

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	1
1.2 Emnevalg, problemformulering og specialets struktur.....	1
1.3 Afgrænsning.....	3
1.4 Metode.....	4
1.4.1 Retskilder og kildekritik.....	4
2. Den tidlige retshistoriske udvikling i de danske CFC-regler.....	5
2.1 Introduktionen i dansk ret.....	5
2.2 De første danske CFC-regler i 1995.....	5
2.3 Lovændring i 2002.....	6
3. CFC-regler og EU-retten.....	8
3.1 Etableringsfriheden i EU.....	8
3.2 Kritikken af de danske CFC-regler.....	8
3.3 Sag C-196/04 Cadbury Schweppes.....	9
3.3.1 Dommens omstændigheder.....	10
3.3.2 Dommens indhold.....	11
3.3.3 Opsummering af dommen.....	14
3.4 Dagældende dansk lovgivnings forenelighed med dommen.....	15
4. Lovgivningen fra 2007 frem til L 89 (2020/2021).....	16
4.1 Kontrolbetingelsen.....	16
4.2 Indkomstbetingelsen.....	16
4.3 Definition på CFC-indkomst.....	18
4.4 Aktivbetingelsen.....	19
4.5 CFC-reglernes retsvirkning.....	20
4.6 Undtagelser og dispensation.....	21
4.7 Ændringerne efter Cadbury-Schweppes og EU-retten.....	22
5. OECD'S BEPS-Rapport.....	23
5.1 Baggrunden for BEPS-rapporten.....	23
5.2 BEPS-rapportens action 3.....	24
6. Skatteundgåelsesdirektivet.....	25
6.1 Danmarks forpligtelse ifm. direktivet.....	26
6.2 Direktivets artikel 7 & 8.....	26
6.2.1 Artikel 7.....	27
6.2.2 Artikel 8.....	28

7. Gældende CFC-regler:	29
7.1 Anvendelsesområdet	29
7.2 Kontrolbetingelsen	30
7.2.1 Ændringer i kontrolbetingelsen	30
7.3 Indkomstbetingelsen og aktivbetingelsen	33
7.3.1 Ændringer i indkomst- og aktivbetingelsen	34
7.4 Definitionen på CFC-indkomst	35
7.4.1 Ændringer af definitionen på CFC-indkomst – SEL § 32, stk. 5:	36
7.5 CFC-reglernes retsvirkning	42
7.5.1 Undtagelser og dispensation	44
7.6 De danske CFC-reglers forenelighed med EU-retten	44
8. Sammenfatning af udviklingen i CFC-lovgivningen	47
8.1. De danske regler og skatteundgåelsesdirektivet	48
9. Konklusion	50
Litteraturliste	53

1. Indledning

I en skatteneutral verden ville beskatningen ikke påvirke virksomheder eller borgernes økonomiske beslutninger. Skatteneutralitet kan opnås, såfremt ingen lande eller stater ville opkræve skat. I teorien vil denne skatteneutralitet også kunne opnås, hvis alle skattesystemer ville være fuldstændig harmoniserede og umulige at omgå. På den måde vil virksomheder og borgere investere deres kapital ud fra kriteriet om, hvor det største afkast ville kunne nås. Denne skatteneutralitet er dog en utopi, idet skattesystemer og skattesatser varierer fra land til land, hvor især lande med højere velfærd har højere skattesatser og hvor skatteindtægten udgør en væsentlig del af finansieringen af velfærden. De store forskelle mellem landenes skattesystemer gør, at skatteydere ofte har incitament til at foretage deres investeringer i de lande, hvor det skattemæssigt er mest fordelagtigt.

Det kan derfor være attraktivt for selskaber at flytte mobil indkomst til andre lande med en lavere skattesats. For at undgå dette har man implementeret CFC-lovgivningen, som regulerer dette og har til formål at gøre det umuligt at omgå beskatningen på denne måde. Uden effektive CFC-regler vil det både være lovligt og forholdsvis let at reducere skattebyrden i domicillandet. Uden CFC-reglerne vil dette blot kræve, at den skatteydende virksomhed eksempelvis etablerer et datterselskab i et land med en lavere skattebyrde og herefter lader det nye datterselskab erhverve den mobile finansielle indkomst.

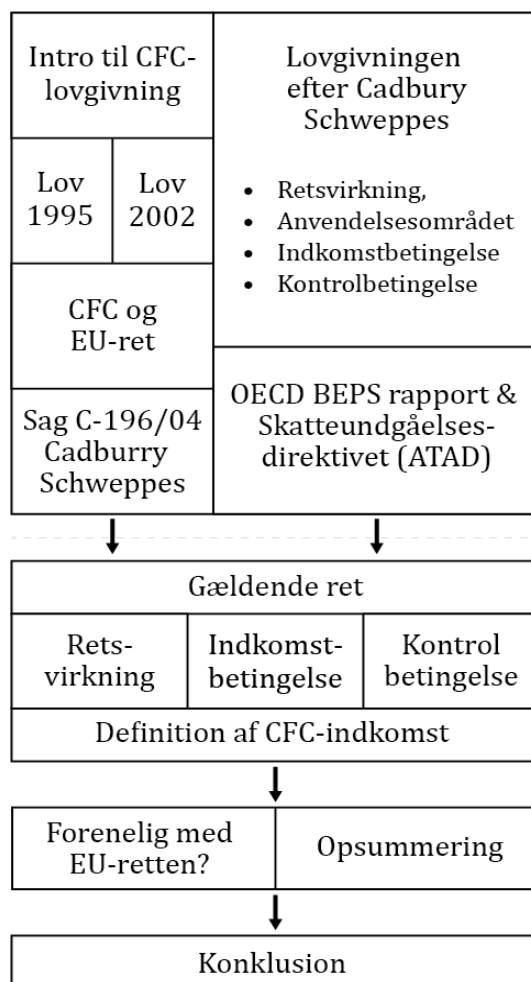
1.2 Emnevalg, problemformulering og specialets struktur

Formålet med dette speciale er at opnå forståelse af den danske CFC-lovgivning gennem et nutidigt og retshistorisk perspektiv samt vurdere, hvorvidt de danske regler er forenelige med EU-retten. I den forbindelse vil der blive redegjort for udviklingen af CFC-beskatningen med henblik på, at vurdere de begivenheder, som særligt har påvirket ændringerne af lovgivningen. Dette vil derefter danne grundlag for en analyse af, hvorvidt der fortsat er aspekter, som påvirker gældende ret.

Specialet ønsker at besvare følgende problemformulering;

Hvad er den historiske baggrund for de seneste ændringer af den danske lovgivning om CFC-beskatning, og hvorvidt har disse ændringer bidraget til at gøre lovgivningen forenelig med EU-retten?

For at kunne opfylde formålet, er afhandlingen opbygget efter følgende struktur:



(figur 1 – specialets opbygning)

Afhandlingens opbygning indebærer jf. ovenstående model således, en introduktion af CFC-beskatning som emne med en kort beskrivelse af baggrunden for CFC-beskatning i Danmark. Herefter vil følge en kort gennemgang af den første CFC-lovgivning i Danmark samt den første centrale lovændring i form af Lov. Nr. 313 af 21. maj 2002. Formålet er at skabe en forståelse af, hvor de danske CFC-regler startede, hvilket vil bidrage til forståelse af årsagen til at dommen i Sag C-196/04 Cadbury Schweppes fik stor betydning for dansk skatteret inden for CFC-området. For at bidrage til forståelsen af baggrunden for dommen, derudover vil kritikken for de dagældende CFC-regler kort blive gennemgået med henblik på at bidrage til forståelse af baggrunden for dommen. Til sidst i denne del af specialet vil etableringsfriheden i EU kort blive beskrevet.

Afgørelsen og principperne i Cadbury Schweppes-sagen vil blive gennemgået udførligt, da hovedprincipperne i afgørelsen har fået stor betydning for CFC-lovgivninger på tværs af hele EU. Dette vil bidrage til den løbende vurdering af de danske CFC-reglers overensstemmelse med EU-retten. Efterfølgende vil der blive foretaget en kompendiøs gennemgang af den danske CFC-lovgivning efter dommen, som har til formål, at give et indblik i de lovændringer som direkte stammer fra principperne fra dommen.

Den nye lovændring ved lovforslag L 89 (2020/2021) har til formål at få den danske CFC-lovgivning i overensstemmelse med EU-retten. Denne lovændring kan direkte relateres til EU direktiv 2016/1164 af 12. juli 2016, også kaldet skatteundgåelsesdirektivet. Derfor vil direktivets indhold blive gennemgået i specialet, herunder findes det relevant at belyse hvad baggrunden for direktivet har været – hvorfor der på denne baggrund vil være en gennemgang af principperne omkring OECD's BEPS-rapport. Yderligere vil der være en kort beskrivelse af hvilke krav et direktiv udstedt af EU har for Danmark og lovgiver.

Herefter vil der følge en gennemgang af den gældende danske CFC-lovgivning. Hvor fokus vil være på de væsentligste lovændringer, som er kommet ved implementering af skatteundgåelsesdirektivet. Gennemgangen af CFC-lovgivningen vil herefter muliggøre det at sammenholde direktivets indhold med gældende ret for at kunne konkludere om principperne er implementeret fuldstændig efter minimumsbetingelserne i direktivet – eller om reglerne afviger. Den tidligere opnåede viden om den historiske lovgivning og EU-retten, herunder især Cadbury Schweppes-sagen vil herefter bidrage til en opsummering af udviklingen inden for CFC-beskatning, samt en vurdering af om gældende ret er forenelig med den primære EU-ret.

Generelt set baseres specialet på en række udvalgte hovedprincipper, som bidrager til den grundlæggende forståelse af udviklingen inden for retsområdet. Dette fører naturligvis til visse afgrænsninger i forhold til specialets emneområde. Derfor vil der i det næste afsnit blive redegjort for disse.

1.3 Afgrænsning

Opgavens hovedfokus vil være områder ved CFC-lovgivningen, som gennem årene har været genstand for væsentlige ændringer. Dette har bl.a. været tilfældet i kontrolbetingelsen, indkomstbetingelsen, definitionen af CFC-indkomst og aktivbetingelsen. Derfor vil forskellene og konsekvenserne heraf blive analyseret. I gennemgangen af de historiske CFC-lovgivninger vil der være elementer fra lovgivningerne, som ikke behandles, hvilket skyldes, at der i arbejdet med de historiske lovgivninger vil blive lagt vægt på de mest relevante elementer. Derfor vil der i specialet være områder, hvor enkelte eller flere aspekter ikke bliver uddybet eller ligefrem er udeladt, hvilket sker på baggrund af en vurdering af områdernes relevans. Dette gør sig særligt gældende for beskrivelsen af lov. Nr. 312 af 17. maj 1995 og lov. Nr. 313 af 21. maj 2002, som kun vil omhandle hovedaspekter fra lovgivningerne, som kan bidrage til den generelle forståelse af udviklingen inden for CFC-lovgivningen. Yderligere vil der i afsnit 4 om loven i perioden 2007-2021 være mindre ændringer i loven, som er vurderet uvæsentlige, som derfor ikke vil blive behandlet i afsnittet.

I specialets afsnit 3 om CFC-regler og EU-retten vil der blive foretaget en afgrænsning vedr. den frie bevægelighed efter TEUF. Helt specifikt vil der blive afgrænset således, at det primære fokus vil være på etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed, da det vurderes til at have mest relevans for specialets fokusområde.

Med hensyn til specialets omfang vil der i analysen af gældende rets sammenspil med skatteundgåelsesdirektivet bestemmelser alene fokuseres på de tilfælde, hvor de danske regler er væsentligt ændret som følge af arbejderne fra skatteundgåelsesdirektivet. Andre forskelle og ligheder vil kun blive inddraget, såfremt det findes relevant i en større sammenhæng.

Hovedfokuset i specialet vil ligeledes være CFC-reglerne i forhold til de gængse selskabstyper i dansk ret. Derfor vil CFC-reglerne for enheder ejet af fysiske personer i ligningslovens (LL) § 16 H ikke blive behandlet.

1.4 Metode

Den første del af specialet vil blive udarbejdet med en retshistorisk tilgang, da denne del af specialet beskæftiger sig med fortidens love og retspraksis. Den opnåede retshistoriske viden har til formål at bidrage til forståelsen af gældende ret. Derfor vil der blive anvendt retsdogmatisk metode¹, som anvendes til at beskrive, analysere og systematisere gældende ret på CFC-området. At kombinere en undersøgelse af retshistoriske aspekter med en beskrivelse og analyse af gældende ret vurderes til at være den bedste fremgangsmåde til at opnå specialets formål, som er at belyse gældende dansk ret inden for CFC-området og vurdere disse reglers overensstemmelse med EU-retten. Formålet med det retshistoriske perspektiver at opnå viden om tidligere problemstillinger og se om disse stadig er gældende. Samtidig giver denne tilgang mulighed for at kunne finde årsagssammenhæng mellem den gældende retsstilling og retshistorien på området.

1.4.1 Retskilder og kildekritik

Udarbejdelsen af specialet har været baseret på en kritisk tilgang til udvælgelsen af kilder ud fra en række betingelser. Da der i specialet er anvendt eksterne kilder, som er udarbejdet med et andet formål end udarbejdelsen af dette speciale, vil det derfor naturligt påvirke validiteten af kilderne. Det vurderes dog, at de eksterne kilder, som anvendes, er blevet udarbejdet med det formål at kunne bidrage til besvarelse af lignende problemstillinger inden for samme faglige område, hvilket alt andet lige er med til at styrke kildernes validitet. I forlængelse heraf er de anvendte eksterne kilder udarbejdet af forskellige fagfolk og offentlige myndigheder, hvilket er med til at styrke den overordnede validitet. De eksterne kilder anvendt i specialet, som ikke kommer fra offentlige myndigheder, er fagbøger og juridiske tidsskrifter. Disse vurderes til at være udarbejdet af anerkendte fagfolk samt at være undergået redaktionel evaluering, hvorfor disse vurderes som anvendelige.

Overordnet vil de relevante retskilder i specialet være danske og internationale retskilder, hvilket omfatter både danske love, forarbejder, primær EU-ret, EU-direktiver samt domme fra de danske myndigheder og EU-domstolen. Ved anvendelsen af OECD's BEPS-rapport er der ikke tale om primær retskilde, hvorfor denne ikke er retligt bindende. Rapporten har dog stor fortolkningsmæssig værdi, eftersom OECD's arbejde i BEPS-rapporten bliver anvendt som henvisningsgrundlag i forarbejderne til L 89 (2020/2021), samt at formålet med skatteundgåelsesdirektivet er en implementering af BEPS-rapportens anbefalinger.

¹ Hansen, Lone. L. & Werlauff, Erik, *Den juridiske metode*, 2016, s.247.

2. Den tidlige retshistoriske udvikling i de danske CFC-regler

I dette afsnit vil baggrunden for CFC-beskatningsreglerne blive belyst. Dernæst vil der følge en kompendiøs beskrivelse af historiske danske CFC-lovgivninger, hvor kun de væsentligste pointer og ændringer vil blive nævnt.

2.1 Introduktionen i dansk ret

De danske CFC-beskatningsregler introduceret i 1995 under begrebet tvungen sambeskatning som et tiltag mod udhuling af skattegrundlaget. Reglerne om tvungen sambeskatning blev indsat i selskabs-skatteloven (SEL) som § 32. Begyndelsen på CFC-reglerne i Danmark skal dog takseres tilbage til 1985. Her havde et af skatteministeren nedsat udvalg behandlet spørgsmålet om der med fordel kunne indsættes skærpede regler mod investering af selskaber i lavskattelande.² Udvalget foreslog, at dette problem skulle imødegås ved bedre adgang til at indhente oplysninger og øget antal foretagende kontroller. I forlængelse heraf foreslog udvalget yderligere supplerende løsninger, herunder en udvidelse af de daværende regler for skattefrihed af aktieavance – hvis selskabet ejet i mere end tre år var udenlandsk og beliggende i et land, hvor reglerne ikke var forenelige med de danske skatteregler. Det blev dog fundet, at disse regler omkring skærpeelse af avancebeskatningen ikke ville stoppe skatteudskydelsen, da denne i praksis ville kunne udskydes uendeligt. Udvalget førte i sidste ende til en skærpeelse af beskatningen vedr. realisation af aktier i passive investeringsregler, men ikke de egentlige CFC-regler.³

2.2 De første danske CFC-regler i 1995

De konkrete CFC-regler blev som nævnt for alvor introduceret i 1995 – nærmere bestemt ved vedtagelse af lovforslag L 35 (1994/1995). Af den ny implementerede SEL § 32⁴ fremgik det, at et udenlandsk datterselskabs indkomst skulle medregnes i moderselskabets indkomst såfremt at:⁵

1. Datterselskabet kontrolleres af et dansk moderselskab
2. Datterselskabets virksomhed overvejende var af finansiel karakter
3. Afkastet beskattedes væsentligt lavere end efter danske regler

Kontrolbegrebet i punkt 1 blev på dette tidspunkt fastlagt som direkte eller indirekte ejerandel på 50 pct. af aktiekapitalen eller stemmerettighederne, jf. SEL § 32, stk. 1, 2. pkt.⁶ Afgørelsen om hvorvidt der var tale om et datterselskab af overvejende finansiel karakter skulle ske efter retningslinjerne i ABL, hvilket betød, at der skulle ske en konkret vurdering af virksomhedens samlede aktiviteter, de omfattede indtægter som ansås som finansielle aktiviteter var renteindtægter, kursgevinster, udbytter og royalties og finansiel leasing. Banker og forsikringsselskaber blev også direkte anset som udelukkende

² Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 100-101

³ *Ibid.*, s. 101-102

⁴ Ved LBKG Lov nr. 312 af 17. maj 1995

⁵ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 102

⁶ Ved LBKG Lov nr. 312 af 17. maj 1995

finansiell virksomhed.⁷ Holdingselskaber, hvor over 50 pct. af selskabets aktiver bestod af aktier i andre selskaber, blev også anset som finansiell virksomhed.⁸

Det sidste af de tre kriterier var en vurdering af, hvorvidt datterselskabet blev underlagt en væsentlig lavere beskatning end den danske. Dette skulle afgøres efter den praksis, som var udviklet i SEL § 13, stk. 3 i dagældende lov om skattefrit udbytte fra udenlandske selskaber. Kravet for dette skattefrie udbytte var, at den udenlandske beskatning ikke afveg væsentligt fra den danske beskatning. Vurderingen af hvorvidt der var tale om en væsentlig lavere beskatning skulle bero på en konkret ligningsmæssig vurdering.⁹ Ved introduktionen af CFC-reglerne i 1995 lød den danske selskabsskat på 34 pct., derfor vil det ud fra 1988-cirkulæret til SEL pkt. 48, hvor det blev nævnt, at et beskatningsniveau på 30 - 35 pct. normalt vil kunne anses for tilstrækkeligt for opfyldelsen af dagældende § 13, stk. 3, ved en dansk skatteprocent på 50 pct.¹⁰ Heraf kunne udledes, at et udenlandsk beskatningsniveau på 20,4 - 23,8 pct. vil være anset for tilstrækkeligt for at opfylde denne kriterie. Skatteministeren udtalte forbindelse med behandlingen af lovforslaget oplyst, at et beskatningsniveau på mindst 25 pct. normalt ikke ville blive anset for ikke at være væsentlig lavere end efter danske skatteregler.¹¹

2.3 Lovændring i 2002

I perioden mellem lovbestemmelserne, som behandlet i forrige afsnit, og lov nr. 313 af 21. maj 2002 er sket enkelte ændringer, som derfor vil blive præsenteret.

I den mellemliggende periode blev en såkaldt aktivtest indført, hvilket betød, at et datterselskab skulle anses for at være finansielt, såfremt mere end en tredjedel af datterselskabets samlede aktiver bestod af finansielle aktiver til handelsværdi. Yderligere var der foretaget en justering af indkomstbetingelse, således at praksis fra ABL § 2a ikke længere skulle anvendes, men at andelen af finansielle indtægter skulle udgøre mere end 50 pct. af den samlede indkomst.

Lov nr. 313 af 21. maj 2002

De oprindelige CFC-regler gav flere anledninger til kritik. Reglerne blev bl.a. kritiseret for at skabe en vis usikkerhed om, hvornår der var tale om et finansielt selskab, og hvorledes begrebet 'væsentligt lavere beskatning' skulle opgøres og afgrænses.¹² Disse kritikpunkter medvirkede til, at der i 2002 blev vedtaget en relativ stor ændring af de dagældende CFC-regler. Reglerne indeholdt bl.a. en ændring af, hvordan finansiell aktivitet skulle opgøres, idet der efter disse regler kun skulle vurderes ud fra finansielle indtægters andel af samlede indtægter. Samtidig udgik vurderingen baseret på aktiver,

⁷ Skatteministerens svar på henvendelse fra EY, bilag 26, L 35 (1994/1995).

⁸ Skatteministerens svar på henvendelse fra det østasiatiske kompagni, bilag 21, L 35 (1994/1995) og svar på henvendelse fra EY, bilag 24, L 35 (1994/1995).

⁹ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 103

¹⁰ Stenholdt, S., *Tvungen sambeskatning (CFC-beskatning)*, 1995, s. 2

¹¹ *Ibid.*, s. 3

¹² Amby, Christen, *Nye CFC-regler*, 2002

ligesom der med lovændringen blev givet en mere detaljeret definition på, hvad der omfattes som finansiel indkomst.¹³

Aktivtesten, som blev indført i 1998, blev altså allerede ved denne lovændring fjernet fra regelsættet. Formålet med ophævelsen var bl.a. at undgå, at datterselskaber kunne blive CFC-selskaber uden at have reel CFC-indkomst.¹⁴ Yderligere blev det angivet, at afskaffelsen af CFC-reglen skulle medføre en administrativ lettelse, da datterselskaberne ikke længere skulle foretage en værdiansættelse af selskabets aktiver.¹⁵

Som nævnt blev der i den nyimplementerede SEL § 32, stk. 5 også udgivet en mere defineret liste over, hvad der kunne kategoriseres som finansiel indkomst og derved skulle indgå i CFC-indkomsten. Et fællestræk for disse indkomsttyper var, at samtlige indkomsttyper kunne anses for at være mobile og derved let kunne flyttes til udlandet.¹⁶ Herefter skulle den opgjorte CFC-indkomst holdes op mod den såkaldte sammenligningsindkomst, hvilket dannede vurderingsgrundlaget for, om CFC-indkomsten udgjorde mere end 1/3 del af indkomsten. Ifølge SEL § 32, stk. 1. nr. 2.¹⁷ bestod denne sammenligningsindkomst af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter danske regler.

Den væsentligste ændring var dog inden for vurderingen af, om der forelagde lav beskatning i selskabets hjemland.¹⁸ I bemærkninger til lovforslaget blev det angivet, at formålet med dette var at indføre nye CFC-regler, der virkede objektive med hensyn til, hvornår skatten i udlandet er væsentligt lavere end i Danmark.¹⁹ Ændringen blev affattet således, at et selskab blev anset for at være et lavskatteselskab, hvis de samlede udenlandske skatter var mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske skattesats.²⁰ Denne objektivisering indebar også, at bedømmelsen af, hvorvidt der var tale om et lavskatteselskab, skulle foretages på baggrund af en år-til-år vurdering. Lovgivers opfattelse var, at disse ændringer ville skabe en større sikkerhed, når lavskattebetingelsen skulle bedømmes, da der ikke længere skulle foretages en vurdering af, om datterselskabet i en årrække ville blive beskattet med en væsentligt lavere skattesats end den danske selskabsskat.²¹ Selskabsskatten i Danmark lød i 2002 på 30. pct. derved blev lavskattebetingelsen opfyldt ved en udenlandsskat på 22,5 pct. Sammenholdes dette med tidligere regelsæt gennemgået i forrige afsnit. Hvor det ud fra skatteministeren udtalelse måtte kunne antages, at en udenlandsk skat på under 25 pct., ved en dansk skattesats på 34 pct. ville opfylde betingelsen, at der reelt var tale om en lavskattebetingelse på ca. $\frac{3}{4}$ – derved blev kravet for opfyldelse af lavskattebetingelsen i princippet ikke lempet eller skærpet, dog var den store forskel objektiviseringen af bestemmelsen.

¹³ Amby, Christen, *Nye CFC-regler*, 2002

¹⁴ L 99 (2001/2002 – 2.samling) specielle bemærkninger til § 11, nr. 16

¹⁵ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 242

¹⁶ Ibid., s. 106

¹⁷ LBKG 2002-08-28, nr. 736

¹⁸ Amby, Christen, *Nye CFC-regler*, 2002

¹⁹ L 99 (2001/2002). Almindelige bemærkninger, s. 16

²⁰ Amby, Christen, *Nye CFC-regler*, 2002

²¹ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 107

3. CFC-regler og EU-retten

EU-retten og de enkelte landes CFC-regler har ofte været debatteret. Her har det især været et spørgsmål om foreneligheden mellem etableringsfriheden og CFC-lovgivningen. De danske CFC-regler var allerede fra introduktionen i 1995 genstand for debat. Her blev der stillet spørgsmålstejn ved, hvorvidt de danske CFC-regler var forenelige med de daværende EU-regler. For at kunne forstå konteksten for problemstillingen følger der en kort redegørelse af etableringsfriheden i EU.

3.1 Etableringsfriheden i EU

Etableringsfriheden efter artikel TEUF 49 er en af de helt centrale grundrettighederne i EU. Artiklen præciserer et forbud mod restriktioner rettet mod statsborgere fra medlemsstater, som forsøger at etablere sig på andre medlemsstaters områder. Dette inkluderer også bosættelse, oprettelse af agenturer, filialer og datterselskaber.²² Denne etableringsfrihed giver ret til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed på samme vilkår og under samme lov som landets egne statsborgere. Dette er en af de helt fundamentale rettigheder i EU. Artiklen udtrykker yderligere, at det er en ret for selskaber i et EU/EØS-medlemsland at kunne etablere sig i form af datterselskaber, filialer eller agentur i ethvert andet EU/EØS-medlemsland og herved give mulighed for at kunne drive virksomhed på samme vilkår, som gælder i etableringsstaten.²³ Som det også kan læses af TEUF 49 henvises der direkte til artikel 54, som fastsætter et kravet om samme rettigheder for erhvervsdrivende juridiske personer som for fysiske personer. Sammenhængen skal her ses som, at et selskab som ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat, skal have samme rettigheder som andre selskaber hjemmehørende i den pågældende stat.²⁴

Erik Werlauff omtaler dette som en såkaldt 4-dobbelt selskabsfrihed:²⁵

1. Selskabet har ret til at etablere sig hvor som helst i EU/EØS
2. Selskabets ejere har ret til at drive virksomhed i en hvilken som helst EU- eller EØS-stat gennem et selskab fra en hvilken som helst anden EU/EØS-stat.
3. Ved grænseoverskridende etablering har man ret til at vælge etableringsformen, herunder valget mellem eks. datterselskab og filial.
4. Et selskab, en filial mv. har ret til efter etablering at nyde samme rettigheder, som filialstatens egne selskaber, mv. har.

3.2 Kritikken af de danske CFC-regler

Der har som nævnt allerede siden introduktionen af de danske CFC-regler været debat om, hvorvidt disse er i strid med den primære og sekundære EU-ret. I 1995 publicerede statsautoriseret revisor, Søren Steenholdt en undersøgelse, hvori han rejste tvivl om, hvorvidt reglerne om tvungen sambeskatning i visse tilfælde var i strid med Romtraktaten. Her henviser han til daværende artikel 52, som indebærer afskaffelse af restriktioner, hvilket hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område eller hindringer mod oprettelse agenturer, filialer eller datter-

²² Werlauff, E., *Selskabsret*, 2019, s. 46

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., s. 46-47

selskaber.²⁶ Søren Steenholdt mente, at indførelse af regler om CFC-beskatning medførte, at indkomst indtjent igennem et fast driftssted i et EU-land med hvilket Danmark havde en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter indkomst indtjent igennem et fast driftssted som blev lempet efter eksemptionsprincippet eller fiktiv creditprincippet, blev beskattet lempeligere end indkomst indtjent igennem et lavt beskattet finansielt datterselskab i det pågældende land.²⁷ På den måde mente S. Steenholdt, at Danmark diskriminerede beskatningen af datterselskabet til fordel for faste driftssteder. CFC-reglerne blev også kritiseret af Lars Cort Hansen, som mente, at CFC-reglerne sammenholdt med de daværende regler om tynd kapitalisering kunne skabe en asymmetrisk beskatning, som kan være i strid med de EU-retslige regler.²⁸

EU-domstolens afgørelse i sagen C-264/96, ICI, afsagt 16/7 1998, skabte yderligere spørgsmål omkring de daværende CFC-regler. Sagen gik i korthed ud på, at den engelske domstol nægtede koncernfradrag med begrundelsen om, at det var et krav, at selskaber havde størstedelen af datterselskaberne i England for at kunne foretage koncernfradrag.²⁹ Spørgsmålet lød derfor på, om de engelske regler var i strid med etableringsfriheden. EU-Domstolen fastslog, at art. 52 (Nuværende TEUF. Art. 49), ud over at forbyde at etableringslandet diskriminerer udlændinge og udenlandske selskaber, også forbyder, at en medlemsstat som oprindelsesland forhindrer dets egne statsborgere eller egne selskaber i at etablere sig i udlandet. På baggrund af dette konstaterede EU-Domstolen, at der i sagen forelagde en sådan hindring fra oprindelseslandet (England), idet koncernfradraget alene nægtes, fordi mere end halvdelen af datterselskaberne havde hjemsted i udlandet.³⁰ Spørgsmålet var herefter, om denne hindring kunne begrundes. Afgørelsen i sagen fik Karsten Engsig Sørensen til at konkludere, at medlemsstaterne måtte skulle indrette deres værnsregler således, at de alene rammer de arrangementer, der tilsigter skatteunddragelse. Derved mener han ikke, at der kan generaliseres på en sådan måde, at værnsreglerne rammer virksomheder, alene fordi de har aktiviteter i udlandet. Hvis en virksomhed har reelle aktiviteter i et andet land, kan det forhold, at disse aktiviteter underkastes skat i etableringslandet og ikke i oprindelseslandet, ikke begrunde forholdsregler. Denne konklusion fik Karsten. E. Sørensen til at sætte spørgsmålstejn ved, om EF-Domstolen fuldt ud vil acceptere de danske CFC-regler, hvor disse anvendes i relation til datterselskaber i andre medlemsstater.³¹

3.3 Sag C-196/04 Cadbury Schweppes

Spørgsmålet om hvorvidt de danske CFC-regler var forenelige med den primære EU-ret, blev yderligere aktuelt i forbindelse med sag C-196/04 Cadbury Schweppes. En sag som viste sig at få stor betydning for den senere udformning af CFC-regler i hele EU. I dette afsnit vil sagens omstændigheder og afgørelsens indhold derfor blive gennemgået.

²⁶ Steenholdt, S., *Tvungen sambeskatning (CFC-beskatning)*, 1995, s. 8

²⁷ Ibid.

²⁸ Lars Cort Hansen, *Tynd kapitalisering, CFC-regler og armslængdeprincippet*, 1999, s. 3

²⁹ Sørensen, Karsten E., *Skattekonkurrence og ulovlig statsstøtte*, 1998, s. 13

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

3.3.1 Dommens omstændigheder

Cadbury Schweppes Plc (herefter "CS") og Cadbury Schweppes Overseas Ltd (herefter "CSO") lagde sag an mod Comissioners of Indland Revenue. Efter at være blevet beskattet af overskud optjent i 1996 i datterselskabet Cadbury Schweppes Treasury International (herefter "CSTI"), som er etableret i International Financial Services Center i Dublin, Irland. Beskatningen skete efter de daværende regler om CFC-beskatning i Storbritannien.

Helt overordnet var CS hjemmehørende selskab i England og var moderselskabet i Cadbury Schweppes-koncernen, der var sammensat af selskaber, der havde hjemme i hhv. Storbritannien, andre EU-medlemsstater og forskellige tredjelande. Koncernen omfattede bl.a. to datterselskaber i Irland, Cadbury Schweppes Treasury Services (herefter "CSTS") og CSTI, som var indirekte ejet af CS gennem en række datterselskaber med selskabet CSO i toppen. CSTI var et datterselskab var af CSTS. Hovedformålet med de to nævnte datterselskaber var at rejse midler og stille dem til rådighed til de andre datterselskaber i Cadbury Schweppes koncernen. CSTI blev oprettet i Irland for ikke at blive omfattet af bestemmelser i Storbritanniens skattelovgivning omhandlende udenlandsk valuta.³² På tidspunktet som sagen omhandler, lød selskabsskatteprocenten i Irland på 10 pct.³³

Den dagældende britiske CFC-lovgivning skulle finde anvendelse, når CFC-selskabet i sin hjemstat blev *beskattet på et lavt niveau*. Hvilket i lovgivningen var angivet til at være opfyldt, hvis den skat, som CFC-selskabet har betalt i sit hjemland, var mindre end $\frac{3}{4}$ af den skat, der skulle være betalt af det skattepligtige overskud efter skattesatsen i den britiske skattelov.³⁴ Der gjaldt dog en række undtagelser til de britiske CFC-regler, bl.a. var selskaber undtaget, hvis CFC-selskabets skattepligtige indkomst ikke oversteg 50.000 GBP. Derudover gjaldt også en særlig undtagelse, som angav, at selskaber kunne være undtaget for CFC-beskatning, hvis den såkaldte *begrundelsestest* eller *motive test* kunne opfyldes. Denne test indeholdt to kumulative betingelser. For det første skulle det hjemmehørende selskab kunne godtgøre, at de transaktioner som har givet anledning til CFC-selskabets overskud i det pågældende regnskabsår, ikke havde en nedsættelse af skatten som hovedformål eller et af hovedformålene. Derudover lød den anden betingelse på, at det hjemmehørende selskab skulle godtgøre, at hovedformålet med eksistensen af det pågældende CFC-selskab ikke var et opnå en nedsættelse af skatten i Storbritannien ved at kunne flytte overskud.³⁵

Det var på baggrund af disse omstændigheder i sagen om Cadbury Schweppes-koncernen og den britiske udformning af CFC-lovgivning, at Special Comissioners of Indland Revenue anmodede EU-domstolen om at svare på følgende præjudicielle spørgsmål:³⁶

³² C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 17.

³³ Ibid., præmis 13-14.

³⁴ Ibid., præmis 7.

³⁵ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 436 – henvisning til præmis 10 og 11.

³⁶ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013 & C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 28.

”Er artikel 43 EF, 49 EF og 56 EF til hinder for en national skattelovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der under angivne omstændigheder bestemmer, at et selskab, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, skal beskattes af overskud i et datterselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvor det beskattes med en lavere skattesats?”

3.3.2 Dommens indhold

EU-domstolen tager stilling til spørgsmålet om der ved oprettelse af en given selskabsstruktur i en anden medlemsstat med det formål at opnå skattefordele, er tale om misbrug af etableringsfriheden. Hertil konkluderer domstolen med henvisning til C-212/97, Centros, præmis 27 og C-167/01, Inspire Art, at domstolen flere gange har fastslået, at det ikke i sig selv udgør misbrug af etableringsfriheden at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning i andre medlemsstater.³⁷ Denne pointe blev også understøttet af den belgiske og cypriotiske regering under retsmødet.³⁸

Domstolen tydeliggjorde i præmis 42, at selvom traktatbestemmelserne om etableringsfriheden i deres ordlyd er til for at skulle sikre national behandling i værtsmedlemsstaten, indebærer de også, at oprindelsesmedlemsstaten ikke må lægge hindringer i vejen for, at selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning, kan etablere sig i en anden medlemsstat. Det bliver derfor af domstolen vurderet, at den britiske CFC-lovgivning i den konkrete sag indebar en forskellig behandling af hjemmehørende selskaber alt efter beskatningsniveauet for de forskellige datterselskaber.³⁹ Domstolen uddybede yderligere, at når et hjemmehørende selskab havde oprettet et CFC-selskab i en anden medlemsstat, hvor det beskattes med mindre end $\frac{3}{4}$ af den tilsvarende britiske skat, så skulle overskuddet henføres til moderselskabet, der så ville blive beskattet af disse overskud. Men hvis det kontrollerede selskab var oprettet og beskattet i Storbritannien eller i en stat, hvor det ikke beskattes på et efter lovgivningen lavt niveau, så fandt denne henføring af overskud ikke sted ifølge den britiske selskabsskattelovgivning. Denne forskelsbehandling skabte ifølge domstolen en skattemæssig ulempe for selskaber omfattet af den dagældende CFC-lovgivning. Denne vurdering fandt domstolen, selvom den britiske, tyske og danske regering mfl., mente, at man bør tage hensyn til, at det britiske moderselskab muligvis ikke vil skulle betale en højere skat, end hvis det overskudsgivende datterselskab var etableret i Storbritannien. Hertil bemærkede EU-domstolen, at der ved beskatning af et hjemmehørende selskab med et britisk datterselskab eller et udenlandsk datterselskab beliggende i en stat, som ikke opfylder kravet om beskatning på et lavt niveau, ikke vil være tale om, at moderselskabet ville blive beskattet af et overskud fra en anden juridisk person, mens dette er tilfældet i situationer hvor CFC-lovgivningen anvendes.⁴⁰

³⁷ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 37.

³⁸ Ibid., præmis 38.

³⁹ Ibid., præmis 43

⁴⁰ Ibid., præmis 45

EU-domstolen konkluderede på baggrund af dette, at den særlige skattemæssige behandling som CFC-lovgivningen medførte, samt den skattemæssige ulempe, der kunne følge for et hjemmehørende moderselskab med et datterselskab, der beskattes med lavt niveau efter CFC-lovgivningen, kunne anses for en hindring for selskaber i at udøve etableringsfriheden efter artikel 43 EF og 48 EF.⁴¹

Med baggrund i konklusionen af at CFC-lovgivningen udgjorde en hindring af etableringsfriheden blev det i præmis 47 tilføjet, at en sådan hindring kun ville være tilladt, hvis den var begrundet i *tvingende almene hensyn*. Herudover udtalte domstolen, at hvis dette var tilfældet, kræves det desuden, at hindringen var egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke gik ud over, hvad der var nødvendigt for at nå det.⁴²

Domstolen slog herefter fast ved henvisning til almen fast retspraksis, at en lav beskatning af et datterselskab som følge af at være etableret i en anden medlemsstat end den hvor moderselskabet er etableret, ikke er en omstændighed, der i sig selv tillader medlemsstaten, hvor moderselskabet er hjemmehørende, at opveje denne fordel ved hjælp af en mindre fordelagtig skattebehandling af moderselskabet.⁴³ Herudover bemærkede domstolen også i præmis 49, at det hensyn til at undgå et tab af skatteindtægter ikke kunne anses for at være et af de tvingende almene hensyn, der kan begrunde restriktioner for en frihed, som er blevet indført af traktaten. Ligeledes bliver det slået fast af domstolen, at det fremgår af fast retspraksis, at den omstændighed, at et hjemmehørende selskab opretter et datterselskab i en anden medlemsstat, ikke i sig selv kan danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om skattesvig.⁴⁴

Det blev dog udtalt af domstolen, at en national foranstaltning, som begrænser etableringsfriheden, derimod kan være begrundet, hvis den specifikt sigter mod *rent kunstige arrangementer*, som har til formål at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning.⁴⁵ EU-domstolen påpegede i forlængelse heraf, at der skal tages højde for formålet med etableringsfriheden, som i denne henseende er at give fællesskabsstatsborger mulighed for på en stabil og vedvarende måde at kunne deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og drage fordel heraf, når der skal foretages en vurdering af kunstige arrangementer. Det udtales yderligere af domstolen, at begrebet etablering i denne sammenhæng forudsætter, at der rent faktisk udøves erhvervmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke-nærmere angivet tidsrum.⁴⁶ Dette førte domstolen til en yderst central betragtning i præmis 55;⁴⁷

⁴¹ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 46

⁴² Ibid., – her henviser Domstolen bl.a. til C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, præmis 49 & Sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 35.

⁴³ Ibid., præmis 49 – med henvisning til C-294/97, Eurowings Luftverkehr, præmis 44. mfl.

⁴⁴ Ibid., præmis 49 – 50.

⁴⁵ Ibid., præmis 51

⁴⁶ Ibid., præmis 53-54.

⁴⁷ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 440

”...at for at en restriktion for etableringsfriheden vil kunne være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, skal det specifikke formål med en sådan restriktion være at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.”

Med andre ord mener domstolen, at der b.l.a. skulle foreligge et subjektivt element i form af et ønske om at undgå beskatning fra skatteydere side, hvis en sådan foranstaltning skulle kunne begrundes.⁴⁸

I lyset af dette undersøges det af domstolen, hvorvidt den restriktion for etableringsfriheden, der følger af CFC-lovgivningen og som fremgår af tidligere nævnte præmis 46, kunne have været begrundet i hensyn til bekæmpelsen af disse *rent kunstige arrangementer*.⁴⁹ Hertil udtalte domstolen i præmis 59, at det faktum, at overskud i et CFC-selskab, som bliver lempeligt beskattet, medregnes i moderselskabets skattegrundlag, giver CFC-lovgivningen mulighed for at modvirke foranstaltninger, hvis formål udelukkende er at undgå den normalt skyldige skat af overskud, som optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.⁵⁰ Domstolen medgav dermed, at de britiske CFC-regler kunne modvirke de såkaldte rent kunstige arrangementer, dog blev det i forlængelse heraf undersøgt, hvorvidt lovgivningen gik ud over, hvad der blev anset for nødvendigt for at nå dette mål.⁵¹ I undersøgelsen af om dette var tilfældet, startede domstolen med at prøve den række undtagelser, der var til de dagældende britiske CFC-regler. Herunder blev der fra domstolens side lagt et særligt fokus på den førnævnte begrundelsestest.⁵²

Den omstændighed, at ingen af undtagelserne i CFC-lovgivningen finder anvendelse, og at bevægelsen for oprettelsen af et CFC-selskab i et land med en lav skat, har været et ønsket om at opnå en skattelettelse. Dette blev ikke af domstolen anerkendt for at være tilstrækkelig til begrundelse til, at det kan fastslås, at der foreligger et rent kunstigt arrangement, hvis eneste formål er at undgå beskatning.⁵³ Hertil konstaterede domstolen, at det ud over et subjektivt forhold som hensigten om at opnå en fordel rent skattemæssig, også fremgår objektive omstændigheder, som kan underbygge, at målet ved etableringsfriheden ikke forfølges. Med andre ord skal det som nævnt i præmis 54 og 55 være udelukket, at oprettelsen af selskabet svarer til en økonomisk realitet før CFC-beskatningen finder anvendelse. Er dette ikke tilfældet vil CFC-lovgivningen ikke være forenelig med EU-retten.⁵⁴ Yderligere konstateres det af domstolen i præmis 66, at denne oprettelse skal svare til en reel etablering med det faktiske formål at udøve økonomisk virksomhed i pågældende værtsmedlemsstat, og der blev henvist til retspraksis, som fremgår af dommens præmis 52-54.⁵⁵ Dette skal konstateres på grundlag af objektive

⁴⁸Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 441

⁴⁹ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 57

⁵⁰ Ibid., præmis 59

⁵¹ Ibid., præmis 60

⁵² Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 441

⁵³ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 63

⁵⁴ Ibid., præmis 64 - 65

⁵⁵ Ibid., præmis 66 – Henvisningen til retspraksis i sag C-55/94, Gebhard og C-246/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige

omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, angående bl.a. graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr.⁵⁶

På baggrund af dette konstaterer domstolen, at hvis sådanne omstændigheder efterprøves, og det kan konkluderes, at der er tale om en fiktiv etablering, hvorfra der ikke faktisk udøves nogen økonomisk virksomhed på værtsmedlemsstatens område, må der ved oprettelsen af selskabet være tale om et rent kunstigt arrangement. Her nævnte domstolen postkasse- eller skærmselskaber som eksempler på dette. Med henvisning til sag C-341/04, Eurofood IFSC, præmis 34 og 35.⁵⁷ Herefter blev det britiske argument om, at aktiviteterne i CSTI lige så godt kunne have været udført af et selskab, der var etableret i Storbritannien, hvor også CSO er etableret, også afvist og en sådan situation kan derfor ikke lede til den konklusion, at der foreligger et rent kunstigt arrangement.⁵⁸

Slutteligt kom domstolen frem til følgende kendelse:⁵⁹

” Artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for, at der i beskatningsgrundlaget for et hjemmehørende selskab, der er etableret i en medlemsstat, medregnes overskud, der er optjent af et kontrolleret udenlandsk selskab i en anden medlemsstat, når disse overskud dér beskattes på et lavere niveau end det, der finder anvendelse i den første stat, medmindre en sådan medregning kun angår rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå den normalt skyldige nationale skat. Anvendelsen af en sådan skattemæssig foranstaltning skal derfor undlades, når det på grundlag af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, fremgår, at det kontrollerede udenlandske selskab, uanset at der foreligger skattemæssige bevæggrunde, reelt er etableret i værtsmedlemsstaten og dér faktisk udøver økonomisk virksomhed.”

3.3.3 Opsummering af dommen

De mest væsentlige pointer fra dommen kan i opsummerende form opstilles således:

- Det udgør ikke i sig selv misbrug af etableringsfriheden at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning i andre medlemsstater.
- Den britiske CFC-lovgivning i den konkrete sag indebar en forskellig behandling af hjemmehørende selskaber alt efter beskatningsniveauet for de forskellige datterselskaber.
- Det kunne anses for en hindring for selskaber i at udøve etableringsfriheden efter artikel 43 EF og 48 EF – hvis den britiske CFC-lovgivningen blev anvendt – da det kunne medføre en skattemæssige ulempe for et hjemmehørende moderselskab med et datterselskab, der beskattes med lavt niveau efter CFC-lovgivningen.
- Hindringer kan i *tvungende almene hensyn* være godtaget.

⁵⁶ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 67

⁵⁷ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 68

⁵⁸ Ibid., præmis 69

⁵⁹ Ibid., s. I - 8054

- Domstolen udtalte, at en national foranstaltning, som begrænser etableringsfriheden, kan være begrundet, hvis den specifikt sigter mod *rent kunstige arrangementer*.
- Opfyldelsen af betingelsen om *rent kunstige arrangementer* skal konkluderes ud fra både et subjektivt og et objektivt kriterie.

Efter dommen stiller bl.a. Aage Michelsen spørgsmålstegn ved begrebet *rent kunstige arrangementer*, da der i EU-retten ikke findes en klar begrebsfastsættelse af, hvad der skal forstås ved disse rent kunstige arrangementer.⁶⁰ Dette understøttes af Karsten E. Sørensen, som også mente, at det ikke altid var klart, hvornår der forelagde et rent kunstigt arrangement, som kan begrunde et indgreb. Her nævnes bl.a. domstolens fastlæggelse af, hvornår et datterselskab ikke har nogen reel aktivitet i sag C-196/04, Cadbury som værende meget upræcis.⁶¹ Desuden har Peter Koerver Schmidt stillet spørgsmålstegn ved anvendelsen af betegnelsen "rent" foran kunstige arrangementer – da det synes at trække i retningen af, at det ikke vil kræve meget før, det kan undgås at et datterselskab falder ind under begrebet.⁶²

Da den ovenfor kritiserede praksis omhandlende rent kunstige arrangementer efterhånden ligger flere år tilbage, kan der derfor stilles tvivl ved om nyere retspraksis stadig gør brug af denne begrebsfortolkning. Det kan dog ud fra eksempler på nyere retspraksis ses, at når praksissen indenfor rent kunstige arrangementer omhandles, støttes der stadig på præmisserne i C-196/04 Cadbury Schweppes.⁶³

3.4 Dagældende dansk lovgivnings forenelighed med dommen

Den dagældende danske CFC-lovgivning havde på dette tidspunkt mange lighedspunkter med den britiske CFC-lov.⁶⁴ Derfor valgte den danske regering efter dommen i 2007 at fremsætte lovforslag L 213 (2006/2007) om indgreb mod kapitalfonde og CFC-selskaber. Regeringen erkendte i bemærkningerne til L 213, at Cadbury Schweppes-afgørelsen umuliggjorde opretholdelse af de dagældende CFC-regler inden for EU/EØS med undtagelse af situationer, hvor der var tale om kunstige arrangementer. Det var derfor regeringens opfattelse, at hvis der ikke blev grebet ind, ville det få den betydning, at internationale koncerner ville placere overskydende kapital i lavskattelande og gennem udlån herfra finansiere aktiviteter i andre af koncernens selskaber i højskattelande. På den måde ville koncernen opnå, at renter beskattes i lavskattelandet, mens renteudgifterne reducerer skattebetalingen i selskaberne i højskattelande.⁶⁵ En sådan situation ville regeringen ikke acceptere, hvorfor regeringen fandt det nødvendigt at tilpasse CFC-reglerne, således at de kom i overensstemmelse med EU-retten og derved fortsat kunne håndhæves inden for EU/EØS-området.⁶⁶

⁶⁰ Michelsen, Aage, *CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrebet i EU-retten*, 2008, s. 11

⁶¹ Sørensen, Karsten Engsig, *Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis*, 2008, s. 9

⁶² Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 448

⁶³ Jf. Sag C-116/16, T Danmark & Sag C-117/16, Y Danmark – eksempelvis præmis 81.

⁶⁴ Lavskattebetingelsen ($\frac{3}{4}$ af nationalskat) var bl.a. et lighedspunkt.

⁶⁵ Michelsen, Aage, *CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrebet i EU-retten*, 2008, s.5

⁶⁶ Ibid., s. 6

4. Lovgivningen fra 2007 frem til L 89 (2020/2021)

Med baggrund i afgørelsen i Cadbury Schweppes blev de daværende CFC-regler væsentligt ændret ved lov. Nr. 540 af 6. juni 2007. Anvendelsesområdet på CFC-lovgivningen blev udvidet således, at alle datterselskaber, uanset hvor de var tilhørende, kunne omfattes af reglerne. Dette gjorde man med henblik på at undgå forskelsbehandling mellem udenlandske- og indenlandske datterselskaber. Derved kunne danske finansielle datterselskaber herefter falde ind under CFC-reglerne.⁶⁷ Den daværende gældende lavskattebetingelse blev derved ophævet. En anden ændring af anvendelsesområdet var, at CFC-reglerne fremadrettet kun skulle omfatte selskaber hvor moderselskabet direkte eller indirekte var aktionær og derudover skulle moderselskabet have bestemmende indflydelse efter reglerne om national sambeskatning jf. SEL § 31 C.

I de følgende afsnit vil der komme en gennemgang af de danske CFC-regler i perioden efter Cadbury Schweppes-dommen frem til vedtagelsen af lovforslag L 89 (2020/2021). Afsnittet vil være en opsamling af flere lovændringer og lovebekendtgørelser i perioden fra 2007 til 2021. Formålet med afsnittet er at skabe forståelse for de mest relevante elementer i dagældende lov, således at denne senere kan blive sammenholdt med gældende ret efter vedtagelsen af L 89 (2020/2021).

4.1 Kontrolbetingelsen

Den daværende kontrolbetingelse var opfyldt, hvis moderselskabet direkte eller indirekte var aktionær og derudover havde bestemmende indflydelse efter sambeskatningsreglerne i SEL § 31 C. Disse betingelserne skulle anses som kumulative, hvorfor begge betingelser skulle være opfyldt, før skatte-subjektet blev omfattet af CFC-reglerne.

Det første element i kontrolbetingelsen var derfor, at selskaber kun skulle undergives CFC-beskatning, såfremt det var enten direkte eller indirekte aktionær i datterselskabet. Lovteksten indeholdt ikke en direkte specificering af forståelsen af de brugte begreber "*direkte eller indirekte aktionær*" samt "*datterselskaber*".⁶⁸ Formuleringen af daværende SEL § 32, stk. 1. indikerede dog, at alle danske og udenlandske selvstændigt juridiske personer vil kunne falde under kategorierne i SEL § 1, stk. 1. og derfor også vil anses for et datterselskab i CFC-reglerne.⁶⁹

4.2 Indkomstbetingelsen

Indkomstbetingelsen i daværende CFC-lovgivning var opfyldt, hvis datterselskabets CFC-indkomst udgjorde mere end 50 pct. af datterselskabets skattepligtige indkomst efter SEL § 32, stk. 4 og 5.⁷⁰ Den skattepligtige indkomst kaldes i dette tilfælde også for sammenligningsindkomsten, da denne indkomst holdes op mod CFC-indkomsten for at kunne vurdere vægten af CFC-indkomst. Sammenligningsindkomsten opgjordes derfor først, således at den opgjorte CFC-indkomst kunne sammenholdes med

⁶⁷ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 108

⁶⁸ Ibid., s. 151

⁶⁹ Ibid., s. 152

⁷⁰ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 19

denne og den procentvise andel af CFC-indkomst kunne beregnes. I opgørelsen af både sammenligningsindkomsten og CFC-indkomsten kunne der ikke ske fremførsel af tidligere års underskud, og disse skulle opgøres efter datterselskabets egen indkomstopgørelse jf. SEL 32, stk. 4. 1. pkt.⁷¹ Grunden til at de fremførbare underskud skulle holdes udenfor var, at vurderingen af hvorvidt indkomstopgørelsen opfyldes, skulle ske på baggrund af indkomsten i det enkelte indkomstår.⁷² Således skulle opgørelsen også finde sted inden modregning af underskud fordelt i sambeskatningskredsen. Opgørelse af indkomsten for udenlandske datterselskaber skulle i forbindelse med opgørelsen af CFC-indkomst og sammenligningsindkomst, opgøres efter danske skatteregler med modifikationer, som fremgik i SEL § 32, stk. 4.⁷³ Dette var ikke konkretiseret af loven, men det fulgte af svar fra daværende skatteminister og lovbemærkningerne. At modregningen af egne underskud og underskud fra sambeskatningen udelades i opgørelsen af CFC-indkomst og sammenligningsindkomsten gjaldt også for udenlandske datterselskaber.⁷⁴

Måleperioden

Daværende SEL § 32, stk. 1, nr. 1. 1. pkt.⁷⁵ lød som følgende: "*Datterselskabets CFC-indkomst, jf. stk. 4 og 5, i indkomståret udgør mere end ½ af datterselskabets indkomst opgjort efter stk. 2.*"⁷⁶ Loven udtrykte altså, at indkomsten til vurderingen af, om indkomstbetingelsen var opfyldt, skulle ske på baggrund af indkomsten i hele indkomståret. Denne skabte undren ved spørgsmålet om, hvilken periode der skulle anvendes, hvis der ikke havde været bestemmende indflydelse efter § 31 C i hele indkomståret. I en ikke-officiel afgørelse fra skatterådet,⁷⁷ hvor et datterselskab midt i indkomståret blev overdraget til et andet moderselskab, blev det fastslået, at SKAT holdt fast i det generelle synspunkt, at indkomsttesten skulle foretages på baggrund af CFC-selskabets eget indkomstår. Hvilket også kan understøttes af afgørelsen i SKM 2002.628.LR, som dog er retspraksis fra før vedtagelsen af L 213 (2006/2007) Her udtalte Skattestyrelsen, at deres opfattelse er, at CFC-beskatning ikke etableres eller ophører i de enkelte indkomstår som ved frivillig sambeskatning. Vurderingen skal derfor foretages ud fra objektive kriterier om, hvorvidt det enkelte indkomstår er underlagt CFC-beskatning.⁷⁸ I forbindelse med ikrafttrædelsen af L 213 (2006/2007) d. 1. juli 2007 svarede Skatteministeren på henvendelse fra FSR, at indkomstbetingelsen og aktivbetingelsen skulle vurderes ud fra hele indkomståret, dvs. både før og efter ikrafttrædelsen af reglerne d. 1. juli 2007. Det må derfor kunne konstateres, at vurderingen af om indkomstbetingelsen er opfyldt, tager udgangspunkt i hele datterselskabets/CFC-selskabets indkomstår.

⁷¹ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 19

⁷² Betænkning af 23. maj, bemærkninger til § 2, nr. 21, bilag 29, L213 (2006/2007)

⁷³ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 19

⁷⁴ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 181

⁷⁵ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 19

⁷⁶ Understregning er egen markering

⁷⁷ Anonymiseret afgørelse – udgivet i nyhedsbrev fra SKAT af 18. september 2009.

⁷⁸ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 183

Territorialprincippet

I 2005⁷⁹ blev et modificeret territorialprincip for selskaber introduceret i dansk skatteret. Udgangspunktet i det modificerede territorialprincip er, at der ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst ikke medregnes indtægter og udgifter, som vedrører et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland jf. SEL § 8, stk. 2. 1. pkt. Når det skal bestemmes, hvornår der er tale om indkomst fra fast driftssted og fast ejendom anses indkomst som nævnt i § 2, stk. 1, litra a og b. 1. pkt. Indkomsten omfattes dog ikke ved international skibs- og luftfartsvirksomhed eller tilfælde, hvor kildelandet frafalder beskatningsretten i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller anden international aftale med Danmark jf. SEL § 8, stk. 2. 2-3 pkt. Begrebet fast driftssted kan i dansk skatteret som udgangspunkt fortolkes ud fra art. 5, stk. 1. i OECD's modeloverenskomst.⁸⁰ Et fast driftssted er efter dansk skatteret et forretningssted, hvor et foretagendes virksomhed helt eller delvist udøves, jf. OECD's modeloverenskomst art. 5, stk. 1. Positiv indkomst fra et fast driftssted skulle dog stadig beskattes hos selskabet, såfremt at indkomsten ville være omfattet af SEL § 32, hvis det faste driftssted havde været et selvstændigt selskab jf. SEL § 8, stk. 2, 4. pkt. Der skulle efter reglerne foretages en konkret og særskilt vurdering af, hvorvidt CFC-reglernes indkomstbetingelse opfyldes af det faste driftssted jf. SEL § 8, stk. 2, 6. pkt.

4.3 Definition på CFC-indkomst

De indtægter og udgifter, der skulle indgå i CFC-indkomsten, var opstillet i SEL § 32, stk. 5.⁸¹ Det er disse, der ved afgørelse af hvorvidt indkomstbetingelsen var opfyldt, jf. forrige afsnit, skulle udgøre mere end halvdelen af den skattepligtige indkomst. Der er tale om en udtømmende liste, og de medtagne indkomstarter var indkomster, som vurderes lette at placere i udlandet.⁸² Som nævnt i afsnit 2.3, blev princippet om at have en udtømmende liste af indkomsttyper introduceret i CFC-lovgivningen ved Lov nr. 313 af 21. maj 2002. Listen indeholdt følgende punkter jf. SEL § 32, stk. 5. nr. 1-10:⁸³

1. Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter.⁸⁴
2. Skattepligtige gevinster og fradragsberettigede tab på fordringer, gæld eller finansielle kontrakter, der omfattes af kursgevinstloven (KGL). Gevinst og tab på kontrakter (terminkontrakter m.v.), som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, medregnes ikke.
3. Provisioner og lign., der er fradragsberettigede efter LL § 8, stk. 3, og de tilsvarende skattepligtige provisioner og lign.

⁷⁹ Ved L 121 (2004/2005 – 2. samling)

⁸⁰ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 185-186.

⁸¹ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 19

⁸² Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 204

⁸³ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 19. – Henvisningen gælder også lovhensvisningerne i punkterne (1 – 10)

⁸⁴ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 205: De omfattede renteindtægter og renteudgifter må kunne anses for at være afgrænset efter den danske skatterets almindelige rentebegreb: 1) er vederlag for rådigheden over et pengebeløb 2) beror på en retslig forpligtelse 3) beregnes for en given periode som en bestemt procentdel af det i perioden til en hver tid til rådighed stillede nominelle beløb og 4) erlægges eller modtages løbende.

4. Skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer vedrørende aktier m.v., der omfattes af aktieavancebeskatningsloven (ABL).
5. Skattepligtig fortjeneste og tab vedrørende aktier m.v., der omfattes af ABL
6. Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver. 1. pkt. finder dog ikke anvendelse, for så vidt angår betalinger fra selskaber, som ikke er koncernforbundne med datterselskabet, jf. § 31 C, for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver, som er foranlediget af datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed.
7. Skattemæssige fradrag, der vedrører indtægter som nævnt i nr. 1-6.
8. Skattepligtige indkomster ved finansiel leasing, herunder fortjeneste og tab ved afståelse af aktiver, som har været anvendt til finansiel leasing.
9. Skattepligtige indkomster i forbindelse med forsikringsvirksomhed, virksomhed som penge- eller realkreditinstitut eller finansiel virksomhed i øvrigt.
10. Skattepligtig fortjeneste og tab ved afståelse af CO₂-kvoter og CO₂-kreditter, jf. afskrivningslovens § 40 A

Ovenstående er den dagældende bestemmelse i extenso, og punkterne vil ikke blive gennemgået yderligere, men bruges som direkte sammenligningsgrundlag i afsnit 7.4. om den nugældende definition af CFC-indkomst.

4.4 Aktivbetingelsen

Som nævnt i afsnit 2.3 blev den forhenværende aktivbetingelse afskaffet ved lov nr. 313 af 21. maj 2002. Denne blev dog genindført med vedtagelsen af L 213 (2006/2007). Begrundelsen for at genindføre aktivbetingelsen var, at datterselskaber, som havde altovervejende karakter af et driftsselskab, ved hjælp af aktivbetingelsen kunne udelukkes fra CFC-beskatningen grundet sammensætningen af deres aktiver. Der var således ofte ikke behov for at udarbejde en sammenligningsopgørelse. Derudover blev det begrundet med, at hvis driftsindtægterne et år var lavere end normalt, mens CFC-indkomsten var positiv, så skulle aktivbetingelsen gøre, at CFC-beskatningen ej fandt u hensigtsmæssig anvendelse.⁸⁵

Konkret var aktivbetingelsen i L 123 (2006/2007) opfyldt, hvis datterselskabets finansielle aktiver gennemsnitligt i indkomståret udgør mere end 10 pct. af selskabets samlede aktiver. Ved finansielle aktiver forstås aktiver, hvis afkast var omfattet af SEL § 32, stk. 5. Opgørelsen skulle foretages på baggrund af de regnskabsmæssige værdier. Dog skulle immaterielle aktiver, hvis afkast er omfattet af stk. 5, nr. 6, medregnes til de handelsmæssige værdier. Aktiver, hvis afkast var skattefrit, indgik ikke i opgørelsen. Uforrentede fordringer på varedebitorer m.v. indgik ikke i opgørelsen.⁸⁶ Yderligere skulle der foretages en gennemsnitlig vurdering af aktivmassen i løbet af indkomståret. Det var således ikke

⁸⁵ Schmidt, Peter K, *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 241

⁸⁶ Ved LBKG 2006-12-14 nr. 1745

tilstrækkeligt, at datterselskabet ved indkomstårets slutning modtog apportindskud af ikke-finansielle aktiver og derfor ved indkomstårets slutning alt overvejende havde ikke-finansielle aktiver.⁸⁷

4.5 CFC-reglernes retsvirkning

Hvis et selskab opfyldte kravene for at være et CFC-selskab, skulle CFC-selskabets samlede indkomst medregnes i indkomstopgørelsen hos moderselskabet. Der var altså tale om, at retsvirkningen af de danske CFC-regler hvilede på et alt-eller-intet-princip, hvorved ingen indkomst skulle medregnes, såfremt at CFC-betingelserne ikke var opfyldt, mens den samlede indkomst skulle medregnes, såfremt betingelserne var opfyldt.⁸⁸ Yderligere skulle kun den del af datterselskabets indkomst, der svarede til den gennemsnitlige direkte eller indirekte andel af datterselskabets samlede aktiekapital, som moderselskabet har ejet i indkomstperioden, medregnes i moderselskabets indkomstopgørelse jf. SEL § 32, stk. 7.⁸⁹ Hertil kom, at kun den indkomst, som var optjent af datterselskabet i den del af moderselskabets indkomstår, hvor koncernen havde bestemmende indflydelse i datterselskabet, skulle medregnes i moderselskabet, jf. SEL § 32, stk. 7, 2.pkt.⁹⁰ Derfor skulle der eksempelvis ved indtrædelse i en koncern udarbejdes delperiodeopgørelser.

Datterselskabets indkomst skulle opgøres efter danske skatteregler, hvorved et dansk CFC-selskab ville kunne anvende selskabets egen indkomstopgørelse ved indregning, mens der for udenlandske selskaber skulle opgøres en særskilt skattepligtig indkomstopgørelse efter danske regler.⁹¹

Hvis der var flere danske selskaber, som havde et moder-/datterforhold, og derfor flere der opfyldte betingelserne for CFC-beskatningen var det i disse tilfælde det danske moderselskab, som direkte eller indirekte ejede den største kapitalandel i CFC-selskabet.⁹² I situationer hvor flere moderselskaber ejede lige store ejerandele, ville indkomsten skulle medregnes hos det øverste moderselskab, jf. SEL § 32, stk. 7, 3.pkt.⁹³

Ved afståelse af datterselskabets aktiver og passiver fandt bestemmelsen i SEL § 32, stk. 8.⁹⁴ anvendelse. Heraf følger, at der ved afståelse af aktiver og passiver, som var erhvervet eller oparbejdet, inden koncernen fik bestemmende indflydelse i datterselskabet, skulle handelsværdien på tidspunktet, hvor koncernen fik kontrol over datterselskabet, anvendes i stedet for anskaffelsessummen.⁹⁵ Denne modifikation havde til formål at præcisere, at de værdistigninger som var opstået i perioden op til tidspunktet, hvor datterselskabet opfyldte CFC-betingelserne, men efter tidspunktet hvor koncernen havde opnået kontrol, kunne undergives CFC-beskatning hos moderselskabet.⁹⁶

⁸⁷ Bemærkninger til lovforslaget L 213 (2006/2007), nr. 2. stk. 1.

⁸⁸ Schmidt, Peter K, *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 351

⁸⁹ Ved LBKG 2012-11-14 nr. 1082

⁹⁰ Ved LBKG 2012-11-14 nr. 1082

⁹¹ Schmidt, Peter K, *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 351.

⁹² Tell, Michael, mfl., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, 1. udg. s. 382

⁹³ Ved LBKG 2012-11-14 nr. 1082

⁹⁴ Ved LBKG 2012-11-14 nr. 1082

⁹⁵ Aage Michelsen, mfl., *International skattet*, 2017, 4.udg, s. 555

⁹⁶ Tell, Michael, mfl., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, 1. udg. s. 383

Datterselskabets fremførte underskud skulle medregnes ved opgørelsen af moderselskabets indkomst-opgørelse, jf. SEL § 32, stk. 9.⁹⁷ Tilsvarende gjaldt det for underskud, som var overført fra andre selskaber i led med sambeskatning. Datterselskabets fremførte underskud kunne dog højst medregnes med et beløb svarende til underskuddet opgjort efter danske regler.⁹⁸

Yderligere var der mulighed for i moderselskabet at få nedslag for datterselskabets danske og udenlandske skatter, jf. § SEL § 32, stk. 11.⁹⁹ Nedslaget gives efter den almindelige bestemmelse om creditlempelse i ligningsloven, og formålet med dette var at undgå en dobbeltbeskatning af datterselskabets indkomst i den stat, hvor datterselskabets er hjemmehørende og i moderselskabet.¹⁰⁰ Lempelsen var endvidere begrænset efter territorialprincippet, hvorfor indkomst fra datterselskabets udenlandske faste driftsteder eller fast ejendom ikke skulle indgå i lempelsesberegningen, jf. SEL § 32, stk. 11, 2. pkt.^{101 102}

Moderselskabet havde efter SEL § 32, stk. 13¹⁰³ mulighed for at modregne eller få udbetalt tidligere betalt CFC-skat. Formålet med dette er at undgå at den beskatning, der kan henføres datterselskabets CFC-indkomst, ikke skal overstige den skat, som CFC-selskabet ville skulle have betalt efter danske skatteregler set over hele perioden. Dette er eksempelvis relevant i situationer, hvor et CFC-selskab i dets hjemland har haft mulighed for gunstige skattemæssige hensættelser, hvorfor den udenlandske beskatning i perioden har været ekstra lav. Når disse hensættelser senere hen tilbageføres, vil beskatningen herefter være højere. Dette vil kunne resultere i dobbeltbeskatning, fordi moderselskabet kun har opnået en tilsvarende lav lempelse.¹⁰⁴ Denne dobbeltbeskatning kan undgås ved tilbagebetaling/modregning.

4.6 Undtagelser og dispensation

Der var tre undtagelser til CFC-reglernes anvendelsesområde i dagældende SEL § 32.¹⁰⁵ CFC-reglerne fandt derfor ikke anvendelse i situationer hvor:¹⁰⁶

1. Koncernen havde tilvalgt internationalsambeskatning efter reglerne i SEL § 31 A, jf. SEL § 32, stk. 2, 1 pkt.
2. Moderselskabets aktier i datterselskabet udgjorde aktier eller investeringsbeviser i investeringselskaber efter reglerne herom i ABL, jf. SEL § 32, stk. 1. nr. 3.
3. Moderselskabets aktier i datterselskabet, var ejet gennem en juridisk person, der blev beskattes efter reglerne i SEL § 13 F, altså livsforsikringselskaber, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 4.

⁹⁷ Ved LBKG 2012-11-14 nr. 1082

⁹⁸ Tell, Michael, mfl., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, 1. udg. s. 383

⁹⁹ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 149

¹⁰⁰ Tell, Michael, mfl., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, 1. udg. s. 384

¹⁰¹ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 149

¹⁰² Tell, Michael, mfl., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, 1. udg. s. 384

¹⁰³ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 149

¹⁰⁴ Tell, Michael, mfl., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, 1. udg. s. 385

¹⁰⁵ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 149

¹⁰⁶ Paragraf henvisninger i nedenstående opstillede punkter henviser til lovbekendtgørelse 2015-01-09 nr. 149.

Hvis datterselskaber var omfattet af en såkaldt skyggesambeskatning, fandt reglerne heller ikke anvendelse, selvom dette ikke stod eksplicit i loven.¹⁰⁷ Skatterådet kunne efter SEL § 32, stk. 2,¹⁰⁸ give dispensation for CFC-reglerne. Dette gjorde man, da betingelserne for CFC-beskatning er skruet sammen på en måde, hvor det særligt er den finansielle sektor. Da deres indtægter omfattes af CFC-indkomst definitionen, se afsnit 4.3. CFC-reglerne havde ikke til formål at hindre de omfattede finansielle selskaber i at oprette datterselskaber, hvor det udenlandske datterselskab drev virksomhed med uafhængige parter i datterselskabets hjemland.¹⁰⁹ Forudsætningen for dispensationen var en række betingelser, herunder bl.a. at datterselskabet har koncession om at drive eksempelvis bankvirksomhed, samt at den væsentligste del af indkomsten kommer fra virksomhed med ikke-koncernforbundne kunder i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

4.7 Ændringerne efter Cadbury-Schweppes og EU-retten

De danske CFC-regler gennemgik altså en ret markant ændring efter Cadbury-Schweppes-dommen. Lovgiver valgte ved lovændringen ikke direkte at følge dommens præmisser, hvilket skal forstås således, at man som nævnt valgte at implementere en lovgivningsmodel, hvor anvendelsesområdet for reglerne blev udvidet således, at de fremover skulle gælde både udenlandske, men også hjemmehørende danske selskaber. Dette gjorde man som alternativ til dommens ellers klare præmisser om, at CFC-reglerne skulle begrænses således, at de kun fandt anvendelse ved rent kunstige arrangementer.¹¹⁰ Formålet var her ifølge lovgiver, at den danske model skulle gå ind og eliminere forskelsbehandlingen i selve anvendelsesområdet¹¹¹. Netop denne forskelsbehandling var som bekendt var et omdrejningspunkt for Cadbury Schweppes-sagen og den tidligere kritik nævnt i afsnit 3.2. Lovgiver har siden indførelsen af den danske model kontinuerligt insisteret på, at den er i overensstemmelse med EU-retten, hvilket Skatterådet såvel som Landsskatteretten erklærede sig enige i.¹¹² Efter implementeringen af lovændringerne kunne der dog stadig stilles spørgsmålstegn ved, om den såkaldte danske model nødvendigvis fjernede forskelsbehandlingen helt, og dermed gjorde, at reglerne kom i overensstemmelse med TEUF art. 49. En ulovlig restriktion kan nemlig også foreligge, hvis reglerne ikke direkte skelner mellem nationale og udenlandske selskaber, men hvor reglerne indirekte medfører en forskellig behandling af nationale og udenlandske selskaber i en sammenlignelig situation.¹¹³ En kritik der blev støttet op af Peter Koerver Schmidt, som var af den overbevisning, at de daværende regler udgjorde forskelsbehandling i behandlingen af hhv. danske og udenlandske selskaber.¹¹⁴

¹⁰⁷ Tell, Michael, mfl., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, 1. udg. s. 379.

¹⁰⁸ Ved LBKG 2015-01-09 nr. 149

¹⁰⁹ Tell, Michael, mfl., *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 2015, 1. udg. s. 380.

¹¹⁰ Jf. afsnit 3.3.2

¹¹¹ L 213 (2006/2007), *Almindelige bemærkninger*

¹¹² Schmidt, Peter K., *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 11

¹¹³ Hansen, Anders Oreby & Lytken, Poul Erik, *CFC-regler på tynd is?*, 2012, s. 2

¹¹⁴ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 481.

5. OECD'S BEPS-rapport

I 2013 iværksatte Organisation for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD) et projekt med det primære formål at redegøre for forskellige handlinger, som har til formål at bekæmpe udhuling af skattegrundlaget samt flytning af overskud til lavskattelande. Dette kendes også som Base Erosion and Profit Shifting (BEPS-projektet). BEPS-projektet blev færdiggjort i 2015 med tilslutning fra alle G20-landene, OECD's medlemslande samt øvrige jurisdiktioner.¹¹⁵

Det senere vedtaget skatteundgåelsesdirektiv blev netop en realitet på baggrund af BEPS-rapporten, hvorfor denne udgør et afgørende fortolkningsbidrag, når dansk CFC-lovgivning skal analyseres. I dette afsnit vil de mest relevante anbefalinger i OECD's BEPS-rapport blive redegjort for. Samtidig vil der følge en kort beskrivelse af de mest centrale bevæggrunde for udarbejdelsen af BEPS-projektet, hvilket har til formål at bidrage med en mere nuanceret forståelse af forhold, som har været essentielle i udarbejdelsen af den nuværende gældende CFC-lovgivning i Danmark.

5.1 Baggrunden for BEPS-rapporten

Ifølge OECD har både globaliseringen og digitaliseringen af økonomien resulteret i betydelige ændringer på tværs af skattemæssige systemer, hvilket medvirker til en øget geografisk skattemobilitet og giver anledning til bekymring om lige vilkår og retfærdighed i den globale skattepolitik. Multinationale virksomheder fungerer på verdensplan som en enhedsvirksomhed, altså hvor beslutningerne bliver baseret på baggrund af moderselskabet, hvilket medfører, at flere værdikæder er globale.¹¹⁶

På daværende tidspunkt frygtede man i OECD, at samspillet af nationale skatteregler i nogle tilfælde kan resultere i huller og gnidninger mellem skattesystemer. Dette skal forstås således, at når de enkelte lande udformer deres nationale skatteregler, kan landene ikke i tilstrækkelig grad tage hensyn til effekten af andre landes regler. Dette sammenspil mellem flere uafhængige regelsæt håndhævet af de enkelte lande kan skabe gnidninger, herunder en potentiel risiko for dobbeltbeskatning af selskaber, der opererer på et internationalt niveau. Herudover kan det manglende sammenspil mellem skatteregler på tværs af lande skabe huller i lovgivningen, som i sidste ende kan medføre tilfælde, hvor selskabsindkomst ikke beskattes overhovedet, enten af kildelandet eller bopælslandet, eller kun beskattes med lavere satser.¹¹⁷

Som udgangspunkt er der i national lov sammenhæng gennem et princip om forenelighed mellem at en betaling, der er fradragsberettiget af betaleren, generelt er skattepligtig i modtagerens hænder, medmindre det i lovgivningen udtrykkeligt er fritaget. På samme måde mente OECD ikke, at der findes et lignende princip om sammenhæng på internationalt plan, hvilket efterlader masser af plads til skatteydernes udnyttelse af den manglende sammenhæng.¹¹⁸

¹¹⁵ Europa-Kommissionen, forslag til Rådets Direktiv af 28. januar 2016, 2016/0011, s. 3

¹¹⁶ OECD, *Understanding BEPS*, 2019, s. 2

¹¹⁷ OECD, *BEPS action plan*, 2013, s. 13

¹¹⁸ *Ibid.*, s. 10

Selvom at OECD anerkendte, at national lovgivning om grænseoverskridende transaktioner ofte har resulteret i de ønskede resultater, mente OECD også at der var brug for nye fælles internationale standarder. Formålet var at bevare eller skabe en yderligere klarhed og forudsigelighed mellem skattesystemerne. Dette skulle sikre, at beskatningsrettigheder allokeres mellem kilde og opholdsland på mest hensigtsmæssig vis. Det var på denne baggrund, at man efter opfordring fra G20-finansministrene påbegyndte BEPS-initiativet, som resulterede i udarbejdelsen af BEPS-rapporten, hvis formål er at give nationale såvel som internationale instrumenter til at forbedre sammenhængen mellem skatterettigheder til grænseoverskridende økonomiske aktivitet.¹¹⁹

5.2 BEPS-rapportens action 3

Rapporten udpeger seks konkrete elementer, som med fordel kan agere som generelle byggesten til design af effektive CFC-regler:

1) Ifølge BEPS-rapporten bør lovgiver overveje to forskellige spørgsmål i forbindelse med *definitionen af CFC-selskaber*, nemlig; hvorvidt en udenlandsk enhed er af en type, som skal anses som et CFC-selskab, samt hvorvidt moderselskabet har den nødvendige indflydelse eller kontrol over den udenlandske enhed for at være omfattet af CFC-regler.¹²⁰ Anbefalingen om hvilken type enheder, der skal medtages, lyder, at lovgivningerne bør definere en CFC-enhed bredt, så definitionen omfatter alle virksomhedsenheder, herunder også faste driftssteder. Dette bør gøres således, at det for skatteyderne vil blive svært eller umuligt at undgå CFC-reglerne ved at ændre på den juridiske form af virksomhedsenheden. OECD's anbefalinger om kontrol er, at CFC-reglerne i de enkelte lande bør omfatte både kontrol opnået i juridisk såvel som økonomisk forstand. Derudover bør det som minimum gælde ved et direkte eller indirekte ejerskab på over 50 pct. af datterselskabet. Derudover gøres der opmærksom på, at denne type af kontrol bør kunne opnås gennem nærtstående parter samlede interesser eller uafhængige hjemmehørende parter.¹²¹

2) Det næste element i anbefalingerne er *CFC-beskatningens undtagelser*. Denne konkrete anbefaling er, at landene bør undtage datterselskaber fra CFC-beskatningen, såfremt disse er underlagt en effektiv beskatning, som i overvejende grad svarer til beskatningsniveauet i moderselskabslandet. Rapporten anerkender, at EU-medlemslande kan have vanskeligheder som følge af etableringsfriheden i EU. Dog kan EU-lande forsikre overholdelse af EU-lov ved at sikre ligebehandling mellem nationale datterselskaber og datterselskaber i andre EU-lande¹²².

3) *Definitionen af CFC-indkomst* indgår også i anbefalingerne fra OECD og omtales som det tredje element. Anbefalingen lyder på, at landene bør udarbejde en klar definition af indkomst, der kan give anledning til skatteundgåelsesproblemer i landets CFC-regler. Den præcise formulering og afgrænsning af dette bør overlades til det enkelte land. Rapporten påpeger dog, at disse definitioner ikke bør udføres

¹¹⁹ OECD, *BEPS action plan*, 2013, s. 9-14

¹²⁰ OECD, *Base Erosion and Profit Shifting Project – Action 3*, 2015

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Peytz, Henrik, *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 2020, s. 391

alt for formalistisk, da det vil kunne give anledning til diverse problemstillinger ved CFC-beskatning af indkomst, der kommer fra immaterielle aktiver.¹²³

4) *Opgørelsen af CFC-indkomst* er det fjerde element. Anbefalingen fra OECD er, at indkomsten opgøres efter regler gældende i moderselskabslandet. Det anbefales yderligere, at et eventuelt underskud alene anvendes til modregning i indkomst fra CFC-selskabet selv eller andre CFC-selskaber beliggende i samme land.

5) *Fordeling af CFC-indkomst* er det femte element. Konkret omhandler elementet den andel af indkomsten, der skal medregnes hos moderselskabet. Her anbefaler rapporten, at andelen bør bestemmes under hensyn til kontrolbetingelsen, og at mængden af indkomst derfor bør henføres, så der tages hensyn til den forholdsmæssige ejerandel og ejerperioden¹²⁴.

6) Det sjette og sidste element omhandler, hvorledes CFC-reglerne kan *undgå at skabe dobbeltbeskatningssituationer*. Herunder anbefales det, at der opnås skattefrihed for udbytte og avancer på aktier i CFC-selskabet, såfremt indkomsten i CFC-selskabet er blevet beskattet. Yderligere bør der gives mulighed for creditpelse af allerede betalte skatter i CFC-selskabet.¹²⁵

6. Skatteundgåelsesdirektivet

De gældende CFC-regler er som nævnt tidligere i høj grad udformet på baggrund af skatteundgåelsesdirektivet. Dette afsnit har derfor til hensigt at forklare intentionen med Europa-Kommissionens direktivforslag, herunder en konkretisering af bestemmelserne, der er vedtaget i henhold til kontrollerede udenlandske selskaber (CFC). Analysen skal danne grundlag for fortolkning af direktivet med det formål at kunne sammenholde direktivet med gældende dansk ret og vurdere, om den ny implementerede lov følger direktivets bestemmelser.

Efter udarbejdelsen af OECD's BEPS-rapport tilkendegav de fleste EU-medlemslande at implementere foranstaltningerne i egen lov. Selvom dette var tilfældet, var holdningen i Europa-Kommissionen, at der på baggrund af rapporten skulle fremsættes et direktivforslag. Årsagen til dette var, at Europa-Kommissionen frygtede, at hvis medlemsstaterne hver især ensidigt implementerer BEPS-initiativet på hver deres måde, vil dette kunne medføre en fragmentering af det indre marked som følge af divergerende nationale politikker, forvridninger og skattehindringer for virksomhederne i EU, hvilket bl.a. kunne føre til hindringer af etableringsfriheden.¹²⁶ En forskellig fortolkning af BEPS-rapporten og derved divergens i implementering af bestemmelser vil kunne danne grundlag for nye skattemæssige smuthuller, som grænseoverskridende koncerner vil kunne profitere af. Dette vil kunne resultere i at koncerner nedbringer deres samlede skattetilsvær, hvorved de fremsatte metoder til skatteundgåelse, hvilket i sidste ende vil føre til, at BEPS-projektet fik en omvendt og dermed negativ effekt.¹²⁷

¹²³ Peytz, Henrik, *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 2020, s. 391

¹²⁴ OECD, *BEPS report executive summaries*, 2015, s. 13

¹²⁵ Peytz, Henrik, *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 2020, s. 392

¹²⁶ Europa-Kommissionens forslag til Rådets Direktiv af 28. januar 2016, 2016/0011, s. 3

¹²⁷ Ibid.

Det er altså i høj grad OECD's BEPS-projekt, som har dannet grundlag for udarbejdelsen af Skatteundgåelsesdirektivet, hvilket også eksplicit er angivet i bemærkning nr. 1 i præambelen.¹²⁸

6.1 Danmarks forpligtelse ifm. direktivet

Som medlem af EU er Danmark forpligtet til at overholde de EU-retlige regler, hvorved der følger en række forpligtelser, når der vedtages et nyt direktiv, som vil kort vil blive gennemgået.

TEUF art. 288 indeholder en definition på de forskellige typer af retsakter, som unionen og dens institutioner kan anvende. I TEUF art. 288, stk. 3 fremgår det at; "Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede formål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen." Et direktiv er altså kun bindende for de enkelte medlemsstater, når det kommer til at opnå det tilsigtede mål. Med andre ord er det op til de enkelte nationale myndigheder at bestemme form og midler, der skal implementeres for at kunne nå det tilsigtede mål i direktivet. I de enkelte direktiver fastsættes en frist for implementeringens gennemførelse.¹²⁹

Som nævnt i ovenstående afsnit er det konkrete mål i skatteundgåelsesdirektivet at sikre, at indkomst kommer til beskatning dér, hvor den genereres ved at hindre visse typer af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse. Den fremsatte implementeringsfrist for direktivet blev fastsat til den 31. december 2018.¹³⁰

Det fremgår eksplicit af skatteundgåelsesdirektivets artikel 3,¹³¹ at direktivet ikke skal forhindre anvendelsen af nationale eller aftalebaserede regler, der har til hensigt at sikre en højere grad af beskyttelse af de nationale skattebaser. Det bliver således slået fast, at direktivet er et minimums-direktiv. Dette giver de enkelte medlemsstater muligheden for selv at kunne vælge at indføre eller bibeholde mere restriktive regler set i forhold til direktivets bestemmelser.¹³² Det står derfor Danmark frit for at foretage en såkaldt overimplementering af direktivet, mens en implementering af regler som er lempeligere end de af direktivet foreskrevne ikke vil blive accepteret.

6.2 Direktivets artikel 7 & 8

Reglerne for kontrollerede udenlandske selskaber (CFC-selskaber) fremgår af skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 og 8. Disse er fordelt således, at anvendelsesområdet samt betingelserne for CFC-beskatning er angivet i artikel 7, mens artikel 8 beskriver, hvordan beregningen af CFC-indkomst skal foretages. I dette afsnit vil de væsentligste elementer i hhv. artikel 7 og 8 blive gennemgået med det formål senere at kunne vurdere overensstemmelsen mellem direktivets bestemmelser og den danske CFC-lovgivning.

¹²⁸ Skatteundgåelsesdirektivet, præambel 1.

¹²⁹ Sørensen, Karsten E., et al., *Uddrag af EU-retten*, s. 105-106.

¹³⁰ Skatteundgåelsesdirektivet, art. 11.

¹³¹ Skatteundgåelsesdirektivet, art. 3.

¹³² Bundgaard, Jakob, m.fl., *Kommissionens forslag til et Anti-Tax Avoidance Directive*, SR.2016.315, afsnit 2.

6.2.1 Artikel 7

Jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 1. skal et skattesubjekts (moderselskabet) medlemsstat behandle en enhed eller et fast driftssted, hvis overskud ikke er skattepligtigt eller er skattefritaget i den pågældende medlemsstat, som et kontrolleret udenlandsk selskab, hvis to betingelser er opfyldt:

- a) Hvis skattesubjektet har, hvis der er tale om enhed (datterselskabet), selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber en direkte eller indirekte interesse på mere end 50 pct. af stemmerettighederne eller ejer direkte eller indirekte mere end 50 pct. af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 pct. af overskuddet i denne enhed jf. art. 7, stk. 1, litra a.
- b) Den næste betingelse er, at den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud, er lavere end forskellen mellem den selskabsskat, der ville være blevet pålagt enheden eller det faste driftssted i henhold til det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat, og den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud jf. art. 7, stk. 1, litra b.

Hvis vi ser på ordlyden, harmonerer disse betingelser direkte med anbefalingerne i BEPS-rapporten jf. afsnit 5.2.

Direktivet oplister i art. 7, stk. 2 en række indkomsttyper, som skal medregnes af medlemsstaten, hvis et datterselskab eller et fast driftssted efter stk. 1 skal behandles som et kontrolleret udenlandsk selskab. Bestemmelsen lyder som følgende jf. art. 7, stk. 2, litra a:

- a) Selskabets ikkeudloddede indkomst eller indkomst fra det faste driftssted, der stammer fra følgende kategorier:
 - i. renter eller anden indkomst fra finansielle aktiver
 - ii. royalties eller anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder
 - iii. dividende og indkomst fra afhændelse af andele
 - iv. indkomst fra finansiell leasing
 - v. indkomst fra forsikrings- og bankvirksomhed samt anden finansiell virksomhed
 - vi. indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra salg og tjenesteydelser på varer og tjenesteydelser, der købes af og sælges til tilknyttede selskaber, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi.

Hertil følger der af direktivet en undtagelse, som lyder på, at litra a ikke finder anvendelse i situationer, hvor det kontrollerede udenlandske selskab viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, som bliver understøttet af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder¹³³, altså en såkaldt substansregel. Yderligere kan medlemsstaterne undlade at anvende foregående afsnit, hvis det kontrollerede udenlandske selskab er hjemmehørende eller beliggende i et tredjeland, som ikke er part af EØS-aftalen¹³⁴. I direktivets artikel 7, stk. 2, litra a. er der således en tydelig påvirkning af Cadbury Schweppes-sagen i ATA-direktivet. Hvor der i afgørelsens

¹³³ Jf. Skatteundgåelsesdirektivets, art. 7, stk. 2, litra a.

¹³⁴ Jf. Skatteundgåelsesdirektivets, art. 7, stk. 2, litra a.

præmis 67 netop er angivet at der skal foretages en vurdering af, hvorvidt en videreførelse af en væsentlig økonomisk aktivitet understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler.¹³⁵ Dette videreføres således også af EU.

I art. 7, stk. 2, litra b. nævnes det, at enhedens ikke-udloddede indkomst eller indkomst fra faste driftssteder, der stammer fra arrangementer, der ikke er reelle - og som udelukkende er oprettet med det hovedformål at opnå en skattefordel - også skal medregnes ved opgørelsen af CFC-indkomst.¹³⁶

Direktivet foreskriver ligeledes, at medlemsstaten kan vælge ikke at behandle et selskab eller et fast driftssted som et CFC-selskab efter reglerne i art. 7, stk. 1, hvis mindre end 1/3 af selskabets samlede indkomst udgøres af indkomster medtaget i stk. 2, litra a). Dette gør sig dog ikke gældende, hvis skattegrundlaget beregnes efter stk. 2, litra b. - altså hvis der er tale om *ikke reelle arrangementer*, jf. art. 7, stk. 3.

Undtagelser til anvendelsen af stk. 2, litra b, er ifølge direktivet, at det ligger medlemsstaterne frit for at undtage et selskab eller et fast driftssted fra CFC-reglerne, hvis enten¹³⁷;

- a) med et regnskabsmæssigt overskud på højst 750 000 EUR og ikkedriftsmæssige indtægter på højst EUR 75.000 eller
- b) hvis regnskabsmæssige overskud udgør højst 10 pct. af enhedens eller det faste driftsstedes driftsomkostninger for den pågældende skatteperiode.

I artikel 7 har EU altså opstillet en række forhold, som ikke stemte overens med den dagældende lovgivning. Herunder kan kontrolbetingelsen, indkomstbetingelsen samt nogle CFC-indkomsttyper nævnes.

6.2.2 Artikel 8

Skatteundgåelsesdirektivet beskriver i artikel 8, hvordan beregningen af kontrollerede udenlandske selskabs indkomst skal foretages.

I situationer hvor artikel 7, stk. 2, litra a, finder anvendelse, skal selskabsskattereglerne i den medlemsstat, hvor skattesubjektet er skattemæssigt hjemmehørende, anvendes til beregning af indkomst. Enhedens eller det faste driftsstedes tab skal ikke medregnes i skattegrundlaget. Underskuddet kan dog fremføres i henhold til national ret og tages med i beregningen i efterfølgende skatteperioder, jf. art. 8, stk. 1.

Hvis artikel 7, stk. 2, litra b, finder anvendelse, skal CFC-indkomsten afgrænses til den indkomst, der har tilknytning til de aktiver og risici, som er relateret til de opgaver, der udøves af moderselskabet jf. art. 8, stk. 2. Yderligere gælder det i begge tilfælde, at andelen til medregning skal fastsættes i overensstemmelse med størrelsen af skattesubjektets interesser i CFC-selskabet¹³⁸, samt at indkomsten

¹³⁵ Beskrevet i afsnit 3.3.2

¹³⁶ Jf. Skatteundgåelsesdirektivets, art. 7, stk. 2, litra b.

¹³⁷ Jf. Skatteundgåelsesdirektivets, art. 7, stk. 4, litra a + b.

¹³⁸ Bundgaard, Jakob, m.fl., *Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet*, SR.2016.383, afsnit 5.

skal medregnes i den skatteperiode for skattesubjektet, hvor CFC-selskabets skatteår ophører, jf. art. 8, stk. 4.

Artikel 8 indeholder afslutningsvis bestemmelser, som har til formål at undgå en eventuel dobbeltbeskatning. Herunder gælder regler om reduktion af beskatningen ved udlodninger fra CFC-selskabet og ved afståelse af aktier i CFC-selskabet. Yderligere forskrives det af skatteundgåelsesdirektivet, at skattesubjektet har mulighed for at opnå lempelse for den skat, som enheden eller det fastedriftssted har betalt.^{139 140}

7. Gældende CFC-regler:

I følgende afsnit vil gældende ret inden for CFC-området blive gennemgået. Den gældende ret vil blive holdt op mod skatteundgåelsesdirektivet. Yderligere vil der løbende følge en analyse af de vigtigste lovændringer i forhold til daværende lovgivning. Formålet med afsnittet er at give en forståelse af hvilke konsekvenser, de enkelte lovændringer har haft, samt at kunne foretage en vurdering af de danske CFC-reglers overensstemmelse med EU-retten.

De nye regler om CFC-beskatningen blev vedtaget ved L 89 den 3. juni 2021 og har haft virkning for indkomstår, som blev påbegyndt efter 1. juli 2021. Ved lovændringen blev SEL § 32 væsentligt ændret og omskrevet med det formål om at opfylde kravet om implementering af skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 og 8, der som nævnt fastsætter minimumskrav til medlemsstaternes CFC-regler. Disse minimumsregler skulle senest have været gennemført den 31. december 2018, og de nationale gennemførelsesbestemmelser skulle have været anvendt fra den 1. januar 2019. Fordi Danmark ikke overholdt fristen, indledte Europa-Kommissionen en traktatkrænkelingsprocedure mod Danmark.¹⁴¹ Grunden til forsinkelsen af processen var bl.a. en omfattende diskussion om udeladelsen af en såkaldt substansregel, der udeholder driftsdatterselskaber fra CFC-beskatning, i de tidligere lovforslag fra henholdsvis folketingsåret 2018/2019 og 2019/2020.

7.1 Anvendelsesområdet

Anvendelsesområdet for de nye danske CFC-regler minder på mange måder om dem fra det foregående regelsæt. Der er dog foretaget den justering, at de nye regler nu finder anvendelse på indkomst i alle kontrollerede enheder, der udgør et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 32, stk. 1. hvilket også er i overensstemmelse med direktivet. Dette indebærer konkret, at indkomst i eksempelvis visse trusts og selvejende institutioner nu også kan undergives CFC-beskatning hos "moderselskabet", hvis moderselskabet har ret til at modtage mere end halvdelen af overskuddet i disse enheder.¹⁴² Udvidelsen kommer som del af ændringen af kontrolbetingelsen, som vil blive gennemgået i næste afsnit. Der er således stadig tale om, at reglerne kan anvendes på danske såvel som udenlandske selvstændige skattesubjekter. Undtagelser til CFC-beskatningen vil blive gennemgået i afsnit 7.5.

¹³⁹ Bundgaard, Jakob, m.fl., *Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet*, SR.2016.383, afsnit 5

¹⁴⁰ Skatteundgåelsesdirektivets, art. 8, stk. 5-7.

¹⁴¹ L 89 (2020/2021), *almindelige bemærkninger*, s. 14

¹⁴² Schmidt, Peter K. *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 3

7.2 Kontrolbetingelsen

Kontrolbetingelsen er ved lov nr. 1080 2021 blevet ændret således, at der efter nugældende lov efter SEL § 32., stk. 6. er tale om et omfattet moderselskab, hvis selskabet selv eller sammen med tilknyttede personer direkte eller indirekte har indflydelse på mere end 50 pct. af stemmerettighederne, ejer mere end 50 pct. af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 pct. af overskuddet i datterselskabet. Yderligere skal der ved opgørelse af moderselskabets stemmerettigheder og kapitalandel, medregnes stemmerettigheder og kapitalandele, som indehaves af en ikketilknyttet person, hvis moderselskabet agerer sammen med denne person.¹⁴³

Ved tilknyttede personer forstås et selvstændigt skattesubjekt, hvori moderselskabet har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25 pct. eller mere, eller hvorfra moderselskabet har ret til at modtage 25 pct. eller mere af overskuddet jf. SEL § 32, stk. 6, 2. pkt. Hvis en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt direkte eller indirekte indflydelse i moderselskabet og et eller flere selvstændige skattesubjekter på 25 pct. eller mere, anses alle berørte enheder, herunder moderselskabet, for tilknyttede personer jf. SEL § 32, stk. 6, 3. pkt. Der skal ved bedømmelsen af en fysisk persons ejerbesiddelser efter 3. og 4. pkt. medregnes direkte og indirekte indflydelse, som besiddes af den fysiske persons nærtstående, jf. LL § 16 H, stk. 6, af en fond eller trust stiftet af den fysiske person eller dennes nærtstående eller af fonde og truste stiftet af disse jf. SEL § 32, stk. 6, 4. pkt. Ejerbesiddelser i en trust, hvori den fysiske person har indskudt aktiver, uden at være stifter, medregnes ligeledes. Hvis moderselskabet agerer sammen med en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt, for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et andet selvstændigt skattesubjekt, skal moderselskabet anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende selvstændige skattesubjekt jf. SEL § 32, stk. 6, 6. pkt.

7.2.1 Ændringer i kontrolbetingelsen.

Ud fra ovenstående kan der altså ud fra de nye regler foreligge kontrol, selvom moderselskabet hverken råder over stemmer eller kapitalandele. Dette er tilfældet, hvis blot moderselskabet har ret til at modtage mere end 50 pct. af overskuddet. Dette må siges at være en ret markant udvidelse af de tidligere regler, hvilket også er i overensstemmelse med skatteundgåelsesdirektivets art. 7, stk. 1, litra a. og dermed også i overensstemmelse med anbefalingerne i OECDs BEPS-rapport. Denne udvidelse må derfor tages i betragtning ved vurderingen af eksisterende såvel som påtænkte nye ejerstrukturer. Dette gælder også for udvidelsen om inkludering af tilknyttede personer,¹⁴⁴ hvis definition er tredelt i SEL § 32, stk. 6. 2-4. pkt.¹⁴⁵

For at bidrage til forståelsen af begrebet tilknyttede personer kan følgende eksempel inspireret af eksemplet fra forarbejderne til L 2021 1080 opstilles:¹⁴⁶

¹⁴³ Schmidt, Peter K. *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 4

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Se hertil forrige afsnit.

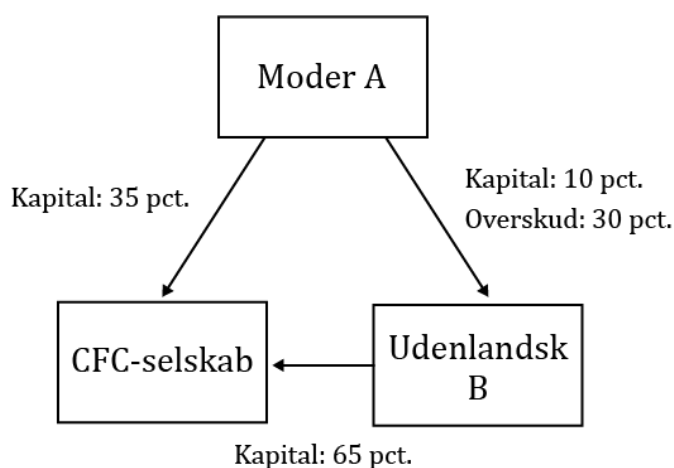
¹⁴⁶ L 89 (2020/2021), *specielle bemærkninger*, s. 27

Eksempel: Person 1 ejer 100 pct. af selskabet "Selskab A A/S", som er beliggende i Danmark. Selskab A A/S ejer 40 pct. af stemmerettighederne i et CFC-selskab beliggende i X-land. Efter SEL § 32, stk. 6, er Selskab A A/S ikke umiddelbart moderselskab for CFC-selskabet i henhold til CFC-reglerne, da ejerbesiddelsen er mindre end 50 pct. Da Person 1 har indflydelse på mere end 25 pct. af stemmerettighederne i Selskab A A/S, er Person 1 en tilknyttet person. Ved bedømmelsen af en fysisk persons ejerbesiddelser medregnes direkte og indirekte indflydelse, som besiddes af den fysiske persons nærtstående. Person 1 er gift med Person 2. Person 2 vil være en nærtstående efter LL § 16 H, stk. 6. Person 2 ejer 100 pct. af "Selskab B A/S", som er beliggende i Danmark. Selskab B A/S ejer 15 pct. af stemmerettighederne i det samme CFC-selskab.

Når ægteparrets ejerbesiddelser sammenlægges, er der en samlet indflydelse på i alt 55 pct. af stemmerettighederne i CFC-selskabet. Dette vil resultere i, at CFC-reglerne finder anvendelse. Herefter vil både Selskab A A/S og Selskab B A/S blive anset som moderselskab til CFC-selskabet. Selskab A A/S skal ved indkomstopgørelsen medregne i alt 40 pct. af CFC-selskabets indkomst, og Selskab B A/S skal således medregne 15 pct. af CFC-selskabets indkomst.

Når det skal bedømmes, hvorvidt moderselskabet er moderselskab for datterselskabet, skal der ved opgørelsen af moderselskabets og tilknyttede personers ejerbesiddelser være tale om samme type af indflydelse. Dvs. at der skal lægges vægt på, at moderselskabet selv eller sammen med tilknyttede personer besidder mere end 50 pct. af stemmerettighederne, mere end 50 pct. af kapitalen eller har ret til mere end 50 pct. af overskuddet.

For at opnå en bedre forståelse af de nuværende regler og ændringer. Kan et andet eksempel på anvendelse af reglerne kan opstilles op følgende måde:¹⁴⁷



(figur 2 – eksempel på tilknyttet personer)

¹⁴⁷ Eksemplet er inspireret af eksemplet fra de specielle bemærkninger i L 89 s.27-28

Et dansk moderselskab, Moder A, ejer en kapitalandel på 10 pct. i et udenlandsk selskab, "Udenlandsk B", dog har Moder A ret til mere end 30 pct. af overskuddet fra Udenlandsk B. Udenlandsk B ejer i alt 65 pct. af kapitalen i et CFC-selskab, hvori Moder A direkte ejer de resterende 35 pct. af kapitalen.

Som nævnt følger det af SEL § 32, stk. 6, 1. pkt., at et selskab 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 pct. af stemmerettighederne eller direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 pct. af overskuddet i datterselskabet. I eksemplet skal det derfor i første omgang afklares, hvilke personer der er tilknyttede personer til Moder A.

Ved begrebet tilknyttede personer, skal der forstås et selvstændigt skattesubjekt, hvori moderselskabet har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25 pct. eller mere, eller hvorfra moderselskabet har ret til at modtage 25 pct. eller mere af overskuddet jf. SEL § 32 stk. 6, 2. pkt. Da Moder A i dette tilfælde har ret til mere end 25 pct. af overskuddet fra Udenlandsk B, bliver Udenlandsk B anset som en tilknyttet person til Moder A.

Herefter skal det vurderes, hvorvidt der er tale om et moderselskab i henhold til CFC-reglerne. Derfor skal ejerbesiddelserne for moderselskabet og moderselskabets tilknyttede personer akkumuleres. Da Moder A direkte ejer 35 pct. af kapitalen i CFC-selskabet, og Udenlandsk B (tilknyttet person) direkte ejer 65 pct. af kapitalen i CFC-selskabet, vil det give en sammenlagt ejerandel på 100 pct. af kapitalen, på tværs af Moder A og Udenlandsk B. Idet Moder A er hjemmehørende i Danmark, skal det derfor anses for at være moderselskab for CFC-selskabet, hvilket skyldes, at Moder A selv sammen med den tilknyttede person, Udenlandsk B, ejer 100 pct. af kapitalen i CFC-selskabet – og derved overstiger ejerandelskravet på de 50 pct. i SEL § 32, stk. 6, 1. pkt. Udenlandsk B vil ikke blive anset for et moderselskab efter de danske CFC-regler, da Udenlandsk B er hjemmehørende i udlandet.

Moderselskabet skal herefter beskattes af sin gennemsnitlige direkte og indirekte indflydelse i CFC-selskabet jf. SEL § 32, stk. 7. I eksemplet ejer Moder A selv 35 pct. af kapitalen i CFC-selskabet og ejer endvidere 10 pct. af kapitalen i Udenlandsk B, som ejer 65 pct. af kapitalen i CFC-selskabet. Moder A skal derfor medregne den indirekte kapitalbesiddelse gennem Udenlandsk B til sin egen kapitalbesiddelse, hvilket i dette tilfælde vil udgøre 6 pct. I dette eksempel skal Moder A derfor medregne 41,5 pct. (35 + 6,5) af CFC-selskabets indkomst opgjort efter danske regler.

Denne udvidelse af kontrolbetingelsen hvor der nu kan opnås kontrol vha. kapitalandele eller overskudsandele medfører, at der bl.a. kan foreligge kontrol, selvom moderselskabet ikke har bestemmende indflydelse i henhold til koncerndefinitionen i sambeskatningsreglerne, jf. SEL § 31 C.¹⁴⁸ Hvilket efter forhenværende lov var betingelsen jf. afsnit 4.1.

¹⁴⁸ Schmidt, Peter K. *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 4.

7.3 Indkomstbetingelsen og aktivbetingelsen

Indkomstbetingelsen er efter den nye lovgivning opfyldt, hvis CFC-indkomsten i indkomståret udgør mere end 1/3 af datterselskabets samlede indkomst, opgjort efter stk. 4, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1.

I den gældende lovgivning skal CFC-indkomsten altså opgøres som den samlede CFC-indkomst "i indkomståret", dvs. at samme udtryk anvendes som ved den hidtidige lov. Derfor henvises der til afsnit 4.2 for en yderligere forklaring af måleperioden, og hvordan indkomsten måles ved eksempelvis indtræde i en koncern i løbet af året. Dette skyldes, at der ikke ses belæg for, at opfattelsen af ordlyden "i indkomståret" har ændret sig i praksis.

Fiktiv afståelse

Reglen om fiktiv afståelse af aktiver er todelt på den måde, at delen vedrørende indkomstbetingelsen er placeret i SEL § 32, stk. 1, mens delen vedrørende moderselskabets medregning af indkomsten er placeret i SEL § 32, stk. 10. I dette afsnit vil begge dele blive gennemgået. Hvis moderselskabet direkte eller indirekte nedbringer sin ejerandel i datterselskabet, medregnes den indkomst, som datterselskabet ville have oppebåret, hvis det havde afstået samtlige aktiver og passiver til handelsværdien på samme tidspunkt - dog højst et beløb, der forholdsmæssigt svarer til den nedbragte ejerandel jf. SEL § 32, stk. 1, nr.1. Yderligere præciseres det, at indkomst fra immaterielle aktiver kun medregnes som CFC-indkomst efter 4. pkt., hvis betingelserne for medregning af anden indkomst efter stk. 5, nr. 3, litra b, er opfyldt jf. SEL § 31, stk. 1, nr. 1. Dvs. at det kun skal ske medregning af eventuelle avancer fra immaterielle aktiver, hvis betingelserne for medregning af anden indkomst fra immaterielle aktiver er opfyldt. Disse vil blive forklaret i afsnit 7.4.1. I henhold til opfyldelse af indkomstbetingelsen er det altså både CFC-aktiver og ikke CFC-aktiver, der skal medtages. Dette er ikke tilfældet i SEL § 32, stk. 10 om medregning af fiktive afståelse i moderselskabets indkomst. Denne bestemmelse omfatter udelukkende CFC-aktiver. Et moderselskab vil derfor ikke blive CFC-beskattet af urealiserede gevinster på ikke-CFC-aktiver, ligegyldigt om moderselskabet vælger at medregne hele datterselskabets indkomst eller kun CFC-indkomsten.¹⁴⁹ Formålet med ovenstående er at forhindre situationer, hvor et moderselskab indirekte kan afhænde finansielle aktiver i et datterselskab ved et salg af datterselskabet.¹⁵⁰

Transparensreglen – lokale holdingselskaber

Når det skal bedømmes, hvorvidt et datterselskabs CFC-indkomst udgør mere end 1/3 af dets samlede indkomst, skal der ses bort fra skattepligtig indkomst fra selskaber under datterselskabets bestemmende indflydelse, hvis selskaberne er skattemæssigt hjemmehørende i samme land som datterselskabet. Denne skattepligtige indkomst inddrages i stedet i de pågældende selskaber forholdsmæssigt efter datterselskabets direkte eller indirekte ejerandele jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 2-3. pkt. Transparensreglen anvendes både ved opgørelsen af CFC-indkomsten såvel som sammenligningsindkomsten, denne regel gør sig dog kun gældende i vurderingen om opfyldelse af indkomstbetingelsen.¹⁵¹

¹⁴⁹ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, s. 3

¹⁵⁰ *Ibid.*, s. 2

¹⁵¹ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 235

Transparensreglen har været i en del af dansk lovgivning siden vedtagelsen af L 118 (1995/1996). Formålet med lovændringen var, at udenlandske holdingselskaber med et produktionsselskab i samme land til tider blev anset for at drive finansiel forretning, og på den måde blev disse undergivet tvungen sambeskatning – og på samme måde ville de blive omfattet af CFC-reglerne.¹⁵²

7.3.1 Ændringer i indkomst- og aktivbetingelsen

Hvis vi sammenholder ovenstående med de tidligere regler i afsnit 4.2, kan det konstateres, at der er sket relativt store ændringer i lovgivningens indkomst- og aktivbetingelse. Helt generelt er indkomstbetingelsen blevet skærpet således, at kravet om, hvor stor en andel af den samlede skattepligtige indkomst må være CFC-indkomst, er faldet fra de tidligere krav om 50 pct. til nu at være 1/3, altså 33,33 pct. Grunden til, at der ved denne ændring er tale om en skærpelse, er, at flere selskaber nu vil opfylde denne betingelse og derved vil ændringen af indkomstbetingelsen alt andet lige medføre, at flere selskaber vil være omfattet af CFC-beskatning. Hvis ændringen fra 50 pct. til 1/3 af den samlede indkomst sammenholdes med skatteundgåelsesdirektivets minimumsbetingelser kan det konkluderes, at der fra lovgivers side er tale om en direkte implementering af minimumsbetingelserne og derfor lever den nye generelle indkomstbetingelse op til skatteundgåelsesdirektivet.

Transparens-reglen har også gennemgået ændringer ifm. med seneste lovændring. Dog er den blevet videreført uden materielle ændringer. Ændringen sker derfor kun i form af en ren ændring af ordlyden i bestemmelsen, således at det er blevet præciseret, at der ved anvendelsen af transparensreglen om selskaber hjemmehørende i samme land skal lægges vægt på, hvor selskaberne er skattemæssigt hjemmehørende.¹⁵³

Som beskrevet i forrige afsnit findes der efter ny affattelsen i L 2021 1080 som udgangspunkt stadig anvendelse af den tidligere gældende regel om fiktiv afståelsesbeskatning. Hvis vi sammenholder gældende lov med tidligere lov, så er der sket en udvidelse af bestemmelsen. Med udvidelsen dækker bestemmelsen fremover samtlige aktiver, således er bestemmelsen ikke længere begrænset til aktiver og passiver omfattet af aktieavancebeskatningsloven og kursgevinstloven. Med andre ord skal bl.a., immaterielle aktiver fremover omfattes. Denne udvidelse gør, at en nedbringelse af ejerandele i et datterselskab alt andet lige udløser afståelsesbeskatning af samtlige CFC-aktiver. Som nævnt tidligere skal der kun ske medregning af eventuelle avancer fra immaterielle aktiver, hvis betingelserne for medregning af anden indkomst fra immaterielle aktiver er opfyldt.¹⁵⁴ Dette indebærer en lempelse, da en fiktiv afståelse af ikke-CFC-aktiver normalt vil forøge datterselskabets samlede indkomst, hvilket alt andet lige vil reducere sandsynligheden for, at indkomstbetingelsen er opfyldt.¹⁵⁵

Aktivbetingelsen

Som nævnt i afsnit 4.4 blev aktivbetingelsen genindført i L 123 (2006/2007) og fandt, at datterselskabets finansielle aktiver gennemsnitligt i indkomståret skulle udgøre mere end 10 pct. af selskabets samlede aktiver. Aktivbetingelsen er blevet ophævet ved L 2021 1080. Dette skyldes, at hvis aktiv-

¹⁵² Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 235

¹⁵³ Karnov, *noter til selskabsskatteoven*, note nr. 726.

¹⁵⁴ Substanstesten uddybes i afsnit 7.4.1

¹⁵⁵ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, s. 2

betingelsen var blevet bibeholdt, ville minimumskravene i ATAD ikke være overholdt¹⁵⁶. Denne ophævelse må anses for at være en stramning af de danske CFC-regler, da aktivbetingelsen tidligere har udgjort en form for "sikkerhedsventil" mod CFC-beskatning af operative selskaber¹⁵⁷.

7.4 Definitionen på CFC-indkomst

Som introduceret 2002,¹⁵⁸ indeholder de danske CFC-regler stadig en udtømmende liste over indtægter og udgifter, der skal medregnes, når den samlede CFC-indkomst skal opgøres. Disse indtægter og udgifter har ved vedtagelsen af L 89 været genstand for ret markante ændringer. Indkomsttyperne er oplistet i SEL § 32, stk. 5, nr. 1 – 9¹⁵⁹:

1. Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter samt provisioner og lign., der er fradragsberettigede efter LL § 8, stk. 3, og de tilsvarende skattepligtige provisioner og lign.
2. Skattepligtige gevinster og fradragsberettigede tab på fordringer, gæld eller finansielle kontrakter, der omfattes af KGL. Gevinst og tab på terminkontrakter mv., som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, medregnes ikke, medmindre den skattepligtige udøver næring ved køb og salg af fordringer og finansielle kontrakter eller driver næringsvirksomhed ved finansiering. Valutakursgevinster og -tab medregnes.
3. Indkomst fra immaterielle aktiver, jf. litra a og b.
 - a) Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver, samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver.
 - b) Al anden indkomst fra visse immaterielle aktiver.
4. Skattepligtige udbytter.
5. Skattepligtig fortjeneste og tab vedrørende aktier mv., der omfattes af ABL.
6. Skattemæssige fradrag, der vedrører indkomst som nævnt i nr. 1-5.
7. Skattepligtige indkomster ved finansiel leasing, herunder fortjeneste og tab ved afståelse af aktiver, som har været anvendt til finansiel leasing.
8. Indkomst fra forsikrings- og bankvirksomhed og anden finansiel virksomhed.
9. 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.

Listen er som nævnt udtømmende, og derfor skal indkomst, der ikke står oplistet i stk. 5, ikke medregnes i CFC-indkomsten. Se eksempelvis SKM2014.830.SR, hvor et dansk aktieselskab havde et CFC-datterselskab hjemhørende i en ikke-EU/EØS-stat. Det danske aktieselskab overvejede et salg af samtlige aktiver i CFC-selskabet til et andet koncernforbundet selskab hjemmehørende i EU/EØS.

¹⁵⁶ jf. L 89 (2020/2021), *specielle bemærkninger*, s. 18

¹⁵⁷ Schmidt, Peter K. *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021 s. 4-7

¹⁵⁸ Afsnit 2.3

¹⁵⁹ Juridiske vejledning, C.D.4.1.5 - *Opgørelse af datterselskabets CFC-indkomst*. Listen er en kondensering af den samlede lovtekst fra SEL § 32, stk. 5, nr. 1 – 9.

Aktiverne som skulle sælges, indeholdt også goodwill. Skatterådet fandt, at SEL § 32, stk. 5. ikke omfattede goodwill, hvorfor aktieselskab ved vurderingen af hvorvidt indkomsten i datterselskaber opfyldte indkomstbetingelsen, ikke skulle indregne den andel af afståelsesavancen, som direkte kunne henføres til goodwill. Ved opgørelsen af indkomsten i datterselskaber og faste driftssteder skal dette ske efter territorialprincippet.¹⁶⁰ Derfor skal de indtægter og udgifter, som vedrører faste driftssteder og faste ejendomme i andre lande end datterselskabets hjemland, ikke medregnes til datterselskabets indkomst.¹⁶¹

7.4.1 Ændringer af definitionen på CFC-indkomst – SEL § 32, stk. 5:

Frem til lov 2021 1080 har definitionen på CFC-indkomst hidtil omfattet renteindtægter og -udgifter, kursgevinster og -tab, provisioner og lignende, skattepligtige udbytter, skattepligtige aktieavancer, royalties, kapitalgevinst på immaterielle aktiver, finansiel leasing, anden finansiel virksomhed og CO2-kvoter og -kreditter, hvilket også er beskrevet i afsnit 4.3.

L 2021 1080 har resulteret i en ret betydelig udvidelse af CFC-indkomstdefinitionen, idet til at "Indkomst fra faktureringselskab og anden indkomst fra immaterielle aktiver" nu omfattes af bestemmelsen. Ud over de to store udvidelser af SEL § 32, stk. 5. har lovændringen også medført enkelte mindre ændringer og justeringer. På trods af at stk. 5. er blevet udvidet med de førnævnte indkomsttyper, er antallet af punkter i loven faldet fra ti til ni. Dette skyldes bl.a., at lovgiver ved L 2021 1080 har valgt at sammenskrive den tidligere § 32, stk. 5, nr. 1 vedr. skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter med den tidligere nr. 3. Derfor omfatter stk. 5, nr. 1. nu både renter, provisioner og lignende. Der er dog ikke tale om en materiel ændring, hvad angår de omfattede renter, provisioner og lignende.¹⁶² Yderligere fremgår der ikke længere en henvisning til afståelsessummer af bestemmelsen i stk. 5, nr. 4, hvilket skyldes, at disse afståelsessummer er omfattet af udbyttebegrebet i LL § 16 A. Denne ændring har som udgangspunkt heller ingen direkte indholdsmæssig betydning. Dog er der kommet en præcisering i forarbejderne til L 2021 1080 om, at skattepligtige udbytter skal forstås som udbytter omfattet af LL § 16 A. Bestemmelsen omfatter derfor ikke skattefrie datterselskabsaktier eller skattefrie porteføljeaktier.¹⁶³

Med hensyn til de immaterielle aktiver i stk. 5, nr. 3. er der ikke tilsigtet nogen materiel ændring i afgrænsningen af de immaterielle aktiver i forhold til de hidtidige regler bortset fra, at CO2-kvoter og -kreditter rent lovteknisk er flyttet fra den tidligere stk. 5. nr. 10 til bestemmelsen om immaterielle aktiver i stk. 5. nr. 3. Yderligere er den dagældende SEL § 32, stk. 5, nr. 6, 1. pkt. i L 2021 1080 blevet flyttet til SEL § 32, stk. 3, litra a. Ud over flytningen er der i den nye bestemmelse blevet tilføjet et væsentlighedskriterium. Det er således ikke længere et krav, at alle funktioner vedrørende oparbejdelsen af de immaterielle aktiver skal være udført af datterselskabet selv, idet nogle af aktiviteterne kan have fundet sted i andre selskaber, herunder koncernselskaber. Eksempelvis medregnes kontraktforskning udført af andre ikke hos datterselskabet selv.¹⁶⁴

¹⁶⁰ SEL § 32, stk. 3 og § 8, stk. 2, 1.-3. pkt.

¹⁶¹ Juridisk Vejledning, C.D.4.1.5 – Opgørelse af datterselskabets CFC-indkomst.

¹⁶² L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger, s. 22

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, s. 4

De to ændringer af definitionen på CFC-indkomst, som i specialet vil blive tildelt mest opmærksomhed, er den føromtalte udvidelse af stk. 5 med tilføjelsen af indkomst fra faktureringselskab og anden indkomst fra immaterielle aktiver. Disse vil derfor blive gennemgået i de to efterfølgende afsnit.

Indkomst fra faktureringselskab

Indkomst fra et faktureringselskab, som køber og sælger koncerninternt, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi, er nu CFC-indkomst, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 9. Første betingelse i henhold til faktureringselskaber er, at datterselskabet både skal købe fra og sælge til tilknyttede personer. Stammer indkomst i et koncerninternt indkøbsselskab fra køb fra tredjemand og salg til koncernselskaber, vil denne derfor ikke være omfattet. Ligeledes er indkomst i et koncerninternt salgsselskab, der køber fra koncernselskaber og sælger til tredjemand, heller ikke omfattet. Yderligere må det antages, at hvis et datterselskab både har faktureringsindkomst og anden indkomst, så vil det udelukkende være faktureringsindkomsten, der er CFC-indkomst¹⁶⁵. Inddragelsen af faktureringselskabers indkomst i CFC-indkomsten stammer fra skatteundgåelsesdirektivet, hvori det bemærkes, at sådanne selskabers indkomst er af mobil karakter og derved kan anvendes til at udhule indkomstgrundlaget i moderselskabet.¹⁶⁶ Derfor vurderes det, at inddragelsen af denne bestemmelse er i direkte overensstemmelse med direktivet.

Anden indkomst fra immaterielle aktiver

En af de mest markante ændringer af CFC-reglerne er inddragelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver. Bestemmelsen findes i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b., og der er her tale om en udvidelse af indkomstbegrebet vedrørende immaterielle aktiver- en indkomsttype som også kaldes embedded royalties eller indlejrede royalties. Formålet med denne udvidelse er, at enhver indkomst fra immaterielle aktiver, uanset indkomstens fremtrædelsesform, medregnes til CFC-indkomsten. I bemærkningerne til L 89 (2020/2021) anføres det, at udvidelsen af definitionen af CFC-indkomst skal ses i lyset af, at det, som påpeget i OECD's BEPS-rapport Action 3, forekommer, at indehavere af immaterielle aktiver kan oppebære et afkast heraf på forskellige måder. Derved vil afkastet ikke altid vil fremstå som et særskilt vederlag (royalty) for anvendelsen af eller for retten til at anvende de immaterielle aktiver. Som eksempel herpå nævnes i det i bemærkningerne, at en sælger af halvfabrikata, der giver køberen mulighed for at udnytte sælgerens immaterielle rettigheder til fremstilling af færdige produkter, kan indregne sit vederlag for denne brugsret i salgsprisen for de solgte halvfabrikata fremfor at kræve en særskilt royaltybetaling.¹⁶⁷ Yderligere beskrives det i forarbejderne, at et immaterielt aktiv eksempelvis kan flyttes til et (salgs)datterselskab, som selv har bidraget med lav eller ingen værdi til udviklingen heraf, og hvor den efterfølgende indkomst fra det immaterielle aktiv helt eller delvist oppebæres som almindelig salgsindkomst, hvorved indkomsten ikke umiddelbart medregnes til CFC-indkomsten.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, s. 3

¹⁶⁶ L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger, s. 25-26.

¹⁶⁷ L 89 (2020/2021), almindelige bemærkninger, s. 11

¹⁶⁸ L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger, s. 23

Et andet formål med de nye regler er at understøtte det faktum, at immaterielle aktiver og det dertilhørende afkast forbliver dér, hvor det immaterielle aktiv er udviklet. Hvilket er i overensstemmelse med principperne i BEPS-projektet.

Der er altså tale om et helt nyopdaget værnshensyn, når det nu må antages, at der er risiko for at miste et betydeligt skatteprovenu, hvis der ikke indføres CFC-beskatning på denne type af indkomst. Det udtales således, at CFC-reglerne kun vil udgøre et effektivt værn mod flytning af mobile indkomster til lande med lavere beskatning, såfremt de sikrer, at afkastet af immaterielle aktiver medregnes som CFC-indkomst uden hensyn til hvilken juridisk form, som dette afkast konkret har.¹⁶⁹

Lovgiver angiver endvidere, at de danske CFC-regler ikke skal udgøre en hindring for, at datterselskaber har forsknings- og udviklingsaktiviteter. Derfor skal indkomst fra immaterielle aktiver alene medregnes til CFC-indkomsten i det omfang, aktiverne enten er erhvervet fra et andet land end det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende, eller er oparbejdet ved aktiviteter udført af tilknyttede personer i et andet land end det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende.¹⁷⁰ Derfor skal der lægges afgørende vægt på, hvorvidt de immaterielle aktiver faktisk har været genstand for en grænseoverskridende flytning, hvilket har til formål at sikre, at indkomst fra f.eks. patenter, der udvikles ved datterselskabets egne udviklingsaktiviteter, ikke skal medregnes til CFC-indkomsten.¹⁷¹

I forlængelse heraf uddybes det, at hvis det immaterielle aktiv er oparbejdet ved aktiviteter i samme land som det land, hvori datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende, medregnes indkomsten fra det immaterielle aktiv ikke til CFC-indkomsten. Dette omfatter både aktiviteter, som er udført af et lokalt koncernforbundet selskab samt aktiviteter udført af en uafhængig part. Hvis det immaterielle aktiv derimod er oparbejdet ved aktiviteter i et andet land end det land, hvori datterselskabet er hjemmehørende, skal der ske en sontring mellem, hvorvidt aktiviteterne er udført af en tilknyttet person eller en uafhængig part. Her uddybes det af lovgiver, at der ved en tilknyttet person især skal forstås koncernforbundne selskaber. Begrebet tilknyttede personer er gennemgået i afsnit 7.2.1.

Efter den nye lovgivning er det udelukkende indkomst fra immaterielle aktiver, der er oparbejdet ved aktiviteter af tilknyttede personer i andre lande, der skal medregnes til CFC-indkomsten. Derfor skal indkomsten fra det immaterielle aktiv ikke medregnes til CFC-indkomsten, såfremt det immaterielle aktiv er oparbejdet i samme land eller oparbejdet ved aktiviteter udført af uafhængige parter, hvilket eksempelvis kan være ved kontraktforskning.¹⁷²

¹⁶⁹ Bundgaard, Jakob, *Embedded royalties – en ny skat på udenlandske IP-rettigheder*, 2021, s. 2

¹⁷⁰ L 89 (2020/2021), almindelige bemærkninger s. 23

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger s. 24

For at opnå et bedre overblik, kan følgende model opstilles baggrund af ovenstående:

Hvornår skal der ske medregning af indkomst fra immaterielle aktiver?	Samme land som hvor datterselskabet er hjemmehørende	I et andet land end det, hvor datterselskabet er hjemmehørende
Aktiv oparbejdet af en uafhængig part.	Ikke CFC-indkomst	Ikke CFC-indkomst
Aktiv oparbejdet af en tilknyttet person.	Ikke CFC-indkomst	CFC-indkomst
Erhvervet aktiv.	Ikke CFC-indkomst	CFC-indkomst

(figur 3 – medregning af immaterielle aktiver)

Når der skal ske medregning af anden indkomst fra immaterielle aktiver i CFC-indkomsten, kan det blive nødvendigt at udskille denne anden indkomst fra immaterielle aktiver fra en samlet salgssindkomst. En sådan udskillelse af anden indkomst skal ske på baggrund af en vurdering, som er baseret på almindelige armslængdeprincipper angående den indkomst, som salgsselskabet ville have haft i en situation, hvor salgsselskabet skulle varetage de samme funktioner, besidde de samme aktiver og påtage sig de samme risici, men hvor selskabet ikke selv ejede det immaterielle aktiv. Således vil den andel af indkomsten, der kan henføres til det immaterielle aktiv, i visse forretningsmodeller derfor svare til den royaltybetaling, som salgsselskabet ville have betalt under en licensaftale med et andet selskab, som ejer det immaterielle aktiv (*relief from royalty method*).¹⁷³ En anden metode, hvorpå anden indkomst fra immaterielle aktiver kan opgøres efter almindelige transferpricing-principper, er med udgangspunkt i datterselskabets samlede indkomst, hvorfra der fratrækkes en normalindkomst, som datterselskabet vil oppebære uden ejendomsretten til de immaterielle CFC-aktiver.¹⁷⁴

I L 89 (2020/2021) begrundes skatteministeriets kravet om anden indkomst fra immaterielle aktiver med, at dette krav stammer fra OECD's BEPS-rapport Action 3 og ATAD. Jakob Bundgaard stiller dog spørgsmålstegn ved, hvorvidt dette er korrekt. Han angiver, at det følger af artikel 7 i skatteundgåelsesdirektivet, at CFC-indkomsten omfatter "*royalties eller anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder*". Der er altså ikke indeholdt en definition af anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder i skatteundgåelsesdirektivet, og Bundgaard mener derfor, at der ingen klarhed er at hente heri.¹⁷⁵ Hverken i OECD's BEPS-action 3, ATAD eller i lovbemærkningerne udstedes der konkrete retningslinjer for, hvad der er omfattet, og hvad der ikke er omfattet af denne nye terminologi "anden indkomst fra immaterielle aktiver".¹⁷⁶ Det eneste eksempel, der gives, er det førnævnte eksempel med en sælger af halvfabrikata.

¹⁷³ L 89 (2020/2021), almindelige bemærkninger s. 23

¹⁷⁴ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning del 2*, 2021, s. 5

¹⁷⁵ Bundgaard, Jakob, *Embedded royalties – en ny skat på udenlandske IP-rettigheder*, 2021, s. 2

¹⁷⁶ *Ibid.*, s. 3

Partiel substansundtagelse

Udvidelsen angående anden indkomst fra immaterielle aktiver var i løbet af lovgivningsprocessen udsat for massiv kritik fra en række store danske erhvervsvirksomheder og interesseorganisationer. Kritikken kom af, at de danske CFC-reglers brede anvendelsesområde i kombinationen med den nye type CFC-indkomst kunne blive særdeles byrdefuld for selskaber, både skattemæssigt men også administrativt.¹⁷⁷ Det har især været manglen på en substansundtagelse, som var genstand for kritik. I de tidligere lovforslag var en eventuel substansundtagelse nemlig ikke på tapetet. Ifølge lovbemærkningerne og en række svar i lovbehandlinger har bevæggrunden herfor været, at en indførelse af en generel substanstest i de danske regler efter skatteministeriets opfattelse ville udgøre en markant svækkelse af regelsættet, der kunne resultere i tab af et milliardprovenu¹⁷⁸. Resultatet efter længere politisk kamp blev dog en såkaldt partiel substansregel. Den praktiske betydning af denne undtagelse vil derfor blive gennemgået.

Den partielle substanstest er opfyldt, hvis datterselskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet vedrørende de immaterielle aktiver, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt.

Det er værd at bemærke, at der i lovens ordlyd vedrørende den partielle substanstest ikke sættes fokus på, at der skal forelægges et subjektivt element, selvom at loven skal fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb.¹⁷⁹ Misbrugsbegrebet synes at indeholde både et objektivt og et subjektivt element hvilket kan understreges af præmis 51 og 67 i den præjudicielle afgørelse i Cadbury Schweppes-sagen, hvor EU-domstolen udtaler, at *"En national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan derimod være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning"*,¹⁸⁰ samt for at kunne konstatere, at der foreligger et rent kunstigt arrangement "[...] kræves det således ud over et subjektivt forhold, der består i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel, at det fremgår af de objektive omstændigheder, at det mål, der forfølges ved etableringsfriheden...".¹⁸¹

Det fremgår derfor tydeligt af ovenstående, at der skal fremgå både et objektivt og subjektivt element.¹⁸² Selvom det subjektive element ikke står eksplicit i loven, har Skatteministeren dog i forarbejderne til loven bekræftet, at misbrugsbegrebet indeholder både et subjektivt og objektivt element, og at udtrykket "substanstest" blot er en populær betegnelse for de krav, som Domstolen har opstillet til CFC-regler. Det må derfor vurderes, at der ikke hersker nogen tvivl om, at begge elementer skal være opfyldt.¹⁸³ Denne undladelse af det subjektive element i lovens ordlyd kan muligvis skyldes, at konteksten for loven og direktivet er Cadbury Schweppes-sagen, hvor det subjektive element uden tvivl

¹⁷⁷ Schmidt, Peter K. *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 6

¹⁷⁸ *Ibid.*, s. 3

¹⁷⁹ C.D.4.1.5 – Opgørelse af datterselskabets indkomst

¹⁸⁰ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 51 – understregning er egen tilvirkning.

¹⁸¹ *Ibid.*, præmis 67 – understregning er egen tilvirkning.

¹⁸² Hvilket yderligere bekræftes i præmis 97 i C-116/16, T Danmark, og C-117/16, Y Danmark.

¹⁸³ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, s. 5-6.

var opfyldt,¹⁸⁴ hvorfor hovedfokus i afgørelsen var på sagens objektive elementer. Vigtigheden af det subjektive element vises i EU-retspraksis, b.la. i sag i C-593/14, Masco, hvor et lån fra et dansk moderselskab til et tysk datterselskab ikke blev anset for at være foretaget med et skattemæssigt motiv, hvorved der ikke forelå et retsmisbrug.¹⁸⁵ Normalt vil der således ikke forelægge retsmisbrug, hvis et datterselskab f.eks. er beliggende et land, hvis skattesats er på niveau med eller højere end den danske, da der således alt andet lige ikke foreligger et skattemotiv.¹⁸⁶ Dette gør sig også gældende ved transaktioner, som eksempelvis har til formål at styrke koncernens kommercielle stilling.¹⁸⁷

Det objektive opfyldes, hvis datterselskabets ejerskab til de immaterielle aktiver ikke har tilstrækkelig substans. Dette element kendes som sagt fra Cadbury Schweppes-sagen i afsnit 3.3.2, samt afsnit 3.3.3 hvor præmisserne om rent kunstige arrangementer diskuteres. Forventningen om at Cadbury Schweppes-sagen må skulle anvendes som retningslinje, anerkendes også af Skatteministeren, der i betænkningen af 27. maj udtaler, at der i EU-Domstolens praksis ikke er taget stilling til anvendelsen af det EU-retlige misbrugsbegreb specifikt i relation til placeringen af ejerskabet til immaterielle aktiver inden for en koncern, og at den eneste dom, der specifikt vedrører nationale CFC-regler, er den ovennævnte dom i Cadbury Schweppes-sagen.¹⁸⁸ Der vil i almindelighed ikke herske tvivl om, at substansen i forhold til ejerskabet af de immaterielle aktiver er til stede i situationer, hvor datterselskabet selv varetager eller har varetaget væsentlige funktioner forbundet med udviklingen eller oparbejdelsen af de immaterielle aktiver. Det samme gør sig gældende, hvis koncernforbundne selskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i samme land som datterselskabet, varetager eller har varetaget væsentlige funktioner.¹⁸⁹ Det er derimod i situationer, hvor de immaterielle aktiver hovedsageligt er erhvervet gennem tilkøb, herunder når der er tale om køb af udviklingsydelse fra koncernforbundne udenlandske selskaber Dette indebærer en vanskeligere vurdering af, hvorvidt der foreligger substans.¹⁹⁰ Hertil er der af lovgiver udarbejdet en ikke udtømmende liste af forhold, som der kan lægges vægt på:¹⁹¹

- Nettoafkastet på ejerskabet hos ejeren
- Ejerens kontrol over risikoen ved det konkrete ejerskab
- Ejerens egne værdiskabende aktiviteter i forhold til de immaterielle aktiver
- De immaterielle aktivers eventuelle sammenhæng med andre immaterielle aktiver og aktiviteter i koncernen

¹⁸⁴ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 17

¹⁸⁵ C-593/14, Masco, præmis 45

¹⁸⁶ Se b.la. C-116/16, T Danmark, og C-117/16, Y Danmark, præmis 110

¹⁸⁷ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, s. 6.

¹⁸⁸ L 89 (2020/2021), Betænkning af 27. maj, s. 5

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Schmidt, Peter K. *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 7

¹⁹¹ Juridisk vejledning, C.D.4.1.5 – Opgørelse af datterselskabets indkomst

Der kan stilles spørgsmål ved, hvorvidt alle af kriterier kan direkte stamme af det EU-retslige misbrugsbegreb. Skatteministeren har dog i forarbejderne til L 89 (2020/2021) direkte givet udtryk for, at kriterierne ikke kan hævdes at være i strid med det EU-retten.¹⁹²

Undtagelser og betingelser for anvendelsen af den partielle substanstest

Der er i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt. indført en undtagelse til den partielle substans test, som gælder, hvis datterselskabet varetager ejerskabet og eventuelt salgs- og distributionsfunktioner i relation til sine immaterielle aktiver, mens de øvrige væsentlige funktioner vedrørende aktiverne kun i ubetydeligt omfang er udført eller udføres i det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende¹⁹³. En undtagelse der ifølge forarbejderne i praksis nok vil være særlig relevant i relation til immaterielle aktiver, der lader sig afgrænse og udskille, herunder eksempelvis patenter. Med andre ord i tilfælde, hvor det er muligt at adskille det juridiske og økonomiske ejerskab fra de funktioner, der vedrører dels udviklingen af aktivet, dels den kommercielle udnyttelse heraf.¹⁹⁴ Undtagelsen finder udelukkende anvendelse, hvis de øvrige væsentlige funktioner kun i ubetydeligt omfang er udført eller udføres i datterselskabet.¹⁹⁵

Den partielle substanstest finder heller ikke anvendelse, hvis datterselskabet er hjemmehørende i en stat, som ikke udveksler oplysninger med Danmark efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller lignende, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 4. pkt. Undtagelsen i 4.pkt gælder dog ikke, hvis de immaterielle aktiver i det væsentligste er foranlediget af forskning og udvikling udført af datterselskabet selv eller af koncernselskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i samme stat.¹⁹⁶

For at kunne benytte den partielle substanstest er der fastsat et par formelle betingelser, som skal være opfyldt. Moderselskaber skal inden for fristen for afgivelse af oplysninger efter SKL § 12 vælge, om den partielle substanstest skal finde anvendelse ved opgørelsen af datterselskabets CFC-indkomst. Derudover skal moderselskabet senest 60 dage efter fristen for indgivelse af oplysningsskemaet indsende til told- og skatteforvaltningen, der godtgør, at datterselskabets anden indkomst af immaterielle aktiver er omfattet af bestemmelsen jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 6. pkt.

7.5 CFC-reglernes retsvirkning

I dette afsnit vil CFC-reglernes retsvirkning kort blive gennemgået, hvor de to nye tilføjelser i hhv. SEL § 32, stk. 15 & 16 især bør bemærkes.

Den hidtil gældende SEL § 32, stk. 7 om medregning hos moderselskabet videreføres uden væsentlige materielle ændringer. Den eneste justering til bestemmelsen er, at den er tilpasset ændringen af kontrolbetingelsen i SEL § 32, stk. 6. Det er således stadig principperne gennemgået i afsnit 4.5, der gør sig

¹⁹² Schmidt, Peter K. *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 7 – med henvisning til L 89 (2020/2021), høringsskema, s. 34-36.

¹⁹³ Jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt.

¹⁹⁴ L 89 (2020/2021), Betænkning af 27. maj, s. 6

¹⁹⁵ Pedersen, Jan m.fl. *Skatteretten 2*, 9. udg. s. 463

¹⁹⁶ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, s. 8.

gældende. Hertil kommer dog, at moderselskabet, jf. den nyindsatte SEL § 32, stk. 15., kan vælge alene at medregne datterselskabets CFC-indkomst i indkomstopgørelsen efter stk. 7. Der er alene tale om en valgmulighed med den begrundelse, at det kan være forbundet med administrative byrder for moderselskabet at begrænse beskatningen til datterselskabets CFC-indkomst, f.eks. hvis moderselskabets CFC-datterselskaber i forvejen er omfattet af dansk beskatning.¹⁹⁷ I givet fald skal datterselskabets fremførte og overførte underskud fordeles forholdsmæssigt mellem CFC-indkomsten og den samlede indkomst i det enkelte indkomstår. Som eksempel herfor kan det opstilles, at hvis underskuddet udgør 30, CFC-indkomsten er 40 og den samlede indkomst er 60, kan et underskud på 20 modregnes i CFC-indkomsten,¹⁹⁸ der således reduceres fra 40 til 20.¹⁹⁹ Generelt set videreføres bestemmelsen om medregning af underskud i SEL § 32, stk. 9 uden ændringer - dog med forbehold for underskud, når der sker anvendelse af førnævnte mulighed om kun at medregne CFC-indkomsten i stk. 15.

SEL § 32, stk. 8. omhandlende anskaffelsessummer ved afståelse af datterselskabets aktiver og passiver videreføres næsten uændret. Der er dog foretaget en mindre justering vedrørende fastsættelsen af indgangsværdier af aktiver og passiver anskaffet, før CFC-beskatningens indtræden. Ændringen er, at indgangsværdien nu skal fastsættes til handelsværdien på det tidspunkt, hvor moderselskabet blev moderselskab for datterselskabet.²⁰⁰ Dermed anvendes tidspunktet, hvor koncernen fik bestemmende indflydelse, som beskrevet i afsnit 4.5 ikke længere.

Ligeledes er bestemmelserne om mulighed for nedslag for datterselskabets skatter og tilbagebetaling af skatter, i SEL § 32, stk. 11 & 13,²⁰¹ stort set videreført uden ændringer. Der er dog foretaget en mindre justering af stk. 13, som følger af ændringen af kontrolbetingelsen i stk. 6. således, at bestemmelsen nu henviser til perioden, hvor moderselskabet har været moderselskab for datterselskabet i stedet for perioden, hvor koncernen har haft kontrol over datterselskabet.

I forlængelse af valgmuligheden om kun at medregne CFC-indkomsten, er der i SEL § 32, stk. 16 blevet indsat en betingelse, som fastsætter, at moderselskabet skal træffe valget om der alene skal ske medregning af CFC-indkomsten senest i forbindelse med afgivelse af oplysninger efter SKL § 2. Moderselskabets valg er herefter bindende i fem år og gælder alle datterselskaber. Formålet med bindingsperioden og omfattelsen af samtlige datterselskaber er at forhindre spekulation i bestemmelsen.²⁰²

¹⁹⁷ L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger, s. 33

¹⁹⁸ $40/60 * 30 = 20$

¹⁹⁹ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning del 2*, 2021, s. 2

²⁰⁰ Schmidt, Peter K. *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 9

²⁰¹ Uddybet i afsnit 4.5

²⁰² L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger, s. 34.

7.5.1 Undtagelser og dispensation

Undtagelserne til CFC-reglerne efter SEL § 32, stk. 1. lyder på:

1. Koncernen har ikke valgt international sambeskatning efter SEL § 31 A.
2. Moderselskabets aktier i datterselskabet er ikke aktier eller investeringsbeviser m.v. i investeringselskaber efter ABL § 19.
3. Moderselskabets aktier i datterselskabet ejes ikke gennem et investeringselskab omfattet af ABL § 19, og moderselskabet eller den direkte ejer af investeringsbeviserne m.v. beskattes efter ABL § 19 A.
4. Moderselskabets aktier i datterselskabet ejes ikke gennem en juridisk person, der beskattes efter reglerne i SEL § 13 F.
5. Moderselskabets aktier i datterselskabet ejes ikke gennem et arbejdsmarkedsrelateret livsforsikringsaktieselskab omfattet af § 307 i lov om finansiel virksomhed, der beskattes efter pensionsafkastbeskatningsloven.

Der er således kun tale om enkelte tilføjelser (nr. 4 & 5), og disse vil ikke blive uddybet yderligere, da disse kun finder anvendelse i begrænsede situationer.

7.6 De danske CFC-reglers forenelighed med EU-retten

Allerede siden de danske CFC-regler blev introduceret tilbage i 1995, har reglernes forenelighed med EU-retten være diskuteret i forskellig juridisk litteratur.²⁰³ Fokus i denne kritik har ofte været en manglende forenelighed med den primære EU-ret. Den danske lovgivning blev bl.a. kritiseret af Karsten E. Sørensen, som mente, at de dagældende retsregler i 2002 generaliserede på en måde, hvor værnreglerne ramte selskaber, alene fordi de har aktiviteter i udlandet, og at der derved direkte blev forskelsbehandlet mellem selskaber udelukkende, fordi de havde hjemme i en anden medlemsstat end moderselskabet, hvilket han mente ikke ville blive godtaget af EU-domstolen.²⁰⁴ Netop denne kritik blev omdrejningspunktet i Cadbury Schweppes-sagen, hvor det blev fundet, at de dagældende britiske regler hindrede den frie etablering og indeholdt en forskelsbehandling af selskaber, som ikke kunne retfærdiggøres. På baggrund af dette blev man fra dansk side nødsaget til at ændre den danske CFC-lovgivning, da den var tæt beslægtet med de britiske regler på daværende tidspunkt. Her valgte man fra lovgivers side at løse problemet ved at udvide anvendelsesområdet, så CFC-reglerne fremover fandt anvendelse på danske såvel som udenlandske selskaber med det formål, at det skulle fjerne forskelsbehandlingen i lovgivningen. Denne løsning har dog siden hen været kritiseret for stadig at indeholde en reel forskelsbehandling.²⁰⁵ Siden denne kritik, som kort er omtalt i afsnit 4.7, er den nugældende L 2021 1080 trådt i kraft. Det er derfor nærliggende at undersøge, hvorvidt de nugældende regler stadig indeholder denne forskelsbehandling.

²⁰³ Afsnit 3.2 & 4.7

²⁰⁴ Der henvises til afsnit 3.2

²⁰⁵ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 481

Hvis der tages udgangspunkt i, at EU-domstolen fandt, at de britiske CFC-regler på daværende tidspunkt kun fandt anvendelse, bør det alligevel ikke tillægges betydning, at de nuværende danske CFC-regler ikke skelner mellem danske og udenlandske selskaber. Dette skyldes, at det afgørende forhold må være, om reglerne stiller moderselskabet dårligere ved ejerskab af udenlandske selskaber kontra danske selskaber.²⁰⁶

Hvis der dog opstilles en tænkt situation, hvor selskabskonstruktionen er, at et dansk moderselskab ejer hhv. et dansk eller udenlandsk CFC-selskab, vil det dog kunne ses, at moderselskabet vil have et forskelligt skattetilsvare, alt efter hvor CFC-selskabet er beliggende. I situationen hvor CFC-datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark, har både moderselskabet og CFC-datterselskabet en indkomst på 200.000 kr. I dette tilfælde bliver moderselskabet både beskattet af sin egen indkomst samt af datterselskabets indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1.

Moderselskabet vil således blive beskattet af en samlet indkomst på 400.000 kr. Moderselskabet skal heraf betale 88.000 kr. i skat,²⁰⁷ mens datterselskabet skal betale 44.000 kr. i skat af sin egen indkomst. Efter SEL § 32, stk. 11 vil moderselskabet dog opnå en lempelse for den skat, som datterselskabet har betalt, hvorefter moderselskabet har en reel skattebetaling på 44.000 kr. Samlet vil koncernen vil have haft en skattebetaling på i alt 88.000 kr. i skat. I den situation hvor CFC-datterselskabet er hjemmehørende i en anden EU-medlemsstat, vil moderselskabet også blive beskattet af både sin egen indkomst såvel som CFC-selskabets indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1. Indkomsten er fortsat 200.000 kr. pr. selskab. Med en dansk selskabsskattesats på 22 pct. vil det danske moderselskab skulle betale 44.000 kr. i skat af sin egen indkomst. Hvis det antages, at CFC-datterselskabet betaler 15 pct. i lokalskat, vil CFC-selskabet skulle betale 30.000 kr. i skat. Moderselskabet vil efter SEL § 32, stk. 11 blive lempet for den allerede betalte udenlandske skat af CFC-selskabet. Moderselskabet skal på baggrund af dette betale en endelig dansk skat på 58.000 kr. af sin egen og datterselskabets indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1. Koncernen derfor have en samlet skattebetaling på 88.000 kr.²⁰⁸

I eksemplet vil det grundet koncernens samlede skattetilsvare i begge situationer lyde på 88.000 kr., ikke ved første øjekast fremstå som om, at loven indebærer en forskelsbehandling. Forskelsbehandlingen, der argumenteres for, skal i stedet findes i, at moderselskabets skattebetaling er forskellig, afhængigt af om CFC-selskabet er hjemmehørende i Danmark eller i en anden EU-medlemsstat. Da moderselskabets skattetilsvare i eksemplet er 14.000 kr. større ved ejerskabet af et udenlandsk CFC-selskab i forhold til et dansk, vil der derfor ske en forskelsbehandling, som afhænger af, hvilken EU-medlemsstat moderselskabet vælger at etablere et datterselskab i.

I forlængelse af ovenstående pointe har skatteministeren udtalt, at CFC-reglerne yderst sjældent vil finde anvendelse på danske datterselskaber.²⁰⁹ Denne vurdering må skyldes, at de selskaber som vil være omfattet af bestemmelserne, alt andet lige ofte vil være omfattet af reglerne om tvungen national

²⁰⁶ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 473.

²⁰⁷ Med dansk selskabsskattesats på 22 pct.

²⁰⁸ Schmidt, Peter K., *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s. 476-481

²⁰⁹ Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning del 2*, 2021, s. 4.

sambeskatning i SEL § 31. Hvis der er koncernforbindelse, vil datterselskabets indkomst allerede være indregnet i koncernens sambeskatningsindkomst. At der ikke forekommer en ekstra skattebyrde for moderselskabet skyldes, at moderselskabet efter sambeskatningsreglerne vil agere som administrationselskab, og derfor er moderselskabet forpligtet til den samlede indbetaling af skatten i koncernen samt evt. skat vedr. datterselskabet, jf. SEL § 31, stk. 6. Herefter skal datterselskabet efter SEL § 31, stk. 8. forpligte sig til at betale et beløb svarende til dets skat til moderselskabet. Derfor vil CFC-reglerne ikke have en effekt for de danske selskaber.²¹⁰ Samtidig vil det i tilfælde, hvor et dansk datterselskab alligevel omfattes af CFC-reglerne gælde, at det danske datterselskab allerede vil være beskattet efter danske skatteregler, og derfor vil der ikke være en ekstraskat for moderselskabet.²¹¹

Generelt set må en CFC-beskatning af danske selskaber anses for at være en fiktiv situation, som ikke vil finde sted i praksis. Derfor må det kunne konkluderes, at den såkaldte danske CFC-model ikke er forenelig med den primære EU-ret. Da man i praksis stadig har en forskelsbehandling i lovgivningen på lige fod med afgørelsen i Cadbury Schweppes-sagen og dermed må lovgivningen være en hindring for etableringsretten i TEUF art. 49.

I forlængelse heraf skal det dog på baggrund af Cadbury Schweppes-sagen bemærkes, at en sådan forskelsbehandling kan accepteres, såfremt der er tale om tvingende alment hensyn.²¹² Formålet med de danske CFC-regler er som nævnt at undgå en udvanding af skatteprovenuet ved at yderst mobil indkomst flyttes til lavskattelande.²¹³ Som nævnt i afsnit 3.3.3 accepteres et muligt tab af skatteprovenu ikke som et tvingende alment hensyn af EU-domstolen.²¹⁴ Hvis hindringen af etableringsfriheden skyldes en national foranstaltning, som har til formål at bremse rent kunstige arrangementer, der ønsker at omgå de gældende skatteregler, vil dette dog kunne anses som et tvingende alment hensyn af EU-domstolen.²¹⁵ For at kunne konkludere, at der er tale om rent kunstige arrangementer skal der foreligge både et subjektivt og objektivi element,²¹⁶ hvor domstolen bl.a. lægger vægt på økonomisk realitet og reel etablering.

I den nuværende danske lovgivning finder CFC-reglerne som udgangspunkt anvendelse, så snart kontrol- og indkomstbetingelsen er opfyldt. Moderselskabet får således ikke muligheden for at bringe sig uden for CFC-reglernes anvendelsesområde ved at kunne bevise, at etableringen af datterselskabet svarer til en økonomisk realitet, og at der er tale om en reel etablering. Dette gør sig gældende, selvom at der ved L 89 (2020/2021) er indført en partiel substansregel, som netop træder i kraft, hvis det kan dokumenteres, at datterselskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet. Dette kommer af, at den danske partielle substansregel kun omfatter indkomsttypen *anden indkomst fra immaterielle aktiver*, og at der derved stadig vil ske medregning af de resterende CFC-indkomsttyper nævnt i SEL § 32, stk. 5.

²¹⁰ Hvilket med fordel kan sammenholdes med CFC-undtagelsen omkring tilvalg af international sambeskatning.

²¹¹ Hvilket skyldes at der sker fuld lempelse jf. ovenstående eksempel.

²¹² C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 47

²¹³ L 89 (2020/2021) s. 2

²¹⁴ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 49

²¹⁵ Ibid., præmis 51

²¹⁶ Ibid., præmis 64

Ud fra ovenstående vurderes det, at de danske CFC-regler stadig udgør en hindring for etableringsretten i TEUF 49, og at denne hindring ikke kan begrundes i tvingende almene hensyn.

8. Sammenfatning af udviklingen i CFC-lovgivningen

I indeværende afsnit vil resultaterne af de ovenstående undersøgelsesafsnit blive sammenfattet og opsummeret kortfattet. Sammenfatningen vil indeholde en overordnet gennemgang af udviklingen med fokus på, hvordan seneste udvikling i CFC-reglerne har været. Til sidst kommenteres implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet.

Ændringerne på CFC-området i dansk lovgivning kan opsummeres med opstillingen af følgende oversigt.²¹⁷

	1995	2002	2007	2021
Geografisk anvendelsesområde	Udenlandske enheder		Udenlandsk	
Lavskattebetingelse	Vurdering i praksis (< 25 pct.)		Udenlandsk skat < 3/4 af dansk skat	Ophævet
Kontrolbetingelsen	Aktier > 50 pct. Stemmer > 50 pct.		Aktier > 25 pct. Stemmer > 50 pct.	Bestemmende indflydelse efter SEL § 31 C Over 50 pct. af enten stemmer, kapital eller ret til overskud + Tilknyttede personer
Indkomstbetingelse	Praksis ABL 2a	Finansiell indtægt > 50 pct.	CFC-indkomst > 1/3	CFC-indkomst > 50 pct. CFC-indkomst > 1/3
Aktivbetingelse	Nej	Finansielle aktiver > 50 pct.	Ophævet	Finansielle aktiver > 10 pct. Ophævet
Medregnings hos moderselskab	Kun CFC-indkomst		Al indkomst	Al indkomst - mulighed for kun CFC-indkomst
Definition af CFC-indkomst	Nej		Ja, SEL § 32, stk. 5.	Ja, stk. 5. + Anden indkomst fra immaterielle og faktureringselskaber

(figur 4 – oversigt over ændringer i dansk CFC-lovgivning)

Ud fra ovenstående kan det ses, at kontrolbetingelsen gennem årene løbende har været genstand for både stramninger og lempelser. Fælles for alle ændringer har dog været, at der som udgangspunkt kunne opnås kontrol ved ejerskab over flertallet af stemmer i datterselskabet.²¹⁸ I gældende ret opnås der kontrol jf. SEL § 32., stk. 6. hvis moderselskabet har direkte eller indirekte har indflydelse på mere end 50 pct. af stemmerettighederne, ejer mere end 50 pct. af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 pct. af overskuddet i datterselskabet. Hertil gælder indflydelsen fra tilknyttede personer. Hvor af den nugældende kontrolbetingelse er blevet udvidet i forhold til tidligere bestemmelse. Sammenholdes dette med skatteundgåelsesdirektivet må der være tale om fuld overensstemmelse mellem disse, da kontrolbetingelsen hverken er blevet overimplementeret eller underimplementeret i dansk lov.

²¹⁷ Videreudvikling af Peter Koerver Schmidts oversigt fra 2013. Findes i *Dansk CFC-beskatning*, 2013 s. 111

²¹⁸ Hvilket i perioden 2007-21 også ville opfylde SEL § 31 C.

Ændringerne i anvendelsesområdet har været ret markante, herunder især den geografiske afgrænsning. Længe var det udelukkende udenlandske datterselskaber, som var underlagt CFC-lovgivningen (1995 – 2007). Efter afgørelsen i Cadbury-Schweppes-sagen valgte lovgiver fra dansk side at forsøge at fjerne den formodede forskelsbehandling ved at udvide anvendelsesområdet, således at danske selskaber også omfattes CFC-reglerne, hvilket stadig er gældende. Seneste ændring af anvendelsesområdet har været at visse trusts og selvejende institutioner nu er omfattet.

Indkomstbetingelsen har også løbende været genstand for lempelser og stramninger. Der ses dog en tendens i lovens udvikling til, at indkomstbetingelsen løbende blev objektiviseret. Den nugældende indkomstbetingelse er opfyldt, når CFC-indkomsten udgør mere end 1/3 af den samlede indkomst, altså det samme krav som lovgivningen fra 2002-2007, som ellers ifm. L 213 (2006/2007) var blevet lempet til 50 pct. I forbindelse hertil kommer, at en udtømmende og håndgribelig definition af de indkomsttyper, som udgår CFC-indkomsten blev introduceret i 2002 – hvor indkomstbetingelsens ordlyd også ændrede sig fra finansiel indkomst til CFC-indkomst. Listen af omfattede indkomsttyper blev markant udvidet ved L 89 (2020/2021) ved inddragelse af anden indkomst fra immaterielle aktiver og indkomst fra faktureringsindkomst.

Til sidst vil det kort bemærkes, at aktivbetingelsen ad flere omgange har været afskaffet og (gen)introduceret. Ved sidste lovændring ophævede lovgiver igen aktivbetingelsen. Da en bibeholdelse af aktivreglen ikke ville overholde minimumskravene i skatteundgåelsesdirektivet.

8.1. De danske regler og skatteundgåelsesdirektivet

Når vi ser på gældende ret, så er det værd at bemærke, at lovgiver har valgt en overimplementering af skatteundgåelsesdirektivet i dansk ret, da man har valgt at gøre de danske CFC-regler strengere, end hvad EU ret beset kræver. Skatteministerens argument for dette er, at Danmark ved en direkte minimumsimplementering af direktivet ikke vil opnå en tilfredsstillende grad af sikkerhed.²¹⁹ Man har fra dansk side bl.a. valgt ikke at implementere den såkaldte lavskattebetingelse²²⁰ i lovgivningen. Dog er det særligt undladelsen af en generel substansregel, som der bør være fokus på. Selvom der som gennemgået i afsnit 7.4.1 er blevet tilføjet en partiel substansregel i lovgivningen, er der stadig tale om en stramning, idet substansreglen kun gælder anden indkomst fra immaterielle aktiver - et indkomstbegreb som er ny-introduceret og derfor i sig selv udgør en udvidelse af reglerne. Denne overimplementering har skabt en vis undring i erhvervslivet, hvor det bl.a. frygtes, at danske virksomheders konkurrenceevne kan blive svækket i forhold til virksomheder beliggende i andre EU-lande, hvor CFC-reglerne blev ændret ved en direkte minimumsimplementering af direktivet.

I forlængelse heraf skaber lovgivers valg om kun at indføre en partiel substansregel i dansk ret en vis undren. Kritikken af CFC-reglernes forenelighed med EU-retten, som gennemgået i afsnit 7.6, vil ikke være gældende, hvis det danske regelsæt havde haft en generel substansregel indført. En generel substansregel vil også gøre de danske regler tættere med minimumskravene i direktivet og på den måde vil have imødekomme den bekymring, som det danske erhvervsliv har udtrykt ifm. overimplementeringen af direktivet. Det anerkendes dog, at der i juridisk litteratur i længere tid har været efterspurgt en

²¹⁹ L 89 (2020/2021), almindelige bemærkninger, s. 6

²²⁰ Skatteundgåelsesdirektivet, art. 7, stk. 1, litra b.

konkretisering fra EU's side af, hvornår det objektive kriterie i misbrugsbegrebet er opfyldt,²²¹ ²²² hvorfor dette måske vil kunne vanskeliggøre processen. Men det findes dog netop på denne baggrund besynderligt, at man i dansk ret vælger at vanskeliggøre processen på en enkelt indkomsttype alligevel. Det bidrager til den undren om at videreføre den danske CFC-model med det meget brede anvendelsesområde, at denne model adskiller sig markant fra alle de øvrige medlemslandes regler, herunder også fra reglerne hos vores nordiske EU-naboer. Samtidig går den danske CFC-model også imod anbefalingerne fra Implementeringsrådet, som overordnet set anbefalede, at Danmark så vidt muligt følger direktivet og ikke indfører eller beholder danske særregler, der går længere end direktivet.²²³ Beslutningen om kun at indføre en partiel substanstest må antages hovedsageligt at være baseret på skatteministerens opfattelse af, at en generel substanstest ville udgøre en markant svækkelse af regelsættet, der kunne resultere i tab af et milliardprovenu.²²⁴ Ved udelukkende at lade substansreglen gælde for en indkomsttype, som i forvejen er en udvidelse af CFC-indkomstdefinitionen, vil risikoen for denne potentielle svækkelse blive mindsket set i forhold til en eventuel indførsel af en generel substanstest. Samtidig vil den partielle substanstest, set fra et rent politisk perspektiv fra lovgivers side, udvise en reaktion på kritikken og på denne måde været med til at skabe enighed om vedtagelse af lovændringen.

²²¹ Jf. kritikken behandlet i afsnit 3.3.3

²²² Se Europa Kommissionen, *Commission Decision of 2.4.2019*, hvor Storbritannien i en meddelelse til Europa-Kommissionen udviste bekymring om manglende retspraksis i henhold til, hvordan 'kunstige arrangementer' skal fortolkes og behandles i praksis.

²²³ Schmidt, Peter K., *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret*, 2021, s. 12

²²⁴ L 89 (2020/2021), almindelige bemærkninger, s. 6

9. Konklusion

Formålet med dette speciale har været at redegøre for den danske CFC-lovgivning gennem et nutidigt og retshistorisk perspektiv, hvilket har dannet baggrund for en vurdering af hvorvidt de danske regler er forenelige med EU-retten. Den historiske retspraksis er blevet gennemgået for at opnå viden om de mest relevante begivenheder og problemstillinger, som har haft betydning for den danske CFC-lovgivning gennem årene. Denne viden gjorde det samtidig muligt at sammenholde gældende ret med tidligere regler med henblik på at tydeliggøre de væsentlige ændringer ved den seneste lovændring på området i 2021. Således har gennemgangen bidraget til vurderingen af, hvorvidt de danske CFC-regler ultimativt er forenelige med EU-retten.

En konkret CFC-lovgivning blev introduceret i dansk skatteret i 1995. En lovgivning der på daværende tidspunkt og i dag har til formål at forhindre, at den danske skattebase bliver udhulet ved, at selskaber flytter mobil indkomst til beskatning i andre lande, som har en lavere skattesats. Reglerne var i begyndelsen ret uhåndgribelige i praksis, da flere af bestemmelserne byggede på konkrete vurderinger. I de efterfølgende år blev flere af bestemmelserne i CFC-lovgivningen dog objektiviseret, hvor bl.a. en klarere definition af de omfattede indkomsttyper gjorde reglerne mere anvendelige i praksis. Det var dog ikke kun kritik af, hvordan reglerne skulle anvendes i praksis, der prægede den juridiske litteratur på området. CFC-lovgivningen fik allerede kort tid efter introduktionen i dansk ret, i den juridiske litteratur kritik for dens manglende forenelighed med den primære EU-ret. Med afgørelsen i den præjudicelle sag C-196/04 Cadbury Schweppes erklærede EU-domstolen sig principielt enig i den kritik, som den juridiske litteratur rejste mod CFC-lovgivningen. Konkret omhandlede sagen den britiske CFC-lovgivning, som EU-domstolen vurderede til at udgøre en hindring af en af grundrettighederne i EU-retten, nemlig etableringsretten. I afgørelsen gjorde EU-domstolen det klart, at der ikke må ske en forskelsbehandling af selskaber baseret på, hvor disse er etableret, medmindre at der var tale om at forskelsbehandlingen (hindringen af etableringsretten) kunne begrundes i *tvungende almene hensyn*, hvilket vil være tilfældet, hvis reglerne kun retter sig mod at stoppe *rent kunstige arrangementer*. Det vil sige, når der ikke er økonomisk realitet i en enhed, samt at enhedens formål er at undgå beskatning. På baggrund af denne afgørelse var lovgiver nødt til at foretage en større ændring af den daværende danske CFC-lovgivning. Her valgte lovgiver at fjerne den af domstolen nævnte forskelsbehandling ved at ændre anvendelsesområdet for reglerne til både at omfatte danske såvel som udenlandske enheder. Selvom lovgiver flere gange understregede, at forskelsbehandlingen ikke længere var eksisterende, blev der stadig stillet spørgsmålstegn ved reglernes forenelighed med EU-retten i den juridiske litteratur.

OECD offentliggjorde i 2015 BEPS-rapporten. En rapport som blev udarbejdet da der var begrundet frygt for, at der på internationalt plan var huller i skattereglerne, som i værste fald kunne udnyttes til at opnå skatteundgåelse. Rapporten kom med seks konkrete byggesten, som lande anbefales at opbygge deres CFC-lovgivning efter. Udarbejdelsen af denne førte til, at man fra Europa-Kommissionens side valgte at udarbejde skatteundgåelsesdirektivet - et minimumsdirektiv som har til formål at sikre en fælles og ensidig implementering af BEPS-rapportens anbefalinger. Det er på baggrund af implementeringen af direktivet, at de danske CFC-regler i 2021 gennemgik en række ændringer i forbindelse med vedtagelsen af L 89 (2020/2021).

I de nye CFC-regler har man fra lovgivers side valgt at bibeholde det brede anvendelsesområde for at undgå forskelsbehandling. I lovændringen har man dog udvidet kontrolbetingelsen, således at der ikke længere opnås kontrol, når koncernen har bestemmende indflydelse efter SEL § 31C, men at kontrollen opnås hvis moderselskabet direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 pct. af overskuddet i datterselskabet. Hertil skal indflydelse på henholdsvis stemmerettighederne, kapitalen eller overskud fra tilknyttede personer medregnes.

Derudover har man skærpet tærsklen for opfyldelse af indkomstbetingelsen fra 50 pct. til 1/3, hvilket er i overensstemmelse med skatteundgåelsesdirektivet. En skærpelse, som bør resultere i, at flere selskaber vil blive omfattet af CFC-reglerne end tidligere.

En af de mest omdiskuterede ændringer ved L 89 (2020/2021) er tilføjelsen af to nye indkomstkategorier - anden indkomst fra immaterielle aktiver og indkomst fra faktureringselskaber, som fremadrettet begge skal medregnes i CFC-indkomsten. En ændring som alt andet lige vil medføre, at indkomstbetingelsen opfyldes af flere enheder. Årsagen er, at når anden indkomst af immaterielle aktiver nu skal medregnes, kræver det, at koncerner udskiller anden indkomst fra immaterielle aktiver fra en samlet salgsindkomst, således at en eventuel royalty indkomst ikke er indbefattet af salgsindkomsten. I forbindelse med denne indkomsttype har lovgiver dog efter længere tids politisk uenighed valgt at indføre en partiel substansregel i lovgivningen, som konkret betyder, at datterselskaber ikke skal medregne anden indkomst fra immaterielle indtægter, hvis datterselskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet vedrørende de immaterielle aktiver, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder.

Hvis de nugældende danske CFC-regler sammenholdes med skatteundgåelsesdirektivet, kan det konstateres, at lovgiver har valgt en overimplementering af direktivet i dansk ret. Her henvises der til, at lovgivningen hverken indeholder en lavskattebetingelse eller en generel substansundtagelse til CFC-beskatning på trods af, at disse indgår i skatteundgåelsesdirektivet. Denne undladelse gør, at anvendelsesområdet for CFC-beskatning er bredere end det som blev forslået i direktivet. Dette kommer af, at lovgivningen omfatter alle datterselskaber, uanset om datterselskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet og ikke er beliggende i et lavskattelands. En prioritering fra dansk side, som kan medføre at almindelige driftsselskaber bliver omfattet af CFC-beskatning. Dette harmonerer således ikke med CFC-lovgivningens overordnede formål, som er at være værnsregler mod decideret skatteundgåelse. I forlængelse heraf vurderes det yderligere, at de gældende CFC-regler stadig indeholder en forskelsbehandling hos moderselskabet. Dette skal forstås således, at CFC-reglernes opbygning medfører, at et moderselskab vil have en større skattebyrde ved etablering af et datterselskab i en anden medlemsstat, som har en lavere skattesats end Danmark, sammenlignet med moderselskabets skattebyrde i en situation, hvor datterselskabet etableres i Danmark. Hertil vurderes det yderligere, at tanken om at CFC-beskatte danske datterselskaber må være en fiktiv situation, fordi moderselskabet vil blive lempet for hele datterselskabets skattebetaling, samt at indenlandske koncernstrukturer i forvejen er omfattet af reglerne om tvungen national sambeskatning.

Forskelsbehandlingen i dansk ret vurderes derfor at udgøre en hindring af etableringsfriheden i EU. Yderligere kan det ikke findes, at denne hindring kan begrundes i at være et tvingende alment hensyn, og det vurderes derfor, at de nugældende danske CFC-regler er i strid med den primære EU-ret. Den tidligere kritik af de danske CFC-regler må derfor anses for stadig at være gældende. Hvorvidt dette synspunkt understøttes af EU-domstolen, vil dog i sidste ende afhænge af, at EU-domstolen i fremtiden får mulighed for konkret at tage stilling til dette.

Litteraturliste

Fagbøger

Hansen, Lone L. & Werlauff, Erik, *Den juridiske metode – en introduktion*, 2. udgave. Kbh: Jurist- og Økonomforbundet, 2016.

Michelsen, Aage, Laursen, Anders N., Dalgas, Anja S. *International skatteret*. 4. udgave. 1. oplag. Kbh: Karnov Group, 2017.

Pedersen, Jan, M. Kørsel, J. Ferniss, og C. H. Eriksen. *Skatteretten 2* 9. udgave. København: Karnov Group, 2021.

Peytz, Henrik. *Selskabsskatteloven med kommentarer*. bind II. Kbh: Jurist- og Økonomforbundet, 2020.

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

Sørensen, Karsten Engsig & Danielsen, Jens Hartig. *Uddrag af EU-Retten*. 7. rev. udg. København: Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2019

Tell, Michael, Schmidt, Peter K. Weber, Katja D., *International skatteret - i et dansk perspektiv*. 1. udgave. Kbh: Hans Reitzel, 2015.

Werlauff, Erik. *Selskabsret*. 11. udgave. Kbh: Karnov Group, 2019

Rapporter, tidsskrifter og vejledninger

Amby, Christen, *Nye CFC-regler*, SPO.2002.102, (Skattepolitisk Oversigt)

Bundgaard, Jakob, *Embedded royalties – en ny skat på udenlandske IP-rettigheder*, 2021 – TAXO.2021.06 (TAXO)

Den juridiske vejledning, SKAT.

Europa Kommissionen, *Commission decision of 2.4.2019 – on the state aid SA.44896*, Brussel, 2019

Hansen, Anders Oreby & Lytken, Poul Erik, *CFC-regler på tynd is?*, SU 2012, 141 (Skat Udland)

Hansen, Lars Cort, *Tynd kapitalisering, CFC-regler og armslængdeprincippet*, SR.1999.0042 (SR-Skat)

Karnovs noter til selskabsskatteloven.

Michelsen, Aage, *CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrebet i EU-retten*, 2018 - SU 2008, 85 (Skat Udland)

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013 –

OECD/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project – Designing effective controlled foreign company rules, Action 3*, 2015

OECD, *Base Erosion and Profit Shifting Project - Executive Summary*, 2015

OECD, *Understanding BEPS - From tax avoidance to digital tax challenges*, 2019

Schmidt, Peter Koerver *Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret – en retlig analyse med komparative og EU-retlige overvejelser*, 2021 - SR.2021.0255 (SR-Skat)

Stenholdt, Søren, *Tvungen sambeskatning (CFC-beskatning)*, SU 1995, 148 (Skat Udland)

Sørensen, Karsten Engsig, *Skattekonkurrence og ulovlig statsstøtte*, SU 1998, 320 (Skat Udland)

Sørensen, Karsten Engsig, *Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis*, SU 2008, 84 (Skat Udland)

Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, RR.2021.08.0038 (Revision & Regnskabsvæsen)

Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning – del 2*, 2021, RR.2021.09.0020 (Revision & Regnskabsvæsen)

Retspraksis

Danske afgørelser:

SKM 2002.628.LR

Anonymiseret afgørelse – udgivet i nyhedsbrev fra SKAT af 18. september 2009.

SKM 2014.830.SR

EU-domstolen:

Sag C-246/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Domstolens dom af 4. oktober 1991.

Sag C-55/94, Gebhard, Domstolens dom af 30. november 1995.

Sag C-264/96, ICI, Domstolens Dom af 16. juli 1998.

Sag C-212/97, Centros, Domstolens dom af 9. marts 1999.

Sag C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Sml., Domstolens dom af 26. oktober 1999.

Sag C-167/01, Inspire Art, Domstolens dom af 30. september 2003.

Sag C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, Domstolens Dom (Femte Afdeling) af 11. marts 2004

Sag C-446/03, Marks & Spencer, Domstolens Dom (Store Afdeling) af 13. december 2005.
Sag C-196/04, Cadbury-Schweppes, Domstolens Dom (Store Afdeling) af 12. september 2006.
Sag C-341/04, Eurofood IFSC, Domstolens Dom (Store Afdeling) af 2. maj 2006.
Sag C-593/14, Masco, Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 21. december 2016.
Sag C-116/16, T Danmark & Sag C-117/16, Y Denmark, Domstolens dom (Store Afdeling) af 26. februar 2019
Sag C-116/16, T Danmark & Sag C-117/16, Y Denmark

Direktiver og direktivforslag:

Europa-Kommissionens forslag til Rådets Direktiv af 28. januar 2016, 2016/0011
Rådets Direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 (Skatteundgåelsesdirektivet)

Lovbekendtgørelser:

LBKG 1995-05-17, nr. 312
LBKG 2002-08-28, nr. 736
LBKG 2006-12-14 nr. 1745
LBKG 2012-11-14, nr. 1082
LBKG 2015-01-09, nr. 19
LBKG 2021-02-22, nr. 251

Lovforslag, bemærkninger og bilag

Lovforslag L 35 (1994/1995), Skatteministerens svar på henvendelse fra EY, bilag 26.
Lovforslag L 35 (1994/1995), Skatteministerens svar på henvendelse fra det østasiatiske kompagni, bilag 21.
Lovforslag L99 (2001/2002 - 2.samling), bemærkninger til lovforslaget.
Lovforslag L 99 (2001/2002), bemærkninger til lovforslaget.
Lovforslag L213 (2006/2007), betænkning af 23. maj, bilag 29.
Lovforslag L 213 (2006/2007), bemærkninger til lovforslaget.
Lovforslag L 89 (2020/2021), bemærkninger til lovforslaget.
Lovforslag L 89 (2020/2021), høringskema, bilag 1.
Lovforslag L 89 (2020/2021), betænkning af 27. maj, bilag 26.