



Dansk CFC-lovgivning

- *i et EU-retsligt perspektiv*

20170792 - Maria Sørensen

Aalborg Universitet
Kandidatspeciale
10. semester

Dato: 3. juni 2019

TITELBLAD

FAKULTET

Det Samfundsvidenskabelige Fakultet

INSTITUTION

Aalborg Universitet

STUDIERETNING

Revision, Cand. Merc. Aud.

SEMESTER

10. Semester

VALGFAG

Kandidatspeciale

VEJLEDER

Gitte Søgaard

AFLEVERINGSDATO

3. juni 2019

ANTAL NORMALSIDER:

191.538 (79,8 sider)

Maria Sørensen

Maria Sørensen

3. juni 2019

Dato

Abstract

On July 12th 2016, the Council of the European Union passed the Anti-Tax Avoidance Directive 2016/1164 regarding methods for abating tax avoidance that directly affects the inner market's operating principle. The Directive is to a high extent an outcome of increasing globalisation, which has caused a significant problem for multinational corporations that profit from diverging corporate tax systems spanning across borders. This project has the purpose of shedding light on the Danish CFC legislation following the implementation of the ATA directive qua draft legislation no L 28 B. The proposed amendment for SEL § 32 has resulted in extensive criticism from various trade organisations, business enterprises, and other parties that have expressed displeasure with the Danish Parliament's excessive implementation of the ATA directive article 7, subsection 1, paragraph b (*the low-tax condition*) including article 7, subsection 2, paragraph a (*the substance exemption*). An analysis of the law in force indicates that implementation of the directive's regulations will cause an increased demand for compliance in relation to the CFC legislation. Furthermore, the alteration is expected to expand the scope of application. The reason behind this is particularly; 1) an aggravation of the control condition, 2) reduction of the income condition threshold, and 3) expansion of the definition of CFC incomes with two types of income, i.e. *income from immaterial assets* as well as *income from invoicing companies*. Therefore, the efficiency of the Danish CFC legislation is assessed to not be harmonising sufficiently with the associated administrative and financial costs. This can have a negative impact of the competitiveness of Danish corporations since establishment in Denmark will, *ceteris paribus*, become less favourable.

Additionally, the analysis clarifies that the Danish regulations regarding CFC taxation presumably are more restrictive than necessary for complying with the objective to reduce the scale of aggressive tax planning, including preservation of the Danish corporate tax foundation. The underlying reason for this is that the Danish CFC legislation applies to all subsidiaries regardless of the jurisdiction's level of taxation or whether or not the establishment is real. Relating to the aforementioned, the conclusion in this report assesses the anti-avoidance rule to be incongruent with the proportionality principle, thus conflicting with the Treaty of the European Union's Operating Principle, i.e. the fundamental principles concerning freedom of establishment.

Indholdsfortegnelse

1	INDLEDNING	5
2	AFGRÆNSNING	7
3	DEN JURIDISKE METODE	8
3.1	RETSKILDEVÆRDIEN	9
3.1.1	<i>Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde</i>	9
3.1.2	<i>Anti-Tax Avoidance Direktiv</i>	10
3.1.3	<i>Den Europæiske Unions Domstol</i>	10
3.1.4	<i>Lovforslag nr. L 28 B</i>	11
3.1.5	<i>Lovforarbejderne</i>	11
3.1.6	<i>OECD</i>	12
3.2	EMPIRISKE OVERVEJELSER	13
3.3	PROJEKTETS STRUKTUR.....	13
4	BEGREBSAFKLARING	14
4.1	UDENLANDSK ENHED	14
4.2	AGGRESSIV SKATTEPLANLÆGNING	15
4.3	TILKNYTTETE SELSKABER.....	15
4.4	LAVSKATTELAND	16
5	AGGRESSIV SKATTEPLANLÆGNING	16
5.1	DET DANSKE SELSKABSSKATTESYSTEM	17
5.2	CFC-LOVGIVNING.....	18
6	BAGGRUND	19
6.1	SKATTEPLANLÆGNING	19
6.1.1	<i>Passiv indkomst</i>	20
6.1.2	<i>Basisselskab</i>	21
6.2	SKATTESYSTEM	22
6.2.1	<i>Globalindkomstprincippet</i>	23
6.2.2	<i>Territorialprincippet</i>	24
6.2.3	<i>EU's indvirkning på opbygningen af skattesystem</i>	25
7	SELSKABSSKATTELOVEN § 32	26
7.1	KONTROLBETINGELSEN.....	26
7.2	AKTIVBETINGELSEN.....	28
7.3	INDKOMSBETINGELSEN	28
8	OECD	29
8.1	BAGGRUND	30
8.2	BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING	33
8.3	ACTION 3.....	34
8.3.1	<i>Definition af kontrollerede udenlandske selskaber</i>	35
8.3.2	<i>CFC-undtagelser og tærskelkrav</i>	35
8.3.3	<i>CFC-indkomst</i>	36
8.3.4	<i>Metode til beregning</i>	36

8.3.5	<i>Indkomstangivelse</i>	37
8.3.6	<i>Forebyggelse og eliminering af dobbeltbeskatning</i>	37
9	ANTI-TAX AVOIDANCE DIREKTIV	38
9.1	EUROPA KOMMISSIONENS DIREKTIVFORSLAG.....	38
9.1.1	<i>Interaktion mellem EU og OECD</i>	40
9.2	MINIMUMSHARMONISERING	41
9.3	REGLER FOR KONTROLLEREDE UDENLANDSKE SELSKABER.....	42
9.3.1	<i>Artikel 7</i>	42
9.3.2	<i>Artikel 8</i>	45
10	GENNEMFØRSEL AF ATA-DIREKTIVET	46
10.1	IMPLEMENTERING I NATIONAL RET	47
11	DANSK CFC-LOVGIVNING	49
11.1	KONTROLBETINGELSEN.....	49
11.1.1	<i>Nationale datterselskaber</i>	51
11.2	TO MODELLER I ATA-DIREKTIVET	52
11.2.1	<i>Indvirkning på det indre marked</i>	54
11.3	CFC-INDKOMST	56
11.3.1	<i>Anden indkomst fra immaterielle aktiver</i>	57
11.3.2	<i>Faktureringselskaber</i>	66
11.3.3	<i>Konsekvens</i>	68
11.4	LAVSKATTEBETINGELSEN.....	69
11.4.1	<i>Gældende bestemmelse</i>	71
11.4.2	<i>CFC-lovgivning og EU-retten</i>	72
11.5	SUBSTANSUNDTAGELSE	76
11.5.1	<i>Tvingende almene hensyn</i>	78
11.5.2	<i>Udeladelse af substansundtagelse</i>	79
11.5.3	<i>Virkning af substanstest</i>	83
12	ØVRIGE EU-TILTAG MOD AGGRESSIV SKATTEPLANLÆGNING	84
12.1	COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAX BASE (CCCTB).....	84
12.2	DIGITALE AKTIVITETER.....	85
13	KONKLUSION	85
14	BIBLIOGRAFI	88
BILAG	96

1 Indledning

Den økonomiske globalisering har i høj grad været medvirkende til, at i særdeleshed multinationale koncerner har profiteret af differentierende skattesystemer på tværs af landegrænserne. I den anledning har Europa-Kommissionen tilkendegivet, at multinationale koncerns udøvelse af aggressiv skatteplanlægning har en negativ virkning på det indre markeds funktionsmåde, hvilket dels afspejles ved konkurrencemæssig ulighed mellem indenlandske- og grænseoverskridende koncerner, tab af skatteprovenu etc. (Europa-Kommissionen 2017, 1-2) En undersøgelse fra Europa-Parlamentets Forskningstjeneste anslår endvidere, at tabet fra skatteundgåelse inden for EU udgør omkring 50 – 70 mia. EUR (Dover, et al. 2015, 7). På grundlag heraf vedtog Rådet for Den Europæiske Union Anti-Tax Avoidance Direktiv 2016/1164 af 12. juli 2016 *om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion* (Rådets Direktiv 2016, 1). Initiativet var et svar på Europa-Kommissionens direktivforslag fra den 28. januar 2016, hvis formål var at konsolidere selskabsbeskatningen i EU, så fortjeneste beskattes i den jurisdiktion, hvor denne genereres og værdien reelt frembringes. Skatteundgåelsesdirektivet indbefatter fem bestemmelser, der har til hensigt at imødegå de hyppigste praktiserede metoder til skatteundgåelse; rentefradragsbegrænsning, exitbeskatning, generel anti-misbrugsregel, kontrollerede udenlandske selskaber (CFC) samt hybride mismatch (Europaudvalget 2016, 3). Direktivet er i høj grad udarbejdet på grundlag af anbefalinger fra Organisation for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD), som resultat af Base Erosion and Profit Shifting-projektet. OECD-anbefalingerne blev iværksat med anerkendelse fra G20-landene i år 2013, hvor følgende blev konstateret; *"Weaknesses in the current rules create opportunities for base erosion and profit shifting (BEPS), requiring bold moves by policy makers to restore confidence in the system and ensure that profits are taxed where economic activities take place and value is created."* (OECD 2015, 3). En forældelse af den internationale skatteramme har resulteret i, at multinationale koncerner i højere grad har haft adgang til eksekvering af aggressiv skatteplanlægning. Førnævnte har medvirket til udarbejdelsen af 15 BEPS-handlingsplaner, der har til formål at konsolidere den internationale skatteramme, og herigennem mindske adgangen til skatteundgåelse. CFC-lovgivningen er i den anledning en væsentlig bestemmelse, hvis formål er at modvirke allokering af indkomst

til lavskattelende (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 26).

Danmarks skatteminister, Karsten Lauritzen, fremsatte den 3. oktober lovforslag nr. L 28 - *Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonvention), momsloven og forskellige andre love*. Hensigten med forslaget var i høj grad at inkorporere ATA-direktivet i national lovgivning (Folketinget 2018, 1). Efter behandling af lovforslaget blev det vedtaget, med flertal i Folketinget, at det var mest hensigtsmæssigt at foretage en opdeling af lovforslag nr. L 28 i henholdsvis lovforslag nr. L 28 A og nr. L 28 B (Folketinget 2018, 1). L 28 A blev stadfæstet ved lov nr. 1726 af 27. december 2018, hvorimod L 28 B, der omhandler regler om kontrollerede udenlandske datterselskaber (CFC), fortsat er under behandling, og henvist til skatteudvalget. Opdelingen er blandt andet et resultat af en omfattende dialog med forskellige erhvervsorganisationer, erhvervsvirksomheder samt øvrige parter. I den anledning er der udvist misfornøjelse med lovgivningsmagtens overimplementering af CFC-reglerne i henhold til minimumsbestemmelserne, forelagt i ATA-direktivet. Dette har været årsag til udskillelsen af bestemmelserne om CFC-beskatning i et særskilt lovforslag, da Folketinget har vurderet et behov for supplerende analyser, der skal understøtte reglernes hensigtsmæssighed i henhold til de eksisterende værnsregler, herunder i hvilket omfang ændringerne til dansk lovgivning får den tilsigtede virkning (Folketinget 2018, 4). Ovenstående indikerer, at vedtagelse af lovforslag nr. L 28 B formentlig vil resultere i en skærpeelse af den eksisterende CFC-lovgivning. Den ekstensive skepsis mod ændringsforslaget vurderes, i samspil med Folketingets iværksatte analyse, at være en indikation på, at implementeringen af ATA-direktivet antageligvis er forbundet med visse retspolitiske udfordringer. Problemstillingen beror i høj grad på at tilvejebringe en harmoniseret balance mellem et effektivt selskabsskattesystem samt imødekommelse af det danske erhvervslivs kritikpunkter. Den danske CFC-lovgivning har endog tidligere været megen omdiskuteret angående harmonisering med EU-retten, hvilket atter vurderes at udgøre et afgørende aspekt ved ændring af selskabsskatteloven § 32. Førnævnte leder mig hen til nedenstående problemformulering.

Dansk CFC-lovgivning efter implementering af Rådets Direktiv 2016/1164 af 12. juni 2016?

2 Afgrænsning

Dansk CFC-lovgivning udgør et omfangsrigt og kompliceret genstandsfelt, hvorfor projektets begrænset omfang nødvendiggør en afgrænsning, der har til hensigt at sikre en tilstrækkelig og fyldestgørende analyse. Problemfeltet vil i høj grad blive belyst på grundlag af en skatteretlig tilgangsvinkel¹, hvor der endvidere anlægges en national samt EU-skatteretlig synsvinkel. Lovforslag nr. L 28 B tilkendegiver flere modificeringer til den danske CFC-lovgivning, hvilket dels indbefatter ændring af undtagelsesbestemmelsen for finansielle virksomheder, fiktiv afståelsesbeskatning, definition af finansiel leasing, værdiansættelse af immaterielle aktiver etc. (Folketinget 2018, 1-3). Projektets omfang bevirker dog, at det kun er plausibelt at belyse enkelte modificeringer til SEL § 32, hvorfor de resterende ændringsforslag ikke vil blive behandlet i nærværende projekt. Selektionen beror i overvejende grad på de kritikpunkter, der er tilkendegivet af divergerende erhvervsorganisationer, erhvervsvirksomheder samt øvrige parter jf. høringssekema. Formålet med projektet er som sagt at belyse de underliggende problemstillinger, som den danske CFC-lovgivning kan afstedkomme ved gennemførelse af ATA-direktivets artikel 7 samt artikel 8. De retspolitiske betragtninger vil i høj grad blive belyst på et objektivi grundlag, hvilket nødvendiggør en fornøden klarlæggelse af *gældende ret*² i henhold til de behandlede fokuspunkter i projektet. Disse omfatter *kontrolbetingelsen, anden indkomst fra immaterielle aktiver, indkomst fra faktureringselskaber, opgørelsesmetode af CFC-indkomst, lavskattebetingelsen* samt *substansundtagelsen*. Projektet begrænset omfang medfører, at alle aspekter inden for EU-retten ikke kan belyses. Inkorporering af EU-retslige bestemmelser vil derfor navnlig relatere sig til etableringsfriheden, der er reguleret i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde artikel 49-55. Herforuden vil projektet ikke nærmere behandle divergerende løsningsforslag ved frembringelsen af potentielle retspolitiske problemstillinger relateret til lovforslag nr. L 28 B.

¹ Den gensidige påvirkning mellem retsområderne har dog den indvirkning, at signifikante afgørelser inden for et retsområde kan udgøre en præcedens for et andet retsområde. På det grundlag vil analysen også inddrage afgørelser fra øvrige retsområder (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18, 360-361).

² Begrebet er nærmere behandlet i afsnit 3

Bestemmelserne i SEL § 32 har et bredt anvendelsesområde. Med henvisning til dansk selskabsskatteret kan CFC-reglerne tillige finde anvendelse, såfremt det udenlandske datterselskab er kontrolleret af en fysisk person jf. LL § 16 H eller et andet selvstændigt skattesubjekt i øvrigt³. Denne afhandling vil dog udelukkende behandle CFC-lovgivningen for juridiske personer, under den forudsætning at moderselskabet udgør et dansk aktie- eller anpartsselskab jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1 (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 145). Herforuden vil den udenlandske enhed endvidere forudsættes at udgøre et selskab, selvom at lovgivningsmagten også fastslår realiteten af CFC-beskatning ved etablering af en udenlandsk trust, selvejende institutioner el.lign. (Skatteudvalget 2018-19, 65). Årsagen hertil er, at CFC-reglerne ikke skal kunne omgås ved ændring af datterselskabets juridiske form (OECD 2015, 21-22). Potentielle konsekvenser hidrørende herfra vil dog ikke blive behandlet yderligere i nærværende projekt, grundet dets begrænset omfang. Med henvisning til OECD's tredje BEPS-handlingsplan interagerer CFC-reglerne med andre væsentlige værnsregler, navnlig bestemmelserne om Transfer Pricing og Exitbeskatning. Samspillet har til hensigt at imødegå skatteundgåelse, hvor mobile aktiver og anden indkomst placeres i kontrollerede udenlandske datterselskaber, beliggende i lavskattelande (Skatteministeriet 2018, 4). På trods af, at interaktionen udgør et afgørende element i praksis, vil analysen udelukkende bero på en nærmere fortolkning af *gældende ret* i henhold til den danske CFC-lovgivning, herunder potentielle retspolitiske udfordringer. Retsvirkningen af CFC-beskatningsreglerne i henhold til beregningen af datterselskabets CFC-indkomst, der skal medregnes i moderselskabets skattepligtige indkomst, behandles kun summarisk i nærværende projekt, og er dermed ikke et fokuspunkt ved besvarelse af problemformuleringen.

3 Den juridiske metode

Den juridiske metode anvendes i følgende projekt til at frembringe en konklusion på ovenstående problemformulering. I henhold hertil benyttes den retsdogmatiske metode til at opnå en forståelse af gældende ret af det pågældende retsområde qua beskrivelse og fortolkning (*de lege lata*) (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 247).

³ Eksempelvis fonde og foreninger jf. FBL § 12.

Den retsdogmatiske metode applicerer relevante retskilder ifølge retskildelæren til at tilvejebringe en tilstrækkelig forståelsesramme af de herskende principper på det tidspunkt, hvor analysen eksekveres (Nicolaisen 2008, 11). Ydermere vil fortolkningen tage afsæt i ordlyden, grundet det herskende legalitetsprincip inden for skatteretten (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 171-172). Projektet har desuden til formål at frembringe potentielle retspolitiske betragtninger i relation til den danske CFC-lovgivning efter gennemførelse af Rådets Direktiv 2016/1164. Overvejelserne vurderes at bidrage med en fyldestgørende forståelse af CFC-lovgivningens underliggende problemstillinger.

3.1 Retskildeværdien

Nærværende afsnit har ikke til hensigt at tilvejebringe en udtømmende redegørelse af eksisterende retskilder, idet det må antages, at læseren har tilstrækkeligt bekendtskab til disse. Derimod vil de retskilder, der vurderes at have haft en væsentlig indvirkning på besvarelsen af ovenstående problemfelt, blive omtalt i rangfølge på grundlag af fortolkningsprincippet, *lex superior*. Dette fortolkningsprincip indebærer, at en trindhøjere lovregel (*lex superior*) vinder over en trinlavere lovregel (*lex inferior*) (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 186). Ydermere indeholder redegørelsen en klarlæggelse af empiriens anvendelighedsgrad, og derved en anskueliggørelse af, hvorfor empirien er applicerbar. Nedenstående oplystes retskilderne efter deres forrang i retskildelæren.

3.1.1 Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (Herefter benævnt TEUF) er omfattet af EU's primære lovgivning, hvorfor al sekundær EU-ret, herunder ATA-Direktivet skal være overensstemmende med EU-traktat-reglerne. Førnævnte har den virkning, at alle direktiver, forordninger, national lovgivning etc. skal harmonisere med traktatbestemmelserne, hvorved denne i høj grad udgør grundlaget for øvrige retskilder (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 58-59). TEUF udgør dermed et afgørende aspekt i nærværende projekt, eftersom den danske CFC-lovgivning analyseres i et EU-retsligt perspektiv, hvilket endog nødvendiggør en inddragelse af relevante bestemmelserne i TEUF, navnlig etableringsretten. Funktionstraktaten tillægges derfor en betydelige retskildeværdi.

3.1.2 Anti-Tax Avoidance Direktiv

Anti-Tax Avoidance Direktiv (herefter benævnt ATA-direktivet⁴) er omfattet af EU's sekundære lovgivning, eftersom denne retsakt er vedtaget med hjemmel i TEUF, artikel 115 (Rådets Direktiv 2016, 1). Skatteundgåelsesdirektivet tilkendegiver et regelsæt, hvis formål er at afspejle den intenderede retstilstand i relation til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde. Denne målsætning er de enkelte EU-medlemslande forpligtet til at inkorporere i national selskabsskatteret. De kan derimod frit bestemme, hvordan direktivet skal implementeres, hvilket i Danmark både kan ske ved lov eller bekendtgørelse⁵. Direktivet får dog først retsvirkning i Danmark på det tidspunkt, hvor lovgivningsmagten har gennemført direktivet i national ret (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 54-55). Det forelagte lovforslag nr. L 28 B om ændring af selskabsskatteloven er i overvejende grad direktivstyret, hvorfor fortolkningen af ATA-direktivet er grundlæggende for at opnå en fyldestgørende forståelsesramme af gældende ret i Danmark. ATA-direktivet betragtes dermed som et afgørende fortolkningsbidrag. Ved henvisning til relevante bestemmelser i ATA-direktivet vil denne endvidere blive gennemlæst på henholdsvis *engelsk, tysk, spansk* samt *svensk*, da det alt andet lige højner retssikkerheden for forståelsen⁶ (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 118-119). Danmark har tidligere tilegnet en fejlagtig forståelse af et EU-direktiv, som resulterede i en direktivkonform fortolkning jf. UfR2006.2535.HR, betydende at nationale bestemmelser skulle fortolkes i overensstemmelse med det dertilhørende direktiv (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 178).

3.1.3 Den Europæiske Unions Domstol

Den grundlæggende målsætning med funktionstraktatens bestemmelser er dels at fremme konkurrencevilkårene på det indre marked, herunder hindring af forhold, der afstedkommer konkurrencebegrænsninger. Den Europæiske Unions Domstols (herefter benævnt EU-Domstol) fortolkningsstil er i høj grad karakteriseret ved dets *formålsbestemthed*, hvorved der tilsigtes en *formålstjent virkning*. EU-Domstolen tilstræber dermed en retsvirkning, der harmonerer med bestemmelsens

⁴ Øvrige betegnelser såsom *skatteundgåelsesdirektivet* benyttes synonymt ved henvisning til Rådets for Den Europæiske Union Anti-Tax Avoidance Direktiv 2016/1164 af 12. Juli 2016.

⁵ Implementering via bekendtgørelse er dog betinget af, at der er lovhjemmel hertil.

⁶ EU-direktiver betragtes som værende lige *autoritative*, betydende at alle sporgene som udgangspunkt er ligeværdige

bagvedliggende motiver (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 109). Domme *kan* have en betydelig retskildeværdi, eftersom EU-Domsolen har kompetence til at fastlægge retstilstanden af en given bestemmelse, der kan have væsentlig præjudikatværdi for senere fortolkning (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 155). På grundlag heraf udgør afgørelser fra EU-Domstolen et essentielt fortolkningsbidrag.

3.1.4 Lovforslag nr. L 28 B

I Danmark har Folketinget⁷ den lovgivende kompetence til at udstede en ny lov eller bekendtgørelse, hvorfor denne også benævnes lovgivningsmagten. Et lovforslag kan først vedtages efter tre behandlinger i Folketinget. Lovforslag nr. L 28 B har undergået de to første behandlinger, men mangler fortsat den sidste og endelige, før forslaget kan stadfæstes ved lov (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 50). Dermed har lovforslag nr. L 28 B ikke retsvirkning i Danmark på nuværende tidspunkt. Begrundelsen herfor er som sagt, at ændringsforslaget har foranlediget omfattende kritik fra adspurgte erhvervsorganisationer, erhvervsvirksomheder samt øvrige parter. Folketinget skulle egentlig have vedtaget og offentliggjort, hvordan ATA-direktivet implementeres i dansk ret senest den 31. december 2018 (Rådets Direktiv 2016, 13). Lovforslag udgør endog en afgørende retskilde i den juridiske argumentation, eftersom problemfeltet vil blive behandlet med udgangspunkt heri.

3.1.5 Lovforarbejderne

Bemærkninger til lovforslaget udgør ofte et væsentligt fortolkningsbidrag til forståelse af gældende ret (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 51). Desuagtet vil retskildeværdien af lovforarbejderne til en direktivstyret lov grundlæggende være forskellig fra en dansk lovbestemmelse, der ikke er EU-reguleret. Årsagen hertil er dels, at lovmotiverne til ændringsforslaget i høj grad er determineret af de bagvedliggende bevæggrunde for udarbejdelsen af ATA-direktivet. Direktivets præambel, direktivforslaget samt udtalelser fra Europa-Kommissionen, Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomisksoiale Udvalg mv. repræsenterer dermed væsentlige fortolkningsbidrag ved klarlæggelse af gældende ret for den danske CFC-

⁷ Formelt kan Folketinget kun udstede en lov i samspil med Dronningen. Dronningens rolle i praksis er dog begrænset (stadfæstelse af lovforslag), hvorfor Folketinget reelt har den lovgivende kompetence i Danmark (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 49-50).

lovgivning (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 179). Folketinget har på grundlag heraf ikke ubetinget suverænitæt til at fortolke på de forelagte bestemmelser i direktivet, eftersom denne udgør en EU-retsakt, der i sidste instans skal fortolkes af EU-domstolen (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 119-120). Qua krav om minimumsharmonisering har lovgivningsmagten dog ret til at inkorporere skærpede særregler i national ret, såfremt bestemmelserne harmoniserer med ATA-direktivet. I forbindelse hermed vil værdibetydningen af lovbemærkningerne højnes, da ordlyden i højere grad vil udgøre et essentielt fortolkningsbidrag. Lovforslaget nr. L 28 B er fortsat under behandling i Folketinget, hvorfor det kan være vanskeligt at konkretisere bestemmelsernes retstilstand (Nicolaisen 2008, 45). I den anledning udgør lovforarbejderne et afgørende fortolkningsbidrag til at klarlægge den intenderede retstilstand med ATA-direktivet, herunder lovforslag nr. L 28 B. De applicerede retskilder i analysen vil dermed bero på ovenstående.

3.1.6 OECD

OECD's BEPS-rapport udgør ikke en retskilde, og er dermed som udgangspunkt ikke retligt bindende for Regeringen. På trods heraf har Danmark, via sit medlemskab til OECD, forpligtet sig til at inkorporere resultatet hidrørende fra projektet om *Base Erosion and Profit Shifting* (Herefter benævnt BEPS-projektet⁸) i national ret. Dette er gældende for flere af medlemslandene inden for EU, hvorfor Europa-Kommissionen som sagt udformede direktivforsaget til Rådet, hvorved OECD's BEPS-rapport danner grundlag for en betydningsfuld fortolkningsramme (Europa Kommissionen 2016, 3). Der henvises i øvrigt eksplicit hertil jf. betragtning nr. 1 i præamblen til ATA-direktivet. OECD's BEPS-rapport betragtes dog som 'soft law', hvorfor denne ikke umiddelbart kan tillægges selvstændig retskildeværdi i den juridiske argumentation⁹. Desuagtet vil problemformuleringen blive belyst ved inddragelse af OECD's BEPS-rapport, navnlig Action 3 om kontrollerede udenlandske selskaber (CFC), da denne som sagt udgør et væsentligt fortolkningsbidrag til ATA-direktivet, herunder indvirkning på udformningen af de danske CFC-regler.

⁸ Øvrige betegnelser såsom *BEPS-anbefalinger*, *BEPS-handlingsplan*, *BEPS-rapport* etc. benyttes synonymt ved henvisning til OECD's Base Erosion and Profit Shifting-projekt.

⁹ Ved tilstrækkelig udbredt accept, kan 'soft law' udvikle sig til at blive en bestanddel af gældende ret. Dette var blandt andet gældende for de internationale regnskabsstandarder (IAS) (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode, 22-23)

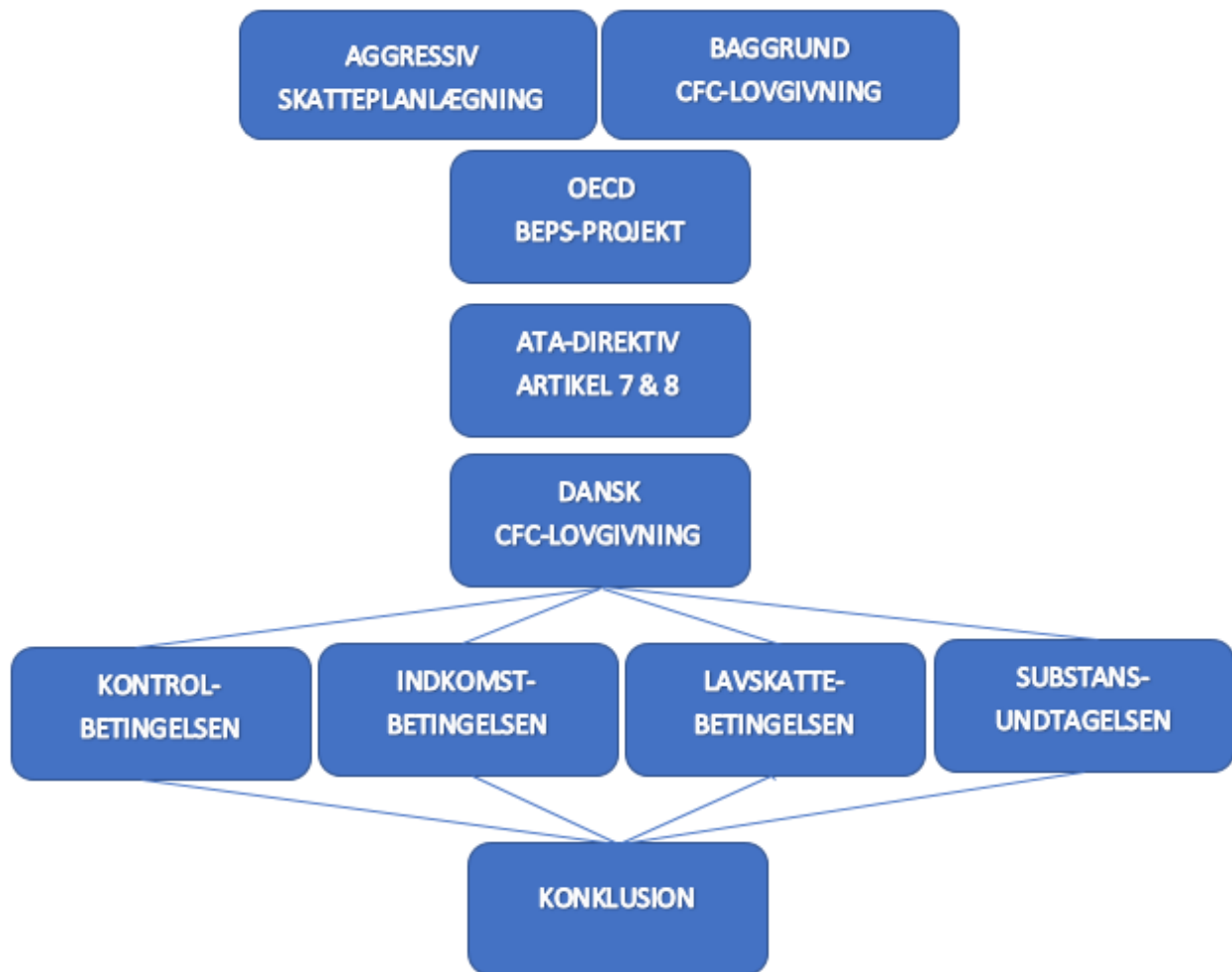
3.2 Empiriske overvejelser

Ovenstående bidrager med en konkretisering af de retskilder, der appliceres i analysedelen. I følgende afsnit tilvejebringes en nærmere klarlæggelse af de bagvedliggende overvejelser, der har haft en indvirkning på anvendelsen af kilderne i analysen ud fra et kritisk synspunkt.

Analysen vil endvidere indbefatte henvisning til faglige artikler, udarbejdet af større revisionskontorer, fremtrædende analytikere inden for retsområdet etc. Fordelen ved denne type retskilder er, at de mere dybdegående kan tilvejebringe en forståelse af CFC-lovgivningen, herunder essentielle ændringer hidrørende fra ATA-direktivet. Ulempen er dog, at de vil være et udtryk for de pågældende aktørers subjektive forståelse og fortolkning af gældende lovgivning og retspraksis, og dermed ikke nødvendigvis et udtryk for den gældende ret. Retskildeværdien vil derfor variere, afhængig af graden af forudindtagethed både i relation til formålet samt aktørens subjektive prægning. Empirien udgør endvidere 'soft law', og vil derfor udelukkende anvendes som inspiration til fortolkning af gældende ret. Desuagtet vurderes de i visse henseender at udgøre et væsentligt element til etablering af en tilstrækkelig forståelsesramme af de principper, der er gældende inden for det anførte problemfelt (Nicolaisen 2008, 8). De frembragte retspolitiske overvejelser i analysedelen tilsigtes at bero på et objektivi grundlag ved applicering af ovenstående benævnte retskilder. Desuagtet vil betragtningerne unægteligt være præget af retsanvenderens subjektive forståelsesramme af retsområdet.

3.3 Projektets struktur

Nærværende projekt er opbygget på grundlag af nedenstående struktur, hvor hver komponent vurderes at udgøre et afgørende bidrag til klarlæggelse af den danske CFC-lovgivning efter implementering af ATA-direktivet, herunder danne grobund for klarlæggelse af retspolitiske betragtninger i henhold til lovforslag nr. L 28 B.



4 Begrebsafklaring

Til forståelse og fortolkning af *gældende ret* i nærværende projekt henvises løbende til begreber, der i en vis udstrækning er underlagt subjektiv påvirkning af retsanvenderen. Forståelsen determineres i høj grad af perspektivet og det bagvedliggende formål, hvorfor væsentlige begreber kort er defineret i følgende afsnit.

4.1 Udenlandsk enhed

Med henvisning til afsnit 2 vil de danske CFC-regler blive belyst under forudsætning af, at et dansk selskab jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1, har kontrol over en udenlandsk enhed. Ifølge ATA-direktivet, artikel 7 anvendes betegnelsen *skattesubjekt* om det danske selskab. Desuagtet vil selskabet normalvis udgøre *moderselskabet*, hvorfor denne betegnelse anlægges gennem projektet. Ved nærmere definition af en udenlandsk enhed henvises til ATA-direktivets artikel 1, hvor en udenlandsk enhed omfatter både

selskaber og andre øvrige selvstændige skattesubjekter, der er skattemæssigt hjemmehørende i et andet land end moderselskabet. Den udenlandske enhed vil normalvis udgøre et *datterselskab*, hvorfor denne betegnelse anlægges gennem projektet¹⁰. Ifølge cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997, pkt. 7.2.3 kan det udenlandske datterselskab endog omfatte; "*alle former for selvstændig juridiske personer, der efter danske skatteregler kvalificeres som selvstændige skattesubjekter*" (Skatteministeriet 1997, pkt. 7.2.3). Der vil dog ikke i nærmere grad redegøres for potentielle forskelle, afhængig af datterselskabets juridiske form jf. afsnit 2.

4.2 Aggressiv skatteplanlægning

Aggressiv skatteplanlægning anvendes ofte i den politiske debat, hvor konnotationen af begrebet er determineret af subjektive elementer. Europa-Kommissionen konkretiserede i den anledning begrebet i år 2012, hvorfor denne er appliceret i nærværende projekt. Det anses som nærliggende, grundet ATA-direktivets betydelige indvirkning på den danske CFC-lovgivning. Begrebsdefinitionen af aggressiv skatteplanlægning blev tilkendegivet på følgende vis; "*Aggressive tax planning consists in taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability. Aggressive tax planning can take a multitude of forms. Its consequences include double deductions (e.g. the same loss is deducted both in the state of source and residence) and double non-taxation.*" (Europa-Kommissionen 2012, 2). Definitionen anslås desuden at harmonisere med OECD's forståelsesramme, der er nærmere konkretiseret i afsnit 8.2 (OECD 2013, 10).

4.3 Tilknyttede selskaber

Med henvisning til ATA-direktivets artikel 2, stk. 4 defineres et tilknyttet selskab og/eller person, som værende et selvstændigt skattesubjekt og/eller enkeltperson der har direkte eller indirekte indflydelse i et andet selvstændigt skattesubjekt, enten gennem rådighed af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på minimum 25 pct., eller har ret til at modtage 25 pct. eller mere af skattesubjektets overskud (Rådets Direktiv 2016, 6). Ret til overskud indbefatter eksistensen af et retskrav, betydende at en fysisk person

¹⁰ Folketinget har desuden anvendt tilsvarende betegnelse (*datterselskab og moderselskab*) ved udformningen af lovforslag nr. L 28 samt L 28 B, for at lette læsningen af ændringsforslaget (Folketinget 2018, 25).

eller juridisk enhed har ret til at modtage en bestemt andel af det selvstændige skattesubjekts overskud (Skatteministeriet 2018, 69-71).

4.4 Lavskattelænd

Et lavskattelænd betragtes i følgende projekt som værende en jurisdiktion med en lav selskabsskatteprocent. En lav selskabsskatteprocent er ikke defineret ved angivelse af en specifik beskatningsrate. Det bedømmes derimod ved sammenholdelse af den effektive selskabsskatteprocent¹¹, der pålægges datterselskabet i dets hjemsted kontra moderselskabets jurisdiktion. En given jurisdiktion kan dermed betragtes som et lavskattelænd, såfremt den reelle selskabsskat, som datterselskabet underlægges, udgør mindre end halvdelen af den effektive selskabsskatteprocent, ved opgørelse efter de skatteretlige bestemmelser i moderselskabets jurisdiktion jf. ATA-direktivets artikel 7, stk. 1, litra b. I beregningen skal der tages hensyn til, hvorvidt den givne jurisdiktion anvender territorialprincippet, i så fald skal indkomst oppebåret fra et fast driftssted ikke medregnes i opgørelsen af den effektive selskabsskat (Folketinget 2018, 25).

5 Aggressiv skatteplanlægning

Den økonomiske globalisering har alt andet lige intensiveret integrationen og afhængigheden mellem de nationale økonomier, hvilket har været medvirkende til et tiltagende pres på den internationale skatteramme. Denne er gennem tiden, ikke i tilstrækkelig grad, blevet adapteret til globaliseringen, og dermed højnet adgangen til udøvelse af aggressiv skatteplanlægning eller skatteundgåelse. Denne udfordring er dog også blevet italesat i den politiske debat. Desuagtet er det vanskeligt for de enkelte jurisdiktioner at iværksætte unilaterale tiltag. En globaliseret økonomi nødvendiggør en kollektiv indsats mod realiseringen af skatteundgåelsesstrategier, hvilket endvidere anerkendes af G20-landene, EU/EØS-medlemslande, Europa-Parlamentet samt internationale parter i øvrigt (OECD 2013, 3). Ovenstående har været medvirket til frembringelsen af adskillige tiltag, hvoraf navnlig to vil danne grundlag for udformningen af analysen i nærværende projekt. Rådets Direktiv 2016/1164 af 12. juli 2016 samt OECD's BEPS-projekt, eftersom disse vurderes at have haft en betydelig indvirkning på den danske selskabsskattelegislation. Yderligere tiltag kan nævnes

¹¹ Effektive selskabsskatteprocent udgør det reelle beskatningsniveau af indkomsten opgjort efter den pågældende jurisdiktions skatteretlige bestemmelser.

Europa-Kommissionens forslag til CCCTB-direktiv omhandlende indførelse af et fælles konsolideret skattesystem i EU/EØS¹².

5.1 Det danske selskabsskattesystem

Danmark har siden år 1989 mere end halveret selskabsskatteprocenten fra 50 pct. til den nuværende formelle selskabsskattesats på 22 pct. I takt med nedsættelse af skattesatsen er selskabsskattebasen dog løbende udvidet¹³ og samtidig effektiviseret qua vedtagelse af differentierende værnsregler (Økonomi- og Indenrigsministeriet 2019, 1-2). Formålet med dannelsen af et mere modstandsdygtigt skattesystem har i høj grad været at bibeholde selskabsskatteprovenuet, hvilket antageligvis er blevet realiseret, eftersom provenuet fra selskabsskatten procentvis udgør en større andel af BNP, sammenholdt med tidligere år (Økonomi- og Indenrigsministeriet 2019, 7-8). Nedsættelse af selskabsskatteprocenten har været en global tendens. En OECD-analyse påviser, at den gennemsnitlige selskabsskattesats er faldet fra 28,6 pct. i år 2000 til 21,4 pct. i år 2018 (OECD 2019). Denne tendens er dels afstedkommet af landenes indbyrdes konkurrence om at gøre det attraktivt for virksomhederne at etablere sig i den pågældende jurisdiktion, hvilket normalvis faciliteres gennem gunstige skattemæssige vilkår. OECD angiver, at niveauet for selskabsskatteprocenten udgør en essentiel faktor i multinationale koncerners skatteundgåelsesstrategier, da den har væsentlig indvirkning på forrentningen af direkte investeringer jf. afsnit 6.1.1 (OECD 2015, 121). I internationalt regi har Danmark en gennemsnitlig selskabsskatteprocent. Desuagtet vil adgangen til en selskabsskatteprocent på eksempelvis 12,50 pct. i Irland alt andet lige afstedkomme et incitament til allokering af indkomsten. En halvering af det samlede skattetilsvær kan tilvejebringe en skattemæssig gunstig position (OECD 2015, 97). Ovenstående klargør behovet for et højt beskyttelsesniveau af det danske skattesystem for at opretholde skatteprovenuet.

Danmark vurderes generelt at have et robust skattesystem, sammenholdt med øvrige EU-medlemslande. Dette understøttes endvidere af en undersøgelse, udarbejdet af

¹² CCCTB-direktivet er kortfattet klargjort jf. afsnit 12.1, men vil dog ikke nærmere blive behandlet i nærværende projekt, grundet dets begrænset omfang.

¹³ En udvidelse af skattebasen er blandt andet kommet til udtryk gennem skærpede afskrivningsregler for bygninger og driftsmidler, adgang til nedskrivning af varebeholdning, begrænsning af rentefradrag etc. (Økonomi- og Indenrigsministeriet 2019, 1-2)

Rambøll og Corit Advisory i år 2016. Denne var iværksat på vegne af Europa-Kommissionen i forbindelse med udformningen af ATA-direktivet. Formålet var af klarlægge, hvorvidt selskabsskattesystemerne i EU-medlemslandene i tilstrækkelig grad er modstandsdygtige mod aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse¹⁴. Undersøgelsen indbefattede en dybdegående identifikation af forhold (eller mangel på samme) i selskabsskattesystemet, der vurderes at lette adgangen til aggressiv skatteplanlægning i det pågældende medlemsland. Disse benævnes ATP-indikatorer (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 7-8). Med henvisning hertil kan det observeres, at Danmark, sammenholdt med de øvrige EU-medlemslande, generelt har et robust skattesystem. Undersøgelsen påviser, at det danske selskabsskattesystem har det laveste omfang af ATP-indikatorer sammenholdt med de øvrige EU-medlemslande. Der er blot identificeret fire passive¹⁵ ATP-indikatorer i henhold til det danske selskabsskattesystem. Til sammenligning er der blandt andet lokaliseret 17 ATP-indikatorer i Holland og 9 i Sverige¹⁶ (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 151). Herforuden angiver undersøgelsen, at kun halvdelen af medlemslandene har implementeret bestemmelser om CFC-beskatning (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 9). Flere analyser påpeger dog, at der ikke nødvendigvis er kausalitet mellem selskabsskatteprocenten og tab af skatteprovenu, men derimod at en højere selskabsskatteprocent alt andet lige stiller større krav til et højere beskyttelsesniveau (OECD 2015, 110).

5.2 CFC-lovgivning

Et essentielt værn mod aggressiv skatteplanlægning samt beskyttelse af selskabsskattegrundlaget er bestemmelserne om CFC-beskatning. CFC-lovgivningen blev for første gang introduceret i Danmark ved lov nr. 312 af 17. maj i år 1995. Årsagen hertil var dels indførelsen af de traktatfæstede principper om den fri kapitalbevægelighed, eftersom denne i høj grad højner mobiliteten af skattegrundlaget samt simplificerer adgangen til placering af mobile aktiver i datterselskaber, beliggende

¹⁴ I alt blev 33 ATP-indikatorer identificeret og vurderet ved gennemgang af EU-medlemslandenes selskabsskattesystem (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 8)

¹⁵ ATP-indikatoren kan opdeles i henholdsvis *aktive* og *passive*. Aktive ATP-indikatorer promoverer eksplicit adgang til aggressiv skatteplanlægning, hvorimod passive ATP-indikatorer ikke direkte fremmer ATP-adfærden, men er dog en betingelse for udøvelse af skatteundgåelsesstrategien (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 8).

¹⁶ Der henvises til Bilag 1, hvor ATP-indikatorer pr. land er oplyst.

i jurisdiktioner med gunstige skattevilkår (Europa-Kommissionen 2015, 4). CFC-lovgivning var dermed en betingelse for at mindske risikoen for udhuling af det danske skattegrundlag (Folketinget 2018, 26). CFC er en forkortelse for '*Controlled Foreign Company*' (kontrollerede udenlandske selskaber). Bestemmelsen herom er implementeret i dansk ret jf. SEL § 32, og har til hensigt at gardere sig mod overførsel af indkomst til jurisdiktioner, hvor formålet er at profitere af gunstige udenlandske skattevilkår. Ved forekomsten af visse betingelser skal moderselskabet medregne indkomst, oppebåret fra det kontrolleret udenlandske datterselskab, i sin skattepligtige indkomst til Danmark (Folketinget 2018, 25). Betingelserne er nærmere klargjort i afsnit 7, hvor en nærmere uddybning af bevæggrundene for implementering af CFC-reglerne er angivet i nedenstående afsnit.

6 Baggrund

I nærværende afsnit belyses de bevæggrunde, der vurderes at danne grundlag for indførelsen af CFC-lovgivning. Klarlæggelsen af de bagvedliggende hensyn udgør et væsentligt fundament for analysen af gældende ret, og bidrager ligeledes til en forståelse af, i hvilken anledning CFC-reglerne udgør et effektivt værn mod aggressiv skatteplanlægning. Herudover vil der ske en redegørelse af globalindkomst- og territorialprincippet, eftersom principperne anslås at have en betragtelig indvirkning på udformningen af de enkelte medlemslandes skattesystem, herunder gennemførsel af skatteundgåelsesdirektivet (OECD 2015, 15). Følgende udgør dermed en væsentlig referenceramme ved fortolkning af dansk CFC-lovgivning, herunder potentielle udfordringer i henhold til de bagvedliggende politiske målsætninger.

6.1 Skatteplanlægning

Det kan, af forskelligartede økonomiske årsager, være hensigtsmæssigt for en given koncern at etablere et datterselskab i udlandet. OECD's BEPS-rapport tilkendegiver betydelige svagheder i den internationale skatteramme, der ikke i tilstrækkelig grad er tilpasset udviklingen i den globale økonomi. Dette har i høj grad højnet adgangen til, at multinationale koncerner qua etablering af udenlandske datterselskaber kan profitere af divergerende skatteretlige bestemmelser mellem jurisdiktioner (OECD 2015, 5). Denne form for skatteplanlægning benævnes *ex ante*, hvor hensigten i høj grad er at bringe koncernen i en gunstig skattemæssig position, hvilket normalvis indbefatter en

nedbringelse af det samlede skattetilsvær (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18, 423). Forhold, der har betydning for skattebesparelsens omfang, omfatter ikke blot selskabsskatteprocenten i den givne jurisdiktion, men ligeledes generelle favorable lovbestemmelser ved opgørelse af selskabets skattepligtige indkomst, eksempelvis afskrivningsforholdene samt patentboksordning. Denne form for skattetænkning kan ikke isoleret set anfægtes, forudsat at gældende dansk eller international ret efterleves. Førnævnte må betragtes som sædvanlig praksis, at en grænseoverskridende koncern skaber værdi for sine kapitalejere ved at minimere den samlede skattebetaling. Skatteoptimeringen bidrager alt andet lige til en forbedring af koncernens økonomiske nøgletal, og dermed forrentning af kapitalejers indskud (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18, 424-425). I nedenstående afsnit forefindes en summarisk klarlæggelse af to grundlæggende motiver til etablering af datterselskab i udlandet, der kan bringe den grænseoverskridende koncern i en gunstig skattemæssig position (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 59-60).

6.1.1 Passiv indkomst

Ved ingen CFC-lovgivning ville det i mange henseender være fordelagtigt at etablere et datterselskab i en jurisdiktion med ingen eller lav selskabsskattesats. EU's fordelagtige konkurrencevilkår qua den frie kapitalbevægelighed giver moderselskabet ret til at overføre indkomst samt aktiver til et udenlandsk datterselskab. Fortrinsvist vil det være aktiver, der er karakteriseret ved en vis mobilitet, eksempelvis immaterielle rettigheder, aktier eller værdipapirer i øvrigt, der relativt ubesværet kan placeres i datterselskabet. Fordelen herved kan illustreres med følgende formel, der angiver afkast af en given investering efter skat:

$$\text{After - Tax Profit} = \text{Capital} \times [1 + \text{Return} \times (1 - \text{Tax Rate})]^n - \text{Capital}$$

(Rust 2008, 492)

Ovenstående belyser, at forrentningen af en given investering beror på investeringsperioden (n) samt skatteprocenten i den jurisdiktion, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende. På baggrund heraf vil datterselskabet, der er beliggende i et lavskattelands, alt andet lige opnå en højere forrentning af en given investering efter skat, sammenholdt med en tilsvarende investering foretaget af et selskab, der er hjemmehørende i et højskattelands, såsom Danmark. Ydermere vil en længere investeringsperiode ligeledes være medvirkende til et større afkast.

Ovenstående konkretiserer de skattemæssige fordele ved, at en given investering udøves fra det udenlandske datterselskab, modsatvis moderselskabets domicilland (Rust 2008, 492). Datterselskabet kan efterfølgende agere som et koncerninternt finansielt selskab, eftersom den akkumulerende lavt beskattede eller ikke-beskattede passiv indkomst kan anvendes til at dække kapitalbehov hos øvrige selskaber i koncernen gennem koncernlån el.lign. Moderselskabet kan tillige opnå en skattemæssig fordel gennem konvertering af én type indkomst til en anden type indkomst, hvilket også benævnes *secondary sheltering*. Førnævnte kan eksemplificeres ved overførsel af en given immateriel rettighed til det udenlandske datterselskab. Dette vil resultere i, at datterselskabet vil oppebære royaltyindtægter hidrørende fra den pågældende IP-rettighed i stedet for moderselskabet. Indkomsten herfra kan efterfølgende transformeres ved udlodning af udbytte til moderselskabet, der med henvisning til moder/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU) vil være skattefrit for virksomheder, der er beliggende i et EU-medlemsland (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 62).

6.1.2 Basisselskab

Udover ovenstående kan en multinational koncern endvidere bringes i en gunstig skattemæssig position qua etablering af et basisselskab i udlandet. Et basisselskab er et udtryk for en virksomhed, beliggende i en jurisdiktion med en lav eller ingen selskabsskatteprocent, der udfører visse underliggende aktiviteter på vegne af moderselskabet. Disse aktiviteter vil normalvis kun bidrage med en lav værditilvækst til en given vare eller tjenesteydelse, der videresælges med en betydelig avance til uafhængige parter uden for datterselskabets domicilland (OECD 2007, 112). Følgende kan eksemplificeres ved, at Selskab A i Danmark (højskattelands) etablerer et Selskab B i Cypern (lavskattelands). Formålet med følgende er, at datterselskabet i Cypern udfører visse underliggende aktiviteter for moderselskabet i Danmark, eksempelvis distributionsaktiviteter. Strukturen vil resultere i, at datterselskabet vil oppebære indkomst hidrørende fra aktiviteten i stedet for moderselskabet, og herigennem nedbringe koncernens samlede skattetilsvær. Følgende eksempel forudsætter dog, at datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende i Cypern, hvilket er betinget af, at ledelsen har hovedsæde heri. Ydermere skal gældende bestemmelser om Transfer Pricing overholdes ved forekomsten af transaktioner mellem moder- og datterselskabet. Desuagtet kan det for mange transaktioner, navnlig relateret til immaterielle aktiver,

være vanskeligt at sikre en korrekt efterlevelse af armslængdeprincippet (OECD 2007, 112). Fordelen ved strukturen er ligeledes, at beskatningstidspunktet kan udskydes til det tidspunkt, hvor der sker aktieafståelse eller datterselskabet udlodder udbytte til moderselskabet, der med henvisning til moder/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU) vil være skattefrit for EU-medlemslande. Moderselskabet kan endvidere anbringe andre indkomstgenererende (mobile) aktiviteter i datterselskaber relateret til administration, forsikring, økonomi etc., der ikke nødvendigvis stiller krav om en specifik lokation (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 63-64). Den internationale terminologi anvender i visse henseender basisselskab mere generelt, således at begrebet også anvendes om datterselskaber, der er etableret med det formål at generere passiv indkomst, som beskrevet i afsnit 6.1.1 (OECD 2019). Dette vil dog ikke være tilfældet i følgende projekt, hvor basisselskab udelukkende vil blive benyttet under henvisning til føromtalt definition (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 63).

Ovenstående anskueliggør vigtigheden af CFC-lovgivningen, eftersom grænseoverskridende koncerner i så fald relativt ubesværet kan reducere skattebyrden i højskattelande qua passive investeringer eller etablering af et basisselskab i en jurisdiktion med ingen eller lav selskabsskatteprocent. Skatteyderen i et givent højskattelands land kan ved følgende konstruktion opnå skattemæssige fordele i form af ingen eller udskydelse af beskatningstidspunktet. Dette kan have væsentlig indvirkning på beskatningsgrundlaget i moderselskabets domicilland, hvilket alt andet lige foranlediger tab af skatteprovenu (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 55). Førnævnte stiller i en vis udstrækning krav til lovgivningsmagten om implementering af værnsregler, der tilsigter et robust skattesystem for at hindre udhuling af selskabsskattegrundlaget.

6.2 Skattesystem

Statsskatteloven blev implementeret i dansk ret i år 1922, og har en grundlæggende indvirkning på skattepolitikken i Danmark. Årsagen hertil er, at langt de fleste skatteretlige principper er stadfæstet i SL §§ 4 – 6, hvoraf globalindkomstprincippet ligeledes kan udledes. Princippet beror på, at al indtægt skal medregnes ved opgørelse af den skattepligtige indkomst, uagtet om den hidrører fra Danmark eller udlandet. Globalindkomstprincippet blev dog signifikant modificeret ved en lovændring i år 2005,

for så vidt angår selskaber, foreninger etc. Det modificerede globalindkomstprincip foranledigede, at indtægter fra fast driftssted eller fast ejendom, hjemmehørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland, som udgangspunkt ikke skal beskattes i Danmark jf. SEL § 8, stk. 2. Herforuden blev international sambeskatning frivilligt for danske moderselskaber, betydende at udenlandske datterselskaber, faste driftssteder mv. kan udelades af dansk sambeskatning jf. SEL § 31 A (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18, 29-30). Ovenstående tilkendegiver, at globalindkomstprincippet i overvejende grad anvendes i dansk skatteret, men at beskatningsordningen for selskaber derimod beror på et territorialprincip. Hvorvidt en jurisdiktions skattesystem beror på et territorial- eller globalindkomstprincip¹⁷ har afgørende indvirkning på gennemførslen af ATA-direktivet i national ret. Udformningen af CFC-reglerne vil på baggrund heraf i høj grad være determineret af de bagvedliggende politiske målsætninger, der danner grundlag for opbygningen af EU-medlemslandenes indenlandske skattesystemer (OECD 2015, 11). Nedenstående vil de enkelte principper nærmere blive gennemgået, herunder en klarlæggelse af de bagvedliggende bevæggrunde for udøvelse af de to tilgange.

6.2.1 Globalindkomstprincippet

I tilfælde, hvor en jurisdiktions skattesystem i overvejende grad beror på globalindkomstprincippet, i samspil med bestemmelserne om creditlempelse ved fradrag af udenlandsk betalt skat, vil det normalvis være et udtryk for lovgivningsmagtens målsætning om at fastholde skattebyrden for den selskabsskattepligtige, uagtet om investeringen er foretaget i selskabets domicilland eller udlandet. Intentionen med globalindkomstprincippet er grundlæggende at oppebære geografisk neutralitet qua divergerende værneregler, hvis formål er at sikre, at moderselskabet ikke kan tilegne sig en favorabel position ved investering i udlandet frem for domicillandet (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 57-58). EU-medlemslande, hvis skattesystem i overvejende grad er udformet på grundlag af globalindkomstprincippet, vil normalvis betragte CFC-lovgivningen som et præventivt værn, hvor formålet er at eliminere incitamentet til overførsel af indkomst til datterselskaber, der er beliggende i en given

¹⁷ I praksis vil jurisdiktionernes skattesystem normalvis aldrig udelukkende bero på globalindkomst- eller territorialprincippet, men derimod være baseret på en kombination af de to principper (OECD 2015, 12).

jurisdiktion med favorable skattevilkår. CFC-beskatningsreglerne har dermed til hensigt at opretholde selskabsskatteprovenuet gennem hindring af skatteundgåelsesstrategier, således at moderselskabets fortjeneste forbliver inden for moderselskabets skattebase (OECD 2015, 13). Bevæggrunden er som sagt at oppebære geografisk neutralitet ved hjælp af en ensartet beskatning, således at et (dansk) moderselskab ikke kan undlade beskatning eller opnå skatteudskydelse¹⁸ gennem etablering af et udenlandsk datterselskab, hvis eneste formål er at opnå en skattebesparelse gennem udnyttelse af divergerende skattesystemer (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 59).

6.2.2 Territorialprincippet

Territorialprincippet har modsat virkning af globalindkomstprincippet, hvilket indebærer at en given indkomst udelukkende pålægges beskatning i en given jurisdiktion, såfremt den hidrører fra kilder heri. Lempelsen vil ofte bero på eksemptionsmetoden, hvilket bevirker, at udenlandsk indkomst ikke skal medregnes ved opgørelse af den skattepligtige indkomst. Hensigten med denne skatteretlige tilgang er fortrinsvist at tilvejebringe konkurrencemæssig neutralitet, hvilket implicerer en homogen beskatning af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende investeringsselskaber. Der kan dog foreligge visse komplikationer ved gennemførelse af territorialprincippet, modsat globalindkomstprincippet ved afgivelse af fuld credit for udenlandsk betalt skat, da en konkurrencemæssig neutralitet er betinget af, at det udenlandske selskabs domicilland giver afkald på beskatningsretten. Undgåelse af dobbeltbeskatning forudsætter dermed en bilateral aftale, typisk en dobbeltbeskatningsoverenskomst, mellem de to kontraherende stater, såfremt globalindkomst- og territorialprincippet er herskende i hver sin stat (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 58). Ved en stringent udøvelse af territorialprincippet vil et givent medlemsland oftest ikke indarbejde CFC-lovgivning i national ret. Desuagtet vil de færreste jurisdiktioners skattesystem udelukkende bero på territorialprincippet, men derimod i overvejende grad applicere de politiske målsætninger med tilgangen. Ved implementering af CFC-beskatningsregler i selskabsskattesystem tilsigtes et værn mod beskyttelse af jurisdiktionens skattebase ved bortskaffelse af eksemptionslempelsen

¹⁸ Det er dog nævneværdigt, at i visse henseender kan skatteudskydelse, i en tilstrækkelig lang periode, have en tilsvarende gavnlige virkning for moderselskabet, som ved forekomsten af skattefritagelse (Schmidt, 2016, s. 88)

(Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 59).

6.2.3 EU's indvirkning på opbygningen af skattesystem

Et afgørende aspekt i henhold til ovenstående er, at EU-medlemslandene er forpligtet til at efterleve grundlæggende frihedsrettigheder jf. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde. Ved henvisning til artikel 49 og 54 må medlemslandenes nationale lovgivning ikke omfatte bestemmelser, der kan virke diskriminerende, restriktivt indskrænkende eller på anden vis hindre fysiske personer samt selskaber i at etablere sig i en anden EU/EØS-jurisdiktion jf. sag C-212/97 (*Centros*)¹⁹. Etableringsvalgfriheden indbefatter også retten til frit at bestemme, hvordan etableringen skal finde sted, hvilket kan ske ved oprettelse af et agentur, filial eller datterselskab. I henhold hertil kan der frit stiftes og udøves selvstændig erhvervsvirksomhed på de vilkår, der er gældende for værtslandets virksomheder. Lovgivningsmagtens implementering af territorialprincippet i dansk ret har dermed i høj grad været betinget af EU-rettens grundlæggende principper. EU-medlemslandene skal dermed også som udgangspunkt respektere det faktum, at datterselskabet udgør et selvstændigt skattesubjekt, betydende at indkomst oppebåret herfra beskattes i den jurisdiktion, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende. Etablering af datterselskab i et andet EU/EØS-medlemsland end dér, hvor moderselskabet er beliggende, foranlediger dermed en særskilt opgørelse af indkomsten, hvor beskatningen finder sted i den jurisdiktion, hvor datterselskabet er etableret. Qua territorialprincippet skal indkomsten ikke underlægges beskatning i moderselskabets domicilland, medmindre datterselskabet har realiseret indkomst hidrørende fra kilder i den pågældende jurisdiktion²⁰ (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 55).

Ovenstående er ligeledes én af betingelserne for, at en multinational koncern kan reducere skattebyrden i et givent højskattelands. Etableringsvalgfriheden legitimerer således stiftelsen af datterselskab i et givent lavskattelands inden for EU/EØS, hvorefter

¹⁹ Sag C-212/97 (*Centros*) indbefattede etablering i selskabsretlig forstand, hvor etableringsfriheden er mere vidstrakt sammenholdt med etableringsfrihed i skatteretlig sammenhæng. Årsagen hertil er, at der i skatteretlig sammenhæng er krav om reel tilstedeværelse jf. sag C-196/04 (*Cadbury-Schweppes*) (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18, 434).

²⁰ Datterselskabet vil i så fald blive begrænset skattepligtig til Danmark, såfremt der er oppebåret indkomst fra kilder jf. SEL § 2. Listen er udtømmende, og omfatter blandt andet udbytte, indkomst fra fast driftssted etc.

eksekveringen af koncernens skatteundgåelsesstrategi kan realiseres, eksempelvis via passive investeringer jf. afsnit 6.1.1 eller et basisselskab jf. afsnit 6.1.2. Følgende giver blandt andet multinationale koncerner adgang til at nedbringe det samlede skattetilsvær, eftersom datterselskabets oppebåret indkomst beskattes efter mere favorable skattevilkår.

7 Selskabsskatteloven § 32

I nærværende afsnit forefindes en kompendiøs²¹ klarlæggelse af gældende bestemmelser inden for CFC-beskatning i dansk ret, der er reguleret i SEL § 32. Bevæggrunden herfor er en antagelse om, at en grundlæggende forståelse af nuværende dansk CFC-lovgivning bidrager til en mere fyldestgørende og nuanceret forståelse af dansk CFC-lovgivning efter gennemførelse af ATA-direktivet, samt danne grundlag for en mere dybdegående vurdering af potentielle udfordringer. CFC-reglerne udgør som sagt et essentielt værn mod aggressiv skatteplanlægning samt skatteundgåelse i øvrigt. CFC-lovgivningen kan udelukkende blive en realitet for nationale- og internationale koncerner, medmindre moderselskabet har valgt at benytte bestemmelserne om frivillig international sambeskatning jf. SEL § 32, stk. 2. CFC-beskatning indbefatter kort sagt, at positiv indkomst, oppebåret fra et udenlandsk selvstændigt skattesubjekt (*datterselskab*), henføres til og beskattes hos det danske moderselskab²². Bestemmelserne om CFC-beskatning kan give Danmark hjemmel til at beskatte et moderselskab eller en forening mv., omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, litra a, såfremt følgende tre betingelser er opfyldt; kontrolbetingelsen, aktivbetingelsen samt indkomstbetingelsen. Disse er nærmere klargjort nedenstående, hvor de forhold der vurderes at have indvirkning for analysen er medtaget.

7.1 Kontrolbetingelsen

CFC-lovgivning kan med henvisning til dansk skatteret kun appliceres på et koncernforhold. Det er dog vigtigt at klarlægge, at der blandt EU-medlemslandene ikke

²¹ En dybdegående redegørelse havde været at foretrække for at opnå en komplet forståelse af retsvirkningen ved vedtagelse af lovforslag nr. L 28 B, men grundet projektets omfang vil der udelukkende ske en kompendiøs fremstilling af gældende bestemmelser inden for området.

²² CFC-lovgivningen kan også blive en realitet, hvor et udenlandsk moderselskab har etableret et dansk datterselskab, og hvor det danske datterselskab har etableret et udenlandsk datterselskab. Følgende vil dog ikke blive behandlet i nærværende projekt. Udgangspunktet vil være et dansk moderselskab og et udenlandsk kontrolleret datterselskab.

forefindes en homogen definition herpå. EU har over flere omgang forsøgt at harmonisere koncernbegrebet på tværs af medlemslandene, men uden held. Dette har resulteret i en divergerende forståelse heraf (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18 2017, 377). SEL § 32 kan i Danmark kun få retsvirkning ved eksistensen af et koncernforhold. Der forefindes dog ikke kun ét koncernbegreb, denne afhænger derimod af det enkelte retsområde, der behandles. Koncernbegrebet anvendes blandt andet inden for det regnskabsretlige, skatteretlige, selskabsretlige, konkurrenceretlige og børsretlige retsområde. I nærværende projekt behandles dog kun det skatteretlige område²³. Det skatteretlige retsområde adskiller sig fra de andre retsområder, eftersom der ikke kun forefindes ét koncernbegreb, der har retsvirkning for hele selskabsskatteloven. Definitionen på én koncern afhænger derimod af det skatteretlige formål, og er derfor formuleret i overensstemmelse hermed (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18, 360-361).

I henhold til gældende danske regler kan et udenlandsk datterselskabs indkomst omfattes af reglerne om CFC, såfremt det danske moderselskab har bestemmende indflydelse over datterselskabet jf. SEL § 32, stk. 6. Ifølge lovttekstens ordlyd henvises der direkte til definitionen af bestemmende indflydelse i reglerne om sambeskatning, som dermed også appliceres i bestemmelserne om CFC-beskatning. Bestemmende indflydelse indbefatter beføjelsen til at kontrollere datterselskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger jf. SEL § 31 C, stk. 2 (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18, 379). Med henvisning til SEL § 31 C, stk. 3 er der formodning for bestemmende indflydelse ved direkte eller indirekte rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i det udenlandske datterselskab. Ydermere er kontrolbetingelsen betinget af, at moderselskabet er direkte eller indirekte aktionær²⁴ i datterselskabet jf. SEL § 32, stk. 6 (SKAT 2019). Ved bedømmelse af, om moderselskabet har kontrol over datterselskabet, inddrages endvidere stemmerettigheder, der besiddes af personlige aktionærer samt nærtstående jf. LL § 16 H, stk. 6, eller af en fond eller trust stiftet af nærtstående mv. eller fonde eller trusts stiftet af disse. Herforuden medregnes

²³ Det skatteretlige koncernbegreb iht. CFC-beskatning tager afsæt i den selskabsretlige definition, som hidrører fra den regnskabsretlige definition jf. ÅRL. Definitionen heri er formuleret med udgangspunkt i IAS 27 (Schmidt 2013, 155).

²⁴ Aktionær skal i denne kontekst ikke tages bogstaveligt, da CFC-beskatning også kan omfatte andre former for direkte eller indirekte ejerskab i datterselskabet (Schmidt 2013, 153).

stemmerettigheder, der besiddes af øvrige selskabsdeltagere, som moderselskabet har indgået en aftale om at udøve kontrol jf. SEL § 32, stk. 6²⁵ (SKAT 2019).

7.2 Aktivbetingelsen

Aktivbetingelsen er angivet i SEL § 32, stk. 1, pkt. 2, og realiseres under den betingelse, at datterselskabets finansielle aktiver udgør mere end 10 pct. af de samlede aktiver. Denne vil dog ikke blive behandlet yderligere i nærværende projekt, eftersom denne qua Rådets Direktiv 2016/1164 ikke kan opretholdes ifølge bemærkningerne til lovforslag nr. L 28 (Folketinget 2018, 28). Det formodes dog ikke at have betydelig praktisk virkning, eftersom hovedparten af større grænseoverskridende selskaber besidder finansielle aktiver, der udgør mere end 10 pct. af den samlede aktivmasse (Zahle 2018).

7.3 Indkomstbetingelsen

Ved implementering af CFC-reglerne af lov nr. 312 af 17 maj 1995 blev et dansk moderselskab omfattet af CFC-beskatning, såfremt dets udenlandske datterselskab kunne karakteriseres som en finansiell virksomhed. Følgende var gældende, såfremt minimum en tredjedel af datterselskabets indkomst eller aktiver var af finansiell karakter. På trods af eksemplificeringen af differentierende indkomstarter i det daværende cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997, pkt. 7.2.4, herskede der i praksis stor usikkerhed om den eksakte afgrænsning af finansielle indtægter jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 99 i år 2002 (Folketinget 2002, nr. 16). I anledning heraf indførtes en udtømmende opregning af de indkomstarter, der skal betragtes som CFC-indkomst. Definitionen af CFC-indkomst blev implementeret i SEL § 32, stk. 5, og er efterfølgende blevet reguleret hyppigt af Folketinget (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 204). Med henvisning til de nuværende bestemmelser er indkomstbetingelsen opfyldt, såfremt CFC-indkomsten udgør mere end 50 pct. af den samlede indkomst, der er oppebåret fra datterselskabet. CFC-indkomst er karakteriseret ved divergerende mobile indkomster, der relativt ubesværet kan placeres i lavskattelande, såsom renteindtægter- og udgifter, udbytte, fortjeneste og tab på aktiver jf. ABL, visse royalties, indkomst fra finansiell leasing, fortjeneste og

²⁵ Med henvisning til afsnit 2 behandles dette ikke yderligere i projektet.

tab ved afståelse af CO₂-kvoter og CO₂-kreditter jf. AL § 40 A etc.²⁶ Indkomst fra immaterielle aktiver i relation til CFC-indkomst er overensstemmende med OECD's modeloverenskomst, art. 12, stk. 2²⁷ (Schmidt 2014, 163).

Ved realiseringen af betingelserne jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1-4 skal moderselskabet indregne datterselskabets positive indkomst, opgjort på grundlag af de skatteretlige bestemmelser i Danmark, i sin skattepligtige indkomst. Den CFC-beskattede indkomst opgøres på grundlag af moderselskabets gennemsnitlige direkte eller indirekte ejerandel i datterselskabet for den periode, hvor kontrolbetingelsen er efterlevet jf. SEL § 32, stk. 7. Ved udenlandsk betalt skat kan moderselskabet opnå lempelse for denne i CFC-beskatningen, hvilket beregnes efter creditmetoden jf. LL § 33, stk. 1 og stk. 6. Lempelse for udenlandsk betalt opgøres efter territorialprincippet, og kan maksimalt udgøre et beløb svarende til moderselskabets CFC-beskatning (SKAT 2019).

8 OECD

Organisation for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD), iværksatte i år 2013 et projekt, hvis primære formål var en udredning af forskelligartede handlinger til at modvirke udhuling af skattegrundlaget samt overførsel af overskud til lavskattelande – en konsolidering af den internationale skatteramme. Førnævnte benævnes også Base Erosion and Profit Shifting (BEPS-projektet), der blev tilendebragt i år 2015 med tilslutning fra alle G20-landene, OECD's medlemslande samt øvrige jurisdiktioner (Europa-Kommissionen 2016, 5). Foranlediget heraf har de fleste EU-medlemslande ligeså forpligtet sig til at implementere foranstaltningerne, der er offentliggjort i den givne rapport. På trods heraf har Europa-Kommissionen tilkendegivet ved fremsættelse af direktivforslag til Rådet, at en unilateral implementering af BEPS-resultatet vurderes at have en ineffektiv virkning på EU-plan, eftersom det formentlig vil resultere i disharmoni blandt medlemslandenes skattesystemer. Ydermere er det Europa-Kommissionens opfattelse, at en divergerende gennemførsel af OECD's anbefalinger kan være medvirkende til nationale politiske sammenstød, skævvridning samt hindring af virksomhedernes frie etableringsret, hvilket alt andet lige vurderes at have en negativ

²⁶ Der henvises i øvrigt til SEL § 32, stk. 5 for en udtømmende liste.

²⁷ Definition af immaterielle aktiver i CFC-lovgivningen er derfor ikke fuldstændig sammenfaldende med den bredere definition af immaterielle aktiver i dansk skatteret. Eksempelvis er goodwill undtaget af definitionen i CFC-lovgivningen.

indvirkning på det indre markeds funktionsmåde. Derudover kan divergerende bestemmelser danne grundlag for nye skattemæssige loopholes, som grænseoverskridende koncerner kan profitere af gennem nedbringelse af det samlede skattetilsvær, hvorved de fremsatte metoder til skatteundgåelse vil have en modsatrettet effekt (Europa Kommissionen 2016, 3). Førnævnte tilkendegiver, at OECD's BEPS-projekt i høj grad har dannet grundlag for udarbejdelsen af ATA-direktivet, hvilket også eksplicit er angivet i bemærkning nr. 1 i præamblen, og dermed udgør et afgørende fortolkningsbidrag ved analyse af gældende dansk ret. Nærværende afsnit har dermed til hensigt at klarlægge de bagvedliggende bevæggrunde for BEPS-projektet (samt ATA-direktivet), herunder belyse de konkrete anbefalinger, der er tilkendegivet i den tredje BEPS-handlingsplan om opbygning af national CFC-lovgivning. Forståelsesrammen skal bidrage til en mere nuanceret forståelse af essentielle forhold ved gennemførelse af CFC-lovgivning, der afgørende for fastlæggelse af potentielle retspolitiske problemstillinger ved den danske CFC-lovgivning jf. lovforslag nr. L 28 B.

8.1 Baggrund

Den økonomiske globalisering har alt andet lige intensiveret integrationen og afhængigheden mellem de nationale økonomier, hvilket dels er foranlediget af den tiltagende samhandel samt omfanget af direkte investeringer (OECD 2013, 7). Herforuden har globaliseringen endvidere været medvirkende til et stigende omfang af *globale værdikæder*, hvilket kortfattet indebærer at flere virksomheder varetager differentierende aktiviteter i forbindelse med værdiskabelsen af en given vare eller tjenesteydelse (Danmarks Statistik 2019). Disse grænseoverskridende aktiviteter bevirker en direkte eller indirekte eksport af værditilvækst på tværs af landegrænserne, hvilket af Danmarks Nationalbank vurderes at have en betydelig påvirkning på det globale BNP (Nellemann og Nissen 2016, 69). I henhold til OECD repræsenterer multinationale koncerner en stor andel af det globale BNP. Qua må det antages, at globaliseringen alt andet lige har været fordelagtig for den betydelige vækst, som de større multinationale koncerner har erfaret. Årsagen hertil er blandt andet adgangen til allokering af givne aktiviteter til udenlandske datterselskaber, der kan afstedkomme flere gunstige forhold i form af lavere produktionsomkostninger etc. (OECD 2013, 7) Ydermere vil udformningen af skattesystemet være forskelligartet på tværs af landegrænserne, hvilket dels er forårsaget af de bagvedliggende politiske målsætninger, herunder opbygningen af skattesystemet jf. afsnit 6.2. Dette afspejles

blandt andet ved væsentlige afvigelser mellem jurisdiktionerne formelle selskabsskatteprocenter. Differentierende selskabsskatteprocenter har skabt et incitament til, at multinationale koncerner udarbejder skatteundgåelsesstrategier til at reducere den samlede selskabsskattebyrde. Jo mere vidstrakte forskellene er mellem nationale skattesystemer, des større sandsynlighed for udhuling af skattegrundlaget i en given jurisdiktion med en høj selskabsskatteprocent (Skatteministeriet 2001).

OECD fastslår, at adgangen til skattearbitrage alt andet lige har forårsaget et tiltagende pres på den internationale skatteramme, hvilket desuden afspejles i det stigende omfang af skatteunddragelse, der eksekveres ved udhuling af skattegrundlag samt overførsel af overskud til lavskattelande (OECD 2015, 5). OECD har dog haft visse komplikationer med at konkretisere det potentielle omfang heraf. Desuagtet fastslår OECD eksistensen af den internationale skatteretlig problemstilling. Følgende underbygges ligeledes af undersøgelser, udarbejdet af OECD, som indikerer, at det sammenlagte tab hidrørende fra selskabsskat estimeres at udgøre omkring 100 – 240 mia. USD²⁸ (OECD 2015, 6). Problemstillingen underbygges ligeledes af en undersøgelse foretaget af Europa-Parlamentets Forskningstjeneste, der anslår, at tabet fra skatteundgåelse inden for EU udgør omkring 50 – 70 mia. EUR (Dover, et al. 2015, 7). Førnævnte illustrerer omfanget af aggressiv skatteplanlægning, og understreger endvidere behovet for en fornøden reaktion herpå, hvilket ligeledes supporteres af G20-landene, EU/EØS-medlemslande, virksomheder, befolkningen, Europa-Parlamentet samt internationale parter i øvrigt, der har anmodet om en global indsats mod multinationale koncernernes adgang til skatteundgåelse (Europa Kommissionen 2016, 3). Denne holdning blev ligeledes tilvejebragt i fremsættelsestalen til lovforslag nr. L 28, hvoraf skatteministeren, Karsten Lauritzen, udtrykker nødvendigheden af implementering af værneregler mod aggressiv skatteplanlægning, grundet uhensigtsmæssige samfundsøkonomiske konsekvenser (Lauritzen 2018, 1).

Efterspørgslen efter en international handlingsplan beror dels på de betragtelige konsekvenser, der udspringer heraf. For det første vurderes det at have en ødelæggende virkning på samfundet, eftersom tab af selskabsskatteindtægter alt andet lige stiller krav om inddrivelse af indtægter fra andre indkomstkilder, for at opretholde niveauet af jurisdiktionens samlede skatteprovenu. Herforuden nødvendiggør

²⁸ Det estimeres, at manglende indkomst fra selskabsskat udgør mellem 4 – 10 pct. af allerede betalte selskabsskatter.

internationaliseringen, at i særdeleshed jurisdiktioner beliggende i højskattelande, udformer omkostningsfulde foranstaltninger for at sikre selskabsskattegrundlaget. Dette vurderes som sagt at have en uhensigtsmæssig indvirkning på samfundet, hvorved det kan resultere i frustration og utilfredshed med koncernernes manglende bidrag til landets opretholdelse, og herigennem underminere suveræniteten af de enkelte skattesystemer. Problemstillingen underbygges både af OECD samt Europa-Kommissionen (OECD 2013, 8) (Europa-Kommissionen 2017, 1-2). Førnævnte er også kommet til udtryk i Danmark, hvor interessen blandt andet har været på multinationale koncerner såsom McDonald's, Coca-Cola samt Nestlé, hvor der er udvist misfornøjelse med omfanget af betalt selskabsskat til Danmark (Andersen 2014). For det andet anslår OECD, at tab af skatteprovenu kan have en kritisk indvirkning på finansieringen af offentlige investeringer samt tilgangen til velfærdsydelser, herunder uddannelse, sundhedspleje etc. (OECD 2013, 8) Ydermere kan aggressiv skatteplanlægning danne grundlag for konkurrencemæssig ulighed mellem indenlandske og grænseoverskridende koncerner. Årsagen hertil er blandt andet, at de grænseoverskridende koncerner via skatteplanlægning kan nedbringe den samlede selskabsskattebetaling²⁹. En undersøgelse, udarbejdet af OECD, påviser, at multinationale koncerner kan nedbringe den samlede selskabsskatteprocent til fem pct. ved udøvelse af skatteundgåelsesstrategier, mens mindre indenlandske virksomheder kan risikere at betale op til 30 pct., afhængig af dets skattemæssige hjemsted (OECD 2013). Dette vil alt andet lige afstedkomme en konkurrencemæssig omkostningsfordel, qua midler til investering og effektivisering i øvrigt, der kan være afgørende for at opnå en større markedsandel inden for en given branche. Multinationale koncernen bringes dermed i en mere gunstig position sammenholdt med indenlandske virksomheder, hvilket forvrænger de konkurrencemæssige vilkår på markedet (Europa-Kommissionen 2017, 2). Ovenstående har dermed også dannet grundlag for efterspørgslen efter en fælles løsning på problemstillingen. OECD har dermed, i samspil med G20 landene samt hjælp fra øvrige parter³⁰, udarbejdet internationale standarder og konkrete tiltag, som har til hensigt at skabe en retfærdig beskatning, således at indkomsten beskattes i den jurisdiktion, hvor overskuddet reelt genereres, og værdien skabes. Ovenstående tilkendegiver OECD's ambition om at skabe en mere ensartet skatteregulering på

²⁹ Der henvises til afsnit 6.1, hvor differentierende metoder til udøvelse af aggressiv skatteplanlægning blev klargjort.

³⁰ Eksempelvis Europa-Kommissionen

verdensplan, hvilket har til hensigt at mindske muligheden for skattearbitrage mellem landene. (Skatteudvalget 2018-19, 12).

8.2 Base Erosion and Profit Shifting

OECD's målsætning er som sagt at frembringe en mere homogen international skatteregulering, hvilket blev imødekommet ved iværksættelsen af BEPS-projektet. Projektet blev lanceret i samarbejde med G20-landene i år 2013 ved frigivelsen af *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (OECD 2013, 5). BEPS henviser til de skatteunddragelsesstrategier, der eksploiterer misforhold ved interaktion mellem jurisdiktionerne selskabsskattesystem, hvilket giver adgang til udnyttelse af bilaterale skatteaftaler, dobbelt ikke-beskatning, konstruering af skattegunstige arrangementer etc. Skatteplanlægning kan som sagt ikke isoleret set anfægtes, men ved kunstig adskillelse af skattepligtig indkomst fra de aktiviteter, der reelt genererer dem, kan dette give anledning til skattepolitiske bekymringer (OECD 2013, 10). Globaliseringen har som sagt været medvirkende til en stigende interaktion mellem nationale økonomier, der har resulteret i en række skattemæssige loopholes. Det kan være vanskeligt for de enkelte jurisdiktioner at udforme et effektivt indenlandsk skattesystem, uden inddragelse af gældende skatteregler i andre jurisdiktioner. Et effektivt værn mod aggressiv skatteplanlægning er i høj grad betinget af, at skattereglerne i et vist omfang er homogene på tværs af landegrænserne, således at multinationale koncerner ikke kan profitere af adgangen til skattearbitrage (OECD 2013, 9). Dermed har mere end 125 jurisdiktioner samarbejdet om gennemførelsen af BEPS-resultatet, hvilket har udmøntet sig i 15 konkrete tiltag, der har til hensigt at afhjælpe omfanget af skatteunddragelse og samtidig sikre, at der betales skat i den jurisdiktion, hvor overskuddet reelt genereres og værdien skabes (OECD 2019). OECD fastslår dog samtidig, at de internationale standarder ikke har til hensigt at hæmme samhandlen på tværs af landegrænserne. Tværtimod vurderes samhandlen at være af afgørende betydning for den globale, økonomiske værditilvækst, men eksistensen heraf nødvendiggør et internationalt samarbejde, således at de enkelte landes skattesuverænitet opretholdes (OECD 2013, 9). Nærværende projekt vil dog primært have fokus på BEPS *Action 3*, da denne indbefatter foranstaltninger i henhold til udenlandske kontrollerede datterselskaber (CFC). Handlingsplanen belyses nærmere i nedenstående afsnit.

8.3 Action 3

BEPS tredje handlingsplan indbefatter foranstaltninger mod allokering af indkomst til udenlandske kontrollerede datterselskaber, der helt eller delvist er etableret for at opnå skattemæssige fordele (OECD 2015, 11). Siden tilblivelsen af de første CFC-regler i år 1962, har en del jurisdiktioner sidenhen inkorporeret nationale bestemmelser herom. Faktisk har 30 ud af de medvirkende jurisdiktioner i BEPS-projektet indarbejdet CFC-regler i deres nationale skattesystemer, herunder har flere jurisdiktioner endvidere overvejet implementering heraf. Det er dog OECD's vurdering, at landenes eksisterende CFC-regler ofte er forbundet med svagheder, og dermed ikke udgør et effektivt værn mod aggressiv skatteplanlægning. Dette foranlediger et pres mod den internationale skatteramme. BEPS-rapporten karakteriseres dog som 'soft law', hvorfor OECD's tiltag ikke har retsvirkning for de enkelte jurisdiktioner, herunder Danmark³¹. anbefalingerne er af den grund ikke et udtryk for en international minimumsstandard, men er derimod udformet med henblik på at sikre en konsolideret implementering af CFC-regler i de jurisdiktioner, der ønsker et effektivt værn mod udhuling af skattegrundlaget eller overførsel af overskud til lavskattelande (OECD 2015, 9). OECD anerkender dog også forekomsten af forskelligartede politiske målsætninger, der i høj grad har tilknytning til skattesystemerne i de enkelte jurisdiktioner, og derfor har afgørende betydning for udformningen af CFC-reglerne jf. afsnit 6.2. Følgende har dermed tillige haft en indvirkning på tilblivelsen af anbefalingerne i BEPS-rapport Action 3, der er udfærdiget med en vis fleksibilitet, således at de enkelte jurisdiktioner kan formulere CFC-reglerne i overensstemmelse med deres politiske målsætning samt internationale forpligtelser i øvrigt, såsom EU-retten. OECD anslår, at et effektivt værn mod skatteunddragelse nødvendiggør inddragelse af følgende seks retningslinjer ved implementering af CFC-regler i national ret (OECD 2015, 9-10):

- Definition af kontrollerede udenlandske selskaber
- CFC-undtagelser og tærskelkrav
- Definition af CFC-indkomst
- Regler for beregning af indkomst
- Regler for tildeling af indkomst
- Forebyggelse og eliminering af dobbeltbeskatning (OECD 2015, 11)

³¹ Danmark har dog via sit medlemskab til OECD forpligtet sig til at inkorporere BEPS-rapporten i national ret.

Nedenstående vil de enkelte punkter kompendiøst blive klargjort. Der vil dog ikke ske en gennemgribende redegørelse af samtlige punkter, men derimod belyse de elementer, der vurderes at være afgørende for problemfeltet. Herforuden vil de enkelte anbefalinger i højere grad blive inddraget ved frembringelse af potentielle udfordringer relateret til lovforslag nr. L 28 B, herunder klarlæggelse af gældende dansk ret jf. afsnit 11.

8.3.1 Definition af kontrollerede udenlandske selskaber

Ved bedømmelse af om et indenlandsk moderselskab bliver CFC-beskattet af indkomst oppebåret fra et udenlandsk datterselskab, skal en jurisdiktion implicere to forhold; hvorvidt enheden er af sådan en karakter, at det bør betragtes som et udenlandsk kontrolleret datterselskab, og samtidig om moderselskabet har kontrol over den udenlandske enhed. Den første grundsten indbefatter dermed en nærmere specificering af forståelsen ved kontrol og CFC-selskab. Anbefalingen beror på et bredt anvendelsesområde, hvorfor CFC-selskab bør omfatte alle virksomhedsformer samt faste driftsteder, der er selskabsskattepligtige. Årsagen hertil er, at multinationale koncerner ikke skal have adgang til at omgå CFC-reglerne ved ændring af datterselskabets juridiske form. I henhold til OECD bør kontrol defineres ved, at moderselskabet direkte eller indirekte har rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettighederne eller kapitalandelene, eller ved ret til mere end 50 pct. af datterselskabets overskud (OECD 2015, 21-22). Betingelsen bør både inkludere en juridisk og økonomisk kontroltest³². Herforuden skal kravet om kontrol udbredes til hele koncernen, hvilket skal hindre omgåelse af denne betingelse ved fordeling af ejerandele på divergerende selskaber i koncernen (OECD 2015, 21).

8.3.2 CFC-undtagelser og tærskelkrav

Den anden grundsten er en udførlig præcisering af tilfælde, der undtager moderselskabet for CFC-beskatning i dets jurisdiktion. Med henvisning til BEPS-rapporten advokerer OECD for, at udenlandske enheder undlades af CFC-lovgivningen, såfremt enheden er skattemæssigt hjemmehørende i en jurisdiktion med en effektiv selskabsskatteprocent, der i overvejende grad er sammenfaldende med

³² Den juridiske kontroltest henviser til stemmerettighederne, hvorimod den økonomiske kontroltest omfatter kapitalandele samt krav på en andel af det regnskabsmæssige overskud (OECD, 2015, s. 24).

selskabsskattebyrden i moderselskabets jurisdiktion (OECD 2015, 33). Hensigten med undtagelsen er i høj grad at begrænse anvendelsesområdet for CFC-beskatningsreglerne ved at ekskludere datterselskaber, hvor sandsynligheden for BEPS antages at være på et minimalt niveau. OECD's foranstaltninger påpeger, at jurisdiktionen bør fokusere på tilfælde, hvor der høj risiko for udøvelse af aggressiv skatteplanlægning. Bevæggrunden med værnreglen er som sagt ikke at mindske koncernens konkurrenceevne, hvorved undtagelsesbestemmelserne skal sikre et retfærdigt omkostningsniveau (OECD 2015, 33).

8.3.3 CFC-indkomst

Det tredje element indbefatter en præcisering af CFC-indkomsten. Denne grundsten er grundlæggende ved anvendelse af *categorical approach*, der er nærmere klargjort i afsnit 9.3.1. I den anledning anbefales det, at jurisdiktionen fastholder fokus på de indkomstarter adresseret mod skatteundgåelse. Konkretiseringen af CFC-indkomsten pålægges den enkelte jurisdiktion, da den i høj grad er determineret af de politiske bevæggrunde samt opgørelsesmetoden. OECD pointerer dog, at jurisdiktionen bør være påpasselig med en formalistisk tilgang ved afgrænsning af CFC-indkomsten. Begrundelsen beror på en antagelse om, at en effektiv bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning i et vist omfang afhænger af definitionens brede. Desuagtet vil en bredere definitionen alt andet lige højne den administrative byrde (OECD 2015, 46). Den brede definition er navnlig aktuelt ved immaterielle aktiver, hvor indkomsten kan distribueres via flere divergerende formalistiske klassifikationer. Eksempelvis kan indkomsten være indlejret i salgsindtægten i visse jurisdiktioner. Ved begrænsning af indkomst fra immaterielle aktiver til 'royalties' ville indkomst hidrørende fra salg af en given vare eller tjenesteydelse, hvor indkomst fra immaterielle aktiver var indlejret i slagsindtægten, ikke være omfattet af CFC-indkomsten qua legalitetsprincippet. Ovenstående illustrerer signifikansen af, at jurisdiktionen er minutiøs ved udformningen af definitionen på CFC-indkomst (OECD 2015, 45).

8.3.4 Metode til beregning

Den fjerde grundsten omhandler beregningsmetoden til opgørelse af CFC-indkomsten, hvor OECD advokerer for, at denne indkomst beregnes på grundlag af gældende skatteretlige bestemmelser i moderselskabets jurisdiktion. Denne tilgang ville være at

foretrække ved fokus på udhuling af moderselskabets skattegrundlag³³ (OECD 2015, 57).

8.3.5 Indkomstangivelse

Den femte parameter indebærer dels, hvilken eksakt andel af datterselskabets regnskabsmæssige overskud der skal medregnes i moderselskabets skattepligtige indkomst. Er det udelukkende CFC-indkomsten, hele datterselskabets overskud eller blot indkomst hidrørende fra kunstige arrangementer? Uagtet jurisdiktionens valgte tilgang anbefales det, at indkomstangivelsen er betinget af moderselskabets ejerandel samt ejerperiode. Herforuden bør CFC-beskatningen opgøres på grundlag af den effektive selskabsskatteprocent, der er gældende i moderselskabets jurisdiktion (OECD 2015, 61).

8.3.6 Forebyggelse og eliminering af dobbeltbeskatning

Den sjette grundsten tilkendegiver, at jurisdiktionerne, ved inkorporering af CFC-lovgivning i national ret, bør sikre, at denne i videst muligt omfang ikke resulterer i dobbeltbeskatning. Følgende er af afgørende betydning, da bestemmelserne i så fald kan udgøre en hindring for koncernens internationale konkurrenceevne, vækst samt økonomiske udvikling, hvilket ikke er hensigten med værnsreglen (OECD 2015, 65). OECD tilkendegiver, at dobbeltbeskatning hyppigst vil udspringes af CFC-reglerne i følgende tilfælde:

- 1) CFC-indkomsten, der indregnes i moderselskabets skattepligtige indkomst, endogså er underlagt selskabsbeskatning i datterselskabets jurisdiktion.
- 2) Bestemmelser om CFC-beskatning i to differentierende jurisdiktioner kan appliceres på den samme CFC-indkomst fra den udenlandske enhed.
- 3) Det kontrollerede udenlandske datterselskab udlodder udbytte til moderselskabet, der allerede har været underlagt CFC-beskatning (OECD 2015, 65).

OECD anbefaler, at de to første omstændigheder kan afhjælpes ved, at moderselskabets jurisdiktion giver fradrag for udenlandske skatter, der faktisk er betalt af datterselskabet. Hvorimod den tredje punkt kan omgås ved, at udloddet udbytte samt

³³ Denne grundsten vurderes ikke at have en betydelig indvirkning på problemfeltet, hvorfor denne ikke er uddybet nærmere. Herforuden udgør denne ej heller en betydelig bestanddel af BEPS-rapporten (OECD, 2015, s. 57-59).

avance ved aktieafståelse ikke underlægges beskatning, såfremt moderselskabet tidligere er blevet CFC-beskattet heraf (OECD 2015, 65).

OECD's anbefalinger til opbygningen af CFC-lovgivningen i national ret er i høj præg af en vis fleksibilitet, således at de kan inkorporeres i forskelligartede skattesystemer, uagtet de bagvedliggende politiske rammer. Desuagtet vurderes handlingsplanen generelt at fokusere på en harmoniseret balance mellem effektivitet og administrativ byrde. Hensigten er ikke at nedbringe koncernens konkurrenceevne, hvorfor der advokeres for, at jurisdiktionerne fokuserer på tilfælde, hvor sandsynligheden for udhuling af skattegrundlaget eller overførsel af indkomst til lavskattelande er størst. Det er disse situationer, CFC-lovgivningen i videst muligt omfang skal modvirke.

9 Anti-Tax Avoidance Direktiv

Lovforslag nr. L 28 B er som tidligere angivet i høj grad udformet på grundlag af ATA-direktivet. Nærværende afsnit har dermed til hensigt at belyse intentionen med Europa-Kommissionens direktivforslag, herunder konkretisering af bestemmelserne, der er vedtaget i henhold til kontrollerede udenlandske selskaber (CFC). Analysen skal danne grundlag for fortolkning af gældende ret, samt tilvejebringe en forståelse af relevante retspolitiske hensyn, der bør tages ved gennemførelse af ATA-direktivet i dansk ret.

9.1 Europa Kommissionens direktivforslag

Det Europæiske Råd konkluderede i år 2014 et kritisk behov for en indsats mod skatteundgåelse og aggressiv skatteplanlægning både internationalt samt på EU-plan. Europa-Kommissionen anerkendte problemstillingen, og offentliggjorde den 17. juni 2015 en EU-strategi til opnåelse af en retfærdig og effektiv selskabsbeskatning, herunder bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse (Europa-Kommissionen 2015, 6). Ved offentliggørelsen af BEPS-foranstaltningerne i år 2015 har mange af EU-medlemslandene, qua deres medlemskab af OECD, forpligtet sig til at inkorporere de pågældende anbefalinger i national ret. Europa-Kommissionen tilkendegiver dog i direktivforslaget, at en unilateral implementering af OECD-tiltagene vurderes at have en negativ indvirkning på det indre marked samt medvirke til en skævvridning i EU ved gennemførelse af BEPS-rapporten jf. afsnit 8.1. Det resulterede angiveligt til, at Europa-Kommissionen den 28. januar 2016 udarbejdede et direktivforslag til Rådet *om regler*

til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde (Europa Kommissionen 2016, 3). Europa-Kommissionens direktivforslag har dannet grundlag for frembringelsen af Rådets Direktiv 2016/1164, hvilket fremgår eksplicit i de indledende bemærkninger (Rådets Direktiv 2016, 1). Kommissionens forslag til et nyt skatteundgåelsesdirektiv er som sagt i høj grad udformet på grundlag af BEPS-foranstaltningerne, men tillige Europa-Kommissions fempunkts-handlingsplan, proklameret i år 2015 (Europa Kommissionen 2016, 3). Det angivne formål med ATA-direktivet harmoniserer eksplicit med OECD's frembragte målsætning om at imødegå visse former for aggressiv skatteplanlægning, og herigennem sikre, at selskaberne beskattes i den jurisdiktion, hvor indkomsten genereres, og værdien frembringes.

Europa-Kommissionen angiver, at et effektivt indre marked er betinget af en tilstrækkelig hindring af adgangen til skattearbitrage, hvor multinationale koncerner profiterer af differentierende skattesystemer på tværs af landegrænserne, og herigennem bringes i en gunstig skattemæssig position, uden udøvelse af reel økonomisk virksomhed. Motiverede skattemæssige årsager kan være en lav effektiv selskabsskatteprocent, dobbelt fradrag eller hvor en given indkomst er skattefri i en jurisdiktion, men fradragsberettiget i en anden jurisdiktion. Direktivforslagets bestemmelser er i særdeleshed sigtet på tilfælde, hvor selskabspligtige skattesubjekter drager fordel af de gunstige principper, der er gældende inden for EU, men efterfølgende kanaliserer indkomst til datterselskaber, beliggende i lavskattelande uden for EU med ingen eller ringe økonomisk realitet (Europa-Kommissionen 2016, 3). Multinationale koncerners udøvelse heraf, vurderes at have betydelige konsekvenser for det indre markeds funktionsmåde jf. afsnit 8. Europa-Kommissionen forelagde i den anledning seks tiltag, der skal nedbringe adgangen til skatteundgåelse: rentefradragsbegrænsning, exitbeskatning, switch-over klausul³⁴, generel anti-misbrugsregel, kontrollerede udenlandske selskaber (CFC) samt hybride mismatch (Europa Kommissionen 2016, 3).

Europa-Kommissionen har anlagt en principbaseret tilgang, eftersom ATA-direktivet skal inkorporeres i 28 forskelligartede selskabsskattesystemer. Medlemslandene tildeles dermed kompetence til i højere grad at konkretisere tiltagene, som på bedst mulig vis kan integreres i jurisdiktionens skattesystem (Europa Kommissionen 2016, 4). I EU

³⁴ Switch-over klausul blev ikke vedtaget, og fremgår dermed ikke af ATA-direktivet.

eksisterer en betydelig interaktion mellem medlemslandenes økonomier, hvilket nødvendiggør en fælles og koordineret tilgang for at drage nytte af BEPS-anbefalingernes nyttevirkning (Europa Kommissionen 2016, 4-5). Foruden en tilstrækkelig homogen gennemførsel af OECD's BEPS-anbefalinger skal ATA-direktivet desuden give medlemslandene retssikkerhed om efterlevelse af grundlæggende EU-traktatfæstede rettigheder jf. bemærkning nr. 2 i præamblen (Rådets Direktiv 2016, 2). OECD anerkender ligeledes, at EU-medlemslandene kan stå over for særlige vanskeligheder i henhold hertil (OECD 2015, 10). Følgende uddybes nærmere i nedenstående afsnit, da det vurderes at bidrage til en mere fyldestgørende forståelse af samspillet mellem BEPS-foranstaltninger og ATA-direktivet, herunder indvirkningen på dansk lovgivning.

9.1.1 Interaktion mellem EU og OECD

OECD anslår som sagt, at anbefalingerne om kontrollerede udenlandske selskaber kan volde visse udfordringer for EU-medlemslandene, grundet deres forpligtelse til at efterleve grundlæggende EU-rettigheder. OECD angiver i den tredje handlingsplan om CFC, at begrænsningen i forhold til udformningen af CFC-regler inden for EU også har haft en indvirkning på udarbejdelsen af de internationale standarder. Dette afspejles blandt andet ved anbefalingernes nødvendige fleksibilitet jf. afsnit 8.3, således at de i højere grad kan tilpasses de enkelte jurisdiktioners skattesystemer. Ved uforenelighed mellem de grundlæggende EU-rettigheder og OECD's handlingsplan kan medlemslandene ikke inkorporere anbefalingerne i national lovgivning, grundet princippet om *lex superior*. OECD påpeger dog, at såfremt CFC-lovgivningen tilrettelægges med udgangspunkt i, hvor datterselskabet er beliggende (EU eller uden for EU), kan bestemmelsen afstedkomme konkurrencemæssig ulighed mellem virksomheder, der er beliggende i et EU-medlemsland eller en jurisdiktion uden for EU. Begrundelsen herfor er, at CFC-reglerne inden for EU i så fald vil være mindre modstandsdygtige mod skatteundgåelse. Førnævnte estimeres endvidere at begrænse nyttevirkningen af OECD's internationale standard på globalt plan, og herunder i et vist omfang underminere den forventede virkning mod aggressiv skatteplanlægning (OECD 2015, 17).

9.2 Minimumsharmonisering

Rådet har som sagt fastsat krav om minimumsharmonisering ved vedtagelsen af ATA-direktivet, hvilket giver de enkelte medlemslande ret til at inkorporere nationale særregler, hvor formålet er at højne beskyttelsesniveauet af selskabsskattegrundlaget (EUR-Lex, 2018). Europa-Kommissionen har i direktivforslaget vurderet, at de fremlagte bestemmelser i tilstrækkelig grad opretholder det tilsigtede minimumsniveau, der er nødvendigt for at sikre at indkomsten beskattes i den jurisdiktion, hvor overskuddet reelt genereres, og værdien skabes. Minimumsharmoniseringen anslås at harmonisere med proportionalitetsprincippet, eftersom direktivet ikke indbefatter yderligere regulering end nødvendigt, for at efterleve den tilsigtede målsætning (Europa Kommissionen 2016, 5). Herforuden er det i ovenstående afsnit redegjort for opretholdelse af nærhedsprincippet, hvor det blev klargjort, at en unilateral implementering ikke anslås at have en positiv effekt mod aggressiv skatteplanlægning inden for EU, hvorfor ATA-direktivet anses som den mest fordelagtige retsakt. Nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet er to fundamentale forhold ved udarbejdelse af EU-regulering. Med henvisning til de traktatfæstede rettigheder har medlemslandene afgivet visse beføjelser til EU, hvorved det er essentielt, at nærheds- og proportionalitetsprincippet efterleves (Europa-Kommissionen 2018, 2-3). Rådet har dermed ikke fastsat krav om totalharmonisering, eftersom det vil volde betydelige vanskeligheder, da skattesystemerne i høj grad beror på differentierende politiske målsætninger jf. afsnit 6.2. Herforuden bibeholdes en nødvendig fleksibilitet, hvilket er afgørende ved inkorporering i 28 forskelligartede skattesystemer jf. bemærkning nr. 3 i præambelen til ATA-direktivet. Differentierende gennemførelse af ATA-direktivet blandt medlemslandene, qua nationale særregler, formodes alt andet lige at højne risikoen for forekomsten af komplikationer ved grænseoverskridende aktiviteter. En nærmere konkretisering er potentielle problemstillinger ved interaktion mellem medlandenes værneregler mod skatteundgåelse i relation til CFC-beskatning, er nærmere klargjort i afsnit 11. Dette understøttes endvidere af Peter Koerver Schmidt. (Bundgaard og Schmidt, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive SR-SKAT 3/2016 2016, 153-154).

9.3 Regler for kontrollerede udenlandske selskaber

Regler for kontrollerede udenlandske selskaber fremgår af artikel 7 og 8 i ATA-direktivet. Anvendelsesområdet og betingelserne for beskatning af kontrollerede udenlandske enheder er angivet i artikel 7, hvorimod artikel 8 beskriver, hvordan beregningen af CFC-indkomst skal foretages. I nærværende afsnit vil de væsentligste elementer, der vurderes at have indvirkning på den danske CFC-lovgivning, blive gennemgået.

9.3.1 Artikel 7

Med henvisning til ATA-direktivets artikel 7 skal et givent moderselskab underlægges CFC-beskatning, såfremt en række betingelser er opfyldt. Den første betingelse er angivet i artikel 7, stk. 1, litra a, *kontrolbetingelsen*, hvilket indebærer, at moderselskabet selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber³⁵ direkte eller indirekte er i besiddelse af mere end 50 pct. af stemmerettighederne, ejer mere end 50 pct. af kapitalandele eller har retskrav på mere end 50 pct. af datterselskabets overskud. Ordlyden harmonerer med BEPS-anbefalingerne jf. afsnit 8.3.1. Som anbefalet i BEPS Action 3 omfatter denne også faste driftssteder, såfremt denne er fritaget for beskatning i moderselskabets jurisdiktion (OECD 2015, 21). Den anden betingelse fremgår af artikel 7, stk. 1, litra b, som indbefatter, at den effektive selskabsskat, der er betalt af det udenlandske datterselskab, er mindre end differencen mellem den pågældende betalte selskabsskat i udlandet og den selskabsskat, som datterselskabet havde været genstand for ved etablering i moderselskabets jurisdiktion (Finansministeriet og Skatteministeriet 2016, 5-6). Skatteundgåelsesdirektivets bestemmelser om CFC-beskatning var genstand for megen diskussion blandt medlemslandene (Dijsselbloem 2016). Dette medvirkende til tilblivelsen af to forskelligartede modeller, som jurisdiktionerne kan selektere mellem ved inkorporering af bestemmelserne om CFC-beskatning i national ret. *Model a (categorical approach)* og *model b (transactional approach)* er baseret på divergerende principper i henhold til forståelse af CFC-indkomst (Council of the European Union 2016, 5). *Model a* bevirker, at visse ikkeudloddede indkomstarter eller indkomst fra fast driftssted skal medregnes i moderselskabets beskatningsgrundlag. Indkomsten skal opgøres på grundlag af gældende skatteregler i moderselskabets jurisdiktion. Ved anvendelse af denne model

³⁵ Ved nærmere forståelse af tilknyttede selskaber henvises til afsnit 4.3.

kan EU-medlemslandet beslutte at undtage moderselskabet for CFC-beskatning, under den forudsætning, at en tredjedel eller mindre af den indkomst, der er oppebåret af den udenlandske enhed, ikke kan henføres til én af følgende kategorier, der er baseret på en juridisk klassifikation jf. ATA-direktivets artikel 7, stk. 2, litra a:

- *Renter eller anden indkomst fra finansielle aktiver*
- *Royalties eller anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder*
- *Dividende og indkomst fra afhændelse af andele*
- *Indkomst fra finansiel leasing*
- *Indkomst fra forsikrings- og bankvirksomhed samt anden finansiel virksomhed*
- *Indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra salg og tjenesteydelser på varer og tjenesteydelser, der købes og sælges til tilknyttede selskaber, og som bidrager med ingen eller tinge økonomisk værdi. (Rådets Direktiv 2016, 11-12)*

Ydermere påpeges det i ATA-direktivet, artikel 7, stk. 2, litra a, at ved anvendelse af *model a* skal moderselskabet kun underlægges CFC-beskatning, såfremt etableringen af det udenlandske datterselskab udgør et *kunstigt arrangement*, hvilket normalvis er gældende ved ingen eller lav tilvejebringelse af værditilvækst til den pågældende vare eller tjenesteydelse. Denne bestemmelse kan dog undlades ved etablering af datterselskab i et tredjeland, der ikke udgør en EU/EØS-jurisdiktion. Omfanget af personale, aktiver, lokaler etc. i den udenlandske enhed kan ofte være signal om væsentlig økonomisk realitet, hvilket endvidere understøttes af EU-domstolene i sag C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) (Bundgaard og Schmidt 2016, 386)³⁶. *Model b (transactional approach)* indbefatter derimod, at ikkeudloddede indkomst eller indkomst fra fast driftssted, hidrørende fra kunstige arrangementer, hvor den bagvedliggende intention er at profitere af gunstige skattevilkår, medregnes i moderselskabets skattegrundlag ifølge ATA-direktivets artikel 7, stk. 2, litra b. Rådet definerer jf. artikel 7, stk. 2, litra b et arrangement eller en serie af arrangementer som værende ikkereelle, såfremt datterselskabet eller det faste driftssted ikke ville besidde aktiverne eller have forpligtet sig den risiko, der frembringer hele eller dele af indkomsten, under den

³⁶ Dette er nærmere behandlet i afsnit 11.5.

omstændighed, at datterselskabet ikke var kontrolleret af dets moderselskab, og derved varetager de ledelsesmæssige beslutninger omfattende de givne aktiver samt risici, der har været medvirkende til dannelsen af den pågældende indkomst (Folketinget 2018, 26). Ved applicering af *model b* kan EU-medlemslandet beslutte at undtage moderselskabet for CFC-beskatning, hvis datterselskabet oppebærer et beskedent overskud eller fortjenestemargin. Denne er defineret i ATA-direktivets artikel 7, stk. 4, hvor datterselskaber kan fritages, under den forudsætning at det regnskabsmæssige overskud; a) ikke overstiger 750.000 EUR, herforuden må de ikkedriftsmæssige indtægter maksimalt udgøre 75.000 EUR eller b) sammenlagt repræsenterer maksimalt 10 pct. af datterselskabets driftsomkostninger for den pågældende periode (Bundgaard og Schmidt 2016, 386). Medlemslandenes valgfrihed mellem applicering af to divergerende modeller vurderes at danne grundlag for et kompromis mellem landene, hvilket Rådet for Den Europæiske Union endvidere tilkendegiver, men fastslår, at udfaldet var uundgåeligt for at opnå konsensus blandt medlemslandene³⁷ (Council of the European Union 2016, 5).

9.3.1.1 Lavskattebetingelsen

I nærværende afsnit er der foretaget en simpel eksemplificering af lavskattebetingelsen jf. ATA-Direktivets, artikel 7, stk. 1, litra b. Det antages, at moderselskabet er beliggende i Danmark, og datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende i Ungarn, herunder forudsættes kontrolbetingelsen at være opfyldt³⁸. Ved praktisering af CFC-reglerne vil udgangspunktet være de effektive selskabsskatteprocenter. Desuagtet vil de formelle selskabsskatteprocenter anvendes i nærværende eksempel, da det er vanskeligt at foretage en eksakt beregning af den effektive selskabsskatteprocent, da denne blandt andet er determineret af afskrivningsreglerne i den pågældende jurisdiktion. Den formelle selskabsskatteprocent i Danmark udgør 22 pct., hvorimod Ungarn har en skattesats på 10,8 pct. (Skatteministeriet 2017). Datterselskabets regnskabsmæssige overskud er opgjort til 100.000.000 DKK³⁹. Ved applicering af Ungarns skatteretlige bestemmelser skal der erlægges 10,8 mio. DKK i selskabsskat. Ved sammenholdelse af datterselskabets reelle selskabsskat i Danmark og Ungarn, skal

³⁷ Potentielle udfordringer med to divergerende definition af CFC-indkomst er nærmere klargjort i afsnit 11.2.

³⁸ For nærmere uddybning af kontrolbetingelsen henvises til afsnit 9.3.1.

³⁹ I eksemplet er tallene opgjort i DKK, for at gøre det mere læsevenligt.

indkomsten endvidere opgøres efter de danske selskabsskatteretlige bestemmelser jf. ATA-direktivets artikel 7, stk. 1, litra b. Denne vil formentlig differentiere fra de 100 mio. DKK, men for eksemplets skyld fastsættes indkomsten til et tilsvarende beløb ved opgørelse efter de danske skatteregler. Datterselskabet skulle i så fald have afregnet en selskabsskat på 22 mio. DKK. Differencen mellem datterselskabets reelle selskabsskat i Ungarn og Danmark udgør 11,2 mio. DKK, hvilket illustrerer, at afvigelsen er større end den faktiske betalte selskabsskat i Ungarn, hvorfor datterselskabet kan klassificeres som et CFC-selskab. I modsatfald, hvis forskellen havde været lavere end den erlagte selskabsskat i udlandet, så var betingelsen ikke aktualiseret, hvorved datterselskabet ikke kunne betragtes som et CFC-selskab jf. ATA-direktivets artikel 7, stk. 1.

9.3.2 Artikel 8

Bestemmelserne om retsvirkningen af CFC-lovgivningen forefindes i ATA-direktivet, artikel 8, omhandlende beregning af det udenlandske datterselskabs CFC-indkomst, der skal medregnes i moderselskabets skattepligtige indkomst. Med henvisning til artikel 8, stk. 1 skal medlemslandet ved applicering af *model a (categorical approach)* benytte de skatteretlige bestemmelser i den jurisdiktion, hvor moderselskabet er hjemmehørende. *Model b (transactional approach)* bevirker derimod, at CFC-indkomsten afgrænses til den indkomst, der har tilknytning til de aktiver og risici, som er relateret til de ledelsesopgaver, der udøves af moderselskabet jf. artikel 8, stk. 2. Ydermere opgøres indkomsten på grundlag af armslængeprincippet. Derudover er CFC-beskatningsindkomsten determineret af moderselskabet kontrol over datterselskabet jf. artikel 8, stk. 3. Ifølge OECD var én af byggestenene ved opbygning af CFC-lovgivning hindring af dobbeltbeskatning, hvorfor ATA-direktivet endvidere indeholder en bestemmelse herom. Med henvisning til artikel 8, stk. 5, kan moderselskabet opnå fradragsret for de beløb, der tidligere har været medregnet i den skattepligtige CFC-indkomst. Det er blandt andet gældende for datterselskabets udloddede udbytte til moderselskabet af indkomst, der allerede har været underlagt CFC-beskatning i moderselskabets jurisdiktion. Følgende er endvidere gældende ved afståelse af ejerandele i det udenlandske datterselskab jf. artikel 8, stk. 6 (Rådets Direktiv 2016, 13).

Følgende afsnit tilkendegiver den bagvedliggende målsætning med ATA-direktivet samt CFC-reglerne. Det overordnede formål er som sagt at sikre, at indkomsten beskattes i den jurisdiktion, hvor overskuddet reelt genereres, og værdien skabes. CFC-lovgivningen er én af de fem værnsregler, der skal imødekomme en minimumsbeskyttelse af EU-medlemslandenes selskabsskattesystemer mod aggressiv skatteplanlægning samt skatteundgåelse. Bestemmelserne om CFC-beskatning har en præventiv virkning, og har til hensigt at allokere datterselskabets oppebåret indkomst til moderselskabet, såfremt denne er etableret i en jurisdiktion med ingen eller lav selskabsskattesats. Lavskattebetingelsen skal sikre en retfærdig administrativ byrde. Uenighed blandt medlemslandene, grundet divergerende politiske målsætninger, har resulteret i to differentierende metoder til opgørelse af CFC-indkomsten. Herforuden bemærkes det, at definitionen af CFC-indkomst og kontrol modificeres ved sammenholdelse af de nuværende bestemmelser jf. afsnit 7 og ATA-direktivets regler jf. afsnit 9.3.1.

10 Gennemførelse af ATA-direktivet

Nærværende afsnit har til hensigt at tilvejebringe en forståelse af Folketingets bagvedliggende overvejelser ved gennemførelse af ATA-direktivet i national lovgivning. Lovgivningsmagtens politiske målsætninger vurderes at udgøre et afgørende element til en nuanceret fortolkning, herunder fastlæggelse af potentielle problemstillinger ved det frembragte lovforslag nr. L 28 B.

I Danmark har Regeringen kompetencen til at inkorporere ATA-direktivet i national ret, hvor formålet er at sikre den intenderede retstilstand herved. Som tidligere anført har Rådet ved vedtagelsen af skatteundgåelsesdirektivet fastsat krav om minimumharmonisering, hvilket giver de enkelte medlemslande ret til at implementere skærpede nationale bestemmelser ved ønske om et højere beskyttelsesniveau af selskabsskattegrundlaget. Nationale særregler skal dog fortsat harmonere med de grundlæggende EU-principper (Rådets Direktiv 2016, 7). I forbindelse med gennemførelsen af ATA-direktivet har implementeringsrådet⁴⁰ anbefalet Folketinget, at

⁴⁰ Implementeringsrådet blev nedsat i december 2015. Rådets opgave er at rådgive Regeringen bl.a. i forbindelse med implementering af EU-regulering. Formålet er at sikre ensartede vilkår, således at danske virksomheder ikke bliver underlagt flere skærpede krav end virksomheder i andre EU-lande (Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering 2019).

ændringsforslaget til selskabsskatteloven i videst muligt omfang afspejler minimumsbestemmelserne i direktivet. Lovgivningsmagten tilrådes dermed at afskaffe gældende nationale særregler, og ikke inkorporere supplerende skærpede værneregler i dansk ret. Årsagen hertil er blandt andet, at danske virksomheder, af implementeringsrådet, vurderes at blive pålagt yderligere administrative byrder end andre sammenlignelige virksomheder inden for EU. Ydermere estimerer implementeringsrådet, at færre danske særregler vil reducere risikoen for dobbeltbeskatning eller øvrige kontroverser mellem EU-medlemslandene, hvilket vil have en gavnlig virkning på det danske erhvervsliv (Implementeringsrådet 2018). Ydermere interagerer den danske økonomi i høj grad med øvrige jurisdiktioner, navnlig EU-medlemslandene, der nødvendiggør en koordineret gennemførelse for at opnå andel af nyttevirkningen, hidrørende fra en fælles international standard (Skatteudvalget 2018-19, 13).

10.1 Implementering i national ret

Danmark vurderes generelt at have et robust skattesystem jf. afsnit 5.1. Den økonomiske globalisering har dog alt andet liget bevirket et tiltagende pres på den internationale skatteramme, hvor multinationale koncerner i stigende grad drager nytte af divergerende skattesystemerne på tværs af landegrænserne, hvilket ligeledes indbefatter Danmark. Dette understøttes endvidere af SKATs offentliggjorte kontrolaktiviteter fra år 2018, der påpeger behovet for en konstant tilpasning af skattesystemet, grundet den kontinuerlige optræden af forskelligartede metoder til skatteundgåelse (Skatteudvalget 2018, 11-12). Danmark anerkender dog også, qua OECD-medlemskabet, at en globaliseret økonomi nødvendiggør en kollektiv indsats mod adgang til aggressiv skatteplanlægning. Lovgivningsmagten har megen fokus på at bibeholde et højt beskyttelsesniveau af det danske selskabsskattegrundlag, for at opretholde selskabsskatteprovenuet. Et mere modstandsdygtigt skattesystem er blevet realiseret gennem en løbende udvidelse af selskabsskattebasen i takt med en nedsættelse af selskabsskatteprocenten jf. afsnit 5.1. Ydermere er der inkorporeret en del værneregler i det danske skattesystem, hvorfor der i dansk ret forefindes bestemmelser på mange af de områder, der er angivet i ATA-direktivet såsom rentefradragsbegrænsning, kontrollerede udenlandske selskaber (CFC), exitbeskatning, hybride mismatch etc. Lovgivningsmagten ønsker fortsat at bibeholde et højt beskyttelsesniveau af selskabsskattegrundlaget efter gennemførelse af ATA-direktivet i

national ret, hvorfor gældende bestemmelser i videst muligt omfang fastholdes, herunder bestemmelserne om CFC-beskatning. Folketinget vurderer, at en lempelse af den gældende CFC-lovgivning vil medvirke til et mindre modstandsdygtigt skattesystem, der vil lette adgangen til udøvelse af aggressiv skatteplanlægning inden for EU. Der er fortsat betydelige afvigelse mellem EU-medlemslandenes selskabsskatteprocent, hvorfor incitamentet til eksempelvis at placere immaterielle aktiver i Irland med en skattesats på 12,50 pct. er en potentiel trussel mod det danske selskabsskattegrundlag. Ydermere tilkendegiver Regeringen, at substansundtagelsen ikke vurderes at være effektiv mod skatteundgåelse, da definitionen heraf ikke i tilstrækkelig grad er konkretiseret inden for EU. (Folketinget 2018, 15).

Efterlevelse af skatteundgåelsesdirektivet i national ret er, med henvisning til bemærkningerne til lovforslag nr. L 28, i høj grad effektueret ved en tekstnær implementering af ATA-direktivet. Årsagen hertil er, at skatteundgåelsesdirektivet indeholder en del begreber, der på nuværende tidspunkt ikke er forankret i dansk ret. Herforuden tilsigtes en ordlyd, der er overensstemmende med ATA-direktivet samt BEPS-anbefalingerne. Det omfatter blandt andet *anden indkomst fra immaterielle aktiver* samt *indkomst fra faktureringselskaber*⁴¹. I den anledning har Skatteministeriet udformet ordlyden i overensstemmelse med skatteundgåelsesdirektivet (Folketinget 2018, 55). Det må alt andet lige antages at være i overensstemmelse med Europa-Kommissionen ønske om en ensartet gennemførelse af direktivet blandt medlemslandene, hvilket endvidere, i videst muligt omfang, bevirker en mere homogen forståelse af signifikante begreber samt virkningen heraf. Ydermere reducerer det omfanget af tvivlsspørgsmål, da OECD's BEPS-rapport og ATA-direktivet nemmere kan appliceres som fortolkningsbidrag. Følgende understøttes endvidere af FSR jf. bilag 1 til lovforslag L 28 B, der imødekommer en tekstnær gennemførelse, da det i modsat fald kan give visse komplikationer at udarbejde en nærliggende forståelig ændringslov (Skatteudvalget 2018-19, 47). Det er dog essentielt for retssikkerheden, at lovgivningsmagten i tilstrækkelig grad klargør forståelsen samt konkretiserer påvirkningen på dansk ret. I den anledning henviser FSR blandt andet til manglende forklaring på, hvordan *anden indkomst fra immaterielle aktiver* skal udledes af salgsprisen på en given vare eller tjenesteydelse. De fastslår, at lovgivningsmagtens

⁴¹ Disse er nærmere behandlet i afsnit 11.3.1 og 11.3.2.

anvisning i bemærkningerne til lovforslaget ikke afgiver den nødvendige retssikkerhed herfor, og derimod afleder en del usikkerhed for den praktiske udførsel. Dette er nærmere klargjort i nedenstående afsnit (Skatteudvalget 2018-19, 47).

11 Dansk CFC-lovgivning

Nærværende afsnit har til hensigt at belyse de forhold i ATA-direktivet, som vurderes at have haft den væsentligste indvirkning på Folketingets fremsatte lovforslag nr. L 28 B. Med henvisning til hørringsskema kan der konstateres en generel misfornøjelse med lovgivningsmagtens overimplementering af skatteundgåelsesdirektivet, hvilket navnlig beror udeladelse af lavskattebetingelsen samt substansundtagelsen. Overimplementeringen vurderes ikke at harmonere med de skærpede krav qua ændring af kontrol- samt indkomstbetingelsen. Der vil ikke forefindes en komplet sammenholdelse, men derimod en selvstændig behandling af de elementer, der anslås at kunne foranledige de største udfordringer for det danske erhvervsliv. Følgende skal danne grobund for en klarlæggelse af potentielle retspolitiske problemstillinger i henhold til den danske CFC-lovgivning efter gennemførsel af ATA-direktivet, og hvorvidt denne i tilstrækkelig grad er i overensstemmelse med grundlæggende traktatfæstede frihedsrettigheder.

11.1 Kontrolbetingelsen

Med henvisning til afsnit 7.1 kunne et dansk moderselskab kun underlægges CFC-beskatning, såfremt moderselskabet og det udenlandske datterselskab udgjorde en *koncern* i dansk sammenhæng jf. SEL § 32, stk. 6. Det skatteretlige koncernbegreb ved anvendelse af sambeskatningsreglerne samt bestemmelserne om CFC-beskatning jf. SEL § 31 C er udformet på grundlag af det selskabsretlige koncernbegreb, som er defineret jf. SL §§ 6 og 7. En selskabsretlig koncern determineres af om moderselskabet har bestemmende indflydelse over datterselskabet (Werlauff, Selskabsskatteret 2017/18, s. 361). Førnævnte tilkendegiver, at CFC-beskatningen kan aktualiseres ved forekomsten af et koncernforhold mellem moderselskabet og datterselskabet. Problematikken er dog, at der ikke forefindes en homogen definition af koncernbegrebet blandt EU-medlemslandene, hvilket har bevirket, at Europa-Kommissionen har været nødsaget til at udforme en fælles definition herpå i relation til CFC-reglerne jf. artikel 7, stk. 1, litra a. Denne er uddybet nærmere i afsnit 9.3.1. Lovgivningsmagten har

foretaget en tekstnær implementering af denne, så ordlyden i ændringsforslaget til selskabsskatteloven er overensstemmende med ordlyden i ATA-direktivet (Folketinget 2018, 27). Kontrolbetingelsen harmonerer i høj grad med OECD's anbefalinger, eftersom betingelsen både beror på en økonomisk og juridisk kontroltest, hvorimod den nuværende danske bestemmelse kun er betinget af en juridisk kontroltest. Årsagen hertil er, at opbygningen af selskabets kapitalejersstruktur er forbundet med en vis fleksibilitet, hvilket bevirker, at kontrolreglen relativt ubesværet kan omgås. Den økonomiske kontroltest har dermed til hensigt at modvirke svagheder i den juridiske kontroltest (OECD 2015, 24). OECD angiver endog, at kontroltesten endvidere bør tage højde for udøvelse af *faktisk kontrol*, omfattende den situation, hvor moderselskabet udøver bestemmende indflydelse, og dermed har beføjelsen til at kontrollere datterselskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger, uden at være i besiddelse af mere end 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller overskuddet. Bestemmelsen har til hensigt at modvirke potentiel omgåelse af bestemmelserne (OECD 2015, 21). Faktisk kontrol er dog ikke indeholdt i ATA-direktivets kontrolbetingelse, hvilket antages at bero på en vurdering om, at stigningen i beskyttelsesniveauet ikke harmoniserer med de tilknyttede omkostninger. OECD anslår tillige, at en bedømmelse af, hvorvidt moderselskabet udøver den faktiske kontrol over datterselskabet, er forbundet med betydelige omkostninger, kompleksitet samt usikkerhed, eftersom denne stillingtagen kræver en nærmere analyse af de faktiske omstændigheder (OECD 2015, 24). Desuagtet må anvendelsesområdet alt andet lige betragtes som værende bredere (Bundgaard og Schmidt, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive SR-SKAT 3/2016 2016, 159). Dette vil formentlig bevirke, at CFC-beskatning fremover vil favne flere danske moderselskaber, eftersom tærskelkravet er blevet skærpet i henhold til, hvornår en udenlandsk enhed kan klassificeres som et kontrolleret datterselskab. Skærpelsen eksemplificeres blandt andet ved Skatterådets afgørelse jf. SKM2008.787.SR, hvor det blev konkluderet, at det danske selskab ikke underlægges CFC-beskatning, under den forudsætning af det danske selskab ikke udgør moderselskabet i juridisk sammenhæng jf. SEL § 31 C. Ydermere i Skatterådets bindende svar jf. SKM2009.712.SR, hvor det blev konkluderet, at trods en kapitalejersandel på 75 pct., udgjorde selskabet ikke moderselskabet. Dette var derimod et selskab med en kapitalejersandel på 17,50 pct., eftersom denne havde kompetencen til at udpege flertallet af medlemmerne i bestyrelsen, hvorfor selskabet vurderede at

have bestemmende indflydelse over datterselskabet (Skatterådet 2009). Modificeringen af kontrolbetingelsen vil dog resultere i, at et dansk selskab fremover kan underlægges CFC-beskatning, uagtet om de, i juridisk sammenhæng, betragtes som datterselskabets moderselskab jf. SEL § 31 C. Dette beror dels på, at kontrolbetingelsen ikke kun determineres af selskabets indflydelse på generalforsamlingen qua rådighed over stemmerettigheder, men vil endvidere være gældende, såfremt det danske selskab er i besiddelse af mere end 50 pct. af kapitalen eller er berettiget til at modtage mere end 50 pct. af datterselskabets overskud jf. Lovforslag nr. L 28 B, § 1, pkt. 7 (Folketinget 2018, 2).

FSR har blandt andet givet udtryk for fortolkningstvivel i henhold til, hvornår et skattesubjekt kan have *ret til overskud*. Skatteministeriet uddyber i hørings svar, at kontrolbetingelsen er opfyldt i tilfælde, hvor et skattesubjekt har et forlods rets krav på at modtage en andel på mere end 50 pct. af datterselskabets regnskabsmæssige overskud eksempelvis qua afståelsessituationer, hvor der er indgået en aftale om earn-out. Udbytte er ikke indbefattet af definitionen (Skatteministeriet 2018, 69-70). Det er dog vanskeligt at anslå, i hvilken grad ændringen af kontrolbetingelsen vil have i praksis. Desuagtet vurderes det, at koncernbegrebet, i denne skatteretlig sammenhæng, kan appliceres på flere danske moderselskaber, eftersom CFC-lovgivningen alt andet lige vil favne flere datterselskaber.

11.1.1 Nationale datterselskaber

I relation til ændring kontrolbetingelsen, hvor denne ikke længere er determineret af *bestemmende indflydelse*, men i stedet af kontrol i juridisk og økonomisk forstand. Tidligere havde det principielt ingen virkning, at den danske lovgivningsmagt inkluderede nationale datterselskaber i CFC-lovgivningen, fordi koncernbegrebet var defineret med henvisning til bestemmelserne om national sambeskatning. Betydende, at hvis et dansk datterselskab var omfattet af CFC-lovgivningen, var selskabet tilsvarende omsluttet af de obligatoriske sambeskatningsreglerne jf. SEL § 31, stk. 1. Ved modificering af koncernbegrebet kan det resultere i situationer, hvor datterselskabet ikke vil være omfattet af de nationale sambeskatningsregler, men derimod kan klassificeres som en kontrolleret enhed ifølge CFC-lovgivningen (Folketinget 2018, 90). Ydermere kan det modsatte ligeledes være gældende, eftersom bestemmende indflydelse også kan optræde i tilfælde, hvor moderselskabet ikke har

mere end 50 pct. af stemmerettighederne, men derimod qua en aftale har beføjelse til at kontrollere datterselskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger jf. SEL § 31 C, stk. 2. Dette kan dermed være en måde til at omgå bestemmelserne jf. ovenstående.

Folketingets tekstnære implementering af kontrolbetingelsen vurderes at være afgørende af retspolitiske hensyn, da det i højere grad skaber en ensartet forståelsesramme af koncernbegrebet, i relation til CFC-lovgivningen, inden for EU. Dette nedbringer alt andet lige potentiel fortolkningstvivil. Desuden tilkendegiver ovenstående, at interaktionen mellem en juridisk og økonomisk kontroltest i højere grad tilsikrer et modstandsdygtigt selskabsskattesystem mod aggressiv skatteplanlægning, eftersom CFC-lovgivningen formodentlig vil favne flere datterselskaber. Følgende må antages at harmonere med Folketingets bevæggrunde om et modstandsdygtigt selskabsskattesystem. På trods af adgangen til omgåelse af reglerne qua kontraktmæssige aftaler vurderes det ikke som værende nødvendigt, et den danske kontrolbetingelse udvides yderligere, så den endvidere omfatter tilfælde, hvor moderselskabet har bestemmende indflydelse over den udenlandske enhed. ATA-direktivet skærpelse af kontrolbetingelsen vil allerede resultere i, at flere danske moderselskaber underlægges CFC-beskatning, hvorfor der umiddelbart ikke forekommer et behov for en yderligere udvidelse heraf. Desuden vil overimplementeringen højne den administrative byrde, hvilket ikke er overensstemmende med implementeringsrådet anbefalinger jf. afsnit 10 samt OECD's anbefaling om en tilstrækkelig harmonisering mellem effektiviteten af CFC-lovgivningen og de tilknyttede administrative omkostninger (OECD 2015, 11).

11.2 To modeller i ATA-direktivet

Panama Papers-sagen resulterede i, at Rådet for Økonomi- og Finansministre (ØKOFIN) enstemmigt anerkendte et kritisk behov for en hurtig iværksættelse af metoder til bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning på international samt EU-plan. Herforuden havde medlemslandenes tilslutning til OECD's BEPS-handlingsplan endvidere en betydelig indvirkning på processens tidshorisont (Council of the European Union 2016, 4). Forhandlingen forud for vedtagelsen af Rådets Direktivet 2016/1164 må dermed også betragtes som værende vanskelig. Dette anslås dels at være foranlediget af en ekspedit behandling af Europa-Kommissionens direktivforslag, hvor vedtagelse af skatteretlige bestemmelser normalvis er kendetegnet ved en yderst langsommelig

forhandlingsproces (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 55). Den langsommelige proces er typisk foranlediget af kravet om enstemmighed ved gennemførelse af fiskale bestemmelser jf. TEUF, artikel 114, stk. 2. ATA-direktivet afspejler dermed også, at vedtagelsen, i et vist omfang, har nødvendiggjort et kompromis blandt medlemslandene. Med henvisning til afsnit 9.3.1, omhandlede forhandlingsvanskelighederne navnlig udarbejdelsen af CFC-lovgivningen⁴², hvorfor direktivet rummer to metoder for opgørelse af CFC-indkomsten, som medlemslandene frit kan vælge mellem ved gennemførelse af skatteundgåelsesdirektivet i national ret. Med henvisning til den udarbejdede BEPS-rapport om CFC-lovgivning er der intet til hinder for, at medlemslandene kan benytte begge modeller (Council of the European Union 2016, 5). Udfaldet må dog alt andet lige formodes at være i modstrid med den oprindelige hensigt om en koordineret EU-implementering af BEPS-projektet. Rådet for Den Europæiske Union understøtter endvidere dette qua et forhandlingsnotat fra den 24. maj 2016, hvori det tilkendegives, at udfaldet betragtes som den eneste måde, hvorpå medlemslandene kunne opnå konsensus om vedtagelse af ATA-direktivet. Dette på trods af, at en række medlemslande efterspurgte en harmonisering af bestemmelserne om CFC-beskatning, hvor *model b* i overvejende grad blev kritiseret (Council of the European Union 2016, 5). Folketinget havde tilsvarende præference om, at medlemslandene blot havde én fælles tilgang til eksekvering af CFC-lovgivningen, men anerkendte dog det fremsatte kompromis om to modeller, da det alt andet lige vurderes at højne beskyttelsen af selskabsskattegrundlaget i EU. Regeringens bekymring omfattede ligeledes *model b*, eftersom de ikke anså denne som værende tilstrækkelig effektiv til bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning samt skatteundgåelse (Finansministeriet og Skatteministeriet 2016, 9). Danmark har på grundlag heraf også struktureret den danske CFC-lovgivning med udgangspunkt i *model a*, eftersom denne tillige er sammenfaldende med den nuværende struktur jf. SEL § 32, stk. 5⁴³ (Folketinget 2018, 28). Herforuden har den stigende globalisering resulteret i, at der ofte skal træffes hurtige beslutninger for at modvirke visse risici, der kan have en skadelig påvirkning på det indre marked. I den anledning betragter Europa-Kommissionen, funktionstraktatens krav om enstemmighed ved gennemførelse af fiskale

⁴² Der var også stor uenighed om switch-over-klausulen jf. direktivforslaget, artikel 6. Denne blev dog fjernet ved udformningen af det endelige ATA-direktiv.

⁴³ Der henvises i øvrigt til kapitel 7.3, hvor den nuværende indkomstbetingelse er nærmere illustreret.

bestemmelser som værende udfordrende. Årsagen hertil er, at enstemmighed på beskatningsområdet anses som en hindring, da de fleste nationale økonomier vil agere på grundlag af egne politiske målsætninger, og ikke hvad der er mest hensigtsmæssigt for EU. Dermed vil resultatet ofte bære præg af et kompromis mellem medlemslandene, hvilket ikke er en holdbar tilgangsvinkel. Der vil ikke ske nærmere behandling af enstemmighed eller indførelse af et kvalificeret flertal, som Europa-Kommissionen har tilkendegivet, men blot illustrere udfordringer, der kan være associeret med den anvendte tilgang. Dette er navnlig forårsaget af den betydelige interaktion mellem medlemslandenes økonomier, der ofte stiller krav om en fælles EU-løsning. Det stigende omfang af grænseoverskridende aktiviteter nødvendiggør en harmoniseret indfaldsvinkel, da skatteundgåelsesstrategier kan være vanskelige at modvirke qua unilaterale tiltag. Europa-Kommissionen anser dermed medlemslandenes vetoret som værende uhensigtsmæssig, da den som sagt vurderes at hæmme udviklingen af det indre marked (Europa-Kommission 2019, 1). CFC-lovgivningen er dermed også et udtryk for en suboptimal politisk løsning, hvilket endvidere understøttes af Regeringen tilkendegivelse.

Med henvisning til bemærkning nr. 2 i præamblen til ATA-direktivet skal skatteundgåelsesdirektivet tilsikre, at alle EU-medlemslande har et vist minimumsværn mod adgang til udøvelse af aggressiv skatteplanlægning. Direktivet målsætning er dels at skærpe tilliden til de enkelte nationale selskabsskattesystemer, der i kraft af en multilateral løsning skal sikre en effektiv beskyttelse mod multinationale koncerners udøvelse af skattetænkning. Nyttevirkningen af et fælles EU-tiltag er dog betinget af, at medlemslandenes selskabsskattesystem har et vist minimum af beskyttelsesniveau. Som tidligere angivet har en række medlemslande adspurgt om en afskaffelse af *model b*, grundet usikkerhed om efterlevelse af det nødvendige beskyttelsesniveau. En divergerende fortolkning af CFC-indkomst medvirker, at retsvirkningen af CFC-beskatning er forskellig blandt medlemslandene. En manglende tiltro til effektiviteten af *model b* må betragtes som værende ugunstigt, da det alt andet lige bidrager til en fragmentering af det indre marked (Europa Kommissionen 2016, 4-5).

11.2.1 Indvirkning på det indre marked

Rådet har som tidligere angivet fastsat krav om minimumsharmonisering. Minimumsharmonisering afspejler ikke nødvendigvis en uambitiøs EU-handlingsplan

med et lavt beskyttelsesniveau. Intentionen ved fastsættelse af minimumskrav er derimod at sikre et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau i alle medlemslande. Derimod bibeholdes en fornøden fleksibilitet, der afstedkommer en acceptabel frihed til medlemslandene i henhold til strukturering af det nationale selskabsskattesystem. Det må desuden vurderes som den mest funktionelle tilgang, da direktivet skal inkorporeres i 28 divergerende selskabsskattesystemer. Vedtagelse af et minimumsdirektiv vurderes tillige at harmonere med OECD's perception om en fornøden fleksibilitet, der i høj grad skal realisere målsætningen om, at foranstaltningerne kan indarbejdes i alle jurisdiktioners skattesystemer. Flexibiliteten skal efterkomme en passabel balance mellem BEPS-tiltagenes virkning og de afledte administrative konsekvenser (OECD 2015, 11). Ovenstående angivne kompromis, hvor medlemslandene har adgang til to divergerende tilgange til opgørelse af CFC-indkomst, vurderes at være et resultat af behovet for en resolut handlingsplan på EU-niveau.

Europa-Parlamentet beklager tilmed sameksistensen af to forskelligartede metoder til gennemførelse af CFC-reglerne i national ret. De opfordrer dermed også medlemslandene til at inkorporere den mest effektive model, hvilket af Parlamentet vurderes at være *model a (categorical approach)* (Europa-Parlamentet 2019, 13). 28 forskelligartede selskabsskattesystemer i en stærk integreret økonomi har bevirket en betydelig skattekonkurrence mellem medlemslandene. Det synliggøres dels ved den væsentlige nedsættelse af selskabsskatteprocenten samt indførelse af præferentielle skatteordninger inden for EU, hvor motivet i høj grad er at højne omfanget af udenlandske direkte investeringer. Ydermere forstærker den frie kapitalbevægelighed mobiliteten af skattegrundlaget samt overskuddet (Europa-Kommissionen 2015, 4). Et stigende omfang af globale værdikæder medvirker desuden, at multinationale koncerner typisk vil agere i flere EU-medlemslande. I relation hertil må det anses som upraktisk, at retsvirkningen af CFC-lovgivning er forskellig afhængig af jurisdiktionen. Dette højner alt andet lige den administrative byrde samt usikkerhed, hvilken potentielt kan have en negativ virkning på det indre marked (Business Europe 2016, 9-10). På den baggrund er det essentielt, at medlemslandenes selskabsskattesystem så vidt muligt harmonerer på tværs af landegrænserne, for at modvirke adgangen til skattearbitrage, og derved tab af skatteprovenu. Det må derfor betragtes som u hensigtsmæssigt, at medlemslandene har adgang til to modeller, hvor *model b* formodentlig er mindre effektiv end *model a*. Det må alt andet lige højne

konkurrencevilkårene for de jurisdiktioner, der anvender model b, da appliceringen af denne model anslås at kunne tiltrække flere multinationale koncerner. Divergerende gennemførelse af CFC-reglerne kan dermed afstedkomme konkurrenceproblemer, hvilket endvidere understøttes af OECD (OECD 2015, 16). Dette underbygger dermed lovgivningsmagtens fastholdelse af det gældende robuste selskabsskattesystem, for at modvirke aggressiv skatteplanlægning gennem ageren fra øvrige EU/EØS-medlemslande.

11.3 CFC-indkomst

Når en udenlandsk enhed kan klassificeres som et CFC-selskab, er det efterfølgende essentielt at vurdere, hvorvidt datterselskabets oppebåret indkomst giver anledning til BEPS-bekymring, og dermed skal tilskrives kapitalejerne i moderselskabets jurisdiktion jf. afsnit 8.3.3. OECD påpeger vigtigheden af, at de enkelte jurisdiktioner udarbejder en specificering af forståelsen af CFC-indkomst, men erkender samtidig, at denne i høj grad vil være determineret af lovgivningsmagtens politiske målsætning (OECD 2015, 43). Dette har dermed også dannet grundlag for et kompromis blandt medlemslandene, således at ATA-direktivet indeholder to divergerende modeller til fastlæggelse af CFC-indkomst jf. afsnit 11.2. BEPS-rapportens tredje punkt i opbygningen af CFC-lovgivningen må imidlertid anses som værende relativ inkonsistent, hvilket dels afstedkommer af kravet om fleksibilitet ved udformning af anbefalingerne. Begrundelsen herfor er, at det alt andet lige må være grundlæggende for en international indsats mod aggressiv skatteplanlægning, at der forefindes en ensartet forståelse af, hvilke indkomstarter der kan give anledning til udøvelse af skatteundgåelse. Givne metoder til udhuling af skattegrundlaget eller overførsel af indkomst til lavskattelande kan ikke kun tilskrives et begrænset omfang af lande, men må formodes at kunne aktualiseres i alle jurisdiktioner. Dermed vurderes en effektiv bekæmpelse af skatteundgåelse og aggressiv skatteplanlægning at være betinget af en fælles definition af CFC-indkomst, uagtet jurisdiktionens politiske rammer⁴⁴. Desuagtet erkendes, at en fælles definition af CFC-indkomst kan danne visse komplikationer ved inkorporering af BEPS-foranstaltningerne. Desuden påpeger OECD endvidere, at hensigten med handlingsplanen ikke har været at fastsætte minimumskrav, men derimod at bistå de jurisdiktioner, der har ønske om en effektiv implementering af

⁴⁴ Dette understøttes endvidere af Peter Koerver Schmidts artikel i Nordic Tax Journal (Schmidt, 2016, 96)

bestemmelser om CFC-beskatning i national ret (OECD 2015, 9). En divergerende gennemførelse af CFC-reglerne vurderes dog at kunne bidrage til konkurrenceproblemer mellem jurisdiktioner, hvilket endvidere understøttes af OECD (OECD 2015, 16). På grundlag af ovenstående vurderes det også som værende et samspilsproblem, at EU-medlemslandene har adgang til at benytte differentierende metoder i henhold til CFC-lovgivningen, der blev tilkendegivet i afsnit 11.2. Det understøttes i øvrigt af Europa-Kommissionen, der angiver i en meddelelse til Europa Parlamentet og Rådet, at manglende koordinering kan resultere i, at øvrige internationale jurisdiktioner tillægger dette en dobbelttydig forståelse af god skatteforvaltningspraksis inden for EU/EØS. En fælles strategi er derfor grundlæggende, såfremt EU effektivt skal højne beskyttelsesniveauet mod skatteundgåelse samt bibeholde et funktionsdygtigt indre marked for virksomhederne. Herforuden højne gennemsigtigheden i henhold til, hvornår visse dispositioner aktualiserer retsvirkningen af værnsregler inden for EU/EØS (Europa-Kommissionen 2016, 2).

Regeringen har ligeså eksekveret en tekstnær implementering af ATA-direktivets definitionen af CFC-indkomst ved anvendelse af *model a* jf. artikel 7, stk. 2, litra a. Det har bevirket, at den gældende definition af CFC-indkomst i øvrigt vil indbefatte to yderligere indkomstarter, henholdsvis *anden indkomst fra immaterielle aktiver* samt *indkomst fra faktureringselskaber* (Folketinget 2018, 28). Disse er nærmere klargjort nedenstående.

11.3.1 Anden indkomst fra immaterielle aktiver

Gældende begrebsramme for CFC-indkomst udgøres dels af indkomst for anvendelse eller retten til at anvende immaterielle aktiver jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 6, hvilket også benævnes royalties. Med henvisning til lovforslag nr. L 28 B modificeres denne bestemmelse, så den bringes i overensstemmelse med ordlyden i ATA-direktivet; "*skattepligtige royalties eller anden indkomst fra immaterielle aktiver*"⁴⁵ (Folketinget 2018, 2). CFC-indkomsten omfatter i overvejende grad mobile indkomstarter, der relativt ubesværet kan allokere til udenlandske datterselskaber, hvorved disse er forbundet med en vis risiko for skatteundgåelse (Folketinget 2018, 87). Udvidelsen af

⁴⁵ I den danske oversættelse af ATA-direktivet er immaterielle aktiver substitueret med intellektuelle ejendomsrettigheder. Denne er desuden kontrolleret til engelsk, tysk, svensk og spansk, som har anvendt en tilsvarende betegnelse.

CFC-indkomsten beror på OECD's anbefalinger, hvoraf det fremgår, at definitionen bør inkludere al indkomst, der eksplicit kan relateres til datterselskabets immaterielle aktiv. Årsagen hertil er, at multinationale koncerner relativt nemt kan manipulere med denne indkomstart, eftersom indkomst hidrørende fra et immaterielt aktiv kan have divergerende form og herved distribueres på forskellig vis (OECD 2015, 45). Folketinget har i bemærkninger til lovforslaget konkretiseret *anden indkomst*, hvoraf det tilkendegives, at denne fremover også vil indbefatte indkomst fra immaterielle aktiver, hvor denne er indlejret i afståelsesprisen på en given vare eller tjenesteydelse. Afståelsessummen vil i det tilfælde inkludere et *royaltyafkast* relateret til det pågældende immaterielle aktiv, såsom patent, varemærke, videnskabeligt arbejde etc. Ved de gældende CFC-regler ville denne indkomst ikke blive medregnet til CFC-indkomsten (Folketinget 2018, 28). Udvidelsen skal dermed i højere sikre, at multinationale koncerner ikke kan omgå CFC-beskatning ved at indregne gebyr for anvendelse af immaterielle aktiver i serviceindtægten. Undersøgelser påviser, at den stigende internationale handel og betydningen af immaterielle aktiver i produktionsøjemed har medført en mindre transparent opdeling af indkomst hidrørende fra en given vare eller udførte tjenesteydelser (OECD 2015, 206).

Multinationale koncerners skatteundgåelsesstrategier er ikke kun determineret af selskabsskatteprocenten i den enkelte jurisdiktion, men derimod også behandlingen af visse indkomstarter. Navnlig beskatningen af immaterielle aktiver. OECD påpeger, at placeringen af immaterielle aktiver udgør en væsentlig bestanddel i multinationale koncerners skatteundgåelsesstrategi, hvilket alt andet lige højnes i takt med, at afvigelsen mellem jurisdiktionernes skattesats på indkomst fra immaterielle aktiver forøges (OECD 2015, 96-98). Flere EU/EØS-medlemslande⁴⁶ har indført gunstige patentboksordninger, der medfører, at indkomst fra patenter bliver beskattet med en lavere selskabsskattesats end den formelle selskabsskattesats i jurisdiktionen. Eksempelvis har Storbritannien en skattesats på 10 pct. på indkomst, der hidrører fra patent- samt visse øvrige immaterielle rettigheder (Copenhagen Economics 2015, 14). Bevæggrundene for disse gunstige patentboksordninger er i høj grad at tiltrække globale og videnstunge virksomheder qua gunstige skattevilkår, som normalvis udgør

⁴⁶ I 2016 omfattede det 13 EU/EØS-lande: Storbritannien, Belgien, Italien, Grækenland, Cypern, Ungarn, Luxembourg, Holland, Frankrig, Irland, Spanien, Malta samt Portugal (Europa-Kommissionen 2017, 15).

en fundamental faktor ved udformningen af skatteundgåelsesstrategier. En undersøgelse, udarbejdet af OECD, illustrerer at den gennemsnitlige afvigelse mellem jurisdiktionerne beskatning af immaterielle rettigheder er forøget betydeligt med 38 pct.⁴⁷ fra år 2003 til år 2013, hvilket dels er forårsaget af gennemførte patentboksordninger i henholdsvis Belgien og Holland i år 2007 (OECD 2015, 97). Ovenstående anskueliggør, at multinationale koncerner kan opnå en gunstig skattemæssig position, afhængig af, hvilken jurisdiktion datterselskabet etableres i, hvorfor bevågenheden herom er forøget betydeligt det seneste årti. Den strategiske placering af immaterielle aktiver udgør af den grund et grundlæggende element for BEPS-adfærden (OECD 2015, 97-98). Problemstillingen om et stigende omfang af multinationale koncerner, der placerer IP-rettigheder i lavskattelande, er en global udfordring, der stiller krav om skærpede værnsregler i relation hertil. Udvidelsen af CFC-indkomsten skal dels tilvejebringe den intenderede adfærdsregulering, hvilket højner effektiviteten af selskabsskattesystemet, og i højere grad sikrer, at koncernen beskattes i den jurisdiktion, hvor værdien reelt skabes (Folketinget 2018, 46).

Den danske lovgivningsmagt har på nuværende tidspunkt ikke indført bestemmelser om en patentboks i dansk skatteret⁴⁸, men har derimod gunstige fradragsregler samt underskudsudnyttelsesmuligheder for visse forsknings- og udviklingsaktiviteter⁴⁹. Disse skattepolitiske tiltag stimulerer alt andet lige den økonomiske vækst, og er et essentielt parameter, der formodes at have en betydelig indvirkning på den indbyrdes konkurrence mellem EU-medlemslandene angående tiltrækning af globale virksomheder (Copenhagen Economics 2015, 4). Ovennævnte afspejles i øvrigt ved en betydelig ændring af den gennemsnitlige formelle selskabsskatteprocent i EU, som er reduceret med omtrent 13 pct. point fra år 1996 til år 2017⁵⁰. Nedsættelse af selskabsskatteprocentdelen er i høj grad foranlediget af en politisk målsætning om at bibeholde og tiltrække yderligere udenlandske investeringer (Skatteministeriet 2018,

⁴⁷ Procentdelen bygger på OECD-landene, hvor 8 jurisdiktioner i år 2015 havde vedtaget bestemmelser om patentboks i national ret. Afvigelsen må dermed formodes at være større inden for EU/EØS, hvor 13 lande har patentboksordning.

⁴⁸ Patentboks er tidligere blevet behandlet i Folketinget, men grundet tekniske udfordringer ved udformningen af loven er denne aldrig blevet en realitet.

⁴⁹ Nærværende projekt har ikke til hensigt at belyse de skattepolitiske tiltag, der er vedtaget for at gøre Danmark mere attraktiv, men derimod klarlægge de økonomiske konsekvenser herved, herunder iht. adgangen til skatteundgåelse.

⁵⁰ Dette omfatter ligeledes Danmark, der har nedsat den formelle selskabsskat fra 34 pct. i år 1996 til 22 pct. i år 2017. (Skatteministeriet 2018, 7).

7). Den konstante globale konkurrence om at attrahere virksomheder qua favorable skattevilkår er velkendt, og benævnes også Delaware-effekten⁵¹. Det anslås som sagt at have forøget den indbyrdes konkurrence mellem jurisdiktionerne på tværs af landegrænserne, hvilket endvidere har højnet multinationale koncerners adgang til skatteundgåelse gennem udnyttelse af divergerende selskabsskattesystemer (Rønfeldt 2013, 24). Fordelagtige skattevilkår har forårsaget et tiltagende problem med placering af immaterielle aktiver i lavskattelande. Forskellige måder, hvorpå en grænseoverskridende koncern kan profitere heraf, er nærmere eksemplificeret i afsnit 11.3.1.1. USA har også erfaret betydelige skatteundgåelseskomplikationer, hvilket dels resulterede i vedtagelsen af en omfattende skattereform af den 22. december i år 2017. En effektivisering af selskabsskattebasen var uomgængeligt efter en undersøgelse, udarbejdet af OECD, der konstaterede, at USA havde den højeste effektive selskabsskat af alle OECD-medlemslande, der havde givet anledning til udhuling af selskabsskattebasen (Skatteministeriet 2018, 8). McDonalds er blandt én af de mange virksomheder, der har profiteret af misforhold mellem skattelovgivningen i USA samt EU. I dette tilfælde Luxembourg (Europa-Parlamentet 2019, 25). USA har dermed også set sig nødsaget til at højne beskyttelsesniveauet af selskabsskattebasen ved at inkorporere tiltag fra OECD's BEPS-rapport. På grundlag heraf indførtes et nyt indkomstkoncept i USA, benævnt *Global Intangible Low Tax Income* (herefter GILTI). Bestemmelserne er en skærpelse af den amerikanske CFC-lovgivning, hvor hensigten er at modvirke adgangen til udhuling af selskabsskattegrundlaget qua indkomst hidrørende fra immaterielle rettigheder. GILTI beregnes på grundlag af koncernens globale indkomst med en procentsats på 10,50 pct. Det primære formål, udover fastholdelse af det amerikanske selskabsskatteprovenu, er, ligesom skatteundgåelsesdirektivet, at sikre ensartede konkurrencevilkår mellem nationale og internationale koncerner (Skatteministeriet 2018, 8-9). Problemstillingen understøttes endvidere af flere undersøgelser, hvor det kan konstateres, at des lavere selskabsskatteprocenten er for et givent datterselskab sammenholdt med øvrige tilknyttede selskaber i en koncern, des højere vil koncentrationen af investering i immaterielle aktiver typisk være. Årsagen hertil, er at koncernen alt andet lige vil opnå en højere forrentning jf. afsnit 6.1.1 (Dischinger og Riedel 2008, 1). Ovenstående

⁵¹ Delaware-effekten hidrører fra USA, hvor staten Delaware har implementeret gunstige skattevilkår, der har været medvirkende til en stigende tiltrækning af virksomheder.

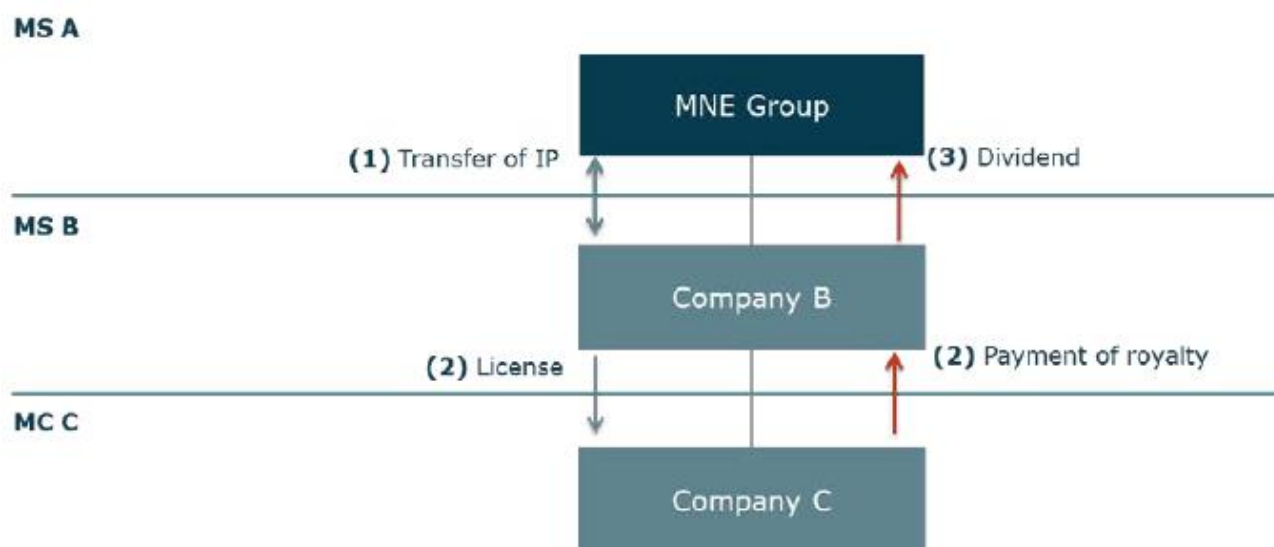
illustrerer vigtigheden af en harmoniseret tilgang mod aggressiv skatteplanlægning, eftersom det vil højne nyttevirkningen samt reducere adgangen til, at multinationale koncerner kan opnå udbytte gennem skattearbitrage. Uden CFC-lovgivning kan multinationale koncerner relativt ubesværet placere immaterielle rettigheder i et lavskattelands, og derefter udhule skattegrundlaget i Danmark qua royalties el.lign., betydende at koncernen opnår en høj fradragsværdi i højskattelands og en lav beskatning af indtægterne i lavskattelands. Exitbeskatningsreglerne sikrer dog, at aktivet beskattet ved udflytning af Danmark, men CFC-reglerne skal imødekomme en efterfølgende beskatning af afkastet (Skatteministeriet 2018, 2-3). Ovenstående har også forårsaget en stigende bevågenhed omkring denne adfærd hos multinationale koncerner, hvorfor det endvidere har været afgørende for OECD og Europa-Kommissionen at tilrettelægge CFC-lovgivningen herefter. Problemstillingen er yderligere eksemplificeret i nedenstående afsnit.

11.3.1.1 Patentboksordning

Europa-Kommissionen har kritiseret patentboksordningen, eftersom den ikke vurderes at efterleve den reelle intention om at virke vækstfremmende for forskning og udvikling, men derimod estimeres at facilitere adgang til udøvelse af aggressiv skatteplanlægning (Europa-Kommissionen 2017, 14). Multinationale koncerner vil normalvis eksekvere strategien gennem placering af IP-rettigheder (step 1)⁵², eksempelvis en panterettighed, i et datterselskab, der er beliggende i en jurisdiktion, hvor der forefindes en gunstig skattemæssig behandling af indkomst hidrørende fra IP-rettigheder qua en patentboksordning eller lignende præferentielle skatteordninger. Bevæggrunden er selvsagt en reducere af den globale selskabsskattebyrde. Efterfølgende vil datterselskab B licensere patentrettigheden til driftsselskabet C, hvorefter driftsselskabet vil betale royalties til selskab B (step 2). Det er essentielt for tilendebringelsen af skatteundgåelsesstrategien, at selskab C er beliggende i en jurisdiktion, hvor royaltybetalinger er fradragsberettiget. Fradragsret for royalties er desuden én af de fire ATP-indikatorer, som blev pointeret ved gennemgang af det danske selskabsskattesystem jf. afsnit 5.1 (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 85). Ydermere er ATP-strukturen betinget af, at jurisdiktionen ikke

⁵² Overførsel af IP-rettigheder fra moderselskab til datterselskab (B) jf. strukturen, kan enten realiseres gennem en direkte afståelse af IP-rettigheden eller en omkostningsfordelingskontrakt udarbejdet ud fra armslængdeprincippet.

opkræver kildeskat af royaltybetalingerne, hvilket typisk vil være reguleret via dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem selskab C og selskab B's stat. Inden for EU vil rente-/royaltydirektivet dog typisk regulere, hvilket EU-medlemsland der har beskatningsretten. I dette tilfælde vil det være selskab B, såfremt datterselskabet anses som den retmæssige ejer af de pågældende royalties. Datterselskab B kan efterfølgende udlodde overskuddet til moderselskabet via udbytte, der inden for EU er skattefrit jf. moder-/datterselskabsdirektivet (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 41-42). Strukturen er illustreret nedenstående:



Figur 1: Patentboks ATP-struktur

Kilde: Ramboll Management Consulting and Corit Advisory, *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators (European Commission)*, N. 61, 2015, side 41.

ATP-strukturen er betinget af, at moderselskabets jurisdiktion ikke har indført bestemmelser om CFC-beskatning. Eksemplet anskueliggør bevæggrundene for at organisere koncernen herefter, hvilket ikke isoleret set kan anfægtes, såfremt gældende lovgivning efterleves jf. afsnit 6.1. Desuagtet agerer koncernen mod bestemmelsernes reelle formål ved at profitere af divergerende nationale skattesystemer til at nedbringe koncernens samlede skattetilsvær, hvilket afleder en række u hensigtsmæssige følgevirkninger, der blev tilkendegivet i afsnit 8.1. Europa-Kommissionen angiver i direktivforslaget, at CFC-reglerne skal virke præventivt, eftersom hensigten er at eliminere incitamentet til overførsel af indkomst samt

allokering af mobile immaterielle aktiver til lavskattelande, hvor bevæggrunden er at bringe koncernen i skattemæssig gunstig position (Europa Kommissionen 2016, 9-10).

Den danske CFC-lovgivning bevirker, at indkomst fra patentrettigheder betragtes som CFC-indkomst. Ved forudsætning om at mere end en tredjedel af datterselskabets samlede overskud udgør CFC-indkomst, skal moderselskabets underlægges CFC-beskatning, uagtet om etableringen af datterselskabet betragtes som værende reel eller ej. I dansk regi skal moderselskabet i sin skattepligtige indkomst til Danmark medregne indkomst svarende til den gennemsnitlige kontrol for den gældende periode. Betydende at ved en ejerandel på 80 pct.⁵³ i datterselskabet, hvor den oppebåret indkomst udgør 100 mio. DKK ved applicering af de danske skatteretlige bestemmelser. Moderselskabet skal i så fald medregne 80 mio. DKK i sin skattepligtige indkomstopgørelse, dog med fradragsret for udenlandsk betalt skat. At hele datterselskabets indkomst skal underlægges dansk beskatning afspejler, at skattesystemet i overvejende grad beror på globalindkomstprincippet jf. afsnit 6.2.1, hvor målsætningen er opretholdelse af geografisk neutralitet. De danske CFC-regler adskiller sig dog betydeligt fra øvrige EU-medlemslande, hvor de fleste jurisdiktioner qua den præjudicielle afgørelse i sag C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), modificerede CFC-lovgivningen, således at denne ikke var gældende ved etablering af datterselskab inden for EU/EØS, såfremt datterselskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet. Det omfatter ligeledes Finland, Sverige, Norge, Island etc. (Schmidt 2016, 20). Det betyder, at hvis datterselskabet vurderes at videreføre en væsentlig økonomisk aktivitet til den givne vare eller tjenesteydelse, skal moderselskabet ikke underlægges CFC-beskatning, hvorimod dette vil være tilfældet for danske moderselskaber. De lempeligere krav i de øvrige EU-medlemslande medvirker, at multinationale koncerner fortsat frit kan profitere af gunstige præferentielle skatteordninger, såfremt denne underbygges med reel økonomisk aktivitet. Ovenstående indikerer selvsagt, at Danmark har det mest robuste selskabsskattesystem, men denne bevirker dog, at Danmark generelt er mindre gunstigt at investere i. Herforuden pålægges de danske virksomheder yderligere omkostninger sammenholdt med sammenlignelige virksomheder i andre EU-medlemslande. Undersøgelsen jf. afsnit 5.1, der blev iværksat af Europa-Kommissionen

⁵³ Der henvises til afsnit 9.3.1, hvor kontrolbetingelsen nærmere er uddybet.

i forbindelse med udformningen af ATA-direktivet, angiver også patentboksordningen⁵⁴ som hyppigst fremtrædende ATP-indikatorer i EU-medlemslandenes selskabsskattesystem (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 146). Dette har været medvirkende til, at Europa-Parlamentet anbefaler en afskaffelse af patentboksordninger i EU-medlemslandene, for at underminere afgangens til skatteundgåelse (Europa-Parlamentet 2019).

11.3.1.2 Praktisk virkning

Hvordan virksomhederne konkret skal opgøre CFC-indkomsten kan give anledning til fortolkningstvivil, hvilket endvidere tilkendegives af flere erhvervsorganisationer jf. lovforslagets høringskema. Dette understøttes blandt andet ved følgende udtalelse fra Dansk Industri: *"DI kritiserer, at der hverken i lovudkastet, BEPS eller direktivet, gives klare anvisning på, i hvilke tilfælde og hvordan dette "inkluderede royaltyafkast" skal udskilles fra varens/tjenesteydelsens salgspris"* (Skatteudvalget 2018-19, 24). Det er dog essentielt for retssikkerheden, at lovgivningsmagten i tilstrækkelig grad klargør forståelsen samt konkretiserer påvirkningen på dansk ret. Problematikken understreges endvidere af FSR, der fastslår, at lovgivningsmagtens anvisning i bemærkningerne til lovforslaget ikke afgiver den nødvendige retssikkerhed herfor, og derimod afleder en del usikkerhed om den praktiske udførsel (Skatteudvalget 2018-19, 47). Folketinget angiver dog i lovbemærkningerne, at konsekvensen hidrørende fra udvidelse af CFC-definitionen til også at omfatte indlejrede royalties i salgsprisen, bevirker, at koncernen er nødsaget til at udskille denne fra varens eller tjenesteydelsens afståelsespris. Opdeling af salgssummen skal eksekveres qua armslængdeprincippet. I anledning hertil må det forventes, at datterselskabet endvidere har en given avance på varen eller tjenesteydelsen, hvorfor indkomsten fra datterselskabets immaterielle aktiver skal tillægges en given mark-up (Folketinget 2018, 89). Ved gennemgang af høringskema kan det udledes, at mange erhvervsorganisationer samt øvrige parter udtrykker en vis misfornøjelse hermed. FSR tilkendegiver blandt andet, at det er urimeligt at kræve, at virksomheder *'kunstigt'* skal opdele afståelsessummen til internt brug, for at præcisere andelen af *'anden indkomst fra immaterielle aktiver'*. Folketinget har bearbejdet kritikken, og i den anledning foretaget visse justeringer i lovforslag nr. L 28 B. Det har

⁵⁴ Nogle af medlemslandenes patentboksordninger indbefatter også IP-rettigheder i form af knowhow og varemærker (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory 2016, 146)

bevirket, at indkomst fra immaterielle aktiver, der er afstedkommet fra datterselskabets egen forskning- og udviklingsarbejde ikke skal betragtes som CFC-indkomst, forudsat at det immaterielle aktiv er oparbejdet efter moderselskabet har opnået kontrol over datterselskabet (Skatteudvalget 2018-19, 80). Undtagelsen omfatter dog ikke immaterielle aktiver, der er erhvervet fra et andet selskab (Folketinget 2018, 89). Dette harmonerer endvidere med ATA-direktivets formål, hvor tiltagene skal sikre, at indkomsten beskattes i den jurisdiktion, hvor værdien skabes.

Datterselskabet skal på grundlag af udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet opdele indkomsten fra en given vare eller tjenesteydelse i følgende bestanddele:

- *Anden indkomst fra immaterielle aktiver, der er oparbejdet, før moderselskabet fik kontrol over datterselskabet (CFC-indkomst)*
- *Anden indkomst fra immaterielle aktiver, der er oparbejdet, efter moderselskabet fik kontrol over datterselskabet (ikke CFC-indkomst)*
- *Anden Indkomst hidrørende fra afståelse af en given vare eller tjenesteydelse (ikke CFC-indkomst)*
- *Indkomst fra goodwill (ikke CFC-indkomst)*⁵⁵ (Zahle 2018, 2-3)

Opdeling af afståelsesprisen for en given vare eller tjenesteydelse vurderes at afstedkomme betydelige administrative og økonomiske omkostninger for det danske erhvervsliv. Dette understøttes endvidere af den betydelige kritik, som ændringsforslaget har påtaget sig fra danske erhvervsorganisationer, erhvervsvirksomheder etc. jf. høringsskema. FSR anslår endvidere, at bestemmelsen er fejlagtigt fortolket, eftersom royalty bør harmonere med definitionen jf. KSL § 65 c, stk. 4. Ifølge denne skal en indkomst klassificeres som et 'royaltyafkast', i tilfælde, hvor køber anvender eller har retten til at anvende sælgers immaterielle aktiv (Skatteudvalget 2018-19, 37-38, 77-78). Skatteministeriet er dog ikke enige med FSR's betragtning, og konstaterer at denne omfatter al indkomst, der kan henføres til det immaterielle aktiv (Skatteudvalget 2018-19, 78). Fortolkningen af gældende ret anslås dog at være overensstemmende med OECD's anbefalinger, fordi der eksplicit gives udtryk for BEPS-bekymring relateret til indkomst fra immaterielle aktiver, hvor denne er indlejret i afståelsesprisen. Herforuden kan det være vanskeligt at adskille

⁵⁵ Det er bekræftet i Skatterådets afgørelse, SKM2014.830.SR, at goodwill ikke er omfattet af CFC-indkomsten (Folketinget 2018, 87).

indkomsten hidrørende fra det immaterielle aktiv fra indkomst, der oppebæres af tilknyttede serviceydelser eller produkter (OECD 2015, 45). OECD supporterer dog erhvervslivets bekymring om den stigende administrative byde. Dette afspejles dels ved konklusionen om betydelige vanskeligheder ved at sondre mellem salgsindtægter og indtægter fra en patentrettighed el.lign. (OECD 2015, 43-44). Følgende understøtter dermed, at udvidelsen af CFC-indkomsten formentlig vil afstedkomme betydelige administrative og økonomiske omkostninger for de danske erhvervsvirksomheder.

11.3.2 Faktureringselskaber

CFC-indkomst vil fremover endogså inkludere *indkomst fra faktureringselskaber*, hvilket afleder direkte lovhjemmel til at beskatte indkomst hidrørende herfra. Folketinget har som sagt effektueret en tekstnær implementering af begrebet, så den er overensstemmende med ordlyden i skatteundgåelsesdirektivet (Folketinget 2018, 28). Med henvisning til ATA-direktivets artikel 7, stk. 2, litra a, pkt. 6 er indkomstarten defineret som følgende; *"indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra salg og tjenesteydelser på varer og tjenesteydelser, der købes og sælges til tilknyttede selskaber⁵⁶, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi⁵⁷"* (Rådets Direktiv 2016, 11). Skatteministeriet konkretiserer i høringsskema, at indkomst fra faktureringselskaber skal betragtes som CFC-indkomst, såfremt datterselskabets alene har til hensigt at agere som et gennemfaktureringselskab (Skatteudvalget 2018-19, 87). FSR samt øvrige erhvervsorganisationer har tilkendegivet fortolkningstvivel i henhold til, hvornår et faktureringselskab bidrager med en reel økonomisk værditilvækst til den givne vare eller tjenesteydelse. Skatteministeriet kan ikke eksakt eksemplificere, hvornår datterselskabet viderefører en tilstrækkelig økonomisk aktivitet til at blive fritaget som CFC-indkomst. Desuagtet tilkendegiver Folketinget, at bestemmelsen fritager datterselskaber der udøver fakturering, men samtidig bidrager med en reel økonomisk værdi til koncernens værdikæde qua øvrige værdiskabende aktiviteter (Skatteudvalget 2018-19, 87). Denne fleksibilitet i bestemmelsen vurderes i høj grad at være associeret med en del usikkerhed om retsvirkningen. De gældende CFC-regler bevirker dog, at salgs- og serviceindtægter udgøre aktive indkomstarter, og dermed ikke klassificeres som CFC-indkomst. Ifølge OECD kan dette foranledige

⁵⁶ Tilknyttede selskaber er defineret i afsnit 4.3.

⁵⁷ Rådets Direktiv er gennemgået på henholdsvis engelsk, tysk, svensk og spansk for at opnå retssikkerhed for forståelsen. Den danske oversættelse vurderes at harmonere med de øvrige medlemslandes.

problemer i følgende to sammenhænge; faktureringselskaber og indkomst fra immaterielle aktiver. Multinationale koncerner kan profitere heraf gennem etablering af et faktureringselskab, der bidrager med ingen eller lidt værdi qua salg- eller serviceaktiviteter på givne varer eller tjenesteydelser, der er erhvervet fra nærtstående parter. På grundlag heraf kan indkomst allokere til faktureringselskaber, beliggende i lavskattelande, og omgå CFC-beskatning (OECD 2015, 43-44). Ved korrekt prissætning på armslængdevilkår mellem interesseforbundne parter burde konstruktionen ikke give anledning til BEPS-bekymring. Desuagtet har flere undersøgelser påvist, at immaterielle aktiver kan være nemmere at udøve en fejlagtig prissætning end fysiske varer. Herforuden har betydningen af IP-rettigheder inden for produktionen medført en mindre transparent skelnen mellem varer og tjenesteydelser ved international handel. Eksempelvis kan distribution af en vare både inkludere afståelsesprisen på varen samt en serviceindtægt for anvendelse af et immaterielt aktiv, hvor denne dog ikke særskilt er angivet (OECD 2015, 206). Dette kan give anledning til BEPS-bekymring, hvilket endvidere blev klargjort i afsnit 6.1.2, fordi koncernen lettere kan allokere indkomster fra immaterielle aktiver til kontrollerede udenlandske selskaber, beliggende i jurisdiktioner med ingen eller lav selskabsskatteprocent. På grundlag heraf anslår OECD, at en jurisdiktion bør klassificere salgs- og serviceindtægter som CFC-indkomst, under den forudsætning, at varen eller tjenesteydelsen er erhvervet fra en nærtstående part og at selskabet ikke vurderes at have den fornødne substans i form af aktiver, personale og udstyr til at understøtte tilvejebringelsen af indkomsten. OECD påpeger dog, at denne sondring kan afstedkomme visse praktiske problemer samt usikkerhed. Desuagtet er stillingtagen afgørende, da multinationale koncerner ellers kan profitere heraf og omgå CFC-beskatning. En måde, hvorpå jurisdiktionen kan nedbringe den administrative byrde er, ifølge OECD, at klassificere faktureringselskabets indtægter som CFC-indkomst, og derved eliminere sondringen mellem reelle salg- og serviceindtægter og indkomst fra IP-rettigheder. Dette bør dog ikke være gældende, såfremt selskabet bidrager med en væsentlig økonomisk aktivitet til værdikæden (OECD 2015, 43-44). Dette anslås desuden at harmonere med ATA-direktivet bestemmelser samt lovforslag nr. 28 B, hvorved denne indbefatter indkomst fra faktureringselskaber. Bestemmelsen vurderes dermed at harmonere med substanstesten, der er nærmere angivet i afsnit 11.5. Desuagtet indikerer ovenstående, at denne udvidelse af CFC-

indkomsten vil udvide anvendelsesområdet, således at flere danske virksomheder vil blive underlagt CFC-beskatning.

11.3.3 Konsekvens

Ovenstående indikerer, at modificeringen af den danske CFC-lovgivning qua lovforslag nr. L 28 B formodentlig vil afstedkomme betydelige økonomiske og administrative konsekvenser for det danske erhvervsliv. Begrundelsen herfor er dels, at CFC-beskatningen alt andet lige vil have et bredere virkeområde, grundet en skærpelse af indkomstbetingelsen. Tidligere skulle datterselskabets CFC-indkomst udgøre 50 pct. af den samlede indkomst, hvorimod denne fremover vil være reduceret til en tredjedel af datterselskabets samlede indkomst. På grundlag heraf vil CFC-lovgivningen alt andet lige påvirke et større omfang af danske moderselskaber med etablerede udenlandske datterselskaber. Endvidere udvides CFC-indkomsten med to yderligere indkomstarter, henholdsvis *anden indkomst fra immaterielle aktiver* samt *indkomst fra faktureringselskaber*. Dette formodes at aflede en større arbejdsbyrde for grænseoverskridende koncerner, der i relation til *anden indkomst fra immaterielle aktiver* påkræves en opdeling af afståelsessummen, der skal danne grundlag for opgørelse af CFC-indkomsten. Ydermere anslås indkomst hidrørende fra faktureringselskaber at være forbundet med en del fortolkningstvivel, foranlediget af usikkerhed om, hvornår datterselskabet vurderes at videreføre en tilstrækkelig økonomisk aktivitet til at blive fritaget CFC-beskatning. Denne usikkerhed kan endvidere danne grundlag for yderligere omkostninger ved anvendelse og efterlevelse af CFC-lovgivningen (OECD 2015, 14).

Det kan på grundlag af ovenstående diskuteres, hvorvidt effektiviteten af den danske CFC-lovgivning harmonerer med de tilknyttede administrative og økonomiske omkostninger, der pålægges danske moderselskaber, eller om denne må betragtes som værende uretmæssig. Flere erhvervsorganisationer, erhvervsvirksomheder etc. tilslutter sig holdningen om, at den administrative byrde, der pålægges det danske erhvervsliv ikke anses som rimelig, hvilket eksplicit tilkendegives i høringskema (Skatteministeriet 2018). OECD påpeger endvidere i BEPS-rapporten, at jurisdiktionen i høj grad bør sikre balance mellem beskatningen af udenlandske datterselskaber samt konkurrenceevnen (OECD 2015, 14). Dette vurderes at udgøre en essentiel politisk overvejelse, som Folketinget bør behandle yderligere, da det kan have en betydelig

indvirkning på konkurrencevilkårene⁵⁸. I takt med at immaterielle aktiver udgør en større andel af den globale økonomi, herunder i relation til digitale aktiviteter jf. afsnit 12.2, er det endvidere afgørende at de danske virksomheder ikke stilles ringere end sammenlignelige udenlandske selskaber. Dette understøttes endvidere af implementeringsrådet (Implementeringsrådet 2018). Ydermere anslås, at en underminering af konkurrencevilkårene kan afstedkomme en negativ indvirkning på investeringsniveauet i Danmark. Danmarks Nationalbank kunne endvidere angive, at dette var gældende for år 2018. De udadgående direkte investeringer fra Danmark til udlandet var reduceret med 60 mia. DKK, hvor de indadgående investeringer fra udlandet til Danmark derimod var faldet med 11 mia. DKK (Danmarks Nationalbank 2019, 1). Ved vedtagelse af lovforslag nr. L 28 B bliver det således interessant at belyse, hvorvidt ændringen får en indvirkning på omfanget af investeringer fremover. Uagtet bør dette inddrages i beslutningsprocessen samt Skatterådets analyse om, hvorvidt den danske CFC-lovgivning får den tilsigtede virkning. Den nødvendige effektivitet af selskabsskattesystemet bør vurderes i overensstemmende med stigningen i den administrative byrde.

11.4 Lavskattebetingelsen

Den primære målsætning med CFC-reglerne er, med henvisning til betragtning nr. 12 i præambelen til ATA-direktivet, at hindre overførsel af mobile aktiver til lavskattelande, hvor den principale hensigt er at bringe koncernen i en skattemæssig gunstig position (Rådets Direktiv 2016, 4). Dette understøttes endvidere af Europa-Kommissionen i direktivforslaget. Heri angives, at skatteundgåelsesdirektivet har til hensigt at modvirke dispositioner, hvor multinationale koncerner bevidst agerer mod bestemmelsens tilsigtede intention, for at nedbringe koncernens akkumulerede skattetilsvær (Europa Kommissionen 2016, 7). Praktisering af skatteundgåelsesstrategier kan resultere i urimelige skatte- og konkurrencevilkår mellem indenlandske- og grænseoverskridende koncerner, hvilket blev klargjort i afsnit 8.1, hvorfor det er essentielt at modvirke adgangen hertil. Det er dog tilsvarende afgørende at opretholde EU's konkurrenceevne på det globale- samt indre marked som et gunstigt investeringssted, hvorfor CFC-lovgivningen bør være fritaget for datterselskaber beliggende i en jurisdiktion med en effektiv selskabsskatteprocent, der i overvejende grad er sammenfaldende med

⁵⁸ I relation hertil er det interessant at se udfaldet af analysen om CFC-lovgivningen har den tilsigtede virkning.

selskabsskattebyrden i moderselskabets jurisdiktion. OECD advokerer ligeledes for dette i BEPS-rapporten, da det alt andet lige reducerer den administrative byrde (OECD 2015, 33). Det påpeges som et grundlæggende element i udformningen af selskabsskattesystemet, at jurisdiktionen tilsigter en balance mellem effektiviteten af CFC-lovgivningen sammenholdt med de associerede økonomiske samt administrative omkostninger, som virksomhederne pålægges (OECD 2015, 14). Ydermere tilkendegiver ovenstående, at jurisdiktionen bør fokusere på jurisdiktioner, der jf. afsnit 4.4 kan klassificeres som et lavskattelands, eftersom CFC-lovgivningen har til hensigt at virke præventivt. Adfærdsreguleringen skal realiseres gennem nedbringelse af multinationale koncernens incitament til at overføre mobile aktiver til lande med gunstige skattevilkår. Koncerner bør dermed ikke pålægges unødige omkostninger ved ageren i lande, hvor tilstedeværelsen ikke er afledt af fordelagtige skattebestemmelser, men derimod af forretningsmæssige hensyn. En uforholdsmæssig forhøjelse af omkostningsniveauet kan afstedkomme visse begrænsninger i konkurrenceevnen for moderselskaber, der er beliggende i et EU/EØS-medlemsland med skærpede værnsregler (OECD 2015, 36-37). Dette er hverken Rådet eller Europa-Kommissionens motiv med udarbejdelsen af skatteundgåelsesdirektivet, hvorfor der ligeledes er vedtaget en lavskattebetingelse, overensstemmende med OECD's anbefalinger, i ATA-direktivets artikel 7, stk. 1, litra b jf. afsnit 9.3.1.

Den praktiske tilgang til fastsættelse af, hvorvidt den udenlandske enhed er beliggende i et lavskattelands, kan eksekveres på forskellig vis. OECD angiver, at jurisdiktionen kan analysere den enkelte case, og herigennem applicere en komparativ tilgang, hvor den effektive selskabsskatteprocent sammenholdes mellem jurisdiktionerne. Tilgangen er nærmere eksemplificeret i afsnit 9.3.1.1. Alternativt kan jurisdiktionen udforme sorte eller hvide lister, der eksplicit angiver, hvorvidt betingelsen er opfyldt eller ej. OECD angiver, at denne tilgang kan nedbringe de administrative omkostninger qua transparenthed, omhandlede hvornår CFC-lovgivningen kan få retsvirkning. Denne tilgang udøves blandt andet af Storbritannien og Finland (OECD 2015, 37). Herforuden har Rådet for Økonomi- og Finansministre vedtaget, at der skal udarbejdes en fælles sortliste over tredjeland, der ikke er samarbejdsvillige. EU-medlemslandene opfordres desuden til at ibrugtage listen i forbindelse med CFC-beskatningsreglerne (Skattelovrådet 2018, 7-8).

Regeringen har dog valgt at udøve retten til at inkorporere skærpede særregler i dansk selskabsskatteret, eftersom lovgivningsmagten har undladt at gennemføre ovenstående benævnte lavskattebetingelse i national ret. Virkningen heraf er, at CFC-beskatningen ikke vil være determineret af beskatningsniveauet i datterselskabets jurisdiktion, men derimod kan aktualiseres, uagtet hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende (Folketinget 2018, 28). Flere danske erhvervsorganisationer, revisionsvirksomheder samt brancheorganisationer har dog angivet kritik herom i forbindelse med behandlingsprocessen af lovforslaget. Dansk Industri tilkendegiver blandt andet følgende; *"CFC-reglerne generelt skal gælde uanset hvor datterselskabet er hjemmehørende. Dette tager ikke tilstrækkelig hensyn til, at det er forbundet med betydelige administrative omkostninger for virksomhederne at opgøre CFC-indkomsten for datterselskaberne"* (Skatteudvalget 2018-19, 23). Følgende illustrerer, at Regeringens gennemførelse af ATA-direktivet i dansk ret formodes at skærpe CFC-reglerne betydeligt, hvilket endvidere understøttes af de klargjorte modificeringer af henholdsvis kontrol- og indkomstbetingelsen jf. afsnit 11.1 samt 11.3. Forslaget til lov om ændring af SEL § 32 vurderes dermed alt andet lige at afstedkomme mærkbare administrative samt økonomiske omkostninger for de danske erhvervsvirksomheder, hvilket implementeringsrådet tilmed har understreget over for Folketinget (Implementeringsrådet 2018).

11.4.1 Gældende bestemmelse

Lovgivningsmagten har som sagt besluttet at gøre brug af den fleksibilitet, som Rådet har inkorporeret i ATA-direktivet gennem retten til at gennemføre nationale særregler. I den anledning har Folketinget valgt at bibeholde den nuværende bestemmelse, således at CFC-lovgivningen fortsat kan finde anvendelse på både nationale- og udenlandske datterselskaber, uagtet beliggenhed og/eller den effektive selskabsskatteprocent. Denne lovbestemmelse blev introduceret i dansk ret ved lov nr. 540 af 6. juni 2007, og er en direkte reaktion på EU-Domstolens præjudicielle afgørelse i sag C-196/04 (*Cadbury Schweppes*). Folketingets bevæggrunde med modificeringen af SEL § 32 var i høj grad at harmonisere CFC-lovgivningen med de grundlæggende EU-rettigheder, navnlig etableringsretten (Folketinget 2007, 20). På den baggrund blev tærsklen dog hævet, således at moderselskabet skulle have bestemmende indflydelse over datterselskabet jf. SEL § 31 C. Herforuden skulle CFC-indkomsten udgøre 50 pct. af datterselskabets samlede indkomst i stedet for en tredjedel. Motivet herfor var at

reducere andelen af datterselskaber, der kunne blive omfattet af CFC-lovgivningen, under den forudsætning at øvrige betingelser var gældende (Folketinget 2007, 44-45). Gennemførelse af ATA-direktivet i dansk ret, bevirker dog, at lovgivningsmagten atter er nødsaget til at nedbringe tærsklen. Anvendelse af *model a (categorical approach)* jf. afsnit 11.2 resulterer i, at moderselskabet skal underlægges CFC-beskatning, såfremt CFC-indkomsten udgør en tredjedel af datterselskabets samlede indkomstopgørelse jf. ATA-direktivet artikel 7, stk. 3 mod 50 pct. efter gældende bestemmelser (Rådets Direktiv 2016, 12).

Undladelse af lavskattebetingelsen i dansk ret må alt andet lige formodes at forøge anvendelsesområdet betydeligt, i samspil med skærpelsen af CFC-indkomstbegrebet, eftersom bestemmelsen som sagt vil favne alle kontrollerede udenlandske datterselskaber, uagtet om dets skattemæssige hjemsted er i Danmark, et EU/EØS-medlemsland eller en jurisdiktion uden for EU/EØS. På det grundlag kan de danske virksomheder se frem til øgede administrative omkostninger ved efterlevelse af CFC-lovgivningen, uagtet om datterselskabet er beliggende i en jurisdiktion med tilsvarende selskabsskatteprocent som Danmark, og hvor risikoen for skatteundgåelse forventes at være lav (OECD 2015, 33). Det må i den anledning undres, at Folketinget ikke estimerer, at ændringsforslaget vil have en nævneværdig indvirkning på selskabsskatteprovenuet. De tilkendegiver endog forekomsten af væsentlig usikkerhed i henhold til kvantificering af de provenumæssige konsekvenser hidrørende fra CFC-beskatning, og at denne *kan* afstedkomme et merprovenu (Folketinget 2018, 46). Det må dog fortsat anses som mærkværdigt, at ordet '*kan*' er benyttet i lovbemærkningerne, eftersom ovenstående indikerer, at vedtagelsen af lovforslag nr. L 28 B vil resultere i en udvidelse af skattebasen. Det understøttes endvidere af FSR, der ligeledes stiller spørgsmålstejn herved. De er tillige af den holdning, at ændringsforslaget må formodes at ville tilvejebringe et merprovenu (Skatteudvalget 2018-19, 39-40).

11.4.2 CFC-lovgivning og EU-retten

Bevæggrunden for overimplementering af ATA-direktivet artikel 7, stk. 1, litra b er at sikre et modstandsdygtigt selskabsskattesystem mod udøvelse af aggressiv skatteplanlægning (Folketinget 2018, 28). Desforuden skal fravælgelsen af lavskatteundtagelsen i øvrigt sikre, at den danske CFC-lovgivning efterlever den

grundlæggende EU-ret. Det blev således stadfæstet i EU-Domstolens præjudicielle afgørelse i sag C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), at etablering af et udenlandsk datterselskab i et andet EU-medlemsland ikke, af moderselskabets jurisdiktion, kan danne grobund for formodningen om udøvelse af skatteundgåelse, og dermed udgøre et tilstrækkeligt argument for at pålægge begrænsninger på de traktatfæstede frihedsrettigheder (Rønfeldt 2013, 13). EU-domstolen fastslår, at der som udgangspunkt ikke er kausalitet mellem en lav effektiv selskabsskatteprocent og potentiel misbrug af den frie etableringsret. EU-domstolen angiver derimod, at medlemslandene må acceptere denne skattekonkurrence på tværs af landegrænserne, indtil de er noget til enighed om homogene selskabsskattesatser inden for EU (Rønfeldt 2013, 13). Europa-Kommissionen har forelagt et forslag herom, der er nærmere klargjort i afsnit 12.1. Ovenstående understøtter, at moderselskabets jurisdiktion ikke må forskelsbehandle selvstændige skattesubjekter, afhængig af, hvor ledelsen har valgt at etablere et datterselskab inden for EU. EU-Domstolen fastslog dermed, at diskriminationen, der er nærmere benævnt i afsnit 11.5, var i strid med etableringsretten, under den forudsætning at etableringen kan betragtes som værende reel ved udøvelse af en væsentlig økonomisk aktivitet (EU-Domstolen (Store Afdeling) 2006, pkt. 75). Herforuden blev dette endvidere stadfæstet i sag C-310/09 (*Accor*), hvor bestemmelsen om udbytte i Frankrig blev erklæret traktatstridig. Den grundlæggende begrundelse var, at behandlingen af udbytte fra datterselskaber beliggende i Frankrig var divergerende fra udloddet udbytte fra datterselskaber, der havde hjemsted i et andet EU-medlemsland (EU-Domstolen 2011, pkt. 40-41). Denne afgørelse understøtter tillige EU-Domstolens praksis om, at jurisdiktionerne ikke må forskelsbehandle moderselskabet, afhængig af hvor dets datterselskab er etableret. På baggrund af ovenstående har Rådet anbefalet medlemslandene at kombinere CFC-lovgivningen med en substansundtagelse, under den forudsætning at *model a (categorical approach)* anvendes ved opgørelse af CFC-indkomsten jf. ATA-direktivets artikel 7, stk. 2, litra a (Rådets Direktiv 2016, 12). Substansundtagelsen er nærmere behandlet i afsnit 11.5. Lovgivningsmagten kunne qua Cadbury Schweppes-sagen ikke opretholde lavskattebetingelsen i dansk ret, uden at supplere denne med en substans-test. Denne tilgang var ikke hensigtsmæssig ifølge Folketinget, eftersom den ikke vurderes at tilvejebringe et tilstrækkeligt effektivt værn mod udhuling af selskabsskattegrundlaget. Folketinget konkluderede følgende i lovbemærkningerne til L

213: "Dommen giver ikke nogen skarp afgrænsning af definitionen af »ægte økonomisk virksomhed«. Det kan derfor ikke præcist defineres, i hvilket omfang Danmark vil kunne beskatte danske moderselskaber af indkomst i lavt beskattede selskaber i andre EU-lande, hvis CFC-beskatningen er afhængig af beskatningsniveauet for datterselskabet." (Folketinget 2007, 20). Bekymringen kom i høj grad i kølvandet på den offentliggjorte undersøgelse af den 14. november 2006, iværksat af Økonomi- og Erhvervsministeriet, som anskueliggjorde betydelige problemstillinger med kapitalfonde, der udhulede selskabsskattegrundlaget i Danmark. Det årlige provenutab relateret til selskabsskattegrundlaget blev estimeret til 2 mia. årligt. På den baggrund var det afgørende for Regeringen at tilsigte et robust selskabsskattesystem (Folketinget 2007, 15-16). Tilsvarende argumentation anvendes af Folketinget som svar på hørings spørgsmål til lovforslag nr. L 28 B, hvor følgende besvarelse er afgivet på ovennævnte bekymring fra Dansk Industri: "(...) CFC-beskatning af alle datterselskaber med tilstrækkelig stor CFC-indkomst, uanset hvor de er hjemmehørende, er nødvendig for at sikre, at reglerne er robuste, og at EU-retten samtidig overholdes" (Skatteudvalget 2018-19, 22-23). Udtalelsen illustrerer, at Regeringens fokuspunkt er at sikre et effektivt selskabsskattesystem, hvor den nuværende bestemmelse vurderes at være den mest hensigtsmæssige. Trods den betydelige kritik fra forskelligartede erhvervsorganisationer, erhvervsvirksomheder samt øvrige parter om den stigende administrative byrde, anslås Folketinget kun i begrænset omfang at have berørt problemstillingen i høringssvar. Det må dog betragtes som positivt, at lovgivningsmagten har besluttet at iværksætte yderligere analyser i henhold til om CFC-lovgivningen får den tilsigtede virkning.

Regeringen angiver desuden i høringsskema, at indretningen af CFC-lovgivningen er overensstemmende med EU-retten ifølge OECD's tredje BEPS-handlingsplan (Skatteudvalget 2018-19, 23). Folketingets argument kan verificeres til BEPS-rapporten, hvor det angives, at EU-medlemslandene kan modvirke diskrimination af erhvervsvirksomheder gennem applicering af CFC-lovgivning på alle kontrollerede datterselskaber (OECD 2015, 17). Hertil skal det dog nævnes, at OECD tillige benævner, at substansundtagelse harmonerer med EU-retten (OECD 2015, 47). Funktionstraktaten overgår dog BEPS-anbefalingerne i retskildelæren, hvorfor OECD's anbefaling principielt ikke giver lovgivningsmagten retssikkerhed om efterlevelse af EU-retten. Dette blev tillige konkluderet i sag C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), hvor de tyske

værnsregler om tynd kapitalisering var overensstemmende med OECD's anbefalinger, så blev disse afvist, da de var i strid med etableringsretten jf. præmis 37. ATA-direktivet har derimod til hensigt at give medlemslandene sikkerhed om tilstrækkelig efterlevelse af EU-retten (Rådets Direktiv 2016, 2). Det kan dog fortsat omdiskuteret, hvorvidt den danske CFC-lovgivning reelt efterlever EU-retten. EU-Domstolen har i flere henseender stadfæstet, at etablering af et selskab i et andet EU/EØS-medlemsland, hvor den bagvedliggende hensigt er at profitere af en mere favorabel lovgivning ikke som udgangspunkt kan anfægtes. Det kan på den baggrund ikke eksplicit konkluderes, at koncernen har misbrugt den frie etableringsret jf. sag C-212/97 (*Centros*) samt sag C-167/01 (*Inspire Art*), og dermed ikke danne grundlag for *tvingende almene hensyn*⁵⁹. Cadbury Schweppes-dommen stiller endvidere krav om reel tilstedeværelse i skatteretlig sammenhæng. Funktionstraktatens ordlyd (artikel 49 og artikel 54) skal sikre, at selvstændige erhvervsvirksomheder underlægges de vilkår, der er gældende for medlemslandets egne borgere. Desuagtet indbefatter etableringsfriheden endvidere, at medlemslandet ikke på vedtage restriktioner, der på nogen måde hindrer etableringsfriheden eller den frie kapitalbevægelse ved at vanskeliggøre eller gøre det mindre gunstigt at drage nytte af frihedsrettighederne, medmindre restriktionen er begrundet i *tvingende almene hensyn* jf. afsnit 11.5.1 (Europa-Kommissionen 1997, 1). Som tidligere angivet er en lav skatteprocent ikke tilstrækkelig til at indføre begrænsninger på funktionstraktatens bestemmelser jf. sag C-196/04 (*Cadbury Schweppes*). Danmark kan dermed ikke inkorporere betingelsen jf. ATA-direktivet, stk. 1, litra b uden at supplere denne med en substanstest. Folketinget vil dog ikke indføre substansundtagelsen i henhold til CFC-lovgivningen jf. afsnit 11.5, eftersom denne ikke i tilstrækkelig grad vurderes at modvirke aggressiv skatteplanlægning. På det grundlag kan lavskattebetingelsen selvsagt ikke indføres i dansk skatteret.

Ovenstående tilkendegiver, at Folketingets fastholdelse af de nuværende bestemmelser, og dermed undlade implementering af en lavskatteundtagelse i dansk ret, potentielt vurderes at kunne afstedkomme visse komplikationer. Ved vedtagelse af Lovforslag nr. L 28 B vil denne udgøre en direktivstyret lov, hvorfor denne udgør en EU-retsakt, der i sidste instans skal fortolkes af EU-domstolen (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 119-120). EU-Domstolens fortolkningsstil er som tidligere

⁵⁹ Tvingende almene hensyn er nærmere beskrevet i afsnit **Fejl! Hensvisningskilde ikke fundet..**

angivet i høj grad karakteriseret ved dets *'formålsbestemthed'*. EU-rettens forrangsprincip blev desuden stadfæstet i sag C-6/64 (*Costa mod Enel*), hvor EU-retten blev tillagt forrang frem for national lovgivning, da det var afgørende for konsolidering af det indre markeds effektivitet (Rønfeldt 2013, 28-29). Den danske CFC-lovgivning vurderes dog i et vist omfang ikke være overensstemmende med ATA-direktivets lovmotiv for indførelse af reglerne om kontrollerede udenlandske selskaber, eftersom denne er at modvirke allokering af indkomst til lavskattelande jf. bemærkning nr. 12 i præambelen. Analysen anslås at danne grundlag for, at den danske CFC-lovgivning potentielt kan være traktatstridig i relation til etableringsfriheden. Årsagen hertil er, at udformningen af bestemmelserne om CFC-beskatning bevirker, at etablering i et andet EU/EØS-medlemsland alt andet lige bliver mindre gunstig. Folketinget har dermed ikke fokus på at modvirke aggressiv skatteplanlægning. Ydermere vurderes det ikke som værende hensigtsmæssigt, at lovgivningsmagten ikke tilsigter en harmoniseret balance mellem effektiviteten af selskabsskattesystemet og de tilknyttede administrative og økonomiske omkostninger, eftersom det af OECD påpeges som et grundlæggende element i opbygningen af CFC-lovgivningen (OECD 2015, 11).

11.5 Substansundtagelse

EU-Domstolens præjudicielle afgørelse i sag C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) har som tidligere angivet ikke kun haft en betydelig indvirkning på den danske CFC-lovgivning, men ligeledes udformningen af ATA-direktivet. Cadbury Schweppes-sagens påvirkning på ATA-direktivet illustreres i artikel 7, stk. 2, litra a. Denne bestemmelse tilkendegiver, at CFC-lovgivningen ikke skal finde anvendelse i tilfælde, hvor det kontrollerede udenlandske datterselskab vurderes at videreføre en betydelig værditilvækst til den givne vare eller tjenesteydelse. Undtagelsen er defineret på følgende vis: "*videreførelse af en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler*" (Rådets Direktiv 2016, 12). Det fremgår af bemærkning nr. 12 i præambelen til ATA-direktivet, at ved anvendelse af *model a* bør medlemslandet udøve denne i samspil med en substanstest, ved etablering af et datterselskab i EU/EØS-medlemsland. Substansundtagelsen bør inkorporeres af hensyn til de grundlæggende EU-rettigheder (Rådets Direktiv 2016, 4). Denne bestemmelse formodes at være direkte afledt af Cadbury Schweppes-sagen. Storbritannien havde på daværende tidspunkt udformet sin CFC-lovgivning på sådan vis, at reglerne fik retsvirkning for britiske moderselskaber, hvis datterselskabets effektive selskabsskatteprocent, af oppebåret indkomst i et givent

EU-medlemsland, var mindre end tre fjerdedele af den skat, der skulle være betalt af datterselskabet efter opgørelse af de skatteretlige bestemmelser i Storbritannien (EU-Domstolen (Store Afdeling) 2006, 4-5). EU-Domstolen tilkendegav i sagen, at denne disponering var i strid med grundlæggende EU-principper om fri etablering jf. artikel 43 EF samt artikel 48 EF⁶⁰ (EU-Domstolen (Store Afdeling) 2006, 23). Etableringsretten indbefatter, at der frit kan etableres en selvstændig erhvervsvirksomhed i et EU-medlemsland, hvorefter selskabet er underlagt de samme vilkår, der er gældende for jurisdiktionens egne juridiske personer (Maciejewski, 2018). Problemstillingen i denne sag er dog, at britiske moderselskaber ikke bliver beskattet af indkomst fra datterselskaber, der er beliggende i et EU-medlemsland med en tilsvarende effektiv selskabsskatteprocent, som der er gældende i Storbritannien. EU-Domstolen fastslog som sagt, at denne forskelsbehandling er i strid med etableringsretten, under den forudsætning at etableringen kan betragtes som værende reel, betydende at datterselskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet (EU-Domstolen (Store Afdeling), 2006, s. pkt. 66). Med henvisning til præmis 67 i sag C-196/04 kan det konkluderes, at en reel etablering dels er afhængig af følgende: "*(...) skal dette konstateres på grundlag af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, angående bl.a. graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr*" (EU-Domstolen (Store Afdeling), 2006, s. pkt. 66). Ved sammenholdelse med ordlyden i ATA-direktivet må denne anses som værende sammenfaldende med ordlyden i EU-Domstolens præjudicielle afgørelse. Dette understøttes endvidere af European Network for Economic and Fiscal Policy Research (EconPol Europe) (Collier, et al. 2018, 10). Afgørelsen konkluderer dermed, at en jurisdiktion som udgangspunkt ikke må indføre restriktioner mod erhvervs-mæssige virksomheder, selvom de opnår en skattemæssig fordel gennem etablering af et udenlandsk datterselskab i et andet EU/EØS-medlemsland. Dette understøttes endvidere i sag C-446/03 (*Marks & Spencer plc*), hvor EU-Domstolen atter konstaterer, at jurisdiktioner ikke må hindre etablering i et andet medlemsland (EU-Domstolen 2015, pkt. 31).

Ovenstående indikerer, at Folketinget, ifølge funktionstraktatens grundlæggende principper, ikke har hjemmel til at vedtage nationale værneregler qua en skærpet CFC-

⁶⁰ Fri etableringsret er i dag reguleret i TEUF, artikel 49 og 54.

lovgivning. I tilfælde, hvor bestemmelsen, under abstraktpræventive hensyn, har til hensigt at hindre etablering af et datterselskab i et andet EU/EØS-medlemsland (Søgaard og Werlauff 2015, 100). Dog under den betingelse, at restriktionen ikke kan begrundes i *tvingende almene hensyn*. Undtagelsen er nærmere beskrevet i nedenstående afsnit.

11.5.1 Tvingende almene hensyn

En hindring af etableringsretten kan begrundes i tvingende almene hensyn, hvilket blev tilkendegivet af EU-Domstolen i sag C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) jf. præmis 47. Det er dog en betingelse, at restriktionen efterlever proportionalitetsprincippet, hvilket betyder at jurisdiktionen skal tilsikre, at restriktionen er tilstrækkelig til at imødekomme den intenderede målsætning, og må derfor ikke gå videre, end hvad der er fornødent. Det er normalvis et krav, at den pågældende restriktion beror på objektive, stabile og almen kendte kriterier, der kan retfærdiggøre tilblivelsen af restriktionen, herunder efterlevelse af EU-retten (Europa-Kommissionen 1997, 1). Praksis fra EU-Domstolen belyser, at nationale værnsregler kan retfærdiggøres i relation til bekæmpelse af skatteundgåelse. Dette er blandt andet blevet stadfæstet i EU-Domstolens præjudicielle afgørelse i sag C-264/94 (*Imperial Chemical Industries*). Heri konkluderede Domstolen, at en hindring af etableringsretten kan begrundes i risiko for skatteunddragelse jf. præmis 26. Det samme var gældende i sag C-446/03 (*Marks & Spencer plc*) jf. præmis 57. Ydermere blev det konkluderet i sag C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*) jf. præmis nr. 37, hvoraf det fremgår, at EU-medlemslandenes nationale værnsregler kun må tilsigte kunstige arrangementer, hvor de bagvedliggende bevæggrunde er at opnå en skattemæssig fordel. I Lankhorst-Hohorst fandt EU-Domstolen, at de tyske værnsregler om tynd kapitalisering var i strid med funktionstraktaten. Sagen omhandlede et tysk datterselskab i økonomiske vanskeligheder, hvorfor det hollandske moderselskab ønskede at afhjælpe situationen qua indfrielse af banklånet og oprettelse af et koncerninternt lån. Tyskland frakendte dog datterselskabet fradragsretten for renter hidrørende fra det koncerninterne lån til moderselskabet, hvilket var overensstemmende med OECD's bestemmelser. Følgende blev dog underkendt af EU-Domstolen, eftersom disponeringen var begrundet i forretningsmæssige hensyn. Tysklands begrundelse om risiko for skatteunddragelse blev afvist, eftersom reglerne ikke kun havde sigte på kunstige arrangementer, men tillige ramte alle situationer, uagtet om etableringen var reel eller ej (Søgaard og

Werlauff 2015, 100-101). Nedenstående tilvejebringes en nærmere analyse af, hvorvidt den danske CFC-lovgivning jf. lovforslag nr. L 28 B er overensstemmende med EU-retten.

11.5.2 Udeladelse af substansundtagelse

Lovgivningsmagten har som sagt ikke inkorporeret en substansundtagelse i national ret jf. lovforslag nr. L 28 B. Overimplementeringen har resulteret i megen kritik fra diverse erhvervsvirksomheder, erhvervsorganisationer etc. Lovgivningsmagtens begrundelse beror på en antagelse om, at substanstesten, der lægges til grund for vurdering af, hvorvidt etablering af et udenlandsk datterselskab kan klassificeres som et reelt arrangement eller ej, vil resultere i et mindre modstandsdygtigt selskabsskattesystem. Årsagen hertil er, at EU-Domstolene, ifølge Folketinget, ikke har tilstrækkelig strenge krav til, hvornår substanstesten bør være opfyldt (Skatteudvalget 2018-19, 33-34). Dette understøttes endvidere af Storbritannien, der i en meddelelse til Europa-Kommissionen af 15. Januar 2018 har udvist bekymring om manglende retspraksis i henhold til, hvordan 'kunstige arrangementer' eksplicit skal fortolkes og anvendes i praksis inden for EU (Europa-Kommissionen 2019, 33). Rådet for Den Europæiske Union dog haft megen fokus på at skabe en ensartet forståelsesramme. De fastsætter, at en tilstrækkelig vurdering beror på to parametre 1) Faktisk økonomisk aktivitet samt 2) væsentlig økonomisk tilstedeværelse. Det første punkt relaterer sig i høj grad til arten af aktiviteten, hvor det andet punkt omfatter klarlæggelse af de underliggende forhold, der er nødvendigt for at oppebære datterselskabets indkomst. Vurderingen skal endvidere bero på en analyse af branchen, antal medarbejdere, lokaler, investeringer, materielle anlægsaktiver etc. sammenholdt med selskabets årlige omkostningsniveau (Council of the European Union 2017, 35). På det grundlag må det vurderes, at EU har fokus på at nedbringe fortolkningstvivilen ved at skabe en ensartet forståelse af begrebet.

Folketinget tilkendegav tilsvarende argumentation for udeladelse af substansundtagelsen i dansk ret ved ændring af SEL § 32 i år 2007 jf. afsnit 11.4.2. Folketingets påstand understøttes til dels af OECD. BEPS-anbefalingerne giver udtryk for, at et komplet værn mod aggressiv skatteplanlægning er betinget af, at moderselskabet underlægges CFC-beskatning, uagtet om datterselskabet udøver reel økonomisk aktivitet eller ej. Desuagtet anerkender OECD endog, at jurisdiktionens

skattesystem, i de fleste tilfælde, nødvendiggør fritagelse af reelle arrangementer, grundet opretholdelse af konkurrenceevnen samt nedbringelse af de administrative omkostninger (OECD 2015, 16). Ydermere bør udformningen af CFC-lovgivningen i høj grad have fokus på de tilfælde, hvor der reelt eksisterer en potentiel risiko for udøvelse af aggressiv skatteplanlægning. Bevæggrunden med CFC-lovgivningen er at undgå udhuling af skattegrundlaget qua allokering af indkomst til lavskattelande, hvorfor risikoen normalvis er en realitet ved etablering af et datterselskab i en jurisdiktion med gunstige vilkår qua præferentielle skatteordninger eller en lav selskabsskatteprocent (OECD 2015, 33). Harmoniseringen mellem effektive nationale værnsregler samt associerede administrative og økonomiske omkostninger udgør et essentielt element i opbygningen af CFC-lovgivningen. OECD advokerer dermed for, at CFC-lovgivningen ikke appliceres ved etablering af et datterselskab i en jurisdiktion med en effektiv selskabsskatteprocent, der har et tilsvarende niveau som den jurisdiktion, hvor moderselskabet er beliggende jf. afsnit 11.4 (OECD 2015, 33). Førnævnte er dermed også bevæggrunden for, at Rådet i skatteundgåelsesdirektivet anbefaler, at medlemslandene inkorporerer en substansundtagelse samt lavskattebetingelse i national ret. EU efterlever BEPS-anbefalinger og derved tilsigter en acceptabel balance mellem bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning samt opretholdelse af et konkurrencedygtigt miljø qua nedbringelse af den administrative byrde. Dette er desuden i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Fokus på nedbringelse af omkostningsniveauet illustreres desuden ved, at Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg har anbefalet, at små- og mellemstore virksomheder (SMV-segmentet) bør undtages fra anvendelsesområdet. Anmodningen er dog ikke blevet inkorporeret i ATA-direktivet, fordi multinationale koncerner anslås at kunne udnytte denne undtagelse, og derved omgå CFC-beskatning (Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg 2016, 2). Det grundlæggende princip inden for selskabsbeskatningsområdet i EU er, at virksomheder betaler skat i den jurisdiktion, hvor værdien dannes, og den faktiske økonomiske aktivitet forefindes (Europa-Parlamentet 2015, 10). Dette harmonerer tillige med betragtning nr. 1 i præamblen til ATA-direktivet, der tilkendegiver den politiske målsætning om, at indkomsten beskattes i den jurisdiktion, hvor overskuddet genereres, og værdien faktisk fremkommes (Rådets Direktiv 2016, 1). Aggressiv skatteplanlægning undergraver dog princippet, og afstedkommer betydelige konsekvenser såsom konkurrencemæssig ulighed på det indre marked,

hvilket er i modstrid med funktionstraktatens grundlæggende målsætning (Werlauff og Hansen, Den juridiske metode 2016, 109).

Det er dog omdiskuteret, hvorvidt den danske CFC-lovgivning efterlever EU-retten, hvilket også blev klargjort i afsnit 11.4.2. Lovgivningsmagten må som sagt ingenlunde gennemføre restriktioner i dansk ret, der hindrer etableringsfriheden gennem vanskeliggørelse eller i øvrigt ufordelagtigøre etablering af et datterselskab i et andet EU/EØS-medlemsland, medmindre restriktionen er begrundet i *tvingende almene hensyn* jf. afsnit 11.5.1 (Europa-Kommissionen 1997, 1). Den danske CFC-lovgivning må betragtes som en national værnregel, der alt andet lige udgør en hindring. Folketinget angiver endog, at CFC-lovgivningen er overensstemmende med EU-retten, eftersom denne favner alle datterselskaber, uagtet dets beliggenhed eller den effektive selskabsskatteprocent jf. afsnit 11.4. På det grundlag anslås CFC-reglerne at efterleve diskriminationsforbuddet, eftersom danske moderselskaber som sagt behandles ens, uagtet datterselskabets skattemæssige hjemsted. Restriktionen vurderes dog ikke i tilstrækkelig grad at harmonisere med EU-retten, fordi værnreglen bevirker, at etablering i et andet EU/EØS-medlemsland bliver mindre ufordelagtigt. Restriktionen kunne potentielt begrundes i tvingende almene hensyn, såfremt værnreglen har gavnlige virkninger for samfundet, såsom hindring af skatteunddragelse samt konkurrencemæssig ulighed (Rådet for Den Europæiske Union 2010). Det er tidligere i projektet blevet klargjort nødvendigheden af CFC-lovgivning til at modvirke udhuling af skattegrundlaget qua allokering af indkomst til lavskattelande, eller placering af mobile aktiver i jurisdiktioner med fordelagtige skattevilkår. Det er navnlig i relation til immaterielle aktiver. Problemstillingen understøttes endvidere af flere undersøgelser, hvor det kan konstateres, at des lavere selskabsskatteprocenten er for et givent datterselskab sammenholdt med øvrige tilknyttede selskaber i en koncern, des højere vil koncentrationen af investering i immaterielle aktiver typisk være jf. afsnit 11.3.1 (Dischinger og Riedel 2008, 1). Risikoen for skatteunddragelse må på det grundlag alt andet lige betragtes som værende høj ved etablering i en jurisdiktion med gunstige skattevilkår. Der er dermed tale om en alment kendt problemstilling, der muligvis kan retfærdiggøres i tvingende almene hensyn. Problemstillingen ved den danske CFC-lovgivning er endog, at denne favner alle datterselskaber, uagtet om der videreføres en væsentlig økonomisk aktivitet eller ej. Dette vurderes, at kunne tilvejebringe visse udfordringer for den danske skatteret, da den umiddelbart anslås at være i modstrid

med funktionstraktatens bestemmelse om etableringsfrihed jf. artikel 49 og 54. Årsagen hertil er, at den CFC-lovgivningen betragtes at gå videre end, hvad der er nødvendigt for at modvirke aggressiv skatteplanlægning. Følgende underbygges desuden, af Folketinget frembragte lovbemærkninger: "*Uden CFC-regler er det muligt for internationale koncerner at placere deres overskydende kapital i et datterselskab i et lavskattelands (...)*" (Folketinget 2018, 26). Citatet indikerer, at skatteundgåelsesrisikoen primært omfatter lavskattelands, hvorfor restriktionen ikke antages at efterleve proportionalitetsprincippet. Årsagen hertil, er at denne omfatter alle datterselskab, uagtet om der er tale om et reelt eller ikkereelle arrangementer, hvilket angiveligt er i modstrid med etableringsretten. Dette har EU-Domstolen fastslået i flere præjudicielle afgørelser, hvilket blev klargjort i afsnit 11.5.1. I den anledning er det dog nævneværdigt, at EU-Domstolen sjældent, i skatteretlig sammenhæng, udøver et udelukkende restriktionsforbud, uden at der også er tale om et diskriminationsforbud jf. sag C-513/03 (*Van Hilten van der Heijden*) samt sag C-298/05 (*Columbus Container Services*). Det skyldes i høj grad, at skatteretten er et megen ømtåleligt område for flere medlemslande (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013, 433). Desuagtet betragtes Folketingets tiltag mod at eliminere diskriminationsforbuddet at have mindre nævneværdig konsekvenser, grundet bestemmelsen om tvungen national sambeskatning. Umiddelbart indikerer ovenstående, at den danske CFC-lovgivning ikke harmonerer med etableringsretten. For det første fordi, at bestemmelsen ikke vurderes at efterleve den intenderede retstilstand bag ATA-direktivet samt de grundlæggende principper ved selskabsbeskatning inden for EU; at indkomsten skal beskattes i den jurisdiktion, hvor denne genereres, og værdien skabes. Den nationale værnsregel om CFC-beskatning anslås ikke at stå i rimeligt forhold til de bagvedliggende motiver, om at modvirke omfanget af aggressiv skatteplanlægning samt skatteundgåelse (BEPS-situationer), da bestemmelse favner alle datterselskaber. Følgende understreges endvidere af Peter Koerver Schmidt, der ligeledes er af den holdning, at Danmark efter omstændighederne formentlig bør forberede sig på, at CFC-lovgivningen, inden for EU, kun kan aktualiseres på kunstige arrangementer (Schmidt, Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv 2013).

11.5.3 Virkning af substanstest

Folketinget er af den vurdering, at en substanstest i EU-regi ikke i tilstrækkelig grad er effektiv i henhold til identificering af, om datterselskabet udøver reel økonomisk aktivitet eller ej. OECD påpeger dog, at en substanstest kan have gavnlig virkning mod BEPS-situationer, samt multinationale koncerners etablering af nye skatteundgåelsesstrategier. Årsagen hertil er, at substanstesten i høj grad forebygger, at det udenlandske datterselskab ikke udøver værdiskabende aktiviteter, hvis formål er at reducere omfanget af CFC-indkomst til under en tredjedel af datterselskabets samlede indkomst. Konsekvensen heraf er, at datterselskabet ikke vil opfylde indkomstbetingelsen, hvorved bestemmelserne om CFC-beskatning ikke får retsvirkning for danske moderselskaber (OECD 2015, 47). Denne disposition anslås at kunne gennemføres ret ubesværet af multinationale koncerner, der i videst muligt omfang vil sikre, at fradrag placeres i højskattelände og indkomst i lavskattelände. Multinationale koncerner vil normalvis organisere sig til den skattemæssigt mest gunstige konstellation, således at den effektive selskabsskat reduceres mest muligt (Rønfeldt 2013, 22). Følgende kan eksemplificeres ved, at datterselskabet påtager sig 70 pct. værdiskabende aktiviteter, der ikke kan klassificeres som CFC-indkomst, hvorved de resterende 30 pct. udgør CFC-indkomst, hvilket er tilstrækkelig til at omgå CFC-beskatningsreglerne (OECD 2015, 47). Af den årsag er indkomst fra faktureringselskaber endvidere klassificeres som CFC-indkomst ved en kategorisk tilgang. Folketinget skal dermed i et vist omfang eksekvere substanstest i disse tilfælde, der er nærmere klargjort i afsnit 11.3.2.

Regeringen bør dermed overveje at inkorporere en lavskattebetingelse i relation med en substansundtagelse, da det i højere grad vil harmonere effektiviteten med den administrative byrde, der pålægges de danske erhvervsvirksomheder ved overholdelse af CFC-lovgivning. Risici for udhuling af skattegrundlaget er navnlig kun en realitet ved etablering af et datterselskab, der er beliggende i jurisdiktion med gunstige vilkår såsom præferentielle skatteordninger eller en lav selskabsskatteprocent. Det må dermed betragtes som uretfærdigt, at det danske erhvervsliv pålægges unødvendige omkostninger, eftersom Folketinget er af den opfattelse, at en substanstest vil underminere det danske selskabsskattegrundlag. Herforuden må det alt andet lige formodes at have en negativ indvirkning på konkurrenceevnen. Dernæst blev det i ovenstående afsnit klargjort, at den danske CFC-lovgivning formentlig ikke harmonerer

med EU-retten, navnlig etableringsretten. Det skyldes, at de skærpede danske særregler går videre end, hvad der er nødvendigt for at modvirke udhuling af det danske selskabsskattegrundlag. Der er dermed tale om en restriktion, der rammer alle reelle og ikke reelle arrangementer, uagtet om etableringen kan begrundes i forretningsmæssige hensyn. Dette udgør en hindring af etableringsretten, hvorfor den danske CFC-lovgivning vurderes at være traktatstridig.

12 Øvrige EU-tiltag mod aggressiv skatteplanlægning

Europa-Kommissionen har iværksat yderligere tiltag til bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning. Kommission påpeger, at det er fundamentalt, at EU er tilpasningsdygtige samt agtpågivende over for nye metoder, hvorpå multinationale koncerner kan opnå en gunstig skattemæssig position. Nærværende afsnit bidrager med en periferisk klarlæggelse af de initiativer, der er forelagt af Europa-Kommissionen, og dermed fremover potentielt have en væsentlig indvirkning på det danske skattesystem, herunder CFC-lovgivningen.

12.1 Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)

Europa-Kommissionen har offentliggjort et direktivforslag om etablering af et fælles selskabsskattegrundlag for koncernens samlede indkomst, der også benævnes Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Selskabsskattegrundlaget skal være obligatorisk for koncerner, der sammenlagt har en omsætning på mere end 750 mio. EUR, men valgfrit for koncerner med en omsætning under denne bundgrænse. Forslaget vurderes at nedbringe den administrative byrde for grænseoverskridende koncerner, eftersom indkomsten skal opgøres efter ét skatteretligt princip i stedet for flere divergerende principper (ØKOFIN 2017, 15). Hensigten med forslaget er i høj grad at reducere forekomsten af aggressiv skatteplanlægning samt skatteundgåelse. Dette vurderes at være et effektivt virkemiddel til at undgå omgåelse af CFC-beskatning, som kan være ødelæggende for det indre markedes funktionsmåde. Problemet med det nuværende forslag er dog, at det fortsat vil være praktiserbart at allokere indkomsten til lande med gunstigere skatteforhold, eftersom den grænseoverskridende koncern kan flytte arbejdskraften eller aktiverne⁶¹, hvorfor en større andel af indkomsten allokeres til et land med gunstigere skatteforhold. ØKOFIN anslår dog, at vedtagelse af direktivet

⁶¹ Indkomsten allokeres på grundlag af en fordelingsnøgle, hvor disse to parametre blandt andet indgår.

vil resultere i, at EU-medlemslandene ikke kan implementere skærpede nationale særregler, hvorfor Danmark er nødsaget til at gennemføre lavskattebetingelsen samt substansundtagelsen (ØKOFIN 2017, 18). Det estimeres, at Danmark potentielt kan miste to pct. point af skattebasen, hvorfor Danmark formentlig vil applicere en højere CCCTB-beskatningsprocent (Søgaard og Werlauff 2015, 262-263). På trods heraf vurderes denne metode at være fremtiden for opgørelse af skattegrundlaget for grænseoverskridende koncerner, der formentlig vil bevirke en modificering af den danske CFC-lovgivning.

12.2 Digitale aktiviteter

Digitale virksomheder har erfaret en betydelig udvikling det seneste årti, hvilket endvidere har haft en gavnlig virkning på den økonomiske vækst i EU. Den nuværende skatteramme er dog ikke udarbejdet med henblik på denne type virksomheder, hvilket af Europa-Kommissionen vurderes at være uhensigtsmæssigt. Digitale virksomheders gennemsnitlige effektive selskabsskatteprocent udgør blot halvdelen af den gennemsnitlige effektive selskabsskatteprocent for øvrige virksomheder inden for EU. Dette efterlever ikke ATA-direktivets målsætning om retfærdig selskabsbeskatning, der indbefatter at virksomhederne i højere grad betaler skatten i den jurisdiktion, hvor indkomsten genereres, og værdien reelt dannes (Europa-Kommissionen 2018). Problemstillingen i relation til digitale virksomheder er i høj grad en værdiansættelsen af immaterielle aktiver. I juli 2018 blev der af den grund forelagt et forslag, med inspiration fra den amerikanske skattereform jf. afsnit 11.3.1, om indførelse af minimumsbeskatning på globalindkomsten. Bestemmelsen skal udgøre et supplement til den nuværende CFC-beskatning (ØKOFIN 2018, 13).

13 Konklusion

Folketingets implementering af ATA-direktivet i national ret, qua lovforslag nr. L 28 B, vurderes generelt at afstedkomme betydelige modificeringer af den gældende CFC-lovgivning i relation til kontrolbetingelsen, nedbringelse af tærsklen for indkomstbetingelsen samt udvidelse af definitionen på CFC-indkomst. Ydermere har lovgivningsmagten valgt at undlade gennemførelse af følgende angivne undtagelser i ATA-direktivet; lavskattebetingelsen jf. artikel 7, stk. 1, litra b samt substansundtagelsen jf. artikel 7, stk. 2, litra a. Det er navnlig udvidelsen af CFC-

indkomsten jf. SEL § 32, stk. 5, der anslås at skærpe den administrative byrde for de danske erhvervsvirksomheder, eftersom denne tillægges to yderligere indkomstarter; 1) anden indkomst fra immaterielle aktiver og 2) indkomst fra faktureringselskaber. Indkomstarterne er overensstemmende med OECD's BEPS-anbefalinger, og er i høj grad et resultat af multinationale koncerners stigende inddragelse af immaterielle aktiver ved udformning af skatteundgåelsesstrategier. Immaterielle aktiver er yderst mobile, og kan relativt ubesværet allokere til jurisdiktioner med præferentielle skatteordninger, såsom en patentboksordning. Undersøgelser fra OECD samt Europa-Kommissionen indikerer, at indkomst fra immaterielle aktiver kan være indlejret i afståelsesprisen for en given vare eller tjenesteydelse, for at omgå CFC-beskatning. Den ændrede CFC-indkomstbetegnelse bevirker, at danske erhvervsvirksomheder skal opdele afståelsesprisen ved opgørelse af CFC-indkomsten. Herforuden skal indkomst fra faktureringselskaber desuden klassificeres som CFC-indkomst fremover, under den forudsætning at varen eller tjenesteydelsen er erhvervet fra en nærtstående part og datterselskabet ikke vurderes at være i besiddelse af de fornødne aktiver, personale eller udstyr til at tilvejebringe indkomsten. Denne er dog forbundet med megen fortolkningstvivil i henhold til, hvornår datterselskabet konkret bidrager med en tilstrækkelig værditilvækst. Folketinget har endvidere vanskeligt ved at konkretisere dette i høringskema. Ovenstående angiver dermed, at den administrative byrde formodentlig vil højnes ved gennemførelse af ATA-direktivets bestemmelser. Anvendelsesområdet vil endog blive bredere, hvilket er forårsaget af; 1) ændring af koncernbegrebet i denne skatteretlig sammenhæng, hvor der både skal eksekveres en juridisk og økonomisk kontroltest 2) indkomstbetingelsen bliver fremover en realitet, når en tredjedel af datterselskabets indkomst udgør CFC-indkomst mod den tidligere bestemmelse på 50 pct. 3) udvidelse af CFC-indkomst med to indkomstarter. CFC-beskatningen vil alt andet lige favne flere moderselskaber. Folketinget er forpligtet til at opretholde ATA-direktivet, og har derfor ikke adgang til at lempe på ovenstående angivne bestemmelser, hvor ordlyden i lovforslag nr. L 28 B er overensstemmende med direktivet.

Problemstillingen er dog, at lovgivningsmagten har valgt at bibeholde den nuværende bestemmelse om, at CFC-lovgivningen er gældende for samtlige nationale- samt udenlandske datterselskaber, uagtet beskatningsniveauet eller etableringens realitet. Folketinget har fravalgt substans testen, da den vurderes at nedbringe

selskabsskattesystemets effektivitet mod skatteundgåelse. Dette har afstedkommet betydelig kritik fra diverse erhvervsorganisationer, erhvervsvirksomheder samt øvrige parter. Én af de væsentligste forhold ved opbygningen af CFC-lovgivningen er, ifølge OECD, at jurisdiktionen harmoniserer effektiviteten mod de associerede administrative og økonomiske omkostninger. Folketinget vurderes ikke i tilstrækkelig grad at balancere de to forhold. Ændringsforslaget indikerer, at fokuspunktet har været at bibeholde et robust selskabsskattesystem, uden nævneværdig inddragelse af en potentiel økonomisk indvirkning på det danske erhvervsliv i relation til efterlevelse af CFC-lovgivningen. Dette må alt andet lige betragtes som en retspolitisk udfordring, da det kan have en betydelig påvirkning på konkurrenceevnen, eftersom flere danske erhvervsvirksomheder vil blive pålagt yderligere omkostninger sammenholdt med tilsvarende virksomheder i øvrige EU-medlemslande. Implementeringsrådet understøtter endvidere denne betænkning. Herforuden antages den danske CFC-lovgivning potentielt at være i strid med EU-retten, navnlig etableringsfriheden. Begrundelsen herfor er, at den danske CFC-lovgivning vurderes at udgøre en hindring mod etablering af et datterselskab i et andet EU/EØS-medlemsland ved at gøre etableringen mindre gunstig qua tvungen sambeskatning. EU-Domstolen har endog fastslået, at nationale værnsregler kan begrundes med *tvingende almene hensyn* ved risiko for skatteunddragelse. Ved henvisning til betragtning nr. 12 i præamblen til ATA-direktivet har CFC-lovgivningen til hensigt at henføre lavt beskattet indkomst til moderselskabet. Den danske CFC-lovgivning favner dog alle datterselskaber, hvorfor denne ikke kun har sigte på *kunstige arrangementer*, men rammer alle datterselskaber, uagtet etableringens realitet. På det grundlag vurderes værnsreglen at være uoverensstemmende med proportionalitetsprincippet, og dermed stride imod Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, eftersom den danske CFC-lovgivning er mere restriktiv end, hvad der er nødvendigt, for at modvirke aggressiv skatteplanlægning.

14 Bibliografi

- Andersen, E. Ø. (5. december 2014). *politikken*. Hentet fra <https://politikken.dk/oekonomi/gloekonomi/art5555507/Se-hvad-McDonalds-Google-og-alle-de-andre-betaler-i-skat>
- Bundgaard, J., & Schmidt, P. K. (2016). ANTI-TAX AVOIDANCE DIREKTIVET ER NU EN REALITET – NYE VÆRNSREGLER OG FLERE TVISTER I VENDE I EU. *SR-SKAT 6/2016*, s. 383-389.
- Bundgaard, J., & Schmidt, P. K. (marts 2016). Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive SR-SKAT 3/2016.
- Business Europe. (7. marts 2016). Anti-Tax Avoidance Package. *Business Europe*.
- Collier, R., Kari, S., Ropponen, O., Simmler, M., & Todtenhaupt, M. (2018). *Dissecting the EU's Recent Anti-Tax Avoidance Measures: Merits and Problems*. München: European Network for Economic and Fiscal Policy Research.
- Copenhagen Economics. (2015). *Analyse vedrørende skattefradrag for forskning og udvikling som incitament for investeringer i avanceret produktion*.
- Council of the European Union. (2016). *General Approach - 9432/16, 24 May 2016*. Brussels: General Secretariat of the Council.
- Council of the European Union. (5. december 2017). The EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes. *EU*. Bruxelles.
- Danmarks Nationalbank. (14. februar 2019). Direkte investeringer faldt i 2018. Danmarks Nationalbank.
- Danmarks Statistik. (21. April 2019). *Danmarks Statistik*. Hentet fra <https://www.dst.dk/da/Statistik/emner/erhvervslivet-paa-tvaers/globalisering/oekonomisk-globalisering>
- Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg. (2016). *C 264/93*. Bruxelles: Det Europæiske Unions Tidende.

- Dijsselbloem, J. (25. maj 2016). OUTCOME OF THE COUNCIL MEETING - Economic and Financial Affairs. *EU*. Brussels: Council of the European Union.
- Dischinger, M., & Riedel, N. (2008). *Corporate Taxes and the Location of Intangible Assets Within Multinational Firms*. Department of Economics University of Munich. München: Munich Discussion Paper.
- Dover, D., Ferrett, D., Gravino, D., Jones, P., & Merler, S. (2015). *Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union*. European Parliamentary Research Service.
- EU-Domstolen (Store Afdeling). (12. september 2006). *European Union Website*. Hentet fra <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=63874&doclang=DA>
- EU-Domstolen. (15. september 2011). DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling) i sag 310/09. *InfoCuria - Case-law of the Court of Justice*.
- EU-Domstolen. (13. december 2015). DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling) i sag C-446/03.
- EUR-Lex. (11. 07 2018). Hentet fra <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114527>
- Europa Kommissionen. (28. Januar 2016). Forslag til Rådets Direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde. Bruxelles , Belgien.
- Europa-Kommission. (15. januar 2019). På vej mod en mere effektiv og demokratisk beslutningstagning inden for EU's skattepolitik. Strasbourg: Europaudvalget.
- Europa-Kommissionen. (4. juni 1997). *Europa-Kommissionen*. Hentet 25. april 2019 fra http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-477_da.htm
- Europa-Kommissionen. (6. december 2012). COMMISSION RECOMMENDATION of 6.12.2012 on aggressive tax planning . Bruxelles, Belgien.

Europa-Kommissionen. (17. juni 2015). Et fair og effektivt system for selskabsbeskatning i Den Europæiske Union: 5 centrale indsatsområder. Bruxelles, Belgien.

Europa-Kommissionen. (28. januar 2016). Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet om en ekstern strategi til effektiv beskatning. Bruxelles, Belgien.

Europa-Kommissionen. (25. oktober 2016). Opbygning af et fair, konkurrencedygtigt og stabilt selskabsskattesystem i EU. Strasbourg: Europa-Kommissionen.

Europa-Kommissionen. (11. november 2017). *Europæisk semester temablade*. Hentet fra https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_curbing-aggressive-tax-planning_da.pdf

Europa-Kommissionen. (28. september 2017). Skatter og afgifter. *EUROPÆISK SEMESTER TEMABLAD*. Europa-Kommissionen.

Europa-Kommissionen. (21. marts 2018). Beskatning af digitale aktiviteter: Kommissionen foreslår nye foranstaltninger, der skal sikre, at alle virksomheder betaler en retfærdig andel i skat i EU . *Europa-Kommissionen*. Bruxelles, Belgien.

Europa-Kommissionen. (30. december 2018). Europa-kommissionen - Pressemeddelelse . Bruxelles: Europa-Kommissionen.

Europa-Kommissionen. (23. oktober 2018). Nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet: Styrkelse af deres rolle i EU's politiske beslutningsproces. Strasbourg, Frankrig.

Europa-Kommissionen. (2. april 2019). COMMISSION DECISION of 2.4.2019 ON THE STATE AID SA.44896 implemented by the United Kingdom concerning CFC Group Financing Exemption. *Europa-Kommissionen*. Bruxelles.

Europa-Parlamentet. (2. december 2015). Betænkning med henstillinger til Kommissionen om større gennemsigtighed, samordning og konvergens i EU's selskabsbeskatningspolitik . Europa-Parlamentet.

Europa-Parlamentet. (26. marts 2019). Report on financial crimes, tax evasion and tax avoidance. Europa-Parlamentet.

Europaudvalget. (7. juni 2016). *Finansministeriet*. Hentet fra <https://www.eu.dk/samling/20161/raadsmoede/559000/bilag/1/1643870.pdf>

Finansministeriet og Skatteministeriet. (2016). *Samlenotat vedrørende rådsmødet (ECOFIN) den 17. juni 2016*. Finansministeriet.

Folketinget. (7. februar 2002). *L 99 Forslag til lov om ændring afskrivningsloven, aktieavancebeskatningsloven, ligningsloven, personskatteloven, selskabsskatteloven, virksomhedsskatteloven og andre skattelove*. Hentet 20. marts 2019 fra Folketinget:
http://webarkiv.ft.dk/Samling/20012/lovforslag_som_fremsat/L99.htm

Folketinget. (18. april 2007). L 213 Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love skattelove.

Folketinget. (18. april 2007). L 213 Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre skattelove. Folketingstidende.

Folketinget. (13. december 2018). Betænkning til lovforslag nr. L 28. *Folketingstidende*.

Folketinget. (3. oktober 2018). Lovforslag nr. L 28. *Folketingstidende*.

Folketinget. (18. december 2018). Lovforslag nr. L 28 B forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven. *Folketingstidende*. Folketinget.

Folketinget. (Læst: 11. marts 2019). *Folketinget*. Hentet fra <https://www.ft.dk/samling/20181/lovforslag/l28b/index.htm>

- Implementeringsrådet. (8. november 2018). *Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering*. Hentet fra <https://star.dk/om-styrelsen/raad/implementeringsraadet/indsatsomraader/2017/moede-1/anbefaling-140317-bekaempelse-af-metoder-til-skatteundgaaelse-eu-regulering/>
- Lauritzen, K. (3. oktober 2018). Skriftlig fremsættelse til lovforslag nr. L 28. *Folketingstidende*. Folketinget.
- Maciejewski, M. (oktober 2018). *Europa-Parlamentet*. Hentet fra <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/40/etableringsfrihed-og-fri-udveksling-af-tjenesteydelser>
- Nellemann, P. B., & Nissen, K. G. (2016). *Danmarks Nationalbank - Kvartalsoverisgt 1. kvartal 2016*. København: Danmarks Nationalbank.
- Nicolaisen, N. (2008). *Introduktion til Juridisk metode*. København: Forlaget SB.
- OECD. (2007). *Tax Effects on Foreign Direct Investments - Recent Evidence and Policy Analysis*. OECD Publishing.
- OECD. (2013). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing.
- OECD. (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.
- OECD. (12. februar 2013). *OECD*. Hentet fra <https://www.oecd.org/tax/oecd-urges-stronger-international-co-operation-on-corporate-tax.htm>
- OECD. (12. maj 2015). Public Discussion Draft BEPS ACTION 3: STRENGTHENING CFC RULES.
- OECD. (2015). *BEPS Project Explanatory Statement*. Paris: OECD Publishing.

OECD. (2015). *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules - Action 3: 2015 Final Report*. OECD Publishing.

OECD. (2015). *Measuring and Monitoring BEPS - Action 11: 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing.

OECD. (07. april 2019). *OECD*. Hentet fra <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

OECD. (25. april 2019). *OECD*. Hentet fra <https://www.oecd.org/ctp/beps/>

OECD. (15. januar 2019). *OECD*. Hentet fra <https://www.oecd.org/tax/corporate-tax-remains-a-key-revenue-source-despite-falling-rates-worldwide.htm>

Ramboll Management Consulting and Corit Advisory. (2016). *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators - Final Report*. Luxembourg: Europa-Kommissionen.

Rust, A. (2008). *Intertax*. Wolters Kluwer.

Rønfeldt, T. (2013). *Europæisk Skatteret I - Misbrug og andre legitime hensyn*. København: Karnov Group Denmark A/S.

Rådet for Den Europæiske Union. (8. juni 2010). RADETS RESOLUTION af 8. juni 2010 om koordinering af Controlled Foreign Corporations (CFC-reglerne) og reglerne om tynd kapitalisering i Den Europæiske Union. *Den Europæiske Unions Tidende*.

Rådets Direktiv. (12. juni 2016). Rådets direktiv (EU) 2016/1164. *Den Europæiske Unions Tidende*.

Schmidt, P. K. (2013). *Dansk CFC-beskatning - i et internationalt og komparativt perspektiv*. København: Karnov Group Denmark A/S.

- Schmidt, P. K. (2014). Definitionen af CFC-indkomst og adgangen til dispensation – en kommentar til to nyere afgørelser. *SR-SKAT 3/2014*, s. 162-167.
- Schmidt, P. K. (2016). 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. *Nordix Tax Journal*, s. 87-112.
- SKAT. (januar 2019). C.D.4.1.6 Lempelse for udenlandsk skat. *Juridisk Vejledning*.
- SKAT. (2019). Juridisk vejledning. *C.D.4.1.3. Hvornår anses et selskab for at være moderselskabet*.
- Skattelovrådet. (22. marts 2018). Styrket indsats mod skattely. *Skatteministeriet*.
- Skatteministeriet. (29. maj 1997). Cirkulære om international beskatning (lov nr. 312 af 17. maj 1995 og lov nr. 487 af 12. juni 1996). *Retsinformation*.
- Skatteministeriet. (20. december 2001). *Skatteministeriet*. Hentet fra <https://www.skm.dk/skattetal/analyser-og-rapporter/ska%CF%84/2001/december/ska%CF%84-december-2001/dansk-skattetryk-og-skattestruktur-i-international-belysning>
- Skatteministeriet. (1. december 2017). *Skatteministeriet*. Hentet 25. marst 2019 fra <https://www.skm.dk/skattetal/statistik/generel-skattestatistik/selskabsskattesatser-i-eu-landene>
- Skatteministeriet. (4. oktober 2018). Hørringsvar til lovforslag nr. L 28.
- Skatteministeriet. (2018). *Stabile selskabsskatteindtægter i Danmark til trods for lavere sats*. Skatteministeriet.
- Skatteministeriet. (2018). *Teknisk gennemgang af L 28*. Skatteudvalget.

Skatterådet. (20. november 2009). SKM2009.712.SR . *SKAT*.

Skatteudvalget. (2018). *Kontrolaktiviteter 2018*. Folketinget.

Skatteudvalget. (2018-19). L 28 B Bilag 1.

Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering. (26. marts 2019). Hentet fra <https://star.dk/om-styrelsen/raad/implementeringsraadet/om-implementeringsraadet/>

Søgaard, G., & Werlauff, E. (2015). *Koncernretten*. Denmark: Werlauff Publishing A/S.

Werlauff, E. (2017). *Selskabsskatteret 2017/18*. København: Karnov Group Denmark A/S.

Werlauff, E., & Hansen, L. L. (2016). *Den juridiske metode*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Zahle, S. S. (15. oktober 2018). *Deloitte*. Hentet fra <https://www2.deloitte.com/dk/da/pages/tax/articles/cfc-reglerne-foreslaas-aendret.html>

ØKOFIN. (11. maj 2017). Samlenotat vedrørende rådsmødet (ECOFIN) den 23. maj 2017. *Europaudvalget*.

ØKOFIN. (29. november 2018). Samlenotat vedrørende rådsmødet (ECOFIN) den 4. december 2018. *Finansministeriet*.

Økonomi- og Indenrigsministeriet. (2019). *Selskabsskat i Danmark*. Økonomi- og Indenrigsministeriet.

BILAG

BILAG 1 (Ramboll Management Consulting and Corit Advisory, 2016, s. 151)

AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	EL	ES	FI	FR	HR	HU	IE	IT	LT	LU	LV	MT	NL	PL	PT	RO	SE	SI	SK	UK
	x	x	x	x			x			x			x			x	x	x	x	x			x	x	x		
			x				x						x						x					x	x		x
								x		x		x							x								
	x	x						x		x		x			x	x			x		x	x	x	x			x
	x		x													x	x				x			x			
														x						x							
	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
	x	x		x	x		x	x		x		x	x		x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
	x		x						x			x	x								x						
			x					x						x						x							
	x		x		x		x			x		x									x				x		
								x																			
			x																								
	x																										
	x			x					x		x	x										x					
	x	x	x	x			x						x		x					x				x		x	x
	x	x	x	x	x		x	x		x	x	x			x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x
			x																								
	x														x		x				x		x				
	x																				x						
											x																