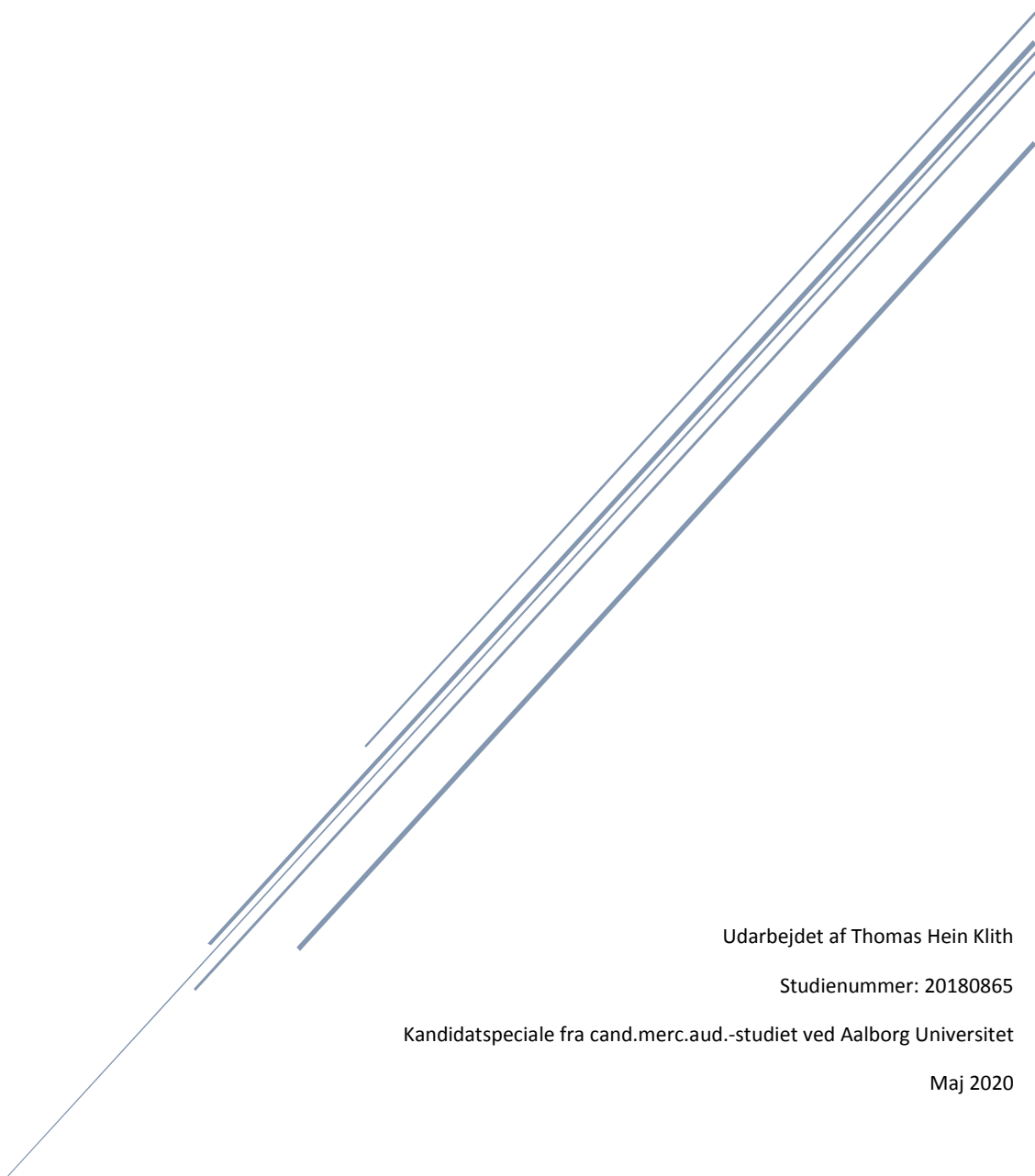


DANSK CFC-BESKATNING

Konsekvenserne ved L 48



Udarbejdet af Thomas Hein Klith

Studienummer: 20180865

Kandidatspeciale fra cand.merc.aud.-studiet ved Aalborg Universitet

Maj 2020

Summary

In 2016, the Anti-Tax Avoidance Directive (EU) 2016/1164 was adopted by the Council of the European Union (EU), laying down rules against tax avoidance practices. The Directive contains five different anti-abuse measures.

As a member of the EU, Denmark is legally obliged to implement these measures to create a minimum level of protection against corporate tax avoidance in the EU. This has proven difficult regarding the rules on Controlled Foreign Companies (CFC-rules) because various trade organizations expressed criticism of the extent of the implementation, arguing that Danish companies would suffer from much stricter regulation than their international competitors. This led to a delay of debating the bill. Subsequently, the bill was repealed due to general elections held on 5 June 2019.

The purpose of this thesis is to analyze the new bill which has also been met with strong opposition. In this analysis, the current regulation on CFC taxation will be compared with the regulations of the bill. This will be done to review the consequences that the bill will have on Danish corporations. In this process, the background and purpose of Danish CFC legislation will be examined, and it will be discussed whether the rules fulfil their purpose.

The analysis will be based on a traditional legal dogmatic method with the aim to determine the current and possibly future state of the law. CFC rules should be in place to prevent companies to shift their profits to subsidiaries in low-tax countries, reducing the taxable profit in its home country. With CFC rules in place, companies can still shift their profits, but those profits will be taxable in its home country.

The Danish CFC rules only apply if three conditions are met. The first condition is that the foreign company is controlled by the Danish company. The condition is currently met if the concern has deciding influence over the subsidiary. This condition has been toughened with the bill. The condition can now be met in the case of an entity by itself or together with its associated enterprises holds a direct or indirect participation of more than 50 percent of the voting rights, or owns directly or indirectly more than 50 percent of capital or is entitled to receive more than 50 percent of the profits of that entity.

The second condition is that the tainted income (known as CFC income) of the subsidiary exceed more than 50 % of the subsidiary's total taxable income. With the bill, this will be changed to 30 % making it easier to fulfil the condition.

Thirdly, the current CFC rules only apply if the financial assets of the subsidiary exceed 10 %. This condition is abolished in the bill. The consequence of this is that companies which are mainly operational risk fulfilling the conditions in a year in which its operational is low.

The CFC income definition has also been changed, with the consequence that more categories of income are included in the definition, in particular the income category about income generated from intellectual property has been expanded. The consequence of this is that subsidiaries are more likely to hold CFC income from intellectual property if they acquire or develop the intellectual property internationally.

As the purpose of CFC-regulation is to prevent profit shifting, it is problematic if CFC taxation is imposed on intellectual property that is developed as a part of a concern's operations, especially if the rules do not apply similarly across borders. To prevent the CFC rules from applying on operations or other non-tax avoidance activities, an exception could be made for subsidiaries that carries on a substantive economic activity.

Indhold

Del I Præsentation og redegørelse	4
Kapitel 1 Præsentation af kandidatspecialet	4
1.1 Problemformulering.....	5
1.2 Afgrænsning af emnet	5
1.3 Metode	6
Kapitel 2 CFC-lovgivningens baggrund og formål	7
2.1 Baggrunden for CFC-lovgivning	7
2.2 Andre værnsregler til imødegåelse af skatteudskydelse og skatteundgåelse...8	
2.3 OECD's BEPS-rapport	9
2.4 Skatteundgåelsesdirektivet.....	11
2.5 Formålet med de foreslåede CFC-regler og indretningen af det danske CFC-beskatningssystem.....	13
Del II Analyse af konsekvenserne af lovforslaget	15
Kapitel 3 Kontrolbetingelsen	15
3.1 Kontrolbetingelsen efter de gældende regler.....	16
3.2 Kontrolbetingelsen efter de foreslåede regler	19
Kapitel 4 Indkomstbetingelsen og aktivbetingelsen	24
4.1 Indkomstbetingelsen	24
4.2 Aktivbetingelsen	25
4.3 Transparensreglen.....	26
Kapitel 5 Definitionen af CFC-indkomst.....	28
5.1 Indkomst fra royalties og anden indkomst fra immaterielle aktiver	28
Kapitel 6 CFC-reglernes retsvirkning.....	45
6.1 Mulighed for kun at medregne datterselskabets CFC-indkomst.....	46
6.2 Hvilket moderselskab skal medregne og med hvilken andel?	48
6.3 Fiktiv afståelsesbeskatning.....	54
Del III Diskussion og konklusion	60
Kapitel 7 Diskussion	60
Kapitel 8 Sammenfatning og konklusioner	64
Litteraturliste	68

Del I Præsentation og redegørelse

Kapitel 1 Præsentation af kandidatspecialet

Som følge af en fortsat stigende globalisering og et skift i fokus fra levering af produkter til levering af tjenesteydelser, der giver virksomhederne større frihed til at organisere sig anderledes, er der et fortsat behov for at beskytte sig imod skadelig skattekonkurrence, der kan komme som følge af forskelle imellem skattesystemer på tværs af lande. Internationalt samarbejde er i denne sammenhæng nødvendigt.

OECD er i rapport om udhuling af skattegrundlaget og flytning af overskud (BEPS-rapporten) kommet med en række anbefalinger til, hvordan landene kan indføre værnsregler, så de respektive landes selskabsskattebaser beskyttes bedst muligt.

En af disse værnsregler handler om kontrollerede udenlandske selskaber (CFC: Controlled Foreign Companies), hvilket dette kandidatspeciale handler om.

Skatteundgåelsesdirektivet (også kendt under navnet ATAD: The Anti-Tax Avoidance Directive) bygger på disse anbefalinger. Direktivet har medført, at Danmark skal ændre i sine CFC-regler, fordi de gældende danske regler ikke lever op til minimumsbestemmelserne i direktivet.

Direktivet indeholder derudover en række andre foranstaltninger til bekæmpelse af skatteundgåelse, som ligeledes er foranlediget af OECD-rapporten. Udover regler om beskatning af kontrollerede udenlandske selskaber, er der regler om begrænsning af rentebetalinger, exitbeskatning, hybride mismatch, samt en generel regel om bekæmpelse af misbrug.

På trods af at skatteundgåelsesdirektivet blev vedtaget d. 12. juli 2016, er direktivets krav til regler om kontrollerede udenlandske selskaber endnu ikke blevet gennemført i dansk ret endnu, selvom direktivet skulle være implementeret med virkning fra 2019.

CFC-reglerne er forsøgt gennemført ad flere omgange. D. 3. oktober 2018 blev L 28 (2018/19) fremsat, men bl.a. på grund af kritik fra flere erhvervsorganisationer af, at reglerne gik længere end, hvad skatteundgåelsesdirektivet lagde op til, blev L 28 delt i to, så de øvrige forslag i L 28 vedrørende implementering af andre værnsregler fra skatteundgåelsesdirektivet kunne blive vedtaget inden implementeringsfristen. Dette lykkedes med vedtagelsen af L 28 A (2018/19), d. 20. december 2018.

CFC-reglerne skulle herefter behandles i L 28 B (2018/19), så den daværende regering kunne få mere tid til at afdække virkningerne af de foreslåede CFC-regler, så danske virksomheder ikke ville blive ramt utilsigtet af en øget beskatning, og så det

yderligere kunne overvejes og analyseres, hvordan direktivets minimumskrav kunne blive indarbejdet i den eksisterende danske model for CFC-beskatning.¹

L 28 B nåede dog ikke at blive gennemført inden folketingsvalget d. 5. juni 2019, så forslaget faldt bort. D. 6. november 2019 blev lovforslag L 48 (2019/20) fremsat. Også dette forslag har vakt kritik af, at de foreslåede CFC-regler ville få store konsekvenser for dansk erhvervsliv. L 48 nåede ikke til 2. behandling, før forslaget d. 15. april blev udskudt til næste folketingsår pga. corona-krisen.²

1.1 Problemformulering

På baggrund af vigtigheden af at bekæmpe skatteundgåelse undersøges i dette kandidatspeciale baggrunden for og formålet med de danske CFC-regler, som de forefindes i selskabsskatteloven (SEL) § 32. På baggrund af kritikken, der ad to omgange har været i forbindelse med ændringen af de danske CFC-regler, analyseres det hvilke indvirkninger de foreslåede ændringer på de gældende CFC-regler, samt hvilke konsekvenser disse ændringer vil have for danske virksomheder. Endelig diskuteres det, i hvilken grad de foreslåede CFC-regler overholder deres værnsformål.

1.2 Afgrænsning af emnet

Fokuset i opgaven vil derfor være på de områder, hvor der foreslås væsentlige ændringer. Dette er bl.a. tilfældet i kontrolbetingelsen og indkomstbetingelsen samt pga. afskaffelsen af aktivbetingelsen, hvorfor forskellene og konsekvenserne heraf analyseres.

De bagvedliggende principper i Selskabsskatteloven (SEL) § 32, stk. 4 for opgørelsen af datterselskabets CFC-indkomst og dets samlede skattepligtige indkomst omtales ikke, da der ikke er sket ændringer heri. Opgørelsesprincipperne i SEL § 32, stk. 8 og 9 for datterselskabets indkomst til medregning hos moderselskabet og lempelsesmulighederne herfor omtales ligeledes ikke af samme årsag.

Dog omtales transparensprincippet og territorialprincippet, da de begge har relevans for forståelsen af, i hvilket omfang ændringerne får konsekvenser.

Da undtagelserne for CFC-beskatning i den gældende SEL § 32, stk. 1, nr. 3 og 4, samt dispensationsmuligheden for finansielle selskaber i SEL § 32, stk. 2 ikke er relevante for andre selskaber end disse gennemgås ændringen heri ikke, ligesom de foreslåede undtagelser i forslaget til SEL § 32, stk. 1, nr. 4 og 6 og stk. 2 heller ikke gør det, da de også kun virker i meget specifikke situationer.

De gældende CFC-regler er som nævnt blevet ændret pga. skatteundgåelsesdirektivet. CFC-reglernes forhold til EU omtales derfor lejlighedsvist, men der analyseres

¹ Om lovforslaget L 28 B (2018/2019)

² UFO Alm. del - Bilag 78: Brev til Folketingets formand - lovbehandling frem mod sommerferien

ikke nærmere, om de danske CFC-regler er i overensstemmelse med EU-retten. Der afgrænses ligeledes fra, om de danske CFC-regler er i overensstemmelse med dobbeltbeskatningsoverenskomster, samt fra CFC-reglerne for fysiske personer og dødsboer i ligningslovens § 16 H.

1.3 Metode

I specialet anvendes den retsdogmatiske metode, som her anvendes til at beskrive, analysere og systematisere gældende ret på CFC-området og tilsvarende forudsige hvordan den gældende vil blive, hvis L 48 vedtages.

For at afdække dette behandles de relevante retskilder ved anvendelse af den juridiske metode med et retspositivistisk udgangspunkt. De relevante retskilder til at beskrive, analysere og systematisere CFC-reglerne er hovedsagligt selskabslovens § 32 og diverse lovforarbejder. I særdeleshed lovforarbejder til L 48 i sagens natur en særlig vigtig retskilde. Herunder hører selve lovforslaget, høringssvar og -kommentarer samt skatteministerens svar på spørgsmål. Derudover benyttes der af relevant litteratur med relevans for CFC-reglerne.

Kapitel 2 CFC-lovgivningens baggrund og formål

2.1 Baggrunden for CFC-lovgivning

Baggrunden for CFC-lovgivning er, at en skatteyder i ét land (f.eks. et dansk selskab) kan flytte mobil indkomst til et andet land, så det dermed ikke beskattes i Danmark. Uden CFC-regler er det dermed nemt for et selskab at undgå dansk beskatning ved at etablere et datterselskab i udlandet og dernæst lade datterselskabet erhverve mobil og finansiel indkomst, som derefter beskattes i udlandet i stedet for i Danmark.³

Dette kan lade sig gøre, fordi et datterselskab er et selvstændigt skattesubjekt, som i skattemæssig sammenhæng (i udgangspunktet) er adskilt fra moderselskabet. Dette anerkendes også folkeretligt under navnet separatprincipet (separate entity approach) i artikel 5, stk. 7 i OECD's modeloverenskomst.⁴ Et udenlandsk datterselskab vil derfor kun være skattepligtig i moderselskabets hjemland for den indkomst, som oppebæres der, uanset at de to selskaber (koncernen) fungerer som en driftsmæssig enhed.

Beskatningen i den enkelte enhed sker ud fra et territorialprincip, dvs. at der sker beskatning af indkomst fra kilder i landet selv. Indkomsten oppebåret i udlandet – f.eks. fra mobile aktiver, som moderselskabet har overdraget til datterselskabet – vil dermed ikke regnes som en del af moderselskabets skattepligtige indkomst. Hvis avance ved salg af aktierne eller udbytte fra datterselskabet ikke beskattes i moderselskabets hjemland – hvilket vil være tilfældet i Danmark, hvis aktierne kan klassificeres som koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4 B – vil der således aldrig ske beskatning i Danmark af de aktiver, som det danske moderselskab overdragede til det udenlandske datterselskab.

En forudsætning for at denne skatteundgåelse kan ske er naturligvis, at beskatningen i det udenlandske datterselskabs domicilland er lavere end i Danmark. Forskellen vil særligt kunne ses over en årrække, da indkomsten vil akkumulere væsentligt hurtigere, hvis ikke den beskattes.⁵

Selvom der ikke udloddes udbytte fra det udenlandske datterselskab til det danske moderselskab, vil datterselskabets opsparede indkomst alligevel kunne udnyttes, f.eks. gennem udlån til moderselskabet (eller andre koncernforbundne selskaber), hvorved moderselskabets aktiviteter på den måde kan finansieres. Det har ydermere den fordel for de implicerede selskaber, at renteudgiften hos moderselskabet kan fradrages, hvorimod datterselskabets renteindtægt end ikke beskattes, fordi det er beliggende i et lavskattelands. For det danske moderselskab vil

³ Schmidt (2013), s. 55

⁴ Wittendorff (2018), s. 27, jf. pkt. 5 i forordet til OECD Pricing Guidelines (2017-versionen)

⁵ Schmidt (2013), s. 56-61

rentefradragsbegrænsningsreglerne i selskabsskattelovens §§ 11 B og 11 C dog til en vis grad forhindre dette.⁶

Formålet med CFC-lovgivning er dermed grundlæggende – og har været det siden reglernes indførelse i 1995 – at forhindre skatteudskydelse og skatteundgåelse, så der ikke sker en udhuling af det danske skattegrundlag. Dette sikres ved, at indkomst som optjenes i et udenlandsk datterselskab ligeledes beskattes i moderselskabets hjemland, hvorved det bliver omsonst overhovedet at flytte aktiverne. Reglerne skal dermed præventivt forhindre, at der foretages skattemæssigt motiverede investeringer via datterselskaber i udlandet af de ovenfor nævnte årsager⁷ ved de facto at begrænse det udenlandske selskabs status som selvstændigt skattesubjekt.⁸

2.2 Andre værnsregler til imødegåelse af skatteudskydelse og skatteundgåelse

Udover CFC-reglerne findes der andre og mere specifikke værnsregler. Her kan f.eks. nævnes regler om tynd kapitalisering og andre former for rentefradragsbegrænsning, exitbeskatning ved domicilskifte samt muligheden for priskorrektion efter armslængdeprincippet (vedrørende transfer pricing), jf. LL § 2.

Derudover findes også en generel anti-misbrugsregel, hvorefter skattemyndighederne ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen har mulighed for at se bort fra arrangementer, der har som hovedformål at opnå en skattefordel, jf. LL § 3. Reglen er en opsamling af de områder, hvor der ikke er specifikke eller målrettede værnsregler. Skattemyndighederne vil derfor alligevel kunne nægte et selskab skattefordele, som opnås i forbindelse med skatteundgåelse, selvom der ikke findes en specifik værnsregel imod arrangementet. Det er dog uklart, hvor bredt anvendelsesområdet af denne bestemmelse er, men alene tilstedeværelsen af reglen vil muligvis kunne stoppe nogen.

Som omtalt virker rentefradragsbegrænsningsregler ved at – til en vis grad – at forhindre multinationale koncerner i at finansiere deres koncernenheder i højskattelande gennem gæld og sørge for, at disse selskaber betaler (høje) renter til datterselskaber i lavskattelande, hvor der kun er lille eller slet ingen beskatning. Denne type værnsregel sikrer dog kun en begrænsning i, hvor meget moderselskabet kan fradrage; det forhindrer ikke, at aktiverne flyttes.⁹

Exitbeskatning værner imod, at selskaber flytter aktiver til et lavskatteland med henblik på at realisere indkomst fra aktiverne der. Når selskabet eller aktiverne

⁶ Schmidt (2013), s. 62

⁷ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 9, L 35 (1994/1995)

⁸ Schmidt (2013), s. 20

⁹ Schmidt (2013), s. 73-76

flyttes, mister det hidtidige domicilland beskatningsretten af fortjenesten. Uden exitbeskatning ville et selskab dermed kunne flytte urealiseret fortjeneste til udlandet, for at lade det beskattes der. Exitbeskatningen sikrer, at den urealiserede gevinst beskattes på flytningstidspunktet (dog med mulighed for henstand med betalingen af skatten for at være i overensstemmelse med EU's grundlæggende friheder, navnlig den frie etableringsret). Fremtidig fortjeneste fra de udflyttede aktiver vil dog være tabt for det oprindelige domicilland.

Armslængdevilkåret er nødvendigt i forbindelse med udveksling af varer og tjenesteydelser mellem koncernforbundne selskaber på tværs af lande. Uden armslængdevilkår ville et aktiv nemt kunne flyttes et sted hen, hvor indkomsten beskattes lavere, uden det ville medføre en nævneværdig exitbeskatning, hvis den koncerninterne pris var sat kunstigt lavt. En sådan flytningen medfører dog under alle omstændigheder en permanent skattebesparelse, hvorfor exitbeskatning og armslængdevilkår ikke anses som et tilstrækkeligt værn imod udflytning af f.eks. immaterielle aktiver.¹⁰ Ved udflytning af et immaterielt aktiv, vil værdiansættelse af det pågældende aktiv derudover også kunne blive vanskeliggjort af manglen på sammenlignelige transaktioner og informationsasymmetri mellem skattemyndighederne og selskabet, hvilket gør det sværere at sikre, at overdragelsen er sket på armslængdevilkår.¹¹ Af den grund øges behovet for også at have CFC-regler.

2.3 OECD's BEPS-rapport

OECD er gennem dets arbejde med BEPS-rapporten ("Base Erosion and Profit Shifting" eller på dansk: OECD-projektet om udhuling af skattegrundlaget og flytning af overskud) kommet med anbefalinger til, hvordan effektive CFC-regler skal udformes. Handlingspunkt 3 "Designing Effective Controlled Foreign Company Rules" blev offentliggjort i oktober 2015. I handlingspunkt 3 anbefales der politik på seks overordnede områder vedrørende CFC-beskatning¹²:

Definitionen af CFC-selskabet:

CFC-reglerne skal overordnet gælde for udenlandske selskaber. Rapporten kommer med anbefalinger af, hvordan det kan fastlægges, hvornår det udenlandske selskabs ejere har nok indflydelse over et udenlandsk selskab, til at det skal omfattes af CFC-reglerne. Derudover anbefales det, at definitionen også skal omfatte faste

¹⁰ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1

¹¹ Wittendorff (2018), s. 353

¹² BEPS executive summary, action 3

driftssteder, så det ikke er muligt at omgå reglerne ved at skifte formen på den juridiske enhed.

Hvad angår kontrol eller indflydelse er anbefalingen, at CFC-reglerne som minimum bør finde anvendelse ved et direkte eller indirekte ejerskab på minimum 50 % af datterselskabet i enten juridisk eller økonomisk forstand. For at hindre omgåelse bør kontrolkravet opgøres samlet for koncernforbundne selskaber, og for selskaber, der optræder i fællesskab.¹³

Undtagelse:

CFC-beskatning skal kun gennemføres, hvis der er væsentligt lavere beskatning i CFC-selskabets hjemland ("meaningfully lower than those [effective tax rates] applied in the parent jurisdiction). I gennemgangen af anbefalinger i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, forstås der herved, at datterselskaber bør undtages, hvis de er underlagt en beskatning, der "i tilstrækkelig grad svarer til niveauet i moderselskabslandet".¹⁴ Rationalet for undtagelsen er, at selskaber, der investerer i lande med relativ høj beskatning, formodentligt har et driftsmæssigt formål hermed, og at indkomsten dermed ikke oppebæres i det pågældende land af skattemæssige årsager.

Definition af indkomst (CFC-indkomst):

Der skal være en klar definition af, hvad der er skal regnes med til CFC-indkomsten ("tainted income"). Definitionen skal sikre, at indkomst kategorier, der giver anledning til skatteundgåelsesproblemer, omfattes af reglerne.

Opgørelsen af CFC-indkomst:

Skattereglerne i moderselskabets hjemland skal anvendes til opgørelse af indkomsten i CFC-selskabet som skal medregnes til ejernes indkomst. Derudover anbefales det, at underskud i CFC-selskabet kun skal modregnes i positiv indkomst fra det samme selskab eller andre CFC-selskaber beliggende i samme land.

Fordeling af CFC-indkomst:

CFC-indkomsten skal, når det er muligt, fordeles forholdsmæssigt efter ejerskabet eller indflydelsen i datterselskabet.

¹³ Alm. bemærkninger til L 48 (2019/2020), 2.1.2.2

¹⁴ Alm. bemærkninger til L 48 (2019/2020), 2.1.2.2

CFC-beskatning må ikke resultere i dobbeltbeskatning:

Der anbefales creditlempelser for alle skatter, der bliver betalt i udlandet, inklusiv skat betalt af andre selskaber af CFC-selskabets indkomst. Derudover anbefales det, at udbyttebetaling og aktieavance undtages fra beskatning, hvis CFC-selskabets indkomst er blevet beskattet pga. CFC-regler.

OECD's anbefalinger er ikke minimumsstandarder; i stedet skal de ses som en række politikforslag, der effektivt vil forebygge mod, at selskaber flytter indkomst ind i udenlandske selskaber. OECD anerkender, at forskellige lande har forskellige politiske sigter. Derfor er anbefalinger udformet på en måde, så de fleksibelt kan inkorporeres i et nationalt skattesystem. OECD har her haft særligt sigte på, at reglerne skal være i overensstemmelse med EU-retten.¹⁵

2.4 Skatteundgåelsesdirektivet

Skatteundgåelsesdirektivet er anledningen til, at der kommer nye CFC-regler i Danmark, og flere af lovforslagets ændringer udspringer af, at Danmark skal leve op til minimumsbestemmelserne i direktivet.

Bestemmelserne i direktivet er generelle, så medlemsstaterne selv kan implementere reglerne, så de passer bedst muligt ind i deres respektive selskabsskattesystem. Direktivets sigte er derfor at fastsætte et fælles minimumsniveau af beskyttelse for de nationale selskabsskattesystemer.¹⁶

Skatteundgåelsesdirektivet skal sikre, at det indre marked er velfungerende, og at beskatningen sker, hvor overskuddet genereres og værdien skabes.¹⁷ Dette sikres ved, at medlemsstaterne som minimum implementerer OECD's BEPS-foranstaltninger på en sammenhængende og koordineres måde. Alternativet hertil er, at medlemsstaterne implementerer BEPS-foranstaltningerne på hver deres måde, men EU-Kommissionen er imod dette, da opfattelsen heraf er, at dette ville kunne medføre fragmentering af det indre marked og muligvis nye smuthuller og uoverensstemmelser mellem medlemsstaternes skattesystemer, som virksomhederne kan udnytte for at undgå beskatning.¹⁸

Ordningerne i direktivet vedrører situationer, hvor skattesubjekter handler mod reglernes reelle formål ved at udnytte forskelle mellem nationale skatteordninger til at nedbringe deres samlede beskatning. F.eks. kan skattesubjekterne drage fordel af lavere skattesatser i et andet land, hvilket er med til at forvride

¹⁵ BEPS executive summary, action 3

¹⁶ Skatteundgåelsesdirektivet (2016/1164 af 12. juli 2016), præambelens betragtning 3

¹⁷ Skatteundgåelsesdirektivet (2016/1164 af 12. juli 2016), præambelens betragtning 1

¹⁸ Sammenhæng med de gældende regler på samme område (forslaget)

forretningsbeslutningerne i det indre marked.¹⁹ Det indre marked skal med andre ord fungere ved, at der investeres, hvor der er behov, og ikke som følge af et ensidigt fokus på beskatningen eller muligheder for at nedbringe denne.

CFC-reglerne i direktivet findes i art. 7 og 8. Art. 7 handler kort sagt, om i hvilke tilfælde reglerne skal finde anvendelse, og art. 8 handler om, hvordan CFC-selskabets indkomst skal beregnes.

2.4.1 Substansundtagelsen

Direktivet adskiller sig dog fra BEPS-foranstaltningerne på ét vigtigt område, nemlig ved at skatteundgåelsesdirektivet indeholder en undtagelse for selskaber med substans, også kendt som substans testen i en dansk kontekst. CFC-reglerne skal ifølge direktivet ikke finde anvendelse, når CFC-selskabet ”viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder,” jf. artikel 7, stk. 2, litra a.

I betragtning 12 i præambelen bemærkes det, at denne substansundtagelse bør være der af hensyn til de grundlæggende frihedsrettigheder. Substansundtagelsen tager sigte på at begrænse CFC-reglernes virkning til tilfælde, hvor et CFC-selskab ikke viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet. Skatteforvaltningerne og selskaberne vil i denne forbindelse skulle samarbejde om, at samle de relevante oplysninger om faktiske forhold og omstændigheder, så det kan afgøres, om CFC-selskabet kan undtages, fordi der er substans.²⁰

Hvor vidt denne undtagelse rækker er usikkert. I Cadbury Schweppes (C-196/04) afgjorde EU-domstolen, at CFC-beskatning under visse omstændigheder udgør en hindring for den fri etableringsret, og at CFC-reglerne efter omstændighederne ikke er en proportional foranstaltning, som kan begrundes i hensynet til bekæmpelse af misbrug.²¹

CFC-reglerne skal derfor ikke kunne anvendes, hvis oprettelsen af datterselskabet svarer til en reel etablering, der har til formål at udøve økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten, jf. præmis 66. Dette kan efterprøves ved ”bl.a. graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr”, jf. præmis 67. Hvis dette ikke kan efterleves, svarer det til en fiktiv etablering, ”hvorfra der ikke faktisk udøves nogen økonomisk virksomhed”. Som eksempler herpå nævnes postkasse- og skærmselskaber, jf. præmis 68. Når der er tale om en fiktiv etablering blev

¹⁹ Kommissionens forslag, Baggrund for forslaget, Forslagets begrundelse og formål

²⁰ Betragtning 12, ATAD

²¹ SR.2016.315

det dermed vurderet at være proportional foranstaltning, at selskabet skal CFC-beskattes.

Substansundtagelsen virker dermed ved første øjekast til at være bredere, fordi det herefter er et krav, at der videreføres en væsentlig økonomisk aktivitet. Dog skal den økonomiske aktivitet efterprøves ud fra de samme parametre som i dommen, nemlig om der er lokaler, personale og udstyr i selskabet. Det vil dog i sidste ende afhænge af EU-Domstolens fortolkning af denne regel, og af om Domstolens syn på proportionale foranstaltninger i bekæmpelsen af skatteundgåelse har ændret sig, siden den afsagde dom i Cadbury Schweppes-sagen.

2.5 Formålet med de foreslåede CFC-regler og indretningen af det danske CFC-beskatningssystem

Implementeringen af direktivets art. 7 og 8 sker ikke direkte. I afsnittet om lovforslagets formål og baggrund angives det, at de gældende regler justeres, så direktivets bestemmelser på den måde implementeres i Danmark, hvilket er i tråd med præambelens betragtning 3, der anerkender behovet for, at reglerne skal kunne passe ind i 28 forskellige selskabsskattesystemer.

Det erklærede formål med denne implementering er at sikre, at Danmark "fortsat har en robust selskabsskattebase, men som samtidig søger at mindske de administrative og økonomiske konsekvenser for helt almindelige virksomheder", fordi det for Danmark som en lille og åben økonomi er vigtigt ikke unødigt at stille danske virksomheder dårligere konkurrencemæssigt.²²

Det er således hensigten, at Danmark har strammere regler end direktivets minimumskrav, da det ikke ønskes at svække reglernes nuværende beskyttelsesniveau. Dog ønskes det heller ikke, at almindelige danske virksomheder rammes unødigt. Samlet set vil Danmark dog gå længere end minimumsforpligtelserne i direktivet.²³

Her er f.eks. tale om, at de danske CFC-regler ikke er afgrænset til kun at omfatte udenlandske datterselskaber, som foreskrevet i den første BEPS-anbefaling. Denne løsning er valgt for ikke at forskelsbehandle danske og udenlandske selskaber som en reaktion på Cadbury Schweppes-dommen (C-196/04).²⁴ Som nævnt ovenfor i afsnittet om skatteundgåelsesdirektivet er den anbefalede løsning til sikring af, der ikke sker forskelsbehandling, at der indføres en substanstest.

Uden at gå i dybden med om de danske regler på den måde er i overensstemmelse med EU-retten, virker det isoleret set ulogisk, at danske datterselskaber skal omfattes

²² 1.1. Lovforslagets formål og baggrund til L 48 (2019/2020)

²³ 1.1. Lovforslagets formål og baggrund til L 48 (2019/2020)

²⁴ 2.1.1. Gældende ret, L 48 (2019/2020)

af CFC-beskatning, da skatteundgåelse i så fald ikke er formålet. Derudover har danske selskaber stadig en lige så stor barriere som før for at etablere sig reelt i et andet EU-land. I litteraturen udtrykker flere, at det er tvivlsomt, om de danske regler er i overensstemmelse med EU-retten.²⁵

Derudover er der i det danske CFC-beskatningssystem heller ikke en lavskattebetingelse, hvilket ellers er Anbefaling 2 i BEPS-rapporten. Lavskattebetingelsen udgør en nem administrerbar betingelse, da det i mange tilfælde vil kunne fastslås på forhånd, om et datterselskab skal omfattes af reglerne. Det enkelte land har f.eks. mulighed for at lave sorte, hvide og grå lister over lande, hvori datterselskabet som udgangspunktet skal omfattes af reglerne eller ej, jf. betragtning 12 i præamblen til skatteundgåelsesdirektivet. Danmark havde indtil 2007 en lavskattebetingelse, men denne blev fjernet, for at reglerne også ville gælde danske selskaber, jf. omtalen ovenfor.

Endelig er der spørgsmålet om, hvilken indkomst der skal regnes med fra datterselskabet. Efter de gældende regler har moderselskabet skullet medregne hele datterselskabets indkomst. Dette ville ligeledes være en strammere tilgang end nødvendigt ifølge BEPS og skatteundgåelsesdirektivet. På dette punkt foreslås der dog, at danske moderselskaber fremover skal have muligheden for enten at medregne heller datterselskabets indkomst eller kun dets CFC-indkomst (se afsnit 6.1). Derudover lever de danske regler op til de øvrige anbefalinger i BEPS.

²⁵ Schmidt (2013), s. 426, jf. bl.a. Lars Terkildsen, IUR-information, 2007, nr. 5/6, s. 22-25; Mette Knudsen og Kia Pham, særtillæg til TfS, 2009, nr. 15; Lars Nyhegn-Eriksen, R&R, 2007, nr. 8, s. 60-66; Sara Stentz Zahle og Søren Steenholdt, SR-Skat, 2007, s. 477-489; Niels Winther-Sørensen et al.: Skatteretten 3, samt Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken, SU 2012,141 og Inspi, 2012, nr. 11, s. 20-31.

Del II Analyse af konsekvenserne af lovforslaget

Kapitel 3 Kontrolbetingelsen

CFC-reglerne skal først anvendes, når moderselskabet har kontrol over datterselskabet, deraf navnet "Controlled Foreign Company". Hvis kontrolbetingelsen opfyldes, kan et selskab efter CFC-reglerne anses for at være moderselskab for datterselskabet.

Selskabsskatteloven (SEL) § 32, stk. 1, 1. pkt. fastsætter, hvilke skattesubjekter (moderselskaber) CFC-reglerne finder anvendelse på. Reglerne finder herefter anvendelse på selskaber og foreninger m.v. som nævnt i SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a. SEL § 1 omfatter en række selskaber og foreninger, der per definition skal anses som fuldt skattepligtige til Danmark, herunder indregistrerede aktie- og anpartsselskaber, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6 omfatter andre selskaber og foreninger, såfremt de er hjemmehørende i Danmark. Herunder findes ligeledes udenlandsk registrerede virksomheder, som omfattes af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Derudover kan fonde og foreninger også undergives CFC-beskatning af indkomsten i datterselskaber, jf. fondsbeskatningslovens § 12, 1. pkt.

Definition af datterselskabet findes ligeledes i SEL § 32, stk. 1, 1. pkt. Heri defineres datterselskabet som "et selskab eller forening m.v." Alle danske og udenlandske datterselskaber, der kan indpasses i SEL § 1, stk. 1 kan anses for at være et datterselskab i CFC-reglernes forstand. Her er kort sagt tale om alle tænkelige selvstændige juridiske personer, der kan kvalificeres som selvstændige skattesubjekter.²⁶ Efter de foreslåede regler til § 32, stk. 1, 1. pkt. ændres definitionen af datterselskabet netop til, at datterselskabet skal være "et selvstændigt skattesubjekt". For udenlandske juridiske personer foretages vurderingen af, om foretagendet er et selvstændigt skattesubjekt på baggrund af de danske skatteregler.²⁷

Danske selskabers faste driftssteder i udlandet omfattes ligeledes af reglerne, jf. SEL § 8, stk. 2, 3. pkt. Herefter skal det faste driftssted i udlandet beskattes af positiv indkomst, der ville være omfattet af CFC-beskatning, hvis det faste driftssted havde været et datterselskab.

Kontrolbetingelsen findes – både i det gældende regelsæt og efter det foreslåede – i SEL § 32, stk. 6. Gennemgangen foretages separat, da der foreslås gennemgribende ændringer. I begge afsnit analyseres det, hvad der skal til for at opfylde kontrolbetingelsen efter de gældende hhv. de foreslåede regler. I afsnittet om de foreslåede regler

²⁶ Schmidt (2013), jf. Cirkulære, nr. 82 af 25. maj 1997, pkt. 7.2.3

²⁷ Schmidt (2013), kapitel 4, afsnit 2

sammenlignes der i denne forbindelse med de gældende regler for at undersøge konsekvenserne af ændringen.

3.1 Kontrolbetingelsen efter de gældende regler

Den gældende kontrolbetingelse er som udgangspunkt opfyldt, når:

- 1) selskabet er direkte eller indirekte aktionær i datterselskabet, og
- 2) koncernen har bestemmende indflydelse i datterselskabet, jf. SEL § 31 C

1) Direkte eller indirekte aktionær i datterselskabet:

Den første del af den gældende kontrolbetingelse er, at selskabet direkte eller indirekte er aktionær i datterselskabet. Bemærk, at der ikke er nogen nedre grænse for moderselskabets ejerandel, for at det kan anses for at være moderselskab; det er koncernen, der skal have bestemmende indflydelse i datterselskabet, jf. 2. del af kontrolbetingelsen.

2) Bestemmende indflydelse efter SEL § 31 C

Den anden del af kontrolbetingelsen er, at koncernen skal have bestemmende indflydelse, jf. SEL § 31 C. SEL § 31 C er den samme bestemmelse, som definerer bestemmende indflydelse i henhold til sambeskatningsreglerne. Ganske kortfattet kan det siges, at der foreligger bestemmende indflydelse, når moderselskabet direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, jf. SEL § 31 C, stk. 3.

Da CFC-reglernes gældende definition bygger på sambeskatningsreglernes definition, bliver datterselskabet dermed omfattet af CFC-reglerne på samme måde og tidspunkt, som det bliver omfattet af national sambeskatning (eller *kan* blive omfattet af international sambeskatning).²⁸

Ang. kompatibiliteten mellem CFC-reglerne og koncerndefinitionen i SEL § 31 C skal der yderligere nævnes et par ting. For det første gælder der i henhold til definitionen i SEL § 31 C intet krav om, at moderselskabet skal eje kapitalandele, dvs. være aktionær i datterselskabet.²⁹ At moderselskabet skal være aktionær, er som ovenfor beskrevet et krav i henhold til CFC-reglerne, jf. SEL § 32, stk. 6, 1. pkt.

For det andet er formålet med SEL § 31 C at udpege ét moderselskab, som har bestemmende indflydelse, jf. stk. 1. Dette står i modsætning til SEL 32, stk. 6, hvor kravet er, at *koncernen* har bestemmende indflydelse og dermed ikke selve det danske moderselskab. Der skal med andre ord være ét selskab i koncernen, det ultimative

²⁸ SU 2007, 235, Daniell Rosenlund og Søren Reinhold Andersen

²⁹ Schmidt (2013), jf. Jan Guldmand Hansen et al., Sambeskatning 2011/2012, 2011, s. 21

moderselskab, som direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i CFC-selskabet.

Det danske selskab skal blot være en del af denne koncern for at kunne blive anset som moderselskab for CFC-selskabet. Et dansk selskab kan dermed anses for at være moderselskab efter CFC-reglerne, selvom dets ejerandel ikke i sig selv rækker til bestemmende indflydelse i CFC-selskabet.

3.1.1 Den udvidede kontrolbetingelse

Efter omstændighederne skal andres stemmerettigheder dog også medregnes. Kontrolbetingelsen efter SEL § 31 C udvides således efter CFC-reglerne. De to hovedelementer af kontrolbetingelsen og den udvidede kontrolbetingelse gennemgås i det følgende.

Udover de ovenfor omtalte ”iboende” forskelle, der er mellem CFC-reglernes koncerndefinition i SEL § 32, stk. 6 og definitionen i SEL § 31 C, er der efter CFC-reglerne flere faktorer, der skal tages i betragtning, for at afgøre om kontrolbetingelsen er opfyldt. Kontrolbetingelsen er så at sige udvidet.

Efter SEL § 32, stk. 6, 2. pkt. skal der ved bedømmelsen af, om moderselskabet har bestemmende indflydelse, også medregnes stemmerettigheder m.v., som besiddes af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. LL § 16 H, stk. 6, eller af en fond eller trust stiftet af nærtstående m.v. eller af en fond eller trust stiftet af en af disse. Stemmerettigheder fra aktionærer og disses nærtstående, deres fonde og fonde stiftet af disse fonde skal dermed regnes med.

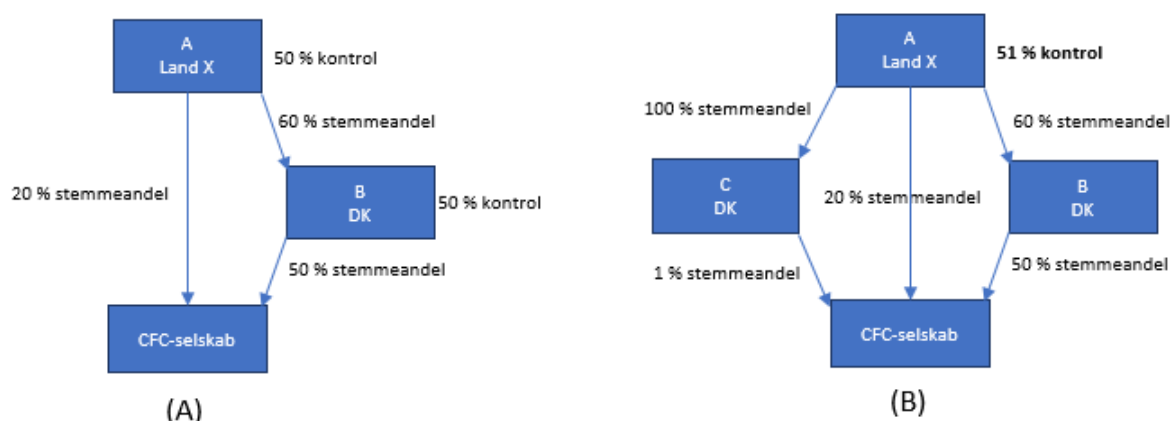
Derudover skal der medregnes følgende stemmerettigheder m.v. som del af den udvidede kontrolbetingelse, jf. SEL § 32, stk. 6, 3. pkt.:

- stemmerettigheder m.v. som indehaves af selskabsdeltagere, med hvem moderselskabet har en aftale om udøvelse af kontrol
- stemmerettigheder som indehaves af et selskab eller en forening m.v. som nævnt i LL § 2, stk. 1, 2. pkt. (en transparent enhed), hvori moderselskabet deltager

Formålet med denne del af bestemmelsen er at hindre, at danske selskaber går sammen om at oprette og drive finansielle selskaber i udlandet, uden et af selskaberne har bestemmende indflydelse, selvom selskaberne agerer som en samlet enhed, bl.a. gennem deres aftale om udøvelse af kontrol.³⁰

³⁰ Bemærkningerne til nr. 9, betænkning af 22. marts 2006, L 116 (2005/2006)

Eksempel: Opfyldelse af kontrolbetingelsen³¹



Figur 1: I eksempel (A) er kontrolbetingelsen ikke opfyldt. Kontrolbetingelsen er til gengæld opfyldt i eksempel (B).

Det skal i udgangspunktet antages, at der ikke er en aftale om udøvelse af kontrol.

I koncernen i eksempel (A) har ingen af selskaberne kontrol over CFC-selskabet, fordi de begge kun har kontrol over præcis 50 % af stemmerettighederne. Bestemmende indflydelse kræver kontrol over mere end 50 % af stemmerettighederne, jf. SEL § 31 C, stk. 3. Koncernen har derfor ikke bestemmende indflydelse over datterselskabet, så selskab B skal derfor ikke regnes som moderselskab for datterselskabet.

Hvis selskab A og B har en aftale om udøvelse af kontrol, ville selskab A's stemmeandel skulle medregnes til selskab B's stemmeandel, jf. stk. 32, stk. 6, 3. pkt. Dermed vil det danske selskab B have bestemmende indflydelse over datterselskabet, og kontrolbetingelsen ville være opfyldt.

I koncernen i eksempel (B) har koncernen bestemmende indflydelse over datterselskabet, fordi A har bestemmende indflydelse i datterselskabet. Det har A gennem en direkte stemmeandel på 20 % og indirekte stemmeandel på hhv. 1 % gennem selskab C og 30 % gennem selskab B. Dette giver en samlet direkte og indirekte stemmeandel i datterselskabet på 51 %. A er imidlertid ikke et dansk selskab, så det kan ikke anses for at være moderselskab for datterselskabet.

Både selskab B og C er danske, og de er begge (direkte) aktionærer i datterselskabet. Da koncernen har bestemmende indflydelse over datterselskabet, skal begge selskaber derfor anses for at være moderselskab for datterselskabet efter SEL §32, stk. 6, 1. pkt.

³¹ Eksempel (A): SU 2007, 235, Daniell Rosenlund og Søren Reinhold Andersen. Eksempel (B) er en kombination af eksempel (A) og Schmidt (2013), s. 158

3.2 Kontrolbetingelsen efter de foreslåede regler

Efter L 48 udvides kontrolbetingelsen sammenlignet med den gældende definition som redegjort for ovenfor. Det beskrives efter forslaget direkte i bestemmelsen, hvad der skal til for at kontrolbetingelsen opfyldes. Sambeskatningsdefinitionen i SEL 31 C skal dermed ikke bruges mere.

Efter de foreslåede regler til SEL § 32, stk. 6 vil et selskab blive anset for at være moderselskab for et datterselskab efter CFC-reglerne, hvis moderselskabet selv eller sammen med tilknyttede personer har enten:

- en direkte eller indirekte indflydelse på mere end 50 % af kapitalen i datterselskabet
- en direkte eller indirekte indflydelse på mere end 50 % af stemmerettighederne i datterselskabet eller
- ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet i datterselskabet

Dette følger af den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 6, 1. pkt. Der skal være tale om samme type indflydelse, dvs. selskabet skal selv eller sammen med tilknyttede personer besidde mere end 50 % af enten stemmerettighederne eller kapitalen eller have ret til mere end 50 % af overskuddet i datterselskabet.³²

Retten til at modtage mere end 50 % af datterselskabets overskud er ikke et præcist defineret begreb; det kan hverken fastlægges ud fra et regnskabs- eller skattemæssigt overskudsbegreb eller ved at se på, hvordan beløbet opgøres eller hvilket beløb der udbetales til moderselskabet. Det afgørende er, om moderselskabet har et retligt krav på at få mere end halvdelen af datterselskabets overskud. Dette vil ofte være i form af, at moderselskabet har ret til at modtage mere end 50 % af det løbende afkast fra aktierne i form af udbytter, men reglen er ikke begrænset til dette tilfælde.

Ret til overskud kan f.eks. være i form af, at det sælgende moderselskab har ret til udbytte fra CFC-selskabet efter aktieoverdragelsen, eller ved at et aktiv er blevet solgt til et udenlandsk selskab mod en løbende ydelse, hvis størrelse afhænger af det udenlandske selskabs overskud. Hvis det danske selskab på denne måde får ret til mere end 50 % af overskuddet i det udenlandske selskab, vil det i CFC-reglernes forstand skulle anses for at være moderselskab for det købende selskab.³³

³² Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

³³ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1, s. 69

Hvis datterselskabet efter nationale regler kan fratække den overskudsandel, der overføres til moderselskabet, skal der lægges vægt på overskuddet før skat ved vurderingen af, om moderselskabet modtager mere end 50 % af overskuddet. Ordlyden er fra skatteundgåelsesdirektivet defineret ”upræcist” med vilje, for at det ikke er muligt at omgå kontrolkravet ved at tilrettelægge metoden, med hvilken moderselskabet sikres sin ret til overskudsandelen.³⁴

3.2.1 Tilknyttede personer

Tilknyttede personer defineres i forslaget til SEL § 32, stk. 6, 2.- 4. pkt. Tilknyttede personer er selvstændige skattesubjekter, som moderselskabet har direkte eller indirekte indflydelse i på minimum 25 % af enten kapitalen eller stemmerettighederne eller ved at have ret til 25 % af overskuddet, jf. SEL § 32, stk. 6, 2. pkt. Her ville den tilknyttede person f.eks. kunne være et datterselskab.

Tilknyttede personer kan også være fysiske personer eller selvstændige skatteobjekter, som har 25 % direkte eller indirekte indflydelse i form af enten stemmerettigheder eller kapitalejerskab i moderselskabet eller en ret til at modtage 25 % af overskuddet i moderselskabet, jf. SEL § 32, stk. 6, 3. pkt. Her er tale om moderselskabets aktionærer, f.eks. moderselskabets moderselskab.

Hvis en fysisk person eller et selvstændigt skatteobjekt har direkte eller indirekte indflydelse i moderselskabet på 25 % eller mere og samtidig 25 % indflydelse på andre selvstændige skatteobjekter, skal alle berørte enheder tælles med som tilknyttede personer, inklusive moderselskabet. Dette følger af forslagens stk. 6, 4. pkt. Her vil f.eks. kunne være tale om det danske selskabs søsterselskaber.

For så vidt angår fysiske personer skal direkte eller indirekte indflydelse, som besiddes af den fysiske persons nærtstående efter LL § 16 H, stk. 6 eller af en fond eller trust, som er stiftet af en nærtstående m.v. eller af fonde eller truster stiftet af disse, regnes med til den fysiske persons ejerandele. Dette følger af SEL § 32, stk. 6, 5. pkt.

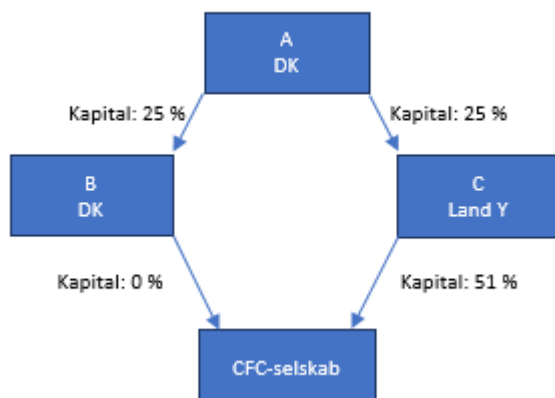
Ejerbesiddelser i en trust, hvori den fysiske person har indskudt aktiver uden at være stifter, medregnes ligeledes til den fysiske persons ejerbesiddelser. På den måde sikres det, at reglerne ikke omgås ved at lade en stråmand stifte trusten med et minimalt indskud, jf. SEL § 32, stk. 6, 6. pkt.

Endelig skal moderselskabet anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i et selvstændigt skattesubjekt, i tilfælde hvor moderselskabet agerer sammen med en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et andet selvstændigt skattesubjekt. Dette følger af SEL § 32, stk. 6, 7. pkt. og svarer til den gældende

³⁴ Bilag 8. spg. 32, L 48 (2019/2020)

bestemmelse om fælles indflydelse i SEL § 32, stk. 6, 3. pkt., som omtalt ovenfor under den udvidede kontrolbetingelse.

Eksempel: Opfyldelse af kontrolbetingelsen ved hjælp af tilknyttede personer



Figur 2: Både selskab A og B opfylder kontrolbetingelsen

I eksemplet bruges kapitalandele som indflydelsestype. Det kunne lige så vel have været en af de andre indflydelsestyper. For eksemplets skyld har selskaberne kun den type indflydelse, som står angivet.

Med udgangspunkt i en vurdering af om A skal anses for at være moderselskab, er B og C tilknyttede personer til A, fordi B og C er selvstændige skattesubjekter, hvori moderselskabet A har en direkte kapitalandel på 25 %, jf. stk. 6, 2. pkt.

Med udgangspunkt i en vurdering af, om B skal anses for at være moderselskab, er A en tilknyttet person til B, fordi A er et selvstændigt skattesubjekt, som har en direkte kapitalandel på 25 % i B, jf. SEL § 32, stk. 6, 3. pkt.

C er ligeledes en tilknyttet person til B, fordi A er et selvstændigt skattesubjekt, som har en direkte kapitalandel på 25 % i moderselskabet B og i det selvstændige skattesubjekt C. Alle berørte enheder, herunder moderselskabet, skal derfor anses for tilknyttede personer, jf. SEL § 32, stk. 6, 4. pkt.

Kravet om, at selskabet skal være aktionær i datterselskab er fjernet. B vil derfor tilsyneladende kunne anses som moderselskab på trods af, at det ikke selv har nogen indflydelse i datterselskabet, fordi det med dets egen indflydelse på 0 % sammen med dets tilknyttede personer (B og C) har indflydelse på 51 % (0 % + 51 %) i datterselskabet.

Efter samme fremgangsmåde er A ligeledes moderselskab for datterselskabet, fordi B og C er tilknyttede personer til A.

C er ikke moderselskab efter CFC-reglerne, fordi det er hjemmehørende i udlandet.

Eksempel: Et selskab bliver nemmere moderselskab end efter de gældende regler



Figur 3 Tilknyttede persons indflydelse skal akkumuleres i modsætning til efter de gældende regler

Sammenlignet med de gældende regler, er det nemmere for et selskab at skulle anses som moderselskab for datterselskabet. Eksemplet til højre er det samme som ovenfor, hvorefter ingen af selskaberne i koncernen har bestemmende indflydelse over datterselskabet. Illustrationen medtages her for sammenligningens skyld.

Selskaberne er tilknyttede personer til hinanden på samme måde som i ovenstående eksempel. Nu har B dog i stedet 25 % indflydelse og C har nu 26 % indflydelse i datterselskabet.

Hvis de gældende regler havde været brugt på dette eksempel, ville ingen af selskaberne dermed have været i nærheden af at have haft bestemmende indflydelse over et datterselskab, jf. SEL § 31 C. (under den antagelse at kapitalandelen svarer til stemmeandelen).

A ville med systematikken fra de gældende regler have en indirekte indflydelse på 12,75 % i datterselskabet ($25 \% * 25 \% + 25 \% * 26 \%$), og B og C ville hver have en direkte indflydelse på hhv. 25 % og 26 %. Der er efter de gældende regler dermed noget længere til at opnå en indflydelse på 50 %, da indflydelsen fra koncernforbundne ikke tælles med 100 %, som efter de foreslåede regler, men kun i forhold til den stemmeandel, som moderselskabet har i de pågældende selskaber.

Dermed vil begge danske selskaber (A og B) skulle anses for at være moderselskab for datterselskabet, fordi de selv eller sammen med tilknyttede personer har indflydelse på mere end 50 % i datterselskabet. A har ingen indflydelse men skal regne indflydelsen med fra de tilknyttede personer B (25 %) og C (26 %). B har sin egen indflydelse på 25 % og skal regne 26 % indflydelse med fra den tilknyttede person C, jf. det ovenstående eksempel.

At regne indflydelse med fra tilknyttede personer svarer dermed i en vis grad til den gældende bestemmelse i SEL § 32, stk. 6, 3. pkt., hvorefter stemmerettigheder, som indehaves af selskabsdeltagere, med hvem moderselskabet har en aftale om udøvelse af kontrol, skal regnes med. Efter forslaget er der dog ikke behov for, at der skal være en sådan aftale mellem parterne; nu regnes indflydelsen med, så snart en tilknyttet person er identificeret.

Hvis betingelsen for at være en tilknyttet person ikke er opfyldt, men moderselskabet agerer sammen med et andet selskab for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalerskab (f.eks. ved at have en aftale om udøvelse af kontrol), skal stemmerettighederne eller kapitalandelen fra dette selskab dog stadig regnes fuldstændigt med hos moderselskabet, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 6, 7. pkt.

Derudover opfyldes kontrolbetingelsen også nemmere i og med, at der ikke skal kigges på, hvilken type indflydelse der er tale om, når det skal afgøres om et selskab er en tilknyttet person. C havde dermed også været en tilknyttet person til A, hvis A havde haft ret til 25 % af overskuddet i C i stedet for at have en kapitalandel på 25 %.

Endelige er det også nemmere at opfylde kontrolbetingelsen, fordi kontrollen efter forslaget kan vurderes efter tre parametre (direkte eller indirekte stemmeandele, kapitalandele eller overskudsandele i datterselskabet), hvoraf én af dem akkumuleret skal være højere end 50 %. Efter de gældende regler bliver kontrolbetingelsen som udgangspunkt kun opfyldt ved, at et selskab i koncernen har en direkte eller indirekte stemmeandel i datterselskabet på mere end 50 %.

For de fleste moderselskaber vil denne udvidelse af definitionen ikke have betydning, da de selv i forvejen har bestemmende indflydelse i datterselskabet. Selskaber, som ikke selv har bestemmende indflydelse i datterselskabet, eller er del af en koncern som har det, skal dog være mere opmærksomme på om det er tilknyttet til selskaber på den beskrevne måde.

Kapitel 4 Indkomstbetingelsen og aktivbetingelsen

4.1 Indkomstbetingelsen

Udover at kontrolbetingelsen skal være opfyldt, skal indkomstbetingelsen tillige være opfyldt, førend moderselskabet skal beskattes af indkomst fra datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1.

Indkomstbetingelsen indebærer efter de gældende regler, at datterselskabets CFC-indkomst udgør mere end halvdelen af datterselskabet samlede skattepligtige indkomst. Efter forslaget ændres denne andel til 1/3. Dermed vil det blive nemmere at opfylde indkomstbetingelsen, og flere selskaber vil på den måde blive omfattet af reglerne.

CFC-indkomsten er en delmængde af datterselskabets samlede indkomst (også kaldet ”sammenligningsindkomsten”), og med disse regler afgøres det dermed, hvor stor en delmængde CFC-indkomsten er af sammenligningsindkomsten. Indkomstbetingelsen udgør således skillelinjen mellem, om et datterselskab skal klassificeres som et CFC-selskab eller ej.

4.1.1 Fiktiv afståelsesbeskatning

Til vurdering af om indkomstbetingelsen er opfyldt, skal der ved en evt. nedbringelse af moderselskabets ejerandele i datterselskabet medregnes den indkomst, som datterselskabet ville have oppebåret, hvis det havde afstået samtlige aktiver og passiver, dog højest med et beløb svarende til den nedbragte ejerandel, jf. de foreslåede regler i SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 3. pkt. Der afgøres efter definitionen for CFC-indkomst i SEL § 32, stk. 5, om en given fiktiv indkomst skal regnes med ved både CFC-indkomsten og sammenligningsindkomsten, eller om den kun skal medregnes med ved sammenligningsindkomsten.³⁵

Ændringer i denne regel medfører, at mere indkomst potentielt skal medregnes til CFC-indkomsten, hvorved indkomstbetingelsen bliver nemmere at opfylde.

Denne ændring gennemgås nærmere i afsnit 6.3, da fiktiv afståelsesbeskatning også har betydning for hvor meget indkomst, moderselskabet skal medregne.

³⁵ Til nr. 10

4.1.2 Territorialprincippet

Udenlandske datterselskabers sammenligningsindkomst opgøres efter danske skatte-regler, dog med visse modifikationer, som fremgår af SEL § 32, stk. 4, 2.- 8. pkt. Disse modifikationer omtales ikke nærmere. Selskabet skal dermed beskattes, som om det var dansk, og derfor skal CFC-reglerne indrettes efter de danske beskatnings-regler.³⁶

Datterselskabet skal derfor opgøre sin indkomst efter territorialprincippet, jf. SEL § 8, stk. 2, 1.-3. pkt., ifølge SEL § 32, stk. 3, 1. pkt. Et datterselskabs faste driftssted omfattes ligeledes af reglerne, jf. § 32, stk. 3, 2. pkt. Fordi territorialprincippet gæl-der, skal det datterselskabets faste driftssted dermed selvstændigt vurderes efter CFC-reglerne, og ved opfyldelse af CFC-betingelserne skal den skattepligtige ind-komst herfra medregnes hos det danske moderselskab.

Begrebet ”fast driftssted” skal her og i andre steder i CFC-reglerne fortolkes i over-ensstemmelse med SEL § 2, stk. 1, litra, jf. SEL § 8, stk. 2, 2. pkt. Dette antages i dansk ret at være i overensstemmelse med tolkningen efter OECD’s modeloverens-komst artikel 5.³⁷ Herefter er et fast driftssted et forretningssted, hvor et foretagen-des virksomhed helt eller delvist udøves.

4.2 Aktivbetingelsen

Aktivbetingelsen indebærer, at CFC-reglerne kun kan bruges, hvis datterselskabets finansielle aktiver gennemsnitligt i indkomståret udgør mere end 10 % af dattersel-skabets samlede aktiver, jf. de gældende regler i SEL § 32, stk. 1, nr. 2, 1. pkt. Ved fi-nansielle aktiver forstås aktiver, hvis afkast udgør CFC-indkomst, jf. definitionen i SEL § 32, stk. 5.

Aktivbetingelsen foreslås fjernet som betingelse for CFC-reglernes anvendelse. Principperne i aktivtesten videreføres dog i den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 18 til vurdering af, om indkomst fra et opkøbt datterselskabs immaterielle aktiver skal medregnes til CFC-indkomsten (se afsnit 5.1.3). Ordlyden svarer med få justerin-ger til hinanden. Der henvises derfor til nævnte afsnit for en gennemgang af princip-perne bag aktivtesten.

³⁶ Schmidt (2013), kap. 6, afsnit 2, jf. skatteministerens svar på henvendelse fra FSR, bilag 79, L 99 (2001/2002 – 2. samling)

³⁷Michelsen (2016) s. 319 ff

4.2.1 Konsekvenser ved at fjerne aktivbetingelsen

Når aktivbetingelsen fjernes, vil det udvide mængden af selskaber, der skal omfattes af CFC-reglerne.

Aktivbetingelsens formål er (eller var) på forhånd at kunne udelukke datterselskaber, der overvejende har karakter af driftsselskaber, fra at skulle omfattes af reglerne, hvorved det ikke er nødvendigt at opgøre en sammenligningsindkomst for disse selskaber. Som følge af aktivbetingelsen vil det dermed kunne undgås, at de benævnte driftsselskaber bliver omfattet af regler, hvis deres driftsindkomst i et år er 0, mens CFC-indkomsten er positiv.³⁸

Da aktivbetingelsen nu fjernes, vil dette føre til, at driftsselskaberne nu igen risikerer at blive omfattet af CFC-reglerne og dermed skal opgøre en sammenligningsindkomst. I de fleste år vil indkomstbetingelsen dog formentligt ikke blive opfyldt, da der jo netop er tale om driftsselskaber, men i et år med lav indkomst vil selv en lille CFC-indkomst dermed kunne medføre store administrative konsekvenser for selskabet.

Aktivbetingelsen foreslås fjernet, fordi den repræsenterer et lempeligere anvendelsesområde end minimumskravene i skatteundgåelsesdirektivet foreskriver.³⁹ I skatteundgåelsesdirektivet tages der dog højde for ovenstående problemstilling gennem undtagelsen i art. 7, afsnit 2, i Danmark kendt som substanstesten (direktivets substansundtagelse blev omtalt i afsnit 2.4.1. Spørgsmålet om substanstest indgår desuden i diskussionen i kapitel 7).

4.3 Transparensreglen

Til indkomstbetingelsen og aktivbetingelsen hører også reglen om lokale holdingselskaber, også kaldet transparensreglen eller konsolideringsreglen. Denne findes i SEL §32, stk. 1, nr. 1, 2. og 3. pkt. Reglen medfører, at et datterselskab med bestemmende indflydelse over underliggende selskaber, der er hjemmehørende i samme land som datterselskabet, skal inddrage den skattepligtige indkomst i de underliggende selskaber forholdsmæssigt efter datterselskabets direkte og indirekte ejerandele.

Bemærk, at der skal være tale om ”bestemmende indflydelse”, hvilket kun vurderes efter SEL § 31 C. Den udvidede kontrolbetingelse, som omtalt ovenfor i afsnit 3.1.1 skal dermed ikke bruges.⁴⁰

³⁸ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 12, L 213 (2006/2007)

³⁹ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 11, L 48 (2019/2020)

⁴⁰ Schmidt (2013), kap. 6, afsnit 2.7, jf. cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997, pkt. 7.2.4.1 og SKM2008.240.DEP

Transparensreglen finder anvendelse ved opgørelsen af både sammenligningsindkomsten og CFC-indkomsten, men kun til vurdering af, om indkomst- og aktivbetingelsen er opfyldt. Reglen har derimod ingen betydning for selve medregningen af indkomst fra CFC-selskabet hos moderselskabet, da opgørelsen og medregning af indkomst sker i hvert CFC-selskab for sig.⁴¹

Hvis ikke reglen havde været til stede, ville datterselskabet (typisk et holdingselskab) dermed blive klassificeret som et CFC-selskab, da det driver finansiel virksomhed. Reglen er lavet, da det ikke er formålet med CFC-reglerne at skelne mellem, om aktiviteten i et fremmed land sker gennem flere selskaber med et holdingselskab eller kun med driftsselskaber.

⁴¹ Schmidt (2013), kap. 6, afsnit 2.7

Kapitel 5 Definitionen af CFC-indkomst

CFC-indkomsten opgøres som summen af de indtægter og udgifter, der er oplyst udtømmende i SEL § 32, stk. 5. CFC-indkomst opgøres efter de samme principper som for sammenligningsindkomst, dvs. jf. SEL § 32, stk. 4.

Indtægterne og udgifterne skal være henholdsvis skattepligtige eller fradragsberettigede, førend de kan klassificeres som CFC-indkomst. CFC-indkomsten skal desuden være positiv, før indkomsten i datterselskabet skal omfattes af CFC-beskatning.⁴²

Kendetegnende for indkomstkategoriene i SEL § 32, stk. 5 er, at de nemt ville kunne placeres i et datterselskab udenfor Danmark, fordi de ikke er bundet til fysiske aktiver eller driftsvirksomhed m.v. Dermed udgør indkomstkategoriene en særlig risiko for skatteundgåelse.⁴³ De fleste af indkomstkategoriene videreføres efter de foreslåede regler, så de gennemgås derfor ikke på dette sted.

Indkomstkategorien vedrørende immaterielle aktiver er der dog foreslået markante ændringer i. Af denne årsag gennemgås de foreslåede og gældende regler for denne indkomstkategori nedenfor i afsnit (5.1).

Derudover er der kommet en ny indkomstkategori til i SEL § 32, stk. 5, nr. 9, vedrørende indkomst fra faktureringselskaber. Indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra varer og tjenesteydelser, der både købes fra og sælges til tilknyttede personer, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi, skal fremover regnes med til CFC-indkomsten. Hvis varen f.eks. enten købes af eller sælges til en uafhængig person, skal indkomsten dermed ikke regnes med.

Hvis faktureringselskabet bidrager med reel økonomisk værdi i koncernens værdikæde, er selskabet slet ikke omfattet. Dette beror på en konkret vurdering. Skatteministeriet vurderer, at det ikke er muligt at opstille relevante konkrete eksempler på eller abstrakte retningslinjer for bedømmelsen.⁴⁴

5.1 Indkomst fra royalties og anden indkomst fra immaterielle aktiver

I definitionen af immaterielle aktiver i den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, foreslås der ikke ændringer til, hvilke typer immaterielle aktiver, der skal omfattes af CFC-reglerne. Den eneste ændring af de nævnte immaterielle aktiver i bestemmelsen er, at CO₂-kvoter og CO₂-kreditter fremover oplystes sammen med de øvrige immaterielle aktiver i stedet for som efter de gældende regler at have sin egen kategori. Dette medfører dog ikke nogen materiel ændring.⁴⁵

⁴² Schmidt (2013) kap. 6, afsnit 2.6, jf. skatteministerens svar på henvendelse fra FSR, bilag 26, L 213 (2006/2007)

⁴³ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

⁴⁴ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1, s. 67-68

⁴⁵ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

Immaterielle aktiver omfatter dermed 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, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 2. pkt.

Opregningen af hvilke immaterielle aktiver, der omfattes af CFC-reglerne er identisk med opregningen af immaterielle aktive fra OECD's modeloverenskomst (artikel 12, stk. 2), og skal fortolkes i overensstemmelse hermed. Opregningen af immaterielle aktiver efter CFC-reglerne skal derfor ikke fortolkes konformt med AL § 40 stk. 2. En klar forskel er, at goodwill efter afskrivningslovens § 40, stk. 1 ikke er nævnt og derfor ikke indgår i CFC-indkomsten.⁴⁶

5.1.1 Udvidelse af definitionen

Definitionen af CFC-indkomsten fra immaterielle aktiver udvides efter de foreslåede regler. Efter den gældende bestemmelse i SEL § 32, stk. 5, nr. 6 skal betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver (dvs. royalties m.v.), samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver medregnes.

Efter bestemmelsen i forslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3 skal skattepligtige royalties eller anden indkomst fra immaterielle aktiver medregnes til CFC-indkomsten. Med begrebet "anden indkomst" udvides definitionen, så al indkomst der direkte kan henføres til de immaterielle aktiver skal medregnes, uanset hvordan indkomsten er blevet klassificeret. Anden indkomst omfatter også fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver, selvom dette ikke længere fremgår eksplicit af bestemmelsen.⁴⁷

5.1.1.1 Nærmere om anden indkomst

Ved salg af varer eller tjenesteydelser vil der af og til være tilknyttet immaterielle aktiver eller retten til at anvende disse, uden der er beregnet et særskilt honorar eller royalty herfor; i stedet er royaltyafkastet indlejret i salgssummen. F.eks. kan en sælger af halvfabrikata give køberen mulighed for at udnytte sælgerens immaterielle rettigheder, når halvfabrikataet skal færdigproduceres. Her kan vederlaget for denne brugsret blive indlejret i salgsprisen i stedet for at blive opkrævet som en særskilt royaltybetaling.⁴⁸

⁴⁶ Bindende svar fra Skatterådet i SKM2014.830.SR

⁴⁷ 2.1.2.4. Definitionen af CFC-indkomst, Almindelige bemærkninger til L 48 (2019/2020)

⁴⁸ 2.1.2.4. Definitionen af CFC-indkomst, Almindelige bemærkninger til L 48 (2019/2020)

Det er netop dette indlejrede royaltyafkast, der fremover skal være en del af CFC-indkomsten. Det skal således ikke være den juridiske kvalifikation af indkomsten, der skal være afgørende for, om al relevant indkomst fra immaterielle aktiver medregnes.⁴⁹

Værdien af det indlejrede royaltyafkast skal dermed udskilles fra en samlet salgsselskabsindkomst, for at den kan blive medregnet. Værdien skal ifølge lovbemærkningerne vurderes på baggrund af den indkomst, som salgsselskabet ville have haft i en situation, hvor det skulle varetage de samme funktioner, besidde de samme aktiver og påtage sig de samme risici uden selv at eje det immaterielle aktiv. Værdien, der ved denne vurdering kan henføres til det immaterielle aktiv, svarer til den royaltybetaling, som salgsselskabet ville have betalt under en licensaftale med et andet selskab, som ejer det immaterielle aktiv.⁵⁰

Udover at tilføjelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver er med til at udvide definition af CFC-indkomst, medfører denne udvidelse også administrative konsekvenser for de omfattede selskaber. Der vil uundgåeligt skulle foretages skøn ved vurderingen, og der findes ikke praksis eller guidelines, som kan løse præcis denne problemstilling. Dette kan skabe usikkerhed om opgørelsen af datterselskabets CFC-indkomst og dermed om indkomstbetingelsen opfyldes, hvilket er afgørende for, om moderselskabet skal medregne datterselskabets indkomst ved sin indkomstopgørelse.

Som metode til at udskille anden indkomst fra de immaterielle aktiver, henvises der i lovbemærkningerne til principperne i OECD's Transfer Pricing Guidelines,⁵¹ fordi problemstillingerne i forbindelse med udskillelse af anden indkomst fra immaterielle aktiver minder om de transfer pricing-problemstillinger, som f.eks. opstår, når selskaber over landegrænser skal varetage og prissætte koncerninterne forsknings- og udviklingsopgaver eller overdrage immaterielle aktiver.

Til udskillelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver foreslås specifikt, at der kan fastlægges armslængdevilkår ved at tillægge et mark-up på de relevante omkostninger på koncerninterne transaktioner (cost plus-metoden). Denne metode sikrer, at den sælgende virksomhed opnår et vist normaloverskud. Andre allokeringsmetoder må dog også bruges.⁵²

⁴⁹ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

⁵⁰ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

⁵¹ Skatteministerens svar på spørgsmål 38, L 48 (2019/2020)

⁵² Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

5.1.1.2 Indkomst fra brugsrettigheder er ikke omfattet

Datterselskabet skal være indehaver af den immaterielle rettighed, for at indkomst derfra skal anses som CFC-indkomst. Som udgangspunkt vil et selskab, der betaler en royalty for brugen af en begrænset rettighed dermed ikke skulle medregne indkomsten fra den begrænsede rettighed til CFC-indkomsten. Der kunne f.eks. være tale om, at et datterselskab betaler en royalty til moderselskabet for at bruge moderselskabets varemærke. I denne forbindelse vil der også kunne ske korrektion af royaltybetalingen, hvis den ikke svarer til værdien efter armslængdeprincippet.⁵³

Det er afgørende, at datterselskabets betaling til moderselskabet alene er for en brugsret, og at ejerrettighederne af det immaterielle aktiv (f.eks. moderselskabets varemærke) ikke er overdraget til datterselskabet med denne eller disse betalinger.

Den enkelte aftale skal vurderes efter, om datterselskabet er tillagt rettigheder i en grad, så det skal anses for at være ejer af et eller flere immaterielle aktiver.⁵⁴ Det vurderes her, om der er sket en *overdragelse* eller kun en *overladelse* af en brugsret.⁵⁵ Hvis der er tale om en egentlig overdragelse af en brugsret til datterselskabet, vil indkomsten fra det immaterielle aktiv dermed skulle regnes med til dets CFC-indkomst.

CFC-reglerne regulerer ikke dette område; vurderingen skal foretages på baggrund af det almindelige skatteretlige afståelsesbegreb. Hvis der er tvivl om et aktiv afstås ved en given transaktion, er der mulighed for at anmode om et bindende svar.⁵⁶

5.1.2 Anvendelsesområde

Som nævnt er formålet med reglerne at sørge for at immaterielle aktiver ikke flyttes til udlandet. For at bestemmelsen ikke rammer for bredt, defineres et anvendelsesområde for hvornår indkomsten fra de immaterielle aktive skal medregnes til CFC-indkomsten. Ordlyden er i den gældende bestemmelse ændret fra negativt at afgrænse, hvilke situationer, hvor indkomsten fra royalties og immaterielle aktiver ikke skal regnes med, til efter forslaget positivt at angive, i hvilke situationer indkomsten skal regnes med.

5.1.2.1 Anvendelsesområdet efter de gældende regler – én undtagelse

I den gældende SEL § 32, stk. 5, nr. 6, 2. pkt. undtages indkomst af betalinger fra selskaber, som ikke er koncernforbundne med datterselskabet, jf. SEL § 31 C, for anvendelse af eller retten til at anvende immaterielle aktiver, som er foranlediget af

⁵³ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1, s. 58-59

⁵⁴ Mere herom i Hedegaard Eriksen, Beskatning af immaterielle aktiver, s. 100-103

⁵⁵ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 12. november 2019 fra Ernst & Young P/S, jf. L 48 (2019/2020), bilag 4, spg. 2

⁵⁶ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 22. november 2019 fra KPMG Acor Tax, jf. L 48 (2019/2020) bilag 7. spg. 31.

datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed, fra at skulle regnes med til CFC-indkomsten. Selskaber er som udgangspunkt koncernforbundne efter SEL § 31 C, når moderselskabet direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab. Den udvidede kontrolbetingelse til bestemmelse af, om kontrolbetingelsen er opfyldt, bruges dermed ikke i denne sammenhæng.⁵⁷

Undtagelsen gælder ikke ved *afståelse* af de immaterielle aktiver til en tredje mand, men kun for betalinger for anvendelsen af eller retten til at anvende aktiverne. Afståelse skal dermed altid medregnes til CFC-indkomsten, uanset om datterselskabet selv har oparbejdet aktivet.⁵⁸ Dermed bliver det afgørende at fastlægge, om der er tale om en fuldstændig overdragelse af de immaterielle aktiver eller blot en overladelse af en brugsret (se afsnit 5.1.1.2 ovenfor).⁵⁹

Aktiver oparbejdet ved kontraktforskning eller cost sharing

At aktivet skal være foranlediget af datterselskabet selv fortolkes ikke så snævert, at datterselskabet ikke kan benytte sig af kontraktforskning eller cost sharing (cost contribution agreements).⁶⁰ Hvis ikke dette var tilfældet, ville det meste indkomst fra immaterielle aktiver skulle medregnes som CFC-indkomst, da det er normal praksis, at udviklingen af et aktiv deles mellem flere parter, herunder koncernforbundne parter.⁶¹ Kontraktforskning er når opdragsgiveren afholder alle omkostninger og påtager sig den økonomiske risiko i forbindelse med forskningen, hvorved opdragsgiveren har den fulde ejendomsret til de immaterielle aktive. Cost sharing er en samarbejdsform, hvor deltagerne deler regning og risiko for en aktivitet og deler ejendomsret eller brugsret til resultaterne.⁶²

⁵⁷ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

⁵⁸ Schmidt (2013), s. 224

⁵⁹ Schmidt (2013), s. 225

⁶⁰ Schmidt (2013) og høringsvar fra DI, L 213 (2007/2007) samt kommentaren hertil fra skatteministeren om, at den foreslåede stramning af ordlyden ville blive fjernet (I høringsudkastet blev det foreslået, at aktiver kun skulle fritages, hvis de udelukkende var foranlediget af datterselskabets egen forsknings- og udviklingsafdeling)

⁶¹ Høringsvar til L 213 (2006/2007), f.eks. DI, og høringsvar til L 48 (2019/2002), f.eks. Novo Nordisk og Danfoss

⁶² Schmidt (2013), s. 223-224

Betalinger for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver	Betaling fra selskab, som <u>er</u> koncernforbunden med datterselskabet, jf. SEL § 31 C	Betaling fra selskab, som <u>ikke</u> er koncernforbunden med datterselskabet, jf. SEL § 31 C
Aktiv <u>er</u> foranlediget af datterselskabets egen R&D	CFC-indkomst	<u>Ikke CFC-indkomst</u>
Aktiv <u>er ikke</u> foranlediget af datterselskabets egen R&D	CFC-indkomst	CFC-indkomst

Hvis en ikke koncernforbunden betaler royalty for brugen af et immaterielt aktiv, som er foranlediget af datterselskabet selv, skal denne royalty-indtægt ikke medregnes til CFC-indkomsten. Hvis aktivet omvendt ikke er udviklet af datterselskabet selv, skal indkomsten dermed medregnes til CFC-indkomsten.

Undtagelsen omfatter dog aldrig betalinger fra selskaber, som er koncernforbundne med datterselskabet. Hvis aktivet ikke er udviklet af datterselskabet, er begrundelsen, at lovgivningen værner imod, at der foretages koncernintern skatteplanlægning ved at flytte immaterielle aktiver væk fra Danmark.

Som begrundelse for anvendelsesområdet angives også, at koncerninterne royaltybetalinger er svære at prisfastsætte.⁶³ Denne begrundelse må være møntet på situationen, hvor aktivet er udviklet af datterselskabet selv, men hvor der tilsyneladende ikke er tillid til, at betalingen for anvendelsen af aktivet eller retten til at anvende det er høj nok.

5.1.2.2 Anvendelsesområdet efter de foreslåede regler – en bred afgrænsning

Efter forslaget indrettes reglerne med det formål, at immaterielle aktiver og indkomsten derfra skal forblive der, hvor de immaterielle aktiver er udviklet. Hvis aktivet forbliver der, hvor det er skabt, sikres det, at værdierne beskattes der, hvor de er skabt.⁶⁴

Hvis et immaterielt aktiv ikke omfattes af reglerne, er det ikke et CFC-aktiv, og indkomsten derfra skal dermed ikke medregnes til CFC-indkomsten.

⁶³ Schmidt (2013), s. 223, fodnote 141, jf. skatteministerens svar gengivet i høringsnotat, bilag 19, L 99 (2001/2002 – 2. samling)

⁶⁴ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

Efter den foreslåede bestemmelse til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 3. pkt. skal skattepligtige royalties og anden indkomst fra immaterielle aktiver kun medregnes, når aktiverne er:

- erhvervet fra et andet land end det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende eller
- oparbejdet ved aktiviteter udført af tilknyttede personer (jf. forslaget's stk. 6) i et andet land end det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende.

Da immaterielle aktiver oparbejdes på forskellig vis afhængig af aktivet, skal "aktiviteter" forstås bredt. Patenter oparbejdes f.eks. ved forsknings- og udviklingsaktiviteter. Andre immaterielle aktiver kan dog bl.a. oparbejdes ved markedsføringsaktiviteter eller faktisk brug gennem en lang periode.⁶⁵

Ved erhvervelser af immaterielle aktiver fra et andet land, vil datterselskabet ved opgørelsen af CFC-indkomsten kunne foretage afskrivninger på grundlag af anskaffelsessummen. Tilsvarende vil datterselskabet kunne fratække de udgifter, som datterselskabet afholder, når udenlandske tilknyttede personer udvikler på aktivet.⁶⁶

Bemærk, at der efter forslaget ikke skelnes mellem, om indkomsten kommer fra afståelse af aktivet eller ej. Hvis de immaterielle aktiver ikke er omfattet af anvendelsesområdet, skal indkomsten fra afståelse dermed ikke medregnes til CFC-indkomsten, i modsætning til de gældende regler.

Medregning af indkomst fra immaterielle aktiver	... i samme land som det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende	... <u>i et andet land</u> end det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende
Aktiv oparbejdet af en tilknyttet person ...	ikke CFC-indkomst	<u>CFC-indkomst</u>
Aktiv oparbejdet af en uafhængig person ...	ikke CFC-indkomst	ikke CFC-indkomst
Aktiv erhvervet ...	ikke CFC-indkomst	<u>CFC-indkomst</u>

⁶⁵ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

⁶⁶ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

Oparbejdede immaterielle aktiver

Oparbejdede immaterielle aktiver er aktiver, hvortil datterselskabet har ejendomsretten. Ved udviklingen af aktivet kan datterselskabet vælge at lade andre udvikle på aktivet, f.eks. mod betaling (kontraktforskning) eller ved at dele udviklingsomkostningerne og fortjenesten (cost sharing). For analyse af konsekvenserne heraf sammenlignet med de gældende regler henvises til nedenstående afsnit om kontraktforskning eller cost sharing.

Hvis et aktiv på denne måde oparbejdes af en uafhængig person, vil værdien af dette arbejde aldrig bidrage til, at indkomsten fra aktivet skal medregnes til CFC-indkomsten, uanset hvor den uafhængige person er hjemmehørende.

Hvis et aktiv oparbejdes af en tilknyttet person, vil værdien af dette arbejde medføre, at aktivet bliver et delvist CFC-aktiv, hvis det er blevet oparbejdet i et andet land, end det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende (se afsnittet om delvise CFC-aktiver nedenfor). Det er ikke afgørende, hvor den tilknyttede person er skattemæssigt hjemmehørende. Hvis de immaterielle aktiver f.eks. er oparbejdet ved aktiviteter i en udenlandsk tilknyttet persons faste driftssted i det samme land som det erhvervende datterselskab, skal indkomsten fra de immaterielle aktiver dermed ikke medregnes til CFC-indkomsten.⁶⁷

Erhvervede immaterielle aktiver

Erhvervede immaterielle aktiver bliver CFC-aktiver, hvis de er erhvervet i et andet land end det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende.

Det er ikke afgørende, om ejerskabet af de immaterielle aktiver er placeret i det samme land som det erhvervende datterselskab; beskatningsstedet for de immaterielle aktive skal hele tiden have været i det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende, for at indkomsten fra aktivet ikke skal regnes med til CFC-indkomsten.

De immaterielle aktiver er f.eks. ikke skattemæssigt hjemmehørende i det samme land som datterselskabet, hvis det produceres i datterselskabets domicilland gennem et fast forretningssted, som ikke er kvalificeret som et fast driftssted. I det tilfælde vil aktivets beskatningssted være i det samme land som den tilknyttede person er hjemmehørende i. I dette tilfælde ville datterselskabets erhvervelse af aktivet medføre, at aktivet skifter beskatningssted, og det vil derfor skulle anses som et CFC-aktiv. Den omvendte situation vil selvfølgelig også kunne gøre sig gældende.⁶⁸

⁶⁷ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 12. november 2019 fra Ernst & Young P/S, jf. L 48 (2019/2020), bilag 4, spg. 2

⁶⁸ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 12. november 2019 fra Ernst & Young P/S, jf. L 48 (2019/2020), bilag 4, spg. 2

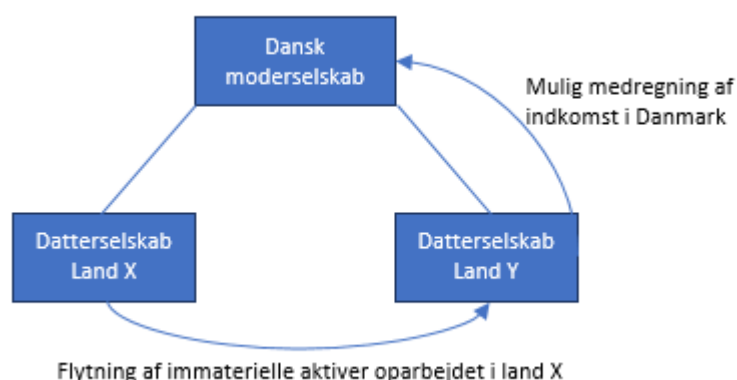
Flytning af patenter mellem koncernforbundne selskaber i forskellige lande

Med reglen om at et immaterielt aktiv bliver til et CFC-aktiv ved erhvervelse fra et andet land, skal multinationale koncerner være ekstra opmærksomme på, at en flytning af et patent ikke medfører CFC-beskatning i det modtagende selskab. Kun hvis patentet i hele sin livstid forbliver i det samme land, omfattes det ikke af reglerne.

Hvis en koncern vil lave en grænseoverskridende omstrukturering, f.eks. en fusion af to datterselskaber, vil patentet dermed kunne gå fra ikke at være et CFC-aktiv eller kun et delvist CFC-aktiv til efter fusionen at blive anset fuldstændigt som et CFC-aktiv. Det samme vil kunne ske, hvis immaterielle aktiver flyttes fra et datterselskab til et andet, uagtet at det sker som et led i driften.

Lovforslagets erklærede formål på området for immaterielle aktiver er som nævnt indledningsvist, at aktiverne og det tilhørende afkast forbliver der, hvor aktivet er udviklet, så værdierne beskattes der, hvor de er skabt.⁶⁹

På dette område tilskynder de danske værneregler ganske vist, at de immaterielle aktiver bliver der, hvor det er skabt, men konsekvensen af reglen kan også blive, at de immaterielle aktiver ender med at blive beskattet i Danmark, selvom det er oparbejdet i udlandet. Der er med andre ord ikke et værnshensyn i Danmark. Værnsreglen beskytter dermed snarere skattebasen i det land, hvor aktivet oprindeligt var placeret, udover at Danmark ved en flytning af aktivet potentielt påkalder sig beskatningsretten over indkomsten derfra (hvis CFC-betingelserne samlet set opfyldes.)



Figur 4 Ved flytning af immaterielle aktiver fra Land X til Land Y, kan indkomsten fra de immaterielle aktiver potentielt kunne blive beskattet i Danmark.

Indkomst fra immaterielle aktiver skal omvendt ikke medregnes til CFC-indkomsten, hvis aktiverne erhverves fra et selskab i det samme land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende. Dette kunne f.eks. være ved en lokal selskabsretlig omstrukturering, hvor CFC-selskabet fusioneres ind i et andet lokalt (datter)selskab.

⁶⁹ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

Hvorvidt et aktiv er blevet erhvervet, skal vurderes efter danske regler, herunder transfer pricing-principperne. Der kan således være tale om en erhvervelse af et immaterielt aktiv, selvom skattereglerne i landet, hvor selskabet og den tilknyttede person er skattemæssigt hjemmehørende, ikke anerkender, at der er sket en overdragelse.⁷⁰

Aktiver oparbejdet ved kontraktforskning eller cost sharing

Efter forslaget skal indkomst fra immaterielle aktiver oparbejdet som led i kontraktforskning eller cost sharing medregnes, hvis samarbejdspartneren er en tilknyttet person i et andet land.⁷¹ Ved et sådant samarbejde skal en del af indkomsten fra de immaterielle aktiver medregnes til CFC-indkomsten, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 4. pkt. Dette uddybes i afsnittet om delvise CFC-aktiver nedenfor.

Den gældende fritagelse for medregning af royaltybetalinger fra immaterielle aktiver, som er foranlediget af datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed, skærpes dermed, fordi datterselskabet efter de gældende regler til en vis grad godt kan benytte sig af kontraktforskning eller cost sharing, uden indkomsten fra aktivet skal regnes med til CFC-indkomsten, som omtalt ovenfor i afsnittet om de gældende regler.

Denne ændring vil dermed medføre mere CFC-indkomst i datterselskaberne – og dermed højere risiko for at indkomstbetingelsen opfyldes – fordi det kan være en nødvendig del af driften at udvikle aktiver i samarbejde med tilknyttede personer i udlandet. Dette sker ikke nødvendigvis af hensyn til skatteplanlægning; hvis de bedst egnede forskere eller relevante samarbejdspartnerne og udstyr er til rådighed i udlandet, må en del af udviklingen af aktivet nødvendigvis foregå der.

I tilfælde hvor udviklingsarbejdet foregår i samarbejde med en uafhængig person, er resultatet dog det samme som efter de gældende regler, nemlig at indkomsten fra de immaterielle aktiver ikke skal medregnes til CFC-indkomsten. Dette vil dog efter omstændighederne hverken være en god eller mulig løsning for koncernen. Køb eller etablering af datterselskaber kan f.eks. skyldes et behov for at erhverve sig de nødvendige ressourcer til den bedst mulige udvikling af immaterielle aktiver. Derudover kan det også være væsentligt, at udviklingen af de immaterielle aktiver kan foregå koncerninternt for at beskytte forretningshemmeligheder.

⁷⁰ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 22. november 2019 fra KPMG Acor Tax, jf. L 48 (2019/2020) bilag 7. spg. 31.

⁷¹ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

Hvis moderselskabet skal vælge mellem at placere udviklingen af et aktiv i enten det ene eller andet udenlandske datterselskab, vil det ud fra et CFC-hensyn derfor være mest hensigtsmæssigt at placere aktivet der, hvor størstedelen af udviklingen kommer til at foregå, fordi indkomstandelen fra aktivet, der skal medregnes til CFC-indkomsten dermed minimeres, jf. nedenstående afsnit. Når CFC-indkomsten skal opgøres, kan der dog som nævnt fratrækkes de udgifter, som datterselskabet har afholdt til det koncernforbundne selskab ifb. med kontraktforskning fra den indkomst, som aktivet genererer.⁷²

⁷² Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

Delvise CFC-aktiver

Hvis et immaterielt aktiv kun er delvist omfattet af anvendelsesområdet i den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 3. pkt., skal der medregnes en forholdsmæssig del af indkomsten fra det pågældende aktiv, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 4. pkt. Hermed tager CFC-reglerne højde for, at immaterielle aktiver kan komme til eksistens ved udvikling eller erhvervelse fra flere forskellige steder.

Et færdigt immaterielt aktiv kan f.eks. bestå af et tilkøbt immaterielt aktiv, som datterselskabet selv har videreudviklet ved hjælp af egen forsknings- og udviklingsvirksomhed eller ved at lade udenlandske koncerninterne selskaber udføre kontraktforskning, jf. afsnittet ovenfor.

Den forholdsmæssige del af indkomsten, der i sådan et tilfælde skal medregnes til CFC-indkomsten, svarer til den del af den samlede indkomst fra de immaterielle aktiver, der kan henføres til værdien af de aktiviteter, der er udført af tilknyttede personer i et andet land end det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 5. pkt.

Dette princip gælder både, hvis datterselskabet selv har oparbejdet de immaterielle aktiver og derefter ladet tilknyttede personer videreudvikle aktivet, samt hvis datterselskabet har købt et immaterielt aktiv, som det dernæst selv videreudvikler.⁷³

Opdelingen af det samlede afkast skal foretages i overensstemmelse med de almindelige transfer pricing-principper. Vejledning hertil findes i retningslinjerne omhandlende delingen af indkomst fra immaterielle aktiver mellem kontrollerede parter (Profit Split-metoden), jf. kapitel II, pkt. C; i retningslinjerne omhandlende transaktioner, der omfatter immaterielle aktiver, jf. kapitel VI; samt i retningslinjerne for fordeling af afkast fra immaterielle aktiver, når koncernforbundne selskaber i fællesskab har bidraget til at tilvejebringe aktiverne, jf. kapitel VIII, pkt. C.4, alle i OECD's *Transfer Pricing Guidelines (2017)* om cost contribution agreements (cost sharing).⁷⁴ Heri er der retningslinjer for, hvordan det enkelte koncernselskabs værdi kan fordeles direkte på grundlag af de udgifter som det enkelte selskab har afholdt.⁷⁵

Selvom udviklingsomkostningerne og ejendomsretten over de immaterielle aktiver deles ved cost sharing, skal en del af indkomsten alligevel medregnes til CFC-indkomsten. Skatteministerens rationale er, at et sådant arrangement svarer til, at der vederlægges i naturalier (forskningsydelse), og at der ikke bør være forskel på, om

⁷³ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 12. november 2019 fra Ernst & Young P/S, jf. L 48 (2019/2020), bilag 4, spg. 2

⁷⁴ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

⁷⁵ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1, svar til FSR

ejerskabet over et immaterielt aktiv opnås mod vederlag i naturalier eller mod et kontantvederlag.⁷⁶ Dette virker dog som en misforståelse, da datterselskabet kun opnår indtjening svarende til dets eget bidrag til udviklingen.

I stedet for at anse aktivet som erhvervet af datterselskabet, kunne ejerskabet med en anden tolkning anses for at være delt mellem parterne, hvilket under alle omstændigheder afspejler, at regning og risiko deles, hvilket tillige også kan være det juridiske faktum. Juridisk set kan ejendomsretten dog godt tilhøre en af parterne.⁷⁷

Eksempel: Cost contribution agreement

Hvis datterselskabet opnår indkomst fra et immaterielt aktiv, hvor det selv og en tilknyttet person i udlandet hver har bidraget med halvdelen af aktivets værdi, modtager datterselskabet 50 kr. for hver 100 kr., som aktivet indtjener. Af aktivets samlede indtjening på 100 kr. skal halvdelen dog alligevel medregnes til CFC-indkomsten, fordi aktivet anses for erhvervet fuldstændigt mod vederlagt i naturalier, hvorfor indkomst derfra skal medregnes delvist til CFC-indkomsten, svarende til andelen af det eksterne arbejde. Der sker dermed CFC-beskatning på en andel af indkomsten (de 50 kr.), som efter transfer pricing-principperne udelukkende kan henføres til udviklingsaktiviteter udført af datterselskabet selv, hvilket ikke er bestemmelsens formål.

5.1.3 Opkøbsreglen

I forslaget til SEL § 32, stk. 17 foreslås en undtagelsesregel indført, som skal sikre, at der ikke skal ske medregning af nogen del af indkomsten fra et erhvervet datterselskabs eksisterende immaterielle aktiver efter SEL § 32, stk. 5, nr. 3. Undtagelsen gælder på tilsvarende vis for det opkøbte selskabs datterselskaber.⁷⁸ Undtagelsen skal ses som et led i, at CFC-reglerne ikke må ”hæmme [danske koncerner] unødigt i konkurrencen”⁷⁹ mod deres udenlandske konkurrenter.

Eksempel: Konkurrenceforvridning ved opkøb⁸⁰

I eksemplet forudsættes det, at det danske moderselskab enten medregner hele datterselskabets indkomst (hvilket det efter forslaget ikke behøver, se afsnit 6.1 herom), eller at målselskabet udelukkende består af CFC-aktiver.

Uden opkøbsreglen ville danske selskaber med garanti være dårligere stillet end en udenlandsk konkurrent, hvis det har samme forventning til afkastet, da danske

⁷⁶ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1, svar til Danfoss

⁷⁷ OECD Public Discussion Draft, BEPS Action 8

⁷⁸ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁷⁹ De almindelige bemærkninger til L 48 (2019/2020), afsnit 2.1.2.2.

⁸⁰ Eksempel lånt fra Novo Nordisks høringssvar til L 48 (2019/2020)

selskaber skal tage højde for en dansk skattesats i budet, hvorimod konkurrenter kun vil skulle tage højde for den lokale skattesats.

Forventet nutidsværdi af målselskabet, inkl. lokal skat (10 %)	1000
Synergier	200
Udenlandsk bud:	1200
Dansk bud:	
CFC-skat (22 % - 10 %)	-120
Bud	1080

For at opkøbsreglen kan bruges, skal det opkøbte selskab erhverves fra en ikke tilknyttet person, som defineret ud fra den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 6, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 17, 1. pkt.

De eksisterende immaterielle aktiver, hvis indkomst ikke skal medregnes til CFC-indkomsten, er de immaterielle aktiver, som datterselskabet ejer på det tidspunkt, hvor det opkøbende selskab bliver moderselskab for det opkøbte selskab, jf. SEL § 32, stk. 17, 2. pkt.

Reglen kan dermed siges at nulstille det opkøbte selskabs immaterielle aktiver. Hvis disse efter de danske regler skulle klassificeres som CFC-aktiver, fordi de er oparbejdet af en tilknyttet person i udlandet eller erhvervet i udlandet, skal der dermed ikke regnes CFC-indkomst med fra disse aktiver. Hvis det opkøbte datterselskab efterfølgende lader en tilknyttet person videreudvikle de eksisterende aktiver, vil en tilsvarende del skulle regnes med til CFC-indkomsten, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 4. pkt.

Hvis aktiverne efterfølgende overdrages til et koncernforbundet selskab i et andet land, vil det modtagende koncernforbundne selskabs afkast fra aktiverne efterfølgende skulle anses for CFC-indkomst i medfør af den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 5, nr. 3.⁸¹ Denne situation vil f.eks. kunne forekomme, hvis det danske moderselskab efter opkøbet vil integrere det opkøbte selskab i andre af koncernens datterselskaber for at opnå en synergieffekt. Hvis planen med opkøbet er, at de immaterielle aktiver under alle omstændigheder skal flyttes, vil moderselskabet i opkøbssituationen alligevel skulle tage højde for en eventuel CFC-beskatning, hvorved

⁸¹ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

moderselskabet stilles dårligere end internationale konkurrenter. Dermed opfylder opkøbsreglen i denne situation ikke sit formål.

Hvis de immaterielle aktiver omvendt ikke skifter beskatningssted, f.eks. hvis de overdrages til et koncernforbundet selskab i samme land som datterselskabet, skal de immaterielle aktiver dermed stadigvæk ikke skulle regnes som CFC-aktiver.

5.1.3.1 Aktivbetingelse ifb. med opkøbsreglen

Udgangspunktet for opkøbsreglen er, at der ikke er sket en flytning af immaterielle aktiver til det selskab, som moderselskabet vil opkøbe, da dette ville gå imod værnsformålet. Opkøbsreglen er derfor betinget af, at maksimalt 50 % af det opkøbte selskabs aktiver består af CFC-aktiver på det tidspunkt, hvor det opkøbende selskab bliver moderselskab for det opkøbte selskab, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 18, 1. pkt. Dette skal sikre, at CFC-beskatning ikke kan undgås ved, at der erhverves et selskab, der hovedsagligt ejer finansielle- og immaterielle aktiver, som er blevet placeret i det selskab for at opnå en lavere beskatning.⁸²

CFC-aktiver er de aktiver, hvis afkast er omfattet af SEL § 32, stk. 5, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 18, 2. pkt. Ved aktivtesten sondres der efter, om immaterielle aktiver har skiftet beskatningssted ved erhvervelse fra andre lande, eller om aktivet er oparbejdet af en tilknyttet person i tråd med SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 3. pkt. Det er det opkøbte selskabs tilknyttede personer fra før opkøbet, der har betydning i denne forbindelse.⁸³ Det har dermed betydning for aktivtesten, hvor det opkøbte selskab har sine immaterielle aktiver fra.

Tilsvarende skal kun en forholdsmæssig del af værdien af et delvist CFC-aktiv medregnes ved opgørelsen af værdien af CFC-aktiverne, jf. forslagens stk. 18, 3. pkt. Hele aktivets værdi skal dog stadig indgå ved opgørelsen af værdien af selskabets samlede aktiver.⁸⁴

Et problem ved denne betingelse er dermed, at det er svært at vurdere, hvor meget indkomst fra immaterielle aktiver, der er i målselskabet. Selv i egne selskaber er det kompliceret at opgøre anden indkomst fra immaterielle aktiver, samt hvilken del af indkomsten fra aktivet, der skal medregnes til CFC-indkomsten baseret på, hvor det er oparbejdet eller erhvervet. Denne vurdering bliver ikke nemmere at foretage i et målselskab, som det danske opkøbende selskab har mindre indsigt i.

Hvis ikke det kan fastlægges med sikkerhed, om betingelsen er opfyldt, må det danske selskab i sit bud for en sikkerheds skyld medregne dansk skat, som vist i

⁸² Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁸³ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁸⁴ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

eksemplet ovenfor. Dermed vil det danske selskab igen blive stillet dårligere konkurrencemæssigt.

I andre tilfælde vil grænsen være åbenlyst oversteget, uden der nødvendigvis er forhold, der taler for, at der er tale om et forsøg på skatteundgåelse. Hvis et forsknings- og udviklingselskab opkøbes, fordi en dansk innovationsvirksomhed har brug for deres viden, vil det danske selskab dermed skulle betale dansk skat af indkomsten fra målselskabet, fordi grænsen på 50 % nemt overskrides i denne type selskaber.

Hvis de immaterielle aktiver ikke er placeret i selskabet af skattemæssige hensyn, men af driftsmæssige hensyn, lever opkøbsreglen ikke op til sit formål om, at danske selskaber ikke må hæmmes unødigt i konkurrencen mod udenlandske konkurrenter. Tværtimod går det danske selskab potentielt glip af en mulighed for at udvide forretningen.

Selve aktivtesten

Aktivtesten i forbindelse med opkøbsreglen svarer med de nødvendige tilpasninger til aktivtesten i stk. 1, nr. 2, 3.-6. pkt., som efter de gældende regler er en betingelse for CFC-beskatning. Selv hvis aktivbetingelsen ikke opfyldes, gælder det dog stadig, at der ikke sker CFC-beskatning, hvis det opkøbte selskabs CFC-indkomst er under 1/3 af dets samlede indkomst, jf. den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 1. pkt.⁸⁵

Opgørelsen foretages baseret på de regnskabsmæssige værdier, dog undtaget de immaterielle aktiver, som skal medregnes til handelsværdien, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 18, 4. pkt. Immaterielle aktiver medregnes til handelsværdien for at sikre en retvisende opgørelse, da f.eks. egen oparbejdede immaterielle aktiver som udgangspunkt ikke indregnes på balancen med en regnskabsmæssig værdi.⁸⁶

Aktiver, hvis afkast er skattefrit, holdes ude af opgørelsen af aktivmassen, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 18, 5.pkt. Alt afkast fra aktivet skal være skattefrit, for at dette gælder. Her er f.eks. tale om koncernselskabsaktier og datterselskabsaktier omfattet af ABL §§ 4 A og 4 B, hvorfra avancen er skattefri efter ABL § 8 og udbyttet skattefrit efter SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Porteføljeaktier omfattet af ABL § 4 C er derimod ikke omfattet af dette, på trods af at skattefri avance ved salg, da udbytte herfra er skattepligtigt.⁸⁷ Dermed skal værdien af porteføljeaktier regnes med i forbindelse med vurderingen af om aktivtesten opfyldes.

⁸⁵ Skatteministerens svar på spørgsmål 38, L 48 (2019/2020)

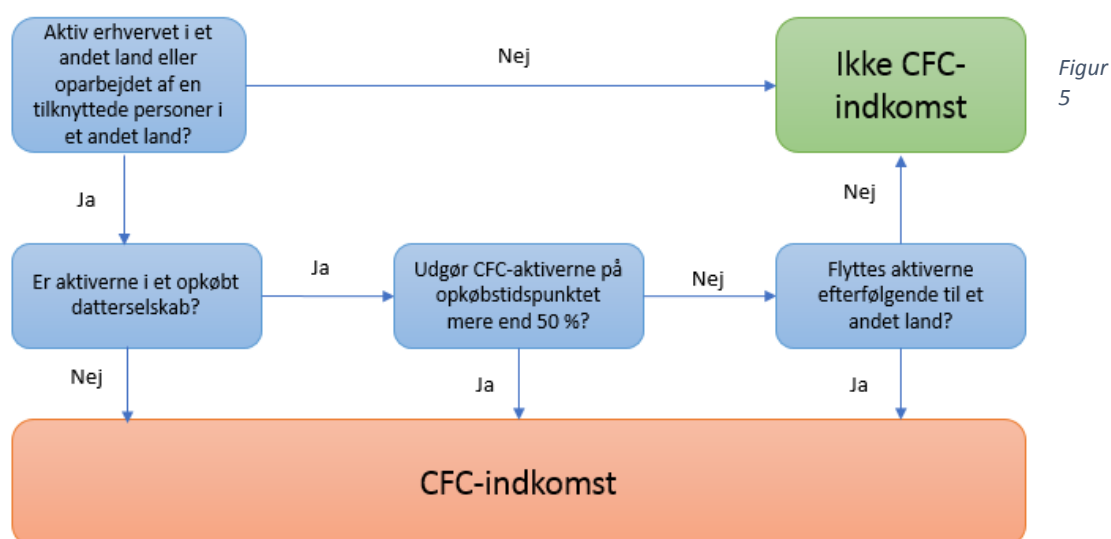
⁸⁶ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁸⁷ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

Uforrentede fordringer på det opkøbte selskabs varedebitorer m.v., skal ligeledes holdes ude af opgørelsen af aktivmassen, jf. stk. 18, 6. pkt., så længe der er tale om datterselskabets egne varedebitorer. Da hverken skattefrie aktiver eller uforrentede fordringer skal indgå i opgørelsen af aktivmassen, tæller de dermed hverken for eller imod opfyldelsen af aktivtesten.⁸⁸ Årsagen til at disse skal undtages er, at mange produktions- og salgsselskaber ellers ville kunne komme til at opfylde aktivbetingelsen.⁸⁹

Endelig finder transparensreglen i SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 2. og 3. pkt. tilsvarende anvendelse på aktivtesten, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 18, 7. pkt. (se afsnit 4.3). Dette indebærer, at der skal ses bort fra aktier i selskaber under datterselskabets indflydelse, hvis de underliggende selskaber er hjemmehørende i samme land som datterselskabet. I stedet skal en forholdsmæssig del af det underliggende selskabs aktiver svarende til datterselskabets direkte og indirekte ejerandel indgå i datterselskabets opgørelse.

Territorialprincippet finder også tilsvarende anvendelse ved aktivtesten. Dette står ikke direkte anført i bestemmelsen, men det må følge som en konsekvens af, at denne aktivtest svarer til testen under den gældende aktivbetingelse. Konsekvensen af at territorialprincippet anvendes er, at datterselskabets aktiver relateret til faste driftssteder og faste ejendomme i andre lande, end hvor datterselskabet er hjemmehørende, ikke skal tages i betragtning ved aktivtesten. Aktiverne i de faste driftssteder indgår dermed i stedet i aktivtesten for det faste driftssted, som skal foretages selvstændigt. De almindelige allokeringerprincipper efter OECD's modeloverenskomst og de tilhørende kommentarer anvendes til at afgøre, om et aktiv skal henføres til hovedkontoret eller det faste driftssted.⁹⁰



⁸⁸ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁸⁹ Schmidt (2013), kap. 6, afsnit 3.

⁹⁰ Skatteministerens svar på henvendelse fra FSR, bilag 15, L 23 (2008/2009)

Kapitel 6 CFC-reglernes retsvirkning

Når det er konstateret, at kontrolbetingelsen og indkomstbetingelsen (og aktivbetingelsen efter de gældende regler) er opfyldt, skal moderselskabet som udgangspunkt medregne CFC-selskabets samlede indkomst som opgjort efter stk. 7-10, når beløbet er positivt, jf. SEL § 32, stk. 1, 1. pkt. Den opgjorte CFC-indkomst skal ligeledes være positiv, før indkomsten i datterselskabet skal omfattes af CFC-beskatning.⁹¹

Opgørelsesprincipperne i stk. 7-9 omtales ikke i det følgende, da der ikke foreslås væsentlige ændringer heri. Det samme gælder lempelsesadgangen i SEL § 32, stk. 11, hvorom det dog ganske kort kan det siges, at moderselskabet har adgang til nedslag for datterselskabets danske og udenlandske skatter efter ligningslovens § 33, stk. 1 og 7 (dvs. creditlempelse), samt mulighed for tilbagebetaling eller modregning af for meget betalt CFC-skat, jf. SEL § 32, stk. 13.

Som alternativ til udgangspunktet om at medregne hele datterselskabets skattepligtige indkomst, kan moderselskabet vælge kun at medregne datterselskabets CFC-indkomst. Dette er en ny mulighed og gennemgås i afsnit 6.1.

Uanset hvilken medregningsmetode der vælges, bliver moderselskabet skattepligtig af indkomsten fra CFC-selskabet, der herefter undergives almindelig selskabsbeskatning på 22 %, jf. SEL § 17, stk. 1.

I afsnit 6.2 gennemgås reglerne for hvilket eller hvilke moderselskaber, der skal medregne indkomst fra datterselskabet samt med hvilken andel. Da der er tale om medregningsandele, gør det ingen forskel, om moderselskabet har valgt at medregne hele datterselskabets indkomst eller kun dets CFC-indkomst. Reglerne følger af forslagets § 32, stk. 7

Endelig analyseres i afsnit 6.3 konsekvenserne af den foreslåede ændring i SEL § 32, stk. 10 om fiktiv afståelsesbeskatning, herunder den nye adgang til at modregne den fiktive afståelsesbeskatning i det skattepligtige udbytte hhv. den skattepligtige aktieavance, som foreslås indført i SEL § 32, stk. 14.

⁹¹ Schmidt (2013), kap. 6, afsnit 2.6, jf. skatteministerens svar på henvendelse fra FSR, bilag 26, L 213 (2006/2007)

6.1 Mulighed for kun at medregne datterselskabets CFC-indkomst

Som nævnt indledningsvist er udgangspunktet, at moderselskabet skal medregne hele CFC-selskabets indkomst. Efter L 48 foreslås imidlertid en bestemmelse indført i SEL § 32, stk. 15, der giver moderselskabet muligheden for at vælge kun at medregne datterselskabets CFC-indkomst ved indkomstopgørelsen svarende til den andel, som moderselskabet ellers ville skulle have medregnet hele datterselskabets indkomst efter SEL § 32, stk. 7 (se afsnit 7.2).

Dette repræsenterer dermed en lempelse, da der så ikke længe skal betales dansk skat af CFC-selskabets driftsindkomst, men kun på dets indkomst fra CFC-aktiver. Værnet mod udflytning af CFC-aktiver indsnævres dermed til mere præcist at ramme den type indkomst, som er målet for værnsreglen.

Hvis moderselskabet vælger kun at medregne datterselskabets CFC-indkomst, skal indkomsten kun medregnes, hvis datterselskabets samlede skattepligtige indkomst er positiv, uanset at CFC-indkomsten i sig selv er positiv. CFC-indkomsten, der skal beskattes, kan dog ikke overstige moderselskabets andel af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 15, 4. 4. pkt.⁹²

Eksempel: Indkomst i et datterselskab

CFC-indkomst: 500

Samlet indkomst: 100

Da den samlede indkomst kun er positiv som følge af CFC-indkomsten, beskattes der kun ud fra en andel af moderselskabets samlede indkomst på 100. Alternativt ville moderselskabet skulle have medregnet mere ved at vælge ”kun” at medregne CFC-indkomsten fremfor at skulle medregne datterselskabets samlede indkomst.

6.1.1 Bindingsperiode ved valget

Hvis moderselskabet vælger, at det kun vil medregne datterselskabets CFC-indkomst, skal dette valg være truffet senest i forbindelse med afgivelse af oplysninger til told- og skatteforvaltningen efter skattekontrollovens § 2 for det første indkomstår, hvor moderselskabet skal medregne et datterselskabs indkomst, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 16, 1. pkt.

Valget om enten at medregne datterselskabets samlede indkomst eller blot dets CFC-indkomst er bindende i fem indkomstår og gælder for alle moderselskabets

⁹² Ændringsforslag til L 48 (2019/2020), bilag 16

datterselskaber omfattet af CFC-reglerne, jf. SEL § 32, stk. 16, 2. pkt. Årsagen til dette er at hindre spekulation i valget fra år til år og for selskab til selskab.⁹³

Hvis der ikke træffes et aktivt valg, eller hvis valget ikke træffes rettidigt, vil der ske medregning efter hovedreglen i stk. 7, dvs. at datterselskabets samlede indkomst medregnes, jf. stk. 16, 3. pkt.

Ved udløbet af femårsperioden skal moderselskabet på ny træffe et aktivt valg. Selvom moderselskabet i de forudgående fem år kun har medregnet datterselskabets CFC-indkomst, skal det igen aktivt tilvælge denne medregningsmetode. Hvis ikke der træffes et aktivt valg, anses moderselskabet for at have valgt medregning af hele datterselskabets indkomst, jf. SEL § 32, stk. 16, 5. pkt. Hvis moderselskabet ændrer medregningsmetode, fortabes retten til at fremføre datterselskabets underskud fra tidligere indkomstår, jf. SEL § 32, 6. pkt. Begrænsningen er nødvendig for at undgå, at underskud i andre aktiviteter vil kunne fremføres til fradrag i datterselskabets CFC-indkomst.⁹⁴

6.1.2 Ved flere moderselskaber i en sambeskatning

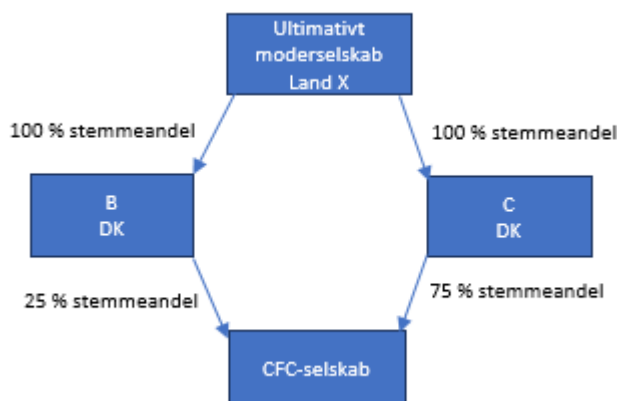
Når der efter CFC-reglerne er mere end ét moderselskab i en sambeskatning, skal det ultimative moderselskabs valg i bindingsperioden være bindende for alle danske moderselskaber i sambeskatningen, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 16, 4. pkt. Det ultimative moderselskab skal træffe valget, selv hvis det ikke er moderselskab efter CFC-reglerne i stk. 6.⁹⁵

Rationalet bag dette er, at der skal være ét selskab, der træffer valget, og da der efter CFC-reglerne godt kan være flere moderselskaber i en sambeskatning, er det derfor det ultimative moderselskab, der skal træffe valget, uagtet at det ikke er moderselskab efter CFC-reglerne. Dette vil f.eks. kunne ske, hvis to danske selskaber i fællesskab ejer et CFC-selskab, og hvis de er sambeskattede pga. et fælles udenlandsk moderselskab, eller hvis det fælles moderselskab er dansk, men hvor dets indirekte ejerandel i CFC-selskabet er mindre end det mellemliggende datterselskabs direkte ejerandel i CFC-selskabet.

⁹³ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁹⁴ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁹⁵ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 12. november 2019 fra Ernst & Young P/S, jf. L 48 (2019/2020), bilag 4, spg. 2



Figur 6 Det udenlandske ultimative moderselskab skal træffe valget om medregningsmetode på vegne af sine danske datterselskaber

Hvis det ultimative moderselskab køber et selskab, som derefter indgår i den danske sambeskatning, vil det ultimative moderselskabs valg og bindingsperiode gælde for det tilkøbte selskab, fra tidspunktet hvor det træder ind i selskabet. Dette gælder ligeledes, selvom det tilkøbte selskab udgår af en anden sambeskatning, hvor et andet valg var blevet truffet.⁹⁶

Hvis det ultimative moderselskab bliver opkøbt, vil det købende selskab blive det nye ultimative moderselskab. Hvis det købende selskab allerede har foretaget et valg (fordi det også tidligere har været omfattet af CFC-reglerne), vil dette valg blive gældende for hele den nye sambeskatningskreds. Hvis ikke det købende selskab allerede har foretaget et valg, vil det være bundet af det tidligere ultimative moderselskabs valg og bindingsperiode.⁹⁷ Hvis det hidtidige ultimative moderselskab købes tre år inde i perioden, vil det nye ultimative moderselskab således være bundet til dette valg i yderligere to år.

6.2 Hvilket moderselskab skal medregne og med hvilken andel?

Et moderselskab, som defineret i SEL § 32, stk. 6, 1. pkt., skal som udgangspunkt medregne den del af datterselskabets indkomst, som angives efter reglerne i SEL § 32, stk. 7. I SEL § 32, stk. 7 defineres det hvilket eller hvilke moderselskaber, der skal medregne indkomst fra datterselskabet og med hvor stor en andel.

Ordlyden i SEL § 32, stk. 7 har efter forslaget ændret sig en del. Dette er dels sket, pga. en omrokering af bestemmelserne, dels fordi ordlyden er tilpasset den nye kontroldefinition og dels pga. tilføjelser af gældende praksis, som nu er kodificeret. Principperne bag bestemmelserne er der dog ikke blevet ændret på med forslaget.⁹⁸ I det følgende gennemgås reglerne med ordlyden efter forslaget, da den nye ordlyd i sig selv giver anledning til at tydeliggøre, hvordan reglerne skal forstås.

⁹⁶ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁹⁷ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 19, L 48 (2019/2020)

⁹⁸ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

6.2.1 Den gennemsnitlige direkte eller indirekte indflydelse i datterselskabet

Efter forslaget til SEL § 32, stk. 7, 1. pkt. skal moderselskabet ved indkomstopgørelsen medregne den del af datterselskabets indkomst opgjort efter danske regler, der svarer til moderselskabets gennemsnitlige direkte eller indirekte indflydelse i datterselskabet, som moderselskabet har været i besiddelse af i indkomståret. Her tages der udgangspunkt i den type indflydelse, der var højest efter SEL § 32, stk. 6.⁹⁹ Moderselskabet skal dermed kun medregne tilknyttede personers indflydelse, hvis moderselskabet selv helt eller delvist, direkte eller indirekte, har den samme type indflydelse i den tilknyttede person.¹⁰⁰ Medregningen sker pro-rata hos moderselskaberne baseret på deres respektive direkte eller indirekte indflydelse i CFC-selskabet (se eksempel i figur 7 nedenfor).¹⁰¹

Der skal dog kun medregnes indkomst for den del af moderselskabets indkomstår, hvor moderselskabet anses for at være moderselskab for datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 7, 4. pkt. Indkomsten skal medregnes i det indkomstår for moderselskabet, hvor datterselskabets indkomstår afsluttes, jf. SEL § 32, stk. 7, 5. pkt. 5.

Eksempel: Gennemsnitlig andel

Et moderselskab ejer 75 % af aktiekapitalen i otte måneder og 100 % af aktiekapitalen i de resterende fire måneder af indkomståret. Moderselskabet skal dermed medregne $((75 \% * 8 \text{ mrd.} + 100 \% * 4 \text{ mrd.}) / 12 \text{ mrd.}) = 83,33 \%$ af datterselskabets indkomst.

Eksempel: Den del af året, hvor moderselskabet anses for at være moderselskab for datterselskabet

Et moderselskab ejer i de første seks måneder af dets indkomstår 20 % af et selskab. Kontrolbetingelsen er dermed ikke opfyldt. I de næste to måneder ejer selskabet 75 % og i de sidste fire måneder 100 % af aktiekapitalen. Dermed skal moderselskabet medregne følgende til sin indkomst:

$(75 \% * 2 \text{ mrd.} + 100 \% * 4 \text{ mrd.}) / 6 \text{ mrd. (med kontrol)} = 92 \%$ af indkomsten fra anden halvdel af indkomståret.¹⁰²

⁹⁹ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

¹⁰⁰ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 12. november 2019 fra Ernst & Young P/S, jf. L 48 (2019/2020), bilag 4, spg. 2

¹⁰¹ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

¹⁰² Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 11, nr. 16, L99 (2001/2002 – 2. samling), suppleret af skatteministerens svar på henvendelse fra Andersen, bilag 32 til L99 (2001/2002 – 2. samling)

Eksempel: Medregning i det indkomstår for moderselskabet, hvor datterselskabets indkomstår afsluttes¹⁰³

Det danske moderselskab anvender kalenderåret som regnskabsår. Datterselskabets regnskabsår løber derimod fra d. 1/4-31/3. Datterselskabets regnskab, der afsluttes d. 31/3 2020 skal medregnes moderselskabets indkomst i kalenderåret 2020.

Hvis koncernforbindelsen ophører d. 1/12 2019, skal moderselskabet medregne datterselskabets indkomst for perioden fra d. 1/4-1/12 2019. Medregningen af indkomsten sker stadig i kalenderåret 2020.

6.2.2 Når flere selskaber opfylder betingelserne for at skulle medregne et selskabs CFC-indkomst

Som beskrevet i kapitel 3 om kontrolbetingelsen, kan det ske, at flere danske selskaber opfylder betingelserne for at skulle medregne en del af indkomsten i et CFC-selskab.

Hvis den samme indflydelse i et datterselskab besiddes direkte eller indirekte af flere moderselskaber, skal indflydelsen medregnes hos det moderselskab, der besidder den største direkte eller indirekte indflydelse, jf. SEL § 32, stk. 7, 2. pkt. Hvis flere moderselskaber besidder lige stor indflydelse, skal det øverste moderselskab medregne indflydelsen, jf. SEL § 32, stk. 7, 3. pkt. (se eksempel i figur 8).

Dette princip gælder dog kun, hvis der er overlappende andele inden for én koncern.¹⁰⁴ Flere forskellige danske selskaber inden for én kreds af tilknyttede personer (f.eks. en koncern) kan dermed godt medregne indkomst fra det samme CFC-selskab.

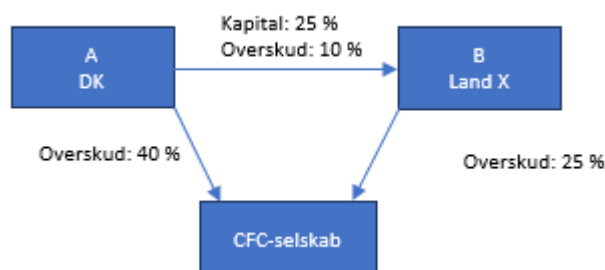
¹⁰³ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

¹⁰⁴ Schmidt (2013), s. 269, med henvisning til SKM2009.743.SR

6.2.3 Eksempler

Der redegøres i de følgende eksempler kun kort for, hvorfor et selskab anses for at være moderselskab og hvilke selskaber, der er tilknyttede personer. For en mere detaljeret gennemgang af dette spørgsmål gennemgangen i kapitel 3 om kontrolbetingelsen.

Eksempel: Moderselskabets direkte og indirekte indflydelse i datterselskabet medregnes pro rata¹⁰⁵



Figur 7

A er moderselskab for CFC-selskabet, fordi det sammen med den tilknyttede person B har 65 % indflydelse i CFC-selskabet i form af en ret til overskud.

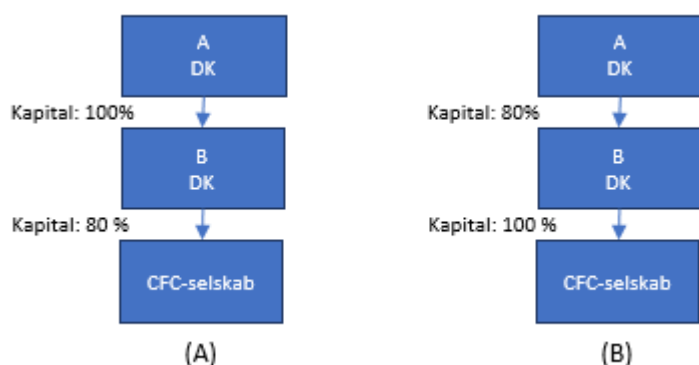
Ved medregningen skal der dog kun tages udgangspunkt i A's direkte og indirekte indflydelse af den type, der var højest efter SEL § 32, stk. 6, dvs. overskudsandelen i dette eksempel.

A har en direkte ret til overskud på 40 % i CFC-selskabet. A har kun en indirekte ret til overskud i CFC-selskabet, hvis A ret til overskud (dvs. den samme type indflydelse) i tilknyttede personer.

I eksemplet har A ret til 10 % af overskuddet i B. Dette giver A en indirekte ret på 2,5 % af overskuddet i CFC-selskabet (10 % * 25 %). I alt skal A derfor medregne 42,5 % af CFC-selskabets indkomst. Som det ses i eksemplet, akkumuleres den samlede indflydelse ikke hos moderselskabet, når andelen for medregning skal beregnes, i modsætning til når det skal vurderes, om et selskab kan anses for at være moderselskab efter SEL § 32, stk. 6. På den måde sikres det, at der kun sker medregning af et beløb svarende til moderselskabets samlede direkte og indirekte indflydelse.

¹⁰⁵ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1, til EY. Eksemplet er dog modificeret ved at give A en ret til 10 % af overskuddet i B.

Eksempel: Overlappende indflydelse¹⁰⁶



Figur 8

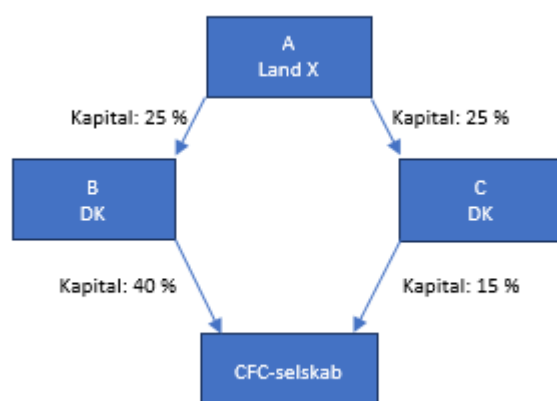
I eksempel (A) har selskab A og B hhv. 80 % indirekte indflydelse ($100 \% * 80 \%$) og 80 % direkte indflydelse i CFC-selskabet. Når flere selskaber besidder lige store andele indflydelse, medregnes andelen hos det øverste moderselskab, jf. stk. SEL § 32, 7, 3. pkt. A skal derfor medregne 80 % af CFC-selskabets indkomst.

I eksempel (B) har A en indirekte indflydelse på 80 % ($100 \% * 80\%$), og selskab B har en direkte indflydelse på 100 %. Efter stk. 7, 2. pkt. skal indflydelsen medregnes hos det selskab, der har den største direkte eller indirekte indflydelse. Selskab B skal derfor medregne 100 % af CFC-selskabets indkomst.

Heraf kan det konkluderes, at hvis et ultimativt moderselskab (A) har 100 % indflydelse i et underliggende dansk selskab (B), vil indkomsten skulle medregnes hos det ultimative moderselskab. Hvis det ultimative moderselskab har mindre end 100 % indflydelse i det underliggende selskab, vil indkomsten skulle medregnes hos det underliggende selskab. I sådan et tilfælde vil det ultimative moderselskabs indirekte indflydelse da altid vil være lavere end det underliggende selskabs direkte indflydelse.

¹⁰⁶ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, til nr. 14, L 48 (2019/2020)

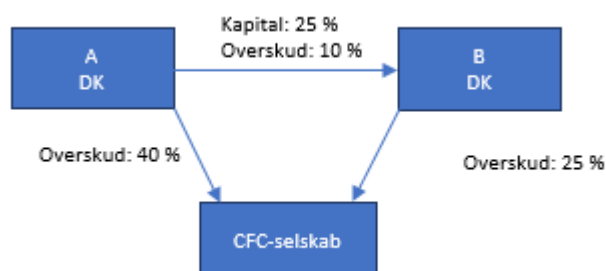
Eksempel: Ingen overlappende indflydelse



Figur 9

Selskab B og C er moderselskaber for CFC-selskabet. De skal hver medregne den del af indkomsten, der svarer til deres direkte eller indirekte andel af indflydelse i datterselskabet. De har samlet set hhv. 40 % og 15 % indflydelse i CFC-selskabet og skal derfor hver medregne hhv. 40 % og 15 % CFC-selskabets indkomst.

Eksempel: Delvis overlappende indflydelse



Figur 10

Dette eksempel svarer til det første i eksempel i dette afsnit (figur 7), udover at selskab B nu er et dansk selskab. Begge selskaber er derfor nu moderselskaber for CFC-selskabet.

Udgangspunktet for denne medregning er, at A og B skal medregne den del af CFC-selskabets indkomst, der svarer til A hhv. B's direkte eller indirekte andel af indflydelse i datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 7, 1. pkt.

A's direkte indflydelse og indirekte indflydelse er 42,5 % som redegjort for i det første eksempel.

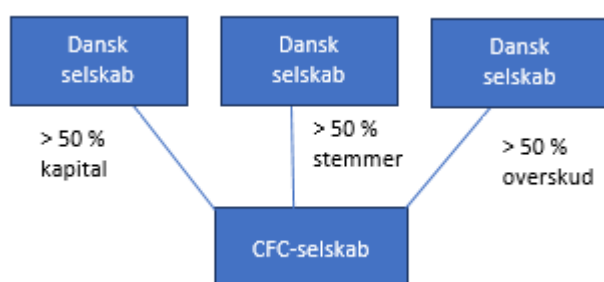
B's direkte og indirekte indflydelse er 25 % svarende til den direkte indflydelse på 25 %.

Dette ville betyde, at de A og B samlet vil skulle medregne 67,5 % af CFC-selskabets indkomst, selvom de kun har en samlet indflydelse på 65 %.

Som redegjort for ved figur 8, tages der dog højde for denne situation i SEL § 32, stk. 7, 2. pkt., som siger, at hvis den samme indflydelse i et datterselskab besiddes direkte eller indirekte af flere moderselskaber, skal indflydelsen medregnes hos det moderselskab, der besidder den største direkte eller indirekte indflydelse.

Dette er tilfældet i dette eksempel, da B's direkte overskudsandel i CFC-selskabet på 25 % besiddes af både A og B. A besidder imidlertid kun denne ejerandel med 2,5 %, så derfor skal A ikke medregne den. Ultimativt skal A derfor "kun" medregne de oprindelige 40 % af indkomsten i CFC-selskabet. B skal fortsat medregne 25 %.

Eksempel: Tre selskaber opfylder på hver sin måde indkomstbetingelsen¹⁰⁷



De tre danske selskaber er ikke tilknyttede personer, så derfor skal de hver især anses for at være moderselskab for datterselskabet, fordi de hver især opfylder betingelsen herfor.

Da et moderselskab ved indkomstopgørelsen skal medregne den del af CFC-selskabets indkomst, der svarer til moderselskabets gennemsnitlige direkte eller indirekte indflydelse i CFC-selskabet i indkomståret, skal hvert af moderselskaberne beskattes af CFC-selskabets indkomst, jf. SEL § 32, stk. 7. 1. pkt.

Når de respektive andele af indflydelse hver er på 51 %, sker der dermed en samlet beskatning af 153 % ($51 \% * 3$) af CFC-selskabets indkomst. Den samlede beskatning af en indkomst på 100 i CFC-selskabet vil dermed blive 33,66 ($153 * 22 \% \text{ skat}$). I kommentaren til FSR's høringssvar, hvorfra eksemplet er taget, bemærkes det, at det er op til de enkelte selskaber selv at sikre, at de ikke bliver omfattet af reglerne.

6.3 Fiktiv afståelsesbeskatning

Reglen om fiktiv afståelsesbeskatning findes i SEL § 32, stk. 10, efter både de gældende og foreslåede regler. Fiktiv afståelsesbeskatning indebærer, at moderselskabet ved nedbringelse af sine ejerandele i datterselskabet skal medregne den indkomst, som datterselskabet ville have oppebåret, hvis det havde afstået samtlige omfattede aktiver og passiver. Der skal dog kun medregnes et beløb, der højst svarer til den

¹⁰⁷ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1, til FSR, s. 70.

forholdsmæssigt nedbragte ejerandel, jf. SEL § 32, stk. 10, 1. pkt. Dvs. hvis der f.eks. afstås en ejerandel på 10 %, fra 100 % til 90 %, sker der kun beskatning for 10 % af det beløb, som datterselskabet ville have oppebåret ved afståelse af samtlige de omfattede aktiver og passiver.

Efter de gældende regler er kun aktiver og passiver omfattet af kursgevinstloven og aktieavancebeskatningsloven omfattet af den fiktive afståelsesbeskatning. Efter forslaget udvides beskatningsområdet til at omfatte alt afkast fra CFC-aktiver omfattet af SEL § 32, stk. 5. Til brug for vurderingen af om indkomstbetingelsen er opfyldt, skal værdien af den fiktive afståelsesbeskatning af alle selskabets aktiver og passiver dog medregnes, som omtalt indledningsvist i kapitel 4.

At indirekte nedbringelse af ejerandele er omfattet indebærer, at reglerne finder anvendelse, uanset hvordan moderselskabets ejerandele nedbringes. F.eks. vil en tredjeparts kapitalindsud i selskabet udvande moderselskabets ejerandel. Reglen kan dermed ikke omgåes ved at ejerandele ikke sælges direkte.¹⁰⁸

6.3.1 Situationer hvor reglen ikke finder anvendelse

Reglerne i dette afsnit foreslås ikke ændret.

Reglen om fiktiv afståelsesbeskatning aktualiseres ikke, hvis moderselskabet fortsat er moderselskab for datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 10, 4. pkt. Dermed vil koncerninterne omstruktureringer på niveau under moderselskabet ikke udløse fiktiv afståelsesbeskatning. Dog udløses der CFC-beskatning i det omfang ejerandelen nedbringes, jf. SEL § 32, 10, 5. pkt., hvis ejerandelen i datterselskabet nedbringes i forbindelse med omstruktureringen. Dette kun f.eks. ske ved optagelse af en ekstern partner optages i et underliggende selskab.

Fiktiv afståelsesbeskatning udløses heller ikke, hvis aktierne direkte eller indirekte overdrages til en nærtstående fysisk person omfattet af LL § 16 H eller til et samskattet selskab, jf. SEL § 31. Dette følger af SEL § 32, stk. 10, 6. pkt. Her er dermed tale om overdragelser til selskaber, der enten indgår i national - eller international sambeskatning. I disse situationer vil der dog ligeledes ske en forholdsmæssig beskatning, i det omfang ejerandelen nedbringes, jf. SEL § 32, stk. 10, 8. pkt.

Med nærtstående fysisk person omfattet af LL § 16 H menes den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter disse personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. Fonde eller trusts stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående omfattes ligeledes af LL § 16 H, stk. 6.

¹⁰⁸ Bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 35, L 23 (2008/2009)

6.3.2 Begrænset anvendelsesområde efter de gældende regler

Da reglerne om skattefrihed ved ejertid på minimum tre år blev afløst af skattefrihed fra dag ét for datter- og koncernselskabsaktier, samt for skattefri avancer på unoterede porteføljeaktier, formindskedes betydningen af reglen om fiktiv afståelsesbeskatning. Reglens betydning er også blevet mindre, fordi børsnoterede aktier og som hovedregel også fordringer er overgået til at blive beskattet efter lagerprincippet, da gevinsten eller tabet herefter opgøres som forskellen mellem afståelsessummen og aktivets værdi ved indkomstårets begyndelse. Dette beløb vil ofte være mindre, som følgende af den årlige beskatning ved indkomstårets afslutning.¹⁰⁹

Hvis moderselskabet alligevel skal medregne en fiktiv fortjeneste efter disse regler, gives der nedslag for den skat, som datterselskabet kunne være pålagt af fortjeneste på aktivet eller passivet, hvis det reelt var blevet afstået på samme tidspunkt, jf. SEL § 32, stk. 11, 3. og 4. pkt. Dette ville kunne ske, hvis moderselskabet skal medregne indkomst fra næringsbestemmelse i henhold til ABL § 17. Nedslaget kan dog ikke overstige den danske skat på indkomsten udløst af den fiktive afståelsesbeskatning, jf. SEL § 32, stk. 11, 4. pkt.

Uden denne lempelsesmulighed ville moderselskabet være beskattet af både avancen på næringsaktierne, jf. ABL § 17, samt af avancen på aktier ejet af datterselskabet. Værdien af aktierne ejet af datterselskabet ville da være en del af den samlede værdi for moderselskabets aktier i datterselskabet, hvorfor der dermed ville være tale om dobbeltbeskatning.

6.3.3 Markant udvidelse af anvendelsesområdet efter de foreslåede regler

Omfanget af reglen om fiktiv afståelsesbeskatning udvides ganske betragteligt efter de foreslåede regler. I stedet for at der kun kan ske fiktiv afståelsesbeskatning af aktiver og passiver omfattet af KGL og ABL, vil det efter forslaget kunne ske for samtlige aktiver og passiver, hvis afkast er omfattet af SEL § 32, stk. 5, dvs. alle CFC-aktiver og -passiver. Dette følger af forslaget til SEL § 32, stk. 10, 1. pkt. Efter forslaget vil en nedbringelse af ejerandele dermed udløse afståelsesbeskatning af samtlige CFC-aktiver. Værnsreglen udvides dermed. Hvis moderselskabet har valgt, at det kun vil medregne CFC-indkomsten ved sin indkomstopgørelse i stedet for datterselskabets samlede indkomst, jf. forslaget til SEL § 32, stk. 15, skal det dog kun medregnes en andel svarende til forholdet mellem CFC-indkomsten og den samlede indkomst i CFC-selskabet (sammenligningsindkomsten), jf. den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 10, 2. pkt.

¹⁰⁹ Schmidt (2013), s. 293

Da immaterielle aktiver dermed omfattes af denne bestemmelse, skal der tages højde for, at indkomsten herfra i visse tilfælde kun skal medregnes delvist, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, 3. pkt.

Fiktiv afståelsesbeskatning udløses kun ved, at ejerandelen nedbringes, uanset hvilken type indflydelse moderselskabet regner datterselskabets indkomst med efter: Hvis et selskab er moderselskab, fordi det har retten til 60 % af overskuddet, men hvor det f.eks. kun har en ejerandel på 40 %, udløses der ikke beskatning, hvis retten til overskudsandelen sænkes.¹¹⁰

6.3.3.1 Lempelsesadgang ifb. nedbringelse af ejerandele

Lempelsesreglen for afståelsen af næringsaktier som omtalt ovenfor videreføres ikke. Den erstattes dog i SEL § 32, stk. 14 af en ny lempelsesadgang, hvorefter den fiktive afståelsesbeskatning kan modregnes i moderselskabets skattepligtige udbytter fra datterselskabet eller skattepligtige aktieavancer ved skattepligtig afståelse af ejerandele i datterselskabet.

Den nye lempelsesadgang anses for nødvendig at indføre, fordi udvidelsen af kontrolbetingelsen medfører, at flere datterselskaber omfattes af CFC-reglerne. Risikoen for at aktierne i datterselskaberne ikke er skattefrie efter danske regler stiger dermed, hvilket uden denne lempelsesadgang ville føre til dobbeltbeskatning.

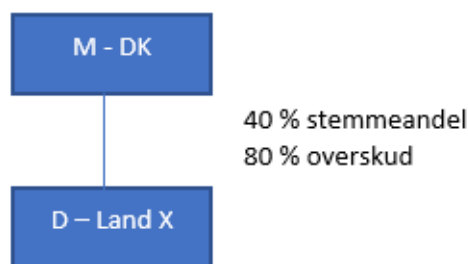
Årsagen til at dobbeltbeskatning på dette område ikke tidligere har været et problem er, at et datterselskab efter de gældende regler kun omfattes af reglerne, hvis koncernen har bestemmende indflydelse over datterselskabet. Af den årsag er der efter de gældende regler kun lille risiko for dobbeltbeskatning, da koncernens bestemmende indflydelse som hovedregel medfører, at aktierne i datterselskabet er skattefrie koncernselskabsaktier, jf. ABL § 4 B.

Når kontrolbetingelsen efter forslaget vil kunne blive opfyldt, uden at moderselskabet har bestemmende indflydelse, er der dermed større risiko for, at moderselskabets aktier i datterselskabet ikke kan anses for at være skattefrie koncernselskabsaktier. I mange tilfælde vil aktierne så blive anset som skattefrie datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 A. Aktierne er dog kun skattefrie, hvis datterselskabet er beliggende i et land, hvor myndigheder skal udveksle oplysninger om skattesager med Danmark, og hvor selskabet efter lokal lovgivning anses for selskabsskattepligtigt, og hvor det ikke er skattefritaget, jf. ABL § 4 A, stk. 2. Hvis dette ikke er tilfældet, er aktierne ikke skattefrie.

¹¹⁰ Skatteministerens svar henvendelsen på henvendelse af 12. november 2019 fra Ernst & Young P/S, jf. L 48 (2019/2020), bilag 4, spg. 2

Hvis moderselskabet har valgt kun at medregne datterselskabets CFC-indkomst ved sin indkomstopgørelse efter den foreslåede bestemmelse i SEL § 32, stk. 15, kan der kun ske modregning i den hertil svarende del af det skattepligtige udbytte henholdsvis den skattepligtige aktieavance, jf. forslaget's stk. 14, 3. pkt. Andelen svarer til forholdet mellem CFC-indkomsten og den samlede indkomst i CFC-selskabet i hele den periode, hvor moderselskabet har været CFC-skattepligtig af datterselskabets indkomst.¹¹¹

Eksempel: Risiko for dobbeltbeskatning grundet udvidelse af kontrolbetingelsen



Figur 11

Et dansk moderselskab har en stemmeandel på 40 % i datterselskab, som er beliggende i et land uden et skattesystem for selskaber. Aktierne opfylder dermed hverken betingelserne for at være skattefri koncernselskabsaktier efter ABL § 4 B, fordi koncernen ikke har bestemmende indflydelse, eller betingelserne for at være skattefri datterselskabsaktier efter ABL § 4 A, fordi land X ikke har et skattesystem for selskaber. Alligevel er D et datterselskab efter CFC-reglerne, fordi moderselskabet har ret til at modtage 80 % af overskuddet derfra.

Hvis M nedbringer sin ejerandel ved salg af ejerandele, vil selve salget af ejerandelene udløse en skattepligtig avance i M. M vil i udgangspunktet ligeledes blive beskattet af den latente avance, der er på D's aktiver og passiver, der forholdsmæssigt svarer til M's nedbragte ejerandel. Der vil således være tale om dobbeltbeskatning.

Hvis D udlodder udbytte, gør samme problemstilling sig gældende, da både udbyttet og datterselskabets indkomst beskattes i moderselskabet, hvorfor der igen er tale om dobbeltbeskatning. Udbyttet vil desuden altid blive skattepligtigt for moderselskabet, hvis datterselskabet har fradrag for udlodningen, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Ved M's indkomstopgørelse efter danske regler vil der ikke være et tilsvarende fradrag for udlodning, jf. den foreslåede SEL § 32, stk. 7, hvorfor der også i dette tilfælde er behov for lempelse efter denne bestemmelse.

¹¹¹ Høringsskema, L 48 (2019/20), bilag 1

Eksempel: Modregning i den skattepligtige avance ved salg, jf. stk. 14, 1. pkt.

Et dansk moderselskab (M) har et udenlandsk datterselskab (D), der er omfattet af CFC-reglerne. Som i eksemplet ovenfor er moderselskabet skattepligtig af avancen på salget af aktierne.

M har medregnet følgende CFC-indkomst i indkomstopgørelsen:

År 1: 50 mio. kr.

År 2: 40 mio. kr.

I år 3 nedbringes moderselskabets ejerandel i datterselskabet.

- Beskatning ved indirekte afståelse af D's aktiver og passiver: 100 mio. kr.

- Avance på salg af aktierne: 200 mio. kr.

Efter bestemmelsen i SEL § 32, stk. 14 kan den udløste CFC-indkomst modregnes i den skattepligtige avance ved salget. M skal dermed kun medtage en skattepligtig avance på salget af aktierne på 10 mio. kr., da avancen modregnes i den betalte CFC-skat ($200-50-40-100=10$). M's samlede skattepligtige indkomst, som er opstået gennem forholdet til D, er i årene 1-3 dermed 200 mio. kr. i form af CFC-indkomst ($50+40+100$) og aktieavancer (10).

Del III Diskussion og konklusion

Kapitel 7 Diskussion

Beskatning af ren driftsindkomst ved CFC-beskatning

Lovforslaget angiver, at CFC-reglernes overordnede formål er at forhindre, at et moderselskab kan opnå skatteudskydelse eller skatteundgåelse ved at flytte mobile aktiver til datterselskaber i lavskattelande med henblik på, at indkomsten fremover vil blive beskattet lempeligere der end i moderselskabets hjemland. Dette sker ud fra et hensyn om at beskytte den danske selskabsskattebase og for at sikre, at beskatningen sker, hvor værdien er skabt. Det anerkendes dog også, at reglerne ikke skal være så stramme, at danske virksomheder unødigt stilles dårligere konkurrencemæssigt.¹¹²

Når hele indkomsten medregnes som efter de gældende regler, udgør det imidlertid en stærk begrænsning af udgangspunktet om et udenlandsk datterselskabs status som et selvstændigt skattesubjekt, jf. den indledningsvise omtale af separatprincippet. Med værnsformålet taget i betragtning er det derfor positivt, at moderselskaber fremover har mulighed for kun at medregne CFC-indkomsten fra omfattede selskaber, da det per definition er indkomstkategoriene i denne gruppe, som forsøges værnet mod en flytning. Dermed undgås det, at der beskattes en indkomstandel på op til 50 % (efter de gældende regler) af datterselskabets indkomst, som per definition kan henføres til datterselskabets drift, dvs. en indkomst som Danmark ud fra et værnsynspunkt ikke kan påkalde sig retten til, da der ikke er tale om værdi, der er skabt i Danmark.

Beskatning af indkomst fra immaterielle aktiver

Indkomsten fra CFC-aktiver kan dog lige så vel være nødvendig for datterselskabets drift, i særdeleshed når det kommer til immaterielle aktiver. Hvis det ovenikøbet ud fra et forretningsmæssigt synspunkt er bedst, at de immaterielle aktiver er placeret i udlandet, stilles danske virksomheder efter min vurdering unødigt dårligere konkurrencemæssig, hvilket er imod formålet. De danske virksomheder vil i så fald have højere skatteomkostninger forbundet med immaterielle aktiver end deres udenlandske konkurrenter, som oftest kan nøjes med at betale den nationale skattesats.

Indkomsten fra de immaterielle aktiver vil da i nogen grad kunne henføres til en udenlandsk drift ud fra et forretningsmæssigt hensyn. Hvis denne indkomst beskattes, påkalder Danmark sig dermed beskatningsretten over en indkomst, som ikke ville være opstået, hvis de immaterielle aktiver ikke var flyttet til udlandet.

Der er forskellige forretningsmæssige hensyn, som medfører, at immaterielle aktiver bliver placeret i udlandet og evt. senere bliver flyttet rundt mellem

¹¹² Almindelige bemærkninger til L 48, 1.1. Lovforslagets formål og baggrund.

datterselskaber. Dette kan f.eks. ske, hvis produktionsaktiviteter – som kan være forbundet med udviklingsaktiviteter og know-how (dvs. immaterielle aktiver) – flyttes ved en sammenlægning eller flytning af produktion som et led i etableringen af en mere effektiv drift eller som led i at trænge ind på et nyt marked. Hvis denne effektivisering ikke sker, vil dette i sig selv være en konkurrencemæssigt dårligere position for det danske selskab. Hvis produktionen omvendt flyttes som et led i en effektivisering, vil selskabet ligeledes kunne stilles dårligere konkurrencemæssigt, da det risikerer at skulle betale dansk skat af indkomsten, der kan henføres til de immaterielle aktiver (og anden CFC-indkomst). CFC-reglerne kan dermed virke adfærdsregulerende på en måde, så det danske selskabs konkurrenceevne hæmmes, uanset om selskabet skal betale CFC-skat eller ej.

Et andet forretningsmæssig hensyn er, at de nødvendige ressourcer kun er til rådighed i udlandet. Hvis danske innovationsvirksomheder skal kunne skabe den størst mulige værdi, skal produktet af dets forsknings- og udviklingsvirksomhed være det bedst mulige. For at sikre dette vil der skulle samarbejdes på tværs af landegrænser, hvilket efter omstændighederne vil kunne medføre CFC-beskatning. For at undgå CFC-beskatning vil al forsknings- og udviklingsvirksomhed skulle placeres i Danmark eller de enkelte projekter ville skulle forblive i det samme land i hele dets levetid. Som omtalt ovenfor er dette ofte ikke en forretningsmæssig god (eller mulig) løsning.

Betingelserne for CFC-beskatning

Betingelserne for at skulle omfattes af CFC-reglerne giver et vist råderum for, at der kan være immaterielle aktiver og andre CFC-aktiver i datterselskaberne, hvilket som anført kan være nødvendigt ud fra et forretningsmæssig hensyn.

Ændringerne i disse betingelser medfører imidlertid, at dette råderum formindskes: Der skal mindre til, at kontrolbetingelsen opfyldes; indkomstbetingelsen skærpes ved at kun 1/3 i stedet for 1/2 af datterselskabets indkomst skal være CFC-indkomst, for at betingelsen er opfyldt; og aktivbetingelsen fjernes helt med den konsekvens, at et selskab ikke længere kan blive undtaget fra at blive omfattet af CFC-reglerne, hvis værdien af dets CFC-aktiver ikke overstiger 10 %. Ændringerne medfører uafhængigt af hinanden, at flere selskaber vil blive omfattet af reglerne.

Når CFC-reglernes anvendelsesområde udvides markant, risikerer reglerne dermed i højere grad at ramme selskaber, som ikke forsøger at undgå at betale skat, jf. ovenfor, fremfor kun at udgøre et værn mod decideret skatteundgåelse. Særligt selskaber, der tidligere ikke var omfattet pga. aktivbetingelsen rammes hårdt, da de ofte kun vil opfylde de nye betingelser på baggrund af et dårligt driftsresultat, som dermed øger andelen af CFC-indkomst.

Substanstest som undtagelsesmulighed

Skærperne af de tre gældende betingelser for dansk CFC-beskatning udspringer alle af skatteundgåelsesdirektivet. Dog undlades det at implementere de elementer af direktivet, som undtager selskaber fra CFC-beskatningens anvendelsesområde, navnlig lavskattebetingelsen og substanstesten. Disse undtagelser er til stede ud fra en betragtning af, at kun skatteundgåelse og skatteudskydelse skal rammes af værnsreglen.

Som omtalt i kapitel 2 er der ved brug af en lavskattebetingelse en formodning for, at indkomsten fra det pågældende land oppebæres af driftsmæssige årsager, da beskatningen der alligevel nærmer sig den danske.

Substanstesten skal tilsvarende sikre, at indkomst fra et datterselskab, der ”viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder”¹¹³, ikke vil skulle omfattes af CFC-reglerne.

Efter min vurdering er værns hensynet over for flytningen af immaterielle aktiver og andre CFC-aktiver størst, hvis der blot er tale om, at aktiverne blev flyttet til et postkasseselskab eller lignende. I sådan et tilfælde vil der da slet ikke være substans i datterselskabet.

Dernæst kan værns hensynet også i nogen grad kunne forsvares, hvis aktiverne flyttes til en form for administrationselskab, hvis eneste funktion er at administrere og eje aktiverne, for at indkomsten derfra flyder derhen. Her vil dog i EU's substans-test dog muligvis kunne siges at være substans.

Værns hensynet er mindst til stede, når aktiverne (typisk immaterielle aktiver) flyttes som led i en effektivisering af produktionen eller som et led i at trænge ind på et lovende marked med ny produktion. Indkomsten fra en produktion, hvor der bruges immaterielle aktiver, vil dog efter omstændighederne være baseret på udvikling eller erhvervelse af immaterielle aktiver i et andet land, end hvor produktionen finder sted. I disse tilfælde er der i høj grad substans i datterselskabet.

Af hensyn til ikke at stille danske selskaber unødigt dårligere konkurrencemæssigt, er værns hensynet efter min vurdering i sådanne tilfælde ikke stort nok til at retfærdiggøre, at det udenlandske datterselskabs indkomst skal beskattes i Danmark, selvom de immaterielle aktiver evt. er oparbejdet eller erhvervet i Danmark. Det samme er tilfældet i situationer, hvor et immaterielt aktiv (f.eks. et patent) udvikles på tværs af landegrænser for at sikre det bedst mulige resultat.

¹¹³ Skatteundgåelsesdirektivets art. 7, stk. 2, litra a.

Ud fra et holistisk synspunkt vil der også være fornuft i ikke at beskatte indkomst herfra, da det ligeledes kan have konsekvenser for Danmarks selskabsskattebase, hvis Danmarks internationale koncerner klarer sig dårligere.

For så vidt angår aktiver, der er oparbejdet eller erhvervet i et andet land, er der slet ikke et dansk værnshensyn (medmindre aktivet ad omveje er kommet til datterselskabet fra Danmark). Alligevel beskattes indkomsten ligeledes herfra.

I de danske CFC-regler er der hensynet til at sikre en stærk værnregel mod skatteundgåelse og skatteudskydelse tilsyneladende større end hensynet til at stille danske virksomheder unødigt dårligere konkurrencemæssigt. Som et kompromis til at opnå en bedre balance mellem disse hensyn, kan der foreslås at indføre en form for substanstest, så aktiviteter der udføres ud fra visse definerede anerkendte forretningshensyn, ikke skal omfattes af CFC-reglerne. På den måde vil selskaber der kun blev omfattet af reglerne i medfør af et dårligt driftsresultat ligeledes kunne blive fritaget.

Substanstesten vil skulle foretages, før en eventuel vurdering af indkomstbetingelsen, så fritagede selskaber ikke behøver at udarbejde en sammenligningsopgørelse for datterselskabet. På denne måde vil selskaber med acceptable aktiviteter blive påvirket mindst muligt af de danske CFC-regler.

Hvis der indføres en dansk substanstest, der ikke lever op til substanstesten i direktivet, vil lavskattebetingelsen dog ikke kunne fjernes, da fundamentet for at de danske regler lever op til EU-retten hviler på, at danske og udenlandske datterselskaber ikke forskelsbehandles.

Kapitel 8 Sammenfatning og konklusioner

Til bekæmpelse af skatteundgåelse ved at selskaber placerer mobile aktiver i udenlandske datterselskaber bruges værnsreglen i selskabsskatteloven (SEL) § 32 omhandlende beskatning af udenlandske kontrollerede datterselskaber (CFC-regler).

CFC-reglerne finder anvendelse, når betingelserne herfor er opfyldt. Betingelserne skærpes samlet set, så flere selskaber vil blive omfattet af CFC-reglerne, ligesom indkomstbetingelsen også opfyldes nemmere pga. udvidelsen af definitionen af CFC-indkomst, navnlig vedrørende immaterielle aktiver, og pga. det udvidede anvendelsesområde ved fiktiv afståelsesbeskatning.

Som løsning på at aktiviteter, der ikke har karakter af skatteundgåelse, bliver ramt, vil det være anbefalelsesværdigt at indføre en substanstest. Substanstesten behøver ikke nødvendigvis være indrettet som i direktivet, så længe de danske CFC-regler fortsat gælder både danske og udenlandske selskaber. En substanstest vil kunne sikre, at CFC-reglerne ikke overskrider deres værnsformål ved på en balanceret måde at fritage selskaber med aktiviteter, der har et anerkendelsesværdigt formål.

Kontrolbetingelsen

Kontrolbetingelsen foreslås ændret, så et selskab efter forslaget skal anses for at være moderselskab for datterselskabet, hvis det selv eller sammen med tilknyttede personer har en direkte eller indirekte indflydelse på mere end 50 % af stemmerettighederne, kapitalandelene eller overskudsandelene i datterselskabets.

Tilknyttede personer kan være selvstændige skattesubjekter, hvori moderselskabet har mindst 25 % indflydelse; en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt, som har mindst 25 % indflydelse i moderselskabet; og selvstændige skattesubjekter, som fysiske personer eller selvstændige skattesubjekter har 25 % indflydelse i samtidig med, at de også har 25 % indflydelse i moderselskabet.

Kontrolbetingelsen bliver nemmere at opfylde af tre årsager:

- Kredsen af selskaber og personer er udvidet, da der kun kræves en indbyrdes indflydelse imellem selskaberne på 25 % i stedet for at selskaberne skal være koncernforbundne efter SEL § 31 C.
- Måden hvorpå selskaber kan være forbundne med hinanden og med datterselskabet udvides til at omfatte tre forskellige typer indflydelse (stemmeandele, kapitalandele eller overskudsandele) i stedet for kun at omfatte stemmeandele.
- Det er summen af hver tilknyttet persons indflydelse og moderselskabets indflydelse, der er afgørende for om kontrolbetingelsen opfyldes. Grænsen på 50 % vil dermed blive væsentligt hurtigere nået end efter de gældende regler, hvor ét af selskaberne i koncernen skal have bestemmende indflydelse i selskabet. Dette sker ved kun at medregne de koncernforbundne selskabers stemmeandele indirekte baseret på moderselskabets egen stemmeandel.

Betingelsen går temmelig langt, da hverken moderselskabet eller nogen af de tilknyttede personer reelt skal have kontrol over datterselskabet, forstået efter gængs forstand. Hvis denne gruppe af selskaber ikke samarbejder om CFC-selskabet, vil det danske selskab dermed kunne blive omfattet af CFC-reglerne på baggrund af dispositioner, det ikke har indflydelse på. Reglen går dog langt for at forhindre selskaber i at indrette sig på en måde, hvor det har reelt har kontrollen over datterselskabet, uden kontrolbetingelsen opfyldes.

Indkomstbetingelsen

Indkomstbetingelsen bliver nemmere at opfylde af flere årsager. Efter de gældende regler har indkomstbetingelsen som følge, at datterselskabets CFC-indkomst skal udgøre mere end 1/2 af datterselskabets samlede indkomst (sammenligningsindkomsten). Efter de foreslåede regler er indkomstbetingelsen opfyldt, når datterselskabets CFC-indkomst udgør mere end 1/3 af sammenligningsindkomsten. Denne ændring vil medføre, at flere selskaber vil blive omfattet af CFC-reglerne, da det vil være sværere at holde sig under grænsen.

CFC-indkomsten vil ligeledes hurtigere stige pga. de to foreslåede udvidelser af definition af CFC-indkomst. Den ene er, at indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra varer og tjenesteydelser, der købes fra og sælges til tilknyttede personer, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi, skal regnes med til CFC-indkomsten. Den anden ændring vedrører indkomst fra immaterielle aktiver.

Definitionen af indkomst fra immaterielle aktiver udvides til at omfatte ”anden indkomst” herfra. Anden indkomst fra immaterielle aktiver er en udvidelse af definitionen, der medfører den ændring, at en indlejret royalty i salgsprisen for et produkt skal medregnes til CFC-indkomsten. En indlejret royalty vil f.eks. kunne forekomme, hvis en sælger af halvfabrikata giver køberen mulighed for at udnytte sælgerens immaterielle rettigheder til fremstilling af færdige produkter. Dette vil givetvis medføre ekstra CFC-indkomst, men det forekommer som en logisk ændring, fordi CFC-reglerne dermed ikke kan omgås ved, at der ikke opkræves en decideret royalty. Dog medfører ændringen også usikkerhed om CFC-indkomsten, da vurderingen af den indlejede royalty skal foretages ud fra et skøn, ligesom vurderingen også giver administrative konsekvenser for virksomhederne.

Indkomsten fra immaterielle aktiver skal kun regnes med, når aktiverne er erhvervet fra et andet land end det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende, eller er oparbejdet ved aktiviteter udført af tilknyttede personer i et andet land end det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende. Anvendelsesområdet er defineret ud fra et formål om, at aktiver skal forblive og beskattes der, hvor de oparbejdes. Dette har dog den konsekvens, at danske koncerner har mindre frihed til at foretage omstruktureringer, hvilket kan virke hæmmende for konkurrenceevnen. Når omstruktureringen sker med et erhvervsmæssigt formål og ikke som et led i skatteundgåelse eller skatteudskydelse, rammer værnsreglen dermed for bredt på dette punkt.

Aktiver, som falder delvist ind under anvendelsesområdet, bliver delvise CFC-aktiver, en forholdsmæssig del af indkomsten medregnes til CFC-indkomsten. På baggrund af det nye anvendelsesområde vil immaterielle aktiver, der er oparbejdet ved kontraktforskning eller cost sharing dermed blive delvise CFC-aktiver, hvis det er en tilknyttet person i udlandet, der har bidraget til udviklingen af aktivet. Dette er en skærpelse af reglerne, der vil medføre, at flere immaterielle aktiver skal anses som (delvise) CFC-aktiver.

Med denne ændring hæmmes selskaber dermed i at bruge ressourcer fra udenlandske koncernforbundne selskaber, hvilket er en konkurrencemæssig ulempe, da brugen af ressourcer fra koncernforbundne selskaber i udlandet kan være en forudsætning for en optimal udvikling af immaterielle aktiver. Når dette ikke sker som et led i skatteundgåelse, går værnsreglen for langt.

Indkomst fra immaterielle aktiver, der indirekte erhverves ved opkøb af selskaber, skal dog ikke regnes med til CFC-indkomsten. Dette er dog betinget af, at selskabet er blevet købt af en ikke tilknyttet person, og at værdien af datterselskabets CFC-aktiver på opkøbstidspunktet ikke udgør mere end 50 %. Formålet med denne regel er ikke

at stille danske selskaber dårligere end udenlandske selskaber i en opkøbssituation.

Da det kan være svært for det danske selskab at vurdere om grænsen på 50 % overskrides eller ej, vil reglen dog have begrænset virkning. Derudover stilles det danske selskab stadig dårligere end udenlandske, hvis der er mere end 50 % CFC-aktiver i målselskabet, eller hvis det planlægger at integrere målselskabet i datterselskaber i andre lande end det land, hvor målselskabet er hjemmehørende. Den grænseoverskridende flytning vil da medføre, at de immaterielle aktiver alligevel skal anses for at være CFC-aktiver. Alle disse dispositioner kan være helt reelle og nødvendige ud fra forretningsmæssige hensyn. Ikke rammer værnsreglen dermed potentielt for bredt.

Aktivbetingelsen

Aktivbetingelsen fjernes helt. Dette har den konsekvens, at selskaber med relativt få CFC-aktiver kan blive omfattet af CFC-reglerne på baggrund af et dårligt driftsresultat, hvis CFC-indkomsten i det pågældende selskab er høj nok. Disse selskaber har karakter af at være driftsselskaber, så derfor burde de ikke blive omfattet af reglerne.

CFC-reglernes retsvirkning

Når betingelserne er opfyldt, skal CFC-selskabets indkomst skal medregnes hos moderselskabet. Efter de foreslåede regler får moderselskabet muligheden for i stedet kun at medregne datterselskabets CFC-indkomst, svarende til den type indflydelse der er højest. Dette giver dermed mulighed for en lempeligere beskatning, da det så kun er en mindre del af datterselskabets indkomst, der skal beskattes med 22 %. Denne lempelse sker i overensstemmelse med værnsformålet, da det netop er CFC-aktiver, som forsøges hindret udflyttet.

Derudover skal der medregnes indkomst, hvis moderselskabet nedbringer sin ejerandel i CFC-selskabet. Efter de gældende regler er dette kun betydning for selskaber, som driver næring med aktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 17. Efter de foreslåede regler udvides anvendelsesområdet af denne betragteligt, da moderselskabet ved nedbringelse af ejerandele i datterselskabet skal medregne den indkomst, som datterselskabet ville have oppebåret, hvis det havde afstået samtlige CFC-aktiver og -passiver. Dermed har moderselskabet ikke mulighed for at realisere CFC-gevinster i datterselskabet, uden de kommer til beskatning i Danmark. Dette forekommer som et fornuftigt element af værnsreglen.

Litteraturliste

Hansen, Lone L & Erik Werlauff, Den Juridiske Metode, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 2016

Michelsen, Aage, et al., International Skatteret, Karnov Group, 4. udgave, 2017

Peytz,, Henrik, Selskabsskatteloven med kommentarer, bind II § 17-41, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2020

Schmidt, Peter Koerver, Dansk CFC-beskatning, Karnov Group, 1. udgave, 2013

Wittendorff, Jens, Transfer Pricing, Karnov Group, 2. udgave, 2018