

Aalborg Universitet

Foreneligheden mellem den danske implementering af skatteundgåelsesdirektivet i L 48 og EU-retten

Jesper Nydam Kold Nielsen & Torben Stenberg Sørensen

Titelblad

Uddannelse: Juridisk institut, Erhvervsøkonomi-Jura, Aalborg Universitet

Titel: Foreneligheden mellem den danske implementering af skatteundgåelsesdirektivet i L 48 og EU-retten

Ramme: Specialeafhandling

Fag: Dansk- og international selskabsskatteret

Omfang: 124.347 anslag

Vejleder: Jacob Krushave

Forfattere: Jesper Nydam Kold Nielsen

Studie nr.: 20156284

Torben Stenberg Sørensen

Studie nr.: 20153158

Dato: 15. maj 2020

1 Abstract

The thesis aims to explain the rules for Controlled Foreign Companies (CFC) set forth by the Danish government in bill no. 48 in the legislative body of Denmark and analyze whether the rules are in alignment with EU law. The new Danish CFC-legislation is an implementation of the Anti-Tax Avoidance Directive from EU. The directive is a minimum directive where the member states is free to implement more restrictive legislation than the directive states. Thus, the bill is analyzed to find whether the Danish government is implementing the directive correctly. The implementation presents an exception for the rules, where the companies included in the CFC-legislation can be excepted, if they are truly established and not purely artificial. The Danish bill do not include the exception. The Danish legislation on national joint taxation result in a possible discrimination on country of establishment, which is again the law of EU, without the exception. Thus, it is analyzed whether the Danish bill required to have the exception implemented.

The case C-196/04 *Cadbury Schweppes* states a country only can discriminate on the country of establishment with a legislation, if the country reasons the legislation with the general compelling consideration of stopping tax evasion and the legislation aims to only include purely artificial arrangements. The case C-311/08 *SGI* further expands this concept, by adding the legislation also can be reasoned by stopping tax evasion and to secure a fair distribution of taxation powers. With the reasoning in the cases analyzed, the Danish bill will not be aligned with the case law of the EU.

The Danish government reasons not to implement it, due to loss in tax revenue in Denmark. The European Court of Justice has firm practice on the matter. Case law clearly state a country cannot discriminate on any of the European freedoms, with the reasoning of loss in tax revenue. The Danish legislations have been searched to find a legislation with can substitute the test for purely artificial arrangement, but no applicable test have been found. Thus, it is concluded the Danish bill is in violation with the laws of EU. Thus, the companies will be able to apply the rules in the Anti-Tax Avoidance Directive, due to the clearly stated test for purely artificial arrangement found within.

Further it is noted, the current Danish legislation could be in violation with the laws of EU. The Danish legislation already have such a test applicable for physical individuals. An alteration of this legislation to include companies is recommended.

Indhold

Titelblad.....	1
1 Abstract.....	2
2 Indledning.....	5
3 Problemformulering	6
4 Afgrænsning	7
5 Metode.....	8
6 Forkortelser.....	9
7 CFC-beskatning	10
7.1 Baggrund	10
7.2 Kriterier for CFC-beskatning efter gældende ret.....	11
7.2.1 Omfattede subjekter.....	11
7.2.2 Sekundære betingelser for CFC-beskatning efter SEL § 32.....	12
7.2.3 Opgørelse af datterselskabets CFC-indkomst.....	13
7.2.4 Undtagelser for CFC-beskatning	13
8 CFC-regler efter Skatteundgåelsesdirektivet	15
8.1 Skatteundgåelsesdirektivets artikel 7.....	16
9 Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 i dansk ret	18
9.1 Kontrolbetingelsen	18
9.2 Indkomstbetingelsen.....	19
9.3 Aktivbetingelsen.....	19
9.4 Indkomstbegrebet i CFC-reglerne	19
10 Er den danske implementering et brud på etableringsretten?	20
10.1 National sambeskatning.....	21
10.2 Delkonklusion.....	21
11 EU-rettens baggrund.....	22
11.1 Direktiv eller forordning.....	22
11.1.1 Forordninger	22
Direktiver.....	23
11.2 CFC-reglerne i relation til den primære EU-ret.....	25
12 L 48 – Forenelighed med EU-retten	27
12.1 Sag C-196/04 Cadbury Schweppes	28

12.1.1	Sagens omstændigheder	28
12.1.1	C-196/04 Cadbury Schweppes - Foreneligheden af L48 med dommen	29
13	Efterfølgende praksis	31
13.1	Sag C-311/08 SGI.....	32
13.2	Sag 116/16, T Danmark og Sag 117/16, Y Danmark	34
13.1	Tvingende almene hensyn i L 48.....	35
13.2	Delkonklusion.....	36
14	Indholdet af en substanstest.....	37
14.1	Sammenfatning	40
14.2	Delkonklusion.....	41
15	Findes der allerede en substanstest i dansk ret	42
15.1	Ligningslovens § 3	42
15.2	Ligningslovens § 16 H, stk. 2.....	43
15.3	Delkonklusion.....	44
16	Kan selskaberne støtte direkte ret på direktivet.....	45
17	Konklusion	47
18	Perspektivering	50
18.1	Er gældende danske regler EU-stridige	50
18.2	Forslag til ændring af LL § 16 H.....	50
19	Litteraturliste	52
19.1	Bøger	52
19.2	Domme	52
19.3	Traktater	52
19.4	Love.....	53
19.5	Lovforslag.....	53
19.6	Lovforarbejder.....	53
19.7	Direktiver.....	53
19.8	Artikler	53
19.9	Hjemmesider.....	53
19.10	Andre	53

2 Indledning

Hver gang lovgiverne forsøger at lukke et hul i skattelovgivningen, åbnes der mindst ét nyt. Det er en uendelig kamp mellem lovgivere og virksomheder, der aldrig når en afslutning og finder en vinder. For at forstå, hvordan virksomheder anvender de værnsregler, der bliver implementeret af lovgivere, bliver man nødt til at forstå bevæggrundene bag virksomhedernes anvendelse af reglerne. For virksomhederne er det en balancegang mellem brug og misbrug, hvor virksomhederne finder nye konstruktioner for, hvordan en selskabskonstruktion skal stykkes sammen, eller en række af transaktioner skal etableres, for at anvende de gældende regler mest effektivt, og derved på den korte bane få et bedre udbytte til aktionærene, og på den lange bane få en konkurrencefordel til yderligere udvikling af virksomheden. For lovgiverne er det en kamp at få skatteprovenu af de overskud, der er optjent i landet.

I relation til frihedsrettighederne inden for EU har mange virksomheder forsøgt at finde grænsen for, hvor lidt aktivitet eller økonomisk og forretningsmæssig begrundelse, der skal være for, at overskud kan omdirigeres til et lavskattelands og derved beskattes lempeligere, end det ellers ville have været gjort hos et land med højere selskabsskatteprocent. Samtidig har medlemslandene forsøgt at finde grænsen for, hvornår de kan indeholde datterselskabers overskud i moderselskabets skattepligtige indkomst, selvom datterselskabet er etableret i en anden medlemsstat. Med udgangspunkt i skatteundgåelsesdirektivets bestemmelser, som det er fremsat i L 48, og Danmarks implementering af dette, vil denne afhandling forsøge at afklare, hvorvidt den danske implementering heraf er korrekt. Til undersøgelsen af dette forhold vil direktivet blive analyseret og vurderet i forhold til lovforslaget. Endvidere vil enkelte domme fra EU-domstolen blive gennemgået, analyseret og fortolket, således der kan dannes grundlag for en konklusion af, hvorvidt Danmark implementerer skatteundgåelsesdirektivet korrekt.

3 Problemformulering

Afhandlingen søger at redegøre for de danske CFC-regler, som ændres ved implementeringen af Skatteundgåelsesdirektivet i lovforslag L 48 2019-2020. Ved fremsættelsen af L 48 blev det diskuteret, om den danske implementering ville stride med EU-retten. Afhandlingen vil derfor undersøge L 48, og om dette stemmer overens med reglerne i skatteundgåelsesdirektivet. Såfremt der foreligger ændringer, vil det efterfølgende undersøges, hvorvidt reglerne i L 48 strider med de grundlæggende frihedsrettigheder i EU-retten. Bliver det bekræftet i afhandlingen, vil det slutteligt undersøges, hvilke muligheder selskaberne har for at anvende reglerne i skatteundgåelsesdirektivet.

Dette udmønter sig i følgende problemformulering: Analyse af foreneligheden mellem skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 og den danske implementeringslov L 48, herunder en analyse af dennes forenelighed med EU-retten.

4 Afgrænsning

Nærværende afhandling vil omhandle de problemstillinger, der er ved implementeringen af Skatteundgåelsesdirektivet i Danmark ved lovforslaget L 48. Selvom direktivets bestemmelser ved implementeringen ændrer på satser for opgørelse og indregning af indkomst som CFC-indkomst, vil der ikke blive foretaget en dybere analyse af dette. Det primære fokus i denne afhandling vil omhandle, hvorvidt det danske lovforslag er i overensstemmelse med principperne i EU-retten. Yderligere vil konsekvenserne af en forkert implementering af direktivet, såfremt dette er resultatet, blive behandlet. Afhandlingen fokuserer primært på direktivets artikel 7, omhandlende CFC-regler, hvorfor andre bestemmelser i direktivet ikke vil blive behandlet yderligere. Der vil blive gennemgået relevante afgørelser fra EU-domstolen, som har relation til løsningen af problemet, hvorefter der slutteligt vil blive konkluderet på, hvilke konsekvenser denne implementering har for Danmarks EU-konformitet på CFC-skatteområdet. I forlængelse heraf vil det blive behandlet, hvilken retsstilling danske koncerner med datterselskaber i en anden medlemsstat har efter implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet. Afhandlingen vil ikke komme ind på problemstillinger relateret til dobbeltbeskatning.

5 Metode

Formålet med afhandlingen er at undersøge, om skatteundgåelsesdirektivet, fremsat i Lovforslaget L 48 2019-2020, bliver korrekt implementeret i dansk ret. Til dette er det nødvendigt at undersøge retstillingen i Skatteundgåelsesdirektivet ved at analysere og fortolke herpå, efterfulgt af en analyse af det dansk fremsatte L 48.

For at kunne belyse dette er den retsdogmatiske metode blevet valgt til brug for afhandlingen. Den retsdogmatiske metode bliver brugt til at analysere og beskrive gældende ret¹. Denne metode er valgt, da formålet med denne afhandling er at belyse den gældende retstilling i skatteundgåelsesdirektivet og L 48, Herunder at analysere om retstillingen, som foreligger i L 48, er en korrekt implementering af skatteundgåelsesdirektivet. Den retsdogmatiske metode vil underbygge en dybdegående redegørelse og analyse, og metoden bruges til at afklare den gældende retstilling herom.

For at kunne anvende den retsdogmatiske metode skal retskilderne anvendes i en metodisk korrekt rækkefølge. I den retsdogmatiske fortolkning har reguleringer forrang for praksis, hvorfor der i afhandlingen vil blive lagt størst vægt på reguleringerne. Der er blandt reguleringer også et reguleringshierarki (lex superior). Dette betyder, at EU-retten har forrang for national ret, grundloven har forrang for almindelige love, og almindelige love har forrang for bekendtgørelser, anordninger og cirkulærer². Der vil derfor i afhandlingen blive lagt vægt på reguleringerne efter dette princip.

Som de primære retskilder vil EU-direktiver, nationale lovgivninger og lovforslag blive anvendt. Til at fortolke disse lovgivninger vil relevante afgørelser, både nationale afgørelser og EU-retlige afgørelser, blive anvendt. Som sekundære retskilder vil der blive anvendt juridisk litteratur i form af fagbøger og artikler.

¹ Retsvidenskabsteori s. 64

² Retskilder og Retsteorier s. 33

6 Forkortelser

CFC: Controlled foreign Company (kontrolleret udenlandsk selskab).

SEL: Selskabsskatteloven

LL: Ligningsloven

Rådets resolution: Rådets resolution 2010/C 156/01

EU-domstolen: Den Europæiske Unions domstol

L 48: Lovforslag L 48 2019-2020

L 28 B: Lovforslag L 28 B 2018-2019

Skatteundgåelsesdirektivet: Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016 – Skatteundgåelsesdirektivet

GRL: Danmarks Riges Grundlov

TEUF: Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

BEPS: Base Erosion and Profit Shifting Final report 2015

7 CFC-beskatning

7.1 Baggrund

Det danske regelsæt for CFC-beskatning i SEL § 32 blev indført ved lovforslag L 35/1994 og senere indsat i selskabsskatteloven i lov nr. 312 af 17. maj 1995 efter vedtagelse heraf. Af bemærkningerne til L 35/1994 fremgår det, at: *”forslaget skal ses på baggrund af, at kapitalens fri bevægelighed på globalt plan giver koncerner mulighed for at samle finansielle aktiviteter i datterselskaber i skattelylande, og derved udhule det danske beskatningsgrundlag”*. Hensigten med L 35/1994 var at implementere værnsregler i dansk skattelovgivning med det formål at forhindre, at danske koncerner strukturerede sig på en sådan måde, at indkomster flyttes fra dansk beskatning til beskatning i lavskattelande.

Siden implementeringen af det første CFC-regelsæt er der foretaget flere ændringer og tillæg hertil. Den første store ændring skete i 2002³. Ændringen var primært drevet af det politiske behov for at lave bedre skattemæssige vilkår for erhvervslivet, herunder at indføre *”objektive CFC-regler, der vil medvirke til at skabe større sikkerhed om de skattemæssige konsekvenser ved etableringen af datterselskaber i udlandet”*⁴. I 2007 blev den næste store ændring i de danske CFC-regler foretaget. Dette skete på baggrund af en afgørelse fra EU-domstolen i sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*. Denne afgørelse vil blive analyseret senere i nærværende afhandling. På baggrund af C-196/04 *Cadbury Schweppes* blev lov nr. 540 af 6. juni 2007, fremsat som lovforslag L 213/2007, vedtaget. Ændringen indeholdt i denne lov udvidede anvendelsesområdet for lovgivningen til også at omfatte rent danske datterselskaber. Ændringen blev vedtaget for at sikre, at de danske CFC-regler ikke var EU-stridige. Der blev hertil anført i bemærkningerne, at det: *”Kan ikke udelukkes, at de nuværende danske CFC-regler i visse tilfælde medfører beskatning af overskud i datterselskaber i EU-lande, hvor beskatningen er i strid med etableringsfriheden. Dommen medfører derfor, at de gældende danske regler skal justeres”*⁵.

CFC-regler er ikke et dansk begreb, hvorfor flere lande ligeledes har værnsregler for CFC-beskatning. Udformningen og sammensætningen af CFC-værnsreglerne er ikke ensrettet. Dette kan både skyldes politiske årsager samt generelt hensyntagen til det pågældende lands eksisterende skattelovgivning. Der har derfor været stor international fokus på at få ensformige de komplekse CFC-beskatningsregelsæt. OECD er, i forbindelse med BEPS-projektet, som blev afsluttet i efteråret i 2015, kommet med en række anbefalinger, der vil kunne udforme et effektivt CFC-beskatningsregelsæt. Anbefalingerne vedrørende CFC-beskatning er at finde i OECD's rapport *”Action 3 – Designing Effective Controlled Foreign Company Rules”*. Rapporten giver i første anbefaling en definition på, hvilke selskaber der skal anses for at være CFC-selskaber. Dernæst anbefaler rapporten, at CFC-beskatning kun skal gennemføres, hvis det omfattede selskab er undergivet en væsentlig lavere beskatning end beskatningen i moderselskabets domicilland. For det tredje anbefales det, at det klart

³ lov nr. 313 af 21. maj 2002

⁴ L 99/2001 1. behandling

⁵ L 213/2007 1. behandling

skal defineres, hvilke indkomsttyper som skal klassificeres som CFC-indkomst. For det fjerde anbefales det, at skattereglerne i moderselskabets domicilland anvendes til opgørelse af indkomsten i CFC-selskabet. For det femte anbefales det, at CFC-indkomsten skal fordeles forholdsmæssigt, såfremt CFC-selskabet er ejet af flere kapitalejere. For det sjette anbefales det, at det ved udformningen af et lands CFC-regler sikres, at CFC-beskatning ikke resulterer i dobbeltbeskatning⁶.

EU-kommissionen vedtog den 12. juli 2016 det nye skatteundgåelsesdirektiv, hvorved der skulle ske ensretning af EU-landenes CFC-regler. Skatteundgåelsesdirektivet er et såkaldt minimumsdirektiv, hvorfor de enkelte medlemsstater skal implementere de CFC-regler, der som minimum indgår i direktivet⁷. Dette betyder ikke, at landene ikke må indføre mere restriktive regler end dem, der er at finde i direktivet.

De nuværende danske CFC-regler, i SEL § 32, giver mulighed for permanent skatteudskydelse og skatteundgåelse, da retsvirkningerne af reglerne i SEL § 32 er, at datterselskabets indkomst løbende opgøres efter danske regler og medregnes ved opgørelsen af moderselskabets skattepligtige indkomst. Der sker dermed beskatning af indkomsten i datterselskabet, uanset om moderselskabet afstår aktierne eller ej, og uanset om der løbende modtages udbytte fra det udenlandske datterselskab. CFC-beskatningsregler er derfor undtaget hovedreglen om, at et moderselskab først bliver beskattet af indkomst optjent i et andet selvstændigt skattesubjekt på det tidspunkt, hvor indkomsten bliver realiseret. Dette kunne eksempelvis være i form af udbytte eller aktieavance ved afståelsen af kapitalandele⁸.

7.2 Kriterier for CFC-beskatning efter gældende ret

7.2.1 Omfattede subjekter

I henhold til GRL § 43 kan ingen skat pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov. Derfor har det været nødvendig, positivt at oplyse, hvilke skattesubjekter, der er omfattet af CFC-reglerne. Betingelsen for at være omfattet af reglerne fremgår af SEL § 32, stk. 1. Denne bestemmelse beskriver, at et selskab eller en forening m.v. som nævnt i SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a, er et moderselskab for et andet selskab omtalt heri (datterselskabet), jf. SEL § 32, stk. 6, skal moderselskabet ved indkomstopgørelsen medregne det beløb, som er angivet i SEL § 32, stk. 7-10, når beløbet er positivt. Dermed er samtlige skattesubjekter, omfattet af SEL § 1, omfattet af CFC-reglerne. Endvidere følger det af henvisningen til SEL § 2, stk. 1, Litra a, at indkomsten i et CFC-selskab skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst til Danmark for et fast driftssted, såfremt kapitalandelene i CFC-selskabet kan henføres til det faste driftssted⁹. Ejers den samme andel af kapitalandelen i et datterselskab direkte eller indirekte af flere moderselskaber, medregnes andelen hos det

⁶ International Skatteret 2017 s. 545

⁷ International Skatteret 2017 s. 545

⁸ International Skatteret 2017 s. 545 f

⁹ International Skatteret 2017 s. 547

moderselskab, der ejer den største direkte eller indirekte ejerandel, jf. SEL § 32, stk. 1, 2. pkt. Hvis flere moderselskaber ejer lige store andele, medregnes andelen hos det øvre danske moderselskab, jf. SEL § 32, stk. 1, 3. pkt.¹⁰.

Den anden betingelse, for at blive omfattet af reglerne om CFC-beskatning, fremgår af SEL § 32. I henhold til SEL § 32, stk. 6, anses et selskab for at være moderselskab for et andet selskab, hvis det selskab, direkte eller indirekte, har bestemmende indflydelse i datterselskabet efter koncerndefinitionen i SEL § 31 C i sambeskatningsreglerne. Betingelserne skal anses som værende kumulative, hvorfor begge betingelser skal være opfyldt, førend et skattesubjekt bliver omfattet af reglerne om CFC-beskatning. CFC-reglerne finder tilsvarende anvendelse på datterselskabets faste driftssteder, som er beliggende uden for den stat, hvori datterselskabet er hjemmehørende, jf. SEL § 32, stk. 3, 2. pkt. Der skal foretages en særskilt CFC-vurdering i forhold til de faste driftssteder, som ikke medregnes i datterselskabet indkomstopgørelse som følge af territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2.¹¹

7.2.2 Sekundære betingelser for CFC-beskatning efter SEL § 32

Såfremt de to ovenstående betingelser er opfyldt, skal en række yderligere betingelser være opfyldt, førend skattesubjektet bliver CFC-beskattet efter SEL § 32. I henhold til SEL § 32, stk. 1, 4. pkt., nr. 1-2, skal følgende kumulative betingelser være opfyldt:

1. Datterselskabets CFC-indkomst, jf. SEL § 32, stk. 4 og 5, skal i indkomståret udgøre mere end halvdelen af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter SEL § 32, stk. 4. Ved bedømmelsen ses der bort fra skattepligtig indkomst hidrørende fra selskaber under datterselskabets bestemmende indflydelse, hvis selskaberne er hjemmehørende i samme land som datterselskabet. I stedet inddrages skattepligtig indkomst i de pågældende selskaber forholdsmæssigt efter datterselskabets direkte eller indirekte ejerandele.
2. Datterselskabets finansielle aktiver skal gennemsnitligt i indkomståret udgøre mere end 10 pct. af selskabets samlede aktiver.

Der skal således udarbejdes en CFC-indkomstopgørelse i henhold til reglerne i SEL § 32, stk. 4 og 5. Derudover skal datterselskabets samlede indkomst opgøres, idet denne opgørelse er nødvendig med henblik på fastlæggelse af, hvor stor en andel CFC-indkomsten udgør af datterselskabets samlede indkomst. Denne opgørelse sker i henhold til reglerne i SEL § 32, stk. 4. Slutteligt skal andelen af selskabets finansielle aktiver opgøres, da CFC-reglerne ikke finder anvendelse, hvis datterselskabets samlede indkomst er negativ, jf. SEL § 32, stk. 1, 1. pkt.¹²

¹⁰ International Skatteret 2017 s. 547

¹¹ International Skatteret 2017 s. 548

¹² International Skatteret 2017 s. 549

7.2.3 Opgørelse af datterselskabets CFC-indkomst

De følgende indtægter og udgifter skal ifølge SEL § 32, stk. 5, opgøres som CFC-indkomst:

1. Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter.
2. Skattepligtige gevinster og fradragsberettigede tab på fordringer, gæld eller finansielle kontrakter, der omfattes af kursgevinstloven. Gevinst og tab på kontrakter (terminkontrakter m.v.), som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, medregnes ikke. Gevinst og tab på terminkontrakter m.v. medregnes, hvis den skattepligtige udøver næring ved køb og salg af fordringer og finansielle kontrakter eller driver næringsvirksomhed ved finansiering.
3. Provisioner og lignende, der er fradragsberettigede efter LL § 8, stk. 3, og de tilsvarende skattepligtige provisioner og lignende.
4. Skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer vedrørende aktier m.v., der omfattes af aktieavancebeskatningsloven.
5. Skattepligtig fortjeneste og tab vedrørende aktier m.v., der omfattes af aktieavancebeskatningsloven.
6. Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver sat fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver. Dette gælder ikke for så vidt angår betalinger fra selskaber, som ikke er koncernforbundne med datterselskabet, for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver, som er foranlediget af datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed. Immaterielle aktiver omfatter enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm, ethvert patent, varemærke eller mønster eller enhver model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.
7. Skattemæssige fradrag, der vedrører indtægter som nævnt i SEL § 32, stk. 6, nr. 1-6.
8. Skattepligtige indkomster ved finansiell leasing, herunder fortjeneste og tab ved afståelse af aktiver, som har været anvendt til finansiell leasing.
9. Skattepligtige indkomster i forbindelse med forsikringsvirksomhed, virksomhed som penge- eller realkreditinstitut eller finansiell virksomhed i øvrigt.
10. Skattepligtig fortjeneste og tab ved afståelse af CO₂-kvoter og CO₂-kreditter, jf. AL § 40 A.

Oplistningen herover er udtømmende, og indkomsttyper, der ikke falder ind under ovenstående 10 kategorier, skal således ikke medregnes ved opgørelsen af CFC-indkomsten i datterselskabet¹³.

7.2.4 Undtagelser for CFC-beskatning

CFC-regler finder ikke anvendelse, hvis moderselskabets kapitalandele i datterselskabet er aktier eller investeringsbeviser m.v. i investeringsselskaber efter aktieavancebeskatningslovens regler jf. SEL § 32, stk. 1, 4. pkt.

¹³ International Skatteret 2017 s. 549 f

CFC-reglerne finder tilsvarende ikke anvendelse, hvis moderselskabets kapitalandele i datterselskabet ejes gennem en juridisk person, der beskattes efter reglerne i SEL § 13 F. Dette blev indført i lov nr. 343 af 18. april 2007. Årsagen til ændringen er, at livforsikringselskaber lagerbeskattes af aktier i et datterselskab og derved reelt set dobbeltbeskattes, hvis livsforsikringselskaberne tilsvarende undergives CFC-beskatning.¹⁴

Det følger ligeledes af SEL § 32, stk. 2, 1. pkt., at CFC-beskatningsregler ikke finder anvendelse, hvis en koncern har valgt frivillig international sambeskatning efter SEL § 31 A. I disse tilfælde undergives indkomsten i de udenlandske datterselskaber fuld dansk beskatning som følge af den internationale sambeskatning. Yderligere medregnes et datterselskabs indkomst ikke i CFC-beskatningen, hvis datterselskabet er omfattet af en skyggesambeskatning efter § 15, stk. 8 og 9 i lov nr. 426 af 6. juni 2005¹⁵.

Skatterådet kan, jf. SEL § 32, stk. 2, 2. pkt., give tilladelse til, at et datterselskab med koncession kan udøve forsikrings-, realkredit-, fondsmægler-, investeringsforvaltnings- eller bankvirksomhed og underlagt offentligt tilsyn ikke skal være omfattet af CFC-beskatning efter SEL § 32, stk. 1, såfremt den væsentligste del af indkomsten kommer fra virksomhed med kunder i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende, den væsentligste del af indkomsten kommer fra virksomhed med kunder, som ikke er koncernforbundne med datterselskabet, jf. LL § 2, stk. 2, og datterselskabets kapitalgrundlag ikke overstiger, hvad driften af forsikrings-, realkredit-, fondsmægler-, investeringsforvaltnings- eller bankvirksomheden tilsiger. Det er en betingelse, at datterselskabet er dansk, eller at beskatningen af udbyttet fra datterselskabet til moderselskabet vil skulle frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende. Skatterådet fastsætter vilkår for tilladelsen, som ikke kan overstige 10 indkomstår.¹⁶

¹⁴ International Skatteret 2017 s. 553

¹⁵ International Skatteret 2017 s. 553

¹⁶ International Skatteret 2017 s. 553 f

8 CFC-regler efter Skatteundgåelsesdirektivet

Direktivet om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion, blev vedtaget den 12. juli 2016, og er en del af det generelle forsøg på at hæve minimumsniveauet af medlemslandenes regler mod skatteunddragelse. Dette kommer efter en periode, hvor skatteunddragelse og aggressiv skatteplanlægning har været problematikker gennem en årrække. I den forbindelse har OECD udarbejdet BEPS, som blandt andet har givet anledning til CFC-reglerne i dette direktiv. Direktivet blev udarbejdet af EU-rådet (rådet) med henblik på at udarbejde generelle bestemmelser, da dette direktiv er et minimumsdirektiv, der skal skabe sammenspil mellem 28 forskellige selskabsskattesystemer. Derfor har hver enkelt medlemsland stort råderum for selv at lade reglerne få den specifikke ordlyd, som medlemslandet finder nødvendigt for at opnå de i direktivet ønskede mål. Hvis medlemslandet i forvejen har strengere regulering, eller ønsker en strengere regulering, er dette ligeledes foreneligt med målene i direktivet.¹⁷

Skatteundgåelsesdirektivets Artikel 7, der agerer værnsregel mod flytning af skattepligtig indkomst fra høj-skattelande til lavskattelande, giver medlemslandene mulighed for at fravælge, hvorvidt nogle på forhånd definerede indkomsttyper skal medtages som CFC-indkomst. Blandt andet gives der mulighed for at indregne hele indkomsten fra et datterselskab beliggende i en anden medlemsstat, der er hjemmehørende i et lavskatteland, udelukkende særlige kategorier af indkomst eller kun indkomst, der kunstigt er blevet overført til datterselskabet. Medlemsstaterne bør begrænse den administrative byrde og efterlevelsensomkostningerne ved at fritage selskaber med lavt overskud eller lav EBIT-margin, som resulterer i lavere risici for skatteundgåelse. Det er derfor nødvendigt, at CFC-reglerne udvides til at omfatte overskud fra faste driftssteder, hvor dette overskud ikke er skattepligtigt eller skattefritaget i skattesubjektets medlemsstat. Der er ingen grund til efter CFC-reglerne at beskatte overskud fra faste driftssteder, som bliver nægtet skattefritagelse efter nationale regler, da de faste driftssteder vil blive behandlet, som var de kontrollerede, udenlandske selskaber. Medlemsstaterne kan frit sætte en lavere tærskel for kontrolbetingelsen, som vil blive behandlet senere i afhandlingen, eller anvende en højere tærskel ved sammenligning af den reelt betalte selskabsskat med den selskabsskat, der ville blive opkrævet i skattesubjektets medlemsstat. Medlemsstaterne kan i forbindelse med gennemførelse af CFC-reglerne i deres nationale lovgivning anvende en tilstrækkelig høj skattesatsfraktionstærskel¹⁸.

¹⁷ Skatteundgåelsesdirektivets præambel nr. 3

¹⁸ Skatteundgåelsesdirektivets præambel nr. 12

8.1 Skatteundgåelsesdirektivets artikel 7

De CFC-regler, der er at finde i skatteundgåelses direktivets artikel 7, vil i det følgende afsnit blive gennemgået for at opnå en forståelse af, hvad artiklen opstiller af regler.

”1. Et skattesubjekts medlemsstat behandler en enhed eller et fast driftssted, hvis overskud ikke er skattepligtigt eller er skattefritaget i den pågældende medlemsstat, som et kontrolleret udenlandsk selskab, hvis følgende betingelser er opfyldt:

- a) skattesubjektet har, hvis der er tale om enhed, selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber en direkte eller indirekte interesse på mere end 50 % af stemmerettighederne eller ejer direkte eller indirekte mere end 50 % af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet i denne enhed, og*
- b) den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud, er lavere end forskellen mellem den selskabsskat, der ville være blevet pålagt enheden eller det faste driftssted i henhold til det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat, og den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud.”*

Som det fremgår af ovenstående, ensartes medlemsstaternes definition af, hvornår et skattesubjekt skal opfattes som CFC-selskab. Da skatteundgåelsesdirektivet er et minimumsdirektiv, har medlemsstaterne dog fortsat mulighed for at implementere mere restriktive bestemmelser end ovenstående, blot disse ikke er EU-stridige. Det er dog vigtigt at holde sig for øje, at EU-stridige regler kan anvendes, såfremt disse kan retfærdiggøres ved et tvingende alment hensyn eller andre legitime hensyn, som det tidligere er set i EU-domspraksis. Eksempler på den pågældende praksis vil blive gennemgået senere i afhandlingen.

Af skatteundgåelsesdirektivets artikel 7, stk. 2, gives medlemsstaterne mulighed for at tilpasse minimumsdirektivet til national ret:

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

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

- i) renter eller anden indkomst fra finansielle aktiver*
- ii) royalties eller anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder*
- iii) dividende og indkomst fra afhændelse af andele*
- iv) indkomst fra finansiel leasing*
- v) indkomst fra forsikrings- og bankvirksomhed samt anden finansiel virksomhed*

vi) indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra salg og tjenesteydelser på varer og tjenesteydelser, der købes af og sælges til tilknyttede selskaber, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi.

Dette litra finder ikke anvendelse, når det kontrollerede udenlandske selskab viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Hvis det kontrollerede udenlandske selskab er hjemmehørende eller beliggende i et tredjeland, der ikke er part i EØS- aftalen, kan medlemsstaterne beslutte at undlade at anvende foregående afsnit, ”

Skatteundgåelsesdirektivet Artikel 7, stk. 2 litra a giver en udtømmende liste over, hvilke indkomsttyper skattesubjekterne skal indregne i deres opgørelse. Skatteundgåelsesdirektivet skal implementeres i medlemsstaternes nationale ret, hvorfor der kan findes forskellige opfattelser af disse definitioner, alt efter hvilken medlemsstat der skal fortolke disse. Det fremgår desuden heraf, at ved valg af muligheden for CFC-beskatning, der findes i artikel 7, stk. 2 litra a, bør denne mulighed kombineres med en substansundtagelse. Denne undtagelse vil være en test, hvor skattesubjekterne kun skal beregne CFC-indkomst i det tilfælde, hvor et selskab ikke udfører en væsentlig økonomisk aktivitet. Substantesten giver derfor udtryk for, om dette udenlandske selskab viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der kan understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder. Hvis der er tale om et selskab hjemmehørende udenfor EU, kan medlemsstaterne undlade at bruge dette hensyn. Bliver denne indkomstbetingelse valgt, er det kun et krav at medregne CFC-indkomst hos moderselskabet, hvis 1/3 eller mere af indkomsten ud af datterselskabets samlede indkomst er CFC-indkomst omfattet af Skatteundgåelsesdirektivet artikel 7, stk. 2, litra a.¹⁹

”eller

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

I forbindelse med dette litra betragtes et arrangement eller en serie af arrangementer som ikkereelle, i det omfang enheden eller det faste driftssted ikke ville eje aktiverne eller ikke ville have påtaget sig den risiko, der genererer alle eller dele af dens indkomst, hvis den ikke havde været kontrolleret af et selskab, hvor de ledelsesopgaver, som vedrører disse aktiver og risici, varetages og er medvirkende til skabelsen af den kontrollerede enheds indkomst.”

Den anden mulighed findes i artikel 7, stk. 2, litra b. Denne fordrer, at der skal laves en vurdering af, om indkomsten hidrører fra ikke reelle arrangementer, som er oprettet med formålet om at opnå skatteundgåelse.

¹⁹ Skatteundgåelsesdirektivet artikel 7, stk. 3.

Hertil er der en mulighed for at undtage selskaber, hvis regnskabsmæssige overskud højst udgør 750.000 EUR og ikke har driftsmæssige indtægter, som udgør mere end 75.000 EUR, eller det regnskabsmæssige resultat højst udgør 10% af driftsomkostningerne²⁰. Denne mulighed er ikke særlig konkret, hvilket kan gøre den vanskelig at definere, da der kan være mange forskellige idéer til hvornår et arrangement ikke er reelt.

9 Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 i dansk ret

Skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 er endnu ikke implementeret fuldt ud i dansk lovgivning. L 48 2019-2020 er det nuværende forslag til implementering. Heraf anbefales det at anvende mulighed a. Mulighed b anses dermed som værende mindre favorabel i det danske skattesystem. Såfremt et skattesubjekt har indrettet sig direkte eller ved et arrangement af selskaber uden reel drift, og som udelukkende er oprettet med det hovedformål at opnå en skattefordel, vil denne situation allerede blive afdækket ved LL § 3.

9.1 Kontrolbetingelsen

Ved implementering af L 48 ændres den allerede eksisterende kontrolbetingelse i SEL § 32, stk. 6. Efter ændringen vil et selskab anses som værende koncernforbundet, hvis selskabet selv, eller sammen med tilknyttede personer, har en direkte eller indirekte indflydelse på mere end 50% af stemmerettighederne eller direkte, indirekte ejer mere end 50% af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50% af overskuddet i selskabet²¹.

L 48 indfører en definition af tilknyttede personer i SEL § 32, stk. 6, 2. pkt. hvor en tilknyttet person bliver defineret som et selvstændigt skattesubjekt, hvor moderselskabet har direkte eller indirekte stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25% eller mere, eller hvorfra moderselskabet har ret til at modtage mere end 25% af overskuddet. Derudover er det yderligere defineret, at en til moderselskabet tilknyttet person er en fysisk person eller et skattesubjekt, der direkte eller indirekte har 25% af stemmerettighederne eller kapitalejerskab over moderselskabet, eller som har ret til at modtage 25% eller mere af moderselskabets udbytte. Hvis en fysisk person eller selvstændigt skattesubjekt har direkte eller indirekte indflydelse i moderselskabet og et eller flere selvstændige skattesubjekter på 25% eller mere, anses alle de berørte enheder, herunder moderselskabet, for tilknyttede personer²².

Af ovenstående kan det således udledes, at bestemmelserne ikke er kumulative, hvorfor moderselskabet skal indregne den del af datterselskabets indkomst, som svarer til den ejerandel, moderselskabet har heri, hvis blot én af ovenstående bestemmelser er opfyldt²³. Hvis lovforslaget vedtages og implementeres i dansk ret, ændres udgangspunktet for, hvornår indkomst skal medtages i CFC-opgørelsen fra udelukkende at vedrøre kontrollerede selskaber til således også at omfatte associerede selskaber (tilknyttede personer).

²⁰ Skatteundgåelsesdirektivet artikel 7, stk. 2

²¹ L 48, § 32, stk. 6, 1. pkt.

²² L 48, § 32, stk. 6, 2-4. pkt.

²³ L 48, § 32, stk. 7, 1. pkt.

Der er flere metoder i L 48, § 32, stk. 6, til at opgøre, hvornår et selskab er kontrolleret. Da moderselskabet skal indregne indkomsten fra disse kontrollerede selskaber, vil der opstå situationer, hvor indkomsten fra det kontrollerede selskab vil blive indregnet flere gange i de tilknyttede personer og koncernforbundne selskaber, og derved vil der ske dobbeltbeskatning. Der vil også kunne opstå situationer, hvor mere end 100% af indkomsten vil kunne blive indregnet, hvis eksempelvis et koncernforbundet selskab ejer 51% af kapitalandelene og en tilknyttet person har 51% af stemmerettighederne. Dette vil ikke blive behandlet yderligere i denne afhandling.

9.2 Indkomstbetingelsen

Der findes i den nuværende SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 1. pkt. en betingelse om, at for at kunne være omfattet af CFC-reglerne, skal minimum halvdelen af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst være CFC-indkomst. L 48 lægger op til at ændre på denne betingelse. Betingelsen for at blive omfattet af CFC-reglerne i L 48 § 32, stk. 1, nr. 1, 1. pkt., nedsætter minimumsgrænsen for, hvornår et datterselskab er omfattet heraf. Den nye minimumsgrænse ligger på, at minimum en tredjedel af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst skal være CFC-indkomst. Dette vil resultere i, at flere datterselskaber vil blive omfattet af CFC-reglerne i L 48, end der er i dag.

9.3 Aktivbetingelsen

Der findes i den nuværende SEL § 32, stk. 1, nr. 2, 1. pkt. en betingelse om, at datterselskabets finansielle aktiver gennemsnitligt i indkomståret skal udgøre mere end 10% af selskabets samlede aktiver, for at selskabet bliver omfattet af CFC-reglerne. L 48 fjerner denne betingelse, hvorfor flere datterselskaber vil blive omfattet af CFC-reglerne end tidligere.

9.4 Indkomstbegrebet i CFC-reglerne

L 48 lægger op til en udvidelse af det immaterielle indkomstbegreb i CFC-reglerne. Den nuværende formulering i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 1. pkt., er affattet således: *"Betaling af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver."*²⁴ Denne formulering bliver i L 48 affattet på følgende måde: *"Skattepligtige royalties eller anden indkomst fra immaterielle aktiver."*²⁵ Den nye formulering udvider begrebet af indkomst fra immaterielle aktiver, da den ikke positivt lister, hvilken type immaterielle aktiver der er omfattet. I stedet implementeres en bred formulering, som omfatter alle aktiver, der i en henseende vil kunne være et immaterielt aktiv og dermed vil kunne generere passiv indkomst. Denne formulering gør, at en type latente royaltybetalinger med begrebsbetegnelse "embedded royalties" vil blive en del af de nye CFC-regler.

²⁴ SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 1.pkt.

²⁵ L 48 § 32, stk. 5, nr. 3, 1 pkt.

Embedded royalties er betegnelse for royalties for en vare, der er indregnet i salgsprisen. Dette vil være tilfældet, hvis et selskab sælger et produkt med et patenteret varemærke på. I så fald vil den pris, produktet bliver solgt for, have en værdi af det patenterede varemærke medregnet i den pris, produktet bliver solgt for. Denne værdi vil være *embedded royalties*. Selskaberne skal derfor til at lave opgørelser på, hvor stor en del af den værdi, varen bliver solgt for, der er royalties. Udarbejdelsen af sådanne opgørelse vil være yderst vanskelig og meget omkostningstung for selskaberne. Dette vil ikke blive yderligere behandlet i denne afhandling.

10 Er den danske implementering et brud på etableringsretten?

Lovforslaget L 48 har mødt stor kritik indenfor det danske erhvervsliv. De hørte parter udviser en kritik overfor en overimplementering af direktivet i dansk lov²⁶. Inden fremsættelsen af lovforslaget første gang i form af L 28 1. samling 2018-19, havde implementeringsrådet afgivet en anbefaling omkring at indføre minimumsdirektivets artikel 7, som det oprindeligt blev fremsat i direktivet²⁷. Hovedargumentet i disse tilfælde er, at det danske lovforslag ikke indeholder den såkaldte substanstest, som blandt andet findes i C-196/04 *Cadbury Schweppes*, hvilket resulterer i, at det foreslåede lovforslag L 48 vil stride mod etableringsretten. For at analysere og vurdere denne antagelse vil C-196/04 *Cadbury Schweppes* blive analyseret herunder. EU-stridigheden bliver imidlertid afvist af Skatteministeriet, idet: *”Udformningen af de gældende regler er netop sket med udgangspunkt i Cadbury Schweppes-dommen, som fastslog, at CFC-regler, der behandler udenlandske og nationale datterselskaber forskelligt, strider mod EU-retten, medmindre de kun finder anvendelse på kunstige arrangementer. Når der ikke sker forskelsbehandling mellem danske og udenlandske selskaber, er det således ikke nødvendigt at indføre en substanstest for at overholde EU-retten.”*²⁸ Det vil sige, at det danske lovforslag ikke vil resultere i forskelsbehandling i sammenlignelige situationer på baggrund af oprindelsesland.

Skatteministeriet begrundet ydermere sit fravalg af substanstesten med, at implementeringen af en sådan lempelse vil udgøre en væsentlig svækkelse af de eksisterende danske CFC-regler og åbne op for, at indkomsten fra immaterielle aktiver, produceret i Danmark, vil kunne føres ud af Danmark uden indkomsten fra aktiverne kan underlægges dansk beskatning. Det vil således potentielt udhule en væsentlig del af den danske selskabsskattebase²⁹. Skatteministeriet fremsætter yderligere i et svar på et spørgsmål fra den afholdte høring, på baggrund af kritikken, det samme argument som blev fremført første gang lovforslaget blev fremsat. Skatteministeriet mener, at de danske regler ikke er i strid med EU-retten, da de også anvendes på rent interne danske forhold³⁰.

²⁶ L 48 bilag 1 - Høringskema

²⁷ L 48 bilag 1 - Høringskema

²⁸ L 28 B Bilag 1 – Høringskema side 82

²⁹ L 48 Bilag 1 – Høringskema side 19

³⁰ L 48 – endeligt svar på spørgsmål 38

10.1 National sambeskatning

Ved CFC-beskatning må der ikke ske forskelsbehandling mellem medlemsstater på sammenlignelige situationer. Den danske tvungne nationale sambeskatning kan derfor have en effekt herpå. Der er ikke, i kommentaren fra skatteministeriet i L 28B, og svaret på spørgsmålet til ministeren i L 48, redegjort for, om den tvungne nationale sambeskatning vil have en effekt på den frie etablering. Dette vil derfor blive undersøgt nærmere.

Danske selskaber, som indgår i et koncernforhold med andre danske selskaber, er omfattet af national sambeskatning, jf. SEL § 31. Et koncernforhold er til stede, hvis betingelserne i SEL § 31 C er opfyldt, og i denne henseende når et selskab har bestemmende indflydelse i andre selskaber. Når et selskab indgår i et sådan koncernforhold, og dermed i en national sambeskatning, skal alle selskaberne i koncernen indberette deres skattepligtige indkomst individuelt, hvorefter selskabets indkomst kommer til at indgå i en sambeskatningsindkomst, som omfatter alle de koncernforbundne indkomster, jf. SEL 31, stk.2.

De danske koncernselskaber vil derfor altid være omfattet af dette obligatoriske krav. Når skatteministeriet hermed fremhæver, at de danske selskaber vil være omfattet af CFC-reglerne i L 48 på samme niveau med udenlandske selskaber, vil dette ikke have nogen reel indvirkning på de danske selskaber, fordi de danske selskabers skattepligtige indkomst altid beregnes samlet. Derfor rammes kun selskaber udenfor Danmark, for uanset hvordan indkomsterne bliver flyttet rundt mellem de danske selskaber, vil det ikke have nogen effekt, i og med det til afslutningsvist vil udligne sig ved opgørelsen af sambeskatningsindkomsten. L 48 vil derfor udelukkende ramme koncerner med datterselskaber udenfor Danmark.

10.2 Delkonklusion

I det overstående afsnit er det blevet undersøgt, hvad den gældende retstilling for CFC-regler i SEL er. Herefter er det undersøgt, hvorvidt den danske implementering ændrer i den retstilling, der oprindeligt er lagt op til i skatteundgåelsesdirektivets artikel 7, hvorved det konstateres, at det danske lovforslag, L 48, indfører en mere restriktiv lovgivning end først lagt op til i skatteundgåelsesdirektivets artikel 7. Dette gøres ved ikke at indføre en undtagelse for CFC-beskatning, som der ellers er lagt op til. Denne undtagelse bliver ikke indført, fordi der i dansk national ret ikke bliver forskelsbehandlet på baggrund af etableringsland, lyder det fra den danske regering. Dette bliver afkræftet, fordi den danske tvungne sambeskatning medfører, at CFC-reglerne ikke vil ramme de danske datterselskaber men derimod kun datterselskaber, der er etableret i andre lande end Danmark. Dette kan muligvis være en hindring mod etableringsretten, hvilket vil blive analyseret og vurderet i det efterfølgende afsnit

11 EU-rettens baggrund

Det vil med overstående in mente være relevant at undersøge, om den manglende substanstest i L 48 vil være i strid med EU-retten. Hvis dette viser sig at være tilfældet, vil en yderligere undersøgelse af skatteministeriets udtagelse om underminering af det danske skattegrundlag foretages.

Siden 1973 har Danmark været en del af et europæisk fællesskab i form af EF, der senere blev til EU. Dette fællesskab har i stor udstrækning haft indflydelse på dansk ret lige siden, da Danmark i forbindelse med tiltrædelsen gav EU rettigheder til at indføre lovgivning med direkte og indirekte virkning i Danmark. Dette skete som en del af harmoniseringen af det indre marked, der blev en af EU's største fordele, da dette handelsfællesskab styrkede medlemsstaternes økonomi og sikrede, at alle havde interesse i at købe varer, der var produceret i EU, frem for varer, der var produceret i 3. lande³¹.

I relation til afhandlingen vil der blive behandlet både primære og sekundære EU-retskilder, hvorfor det er relevant at skabe en forståelse heraf. De primære retskilder består af traktaterne TEU (Traktaten om den europæiske union) og TEUF (traktaten om den europæiske unions funktionsområde), charteret om de grundlæggende rettigheder og EU's øvrige grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper.³² Den sekundære EU-ret udgør forordninger, direktiver, afgørelser, resolution og andre afledte retskilder m.v.³³.

11.1 Direktiv eller forordning

11.1.1 Forordninger

Der findes to måder, hvorpå EU kan lave sekundære retsakter, der har direkte eller indirekte virkning i dansk ret; forordninger og direktiver. Forordninger er direkte gældende for alle medlemsstaters regeringer, virksomheder og borgere. Forordninger har derfor, ved deres vedtagelse, direkte virkning for alle medlemsstater, dens borgere og virksomheder, uden et efterfølgende lovbehandlingsarbejde i den enkelte medlemsstat er nødvendigt³⁴. Af samme årsag må forordningers ordlyd ikke ændres af de enkelte medlemsstater, da denne gælder direkte i den form, de er udformet. Forordninger retter sig mod en direkte angivet kreds af objekter, herunder personer, virksomheder og medlemsstater. Forordninger udstedes af EU's institutioner, hvor traktaten hjemler dette. Selvom der i traktaten er hjemmel til at udstede en forordning, er EU-retten omfattet af subsidiaritetsprincippet, hvilket betyder at alle handlinger i EU skal udføres så enkelt som muligt, hvorfor direktiver har forrang for forordninger. I hvidbogen om styreformer beskriver kommissionen, at forordninger kun skal bruges for at sikre en ensartet anvendelse af reglerne og retssikkerheden i EU.³⁵

³¹ EU-ret 7. udgave side 29 ff.

³² EU-ret 7. udgave side 36

³³ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/6/eu-retten-kilder-og-r%C3%A6kkevidde> (08.05.2020)

³⁴ EU-ret 7. udgave side 150 f

³⁵ EU-ret 7. udgave side 150 f

Direktiver

Direktiver udstedes ligeledes af EU's organer, når der i traktaten findes hjemmel til dette, eller når kommissionen har fået bemyndigelse hertil af Rådet. Direktiver er ikke direkte anvendelige i den nationale ret på samme måde, som forordninger er det. Borgere og virksomheder kan derfor ikke støtte ret på et EU-direktiv, som det er udformet af EU's organer, idet et direktiv først skal implementeres i den nationale ret gennem den almindelige lovgivningsproces. Nationale lovgivere er ikke bundet af den konkrete ordlyd i direktivet, men de er bundet af det mål, der er tilsigtet i direktivet; altså formålet med direktivet. Det er de nationale lovgiveres pligt, med de midler, der er nødvendige for at opfylde direktivets mål, at sikre, at direktivets mål bliver implementeret. Grundet kravet til implementering i national ret er direktiver ofte mere i tråd med EU's subsidiaritetsprincip, da gældende lovmæssig behandling foregår tættere på borgerne.³⁶

I nogle tilfælde har direktiver direkte virkning i medlemsstaten: ”*Direktiver er, hvis de er præcise og ubetingede, direkte forpligtigende overfor det offentlige. Efter EU-domstolens faste praksis kan private i alle tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt, fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, påberåbe sig dem overfor staten, enten når denne ikke har rettidigt gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt.*”³⁷ Hvis direktivet ikke er implementeret med de mål for øje, som direktivet er udstedt med, er det de nationale domstoles pligt at fortolke EU-konformt, således direktivets mål alligevel bliver tilgodeset.³⁸

Når et direktiv bliver vedtaget, er det vigtigt at skelne mellem, om direktivet er et minimums- eller maksimumsharmoniseringsdirektiv. Et minimumsharmoniserende direktiv fastsætter et minimum af standarder for EU-landenes regler på et givent område. Dette betyder, at medlemsstaterne har frihed til at indføre strengere regler end dem, direktivet foreskriver. Dette sker ofte i lyset af, at enkelte medlemsstater i forvejen har strengere regler end dem, der er lagt op til ved indførelsen af et direktiv. Ved maksimumsharmoniseringsdirektiver, sættes direktivet, og derved EU's organer, grænsen for både minimum og maksimum af, hvad den enkelte medlemsstat kan indføre af regler på området.³⁹

Nærværende afhandling søger blandt andet at beskrive og vurdere, om det danske lovforslag L 48 er tilstrækkeligt til at implementere EU-direktivet om CFC-beskatning i overensstemmelse med målene heri.

I EU-retten findes der et princip om EU-konform fortolkning, således nationale regler på et hvilket som helst område skal fortolkes således de, hvis muligt, stemmer overens med værdierne, der er vedtaget af EU. Dette princip sikrer, at alle EU-medlemslande fortolker reglerne i overensstemmelse med principperne og målene i

³⁶ EU-ret 7. udgave side 151 f

³⁷ EU-ret 7. udgave side 246

³⁸ EU-ret 7. udgave side 151 f

³⁹ EU-ret 7. udgave side 153 f

EU ensartet⁴⁰. Specifikt betyder det, i forbindelse med Skatteundgåelsesdirektivet, at såfremt reglerne implementeres tvetydigt, skal disse fortolkes i overensstemmelse med direktivet. Hvis direktivet bliver implementeret forkert, eller ikke er implementeret inden for den frist, der er givet fra EU, kan private i alle tilfælde, hvis direktivet er tilstrækkeligt konkret, påberåbe sig bestemmelserne i direktivet direkte ved de nationale domstole.⁴¹ Dette er en mekanisme, der har til formål at sikre medlemsstaterne, såfremt et direktiv er ufordelagtigt for den pågældende medlemsstat, således medlemsstaten ikke blot undlader at implementere direktivet eller implementerer det forkert.

⁴⁰ EU-ret 7. udgave side 230

⁴¹ EU-ret 7. udgave side 246

11.2 CFC-reglerne i relation til den primære EU-ret

Etableringen af det indre marked indenfor den europæiske union er et specifikt mål jf. TEUF art. 3, stk. 3. Ved et indre marked forstås der, at unionens område er toldfrit, hvor varer, tjenesteydelser, personer og kapital kan flyde frit mellem medlemslandene, jf. TEUF Artikel 26 stk. 2. Under disse frihedsrettigheder findes også etableringsretten, hvilket nærværende afsnit vil omhandle, da den centrale dom indenfor CFC-beskatning og substans-test er C-196/04 *Cadbury Schweppes*. Den har været centrum for forståelsen af den frie etableringsret, jf. TEUF art. 49, og medlemsstaternes nationale CFC-regler. TEUF Artikel 49 er forfattet således: *”Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber”*. Etableringsretten skal forstås som et bredt begreb. Det vil sige, at mange former for etablering af virksomhed er omfattet af ordlyden i TEUF art. 49. Dette er flere gange slået fast ved EU domstolen⁴². Den frie etableringsret omfatter såvel et diskriminationsforbud såvel som et forbud mod restriktioner, jf. TEUF art. 49.⁴³ For at kunne opnå den frie etableringsret stilles der i TEUF Artikel 54 krav om et vist niveau af aktivitet i selskabet, hvor selskabet skal arbejde med gevinst for øje. Denne aktivitet omfatter blandt andet, at selskabet skal have enten vedtægtsmæssigt hjemsted, hovedkontor eller sin hovedvirksomhed beliggende inden for Unionen.

Traktatens artikel 54 er affattet således: *”Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne”*⁴⁴. Hvis betingelserne i TEUF art. 54 er opfyldt, er selskabet beskyttet i henhold til den frie etableringsret⁴⁵. Hensynet til borgernes, herunder ligeledes juridiske personers, frihedsrettigheder, er underlagt et restriktionsforbud samt et diskriminationsforbud, hvilket er den almene fortolkning af EU-rettens retsakter. I relation til CFC-beskatningsreglerne kan dette have betydning for benyttelsen af nationale beskatningsregler for selskaber, der aktivt forsøger at planlægge deres skattebetalinger med henblik på at benytte kapitalens frie bevægelighed. Nationale CFC-beskatningsregler, som dem der anvendes i EU, hvor en medlemsstat beskatter overskud optjent i en anden medlemsstat, vil derfor som udgangspunkt være i konflikt med etableringsretten, da situationer behandles forskelligt på baggrund af et grænseoverskridende element, med mindre dette kan begrundes i et alment tvingende hensyn.⁴⁶ Det er flere gange fastslået og beskrevet, at skattehensyn er et lovligt hensyn i relation til etableringsfriheden⁴⁷. Diskussionen omkring etableringsfrihed i

⁴² sag C-55/94 Gebhard

⁴³ TEUF Art. 49

⁴⁴ TEUF art. 54

⁴⁵ Dansk CFC-beskatning s. 430 ff.

⁴⁶ Nikolaj Vinther og Erik Werlauf, TFS 2006, s. 603

⁴⁷ Nikolaj Vinther og Erik Werlauf, TFS 2006, s. 603

forbindelse med aktivt at flytte kapital for at opnå en skattefordel, var centrale punkter i EU-dommen sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, som senere vil blive behandlet i denne afhandling.

12 L 48 – Forenelighed med EU-retten

L 48 afviger fra skatteundgåelsesdirektivet med det essentielle punkt at undtage selskaber, der udøver reel aktivitet. Det vil i det følgende afsnit af afhandlingen blive behandlet, om manglen på denne undtagelse, resulterende i, at CFC-reglerne rammer alle selskaber, er forenelig med EU-retten. Det vil blive undersøgt, om de rent fiktive arrangementer er et krav, eller om en lovgivning må ramme bredere, som det er tilfældet i L 48.

EU-domstolen tog for første gang stilling til rent kunstige arrangementer i sag C-264/96 *ICI*, hvormed begrebet udviklede sig. *ICI* var moderselskab, som ville have fradrag for sit datterselskabs driftsmæssige underskud, der var en følge af sambeskatning. Denne ordning ville moderselskabet *ICI* også anvende ved at sambeskatte internationalt, hvilket blev benægtet af medlemsstaten. EU-domstolen fastslog i afgørelsen, at det var i strid med etableringsretten, når der var mulighed for national sambeskatning men ikke international sambeskatning. I dommen blev rent kunstige arrangementer inddraget som en del af afgørelsen ved EU-domstolens udtalelse: ”*Det bemærkes vedrørende argumentationen om risikoen for skatteunddragelse, at den i hovedsagen omtvistede lovgivning ikke specielt har til formål at udelukke rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå Det Forenede Kongeriges skattelovgivning, kan give en skattefordel, men generelt tager sigte på enhver situation, i hvilken flertallet af en af koncernens datterselskaber af en eller anden grund er blevet etableret uden for Det Forenede Kongerige. Etableringen af et selskab uden for Det Forenede Kongerige indebærer imidlertid ikke i og for sig en skatteunddragelse, idet det pågældende selskab under alle omstændigheder er omfattet af skattelovgivningen i etableringsstaten*⁴⁸” Ved udtalelsen herom åbner domstolen muligheden for, at en medlemsstat kan vedtage lovgivning, der strider med etableringsfriheden, så længe dennes specifikke formål for er at udelukke rent kunstige arrangementer for at anvende skattefordele. Derfor vil internationale koncerner ikke kunne anvende specifikke skatteregler for at opnå fordele, som koncernen ikke er berettiget til.

Næste gang rent kunstige arrangementer blev brugt til at retfærdiggøre en national værnsregel var i sag C-9/02 *du Saillant*. Den franske regering gjorde her gældende, at en national værnsregel om fiktiv afståelsesbeskatning af værdipapirer kunne retfærdiggøres med henblik på at udelukke et arrangement, der har til formål at omgå skattelovgivningen. Kommissionen var dog af en anden opfattelse, hvilket fremgår heraf: ”*Kommissionen har anført, at CGI's artikel 167a på grund af sin generelle karakter ikke gør det muligt fra sag til sag at afgøre, om flytningen faktisk er begrundet i, at den skattepligtige har til hensigt at unddrage sig skat. Bestemmelsen har på ingen måde specifikt til formål at udelukke, at rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå skattelovgivningen, kan give en skattefordel, idet den generelt omfatter enhver situation, hvori en skattepligtig, der besidder en væsentlig andel i et selskabsskattepligtigt selskab, -uanset af hvilken grund- flytter sit skattemæssige hjemsted fra Frankrig. Det følger desuden af præmis 38 i dom af 9.marts 1999 (sag C-212/97, Centros, Sml I, s. 1459), at det påhviler den kompetente myndighed fra sag til sag at godtgøre, at der foreligger*

⁴⁸ C-264/96 præmis 26

svig⁴⁹”. Kommissionen mener derfor, at den pågældende regel ikke er specifik nok til at kunne begrunde, at der kun er tale om et rent kunstigt arrangement, da der ikke sker en aktuel vurdering af skatteyderen. EU-domstolen lægger også dette til grund for sin afgørelse. Den nationale bestemmelse skal specifikt beskytte mod rent kunstige arrangementer, hvorfor den generelle regel i den franske lovgivning ikke kun kan ramme situationer, hvor der er tale om skatteunddragelse, men også situationer, hvori der er selskaber, der ikke har til formål at unddrage de franske skattemyndigheder.

12.1 Sag C-196/04 Cadbury Schweppes

Første gang EU-domstolen uddybede begrebet rent fiktivt arrangement var i sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*. Denne sag bliver omtalt som den ledende dom indenfor fortolkningen af begrebet fiktivt arrangement og almen tvingende hensyn der kan begrunde brud på etableringsfriheden⁵⁰. Dommen vil derfor blive analyseret herunder.

12.1.1 Sagens omstændigheder

Sag C-196/04 *Cadbury Schweppes* omhandler moderselskabet Cadbury Sweppes Plc (herefter CS), der er etableret i Storbritannien og Cadbury Sweppes Overseas Ltd (herefter CSO) mod commissioners of Inland Revenue. Sagen blev forelagt EU-domstolen, da CSO var blevet beskattet af overskud optjent i Cadbury Sweppes Treasury International (herefter CSTI), som var beliggende i Irland, efter de daværende nationale regler om CFC-indkomst i Storbritannien. Cadbury Sweppes Treasury Services (herefter CSTS) blev oprettet i CS-koncernen for at erstatte et selskab hjemmehørende i Jersey. CSTI var et datterselskab under CSTS⁵¹, hjemmehørende i Irland, hvor selskabsskatteprocenten på tidspunktet for hændelserne, som denne dom omfatter, var på 10%⁵².

CSTI skulle stille midler til rådighed for andre selskaber i koncernen og blev stiftet i Dublin. Britisk national ret indeholdt på daværende tidspunkt en værnsregel for en sådan konstruktion. Denne regel var udgangspunktet for skattestatens CFC-beskatning. Bestemmelsen medførte, at et moderselskab med hjemsted i Storbritannien beskattes af overskuddet i et udenlandsk hjemmehørende selskab. For at opnå lempelse for denne hovedregel skulle skattesubjekterne opfylde to kumulative betingelser; 1) selskabet skulle kunne godtgøre, at hovedformålet, eller et af hovedformålene, med en given selskabsstruktur ikke var at opnå en skattefordel, og 2) at selskabet ikke var etableret med henblik på at udhule skattegrundlaget i Storbritannien⁵³. Den Britiske skattemyndighed forelagde derfor et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen omkring denne bestemmelses overensstemmelse med EU-retten. Et af hovedspørgsmålene for den Britiske skattemyndighed var, hvorvidt CS har misbrugt sine traktatbestemte friheder ved at etablere sig på en sådan måde, at denne opnår mere fordelagtige skattefordele,

⁴⁹ C-9/02 *du Saillant* præmis 36

⁵⁰ Se f.eks. Thomas Rønfeldt - Europæisk Skatteret 1 og Peter Koerver Schmidt Dansk CFC-beskatning

⁵¹ C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 17

⁵² C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 14

⁵³ Dansk CFC-beskatning side 436 og Sag C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 10 og 11

end der ellers var udgangspunktet. Der blev endvidere stillet spørgsmål til, hvorvidt der er tale om forskelsbehandling i sammenlignelige situationer på baggrund af etableringsland. Slutteligt blev der forespurgt, hvorvidt en eventuel forskelsbehandling kan begrundes i hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse. Alt dette summerede op det præjudicielle spørgsmål i dommens præmis 28: ”Er artikel 43 EF, 49 EF og 56 EF til hinder for en national skattelovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der under angivne omstændigheder bestemmer, at et selskab, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, skal beskattes af overskud i et datterselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvor det beskattes med en lavere skattesats?”.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt oprettelse af en selskabsstruktur med det formål at opnå lovgivne skattefordele i medlemsstater. Kan dette ikke i sig selv udgør misbrug af etableringsfriheden i henhold til C-212/97, *Centros*, præmis 27. Hvad angår forskelsbehandling i sammenlignelige situationer på baggrund af etableringsland påpegede Domstolen i præmis 42, at selvom skattesatsen skulle være ens på trods af oprindelsesland, vil det være i strid med etableringsfriheden, at oprindelsesmedlemsstaten lægger hindringer for, at dets statsborgere etablerer sig i en anden medlemsstat⁵⁴. Domstolen finder det derfor ubestridt, at den Britiske CFC-lovgivning forskelsbehandler i sammenlignelige situationer på baggrund af etableringsland. Af præmis 47 fremgår det, at en hindring af en EU-frihed, såsom etableringsfriheden, kun kan begrundes i et tvingende alment hensyn. Et sådan tvingende alment hensyn kan være skatteunddragelse (misbrug) eller foranstaltninger, der skal forhindre misbrug⁵⁵. Proportionalitetsprincippet skal fortsat overholdes, hvilket der også redegøres for i præmis 47 af nærværende dom. På tidspunktet for domsafgivelsen for nærværende sag var misbrug udelukkende anerkendt som et legitimt hensyn i skattemæssig henseende, hvis bestemmelserne udelukkende rettede sig mod rent kunstige arrangementer⁵⁶. Af dommens præmis 67 fremgår det, at såfremt CFC-selskabets fysiske eksistens kan dokumenteres med lokaler, udstyr og personale, hvorved der vil være en reel etablering Domstolen fandt, at da CSTI og CSTS er reelt etablerede selskaber, der udøver reel økonomisk virksomhed, var den Britiske CFC-lovgivning EU-stridig, jf. afgørelsen i sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*.

12.1.1 C-196/04 *Cadbury Schweppes* - Foreneligheden af L48 med dommen

I dommen C-196/04 *Cadbury Schweppes* er det første gang, en medlemsstats CFC-regler bliver undersøgt for forenelighed med de EU-traktatfæstede rettigheder. Det er derfor relevant at undersøge foreneligheden af C-196/04 *Cadbury Schweppes* med det danske lovforslag L 48. Det første hensyn, der skal undersøges, er, om L 48 lever op til, at der ikke må ske forskelsbehandling i sammenlignelige situationer. Den danske regering har ved fremsættelsen af L 48 lagt op til, at den danske CFC-lovgivning skal ramme alle selskaber uden undtagelser. Som afhandlingen tidligere har afklaret, har den danske nationale tvungne sambeskatning dog resulteret i,

⁵⁴ Se sag C-264/96 *ICI*, præmis 21 og C-446/03 *Marks and Spencer*, præmis 31

⁵⁵ Se sag C-446/03 *Marks & Spencer*, præmis 49

⁵⁶ Se sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, præmis 68

at de danske selskaber ikke bliver omfattet. Denne forskelsbehandling bliver i præmisserne meget klart fremlagt som værende i strid med den frie etablering, da sammenlignelige situationer bliver behandlet forskelligt.

For at denne forskelsbehandling i det danske lovforslag ikke er i strid med de traktatfæstede rettigheder, skal disse kunne begrundes i et tvingende alment hensyn. Det vil sige, at Danmarks hensyn til at ville bekæmpe skatteunddragelse skal gå forud for selskabets ret til at etablere sig fri i en anden medlemsstat med det formål at opnå en skattefordel. At Danmark vil anvende de danske CFC-regler i forbindelse med ønsket om at bekæmpe skatteunddragelse vil være et forhold, som kan anvendes som en alment tvingende hensyn.⁵⁷ De danske CFC-regler har til formål at bekæmpe skatteunddragelse i sin helhed, hvorfor lovforslaget i denne henseende vil kunne begrundes i dette alment tvingende hensyn. Det alment tvingende hensyn at bekæmpe skatteunddragelse kan dog ikke stå alene.

Hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse bliver i C196/04 *Cadbury Schweppes* defineret som at skulle være bekæmpelsen af rent kunstige arrangementer, som ikke bygger på reel økonomisk aktivitet, og som har til formål at skatteunddrage en medlemsstat. Dette bliver ligeledes slået fast i C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*: “*For at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område*⁵⁸”. Den danske regering har i lovforslaget valgt ikke at tilføje den del af skatteundgåelsesdirektivets artikel 7’s bestemmelse, der udelukker selskaber med reel etablering at blive omfattet af CFC-reglerne. Ved dette valg bliver det danske lovforslag direkte i strid med præmisserne i C-196/04 *Cadbury Schweppes*. Det er derfor svært at se, hvordan det tvingende almene hensyn i de danske CFC-regler er foreneligt med C-196/04 *Cadbury Schweppes* uden denne bestemmelse.

For at det danske lovforslag vil kunne siges at være i overensstemmelse med C-196/04 *Cadbury Schweppes*, vil en test af hvad et rent kunstigt arrangement skulle laves; den såkaldte substanstest. Hertil fremsætter dommen en definition af, hvad denne vurdering skal laves ud fra. Ved begrebet rent kunstige arrangementer skal det forstås således, at der ud fra nogle objektive betingelser skal testes for, om der foreligger en reel selskabsstiftelse eller udelukkende en stiftelse af selskaber, der sigter at nedbringe skattebetalingen. Disse objektive omfatter datterselskabets fysiske placering i medlemsstaten, herunder selskabets lokaler, personale og udstyr.⁵⁹ Disse objektive betingelser skal i en test for substans i det etablerede datterselskab teste for, om dette datterselskab reelt er etableret for at drive økonomisk virksomhed i den medlemsstat, hvori selskabet er oprettet.

⁵⁷ C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 55, C-264/96 *ICI* præmis 26, C-9/02 *du Saillant* præmis 50 og C-436/00 *X og Y* præmis 37

⁵⁸ C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* præmis 74

⁵⁹ C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 67

Foruden disse objektive betingelser skal en substanstest ligeledes indeholde en subjektiv vurdering, der omhandler, hvorvidt datterselskabet er oprettet med et ønske om at omgå den skyldige skat.⁶⁰ Der skal dermed fremgå både objektive og subjektive betingelser for en national CFC-beskatningsregel, der hindrer etableringsfriheden, for at denne forskelsbehandling kan vurderes ikke at være i strid med de grundlæggende frihedsrettigheder og samtidig efter en proportionalitetsovervejelse kan anses for værende proportionel med det formål, denne regel har til sigte. Det kan således ikke konkret siges, hvilke selskaber der er rent kunstige arrangementer, og hvilke der ikke er. Det kan blot konstateres, at der skal være både objektive og subjektive elementer tilstede for denne overvejelse.

13 Efterfølgende praksis

Der har efter C-196/04 *Cadbury Schweppes* været en række domme, hvor rent kunstige arrangementer bliver behandlet som et alment tvingende hensyn. I Sag C-105/07 *Lammers & Van Cleeff* udtalte domstolen: ”For at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område⁶¹” I denne afgørelse sker der en stadfæstelse af den praksis angående rent kunstige arrangementer, der første gang blev taget stilling til i sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, idet domstolen valgte at bruge samme ordvalg i præmisserne. Herved kan en hindring af etableringsfriheden kun ske ved det alment tvingende formål, det er at hindre selskabers, der udgør rent kunstige arrangementer uden økonomisk realitet, forsøg på at undgå skattebetaling. I en senere praksis fra EU-domstolen i sag C-330/07 *Jobra* valgte domstolene dog at ændre i ordlyden i deres præmisser, hvor følgende i præmisserne blev anført: ”Hvad angår begrundelsen baseret på nødvendigheden af at forbygge misbrug bemærkes, at en national foranstaltning, der begrænser den frie udveksling af tjenesteydelser, kan være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis eneste formål er at opnå en skattefordel⁶²”. I C-330/07 anvendte EU-domstolen betegnelsen ”skattefordel” i stedet for den tidligere definition ”undgå den normalt skyldige skat”. Denne ændring kunne have betydning for forståelsen af, hvornår der foreligger et rent kunstigt arrangement. EU-domstolen valgte i dommen at henviser til C-196/04 *Cadbury Schweppes* og C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. Da denne henvisning foreligger, vurderes det, at den skiftende ordlyd i præmisserne ikke skal gives yderligere betydning end først antaget.

Det var først i sag C-311/08 *SGL*, at EU-domstolen synes at udvide begrebet rent kunstige arrangement, hvorfor denne sag vil blive analyseret herunder.

⁶⁰ Dansk CFC-beskatning Side 444.

⁶¹ C-105/07 *Lammers & Van Cleeff* præmis 28

⁶² Find præmis

13.1 Sag C-311/08 SGI

Sagen omhandler et belgisk holdingselskab, Société de Gestion Industrielle SA (SGI) (herefter ”SGI), der ejer 65% af kapitalandelen i det franske selskab RECYDEM SA (Herefter ”Recydem”). SGI har endvidere et bestyrelsesmedlem i Recydem. SGI havde ydet et rentefrit lån til datterselskabet Rcydem. Yderligere betalte SGI et management fee til en aktionær, som var hjemmehørende i Luxembourg, og som havde en væsentlig indflydelse i SGI med et ejerskab af 34% af kapitalandelene. Med udgangspunkt i en transfer pricing bestemmelse i den belgiske lovgivning forhøjede den belgiske skattemyndighed SGI’s skattepligtige indkomst med fiktive renter på 5%. Den lokale domstol, Tribunal de première de Mins, valgte derfor at forlægge et præjudicielt spørgsmål for EU-domstolen om hvorvidt, denne transfer pricing bestemmelse var i strid med etableringsfriheden, idet den kun fandt anvendelse på grænseoverskridende transaktioner⁶³.

Domstolen startede med at fastslå, at det præjudicielle spørgsmål skulle afgøres med udgangspunkt i TEUF artikel 49, idet den belgiske lovgivning kun kunne anvendes på grænseoverskridende transaktioner⁶⁴. Da den belgiske lovgivning ikke fandt anvendelse på transaktioner mellem to belgisk hjemmehørende selskaber, fandt domstolen, at den belgiske lovgivning var i strid med retten til fri etablering⁶⁵.

Det næste trin domstolen tog var at undersøge, om denne lovgivning kunne retfærdiggøres ud fra et alment tvingende hensyn. Det første alment tvingende hensyn, der blev undersøgt, var hensynet til en balanceret fordeling af beskatningskompetencen. Hertil konstaterede EU-domstolen, at såfremt selskabet havde mulighed for at overføre dets overskud i form af ekstraordinære eller vederlagsfri fordele til selskaber hjemmehørende i andre stater, ville dette udgøre en fare for den balancerede beskatningskompetence mellem medlemsstaterne⁶⁶.

Herefter fremhævede domstolen hensynet til forebyggelse af skatteunddragelse: *”Hvad for det andet angår forebyggelsen af skatteunddragelse bemærkes, at en national foranstaltning, som begrænser etableringsfriheden, kan være begrundet, når den specielt er rettet mod rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå skattelovgivningen i den pågældende medlemsstat”*⁶⁷ Domstole tilføjede hertil *” En national lovgivning, der ikke har som specifikt formål at udelukke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, oprettet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område, fra den i lovgivningen fastsatte skattefordel, kan imidlertid anses for*

⁶³ C-311/08 SGI præmis 9-18

⁶⁴ C-311/08 SGI præmis 27-37

⁶⁵ C-311/08 SGI præmis 44-55

⁶⁶ C-311/08 SGI præmis 63

⁶⁷ C-311/08 SGI præmis 65

*begrundet i formålet om at hindre skatteunddragelse sammen med formålet om at bevare en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne*⁶⁸

Domstolens overstående præmisser vedrørende rent kunstige arrangementer og forebyggelse af skatteunddragelse viser, at domstolen skelnede mellem misbrug af rent kunstige arrangementer til at opnå skattefordele, som kan udgøre et alment tvingende hensyn, og et udvidet formål med at forhindre skatteunddragelse, hvilket, akkumuleret med hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, kunne være et alment tvingende hensyn. Dommens præmisser synes også at give mulighed for, at stater kan anvende nationale regler på grænseoverskridende transaktioner, når dette ikke ville give mening for rent interne forhold med to hjemmehørende selskaber i samme stat, forudsat det bunder i at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen og af at forhindre skatteunddragelse sammenhold med hinanden⁶⁹.

Ud fra C-311/08 *SGI* er kravet, at CFC-regler kun kan være et alment tvingende hensyn, hvis de omhandler rent kunstige arrangementer fra *Cadbury Schweppes* C-196/04 blevet lempet, og må derfor gerne ramme bredere, hvis dette er kan begrundes i afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen. Det skal hertil henføres, at den omtalte dom omhandler transfer pricing regler i en stat, som ikke er direkte sammenlignelige til CFC-reglerne. Domstolen lægger også op til, at der, selv med en bredere lovgivning omkring værnsregler, fortsat skal foreligge proportionalitet: *”Det bemærkes, at en national lovgivning, som baserer sig på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves for at afgøre, om en transaktion er et rent kunstigt arrangement, der blot har skattemæssige formål, ikke skal anses for at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre målene om at bevare en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og at hindre skatteunddragelse, hvis den skattepligtige, i hvert tilfælde hvor der er mistanke om, at en transaktion går videre, end hvad de pågældende selskaber ville have aftalt på armslængdevilkår, uden at være underlagt unødige administrative byrder for det første har adgang til at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til, at denne transaktion er indgået*⁷⁰”.

Herefter udtalte domstolen: *”Når en undersøgelse af disse forhold når frem til den konklusion, at den omhandlede transaktion går videre, end hvad de pågældende selskaber ville have aftalt på armslængdevilkår, skal den skattemæssige korrektionsmekanisme for det andet begrænses til den del, som overstiger det, som ville være blevet aftalt, hvis der ikke bestod et afhængighedsforhold mellem disse*⁷¹”. Dette må udtrykke, af en

⁶⁸ C-311/08 *SGI* præmis 66

⁶⁹ Gerard T.K. Muessen, *European Taxation*, 2010, s 245-249

⁷⁰ C-311/08 *SGI* præmis 71

⁷¹ C-311/08 *SGI* præmis 72

værnsregels anvendelse skal genskabe den situation, som ville have eksisteret, såfremt misbruget ikke var foretaget, og at værnsreglen således ikke må indeholde yderligere straf⁷².

13.2 Sag 116/16, T Danmark og Sag 117/16, Y Danmark

Den praksis, der først blev begrundet i C-196/04 *Cadbury Schweppes*, omhandlende rent kunstige arrangementer, er efterhånden en ældre sag, hvorfor det har været relevant at kigge i nyere retspraksis. Den nye retspraksis vil kunne tilkendegive, om den fortolkning af rent kunstige arrangementer, nærværende afhandling har beskrevet i overstående analyse af begrebet, stadig er anvendelig.

I sagerne har det danske skatteministerie anfægtet afgørelser over, at den danske Landsskatteret fandt, at T Danmark og Y Danmark skulle være omfattet af den i direktiv 90/435 fastsatte fritagelse for kildeskat af udbytte, der udbetales til enheder hjemmehørende i andre medlemsstater. For at kunne opnå skattefordelene i direktivet, skal den enhed, som modtager udbyttet, opfylde de betingelser, der er opstillet heri. Den danske regering mener hertil, at det kan forekomme, at koncerner, som ikke opfylder betingelserne, indskyder et eller flere kunstige selskaber, der opfylder direktivets betingelser, mellem det selskab, der udlodder udbyttet, og det selskab, som reelt har råderet over udbyttet. Disse finansielle konstruktioner omhandler de præjudicielle spørgsmål, som den danske domstol har forelagt vedrørende retsmisbrug og begrebet ”den retmæssige ejer”⁷³.

”En koncern, som ikke er tilrettelagt af grunde, der afspejler den økonomiske realitet, som har en struktur, der er rent formel, og som har til hovedformål eller som et af sine hovedformål at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med den skattelovgivning, der finder anvendelse, kan anses for et kunstigt arrangement. Dette er navnlig tilfældet, når betalingen af udbytteskat undgås ved i koncernstrukturen at indskyde en gennemstrømningsenhed mellem det selskab, som udlodder udbyttet, og det selskab, som er udbyttets retmæssige ejer.”⁷⁴

Selv om omstændigheden, at den skattepligtige person søger en fordelagtig skatteordning, ikke kan danne grundlag for en generel formodning for svig eller misbrug, forholder det sig ikke desto mindre sådan, at et skattesubjekt ikke kan drage fordel af EU-retten, hvis en transaktion er lavet ud fra et rent kunstigt arrangement, som har til formål at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning⁷⁵

Præmisserne i dommen bekræfter den praksis indenfor rent kunstige arrangementer, som er at finde i C-196/04 *Cadbury Schweppes* og tidligere praksis. Der vil således fortsat kunne støttes ret på disse præmisser i fortolkningen af rent kunstige arrangementer.

⁷² Dansk CFC-Beskatning side 467

⁷³ C-116/16 *T Danmark* og C-117/16 *Y Danmark* præmis 34-35

⁷⁴ C-116/16 og C-117/16 præmis 100

⁷⁵ C-116/16 og C-117/16 præmis 81, se også yderligere bekræftelse af dette synspunkt C-322/11 præmis 61 og C-106/16 præmis 61-63

13.1 Tvingende almene hensyn i L 48

Som gennemgået i de tidligere afsnit vil den manglende substanstest i det danske lovforslag L 48 kunne medføre, at der sker en forskelsbehandling, hvor moderselskabet ved oprettelsen af et datterselskab vil blive pålagt en større byrde skattemæssigt i udlandet sammenlignet med Danmark. Denne hindring for den frie etablering kan være begrundet i, at der foreligger et alment tvingende hensyn, som vejer tungere end retten til fri etablering. Det alment tvingende hensyn mod skatteunddragelse, som substanstesen henfører til, er begrundet i, at en begrænsning på retten til fri etablering er mulig, hvis den er rettet mod specifikke kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå medlemsstatens lovgivning⁷⁶. Derfor kan CFC-regler kun være i strid med etableringsfriheden, hvis de kun rammer rent kunstige arrangementer, jf. C-196/04 *Cadbury Schweppes*. C-311/08 *SGI* lægger op til, at en medlemsstat kan anvende en sådan værnsregel på udelukkende grænseoverskridende transaktioner. For at det dette kan være muligt, er det en forudsætning, at det begrundes i en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen samt målet om at forhindre skatteunddragelse.

Regeringen har i L 48 søgt en balance, der sikrer, at Danmark har en solid selskabsskattebase, som samtidigt søger at mindske de administrative og økonomiske konsekvenser for helt almindelige virksomheder. Regeringen vil også være et foregangsland indenfor kampen mod skatteundgåelse, hvorfor der ikke bliver anvendt en substanstest i L 48. Regeringen vurderer hertil også, at en sådan implementering vil resultere i et markant mindre provenu for den danske statskasse⁷⁷. Det bærende argument, for ikke at indføre en substanstest i den danske implementering af skatteundgåelsesdirektivet, må derfor være ønsket om ikke at miste en betydelig skatteindtægt i den danske statskasse. Hertil kommer spørgsmålet, om dette er at betragte som et alment tvingende hensyn.

Argumentet om at miste en betydelig skatteindtægt fremsat af den danske regering er et argument, som EU-domstolen tidligere har behandlet. Domstolen har flere gange afvist dette argument. En af de domme, hvori Domstolen afviste dette, var i sag C-307/97 *Saint Gobain*, hvor domstolen udtalte: ”*Hertil bemærkes, at provenutab, som hævdes at opstå på grund af, at det til dels ikke er muligt at opveje det tab af skatteindtægter, som følger af en indrømmelse af de forskellige skattemæssige fordele, der er tale om, til udenlandske selskaber, der har et fast driftssted i Tyskland, ikke hører til de hensyn, der er anført i EF-traktatens artikel 56 (efter ændring nu artikel 46 EF), og ikke kan anses for et tvingende hensyn af almen interesse, der kan påberåbes som begrundelse for en ulige behandling, der principielt strider mod traktatens artikel 52*”⁷⁸.

Dette er også blevet behandlet i C-196/04 *Cadbury Schweppes*, hvor Generaladvokaten gav følgende udtalelse i sit forslag til afgørelse:

⁷⁶ C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 51

⁷⁷ L 48 2019-2020, side 9. Se også L 48 2019-2020 bilag 1, samt L 48 2019-2002 endeligt svar på spørgsmål 21 for samme begrundelse.

⁷⁸ C-307/97 *Saint Gobain* præmis 50

”Hvad angår det første forhold gjorde Domstolen opmærksom på sin faste praksis, i henhold til hvilken et lavere skatteprovenu ikke kan anses for et tvingende alment hensyn, der kan påberåbes som begrundelse for en foranstaltning, som i princippet er i strid med en grundlæggende frihed⁷⁹”.

Udtalelsen herover bekræfter domstolen også i præmisserne til C-196/04 *Cadbury Schweppes*:

”... Hensynet til at undgå et tab af skatteindtægter hører ikke til de hensyn, der er anført i artikel 46, stk. 1 EF, og kan heller ikke anses for at være et af de tvingende almene hensyn, som kan begrunde en restriktion for en ved traktaten indført frihed⁸⁰”.

At den danske regering begrundet sit fravalg af en substanstest ved et mindre skatteprovenu, vil derfor ikke kunne anses for at være et alment tvingende hensyn, som ville kunne begrunde en tilsidesættelse af retten til fri etablering. Det danske lovforslag, L 48, vil således fortsat være i strid med etableringsfriheden.

13.2 Delkonklusion

Det er i overstående blevet undersøgt, om den danske CFC-lovgivning kan siges at være forenelig med EU-retten uden, at der samtidigt indføres en substanstest i den danske implementeringslov. Det er i dommene C-264/96 *ICI* og C-9/02 *du Saillant* blevet fastlagt, at en national lovgivning kan bryde med frihedsrettighederne, så længe lovgivningen kun har til formål at stoppe rent fiktive arrangementer. EU-domstolen kom i den centrale dom indenfor området, C-196/04 *Cadbury Schweppes*, frem det samme resultat, men Domstolen kom heri med dybere begrundelse. EU-domstolen fandt i dommen, at en hindring af en EU-frihed, såsom etableringsfriheden, kun kan begrundes i et tvingende alment hensyn. Et sådan tvingende alment hensyn kan være skatteunddragelse (misbrug) eller foranstaltninger, der skal forhindre misbrug, så længe proportionalitetsprincippet fortsat overholdes.

Det bliver endvidere underbygget med en gennemgang af sag C-311/08 *SGL*, hvoraf det kan udledes, at hensynet til fordeling af beskatningskompetencen sammenholdt med det overstående også kan anses for værende et tvingende alment hensyn, selvom den nationale værnsregel ikke har specifikt sigte på rent kunstige arrangementer. I sag 116/16 *T Danmark* og Sag 117/16 *Y Danmark*, bekræfter domstolen, at fortolkningen omkring en lovgivning må bryde med retten til fri etablering, såfremt denne har specifikt sigte mod rent kunstige arrangementer, som har til hensigt at opnå en skattefordel. Implementeringsloven, L 48, som ikke indeholder en test om substans, vil dermed være i strid med den fri etablering.

Det blev herefter undersøgt, om der forelå et alment tvingende hensyn i lovforarbejdet, som kunne retfærdiggøre, at en sådan substanstest ikke blev indført. I lovforarbejdet blev der lagt op til, at grunden til fravalget af substanstesten er, det vil skabe et markant mindre skatteprovenu, hvilket ikke er et alment tvingende hensyn.

⁷⁹ C-196/04 forslag til afgørelse præmis 96, se også C-446/03 *Marks and Spencer* præmis 41 for samme argumentation

⁸⁰ C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 49

Det fremgår tydeligt i Sag C-307/97 *Saint Gobain* og C-196/04 *Cadbury Schweppes*. Det må derfor konstateres, at reglerne i L 48 vil være i strid med EU-retten.

14 Indholdet af en substanstest

Det vil derfor være relevant at finde ud af, hvordan en substanstest vil skulle blive udformet i overensstemmelse med gældende ret.

I dommen om C-196/04 *Cadbury Schweppes* frembragte EU-domstolen muligheden, for at bibeholde CFC-skatteregler, som henvender sig og begrænser specielt moderselskaber, der opretter CFC-datterselskaber i andre medlemslande, hvor selskabsskatten er lavere end i det for moderselskabet hjemmehørende medlemsland, for Storbritannien, som herefter også er gældende for andre medlemsstater. Denne mulighed er kun gældende, såfremt medlemsstaten kan bevise, at hindringer og forskelsbehandling af moderselskaber, der opretter CFC-selskaber i lavskattelande, kun omfatter de situationer, hvor der er tale om rent kunstige arrangementer. Domstolen frembringer tre kriterier for, hvad en sådan substanstest kan indeholde for at kunne fastslå, at der er tale om rent kunstige arrangementer.

Efter det første kriterium skal det, ud fra objektive betingelser omhandle den fysiske lokation, med hensyn til personale, lokaler og udstyr⁸¹. Den næste betingelse, der ligeledes kan læses ud fra afgørelsen i sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, er, at den karakter, som leveringen af tjenesteydelsen har for moderselskabet, er understøttet af de kompetencer, der ligger i CFC-selskabet, og om det reelt er i dette, der kan træffes beslutninger om udførelsen af denne tjenesteydelse⁸². Dette skyldes, at datterselskabet ikke blot skal være et redskab, der bruges til udøvelsen af denne tjenesteydelse, hvor den reelle beslutning træffes højere niveau end datterselskabets ledelse. Det tredje kriterium handler om at, den merværdi som datterselskabet tilfører moderselskabet, skal afspejle reel virksomhedsudøvelse i værtslandet gennem de tjenesteydelser, de leverer til moderselskabet⁸³. Disse kriterier til vurdering af, om der er tale om et rent fiktivt arrangement, blev ved afgørelsen i C-

⁸¹ C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 67

⁸² Generaladvokatens forslag til afgørelse af C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 113

⁸³ Generaladvokatens forslag til afgørelse af C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 114

196/04 *Cadbury Schweppes* slået fast som kriterier til vurdering af, , som således kan begrunde en forskelsbehandling af selskaber. Der er ikke i dommen yderligere beskrevet, hvilke kriterier der eller kan lægges vægt på, men dette vil blive forsøgt belyst nærmere i det følgende afsnit.

Rådet udarbejdede i 2010 en resolution, som kan bidrage til fortolkningen af, hvordan de nationale regler om beskatning af overskud, optjent i CFC-selskaber, skal udformes, for ikke at være i strid med de traktatfæstede frihedsrettigheder. Resolution 2010/C 156/01 blev udgivet af rådet den 8. juni 2010.⁸⁴ I denne resolution beskriver rådet, at det er vigtigt at finde balancen mellem interessen i at bekæmpe skatteunddragelse og at sikre, at de traktatfæstede rettigheder ikke bliver unødigt krænket af national lovgivning gennem uforholdsmæssigt strenge restriktioner⁸⁵. Herved anerkender rådet, at der kan være et problem forbundet med CFC-selskaber, der bliver etableret i lavskattelande, hvor uforholdsmæssigt meget overskud bliver flyttet til for at undgå beskatning i et højskatteland. Samtidig anerkender rådet, at national lovgivning, rettet mod CFC-selskaber, lovligt kan udgøre en begrænsning i frihedsrettighederne, såfremt disse er begrundet i alment tvingende hensyn⁸⁶. Dette betyder ligeledes, at medlemsstaterne skal være særligt opmærksomme på ikke at lade reglerne om skattemæssig behandling af CFC-selskaber ramme for bredt, hvor reglerne ikke kun rammer rent kunstige arrangementer, idet de nationale regler i dette tilfælde kan tilsidesættes af EU-domstolen, i det tilfælde de ikke opfylder kravet om alment tvingende hensyn. Herunder vil det blive gennemgået, hvilke anbefalinger Rådet fremlægger i Rådets resolution.

” *SOM FINDER, at CFC-regler eller regler om tynd kapitalisering vil kunne udgøre begrænsninger for udøvelsen af de traktatfæstede friheder, når de medfører en forskel i behandlingen af objektivt sammenlignelige nationale og grænseoverskridende situationer*”⁸⁷. Rådet nævner at ”safe harbour – kriterier” kan være nyttige i forbindelse med kortlægningen af lavskattelande. Derved nemt finde frem til de medlemslande, hvor risikoen er størst for skatteunddragelse, såfremt den skattepligtige får mulighed for at bevise det modsatte. ”*SOM FINDER, at det kan være nyttigt, at CFC-reglerne og reglerne om tynd kapitalisering omfatter »safe-harbour«-kriterier, for at dække situationer hvor sandsynligheden for misbrug er størst, så længe skatteyderen får mulighed for at fremlægge beviser for det modsatte*”⁸⁸. Dette betyder, at lavskattelister gerne må indgå i en konkret vurdering af en sag, men det faktum at, et CFC-selskab er etableret i et lavskatteland, er ikke i sig selv nok til at beskatte moderselskabet at overskud optjent i en anden medlemsstat. Denne vurdering skal være konkret, og den skal være baseret på forskellige hensyn, der kan indikere, om der er tale om reel etablering, der er begrundet i reelle forretningsmæssige hensyn. Rådet beskriver, at de anbefaler en ikke udtømmende liste over indikatorer, der kan pege på, at overskud er blevet overført med det formål at undgå beskatning. Rådet

⁸⁴ Rådets resolution 2010/C 156/01

⁸⁵ Rådets resolution 2010/C 156/01 side 2, 2. afsnit

⁸⁶ Rådets resolution 2010/C 156/01 side 2, 5. afsnit

⁸⁷ Rådets resolution 2010/C 156/01 side 1

⁸⁸ Rådets resolution 2010/C 156/01 side 2, 7. afsnit

frembringer i denne resolution af en anbefaling om, at medlemsstaterne, når de anvender CFC-regler inden for EU, som ikke anvendes tilsvarende på interne situationer i medlemsstaten, skal følge en række grundprincipper, som er angivet i punkter om indikatorer, der kunne tyde på, at overskud var blevet kunstigt omdirigeret.

- a. *”der er ikke tilstrækkelig mange gyldige økonomiske eller forretningsmæssige begrundelser for fordeling af overskud, og denne afspejler derfor ikke den økonomiske realitet”*⁸⁹

Denne del af en substanstest er særligt væsentligt i den situation, hvor CFC-selskabet reelt er etableret og har en vis aktivitet, hvor overskud fra datterselskabet efterfølgende er blevet omdirigeret til dette selskab for at sikre den lavest mulige skattebetaling. Dette giver skattemyndighederne en bred ramme til vurdering af, om overskudsdelingen mellem selskaberne afspejler den økonomiske realitet. Det er vigtigt for skattemyndighedernes behandling af selskaberne, at skatteyderen har mulighed for at bevise, at overskudsdelingen afspejler den økonomiske realitet.

- b. *”grundlæggende svarer det registrerede selskab ikke til en reel etablering, hvorfra der faktisk udøves økonomisk virksomhed”*⁹⁰

I vurderingen af, om der er tale om reel etablering, kunne det medtages, om selskabet reelt bestemmer over egen drift, eller om alle beslutninger vedrørende drift foretages fra et højere niveau, hvilket kan indikere, at dette selskab udelukkende er et redskab til udførelsen af beslutningerne og selskabets drift.⁹¹

- c. *”der er ingen forholdsmæssig sammenhæng mellem de aktiviteter, som CFC'et tilsyneladende udøver, og udstrækningen af dets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr”*⁹²

Om den faktiske udstrækning af den fysiske eksistens er overensstemmende med de aktiviteter, CFC-selskabet udøver, skal som beskrevet ovenfor foretages ud fra en vurdering af, om lokaler, personale og udstyr er tilstrækkeligt hos CFC-selskabet for at kunne være reelt etableret. Det vil sige, at der skal foretages en vurdering af, om den valgte lokation fysisk kan rumme de medarbejdere, der skal være til stede for at levere den ydelse, der leveres til moderselskabet. Om udstyret der er indkøbt er tilstrækkeligt for at kunne udføre de opgaver, der skal udføres i forbindelse med leveringen af de tjenesteydelser, der leveres til moderselskabet. Og om det personale der er hyret, er af den fornødne kvalitet, under hensyntagen til uddannelsesmæssigbaggrund og andre relevante kriterier.

- d. *”det selskab, der ikke er etableret i det pågældende land, er overkapitaliseret og har betydelig større kapital end nødvendigt for at udøve sin aktivitet”*⁹³

⁸⁹ Rådets resolution 2010/C 156/01 side 2

⁹⁰ Rådets resolution 2010/C 156/01 side 2

⁹¹ Generaladvokatens forslag til afgørelse af C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 113

⁹² Rådets resolution 2010/C 156/01 side 2

⁹³ Rådets resolution 2010/C 156/01 side 2

Vurderingen af, om CFC-selskabet har en større likvid beholdning end nødvendigt, skal ses i lyset af de omkostninger, der er forbundet med leveringen af de ydelser, som CFC-selskabet leverer, samt den risiko, der oppebæres af CFC-selskabet. Er selskabet derfor overkapitaliseret i forhold til udøvelsen af den aktivitet, det leverer, kan dette indikere, at kapital er blevet flyttet kunstigt til det pågældende CFC-selskab for at undgå en højere skattebetaling.

- e. *”den skattepligtige person har indgået arrangementer, der er blottet for økonomisk realitet, ikke tjener noget eller et meget lille forretningsmæssigt formål, eller som kan være i strid med almindelige forretningsinteresser, hvis ikke de er indgået med henblik på at undgå skat.”⁹⁴*

Forslaget fra rådet om at medtage en vurdering af, om arrangementet er blottet for økonomisk realitet, forretningsmæssigt formål eller i øvrigt er i strid med almindelige forretningsinteresser, giver medlemsstaterne, såfremt dette implementeres, en bred mulighed for at samle op og anvende alle kriterier, de måtte finde nødvendige for at belyse, om overskud er dirigeret kunstigt rundt. Samtidig betyder det også, at skattemyndighederne med udgangspunkt i en række subjektive betingelser kan vurdere, hvad der er nødvendig og meningsfuldt for driften af en virksomhed. Således kan skattemyndighederne, såfremt en forretningsmæssig disposition for dem er uforståelig, medmindre denne benyttes til at undgå skat, bede den skattepligtige forklare og retfærdiggøre denne ud fra almene forretningsmæssige synspunkter, idet den skattepligtige skal frembringe beviser for, at dispositionerne ikke har baggrund i ønsket om at undgå skat.

14.1 Sammenfatning

Af C-196/04 *Cadbury Schweppes* og Rådets resolution fremgår det, hvilke kriterier der kan medtages i en vurdering af, om et arrangement er kunstigt eller udelukkende begrundet i formålet med at undgå en højere beskatning. Skattemyndighederne kan medtage alle de kriterier, de ønsker til vurderingen af, om en selskabskonstruktion er begrundet i ønsket om at opnå et skattefordel. Således skal kriterierne i C-196/04 *Cadbury Schweppes* og denne resolution fra rådet blot ses som inspiration til vurderingen af, om et arrangement kan kategoriseres som rent kunstigt, og CFC-skattereglerne derfor kan anvendes til at omdirigere en skattebetaling til den medlemsstat, hvor den retmæssigt er hjemmehørende. Der kan være flere problematikker ved fastlåste kriterier, som bedømmelsen af disse arrangementer skal bero på. En af problematikkerne ved en fastlåst substans test er, at selskaber, der gerne vil undgå skat, hurtigt vurderer hvilke kriterier der betragtes, hvorefter disse selskaber tilrettelægger deres CFC-selskaber på en sådan måde, at de netop lever op til kravene og dermed kan omdirigere overskud til et lavskattelands. I den forbindelse er det vigtigt, at alle disse kriterier ses

⁹⁴ Rådets resolution 2010/C 156/01 side 2

som en helhedsvurdering, der skal belyse hele arrangementet og ikke kun dele af det. Det er ligeledes vigtigt, at den skattepligtige efter helhedsvurderingen får lejlighed til at forklare de forretningsmæssige og økonomiske bevæggrunde til en selskabskonstruktion. Derved kan den skattepligtige bevise, at konstruktionen er begrundet og ikke blot et forsøg på at omdirigere overskud og derved undgå beskatning.

I skatteundgåelsesdirektivet er den nyeste substanstest blevet fremført som følger: *"Dette litra finder ikke anvendelse, når det kontrollerede udenlandske selskab viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder⁹⁵."* Denne nye beskrivelse af hvad det vil sige, at et selskab ikke er et rent kunstigt arrangement, lægger sig op ad, hvad der tidligere er blevet nævnt i C-196/04 *Cadbury Schweppes* og i anbefalingen til, hvordan en sådan test ville kunne laves i Rådets resolution. Der bliver i skatteunddragelsesdirektivets substanstest afsluttet med en bred subjektiv vurdering: *"... som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder⁹⁶."* For at lave denne vurdering kan de fortolkningsbidrag, der er fremsat i dommen C-196/04 og Rådets resolution, anvendes. Substanstesten vil derfor være den i skatteundgåelsesdirektivet fremsatte metode, som bygger på tidligere praksis, med fortolkningsbidraget fra Rådets resolution af 8. juni. Det skal hertil bemærkes, at dette ikke er udtømmende for, hvad en substanstest skal indeholde. Det ligger medlemsstaterne frit for at lave en test, der favner bredere end det fremsatte. Det må dog ikke være bredere, end at det kan begrundes i, at det selskab, reglen skal omhandle, har til formål at opnå en skattefordel.

14.2 Delkonklusion

Der er ovenfor givet et bud på, hvilke kriterier medlemsstaterne kan teste efter i henhold til Rådets resolution. Heri beskriver rådet, hvad en substanstest bør indeholde for at kunne kontrollere, om CFC-selskabet er reelt etableret. Disse kriterier indeholder som nævnt ovenfor både objektive kriterier om den fysiske eksistens i værtslandet, men også en række subjektive kriterier angående de økonomiske bevæggrunde og forretningsmæssige årsager til etableringen samt kriterier for, hvorvidt selskabet er overkapitaliseret eller har for stor selskabskapital til at udøve den aktivitet, der er i selskabet. Disse kriterier, som rådet beskriver, er en ikke udtømmende liste, som rådet har udarbejdet, hvorfor det ikke er et krav, at substanstesten skal indeholde disse emner, så længe medlemslandene blot sikrer sig, at substanstesten har til formål at klarlægge, om CFC-selskabet er reelt etableret med reel økonomisk aktivitet for øje. Skatteundgåelsesdirektivet bliver forhandlet og vedtaget efter, at resolutionen er forhandlet, vedtaget og offentliggjort, hvorfor disse kriterier ikke direkte er udledt af Skatteundgåelsesdirektivet. Denne resolution er et effektivt fortolkningsbidrag til forståelsen af substanstesten, der positivt fremgår af Skatteundgåelsesdirektivet til implementering i medlemslandene.

⁹⁵ Skatteundgåelsesdirektivet artikel 7

⁹⁶ Skatteundgåelsesdirektivet artikel 7

15 Findes der allerede en substanstest i dansk ret

Det er løbende gennem denne afhandling blevet konstateret, at der, når et medlemsland beskatter sammenlignelige situationer forskelligt, hvis der er et grænseoverskridende element, kræves en test for substans i selskabet, der er beliggende i værtslandet, for at sikre sig, at konstruktionen er i overensstemmelse med den primære EU-ret. Af lovforslaget L 48 fremgår ikke en substanstest, der kan teste, om selskaber, beliggende udenfor Danmark, reelt er etableret og udøver økonomisk virksomhed. Det er derfor interessant at undersøge, om der andre steder i dansk ret er en substanstest, der kan anvendes af danske moderselskaber for at kunne blive undtaget for CFC-beskatning, jf. blandt andet Skatteundgåelsesdirektivet, C-196/04 *Cadbury Schweppes* og C-311/08 *SGL*, som derved vil kunne retfærdiggøre at der ikke indføres en substanstest i L 48.

15.1 Ligningslovens § 3

Det er gennem analyser og fortolkning i afhandlingen blevet konstateret, at implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet strider mod de traktatfæstede frihedsrettigheder i EU-retten, herunder etableringsretten. I LL § 3, der blev indført i 2015, er der indsat en generel misbrugsbestemmelse, som blandt andet findes i Moder-/datterselskabsdirektivet og skatteundgåelsesdirektivet artikel 6. Af LL § 3 fremgår det, at: *”Skattepligtige selskaber og foreninger m.v. skal ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.”*⁹⁷. Her fremgår det blandt andet, at selskaber mv. ikke skal indregne indkomst fra arrangementer, såfremt disse har til hovedformål eller et af hovedformålene er at opnå en skattefordel, og som ikke er reelle. Tidligere i afhandlingen er der analyseret retskilder, hvoraf det er udledt, at der er et krav til at medlemsstater, der ønsker at opsætte en hindring for etableringsretten, om at skulle begrunde dette i alment tvingende hensyn om at bekæmpe skatteunddragelse, hvor reglen specifikt rammer rent kunstige arrangementer.⁹⁸ Hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse, sammen med hensynet om en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, er også tidligere blevet anvendt til at begrunde en regel, der udgør en hindring for etableringsretten, der ikke specifikt kun rammer rent kunstige arrangementer⁹⁹. Det er derfor relevant at undersøge, om LL § 3 kan anvendes som en substanstest i det tilfælde, hvor Danmark ikke vælger at implementere substanstesten som krævet i skatteundgåelsesdirektivet.

LL § 3 angiver positivt, at denne bestemmelse omhandler rent kunstige arrangementer, hvor til denne del må anses for værende opfyldt. I relation til substanstesten skal denne, som tidligere nævnt, indeholde specifikke bestemmelser for, om vurderingen om et selskab: *”understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som*

⁹⁷ LL § 3, stk. 1.

⁹⁸ C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 55

⁹⁹ C-311/08 *SGL* præmis 71

*det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder.*¹⁰⁰, for derved at kunne fritages for CFC-beskatning. Af LL § 3 fremgår der udelukkende krav til, at selskaber, der etablerer datterselskaber, der udgør et rent kunstigt arrangement, skal se bort fra dette. Det kan derfor konstateres, at denne bestemmelse ikke er tilstrækkelig præcis til at udgøre en substanstest i relation til den påkrævede i skatteundgåelsesdirektivet artikel 7, stk. 2 litra a. LL § 3 er ligeledes implementeret som en misbrugsbestemmelse, hvorfor denne ikke er egnet til at undtage selskaber fra CFC-beskatning, da LL § 3 sigter bagud, mens en substansundtagelse som værnsregel i skatteundgåelsesdirektivet sigter fremad og tildeler selskaber en skattemæssig lempelse. Det vurderes på denne baggrund, at LL § 3 ikke kan anses for værende en substansundtagelse.

15.2 Ligningslovens § 16 H, stk. 2

Ved undersøgelsen af om der i dansk ret findes en substanstest, som danske moderselskaber kan anvende til at bevise, at deres datterselskaber reelt er etableret i værtslandet, kan LL § 16 H, stk. 2 nævnes som en mulighed. Denne bestemmelse indfører en substansundtagelse, som minder om den, der er fremsat i Skatteunddragelsesdirektivet artikel 7, stk. 2, litra a. Denne undtagelse omfatter kun fysiske personer, hvorfor denne substansundtagelse ikke kan anses for at bringe de danske CFC-regler i overensstemmelse med EU-retten. I forbindelse med at Danmark ikke ønsker at indføre en substansundtagelse ved implementeringen af Skatteunddragelsesdirektivet, bør det nævnes, at en sådan er indført allerede i 2007 med L 213, hvor denne kun omhandler fysiske personer, der ejer selskaber i en anden medlemsstat. Det er derfor ikke en ny disciplin, der skal indføres i dansk ret. De danske skattemyndigheder er vant til at lave denne vurdering af, om der reelt er aktivitet i et datterselskab. Det kan herved konstateres, at denne bestemmelse ikke kan anvendes ved vurderingen af, om et datterselskab er reelt etableret i værtslandet i relation til et moder-/datterselskabsforhold.

¹⁰⁰ Skatteundgåelsesdirektivet artikel 7, stk. 2 litra A

15.3 Delkonklusion

Som analysen af denne problemstilling viser, vurderes det på baggrund heraf, at den danske implementeringslov strider mod den fri etablering. Det blev derfor undersøgt, om den manglende substans-test er at finde i dansk gældende ret, som kunne anvendes på CFC-reglerne. Den første regel, der blev undersøgt, var LL § 3. Efter undersøgelsen blev det konstateret, at den ikke er præcis nok til at kunne anvendes til det specifikke formål i CFC-reglerne, samt det forhold at den havde et sigte på allerede konstateret misbrug og ikke på, om et selskab i fremtiden kan drage fordel af en skatteregel, gør at LL § 3 ikke kan anvendes til dette formål. Efterfølgende blev en dansk substans-test fundet i LL § 16 H. Denne er dog ikke værende anvendelig fordi, idet denne lov kun er rettet mod fysiske personer.

16 Kan selskaberne støtte direkte ret på direktivet

Eftersom det i det foregående er blevet undersøgt, om hvorvidt det danske lovforslag L 48 strider med den fri etableringsret, vil det i det følgende afsnit blive undersøgt, hvilken retstilling de danske selskaber har. Herunder om muligheden for at støtte ret direkte på Skatteundgåelsesdirektivet.

Som tidligere redegjort for er det muligt for et selskab at støtte ret på et direktiv, hvis implementeringen ikke er foregået korrekt. Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet er i sig selv ikke sket forkert, da den danske regering ved implementeringen af direktivet har opstillet regler, som er mere restriktive end dem, der er at finde i direktivet. Implementeringen ender dog ved den manglende substans test at stride imod EU-retten, hvorfor vurderingen må være, at direktivet ikke bliver implementeret korrekt i dansk ret, såfremt det bliver vedtaget i sin nuværende form.

Domstolen har behandlet sådanne situationer tidligere i C-152/84 *Marshall*: ”Denne praksis bygger på det synspunkt, at det ville være uforeneligt med den bindende karakter, som artikel 189 tillægger direktiver, principielt at udelukke, at de forpligtelser, som direktivet pålægger, kan påberåbes af de berørte personer. Domstolen har følgelig fastslået, at en medlemsstat, som inde for den fastsatte frist har truffet de i direktivet krævede gennemførelsesforanstaltninger, ikke over for private kan gøre gældende, at den ikke har opfyldt de forpligtelser, som direktivet pålægger¹⁰¹”. Her bekræftede domstolen, at det vil være muligt for et selskab at påberåbe sig direktivets bestemmelser overfor staten i det tilfælde, hvor direktivet ikke er korrekt implementeret. Til støtte herfor bemærker EU-domstolen i sag C-6/90 *Francovich*, at: ”Fællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelse af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat.”¹⁰² I nærværende dom, blev det slået fast, at selvom direktivet giver valgmuligheder for medlemsstaterne, vil direktivet alligevel have direkte vertikal virkning, som følge af at medlemsstaten ikke har implementeret et direktiv eller implementeret et direktiv forkert¹⁰³. Det skal også her bemærkes, at Danmark endnu ikke har indført det pågældende lovforslag, selvom direktivet har fastslået, at det skulle være indført pr. 1 januar 2020¹⁰⁴. På denne baggrund vurderes det, at danske selskaber, efter EU-retten, kan støtte ret på direktivet, da direktivet findes at være tilstrækkeligt præcist og ubetinget. Dette underbygges af, at der i Skatteundgåelsesdirektivet bliver fremsat en række forudsætninger, som bruges til at lave substans testen: ”... udenlandske selskab viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder¹⁰⁵”. Yderligere findes fortolkning af denne domspraksis og en resolution som gennemgået tidligere i

¹⁰¹ C-152/84 *Marshall*

¹⁰² C-6/90 *Francovich* præmis 33

¹⁰³ C-6/90 *Francovich* præmis 17

¹⁰⁴ Skatteundgåelsesdirektivet artikel 11, nr. 5

¹⁰⁵ Skatteundgåelsesdirektivet artikel 7, nr. 2, litra a

afhandlingen. Dette må derfor siges at være en præcis definition af substanstesten i direktivet, hvorfor et selskab ville kunne støtte ret herpå.

17 Konklusion

Nærværende afhandling havde til formål at undersøge retsstillingen ved CFC-reglerne i lovforslaget L 48 2019-2020 med særligt fokus på dennes forenelighed med EU-retten. Herunder blev der analyseret den manglende substanstest i lovforslaget, samt hvorvidt dette forhold gjorde de nye CFC-regler EU-stridige. Endvidere blev der analyseret C-196/04 *Cadbury Schweppes*, der bidrog med forståelsen af i hvilke situationer medlemsstaterne måtte opstille hindringer for etableringsretten. Denne afgørelse blev anvendt ligeledes til at fastslå hvordan en test for substans skulle udformes, for at være i overensstemmelse med EU-retten. Slutteligt blev der lagt fokus på om der i dansk ret findes en substanstest der kunne skabe en overensstemmelse mellem dansk ret og EU-retten, og hvilke muligheder danske moderselskaber havde for at kunne støtte direkte ret på direktivet.

For at skabe et overblik er det blevet undersøgt, hvad den nuværende retsstilling i relation til CFC-beskatning er. Det er herefter blevet undersøgt, om den danske implementering ændrer i den retsstilling, som Skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 lægger op til. Det konkluderes, at den danske implementering af Skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 lægger op til i form af L 48 medfører en mere restriktiv lovgivning, end hvad der er lagt op til i Skatteundgåelsesdirektivets artikel 7. Dette gøres ved ikke at indføre en undtagelse for CFC-beskatning, der skal teste for, om datterselskabet, der er etableret i en anden medlemsstat, reelt er etableret og driver økonomisk virksomhed; en såkaldt substanstest. De danske lovgiveres bevæggrund for ikke at indføre denne undtagelse er, at der i dansk national ret ikke bliver forskelsbehandlet på baggrund af etableringsland. Dette bliver afkræftet, fordi den danske tvungne sambeskatning resulterer i, at CFC-reglerne ikke vil ramme de danske datterselskaber. Derved rammer CFC-reglerne kun datterselskaber, der er etableret i andre medlemslande. Dette kan være en hindring mod etableringsretten, hvilket i afhandlingen bliver analyseret og vurderet.

Det er blevet undersøgt, om den danske CFC-lovgivning kan være forenelig med EU-retten uden at indføre en substanstest i den danske implementeringslov. Der er i dommene C-264/96 *ICI* og C-9/02 *du Saillant* fastlagt, at national lovgivning kan bryde med frihedsrettighederne, når de nationale værnsregler har specifikt sigte på rent fiktive arrangementer. Den centrale dom indenfor rent fiktive arrangementer og substanstest, C-196/04 *Cadbury Schweppes*, kommer frem det samme resultat, men EU-domstolen kommer heri med dybere begrundelse herfor. EU-domstolen fandt, at en hindring af en EU-frihed, i dette tilfælde etableringsfriheden, kun kan begrundes i et tvingende alment hensyn. Et sådan tvingende alment hensyn kan være skatteunddragelse (misbrug) eller foranstaltninger, der skal forhindre misbrug. Proportionalitetsprincippet skal fortsat overholdes, hvorfor nationale værnsregler samtidig skal have specifikt sigte på rent kunstige arrangementer.

Det bliver efterfølgende udledt af i sag C-311/08 *SGI*, at hensynet til fordeling af beskatningskompetencen sammenholdt med hensynet til at bekæmpe skatteunddragelse også kan anses for at være et alment tvingende hensyn, selvom denne nationale værnsregel ikke har specifikt sigte på rent fiktive arrangementer. I sag 116/16, *T Danmark*, og Sag 117/16, *Y Danmark*, bekræfter domstolen, at fortolkningen omkring en lovgivning må

bryde med retten til fri etablering, hvis denne specifikt sigter mod rent kunstige arrangementer, som har til hensigt at opnå en skattefordel. Implementeringslov L 48, som ikke indeholder en test herom, vil således være i strid med den fri etablering.

Herefter blev det undersøgt, om der forelå et alment tvingende hensyn i de danske lovforarbejder, som kunne retfærdiggøre, at en sådan substanstest ikke bliver indført. I lovforarbejdet blev der lagt op til, at fravalget af substanstesten skyldes, at en sådan vil skabe et markant mindre skatteprovenu, hvilket ikke er et alment tvingende hensyn. Dette fremgår tydeligt i C-307/97 *Saint Gobain* og C-196/04 *Cadbury Schweppes*. Det må derfor konkluderes, at reglerne i L 48 vil være i strid med EU-retten.

For at give et bud på hvilke kriterier der stilles for, at en national værnsregel kan anses for at udgøre en substanstest, analyseres forskellige retskilder, der bruges som fortolkningsbidrag til denne test. I Rådets resolution beskriver rådet, hvad en substanstest bør indeholde for at kunne kontrollere, om CFC-selskabet er reelt etableret. Disse kriterier indeholder både objektive kriterier om den fysiske eksistens i værtslandet, men også en række subjektive kriterier om de økonomiske bevæggrunde og forretningsmæssige årsager til etableringen samt kriterier om, hvorvidt selskabet er overkapitaliseret eller har for stor selskabskapital til at udøve den aktivitet der er i selskabet. Kriterierne, som rådet beskriver, er en ikke udtømmende liste, hvorfor det ikke er et krav, at substanstesten skal indeholde disse emner, så længe medlemslandene sikrer sig, at substanstesten har til formål at klarlægge, om CFC-selskabet er reelt etableret med reel økonomisk aktivitet for øje. Skatteundgåelsesdirektivet bliver forhandlet og vedtaget, efter resolutionen er forhandlet, vedtaget og offentliggjort, hvorfor disse kriterier ikke direkte er udledt af Skatteundgåelsesdirektivet. Resolutionen er et effektivt fortolkningsbidrag til forståelsen af substanstesten, der positivt fremgår af Skatteundgåelsesdirektivet til implementering i medlemslandene.

Den danske implementeringslov strider, på baggrund af en manglende substanstest, mod de grundlæggende frihedsrettigheder i EU om, at en allerede gældende regel i dansk ret kan anvendes til at udgøre en substanstest i overensstemmelse med den i skatteundgåelsesdirektivet påkrævede. Den første regel, der blev undersøgt, var LL § 3, som efter en undersøgelse kan vurderes som værende præcis nok til at kunne anvendes som substanstest, samt det forhold at denne har et sigte på allerede konstateret misbrug og ikke på, om et selskab i fremtiden kan drage fordel af en skatteregel, gør at LL § 3 ikke kan anvendes til dette formål. Efterfølgende blev en substanstest fundet i LL § 16 H. Denne er ikke være anvendelig, fordi denne LL § 16 H kun var rettet mod fysiske personer. Slutteligt blev det undersøgt, hvorvidt danske selskaber kan støtte direkte ret på direktivets ordlyd, i det tilfælde direktivet ikke er korrekt implementeret. Her konkluderes det, at ordlyden i direktivet er tilstrækkelig konkret og præcis til, at danske selskaber kan påberåbe sig direktivet overfor de danske skattemyndigheder.

Overordnet kan det konkluderes, at den danske implementering i L 48 af Skatteundgåelsesdirektivet er i strid med den traktatfæstede rettighed til fri etablering. Det kan derudover konkluderes, at der ikke på nuværende

tidspunkt findes en anden regel, der kan anvendes til at bringe denne implementering i overensstemmelse med EU. Slutteligt kan det konkluderes, at danske selskaber kan støtte direkte ret på direktivet og derved opnå de rettigheder, der er fastsat i direktivet.

18 Perspektivering

18.1 Er gældende danske regler EU-stridige

Da afhandlingen generelt har været fremadskuende med problematikkerne ved den danske implementering af skatteundgåelsesdirektivet for øje, er det interessant afslutningsvist kort at undersøge, om de nuværende CFC-skatteregler er EU-stridige. I afhandlingen er det blevet undersøgt, og senere konkluderet, at såfremt medlemsstater ønsker at gøre brug af CFC-skatteregler, skal dette begrundes i et alment tvingende hensyn, og specifikt rammer rent kunstige arrangementer. De danske CFC-regler blev senest ændret i 2007, hvorfor denne perspektivering vil tage udgangspunkt i reglerne, som de fremgår i SEL § 32, stk. 2. Ændringen i 2007 kom efter C-196/04 *Cadbury Schweppes* afgørelsen, og den tog udgangspunkt i, at Danmark ikke ønskede at behandle sammenlignelige situationer forskelligt på baggrund af et grænseoverskridende element. Reglerne blev derfor udformet således at et dansk moderselskab altid skal indregne overskud fra datterselskaber. Såfremt moderselskabet udnytter tilvalget om international sambeskatning, jf. SEL § 31 A, stk. 1, kan det diskuteres, om reglerne angående CFC-beskatning i SEL § 32, stk. 2, vil være i overensstemmelse med EU-retten. Da den internationale sambeskatning er valgfri, og reglen i SEL § 32, stk. 2, omfatter alle selskaber, og ikke specifikt sigter mod "rent kunstige arrangementer", og ved hjælp af en substanstest, som afgørelsen C-196/04 *Cadbury Schweppes* fastsætter rammerne for, må de nuværende danske CFC-skatteregler anses for EU-stridige. EU-domstolen har dog ikke haft anledning til at undersøge dette, da ingen danske virksomheder har forsøgt at påberåbe sig denne EU-stridighed.

18.2 Forslag til ændring af LL § 16 H

I forbindelse med udarbejdelsen af afhandlingen berøres det kort, om LL § 16 H kan anvendes som en substanstest for de danske moderselskaber, der ønsker at blive fritaget for CFC-beskatning. Til dette konkluderes det, at de danske moderselskaber ikke kan støtte ret på bestemmelsen i LL § 16 H, da denne positivt angiver fysiske personer. Udformningen af denne bestemmelse gør det umuligt for virksomheder at benytte denne, men det kan samtidig konstateres, at tankegangen og forståelsen af en substanstest i forbindelse med CFC-beskatning ikke er en ny disciplin for de danske skattemyndigheder. Derfor kan det diskuteres, om de danske CFC-skatteregler kan bringes i overensstemmelse med Skatteundgåelsesdirektivet ved at ændre ordlyden i LL § 16 H til også at omfatte selskaber. Hertil må det konstateres, ud fra ordlyden i LL § 16, stk. 2, at denne er tilstrækkelig specifik og konkret til at kunne udgøre en substanstest, der undersøger de faktiske forhold i selskabet, som det kræves i Skatteundgåelsesdirektivets art. 7, stk. 2 litra a, idet fritagelsen for CFC-beskatning omhandler selskaber, der er reelt etableret og udøver reel økonomisk virksomhed i den anden medlemsstat. Det fremgår dog af LL § 16 H, stk. 2, at CFC-indkomst efter anmodning ikke skal medregnes, så fremt etableringen er reel. Selve substanstesten findes at være tilstrækkelig med henblik på at konstatere, om der er substans i selskabet, såfremt denne indføres for selskaber, men hvorvidt det forhold, at dette kan ske efter anmodning er proportionalt med det formål, som bestemmelsen søger at implementere. Det forhold, at

undtagelsen fra CFC-beskatning skal ske på anfordring, pålægger selskaberne, der ønsker fritagelse, at frembringe alle relevante oplysninger fremfor at placere bevisbyrden hos myndighederne. Det må derfor efter vores vurdering anses for ikke at være proportionelt at pålægge danske selskaber bevisbyrden for, at et datterselskab er reelt etableret og ikke er et rent kunstigt arrangement¹⁰⁶. Det kan derfor være en mulighed at anvende den allerede eksisterende substanstest, som er gældende for fysiske personer, som substanstest også for selskaber, med den ændring, at bevisbyrden bør placeres hos skattemyndighederne. Denne ændring af bevisbyrde vil ikke være attraktiv for myndighederne, da dette vil medføre en stor mængde offentlig administration.

¹⁰⁶ C-196/04 *Cadbury Schweppes* præmis 47

19 Litteraturliste

19.1 Bøger

- Neergaard, U. & Nielsen, R. (2016). *EU ret*. København. Karnov Group
- Meussen, Gerard T. K. (2010) *The SGI Case - ECJ Approves the Belgian System of Selective Profit Corrections in Relation to Foreign Group Companies*, European Taxation
- Rønfeldt, Thomas. 2013. *Europæisk skatteret I*. København. Karnov Group
- Michelsen, A., Dalgas, A. S., & Laursen, A. N. (2017). *International Skatteret*. København. Karnov Group
- Schmidt, P. K. (2013). *Dansk CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv*. København. Karnov Group
- Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2017). *Retskilder og Retsteorier*. København. Jurist- og økonomiforbundets forlag
- Munk-Hansen, C. (2018). *Retsvidenskabsteori*. København. Djøf forlag.

19.2 Domme

- C-152/84 *Marshall*
- C-6/90 *Francovich*
- C-55/94 *Gebhard*
- C-264/96 *ICI*
- C-212/97 *Centros*
- C-307/97 *Saint Gobain*
- C-436/00 *X & Y*
- C-9/02 *du Saillant*
- C-446/03 *Marks and Spencer*
- C-196/04 *Cadbury Schweppes*
- C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*
- C-105/07 *Lammers & Van Cleeff*
- C-311/08 *SGI*
- C-322/11 *K*
- C-106/16 *POLBUD - WYKONAWSTWO*
- C-116/16 *T Denmark*
- C-117/16 *Y Denmark*

19.3 Traktater

- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

19.4 Love

LBK nr. 1164 af 06/09/2016 – Selskabsskatteloven (SEL)

LBK nr 806 af 08/08/2019 – Ligningsloven (LL)

LOV nr. 313 af 21/05/2002

LOV nr 169 af 05/06/1953 – Danmarks Riges Grundlov

LOV nr. 312 af 17/05/1995

LOV nr. 540 af 06/06/2007

LOV nr. 426 af 06/06/2005

19.5 Lovforslag

Lovforslag L 35 1994-1995

Lovforslag L 213 2006-2007

Lovforslag L 28 2018-2019

Lovforslag L 28 B 2018-2019

Lovforslag L 48 2019-2020

19.6 Lovforarbejder

Lovforslag L 28 B bilag 1, 2018-2019 – Høringsskema

Lovforslag L 48 bilag 1, 2018-2019 – Høringsskema

Lovforslag L 48 2019-2020 - Endeligt svar spørgsmål 38

Lovforslag L 48 2019-2020 - Endeligt svar spørgsmål 21

19.7 Direktiver

Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 – Moder-/datterselskabsdirektivet

Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016 - Skatteundgåelsesdirektivet

19.8 Artikler

TFS.2006.603 – Nikolaj Vinter & Erik Werlauf

19.9 Hjemmesider

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/6/eu-retten-kilder-og-r%C3%A6kkevidde> (08.05.2020)

19.10 Andre

Rådets resolution af 8. juni 2010

BEPS 2015 final report

Generaladvokatens forslag til afgørelse C-196/04 *Cadbury Schweppes*