

CFC-lovgivning fra et dansk perspektiv og udviklingen heraf



Ludvig Stampe Damgaard Christensen

Titel: CFC-lovgivning fra et dansk perspektiv, og udviklingen heraf.

Aalborg Universitet

Cand.merc.aud

7. Semester

Kandidatafhandling

Antal anslag: 142.913

Antal normalsider: 63,5

Vejleder: Anders Larsen

Afleveringsdato 03/01/2025

Forfatter:

Ludvig Stampe Damgaard Christensen

Studienummer:

20216080



**AALBORG
UNIVERSITET**

Abstract

This thesis examines the historical changes in Danish tax regulations in regard to *Controlled Foreign Companies* ("CFC"), as well as an elaborate analysis on recent changes made to regulations by the law L 89 passed in 2021. Furthermore, the thesis sheds light upon how Danish tax regulations has developed in tune with an increasingly internationalized society.

Danish CFC-legislation was initially introduced in 1995 and has seen countless changes since. Laws, conditions and definitions has changed throughout the years, and has been subject to external factors. This is evident when analyzing the OECD's Base Erosion and Profit-Shifting Project report Action 3, which was the fundamentals of CFC-taxation law on which the European Commission built the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). This directive was designed to be a unified effort to combat companies, who aggressively planned their taxation in order, to optimize profit and pay as little to government as possible. The thesis does a thorough walkthrough of the minimum requirements presented by the EU, which the members of the Union must've correctly implemented in national law.

Continuously the thesis analyzes the changes made to CFC-legislation, when Denmark implemented the abovementioned Directive, and how these changes impacted national law. The implementation of the Directive resulted in major changes, and the addition of inclusion of several streams of income, which was to be acknowledged and defined as CFC-income. Furthermore, the implementation changed for the *control-condition* and *asset-condition* already present in Danish legislation. In addition, the thesis discusses and analyzes the addition of a *partial substance-test*, in which Danish legislation and the impact of this addition, which allows for an assessment of whether a corporation has sufficient substance. Concludingly the thesis investigates the legal effects of the implementation of L 89.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1 - Indledning.....	1
1.2 Problemformulering og struktur	2
1.3 Afgrænsning	3
1.4 Metode.....	3
Kapitel 2: Retshistorisk baggrund	5
2.0 Introduktion til kapitlet.....	5
2.1 CFC-beskatning	5
2.1.2 Controlled Foreign Company.....	5
2.1.3 Betingelser for CFC-indkomst.....	6
2.1.4 Oprindelse af CFC-beskatningen i Danmark	8
2.2 Centrale ændringer i lovgivning før L 89	9
2.2.1 De oprindelige CFC-beskatningsregler.....	9
2.2.2 Aktiv- og passivbetingelsen og udvikling heraf	10
2.2.3 Harmonisering med EU og OECD	14
3.3 OECD's Base Erosion and Profit Shifting.....	17
3.3.1 OECD og BEPS.....	17
3.3.1 Baggrund og formål	18
3.3.2 BEPS – Action 3	19
Kapitel 4: Anti-Tax Avoidance Direktivet	27
4.1 Introduktion	27
4.2 Indledende direktivforslag.....	27
4.3 Rådets Anti Tax-Avoidance-direktiv af 12. juli 2016	28
Kapitel 5: CFC-beskatning efter L 89	32
5.1 Introduktion	32
5.2 Anvendelsesområde af CFC-regler	33
5.3 Ændringer efter L 89.....	33
Kapitel 6 - Konklusion.....	52
Litteraturliste.....	54

Kapitel 1 - Indledning

Vi lever i en stadig mere globaliseret verden, hvor nationale skattesystemer er under pres, for at kunne lovgive på et evigt udviklende lovgivningsområde. Multinationale selskaber operer på tværs af grænser, og kan udnytte forskelle i skattesatser og lovgivning til at minimere deres skattebetalinger – ofte på bekostning af lande med høj skattesats, og deres provenu herpå. For at beskytte skattebasen har mange lande, herunder Danmark, indført regler som Controlled Foreign Company-lovgivning. Disse regler har til formål at forhindre at selskabers overskud flyttes til lande med lav skattesats, uden en reel økonomisk aktivitet heri.

Denne afhandling undersøger, hvordan den danske CFC-lovgivning har udviklet sig i takt med globaliseringen og de problemstillinger, som nationale selskaber medfører. Fra de første CFC-regler til implementeringen af EU's Skatteunddragelsesdirektiv og Organisationen for Økonomisk samarbejde og udviklings BEPS-projekt, har Danmark løbende justeret i lovgivningen for at kunne imødegå nye udfordringer. Men hvordan har disse tilpasninger påvirket balancen mellem behovet for at beskytte skattebasen og hensynet til at fastholde Danmarks attraktivitet som en åben økonomi? Og hvordan forholder de danske regler sig til internationale anbefalinger og retspraksis?

Ved at analysere centraler ændringer i dansk CFC-lovgivning belyser denne afhandling, hvordan globale tendenser og internationale selskabers adfærd har formet den danske lovgivning. Samtidig søges det afdækket, om de implementerede regler effektivt kan håndtere de udfordringer de er designet til at løse. Emnet er særligt relevant da det illustrerer de komplekse udfordringer medlemslandene i EU møder, når de skal kunne begrænse selskabers mulighed for at overføre overskud til lande med lav skattesats, uden at gå imod den frie bevægelighed fremsat i TEUF.

1.2 Problemformulering og struktur

Som berørt i indledning er der på CFC-lovgivning sket en stor udvikling, siden indførslen af de første regler herom. Derfor søger indeværende afhandling at afdække nedenstående problemformulering:

Hvordan har dansk lovgivning udviklet sig på CFC-området i takt med globaliseringen og problemstillinger mødt ved internationale selskaber, og hvordan er dette udtrykt i L 89?

Hertil søger specialet er foretage en historisk gennemgang af CFC-lovgivningens retshistorie i Danmark, samt udarbejde en analyse af nyeste lovgivning på dette område. Dette ønskes at gøre ved nedenstående struktur:

Retshistorisk baggrund for CFC-lovgivning	Introduktion til CFC
	Betingelser
	Relevante domsafsigelser
OECD's BEPS-rapport	Definition af CFC-selskab
	CFC-indkomst iflg. OECD
Anti Tax-Avoidance direktivet	Indledende direktivforslag
	Fremsatte CFC-regler
	Model A og B
CFC-beskatning efter L 89	Anvendelses-område
	Ændringer efter L89
	Partiel substans-test
	Retsvirkning
Konklusion	

Afhandlingens opbygning af baseret på en indledning og forståelse hvorfor CFC-lovgivningens historie i Danmark, for at opnå en forståelse herfor, som skal danne et fundament for forståelsen i senere kapitler. Dette efterfølges af en gennemgang af OECD's BEPS-rapport og EU's Anti-Tax Avoidance direktiv, som skal danne den grundlæggende forståelse for udarbejdelsen af den seneste lovgivning på CFC-området i Danmark, og samspillet mellem EU og Danmark herpå. Afslutningsvist søger specialet at foretage en analyse af udviklingen som indførslen af L 89 medførte for dansk lovgivning.

1.3 Afgrænsning

Indeværende afhandlings hovedformål er at foretage en analyse af ændringer i CFC-lovgivningen og ændringer der kom som følge af indførslen af L 89, hvorfor der afgrænses til kun at kigge på dansk lovgivning. Opgaven vil derfor begrænse sig til udelukkende af diskutere de juridiske konsekvenser som lovændringen heri medbringer, samt den historiske juridiske udvikling, hvorfor der ikke belyses nogle økonomiske problemstillinger. Her fokuserer der på *aktivbetingelsen*, *kontrolbetingelsen*, og *indkomstbetingelsen*. Heri begrænser afhandlingen sig også til udelukkende overfladisk at berøre harmonisering af EU-direktiver.

Fortsat begrænser afhandlingen sig til udelukkende at diskutere den historiske udvikling og analysere udviklingen af L 89, for de selskaber som er omfattet af SEL § 32, stk. 1, hvorfor den ikke vil omfatte fysiske personer, dødsboer eller andre juridiske aktører.

Specialet vil gå i dybden med OECD's BEPS-rapport Action 3, som følge af det grundlag som denne dannede for det efterfølgende Anti Tax-Avoidance direktiv, som har haft direkte indflydelse herpå, og derfor findes at være det mest relevante element i BEPS-rapporterne, for at kunne besvare afhandlingens problemformulering. Der afgrænses derfor fra at berøre andre BEPS-rapporter, end blot overfladisk.

Fortsat foretager afhandlingen en gennemgang af Anti Tax-Avoidance direktivet fremsat af EU, og hvordan denne påvirkede den danske lovgivning. Her afgrænser specialet sig til at lave en kort gennemgang af det indledende direktivforslag, for herefter at gennemgå model A og model B som medlemslandene blev fremsat.

Afslutningsvist afgrænser specialet sig til at foretage en analyse af hvordan indførslen af L 89 påvirkede den danske lovgivning, samt hvad udviklingen i særlige elementer heri var. Her afgrænser opgaven sig til udelukkende at analysere *kontrolbetingelsen*, *aktivbetingelsen*, *indkomstbetingelsen*, *definitionen af CFC-indkomst*, *anden indkomst fra immaterielle aktiver*, *indkomst fra faktureringselskaber* og indførslen af den *partielle substanstest*, for afslutningsvist at berøre retsvirkningen af L 89.

1.4 Metode

Det er udelukkende den juridiske metode, som skal danne rammen for hvordan afhandlingen besvarer den fremsatte problemstilling. Til besvarelse af denne problemstilling vil der inddrages retskilderne ud fra retskildelæren¹ og den retsdogmatiske metode². Heri vil der foretages udgangspunkt i hhv. regulering og retspraksis.

¹ Tvarnø, C., og Nielsen, R., "Retskilder og Retsteorier", 2017, s. 34

² Tvarnø, C., og Denta, S., 2018, side 55.

1.4.1 Regulering og EU-retten

Der vil i indeværende afhandlingen inddrages dansk regulering i overensstemmelse med *lex-reglerne*, herunder *lex posterior*, *lex specialis* og *lex superior*³. Fortsat vil der tages udgangspunkt i den primære retskilde til dansk CFC-beskatning, selskabsskattelovens § 32, som udgør den internationale skatterets *første dimension*, hvor national lovgivning berører beskatningskompetencen i internationale relationer og scenarier⁴.

Fortsat vil der inddrages Skatteundtagelses Direktivet, ATAD, som har dannet grundlag for ændringen i dansk lovgivning på CFC-området. Dette direktiv var udelukkende et minimumsdirektiv, som tillod medlemslandene selv at kunne foretage lovgivning på området, såfremt det er foreneligt med den primære EU-ret.

1.4.2 Retspraksis

Der vil i løbet af afhandlingen anvendes adskillige domme hvori EU-domstolen har svarede på præjudicielle svar. Dette kommer som følge af dennes indflydelse på de internationale skatteregler, grundet dens forrang. Fortsat vil afhandlingen kort berøre TEUF og den frie bevægelighed fremsat heri.

1.4.3 Retdogmatisk metode

Specialet vil anvende den retsdogmatiske metode. Anvendelse af dette sikrer og tillader at de anvendte retskilder behandles korrekt, og herved bliver analyseret i en bestemt rækkefølge. Dette sikrer at man ved analyse heraf udleder den korrekte retsfølge på de anvendte hjemler(er), og gyldigheden af disse.

³ Tvarnø, C., og Nielsen, R., "Retskilder og Retsteorier", 2017, s. 48.

⁴ Schmidt, P., Tell, M., og Weber, K., "International skatteret", 2020, kapitel 1.2.

Kapital 2: Retshistorisk baggrund

2.0 Introduktion til kapitlet

Der vil i indeværende kapitel blive foretaget en gennemgang af CFC-beskatningens udvikling i Danmark, såvel som retshistorien herfor. Kapitlet vil derfor tage udgangspunkt i de nuværende og historiske regler for CFC-beskatningen og formålet ved indførslen af disse. Endvidere vil der i indeværende kapitlet blive foretaget en gennemgang af undtagelserne til CFC-beskatningen.

Kapitlet søger at redegøre for den historiske udvikling på det internationale skatteområde, da dette vil danne fundament for resten af opgaven. Dette kommer som følge af, at det findes relevant med baggrundsviden herom, inden opgaven begynder at analysere hhv. BEPS, ATA og den partielle substanstest. Det bemærkes fortsat at den retshistoriske forståelse for CFC-beskatningen findes relevant at inddrage i opgaven, inden diskussionen af hvorvidt der er forenelighed mellem de EU-opstillede krav (primærretten) herpå, og den danske lovgivning. Afslutningsvist bemærkes det at indeværende afsnit søger af redegøre for, hvornår selskaber er underlagt dansk lovgivning for CFC-beskatning, med henblik på at inddrage dette i analysen, senere i opgaven.

Endvidere vil indeværende afsnit søge at redegøre for Base Erosion of Profit Sharing, såvel som EU's skatteundgåelses direktivet (Anti-Tax Avoidance Direktivet) (Fremover "ATAD"). Dette findes relevant at etablere en forståelse for, inden opgaven påbegynder analysen i kapitel 3.

2.1 CFC-beskatning

2.1.2 Controlled Foreign Company

Controlled Foreign Company er som ordlyden giver indikation på. Det er selskaber der er af ejet og kontrolleret af udenlandske skatteaktører. Dette kan forekomme ved at man i en international koncern har selskaber på tværs af landegrænser i Europa. I Danmark forstås CFC-indkomst specifikt ved udenlandske selskaber eller foreninger, som skatteobjektet har bestemmende kontrol over, jf. ligningslovens §§ 16 H og 16 I⁵. Hertil vil CFC-indkomst derfor forstås som indkomst erhvervet af et eller flere *Controlled Foreign Company*⁶.

⁵ Ligningsloven, Lovbekendtgørelse 2021-08-17 nr. 1735

⁶ C.A.2.4 CFC-indkomst. Tax.dk

Der blev i USA 1962 vedtaget de første CFC-regler⁷, og sidenhen er der gradvis flere og flere lande der har vedtaget lovgivning indenfor denne internationale skattemæssige problemstilling. Der vil i næste afsnit behandles og redegøres for den danske indførsel af relevant lovgivning for denne problemstilling.

I nyere tid har relevant CFC-lovgivning i mange lande, haft svært ved at følge med den internationale udvikling. Dette har resulteret i at de forældede regler, ikke har korrekt har kunne imødegå og afdække de scenarier man ser i en mere globaliseret verden. Der er sidenhen blevet opstillet regler for EU-medlemslande af Organisation for Economic Corporation and Development (fremover OECD).

OECD opstod som følge af manglen på anvendelige regler. OECD i sig selv har ikke en juridisk bindende magt, men fungerer udelukkende som en traktatbaseret organisation, hvorfor denne udelukkende opstiller retningslinjer for medlemslandene i EU⁸. Altså fungerer OECDs anbefalinger til medlemslande ikke som lovgivning, men snarere *soft law*⁹ og derfor udelukkende anbefalinger til medlemslande, som forpligter sig politisk til at efterleve disse anbefalinger. Hertil har OECD opstillet vejledninger til *Base Erosion of Profit Sharing*. Disse vil blive forklaret yderligere senere i opgaven.

2.1.3 Betingelser for CFC-indkomst

I indeværende afsnit findes det relevant at foretage en kort introduktion til betingelser for CFC, for at skabe en forståelse inden der foretages en dybdegående analyse af disse i kapitel 5. Førrend at en koncern af international karakter, kvalificerer sig til at have indkomst so kan betegnes som værende *CFC-indkomst*, er der opstillet en række betingelser som skal gøre sig gældende, disse er oplistet i Selskabsskattelovens (Fremover SEL) § 32 udtømmende liste. Indeværende paragraf fremstiller nedenstående kriterier for hvorvidt et selvstændigt skattesubjekts indkomst kan klassificeres som CFC-beskatning. Der vil i kommende underafsnit blive gennemgået disse materielle betingelser, som alle skal være opfyldt, forend at indkomsten kan klassificeres som CFC-indkomst.

2.1.3.1 Materielle betingelser

Af SEL § 32 er der opstillet et række materielle betingelser. Dette er indkomstbetingelsen, kontrolbetingelsen og aktivbetingelsen. Disse betingelser finder udelukkende sted for de skattesubjekter som er omfattet af SEL § 1, eller 1, stk. 1, litra a.

⁷ Reuven S. Avi-Yonah, Bulletin for International Taxation 2008, s.471-474

⁸ "Typer Af Lovgivning: Den Europæiske Union." 2024.

⁹ "Soft Law." 2024. Soft Law | European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions.

2.1.3.1.1 Indkomstbetingelsen

Ad SEL § 32, stk. 1 fremgår det at såfremt at datterselskabets CFC-indkomst i indkomståret udgør mere end en tredjedel af dets samlede skattepligtige indkomst, ville dette anses som værende opfyldelse af indkomstbetingelsen. Heri bemærkes det at den skattepligtige indkomst opgøres efter SEL § 32 stk. 4.

Hertil skal det bemærkes at for skattepligtige subjekter i Danmark gælder det modificerede *Territorialprincippet*¹⁰. Dermed vil alle indtægter og udgifter som vedr. aktivitet afholdt udenfor Danmark, fx driftsselskab eller fast ejendom i udlandet ikke vil indgå i skattesubjektet skattepligtige indkomst, jf. SEL § 8 stk. 2, pkt. 1. Hvorfor dette skal undergå en konkret vurdering af, hvorvidt driftsselskabet skal indgå i moderselskabets skattepligtige indkomst i Danmark, jf. SEL § 32, stk. 3, pkt. 2.

Som led af indkomstbetingelsen følger også, hvad der i retspraksis omtales som *indkomsttesten*¹¹, jf. SEL § 32, stk. 5. Denne anvendes i forbindelse med vurdering af hvorvidt en væsentlig del af et udenlandsk datterselskabs samlede indkomst udgøres af CFC-indkomst. Det er af retspraksis blevet fastslået at en væsentlig del forstås som 33% af den samlede indkomst efter indførslen af L 89¹², mens dette har fluktueret mellem 33% og 50% førhen.

Som led i indførslen af ovenstående, vil der bl.a. nu medtages 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 værdi¹³. Det fremgår endvidere at man efter indførslen også betegner royalties og anden indkomst fra immaterielle rettigheder i den skattepligtige indkomst. Dette er gjort med henblik på at undgå virksomheders spekulation i, hvorvidt den skattepligtige indkomst kan rykkes til lande med lavere skatteprocent, og derved opnå en skattemæssige fordel. Der vil senere i opgaven blive foretaget en uddybende gennemgang af heraf. Der vil blive foretaget yderligere forklaring af udvikling heraf i afsnit 5.4.2.

2.1.3.1.2 Kontrolbetingelsen

Der er af SEL § 32, stk. 6 fremsat en *kontrolbetingelse*, som går på at såfremt et selskab, alene, sammen med *tilknyttede personer*, eller foreninger jf. Ligningslovens § 2, stk. 1, 2. pkt., har en direkte eller indirekte indflydelse på mere end 50 % af stemmerettighederne, eller direkte eller indirekte ejer mere end 50% af kapitalen, eller har ret til at modtage mere end 50% af overskuddet af et givent selskab, vil dette klassificeres som et moderselskab, og kan dermed indgå som led i CFC-indkomst og derved samme CFC-beskatning. Dette fungerer som en sikring af, at man ikke blot kan anvende komplekse

¹⁰ C.D.2.3.1 Territorialprincippet - SEL § 8, Stk. 2..

¹¹ CFC-Indkomst - Finansiell Virksomhed i Øvrigt. Tredje sidste afsnit.

¹² "LOV Nr 1180 Af 08/06/2021, Skatteministeriet." 2024. Retsinformation.

¹³ Ibid stk. 6, pkt. 6.

virksomhedsstrukturer, for at undgå reglerne om CFC-beskatning. Denne vil blive uddybet i afsnit 5.4.1.

2.1.4 Oprindelse af CFC-beskatningen i Danmark

De danske regler vedr. CFC-beskatningen blev for første gang introduceret i 1996, hvori folketinget indførte en særlig skat, som var møntet på indtægter fra visse udenlandske selskaber med særlige selskabsforhold¹⁴, og blev første gang fremsat som lovforslag i 1994¹⁵. Disse regler var gældende for *"indkomst fra visse udenlandske selskaber mv., som kontrolleres af skatteyderen eller nærmere beskrevne nærtstående personer eller fonde, når det kontrollerende selskabs virksomhed er af finansiel karakter, og dets afkast beskattes væsentligt lavere end efter danske regler."*¹⁶ Hertil skal det forstås, at disse regler ville være gældende for virksomheder af finansiel karakter, som drev virksomheden i Danmark, men foretog en profitfordeling på tværs af landegrænser, med henblik på at profitoptimere, og derved betale den lavest mulige skat. Dette var Skatteministeriets første forsøg på at sikre at indtjening og overskud i Danmark, også ville blive beskattet i Danmark.

Disse regler kom som en reaktion på en stigende internationalisering, hvori der nu fandtes flere internationale selskaber end nogensinde før. Dette resulterede i en ny problemstilling, man ikke havde kendt til før. Dette kom som følge af kapitalens frie bevægelighed, og dermed retten til frit at rykke kapital på tværs af landegrænserne indenfor EU¹⁷, hvorfor skatteundgåelse i højtbeskattede lande var en realitet.

Med en fri bevægelighed, et utilstrækkeligt regelsæt omkring skat og varierende skatteprocenter på tværs af medlemslandene, opstår der en række muligheder for selskaber, for at kunne skatteoptimere. Dette kommer som en følge af, at lovgivningen ikke har kunne følge med udviklingen af internationale selskaber. Som Carsten Koch selv beskrev det i 1994, så *"er der mulighed for at henlægge finansielle aktiviteter til skaber i skattelylande, og derved undgå at betale skat til Danmark af indtægter, der rettelig burde beskattes her i landet"*¹⁸.

Her stod man over for en hidtil ukendt problemstilling. På den ene side skulle man ære reglerne fremsat i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), om individets, arbejdskraften og kapitalens frie bevægelighed¹⁹, samtidig med at man som medlemsland ikke vil *snydes* for den reelle indkomst i landet, som inden CFC-beskatningen, kunne videreføres til andre medlemslande, og derved spekulere i skatteoptimering indenfor medlemslandenes grænser.

¹⁴ "Skatteberegningsreglerne gennem 100 år", Hans Mølgaard Christensen, Skatteministeriet. s.31

¹⁵ L 35 Forslag til lov om ændring af forskellige skattelove, 02.11.94, Folketinget.

¹⁶ "Skatteberegningsreglerne gennem 100 år", Hans Mølgaard Christensen, Skatteministeriet. s.31

¹⁷ Skatteministerens fremsættelsestale for L 35 "Forslag til lov om ændring af forskellige skattelove", 02-11-1994, Carsten Koch.

¹⁸ Ibid

¹⁹ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, hhv. Art. 21, Art 45 og Art. 63

Dette medfører endnu en problemstilling, som spiller hhv. lande med høj skat op imod lavskattelande. For såkaldte skattely lande, med lav skat, vil en indførsel af en sådan beskatning medføre et større tab, da skatten ikke længere vil blive betalt hos dem, hvorimod at lande med højere skattesats, vil se en velfærdsgevinst, i forbindelse med højere skatteprovenu. Man så sig derfor nødsaget til at sikre en overensstemmelse på tværs af medlemslandene, hvilket vil blive beskrevet nærmere i afsnittet omkring OECD.

2.2 Centrale ændringer i lovgivning før L 89

2.2.1 De oprindelige CFC-beskatningsregler

Der har siden de første danske CFC-beskatningsregler i 1996 sket væsentlige ændringer, i takt med at samfundet og internationaliseringen har udviklet sig. De første CFC-beskatningsregler, som beskrevet ovenfor, var i høj grad indført som led i at fastholde dansk skatteprovenu²⁰, som ellers blev forsøgt rykket til andre lande med lavere skatteprocent gennem tilknyttede virksomheder. Som alting ofte er, var det meget basale og begrænsede regler i opstarten, og er sidenhen blevet meget omfattende og komplekse.

De første regler trådte i kraft efter vedtagelse af L 35 (1994/1995), hvori den netop introducerede SEL § 32, stk. 1,²¹ for første gang definerede hvordan udenlandske datterselskabers indkomst, skulle indregnes i et dansk moderselskabs indkomst. Hertil blev der opstillet tre kriterier²².

1. Datterselskabet kontrolleres af et dansk moderselskab
2. Datterselskabs virksomhed er overvejende af finansiell karakter
3. Afkastet beskattes væsentligt lavere end efter danske regler

Af ovenstående kriterier ser vi den første introduktion til *kontrolbegrebet*. Førrend at reglerne omkring CFC-beskatning kunne finde sted, skulle et dansk moderselskab have direkte eller indirekte kontrol over datterselskabet²³. Af *indirekte* forstås at et moderselskab godt kan have kontrol over et datterselskab, uden at det er en direkte kontrol. Dette kan være af "omveje", i form af tilknyttede personer og virksomheder, som sammenlagt udgør over 50% af ejerkredsen, eller råder over 50% stemmerettighederne.

Endvidere præsenterer den SEL § 32 kriteriet for *finansiell karakter*. Det blev af skatteminister Carsten Koch forklaret at der med henblik på finansiell karakter, skulle tage udgangspunkt i retningslinjerne fremstillet i ABL²⁴. Derved skulle der foreligge en

²⁰ Schmidt, Peter K, *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s.102.

²¹ Ved lovbekendtgørelse Lov nr. 312 af 17 maj 1995

²² Schmidt, Peter K, *Dansk CFC-beskatning*, 2013, s.102.

²³ Ved lovbekendtgørelse Lov nr. 312 af 17 maj 1995, SEL § 32, stk. 1.

²⁴ Skatteministeren Carsten Kochs svar på henvendelse fra Ernst & Young, bilag 26, L 35 (1994/1995)

konkret vurdering af selskabets samlede aktiviteter. Heri omfattet som finansielle aktiviteter var renteindtægter, kursgevinster, udbytter, royalties fra immaterielle aktiver og finansiell leasing. Såfremt at mere af et holdingselskab aktivsum var opgjort af kapitalandele eller aktier i andre selskaber, ville det også ansues som et selskab af finansiell karakter²⁵.

Afsluttende kriterie var hvorvidt afkastet blev beskattet *væsentligt* lavere end efter danske regler, som grundet ordlyden straks lægger op til et fortolkningsspørgsmål. Heri var det besluttet at dette fortolkningsspørgsmål skulle afgøres efter retspraksis fra SEL § 13, stk. 3, (1995). Indeværende paragraf omhandlede skattefrit udbytte fra udenlandske selskaber. Hertil blev der stillet krav om, at beskatningen i landet hvorfra udbytte kom fra, ikke afveg *væsentligt* fra skatten i Danmark. Til denne fortolkning skulle beroede sig på en konkret ligningsmæssig vurdering²⁶. Den daværende selskabsskat var 32%, hvortil at Carsten Koch, daværende skatteminister, at såfremt et land havde en beskatning på mindst 25%, ville det anses som værende tilsvarende til den danske skat, hvorfor den i alt væsentlighed ikke ville afvige herfra²⁷.

Det opsummeres kort, at de daværende danske CFC-beskatnings regler stort set udelukkende var opgjort at SEL § 32, og ikke havde samme kompleksitet som man ser nu. Der er sket stor udvikling siden da, og der vil i kommende afsnit blive redegjort for noget af denne udvikling.

2.2.2 Aktiv- og passivbetingelsen og udvikling heraf

Da indeværende speciale søger af afdække væsentlige ændringer i dansk lovgivning inden for CFC-området, vil ikke alle ændringer blive gennemgået og redegjort. Endvidere søger indeværende afsnit af redegøre for aktiv- og passivbetingelsen ved indtrædelse i dansk lovgivning og udviklingen af denne.

Aktivbetingelsens historie

Aktivbetingelsen blev oprindeligt indført i de første CFC-beskatningsregler i 1996. Aktivbetingelsen fremgik af SEL § 32, og havde som tidligere nævnt til formål at beskytte det danske skatteprovenu imod profitfordeling på tværs af landegrænser, til lande med lavere skattesats. Heri fungerede aktivbetingelsen som en central mekanisme i at kunne foretage sondringen mellem datterselskaber med væsentlig økonomisk substans, og dem uden, for heri at kunne sondre mellem hvilke der skulle være underlagt reglerne for CFC-beskatning.

²⁵ Skatteministeren Carsten Kochs svar på henvendelse fra det A/S Det Østasiatiske Kompagni, L 35 (1994/1995)

²⁶ Schmidt, Peter K., Dansk CFC-beskatning, 2013, s. 103

²⁷ Stenholdt, S., Tvungen sambeskatning (CFC-beskatning), 1995, s. 2

Den præcise sondring i aktivbetingelsen gik på at skabe en klar skatteretlig sondring mellem selskaber der har *reelle* økonomiske aktiviteter, og selskaber uden økonomisk aktivitet. Disse bliver i aktivbetingelsen differentieret mellem at være selskaber som hhv. aktivt har drift i Danmark ifbm. Produktion af varer, handel med varer eller tjenesteydelser, modsat selskaber som har passiv indkomst fra renteindtægter, royalties, patenter e.l., udbytte eller kapitalgevinster. Formålet med betingelsen var derfor at kunne undgå at pålægge CFC-beskatning på udenlandske datterselskaber, der drev en reel økonomisk aktivitet modsat de passive selskaber kunne genere indkomst i lande med lav skattesats, uden at have nogen substans i landet²⁸.

Denne betingelse betød nye regler for hvornår man anså datterselskaber som af *finansiell karakter*. De blev nu anset herfor, såfremt at mere end en tredjedel af deres aktivsum bestod af finansielle aktiver til handelsværdi. Endvidere var der i samme periode foretaget ændringer til indkomstbetingelsen, hvorfor at retspraksis ABL § 2a ikke længere blev anvendt, men var blevet simplificeret til at såfremt at selskabet finansielle indtægter udgjorde mere end 50% af den samlede indkomst, ville selskabet falde indenfor kategori. Resten af indeværende afsnit søger at afdække de væsentligste ændringer der efterfølgende har været på aktiv- og passivbetingelsen.

Tilbagerulning af aktivbetingelsen

En af de væsentligste ændringer kom af Lov nr. 313 af 21. maj 2002²⁹, allerede fire år efter dens indførsel i dansk lovgivning. Man søger ved afskaffelsen af aktivtesten at sikre at datterselskaber uden *reel* CFC-indkomst, kunne risikere at blive CFC-beskattet heraf³⁰. Det bemærkes fortsat i samme lovforslag, at en konsekvens af afskaffelsen af denne aktivtest kan fjerne den administrative belastning man, ved testen, pålægger både CFC-selskaber og ikke-CFC-selskaber, da opdelingen skal foretages allerede ved sammenligningen. Den administrative lettelse opstår som følge af, at samtlige virksomheder ikke skal foretages en fuldstændig værdiansættelse af selskabets aktivsum. I stedet ønsker det nye lovforslag, at det nu blot skal konstateres hvor meget udenlandsk skat datterselskabet har betalt³¹.

Dermed ser man allerede kort tid efter indførslen af lovgivningen, og manglen på præcis og tilstrækkelig lovgivning på et komplekst og voksende område medført, at der må laves en tilbagerulning af reglerne, da denne blev anset som værende for restriktiv og uhensigtsmæssig praksis.

²⁸ Betænkning over "Forslag til lov om ændring af forskellige skattelove", 6. april 1995, Skatteudvalget.

²⁹ "Lov Nr. 313 Af 21/05/2002, Skatteministeriet.". Retsinformation.

³⁰ L 99 (2001/2002 – 2.samling) specielle bemærkninger til § 11, nr. 16, s 46.

³¹ L 99 (2001/2002 – 2.samling) specielle bemærkninger til § 11, nr. 16, s.47

2.2.5 Genindførslen af aktivbetingelsen

Som svar på en fortsat stigende globalisering men endnu flere internationale koncerner, som spænder over flere medlemslande, så folkettinget sig nødsaget til at tilpasse reglerne for selskabsbeskatning, med henblik på at robustgøre disse, og sikre at Danmarks lovgivning om CFC-beskatning var konkurrencedygtige, og derfor ikke stillede Danmark dårligt blandt andre medlemslande³², samt et internationalt pres og bekymringer om smuthuller i skattelovgivning. Dette kom samtidig med at OECD begyndte at fremhæve EU's behov for at skærpe CFC-regler. Derfor blev der i 2007 ved Lov Nr. 540 af 06-06-2007 genindført aktivbetingelsen³³, som endvidere skulle sikre at CFC-reglerne blev justeret som følge af Cadbury-Schweppes dommen C-196/04³⁴.

Formålet med genindførslen af aktivbetingelsen var at genlukke de opståede huller i lovgivningen, som tillod at selskaber kunne fremstå som aktive, selvom de udelukkende var af passiv karakter. Dette kom som følge af at datterselskaber som i høj grad havde karakter af et driftsselskab, kunne blive undgå at blive kategoriseret som et CFC-selskab, udelukkende på baggrund af deres aktivsammensætning. Endvidere bemærkedes det at såfremt et selskab havde haft et år med færre driftsindtægter, og positiv CFC-indkomst, ville den genindtrådte aktivbetingelse gøre at CFC-beskatningen ikke blev uhensigtsmæssigt anvendt³⁵. Med de nye regler ville man anse aktivbetingelsen som opfyldt, såfremt at datterselskabets finansielle overstig 10% af selskabets aktiver, udregnet ved et gennemsnit hen over regnskabsåret. Heri skulle opgørelsen af aktiverne baseres på den regnskabsmæssige værdi af førnævnte finansielle aktiver. SEL § 32, stk. 5 oplister heri en udtømmende liste over hvad der blev klassificeret som et finansielt aktivt. Det bemærkes at såfremt et selskab har renteindtægter fra varedebiter mv. Og renteudgifter til varekreditorer, skal disse ikke indgå i opgørelsen heraf³⁶.

Ved skærpelsen af aktivbetingelsen af Lov Nr. 540 2007, blev udvidet begrebsrammen for finansielle aktiviteter, hvori man nu inddrog finansiell leasing og visse finansielle forsikringsinstrumenter. Endvidere fastsatte man også tydeligere rammer for hvornår passiv indkomst blev betragtet som væsentlig. Konsekvensen af den øgede effektivitet på CFC-beskatningen, i form af at omfatte flere selskabstyper, betød at den administrative byrde igen steg for mange selskaber, men gjorde at de danske CFC-regler i højere grad kunne følge med tiden, og ikke *haltede bagud* i forhold til omverdenen.

2.2.3 Cadbury Schweppes-dommen

En af de væsentligste ændringer i dansk lovgivning, kom som følge af en præjudiciel sag som blev præsenteret for EU-domstolen. I C-196/04 "*Cadbury Schweppes-sagen*" var der

³² L 213 Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre skattelove. (CFC-beskatning og indgreb mod kapitalfonde mv.)

³³ "LOV Nr. 540 Af 06/06/2007, Skatteministeriet." Retsinformation

³⁴ Der er redegjort for Cadbury-Schweppes dommen i tidligere afsnit.

³⁵ Schmidt, Peter K, Dansk CFC-beskatning, 2013, s. 241

³⁶ "LOV Nr 540 Af 06/06/2007, Skatteministeriet." Retsinformation. § 20, stk. 4, nr. 1

aflagt et spørgsmål for EU-domstolen fra The Special Commissioners of Income Tax London, vedr. samtidens CFC-lovgivning i England. Sagen omhandlede Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas som var blevet pålagt at skulle betale skat af profit fra datterselskabet Cadbury Schweppes Treasury International (Fremover CSTI), hvorfor Cadbury Schweppes lagde sag an mod skatteministeriet i England, da de var uenige i denne forståelse af lovgivningen.

CSTI havde modsat Cadbury Schweppes hjemstavn i Irland³⁷, og havde derfor været underlagt en beskatning på 10%³⁸. Det blev argumenteret fra Cadbury Schweppes at selskabet havde til hensigt at *rejse midler og stille disse midler til rådighed for datterselskaberne i Cadbury Schweppes-koncern*, jf. C-196/04 præmis 15, hvorfor at dette skulle anskues som et særskilt selskab, som ikke skulle beskattes i England. I samtidens CFC-regler lød hovedreglen i lovgivningen på, at såfremt et selskab er hjemmehørende i England, skal selskabet beskattes af sit globale overskud³⁹. Hvorfor at skatteministeriet i England var af opfattelsen af CSTI's overskud også skulle beskattes heri, efter beskatningen i Irland – altså en dobbeltbeskatning af overskuddet. Dog fremgik det af undtagelsen til hovedreglen, at såfremt selskabet var hjemhørende i Storbritannien.

EU-domstolen fandt hertil at CFC-lovgivning udelukkende skulle finde anvendelse, når CFC-selskabet i sin hjemstat "beskattes på et lavt niveau",⁴⁰ som er fastlagt til at være mindre end en tredjedel af skatten i moderselskabets jurisdiktion.

Fortsat opstiller EU-domstolen i præmisserne en række undtagelser for hvornår selskaber kan undtages for CFC-beskatning⁴¹, samt begrundelsestesten⁴² - en test hvori der opstilles to kumulative betingelser, hvori selskabet skal godtgøre at skattebesparelsen ikke var hovedformålet med transaktionerne, og at hovedformålet ved etableringen af selskabet i det andet land ikke udelukkende var af skattemæssige årsager⁴³. Hertil vil datterselskaber som opfylder de kumulative betingelser ville blive underlagt beskatning af overskuddet heri.

Domstolen fandt endvidere at det, af Cadbury Schweppes, fremsatte præjudicielle spørgsmål vedr. fortolkning af art 43 EF, 49 EF og 59 EF, at dette skulle vurdere ud fra betragtningen om EF 43 og etableringsfriheden for fysiske personer, fremsat heri⁴⁴. Dette skyldes, for at dobbeltbeskatningen blev set som en hindring i at fysiske personer havde fri etableringsret indenfor EU, da man her blev underlagt en dobbeltbeskatning⁴⁵.

³⁷ Sag C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 2.

³⁸ Ibid, præmis 14.

³⁹ Ibid, præmis 3.

⁴⁰ Ibid, præmis 7.

⁴¹ Ibid, præmis 8.

⁴² Ibid, præmis 9.

⁴³ Ibid, præmis 9-11.

⁴⁴ Ibid, præmis 30

⁴⁵ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 28

Domstolen fandt at såfremt etableringen af et selskab i en anden jurisdiktion end moderselskabet, udelukkende på grund af en lavere skat i dette land i og for sig ikke er et misbrug, og derfor kunne Cadbury Schweppes lovligt udøve deres ret til den frie etableringsret indenfor det indre marked.

Domstolen fandt endvidere at undtagelsen som førnævnt udgjorde en skattemæssig fordel for selskaber der befandt sig i England, og derved også var et brud på etableringsfriheden indenfor Unionen⁴⁶. Afslutningsvist præsenterede domstolen muligvis de vigtigste præmisser, som i høj grad definerede CFC-beskatningslovgivning. Det blev fundet at såfremt et selskab udelukkende udgør et *rent kunstigt arrangement*, og de facto ikke driver en økonomisk virksomhed⁴⁷, og ville kunne underlægges beskatning i moderselskabets jurisdiktion, men at denne betingelse skal konkluderes ud fra et subjektivt og objektivi kriterie. Dette vil blive gennemgået senere i opgaven.

2.2.3 Harmonisering med EU og OECD

2.2.3.1 Harmonisering

Disse nye regler blev indført som en reaktion på stigende international kritik, samt at sikre at Danmarks lovgivning harmoniserede⁴⁸ med både retningslinjerne opstillet af OECD, i form af BEPS-initiativet⁴⁹, samt EU-rettens krav. Danmark så sig derfor nødsaget til at foretage ændringer som skulle skærpe regler mod skatteundgåelse, gennem kontrollerede udenlandske selskaber, uden at overtræde EU-kravet om proportionalitet, og overholdelse af de grundlæggende frihedsrettigheder for individet inden for EU.

Den stigende kompleksitet i multinationale virksomheders skatteplanlægning og optimering heraf, resulterede i at den eksisterende CFC-lovgivning havde svært ved at følge med. For at kunne følge med, blev det derfor vigtigt at kunne stå sammen som et forenet EU. Endvidere blev EU-rettens betydning særligt understreget efter afsigelse af Cadbury-Schweppes afgørelsen (C-196/04)⁵⁰, som lagde vægt på lovgivning skulle målrettes mod *kunstige arrangementer*, men ikke måtte stride mod etableringsfriheden⁵¹ inden for EU-grænserne. Sidenhen har både Skatterådet og Landsskatte retten erklæret at de er af overbevisning om, at nuværende lovgivning er i overensstemmelse med EU-retten⁵². Efter afsigelse heraf, blev det tydeligt at Danmark måtte tilpasse de eksisterende regler, for at kunne sikre at lovgivningen kunne skelne mellem selskaber med økonomisk aktivitet, og dem der var uden.

⁴⁶ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmisser 43-45.

⁴⁷ Ibid, præmisser 66-68

⁴⁸ Jacobsen, Lotte, and Den Store Danske. 2024. "Harmonisering." Lex. Accessed December 16.

⁴⁹ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, Paris,

⁵⁰ Cadbury Schweppes-dommen C-196/04 er redegjort for i tidligere afsnit.

⁵¹ "Artikel 49." 2019. Folketingets EU-Oplysning. August 1.

⁵² Schmidt, Peter K., "Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret", 2021, s. 11

EU-retten udgør en væsentlig generelt en begrænsning for nationale CFC-beskatningsregler, da disse ikke må være i uoverensstemmelse med EU-rettens lovgivning. Dette kommer som følge af, at Danmark som medlem af EU skal følge Unionens love, og hertil vil eventuelle konflikter mellem national lovgivning og EU-retten, vil EU-retten altid stå over dansk lovgivning⁵³. Derfor må medlemslandene se sig nødsaget til at begrænse deres lovgivning således, at den heller ikke går imod grundprincipper for Unionen, i form af den frie bevægelighed.

Som følge af ovenstående, har dette resulteret i flere domsafsigelser af EU-domstolen, som direkte har påvirket dansk lovgivning. Indledningsvist blev Cadbury-Schweppes dommen beskrevet, som resulterede i direkte ændringer i loven. Fortsat kan Itelcar-dommen⁵⁴ (C-282/12) nævnes, som et eksempel på hvordan EU-retten har påvirket dansk lovgivning, da denne opstillede krav til proportionaliteten i dansk lovgivning.

Det bemærkes fortsat, at man fx. efter implementering af lovændringer, som følge af Cadbury-Schweppes-dommen, kunne sætte spørgsmålstejn ved, hvorvidt at den nye danske model helt fjernede den forskelsbehandling⁵⁵ ⁵⁶, som den søgte af eliminere, og hermed være forenelige med Unionens frie bevægelighed. Dette kommer som følge af at, så vidt der ikke foretages et direkte skel mellem nationale og internationale selskaber, vil der ligge en restriktion, da reglerne her indirekte foretager en forskelsbehandling af nationale og internationale selskaber i en sammenligningssituation⁵⁷.

2.2.3.2 Anti-Tax Avoidance Direktivet

EU's skatteundgåelsedirektiv (ATAD) blev vedtaget i 2016⁵⁸ (Council Directive (EU) 2016/1164), og indeholder bindende minimumsstandarde for Unionens medlemmer og deres CFC-beskatningsregler. Heri bliver der opstillet krav til lovgivning i medlemslandene. Disse uddybes senere i opgaven. Danmark foretog en direkte implementering af dette EU-direktiv ved indførslen af L 89 i 2021⁵⁹. Formålet hermed var at implementere ATAD som værneregler, der skulle hindre flytning af mobil indkomst til lavskattelande. Hertil blev det foreslået at implementere direktivets krav, uden at der ændres på den danske model for CFC-beskatning, hvor reglerne blev anvendt på alle datterselskaber, uanset beliggenhed.

2.2.3.3 Konsekvenser ved harmonisering

Implementering af harmonisering af alle direktiver og retskilder fra EU er ikke altid uden udfordringer. Konflikter mellem dansk ret og EU-ret har tidligere skabt usikkerhed

⁵³ "EU-Ret i Danmark." 2019. Folketingets EU-Oplysning. June 11.

⁵⁴ Der er redegjort for indeværende dom i tidligere afsnit.

⁵⁵ Redegjort for tidligere i opgaven.

⁵⁶ Schmidt, Peter K., Dansk CFC-beskatning, 2013, s. 481

⁵⁷ Hansen, Anders Oreby & Lytken, Poul Erik, CFC-regler på tynd is? 2012, s. 2

⁵⁸ "Anti-Tax Avoidance Directive." 2024. Taxation and Customs Union..

⁵⁹ L 89 "Forslag til lov om ændring af selsskabsskatteloven og fondbeskatningsloven", Folketinget.

omkring anvendelse af CFC-beskatningsregler, fx da Danmark fjernede aktivbetingelsen, som førnævnt. Dette rejste spørgsmål om hvorvidt de danske CFC-regler kunne anvendes på selskaber i andre medlemslande i Unionen, med lavere skattesats, hvis selskaber opfyldte substanskravet i disse lande. Samtidig har der også været positiv indvirkning, i form af at tilpasning af OECD⁶⁰ og ATAD resulteret i at man er stærkere rustet imod flere selskabsstrukturer, og selskaber med væsentlig økonomisk aktivitet. Dog bemærkes det også at harmonisering heraf kan have administrative konsekvenser både i forhold til dansk lovgivning, men også for de enkelte selskaber som nu har et mere omfattende regelsæt at skulle følge.

2.2.4 Delkonklusion

Af ovenstående gennemgang af ændringer i tidligere lovgivning på det internationale skatteområde, fremgår det at den øgede kompleksitet inden for CFC-beskatningsområdet, som opstår som følge af den øgede internationalisering har resulteret i mange løbende ændringer i lovgivningen indenfor området.

Det bliver tydeliggjort hvordan reglerne, siden indførslen i 1996, er blevet markant mere komplekse. Oprindeligt var reglerne simple og fokuserede i høj grad på at forhindre profitflytning til lavskattelande. Sidenhen, i takt med den øgede internationalisering, er reglerne blevet mere omfattende, hvilket afspejles i multinationale selskabers skatteplanlægning. Hertil hjælper især aktiv- og passivbetingelsen med at danne grundlag for hvordan man kan skelne mellem selskaber med reel økonomisk aktivitet i Danmark, eller anden medlemsstat, og selskaber som udelukkende eksisterer med henblik på at kunne undgå at betale en høj skattesats.

De internationale faktorer har endvidere spillet en væsentlig rolle i denne udvikling. EU-retten har med domsafsigelser, bl.a. Cadbury-Schweppes-dommen, afgivet præjudicielle svar som har været med til at forme dansk lovgivning, idet der heri blev opstillet krav om proportionalitet, samt at national CFC-lovgivning ikke strider mod de grundlæggende bevægelsesfriheder indenfor Unionens grænser. Endvidere har OECD's BEPS-projekt og EU's Anti-Tax Avoidance direktiv påvirket dansk lovgivning, således at de imødekommer de internationale standarder, som skal forhindre skatteundgåelse.

Fortsat bemærkes det hvordan harmoniseringen af de fremsatte internationale retningslinjer ikke har været uden udfordringer. Danmark har i høj grad måtte tilpasse sin CFC-lovgivning, for at imødekomme de, af EU-fremsatte, krav i national lovgivning. Dette medfører en øget administration for selskaber og lovgivere, der nu skal tage højde for yderligere omfattende lovgivning.

⁶⁰ Gennemgås i et senere afsnit

Afslutningsvist konkluderer hele kapitlet at udviklingen indenfor CFC-lovgivningen, viser de udfordringer man som lovgivere har mødt, som følge af mere globaliseret verden. Den øgede kompleksitet indenfor lovgivningen, viser EU's og nationale behov for at kunne imødekommende de internationale dynamikker, samtidig med at den sikrer at selskaber ikke kan udnytte skattely til at undgå beskatning.

Kapitel 3 OECD's Base Erosion and Profit Shifting

Indeværende kapitel søger at gennemgå OECD's Base Erosion and Profit Shifting-projekt, hvorfor det findes relevant at introducere OECD som aktør, samt redegøre for udformningen af projektet og hvilke mål der søgtes opfyldt heraf. Derfor vil der blive redegjort for OECD og BEPS' anbefalinger til CFC-beskatningen indenfor Unionens grænser, som blev indført i forbindelse med *Anti-Tax Avoidance-direktivet*. Det findes derfor relevant at foretage en redegørelse for anbefalingerne der fremgår af BEPS, da disse fungerer som grundstenene for ATAD, som gennemgås senere i opgaven.

3.1 OECD og BEPS

The Organisation for Economic Co-operation and Development (fremover OECD) har eksisteret siden 1961, og har siden da søgt at skabe et større velvære på global plan, ved at rådgiver regeringer om politikker, som understøtter modstandsdygtig, inkluderende og bæredygtig vækst⁶¹. Dette har OECD gjort på baggrund af vidensbaserede politiske analyser, og anbefalinger, standarder og rådgivning. På samme måde har OECD har fungeret som et vejledende organ for EU, med henblik på deres økonomiske lovgivning for Unionens medlemslande.

I 2013 påbegyndte OECD et projekt, hvis primære formål var at kunne man kunne sikre internationale skatteregler var passende og *up-to-date* med en stigende globaliseret og digital forretningsverden, og for at forhindre internationale selskaber i at betale lidt eller intet i skat⁶². OECD ville derfor opstille en handlingsplan, bestående 15 specifikke handlingspunkter som skulle hjælpe Unionens medlemslande med at kunne afdække denne risiko. Disse handlingspunkter blev døbt "*Base Erosion and Profit Shifting*" (BEPS), og blev færdiggjort i 2015, hvortil de blev mødt af opbakning fra samtlige G20 lande, såvel som OECD's medlemmer⁶³, og blev indført i Unionen som en traktat⁶⁴.

Denne traktat blev udelukkende dannet på baggrund af de fremsatte handlingspunkter fra OECD, hvorfor BEPS-rapporten udgør et hovedfortolkningspunkt, ved overførsel af direktivet fra EU-ret til national lovgivning. Indeværende kapitel søger at gennemgå de

⁶¹ *Our History*, OECD

⁶² Kalloe, Vinod, *OECD BEPS Action Plan*, KPMG 2017, s.4.

⁶³ Europa-Kommissionen, forslag til Rådets Direktiv af 28. januar 2016, 2016/0011, s. 3

⁶⁴ Rådets Direktiv - 2016/1164 – om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion, EUR-Lex.

vigtigste anbefalinger opstillet i BEPS-rapporten og redegøre herfor. Endvidere vil kapitlet berøre væsentlige bevæggrunde for udarbejdelse af projektet, og dens relevans for dansk lovgivning indenfor CFC-beskatning.

BEPS referer til hvordan virksomheder kan foretage *effektive* skatteplanlægningsstrategier, set fra virksomhedens synspunkt. Heri udnyttes huller i lovgivning, og uoverensstemmelser i lovgivning på tværs af medlemslandene i Unionen, og derfor tillader at selskaber kunstigt kan flytte deres skattepligtige indkomst fra lande med højere skattesats, og rykke dette til lavt beskattede lande. Dette underminerer hele pointen med nationale skattesystemer, og er i bund og grund uretfærdigt, at enkelte selskaber der opererer på tværs af flere landegrænser kan opnå konkurrencemæssige fordele i forhold til indenlands virksomheder, ved blot opnå højere profit ved lavere beskatning⁶⁵.

3.2 Baggrund og formål

Som følge af at samfund bliver mere digitaliserede og globaliserede, har lovgivning været nødsaget til at ændre sig i forbindelse hermed. Dette har resulteret i væsentligt ændringer på tværs af skatteændringer i mange af Unionens medlemslande. Med flere multinationale virksomheder som opererer på global plan, som effektivt arbejder for at betale mindst muligt skat, har skattelovgivning set sig nødsaget til at "følge med", når nye smutveje er blevet fundet. Internationale selskaber operer i højere grad nu som enkeltstående virksomheder, som alle tager beslutning efter moderselskabets interesse, og har i høj grad nu globale værdikæder⁶⁶.

Ved oprettelsen af BEPS-projektet satte man sig som mål, at nye internationale standarder måtte blive iværksat, således at der var sammenhæng i lovgivningen på CFC-området på tværs af Unionens medlemslande⁶⁷. Endvidere var man opmærksom på, at problemer ved BEPS kunne opstå som reaktion på allerede eksisterende smutveje i national lovgivning på tværs af medlemslande, eller ved uoverensstemmelser mellem flere landes nationale lovgivning⁶⁸. Dette skal forstås ved at alle Unionens lande ville ikke individuelt kunne indføre national lovgivning, der samtidig tog hensyn til alle de andre medlemslandes lovgivning. Derfor ville man, såfremt man ikke anerkendte kompleksiteten indenfor CFC-beskatning og udelukkende lovgav indenfor dette område nationalt, ikke kunne sikre at man fik designet og implementeret lovgivning korrekt og i den tænkte anvendelse. Hvis man ikke har samspillet, er der en forhøjet risiko for at selskaber kan ende i en dobbeltbeskatning. Endvidere vil det manglende sammenspil mellem nationale skattelovgivninger kunne risikere at man fortsat har smutveje og huller i lovgivningen, således at et selskab ender med hverken at beskattes i kildelandet eller

⁶⁵ OECD's *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, 2017, s. 9.

⁶⁶ OECD, *Understanding BEPS*, 2019, s. 2, afsnit 1.

⁶⁷ OECD, *BEPS action plan*, 2013, s. 13, afsnit 2.

⁶⁸ *Ibid.*

bopælslandets⁶⁹. Det er af BEPS vurderet at der hvert år (2017-tal) går 100-240 milliarder USD tabt⁷⁰, som følge af dårlig håndtering af internationale skattepolitikker.

Resten af kapitlet vil i høj grad lægge fokus på BEPS Action 3⁷¹, som vedr. seks byggeblokke, der ikke skal fungere som minimumsstandarder, men derimod er formuleret således at de skal sikre at forskellige jurisdiktioner effektivt ville kunne håndtere CFC-problemstillinger, ved korrekt implementering af disse⁷².

3.3 BEPS – Action 3

BEPS Action 3 "*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*" fra 2015⁷³, er BEPS' initiativ der direkte omhandler styrkelse af CFC-beskatningsregler i EU. Heri fremgår der en række anbefalinger til medlemslandene i form af *byggeblokke*, som skal hjælpe og guide medlemslande til at designe og implementere effektive CFC-beskatningslovgivninger, der har synergieffekter indenfor hele Unionen, og ikke kun for enkeltstående nationer. Det fremgår fortsat af rapporten, at dette ikke er en række minimumsstandarder for CFC-beskatningen, men er udarbejder således at de kan sikre landenes jurisdiktioner kan modarbejde BEPS-situationer. Det skal derfor stå landene fri for, hvordan de ønsker at indføre nogle af disse initiativer, eller om de overhovedet ønsker at gennemføre nogen. Rapporten opstiller seks hovedpunkter, som landene skal have i betragtning ved indførsel af CFC-lovgivning⁷⁴. Disse vil i kommende afsnit blive redegjort.

3.3.1 Definition af et CFC-selskab

Den første byggesten som opstilles af OECD i BEPS Action 3, er at det bør tydeliggøres, samt opsætte et regelsæt for definition af et *Controlled Foreign Company*⁷⁵. Hertil opstilles der to ting som bør indgå i overvejelsen af hvorvidt et selskab skal klassificeres som et CFC. Man skal have i overvejelsen hvorvidt et udenlandsk selskab er af sådan karakter, at det vil blive betragtet som et CFC og hvorvidt moderselskabet har en tilstrækkelig indflydelse og kontrol over den udenlandske enhed, således at det kan betragtes som et CFC. Det anbefales i rapporten at vedtage en bred definition på hvad hvilke selskaber der kan klassificeres som et CFC, således at regelsættet ikke kun er gældende for en vis type selskaber, men også gælder for *gennemslagslige enheder* og *faste driftssteder*⁷⁶, såfremt at disse enheder har skattepligtig indkomst der kan give anledning til BEPS-bekymringer. Fortsat opstiller OECD i anbefaling at lovgivere skal inkludere en form for hybrid

⁶⁹ OECD, BEPS action plan, 2013, s. 13, afsnit 2.

⁷⁰ OECD's *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, 2017, s. 9.

⁷¹ Action 3: 2015 Final Report.

⁷² Ibid

⁷³ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris,

⁷⁴ Action 3: 2015 Final Report, s.9

⁷⁵ Action 3: 2015 Final Report, s.21

⁷⁶ Action 3: 2015 Final Report, s.21

mismatch-regel, som skal forhindre at enheder kan omgå CFC-reglerne gennem forskellig skattebehandling på tværs af jurisdiktioner⁷⁷.

Ad anden anbefaling opstillet vedr. definitionen af CFC, anbefales denne skal omfatte en *legal and economic control-test*⁷⁸, således at såfremt én af de to kontroltest er opfyldt vil resultatet være at det falder under definitionen af CFC. Der lægges i kontroltesten vægt på to elementer, da det kan være varierende hvilken slags kontrol der haves over et andet selskab, og niveauet af kontrollen. Heri bemærker rapporten at de respektive lande kan inkludere en *de facto* kontroltest, som skal sikre at man gennem komplekse selskabsstrukturer kan omgå disse kontroltest⁷⁹.

Legal-kontrollen (fremover *juridisk*) vurderes ud fra en tilgang hvor man måler beholdning af aktiekapital i et selskab, for at kunne bestemme andelen af stemmerettighederne i dette datterselskab⁸⁰. Altså skal et moderselskab have den juridiske kontrol og være beslutningsdygtig, før at dette led af kontroltesten opfyldes. Endvidere beskrives den juridiske kontrol som værende relativt mekanisk, som følge de *lette* krav at forstå, som ikke lægger op til megen fortolkning. Forsat er det nemt for skattemyndigheder, borgere at forstå at såfremt et datterselskab ligger under moderselskabets beføjelser, og har majoritetsstemmer til at fx udvælge den bestyrelse der ønskes, vil dette være et CFC⁸¹. Altså vil det vurderes at være et CFC, såfremt at et datterselskabs beslutningen kan tage fra moderselskabet, og herved følge dette selskabs instrukser. Hertil bemærkes det at man især i større internationale selskaber forsøger at undvige dette, ved at oprette komplekse ejerstrukturer, kunstige aktiebetingelser eller andre metoder til at omgå disse regler. Det vurderes derfor at udelukkende have en juridisk kontroltest vil være for snævert, hvorfor man også har testen der vedr. den økonomiske kontrol⁸².

Economic -kontrollen (fremover økonomisk) fokuserer ikke på aktiekapitalsandele og stemmerettigheder, men opstillet et krav om rettighederne til overskudsdeling, kapital og i enkelte tilfælde også aktiver i et selskab, hvis fx selskabet er under likvidation⁸³. Heri anerkendes forskellen på at eje virksomheden juridisk, og at have rettighederne til virksomhedens kapital, på trods af man ikke ejer hovedparten af aktiekapitalen. Dette kan opnås ved at man som selskab har rettighederne til provenuet i forbindelse med salg af selskabets aktiekapital, eller ved salg af aktiver ifbm. likvidation. Det kan også forekomme i forbindelse med overskudsdelingen, hvori parten har rettigheden til hele overskudsfordelingen⁸⁴. OECD bemærker at indeværende test også vurderes som en

⁷⁷ Action 3: 2015 Final Report, s.21

⁷⁸ Ibid

⁷⁹ Ibid

⁸⁰ Action 3: 2015 Final Report, s.24

⁸¹ Ibid

⁸² Action 3: 2015 Final Report, s.24

⁸³ Action 3: 2015 Final Report, s.24

⁸⁴ Ibid

relativ mekanisk test, som fokuserer på parametre der kan blive objektivt målt. Testen tilføjer dog en smule kompleksitet, men i realiteten ville man ofte se at dem med majoritetsandele i et selskab, også ville være opmærksomme på dette og kan have andre rapporteringsforpligtelser i forbindelse med det kontrollerede forhold⁸⁵. Afslutningsvist bemærkes det af OECD at denne kontrolregel ville kunne omgås, og mest åbenlyst, ved reorganisation, der involverer indsættelse af et nyt moderselskab. Denne kontrol findes særligt relevant for indeværende opgave, da dette ikke direkte fremgår af dansk lovgivning, og vil derfor blive behandlet yderligere i analyse-kapitlet.

Afslutningsvist kunne medlemslandene vælge at supplere ovenstående tests, med en *de facto* kontroltest. Denne test søger at fungere som et værn mod, at ovenstående kontroltest bliver omgået, og derfor som medlemslandenes *sidste chance*, for at et selskab falder ind under definitionen som et CFC. Denne test fokuserer i høj grad på andre faktorer, end den juridiske og økonomiske. Heri kan der lægges vægt på hvor selskabet har sit tilholdsforhold⁸⁶. Fortsat kan landene tage udgangspunkt i, hvem der tager de beslutningerne på toppen af selskabet, eller påvirker den daglige aktivitet i selskab. OECD bemærker også at man i denne test kan anvende kontraktforhold som et led i testen, og her fokusere på om der er særlige underliggende kontraktforhold med et CFC, som giver skatteydere mulighed for at udøve en dominerende indflydelse på selskabet⁸⁷.

Ovenstående kontroller er ofte kombineret i et forsøg på forhindre omgåelse af CFC-regler, samt sikre at lovgivning kan fungere effektivt. Det anbefales fortsat at lovgivere anvender en kombineret tilgang til kontroltesten. Dermed skal der både inkluderes juridisk og økonomisk kontrol, i forbindelse med at beslutte hvorvidt et selskab falder indenfor CFC-definitionen⁸⁸.

OECD bemærker at så snart et medlemsland har etableret hvorvidt der er tale om et kontrollerende forhold, skal der fastsættes en grænse for hvad *faktisk* kontrol er. Heri foreslås det at så snart skattepligtige, herunder private individer såvel som selskaber, i medlemslandet mindst har 50% af kontrollen, ville det klassificeres som værende et CFC. Dette vil både være tilfældet for en direkte kontrol og en indirekte kontrol⁸⁹.

3.3.2 CFC-undtagelser og tærskelkrav

Såvel som medlemslandene skal kunne definere hvilke betingelser der skal være opfyldt, førend at et selskab skal defineres som et CFC, lige såvel skal der opstilles en række undtagelser for selskaber, som kan falde uden om kategorien og en række tærskelværdier. Dette komme som følge af et ønske om også at begrænse omfanget af

⁸⁵ Action 3: 2015 Final Report, s.24

⁸⁶ Ibid

⁸⁷ Ibid

⁸⁸ Action 3: 2015 Final Report, s.25

⁸⁹ Action 3: 2015 Final Report, s.25

CFC-lovgivning, ved at kunne udelukke selskaber der ikke udgør risiko for BEPS⁹⁰. Det kunne resultere i en enorm administrativ byrde, hvis disse regler skulle pålægges alle selskaber der faldt under ovenstående kriterier. Derfor kan man i stedet rette opmærksomheden på selskaber der udgør en større risiko for BEPS. Dette vurderes i høj grad på deres karakteristika og adfærd, som kan indikere en højere risiko for profitoverflytning.

CFC-regler er ikke indført for at sikre at småstore-selskaber bestående af fx et simpelt og småt selskab i Sverige og et moderselskab i Danmark, skal underlægges en administrativ byrde for at man kan pålægge CFC-regler, for at indhente *småpenge*. Disse er i højere grad indført så man sikre at multinationale virksomheder ikke undgår deres skattepligt. Anbefalingen fra OECD er derfor at inkludere en skatteundtagelse, der ville tillade at enkelte virksomheder der allerede er underlagt en effektiv skattesats, som i væsentlig grad er ens til den der pålægges moderselskabet, ville kunne undgå at være underlagt CFC-beskatning⁹¹.

Med bestemmelserne i indeværende kapitel, sikrer man at gøre CFC-regler mere målrettede og effektive, mens samtidigt kan medvirke til at reducere den administrative byrde⁹². Dette kommer som følge af tærskelkravet, som sikrer at visse virksomheder ikke påvirkes heraf, selvom de fortsat kan være underlagt rapporteringskrav for at oplyse at de ikke opfylder kravene for CFC-selskaber⁹³.

OECD opstiller heri tre anbefalinger som består af undtagelser og tærskelkrav⁹⁴. Det er hhv. en *de minimi threshold*, som fungerer som en indkomstgrænse der skal overstiges, førend beskatningen finder anvendelse. Et *anti-avoidance requirement* som sikrer at CFC-regler fokuser på hvorvidt der har været et egentligt skatteundgåelses motiv eller formål. Afslutningsvist en skatteundtagelse hvor CFC-regler kun ville være gældende for selskaber, der er bosat i lande med lavere skattesats end i moderselskabets jurisdiktion.

Ved *de minimi* tærskelkravet forstås, et beløb som er så uvæsentligt i en større sammenhæng, at det helt kan se bort fra dette. Dermed skal der efter OECD opstilles en minimumsgrænse for hvornår et selskab skal falde ind under CFC-reglerne. Heri foreslås en generel regel også, hvori at selskaber ikke falder under CFC-reglerne, såfremt at deres skattepligtige indkomst udgør et fast beløb eller en mindre vis procentdel af CFC-selskabets skattepligtige indkomst. Dog bemærker OECD også, at en sådan undtagelse ville kunne omgås ved oprettelse af flere datterselskaber, som alle hver især ville falde under grænsen, men sammenlagt ville overstige det fastsatte tærskelniveau⁹⁵.

⁹⁰ Action 3: 2015 Final Report, s.33

⁹¹ Ibid

⁹² Ibid

⁹³ Ibid

⁹⁴ Ibid

⁹⁵ Action 3: 2015 Final Report, s. 34.

Der fremsættes endvidere en CFC-undtagelse som hovedsageligt fokuserer på hvorvidt selskaber aktivt og bevist søger at undgå beskatning i et givent land, men henblik på at skatteoptimere i et land med lavere beskatning. Denne omtales i rapporten som *anti-avoidance requirement*. Heri opstilles der et krav om at CFC-reglerne kun skal finde sted, såfremt der direkte er tale om skatteundgåelse, ikke blot almindelig overførsel af indkomst på tværs af medlemslandegrænser. Det fremsættes fortsat af OECD, at de tærskelværdier der opstilles i dette heri ikke bør være nødvendige, såfremt at medlemslandene etablerer tilstrækkelig lovgivning, til at definere den indkomst der omfattes af CFC-lovgivning⁹⁶. Derfor er det meget begrænset, hvor meget OECD anbefaler om denne undtagelse, men bemærker at det ikke skyldes at denne undtagelse aldrig kan være relevant indenfor CFC, til at kunne behandle BEPS.

Afslutningsvist opstiller OECD en anbefaling vedr. *Tax Rate Exemption*. Denne undtagelse vedr. hvorvidt selskabers kan undtages fra CFC-beskatning, såfremt at de allerede betaler en skatteprocent over et givent niveau. Denne undtagelse bør medtages i lovgivning af to årsager. Indledningsvist betyder en sådan undtagelse, at reglerne kun ville gælde for selskaber som drager fordel af lavere udenlandsk skat, og derfor udgøre den største risiko for BEPS. Fortsat kan dette være med til at sætte fokus på lavt beskattede lande og selskaber heri, hvorfor man dette også ville lette den samlede administrative byrde⁹⁷.

Spørgsmålet om "hvornår har man betalt *høj nok* skattesats?" kan afgøres af de respektive jurisdiktioner. Heri kan medlemslandene afgøre dette på en *case-by-case* basis, eller de kan anvende en sortliste over lande, som vil klassificeres som lavskatte lande⁹⁸. Såfremt man har en liste over sortlistede lande, ville det eliminere nødvendigheden for en case-by-case behandling af CFC-undtagelser, og samtidig løfte en administrativ byrde for medlemslandenes skattemyndigheder, der heri ikke skal foretage en vurdering heraf, for hver sag. I samme grad som OECD anbefaler en sortliste, anbefales også en såkaldt hvidliste, hvori lande med relativ ens beskatningsgrundlag og skattesats fremgår, således at man kan udelukke CFC-selskaber fra disse lande.

Det bemærkes afslutningsvist at det derfor er muligt for selskaber at undgå at falde ind under CFC-regler, på trods af at være defineret som et CFC-selskab, som følge af at de kan falde ind under en af disse undtagelser. Disse undtagelser vurderes at løfte en stor administrativ byrde, samt sikrer en form for proportionalitet og væsentlighed i forslaget til lovgivning, i og med at ikke *alle* selskaber, uagtet størrelse, betalt skattesats eller e.l., ikke falder under kategorien som CFC.

⁹⁶ Action 3: 2015 Final Report, s. 36.

⁹⁷ Ibid

⁹⁸ Ibid

3.3.3 CFC-indkomst definition ifølge OECD

Det anbefales af OECD at der i CFC-lovgivning udarbejdes en klar og ikke-udtømmende liste over tilgange, eller kombinationer heraf, som kan anvendes til definition af hvad CFC-indkomst er. Dette kommer på trods af, at mange lande på forhånd har eksisterende regler og lovgivning for denne definition⁹⁹. Anbefalinger sikrer at det medlemslandene kan sikre overensstemmelse mellem deres definition af CFC-indkomst.

Rapporten anbefaler flere CFC-regler, skal inkludere en definition på indkomst, som kan sikre at indkomst der kan give bekymringer vedr. BEPS, bliver tilskrevet til det kontrollerende moderselskab i moderselskabsjurisdiktion¹⁰⁰. Fortsat anerkender OECD's medlemslandenes behov for at kunne udforme CFC-regler der er i overensstemmelse med de respektive nationale rammer. Her bemærkes det at landene har friheden til at vælge deres egne regler for at definere CFC-indkomst, og at dette i sandsynligvis vil afhænge af hvilken grad af BEPS-risiko som landet står overfor¹⁰¹.

Der opstilles en række analytiske værktøjer som kan anvendes af medlemslande, når der skal udarbejdes definition af CFC-indkomst. Dette er den *kategoriske analyse*, hvor i aspekter som den juridiske klassifikation, hvor tæt relaterede parterne er og indkomsten kilde¹⁰². Fortsat kan der også foretages en substansanalyse, hvor man i højere grad fokuserer på hvorvidt selskabet udført væsentlige aktiviteter for at afgøre hvilken indkomst der skal klassificeres som CFC.

Det findes også relevant at inddrage *excess profit analysis*, i definitionen på CFC-indkomst. Her kan der lægges vægt på hvorvidt selskabet har haft over "normalt afkast" i et land med lav skat. Det kan især anvendes ved indkomst fra immaterielle aktiver, dog bemærkes det at denne ikke anvendes i nogle aktive CFC-lovgivnings regler (ved udgivelse af rapporten)¹⁰³. Afslutningsvist berører rapporten tilgangen *Transactional and entity approaches*. Ved entity tilgangen vurderes en hel enheds indkomst, hvor alt eller intet betragtes som CFC-indkomst, mens man ved transaktionstilgangen vurderer indkomststrømme i et selskab. Dette tillader en mere målrettet klassifikation, og dermed kun inkludere enkeltstående indkomststrømme der giver anledning til BEPS-bekymringer¹⁰⁴.

Uagtet af hvilken tilgang de respektive medlemslande vælger, anbefales det at CFC-reglerne som minimum skal omfatte det finansieringsafkast der tildeles under transfer pricing regler¹⁰⁵. OECD foreslår også, at medlemslande kan anvende et fuldt inklusionssystem, som ville målrette CFC-indkomst, tjent af et CFC-selskab, som CFC-

⁹⁹ Action 3: 2015 Final Report, s. 9.

¹⁰⁰ Action 3: 2015 Final Report, s.43.

¹⁰¹ Ibid

¹⁰² Action 3: 2015 Final Report, s.44-46.

¹⁰³ Action 3: 2015 Final Report, s.49.

¹⁰⁴ Action 3: 2015 Final Report, s.50-52.

¹⁰⁵ Action 3: 2015 Final Report, s.43

indkomst uanset dennes karakter. Heri sigtes der mod at forhindre lange udsættelser af beskatning, som man især ser i sammenhæng med beskatning af verdensomspændende skattesystemer¹⁰⁶.

3.3.4 Regler for beregning af indkomst

Rapporten fremsætter to forskellige krav til beregning af indkomsten. Indledningsvist skal det fastsættes hvilken jurisdiktionsregler der skal finde anvendelse, hvorefter det beslutes om der er behov for specifikke regler for beregningen af selskabets CFC-indkomst¹⁰⁷. OECD's anbefaling går på det andet afgørende krav, fortsat på at jurisdiktionerne, i det omfang det er lovligt, bør have en specifik regel, der begrænser modregning af et CFC-tab, således at selskaber udelukkende kan anvende dette tab mod overskud fra samme selskab, eller profit i CFC-enheder i samme jurisdiktion. Således kan selskaber ikke have underskud til indregning på tværs af landegrænser¹⁰⁸.

3.3.5 Regler tilskrivning af indkomst

Efter at have fastlagt anbefalinger for definition på et CFC-selskab, eventuelle undtagelser, definition på CFC-indkomst og hvordan indkomsten skal beregnes, opstiller OECD anbefalinger til hvordan denne indkomst tilskrives i et CFC-selskab.

Heri anbefaler OECD, så vidt muligt, at tildelingsgrænsen bør knyttes til kontrolgrænsen, samt at mængden af indkomst der tildeles bør beregnes ud fra den proportionelle ejerandel eller indflydelse på dette selskab. Der opstilles fem trin, som tilskrivning kan opdeles i. Indledningsvis skal det afgøres hvilke skatteydere, som skal have tilskrevet sig indkomsten, hvorefter man må afgøre mængden af indkomst der skal tilskrives. Dette kommer som følge af, at indkomsten skal fordeles til hver aktionær eller kontrollerende individ, og skal udregnes ud fra en henvisning til både deres ejerandel og deres faktiske ejerskabsperiode eller indflydelse¹⁰⁹.

Efterfølgende skal det bestemmes hvornår indkomsten skal inkluderes i selskabets selvangivelse, og herefter beslutte hvordan denne skal behandles. Afslutningsvist anbefales det at afgøre skattesatsen der skal anvendes på indkomsten¹¹⁰, hvor der her ville anvendes skattesatsen fra moderselskabets jurisdiktion.

¹⁰⁶ Action 3: 2015 Final Report, s.44.

¹⁰⁷ Action 3: 2015 Final Report, s.57

¹⁰⁸ Ibid

¹⁰⁹ Action 3: 2015 Final Report, s.61

¹¹⁰ Action 3: 2015 Final Report, s.61

3.3.6 Regler for at forhindre, eller eliminere dobbeltbeskatning

Afslutningsvist opstiller OECD en række anbefalinger til hvordan det kan forhindres at selskaber bliver dobbeltbeskattet. Dette vurderes at være et grundlæggende spørgsmål, som skal overvejes ved udformning af effektive CFC-regler¹¹¹.

Her fokuserer rapporten på tre situationer, hvori selskaber kan ende med at blive dobbeltbeskattet¹¹². Disse problemstillinger kan opstå ved situationer hvor det tildelte CFC-indkomst også er underlagt udenlandsk selskabsskat. Endvidere kan dette forekomme i situationer hvor CFC-regler i mere end én jurisdiktioner er gældende for den samme CFC-indkomst. Afslutningsvis kan dette forekomme hvis et CFC-selskab udbetaler udbytte af indkomst, som allerede er blevet tilskrevet dens bosiddende aktionærer under CFC-regler, eller hvis aktionærer afhænder aktier i et CFC-selskab¹¹³.

OECD's anbefaling til de første situationer, er at tillade en kreditramme for udenlandske skatter, som faktisk er betalt. Dette dækker også for CFC-skat vurderet på mellemholdingselskaber¹¹⁴. Her bør den faktisk betalte skat omfatte alle skatter, som CFC-selskabet har været underlagt på indkomst, som ikke er kvalificeret til anden lempelse, og desuden ikke overskrider de skatter der skal betales herpå, i moderselskabets jurisdiktion.

Til afdækning af sidste situation anbefales det at fritage udbytte og gevinster, ved salg af aktier, såfremt at denne indkomst i CFC-selskabet tidligere er blevet CFC-beskattet¹¹⁵. Anbefalingen overlader det til de respektive medlemslande at bestemme, hvorledes dette præcis skal behandles, for at sikre at dette er i overensstemmelse med national lovgivning.

3.3.7 Delkonklusion

OECD's BEPS Action 3 indeholder en række anbefalinger, som har til formål at hjælpe lande med at forhindre skatteundgåelse, ved at selskaber udnytter forskelle i national lovgivning. Det anbefales i rapporten at medlemslandene i EU indfører effektive CFC-regler, som sikrer at indkomst der flyttes til jurisdiktioner med lav selskabsskat, bliver retmæssigt beskattet. Rapporten fokuserer på hvordan lande kan definere CFC-selskaber, CFC-indkomst og hvordan dette skal beregnes og tilskrives moderselskabet, såvel som en række undtagelser.

Det bemærkes afslutningsvist at dette ikke er lovgivning, men udelukkende en række anbefalinger, som kan anvendes til at udarbejde relevant lovgivning.

¹¹¹ Action 3: 2015 Final Report, s.10

¹¹² Action 3: 2015 Final Report, s.65

¹¹³ Action 3: 2015 Final Report, s.65

¹¹⁴ Ibid

¹¹⁵ Ibid

Kapitel 4: Anti-Tax Avoidance Direktivet

4.1 Introduktion

Indeværende kapitel søger at redegøre for direktivet, som blev fremsat af EU-kommissionen d.28 januar 2016¹¹⁶. *"Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteunddragelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsområde"* som indeholder en række forslag til Anti-Tax Avoidance-direktivet (herefter ATAD). Dette gøres med henblik på at opnå en større forståelse for den juridiske proces bag den danske CFC-lovgivning, samt at give et indblik i begrundelsen for indførslen af ATAD. Det findes fortsat relevant at berøre det indledende direktivforslag, således at udviklingen mellem forslaget og det endelige direktiv der blev vedtaget. Indeværende afsnit søger også at lave en gennemgang af det endelige direktiv, således at dette kan sammenholdes med dansk lovgivning, senere i opgaven.

4.2 Indledende direktivforslag

Der blev af EU-kommissionen fremsat det indledende direktiv, med regler til bekæmpelse af skatteundgåelse indenfor Unionens funktionsområde. I indeværende forslag fremsatte Kommissionen de første juridiske foranstaltninger, der skulle kunne bekæmpe skatteunddragelse på tværs af medlemslandene. Førrend disse skulle være effektive, ville dette kræve at alle medlemslandene indførte lovgivning i overensstemmelse hermed, således at man indenfor EU kunne afdække risikoen for multinationale selskabers aggressive skatteplanlægning¹¹⁷. Det ønskes af Kommissionen at sikre at såfremt selskaber nyder godt af Unionens mange fordele, også bidrager til statskassen i de respektive lande hvori der opnås fortjeneste. Direktivforslaget indeholder en række af elementer fra OECD's rapport, som er tidligere afdækket, samt seks specifikke regler, hvis formål er at imødegå de hyppigste former for skatteundgåelse. Hertil er der *fradragsbegrænsning for rentebetalinger, exitbeskatninger, switch-over-klausul, generel anti-misbrugsregel, kontrollerede udlandske selskaber og bybride mismatch*¹¹⁸. Disse regler søger at skabe lige vilkår for alle medlemslandenes skattesystemer.

Direktivet indgår i en pakke af tiltag mod skatteundgåelse indenfor Unionen. Der indgår heri også et ændringsforslag til direktivet om administrativt samarbejde (DAC4), som indfører krav om automatisk og olibagtorisk udveksling af land-for-land-rapport for store multinationale koncerner, samt en henstilling vedr. indholdet af medlemslandenes dobbeltbeskatningsoverenskomster¹¹⁹. Disse tiltag skal sammen sikre en effektiv

¹¹⁶ "Generel Skattepolitik: Faktablade Om Den Europæiske Union: Europa-Parlamentet." 2024. Europa.

¹¹⁷ KOM (2016) 0026 - Bilag 2: Revideret Grund- Og Nærhedsnotat Om Bekæmpelse Af Metoder Til Skatteundgåelse, Der Direkte Påvirker Det Indre Markeds Funktionsmåde.

¹¹⁸ Ibid

¹¹⁹ Ibid

selskabsbeskatning indenfor Unionen, såvel som en større gennemsigtighed ved skattebetalinger.

4.3 Rådets Anti Tax-Avoidance-direktiv af 12. juli 2016

4.3.1 Indledning

Et halvt år efter det indledende direktivforslag, kunne Rådet fremstille det endelige Skatteundgåelses-direktiv¹²⁰. Udarbejdelsen heraf bærer tydelige præg af, at der er forekommet et kompromis, som i høj grad var baseret omkring *switch-over-klausulen*, som helt blev elimineret fra det endelige direktiv¹²¹. Denne kritik var baseret på hvorvidt at det endelige direktiv skulle overgå de anbefalinger opstillet af OECD's BEPS-projekt. Heri fremgår der ikke nogen anbefalinger vedr. *switch-over-klausuler*, hvorfor dette ville være et punkt udelukkende udarbejdet af Rådet.

Kritikken baserede sig fortsat på at indførslen af dette kunne risikere at selskaber blev hæmmet konkurrencemæssigt ved etablering uden for EU, da dette ville medføre en højere skattesats¹²².

På trods af ændringer fra det indledende direktiv til det endelige, har hovedformålet ikke ændret sig. Direktivets hensigt er fortsat at imødegå risikoen for, at selskaber indenfor Unionens foretaget profitoverførsler på tværs af landegrænser, med henblik på at skatteoptimere. Fortsat bemærkes det at indeværende direktiv blot er en minimumsregulering, som udelukkende skal danne et fundament for national lovgivning, og derfor ikke begrænser medlemslande i at indføre en udvidet lovgivning¹²³.

4.3.2 Anvendelsesområde

Som følge af at direktivet udelukkende er en minimumsregulering, foreskrives det derfor at der ikke skal foretages fuld harmonisering heraf, i de enkelte medlemslande, dette indebærer dog at proportionalitetsprincippet skal overholdes, hvorfor direktivet udelukkende holder sig, til at regulere indenfor dets formål¹²⁴. Fortsat bemærkes Kommissionen at subsidiaritetsprincippet anses som overholdt, som følge af at imødegåelse af grænseoverskridende skatteundgåelse indenfor Unionens ikke ville kunne blive tilstrækkeligt imødegået, såfremt medlemslandene ikke udviklede koordinerede tiltag hertil¹²⁵.

¹²⁰ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016.

¹²¹ Bundgaard, J., & Schmidt, P. K. (2016). Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet: Nye værneregler og flere tvister i vente i EU. SR-Skat, 28(6), 383-389.

¹²² Schmidt, P. K. (2016). *Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance Directive: An Interim Nordic Assessment*. Nordic Tax Journal, (2), 87-112.

¹²³ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016. Artikel 3

¹²⁴ Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteunddragelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsområde, 28. Januar 2016. Side 5.

¹²⁵ Ibid, side 4.

Opsummerende vurderes Kommissionens betragtninger at være valide, om end det bør bemærkes at minimumsregulering i ikke kan sikre en fuldstændig ensartethed og koordination i medlemslandenes værneregler, hvorfor uhensigtsmæssigheder i samspillet, eller manglen herpå, fortsat kan forekomme¹²⁶.

Direktivet skal finde anvendelse for samtlige skatteydere, som undergives en selskabsbeskatning i en eller flere medlemsstater indenfor Unionen¹²⁷. Hertil hører også faste driftssteder i en eller flere, af enheder der skattemæssigt er hjemmehørende i tredjelande¹²⁸. Konkluderende bemærkes det at dette direktivs anvendelsesområde er formuleret bredt, således at der ikke kan forekomme afgrænsningsvanskeligheder for medlemslandene¹²⁹.

4.3.2 Direktivets fremsatte CFC-regler

De endelige CFC-regler var i høj grad et emne af stor diskussion i Rådet, hvilket også afspejles i slutproduktet. Det fremgår af de endelige CFC-regler fremsat af direktivet, at disse indeholder et kompromis, da man reglerne indeholder to modeller for selve indregning af indkomst fra CFC-selskaber¹³⁰.

Reglerne for beskatninger af CFC-selskaber fremgår af direktivet art. 7 og 8, og det bemærkes endvidere at disse regler udelukkende finder anvendelse, såfremt to betingelse er opfyldelse, som er gældende for begge modeller¹³¹. Her opstillet artikel 7 betingelserne førend at skattesubjekter skal underlægges CFC-beskatningsreglerne, mens at artikel 8 opstiller retsvirkningen. Enten skal skattesubjektet have en direkte eller indirekte interesse på mere end 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller overskuddet, eller også skal *skattesubjektet have betalt en selskabsskat af sit overskud, som er lavere end forskellen mellem den selskabsskat, skattesubjektet ville være pålagt, i henhold til det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat, og den reelle selskabsskat som skattesubjektet har betalt af overskuddet*¹³². Dette betyder dermed at hvis den faktiske selskabsskat, som enheden har betalt, er lavere end forskellen mellem den skat, de burde have betalt efter reglerne i skattesubjektets medlemsland og den faktisk betalte skat, falder selskabet betingelse nummer to.

Såfremt at et selskab opfylder de to ovenstående betingelser vil moderselskabet være nødsaget til at indregne CFC-indkomst herefter. Her skal der foregår indregning efter

¹²⁶ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive, s. 153-154.

¹²⁷ Ibid s.154

¹²⁸ Ibid

¹²⁹ Ibid

¹³⁰ Bundgaard, J., & Schmidt, P. K. (2016). Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet: Nye værneregler og flere tvister i vente i EU. SR-Skat, 28(6), s. 386

¹³¹ Ibid

¹³² Ibid

enten model A eller model B, jf. ATAD art. 7, stk. 2, litra a og art. 7, stk. 2 litra b. Der vil fortsat i dette afsnit blive foretaget en afdækning af disse modeller.

4.3.2.1 Model A

Såfremt model a finder anvendelse for medlemsstaten, vil dette i høj grad svare til Kommissionens direktivforslag, med få ændringer. Heri skal indkomst fra ikke-udloddet indkomst skal medregnes. Dermed skal renter, anden indkomst fra finansielle aktiver, royalties, indkomst fra andre immaterielle aktiver, udbytte og indkomst ved frasalg af aktier, indkomst fra finansiell leasing mv, jf. ATAD art. 7, stk. 2, litra a, indregnes i CFC-indkomsten¹³³.

Hvis medlemsstaten vælger at anvende model a, kan der fravælges at behandle enheden eller det faste driftssted som værende et CFC-selskab, såfremt at en tredjedel, eller mindre, af selskabets indkomst stammer fra indkomsttyperne oplistet i ATAD art. 7, stk. 2, litra a, nr. 1-6. Endvidere kan indkomst undtages fra CFC-beskatning såfremt at enheden eller det faste driftssted udøver en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler. Derved kan der foretages undtagelse heraf, såfremt der er *egentligt* aktivitet i selskabet, jf. ATAD art. 7, stk. 2, litra a. Dette specifikke afsnit lægger op til den *partielle substanstest* som bliver berørt senere i opgaven.

Fortsat kan de enkelte medlemsstater vælge at lade denne undtagelse gælde for skattesubjekter og faste driftssteder indenfor EU/EØS¹³⁴.

4.3.2.1 Model B

Hvis et medlemslands vælger at anvende model b i stedet, vil CFC-selskaber kun være nødsaget til at indregne ikke-udloddet indkomst, som stammer fra *ikke-reelle* arrangementer, i den forstand at disse selskaber udelukker er etableret med henblik på at kunne opnå en skattemæssig fordel, som følge af at kunne overføre indkomst og lade dette blive beskattet en lavere procentsats, jf. ATAD art. 7, stk. 2, litra b.

Ved anvendelsen af model b, finder de tidligere redegjorte *de-minimis* undtagelser anvendelse¹³⁵. Det vil derfor være en mulighed for medlemslandene at undtage skattesubjekter fra at indgå i reglementet for CFC, såfremt at disse har et regnskabsmæssigt overskud, som ikke overstiger tærskelværdien på 750.000 €, samt ikke ikke-driftsmæssige indtægter der overstiger 75.000 €, jf. ATAD art. 7, stk. 4, litra a. Det bemærkes yderligere at skattesubjekternes regnskabsmæssige overskud ikke må udgøre mere end 10% af driftsomkostningerne for perioden, jf. ATAD art. 7, stk. 4, litra b.

¹³³ Ibid. Bemærkes at dette ikke er en udtømmende liste oplistet ovenfor.

¹³⁴ Ibid

¹³⁵ Bundgaard, J., & Schmidt, P. K. (2016). Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet: Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU. SR-Skat, 28(6), s. 386

Indeværende afhandling søger udelukkende at beskæftige sig med model A i analyseafsnittet, da det ikke findes relevant at gennemgå model b. Dette kommer som følge af at afhandlingens fokus er på CFC-beskatningen i Danmark, og da Danmark udelukkende har valgt at indføre én model vedr. lovgivning om CFC-beskatning- dette er model A. Det blev ved vedtagelsen bemærket at model A bedst afdækkede de identificerede risici, modsat af model B¹³⁶. Det bemærkes dog, at de danske regler ikke ville indeholde en undtagelsesbestemmelse, som den der foreslås i model A¹³⁷.

4.3.3 Retsvirkning efter artikel 8

Såfremt at et selskab falder under betingelser fremsat i ATAD artikel 7, anvendes artikel 8 til at fastsætte retsvirkningerne af CFC-beskatningen¹³⁸. Anvendes model A for et skattesubjekt, fremsættes det af art. 8, at indkomsten for skattesubjektet til indregnes skattemæssigt i landet hvori skattesubjektet er hjemmehørende eller beliggende, jf. ATAD art. 8, stk. 1. Anvender medlemslandet i stedet model B, ville der foretages en begrænsning af indkomsten som skal indregnes i skattesubjektet skattepligtige indkomst. Denne indregning skal begrænses til de aktiver og risici som afholdes af det kontrollerende selskab, jf. ATAD art. 8, stk. 2.

Uagtet hvilken model der anvendes, skal der foregå indregning af den skattepligtige indkomst i overensstemmelse med skattesubjektets interesse (heraf stemmer, kapital, overskudrettigheder¹³⁹) i CFC-selskabet, jf. ATAD art. 8, stk. 3. Selskabers interesse i CFC-selskaber er fastsat efter reglerne i ATAD art. 7, stk. 1, litra a. Derved sikres det at der ikke foretages overvurdering af den indkomst der skal indregnes, eller undervurdering heraf, hvilket ville resultere i forkerte beløb der ville blive beskattet.

Afslutningsvist indeholder ATAD art. 8 regler om reduktionen af eventuel veskatninger, såfremt der foretages udlodninger fra et CFC-selskab, eller at afgivelser af aktier i dette selskab. Dette er indført i bestemmelsen med henblik på at kunne modvirke eventuelle dobbeltbeskatningsscenarier for multinationale virksomheder. Direktivet foreskriver eksplicit at skattesubjekter har mulighed for at opnå lempelse af allerede betalt skat¹⁴⁰, jf. ATAD art. 8, stk. 7. Dette vurderes at være indsat som en *beskyttelse* af selskaberne, som følge af den enorme konkurrencemæssige lempelse det ville sætte selskaber indenfor Unionen i, såfremt at der skulle betales skat af samme indkomst, i flere medlemslande. En dobbeltbeskatning kunne resultere i, at selskabers interesse i at operere indenfor Unionen var dalende, og i sidste ende påvirke forbrugerne.

¹³⁶ Samlenotat vedrørende rådsmødet (ECOFIN) den 17. juni 2016, Skatteudvalget. Side 11

¹³⁷ Ibid

¹³⁸ Bundgaard, J., & Schmidt, P. K. (2016). Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet: Nye værneregler og flere tvister i vente i EU. SR-Skat, 28(6), s. 386

¹³⁹ Ibid s.387

¹⁴⁰ Bundgaard, J., & Schmidt, P. K. (2016). Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet: Nye værneregler og flere tvister i vente i EU. SR-Skat, 28(6), s. 387

Kapitel 5: CFC-beskatning efter L 89

5.1 Introduktion

Der vil i indeværende kapitel blive foretaget en gennemgang af seneste dansk lovgivning, og hvordan indførslen heraf har påvirket de danske CFC-beskatningsregler. Fortsat søger indeværende kapitel at foretage en sammenholdelse med gældende ret og ATAD, som er gennemgået i tidligere afsnit. Hertil vil kapitlet også foretage en analyse af de væsentligste ændringer fra tidligere ret og nuværende ret. Dette gøres med henblik på at kunne opnå en forståelse af hvordan dansk ret er påvirket af EU-direktivet og hvordan dette har påvirket danske selskaber.

De seneste danske CFC-beskatningsregler blev vedtaget ved L 89 d.3. juni 2021¹⁴¹, og hvor en yderligere skærpelse af de eksisterende regler. Dette lovforslag som kom følge af det oprindelige L 48 forslag fra folketingsåret 2019-2020. L 48 var det oprindelige lovforslag vedr. ændringer til CFC-reglerne, således at de var i overensstemmelse med ATAD. Dette lovforslag blev dog mødt politisk modstand og andre praktiske problemer, som indeværende afhandling ikke vil berøre. Dette medførte at Danmark ikke rettidigt fik implementeret ATAD's minimumskrav vedr. CFC-regler, hvorfor dansk lovgivning ikke levede op til EU's minimumsstandarder. Minimumskravet til medlemsstaternes CFC-regler skulle senest været gennemført den 31. december 2018, hvilket resulterede i at Kommissionen, på grund af denne overtrædelse, indledte en traktatkrænkelssag mod Danmark¹⁴².

Det reviderede forslag L 89 blev fremsat 11. november 2020, og indebar ændringer til det tidligere L 48, som tidligere præsenteret. Ved fremsættelse blev det foreslået at implementere direktivet krav, uden at der skulle ændres på den danske model for CFC-beskatning, hvor reglerne anvendes på alle datterselskaber, uanset beliggenhed¹⁴³. Dette ændringsforslag medbragte også den *partielle substanstest* for indkomst af immaterielle aktiver¹⁴⁴, og der vil senere i analysen blive gennemgået denne substanstest. Før end at ændringer efter L 89 gennemgås, findes det for afhandlingen relevant at gennemgå anvendelsesområdet for CFC-reglerne.

¹⁴¹ L 89 Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven, fremsat 11-11-2020.

¹⁴² L 89 Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven, almindelige bemærkninger, s. 14

¹⁴³ L 89 Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven, almindelige bemærkninger, "Om lovforslaget"

¹⁴⁴ L 89, Betænkninger til Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven, 27-05-2021

5.2 Anvendelsesområde af CFC-regler

De danske CFC-beskatningsregler blev som førnævnt skærpet med vedtagelsen af L 89, som udvidede anvendelsesområdet. Anvendelsesområdet ligner i høj grad det sig selv, fra foregående regelsæt, men enkelte justeringer.

De nye CFC-regler finder nu anvendelse, såfremt at selskab eller forening, jf. SEL § 1 eller § 2 stk. 1, litra a, et moderselskab for et selvstændigt skattesubjekt, vil moderselskabet være nødsaget til at medregne den skattepligtige indkomst, som falder under SEL § 32, stk. 7-10, i deres opgørelse af skattepligtige indkomst. Dette er dog kun gældende, ved positiv indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1. Dette indebærer fortsat at man i højere grad kan se selvejende institutioner blive underlagt CFC-beskatning i moderselskabet, såfremt at disse har mere end 50% interesse¹⁴⁵. Dermed vil man i højere grad se flere selskaber og virksomhedsstrukturer nu falder under regelsættet. Dette kommer som følge af ændringer i kontrolbetingelsen, som vil blive gennemgået i afsnit 5.4.

5.3 Ændringer efter L 89

L 89 blev vedtaget den 3. juni 2021, hvortil denne lovgivning ville være gældende fra alle regnskabsår påbegyndt efter den 1. juli 2021. Indeværende afsnit søger at afdække de væsentligste ændringer i dansk CFC-lovgivning, der trådte i kraft ved indførslen af L 89. Hertil vil afsnittet gennemgå kontrolbetingelsen, aktivbetingelsen, indkomstbetingelsen, definition på CFC-indkomst og indførslen af den partielle substanstest.

5.3.1 Kontrolbetingelsen

Som tidligere beskrevet i opgaven, har kontrolbetingelsen historisk været en del af kravene for at indkomst kan klassificeres som CFC-indkomst. Ved indførslen af L 89 blev denne ændret således at et moderselskab nu kan defineres som et selskab som alene eller i forening med tilknyttede personer har en direkte eller indirekte bestemmende indflydelse på mere end 50% af stemmerettighederne, ejer 50% eller mere af datterselskabets kapitalandele eller har krav på at modtage mere end 50% af overskud fra datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 6, 1 pkt. Dermed kan selskaber blive underlagt CFC-beskatning, selvom de af omveje ejer et datterselskab.

Når der refereres til tilknyttede personer, skal dette forstås som *et selvstændigt skattesubjekt, hvori moderselskabet har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder, eller kapitalejerskab på 25% eller mere, eller hvorfra moderselskabet har ret til at modtage 25% eller mere af overskuddet*. Endvidere forstås en tilknyttet person også som en fysisk person, som har samme karakteristika som nævnt ovenfor, jf. SEL § 32, stk. 6, 2. og 3. pkt. I et scenarie hvori en fysisk person, eller selvstændigt skattesubjekt har direkte eller indirekte indflydelse i moderselskabet, samt også opfylder

¹⁴⁵ Schmidt, Peter K. Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret, 2021, s. 3

betingelser i yderligere selskaber, vil man anse at alle berørte selskaber, inkl. Moderselskabet, som værende tilknyttede personer, jf. SEL § 32, stk. 6, 3. pkt. Derved kan selskaber anses som tilknyttede personer, på baggrund af fælles kontrol eller indflydelse, der udøves gennem ejerskab e.l., der opfylder kontrolbetingelserne på enten 25% stemmerettigheder, kapitalandele eller overskudsrettigheder.

Såfremt en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt udøver direkte eller indirekte indflydelse på moderselskabet og samtidig besidder tilsvarende indflydelse i et eller flere selvstændige skattesubjekter med en ejerandel på 25% eller mere, anses samtlige berørte enheder, herunder moderselskabet, for at være tilknyttede personer. Ved vurderingen af en fysisk persons ejerandele i henhold til SEL § 32, stk. 6, 3. og 4. pkt., medregnes også direkte og indirekte indflydelse udøvet af nærtstående, som defineret i ligningslovens § 16 H, stk. 6, samt indflydelse udøvet gennem fonde eller truster, stiftet af den fysiske person eller dennes nærtstående. Tilsvarende medregnes ejerandele i en trust, hvori den fysiske person eller dennes nærtstående har indskudt aktiver uden selv at være stifter. I tilfældet af, at moderselskabet i forening med en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt udøver kontrol i form af stemmerettigheder eller kapitalandele i et andet selvstændigt skattesubjekt, anses moderselskabet for at besidde samtlige relevante stemmerettigheder eller kapitalandele i det pågældende selvstændige skattesubjekt, jf. SEL § 32, stk. 6.

5.3.2 Ændringer i kontrolbetingelsen

Det skal her bemærkes at der i ovenstående oplistes tre scenarier, hvori at det kan defineres at et selskab opfylder kontrolbetingelsen. Dette kan gøres på enten kapitalandele, stemmerettigheder eller rettighed til overskud. Sidstnævnte scenarie er en udvidelse af den tidligere kontrolbetingelse, og kan argumenteres at være en markant udvidelse af kontrolbetingelsen. Selskaber kan nu risikere at falde ind under CFC-beskatningens anvendelsesområde, uden enten at være beslutningsdygtige i form af stemmerettigheder, eller ved at have majoritetsandele i selskabet. Udvidelsen af kontrolbetingelsen opfylder dog ATAD art. 7, stk. 1, litra a, og er således en tilføjelse til dansk lovgivning, på baggrund af EU-direktivet, som er gennemgået tidligere i opgaven. Fortsat kan det bemærkes, at dette direktiv og ændringen i kontrolbetingelse stammer fra OECD BEPS-Action 3 rapport.

En sådan ændring af kontrolbetingelse, medfører dermed at en lang række nye virksomheder, selskabsstrukturer og scenarier nu skal genoverveje hvorvidt de falder under CFC-reglerne. Fortsat er samme gældende for *tilknyttede personer*, som er defineret i ovenstående afsnit. Før indtrædelsen af L 89, var disse ikke inkluderet i vurderingen af kontrolbetingelsen. Udvidelsen heraf har sikret at man favner bredere i definitionen af, hvorvidt nogle juridiske aktører har muligheden for at have, eller de facto kontrollen over selskaber. Indeværende kapital søger fortsat at opstille scenarier, hvori

ændringen påvirker selskaberne, grundet deres struktur. Heri vil der tages udgangspunkt af eksemplet anvendt i forarbejderne til L 89¹⁴⁶.

5.3.2.1 Eksempel på selskab påvirket af ændring

Person 1 ejer 100% af selskabet "*Firma X ApS*", som er beliggende i Danmark, og falder derfor under dansk jurisdiktion. *Firma X ApS* ejer 35% af stemmerettighederne i et CFC-selskab beliggende i Y-land. Efter SEL § 32, stk. 6, anses *Firma X ApS* ikke umiddelbart som moderselskab for CFC-selskabet i henhold til CFC-reglerne, da ejerandelen er mindre end 50%. Da Person 1 har indflydelse på mere end 25% af stemmerettighederne i *Firma X ApS*, er Person 1 en tilknyttet person.

Ved vurderingen af en fysisk persons ejerandele medregnes både direkte og indirekte indflydelse, herunder indflydelse besiddet af den fysiske persons nærtstående. Person 1 er gift med Person 2, som anses for at være nærtstående i henhold til LL § 16 H, stk. 6. Person 2 ejer 100% af "*Firma Y ApS*", som ligeledes er beliggende i Danmark. *Firma Y ApS* ejer 20% af stemmerettighederne i det samme CFC-selskab.

Når ægteparrets ejerandele sammenlægges, har de en samlet indflydelse på 55% af stemmerettighederne i CFC-selskabet. Dette medfører, at CFC-reglerne finder anvendelse. Som følge heraf vil både *Firma X ApS* og *Firma Y ApS* blive betragtet som moderselskaber til CFC-selskabet. *Firma X ApS* skal ved opgørelsen af indkomsten medregne 35% af CFC-selskabets indkomst, mens *Firma Y ApS* skal medregne 20% af indkomsten.

Ved vurderingen af, om et selskab kan anses som moderselskab til et datterselskab, skal samme type indflydelse opgøres samlet for selskabet og dets tilknyttede personer. Det vil sige, at der lægges vægt på, om selskabet selv eller sammen med sine tilknyttede personer ejer mere end 50% af stemmerettighederne, mere end 50% af kapitalen eller har ret til mere end 50% af overskuddet.

Det danske selskab, "*Holding Z ApS*", ejer 12% af kapitalen i et udenlandsk selskab, "*International Y Ltd.*", men har ret til 35% af overskuddet fra *International Y Ltd.* *International Y Ltd.* ejer 70% af kapitalen i et CFC-selskab, hvor *Holding Z ApS* direkte ejer de resterende 30% af kapitalen.

Efter SEL § 32, stk. 6, 1. pkt., anses et selskab for at være moderselskab til et datterselskab, hvis det selv eller sammen med tilknyttede personer har en direkte eller indirekte indflydelse på mere end 50% af stemmerettighederne, ejer mere end 50% af kapitalen eller har ret til mere end 50% af overskuddet i datterselskabet. Det er derfor nødvendigt at fastslå, hvilke enheder der kan kvalificeres som tilknyttede personer til *Holding Z ApS*.

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

I henhold til SEL § 32, stk. 6, 2. pkt., forstås tilknyttede personer som selvstændige skattesubjekter, hvori et moderselskab har en direkte eller indirekte ejerandel på mindst 25% af kapitalen, stemmerettighederne eller overskudsrettighederne. Da *Holding Z ApS* har ret til mere end 25% af overskuddet i *International Y Ltd.*, falder *International Y Ltd.* Under definitionen af en tilknyttet person til *Holding Z ApS*.

Herefter skal det vurderes, om *Holding Z ApS* anses som moderselskab til CFC-selskabet i henhold til CFC-reglerne. Ved denne vurdering akkumuleres ejerandele fra moderselskabet og dets tilknyttede personer, således at man finder den totale kontrol af selskabet. *Holding Z ApS* ejer direkte 30% af kapitalen i CFC-selskabet. Derudover ejer *International Y Ltd.*, som er en tilknyttet person, 70% af kapitalen i CFC-selskabet. Samlet set ejer *Holding Z ApS* og *International Y Ltd.* dermed 100% af kapitalen i CFC-selskabet. Idet *Holding Z ApS* er hjemmehørende i Danmark og samlet med *International Y Ltd.* opfylder kontrolbetingelsen på mere end 50% af kapitalen, skal *Holding Z ApS* anses som moderselskab for CFC-selskabet i henhold til SEL § 32, stk. 6, 1. pkt. *International Y Ltd.* bliver derimod ikke anset som moderselskab efter danske CFC-regler, da det er hjemmehørende i udlandet.

Holding Z ApS skal efterfølgende medregne sin gennemsnitlige direkte og indirekte ejerandel ved opgørelsen af indkomst fra CFC-selskabet i henhold til SEL § 32, stk. 7. *Holding Z ApS* ejer direkte 30% af kapitalen i CFC-selskabet. Gennem sin indirekte ejerandel i *International Y Ltd.*, som ejer 70% af kapitalen i CFC-selskabet, ejer *Holding Z ApS* yderligere 4,2%. ($12\% \cdot 70\% = 4,2\%$). I alt skal *Holding Z ApS* medregne 34,2% ($30\% + 4,2\%$) af CFC-selskabets indkomst ved sin danske indkomstopgørelse.

Det konkluderes at ændringen i kontrolbetingelsen udvider definitionen af kontrol ved at inkludere indirekte ejerandele og overskudsrettigheder ud over stemmerettigheder og kapitalandele. Dette betyder, at selskaber nu kan opfylde kontrolbetingelsen, selvom de ikke har bestemmende indflydelse efter sambeskatningsreglerne, jf. SEL § 31 C. Konsekvensen er en strengere vurdering af CFC-forhold, hvor flere selskaber kan blive omfattet af reglerne og beskattet af en større andel af CFC-selskabets indkomst. Dette styrker CFC-reglernes effektivitet ved at lukke tidligere smuthuller i kontroldefinitionen, men samtidig udvider kompleksiteten, samt den almene persons forståelsesgrad af lovgivningen. Dog bemærkes det at sådan lovgivning er nødvendig, på et så komplekst område som CFC-beskatning.

5.3.3 Aktivbetingelsen

Indeværende afsnit søger kort at definere aktivbetingelsen, samt lave en sammenholdelse af aktivbetingelsens relevans for CFC-beskatningen før og efter indførslen af L 89. Heri vil der redegøres for hvad aktivbetingelsen er, retsgrundlaget og dennes påvirkning af L 89.

Det har fulgt af SEL § 32, stk. 1, nr. 2, 1. pkt¹⁴⁷. at *Datterselskabets finansielle aktivet gennemsnitligt i indkomståret udgør mere end 10% af selskabets samlede aktiver*, og såfremt et selskab overstiger denne grænse i løbet af indkomståret, ville dette medføre at opfyldelse af aktivbetingelsen. Heri var et selskabs finansielle aktiver fortsat defineret i SEL § 32, stk. 1, nr. 2, 2. pkt, hvoraf det fremgår at disse skal omfatte ”*aktiver, hvis afkast er omfattet af stk. 5.*”.

Aktivbetingelsen havde til formål at sikre, at såfremt et datterselskab udelukkende driver sin *egen* drift, og er et de facto drift selskab, vil det ikke blive CFC-beskattes under de daværende CFC-regler, grundet deres sammensætning af aktivmassen. Fortsat sikrer aktivbetingelsen at datterselskaber ikke bliver pålagt CFC-beskatning, på baggrund af utilfredsstillende år med dårlige resultater¹⁴⁸. Aktivbetingelsen vurderes derfor i overvejende grad at være en sikkerhedsforanstaltning for datterselskaber der udførte egentligt økonomisk aktivitet, og hvis eksistensgrundlag ikke kun var baseret på at udøve drift for moderselskaber – altså selskaber med substans.

Som følge af ATAD, blev dansk lovgivning nødt til at foretage ændringer, og sikre at deres lovgivning var i overensstemmelse med det fremsatte direktiv.

5.3.3.1 Ændringer i aktivbetingelsen

Efter at aktivbetingelsen blev genindført i dansk lovgivning af L 123 (2006/2007) overlevede den ca. 13 år i dansk lovgivning, inden den blev fjernet ved indførslen af L 89 (2020/2021). Dette kom som en følge af ATAD, hvori Danmark blev nødt til at overholde minimumskravene fremsat i direktivet. Såfremt at Danmark havde valgt at beholde aktivbetingelsen i lovgivningen, ville det ikke blev anset som at minimumskravene blev overholdt¹⁴⁹. Dette kommer som følge af at der i ATAD lægges mere vægt på indkomstens sammensætning, og ikke aktivernes karakter. Dette understøtter endvidere at L 89 i høj grad var en stramning af den danske CFC-lovgivning, da denne, som nævnt ovenfor, sikrede selskaber med substans mod at blive underlagt CFC-regler.

5.3.4 Indkomstbetingelsen

Indeværende afsnit søger kort at redegøre for indkomstbetingelsen før indtrædelsen af L 89, da det findes relevant at skitsere denne, for at kunne tydeliggøre udviklingen og ændringen som følge af indførslen af L 89.

Indførslen af L 89 påvirkede fortsat og den indkomstbetingelse der har været opstillet i dansk CFC-lovgivning. Historisk har denne været opfyldt såfremt at mere end 50% af selskabet indkomst i det respektive år har været CFC-indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1, nr.

¹⁴⁷ LBK nr. 1084 af 26/06/2020, Selskabsskattelovens § 32

¹⁴⁸ L 213 (2006/2007). Bemærkninger til § 1, nr. 12.

¹⁴⁹ L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger, s. 18

1¹⁵⁰. Dette blev opgjort efter SEL § 32, stk. 4 og 5¹⁵¹, og indebar at selskaber skulle udarbejde en nettoopgørelse af alle CFC-indkomsttyper, samt de fradrag der opstilles i SEL § 32, stk. 5¹⁵². Her lægges datterselskabets egen indkomst til grund, for denne opgørelse, men uden muligheden for at kunne inkludere tidligere års underskud, som ellers ville kunne fremføres, jf. SEL § 32, stk. 4, 1. pkt¹⁵³.

Dette blev vedtaget ved L 213 (2006/2007), som medførte at danske datterselskaber ville blive underlagt lovgivning om CFC-beskatning. Fortsat medførte indførslen heraf, at udenlandske datterselskaber skulle vurderes efter danske regler, ved deres opgørelse af CFC-indkomst herfra, jf. SEL § 32, stk. 4¹⁵⁴. Derfor var det tidligere udgangspunkt, at for udenlandske datterselskaber skulle både CFC-indkomsten og den samlede indkomst opgøres efter danske skatteregler, og i den forstand skulle datterselskaberne anses og blive behandlet som værende danske¹⁵⁵, i opgørelsen af CFC-indkomsten.

I afdækning af indkomstbetingelsen findes det fortsat relevant, at inddrage begrebet *fiktiv afståelse*¹⁵⁶, jf. værnsreglen SEL § 32, stk. 8. Dette begreb refererer til en skatteoptimerende konstruktion, hvori et skattesubjekt betragtes at overdrage eller afstå aktiver, uden en egentlig afståelse heraf i juridisk forstand. Dette anvendes i høj grad i multinationale selskaber til at fastlægge og optimere en skattepligtig avance, ved at rokere aktiver rundt på tværs af jurisdiktioner eller selskaber.

Fiktiv afståelse består både af element der vedr. indkomstbetingelsen fremsat i SEL § 32, stk. 1, samt et element der vedr. indregning af et datterselskabs indkomst i moderselskabet, som er hjemlet i SEL § 32, stk. 10. Ved gennemgang af fiktiv afståelse, kan det være relevant om indkomsten anses som værende passiv eller aktiv indkomst.

Eksempler på fiktiv afståelse kan være et skattesubjekt med værdipapirer eller kapitalandele flytter til et land uden beskatning af kapitalgevinster. Her vil Danmark ofte behandle aktierne som fiktivt afstået på flyttetidspunktet. Skattepligten beregnes på grundlag af aktiernes markedsværdi på flyttedagen, selvom aktierne ikke er solgt. På denne måde sikres, at værdistigningen, der er opstået under dansk skattepligt, bliver beskattet. Heri anvendes den fiktive afståelse som et værktøj der kan undgå skatteunddragelse ved at flytte aktiver eller indkomst til andre jurisdiktioner, og samtidig sikrer korrekt beskatning af værdipapirer.

¹⁵⁰ LBK nr. 1084 af 26/06/2020, Selskabsskattelovens § 32

¹⁵¹ Ibid

¹⁵² Ibid

¹⁵³ Ibid

¹⁵⁴ LBK nr. 1084 af 26/06/2020, Selskabsskattelovens § 32

¹⁵⁵ L 213 (2006/2007), Bemærkninger til § 1, nr. 12

¹⁵⁶ C.C.6.1 Afståelsesbegrebet. Info Skat.

Dette er dog kun relevant for ikke-realiserede gevinster på CFC-aktiver, jf. SEL § 32, stk. 10, og finder ikke anvendelse på ikke-CFC-aktiver, uagtet om moderselskabet indregner hele datterselskabets indkomst eller kun CFC-indkomsten¹⁵⁷.

Det findes fortsat relevant at inddrage *transparensreglen*. Denne regel er et centralt princip indenfor skatteretten, som regulerer hvorvidt indkomst fra et skattesubjekt skat beskattes hos enheden selv, eller direkte hos skattesubjektets ejere. Lovgivningen er bygget på, at visse enheder ikke anses som selvstændigt skattepligtige, men derimod skal behandles som transparente, jf. SEL § 32, stk. 1, nr.1, 2-3. pkt. Hermed ville indkomst og udgifterne skattemæssigt allokeres til moderselskaber, som hvis de selv havde afholdt disse udgifter og indkomst. Transparensreglen er ikke hjemlet ét specifikt sted i dansk lovgivning, men udspringer som en kombination af lovgivning, retspraksis og retsafgørelser. Fortsat anvendes denne både ved opgørelsen af et selskabs CFC-indkomst, samt vurderingen af hele selskabets indkomst. Det bemærkes her at dette udelukkende er gældende, i vurdering af opfyldelsen af indkomstbetingelsen¹⁵⁸.

I dansk ret er udgangspunkt for, hvilke enheder der er skattepligtige som selvstændige skattesubjekter hjemlet i SEL § 1, stk. 1, der oplister en udtømmende liste af selskabsformer og juridiske enheder, som underlægges en selvstændig skattepligt. Såfremt en enhed falder udenfor denne bestemmelse, vil den ofte anses som værende transparent, hvorfor indkomsten heri vil blive beskattes direkte i moderselskabet.

Reglen er særligt relevant i grænseoverskridende sammenhænge, hvor udenlandske enheders skattemæssige kvalifikation kan variere. I praksis vurderer danske skattemyndigheder en enheds status ud fra hæftelse, kontrol og beskatningsmæssige forhold i hjemlandet. Dette fremgår eksempelvis af Skatterådets afgørelse i SKM2014.412.SR¹⁵⁹, hvor et udenlandsk partnerskab blev kvalificeret som transparent. Fortsat har transparensreglen indgået i dansk lovgivning siden L 118 (1995/1996), hvori formålet var at udenlandske holdingselskaber kunne blive underlagt sambeskatning, og derved blive underlagt CFC-reglerne¹⁶⁰.

5.3.4.1 Ændringer i indkomstbetingelsen

Ved indførslen af L 89 skete der mange ændringer til indkomstbetingelsen, som indeværende afsnit søger at afdække. Heri vil afsnittet gennemgå de væsentligste elementer i lovgivningen som blev påvirket heraf.

Indkomstbetingelsen blev ændret markant ved indførslen af L 89, da denne betingelse nu anses som værende opfyldt så snart at et CFC-indkomsten i et indkomstår blot udgør 1/3

¹⁵⁷ Wittendorf, Jens, CFC -beskatning, 2021, s. 3

¹⁵⁸ Schmidt, Peter K., Dansk CFC-beskatning, 2013, s. 235

¹⁵⁹ Skat, D.1.1.3 Andre Selskaber. SKM2014.412.SR

<https://info.skat.dk/data.aspx?oid=1899833>.

¹⁶⁰ Schmidt, Peter K., Dansk CFC-beskatning, 2013, s. 235

af datterselskabets samlede indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1, modsat inden hvori denne skulle overstige 50%. Altså et markant fald i kravet for hvornår CFC-indkomsten medfører at datterselskaber falder under betingelsen, som gør at de kan blive CFC-beskattet. Herefter vil CFC-indkomst blive opgjort på baggrund af den samlede CFC-indkomst som datterselskabet har haft i indkomståret. Der forekommer ingen ændring i indregningsperioden, men udelukkende på kriteriet for opfyldelse af betingelsen.

Faldet fra 50% til over 1/3 af den samlede indkomsten understøtter yderligere, at L 89 var en markant skærpelse af lovgivning, som følge af at markant flere selskaber ville falde under tærskelkravet. Det bemærkes fortsat, at på indeværende punkt foretog dansk lovgivning en direkte implementering af de fremsatte forslag i ATAD og OECD. Den præcise effekt heraf foreligger der ikke underliggende tal på, men det er en logisk deduktion at såfremt tærskelkravet sænkes, vil der være flere selskaber der opfylder dette krav.

Fortsat så indførslen af L 89 ændringer i forståelsen af *fiktiv afståelse*. Udgangspunktet for fiktiv afståelse er fortsat uændret, men der er sket en udvidelse af anvendelsesområdet. Efter L 89 omfatter bestemmelsen nu at samtlige aktiver falder under anvendelsesområdet, og ikke blot aktiver som falder ind under aktieavancebeskatningsloven og kursgevinstloven. Dette medfører at man efter indførslen af ny lovgivning, vil se at immaterielle aktiver også bliver omfattet heraf. Konsekvensen heraf, er at en eventuel reduktion af kapitalandele i datterselskaber, nu vil udløse en afståelsesbeskatning af samtlige CFC-aktiverne. Hertil bemærkes det, at en eventuel avance fra salg af immaterielle aktiver udelukkende skal indgå i indregningen, såfremt at de opfylder de øvrige betingelser for indregning af indkomst fra immaterielle rettigheder, hvilket vil blive uddybet i senere afsnit om den *partielle substanstest*. Modsat de tidligere ændringer til CFC-lovgivningen fremført af L 89, betyder dette at der også forekommer lempelserne i regelsættet, og ikke udelukkende skærper er lovgivning på CFC-området. Dette kommer som følge af, at selskaber nu ville kunne fiktivt afstå ikke-CFC-aktiver uden at dette forøger datterselskabets samlede indkomst, hvorfor de kommer længere fra at opfylde indkomstbetingelsen¹⁶¹.

Endvidere har L 89 medført små ændringer i transparensreglen. Dette var dog udelukkende en ændring i ordlyden i bestemmelsen, som skulle sikre bedre anvendelse heraf.

Det opsummeres at der i L 89 var markante ændringer, som både skærpede og enkelte lempelser ift. tidligere dansk CFC-lovgivning. Hovedsageligt anses L 89 som værende en skærpelse af CFC-lovgivning. Dette kommer som følge af en lang række ændringer i diverse betingelser, herunder kontrolbetingelsen, aktivbetingelsen, indkomstbetingelsen

¹⁶¹ Wittendorf, Jens, CFC -beskatning, 2021, s. 2

mv., og følger den historiske tendens af fortsatte stramninger på CFC-lovgivningsområdet, i takt med samfund udvikler sig til at være mere internationale.

5.3.5 Definition af CFC-indkomst og ændringer hertil

5.3.5.1 Introduktion

CFC-lovgivning og definitionen på CFC-indkomst har udviklet sig meget, siden den spæde opstart på lovgivningen herpå udviklet sig. Dansk lovgivning har dog haft en udtømmende liste over indtægter som klassificeres som CFC-indkomst længe, dog ikke uden at der er sket ændringer over årenes løb. Indeværende afsnit søger at afdække definitionen af CFC-indkomst, og hvordan denne har udviklet sig efter indførslen af L 89. Forsat leder indeværende afsnit op til gennemgangen af den partielle substanstest, som vil blive gennemgået i afsnit 5.3.6. Afsnittet søger endvidere at foretage en gennemgang af nye tilføjelser i definitionen af CFC-indkomst, som lovgivere har været nødsaget til at inkludere på baggrund af udviklingen i samfundet.

5.3.5.2 Historisk

Danmark indførte i 2002 en udtømmende liste over udgifter og indtægter, som selskaber kan afholde, som skal indregnes i selskabets CFC-indkomst. Disse blev præsenteret i LBK nr. 736 af 28/08/2002¹⁶², som introducerede en ny § 32 i SEL. Af denne SEL § 32 var der oplistet en udtømmende liste i stk. 5, nr. 1-9¹⁶³. Nedenfor bliver der oplistet en nedkogt versionen af nuværende lovtekst

1. *"Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter*
2. *Skattepligtige gevinster og fradragsberettigede tab på fordringer, gæld eller finansielle kontrakter, der omfattes af kursgevinstloven. Gevinst og tab på kontrakter (terminkontrakter m.v.), som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, medregnes ikke. Gevinst og tab på terminkontrakter m.v. medregnes dog, hvis den skattepligtige udøver næring ved køb og salg af fordringer og finansielle kontrakter eller driver næringsvirksomhed ved finansiering,*
3. *Provisioner og lign., der er fradragsberettigede efter ligningslovens § 8, stk. 3, og de tilsvarende skattepligtige provisioner og lignende*
4. *Skattepligtige udbytter,*
5. *Skattepligtig fortjeneste og tab vedrørende aktier m.v., der omfattes af aktieavancebeskatningsloven.*
6. *Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver 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 udviklings-virksomhed. Immaterielle*

¹⁶² "LBK Nr 736 Af 28/08/2002, Skatteministeriet." 2024. Retsinformation.

¹⁶³ Juridisk Vejledning, CD. 4.1.5.2.1 *Typer af CFC-Indkomst*

aktiver omfatter enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm, ethvert patent, varemærke eller mønster eller enhver model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer.

7. *Skattemæssige fradrag, der vedrører indtægter som nævnt i 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. afskrivnings-lovens § 40 A.”*

Hertil bemærkes det at ovenstående er en udtømmende liste, hvorfor at intet der ligger udenfor disse ni typer, vil blive klassificeret som CFC-indkomst. Dette understøttes bl.a. af SKM2009.59.SR, hvori Skatterådet svarede at avance på videresalg af købskontrakter vedr. faste ejendom ikke var omfattet af ovenstående definition på CFC-indkomst i SEL §32¹⁶⁴.

Fortsat er det gældende for alle indkomsttyperne i SEL § 32, stk. 5, nr. 1-10 at dette ikke forudsætter væsentlig *fysisk tilstedeværelse* eller ressourceanvendelse i form af materialer, kontorfaciliteter, personale eller lignende¹⁶⁵. Denne type indkomst er udelukkende karakteriseret som en finansiel eller mobilt baseret indtægtskilde, der muliggør overførsel af væsentlige beløb fra højt beskattede lande, til lavt beskattede lande, udelukkende med henblik på at kunne skatteoptimere, hvorfor at disse klassificeres som CFC-indkomst¹⁶⁶. Det er imidlertid en betingelse for, at indtægterne i et datterselskab bliver underlagt CFC-beskatning, at nettoresultatet i selskabet skal være positivt, jf. SEL § 32, stk. 1. ’

I følgende afsnit vil der foretages en analyse af udviklingen i de væsentligste punkter i definitionen af CFC-indkomst. Heri vil fokus være på immaterielle aktiver, anden indkomst herfra og faktureringselskaber.

5.3.5.3 Udvikling efter L 89

Som tidligere beskrevet medførte indførslen af L 89 markante ændringer på definitionen af CFC-indkomst, og disse ændringer kan i høj grad beskrives som værende en udvidelse af tidligere lovgivning. Indeværende afsnit søger at fokusere på ændringer fra immaterielle aktiver og faktureringselskaber.

¹⁶⁴ SKM2009.59SR, Selskab i Dubai - Skattepligt Til Danmark - Ledelsens Sæde - CFC-Beskatning.

¹⁶⁵ L 99 2001/2002, Bemærkninger

¹⁶⁶ L 99 2001/2002, Bemærkninger

Ændringen heri indebar at indkomst fra *faktureringselskaber* og anden indkomst relateret til immaterielle aktiver nu blev omfattet af SEL § 32, stk. 5. Fortsat blev der også gennemført enkelte mindre ændringer og justeringen i denne bestemmelse. På trods af at indførslen af L 89 menes af være en udvidelse ser man at bestemmelsen SEL § 32, stk. 5 blev reduceret fra nr. 1-10, til nu kun at indeholde nr. 1-9. Dette kom som følge af at man fra lovgivers side har valgt at sammenlægge den tidligere SEL § 32, stk. 5, nr. 1, der vedrørte skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter, sammen med den tidligere SEL § 32, stk. 5, nr. 3. Dette resulterer i at SEL § 32, stk. 5, nr. 1 nu både omfatter renter, provisioner og lignende forhold. Hertil bemærkes det at ingen væsentlig ændring er sket, i forhold til indkomsttyperne der omfattes af CFC-lovgivningen¹⁶⁷.

Fortsat fremgår henvisning af afståelsessummer ikke længere i SEL § 32, stk. 5, nr. 4. Dette kommer som følge af, at sådanne afståelsessummer nu betragtes som en del af udbytte begrebet fremsat i ligningslovens § 16A. Dette medfører ikke nogen egentlig indholdsmæssig ændring, men forarbejderne til L 2021 1080 præciserer, at skattepligtige udbytter skal forstås som udbytter omfattet af LL § 16 A, hvorfor SEL § 32, stk. 5, nr. 4 ikke omfatter eventuelle skattefrie portefølje aktier, eller aktier i datterselskab¹⁶⁸. Derfor er det udelukkende en ændring af ordlyden der har ændret sig i SEL § 32, stk. 5, nr. 5, da retsvirkningen heraf fortsat er den samme. Dette skyldes at den materielle regulering forbliver uændret, men ændringen har udelukkende til formål at tydeliggøre reglerne i bestemmelsen.

Ændringen til SEL § 32, stk. 5 medført af L 89 har ikke medført nogle væsentlige materielle ændringer til behandlingen af immaterielle aktiver, sammenholdt med hidtidige regler. Der er udelukkende tale om endnu en *rokade* internt i bestemmelsen. Heri er CO₂-kvoter og -kreditter lovteknisk blevet flyttet var den tidligere SEL § 32, stk. 5, nr. 10 til at indgå i stk. 5, nr. 3, samt at SEL § 32, stk. 5, nr. 6, 1. pkt. også rokeret over til SEL § 32, stk. 5, nr. 3. Dog bemærkes det at dette ikke udelukkende af en ændring af ordlyd, men at der faktisk er retsvirkning af ændringen heri. Dette kommer som følge af, at der er tilføjet et væsentlighedskriterium i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, som indebærer en justering af de krav, der stilles til, hvor funktionerne i forbindelse med udvikling af immaterielle aktiver kan udføres. At tillade, at nogle aktiviteter udføres i andre selskaber og ikke udelukkende datterselskabet, herunder koncernselskaber, repræsenterer en udvidelse af mulighederne for, hvordan disse funktioner kan fordeles, hvilket ændrer retstilstanden på dette område. Dette kan fx være hvis der anvendes tredjeparter til forskning e.l., og at dette ikke direkte udføres af datterselskabet¹⁶⁹, heri ville datterselskabet ikke indregne denne forskning i sin CFC-opgørelse, som følge af at væsentlighedskriteriet ikke er opfyldt.

¹⁶⁷ L 89 (2020/2021), Specielle bemærkninger s.22

¹⁶⁸ Ibid

¹⁶⁹ Wittendorf, Jens, CFC -beskatning, 2021, s. 4

Det bemærkes fortsat at indførslen af L 89 har medført mange ændringer, men dette afsnit vil nu fokusere på de vurderes at være de væsentligste ændringer. Dette er udvidelsen af bestemmelsen, hvori man har inddraget to yderligere indkomsttyper. Man har inddraget *anden indkomst fra immaterielle aktiver* og indkomst fra *faktureringselskaber*. Disse gennemgås nedenfor, med fokus på redegørelse herfor, og konsekvenserne indførslen heraf medbringer for selskaber.

5.3.5.3.1 Anden indkomst fra immaterielle aktiver

Den mest markante ændringer i de danske CFC-regler er udvidelsen af at CFC-indkomst skal omfatte *anden indkomst fra immaterielle aktiver*, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, hvilket er en væsentlig præciseringen af hvad der kan karakteriseres som indkomst fra immaterielle aktiver. Endvidere bemærkes det at denne udvidelse fortsat er en udvidelse af indkomstbegrebet, da dette falder herunder.

Denne indkomsttype, som oftest betegnes som *embedded royalties*, er nu omfattet af CFC-reglerne, hvilket sikrer at enhver form for afkast eller indtægter fra immaterielle aktiver, medregnes som CFC-indkomst, uanset hvordan dette afkast fremtræder. Selskaberne kan opnå indkomst fra *embedded royalties* ved fx at eje et patent eller en teknologi, og sælger disse til anvendelse af andre selskaber, som anvender dette til at fremstille færdige produkter. I stedet for at opkræve en særskilt royalty eller et gebyr pr. anvendelse, kan selskabet med patentet indregne for brugsret i prisen på de solgte produkter. Ved at anvende denne metode, kan det være vanskeligt at identificere og isolere indkomsten der stammer fra immaterielle aktiver, da den ikke fremtræder som særskilt royaltybetalingen, hvilket inddragelsen af *embedded royalties* under indkomstbetingelsen søger at afdække.

Det fremgår af bemærkningerne til L 89 (2020/2021)¹⁷⁰ at denne udvidelse af baseret på OECD's BEPS Action 3, hvori det fremsættes at indehavere af immaterielle aktiver kan genere afkast på andre måder, end dem der nødvendigvis fremstår som særskilte royalties, hvorfor at dette har været et "smuthul" i tidligere lovgivning. Som afdækket i eksemplet ovenfor, kan kløgtige løsninger og indkomstrømme af immaterielle aktiver skjule royaltylignende indkomstrømme, og derved undgå klassificering som CFC-indtægter.

En anden væsentlig begrundelse for denne regelændring, er ønsket om at understøtte at immaterielle aktiver og afkastet fra disse forbliver i jurisdiktionen hvori de *faktisk* er udviklet, i overensstemmelse med BEPS-principperne, og ikke kan flyttes til et datterselskab med salgskarakteristika, som bagefter ville kunne indregne indkomster fra dette immaterielle aktiv, som salgindkomst. Hermed ville indkomst ikke skulle medregnes i CFC-indkomsten¹⁷¹. Dette værnshensyn er særligt relevant i lyset af risikoen

¹⁷⁰ L 89 (2020/2021), Bemærkninger

¹⁷¹ Ibid, side 11

for, at betydelige skatteindtægter kan gå tabt for medlemslandene, hvis mobile indkomster flyttes til lavt beskattede lande, uden tilstrækkelig regulering. De nye regler sikrer således at afkastet fra immaterielle aktiver medregnes so CFC-indkomst uanset afkastets juridiske form, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b.

Samtidig med at skulle sikre at anden indkomst fra immaterielle aktiver korrekt bliver beskattet, var man også mødt af en problemstilling om at sikre, at danske selskaber ikke blev stillet overfor unødige barriere for at foretage legitim forskning og udviklingsprojekter i datterselskaber. Man har derfor indført en række undtagelser, som har til hensigt at skåne og beskytte indkomst fra immaterielle aktiver, der udvikles ved datterselskabets egne aktiviteter i samme land, hvor det er hjemmehørende, da dette ikke vil blive medregnet i deres CFC-indkomst. Dette kommer som en følge af, at man kun medregner indkomst fra immaterielle aktiver til CFC-indkomsten, såfremt aktiverne enten er erhvervet fra et andet land end det, hvor datterselskabet er tilhørende, eller såfremt disse er udviklet gennem aktiviteter udført af tilknyttede personer i et andet land¹⁷².

Såfremt at de immaterielle aktiver er udviklet ved aktivitet udført i samme land, som selskabet har skattemæssigt tilhørsforhold til, skal dette ikke medregnes i deres CFC-indkomst, uagtet om disse aktiviteter er udført af selskabet selv, lokale koncernforbundne selskaber eller en uafhængig tredjepart. Derimod skal der ske en nærmere vurdering, såfremt de immaterielle aktiver er udviklet i et andet land end det, hvori datterselskabet er hjemmehørende. Der foretages et skel mellem hvorvidt aktiviteterne er udført af tilknyttede personer, som ofte vil være koncernforbundne selskaber, eller uafhængige tredjeparter. Er aktiviteten udført af sidstnævnte vil dette ikke medføre en indregning i selskabets CFC-indkomst, uagtet om udviklingen er sket udenfor datterselskabets hjemland¹⁷³. Man ser i høj grad at dette er tilfælde på fx forskningsprojekter.

Denne tilgang til indregning af CFC-indkomst balancerer to hensyn for selskaberne, der potentielt kan være underlagt dette: Dels ønsket om at undgå uberettiget skatteflytning på tværs af medlemslandene, og dels en nødvendighed for at sikre fleksibilitet for selskaber, som har aktiviteter der strækker sig over adskillige lande. Ved at fokusere på de grænseoverskridende aktiviteter og relationen mellem datterselskab og udviklere af de immaterielle aktiver, afdækker lovgivningen effektivt risikoen for skatteoptimering, og samtidig formår at beskytte reelle forsknings- og udviklingsaktiviteter mod unødvendig beskatning. Dette afspejler kompleksiteten der er nødvendig i moderne lovgivning på CFC-området, som er enormt komplekst. Indeværende ændring viser en målrettet skatteregulering, som formår at tage højde for kompleksiteten i internationale koncernstrukturer og skattemæssige udfordringer.

¹⁷² L 89 (2020/2021), Bemærkninger side 23.

¹⁷³ L 89 (2020/2021), Specielle bemærkninger side 24.

Af hensyn til at opstille en simplificeret model for, hvornår der skal ske indregning af indkomst fra immaterielle aktiver, henvises der til nedenstående model. Der er heri opstillet de seks forskellige scenarier, som er gennemgået ovenfor. Heri lægges der indledningsvist vægt på hvori datterselskabet og handelspartneren har hjemland, hvorefter der tages stilling til hvordan aktivet er udarbejdet/erhvervet:

Indregning af indtægt fra immaterielle aktiver.	Erhvervet i samme land, som datterselskabet har tilhørsforhold til	Erhvervet i et andet land, end datterselskabet det har tilhørsforhold til
Immateriel aktiv udarbejdet af uafhængig tredjepart.	Falder uden for definition	Falder uden for definition
Immateriel aktiv udarbejdet af tilknyttet person.	Falder uden for definition	Falder indenfor definition af CFC-indkomst
Immateriel aktiv er erhvervet, og ikke udarbejdet	Falder uden for definition	Falder indenfor definition af CFC-indkomst

Figur 1. Egen tilvirkning

Af bemærkningerne til L 89 (2020/2021) begrundes det af Skatteministeriet at det findes nødvendigt at indregne *anden indkomst fra immaterielle aktiver*, med henvisning til OECD's BEPS-rapport Action 3, samt ATAD.

Den manglende klarhed om, hvad der konkret skal forstås ved *anden indkomst fra immaterielle aktiver*, udgør en væsentlig udfordring for både skattemyndigheder og selskaber underlagt dansk jurisdiktion. Manglen på klare retningslinjer kan føre til forskelligartede fortolkninger og potentielle konflikter om, hvordan CFC-indkomst skal allokeres og beskattes. Der henvises fra skatteministeriets side til armlængdeprincippet, og transfer pricing-metoder som *relief from royalty*, i et forsøg på at etablere en objektiv ramme til anvendelse.

Dette understøttes yderligere af Jakob Bundgaard, der rejser kritik heraf¹⁷⁴, og fremhæver en vigtig pointe om, at der hverken i OECD's BEPS-rapport eller ATAD er udarbejdet en udtømmende vejledning på præcist dette område. Dette efterlader et stort fortolkningsspørgsmål hos medlemslandene, som kan risikere at føre til fortolkninger der ikke er strømlinet på tværs af Unionen, grundet variationer i implementering og anvendelse af disse regler. Dette medfører en øget risiko for multinationale selskaber i Unionen for at blive dobbeltbeskattet, eller ende i konflikt med nationale skattemyndigheder.

Denne uklarhed understreger behovet for yderligere harmonisering og præcision i international skatteret, så reglerne bliver mere transparente og anvendelige, samtidig med at de effektivt forhindrer skatteundgåelse.

¹⁷⁴ Bundgaard, Jakob, Embedded royalties – en ny skat på udenlandske IP-rettigheeder, 2021, s. 2

Modsat heraf, er der i L 89 fremført tydeligere regler vedr. indkomst der stammer fra faktureringselskaber.

5.3.5.3.2 Indkomst fra faktureringselskaber

Udover ovenstående tilføjelse af *anden indkomst fra immaterielle aktiver*, medførte indførslen af L 89 også et nyt begreb, *indkomst fra faktureringselskaber*. Dette er ej at blive forvirret med det nyligt relevante begreb *fakturafabrikker*¹⁷⁵. Herimod henvises der til indkomst der stammer fra faktureringselskaber, som bidrager med lav eller ingen økonomisk værdi, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 9. Såfremt at indkomst af denne karakter haves, skal dette indgå i selskabets CFC-indkomst. Heri er der krav om, at fakturaselskabet både køber og sælger til tilknyttede personer, i overensstemmelse med det nye kontrolbegreb, jf. ovenstående samt SEL § 32, stk. 6, førend at dette kan klassificeres som CFC-indkomst.

Implementeringen heraf kommer som følge af krav fremsat i ATAD, jf. kapitel 4, og der kræves her en bredere definition, end hvad der tidligere var gældende i dansk lovgivning¹⁷⁶. Dette begrundes med, at indkomst fra denne selskabstype kan være særlig mobil, og er velegnet til udhuling af indkomstgrundlaget for moderselskaber, således at de bliver beskattet lavere i deres jurisdiktion¹⁷⁷. Dette modstrider dog undtagelsen om, at *aktivitet med lav eller ingen økonomisk værdi ikke kan antages at erodere skattebasen*, jf. de minimi betingelsen opstillet af OECD, jf. kapitel 2, som opstiller et tærskelkrav for hvornår selskaber skal underlægges CFC-beskatningsregler. Hertil bemærkes det fortsat, at såfremt at en selskab overholder gældende transfer pricing-regler, kan dette ikke resultere i væsentlig indkomst i underliggende faktureringselskaber i koncernen¹⁷⁸.

Det kan dog også argumenteres, at grundet faktureringselskabernes mulig for at udholde i moderselskabets indkomstgrundlag, og med høj sandsynlighed stort set kun har indkomst der de facto vedrører moderselskaber, vil inddragelsen af denne indkomst i CFC-lovgivningen at være i overensstemmelse med ATAD. Hertil bemærkes det at såfremt et faktureringselskab også har anden indkomst, vil det udelukkende være indkomst der er udelukkende faktureringsindkomst der er CFC-indkomst. Afslutningsvist findes det at grundet mobiliteten af faktureringsindkomsten, og muligheden for udhuling af indkomst i moderselskab, er bestemmelsen omkring faktureringsindkomst i overensstemmelse med ATAD.

¹⁷⁵ Begreb der har opnået popularitet i 2024, som omhandler selskaber der hjælper m. hvidvask.

¹⁷⁶ L 89 (2020/2021), side 11.

¹⁷⁷ Ibid, side 26-27.

¹⁷⁸ Schmidt, P. K. (2021). Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret: En retlig analyse med komparative og EU-retlige overvejelser. SR-Skat, 33(6), 255-270. Artikel SR.2021.255. Side 6.

5.3.5.3.2 Delkonklusion

Inddragelsen af indkomst fra immaterielle aktiver og faktureringselskabers indkomst i CFC-reglerne, jf. SEL § 32, markerer en vigtig udvikling i dansk skatteret. Formålet med denne udvidelse er at forhindre kunstig flytning af indkomst til lavskattelande og dermed beskytte den danske skattebase. Ved at inkludere "anden indkomst fra immaterielle aktiver" og indkomst fra faktureringselskaber adresserer lovgivningen komplekse udfordringer med global skatteplanlægning, hvor virksomheder tidligere har kunnet undgå beskatning ved at skjule værdier som salgsindkomst eller flytte fortjenester til lavskattelande.

Selvom reglerne styrker beskyttelsen af den danske skattebase, er der fortsat udfordringer med deres praktiske implementering og retssikkerhed. Særligt definitionen af "anden indkomst fra immaterielle aktiver" mangler præcision, hvilket kan føre til usikkerhed for både virksomheder og skattemyndigheder. Ligeledes kræver udskillelsen af indkomst fra faktureringselskaber komplekse armslængdeanalyser, som kan være både ressourcekrævende og genstand for tvister.

På internationalt niveau er indførslen af L 89 et skridt i den rigtig retning af en mere harmoniseret og retfærdig skattepolitik, men dette afhænger fortsat at alle medlemslande implementerer lignende regler. Såfremt der ikke sker en indsats på tværs af alle medlemslandene, kan selskaber fortsat udnytte huller i national lovgivninger, og skatteoptimere som følge heraf.

5.3.5.4 Indførsel af en partiel substanstest

Som følge af indførslen af L 89, var der i forbindelse med udarbejdelse af lovgivning på området mange diskussioner. Dette kommer som følge af kritik fra mange større danske selskaber og interesseorganisationer. Disse reagerede på den store anvendelse der lægges op til ved indførslen heraf, da mange selskaber ser at dette kan være en stor administrativ byrde der bliver pålagt, såfremt at der ikke blev indført en substansundtagelse, der kunne sikre at selskaber kunne undtages fra dette. Derfor blev der i det endelige lovforslag indført partiel substanstest, som skal fungere som en analyse for hvornår selskaber har en *egentlig substans*.

Der er ved indførslen af L 89, indført en partiel substanstest i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt.¹⁷⁹. Denne finder udelukkende anvendelse på visse typer af indkomst fra immaterielle aktiver, hvori særlige kriterier skal lægges til grund for, at vurdere hvorvidt indkomsten falder under definitionen som CFC-indkomst. Hovedreglen heraf går på at der ikke forekommer CFC-beskatning fra *anden indkomst* fra et selskabs immaterielle aktiver. Hertil bemærkes undtagelsen om, at dette udelukkende er gældende så længe datterselskabet udøver en væsentlig forretning i forbindelse med disse immaterielle

¹⁷⁹ BEK nr. 644 af 17/05/2022 – Bekendtgørelse om partiel substanstest, første afsnit

aktiver. Bestemmelsen fremsætter fortsat en række immaterielle aktiver som kan indgå i denne bedømmelse, fx forskning, ophavsret, og patenter.

Endvidere fremgår undtagelsen til anvendelsen af ovenstående jf. SEL § 31, C. Dette kommer såfremt at et datterselskab selv er ansvarlig for al administration mv. i forbindelse med salg- og distributionskanaler, samt har ejerskab over de immaterielle aktiver, som er oplistet jf. SEL § 32. Fortsat fremgår det at den partielle substanstest ikke vil finde anvendelse, såfremt at datterselskabet tilhører end anden jurisdiktion end Danmark, altså har tilhørsforhold i et andet land, som ikke har skatteaftaler vedrørende udveksling af skatteinformation med Danmark. Hertil undtages det hvis indkomsten stammer fra immaterielle aktiver og udviklingsvirksomhed der bliver udført af et datterselskab eller et koncernforbundet selskab, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 6, 2. pkt.

Førend at den partielle substanstest finder anvendelse, kræves det indledningsvist at moderselskabet, jf. SEL § 32, stk. 1, har valgt at bestemmelsen i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt.¹⁸⁰ skal finde anvendelse. Fortsat kræver anvendelse af substanstesten at førnævnte skal være afgivet indenfor fristen, jf. skattekontrollovens § 12C¹⁸¹.

Den partielle substans beror på en vurdering af, hvorvidt der er tilstrækkelig substans i et datterselskab, til at det kan argumenteres for at indkomsten er *deres*. Altså skal det vurderes om datterselskabet udelukkende er af kunstig natur, hvis indkomst udelukkende er baseret på aktiver modtaget fra moderselskab, som skal danne indkomst med henblik på at skatteoptimere i et lavt-beskattet område. Derfor skal der tillægs vægt til om elementer der giver et datterselskab substans, samtidig har den tilstrækkelige tilknytning til de indtægter opnået fra selskabets immaterielle aktiver¹⁸².

Det fremgår fortsat af betænkningen af det ikke skal være muligt for datterselskaber at falde udenfor CFC-betingelse, på trods af at de selv udfører en substantiel aktivitet, hvis denne aktivitet kan tilknyttes til et immateriel aktiv, som udelukkende er overgået til datterselskabet fra moderselskabet, med henblik på skatteoptimering¹⁸³. I Cadbury Schweppes dommen blev det fundet, at et datterselskab ikke opfyldte førnævnte krav for at opnå substans, hvorfor der var tale om et misbrug.

Desuden fremgår det at der i bedømmelsen heraf, skal indgå et objektivt og et subjektivt element. Dette kommer på baggrund af EU-domstolens udtalelse om kunstige arrangementer¹⁸⁴, hvortil denne har udtrykt at forend man kan konstatere at der er tale om et udelukkende kunstigt arrangement, *kræves det således udover 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.*"

¹⁸⁰ BEK nr. 644 af 17/05/2022 – Bekendtgørelse om partiel substanstest, første afsnit

¹⁸¹ Lovbekendtgørelse 2022-03-02 nr. 283, Skattekontrolllov

¹⁸² L 89, betænkninger afgivet af Skatteudvalget, den 27. maj, 2021, side 4.

¹⁸³ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 6. Gennemgået tidligere i opgaven.

¹⁸⁴ C-196/04 Cadbury Schweppes, præmis 67.

Domstolen peger her på, at der skal foreligge et subjektivt element, altså en hensigt om at opnå skattemæssig fordel som væsentligste årsag til selskabsarrangementet er således. Fortsat skal det objektivt kunne påvises, at dette selskabsarrangement mangler en egentlig substans, og udelukkende er et kunstigt arrangement. Kravet om objektivt og subjektivt elementer understøttes yderligere af C-116/16 T Danmark og C-117/17 Y Danmark. Dette krav om førnævnte elementer, er hvad vi i dansk lovgivning har navngivet substanstesten.

Domstolen lægger vægt på at det ikke er tilstrækkeligt blot at påvise at et selskabsarrangement har til hensigt at opnå en skattemæssig fordel, da dette i sig selv ikke er i uoverensstemmelse med lovgivningen, men at det heri også skal dokumenteres at selskabsarrangementet ikke udover nogen reel selvstændig forrentning.

Eksempel på at det subjektive element ikke opfyldes, kommer C-593/14 Masco. I indeværende domsafsigelse lagde domstolen i sine præmisser¹⁸⁵ vægt på at et lån fra moderselskab til et datterselskab, ikke kan anses som værende et motiv for at opnå en skattemæssig fordel, og derfor ikke faldt ind under kravet om det subjektive element.

Førend at det objektive element opfyldes, kræver det at vurdering af et datterselskabs immaterielle aktiver og indkomst heraf, vurderes ikke at have tilstrækkelig substans, i sådan en grad at indkomsten ikke kan tilskrives datterselskabets egen aktivitet. Dette element blev først fremstillet i Cadbury Schweppes-dommen, som er tidligere gennemgået. Her præsenterer EU-domstolen i præmisserne for rent kunstige arrangementer, og dansk lovgivning efter L 89 efterlever disse præmisser som retningslinjer for forståelse af kunstige arrangementer.

Problemer heri opstår når de immaterielle aktiver primært er erhvervet ved køb eller selv udviklet gennem ydelser leveret af udenlandske koncernforbundne selskaber. Heri kræves en mere nuanceret substansvurdering af, hvorvidt datterselskabets immaterielle aktiver har den nødvendige substans¹⁸⁶. For at understøtte denne vurdering har dansk lovgivning ikke udarbejdet en udtømmende liste over relevante forhold, da dette ville medføre begrænsninger, hvortil at en ikke-udtømmende liste har muligheder for fortolkninger af hvilke relevante forhold der kan tages i betragtning. Af den ikke udtømmende liste fremgår bl.a. nettoafkast på ejerskabet hos ejeren, ejerens kontrol over risikoen ved det konkrete ejerskab mv.¹⁸⁷

Indarbejdelsen af den partielle substanstest, som er forankret i EU-retspraksis, herunder Cadbury Schweppes-sagen, i dansk lovgivning illustrerer balancegangen lovgiver møder, ved at skulle sikre etableringsfriheden i EU, og samtidig beskytte mod skatteundgåelse

¹⁸⁵ C-593/14 Masco, præmis 45

¹⁸⁶ L 89, Betænkning af 27. maj, side 5.

¹⁸⁷ Juridisk vejledning, C.D.4.1.5 – Opgørelse af datterselskabets indkomst

på tværs af medlemslandene gennem kunstige arrangementer. På trods af at testen styrker beskyttelsen af danske selskaber, skaber den samtidig udfordringer i praksis, da kravene til vurdering af objektiv og subjektiv substans kan være komplekse og ressourcekrævende for selskaber. Fortsat er det meget tung og kompleks lovgivning, som kan tage sig lang tid for medarbejder at forstå korrekt, eller også må virksomheder se sig nødsaget til at hyre konsulenter hertil.

5.3.6 Retsvirkningen af L 89

Indeværende afsnit søger at gennemgå retsvirkningerne af de danske regler for CFC-beskatning af selskaber, og herunder også ændringerne i SEL § 32 stk. 15, og 16, samt de hidtidige bestemmelser om indregning af datterselskabers indkomst i moderselskabets opgørelse af skattepligtig indkomst. Samtidig behandles koncernstrukturer og principper for opgørelse af skattepligtig indkomst under CFC-reglerne. Afslutningsvist belyses ændringerne i sammenhæng med de allerede eksisterende regler, med fokus på de materielle justeringer.

I henhold til SEL § 32 vil et moderselskab være underlagt CFC-beskatning af indkomsten i et dansk eller udenlandsk datterselskab, såfremt de opfylder kriterierne fremsat i SEL § 32, stk. 7.-10. Indkomsten vil blive medregnet i moderselskabets skattepligtige indkomst, såfremt at der er tale om et positivt resultat, da negative resultater ikke ville kunne overføres. Denne bestemmelse er videreført uden væsentlige ændringer, men kun en mindre tilpasning af kontrolbetingelsen, som tidligere gennemgik, i SEL § 32, stk. 6. Fortsat er det nu muligt for moderselskabet, jf. SEL § 32, stk. 15, at vælge alene at medregne datterselskabets CFC-indkomst. Indførslen heraf kommer som følge af et ønske om at reducere den administrative byrde, særligt hvis datterselskaberne allerede er underlagt dansk beskatning¹⁸⁸.

Valget af indregning heraf, skal moderselskabet tage udgangspunkt i den gennemsnitlige ejerandel i datterselskabets samlede aktiekapital, i den relevante indkomstperiode, jf. SEL § 32, stk. 7, 1. pkt., hvorfor der ved ændringer i ejerandele skal foretage justering heraf. Har et moderselskab ikke haft bestemmende indflydelse over et datterselskab i hele indkomståret, skal kun profitten fra perioden af indkomståret hvori de har haft bestemmende indflydelse indregnes¹⁸⁹.

For et datterselskabs aktiver og passiver, er SEL § 32, stk. 8 blevet justeret således at indgangsværdien ved overdragelse nu fastsættes til handelsværdien på det tidspunkt, hvor moderselskabet etablerede datterselskabet, eller blev moder herfor, modsat tidligere hvor dette var fastsat til tidspunktet for koncerns kontrol¹⁹⁰. Ligeledes er

¹⁸⁸ L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger, s. 33

¹⁸⁹ Schmidt, P., "Dansk CFC-beskatning", 2013, s. 273.

¹⁹⁰ Schmidt, Peter K. Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret, 2021, s. 9

reglerne for nedslag og tilbagebetaling af skatter i SEL § 32, stk. 11 og 13 videreført med mindre justeringer der harmonerer med de nye kontrolregler.

Samlet set understreget ændringer i SEL § 32 både nødvendigheden af præcise regler for beskatning af CFC-indkomst og fleksibiliteten for moderselskaber i deres skatteadministration. Justeringerne søger at skabe en balance mellem retssikkerhed og effektiv skatteopkrævning, mens samtidig at imødegå potentielle spekulationsmuligheder for skatteoptimering på tværs af landegrænser¹⁹¹.

Kapitel 6 - Konklusion

Afhandlingen søgte at besvare spørgsmålet om hvordan den danske lovgivning havde udviklet sig i løbet af årene, samt hvordan dette kom til udtryk i L 89. Dette har opgaven gjort ved at foretage en retshistorisk analyse af hvordan udviklingen havde været op til indførslen af L 89, hvorefter der blev redegjort for hvad der lå til grund for indførslen af denne lov. Herefter blev der foretaget en gennemgang og redegørelse af hhv. OECD's BEPS-rapport Action 3, samt EU's Skatteundtagelses direktiv, for afslutningsvist at lave en analyse af L 89 påvirkning på den danske lovgivning.

Dansk lovgivning på CFC-området, som er fundet i SEL § 32, har i høj grad båret præg af, at verdenen, samfundet og EU er i konstant udvikling, hvorfor vi har set regler komme og gå i den danske CFC-lovgivning. Siden indførslen af det første lovgivning på CFC-området i 1995, til indførslen af L 89, har lovmagere gjort sig forhåbninger om fuldstændigt eliminere muligheden for at overføre profit til lavt beskattede lande. Dette har medført en lind strøm af ændringer i lovgivningen. Dette understøtter kompleksiteten i at udarbejde lovgivningen på området, da det har vist sig at være svært for lovgivere at *ramme rigtigt*. Den danske lovgivning på CFC-området har været i konstant ændring, som reaktion på at skulle følge med den øgende kompleksitet i multinationale selskabsstrukturer. Heri har der både været mange ændringer til definitioner, paragraffer, betingelser mv., som har haft til formål at sikre at den danske statskasse ikke blev snydt for deres retsmæssige provenu fra danske selskaber. Som led i ændringer i den danske lovgivning, har EU-domstolens domsafsigelser i bl.a. den præjudicielle Cadbury Schweppes-sag påvirket den danske lovgivning. Heri konkluderede EU-domstolen at national lovgivning ikke må udgøre en hindring for grundrettighederne til etableringsretten i TEUF.

Endvidere har dansk lovgivning været påvirket af internationale samarbejder, hvori man på tværs af landegrænser bliver enige om hvilke krav og betingelser man bør sætte i CFC-lovgivning. Dette ses i OECD's BEPS-rapport Action 3, hvori Organisationen for Økonomisk samarbejde og udvikling fremsatte en række byggesten, som Unionen kunne drage inspiration for ved udarbejdelse af EU-lovgivning. Denne rapport blev

¹⁹¹ L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger, s. 34.

offentliggjort i 2015, og kom som resultat af en stigende frygt for skatteundgåelse på tværs af landene i Unionen. Denne rapport dannede derfor fundamentet for EU-kommissionen udarbejdelse af Skatteundgåelse-direktivet, hvoraf det fremgår at der er taget direkte inspiration fra byggestenene fremsat i OECD's rapport.

Der kan henføres en direkte påvirkning og udvikling af dansk CFC-lovgivning, som følge af OECD's rapport – i form af Skatteundgåelses Direktivet. EU fremsatte i 2016 et direktiv med minimumskrav, som fastsatte fælles formål og regler for medlemslandene, om hvordan disse skulle implementere CFC-beskatnings regler ind i national lovgivning. Det er dette direktivet som den danske L 89 (2020/2021) er baseret på.

Som reaktion på OECD's rapport og EU's Skatteundgåelses Direktiv, indførte man fra dansk lovgivers side L 89. Af denne lov fremgik en lang række ændringer til den danske CFC-lovgivning. Heri blev der præsenteret ændringer til kontrolbetingelsen, som blev skærpet og dermed inkluderede flere selskaber. Heri faldt kontrolbetingelsen fra 50% interesse til 1/3, hvorfor flere selskaber nu ville opfylde denne betingelse, og falde ind under CFC-reglerne. Fortsat blev der indført to indkomstkategorier, som ikke tidligere har været relevant ifbm. CFC-beskatning, heri *anden indkomst fra immaterielle aktiver* og *indkomst fra faktureringselskaber*. Denne ændring kunne fortsat forstås som endnu en skærpelse af reglerne, da indkomstbetingelsen nu inkludere flere former for indkomst.

Endvidere indførte L 89 en partiel substanstest, som datterselskabet kan gennemgå, såfremt det skal beslutes om indkomsten har en reel karakter, eller udelukkende er et rent kunstigt arrangement. I denne partielle substanstest bliver der taget udgangspunkt i hvor meget *substans* der ligger i selskab, og er derfor en vurdering af hvorvidt selskabets eksistens udelukkende er skatteoptimering, eller om selskabet har en faktisk økonomisk aktivitet med de immaterielle aktiver, og ikke udelukkende driver moderselskabets forretning, i en anden jurisdiktion. Hertil lægger lovgiver vægt på bl.a. personale, lokaler, udstyr og andre aktiver.

Afsluttende bemærkes det at den danske lovgivning på CFC-beskatningen har været i evig forandring siden indførslen, som reaktion på at skulle kunne følge med globaliseringen og en evig voksende samhandel på tværs af landegrænser. Dette er udtrykt i L 89 ved fortsat at foretage stramninger og skærpelser af reglerne, som reaktion på nyfundne huller i lovgivningen.

Litteraturliste

Bøger:

- Denta, Sarah Maria & Tvarnø, Christian D (2018). "*Få styr på metoden – Juridisk metode og samfundsvidenskabelig projektmetode*", 2. udgave, ExTuto
- Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina D (2017). "*Retskilder og Retsteorier*", 5. Udgave, Jurist- og Økonomforbundet.
- Schmidt, Peter Koerver., Tell, Michael & Weber, Katja Dyppel (2020). "*International Skatteret*" (Second edition), Hans Reitzels Forlag.
- Schmidt, Peter Koerver. *Dansk CFC-beskatning: i et internationalt og komparativt perspektiv*. 1. udgave. Kbh: Karnov Group, 2013.
- Stenholdt, S., Tvungen sambeskatning (CFC-beskatning), 1995

Rapporter, artikler og vejledninger:

- Bundgaard, Jakob & Schmidt, Peter Koerver (2016). "*Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værnsregler flere tvister i vente i EU*", Karnov Group.
- Bundgaard, Jakob, *Embedded royalties – en ny skat på udenlandske IP-rettigheder*, 2021 – TAXO.2021.06
- "EU-Ret i Danmark." 2019. Folketingets EU-Oplysning. June 11.
- "Generel Skattepolitik: Faktablade Om Den Europæiske Union: Europa-Parlamentet." 2024, Europa Parlamentet.
- Hansen Anders Oreby, & Lytken, Poul Erik. "*CFC-regler på tynd is?*", SU 2012, 141.
- Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive
- Juridisk Vejledning, CD. 4.1.5.2.1 *Typer af CFC-Indkomst*
- Kalloe, Vinod, *OECD BEPS Action Plan*, KPMG 2017
- KOM (2016) 0026 - Bilag 2: Revideret Grund- Og Nærhedsnotat Om Bekæmpelse Af Metoder Til Skatteundgåelse, Der Direkte Påvirker Det Indre Markeds Funktionsmåde.
- OECD. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, Paris, 2013
- OECD, Action 3: 2015 Final Report
- OECD's *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, 2017
- OECD, BEPS action plan, 2013
- OECD, Understanding BEPS, 2019
- OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report
- *Our History*, OECD
- Reuven S. Avi-Yonah, Bulletin for International Taxation 2008
- Schmidt, Peter Koerver Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler i dansk ret – en retlig analyse med komparative og EU-retlige overvejelser, 2021 - SR.2021.0255
- Schmidt, Peter. Koerver. Taxation of Controlled Foreign Companies in Context of the OECD/G20 Project on Base Erosion and Profit Shifting as well as the EU Proposal for the Anti-Tax Avoidance (2016).
- "Skatteberegningsreglerne gennem 100 år", Hans Mølgaard Christensen, Skatteministeriet

- Wittendorf, Jens, *CFC -beskatning*, 2021, RR.2021.08.0038

Domme og retspraksis:

- Sag C-196/04 Cadbury Schweppes
- Sag C-593/14, Masco, Domstolens dom (Fjerde Afdeling) af 21. december 2016.
- Sag C-116/16, T Denmark
- Sag C-117/16, Y Denmark
- SKM2009.59SR, Selskab i Dubai - Skattepligt Til Danmark - Ledelsens Sæde - CFC-Beskatning

Direktiver og direktivforslag:

- Europa-Kommissionens forslag til Rådets Direktiv af 28. januar 2016, 2016/0011
- Rådets Direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 – *om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion* (Skatteundgåelsesdirektivet)

Hjemmesider

- "Artikel 49." 2019. Folketingets EU-Oplysning. August 1.
<https://www.eu.dk/da/dokumenter/traktater/traktaten-euf/tredje-del/afsnit-iv/kapitel-2/artikel-49>.
- C.A.2.4 CFC-indkomst. Tax.dk
- C.C.6.1 Afståelsesbegrebet. Info Skat. <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=1948111&utm>
- C.D.2.3.1 Territorialprincippet - SEL § 8, Stk. 2.
<https://info.skat.dk/data.aspx?oid=2049126>.
- D.1.1.3 Andre Selskaber. SKM2014.412.SR, Info Skat.
<https://info.skat.dk/data.aspx?oid=1899833>. CFC-Indkomst - Finansiell Virksomhed i Øvrigt. Tredje sidste afsnit. <https://info.skat.dk/data.aspx?oid=1807354>.
- "Typer Af Lovgivning: Den Europæiske Union." 2024. European Union. https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_da.
- Jacobsen, Lotte, and Den Store Danske. 2024. "Harmonisering." Lex. Accessed December 16. <https://lex.dk/harmonisering>.
- "Soft Law." 2024. Soft Law | European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. <https://www.eurofound.europa.eu/en/european-industrial-relations-dictionary/soft-law>.

Lovbekendtgørelser, bekendtgørelser og love

- BEK nr. 644 af 17/05/2022
- LBK nr. 283 af 03/02/2022
- LBK nr. 312 af 17/05/1995
- LBK nr 736 Af 28/08/2002
- LBK nr. 1084 af 26/06/2020
- LBK nr. 1735 af 17/08/2021
- Lov nr 1180 Af 08/06/2021
- Lov nr. 313 Af 21/05/2002
- Lov nr. 540 Af 06/06/2007

- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

Lovforslag, bemærkninger, spørgsmål og bilag

- Betænkning over "Forslag til lov om ændring af forskellige skattelove", 6. april 1995, Skatteudvalget
- L 35 Forslag til lov om ændring af forskellige skattelove, 02.11.94, Folketinget.
- Skatteministeren Carsten Kochs svar på henvendelse fra Ernst & Young, bilag 26, L 35 (1994/1995)
- L 89 *"Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og fondbeskatningsloven"*, Folketinget.
- L 89, betænkninger afgivet af Skatteudvalget, den 27. maj
- L 89 (2020/2021), specielle bemærkninger
- L 99 2001/2002, Bemærkninger
- L 99 (2001/2002 – 2.samling) specielle bemærkninger til § 11, nr. 16
- L 213 (2006/2007). Bemærkninger
- L 213 Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre skattelove. (CFC-beskatning og indgreb mod kapitalfonde mv.)
- Skatteministeren Carsten Kochs svar på henvendelse fra det A/S Det Østasiatiske Kompagni, L 35 (1994/1995)
- Skatteministerens fremsættelsestale for L 35 "Forslag til lov om ændring af forskellige skattelove", 02-11-1994, Carsten Koch