederne var tilstrækkelig til at statuere koncernforbindelse. SKAT udtalte endvidere, at samme udfald ikke ville være tilfældet efter de nye regler, som var på

¹⁷² SEL § 31C, stk. 1

¹⁷³ SEL § 31C, stk. 1

¹⁷⁴ L 121 (2004/2005), bilag 16 svar på spørgsmål 1

¹⁷⁵ SEL § 31C, stk. 2

¹⁷⁶ SEL § 31C, stk. 3

¹⁷⁷ SEL § 31C, stk. 3

¹⁷⁸ SKM.2010.209.SR

vej, og som er de regler der er gældende i dag (egen bemærkning). Efter de nye regler ville den formelle besiddelse af stemmerne ikke være nok til at statuere koncernforbindelse, hvis det klart kunne påvises, at besiddelsen ikke var lig med bestemmende indflydelse. Det var SKATs opfattelse, at en aktionæroverenskomst, som krævede enighed i alle beslutninger, var en sådan klar påvisning, hvorfor der ikke ville være koncernforbindelse efter de nye regler. Skatterådet var enig med SKAT.

En besiddelse på mindre end 50 % af stemmerettighederne kan også medføre koncernforbindelse. Det er tilfældet, hvor et selskab i kraft af en aftale, vedtægt eller andet alligevel har bestemmende indflydelse i selskabet.^{179 180} Dette fremgår af SEL § 31C, stk. 4 og er ligeledes bekræftet i et bindende svar fra Skatterådet.¹⁸¹ Heri ejede A 50 % af henholdsvis kapitalen og stemmerne i C, mens E ejede de resterende 50 %. I kraft af en aktionæroverenskomst var A tillagt retten til at udnævne flertallet af bestyrelsen i C. Aktionæroverenskomsten medførte, at SKAT og Skatterådet anså A og C for at være koncernforbundet, selvom A ikke besad mere end 50 % af stemmerne.

De selskaber der omfattes af begrebet koncern, er derfor de selskaber, som moderselskabet kan styre via sin bestemmende indflydelse. Det vil som udgangspunkt være de selskaber, hvori moderselskabet besidder mere end 50 % af stemmerettighederne, men kan også være selskaber, hvori der kan påvises en faktisk bestemmende indflydelse.

Kontrolbetingelsen efter SEL § 32, stk. 6 anses for opfyldt, når koncernen har en bestemmende indflydelse i datterselskabet, som defineret ovenfor. Hertil skal bemærkes, at det nu ikke er moderselskabets bestemmende indflydelse alene, der bestemmer udfaldet, men moderselskabet og dets koncernforbundne selskabers bestemmende indflydelse tilsammen.¹⁸² Udgangspunktet er, at kontrol foreligger, når koncernen råder over mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet.¹⁸³ Dette er ligeledes defineret i forbindelse med gennemgangen af koncernbegrebet. Foruden koncernens samlede stemmerettigheder medregnes efter SEL § 32, stk. 6 stemmerettigheder, som besiddes af personlige aktionærer eller deres nærtstående, fonde eller trusts stiftet af de personlige aktionærer eller deres nærtstående, selskabsdeltagere som moderselskabet udøver kontrol over i henhold til en aftale eller transparente enheder, hvori

¹⁷⁹ SEL § 31C, stk. 4

¹⁸⁰ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 156

¹⁸¹ SKM.2006.107.SR

¹⁸² Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 157

¹⁸³ SEL § 31C, stk. 3

moderselskabet deltager.¹⁸⁴ Det er således deres stemmerettigheder tilsammen, der afgør, om der foreligger kontrol over datterselskabet.

Kontrolbetingelsen i ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a er opfyldt, når skattesubjektet har en direkte eller indirekte interesse i mere end 50 % af stemmerettighederne, ejerskab til mere end 50 % af kapitalen eller ret til mere end 50 % af overskuddet i enheden. Hertil skal skattesubjektets tilknyttede selskaber tages i betragtning.¹⁸⁵ Formuleringen tilknyttede selskaber kan efter ordlyden godt opfattes som værende det samme som begrebet koncern.

Efter ATA-direktivets art. 2, nr. 4 er et tilknyttet selskab defineret som 1) en enhed, hvori skattesubjektet direkte eller indirekte besidder 25 % eller mere af stemmerettighederne eller kapitalejerskabet eller har ret til at modtage 25 % eller mere af overskuddet i og 2) en enhed eller en person, som besidder 25 % eller mere af stemmerettighederne eller kapitalejerskabet eller har ret til at modtage 25 % eller mere af overskuddet i skattesubjektet.¹⁸⁶ Ved bedømmelsen af kontrollen efter ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a er det således skattesubjektet og dets tilknyttede selskabers samlede besiddelser eller rettigheder, der afgør om betingelsen er opfyldt.

Efter ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a foreligger der kontrol, når der direkte eller indirekte besiddes mere end 50 % af stemmerne eller kapitalen eller er ret til mere end 50 % af overskuddet i enheden.¹⁸⁷ Denne formulering ser ud til at følge BEPS *Action 3*, hvor det anbefales, at der som minimum ved bedømmelsen af kontrol skal anvendes en *legal* og en *economic control test*.¹⁸⁸ *Legal control* er i BEPS *Action 3* defineret som stemmeretten, der følger af aktiebesiddelsen i selskabet. Det betyder, at den test der skal foretages i forhold til en *legal control test*, angår besiddelsen af stemmerettighederne i et selskab.¹⁸⁹ BEPS anfører, at den test der foretages i forhold til *economic control* ikke fokuserer på stemmerettighederne, men derimod har et fokus på de rettigheder, der forekommer i forhold til overskud, kapital og aktiver.¹⁹⁰ ATA-direktivets indeholdelse af både en *legal* og en *economic control test* er efter forfatterens mening en følge af, at det ikke skal være

¹⁸⁴ SEL § 32, stk. 6

¹⁸⁵ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1, litra a

¹⁸⁶ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 2, nr. 4

¹⁸⁷ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1, litra a

¹⁸⁸ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 21

¹⁸⁹ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 24

¹⁹⁰ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 24

muligt at omgå betingelsen. Hvis skattesubjektet besidder kontrollen over enheden på baggrund af retten til at modtage størstedelen af overskuddet, skal det være uden betydning, om der rådes over en hvis andel af stemmerne eller kapitalen.

På baggrund af betragtningerne i indeværende afsnit er der en formodning for, at der foreligger en forskel i de to kontrolbetingelser. Forskellen forekommer både i forhold til begrebet koncern over for tilknyttede selskaber og bestemmende indflydelse over for *legal and economic control*.

Begrebet tilknyttede selskaber er formentlig bredere end begrebet koncern. Det betyder, at flere selskaber vil blive omfattet af ATA-direktivets begreb end begrebet i SEL § 32. Baggrunden herfor er først og fremmest de forskellige tærskler, som der opereres med. Mens SEL § 32 anvender en tærskel på 50 %, anvender ATA-direktivet en tærskel på 25 %. Det må direkte antages, at flere selskaber omfattes, desto lavere satsen er. Foruden tærsklen er det i SEL § 31C defineret, at mindre end 50 % også kan statuere koncernforbindelse i tilfælde af, at der er bestemmende indflydelse.¹⁹¹ Hvis begreberne vurderes ud fra bestemmende indflydelse over for 25 % eller mere af stemmerne, kapitalen eller retten til overskuddet, kan det diskuteres, om der er en forskel. Hvor selskaber bliver omfattet af koncernbegrebet med en besiddelse på mindre end 50 % af stemmerne, vil der ikke umiddelbart være en forskel, men hvor selskaber ikke omfattes med en besiddelse på mindre end 50 %, vil der være en forskel. Det antages, at definitionen af bestemmende indflydelse er smallere end ATA-direktivets oplystning af 25 % af stemmerne, kapitalen eller retten til overskuddet, da der ikke nødvendigvis med disse tærskler foreligger en bestemmende indflydelse.

Ved begreberne bestemmende indflydelse over for *legal and economic control* er der ligeledes en formodning for, at ATA-direktivets bestemmelse er bredere end SEL § 32. I SEL § 32, stk. 6 opgøres kontrollen ud fra koncernens bestemmende indflydelse i datterselskabet baseret på stemmerettigheder, mens ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a opgør kontrollen ud fra enten besiddelsen af stemmerettigheder, ejerskab over kapital eller ret til modtagelse af overskud. SEL § 32 omfatter derfor kun den i BEPS *Action 3* nævnte *legal control test*, mens ATA-direktivet indeholder både en *legal* og en *economic control test*. Det skal bemærkes, at SEL § 32 ikke er forpligtet til at implementere BEPS-anbefalingerne om *legal* og *economic control test* i sig selv, men eftersom ATA-direktivet indeholder begge og er et minimumsharmoniseringsdirektiv, er Danmarks

¹⁹¹ SEL § 31C, stk. 4

CFC-bestemmelser ikke i overensstemmelse med direktivet, inden de opfylder minimumsbestemmelsen. ATA-direktivets opgørelse af kontrol efter enten stemmer, kapital eller ret til overskud må forventes at ramme flere situationer end Danmarks nuværende, og Danmarks CFC-beskatningsregler er derfor lempeligere end ATA-direktivet. At kontrolbetingelsen skal indeholde en *economic control test* for at opfylde ATA-direktivets minimumsforanstaltninger, er ligeledes støttet af Peter Koerver Schmidt. Han har udtalt: "{...} in case of Denmark and Sweden, comply with the Directive, an economic ownership test should, therefore, be added."¹⁹²

Det fremgår af udtalelsen, at både Danmarks og Sveriges regler skal ændres og indeholde en *economic control test*. En betragtning af de svenske CFC-regler og deres vedtagne lovforslag viser, at en sådan ændring ikke er foretaget.¹⁹³ I det svenske lovforslag bemærkes det, at en *economic control test* skal indsættes for at sikre mod omgåelse. Her henvises til de situationer, hvor en juridisk person ikke ejer flertallet af aktierne i selskabet, men alligevel har kontrollen over selskabet, udelukkende baseret på retten til at modtage overskuddet i selskabet.¹⁹⁴ I lovforslaget bemærkes endvidere, at de svenske CFC-regler ved deres tilblivelse blev indført med en meget bred definition af ejerskab, hvorfor kontrolbegrebet allerede indeholder vilkåret *ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet*.¹⁹⁵ Det er derfor den svenske regerings opfattelse, at der ikke kræves ændringer, for at opfylde ATA-direktivets definition af kontrol.¹⁹⁶ I et tidligere lovforslag fra den svenske regering er det også anført, at begrebet kontrol efter svensk lovgivning skal omfatte alle former for kontrol, som indebærer en reel indflydelse i selskabet, hvilket udover direkte eller indirekte ejerskab også skal omfatte andre former for faktisk indflydelse.¹⁹⁷

Hvis den danske regering ligesom den svenske kan påvise, at kontrolbetingelsen allerede indeholder vilkåret *ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet*¹⁹⁸, kan de danske regler på dette punkt fastholde deres nuværende formulering. Det er dog forfatterens holdning, at det ikke er muligt. Den svenske kontrolbetingelse er baseret på faktisk indflydelse, mens den danske er baseret på bestemmende indflydelse. Retten til at modtage mere end 50 % af overskuddet er ikke nødvendigvis

¹⁹² Schmidt, Peter Koerver, 2016, s. 94

¹⁹³ Den Svenske indkomstskattelov - Indkomstskattelag (1999:1229)

¹⁹⁴ Regeringens proposition 2017/18:296, s. 29

¹⁹⁵ Regeringens proposition 2017/18:296, s. 29-30

¹⁹⁶ Regeringens proposition 2017/18:296, s. 29-30

¹⁹⁷ Regeringens proposition 2003/04:10, s. 54

¹⁹⁸ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 1, litra a

lig med, at der foreligger bestemmende indflydelse. Der kræves derfor en ændring for at opfylde minimumsbestemmelserne i ATA-direktivet.

L 28B vurderede ligesom betragtningerne i ovenstående afsnit et behov for ændring af kontrolbetingelsen. Heri blev der lagt op til at følge direktivteksten ordret både i forhold til kontrolbetingelsen og begrebet tilknyttede selskaber.¹⁹⁹

Sammenfattende

Kontrolbetingelsen i SEL § 32, stk. 6 er på nuværende tidspunkt ikke i overensstemmelse med ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a. Der er derfor behov for ændringer. Begrebet datterselskabet skal foruden selvstændige selskabsretlige enheder også indeholde andre former for selskabsskatteretlige enheder, herunder fonde, trusts og selvejende institutioner. Herudover skal kontrolbetingelsen udvides til at omfatte flere selskaber i koncernbegrebet og flere former for kontrol. Koncernen skal omfatte alle selskaber, hvori moderselskabet besidder 25 % eller mere af kapitalen, stemmerne eller retten til overskuddet og ikke alene selskaber, hvori der er en bestemmende indflydelse. Kontrolbetingelsen skal foruden en *legal control test* indeholde en *economic control test*. Det betyder, at flere former for kontrol medfører opfyldelse af kontrolbetingelsen. Anvendelsesområdet for SEL § 32 bliver derfor bredere.

Indkomstbetingelsen

Foruden kontrolbetingelsen indeholder SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7 også andre betingelser, som skal være opfyldt, inden CFC-beskatning indtræder. Dette omfatter blandt andet indkomstbetingelsen. Af SEL § 32, stk. 1, nr. 1 fremgår det, at det er en betingelse for CFC-beskatning, at:

”Datterselskabets CFC-indkomst, jf. stk. 4 og 5, i indkomståret udgør mere end ½ af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter stk. 4. {...}”²⁰⁰

Af ATA-direktivet art. 7, stk. 2 fremgår det, at:

¹⁹⁹ L 28B (2018/2019), bemærkninger til lovforslaget, 2.4.3 - Lovforslaget

²⁰⁰ SEL § 32, stk. 1, nr. 1

”Hvis en enhed eller et fast driftssted behandles som et kontrolleret udenlandsk selskab i henhold til stk. 1, skal medlemsstaten i skattegrundlaget medregne følgende:

a) enhedens ikkeudloddede indkomst eller indkomst fra det faste driftssted, der stammer fra følgende kategorier:

{...}

b) enhedens ikkeudloddede indkomst eller indkomst fra faste driftssteder, der hidrører fra arrangementer, der ikke er reelle, og som udelukkende er oprettet med det hovedformål at opnå en skattefordel. {...}”²⁰¹

Begge bestemmelser betinger således CFC-beskatningen af, at der i selskabet genereres en bestemt form for indkomst. Denne indkomst betegnes CFC-indkomsten. Mens SEL § 32, stk. 1, nr. 1 opfyldes når mere end 50 % af indkomsten udgør CFC-indkomst, opfyldes ATA-direktivets art. 7, stk. 2 fra det tidspunkt, hvor det kontrollerede selskab genererer CFC-indkomst. ATA-direktivets art. 7, stk. 2 fremstår ikke som en klar betingelse, men derimod som en bestemmelse om hvilken indkomst der skal medregnes til skattesubjektets skattegrundlag. Selvom det er tilfældet, behandles den i indeværende afhandling som en indkomstbetingelse. Det sker ud fra den betragtning, at CFC-beskatning først indtræder, når det kontrollerede selskab har CFC-indkomst. Ud fra ordlyden af bestemmelserne er det ikke muligt at afgøre, om SEL § 32, stk. 1, nr. 1 er i overensstemmelse med ATA-direktivets art. 7, stk. 2. Indeværende afsnit vil derfor undersøge indholdet i de to indkomstbetingelser. Der vil først blive foretaget en vurdering af, hvornår betingelserne er opfyldt og derefter en vurdering af, hvad der er CFC-indkomst.

SEL § 32, stk. 1, nr. 1 over for ATA-direktivets art. 7, stk. 2

Indkomstbetingelsen i SEL § 32, stk. 1, nr. 1 er opfyldt, når datterselskabets CFC-indkomst i indkomståret udgør mere end halvdelen af den samlede skattepligtige indkomst. For at vurdere hvornår det er tilfældet, er det nødvendigt at foretage en opgørelse af de respektive indkomster.²⁰² Dette gøres i henhold til SEL § 32, stk. 4. Heraf fremgår, at danske datterselskaber skal foretage

²⁰¹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2

²⁰² Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 180

opgørelsen ved anvendelsen af deres egen indkomstopgørelse, mens udenlandske datterselskaber skal foretage opgørelsen af skattepligtige fortjenester og fradragsberettigede tab på baggrund af de faktiske anskaffessummer og faktiske anskaffelsestidspunkter, medmindre lagerprincippet finder anvendelse.²⁰³ ²⁰⁴ Opgørelsen skal foretages under hensyntagen til territorialprincippet og inden fremførelse af eventuelle underskud, således at opgørelsen baseres på det pågældende indkomstår.²⁰⁵ Til opgørelsen af CFC-indkomsten medregnes udelukkende summen af de indtægter og udgifter, der er oplyst i SEL § 32, stk. 5, mens der til opgørelsen af den samlede skattepligtige indkomst medregnes alle datterselskabets indkomster.²⁰⁶ Hvad der anses for at være CFC-indkomst vil blive behandlet senere i afhandlingen.

Da SEL § 32 blev indført i dansk ret i 1995, var det med betingelsen om overvejende finansiel aktivitet.²⁰⁷ Denne er siden blevet præciseret til en indkomstbetingelse, der har indeholdt krav om, at mere end 50 % af indkomsten skulle udgøre finansielle indkomster, mere end 1/3 skulle udgøre CFC-indkomst og senest til at mere end 50 % af indkomsten i datterselskabet skal være CFC-indkomst.²⁰⁸ Efter forfatterens mening skal udvidelserne og indskrænkningerne ses i forhold til formålet med CFC-reglerne. Der er således foretaget de tiltag, som på tidspunktet for ændringen har været nødvendige for at sikre det danske skattegrundlag.

Indkomstbetingelsen i ATA-direktivets art. 7, stk. 2 er opfyldt, når det kontrollerede udenlandske selskab har indkomst, der stammer fra en af de oplyste indkomstkategorier eller fra et ikke-reelt arrangement, der alene har til formål at opnå en skattefordel.²⁰⁹ Direktivet benytter således to modeller til opfyldelsen af betingelsen. Efter ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a opfyldes betingelsen, når det kontrollerede udenlandske selskab har en af de nævnte former for indkomster, medmindre selskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet understøttet af personale, udstyr, aktiver og lokaler.²¹⁰ Efter ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra b opfyldes betingelsen, når det kontrollerede udenlandske selskab har indkomster, der hidrører fra arrangementer, der ikke er

²⁰³ SEL § 32, stk. 4

²⁰⁴ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 334

²⁰⁵ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 181-182

²⁰⁶ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 180 og 204

²⁰⁷ Se bilag 2

²⁰⁸ Se bilag 2

²⁰⁹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra a-b

²¹⁰ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra a

reelle.²¹¹ Opgørelsen af CFC-indkomsten er fastsat i ATA-direktivets art. 8. Heraf fremgår, at indkomster som nævnt i art. 7, stk. 2, litra a skal opgøres efter reglerne i den medlemsstat, hvor skattesubjektet er hjemmehørende, dvs. moderselskabets jurisdiktion, mens indkomster oplyst i art. 7, stk. 2, litra b skal opgøres i overensstemmelse med armslængdeprincippet.^{212 213}

Selvom det vedtagne direktiv indeholder ovenstående formulering, indeholdte EU-Kommissionens forslag til direktivet fra januar 2016 en anden formulering. Her fremgik betingelsen som en klar indkomstbetingelse, der var opfyldt, når enhedens eller det faste driftssteds indkomst fra de oplyste indkomst kategorier udgjorde mere end 50 % af dens samlede indkomst.²¹⁴ Den endelige formulering af bestemmelsen omtales i litteraturen for at være et kompromis efter stor diskussion i direktivets tilblivelsesfase og må antages at være en følge af, at direktivets regler skal passe ind i 28 forskellige selskabsskattesystemer.^{215 216}

På baggrund af ovenstående er der en formodning for, at ATA-direktivets indkomstbetingelse er bredere end betingelsen i SEL § 32. Det er tilfældet, da ATA-direktivet ikke indeholder en tærskel, hvilket SEL § 32 gør. Indkomstbetingelsen vil derfor være opfyldt tidligere efter ATA-direktivet end efter SEL § 32. I ATA-direktivet fremstår betingelsen som en blanding af to valgfrie modeller. Det er således muligt at opfylde betingelsen, hvis blot én af modellerne opfyldes. Indkomstmodellerne fremstår som uafhængige af hinanden, hvorfor det efter forfatterens mening er nok, at SEL § 32 opfylder én af dem for at være i overensstemmelse med minimumskravene.²¹⁷ SEL § 32 indeholder en opregnet liste af CFC-indkomster. Denne liste har mest tilfælles med ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a og det må formodes, at Danmark fremadrettet vil følge den, da den kræver færrest ændringer.²¹⁸ Af den grund vil modellen i art. 7, stk. 2, litra b ikke blive behandlet. Den nuværende formulering i SEL § 32, stk. 1, nr. 1 kan ikke opretholdes og kræver ændringer for at opfylde minimumsforanstaltningerne. Hvordan betingelsen skal ændres er usikkert, men tærsklen skal

²¹¹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra b

²¹² L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 8, stk. 1-2

²¹³ Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

²¹⁴ COM/2016/026 Final, art. 8, stk. 1, litra c

²¹⁵ Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

²¹⁶ L 193/1 - (2016/1164 EU) 3. præambel

²¹⁷ L 193/1 - (2016/1164 EU) 12. præambel og art. 7, stk. 2

²¹⁸ Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

enten sænkes eller fjernes. At tærsklen kan sænkes og ikke skal fjernes helt er begrundet i ATA-direktivets art. 7, stk. 3. Den giver mulighed for at anvende en tærskel på 1/3.²¹⁹

L 28B lagde ligeledes op til en ændring af bestemmelsen. Heri blev der lagt op til, at CFC-indkomsten skulle udgøre mindst 1/3 af den samlede indkomst, inden betingelsen ville være opfyldt.²²⁰

Definitionen af CFC-indkomst

Af SEL § 32, stk. 5 fremgår en udtømmende opregning af, hvilke indkomster der anses for at være CFC-indkomst. Dette omfatter blandt andet udbytter, renter, royalties og indkomst fra finansiel virksomhed.²²¹ ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a indeholder ligeledes en opregning af, hvilke indkomster der anses for at være CFC-indkomst. Denne opregning er en ikke udtømmende liste og omfatter blandt andet udbytter, renter, royalties og indkomst fra faktureringselskaber.²²² Foruden opregningen indeholder ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a også en undtagelse, som udtrykker, at der ikke skal ske CFC-beskatning, hvis det kontrollerede selskab viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet understøttet af personale, udstyr, aktiver og lokaler.²²³

BEPS *Action 3* indeholder anbefalinger til, hvordan CFC-indkomsten skal defineres. Det anbefales heri, at CFC-reglerne skal indeholde en definition af de indkomster, der giver anledning til BEPS-bekymringer samt, at denne definition skal være bred.²²⁴ I den forbindelse er der oplyst tre måder at definere CFC-indkomsten på. CFC-indkomsten kan defineres ud fra en *categorical analysis*, *substance analysis* eller en *excess profits analysis*. Disse definerer indkomsten ud fra henholdsvis indkomstens juridiske klassificering, den reelle økonomiske aktivitet i selskabet eller et beregnet normal afkast.²²⁵

Ved at sammenholde SEL § 32, stk. 5 og ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a med anbefalingerne i BEPS *Action 3*, kan det udledes, at SEL § 32, stk. 5 indeholder momenter fra en *categorical analysis*, mens ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a indeholder momenter fra både en *categorical analysis* og

²¹⁹ L 193/1 - (2016/1164 EU) 12. præambel og art. 7, stk. 3

²²⁰ L 28B (2018/2019), bemærkninger til lovforslaget, 2.4.3 - Lovforslaget

²²¹ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 204 og bilag 1

²²² L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra a og bilag 1

²²³ Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

²²⁴ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, side 43

²²⁵ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, side 44-49

en substance analysis.²²⁶ Både SEL § 32, stk. 5 og ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a indeholder en kategorisk opregning af, hvad der er CFC-indkomst, mens ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a yderligere indeholder en undtagelse baseret på den økonomiske aktivitet i selskabet.²²⁷ Indeholdelsen af en sådan undtagelse er efter forfatterens holdning en følge af den afsagte EU-afgørelse i sagen *Cadbury Schweppes*.²²⁸ SEL § 32 er ikke forpligtet til at følge BEPS-anbefalingerne, men da ATA-direktivet indeholder en undtagelse baseret på en *substance analysis* betragtning, skal SEL § 32 som minimum følge dette.

Det kan diskuteres om SEL § 32 ikke allerede opfylder minimumsforanstaltningerne på dette punkt. I henhold til ATA-direktivets art. 3 er direktivet ikke til hinder for, at Danmark anvender bestemmelser, som skal være med til at sikre et højere beskyttelsesniveau af selskabsskattegrundlaget.²²⁹ At CFC-beskatning skal vurderes uafhængigt af, om der foregår en væsentlig økonomisk aktivitet i datterselskabet, må formodes at være en bestemmelse med et højere beskyttelsesniveau. I direktivets 12. præambel fremgår det, at indkomstkategorierne bør kombineres med en substansundtagelse af hensyn til de grundlæggende frihedsrettigheder.²³⁰ Det må derfor antages, at der kan være bekymringer i forhold til, om SEL § 32 overholder de grundlæggende frihedsrettigheder ved ikke at have en sådan undtagelse, men ikke i forhold til opfyldelsen af ATA-direktivet. Dette støttes ligeledes af Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, som udtaler: *"Henset til, at ATA-direktivet er et minimumsdirektiv, vil selve direktivet formentlig ikke stå i vejen for, at Danmark fortsat kan benytte en model, hvor CFC-reglerne ud fra et EU-retligt hensyn også (principielt) finder anvendelse i forhold til danske datterselskaber, når blot det sikres, at de danske CFC-regler (også) rammer de situationer, som ATA-direktivet foreskriver."*²³¹ Den danske struktur indebærer på nuværende tidspunkt, at CFC-beskatning vurderes uafhængigt af, om der foregår en væsentlig økonomisk aktivitet i datterselskabet, og det må formodes, at den struktur efter implementeringen af ATA-direktivet stadig kan følges. Diskussionen af SEL § 32's overensstemmelse med de grundlæggende frihedsrettigheder vil ikke blive omtalt nærmere.

²²⁶ SEL § 32, stk. 5 og L 193/1 - (2016/1164 EU), art. 7, stk. 2, litra a

²²⁷ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra a

²²⁸ Sag C-196/04, for mere herom se Schmidt, Peter Koerver m.fl., 2015, s. 388

²²⁹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 3

²³⁰ L 193/1 - (2016/1164 EU) 12. præambel

²³¹ Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

Ovenstående betragtninger kan foranledige til at tro, at SEL § 32, stk. 5 er identisk med ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a og derfor opfylder ATA-direktivets minimumsbestemmelser. Denne antagelse er dog ikke mulig at slutte endnu. Selvom begge bestemmelser anvender en kategorisk tilgang og oplister CFC-indkomsten i forhold til indkomsternes juridiske klassifikation, kan der være forskel i, hvilke indtægter og udgifter de enkelte klassifikationer dækker over.

I bilag 1 er oplistet, hvilke indtægter og udgifter der efter SEL § 32, stk. 5 og ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a udgør CFC-indkomst.²³² Hvor SEL § 32, stk. 5 er en udtømmende opregning, der udelukkende behandler de nævnte indtægter og udgifter som CFC-indkomst, er ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, qua direktivets udformning som et minimumsdirektiv, en ikke udtømmende opregning.²³³ ²³⁴ Udformningen af ATA-direktivet som et minimumsdirektiv medfører efter forfatterens holdning en række fortolkningsmæssigt brede, upræcise og overordnede CFC-indkomstskategorier, hvilket også viser sig ved behandlingen af de enkelte indkomstskategorier.

Ved en direkte betragtning af ordlyden i SEL § 32, stk. 5 og ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a kan det udledes, at renter, udbytter, royalties, indkomst fra finansiel leasing og indkomst fra forsikrings- og bankvirksomhed er indeholdt i begge regelsæt.²³⁵ Herudover indeholder SEL § 32, stk. 5 selvstændige bestemmelser for provisioner og fortjeneste og tab på CO₂-kvoter og CO₂-kreditter, hvilket ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a efter ordlyden ikke gør, mens ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a indeholder en bestemmelse om indkomst fra faktureringselskaber, hvilket SEL § 32, stk. 5 efter ordlyden ikke gør. Bestemmelserne indeholder derfor både enslydende og forskellige indkomstskategorier.

Selvom en analyse af alle de oplistede indkomsttyper vil være det mest optimale ved belysningen af, om SEL § 32, stk. 5 er i overensstemmelse med ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, foretages der i denne afhandling alene en nærmere analyse af bestemmelserne inden for kategorierne udbytte, royalties og indkomst fra faktureringselskaber. Det begrundes i, at disse kategorier i litteraturen har tiltrukket størst opmærksomhed og har givet anledning til bemærkninger, hvilket de resterende

²³² Bilag 1

²³³ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 204

²³⁴ L 99 (2001/2002), bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser § 11, nr. 16

²³⁵ Bilag 1

ikke har.^{236 237} At afhandlingen udelukkende berører kategorierne udbytte, royalties og indkomst fra faktureringselskaber, er ikke lig med, at SEL § 32, stk. 5 opfylder ATA-direktivets minimumsbestemmelser inden for de resterende kategorier.

Udbytter m.v.

Skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer vedrørende aktier m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven (herefter ABL) skal efter SEL § 32, stk. 5, nr. 4 medregnes til CFC-indkomsten, mens skattepligtig fortjeneste og tab vedrørende selvsamme efter SEL § 32, stk. 5, nr. 5 skal medregnes til CFC-indkomsten.²³⁸ Det betyder, at udbytter, afståelsessummer og fortjenester, som ikke er skattepligtige, og som ikke stammer fra aktier og lignende værdipapirer oplistet i ABL, ikke skal medregnes til CFC-indkomsten. Efter en lovændring i 2018 er ordlyden af SEL § 32, stk. 5, nr. 4 blevet ændret.²³⁹ Ordlyden består ikke længere af *"Skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer vedrørende aktier m.v., der omfattes af aktieavancebeskatningsloven"*, men derimod af *"skattepligtige udbytter"*.²⁴⁰ Ændringen beskrives som en konsekvensændring, der ingen indholdsmæssig betydning har.²⁴¹

Hvad der anses for at være omfattet af begrebet skattepligtige udbytter i henhold til SEL § 32, stk. 5, nr. 4 fremgår af LL § 16A.²⁴² Heraf fremgår, at alt hvad der udloddes til aktionærer eller andelshavere, hvad end der er tale om udbytte, udlodning af likvidationsprovenu eller afståelsessummer, anses for at være skattepligtige udbytter.²⁴³ Skattepligten omfatter efter LL § 16A, stk. 1 udbytter fra aktier, andelsbeviser og lignende værdipapirer. Selvom LL § 16A opstiller disse typer af værdipapirer, nævner SEL § 32, stk. 5, nr. 4, at der til CFC-indkomsten medregnes udbytter fra aktier m.v. omfattet af ABL. Det betyder således, at udbytte der hidrører fra aktier, anparter, andelsbeviser, omsættelige investeringsbeviser, konvertible obligationer og lignende

²³⁶ Schmidt, Peter Koerver, 2016, s. 98

²³⁷ Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

²³⁸ SEL § 32, stk. 5, nr. 4

²³⁹ Lov nr. 1130 af 11. september 2018 og bilag 2

²⁴⁰ L 237 (2017/2018), bilag 1, lovforslagets § 1, nr. 13

²⁴¹ L 237 (2017/2018), bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 13

²⁴² Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 211

²⁴³ LL § 16 A, stk. 1-2

værdipapirer, skal medregnes til CFC-indkomsten, hvis de er skattepligtige.²⁴⁴ Både anvendelsesområdet for ABL og udbyttedefinitionen ser derfor ud til at være særdeles brede. Efter SEL § 32, stk. 5, nr. 4 medregnes skattepligtige udbytter til CFC-indkomsten. Da afhandlingen ikke vil foretage en dybdegående analyse af de enkelte aktietyper og de dertil knyttede skattepligter og skattefritagelser, skal det alene bemærkes, at udbytte fra datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier er skattefrit, mens udbytte fra porteføljeaktier er skattepligtig.^{245 246} Ud over udbytte skal afståelsessummer efter LL § 16B ligeledes medregnes til CFC-indkomsten, hvilket fremgår af udbyttebegrebet i LL § 16A. Dette dækker over afståelsessummer på de typer af værdipapirer, der fremgår af ABL.²⁴⁷

Efter SEL § 32, stk. 5, nr. 5 anses skattepligtig fortjeneste og tab på ovennævnte værdipapirer også for at være CFC-indkomst. Det betyder, at den fortjeneste eller det tab der opstår ved afståelsen af værdipapiret, skal medregnes til CFC-indkomsten. Ligesom ved SEL § 32, stk. 5, nr. 4 er visse fortjenester og tab skattepligtige, mens andre er skattefrie. Det betyder derfor, at fortjeneste og tab på skattepligtige porteføljeaktier medregnes til CFC-indkomsten, mens fortjeneste og tab på datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier eller skattefrie porteføljeaktier ikke medregnes.²⁴⁸

Efter ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. iii skal "*dividende og anden indkomst fra afhændelse af andele*" medregnes til CFC-indkomsten.²⁴⁹ Hvad der er indeholdt heri er usikkert, da direktivet ikke nævner, hvad begreberne dividende og anden indkomst fra andele omfatter. Ved at sammenligne den danske oversættelse af direktivet med den engelske og svenske er det muligt at konkretisere begreberne lidt. I den engelske oversættelse fremgår: "*dividends and income from the disposal of shares*"²⁵⁰ og i den svenske oversættelse fremgår: "*utdelningar och inkomster från avyttring av aktier*".²⁵¹ Begrebet dividende ser ud til at omfatte en form for udbytte, som kendetegnet fra dansk

²⁴⁴ ABL § 1

²⁴⁵ Michelsen, Aage m.fl., 2017, s. 866

²⁴⁶ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 211 evt. Kjeld, Bergenfelt, 2016, s. 308

²⁴⁷ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 215

²⁴⁸ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 216-217

²⁴⁹ SEL § 32, stk. 5, nr. 4 og L 193/1 - (2016/1164 EU), art. 7, stk. 2, litra a, iii

²⁵⁰ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra a, iii engelsk version

²⁵¹ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra a, iii svensk version

skatteret, mens begrebet andele ser ud til at vedrøre afståelse af ejerandele, eksempelvis aktier og anparter.²⁵²

I BEPS *Action 3* er begrebet dividends (herefter udbytte) et af de oplyste eksempler på, hvad CFC-indkomst kan omfatte.²⁵³ Udbytte omtales som værende en af de indkomsttyper der kan give anledning til BEPS-bekymringer og det anbefales derfor at den indgår i CFC-indkomstopregningen.²⁵⁴ I forlængelse heraf bemærkes det, at udbytte i nogle tilfælde ikke giver anledning til BEPS-bekymringer. Det formodes derfor, at udbytte i disse tilfælde ikke skal medregnes til CFC-indkomsten. Disse tilfælde er oplyst som:²⁵⁵

- Betaling af udbytte der hidrører fra aktive indkomster i et associeret selskab
- Betaling af udbytte der ville være skattefritaget, hvis det blev betalt til moderselskabet (datterselskabs- eller koncernselskabsaktier – egen bemærkning)
- Betaling af udbytte til et CFC-selskab der handler med værdipapirer og hvor betaling sker i tilknytning til denne forretning

Det antages, at ATA-direktivet ved opregningen af CFC-indkomst i art. 7, stk. 2, litra a, nr. iii har haft til hensigt at medtage denne kategori fra BEPS *Action 3*, da den giver anledning til BEPS-bekymringer.

Baseret på ordlyden virker ATA-direktivets bestemmelse bredere og ser ud til at omfatte flere former for indkomster end SEL § 32, stk. 5, nr. 4 og nr. 5. Det er tilfældet, da SEL § 32, stk. 5, nr. 4 og nr. 5 efter ordlyden kun vedrører udbytter, afståelsessummer, fortjenester og tab fra aktier m.v. efter ABL, som er skattepligtige, mens ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. iii ser ud til at vedrøre alle udbytter og indkomster fra afhændelse af andele, uanset om andelene er skattepligtige eller omfattes af ABL. Ved en nærmere undersøgelse af bestemmelserne kan ordlydsantagelsen til dels bekræftes. Da der hverken i ATA-direktivet eller i BEPS-anbefalingerne fremgår en definition af, hvad begrebet udbytte omfatter og hvilke andele der omfattes, kan det ikke med 100 % sikkerhed konkluderes, om SEL § 32 er i overensstemmelse med ATA-direktivets art. 7. Eftersom ATA-direktivet er tiltænkt at være en overordnet ramme, hvorefter Danmark selv kan udforme de

²⁵² Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

²⁵³ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 44

²⁵⁴ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 44

²⁵⁵ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 44

specifikke bestemmelser, må det formodes, at der er afgivet en fortolkningsmæssig spændevidde til Danmark, således at reglerne får den tilsigtede virkning.²⁵⁶ SEL § 32, stk. 5, nr. 4 og 5 medregner skattepligtige udbytter, afståelsessummer og fortjenester, mens ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. iii i henhold til den uklare og brede definition ser ud til at medregne alle udbytter og indkomster fra afhændelse af andele. I BEPS er det udtrykt, at udbytter som er skattefritaget i moderselskabets jurisdiktion ikke udgør BEPS-bekymringer. Hvis den anbefaling er indeholdt i ATA-direktivets begreb dividende, er ATA-direktivets art. 7 på dette punkt ikke bredere end SEL § 32, men hvis den ikke er, er ATA-direktivets art. 7 bredere. Da formålet med CFC-reglerne både på national plan og EU-retlig plan er at sikre mod skatteundgåelse, må det formodes, at de situationer der ikke giver anledning til BEPS-bekymringer, og ikke er underlagt beskatning i moderselskabets jurisdiktion i henhold til andre nationale skatteretlige bestemmelser, således heller ikke skal beskattes efter reglerne om CFC-beskatning. Dette er forfatterens holdning og den kan ikke tages til udtryk for en generel opfattelse. Herudover vil ATA-direktivet sikre en ensartet implementering af BEPS-anbefalingerne, hvilket sker ved, at ATA-direktivet følger anbefalingerne. Mens SEL § 32, stk. 5, nr. 4 og 5 vedrører aktier m.v. omfattet af ABL, ser ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. iii ud til at omfatte alle typer af værdipapirer. ABL anses jf. gennemgangen at have et bredt anvendelsesområde og omfatter ud over aktier også anparter, andelsbeviser, investeringsbeviser, obligationer og lignende værdipapirer. Formuleringen lignende værdipapirer kan omfatte meget, og af den grund antages ABL at være særdeles bred. Den uklare definition af begrebet andele i direktivteksten medfører, at der i princippet kan være en forskel i bestemmelserne i de tilfælde, hvor der er tale om udbytte fra andre værdipapirer end oplistet i ABL. Da der er en formodning for, at Danmark ved fastsættelsen af CFC-reglerne har en vis spændevidde, at anvendelsesområdet for ABL er særdeles bredt samt at begrebet andele ser ud til at omfatte de samme typer af værdipapirer som ABL, antages det at SEL § 32, stk. 5, nr. 4 og 5 og ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. iii dækker over det samme. Afståelsessummer samt fortjeneste og tab i SEL § 32 antages at være udtryk for det samme som anden indkomst fra andele, hvorfor bestemmelserne på dette punkt ligeledes dækker det samme.

²⁵⁶ L 193/1 - (2016/1164 EU) 1. og 3. præambel

Det vurderes derfor, at SEL § 32, stk. 5, nr. 4 og 5 er i overensstemmelse med ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. iii og ikke kræver yderligere ændringer for at opfylde minimumsbestemmelserne.

L 28B indeholdte, ligesom afhandlingen, ingen ændringer til disse punkter. Der blev kun lagt op til en ændring af indkomst fra royalties og indkomst fra faktureringselskaber.²⁵⁷

Royalties m.v.

Efter SEL § 32, stk. 5, nr. 6 medregnes *”betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver”* til CFC-indkomsten.²⁵⁸ Hvad der anses for at være et immaterielt aktiv fremgår af bestemmelsen. Et immaterielt aktiv er heri defineret som *”enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm, ethvert patent, varemærke eller mønster eller enhver model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer”*.²⁵⁹ Denne definition er ikke sammenfaldende med dansk skatterets almindeligt anvendte definition af begrebet immaterielle aktiver, som ud over de ovenfor nævnte også indeholder goodwill.²⁶⁰ Definitionen i SEL § 32, stk. 5, nr. 6 er derfor smallere end den almindeligt anvendte definition af et immaterielt aktiv i dansk skatteret. Hvis definitionen sammenholdes med OECD’s modeloverenskomst art. 12, stk. 2, som også definerer begrebet immaterielle aktiver, kan det konstateres, at definitionerne er ordlydsmæssigt sammenfaldende, hvorfor SEL § 32 givetvis følger denne.²⁶¹

Det fremgår i SEL § 32, stk. 5, nr. 6, at betalinger som datterselskabet modtager fra et ikke-koncernforbundet selskab, for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver, som datterselskabet har foranlediget ved egen forsknings- og udviklingsvirksomhed, ikke skal medregnes til CFC-indkomsten.²⁶² Det er en klar undtagelse til hovedreglen om, at alle betalinger skal medregnes til CFC-indkomsten. Det betyder derfor, at der til CFC-indkomsten efter SEL § 32, stk. 5,

²⁵⁷ L 28B (2018/2019), bemærkninger til lovforslaget, 2.4.3 - Lovforslaget

²⁵⁸ SEL § 32, stk. 5, nr. 4

²⁵⁹ SEL § 32, stk. 5, nr. 6

²⁶⁰ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 221

²⁶¹ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 221

²⁶² SEL § 32, stk. 5, nr. 6

nr. 6 alene medregnes koncerninterne royalties.²⁶³ Udover koncerninterne royalties medregnes også den fortjeneste og det tab der opnås på det immaterielle aktiv ved afståelsen.²⁶⁴

Efter ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. ii medregnes "*royalties eller anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder*" til CFC-indkomsten.²⁶⁵ Direktivet har ikke uddybet nærmere, hvad der forstås ved hverken royalties, anden indkomst eller intellektuelle ejendomsrettigheder.

I BEPS *Action 3* er royalties oplistet som værende en af de indkomsttyper, der giver anledning til BEPS-bekymringer. I den forbindelse udtrykkes det, at det ikke er nok at basere CFC-indkomsten ud fra betegnelsen royalties i dens juridiske forstand, da der kan være andre indkomster fra immaterielle aktiver, som udgør en risiko for BEPS, men som kan være inkorporeret i salgsindtægter eller lignende, og derfor af den årsag ikke bliver behandlet som CFC-indkomst.²⁶⁶ Ud fra BEPS *Action 3* er det muligt at konkretisere, hvad der kan være ment med anden indkomst, men begreberne royalties og intellektuelle ejendomsrettigheder defineres ikke. Da begreberne hverken fremgår af ATA-direktivet eller BEPS er det ikke muligt at udlede nøjagtigt, hvad der forstås hermed. Der vil derfor blive indhentet fortolkningsbidrag andre steder. Det er muligt, at EU-lovgiver har støttet sig på enten definitionen i OECD's modeloverenskomst art. 12, stk. 2, definitionen i art. 2, litra b i Rådets Direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater eller en helt tredje. I denne afhandling antages det, at begreberne følger OECD's modeloverenskomst art. 12, stk. 2.²⁶⁷ Dette er forfatterens eget valg og kan ikke tages til udtryk for, hvordan begrebet royalties og immaterielle aktiver generelt skal opfattes. Afhandlingen vil af den grund ikke give en helt nøjagtig indikation af, om SEL § 32 opfylder ATA-direktivets art. 7, da det ikke vides med 100 % sikkerhed, hvad den dækker over. Som følge af anvendelsen af definitionen i OECD's modeloverenskomst dækker begreberne royalties og intellektuelle ejendomsrettigheder over det samme som i SEL § 32, stk. 5, nr. 6.

ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. ii indeholder foruden de ovenfor nævnte royalties også anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder. Anvendelsen af betegnelsen intellektuelle ejendomsrettigheder ser ud til at følge BEPS-anbefalingerne, hvor det betegnes *Intellectual Property*

²⁶³ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 223, note 141

²⁶⁴ SEL § 32, stk. 5, nr. 6

²⁶⁵ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra a, nr. ii

²⁶⁶ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45

²⁶⁷ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital, art. 12, stk. 2

Income.²⁶⁸ Formodningen er, at der med formuleringen anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder henvises til anden indkomst fra immaterielle aktiver.²⁶⁹ Hvad der skal forstås ved anden indkomst er uklart, da ATA-direktivet ikke præciserer det nærmere. Der er dog en formodning for, at det dækker andet end de almindelige betalinger for anvendelsen af immaterielle rettigheder, og formentlig i retningen af:²⁷⁰

- Indkomst fra afhændelse af immaterielle aktiver
- Indkomst fra salg af varer og tjenesteydelser – hvor det kontrollerede selskab ikke har tilført en værdi til det immaterielle aktiv, men anvender det og optjener indkomst fra salg af varer ved anvendelsen heraf

OECD har i BEPS anbefalingerne udtalt, at ikke alene royalties udgør en BEPS-bekymring, men at anden indkomst relateret til det immaterielle aktiv også gør. Det skyldes, at indkomster der har tilknytning til et immaterielt aktiv, qua det immaterielle aktivs mobilitet, er let at flytte væk fra det sted, hvor værdien til aktivet er skabt.²⁷¹ Medregning af royalties baseret på den juridiske kvalifikation af indkomsten er derfor som nævnt tidligere ikke tilstrækkelig fyldestgørende til at omfatte al relevant indkomst fra immaterielle aktiver, som kan udgøre BEPS bekymringer.²⁷² I anbefalingerne fremgår det, at indkomst fra immaterielle aktiver i relation til CFC-reglerne kan udgøre en række problemer. For det første kan det være svært at adskille indkomsten, som direkte er indtjent i tilknytning til det immaterielle aktiv fra indkomst indtjent i tilknytning til andre tilknyttede varer eller tjenesteydelser. Dernæst kan indkomsten fra det immaterielle aktiv være inkorporeret i datterselskabets salgindkomst, hvorfor det ved anvendelsen af den juridiske kvalifikation vil blive anset for aktiv indkomst, og dermed ikke blive medregnet til CFC-indkomsten.²⁷³ Afhandlingen har ikke fokus på at oplyste de nøjagtige indkomster, som kan være indeholdt i formuleringen, men skal alene tydeliggøre, at formuleringen må antages at dække over andet end de almindelige royaltybetalinger.

²⁶⁸ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45

²⁶⁹ Bundgaard, Jakob m.fl., SR.2016.383, 5. CFC-regler

²⁷⁰ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45-46

²⁷¹ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45

²⁷² OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45

²⁷³ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45

Efter betragtningerne i indeværende afsnit er der en formodning for, at ATA-direktivets bestemmelse dækker over mere end bestemmelsen i SEL § 32. Efter SEL § 32, stk. 5, nr. 6 medregnes alene koncerninterne royalties og afståelsessummer, mens der efter ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. ii medregnes royalties eller anden indkomst fra immaterielle aktiver. Formodningen for forskellen opstår i, at det ikke efter ordlyden i ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. ii fremgår, om det er alle royalties der medregnes eller udelukkende koncerninterne royalties. Hertil kan bemærkes, at ATA-direktivet i art. 7, stk. 2, litra a indeholder en substansundtagelse. Den definerer, at de oplyste typer af indkomster, herunder royalties, ikke skal medregnes til CFC-indkomsten, hvis datterselskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet. Undtagelsen kan være en indikator for, at ATA-direktivets royaltybestemmelse ligesom SEL § 32, stk. 5, nr. 6 alene medregner koncerninterne royalties. Det er begrundet i, at hvis datterselskabet selv har stået for udviklingen af det immaterielle aktiv gennem sin forsknings- og udviklingsvirksomhed, må der være en formodning for, at datterselskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet. Det er derfor muligt, at SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7 på dette punkt omfatter det samme.

SEL § 32, stk. 5, nr. 6 indeholder ikke anden indkomst fra immaterielle aktiver. Efter denne bestemmelse er det udelukkende royaltybetalinger og fortjeneste og tab ved afståelse af de immaterielle aktiver der medregnes. Et forsøg på at indeholde anden indkomst fra immaterielle aktiver blev statueret i 2007, hvor salgsindtægter vedrørende patenterede produkter i henhold til udkastet til et lovforslag skulle medregnes til CFC-indkomsten. Dette blev kun ved omtalen.²⁷⁴ Der er en formodning for, at ATA-direktivets bestemmelse søger at dække sådanne indkomster.

ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. ii indeholder efter ordlyden royalties *eller* anden indkomst og ikke royalties *og* anden indkomst. Brugen af *eller* i stedet for *og* kan tages til udtryk for, at det er muligt for Danmark at lave en selvstændig fortolkning af bestemmelsen og dermed medregne enten royalties eller anden indkomst og ikke begge. Ved at undersøge betydningen af *eller* i den danske retskrivningsordbog kan det udledes, at udtrykket kan bruges 1) mellem to eller flere led for at angive, at de er alternativer, eller 2) for at udtrykke at sidste led er en alternativ måde at udtrykke første led på.²⁷⁵ Forfatteren antager, at det må være nr. 2 der følges i direktivbestemmelsen. BEPS

²⁷⁴ Schmidt, Peter Koerver, 2013, s. 225 og L 213 (2006/2007), bilag 1, notat om justeringer i forhold til høringsforslaget, CFC-beskatning

²⁷⁵ Den danske ordbog, betydningen af eller

udtrykker *royalties and income from intellectual property* og det må derfor antages, at ATA-direktivet har forsøgt at medtage dette ved oplistningen.²⁷⁶

Det er forfatterens holdning, at tanken med ATA-direktivet har været at sikre, at de indkomster der udgør en risiko for BEPS, skal medregnes til CFC-indkomsten. Det vurderes derfor, at ATA-direktivet indeholder andre indkomster end SEL § 32, stk. 5, nr. 6, hvorfor SEL § 32, stk. 5, nr. 6 kræver ændringer for at opfylde minimumsbestemmelserne i ATA-direktivet.

I det bortfaldne L 28B blev der lagt op til at ændre SEL § 32, stk. 5, nr. 6. Her blev der lagt op til, at den skulle udvides til at omfatte salgsindtægter fra salg af materielle aktiver, hvor aktivet var baseret på anvendelsen af immaterielle aktiver.²⁷⁷

Indkomst fra faktureringselskaber

Efter ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. vi skal "*indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra salg og tjenesteydelser på varer og tjenesteydelser, der købes af og sælges til tilknyttede selskaber, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi*"²⁷⁸ medregnes til CFC-indkomsten.

Den indkomstkategori ser ud til at følge BEPS-anbefalingerne i *Action 3*, hvor indkomst fra *invoicing companies* er oplistet som et eksempel på CFC-indkomst.²⁷⁹ I BEPS *Action 3* fremgår det, at salgs- og serviceindkomster, som stammer fra varer og tjenesteydelser produceret eller ydet i landet, hvor CFC-selskabet er hjemmehørende, som udgangspunkt ikke giver anledning til BEPS-bekymringer. Hertil bemærkes, at sådanne indkomster kan give anledning til BEPS-bekymringer i de tilfælde, hvor der opnås indkomster fra varer og tjenesteydelser købt fra nærtstående parter og videresolgt uden, at selskabet selv har tilført disse en værdi.²⁸⁰

I SEL § 32, stk. 5 fremgår indkomst fra faktureringselskaber ikke. Af bestemmelserne i SEL § 32, stk. 5 fremgår, at indkomster baseret på finansielle aktiver, immaterielle aktiver eller finansiell virksomhed skal medregnes til CFC-indkomsten, men ikke indkomst fra fysiske varer og

²⁷⁶ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45

²⁷⁷ L 28B (2018/2019), bemærkninger til lovforslaget, 2.4.3 - Lovforslaget

²⁷⁸ L 193/1 - (2016/1164 EU) art. 7, stk. 2, litra a, vi

²⁷⁹ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45

²⁸⁰ OECD (2015), Action 3 – 2015 Final Report, s. 45

tjenesteydelser.²⁸¹ Da SEL § 32 blev indført i 1995, var hensigten at beskatte finansielle virksomheder.²⁸² Dette må stadig antages at være hensigten med bestemmelsen i dag, selvom det antages at den i dag i højere grad fokuserer på de bagvedliggende aktiver end på selskabets karakter. SEL § 32, stk. 5 er en udtømmende opregning og indeholder ikke en generel opsamlingsbestemmelse.

Ud fra ordlyden synes ATA-direktivet at være bredere end SEL § 32. Når de enkelte bestemmelser i den udtømmende opregning i SEL § 32, stk. 5 sættes i forhold til bestemmelsen om faktureringselskaber kan det udledes, at SEL § 32, stk. 5 kun vedrører indkomster fra finansielle aktiver, immaterielle aktiver eller finansiell virksomhed. Da faktureringselskaber handler med fysiske varer og derfor ikke formodes at være en finansiell virksomhed, må det antages, at den bestemmelse favner bredere end den udtømmende opregning i SEL § 32, stk. 5. Med henvisning til gennemgangen ovenfor vedrørende anden indkomst fra immaterielle aktiver er udfaldet her det samme. SEL § 32 medregner ikke indkomster relateret til salg af varer og tjenesteydelser til CFC-indkomsten. Det er derfor forfatterens holdning, at SEL § 32, stk. 5 skal ændres for at opfylde minimumsforanstaltningerne i ATA-direktivet.

L 28B lagde ligeledes op til, at SEL § 32 skulle ændres til at omfatte en sådan indkomstkategori. L 28B anså derfor ligeledes ATA-direktivets definition for bredere end opregningen i SEL § 32, stk. 5.²⁸³

Sammenfattende

På baggrund af analysen i indeværende afsnit er indkomstbetingelsen i SEL § 32, stk. 1, nr. 1 vurderet ikke at være i overensstemmelse med minimumsbestemmelserne i ATA-direktivets art. 7, stk. 2. Selvom indkomstbetingelserne har mange lighedspunkter, er der også væsentlige forskelle. Dette gælder både i forhold til, hvornår betingelserne er opfyldt og hvilke indkomster der anses for at være CFC-indkomster. Begge betingelser betinger CFC-beskatning af, at det kontrollerede selskab skal have indkomst, der stammer fra de oplistede indkomsttyper baseret på en *categorical analysis*, men ATA-direktivets art. 7, stk. 2 indeholder ikke en tærskel på 50 % for opfyldelsen, ligesom SEL § 32, stk. 1, nr. 1 gør. ATA-direktivet indeholder herudover en substansundtagelse, hvilket SEL § 32

²⁸¹ SEL § 32, stk. 5 – ordlyden

²⁸² L 35 (1994/1995), bemærkninger til de enkelte bestemmelser, § 1, nr. 9

²⁸³ L 28B (2018/2019), bemærkninger til lovforslaget, 2.4.3 - Lovforslaget

ikke gør. De oplyste CFC-indkomsttyper i SEL § 32, stk. 5 synes på mange punkter at være identiske med ATA-direktivet, men ved den nærmere analyse kan det konstateres, at anden indkomst fra immaterielle aktiver og anden indkomst fra faktureringselskaber ikke er indeholdt i nuværende formulering af SEL § 32, stk. 5. Der er samtidig en del usikkerhed omkring, hvad ATA-direktivets begreber udbytte og royalties dækker over, da det ikke er specificeret nærmere i direktivet og derfor kan være fortolkningsmæssigt brede. For at opfylde ATA-direktivets bestemmelser er det derfor nødvendigt at sænke eller fjerne tærsklen og udvide opregningen af CFC-indkomster. Hvis det ikke sker, vil ATA-direktivets bestemmelse være bredere end bestemmelsen i SEL § 32. Ændringerne medfører, at anvendelsesområdet for SEL § 32 bliver bredere, da flere selskaber formentlig vil blive omfattet.

Fremtidens CFC-beskatning

Selskabers beskatning af CFC-indkomst efter SEL § 32 vil i fremtiden blive underlagt ændringer. Den nuværende formulering kan på baggrund af betragtningerne i afhandlingen ikke opretholdes for at opfylde EU's minimumsharmoniseringsdirektiv på CFC-beskatningsområdet.

Hvordan de fremtidige CFC-beskatningsregler kommer til at se ud, er endnu uvist, og afhandlingen vil lade det være en politisk beslutning. Når det er sagt, er der alligevel et par retningslinjer, som kan følges i forhold til udformningen af reglerne. ATA-direktivet er vedtaget som et minimumsdirektiv, hvilket betyder, at de danske CFC-beskatningsregler i SEL § 32 fremadrettet som minimum skal følge direktivet. Herefter er den nærmere udformning overladt til Danmark som medlemsstat, som har en vis frihed til at fastsætte reglerne. Det er en betingelse, at den nærmere udformning kan rummes i de nuværende EU-retlige frihedsrettigheder. L 28B statuerede et forsøg på udformningen af reglerne. Da dette forslag er bortfaldet inden endelig vedtagelse, er det ikke muligt med 100 % sikkerhed at konstatere, at reglerne fremadrettet vil se ud som fremlagt heri. Der er derfor en vis usikkerhed omkring den fremtidige regeludformning.

Perspektivering

Med vedtagelsen af ATA-direktivet er der foretaget et harmoniseringstiltag på området for de direkte skatter. For Danmark betyder det, at de nuværende danske skatteregler skal indrettes herunder. Den retsstilling følger Danmarks medlemskab i EU, som blev en realitet efter en folkeafstemning i 1972.²⁸⁴ Med EU-medlemskabet fulgte, at Danmark måtte opgive en del af sin suverænitet til fordel for EU og siden har udformningen af de danske skatteregler været underlagt de EU-retlige regler. Med EU-medlemskabet fulgte endvidere et fælles marked med etableringsfrihed og ret til at handle frit på tværs af landene. EU kan således betegnes som et frit marked uden indre grænser.²⁸⁵ Som følge af globaliseringen, en række forskellige ikke-harmoniseret skattesystemer i EU og det frie marked er der opstået en markedsmæssig harmonisering. Det betyder, at virksomheder og borgere vælger at placere deres aktiviteter eller kapital i de lande, hvor skattereglerne er mest gunstige, for at minimere skattebetalingerne.²⁸⁶ Dette har medført, at der er opstået en skattekonkurrence EU-landene imellem. Landene fører den skattepolitik, som tiltrækker kapital til dem, hvad enten det sker ud fra en aktiv eller en passiv skattepolitik.²⁸⁷ Med den markedsmæssige harmonisering og skattekonkurrencen kan det således diskuteres, om de frie rammer inden for Unionen er blevet for frie og derfor medfører behov for stramninger, og hvorvidt et minimumsdirektiv er nok til det.

²⁸⁴ Sørensen, Karsten Engsig m.fl., 2019, s. 55

²⁸⁵ Det indre marked, Den Europæiske Union

²⁸⁶ Loft, Peter, 2015, s. 107

²⁸⁷ Loft, Peter, 2015, s. 107

Konklusion

Med vedtagelsen af ATA-direktivet er CFC-beskatningsregler på EU-niveau blevet en realitet. Danmarks medlemskab i EU medfører, at de nuværende danske CFC-regler i SEL § 32 skal følge de EU-retlige regler. ATA-direktivet er udformet som et minimumsharmoniseringsdirektiv og de danske regler skal derfor som minimum beskatte det samme som ATA-direktivet.

På baggrund af analysen i afhandlingen kan det konkluderes, at der ikke er foretaget ændringer af CFC-reglerne i SEL § 32 siden vedtagelsen af ATA-direktivet i 2016. Et lovforslag indeholdende ændringer blev fremsat, men bortfaldt inden vedtagelse. Dansk CFC-beskatning følger derfor fortsat den nuværende formulering i SEL § 32, som medfører CFC-beskatning, når kontrolbetingelsen, indkomstbetingelsen og aktivbetingelsen er opfyldt. Herudover er ATA-direktivets art. 7 konkluderet umiddelbar anvendelig i dansk ret. Det medfører, at bestemmelsen har direkte virkning i dansk ret og kan få betydning for dansk CFC-beskatning i de tilfælde, hvor selskaber ønsker at påberåbe den. En endelig fastlæggelse af bestemmelsens umiddelbar anvendelighed foreligger dog først, når EU-Domstolen har taget stilling hertil.

Ud fra analysen i afhandlingen kan det endvidere konkluderes, at indholdet i SEL § 32 og ATA-direktivets art. 7 er præget af både ligheder og forskelle. Kontrolbetingelsen i SEL § 32, herunder koncernbegrebet, er i analysen vurderet til at være lempeligere end ATA-direktivets. ATA-direktivet baserer kontrollen og koncernforholdet på både stemmerettigheder, kapitalandele eller ret til overskud, mens SEL § 32 alene baserer den på stemmerettigheder. Herudover statueres koncernforhold efter ATA-direktivet allerede ved en besiddelse på 25 % eller mere af stemmer, kapital eller ret til overskud, mens SEL § 32 først statuerer koncernforbindelse ved bestemmende indflydelse, der som udgangspunkt forekommer ved en besiddelse på mere end 50 % af stemmerne. Som følge af kontrolbetingelsen er det også nødvendigt at udvide begrebet kontrollerede datterselskaber til at omfatte fonde, trusts og selvejende institutioner. Hvis kontrolbetingelsen og koncernbegrebet ikke ændres vil det medføre, at flere selskaber vil være omfattet af ATA-direktivets art. 7 end efter SEL § 32.

Afhandlingen har ligeledes i analysen vurderet, at indkomstbetingelsen i SEL § 32 på nogle områder er lempeligere end ATA-direktivets. Indkomstbetingelsen i SEL § 32 indeholder en tærskel på 50 %, mens det ikke er tilfældet i ATA-direktivets art. 7. Hvis tærsklen opretholdes kan det medføre, at

flere selskaber bliver omfattet af ATA-direktivets art. 7 end efter SEL § 32. I begge indkomstbetingelser er der oplyst en række CFC-indkomststyper. Blandt disse er SEL § 32 på to områder lempeligere end ATA-direktivets art. 7. Det vedrører anden indkomst fra immaterielle aktiver og indkomst fra faktureringselskaber. Disse indkomster omfattes ikke af nuværende opregning i SEL § 32, stk. 5 og det er derfor nødvendigt at foretage en udvidelse heraf, inden SEL § 32 opfylder minimumskravene.

Afslutningsvist kan det konkluderes, at konsekvensen af forskellene er, at SEL § 32 skal udvides til at statuere CFC-beskatning på samme tidspunkt, som ATA-direktivets art. 7 statuerer CFC-beskatning. Det medfører, at dansk CFC-beskatning formentlig kommer til at omfatte flere selskaber, da flere indkomster vil blive medregnet og flere situationer vil statuere kontrol.

Litteraturliste

Grundloven

Danmarks Riges Grundlov (Grundloven)

Traktater

Konsolideret udgave af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), dansk sprog, C-326/47 af 26. oktober 2012

Direktiver

L 193/1 - Rådets direktiv af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion, (2016/1164 EU)

Lovgivning

Bekendtgørelse af lov om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven)

Bekendtgørelse af lov om påligningen af indkomstskat til staten (ligningsloven)

Bekendtgørelse af lov om udgivelsen af en Lovtidende (lovtidendeloven)

Bekendtgørelse af selskabsskatteloven (selskabsskatteloven)

Bilag til lovgivning

Skatteudvalget, samling 2006-07, L 213, bilag 1

Skatteudvalget, samling 2004-05 (2. samling), L 121, bilag 16

Lovforslag og ændringslove

L 28B (2018/2019) Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven mm.

L 237 (2017/2018) Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven mm.

L 213 (2006/2007) Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven mm.

L 121 (2004/2005) Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven mm.

L 99 (2001/2002) Forslag til lov om ændring af afskrivningsloven mm.

L 35 (1994/1995) Forslag til Lov om ændring af forskellige skattelove

Lov nr. 1130 af 11. september 2018 Lov om ændring af selskabsskatteloven mm.

Lov nr. 312 af 17. maj 1995 Lov om ændring af forskellige skattelove mm.

EU-domme, forslag til afgørelse og bindende svar

Sag C-116/16, Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Kokott, fremsat den 1. marts 2018

Sag C-196/04, EU-Domstolens dom af 12. september 2006 (*Cadbury Schweppes*)

Sag 152/84, EU-Domstolens dom af 26. februar 1986 (*Marshall*)

Sag 14/86, EU-Domstolens dom af 11. juni 1987 (*Pretura di Saló*)

Sag 8/81, EU-Domstolens dom af 19. januar 1982 (*Becker*)

Sag 148/78, EU-Domstolens dom af 5. april 1979 (*Ratti*)

Sag 41/74, EU-Domstolens dom af 4. december 1974 (*Van Duyn*)

Sag 26/62, EU-Domstolens dom af 5. februar 1963 (*Van Gend en Loos*)

SKM.2010.209.SR

SKM.2006.107.SR

Juridisk vejledning

Den Juridiske Vejledning 2019-1, C.A.2.4 CFC-indkomst

Den Juridiske Vejledning 2019-1, C.D.4.1.1 Skattesubjekter omfattet af CFC-reglerne

Den Juridiske Vejledning 2019-1, C.F.8.2.1 Overordnet om modeloverenskomsten

Bøger

Bergenfelt, Kjeld: *Beskatning af finansielle selskaber*, 1. udgave, 1. oplag, Karnov Group, 2016

Bundgaard, Jakob; Jensen, Dennis Ramsdahl og Winther-Sørensen, Niels (red.): *Den evige udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2015

Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas; Starup, Peter og Steinicke, Michael: *Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten*, 2. udgave, 4. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011

Germer, Peter: *Statsforfatningsret*, 5. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012

Loft, Peter: *Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat*, 1. udgave, 1. oplag, Gyldendal, 2015

Michelsen, Aage; Askholt, Steen; Bolander, Jane; Madsen, Liselotte; Laursen, Anders Nørgaard og Jeppesen, Inge Langhave: *Lærebog om indkomstskat*, 17. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017

Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag, 2018

Olsen, Birgitte Egelund og Sørensen, Karsten Engsig (red.): *EU-retten i Danmark*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018

Schmidt, Peter Koerver: *Dansk CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv*, 1. udgave, 1. oplag, Karnov Group, 2013

Schmidt, Peter Koerver; Tell, Michael og Weber, Katja Dyppel: *International skatteret – i et dansk perspektiv*, 1. udgave, 1. oplag, Hans Reitzels Forlag, 2015

Sørensen, Karsten Engsig og Danielsen, Jens Hartig: *EU-retten*, 7. reviderede udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019

Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth: *Retskilder og retsteorier*, 5. reviderede udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017

Winther-Sørensen, Niels; Bundgaard, Jakob; Wittendorf, Jens; Pedersen, Jan; Siggaard, Kurt; Jeppesen, Inge Langhave; Kerzel, Malene; Ferniss, Jane og Eriksen, Claus Hedegaard: *Skatteretten 3*, 6. udgave, 2. oplag, Karnov Group, 2013

Artikler

Bundgaard, Jakob og Schmidt, Peter Koerver: *Anti-Tax Avoidance Direktivet er nu en realitet – nye værneregler og flere tvister i vente i EU*, I: *SR Skat nr. 383*, 29. november 2016, side 383-389 (SR.2016.383)

Koch, Carsten: *L 35 - International beskatning*, I: *Skat Udland nr. 143*, 1995 (SU 1995,143)

Schmidt, Peter Koerver: *Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive – An Interim Nordic Assessment**, De Gruyter Open, *Nordic Tax Journal* 2016; 2: 87-112

Hjemmesider

About the Inclusive Framework on BEPS, OECD: www.oecd.org/tax/beps-about.htm - Besøgt d. 27 marts 2019

Det indre marked, Den Europæiske Union: https://europa.eu/european-union/topics/single-market_da - Besøgt den 22. april 2019

Juul, Mette: *Skattelovgivningens omfang og kompleksitet*, Justitia, 2017: http://justitia-int.org/wp-content/uploads/2017/11/Analyse_Skattelovgivningens-omfang-og-kompleksitet.pdf - Besøgt d. 22. april 2019

Kontrolmekanismer i EU-systemet, Folketinget – EU-oplysningen: <https://www.eu.dk/da/fakta-om-eu/saadan-lovgiver-eu/kontrol> - Besøgt d. 27. marts 2019

OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing Paris, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page1 – Besøgt d. 22. April 2019

Den danske ordbog, *betydningen af eller*, <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=eller> – Besøgt d. 10. maj 2019

Andet

COM/2016/026 Final - 2016/0011 (CNS), *Forslag til Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktionsmåde*, European Commission, Brussels 28.1.2016

Cirkulære om international beskatning nr. 82 af 29. maj 1997 (lov nr. 312 af 17. maj 1995 og lov nr. 487 af 12. juni 1996)

OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD publishing

Skatteudvalget (SAU) Alm. del, samling 2018-19, Bilag 137 *orientering om åbningsskrivelse om skatteundgåelsesdirektivet*

Den Svenske indkomstskattelov - Inkomstskattelag (1999:1229)

Regeringens proposition 2017/18:296, *Gennemförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundrandraganden*, Stockholm den 30 augusti 2018

Regeringens proposition 2003/04:10, *Ändrade regler för CFC-beskatning*, Stockholm den 25 september 2003

Bilag

Bilag 1 – CFC-indkomst

Bilag 2 – CFC-reglernes udvikling

