

Dansk CFC-beskatning

– i et EU-retligt perspektiv

*En analyse af de danske CFC-reglers forenelighed med ATA-direktivet samt
begge regelsæts forenelighed med den primære EU-ret*

Abstract

This master's thesis examines the Danish CFC rules compatibility with OECD's Anti-Tax Avoidance Directive (ATA Directive) and whether the Danish CFC rules and the ATA Directive are compatible with EU primary law. The thesis focuses on independently selected differences, which are primarily the legal and economic control tests and the exemption contained in the ATA Directive. The thesis thereby uncovers which challenges both the Danish CFC rules and the ATA Directive's CFC rules are facing.

According to uncovering parts of the challenges of this master's thesis the OECD's BEPS recommendations for designing effective controlled foreign company rules will be incorporated as the ATA Directive is EU's implementation of the BEPS recommendations.

In order to answer this master's thesis the traditional legal dogmatic method is used. Here, sources of law are systematized, analysed and interpreted leading to a determination of what is valid law, and furthermore the thesis is providing suggestions for improvements/amendments (*de lege ferenda*).

The Danish CFC rules are not compatible with the ATA Directive regarding the Directive's article 7(1)(a), which contains both a legal and economic control test. Given the fact that the ATA Directive is a minimum level of protection according to the Directive's article 3, the Danish CFC rules cannot be less strict and therefore such economic control test should be added to the Danish CFC legislation. Nor are the Danish CFC rules compatible with the Directive's exemption in article 7(2)(a). The Danish CFC rules does not, however, need to have such exemption, as the Danish rules are allowed to be stricter than the ATA Directive. However, it is our opinion that the Danish CFC rules should have such exemption as it is based on the European Court of Justice's decision in case C-196/04, *Cadbury Schweppes*, and by introducing this exemption the Danish rules will comply with the freedom of establishment.

The ATA Directive contains a problematic exception to the aforementioned exemption, which allows Member States to refrain from applying the exemption provided that the CFC is located in a non-EEA country.

Therefore there are additional challenges regarding EU primary law – both for the Danish CFC rules and the ATA Directive. Hence the ATA Directive having the economic control test and the Danish CFC rules need to implement such, the discussion regarding free movement of capital – which also applies to third countries in contrast to freedom of establishment – must be done.

If the emphasis is on voting rights, the free movement of capital will be secondary to freedom of establishment, however, if a national provision's emphasis goes further than just voting rights and focus on rights to profit, as well as capital, it will be primary. This will apply, e.g. if the parent company is only having the right to the majority of the profits.

It is problematic that the ATA Directive contains the exception to third countries regarding free movement of capital since third countries can claim such freedom. Thus, the thesis argues that such exception for exemption is contrary to the free movement of capital.

Based on the master's thesis analysis and discussion, it can be concluded that the Danish CFC rules need to introduce an economic control test to conform to the ATA Directive. Furthermore it can be concluded that the Danish CFC rules must also contain a similar exemption regarding where a controlled foreign company carries on a substantive economic activity supported by staff, equipment, assets and premises, as evidenced by relevant facts and circumstances cf. article 7(2)(a) in the ATA Directive. On this basis, the Danish CFC rules will be compatible with the freedom of establishment. In addition, it is concluded that the ATA Directive, in its present form, is contrary to the free movement of capital in view of the exception to the exemption, which also applies to the Danish rules if they choose to implement this exception.

Indholdsfortegnelse

KAPITEL 1 – INTRODUKTION	1
1.1. INDLEDNING (ARF OG RHR)	1
1.2. PROBLEMFOMULERING (ARF OG RHR)	4
1.3. AFGRÆNSNING (ARF OG RHR)	6
1.4. METODE OG SYSTEMATIK (ARF)	8
1.4.1. Retskilder (RHR)	8
1.4.2. Internationale og EU-retskilder (ARF)	9
1.4.2.1. OECD's BEPS-rapporter (RHR)	9
1.4.2.2. Traktater (ARF)	11
1.4.2.3. Direktiver (RHR)	12
1.4.2.4. Præambel (ARF)	13
1.4.2.5. Den Europæiske Unions Domstol (EU-Domstolen) (RHR)	13
1.4.2.6. Juridisk litteratur (ARF)	14
1.4.3. Nationale retskilder (RHR)	14
1.4.3.1. Retsforskrifter og lovforarbejder/betænkninger (ARF)	15
1.4.3.2. Retsafgørelser og administrativ praksis (RHR)	16
1.4.4. Retspolitiske betragtninger (ARF)	16
1.4.5. Håndtering af nyt ATA-direktiv (RHR)	17
1.5. DISPOSITION (ARF OG RHR)	20
KAPITEL 2 – DANSK CFC-BESKATNING (ARF)	23
2.1. INTRODUKTION TIL KAPITLET	23
2.2. BAGGRUND FOR INDFØRSEL AF CFC-REGLER	23
2.2.1. Forskellige skattesystemer	24
2.3. CFC-LOVGIVNINGENS FORMÅL	25
2.3.1. Det overordnede formål	26
1.3.2 Det danske formål	26
2.4. CFC-LOVGIVNINGENS MATERIELLE BETINGELSER	28
2.4.1. Omfattede skattesubjekter	29
2.4.2. Kontrolbetingelsen	30
2.4.2.1. Aktionær i datterselskabet	30
2.4.2.1.1. □□□□□□□□	Direkte eller indirekte aktionær
kte eller indirekte aktionær	30
2.4.2.1.2. □□□□□□□□	Datterselskab
erselskab	31
2.4.2.2. Bestemmende indflydelse	32
2.4.2.3. Udvidet kontrolbegreb	34
2.4.3. Indkomstbetingelsen	34
2.4.3.1. Indkomster omfattet af CFC-beskatning	35
2.4.3.2. Sammenligningsindkomsten	35
2.4.3.3. Den geografiske afgrænsning	36
2.4.4. Aktivbetingelsen	36
2.4.4.1. Finansielle aktiver	36
2.4.4.2. Værdiansættelse	37
2.5. UNDTAGELSER OG DISPENSATION	37
2.5.1. Undtagelser	37
2.5.2. Dispensation	38
2.6. RETSVIRKNINGEN OG KONSEKVENSER	38
KAPITEL 3 – BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING (RHR)	40
3.1. INTRODUKTION TIL KAPITLET	40
3.2. OECD'S BEPS-PROJEKT	40

3.3. BEPS ACTION 3	43
3.3.1. Rules for defining a CFC	43
3.3.2. CFC exemptions and threshold requirements	45
3.3.3. Definition of CFC income	46
3.3.4. Rules for computing income	48
3.3.5. Rules for attributing income	48
3.3.6. Rules to prevent or eliminate double taxation	49
3.4. AFRUNDING	49
KAPITEL 4 – ANTI-TAX AVOIDANCE DIRECTIVE (RHR)	51
4.1. INTRODUKTION TIL KAPITLET	51
4.2. EUROPA-KOMMISSIONENS FORSLAG TIL ATA-DIREKTIVET AF 28. JANUAR 2016	51
4.2.1. Anvendelsesområde	53
4.2.2. ATA-direktivforslagets CFC-regler	53
4.3. RÅDETS ENDELIGE ATA-DIREKTIV AF 12. JULI 2016	56
4.3.1. ATA-direktivets CFC-regler	57
4.3.1.1. Eksempel	58
4.3.2. Model A	60
4.3.3. Model B	61
4.3.4. Retsvirkningerne af CFC-beskatning	62
KAPITEL 5 – FRI BEVÆGELIGHED EFTER TEUF (ARF)	64
5.1. INTRODUKTION TIL AFSNITTET	64
5.2. EU-RETEN	64
5.2.1. Fri bevægelighed	64
5.2.2. Frihedsrettighederne	65
5.2.2.1. Grundlæggende frihedsrettigheder	65
5.2.2.2. Etableringsfrihed	67
5.2.2.3. Kapitalens fri bevægelighed	69
5.2.3. Hindring for den fri bevægelighed	70
5.2.3.1. Diskrimination eller restriktion	70
5.2.3.2. Retfærdiggørende hensyn	71
5.2.3.3. Egnethed og proportionalitet	71
KAPITEL 6 – ATA-DIREKTIVET CTR. DE DANSKE CFC-REGLER	73
6.1 INTRODUKTION TIL KAPITLET (ARF)	73
6.2. MINIMUMSHARMONISERING CTR. TOTALHARMONISERING (RHR)	73
6.3. KONCERNBEGREBET (ARF)	76
6.3.1 ATA-direktivets koncernbegreb (RHR)	77
6.3.2 Det danske koncernbegreb (ARF)	78
6.3.2.1 Formodning for kontrol (RHR)	79
6.3.3. Sammenholdelse af koncernbegreber (ARF)	81
6.4. ATA-DIREKTIVETS FRITAGELSE (ARF)	82
6.4.1. EU-retspraksis og undtagelser (RHR)	83
6.4.2. Undtagelse til fritagelsen (ARF)	86
6.5. DE DANSKE UNDTAGELSER (RHR)	87
6.6. AKTUELLE FORSKELLE (ARF)	88
6.7. SAMMENFATNING (RHR)	89
KAPITEL 7 – ATA-DIREKTIVET OG DE DANSKE REGLERS FORHOLD TIL FRIHEDSRETTIGHEDERNE	91
7.1. INTRODUKTION TIL KAPITLET (ARF)	91
7.2. FRIHEDSRETTIGHEDER OG CFC (RHR)	91
7.3. CFC-BESKATNING OG ETABLERINGSFRIHEDEN (ARF)	92
7.3.1. Reel etablering (RHR)	94

7.4. ETABLERINGSFRIHEDEN OG KAPITALENS FRIE BEVÆGELIGHEDS INDBYRDES FORHOLD (ARF)	96
7.5. DE DANSKE CFC-REGLERS FORENELIGHED MED DEN PRIMÆRE EU-RET (RHR)	104
7.5.1. <i>Eksempel (ARF)</i>	105
7.5.2. <i>Retfærdiggørende hensyn og proportionalitet (RHR)</i>	106
7.5.3. <i>Sammenfatning vedrørende de danske CFC-reglers forenelighed med EU-retten (ARF)</i>	107
7.6. ATA-DIREKTIVETS FORENELIGHED MED EU-RETEN (RHR)	108
7.6.1. <i>Eksempel (ARF)</i>	109
7.6.2. <i>Sammenfatning vedrørende ATA-direktivets forenelighed med EU-retten (RHR)</i>	111
7.7. DE DANSKE CFC-REGLERS UDFORDRING (ARF)	112
7.7.1. <i>Implementering af økonomisk kontrol (RHR)</i>	112
7.7.2. <i>Implementering af ATA-direktivets fritagelse (ARF)</i>	114
KAPITEL 8 – KONKLUSION (ARF OG RHR)	116
KAPITEL 9 – LITTERATURLISTE	120

Kapitel 1 – Introduktion

1.1. Indledning (ARF og RHR)

Liberaliseringen af handelen og teknologiske fremskridt har over de senere år bidraget til en stigning i kapitalstrømme og investeringer mellem landene. Dette har skabt en hidtil uset indbyrdes forbindelse på alle niveauer; enkeltpersoner, virksomheder samt regeringer.¹ I denne forbindelse er det naturligt, at der vil ske investeringer, hvor rentabiliteten er højest, og her er skatten en af de faktorer, der påvirker beslutninger om hvor og hvorledes, der skal investeres. Som følge heraf har medlemsstaternes skattegrundlag været under pres ved blandt andet stigende grænseoverskridende koncernetablering samt transaktioner. Sammenholdt med landenes forskellige skatteregler har dette bevirket, at selskabernes incitament til at flytte deres skattepligtige indkomst til såkaldte lavsskattelande er blevet større.

Inden for området for de direkte skatter har flere EU-medlemsstater, herunder Danmark, derfor indført værnsregler for at imødegå disse problemstillinger. Dette har dog ført til visse uforeneligheder med de grundlæggende EU-frihedsrettigheder, da disse ikke forhindrer, at selskaberne vælger at etablere sig i en anden medlemsstat, hvor de skattemæssige lovregler findes mest gunstige.

Som følge af, at selskabernes incitament til at flytte deres skattepligtige indkomster til lavsskattelande er blevet større, har der selvsagt været meget fokus på aggressiv skatteplanlægning og skatteunddragelse. Dette har blandt andet resulteret i Organization for Economic Cooperation and Development (herefter OECD) og G20-landenes² meget omfattende og ambitiøse *Base Erosion and Profit Shifting* (herefter BEPS) projekt. Udviklingen af BEPS-projektet blev netop igangsat som en reaktion på multinationale koncerners aggressive adfærd på skatteområdet, samt anerkendelsen af at forskellige skattesystemer muliggør minimering af skatten hvad angår deres forretningsaktiviteter.

¹ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, s. 30.

² En sammenslutning af 19 af verdens industrilande og vækstøkonomier samt EU, der drøfter økonomiske anliggender.

I januar 2016 offentliggjorde Europa-Kommissionen (herefter Kommissionen) et udkast til et Anti-Tax Avoidance Directive³ (herefter ATA-direktivet), der efterfølger Det Europæiske Råds (herefter Rådet) politiske beslutning om at gennemføre OECD-anbefalingerne til BEPS-projektet i EU-sammenhæng.⁴ Direktivet, som er et minimumsharmoniseringsdirektiv, søger at skabe lige vilkår mellem selskaber, der udelukkende opererer inden for en EU-medlemsstat og selskaber, der opererer i flere EU-medlemsstater og tredjelande. Det er dermed ATA-direktivets hovedformål, at imødegå visse typer af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse, der påvirker EU's indre marked negativt, med den hensigt at sikre, at selskaber kommer til at betale skat dér, hvor indkomsten genereres.⁵

Både BEPS-anbefalingerne og ATA-direktivet indeholder bestemmelser vedrørende CFC-beskatning (Controlled Foreign Companies). Disse bestemmelser søger netop, i forbindelse med at imødegå skatteunddragelse, at dæmme op for, at koncerner undgår beskatning i højskattelande ved placering af finansielle/mobile indkomster i lavskattelande. Det er derfor et helt centralt formål med CFC-beskatning at forsøge at imødegå, at der sker en udhuling af den nationale skattebase ved eksport af investeringer til udenlandske selskaber hjemmehørende i lavskattelande.⁶

CFC-bestemmelserne drager paralleller til de førnævnte traktatfæstede EU-frihedsrettighederne, da der i forbindelse med at et moderselskab har bestemmende indflydelse i et datterselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, vil opstå spørgsmålet om hvorvidt art. 49 TEUF, om retten til fri etablering, art. 63 TEUF, om retten til frie kapitalbevægelser eller begge artikler kan påberåbes af skatteydere for at udfordre den nationale skattelovgivning for overtrædelse af traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.

I forbindelse med CFC-beskatningens forenelighed med TEUF har særligt

³ Om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsområde.

⁴ ATA-direktivet blev endeligt vedtaget d. 12. juli 2016 i en udgave, der bar præg af væsentlige ændringer i forhold til forslaget.

⁵ *Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt*, SR.2016.0151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive.

⁶ *Peter Koerver Schmidt*, 2013, s. 68.

etableringsfriheden været anvendt. Dette har blandt andet ført til den principielle EU-dom på området, sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, om de engelske CFC-regler, der blev anset for at være uforenelige med daværende EF-traktats art. 43⁷ om fri etableringsret. De danske CFC-regler mindede meget om de engelske, hvilket førte til at de danske regler blev ændret ved lov nr. 540 af 6/6 2007 (L 213).

Det kan med indførslen af ATA-direktivet lede op til yderligere problemstillinger vedrørende CFC-reglernes forenelighed med frihedsrettighederne. Det faktum at ATA-direktivets bestemmelser vedrørende CFC-beskatning indeholder et økonomisk kontrolbegreb, åbner op for en diskussion i forhold til kapitalens fri bevægelighed. Derudover giver det en yderligere dimension til diskussionen, at ATA-direktivet som nævnt er et minimumsdirektiv. Dette betyder, at medlemslandene som minimum skal indføre de CFC-regler, der er foreskrevet i direktivet. Landene må således gerne indføre nye eller overføre tidligere regler, der er strengere end hvad der er foreskrevet, men det er dog vigtigt her at have in mente, at der er et øvre loft værende sig de traktatfæstede frihedsrettigheder, som medlemsstaterne ikke må overskride, hvilket ligeledes gælder for ATA-direktivet.

Det er derfor en stor motivationsfaktor for tilblivelsen af denne afhandling, at forsøge at afdække de problemstillinger, der opstår i forbindelse med at Danmark skal opfylde minimumskravene i direktivet, men samtidig ikke må stride mod frihedsrettighederne. Det er dermed et meget relevant og aktuelt emne, der fokuserer på både nuværende og eventuelle fremtidige problemstillinger.

⁷ Nuværende art. 49 TEUF.

1.2. Problemformulering (ARF og RHR)

På baggrund af de ovenstående indledende bemærkninger er formålet med denne afhandling at vurdere de danske CFC-reglers forenelighed med EU-retten i lyset af indførslen af ATA-direktivet. I den forbindelse søger afhandlingen, at identificere og afdække de udfordringer de danske CFC-regler står overfor, samt de udfordringer ATA-direktivet eventuelt står overfor.

Til besvarelse af disse problemstillinger skal følgende underspørgsmål besvares:

- I. Hvordan er samspillet mellem de danske CFC-regler, BEPS Action 3 og ATA-direktivets CFC-regler?
- II. Hvilke problemstillinger medfører det, at den danske koncerndefinition og kontrolbetingelse er anderledes end ATA-direktivets?
- III. Hvilke udfordringer opstår der ved, at ATA-direktivet indeholder en fritagelse fra CFC-beskatning, som ikke forefindes i de danske regler?
- IV. Hvilke problemstillinger giver det i forhold til de danske CFC-regler, at ATA-direktivet er et minimumsharmoniseringsdirektiv?
- V. Hvordan afgrænses etableringsfriheden overfor kapitalens fri bevægelighed?
- VI. Stemmer de danske CFC-regler overens med etableringsfriheden?
- VII. Stemmer ATA-direktivets CFC-regler overens med kapitalens fri bevægelighed?

Såfremt det på baggrund af ovenstående problemstillinger kan konstateres, at henholdsvis de danske CFC-regler og ATA-direktivets bestemmelser vedrørende CFC-beskatning synes at konflikte med de traktatfæstede EU-frihedsrettigheder, gives der således afslutningsvist i afhandlingen alternative løsningsforslag i forhold til at bringe

CFC-reglerne i overensstemmelse med den primære EU-ret. Dermed vil afhandlingen således også indeholde betragtninger *de lege ferenda*⁸.

⁸ Efter en kommende lov, dvs. en retsregel, der ikke kan antages at være udtryk for gældende ret, og derfor forudsætter en ændring af retstilstanden – normalt en lovændring – for at blive gældende, jf. *Bo von Eyben*, Juridisk ordbog.

1.3. Afgrænsning (ARF og RHR)

Denne afhandling baseres på baggrund af en skatteretlig synsvinkel, herunder såvel en national, international og EU-skatte retlig synsvinkel, hvorfor øvrige juridiske eller regnskabsmæssige problemstillinger i relation til emnet ikke behandles.⁹

Afhandlingen afgrænses til udelukkende at fokusere på CFC-beskatning for juridiske personer, hvorfor CFC-beskatning for fysiske personer kun behandles, hvor det findes relevant.

Afhandlingen indledes med et beskrivende kapitel om dansk CFC-beskatning, som indfører læseren i måden, hvorpå et CFC-selskab behandles rent skattemæssigt. I forbindelse hermed, under afsnittet vedrørende indkomstbetingelsen, afsnit 2.4.3., vil transparensreglen ikke blive gennemgået, ligesom princippet om fiktiv afståelsesbeskatning ej heller vil blive gennemgået. I kapitlet vedrørende dansk CFC-beskatning vil granskningen i forhold til faste driftssteder kun blive berørt, hvor det findes relevant, ligesom undtagelser og dispensation til dansk CFC-beskatning kun vil blive berørt kortfattet under hensyntagen til afhandlingens omfang.

Ydermere vil der i kapitlet vedrørende de danske CFC-regler primært blive fokuseret på kontrolbetingelsen – bestemmende indflydelse – da denne er relevant i forhold til afhandlingens problemstillinger, hvorfor der kun vil blive redegjort kortfattet for indkomstbetingelsen samt aktivbetingelsen, da disse blot er medtaget for at give et samlet billede af, hvordan de danske CFC-regler er udformet.

I forbindelse med udarbejdelsen af afhandlingens kapitel 3 vedrørende BEPS-projektets anbefalinger til CFC-regler afgrænses der udelukkende til CFC-anbefalingerne, hvorfor der primært vil blive fokuseret på BEPS Action 3 (Final Report). Dette gør sig ligeledes gældende i forbindelse med ATA-direktivet, hvor fokus vil være på CFC-bestemmelserne, hvorfor direktivets yderligere bestemmelser kun vil blive inddraget, hvor dette synes relevant. Hovedvægten i kapitlet vedrørende ATA-direktivet lægges på

⁹ Reglerne om ulovlig statsstøtte vil således ikke blive behandlet.

direktivets kontrolbetingelse samt fritagelsen og dennes undtagelse grundet afhandlingens omfang og problemfelt.

I afhandlingens kapitel 5 om fri bevægelighed efter TEUF afgrænses der til primært, at fokusere på etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed grundet relevans for afhandlingens fokusområder. Yderligere frihedsrettigheder vil kort blive introduceret for samlet at give en indføring i den fri bevægelighed. Derudover vil der ikke blive gået i dybden med hverken de traktatfæstede- eller de domstolsskabte hensyn – disse er blot nævnt kortfattet af hensyn til afhandlingens omfang.

Henset til afhandlingens omfang vil der i analysen og diskussionen af forskelle mellem de danske CFC-regler og ATA-direktivets bestemmelser alene fokuseres på de tilfælde, hvor de danske regler adskiller sig markant fra ATA-direktivet.¹⁰ Yderligere forskelle eller ligheder vil kun blive inddraget, såfremt det findes relevant i en større sammenhæng.

I relation til den centrale EU-dom på området for CFC-beskatning, *Cadbury Schweppes*, vil den generelle misbrugsdiskussion ikke blive inddraget henset til afhandlingens omfang. Der vil dog i det omfang det synes relevant, blive inddraget overvejelser til CFC-beskatning i denne kontekst.

Afsnittet vedrørende de danske CFC-reglers forenelighed med den primære EU-ret er kun diskuteret kortfattet med respekt for nærværende afhandlings omfang. Det synes imidlertid relevant at berøre henset til afhandlingens formål. Af samme årsag er afsnittet vedrørende retfærdiggørende hensyn og proportionalitet ligeledes kun berørt let. Derudover er afgrænsningen mellem et restriktionsforbud og et diskriminationsforbud i EU-retten kun omtalt ganske kortfattet, og kun hvor det findes særdeles relevant, vil der indgå betragtninger herom.

¹⁰ Primært i forbindelse med kontrolbetingelsen samt fritagelsen vedrørende reel etablering, da disse synes særligt relevant henset til afhandlingens problemstilling omhandlende foreneligheden med etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed.

Slutteligt skal det bemærkes, at der af hensyn til afhandlingens omfang, ikke indgår betragtninger vedrørende CCCTB-direktivet i denne fremstilling.

1.4. Metode og systematik (ARF)

Ved besvarelsen af nærværende afhandlings problemformulering anvendes den retsdogmatiske metode – med dens formål at beskrive gældende ret (*de lege lata*).¹¹

Denne metode kan først og fremmest beskrives ved, at dens første led indebærer, at lokalisere relevante retskilder for at indkredse hvilken regel, som er gældende.¹² For det andet må de, såfremt der er flere retskilder af relevans, afvejes overfor hinanden, og via fortolkning samt argumentation ske en vurdering af disse, hvorefter bestemte regler kan gives prioritet.¹³ Retskilderne skal herefter gennem fortolkning og argumentation tillægges en mening, som kan rummes inden for den retskilde- og fortolkningslære, der må anses for en del af gældende ret.¹⁴

For fastlæggelse af hvad der er gældende ret, må retskilderne som kan have betydning, indkredses og herefter fastslå disses juridiske mening for derefter at tage stilling til, hvordan de faktiske forhold retligt kan forstås. Der vil i det følgende blive identificeret disse relevante retskilder, der bliver anvendt i den juridiske argumentation.

1.4.1. Retskilder (RHR)

Retten, herunder også skatteretten, har i dag tre dimensioner, som hver producerer retskilder, der kan blive inddraget i den juridiske argumentation.¹⁵ Nærværende afhandlings problemformulering gør det nødvendigt, at inddrage alle tre dimensioner. De retlige dimensioner er for det første den national skatteret, dernæst EU-skatteret og endelig international skatteret.¹⁶ Ved afhandlingens inddragelse af alle tre dimensioner kan det være vanskeligt, at fastlægge hvorledes disse retskilder forholder sig til hinanden. Derfor vil der i det efterfølgende, særskilt blive behandlet relevante retskilder, for herigennem at afklare deres retskildemæssige værdi.

¹¹ Peter Blume, 2016, s. 40.

¹² Peter Blume, 2016, s. 174.

¹³ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 280 og Peter Blume, 2016, s. 174.

¹⁴ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 280.

¹⁵ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 29-30.

¹⁶ Aage Michelsen, 2003, s. 17-18.

1.4.2. Internationale og EU-retskilder (ARF)

De mange multinationale selskaber og deres ageren på verdensplan, herunder EU's indre marked, skaber et behov for, at deres gøren og beskatning er reguleret på internationalt plan. International regulering er traditionelt karakteriseret ved regulering, der gælder mellem staterne, og bevirker at de internationale retsforskrifter alene skaber forpligtelser samt rettigheder for netop staterne.¹⁷

De følgende underafsnit vil behandle de internationale skatterets kilder, herunder både brugen af BEPS-rapporter samt den EU-retlige dimension.

1.4.2.1. OECD's BEPS-rapporter (RHR)

Afhandlingens problemformulering belyses ved inddragelse af handlingsplanerne under BEPS-projektet. Disse betegnes undertiden som *soft law*, der er ikke-bindende regulering, men fører til gensidig læring via rapporter med eksempelvis *best practise*.¹⁸ Det er derfor ingen let opgave, at placere OECD's handlingsplaner i den traditionelle retskildelære.

Helt overordnet udgøres den internationale skatteret af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne (herefter DBO), hvilket generelt også indebærer det arbejde, der foregår i OECD, da OECD's modeloverenskomst danner grundlaget for mange DBO'er. I nærværende afhandling vil en stillingtagen til DBO'erne ikke være hensigtsmæssig set ud fra afhandlingens primære fokus.

Det er dog alligevel værd at have sig for øje, at i takt med OECD's modeloverenskomst med kommentarer i forhold til DBO'erne udgør et væsentligt fortolkningsbidrag¹⁹, må det på den anden side ligeledes antages, at OECD's BEPS-handlingsplaner udgør et væsentligt fortolkningsbidrag i forhold til grundlaget for ATA-direktivet. Dette vil blive yderligere uddybet umiddelbart nedenfor.

¹⁷ Peter Blume, 2016, s. 270.

¹⁸ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, s. 171.

¹⁹ hvilket blandt andet fremgår af praksis, hvor der ved flere tilfælde er blevet henvist til OECD's modeloverenskomst i forbindelse med fortolkningen af indgåede DBO'er. Som et eksempel kan nævnes *TjS.2003.222 H* hvoraf det fremgår: ”Ifølge overenskomsten mellem Danmark og Italien, mellem Danmark og USA, samt mellem Danmark og Canada, som alle skal fortolkes i overensstemmelse med principperne i OECD's modelkonvention (...)”. Derudover fremgår dette ligeledes af *TjS.1996.715 Ø*, *TjS 2012.182 Ø* og *TjS 2012.290 Ø*. Selvom modeloverenskomsten og dennes kommentarer isoleret set ikke har nogen høj retskildemæssig værdi, har den mangeårige anerkendelse af denne som et fortolkningsbidrag medført en legitimering til at modeloverenskomsten tillægges vægt ved fortolkningen af de indgåede DBO'er. Dette støttes endvidere af Aage Michelsen i *Festskrift til Ole Bjørn*, 2004, s. 362 og *Niels Winther-Sørensen m.fl.*, 2013, s. 48.

Det, der taler imod at tillægge disse handlingsplaner retskildemæssig værdi, er manglende demokratisk legitimation af OECD's dokumenter. Det er organisationens embedsmænd, som udarbejder netop disse handlingsplaner samt rapporter. Det synes derved problematisk, at tillægge BEPS-projektet selvstændig retskildemæssig værdi i den juridiske argumentation set ud fra denne anskuelse.

Der er imidlertid visse argumenter, som kan retfærdiggøre, at OECD's BEPS-projekt kan tillægges en retskildemæssig værdi i den juridiske argumentation. BEPS-projektets forskellige handlingsplaner synes at udgøre forhold, hvorefter den internationale skatteret skal forstås på baggrund af. Formålet med ATA-direktivet er, at forbedre det indre markeds modstandsevne som helhed over for grænseoverskridende metoder til skatteundgåelse. BEPS-projektet kommer i den forbindelse med begrundede initiativer, der anses for værende nødvendige for at efterleve dette formål. Dermed synes BEPS-projektet at udtrykke sammenhængen mellem bekæmpelsen af skatteundgåelse og den internationale skatteret, samt bidrage til at fastsætte formålet med ATA-direktivet og de forhold, som den internationale skatteret efterstræber. Det fremgår således direkte af ATA-direktivet, at de endelige rapporter vedrørende OECD-tiltag til bekæmpelse af BEPS blev hilst velkommen af Rådet, der herved understregede behovet for at finde løsninger på EU-plan, som er i overensstemmelse med OECD's konklusioner vedrørende BEPS.²⁰ Derudover var Rådet af den opfattelse, at en effektiv og hurtig koordineret gennemførelse af tiltagene til bekæmpelse af BEPS på EU-plan bedst kunne løses ved at indføre et direktiv – ATA-direktivet, som således er det foretrukne instrument til gennemførelse af OECD's konklusioner vedrørende BEPS på EU-plan.²¹ Derved kan BEPS-rapportens betragtninger siges, at indeholde værdifulde fortolkningsbidrag, der er med til at styre fortolkningen af ATA-direktivet, hvorfor disse ligeledes er inddraget i afhandlingens juridiske argumentation. Helt konkret består inddragelsen af et redegørende afsnit om det generelle BEPS-projekt, og i særdeleshed vedrørende BEPS Action 3 om CFC-beskatning. Ved denne inddragelse opbygges således et fundament hvortil en gennemgang af ATA-direktivets CFC-bestemmelser kan henføres, hvilket netop er af relevans for afhandlingen, da ATA-direktivet, jf. ovenstående, fremstår som EU-implementeringen af BEPS.

²⁰ Præamblen til ATA-direktivet nr. 2.

²¹ Præamblen til ATA-direktivet nr. 2.

1.4.2.2. Traktater (ARF)

Vedrørende EU må brugen af de traktater, der grundlæggende styrer EU, berøres.²² De udgør en form for grundlov, og al anden EU-ret skal derved have et grundlag i disse traktater, og må ikke være i strid med de regler, som indgår i traktaterne.²³

En traktats regler fungerer som udgangspunkt som regler i andre retsfor skrifter.²⁴ Traktatens bestemmelser udgør grundlaget for al anden EU-ret, hvorfor EU's andre regler – som eksempelvis ATA-direktivet – i indhold såvel som tilblivelse skal stemme overens med hvad der står i traktaterne.²⁵

Tilblivelsen af en traktat vedrører to sider; den internationale del, altså hvordan staten forpligter sig, samt den nationale del, som omhandler, hvordan staten sørger for, at de pågældende regler bliver overholdt på statens eget område.

Oftest er det i forbindelse med forhandlingerne og derefter indgåelsen af traktater, repræsentanter fra staternes regering der indgår.²⁶ Efterfølgende, når traktaterne er underskrevet, sker der en såkaldt ratificeringsproces i de enkelte involverede stater. I Danmarks tilfælde er Folketinget i denne forbindelse medvirkende til, hvorvidt traktaten skal ratificeres.²⁷

Traktaterne vil i afhandlingen blive inddraget direkte i den juridiske argumentation. Dette må gøres for fyldestgørende, at kunne besvare ovenforstående problemformulering. De direkte skatter er kun i et begrænset omfang harmoniseret. Det ændrer imidlertid ikke på, at nationale skatteregler ikke må være i strid med de EU-retlige frihedsrettigheder.²⁸

Traktaterne tillægges stor retskildemæssig betydning, og der er en formodning for, at dansk ret er i overensstemmelse med de internationale forpligtelser, hvorfor der i

²² Her fokuseres på Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF).

²³ *Thomas Riis & Jan Trzaskowski*, 2013, s. 35.

²⁴ *Thomas Riis & Jan Trzaskowski*, 2013, s. 36.

²⁵ Jf. <http://www.eu.dk/da/dokumenter/traktater>

²⁶ *Peter Blume*, 2016, s. 271.

²⁷ *Peter Blume*, 2016, s. 271, samt af GRL § 19, stk. 1.

²⁸ *Peter Koerver Schmidt*, 2013, s. 44.

afhandlingen er udvalgt relevante traktatbestemmelser, som inddrages i den juridiske argumentation.

Der vil i afhandlingen især være fokus på den fri bevægelighed efter TEUF, da der indenfor den internationale skatterets område har været problemstillinger i henhold til overholdelsen heraf – herunder navnlig etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, der er af særlig relevans for afhandlingen. Det er væsentligt at inddrage TEUF i afhandlingen, da frihedsrettighederne fungerer som et øvre loft i en større kontekst. Dette skal ses i sammenhæng med indførslen af ATA-direktivet der som minimumsharmoniseringsdirektiv, fungerer som en nedre grænse i forhold til medlemsstaternes skatteretlige værnsregler. Det giver således medlemsstaterne et vist spillerum til at agere indenfor – på den ene side skal de være i overensstemmelse med minimumsbestemmelserne i ATA-direktivet, mens de på den anden side ikke må gå udover det øvre loft værende de traktatfæstede frihedsrettigheder. Dette gør således TEUF til en væsentlig retskilde for afhandlingen, da denne som nævnt fremstår som en form for grundlov, hvorfor al anden EU-ret ikke må være i modstrid hermed.²⁹

1.4.2.3. Direktiver (RHR)

Der er på området for nærværende afhandlings fokus, sket harmonisering ved ATA-direktivet, hvorfor afhandlingens behandling af hvorvidt dette direktiv synes at stride med de traktatfæstede frihedsrettigheder, må anses for værende yderst relevant.

Direktiver skal gennemføres i de enkelte medlemsstater inden for den fastsatte frist. Det særligt egnede ved direktiver, og i denne forbindelse ATA-direktivet som værende et minimumsharmoniseringsdirektiv, er, hvor målet ikke er at skabe en identisk retsstilling i medlemsstaterne, men skabe en vis form for harmonisering.³⁰ I form af at være et minimumsharmoniseringsdirektiv overlades det til medlemsstaterne, at fastsætte eventuelle strengere eller mere vidtgående regler end dem, der er forudsat i direktivet. Det fremgår således af art. 288 TEUF, at et direktiv er bindende for enhver medlemsstat i forhold til at sikre målet, men at det er overladt til medlemsstaterne at bestemme mål og midler til sikring heraf. I forbindelse med besvarelsen af afhandlingens problemstillinger udgør ATA-direktivet en essentiel retskilde, da de danske CFC-regler skal være forenelige med direktivet efter art. 288 TEUF – men samtidig gerne må have

²⁹ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 35.

³⁰ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, 2010 s. 115.

strengere regler end hvad direktivet foreskriver. De danske regler er dog ligeledes bundet af den øvre grænse, værende sig de traktatfæstede frihedsrettigheder, hvorfor de således ikke må stride hermed.

1.4.2.4. Præambel (ARF)

I EU-retten findes der også forarbejder, som det gør sig gældende i dansk ret. Hvad angår EU-retten, er det desuden særligt karakteristisk, at retsforskrifterne er forsynet med en indledning, der benævnes præambel. Præambelen kan siges at varetage de samme funktioner som forarbejderne.³¹ Præambelen i nærværende afhandling bidrager til forståelsen og tankerne bag ATA-direktivet, som er blevet inddraget i den juridiske argumentation.

1.4.2.5. Den Europæiske Unions Domstol (EU-Domstolen) (RHR)

Det er EU-Domstolen, som endeligt fastlægger, hvad der er gældende EU-ret, og dennes afgørelser har derved stor retskildeværdi, idet medlemsstaterne er forpligtet til at lægge EU-Domstolens retsopfattelse til grund.³² Det er på denne baggrund væsentligt, at inddrage relevante sager afsagt af EU-Domstolen for at kunne beskrive gældende ret, da disse er med til at fastlægge indholdet samt rækkevidden inden for afhandlingens område. Dermed er EU-Domstolens afgørelser bindende for medlemsstaterne – uanset om de har været inddraget i den enkelte sag eller ej.³³ Det er specielt relevant at inddrage EU-Domstolen i forbindelse med afgrænsningen af etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, da en sådan afgrænsning ikke fremstår af bestemmelserne i TEUF.

Det skal bemærkes, at EU-Domstolen benytter en dynamisk fortolkningsstil i sin retspraksis. Denne fortolkningsstil betegnes som funderet på såkaldt teleologisk fortolkning, som indebærer, at retsanvenderne søger at finde den forståelse af en omtvistet bestemmelse, som mest effektivt kan realisere dens målsætning.³⁴ Denne dynamiske fortolkningsstil forudsætter desuden, at den principielt står frit i forhold til tidligere afgørelser.³⁵ Denne adskiller sig fra den anvendte fortolkningsmetode i dansk

³¹ Peter Blume, 2016, s. 185.

³² Peter Blume, 2016, s. 280.

³³ Peter Blume, 2016, s. 280.

³⁴ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, s. 139.

³⁵ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, s. 176.

ret, der i høj grad er baseret på et retssikkerhedsprincip.³⁶ Hvad angår præjudikatsværdien af EU-Domstolens domme over for nationale domstole, skal nationale domstole, når de træffer en afgørelse, som berører EU-retten, rette sig efter EU-Domstolens fortolkninger.³⁷

1.4.2.6. Juridisk litteratur (ARF)

Der er i nærværende afhandling gjort brug af juridisk litteratur og artikler. Disse har været behjælpelige med at give et overblik over de komplicerede nationale samt internationale skatteregler.

Det kan diskuteres, hvorvidt den juridiske litteratur er en egentlig retskilde. Den juridiske forfatter er ikke tillagt nogen egentlig rolle i retssystemet, hvorfor det kan synes problematisk, hvis dennes værker skulle kunne have normerende betydning.³⁸ Omvendt kan der argumenteres for, at litteraturen ofte bliver anvendt ens med de egentlige retskilder, når den juridiske argumentation bliver formuleret.³⁹ Retssystemer – herunder skatteretten – bliver fortsat mere komplekse og foranderlige, hvorfor litteraturens betydning er steget.

Selvom brugen af litteraturen i nærværende afhandling ikke nødvendigvis betyder, at den er en retskilde, synes det at være retskildelignende, og betragtningerne er herigennem medtaget til at fastlægge gældende ret. Det kan lægges til grund, at litteraturen netop er baseret på anerkendte retskilder, hvorfor det på denne baggrund er acceptabelt at benytte litteraturen i afhandlingens juridiske argumentation.⁴⁰

Nærværende afhandling har ligeså inddragelse af national juridisk litteratur, hvor de retskildemæssige overvejelser som anvendelsen af sådan litteratur giver anledning til, er meget lig overvejelserne vedrørende den internationale juridiske litteratur. Af denne grund vil der ikke være et særskilt afsnit om national litteratur.

1.4.3. Nationale retskilder (RHR)

Den nationale ret må ligeledes anses for værende relevant. Afhandlingen inddrager denne i et samlet billede ved brug af, at stille det op mod ATA-direktivet og de EU-

³⁶ Retssikkerhed i retsanvendelsen retter sig mod skattemyndighederne, og indebærer, at skatteansættelsen korrekt og fuldt ud er i overensstemmelse med lovgivningen, jf. Jan Pedersen, i *Festskrift til Aage Michelsen*, 2000, s. 129.

³⁷ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, s. 177.

³⁸ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 40.

³⁹ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 40.

⁴⁰ Peter Blume, 2016, s. 189.

retlige frihedsrettigheder for at opnå fyldestgørende svar på afhandlingens problemformulering.

1.4.3.1. Retsforskrifter og lovforarbejder/betænkninger (ARF)

En betænkning indeholder typisk flere ting. Eksempelvis en redegørelse for gældende ret for tidspunktet, hvilket også gælder for udvalgte ordninger i udlandet. Derudover overvejelser om hvorfor og i hvilken udstrækning retstilstanden skal ændres. Ydermere indeholder en betænkning et lovudkast med bemærkninger.⁴¹ Dermed har anvendte betænkninger i afhandlingen tilføjet stor nytteværdi for en forståelse af gældende ret, hvor der er taget stilling til blandt andet hensyn samt afvejsninger, som bliver tillagt betydning på det pågældende retsområde vedrørende CFC-beskatning.

Der har forinden en retsforskrift udstedes været en forberedelsesfase, hvor der hvad angår love, foreligger tilgængelige forarbejder. Disse forarbejder har retskildeværdi. Formålet med disse forarbejder er blandt andet at begrunde, hvorfor det er ønskeligt, at en lov gennemføres, samt at forklare meningen med de enkelte regler i loven.⁴²

De anvendte lovforarbejder har bidraget til at forstå loven, hvorfor de har været medvirkende til en samlet forståelse af, hvorfor den konkrete retsforskrift er udformet som den er, samt herefter benyttet som en del af den juridiske argumentation.

Love er den mest fremtrædende retskilde i dansk ret.⁴³ Dette støttes blandt andet af, at love på et ideelt plan udtrykker folkets retsvilje, da Folketinget selvsagt er folkevalgt. Som nævnt ovenfor er lovforarbejder inddraget i nærværende afhandling som bidragelse til klarlæggelsen af en lovregels mening, men i forhold til fastlæggelsen af gældende ret, er det lovreglen, som har betydning; den enkelte lovregel skal realisere et mål, hvorfor udformningen bør være i overensstemmelse hermed.⁴⁴

Loven – og dens tilblivelse – er altså et vigtigt bidrag til fastlæggelsen af gældende ret, hvorfor loven ligeledes har været et vigtigt bidrag til udfærdigelsen af denne afhandlings juridiske argumentation vedrørende dansk CFC-beskatning.

⁴¹ Peter Blume, 2016, s. 72.

⁴² Peter Blume, 2016, s. 185.

⁴³ Peter Blume, 2016, s. 200.

⁴⁴ Peter Blume, 2016, s. 211.

1.4.3.2. Retsafgørelser og administrativ praksis (RHR)

Afgørelser er vigtige retskilder, grundet det herigennem giver retten sin specifikke betydning.⁴⁵ Retsafgørelser fra såvel den danske domstol samt administrativ praksis fra de administrative myndigheder inddrages i nærværende afhandlings juridiske argumentation.

Disse retsafgørelser kan siges at være endelige, hvorved de kun kan ændres af en domstol, der er højere oppe i domstolshierarkiet.⁴⁶ Det er nødvendigt med en konkret vurdering af en doms retskildemæssige værdi førend retsafgørelsen anvendes i den juridiske argumentation. Der er flere forhold, der kan være med til at påvirke retskildeværdien af en retsafgørelse.

Det har først og fremmest en betydning hvilken ret, der har afsagt dommen. Herudover kan det selvsagt også have betydning, hvorvidt dommen er afsagt i enighed. Retsafgørelsens alder kan ligeledes spille en vis rolle i forhold til dens retskildemæssige værdi. Hvorvidt dommen er udtryk for en generel udfyldelse af retsregler, eller om der tages stilling til konkrete forhold, har desuden også betydning.⁴⁷

Da de skatteretlige spørgsmål i vidt omfang behandles af de administrative myndigheder, er disse inddraget i den juridiske argumentation i forhold til afhandlingens problemstillinger. Det er her vigtigt at nævne, at afgørelser fra Landsskatteretten ikke er et udtryk for retsafgørelser, men derimod administrativ praksis.

1.4.4. Retspolitiske betragtninger (ARF)

Retspolitikken kan i almindelighed hævdes, at befinde sig et sted imellem at fastlægge, hvad der her og nu er gældende ret, og hvad der kan karakteriseres som egentlig politisk.⁴⁸ Når man angiver, at en regel ikke bør have det indhold som den har i dag, men bør ophæves eller have et andet indhold, eller at der ligefrem bør indføres en regel, som ikke eksisterer i dag, er sådanne angivelser retspolitiske.⁴⁹ Dette er således

⁴⁵ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 37-38.

⁴⁶ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 37.

⁴⁷ Thomas Riis & Jan Trzaskowski, 2013, s. 38.

⁴⁸ Peter Blume, 2016, s. 352.

⁴⁹ Peter Blume, 2016, s. 353-354.

angivelser af, at en eller anden del af retssystemet bør forandres, og en ny retstilstand dermed skal gælde.⁵⁰

Den juridiske metode anvendes primært med henblik på at klarlægge, hvad der er gældende ret⁵¹, hvilket ligeledes gør sig gældende for denne afhandling. Som det fremgår af problemformuleringen har afhandlingen dog ligeledes til formål, at fremkomme med retspolitiske betragtninger. Såfremt det på baggrund af afhandlingens analyser og diskussioner kan konstateres, at de danske CFC-regler står over for nogle udfordringer i forhold til den primære EU-ret samt i forhold til ATA-direktivet, gives der således bud på hvordan CFC-reglerne med fordel bør overvejes at indrettes. Dette gør sig ligeledes gældende i henhold til ATA-direktivets forenelighed med den primære EU-ret.

Disse retspolitiske betragtninger indebærer, at der i argumentationen bliver klarlagt, hvilke konsekvenser en eventuel ændring af CFC-reglerne kan have.

1.4.5. Håndtering af nyt ATA-direktiv (RHR)

Det ses almindelig vis, at direktiver begrænser medlemsstaternes beskatningskompetence.⁵² Grundet der i medlemsstaterne var meget varierende beskatningsregler for udbytte, der blev betalt på tværs af grænserne mellem medlemsstaterne, fandtes dette at udgøre en hindring for et velfungerende indre marked, hvorfor moder-/datterselskabsdirektivet blev indført.⁵³

Formålet med netop dette direktiv var, at fritage udbytte og andre udlodninger af overskud fra beskatning betalt mellem selskaber inden for EU.

Retsvirkningen af moder-/datterselskabsdirektivet er at udbytte, som et datterselskab udlodder til sit moderselskab, skal fritages for kildeskat, jf. direktivets art. 5, hvorfor kildestaten aldrig kan beskatte sådanne udbytter.⁵⁴ Dermed går EU ind og direkte stiller nogle krav til medlemsstaterne om, at de ikke må indeholde kildeskat i visse situationer, og dermed berører direktivet både kildestatens og domicilstatens beskatningskompetence.

⁵⁰ *Peter Blume*, 2016, s. 354.

⁵¹ *Thomas Riis & Jan Trzaskowski*, 2013, s. 43.

⁵² Ses eksempelvis i Moder-/datterselskabsdirektivet (2011/96/EU), Rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) og Fusionsskattedirektivet (2009/133/EF).

⁵³ *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 239.

⁵⁴ *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 241.

Med indførslen af ATA-direktivet vender man imidlertid formålet om, ved at sige at i visse situationer *skal* medlemsstaterne have regler, der er i stand til at tackle en given situation, og altså sørge for at der sker en form for beskatning. Det vil altså sige, at medlemsstaterne nu er forpligtet til at have skatteregler på et givent område – i afhandlingens tilfælde på området for CFC-beskatning. Det er altså ikke selve beskatningskompetencen, der bliver begrænset som nævnte direktiv ovenfor, men at medlemsstaterne nu er forpligtet til – henset til at ATA-direktivet er et minimumsharmoniseringsdirektiv – at indføre regler, der er i overensstemmelse hermed.

Det er interessant, hvorvidt ATA-direktivet vedrører de enkelte landes skattepolitik fremfor det indre marked. ATA-direktivet kan siges, at ved dets udformning går det ind og direkte fastsætter elementer i de enkelte landes skattepolitik. En sådan fastsættelse af skatter er EU som udgangspunkt ikke involveret i, da deres opgave er, at ”overvåge” de nationale skatteregler, og derved sikre, at de stemmer overens med andre EU-politikker, såsom de EU-retlige frihedsrettigheder, således at de ikke skaber hindringer for mobiliteten i Europa.

Det må dog antages, at EU via ATA-direktivet overholder det såkaldte subsidiaritetsprincip⁵⁵, der balancerer forholdet mellem EU-retsakter og nationale forskrifter. Dette princip indebærer, at der kun skal gennemføres ny EU-ret, når det må være klart, at det pågældende område er et fælles anliggende og ydermere, at det ikke kan styres ved at medlemsstaterne gennemfører egne forskrifter.⁵⁶

Ud fra ovenstående synes problematikken vedrørende, at EU som udgangspunkt ikke er involveret i de enkelte landes skattepolitik, løst ved at overholde subsidiaritetsprincippet. EU synes bedst i stand til at få gennemført sådanne nødvendige regler til bekæmpelse af BEPS-problematikker, da det synes problematisk, såfremt problemet skulle løses ved, at medlemsstaterne gennemfører egne forskrifter. Valget af et minimumsharmoniseringsdirektiv synes ligeledes, at være i overensstemmelse med dette subsidiaritetsprincip.⁵⁷

⁵⁵ Jf. TEU art. 5, stk. 1 og 3.

⁵⁶ Peter Blume, 2016, s. 277.

⁵⁷ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU-ret*, s. 131.

Der er flere lande i EU, der ikke har CFC-regler.⁵⁸ For at sikre en vis form for harmonisering, synes det mest hensigtsmæssigt, at ATA-direktivet implementeres således, da denne påtænkte handling ikke synes i tilstrækkelig grad, at kunne opfyldes af medlemsstaterne på centralt, regionalt eller lokalt plan, grundet ATA-direktivets omfang og virkninger bedst kan nås på EU-plan.⁵⁹

Det er derfor i nærværende afhandling – ud fra ovenforstående argumenter – antaget, at ATA-direktivet ikke synes, at stride imod subsidiaritetsprincippet eller proportionalitetsprincippet, som er traktatfæstet i TEU art. 5, stk. 1 og 3.

⁵⁸ Se hertil *Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt*, 2016, hvor det direkte nævnes, at: *"The CFC rule in the ATAD is expected to have significant effect on the corporate tax landscape in the EU, as 14 MS currently do not have CFC legislation in place."* (vores fremhævning).

⁵⁹ Hvilket harmonerer med TEU art. 5, stk. 3.

1.5. Disposition (ARF og RHR)

Nærværende afhandling er opdelt i 8 kapitler, hvor hvert kapitel udgør et væsentligt bidrag til fremførelsen af den endelige konklusion.

Kapitel 1: Det første kapitel har til formål at indlede læseren i afhandlingens centrale problemstillinger samt formål. I dette kapitel gives der således en introduktion til afhandlingen, hvori også afgrænsning og metode fremkommer.

Kapitel 2: Dette kapitel omhandler de danske bestemmelser vedrørende CFC-beskatning. I kapitlet vil betingelserne for at statuere CFC-beskatning blive introduceret på et overordnet plan. Derudover vil baggrunden for at indføre CFC-beskatning, samt formålet hermed blive gennemgået. Slutteligt i kapitlet vil CFC-reglernes undtagelses- og dispensationsbestemmelser kortfattet blive berørt, ligesom retsvirkningen og konsekvenser ved statuering af CFC-beskatning vil blive introduceret. Det er derfor ikke intentionen at gå i dybden med alle aspekter af CFC-beskatningen, da dette blot er en af flere dele i afhandlingen.

Kapitel 3: Tredje kapitel vedrører OECD's anbefalinger i forbindelse med BEPS-projektet.

Der vil i kapitlet gives en grundlæggende indføring i hvad BEPS-projektet indebærer, hvorefter fokus vil rettes mod anbefalingerne vedrørende CFC-beskatning, jf. BEPS Action 3 (Final Report). Det synes nærliggende, at inddrage BEPS-projektet i denne afhandling, da CFC-bestemmelserne i ATA-direktivet er EU's implementering heraf. BEPS-anbefalingerne er således ikke det primære fokusområde i afhandlingen om end en redegørelse for disse anbefalinger er med til at kunne forstå mekanismerne, der ligger til grund for ATA-direktivet.

Kapitel 4: Dette kapitel har til formål at introducere ATA-direktivet. Kapitlet tager afsæt i tilblivelsen af direktivet, nærmere bestemt Kommissionens forslag. Dette synes relevant i forbindelse med det endelige direktiv, da der er sket flere ændringer. Fokusområdet i dette kapitel er direktivets bestemmelser vedrørende CFC-beskatning,

hvilket senere i afhandlingen vil udgøre et væsentligt element – både i relation til de danske CFC-regler, men ligeledes i forbindelse med frihedsrettighederne.

Kapitel 5: Kapitlet indeholder en overordnet indførsel af den fri bevægelighed efter TEUF. Der vil heri blive gennemgået den EU-retlige regulerings betydning for de direkte skatter. Der vil således tages afsæt i en kortfattet introduktion af den traktatfæstede frie bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer (arbejdskraft og etablering) og kapital efter TEUF. Kapitlet sætter derefter fokus på etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, da netop disse frihedsrettigheder kan have stor betydning for CFC-beskatningen. Dermed opbygges et fundament hvorpå en diskussion vedrørende de danske CFC-reglers og ATA-direktivets bestemmelsers forenelighed med disse frihedsrettigheder kan baseres.

Kapitel 6: Dette kapitel indeholder en analyse og diskussion af udvalgte forskelle i henhold til BEPS-projektets anbefalinger til CFC-beskatning, ATA-direktivets bestemmelser vedrørende CFC-beskatning og de danske CFC-regler.⁶⁰ Helt konkret består problemstillingerne i, at den danske koncerndefinition/kontrolbetingelse er udformet på en anden måde end hvad der er lagt op til i ATA-direktivet, ligesom ATA-direktivet indeholder en fritagelse fra CFC-beskatning, som ikke forefindes i de danske regler. I den forbindelse vil afhandlingen fokusere på disse elementer, da det antageligvis kan give anledning til problemer i forhold til etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed.

Kapitel 7: Dette kapitel består af en for afhandlingen helt central diskussion. I relation til forrige afsnit hvor det bliver klarlagt hvilke forskelle, der giver anledning til konflikt, søger dette kapitel at diskutere, hvorvidt de danske CFC-regler samt CFC-reglerne i ATA-direktivet stemmer overens med de traktatfæstede EU-frihedsrettigheder. Dette leder op til en indbyrdes afgrænsning af etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed. Her søges, at afgrænse i hvilke tilfælde de forskellige frihedsrettigheder bliver relevante, samt hvilke problemer det kan give i praksis i forhold til de danske

⁶⁰ Der vil primært være fokus på forskelle mellem de danske regler og ATA-direktivets ditto, hvorfor anbefalingerne i BEPS ikke vil blive berørt i samme omfang. Dette begrundes med, at ATA-direktivets bestemmelser som nævnt tager udgangspunkt i BEPS-anbefalingerne.

CFC-reglers og ATA-direktivets bestemmelser. Som følge heraf vil der således blive foretaget en analyse og diskussion i henhold til at klarlægge, om de nugældende danske CFC-regler eventuelt stadig strider mod etableringsfriheden, ligesom det vil blive diskuteret, om ATA-direktivet eventuelt strider mod kapitalens fri bevægelighed. Afslutningsvist vil det blive diskuteret, hvilke udfordringer lovgiver i Danmark står overfor.

Kapitel 8: Slutteligt i kapitel 8 vil afhandlingens problemformulering blive besvaret på baggrund af de analyser og diskussioner, der er foretaget i afhandlingens øvrige kapitler.

Kapitel 2 – Dansk CFC-beskatning (ARF)

2.1. Introduktion til kapitlet

Nærværende kapitel har til hensigt at gennemgå de danske CFC-regler, herunder den danske CFC-lovgivnings materielle indhold. Kapitlet tager afsæt i CFC-reglernes baggrund og formål.⁶¹ Herefter gennemgås betingelserne i selskabsskattelovens (herefter SEL) § 32, samt kortfattet dispensation fra- og undtagelser til CFC-beskatning. Hensigten er hermed at skabe et grundlag for en forståelse af de hensyn, der ligger til grund for den danske CFC-lovgivning. Dette synes relevant i forbindelse med de videre afsnit om henholdsvis BEPS-projektet⁶² og ATA-direktivet, samt specielt i forbindelse med den foranliggende analyse og diskussion vedrørende overensstemmelse med den primære EU-ret. Dermed opbygges et fundament i henhold til afhandlingens problemformulering.

2.2. Baggrund for indførsel af CFC-regler

Som omtalt i indledningen nyder visse skatteydere godt af de muligheder, der er for at placere aktiver og indkomster i såkaldte lavskattelande⁶³. Her henses der specielt til aktiver, der genererer passiv indkomst såsom renter, royalties og udbytter, da disse typisk er relativt mobile.⁶⁴ Såfremt skatteyderne udnytter disse muligheder til skatteplanlægning, som eksempelvis ved at placere mobile indkomster i selskaber beliggende i lavskattelande, er der stor risiko for, at skattegrundlaget i højskattelundene, herunder Danmark, udhules.⁶⁵ For at modvirke dette har en række lande indført CFC-regler. Disse regler udgør værneregler, der netop søger at dæmme op for, at koncerner undgår beskatning i højskattelande ved placering af finansielle/mobile indkomster i lavskattelande. Reglerne om CFC-beskatning skal ses i sammenhæng med den frie bevægelighed, samt at nogle lande i stigende grad ønsker, at tiltrække kapital ved at indføre gunstige skatteordninger for selskaber, der ejes af udlændinge.⁶⁶ Det faktum at kapital nemt kan flyttes, er medvirkende til at selskaber, der driver finansiell

⁶¹ Herunder anvendelsesområdet samt retsvirkningen.

⁶² Specielt henset til BEPS Action 3.

⁶³ Lavskattelande er blandt andet kendetegnede ved lav eller ingen beskatning af al eller nogle typer indkomst, bankhemmeligheder, ingen indgåede aftaler om udveksling af information mv., jf. *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 267.

⁶⁴ *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 368.

⁶⁵ *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 368.

⁶⁶ *Niels Winther-Sørensen m.fl.*, 2013, s. 320-321.

virksomhed, helt eller delvist kan flytte aktiviteterne til et sådant udenlandsk, skattebegünstiget selskab.⁶⁷ Konsekvensen heraf er således, at det danske beskatningsgrundlag udhules.

Uden CFC-regler er det forholdsvis let for et selskab – på helt lovlig vis – at reducere sin skattebyrde i domicillandet,⁶⁸ ved blot at etablere et datterselskab beliggende i et lavskatteland, for derefter at lade datterselskabet erhverve mobil/finansiell indkomst.⁶⁹ Så længe selskabet i domicillandet ikke hjemtager indkomsten fra selskabet beliggende i lavskattelandet, forbliver indkomsten ikke-beskattet i domicillandet.⁷⁰ Indkomsten bliver derved kun beskattet på et lavt niveau i det indskudte selskabs hjemland.⁷¹

2.2.1. Forskellige skattesystemer

Baggrunden for at indføre CFC-regler i de forskellige lande, hænger i høj grad sammen landets skattepolitik. Det kan have stor betydning for landets tilgang til at indføre CFC-regler, hvorvidt landets skattepolitik er baseret på et globalindkomstprincip eller et territorialprincip.

Globalindkomstprincippet indebærer, at en given skatteyder beskattes af al indkomst, uagtet hvor i verden indkomsten hidrører, mens territorialprincippet modsat medfører, at det pågældende land alene beskatter indkomst hidrørende fra kilder/aktiviteter i landet selv.⁷² Det er dog de færreste lande hvis skattelovgivning bygger på et konsekvent valg af enten globalindkomstprincippet eller territorialprincippet, hvorfor en blanding heraf synes mere nærtliggende.⁷³

Såfremt et land vælger, at basere landets skattelovgivning på globalindkomstprincippet, kombineret med regler om credit-lempelse, ses det ofte som et udtryk for et ønske om, at opnå kapitaleksportneutralitet.⁷⁴ Ved kapitaleksportneutralitet forstås, at en skatteyder er underlagt samme skattebyrde uanset hvor i verden skatteyderen investerer.⁷⁵ Dette

⁶⁷ Niels Winther-Sørensen m.fl., 2013, s. 321.

⁶⁸ Som i givet fald vil være beliggende i et højskatteland.

⁶⁹ Alexander Rust, 2008, s. 492.

⁷⁰ Alexander Rust, 2008, s. 492.

⁷¹ Alexander Rust, 2008, s. 492.

⁷² Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 20.

⁷³ Nogle lande har dog en tendens til i højere grad at basere deres skattelovgivning på globalindkomstprincippet, men andre hælder mere til territorialprincippet, jf. Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 21.

⁷⁴ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 21.

⁷⁵ Hilde Mæhlum Bjerkestuen og Hans Georg Wille, 2015, s. 117.

betyder således, at skatteyderen ikke har incitament til at investere i udlandet frem for sit hjemland – altså en geografisk neutralitet.⁷⁶

Omvendt vil et lands valg af territorialprincippet kombineret med eksemptionlempelse anses som værende et udtryk for et ønske om at opnå kapitalimportneutralitet. Dette indebærer, at alle investorer, både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende, der udfører økonomiske aktiviteter i et givent land, er underlagt samme skatteregler, hvilket vil sige skattereglerne i kildelandet.⁷⁷⁷⁸ Dette betyder således, at investorer konkurrerer på lige vilkår, når de investerer i samme land – altså er der tale om konkurrencemæssig neutralitet.⁷⁹

Hvilken tilgang et land vælger, afhænger dermed af hvilken skattepolitik landet fører samt vægtningen af forskellige politiske argumenter.⁸⁰ I sidste ende er landet dog nødsaget til at foretage et valg om, hvorvidt fokus skal være, at beskytte det indenlandske skattegrundlag samt fokusere på *anti-avoidance* eller give indenlandske investorer mulighed for at konkurrere på lige vilkår internationalt.⁸¹

Det skal dog hertil nævnes, at international skattepolitik ofte anskues som et kompromis mellem kapitaleksportneutralitet og kapitalimportneutralitet.⁸²

2.3. CFC-lovgivningens formål

Grundlæggende bygger CFC-reglerne på det faktum, at et moderselskab under visse betingelser skal medtage sit datterselskabs indkomst til sin egen indkomst, såfremt datterselskabets indkomst primært består af finansiel indkomst. Dette er naturligvis en meget forenklet gengivelse af hovedprincipperne for CFC-beskatning; disse vil dog blive gennemgået nærmere nedenfor.

I den internationale skattelitteratur har flere forfattere anført, at CFC-lovgivning er nødvendigt for at sikre skattebasen i højskattelande, mens andre mere forsigtigt har beskrevet CFC-lovgivning som et muligt middel for at imødegå udhuling af

⁷⁶ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 21.

⁷⁷ Hilde Mæhlum Bjerkestuen & Hans Georg Wille, 2015, s. 117.

⁷⁸ Den ens beskatning forudsætter dog, at kildelandet beskatter hjemmehørende og ikke-hjemmehørende ens, samt at den i kildelandet ikke-hjemmehørende investors domicilland ikke beskatter, jf. Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 58.

⁷⁹ Hilde Mæhlum Bjerkestuen & Hans Georg Wille, 2015, s. 117.

⁸⁰ Hilde Mæhlum Bjerkestuen & Hans Georg Wille, 2015, s. 118.

⁸¹ Hilde Mæhlum Bjerkestuen & Hans Georg Wille, 2015, s. 118.

⁸² Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 21.

skattebasen.⁸³ Grundlæggende må det dog anføres, at CFC-reglerne er tiltænkt den virkning, at sikre beskattningen som udgangspunkt sker i domicillandet.

2.3.1. Det overordnede formål

Det fælles formål bag CFC-reglerne er for de fleste lande, at hindre skatteudskydelse og skatteundgåelse.⁸⁴ Landene forsøger at imødegå at den nationale skattebase udhules ved eksport af investeringer til udenlandske selskaber hjemmehørende i lavskattelande.⁸⁵

Der kan være forskellige formål de enkelte lande imellem, hvilket har en nær sammenhæng med de ovenfor omtalte doktriner om henholdsvis kapitalimportneutralitet og kapitaleksportneutralitet. I nogle tilfælde kan et lands introduktion og konkrete udformning, og dermed også formål med CFC-regler, ses som et udtryk for hvilken skattepolitik landet fører henset til disse doktriner. De fleste lande befinder sig dog i overvejende grad et sted imellem disse to yderpunkter.

1.3.2 Det danske formål

Helt centralt i dansk skattelovgivning står globalindkomstprincippet, hjemlet i statsskattelovens (herefter SL) § 4, der fastslår, at al indkomst, hvad enten det hidrører fra Danmark eller udlandet, skal medregnes i den skattepligtiges indkomst. Som følge heraf, sammenholdt med ovenstående benævnelse af doktrinerne om kapitaleksport- og importneutralitet, anses den danske skattepolitik til en vis grad, at bygge på princippet om kapitaleksportneutralitet.⁸⁶ Denne anskuelse støttes endvidere af, at de danske DBO'er i overvejende grad bygger på lempelse efter credit-metoden.⁸⁷

Baggrunden for at indføre CFC-regler i Danmark hænger naturligvis sammen med det overordnede globale formål. Helt generelt har der de sidste 15-20 år været en vis bekymring for udhuling af det danske skattegrundlag, hvilket har ført til indførelse af forskellige værnsregler i det danske skattesystem. Foruden CFC-reglerne, er der ligeledes vidtgående regler for eksempel transfer pricing, tynd kapitalisering og

⁸³ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 67-68.

⁸⁴ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 68.

⁸⁵ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 68.

⁸⁶ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 70.

⁸⁷ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 70, Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 96 og Sven Ulstrup, SU.2001.69.

begrænsning af rentefradrag.⁸⁸ Der vil dog i afhandlingen udelukkende blive fokuseret på værnreglerne vedrørende CFC-beskatning.

Reglerne for CFC-beskatning⁸⁹ for selskaber blev introduceret ved lov nr. 312 af 17. maj 1995. I bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser blev formålet med indførslen tydeliggjort:

”For at imødegå denne udhuling af det danske beskatningsgrundlag foreslås, at såfremt et dansk selskab kontrollerer et udenlandsk finansielt selskab i et land, der er undergivet en væsentligt lavere skat end her i landet, så skal datterselskabets indkomst opgjort efter danske regler medregnes ved opgørelsen af moderselskabets skattepligtige indkomst.”⁹⁰

Ud fra ovenstående ses det tydeligt, at indførslen af CFC-reglerne i Danmark havde til formål, at imødegå udhuling af den danske skattebase, eller sagt med andre ord, at tilsikre en beskyttelse af det danske skatteprovenu, hvilket stadig er gældende i dag. Flere lavskattelande ønsker i stigende grad at tiltrække kapital ved at indføre særligt gunstige skatteordninger for udenlandske selskaber, og da kapital nemt kan flyttes, synes det nærliggende for selskaber der driver finansiell virksomhed, at oprette datterselskaber beliggende i lavskattelande for derefter at flytte aktiviteterne hertil.⁹¹ På den baggrund udhules det danske skattegrundlag. Man forsøger således at imødegå, at et dansk selskab overfører dele af sin indkomst til et ikke-sambeskattet udenlandsk datterselskab, hvorefter den overførte indkomst undergives en lavere beskatning – eller helt undgår at blive beskattet i udlandet.⁹² CFC-reglerne udgør således en undtagelse set i forhold til afgrænsningen af dansk beskatningsret i internationalt henseende, da CFC-selskaber, bortset fra det danske ejerskab, ikke nødvendigvis har nogen tilknytning til Danmark.⁹³

⁸⁸ Anja Svendgaard Dalgas og Birthe Kallehauge Handberg, SU.2011.319.

⁸⁹ Dengang benævnt som ”tvungen sambeskatning”

⁹⁰ Jf. lovforslagets enkelte bemærkninger, til § 1, til nr. 9, L 35, 1994/1995.

⁹¹ Niels Winther-Sørensen m.fl., 2013, s. 321.

⁹² Jan Pedersen m.fl., 2015, s. 370-371.

⁹³ Jan Pedersen m.fl., 2015, s. 370.

2.4. CFC-lovgivningens materielle betingelser

Den danske CFC-lovgivning er reguleret i SEL § 32, hvoraf det fremgår, at et udenlandsk datterselskab risikerer, at blive sambeskattet med et dansk moderselskab, såfremt visse betingelser er opfyldt. SEL § 32 indeholder, som tidligere nævnt, således en værnsregel, som skal fjerne de skattemæssige fordele, der kan være ved at placere mobile indkomster i datterselskaber beliggende i lavskattelande. Som en pendant til bestemmelsen for selskaber i SEL § 32, findes ligningslovens (herefter LL) § 16 H, som har et tilsvarende formål for fysiske personer. Bestemmelsen i LL § 16 H, er indført med henblik på at imødegå, at skatteydere ændrer ejerformen til et CFC-selskab fra at være selskabsaktionær til at være personaktionær.⁹⁴ Derudover gælder en særlig regel for fonde og foreninger omfattet af fondsbeskatningsloven (herefter FBL) § 1, jf. FBL § 12, der foreskriver, at SEL § 32 tillige finder anvendelse på fonde og foreninger omfattet af FBL § 1.

For at de danske CFC-regler finder anvendelse på selskaber eller foreninger mv., som er omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a, skal følgende tre betingelser være opfyldt:

1. *Kontrolbetingelsen* – Foreskriver at selskabet eller foreningen er moderselskab for et andet selskab eller forening mv., jf. definitionen i SEL § 32, stk. 6.
2. *Indkomstbetingelsen* – Foreskriver at datterselskabets CFC-indkomst, opgjort efter SEL § 32, stk. 4 og 5, i indkomståret udgør mere end halvdelen af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter stk. 4, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1.
3. *Aktivbetingelsen* – Foreskriver at datterselskabets finansielle aktiver gennemsnitligt i indkomståret udgør mere end 10% af selskabets samlede aktiver, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 2.

Disse betingelser vil nedenfor blive gennemgået enkeltvis.

⁹⁴ Niels Winther-Sørensen m.fl., 2013, s. 321.

2.4.1. Omfattede skattesubjekter

Som nævnt ovenfor finder CFC-reglerne anvendelse på selskaber eller foreninger mv., som er omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a, jf. SEL § 32, stk. 1, 1. pkt.

SEL § 1 oplister en række selskaber og foreninger mv., der skal anses som fuldt skattepligtige til Danmark. Disse selskaber omfatter blandt andet indregistrerede aktie- og anpartsselskaber, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Skattepligten udløses alene af, at selskabet formelt registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter selskabslovgivningens regler herom.⁹⁵ Det er dog vigtigt at have sig for øje, at såfremt selskabet er indregistreret i Danmark, er det uden betydning for skattepligten hertil landet, at selskabet har ledelsens sæde i udlandet, jf. *SKM.2007.151H*.⁹⁶ Ved vurderingen af, om selskabets ledelse har sæde her i landet, lægges der først og fremmest vægt på hvor de beslutninger, der er forbundet med den daglige ledelse i selskabet træffes.⁹⁷ Ud over indregistrerede aktie- og anpartsselskaber omfattes en række andre selskaber og foreninger mv. oplistet i SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6, når disse er hjemmehørende i Danmark.⁹⁸ I praksis synes CFC-reglerne dog primært, at være relevante for aktie- og anpartsselskaber⁹⁹, hvorfor de selskaber og foreninger mv., der er oplistet i SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6, ikke behandles yderligere.¹⁰⁰

CFC-reglerne finder endvidere anvendelse for udenlandske faste driftssteder¹⁰¹ her i landet, jf. SEL § 32, stk. 1, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a. De selskaber og foreninger mv., der er omfattet SEL § 2, stk. 1, litra a, når de har et fast driftssted her i landet, er selskaber og foreninger af den type, som omtales i SEL § 1, stk. 1, jf. SEL § 2, stk. 1, 1. pkt.¹⁰²

⁹⁵ Jan Pedersen *m.fl.*, 2015, s. 284.

⁹⁶ Hvor Højesterets flertal udtalte, at indregistrering af et selskab her i landet er en tilstrækkelig betingelse for skattepligt efter SEL § 1.

⁹⁷ Jf. lovforslagets enkelte bemærkninger, til § 1, til nr. 1, L 35, 1994/1995.

⁹⁸ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 48.

⁹⁹ Niels Winther-Sørensen *m.fl.*, 2013, s. 322.

¹⁰⁰ Der er dog vigtigt at have sig for øje, at en henvisning til SEL § 1 tillige omfatter udenlandske selskaber med ledelsens sæde i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 6, jf. Niels Winther-Sørensen *m.fl.*, 2013, s. 322.

¹⁰¹ Ved fast driftssted forstås et forretningssted, hvor et foretagendes virksomhed helt eller delvis udøves i den hensigt at opnå fortjeneste, jf. den generelle definition i OECD's modeloverenskomst art. 5, stk. 1. Den danske fortolkning af fast driftsstedsbegrebet skal som udgangspunkt forstås i overensstemmelse med den definition af begrebet der er givet i modeloverenskomstens art. 5 samt kommentarerne hertil, jf. SKATs juridiske vejledning 2017-1 C.F.3.1.5.

¹⁰² Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 118.

2.4.2. Kontrolbetingelsen

De danske CFC-regler indeholder en kontrolbetingelse, jf. SEL § 32, stk. 6. Denne foreskriver, at et selskab anses for at være moderselskab for et datterselskab, såfremt:

1. *Selskabet direkte eller indirekte er aktionær i datterselskabet, og*
2. *koncernen har bestemmende indflydelse i datterselskabet efter SEL § 31 C.*

Ved vurderingen af om koncernen kontrollerer datterselskabet, medregnes stemmerettigheder mv., som besiddes af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. LL § 16 H, stk. 6, eller af en fond eller trust stiftet af nærtstående mv. eller af fonde og trusts stiftet af disse.¹⁰³ Der skal ligeledes medregnes stemmerettigheder mv., som ejes af selskabsdeltagerne, med hvem moderselskabet har en aftale om at udøve kontrol, eller som ejes af en transparent enhed som nævnt i LL § 2, stk. 1, 2. pkt., hvori moderselskabet deltager.¹⁰⁴¹⁰⁵

2.4.2.1. Aktionær i datterselskabet

En af hovedbestanddelene vedrørende kontrolbetingelsen bevirker, at et selskab kun kan undergives CFC-beskatning, såfremt det enten er direkte eller indirekte aktionær i et datterselskab. Der vil herefter kort blive redegjort for begreberne direkte og indirekte aktionær samt datterselskab, da ingen af disse begreber synes tilstrækkeligt klarlagt i lovtæksten.

2.4.2.1.1. Direkte eller indirekte aktionær

I den gældende selskabslov defineres en kapitalejer som enhver ejer af en eller flere kapitalandele, jf. § 5, nr. 15, og en kapitalandel defineres som en aktie eller en anpart, jf. § 5, nr. 14.¹⁰⁶

Ved en stringent og skærpende ordlydsfortolkning vil alene kapitalejere i aktieselskaber blive anset for aktionærer, hvilket reelt set vil udelukke indkomst oppebåret i en lang række selvstændige skattesubjekter fra at blive underlagt danske CFC-beskatning.¹⁰⁷ Dette synes selvsagt ikke at være lovgivers hensigt, hvorfor der næppe bør herske tvivl

¹⁰³ SKATs juridiske vejledning 2017-1 C.D.4.1.3.

¹⁰⁴ SKATs juridiske vejledning 2017-1 C.D.4.1.3.

¹⁰⁵ Disse stemmerettigheder medregnes ikke i koncerndefinitionen i sambeskatningsreglerne, jf. SKATs juridiske vejledning 2017-1 C.D.4.1.3.

¹⁰⁶ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 153, note 11.

¹⁰⁷ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 153.

om bestemmelsen brede anvendelsesområde, der således bevirker, at alle former for selvstændige juridiske personer, der efter danske regler kvalificeres som selvstændige skattesubjekter, kan medføre CFC-beskatning, jf. cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997, pkt. 7.2.3.¹⁰⁸

Formuleringen i SEL § 32, stk. 6, 1. pkt. synes dermed at være en betoning af, at såvel direkte som indirekte ejerskab af et datterselskab kan føre til CFC-beskatning.¹⁰⁹

2.4.2.1.2. Datterselskab

Begrebet ”datterselskab” er ligeledes vigtigt at få defineret i forbindelse med at klarlægge i hvilket omfang kontrolbetingelsen finder anvendelse.

Formuleringen i SEL § 32, stk. 1, 1. pkt., fremtræder meget bred i forbindelse med afgrænsningen af begrebet ”datterselskab”, da der af bestemmelsen fremgår, at CFC-reglerne finder anvendelse, hvis et selskab udgør ”[...]et moderselskab for et selskab eller en forening m.v. (datterselskabet)[...]”¹¹⁰ Det følger af cirkulære nr. 82 af 25. maj 1997, pkt. 7.2.3, at:

”Det er alle former for selvstændige juridiske personer, der efter danske skatteregler kvalificeres som selvstændige skattesubjekter, der kan medføre tvungen sambeskatning.”

Således synes både bestemmelsen i SEL § 32, stk. 1, 1. pkt. og cirkulæret, at have en meget bred spændevide, der antyder, at alle danske som udenlandske juridiske personer i princippet kan indpasses under en af kategorierne i SEL § 1, stk. 1, og dermed potentielt må kunne anses som datterselskab i CFC-reglernes forstand. Det er dog her vigtigt at have sig for øje, at selvom både bestemmelsen samt cirkulæret synes af have denne brede anvendelse, omfattes indkomsten i fonde ikke af CFC-reglerne. Dette begrundes med, at fonde anses som værende selvejende, hvorfor det ikke vil være muligt for et selskab at eje en andel af en fond.¹¹¹ Det gør sig ligeledes gældende for udenlandske fonde og trusts, at disse ej heller kan udgøre datterselskaber omfattet af de

¹⁰⁸ Niels Winther-Sørensen m.fl., 2013, s. 322-323.

¹⁰⁹ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 153.

¹¹⁰ Jf. SEL § 32, stk. 1, 1. pkt.

¹¹¹ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 152.

danske CFC-regler, jf. blandt andet formuleringen i cirkulære nr. 82 af 25. maj 1997, pkt. 7.2.3, hvoraf der fremgår, at:

*”En udenlandsk fond kan i sagens natur ikke indgå i en tvungen sambeskatning. Ved indskud i en udenlandsk fond eller trust vil der i stedet eventuelt skulle svares indskudsafgift...”*¹¹²

2.4.2.2. Bestemmende indflydelse

Kontrolbetingelsen i CFC-reglerne er blevet ændret, justeret og præciseret utallige gange siden indførslen, men med Lov nr. 540 af 6. juni 2007 (L213) er kontrolbetingelsen blevet fastsat til et kriterium, der tager afsæt i koncernbegrebet i SEL § 31 C.¹¹³

Som nævnt ovenfor, består den anden del af kontrolbetingelsen i, at koncernen skal have bestemmende indflydelse i datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 6, 1. pkt. Ordlyden af SEL § 32, stk. 6, er dog ikke helt klar, idet begrebet *bestemmende indflydelse* anvendes som den overordnede betingelse samtidig med, at der henvises til koncernbegrebet i SEL § 31 C.¹¹⁴ Her defineres begrebet således ikke, men derimod defineres en koncern med henvisning til sambeskatningsreglerne.¹¹⁵

Det står heller ikke helt klart hvorvidt ændringer af SEL § 31 C, har betydning for CFC-reglernes kontrolbetingelse i SEL § 32, stk. 6. Idet SEL § 32, stk. 6, direkte henviser til begrebet bestemmende indflydelse i SEL § 31 C, må dette dog antyde, at der må være tale om en henvisning til den til en hver tid gældende definition af begrebet i SEL § 31 C. Dette underbygges ligeledes af forarbejderne til gældende SEL § 32, stk. 6¹¹⁶ samt SKATs juridiske vejledning, 2017-1, afsnit C.F.4.1.3.¹¹⁷

Begrebet ”bestemmende indflydelse” dækker over beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger, jf. SEL § 31 C, stk. 2. En sådan beføjelse forekommer ved, at et moderselskab direkte eller indirekte ejer mere

¹¹² Dette vil ikke blive behandlet yderligere i nærværende afhandling.

¹¹³ Niels Winther-Sørensen m.fl., 2013, s. 323.

¹¹⁴ Niels Winther-Sørensen m.fl., 2013, s. 323.

¹¹⁵ Niels Winther-Sørensen m.fl., 2013, s. 323.

¹¹⁶ Her anføres, at hensigten med koblingen til koncerndefinitionen i SEL § 31 C er, at er datterselskab som hovedregel omfattes af CFC-reglerne, på samme tidspunkt som datterselskabet omfattes af national eller international sambeskatning, jf., lovforslagets enkelte bemærkninger til § 1, til nr. 12, L 213 2006/2007.

¹¹⁷ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 155.

end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet. Der er dog en undtagelse hertil, såfremt det klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse, jf. SEL § 31 C, stk. 3.

Der er også den mulighed at et moderselskab, der *ikke* ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet, alligevel kan anses som havende bestemmende indflydelse, jf. SEL § 31 C, stk. 4. I forbindelse hermed skal moderselskabet have:

- 1) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,*
- 2) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale,*
- 3) beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller*
- 4) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet.¹¹⁸*

Såfremt en af ovenstående betingelser er opfyldt, anses moderselskabet således alligevel at have bestemmende indflydelse.

Derudover skal det erindres, at der i SEL § 31 C, stk. 5, er fastsat, at eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, herunder tegningsretter og købsoptioner på kapitalandele, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et selskab har bestemmende indflydelse.¹¹⁹

Slutteligt, vedrørende begrebet bestemmende indflydelse, fastslås det i SEL § 31 C, stk. 6, at der ved opgørelsen af stemmerettigheder i et datterselskab ses bort fra stemmerettigheder, som knytter sig til kapitalandele, der besiddes af datterselskabet selv eller dets datterselskaber.¹²⁰

¹¹⁸ Jf. SEL § 31 C, stk. 4.

¹¹⁹ Jf. SEL § 31 C, stk. 5.

¹²⁰ Jf. SEL § 31 C, stk. 6.

2.4.2.3. Udvidet kontrolbegreb

For at forhindre en omgåelse af kontrolbetingelsen ved at sprede aktiebesiddelsen, skal der ved vurderingen, som nævnt i afsnit 2.4.2., medregnes stemmerettigheder mv., som besiddes af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. LL § 16 H, stk. 6, af en fond eller trust stiftet af nærtstående mv., eller af fonde og trusts stiftet af disse, jf. SEL § 32, stk. 6, 2. pkt.¹²¹ Formålet er hermed at forhindre, at aktiebesiddelser i lavt beskattede, finansielle udenlandske selskaber spredes ud på flere søsterselskaber af udenlandske moderselskaber eller fordeles mellem selskaber og kontrollerende aktionærer med det formål, at undgå tvungen sambeskatning.¹²²

Derudover skal der ved bedømmelsen af om en bestemmende indflydelse foreligger, tillige medregnes stemmerettigheder mv., som indehaves af selskabsdeltagere, med hvem moderselskabet har en aftale om udøvelse af kontrol, eller som indehaves af et selskab eller en forening mv. som nævnt i LL § 2, stk. 1, 2. pkt., hvori moderselskabet deltager. Formålet med denne del af bestemmelsen er blandt andet at afskære danske selskaber fra at gå sammen om at oprette og drive finansielle datterselskaber i lavskattelende uden at blive omfattet af CFC-reglerne, når selskaberne har indgået en aftale om udøvelse af kontrol, og dermed agerer som en samlet enhed.¹²³

2.4.3. Indkomstbetingelsen

Når det er fastlagt, at et moderselskab har bestemmende indflydelse i et datterselskab, er første betingelse for CFC-beskatning opfyldt, hvilket leder til betingelsen om datterselskabets indkomst. Her foretages en analyse af datterselskabets interne forhold for at vurdere, om indkomstbetingelsen er opfyldt.

Indkomstbetingelsen er i henhold til SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 1. pkt. opfyldt, såfremt datterselskabets CFC-indkomst, opgjort efter SEL § 32, stk. 4 og 5, i indkomståret¹²⁴

¹²¹ *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 371.*

¹²² Jf. lovforslagets enkelte bemærkninger til § 1, til nr. 10, L 118 1995/1996.

¹²³ Jf. bemærkningerne til nr. 9, betænkning af 22. marts 2006, L 116 2005/2006.

¹²⁴ Det skal hertil bemærkes, at såfremt det danske moderselskab ikke har haft bestemmende indflydelse over datterselskabet i hele indkomståret, skal vurderingen af om indkomstbetingelsen er opfyldt ske på baggrund af datterselskabets indkomstforhold i hele dets indkomstår, jf. ordlyden af SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 1. pkt. samt skatteministerens svar under behandlingen af L213 2006/2007 (svar på henvendelse fra FSR, bilag 26), dog med forudsætning, at moderselskabet i en sådan situation uafhængigt heraf kun skal medregne indkomst optjent af datterselskabet i den del af moderselskabets indkomstår, hvor dette har haft bestemmende indflydelse i datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 7, 2. pkt., jf. *Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 181.*

udgør mere en halvdelen af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst opgjort efter SEL § 32, stk. 4¹²⁵, hvilket også er kaldet sammenligningsindkomsten.

Rent systematisk må der dermed først fastlægges en sammenligningsindkomst efter SEL § 32, stk. 4, hvorefter CFC-indkomsten skal opgøres efter SEL § 32, stk. 4 og 5. Først derefter kan det vurderes, om CFC-indkomsten udgør mere end halvdelen af sammenligningsindkomsten.¹²⁶ Denne indkomst¹²⁷ udgøres af datterselskabets egne samlede skattepligtige indtægter, men hvor underskud fra tidligere år ikke fremføres, jf. *SKM.2008.240.DEP*.

2.4.3.1. Indkomster omfattet af CFC-beskatning

De typer af indkomst, der kvalificeres som CFC-indkomst, er udtømmende oplistet i SEL § 32, stk. 5, nr. 1-10. CFC-indkomst udgør dermed summen af disse.¹²⁸

Som tidligere nævnt omfatter de af SEL § 32, stk. 5, nr. 1-10, nævnte indkomster typer af indkomst, der må formodes at være relativt mobile, hvilket gør det nemt for selskaber at placere disse i udenlandske datterselskaber.

I forbindelse med kvalificeringen af CFC-indkomsten skal det bemærkes, at opregningen i SEL § 32, stk. 5, nr. 1-10, er udtømmende hvorfor indkomster, der ikke fremgår af denne liste ikke er skattepligtig indkomst.¹²⁹

2.4.3.2. Sammenligningsindkomsten

Som ovenfor nævnt, består sammenligningsindkomsten af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst. I relation til udenlandske datterselskaber gælder det både for sammenligningsindkomsten såvel som CFC-indkomsten, at disse skal opgøres efter danske skatteregler med de modifikationer, som følger af SEL § 32, stk. 4.¹³⁰ Ved vurderingen af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst, skal der som nævnt ses bort fra fremførelse af underskud for tidligere år, ligesom der ved opgørelsen af sammenligningsindkomsten skal ses bort fra skattepligtige tilskud, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 4. pkt.

¹²⁵ *Niels Winther-Sørensen m.fl.*, 2013, s. 325.

¹²⁶ *Peter Koerver Schmidt*, 2013, s. 180.

¹²⁷ Sammenligningsindkomsten.

¹²⁸ *Niels Winther-Sørensen m.fl.*, 2013, s. 325.

¹²⁹ *Niels Winther-Sørensen m.fl.*, 2013, s. 326.

¹³⁰ Jf. bilag 26 til L213 2006/2007.

2.4.3.3. Den geografiske afgrænsning

CFC-indkomsten såvel som sammenligningsindkomsten opgøres under hensyntagen til territorialprincippet, jf. SEL § 32, stk. 3, 1. pkt. Dette medfører, at der ved opgørelsen af datterselskabets indkomst ikke skal medregnes indtægter og udgifter fra datterselskabets faste driftssteder¹³¹ eller faste ejendomme beliggende i tredjelande.¹³² Datterselskabets faste driftssteder underkastes i stedet en selvstændig vurdering i henhold til CFC-reglerne, jf. SEL § 32, stk. 3, 2. pkt.¹³³ Uagtet indførelsen af dette territorialprincip skal det dog erindres, at et selskab skal beskattes af positiv indkomst hos et fast driftssted, såfremt indkomsten ville være omfattet af SEL § 32, hvis det faste driftssted havde været et datterselskab, jf. SEL § 8, stk. 2, 4. pkt.¹³⁴

2.4.4. Aktivbetingelsen

Ud over ovenstående to betingelser kommer hertil også aktivbetingelsen, hvilken er opfyldt, såfremt datterselskabets finansielle aktiver gennemsnitligt i indkomståret udgør mere end 10 % af selskabets samlede aktiver, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 2. Der skal altså således foretages en gennemsnitlig vurdering af aktivmassen i løbet af indkomståret, hvorfor det dermed ikke er tilstrækkeligt, at datterselskabet ved indkomstårets slutning modtager apportindskud af ikke-finansielle aktiver, så datterselskabet derved altovervejende har ikke-finansielle aktiver.¹³⁵

2.4.4.1. Finansielle aktiver

Ved finansielle aktiver forstås aktiver, hvis afkast udgør CFC-indkomst omfattet af opregningen i SEL § 32, stk. 5, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 2, 2. pkt.¹³⁶ Af bestemmelsen kan udledes, at de finansielle aktiver blandt andet kan bestå af bankkonti, fordringer, finansielle kontrakter, visse immaterielle aktiver mm.

Aktiver, hvis afkast er skattefrit, såsom datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier, indgår ikke i opgørelsen, når der er tale om næringsaktier.¹³⁷

¹³¹ Begrebet fast driftssted i intern dansk skatteret skal som udgangspunkt fortolkes i overensstemmelse med art. 5, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst, jf. bl.a. *Aage Michelsen*, 2003, s. 234.

¹³² *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 374.

¹³³ *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 374.

¹³⁴ *Peter Koerver Schmidt*, 2013, s. 186.

¹³⁵ Jf. SKATs juridiske vejledning 2017-1 C.D.4.1.2.

¹³⁶ *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 377.

¹³⁷ Jf. SKATs juridiske vejledning 2017-1 C.D.4.1.2.

2.4.4.2. Værdiansættelse

Når opgørelsen af datterselskabers aktiver foretages, skal det ske på baggrund af de regnskabsmæssige værdier.¹³⁸ Der er dog en undtagelse hertil, idet immaterielle aktier, hvis afkast udgør CFC-indkomst i henhold til SEL § 32, stk. 5, nr. 6, medregnes til handelsværdien. Dette skyldes, jf. forarbejderne, at immaterielle aktiver ikke afspejles i regnskabet, når der er tale om oparbejdede aktiver, ligesom værdistigninger på erhvervede immaterielle aktiver ej heller afspejles i regnskabet, hvorfor det vil være et ukorrekt billede af regnskabet, såfremt oparbejdede immaterielle aktiver ikke skulle indgå i opgørelsen.¹³⁹

2.5. Undtagelser og dispensation

I forbindelse med afgørelsen af om der kan ske CFC-beskatning, er det vigtigt at have sig for øje, at der er visse undtagelser til CFC-reglernes anvendelsesområde, ligesom det er muligt at opnå dispensation. Henholdsvis undtagelser samt dispensation vil kortfattet blive behandlet nedenfor.

2.5.1. Undtagelser

Der er i SEL § 32, indsat tre undtagelser til CFC-reglernes anvendelsesområde. Såfremt en af disse undtagelser er opfyldt, finder CFC-reglerne således ikke anvendelse.

For det første finder CFC-reglerne ikke anvendelse, såfremt en koncern har valgt international sambeskatning efter SEL § 31 A, jf. SEL § 32, stk. 2, 1. pkt. Dette betyder, at koncernens ultimative moderselskab har valgt, at den obligatoriske danske sambeskatning ligeledes skal gælde for samtlige koncernforbundne udenlandske selskaber og foreninger mv., jf. SEL § 31 A.¹⁴⁰ Der gælder dermed et globalpuljebeskatningsprincip, hvor udenlandske faste driftsteder og faste ejendomme, som tilhører de sambeskattede danske og udenlandske selskaber og foreninger mv., tillige er omfattet.

For det andet finder CFC-reglerne ej heller anvendelse, såfremt et moderselskabs aktier i datterselskabet udgør aktier eller investeringsbeviser mv. efter reglerne herom i aktieavancebeskatningsloven (ABL), jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 3, da der i så fald ville ske beskatning efter både ABL § 19 samt SEL § 32 – altså en dobbeltbeskatning.

¹³⁸ Jf. SKATs juridiske vejledning 2017-1 C.D.4.1.2.

¹³⁹ Jf. lovforslagets enkelte bemærkninger til § 1, til nr. 12, L 213 2006/2007 samt SKATs juridiske vejledning 2017-1 C.D.4.1.2.

¹⁴⁰ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 119.

For det tredje følger det af SEL § 32, stk. 1, nr. 4, at CFC-reglerne ikke finder anvendelse, når moderselskabets aktier i datterselskabet ejes gennem en juridisk person, der beskattes efter reglerne i SEL § 13 F, hvilket vil sige livsforsikringselskaber. Hermed sikres det, at indkomsten ikke beskattes direkte via værdistigningen og indirekte via CFC-beskatningen.

Foruden disse undtagelser, der er nævnt direkte i loven, gælder det, at indkomsten i et datterselskab heller ikke omfattes af CFC-beskatning hos moderselskabet, hvis datterselskabet er omfattet af såkaldt skyggesambeskatning, jf. overgangsreglerne i § 15, stk. 8 i lov nr. 426 af 6. juni 2005.¹⁴¹

Fælles for ovenstående undtagelser er, at de undtager datterselskabets indkomst fra CFC-beskatning i situationer, hvor dansk beskatning allerede er sikret på anden vis.¹⁴²

2.5.2. Dispensation

Det følger af SEL § 32, stk. 2, 2.-4. pkt., at Skatterådet kan give dispensation fra anvendelse af CFC-reglerne, da disse ikke skal hindre finansielle selskaber i at etablere et datterselskab, når datterselskabet hovedsageligt driver virksomhed med uafhængige parter i datterselskabets eget hjemland.¹⁴³ Der er dog en række kumulative betingelser, der skal være opfyldt, førend en sådan dispensation kan gives. Blandt andet skal datterselskabet have koncession til at udøve forsikrings-, realkredit-, fondsmægler-, investeringsforvaltnings- eller bankvirksomhed, ligesom datterselskabet er underlagt et offentligt tilsyn. I alt er der seks kumulative betingelser, der skal være opfyldt førend dispensation kan gives, hvilke dog ikke vil blive berørt yderligere i denne afhandling.

2.6. Retsvirkningen og konsekvenser

CFC-beskatning indtræder såfremt de ovennævnte tre hovedbetingelser alle er opfyldt – og hverken undtagelsesbestemmelserne eller dispensationsbestemmelsen kan bringes i anvendelse. Konsekvensen herved er, at moderselskabet skal medregne datterselskabets samlede indkomst opgjort efter SEL § 32, stk. 7-10, ved indkomstopgørelsen, jf. SEL § 32, stk. 1, når indkomsten i datterselskabet er positiv.¹⁴⁴ Dette vil altså sige, at moderselskabets skattepligt ligeledes kommer til at omfatte datterselskabets samlede indkomst. På den måde bliver datterselskabets indkomst tillagt moderselskabets

¹⁴¹ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 379.

¹⁴² Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 379.

¹⁴³ Jf. de almindelige bemærkninger til L 99 2001/2002 under afsnit e) *Objektivering af CFC-reglerne*.

¹⁴⁴ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 380.

almindelige selskabsindkomst – hvilken selvsagt bliver forhøjet. Dette har den konsekvens at den samlede indkomst dermed undergives almindelig selskabsbeskatning med 22 %, jf. SEL § 17, stk. 1. Det er dog kun i de år, hvor CFC-betingelserne er opfyldt, at moderselskabet beskattes af indkomsten i datterselskabet, hvilket vil sige, at det dermed er muligt fra år til år, at indtræde eller udtræde af CFC-beskatning.¹⁴⁵

Hvor stor en del af datterselskabets samlede indkomst skal medregnes, afhænger af moderselskabets ejerandel, jf. SEL § 32, stk. 7, 1. pkt. Sagt med andre ord, skal moderselskabet ved indkomstopgørelsen medregne den del af datterselskabets indkomst, der svarer til den gennemsnitlige direkte eller indirekte andel af datterselskabets samlede aktiekapital, som moderselskabet har ejet i indkomstperioden. Moderselskabet skal dog kun medregne indkomst optjent af datterselskabet i den del af moderselskabets indkomstår, hvor koncernen har haft bestemmende indflydelse i datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 7, 2. pkt.

Såfremt datterselskabets indkomst både beskattes i datterselskabets domicilland og hos moderselskabet, gives der nedslag for datterselskabets danske og udenlandske skatter efter den almindelige bestemmelse om creditlempelse i LL § 33, stk. 1 og 7, jf. SEL § 32, stk. 11, 1. pkt. Der kan dog alene opnås lempelse for datterselskabets indkomstskatter og dermed ikke for formueskatter mv.¹⁴⁶ Derudover følger det af SEL § 32, stk. 11, 2. pkt., at lempelsen er begrænset som følge af territorialprincippet, hvorfor datterselskabets indkomst fra faste driftsteder eller faste ejendomme i udlandet ikke indgår i lempelsesberegningen.

¹⁴⁵ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 381.

¹⁴⁶ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 385.

Kapitel 3 – Base Erosion and Profit Shifting (RHR)

3.1. Introduktion til kapitlet

Nærværende kapitel tager afsæt i en kort gennemgang af OECD's BEPS-projekt, hvilket indebærer en introduktion til, hvordan projektet er udformet og hvilke mål det søger at opfylde. Derefter gives der en redegørende gennemgang af BEPS Action 3 vedrørende CFC-beskatning. Det synes især relevant, at inddrage BEPS' anbefalinger til hvordan nationale CFC-regler bør udformes, da disse anbefalinger har været medvirkede til ATA-direktivets bestemmelser vedrørende CFC-beskatning. Som det tidligere i afhandlingen er nævnt, fremgår det af ATA-direktivets præambel, at direktivet er det foretrukne instrument til gennemførelse af OECD's konklusioner vedrørende BEPS på EU-plan. Det er på den baggrund ikke hensigten at give en gennemgående analyse af BEPS Action 3, men derimod at skabe et overblik over anbefalingerne, da disse har haft stor betydning for udformningen af ATA-direktivets CFC-bestemmelser.

3.2. OECD's BEPS-projekt

Reducering og flytning af den samlede skattebyrde ved at flytte mobile aktiver og indkomster til et datterselskab i et lavskatteland, synes forholdsvis let, såfremt effektive CFC-regler ikke er på plads.¹⁴⁷ Fænomenet *profit shifting* er opstået ved at internationale skatterammer og de forskellige skattesatser verden over, har skabt et incitament til at skifte profit over landegrænserne. Således kan de multinationale selskaber flytte overskud på tværs af grænserne for at drage fordel af skattesatserne, der er lavere end i det land, hvor de genererede overskuddet. Samtidig med dette skabes *base erosion*, hvor selskaberne via forskellige muligheder kan undgå, at der sker en egentlig beskatning til den korrekte skattebase. Gennem sådanne skattestrategier kan de multinationale selskaber allokere overskud til lande med lav beskatning, og selskaberne kan ydermere ved anvendelse af forskellige metoder, optimere skatten, og derved regulere på det korrekte skattegrundlag.

OECD og G20-landene har sammen vedtaget et omfattende og ambitiøst projekt; BEPS-projektet til bekæmpelse af international skatteudnyttelse. Udviklingen af BEPS-

¹⁴⁷ Denne anskuelse anderkendes af blandt andet *Peter Koerver Schmidt*, 2016.

projektet blev igangsat som en reaktion på multinationale koncerners aggressive adfærd på skatteområdet, samt anerkendelsen af at forældede internationale skatteregler stadigvæk muliggør betydelig skatteminimering vedrørende multinationale koncerners forretningsaktivitet.¹⁴⁸

BEPS-projektet – hvis formål er at bekæmpe BEPS-situationer – blev lanceret i 2013 i et samarbejde mellem OECD og G20-landene med frigivelsen af *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*¹⁴⁹, og blev efterfølgende godkendt på topmødet i Antalya den 15.-16. november 2015¹⁵⁰ med rapportering om deres 15-punkts *Action Plan* for at løse BEPS.

Hovedvægten i nærværende afhandling hvad angår BEPS-projektet vil blive lagt på BEPS Action 3¹⁵¹, da denne vedrører seks såkaldte *building blocks*, der imidlertid ikke er minimumstandarder, men er designet til at sikre, at de forskellige jurisdiktioner, der vælger at implementere dem, har effektive CFC-regler.¹⁵²

Hvad angår det internationale skattelandskab, har dette ændret sig drastisk de senere år. Det internationale samfund har øget gennemsigtigheden og udvekslingen af oplysninger vedrørende skatteforhold, samt afhjulpet svagheder i det internationale skattesystem, som skaber muligheder for BEPS. Finanskrisen såvel som multinationale selskabers aggressive skatteplanlægninger har været med til at sætte BEPS-problematikken højt på den politiske agenda. Det vurderes, at der årligt tabes mellem 100-240 milliarder dollars, hvorfor indsatserne fra de forskellige regeringer rundt omkring i verden er store.¹⁵³ Der er dermed mange, gode grunde til at BEPS-projektet er blevet igangsat.

BEPS referer til skatteplanlægningsstrategier, der udnytter ”huller” og uoverensstemmelser i skattereglerne ved kunstigt, at flytte skattepligtig indtægt til et land med lavere eller ingen beskatning. Det underminerer retfærdigheden og integriteten af skattesystemerne, da virksomheder, der opererer på tværs af landegrænserne, kan bruge BEPS til at opnå en konkurrencemæssig fordel i forhold til virksomheder, som

¹⁴⁸ Christian Plesner Rossing, RR.2015.04.80.

¹⁴⁹ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*.

¹⁵⁰ OECD's *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, 2017, s. 10.

¹⁵¹ Action 3: 2015 Final Report.

¹⁵² Action 3: 2015 Final Report.

¹⁵³ OECD's *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, 2017, s. 9.

opererer på et nationalt plan.¹⁵⁴ Det kan ydermere være medvirkende til at underminere den frivillige overholdelse fra alle andre skatteydere, når de ser multinationale selskaber, der lovligt undgår indkomstskat.

BEPS-projektets formål er således, at bekæmpe BEPS ved at lukke de ”huller” i både national og international skatteret, som muliggør skatteunddragelse samt skatteudnyttelse. Ydermere er der fokus på at undgå såkaldt dobbelt ikke-beskatning, hvor en multinational koncern eksempelvis udnytter forskelle mellem forskellige landes skattesystemer, og derved undgår beskatning af en indtægt. Resultatet af projektet består af en række forskellige tiltag – eksempelvis konkrete anbefalinger til ændring af nationale skatteregler om blandt andet CFC-beskatning.

Fokus ligger på de multinationale koncerner og indeholder en række tiltag, som skal udmønte sig i ændringer og forbedringer i såvel OECD’s modeloverenskomst, konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster og landenes interne skatteregler.¹⁵⁵ Nærværende afhandling vil imidlertid beskæftige sig med tiltaget vedrørende styrkelse af CFC-regler.

Der er tale om såkaldt ”soft law”¹⁵⁶ hvad angår de forskellige tiltag med blandt andet konkrete anbefalinger til ændring af nationale skatteregler om f.eks. CFC-beskatning. BEPS-projektet indeholder i sine *Action Points* en række minimumsstandarder¹⁵⁷; hvilket drejer sig om såkaldt *treaty shopping*¹⁵⁸, informationsdeling¹⁵⁹, løsning af internationale dobbeltbeskatningskonflikter¹⁶⁰ og skadelig skattekonkurrence¹⁶¹. Nærværende afhandling tager imidlertid udgangspunkt i BEPS Action 3, da denne netop omhandler styrkelsen af CFC-reglerne, hvorfor der ikke vil blive fokuseret på de resterende Actions Points grundet afhandlingens omfang og fokusområde.

¹⁵⁴ OECD’s *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, 2017, s. 9.

¹⁵⁵ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 281.

¹⁵⁶ Betegnelse for anbefalinger, deklamationer, resolutioner mv., som nok er udtryk for et stort antal landes retsopfattelse, men som ikke kan anses for bindende, typisk fordi hjemmel savnes, jf. von Eyben, Bo, *Juridisk ordbog*, 13. udgave, 1. oplag.

¹⁵⁷ OECD’s *Background Brief – Inclusive Framework on BEPS*, 2017, s. 20.

¹⁵⁸ Det vil sige misbrug af DBO’erne. Er at finde i BEPS Action 6.

¹⁵⁹ Country-by-country (CbC), automatisk udveksling af rapporter i BEPS Action 13.

¹⁶⁰ BEPS Action 14.

¹⁶¹ BEPS Action 5.

3.3. BEPS Action 3

CFC-regler er ikke et nyt fænomen – hverken i den internationale skatteret eller den danske skatteret. Der er dog nogle lande, som ikke har CFC-regler, mens andre lande har regler, som ikke altid modvirker BEPS-situationer på en dækkende måde.

OECD's "*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules – Action 3: 2015 Final Report*" om styrkelse af CFC-selskaber, der blev udgivet den 5. oktober 2015 under Action Point 3 i det samlede BEPS-projekt, og indeholder anbefalinger i form af såkaldte *building blocks* hvilket giver landene mulighed for at designe effektive CFC-regler. Denne *Action 3: 2015 Final Report* angiver dog, at anbefalingerne ikke er minimumsstandarder, men er designet til at sikre, at landenes jurisdiktioner, der vælger at gennemføre dem, vil have regler, der effektivt forhindrer BEPS-situationer.

Det står landenes jurisdiktioner frit for at gennemføre disse som en ny ordning, ændre eksisterende eller helt lade være med at gennemføre disse under hensyntagen til deres skattepolitiske mål. Rapporten opstiller følgende seks hovedpunkter for at designe effektive CFC-regler, der kort vil blive redegjort i det efterfølgende.

3.3.1. Rules for defining a CFC

CFC-reglerne finder almindeligvis anvendelse for udenlandske virksomheder, som kontrolleres af aktionærer i moderselskabets jurisdiktion. Rapporten indeholder blandt andet anbefalinger til, hvordan det afgøres, hvornår der er tilstrækkelig indflydelse på et udenlandsk datterselskab for at dette selskab anses for værende et CFC-selskab.

Rapporten opstiller to anbefalinger til at definere et CFC-selskab. For det første anbefales det, at vedtage en bred definition, således at CFC-reglerne vil gælde både for selskaber og visse transparente enheder og faste driftsteder, og også omfatte en hybrid-mismatch-regel, der skal forhindre enheder i at omgå CFC-reglerne gennem forskellig behandling i forskellige jurisdiktioner.¹⁶² For det andet at omfatte såvel en *legal*- samt en *economic control test*, således at resultatet af begge tests resulterer i en fastlæggelse af kontrol. Vedrørende definitionen af kontrol fokuserer rapporten på to elementer. For det første hvilken type af kontrol som er påkrævet og derefter niveauet af denne kontrol. OECD bemærker, at lande kan supplere dette med en såkaldt *de facto* kontroltest, der skal sikre, at netop disse *legal* og *economic* kontroltests ikke omgås.

¹⁶² Action 3: 2015 Final Report, s. 21.

Denne *legal* kontroltest kigger generelt på en hjemmehørende beholdning af aktiekapital for at bestemme procentdelen af stemmerettighederne i et datterselskab.¹⁶³ *Legal* kontroltest er en forholdsvis mekanisk test, som er let at benytte for både skattemyndighederne og skatteyderne, og afspejler det faktum, at en tilstrækkelig grad af stemmerettigheder skal gøre det muligt for de hjemmehørende, at vælge bestyrelsen eller et tilsvarende organ med ansvar for udenlandske enheders anliggender, og derved sikre, at et CFC-selskab fungerer i overensstemmelse med deres instruktioner.¹⁶⁴ Dette synes at have nær relation til den danske pendant i SEL § 32, stk. 6, jf. SEL § 31 C.

Economic control fokuserer på rettigheder til overskuddet samt kapital og aktiver i et selskab under visse omstændigheder såsom opløsning eller likvidation.¹⁶⁵ En sådan test anerkender, at en person eller selskab kan kontrollere en enhed gennem en ret til virksomhedens underliggende værdi, selv hvor denne ikke ejer hovedparter af aktierne. Denne ret kan skyldes rettigheder til proventet i tilfælde af bortskaffelse af virksomhedens aktiekapital eller virksomhedens aktiver ved en afvikling. *Economic* kontrol er ligeledes en forholdsvis mekanisk test, som fokuserer på fakta, der kan vurderes objektivt.¹⁶⁶ Denne kontroltest synes særligt interessant for afhandlingen, da en sådan ikke fremgår af den danske CFC-lovgivning, hvilket vil blive behandlet nærmere i afsnit 6.3.

Som kort nævnt ovenfor kan landene supplere disse tests med såkaldt *de facto control*, der fokuserer på faktorer såsom at fastlægge, hvor et selskab er hjemmehørende og hvor beskatningen dermed skal ske. Landene kan eksempelvis kigge på hvem, der træffer de øverste beslutninger vedrørende det udenlandske selskabs anliggender eller som har mulighed for at styre eller påvirke de daglige aktiviteter. Rapporten nævner ydermere, at en anden tilgang kan være at fokusere på særlige kontraktmæssige forbindelser med CFC-selskabet, der gør det muligt for skatteyderne at udøve en bestemmende indflydelse på det.¹⁶⁷ En *de facto* kontroltest fungerer dog generelt som et værn mod at andre kontroltests bliver omgået.

¹⁶³ Action 3: 2015 Final Report, s. 24.

¹⁶⁴ Action 3: 2015 Final Report, s. 24.

¹⁶⁵ Action 3: 2015 Final Report, s. 24.

¹⁶⁶ Action 3: 2015 Final Report, s. 24.

¹⁶⁷ Action 3: 2015 Final Report, s. 24.

Vedrørende kontrolniveauet anbefaler OECD, at behandle et CFC-selskab som værende kontrolleret, når en hjemmehørende – herunder selskaber og enkeltpersoner – som minimum har mere end 50 % af kontrollen. Når et CFC-regime har fastslået, hvad der giver kontrol, er næste spørgsmål, hvor ”meget kontrol” som er nok til, at CFC-reglerne finder anvendelse. Hvis målet er at fange samtlige situationer, hvor den kontrollerende part har evnen til at flytte overskud til et udenlandsk selskab, så skal CFC-reglerne som minimum ”fange” situationer, hvor hjemmehørende skatteydere har mere end 50 % *legal* eller *economic* interesse i den udenlandske enhed.¹⁶⁸

Slutteligt anbefaler Rapporten, at CFC-reglerne bør gælde, hvor der er både direkte og indirekte kontrol.

3.3.2. CFC exemptions and threshold requirements

Rapporten adresserer CFC-undtagelser og krav til tærskelværdier til omfanget af CFC-reglerne ved anbefaling af en skattefritagelsessats, som vil tillade virksomheder, der er underlagt en effektiv skatteprocent, der i tilstrækkelig grad svarer til den skattesats, som anvendes i moderselskabets jurisdiktion, til ikke at være underlagt CFC-beskatning.¹⁶⁹ CFC-undtagelser og tærskelværdier kan bruges til at begrænse omfanget af CFC-reglerne ved at udelukke enheder, som sandsynligvis kun vil udgøre en lille risiko for BEPS, og i stedet sætte fokus på tilfælde, der har højere risiko, da de udviser nogle kendetegn eller en adfærd, der betyder, at der er en større chance for *profit shifting*.¹⁷⁰ Disse bestemmelser kan bidrage til at gøre CFC-reglerne mere målrettede og effektive, samt reducere det samlede niveau af administrative byrder ved at sikre, at visse virksomheder ikke berøres af reglerne.

OECD opstiller i BEPS-rapporten tre forskellige typer af CFC-undtagelser og tærskelværdier, der blev overvejet af de involverede lande.¹⁷¹ Heraf følger det, at der er tale om et *de minimis*-beløb under hvilket CFC-reglerne ikke finder anvendelse. Generelt giver lande en fritagelse, hvor virksomhedernes indkomst enten er mindre end en vis procentdel af CFC-selskabets indkomst eller mindre end et fast beløb af CFC-selskabets indkomst, eller hvor det skattepligtige overskud er mindre end en fastsat indkomst. En måde hvorpå disse *de minimis*-værdier kan omgås er gennem spaltning,

¹⁶⁸ Action 3: 2015 Final Report, s. 25.

¹⁶⁹ Action 3: 2015 Final Report, s. 33.

¹⁷⁰ Action 3: 2015 Final Report, s. 33.

¹⁷¹ Action 3: 2015 Final Report, s. 33 ff.

hvor virksomheden splitter deres indkomst blandt flere datterselskaber, som derved hver er under grænseværdien.¹⁷²

Det følger ydermere, at en anden type af CFC-undtagelserne fokuserer CFC-reglerne på situationer, hvor formålet eller motivet bag er at undgå beskatning. Sådanne *anti-avoidance* tærskelværdier bør imidlertid ikke være nødvendige såfremt reglerne, der definerer indkomsten er korrekt målrettet.¹⁷³ Derfor er OECD i Action 3-rapporten ikke gået videre med denne betragtning i deres *Final Report*, men nævner dog, at dette ikke medfører, at et *anti-avoidance* krav aldrig kan spille en rolle i CFC-regler, som altså tackler *base erosion* og *profit shifting*.

De fleste CFC-regler omfatter en skattefritagelse, der udelukker CFC-selskaber, som er underlagt en skatteprocent over et bestemt niveau.¹⁷⁴ Denne tilgang betyder, at reglerne kun gælder for selskaber, der drager fordel af lave udenlandske skatter, og dermed udgør den største risiko for netop *profit shifting*.

Der er forskellige måder for jurisdiktionerne til at afgøre, hvornår et CFC-selskab har betalt en lav skatteprocent. Eksempelvis kan jurisdiktionerne anvende en sortliste eller en hvidliste til at forenkle processen. En sådan liste eliminerer generelt nødvendigheden af en *case-by-case* analyse af et CFC-selskabs skatteprocent, og er en måde at kommunikere, hvorvidt jurisdiktioner anvender et lavere skatteniveau. Derudover kan brugen af sortlister eller hvidlister gøre det lettere for skattemyndighederne at bestemme, hvornår CFC-reglerne finder anvendelse, og hvornår de ikke finder anvendelse, samt at skatteyderne let kan se, hvorvidt de vil blive underlagt CFC-reglerne.¹⁷⁵ Rapporten anbefaler altså brugen af en hvidliste, og nævner blandt andet, at UK har en sådan hvidliste, der udelukker CFC-selskaber, der er i de jurisdiktioner, som fremgår af listen, og som er tilstrækkelig ens i form af beskatningsgrundlaget og skattesatsen.¹⁷⁶

3.3.3. Definition of CFC income

Rapporten skitserer flere tilgange til at definere CFC-indkomst, der rejser BEPS-bekymringer; blandt andet indkomst optjent af CFC-selskaber, som er holdingselskaber, indkomst optjent af CFC-selskaber, der yder finansielle ydelser og bankydelser, og

¹⁷² Action 3: 2015 Final Report, s. 34.

¹⁷³ Action 3: 2015 Final Report, s. 36.

¹⁷⁴ Action 3: 2015 Final Report, s. 36.

¹⁷⁵ Action 3: 2015 Final Report, s. 36.

¹⁷⁶ Action 3: 2015 Final Report, s. 37.

indtægter fra digitale varer samt tjenester mv.¹⁷⁷ Rapporten anbefaler dog, at CFC-reglerne inkluderer:

”[...]income that ensures that income that raises BEPS concerns is attributed to controlling shareholders in the parent jurisdiction.”¹⁷⁸

Derved anbefales det, at CFC-reglerne indeholder en definition af indkomst, der sikrer at indkomst, der rejser BEPS-bekymringer, tilskrives de kontrollerende aktionærer i moderselskabets jurisdiktion.

Rapporten anerkender behovet for fleksibilitet til sikring af, at landene kan designe CFC-regler, der er i overensstemmelse med deres nationale politikker og angiver, at lande frit kan vælge deres regler for at definere CFC-indkomst.¹⁷⁹

Visse eksisterende CFC-regler anvender generelt en analyse, der fordeler indkomst i kategorier, og karakteriserer indkomst forskelligt alt efter hvorledes den kategoriseres. De forskellige jurisdiktioner definerer kategorier forskelligt afhængigt af, hvilke faktorer eller indikatorer de finder mest relevante. Ved brug af eksempelvis *legal classification* er der fokus på blandt andet udbytte, renter og royalties mv. De jurisdiktioner, der anvender denne kategoriske tilgang, adskiller sådanne indkomstkategorier ud, da de er mere tilbøjelige til at være ”geografisk mobile”, hvorfor de kan rejse BEPS-bekymringer, som CFC-reglerne har til formål at løse.¹⁸⁰ Det kan ligeledes give anledning til bekymringer, når indkomsten er optjent af nærtstående parter, da denne indkomst synes lettere at overføre mellem parterne.

Ydermere er der eksisterende CFC-regler, der kategoriserer indkomst efter hvor denne er optjent. Princippet bag dette er at indtægter, som optjenes på aktiviteter gennemført i CFC-jurisdiktionen er mindre tilbøjelige til at rejse BEPS-bekymringer, hvorimod indtægter, der er optjent fra en anden jurisdiktion, anses for værende mere tilbøjelige til at rejse sådanne bekymringer.¹⁸¹

Rapporten foreslår ydermere en såkaldt *substance analysis*, der grundlæggende ser på, hvorvidt CFC-selskabet har evnen til selv at tjene indkomsten. En af fordelene ved

¹⁷⁷ Action 3: 2015 Final Report, s. 43.

¹⁷⁸ Direkte citeret fra Action 3: 2015 Final Report, s. 43.

¹⁷⁹ Action 3: 2015 Final Report, s. 43.

¹⁸⁰ Action 3: 2015 Final Report, s. 44.

¹⁸¹ Action 3: 2015 Final Report, s. 46.

netop denne analyse er, at det er mere sandsynligt, at de derved overholder EU-lovgivningen, da det kun vil tillade CFC-regler at tilskrive indkomst, der ikke stammer fra virkelige økonomiske aktiviteter. En anden tilgang til at definere CFC-indkomst, der ligeledes er beskrevet i BEPS-rapporten, er en analyse af overskydende fortjeneste, hvor der vil blive beregnet et ”normalt afkast” i CFC-selskabet. Enhver fortjeneste, der overstiger dette ”normale afkast”, vil derefter blive behandlet som CFC-indkomst.

3.3.4. Rules for computing income

Rapporten behandler beregningen af et CFC-selskabs indkomst, og giver anbefalinger vedrørende hvilket lands regler, som skal gælde, og hvorledes der er behov for specifikke regler for beregningen af CFC-indkomst. Rapporten anbefaler i denne forbindelse, at benytte reglerne i moderselskabets jurisdiktion til udregning af et CFC-selskabs indkomst. Rapporten anbefaler dernæst, at jurisdiktionerne bør have en specifik regel, der begrænser udligningen af CFC-tab, således at de kun kan anvendes mod overskuddet i samme CFC-selskab eller mod overskuddet fra andre CFC-selskaber i samme jurisdiktion.¹⁸²

3.3.5. Rules for attributing income

Når mængden af CFC-indkomsten er beregnet og opgjort, skal det bestemmes, hvordan man tilskriver denne indkomst i CFC-selskabet.¹⁸³

Tilskrivning af indkomsten kan, jf. BEPS-rapporten, opdeles i fem trin: 1) Afgøre hvilke skatteydere, der skal have indkomst tilskrevet dem, 2) afgøre hvor meget indkomst, der skal tilskrives, 3) bestemme hvornår indkomsten skal indgå i den afgiftspligtige indkomst, 4) bestemme hvordan indkomsten skal behandles, og 5) fastlægge hvilken skatteprocent, der skal gælde for indkomsten.¹⁸⁴

Rapporten anbefaler, at binde tærsklen for tilskrivninger til en minimumsgrænse, men bemærker dog, at landene frit kan vælge tærskler afhængigt af politiske overvejelser, der ligger til grund for deres CFC-regler.

Rapporten anbefaler, at beregne indkomstbeløbet til hver aktionær ved henvisning til aktionærens ejerskabsandel i CFC-selskabet, og perioden for dette ejerskab eller indflydelse.¹⁸⁵ Ydermere anbefaler rapporten, at landene bestemmer hvornår indtægter

¹⁸² BEPS Action 3: 2015 Final Report, s. 57.

¹⁸³ BEPS Action 3: 2015 Final Report, s. 61.

¹⁸⁴ BEPS Action 3: 2015 Final Report, s. 61.

¹⁸⁵ Action 3: 2015 Final Report, s. 61.

bør blive inkluderet, og hvorledes dette skal behandles, så deres CFC-regler fungerer på en sådan måde, at det er i overensstemmelse med deres nationale lovgivning.¹⁸⁶ Slutteligt anbefaler rapporten, at CFC-reglerne bør anvende skatteprocenten for moderselskabets jurisdiktion til indkomsten.

3.3.6. Rules to prevent or eliminate double taxation

Rapporten fokuserer på tre situationer, hvor dobbeltbeskatning kan opstå.¹⁸⁷ For det første fokuseres på situationer, hvor den tilskrevne CFC-indkomst også er genstand for udenlandske selskabsskatter. Dernæst fokuseres på situationer, hvor CFC-reglerne i mere end én jurisdiktion gælder for samme CFC-indkomst. Slutteligt fokuseres der på situationer hvor et CFC-selskab faktisk udlodder udbytte af indkomst, der allerede er tilskrevet dets hjemmehørende aktionærer under CFC-reglerne, eller en derboende aktionær afhænder aktierne i CFC-selskabet.

Rapporten fastslår, at CFC-reglerne bør udformes for at sikre, at disse og andre situationer ikke fører til dobbeltbeskatning.

Rapporten anbefaler vedrørende de første to situationer, at lande tillader en *lempelse* for faktisk betalte udenlandske skatter, herunder CFC-skat på mellemliggende selskaber. Hvad angår den tredje situation, anbefaler Rapporten, at fritage udbytte og gevinster på afhændelse af aktier, hvis indkomsten for CFC-selskabet tidligere har været genstand for CFC-beskatning.¹⁸⁸ Den nøjagtige behandling af udbytte og gevinster er overladt til landene selv at bestemme, således at behandlingen er i overensstemmelse med dets nationale lovgivning.

3.4. Afrunding

Hvert land prioriterer politiske målsætninger forskelligt; derfor giver disse ovenforstående *building blocks* fleksibilitet til at gennemføre CFC-reglerne, der bekæmper BEPS på en måde, der er i overensstemmelse med de politiske målsætninger i det samlede skattesystem og de internationale juridiske forpligtelser i det pågældende land.

Rapporten erkender netop, at anbefalingerne skal være tilstrækkeligt fleksible til at overholde EU-retten, og opstiller muligheder for at designe regler, der kan blive gennemført af EU-medlemsstater.

¹⁸⁶ Action 3: 2015 Final Report, s. 61-63.

¹⁸⁷ Action 3: 2015 Final Report, s. 65.

¹⁸⁸ Action 3: 2015 Final Report, s. 65.

Når de først er implementeret, skal disse *building blocks* sikre, at landene vil have effektive CFC-regler, der adresserer bekymringerne vedrørende BEPS.

Kapitel 4 – Anti-Tax Avoidance Directive (RHR)

4.1. Introduktion til kapitlet

Der vil i nærværende afsnit først blive redegjort for direktivforslaget, for derefter at redegøre for det endelige ATA-direktiv. Dette gøres for at give en bedre forståelse for selve processen bag, samt begrundelserne for at ATA-direktivet er endt ud som det er.

Baggrunden for at inddrage direktivforslaget er, at der er sket ændringer ved tilblivelsen af det endelige ATA-direktiv – derfor synes det nærliggende, at redegøre for forslaget og derefter det endelige direktiv, da forskellene derved vil komme til udtryk.

4.2. Europa-Kommissionens forslag til ATA-direktivet af 28. januar 2016

Den 28. januar 2016 offentliggjorde Europa-Kommissionen¹⁸⁹ (herefter Kommissionen) sine forslag til Rådets¹⁹⁰ direktiv *om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsområde*, der blandt andet omfatter forslag til ATA-direktivet. Dette forslag til ATA-direktivet indeholder juridisk bindende bekæmpelse af skatteundragelsesforanstaltninger, som alle medlemsstater skal gennemføre for at lukke store områder af aggressiv skatteplanlægning. Det overordnede mål er at sikre at virksomheder, der nyder godt af det indre marked og genererer overskud derigennem, skal betale skat af fortjenesten i EU; netop hvor aktiviteten finder sted og indkomsten genereres. Kommissionen foreslår, at der via ATA-direktivforslaget fastsættes et bindende minimum for værneregler på seks udvalgte områder: Fradrag for rentebetalinger, regler om exitbeskatning, regler om en *switch-over-klausul*, en generel anti-misbrugs-regel, bidrag til CFC-regler samt regler til værn mod hybride enheder og instrumenter.

Disse regler skal skabe lige vilkår for minimumsbeskyttelse for alle medlemsstaternes selskabsskattesystemer. I den forbindelse er det hensigten, at ATA-direktivforslaget bør omfatte principbaserede regler, som overlader detaljerne vedrørende implementeringen

¹⁸⁹ Kommissionens rolle er, at fremme EU's overordnede interesser ved at stille forslag om og håndhæve lovgivning og gennemføre politikker og EU's budget.

¹⁹⁰ Det Europæiske Råds rolle er, at definere EU's generelle politiske linjer og prioriteter.

til medlemsstaterne, da disse synes bedst i stand til at forme de præcise elementer i reglerne på en sådan måde, der passer bedst til deres selskabsskattesystemer.¹⁹¹

Denne fremsatte pakke er en udløber af den fempunktsplan, som Kommissionen offentliggjorde i juni 2015.¹⁹² Udover forslaget til ATA-direktivet indbefatter pakken også en henstilling angående styrkelsen af DBO'er mod aggressiv skatteplanlægning, et forslag til et direktiv om land-for-land rapportering og en udtalelse om en ekstern strategi for effektiv beskatning. Nærværende afhandling vil imidlertid fokusere på reglerne om beskatning af CFC-selskaber, og vil i den forbindelse ikke komme nærmere ind på disse yderligere tiltag.

Kommissionen mener, at en ensidig aktion fra medlemsstaterne ikke vil løse problemerne med aggressiv skatteplanlægning tilstrækkeligt. Mere specifikt frygter Kommissionen, at en ensidig og divergerende gennemførelse af BEPS-initiativets foranstaltninger af hver medlemsstat kan fragmentere det indre marked ved at skabe politiske konflikter, forvridninger samt skattemæssige hindringer for virksomheder – og samtidig skabe nye ”huller” og uoverensstemmelser, der kan udnyttes af virksomheder, der søger at undgå beskatning.¹⁹³

ATA-direktivforslaget har forbindelse til både BEPS-projektet og direktivforslaget fra 2011 om en *common consolidated corporate tax base* (CCCTB). Hvad angår BEPS-projektet er det her formålet, at ATA-direktivet skal sikre en koordineret tilgang til medlemslandenes implementering af en række af BEPS-projektets anbefalinger under nødvendig hensyntagen til EU-retten.¹⁹⁴ Sagt på en anden måde er ATA-direktivets fundament bygget på anbefalingerne fra OECD's BEPS-projekt.

Det fremgår af forslaget til ATA-direktivets art. 3, at:

¹⁹¹ Peter Koerver Schmidt, 2016, s. 91.

¹⁹² Jf. COM(2015) 302 final.

¹⁹³ Direktivforslaget, s. 3-4.

¹⁹⁴ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive, s. 151.

”Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af nationale eller overenskomstbaserede bestemmelser, der har til formål at sikre et højere beskyttelsesniveau for nationale selskabsskattegrundlag.”¹⁹⁵

Det slås derved fast, at ATA-direktivforslaget er et såkaldt minimumsdirektiv. På den baggrund kan medlemsstaterne vælge at indføre eller bibeholde skrappe regler set i forhold til direktivet. Omvendt må medlemsstaterne ikke anvende mere lempelige regler, end de i direktivet foreskrevne.

4.2.1. Anvendelsesområde

Det forhold at ATA-direktivforslaget ikke foreskriver fuld harmonisering, men kun et minimumsniveau for beskyttelse af medlemsstaternes selskabsskattebaser, indebærer ifølge Kommissionen, at proportionalitetsprincippet overholdes. Derved går ATA-direktivforslaget ikke videre, end hvad der er nødvendigt for at nå dets formål.¹⁹⁶ Kommissionen finder ydermere, at subsidiaritetsprincippet også er overholdt, da imødegåelse af grænseoverskridende skatteundgåelse inden for EU ikke i tilfredsstillende grad kan opnås via medlemsstaternes individuelle og ukoordinerede bestræbelser.¹⁹⁷

Kommissionens betragtninger ovenfor forekommer valide, om end det må bemærkes, at minimumsregulering selvsagt ikke kan sikre fuld ensartethed og koordination af medlemsstaternes værnsregler. Derved kan der fortsat forekomme uhensigtsmæssigheder i samspillet mellem de enkelte medlemsstaters værnsregler.¹⁹⁸

Anvendelsesområdet vurderes dermed som værende ganske bredt, hvorfor det ikke kan udelukkes, at der kan opstå afgrænsningsvanskeligheder i medlemslandene, medmindre det vælges at opføre de omfattede enheder i et bilag, hvilket blandt andet ses i moder-/datterselskabsdirektivet.

4.2.2. ATA-direktivforslagets CFC-regler

Reglerne om beskatning af CFC-selskaber findes i forslaget til ATA-direktivets art. 8 og 9. Betingelserne for CFC-beskatning og anvendelsesområdet findes i art. 8, hvor det i art. 9 angives, hvorledes indkomsten til CFC-beskatning skal opgøres.

¹⁹⁵ Direktivforslaget, s. 17.

¹⁹⁶ Direktivforslaget, s. 5.

¹⁹⁷ Direktivforslaget, s. 4.

¹⁹⁸ *Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt*, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive, s. 154.

CFC-reglerne finder således anvendelse, såfremt følgende tre betingelser *alle* er opfyldt:¹⁹⁹

1. *Et skattesubjekts skattegrundlag omfatter en enheds ikke-udloddede indkomst, når følgende betingelser er opfyldt:*
 - a. *Skattesubjektet har selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber, som defineret i det gældende selskabsskattesystem, direkte eller indirekte råderet over mere end 50 % af stemmerettighederne eller ejer mere end 50 % af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 % af fortjenesten i denne enhed.*²⁰⁰
 - b. *Under den almindelige ordning i enhedens land er fortjeneste underlagt en effektiv selskabsskattesats, der er mere end 40 % lavere end den effektive sats, der ville være blevet anvendt i det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat.*
 - c. *Mere end 50 % af den indkomst, der tilfalder enheden, falder ind under en af følgende kategorier:*
 - i. *Renter eller anden indkomst fra finansielle aktiver*
 - ii. *Royalties eller anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder eller emissionstilladelser*
 - iii. *Dividende og indkomst fra afhændelse af andele*
 - iv. *Indkomst fra finansiell leasing*
 - v. *Indkomst fra fast ejendom, medmindre skattesubjektets medlemsstat ikke ville have haft ret til at beskatte indkomsten efter en overenskomst indgået med et tredjeland*
 - vi. *Indkomst fra forsikrings- og bankvirksomhed samt anden finansiell virksomhed*
 - vii. *Indkomst fra levering af tjenester til skattesubjektet eller dets tilknyttede selskaber.*

Første betingelse er altså en kontrolbetingelse, der indebærer, at skatteyderen alene eller sammen med koncernforbundne foretagender direkte eller indirekte skal have andel på

¹⁹⁹ Jf. *Direktivforslagets* art. 8, stk. 1, litra a-c.

²⁰⁰ Der gælder en særlig undtagelse for enheder, hvis aktier jævnligen handles på en eller flere anerkendte børser, jf. *Direktivforslagets* art. 8, stk. 1, litra d.

mere end 50 % af stemmerettighederne, skal eje mere end 50 % af kapitalen, eller være berettiget til at modtage mere end 50 % af fortjenesten i den pågældende enhed.

Såfremt det generelle skatteregime i det land, hvor enheden er hjemmehørende, undergiver indkomsten en effektiv beskatning, som er lavere end 40 % af den effektive skattesats, der ville være blevet pålagt ved selskabsbeskatning i skatteyderens medlemsstat, så er lavskattebetingelsen opfyldt i ATA-direktivforslagets art. 8, stk. 1, litra b.²⁰¹

Indkomstbetingelsen i ATA-direktivforslagets art. 8, stk. 1, litra c, indebærer, at mere end 50 % af indkomsten i den udenlandske enhed skal bestå af de deri nævnte typer af indkomst. Denne betingelse finder kun anvendelse for finansielle virksomheder²⁰², såfremt mere end 50 % af enhedens indkomst af forannævnte typer i direktivforslagets art. 8, stk. 1, litra c, hidrører fra transaktioner med skatteyderen eller koncernforbundne selskaber. Er enheden skattemæssigt hjemmehørende inden for EU/EØS, eller at der er tale om et fast driftssted i en medlemsstat af en enhed i et tredjeland, finder CFC-reglerne ikke anvendelse – undtagen hvis etableringen af enheden er decideret kunstig, eller hvor enheden indgår i ikke-reelle arrangementer, som i hovedsagen er iværksat med henblik på opnåelse af en skattefordel.²⁰³ Det er ydermere klarificeret, at et arrangement eller en serie af arrangementer betragtes som ikke-reelle, i det omfang enheden ikke ville eje aktiverne eller ikke ville have påtaget sig den risiko, som genererer alle eller dele af dens indkomst, såfremt den ikke havde været kontrolleret af et selskab, hvor de ledelsesbeslutninger, der vedrører disse aktiver og risici, foretages og er medvirkende til skabelsen af den kontrollerede enheds indkomst, jf. direktivforslagets art. 8, stk. 2.²⁰⁴

CFC-bestemmelsen er forsøgt formuleret i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis på misbrugsområdet, hvor især sag C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, har haft stor betydning. I denne sag slog EU-Domstolen fast at CFC-lovgivning, som kun finder anvendelse på udenlandske datterselskaber, udgør en hindring for den fri etableringsret.

²⁰¹ *Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt*, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive, s. 158.

²⁰² Begrebet finansiell virksomhed/selskab er defineret i direktivforslagets art. 2, stk. 4, litra a-h.

²⁰³ *Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt*, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive, s. 158.

²⁰⁴ Direktivforslaget, s. 21.

En sådan hindring kan begrundes i hensynet til netop bekæmpelse af misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten, men foranstaltningen vil kun være proportional, såfremt CFC-beskatning er udelukket, når oprettelsen af datterselskabet svarer til en økonomisk realitet; hvilket altså vil sige ikke udgør et rent kunstigt arrangement.²⁰⁵ *Cadbury Schweppes*-sagen vil blive yderligere uddybet i de efterfølgende kapitler.

Såfremt betingelserne i ovenfor nævnte direktivforslag for CFC-beskatning er opfyldt, skal skatteyderen inkludere CFC-selskabets ikke-udloddede indkomst i den skattepligtige indkomst. Det følger af ATA-direktivforslagets art. 9, at den indkomst der skal medregnes, skal opgøres efter selskabsskattereglerne i den medlemsstat, hvor skatteyderen er hjemmehørende – samt at et eventuelt underskud i datterselskabet *ikke* medregnes, men skal fremføres til senere modregning, jf. direktivforslagets art. 9, stk. 1.²⁰⁶ Det fastlås desuden, at indkomsten til modregning opgøres ud fra, hvor stor en andel af fortjenesten i CFC-selskabet skatteyderen er berettiget til, jf. direktivforslagets art. 9, stk. 2.²⁰⁷ Det fremgår derudover, jf. direktivforslagets art. 9, stk. 3, at indkomsten medregnes i det skatteår, hvor enhedens skatteår ophører.

Udlodder CFC-selskabet udbytte, skal indkomsten, der tidligere har været undergivet CFC-beskatning, altså fragå den skattepligtige indkomst, når skatten af det modtagne udbytte opgøres, jf. direktivforslagets art. 9, stk. 4. Det samme følger af art. 9, stk. 5 vedrørende afståelse af aktier i CFC-selskabet – i begge tilfælde er det hensigten nemlig at undgå dobbeltbeskatning.

4.3. Rådets endelige ATA-direktiv af 12. juli 2016²⁰⁸

Forhandlingerne forud for vedtagelsen af ATA-direktivet har været vanskelige, og udformningen af dette endelige ATA-direktiv bærer således præg af at være et kompromis. Der var størst uenighed vedrørende *switch-over-klausulen*, der helt er blevet taget ud af ATA-direktivet samt om CFC-reglerne i direktivforslagets art. 8 og 9,

²⁰⁵ *Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt*, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive, s. 158.

²⁰⁶ Jf. *Direktivforslagets* art. 9, stk. 1, 2. pkt.

²⁰⁷ *Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt*, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive, s. 159.

²⁰⁸ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016.

som undergik en række væsentlige ændringer.²⁰⁹ Kritikken vedrørende denne *switch-over-klausul* omhandlede blandt andet, at ATA-direktivet ikke burde gå videre end det, der følger af OECD's BEPS-projekt, som netop ikke indeholder en anbefaling af *switch-over-klausuler*. Det bliver derudover ligeledes kritiseret, at EU-baserede koncerner grundet denne *switch-over-klausul* ville blive stillet dårligere konkurrencemæssigt, når de etablerer sig uden for EU, da EU giver disse en højere skattesats på sådanne aktiviteter.²¹⁰

Hovedformålet er fortsat en imødegåelse af visse typer af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse, som negativt påvirker det indre marked, ved at sikre, at selskaber kommer til at betale skat dér, hvor indkomsten genereres. Ligeledes er det endelige ATA-direktiv fortsat et udtryk for minimumsregulering, hvorfor direktivet altså ikke forhindrer anvendelsen af nationale eller aftalebaserede regler, hvis hensigt er, at sikre en højere grad af beskyttelse af de nationale skattebaser, hvilket følger direkte af ATA-direktivets art. 3.

4.3.1. ATA-direktivets CFC-regler

Udformningen af de endelige regler var genstand for stor diskussion i tilblivelsesfasen, hvilket resulterede i et kompromis, som indeholder to forskellige modeller for selve medregningen af indkomst fra CFC-selskabet.²¹¹

Direktivforslagets art. 8, stk. 1, litra c, er herefter i det endelige ATA-direktiv art. 7, stk. 2, litra a, og svarer nogenlunde til Kommissionens direktivforslag med enkelte ændringer.²¹² Derudover ses direktivforslagets art. 8, stk. 1, litra d, at være blevet fjernet i det endelige ATA-direktiv.

Desuden ses direktivforslagets art. 8, stk. 2, at være ændret til i det endelige direktiv, at have art. 7, stk. 2, litra b's ordlyd.

²⁰⁹ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.383, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værneregler og flere tvister i vente i EU, s. 383.

²¹⁰ Peter Koerver Schmidt, SU.2017.83.

²¹¹ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.383, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værneregler og flere tvister i vente i EU, s. 386.

²¹² Art 8, stk. 1, litra c, nr. ii) indeholdelse af emissionstilladelser og nr. v) i samme litra er fjernet i det endelige ATA-direktiv. Det endelige ATA-direktivs art. 7, stk. 1, litra b, nr. vi) er ændret fra direktivforslagets art. 8, stk. 1, litra c, nr. vii) således at ”indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra salg og tjenesteydelser på varer og tjenesteydelser, der købes og sælges til tilknyttede selskaber, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi” er den endelige ordlyd.

På baggrund af at man valgte at fjerne *switch-over-klausulen* i direktivforslagets art. 6, er CFC-reglerne i det endelige ATA-direktiv flyttet til art. 7 og art. 8. Disse CFC-regler finder kun anvendelse, såfremt begge betingelser nedenfor opfyldes, jf. art. 7, stk. 1, litra a-b:

1. *Et skattesubjekts medlemsstat behandler en enhed eller et fast driftssted, hvis overskud ikke er skattepligtigt eller er skattefritaget i den pågældende medlemsstat, som et kontrolleret udenlandsk selskab, hvis følgende betingelser er opfyldt:*
 - a. *Skattesubjektet har, hvis der er tale om enhed, selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber en direkte eller indirekte interesse på mere end 50 % af stemmerettighederne eller ejer direkte eller indirekte mere end 50 % af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet i denne enhed, og*
 - b. *Den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud, er lavere end forskellen mellem den selskabsskat, der ville være blevet pålagt enheden eller det faste driftssted i henhold til det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat, og den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud.*

Opfyldes disse to ovenstående betingelser, skal moderselskabet medregne indkomst efter enten model A eller B, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, og art. 7, stk. 2, litra b. Disse modeller fremgår af de nedenstående afsnit 4.3.2. og 4.3.3.

Det ses ud fra ovenstående, at litra b, har ændret sin ordlyd fra direktivforslaget til det endelige ATA-direktiv. Den endelige teksts betydning fremgår ikke klart. Den er dog forsøgt simplificeret, og derved gjort lettere forståelig ved et tænkt eksempel, der følger straks nedenfor.

4.3.1.1. Eksempel

Moderselskabet ligger i Stat X, hvor der er en selskabsskat på 25 %. Datterselskabet ligger i Stat Y, hvor selskabsskatten er på 15 %. Såfremt datterselskabet har et overskud på 10.000.000 kr., vil det skulle betale 1.500.000 kr. i selskabsskat i Stat Y.

Moderselskabet har ligeledes et overskud på 10.000.000 kr., og skal derfor betale 2.500.000 kr. i selskabsskat i Stat X. Det følger af ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra b, som gengivet ovenfor, at såfremt den reelle selskabsskat er lavere end forskellen mellem den selskabsskat, der ville være blevet pålagt, så vil datterselskabet blive behandlet som værende et CFC-selskab.

Det er netop vist at den selskabsskat, der ville være blevet pålagt er 2.500.000 kr., jf. Stat X's selskabsskat på 25 %. Datterselskabet blev selskabsbeskattet med 1.500.000 kr. svarende til selskabsskatten på 15 %, hvorfor forskellen herimellem er 1.000.000 kr.

Derved er den reelle selskabsskat, som datterselskabet har betalt af sit overskud, ikke lavere end forskellen mellem den selskabsskat, der ville være blevet pålagt datterselskabet i henhold til det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat, hvorfor datterselskabet i dette eksempel ikke ville blive behandlet som værende et CFC-selskab, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra b.

Omvendt – såfremt selskabsskatten i Stat Y var på blot 10 % – ville datterselskabet have betalt 1.000.000 kr. i selskabsskat. Selskabsskatten for moderselskabet i Stat X forbliver på 25 %, hvorfor det herved kan illustreres, at forskellen mellem den reelle selskabsskat, som datterselskabet har betalt af sit overskud, er lavere end forskellen mellem den selskabsskat, der ville være blevet pålagt datterselskabet i henhold til det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat.

Derved ender datterselskabet med at betale 1.000.000 kr. i selskabsskat, hvor moderselskabet fortsat betaler 2.500.000 kr. i selskabsskat. Forskellen er hermed 1.500.000 kr., hvilket fører til at forskellen mellem den reelle selskabsskat, som er betalt af datterselskabet, er lavere end forskellen mellem moderselskabets reelle selskabsskat og datterselskabets reelle selskabsskat.

I dette tilfælde ville datterselskabet altså blive behandlet som værende et CFC-selskab, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra b – selvfølgelig såfremt ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a, ligeledes er opfyldt, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 1.

Denne betingelse nr. 2, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra b, synes altså at indebære, at enheden eller det faste driftssted kan anses for omfattet, såfremt de lokale undergives

en effektiv beskatning, som er lavere end 50 % af den effektive beskatning i moderselskabets hjemland.²¹³

Det er interessant at bemærke, at bestemmelsen referer til den *reelle* selskabsskat i det endelige ATA-direktiv, hvor der i direktivforslaget blev fremført en specifik procentsats. Formuleringen *reelle* selskabsskat indebærer således den skat, som faktisk er blevet betalt, og ikke blot selskabsskatteprocenten. Dermed sikres det, at et medlemsland ikke blot kan have en høj nominal skattesats, og samtidig have en meget snæver skattebase. Hvis der blot blev taget udgangspunkt i selskabsskattesatsen kunne medlemslandet godt have en høj selskabsskattesats – og derved ikke som udgangspunkt blive anset som et lavskattelands – men samtidig indrømme fradrag for forskellige kunstige udgifter. På denne baggrund ville datterselskabet således ikke være omfattet af bestemmelsen, og derved ikke blive anset for værende et CFC-selskab, selvom den egentlige *reelle* selskabsskat ville blive langt lavere end den fastsatte selskabsskattesats.

4.3.2. Model A

Model A svarer til Kommissionens direktivforslag med enkelte ændringer og bevirker, at følgende typer af ikke-udloddet indkomst *skal* medregnes. Dette indebærer således renter eller anden indkomst fra finansielle aktiver, royalties eller anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder, udbytte og indkomst fra afståelse af aktier, indkomst fra finansiel leasing, indkomst fra forsikrings-, bankvirksomhed og finansiel virksomhed, samt endelig indkomst fra salg af varer og tjenesteydelser, der købes af og sælges til tilknyttede selskaber, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, nr. i-vi.²¹⁴

Såfremt denne model A anvendes, kan medlemsstaten vælge at undlade, at behandle enheden eller det faste driftssted som et CFC-selskab, hvis en tredjedel eller mindre af indkomsten udgøres af de indkomsttyper, der er nævnt ovenfor, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 3. Indkomst fra CFC-beskatning undtages desuden, hvis enheden eller det faste driftssted udøver en væsentlig økonomisk aktivitet, som understøttes af udstyr, personale, aktiver samt lokaler, jf. fritagelsen i ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, 2.

²¹³ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.383, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værnsregler og flere tvister i vente i EU, s. 389, note 16.

²¹⁴ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.383, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værnsregler og flere tvister i vente i EU, s. 386.

afsnit. Det følger ydermere, at medlemsstaterne kan beslutte kun at lade denne undtagelse gælde for enheder og faste driftssteder i EU/EØS, jf. art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit. Denne fritagelse er central for opgavens formål, hvorfor denne vil blive berørt yderligere i afsnit 6.4.

4.3.3. Model B

Anvendes model B, skal der kun medregnes ikke-udloddet indkomst, der hidrører fra ikke-reelle arrangementer, som udelukkende er oprettet med det hovedformål at opnå en skattefordel, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra b, 1. pkt. Hvad der betragtes som et arrangement eller serie af arrangementer, der anses for ikke-reelle, følger ligeledes af ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra b, 2. pkt.:

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

De såkaldte *to de minimis*-undtagelser²¹⁵ finder anvendelse i relation til model B.²¹⁶ Det vil sige, at medlemsstaterne kan undtage en enhed eller et fast driftssted, såfremt det regnskabsmæssige overskud højst er på 750.000 € og ikke-driftsmæssige indtægter højst er på 75.000 €, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 4, litra a, eller det regnskabsmæssige overskud højst udgør 10 % af enhedens eller det faste driftsstedes driftsomkostninger for den pågældende periode, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 4, litra b. Driftsomkostningerne må i forhold til litra b, ikke omfatte omkostninger til varer, som sælges uden for det land, hvor enheden er skattemæssigt hjemmehørende, eller hvor det faste driftssted er beliggende, og betalinger til tilknyttede selskaber, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 4, litra b, 2. afsnit.

Afhandlingen vil imidlertid ikke beskæftige sig yderligere med denne model B da denne ikke har relevans i forbindelse med afhandlingens hovedformål. Derudover begrundes det yderligere med, at den danske regering under forhandlingerne arbejdede for, at der

²¹⁵ ATA-direktivets art. 7, stk. 4, litra a-b.

²¹⁶ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.383, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værnsregler og flere tvister i vente i EU, s. 386.

kun skulle være én model for CFC-beskatning. Dette ville i så fald være model A, da denne synes at have flest lighedstræk med de nugældende danske CFC-regler. Det var således regeringens opfattelse, at model B ikke var tilstrækkelig robust i forhold til skatteundgåelse.²¹⁷

4.3.4. Retsvirkningerne af CFC-beskatning

Reglerne om retsvirkningerne af CFC-beskatning findes i ATA-direktivets art. 8. Heri angives det, jf. ATA-direktivets art. 8, stk. 1, at indkomsten til medregning efter model A skal opgøres efter reglerne i det land, hvor skattesubjektet er skattemæssigt hjemmehørende eller beliggende.

Anvendes model B, begrænses den indkomst, der skal medregnes i skattesubjektets skattegrundlag, til de beløb, der genereres gennem aktiver og risici, som knytter sig til de ledelsesopgaver, der varetages af det kontrollerende selskab, jf. ATA-direktivets art. 8, stk. 2.²¹⁸ Det følger ligeledes, at henføringen af det kontrollerede udenlandske selskabs indkomst beregnes i overensstemmelse med armslængdeprincippet²¹⁹, jf. ATA-direktivets art. 8, stk. 2, sidste pkt.

I begge tilfælde gør det sig gældende, jf. ATA-direktivets art. 8, stk. 3, at andelen til medregning fastsættes i overensstemmelse med størrelsen af skattesubjektets interesse i CFC-selskabet, som er defineret i ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a.

For at modvirke dobbeltbeskatning indeholder ATA-direktivets art. 8 afslutningsvist regler om reduktion af beskatningen ved udlodninger fra CFC-selskabet og ved afståelse af aktier i CFC-selskabet.²²⁰ ATA-direktivet fastsætter ydermere udtrykkeligt, i modsætning til direktivforslaget, at skattesubjektet har mulighed for at opnå lempelse for den skat, som enheden eller det faste driftssted har betalt, jf. ATA-direktivets art. 8, stk. 7.

Det er væsentligt at bemærke, at ATA-direktivet indeholder en økonomisk kontrolbetingelse ligesom det er anbefalet i overensstemmelse med BEPS-projektet. En

²¹⁷ SAU Alm.del Bilag 215, 2015-16.

²¹⁸ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.383, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værneregler og flere tvister i vente i EU, s. 386.

²¹⁹ Princip om, at interesseforbundne parter ved skatteopgørelse skal anvende priser og vilkår for deres transaktioner, der svarer til de priser og vilkår, uafhængige parter ville fastsætte for tilsvarende transaktioner.

²²⁰ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.383, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værneregler og flere tvister i vente i EU, s. 387.

sådan betingelse findes ikke i den danske CFC-lovgivning hvilket kan have betydning når lovgiver i Danmark skal implementere ATA-direktivets CFC-bestemmelser. Det skal ligeledes, henset til den økonomiske kontrolbetingelse, bemærkes, at en sådan betingelse betyder, at det efter ATA-direktivets bestemmelser også er muligt at blive omfattet af CFC-beskatningen i tilfælde hvor man ikke har kontrollen, eller den bestemmende indflydelse i selskabet, men blot har retten til at modtage overskuddet. Dette er specielt interessant i forhold til de traktatfæstede frihedsrettigheder, hvilket er en diskussion der ligeledes følger af de efterfølgende kapitler.

Kapitel 5 – Fri bevægelighed efter TEUF (ARF)

5.1. Introduktion til afsnittet

I takt med indførelsen af ATA-direktivet og OECD's BEPS-projekt synes det relevant, at undersøge hvorvidt de er i overensstemmelse med den primære EU-ret, specielt henset til etableringsfriheden samt kapitalens fri bevægelighed. Derudover synes det ligeledes relevant at undersøge, hvorvidt de danske CFC-regler er forenelige hermed, samt hvilke konsekvenser det har for de danske CFC-regler ved indførelsen af ATA-direktivet og BEPS-projektet, set ud fra et EU-retligt perspektiv. Dette kapitel fungerer således som en introduktion til den fri bevægelighed efter TEUF, og danner dermed en del af grundlaget for den videre analyse og diskussion.

5.2. EU-retten

Danmark skal, ligesom alle andre medlemsstater, overholde de EU-retlige forpligtelser inden for ethvert retsområde, herunder også skatteretten.²²¹ Dette betyder blandt andet, at den nationale skattelovgivning skal være forenelig med EUF Traktaten, forordninger og direktiver. Princippet om en sådan EU-konform fortolkning af national ret er et overordnet og meget vigtigt fortolkningsprincip.²²² Betydningen for medlemsstaterne er, at en hvilken som helst national regel på et EU-reguleret område skal fortolkes EU-konformt, således at den stemmer overens med EU-retlige regler på samme område.²²³

5.2.1. Fri bevægelighed

Et af EU's mål er oprettelsen af et indre marked, jf. art. 3, stk. 3 TEU, hvilket indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne, jf. art. 26, stk. 2 TEUF. Formålet hermed er at fjerne de hindringer, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan påvirke samhandlen.²²⁴

I TEUF forbindes fri bevægelighed med regler om forbud mod diskrimination på baggrund af nationalitet – diskriminationsforbud – og som nævnt, regler om forbud mod at opstille hindringer for udøvelsen af den fri bevægelighed – restriktionsforbud.²²⁵

²²¹ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 221.

²²² Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, 2016, s. 230.

²²³ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, 2016, s. 230.

²²⁴ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 222.

²²⁵ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 429.

Når det skal vurderes om en national skatteregel er til hinder for den frie bevægelighed og dermed ikke kan opretholdes, inddrages EU-Domstolen.²²⁶ Ved vurderingen følger det af EU-Domstolens praksis, at det for det første må bestemmes, hvilken frihedsrettighed tvisten konkret omhandler. Dernæst må det vurderes, om den nationale regel udgør en hindring for udøvelsen af den relevante frihedsrettighed, altså om det udgør en hindring for den frie bevægelighed. Herefter vurderes det om hindringen i så fald kan retfærdiggøres, samt slutteligt om hindringen er proportional. Det er altså en samlet vurdering hos EU-Domstolen hvorvidt en frihedsrettighed udfordres, og dermed er til hinder for den fri bevægelighed.

5.2.2. Frihedsrettighederne

De grundlæggende frihedsrettigheder udgør som ovenfor nævnt den fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Disse frihedsrettigheder er traktatfæstede og udgør grundstenene for et velfungerende indre marked og er med til at sikre, at skatteydere på lige vilkår har adgang til markederne i andre medlemsstater.²²⁷ Nedenfor vil de disse frihedsrettigheder kort blive berørt, hvorefter henholdsvis etableringsfrihed samt kapitalens fri bevægelighed vil blive uddybet nærmere. En afgrænsning mellem etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed følger endvidere af afsnit 7.4.

5.2.2.1. Grundlæggende frihedsrettigheder

Den første frihedsrettighed omfatter varernes fri bevægelighed, jf. art. 34 TEUF, og er placeret i EUF-traktatens afsnit II under overskriften ”*Frie varebevægelser*”. Det følger af ordlyden, at kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning er forbudt mellem medlemsstaterne. Varernes fri bevægelighed omfatter produkter, hvis værdi kan måles i penge, og som i sig selv kan være genstand for omsætning.²²⁸ Det er dog et krav, at en vare har konkrete fysiske kendetegn, eksempelvis i forhold til afgrænsningen overfor tjenesteydelser.²²⁹ Det er vigtigt at have sig for øje, at kun kvantitative restriktioner, der vedrører indførslen omfattes af art. 34, hvorimod udførselsrestriktioner omfattes af art. 35.²³⁰

²²⁶ EU-domstolens rolle er at sikre en ensartet anvendelse og fortolkning af EU-reglerne i overensstemmelse med formålet samt at sikre at lande og EU-institutioner overholder disse regler.

²²⁷ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 224.

²²⁸ Jf. Sag C-7/68, *Kommissionen mod Italien*.

²²⁹ Jf. Europa-Kommissionen, *Fri bevægelighed for varer*, s. 9-10.

²³⁰ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, EU-RET. Fri bevægelighed, 2016, s. 58.

Frihedsrettigheden, der omfatter arbejdskraftens fri bevægelighed er traktatfæstet i art. 45 TEUF, og omfatter personer, der udøver deres ret til fri bevægelighed af arbejdsmæssige årsager. Princippet om arbejdskraftens fri bevægelighed giver altså enhver unionsborger ret til frit at rejse til en anden medlemsstat for at arbejde og/eller bo der i arbejdsøjemed.²³¹ Således beskyttes arbejdstagere mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet med hensyn til beskæftigelse aflønning og øvrige arbejdsvilkår, jf. art. 45, stk. 2 TEUF.

Reglerne om etableringsfrihed findes i art. 49 TEUF, hvilken forbyder restriktioner, der hindrer, at andre medlemsstaters statsborgere optager og udøver selvstændig virksomhed, eller opretter og leder selvstændig virksomhed på samme betingelser som medlemsstatens egne statsborgere.²³² Bestemmelsen fortolkes bredt, og anvendes i skatteretligt henseende blandt andet i forbindelse med skatteregler, der indeholder et kontrolkrav, herunder CFC-reglerne.²³³

Frihedsrettigheden, der omhandler den fri bevægelighed for tjenesteydelser er hjemlet i art. 56 TEUF, og omhandler forbud mod hindringer for grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser. Dette omfatter blandt andet virksomhed af industriel, handelsmæssig eller håndværksmæssig karakter samt liberal erhvervsvirksomhed.²³⁴

Den sidste frihedsrettighed er kapitalen fri bevægelighed, hvilken er traktatfæstet i art. 63 TEUF. Målet hermed er at fjerne alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemslandene og mellem medlemslandene og tredjelande. Det er dermed vigtigt at bemærke, at i modsætning til de øvrige frihedsrettigheder, gælder kapitalens fri bevægelighed også i forhold til tredjelande, hvilket gør den meget vidtrækkende. Ud fra en skatteretlig synsvinkel er kapitalens fri bevægelighed blandt andet anvendt i forhold til udbyttebeskatning af porteføljeaktier.²³⁵

På området for de direkte skatter har etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed haft stor betydning i retspraksis, hvorimod de indirekte skatter mest har været relevant i forhold til fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser. På denne baggrund samt henset til afhandlingens formål, er der nedenfor udelukkende fokuseret på netop etableringsfriheden samt kapitalens fri bevægelighed.

²³¹ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, EU-RET. Fri bevægelighed, 2016, s. 141.

²³² Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, EU-RET. Fri bevægelighed, 2016, s. 118.

²³³ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 224.

²³⁴ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 224.

²³⁵ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 224.

5.2.2.2. Etableringsfrihed

Medlemsstaternes udformning af nationale skatteregler er som ovenfor nævnt begrænset af art. 49 TEUF, vedrørende retten til fri etablering.²³⁶ Hensigten bag bestemmelsen er, at sikre selskabers ret til at stifte og drive enhver form for virksomhed i en anden medlemsstat, hvor det synes mest hensigtsmæssigt for selskabet. Således har selskaberne ved etablering geografisk valgfrihed. Med etableringsfriheden tilstræbes således, at selskaber kan etablere sig og konkurrere med selskaber i en anden medlemsstat på samme vilkår, hvilket samtidig indebærer, at have ret til, på en stabil og vedvarende måde, at deltage i en anden medlemsstats økonomiske liv uden forskelsbehandling og hindringer.²³⁷

Bestemmelsen vedrørende etableringsfriheden, art. 49 TEUF, har således stået i centrum ved EU-Domstolens behandling af spørgsmålet om nationale CFC-reglers forenelighed med EU-retten.²³⁸ Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.”

”Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.”

²³⁶ Etableringsfriheden omfatter ud over statsborgere i en medlemsstat efter art. 54 TEUF, ligeledes selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og såfremt det vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed ligger inden for unionen, jf. eksempelvis sag C-360/06, *Bauer*, præmis 25. Derudover giver art. 55 TEUF medlemsstaternes statsborgere krav på national behandling med hensyn til anbringelse af kapital i de af art. 54 TEUF nævnte selskaber, jf. *Ulla Neergaard og Ruth Nielsen*, 2016, s. 469.

²³⁷ Jf. eksempelvis sag C-270/83, *Den franske skattesag (avoir fiscal)*, præmis 13 og 14 samt sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 53.

²³⁸ Jf. sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

Af bestemmelsen fremgår det ikke klart, hvad der menes med begrebet etablering, men af EU-Domstolens praksis kan det udledes, at der er tale om et ganske vidt begreb.²³⁹ Ifølge EU-Domstolens praksis foreligger der etablering, når en fællesskabsborger, herunder et selskab, på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf.²⁴⁰

Etableringsretten kan anvendes på to måder – primær og sekundær etablering. Den primære etablering finder anvendelse i situationer, hvor man endnu ikke er etableret i nogen medlemsstat, hvorimod den sekundære etablering retter sig mod allerede oprettede virksomheder, der opretter datterselskaber, filialer eller lignende i en anden medlemsstat.²⁴¹ Det skal hertil nævnes, at den fri etableringsret angår økonomisk aktivitet af mere permanent karakter, hvorimod art. 56 TEUF om tjenesteydelser angår situationer, hvor den økonomiske aktivitet er af midlertidig karakter.²⁴²

Det har indtil midten af 1990'erne været den almindelige opfattelse, at den fri etableringsret udelukkende var baseret på et diskriminationsforbud²⁴³ – altså et forbud mod forskelsbehandling. Denne anskuelse har EU-Domstolen sidenhen lagt bag sig, idet der af praksis fremgår, at art. 49 TEUF ligeledes indeholder et restriktionsforbud.²⁴⁴ Et sådan restriktionsforbud indebærer et forbud mod nationale foranstaltninger, der kan begrænse udøvelsen af de traktatfæstede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende jf. sag C-55/94, *Gebhard*, præmis 37. Heraf fremgår yderligere, at de nationale foranstaltninger skal opfylde fire betingelser; de skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.²⁴⁵ Diskriminations- og restriktionsforbuddet uddybes nærmere, jf. afsnit 5.2.3.1., nedenfor.

²³⁹ Jf. sag C-55/94, *Gebhard*, præmis 25, hvor etableringsbegrebet blev defineret som et ganske vidt begreb, som for en fællesskabsstatsborger indebærer at vedkommende på en stabil og vedvarende måde kan deltage i en anden medlemsstats økonomiske liv.

²⁴⁰ Jf. eksempelvis sag C-55/94, *Gebhard*, præmis 25.

²⁴¹ *Ulla Neergaard og Ruth Nielsen*, 2016, s. 470.

²⁴² *Peter Koerver Schmidt*, 2013, s. 431.

²⁴³ *Ulla Neergaard og Ruth Nielsen*, 2016, s. 476.

²⁴⁴ *Bugge Thorbjørn Daniel m.fl.*, 2011, s. 619.

²⁴⁵ Jf. sag C-55/94, *Gebhard*, præmis 37.

5.2.2.3. Kapitalens fri bevægelighed

Ligesom det er tilfældet med etableringsfriheden har art. 63 TEUF om kapitalens fri bevægelighed været genstand for debat i forhold til medlemsstaternes anvendelse af CFC-reglerne. Bestemmelsen indeholder et forbud mod, at medlemsstaterne opstiller hindringer, som begrænser kapitalens fri bevægelighed, og har følgende ordlyd:

”Inden for rammerne af bestemmelsen i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbud.”²⁴⁶

Den frie bevægelighed for kapital står centralt i etableringen af det indre marked, idet handel med varer, tjenesteydelser samt personers og selskabers etablering forudsætter, at grænseoverskridende kapitaloverførelser kan gennemføres.

Art. 63 TEUF er formuleret som et restriktionsforbud, der både tilsigter at imødegå hindringer for den frie bevægelighed af kapitalbevægelser, jf. stk. 1, samt betalinger, jf. stk. 2, som ikke er diskriminerende.²⁴⁷ Derudover indeholder bestemmelsen ligeledes et diskriminationsforbud, hvilket medfører et krav om ligebehandling uanset investeringsobjekt, kapitalens anbringelsessted mv.²⁴⁸

Det er som ovenfor nævnt særligt værd at bemærke, at bestemmelsen ikke bare gælder i forhold til medlemsstaterne, men ligeledes i forhold til tredjelande, hvilket især er relevant for denne afhandling.

EU-Domstolen har traditionelt set været tilbageholdende med at afgøre sager om kapitalens fri bevægelighed sammenlignet med de øvrige friheder. Dog har der i nyere tid været en stigende tendens til at anvende artiklen – enten alene eller som en kombination med de øvrige friheder.²⁴⁹

Det interessante med kapitalens fri bevægelighed er sammenspillet med de øvrige frihedsrettigheder – specielt etableringsfriheden. I nedenstående analyse og diskussion er kapitalens fri bevægelighed især interessant i forbindelse med det særlige koncernbegreb, der forefindes i ATA-direktivet. Som udgangspunkt vil det være etableringsfriheden, der finder anvendelse i forbindelse med CFC-reglerne, men netop

²⁴⁶ Jf. art. 63, stk. 1 TEUF.

²⁴⁷ Jeppe Rune Stokholm, SU.2004.330.

²⁴⁸ Jeppe Rune Stokholm, SU.2004.330.

²⁴⁹ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, 2016, s. 518.

på grund af den særlige koncerndefinition, der er i ATA-direktivet, kan kapitalens fri bevægelighed blive relevant.

5.2.3. Hindring for den fri bevægelighed

Fælles for ovenstående frihedsrettigheder er, at de forbyder anvendelsen af nationale skatteregler, når disse kan hindre udøvelsen af frihedsrettighederne. Ved vurderingen heraf anvender EU-Domstolen en to-ledet test.²⁵⁰ Det første led i testen indeholder en vurdering af, om en given national skatteregel indebærer forskelsbehandling som følge af nationalitet og/eller hindring (restriktion) for den fri bevægelighed.²⁵¹ Det andet led i testen indebærer en afgørelse af om en given national reglen, der er til hinder for den fri bevægelighed, alligevel kan anses for berettiget. En sådan undtagelse vil typisk blive gjort gældende ved påberåbelse af legitime hensyn – hvorved især forstås traktatfæstede undtagelser eller domstolsskabte tvingende almene hensyn.²⁵² Disse hensyn kan, såfremt visse nærmere betingelse er opfyldt, føre til en lovliggørelse af en eller ulovlig foranstaltning – dette vil kortfattet blive uddybet nærmere umiddelbart nedenfor.

5.2.3.1. Diskrimination eller restriktion

Der er som udgangspunkt i reglerne om fri bevægelighed et forbud mod diskriminerende foranstaltninger, hvorved forstås et forbud mod forskelsbehandling. Diskrimination er dermed kendetegnet ved, at skatteydere i sammenlignelige situationer behandles forskellige på baggrund af nationalitet. I anvendelsen af diskriminationsbegrebet sondres mellem direkte og indirekte diskrimination.

En restriktion er kendetegnet ved at reglen, udover forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, kan hindre den grænseoverskridende udøvelse af frihedsrettighederne eller gøre udøvelsen af disse mindre attraktiv.²⁵³ Restriktionsforbuddet omfatter dermed i princippet også diskriminationsforbuddet, men favner dog bredere endnu.²⁵⁴ Det vil altså sige, at udtrykket restriktion (eller hindring) kan defineres som et absolut begreb, som i en given situation kan gøres gældende ved, at der konstateres en direkte eller

²⁵⁰ Egentlig er der tale om en tre-ledet test, idet det skal efterprøves hvorvidt der foreligger proportionalitet i forhold til de legitime hensyn.

²⁵¹ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, 2016, s. 305.

²⁵² Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 229.

²⁵³ Jf. sag C-55/94, Gebhard, præmis 37.

²⁵⁴ Sagt på en anden måde, forbyder restriktionsforbuddet enhver regel, som kan hindre den grænseoverskridende udøvelse af frihedsrettighederne, mens diskriminationsforbuddet "kun" forbyder regler, der behandler skatteydere forskelligt på baggrund af nationalitet, jf. Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 225. Se hertil også Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, 2008, s. 237.

indirekte aktuel eller potentiel restriktion for udøvelsen af en grundrettighed.²⁵⁵ På den anden side står begrebet diskrimination, der omvendt defineres som et relativt begreb, der forudsætter, at der som nævnt på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer.²⁵⁶ Dermed anvendes udtrykket diskrimination altså som en delmængde af restriktionsforbuddet.

Generelt er der inden for skatteretten en igangværende diskussion vedrørende diskriminationsforbuddet og restriktionsforbuddet samt afgrænsningen dem imellem – dette er dog ikke noget nærværende afhandling vil berøre yderligere.

5.2.3.2. Retfærdiggørende hensyn

Det faktum at en national regel udgør en hindring for en af frihedsrettighederne, er ikke ensbetydende med, at reglen er uforenlig med EU-retten. Såfremt Domstolen kommer frem til at en regel ikke er i overensstemmelse med en af frihedsrettighederne, skal det vurderes om der foreligger legitime hensyn, som kan retfærdiggøre den nationale foranstaltning.²⁵⁷

I forbindelse med sondringen mellem de legitime hensyn opereres med to overordnede kategorier, henholdsvis de traktatfæstede og de domstolsskabte hensyn (også ofte benævnt som tvingende almene hensyn).

De traktatfæstede hensyn omfatter blandt andet hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed, hvorimod de domstolsskabte hensyn af retspraksis kan udledes til at omfatte eksempelvis hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen samt hensynet til at modvirke skatteunddragelse.²⁵⁸

Det er dog væsentligt at bemærke, at de domstolsskabte hensyn er dynamiske, hvilket vil sige, at nye hensyn kan blive tilføjet gennem EU-Domstolens praksis, ligesom indholdet af de nuværende hensyn kan ændres.

5.2.3.3. Egnethed og proportionalitet

På trods af at der kan være retfærdiggørende hensyn i forbindelse med et brud på en af frihedsrettighederne, er dette ikke nødvendigvis ensbetydende med at den nationale foranstaltning er EU-konform. Heri ligger, at det skal efterprøves, hvorvidt den

²⁵⁵ *Jeppe Rune Stokholm*, EU-retten og skatteretlige værnsregler.

²⁵⁶ *Jeppe Rune Stokholm*, EU-retten og skatteretlige værnsregler.

²⁵⁷ *Ulla Neergaard og Ruth Nielsen*, 2016, s. 332.

²⁵⁸ *Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015, s. 229-230.

nationale foranstaltning er egnet til at opfylde det retfærdiggørende, og i den forbindelse om hensynet opfylder proportionalitetsprincippet.²⁵⁹

Det er derfor vigtigt for medlemsstaterne at eksempelvis regler, der har til formål at udelukke rent kunstige arrangementer, hvis hensigt er at omgå den nationale skattelovgivning, herunder udflytning af dansk skatteprovenu ved eksport af investeringer til udenlandske selskaber hjemmehørende i lavskattelande, specifikt rammer disse situationer, og dermed ikke alle grænseoverskridende situationer. Det er dermed op til EU-Domstolen at vurdere, om den nationale restriktive foranstaltning skyder gråspurve med kanoner, hvilket blandet andet var tilfældet i sag C-446/03, *Marks & Spencer*^{260 261}.

Helt overordnet forstås det, at såfremt en national foranstaltning er egnet til at opfylde formålet, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt ved opfyldelsen heraf, er den nationale regel forenelig med TEUF, hvorimod en national regel der går ud over hvad der er nødvendigt ved opfyldelsen af formålet, ikke er forenelig med TEUF.²⁶²

²⁵⁹ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, 2016, s. 343.

²⁶⁰ Hvor EU-domstolen fandt, at den i hovedsagen omhandlede restriktive foranstaltning gik ud over, hvad der var nødvendigt for at nå det væsentlige i de forfulgte mål, jf. dommens præmis 55. Denne diskussion følger afhandlingen imidlertid ikke.

²⁶¹ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 234.

²⁶² Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, 2015, s. 235.

Kapitel 6 – ATA-direktivet ctr. de danske CFC-regler

6.1 Introduktion til kapitlet (ARF)

ATA-direktivet er som allerede klarlagt et minimumsdirektiv. Denne minimumsharmonisering må dog sammenholdes med totalharmonisering for herigennem at fastslå, hvorvidt valget af et minimumsharmoniseringsdirektiv synes at være det foretrukne.

Det er derfor interessant, at sammenholde dette minimumsdirektiv med de danske CFC-regler, netop fordi EU-medlemslandene – herunder Danmark – godt kan fastsætte strengere regler end dem, der fremgår af ATA-direktivet. Det er dog ligeledes relevant at inddrage BEPS Action 3, da ATA-direktivet som tidligere nævnt er EU's implementering heraf.

I nærværende kapitel er de behandlede forskelle selvstændigt udvalgt. Det drejer sig om den danske kontrolbetingelse i SEL § 32, stk. 6, jf. SEL § 31 C, da denne synes at være lempeligere end ATA-direktivets bestemmelse i art. 7, stk. 1, litra a, samt at ATA-direktivet og de danske CFC-reglers undtagelser ej heller synes at være enslydende. Der vil på denne baggrund blive gennemgået selvstændige analyser og diskussioner for på baggrund heraf, at se på eventuelle konsekvenser disse måtte medføre for henholdsvis de danske CFC-reglers udformning og ligeså for ATA-direktivet.

6.2. Minimumsharmonisering ctr. totalharmonisering (RHR)

OECD's ønske og formål i BEPS Action 3 er, at udarbejde anbefalinger for effektive CFC-regler, der kan implementeres i alle jurisdiktioner.²⁶³ Dette er selvsagt ingen let opgave, da de nationale selskabsskattesystemer er forskellige. Det kan medføre, at selvstændige tiltag fra medlemsstaternes side blot vil gentage den eksisterende fragmentering i det indre marked inden for direkte beskatning. Dette vil blot videreføre ineffektivitet og forvridninger i samspillet mellem forskellige nationale foranstaltninger, hvor resultatet heraf vil blive manglende koordinering.

ATA-direktivet er i præamblen ligeledes opmærksom på, at megen ineffektivitet i det indre marked primært giver anledning til problemer af grænseoverskridende karakter, hvorfor direktivet vurderer, at foranstaltninger til afhjælpning heraf bør vedtages på EU-

²⁶³ Action 3: 2015 Final Report, s. 17.

plan.²⁶⁴ Det fremgår yderligere af præamblen, at idet direktivet fastsætter et minimumsniveau for beskyttelse af netop det indre marked, har det udelukkende til formål at sikre det nødvendige minimum af koordinering inden for Unionen, der skal til for at opfylde dets mål.²⁶⁵

Det fastlægges i præamblen til ATA-direktivet, at det er nødvendigt, at fastsætte regler for at øge det gennemsnitlige niveau af beskyttelse mod aggressiv skatteplanlægning i det indre marked.²⁶⁶ Det følger ydermere af præamblen til ATA-direktivet, at disse regler skal kunne passe ind i 28 forskellige selskabsskattesystemer, hvorfor de bør være begrænset til generelle bestemmelser, mens gennemførelsen overlades til medlemsstaterne, da det vurderes, at de har bedre forudsætninger for at forme reglernes specifikke indhold på en måde, der passer bedst til deres selskabsskattesystemer.²⁶⁷ Hertil nævnes det, at det i præamblen til ATA-direktivet fastslås, at denne målsætning kan nås ved at skabe et minimumsniveau af beskyttelse for de nationale selskabsskattesystemer mod metoder til skatteundgåelse i hele Unionen.²⁶⁸

Det er generelt vedrørende minimumsdirektiver, ikke nødvendigvis hele direktivet, som har karakter af et minimum, idet det ofte alene er enkelte bestemmelser i et direktiv, som har denne karakter.²⁶⁹ Det følger imidlertid af ATA-direktivets art. 3, at:

”Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af nationale eller aftalebaserede bestemmelser, der har til formål at sikre et højere beskyttelsesniveau for nationale selskabsskattegrundlag.”

Dermed må det kunne fastslås, at i netop ATA-direktivets tilfælde, er der tale om at hele direktivet har karakter af et minimum, der bevirker, at medlemslandene skal leve op til dette.

²⁶⁴ Præamblen til ATA-direktivet, nr. 16.

²⁶⁵ Præamblen til ATA-direktivet, nr. 16.

²⁶⁶ Præamblen til ATA-direktivet, nr. 3.

²⁶⁷ Præamblen til ATA-direktivet, nr. 3.

²⁶⁸ Præamblen til ATA-direktivet, nr. 3.

²⁶⁹ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, 2008, s. 707.

Det vil ydermere betyde, at ATA-direktivet ikke er til hinder for, at EU-landene hver især kan indføre strengere bestemmelser. Inden for nogle områder er en minimumsharmonisering formålstjenligt, da den sikrer, at der er et forsvarligt beskyttelsesniveau i alle medlemsstater – samt dermed at virksomhederne ikke kan undgå minimumsreglerne, uanset i hvilken medlemsstat de vælger af placere et datterselskab.²⁷⁰

Minimumsharmonisering betyder ikke harmonisering på lavt niveau eller efter laveste fællesnævner.²⁷¹ I et annullationssøgsmål i sag C-84/94, *UK mod Rådet*, gjorde UK gældende, at direktivet²⁷² var ugyldigt, grundet et for højt beskyttelsesniveau. UK gjorde i den forbindelse gældende, at hjemmelsbestemmelsen skulle fortolkes i lyset af subsidiaritetsprincippet, hvorfor de mente, at der i så fald ikke var mulighed for at vedtage et sådan direktiv, hvor der blev stillet så strenge og præceptive krav til beskyttelse af arbejdstagerne som dette direktiv gjorde.²⁷³ Dette tog EU-Domstolen imidlertid klart afstand fra, hvorefter minimumsharmonisering altså godt kan lægge en høj mindstestandard, og behøver dermed ikke være udtryk for den laveste fællesnævner. Dette blev i nærværende sag blandt andet begrundet med, at:

*”Bestemmelsen begrænser ikke Fællesskabets indgreb til den laveste fællesnævner eller endog til det laveste beskyttelsesniveau i de forskellige medlemsstater, hvorimod den angiver, at staterne har ret til at yde en beskyttelse, der er bedre end det – efter omstændighederne – høje beskyttelsesniveau, der følger af fællesskabsretten.”*²⁷⁴

Dermed betyder subsidiaritetsprincippet ikke, at EU ikke kan lægge en høj mindstestandard.²⁷⁵

Totalharmonisering bevirker, at når kravene i et sådan totalharmoniseringsdirektiv er opfyldt, har de økonomiske aktører – eksempelvis producenter eller tjenesteydere – ret

²⁷⁰ Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, 2008, s. 707.

²⁷¹ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, 2016, s. 153.

²⁷² Der var i nærværende sag tale om såkaldte arbejdstidsdirektivet.

²⁷³ Sag C-84/94, *UK mod Rådet*, præmis 46.

²⁷⁴ Citeret fra sag C-84/94, *UK mod Rådet*, præmis 56.

²⁷⁵ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, 2016, s. 153.

til at lade deres ydelse cirkulere frit på det indre marked.²⁷⁶ Derved kan andre medlemsstater ikke stille yderligere krav, og ingen EU-lande må tillade de økonomiske aktører at agere på baggrund af lavere krav end direktivet stiller.²⁷⁷

Vedrørende valget mellem enten minimumsharmonisering og totalharmonisering er der princippet om kompetencetildeling, hvor EU ikke kan vedtage retsakter angående totalharmonisering på et givent område, hvor EU blot har fået tildelt kompetence til at vedtage direktiver eller andre retsakter, som altså minimumsharmoniserer. Der kan godt argumenteres for, at minimumsharmonisering er egnet, fordi den sikrer, at der er et forsvarligt beskyttelsesniveau i alle medlemsstater, hvorved virksomhederne ikke kan undgå disse minimumsregler, uanset i hvilken medlemsstat de vælger at placere deres datterselskab. Ydermere, hvis der blot minimumsharmoniseres, så bevarer medlemsstaterne en betydelig skønsfrihed hvad angår, hvordan de vil indrette national ret. Det følger imidlertid af subsidiaritetsprincippet samt proportionalitetsprincippet, at EU skal vælge de mindre vidtgående varianter, som eksempelvis direktiver frem for forordninger, når dette er tilstrækkeligt for det ønskede mål.²⁷⁸ Hertil skal nævnes, at medlemsstaterne skal holde sig inden for primærrettens rammer, hvilket vil sige, at traktaterne og de grundlæggende rettigheder, må skulle accepteres på EU-regulerede områder.

Det må ud fra ovenstående fastlægges, at et minimumsdirektiv synes at opfylde OECD's og derved også ATA-direktivets formål vedrørende effektive CFC-regler, som skal kunne implementeres i alle jurisdiktioner, samt at overholde subsidiaritetsprincippet og proportionalitetsprincippet, der netop bevirker, at minimumsharmonisering skal foretrækkes, hvor sådan et vil være tilstrækkeligt.

6.3. Koncernbegrebet (ARF)

Det er under hensyntagen til minimumsharmonisering interessant, at behandle de nævnte forskelle, som fremgår af introduktionen til nærværende kapitel, da disse kan have betydning for de fremtidige danske CFC-regler. Der er imidlertid også andre forskelle, da direktivet skal passe ind i 28 forskellige selskabsskattesystemer. Dette gør sig eksempelvis gældende i henhold til, hvad der henregnes som værende CFC-

²⁷⁶ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, 2016, s. 153.

²⁷⁷ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, 2016, s. 153-154.

²⁷⁸ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, 2016, s. 154-155.

indkomst. Sammenholdes den udtømmende opremsning i SEL § 32, stk. 5, nr. 1-10, med ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, ses det at de danske regler nævner at eksempelvis skattepligtig fortjeneste og tab ved afståelse af CO₂-kvoter og CO₂-kreditter, jf. afskrivningslovens § 40 A, skal indgå i CFC-indkomsten, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 10. En sådan indkomst fremgår ikke af ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, men dette synes dog ikke at være problematisk set i forhold til, at ATA-direktivet er et minimumsdirektiv. Der er flere tilfælde, hvor de danske CFC-regler ikke er enslydende med ATA-direktivet, men henset til afhandlingens formål, vil disse ikke blive berørt yderligere, da fokus er på henholdsvis koncernbegrebet og fritagelsen i ATA-direktivet.

Det anføres indledningsvist i BEPS-rapportens *Action 3*, at en jurisdiktion skal overveje to spørgsmål for at fastslå, hvorvidt CFC-reglerne bør gælde.²⁷⁹ For det første bør det overvejes, om den udenlandske enhed er af en type, der vil blive betraget som værende et CFC-selskab, og for det andet skal det fastslås, hvorvidt moderselskabet har tilstrækkelig indflydelse eller kontrol over den udenlandske enhed for at denne udenlandske enhed skal anses for værende et CFC-selskab.

Hvad angår første spørgsmål, anbefaler BEPS-rapporten, at man bredt definerer de enheder, der er omfattet af reglerne. CFC-reglerne bør derfor – udover at omfatte virksomheder – også gælde for visse transparente enheder samt faste driftssteder; i det omfang hvor indtægten ikke allerede er beskattet i moderselskabets jurisdiktion.²⁸⁰

Hvad angår andet spørgsmål – vedrørende om moderselskabet har tilstrækkelig indflydelse eller kontrol over den udenlandske enhed for at denne enhed kan være et CFC-selskab – anbefaler BEPS-rapporten, at CFC-reglerne i det mindste anvender både en *legal* og *economic* kontroltest.²⁸¹

6.3.1 ATA-direktivets koncernbegreb (RHR)

Ved udformningen af ATA-direktivet er der i forhold til kontrolbegrebet taget udgangspunkt i BEPS-anbefalingerne. Det følger således af direktivet, at der ved fastlæggelsen af om moderselskabet har tilstrækkelig indflydelse i datterselskabet, skal tages højde for både en *legal* og en *economic* kontrol.

²⁷⁹ Action 3: 2015 Final Report, s. 21.

²⁸⁰ Peter Koerver Schmidt, 2016, s. 92.

²⁸¹ Action 3: 2015 Final Report, s. 21.

ATA-direktivets koncernbegreb, jf. direktivets art. 7, stk. 1, litra a, har der dermed følgende ordlyd:

”Skattesubjektet har, hvis der er tale om en enhed, selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber en direkte eller indirekte interesse på mere end 50 % af stemmerettighederne eller ejer direkte eller indirekte mere end 50 % af kapitalen eller har ret til at modtage mere end 50 % af overskuddet i denne enhed.”

Ved at ATA-direktivet anvender en sådan tærskel på 50 %, og fokuserer på både direkte og indirekte deltagelse, synes ATA-direktivets CFC-regler dermed at være i overensstemmelse med anbefalingerne i BEPS-rapporten²⁸² vedrørende kontrolkravet, der som tidligere nævnt foreslår både *legal* og *economic* kontrol. Denne *economic* kontrol fokuserer som sagt på rettigheder til overskuddet samt kapital og aktiver i et selskab under visse omstændigheder såsom opløsning eller likvidation. Denne test anerkender, at en skattemæssigt hjemmehørende kan kontrollere en virksomhed gennem en ret til virksomhedens underliggende værdi – selv hvor de ikke ejer hovedparten af aktierne.²⁸³ Denne ret kan f.eks. skyldes rettigheder til provenuet i tilfælde af afhændelse af virksomhedens aktiekapital eller virksomhedens aktier ved likvidation. Det er dermed hensigten med ATA-direktivet at sikre, at der sker CFC-beskatning i et større omfang end det er set hidtil. Ved at indføre en betingelse, der vedrører retten til at modtage størstedelen af overskuddet i datterselskabet bliver koncernbegrebet således udvidet set i forhold til de danske CFC-regler, hvilket fremgår af det nedenstående.

6.3.2 Det danske koncernbegreb (ARF)

Det danske koncernbegreb i SEL § 31 C, er som allerede introduceret ikke enslydende med ovenforstående koncernbegreb i ATA-direktivet. De danske regler vedrører bestemmende indflydelse, hvilket følger af SEL § 31 C, stk. 3:

”Bestemmende indflydelse i forhold til et datterselskab foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem et datterselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab[...]”

²⁸² Her henvises til Action 3: 2015 Final Report.

²⁸³ Action 3: 2015 Final Report, s. 24 og ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a.

Heraf ses det, at de danske CFC-regler ligeledes gælder i tilfælde af direkte eller indirekte kontrol, samt anvender også en 50 %-tærskel. Således gælder de danske regler kun, såfremt det pågældende hjemmehørende selskab er aktionær i (datter)selskabet, og koncernen har bestemmende indflydelse på datterselskabet – dvs. retten til at kontrollere virksomhedens økonomiske beslutninger dette vil typisk være tilfældet, hvor koncernen ejer mere end 50 % af stemmerettighederne i selskabet.

Det må nødvendigvis analyseres nærmere, hvad der skal forstås ved netop bestemmende indflydelse. De danske CFC-regler indeholder derved ligeledes regler, der sikrer, at kontroltesten ikke omgås. Det må imidlertid fremhæves, at de danske CFC-regler er baseret på blot en *legal* kontroltest i form af stemmerettigheder, jf. SEL § 32, stk. 6.

6.3.2.1 Formodning for kontrol (RHR)

Som tidligere nævnt dækker denne *legal control* test på hjemmehørendes andel af stemmerettighederne i et datterselskab. En sådan kontrolbetingelse er fastsat til et kriterium, som tager udgangspunkt i koncernbegrebet i SEL § 31 C.²⁸⁴ Et moderselskab med tilhørende datterselskaber indgår herved i en koncern, såfremt der indbyrdes består en bestemmende indflydelse, hvilket vil sige en beføjelse til at styre et datterselskabs økonomiske samt driftsmæssige beslutninger, jf. SEL § 31 C, stk. 1 og 2. Det følger ydermere af SEL § 31 C, stk. 3, at en sådan bestemmende indflydelse består i en formel besiddelse af mere end 50 % af stemmerettighederne i selskabet ved direkte eller indirekte ejerskab. Det udslagsgivende for, om der foreligger et koncernforhold, er altså stemmerettighederne og ikke kapitalandele. Der er dog visse undtagelser til dette; eksempelvis hvis et selskab ejer mere end 50 % af stemmerettighederne i et selskab, men i særlige tilfælde kan påvise, at dette ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse, så vil der ikke være tale om et moderselskab, jf. SEL § 31 C, stk. 3.²⁸⁵

Et selskab som eksempelvis har mindre end 51 % af stemmerettighederne, kan imidlertid godt have bestemmende indflydelse i visse situationer, jf. SEL § 31 C, stk. 4. I Skatterådets bindende svar, *SKM2010.687.SR*, ejede ingen af anpartshaverne mere end 50 % af stemmerne, hvorfor forhåndsformodningen i SEL § 31 C, stk. 3, derfor ikke har relevans. Det skal i stedet for vurderes, hvorvidt der foreligger bestemmende indflydelse som følge af en af de i SEL § 31 C, stk. 4, anførte kriterier. I denne sag blev det gjort

²⁸⁴ Nils Winther-Sørensen m.fl., 2013, s. 323.

²⁸⁵ SKATs juridiske vejledning 2017-1, C.D.3.1.2.2.

gældende, at A ApS udøvede bestemmende indflydelse over C ApS, idet A ApS havde beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan, og dette organ besad den bestemmende indflydelse på selskabet, jf. SEL § 31 C, stk. 4, nr. 3.²⁸⁶ Hertil skal det nævnes, at A ApS var tillagt, ifølge den med B ApS indgåede anpartsoverenskomst, retten til at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i C ApS, hvorfor dette bevirkede, at A ApS tillagdes bestemmende indflydelse over hvert af disse selskaber i C ApS.

Der eksisterer dermed en såkaldt formodningsregel om, at såfremt et moderselskab ejer mere end 50 % af stemmerettighederne i et datterselskab direkte eller indirekte gennem et datterselskab, er der tale om bestemmende indflydelse, undtagen hvis det modsatte klart kan bevises.²⁸⁷ Udgangspunktet er derfor, at der består et moder-datterforhold, hvor moderselskabet besidder mere end 50 % af stemmerettighederne i dattervirksomheden. Derved antages det også, at såfremt et selskab ikke besidder mere end 50 % af stemmerettighederne, så anses selskabet ikke for at udøve bestemmende indflydelse over selskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger.²⁸⁸

I Skatterådets bindende svar, *SKM2009.712.SR*, blev selskabet J A/S dog ikke anset for at have bestemmende indflydelse over selskabet B A/S' driftsmæssige og finansielle ledelse, selvom J A/S direkte eller indirekte ejede 75 % af aktiekapitalen i B A/S, da der var indgået en aktionæroverenskomst med de øvrige aktionærer i B A/S, hvorefter D A/S, som ejede 17,5 % af kapitalen havde retten til at udpege flertallet af bestyrelsen i selskabet.²⁸⁹ Det er selvsagt vigtigt at nævne, at afgørelsen er truffet førend den nuværende koncerndefinition blev indført. Afgørelsen udtrykker imidlertid, jf. SKATs juridiske vejledning²⁹⁰, fortsat gældende praksis. Derved vedrører afgørelsen ikke direkte denne formodningsregel i SEL § 31 C, stk. 3, da denne netop først blev indført senere. Afgørelsen understøtter imidlertid synspunktet om, at manglende kontrol over bestyrelsen kan betyde, at der ikke foreligger bestemmende indflydelse til trods for at ejerskab til flertallet af stemmerettighederne foreligger.²⁹¹ Det følger af forarbejderne til

²⁸⁶ Skatterådets bindende svar, *SKM2010.687.SR*.

²⁸⁷ SKATs juridiske vejledning 2017-1, *C.D.3.1.2.2*.

²⁸⁸ SKATs juridiske vejledning 2017-1, *C.D.3.1.2.2*.

²⁸⁹ Skatterådets bindende svar, *SKM2009.712.SR*, under *SKATs indstilling og begrundelse*.

²⁹⁰ SKATs juridiske vejledning 2017-1, *C.D.3.1.2.2*.

²⁹¹ SKATs synspunkt i Skatterådets bindende svar, *SKM2014.174.SR*, under afsnittet *Begrundelse*.

den ændrede koncerndefinition, at ”der er dog nuanceforskelle mellem den gældende og den foreslåede koncerndefinition, idet det i forslaget tillægges afgørende betydning, hvem der reelt har bestemmende indflydelse i et selskab, uagtet om der formelt besiddes ejerandele.”²⁹² I omtalte sag blev der lagt afgørende vægt på, at majoritetsaktionæren ikke havde retten til at udpege flertal af bestyrelsen i selskabet. Der blev i praksis – før koncerndefinitionen i SEL § 31 C blev ændret – lagt vægt på dette, hvorfor der så meget desto mindre må skulle lægges vægt på dette efter ændringen af koncerndefinitionen; den skulle jo netop øge betydningen af hvem, som reelt har den bestemmende indflydelse.²⁹³

Det er herved klarlagt ovenfor, at SEL § 31 C, bygger på såkaldt faktisk bestemmende indflydelse, hvorfor det må være en konkret vurdering fra sag til sag. Derved er der en formodning for bestemmende indflydelse på mere end 50 % af stemmerne, men der skal i den forbindelse vurderes, hvem der har den bestemmende indflydelse.

6.3.3. Sammenholdelse af koncernbegreber (ARF)

Sammenholder man således koncernbegreberne i henholdsvis ATA-direktivet og i dansk lovgivning ses det tydeligt, at forskellen ligger i retten til at modtage størstedelen af overskuddet i datterselskabet. Dette åbner op for en diskussion af, hvorvidt de danske regler herved kan anses for værende EU-konforme, da ATA-direktivet som bekendt er et minimumsharmoniseringsdirektiv, hvorfor de danske regler ikke må være lempeligere.

Formuleringen i ATA-direktivet synes ud fra ovenstående analyse, at være bredere formuleret, da den ligeledes har den omtalte *economic* kontrol med, hvor kontrol altså også kan være baseret på andel af kapital og ret til at modtage overskud. Sammenholdes dette med det danske koncernbegreb, indeholder den kun en *legal* kontrol – altså i form af stemmerettigheder, hvorved der foreligger bestemmende indflydelse, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem et datterselskab ejer mere end 50 % af stemmerettighederne i et selskab, medmindre det klart kan påvises, at et sådan ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse, jf. SEL § 31 C, stk. 3.

²⁹² Direkte citeret fra forarbejderne, LFB 2009-05-15 nr. 171, ændringsforslag til II. Forslag til lov om ændring af årsregnskabsloven, lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love, til nr. 11.

²⁹³ Skatterådets bindende svar, SKM2014.174.SR, under afsnittet *Begrundelse*.

Det kan dermed diskuteres, hvorvidt de danske regler blot kan ”overføres”, da de derved som udgangspunkt ikke overholder de udstedte regler i dette minimumsdirektiv, som de ellers er forpligtet til. Det er selvsagt vigtigt at erindre, at BEPS *Action 3* er anbefalinger, hvorfor disse ikke umiddelbart er til hinder for, at de danske regler forbliver uændret. Problematikken opstår netop ved, at ATA-direktivet indeholder en *economic* kontroltest samt en *legal* kontroltest i art. 7, stk. 1, litra a. Der kan på den baggrund argumenteres for at det danske koncernbegreb skal udvides til også at omfatte retten til at modtage størstedelen af overskuddet – eller sagt med andre ord, at det danske koncernbegreb skal indeholde en *economic* test.

Denne holdning støttes endvidere af Peter Koerver Schmidt, der til denne problematik anfører, at:

*”In order to be in line with the BEPS recommendations, and in case of Denmark[...], comply with the Directive, an economic ownership test should, therefore, be added.”*²⁹⁴

På trods af, at de danske CFC-regler således bør indføre en *economic* kontrol for at bringe sig i overensstemmelse med ATA-direktivet, kan det diskuteres hvorledes denne ændring skal foretages. Det danske koncernbegreb i SEL § 31 C, henvender sig ikke blot til CFC-regler, men ligeledes til eksempelvis den tvungne danske sambeskatning. Det kan derfor være problematisk, at indrette denne så den fremstår enslydende med ATA-direktivet. Dette er dog en diskussion afhandlingen følger yderligere under afsnittet om de danske CFC-reglers fremtidige udfordringer, jf. afsnit 7.7.1.

6.4. ATA-direktivets fritagelse (ARF)

I forhold til fritagelser og undtagelser til CFC-beskatning synes ATA-direktivets bestemmelser og de danske regler ej heller at stemme overens. Dette kan selvsagt også have en indvirkning på de fremtidige danske CFC-regler, da disse ikke må være lempeligere end hvad tilfældet er i ATA-direktivet. Nedenstående vil netop behandle denne problemstilling, da dette er en essentiel del i forhold til at afdække afhandlingens formål.

²⁹⁴ Peter Koerver Schmidt, 2016, s. 94.

ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, indebærer, at de typer af ikke-udloddet indkomst, som er nævnt deri, skal medregnes. Såfremt denne såkaldte model A anvendes, kan medlemsstaten som tidligere nævnt vælge, at undlade at behandle enheden eller det faste driftssted som et CFC-selskab, såfremt en tredjedel eller mindre af indkomsten udgøres af de indkomsttyper, der er nævnt i ATA-direktivets art. 7, stk. 3, første afsnit. Det følger endvidere, at medlemsstaten kan vælge ikke at behandle finansielle selskaber som CFC-selskaber, hvis en tredjedel eller mindre af enhedens indkomst fra nævnte indkomst kategorier i art. 7, stk. 2, litra a, hidrører fra transaktioner med skattesubjektet eller dets tilknyttede selskaber, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 3, sidste afsnit.

Af hensyn til afhandlingens formål synes det særligt interessant at man i ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit, har valgt at indføre en fritagelse, der sigter på reel etablering. Direktivet foreskriver således, at såfremt CFC-selskabet opfylder betingelserne i henhold til art. 7, stk. 1, skal medlemsstaten i skattegrundlaget medregne de af art. 7, stk. 2, litra a, nævnte indkomster. Dette gælder dog ikke, såfremt enheden eller det faste driftssted udøver en væsentlig økonomisk aktivitet, som understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit. Dette vil altså sige, at såfremt datterselskabet er reelt etableret i en anden EU-medlemsstat, skal selskabet ikke behandles som et CFC-selskab. Hermed går man altså i EU-Domstolens fodspor og følger domskonklusionen i den centrale sag på området for CFC-beskatning – *Cadbury Schweppes*-sagen.

6.4.1. EU-retspraksis og undtagelser (RHR)

I sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, fastslog EF-Domstolen²⁹⁵ at CFC-regler, der begrænser etableringsfriheden, kun kan berettiges hvad angår skatteunddragelse og skatteundgåelse, såfremt reglerne specifikt er rettet mod rent kunstige arrangementer, der har til formål at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning.²⁹⁶

²⁹⁵ EF-Domstolen skiftede navn til Den Europæiske Unions Domstol (EU-Domstol), da Lissabontraktaten trådte i kraft den 1. december 2009. Betegnelsen EF-Domstolen vil imidlertid blive anvendt, hvor der henvises og omtales retspraksis fra før 1. december 2009.

²⁹⁶ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 51.

Cadbury Schweppes-sagen omhandlede en præjudiciel forelæggelse for EF-Domstolen, hvor Domstolen blev bedt om at tage stilling til, hvorvidt UKs CFC-regler var i overensstemmelse med fællesskabsretten.

Cadbury Schweppes Plc ejede gennem dets UKs datterselskab Cadbury Schweppes Overseas Limited 100 % aktier i to irske datterselskaber; henholdsvis Cadbury Schweppes Treasury Services (herefter CSTS) og Cadbury Schweppes Treasury International (herefter CSTI). CSTS' og CSTI's virksomhed bestod i at rejse midler og stille disse midler til rådighed for datterselskaberne i Cadbury Schweppes-koncernen.²⁹⁷ Desuden fremgår det af dommen, at de to datterselskaber blev stiftet i Irland udelukkende af skattemæssige grunde.²⁹⁸

I denne forbindelse er det interessant at få klarlagt, hvorvidt det at stifte og indskyde et selskab i en medlemsstat, hvis eneste formål er, at drage fordel af en fordelagtig skattelovgivning, er misbrug af de friheder, der var indført i daværende EF-traktat. Domstolen fastslog imidlertid, at den omstændighed, at et selskab oprettes i en medlemsstat med det formål at drage en fordel af en mere fordelagtig lovgivning ikke i sig selv er tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger misbrug af etableringsfriheden.²⁹⁹ Dermed er sådanne skattemæssige hensyn acceptable, når et selskab skal etablere sig, og udgør ikke misbrug af etableringsretten.³⁰⁰

Domstolen fastslog først, at den relevante rettighed var retten til frit at etablere sig. Hertil fastslog Domstolen, at dagældende art. 43 og 48 EF (nugældende art. 49 og 54 TEUF) om den fri etableringsret ”[...]skal fortolkes således, at de er til hinder for, at der i beskatningsgrundlaget for et hjemmehørende selskab, der er etableret i en medlemsstat, medregnes overskud, der er optjent af et CFC-selskab i en anden medlemsstat, når disse overskud dér beskattes på et lavere niveau end det, der finder anvendelse i den første stat, medmindre en sådan medregning kun angår rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå den normalt skyldige nationale skat.”³⁰¹

²⁹⁷ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 15.

²⁹⁸ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 16-18.

²⁹⁹ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 37.

³⁰⁰ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 38.

³⁰¹ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 75.

Det fremgår ydermere af dommen, at for at et sådan arrangement foreligger, kræver det 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, ikke er nået til trods for, at fællesskabsrettens betingelser formelt er opfyldt.³⁰² Der nævnes i dommens præmis 64 yderligere, at rent kunstige arrangementer blandt andet kan være tilfældet for et datterselskab, som er et såkaldt postkasse- eller skærmselskab.³⁰³

Ved vurderingen af den skattepligtiges adfærd skal der tages hensyn til det formål, der forfølges med etableringsfriheden.³⁰⁴ Formålet med etableringsfriheden er, at åbne mulighed for, at en statsborger i en medlemsstat kan foretage sekundær etablering i en anden medlemsstat for at udøve sin virksomhed dér og således inden for EU, at begunstige det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed.³⁰⁵ I dette henseende har etableringsfriheden således til formål, at give en fællesskabsstatsborger mulighed for på en stabil og vedvarende måde, at kunne deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen, og ligeledes få fordel heraf.³⁰⁶

Det følger derved af *Cadbury Schweppes*-dommen, at oprettelsen af CFC-selskabet skal svare til reel etablering³⁰⁷, som faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed i værtsmedlemsstaten. Dette skal konstateres på baggrund af objektive omstændigheder, der kan efterprøves af tredjemand, angående blandt andet graden af CFC-selskabets fysiske eksistens henset til lokaler, personale og udstyr.³⁰⁸

På baggrund af ovenstående gennemgang af *Cadbury Schweppes*-dommen, må det antages, at ATA-direktivets fritagelse i art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit, beror på netop Domstolens domskonklusion, der blandt andet på grundlag af medtagne præmisser ovenfor, kender for ret, at:

³⁰² Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 64.

³⁰³ Med henvisning til sag C-341/04, *Eurofood*, præmis 35.

³⁰⁴ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 52.

³⁰⁵ Sag C.196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 53.

³⁰⁶ Sag C-55/94, *Gebhard*, præmis 25.

³⁰⁷ For en yderligere gennemgang af begrebet reel etablering henvises til afhandlingens afsnit 7.3.1.

³⁰⁸ Thomas Rønfeldt, *Skatteværn og EU-frihed*, s. 363.

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

Domskonklusionen synes altså at være i overensstemmelse med ATA-direktivet, der ligeledes fremfører, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, når CFC-selskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, som understøttes af såvel personale, som udstyr, aktiver og lokaler – altså er reelt etableret. Det nævnes ydermere, at CFC-selskabets indkomst beregnes i overensstemmelse med armslængdeprincippet³⁰⁹, jf. ATA-direktivets art. 8, stk. 2, sidste pkt.

6.4.2. Undtagelse til fritagelsen (ARF)

ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit, foreskriver, at medlemsstaterne kan vælge at undlade ovenstående fritagelse, såfremt CFC-selskabet er hjemmehørende eller beliggende i et tredjeland, der ikke er part i EØS-aftalen:

”Hvis det kontrollerede udenlandske selskab er hjemmehørende eller beliggende i et tredjeland, der ikke er part i EØS-aftalen, kan medlemsstaterne beslutte at undlade at anvende foregående afsnit.”³¹⁰

³⁰⁹ Dette er et princip om, at interesseforbundne parter ved skatteopgørelse skal anvende priser og vilkår for deres transaktioner, der svarer til de priser og vilkår, uafhængige parter ville fastsætte for tilsvarende transaktioner, jf. *Bo von Eyben*, Juridisk ordbog.

³¹⁰ Jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit.

Denne undtagelse synes yderest relevant at beskæftige sig med set i forhold til de traktatfæstede frihedsrettigheder. Som det fremgår af ovenstående har man i ATA-direktivet forsøgt at bringe sig i overensstemmelse med etableringsfriheden ved netop at indføre fritagelsen, der sigter på reel etablering. Ved at indføre denne undtagelse vil man reelt set stadig være i overensstemmelse med etableringsfriheden, da denne ikke kan gøres gældende overfor tredjelande. Det er dog problematisk, henset til ATA-direktivets koncernbegreb, at denne som nævnt indebærer retten til at modtage overskud. Herved kan der opstå spørgsmål i forhold til kapitalens fri bevægelighed, da denne netop kan gøres gældende overfor tredjelande. Det synes dermed problematisk, at direktivets undtagelse til fritagelsen vedrører tredjelande. Dette er dog en diskussion afhandlingen vil behandle yderligere i afsnit 7.6., nedenfor.

6.5. De danske undtagelser (RHR)

Der er allerede redegjort for de danske undtagelser i afsnit 2.5.1., der er nævnt i SEL § 32, hvorefter CFC-reglerne ikke finder anvendelse, såfremt disse undtagelser er opfyldt. Undtagelserne vil dog blive fremhævet igen i nærværende analyse, da de danske undtagelser ikke er enslydende med ATA-direktivets undtagelser vedrørende CFC-beskatning.

Det følger heraf, at følgende investeringer er undtaget fra CFC-beskatning for moderselskabet, selv om kravet om kontrol er opfyldt.

For det første finder reglerne ikke anvendelse, hvis moderselskabet har valgt international sambeskatning med datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 2, 1. pkt. Moderselskabet omfattes ej heller af CFC-beskatning, hvis selskabet er omfattet af en skyggesambeskatning.³¹¹ Her ville CFC-beskatning ikke tjene et egentligt formål, da den internationale sambeskatning netop gør, at indkomsten i datterselskabet – altså CFC-selskabet – medregnes i den danske sambeskatning.

For det andet finder reglerne ikke anvendelse for moderselskabets beholdning af aktier eller investeringsbeviser, som er omfattet af ABL § 19, hvilket følger af SEL § 32, stk. 1, nr. 3. Sådanne værdipapirer er underlagt såkaldt lagerbeskatning, som omfatter både realiserede og urealiserede værdiændringer i årets løb. Hos moderselskabet beskattes eventuelle udbytter fra investeringsselskaber som almindelige aktieudbytter. Var dette

³¹¹ Kjeld Bergenfelt, 2016, s. 301.

ikke tilfældet ville der indtræde en dobbeltbeskatning af datterselskabets indkomst; i så fald først beskatning via aktiebesiddelsen efter ABL § 19, dernæst med beskatning efter SEL § 32.³¹²

For det tredje finder CFC-reglerne ikke anvendelse, hvis moderselskabets aktier i datterselskabet ejes gennem en juridisk person, der beskattes efter reglerne i SEL § 13 F, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 4. Bestemmelsen i SEL § 32, stk. 1, nr. 4 tager specifikt højde for livsforsikringsselskabernes mulighed for at opgøre den skattepligtige indkomst af selskabets investeringer efter disse særlig regler³¹³; regler som ikke vil blive berørt nærmere i nærværende afhandling grundet dens omfang, men det skal blot tilføjes, at dette gøres for at undgå, at den samme indkomst beskattes to gange hos livsforsikringsselskabet. Nemlig direkte via værdistigningen samt indirekte via CFC-beskatningen, hvilket også er gældende for moderselskabets investering i investeringsselskaber omfattet af ABL § 19.

6.6. Aktuelle forskelle (ARF)

Med de danske undtagelser til CFC-beskatning ses det således, at disse ikke er enslydende med, hvad der fremgår af ATA-direktivet. Dette synes dog ikke at udgøre et problem i forhold til at være i overensstemmelse med ATA-direktivet. At koncernen har valgt international sambeskatning udgør ikke en lempeligere regel end hvad der er foreskrevet i direktivet. Dette bevirker således blot, at det potentielle CFC-selskab alligevel vil blive sambeskattet med moderselskabet, hvorfor en egentlig CFC-beskatning ikke er nødvendig.

Under hensyntagen til at modvirke dobbeltbeskatning synes det ej heller, at udgøre et egentligt problem i forhold til at være i overensstemmelse med ATA-direktivet, at de danske CFC-regler har undtagelser, der sigter herimod. Direktivet har i art. 8, stk. 5 og 6, lignende bestemmelser der sigter på at modvirke dobbeltbeskatning. Dermed synes det ikke, på trods af ikke enslydende bestemmelser, at udgøre en egentlig uoverensstemmelse mellem de danske CFC-regler og ATA-direktivets bestemmelser. Det er netop direktivets formål at sikre, at medlemsstaterne har regler til bekæmpelse af metoder til skatteunddragelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion, hvorfor bestemmelser der sigter på at modvirke dobbeltbeskatning ikke udgør en trussel

³¹² Kjeld Bergenfelt, 2016, s. 302.

³¹³ Kjeld Bergenfelt, 2016, s. 302.

i forhold til at opretholde direktivets formål. Der vil på den baggrund i afhandlingen ikke blive fokuseret yderligere på hvorvidt de danske undtagelser til CFC-beskatning er i overensstemmelse med ATA-direktivet.

Af hensyn til denne afhandlings problemstilling synes det derimod interessant, at fokusere på fritagelsen omhandlende reel etablering, der er foreskrevet i ATA-direktivet. De danske regler indeholder ikke en sådan fritagelse, hvilket de reelt set heller ikke er nødsaget til, da en sådan fritagelse må anses som værende mere lempelig set i forhold til de danske CFC-regler. Dette begrundes selvsagt med, at de danske CFC-regler gerne må være strengere end hvad der fremgår af ATA-direktivet, henset til ovenstående diskussion vedrørende minimumsharmonisering. Det kan dog diskuteres, hvorvidt de fremtidige danske CFC-regler bør indføre netop omtalte fritagelse, da den som nævnt følger domskonklusionen i *Cadbury Schweppes*-sagen. På den baggrund vil de danske CFC-regler i så fald bringe sig i overensstemmelse med etableringsfriheden. Dette vil afhandlingen dog uddybe nærmere i afsnit 7.7.2., nedenfor.

6.7. Sammenfatning (RHR)

Det er først og fremmest ud fra ovenstående analyse og diskussion af, hvorvidt valget af et minimumsdirektiv stemmer overens med formålet bag indførelsen, samt de dertilhørende principper, blevet klarlagt, at dette valg stemmer overens med subsidiaritetsprincippet og proportionalitetsprincippet, da et sådan minimumsdirektiv skal foretrækkes, hvor dette er fyldestgørende til at opnå det ønskede mål.

Det er derudover ud fra ovenstående analyse og diskussion fremhævet, at der er visse forskelle mellem de danske CFC-undtagelser samt ATA-direktivets undtagelse, hvilket imidlertid ikke synes at skabe nogle problemer, da disse ikke synes at medføre, at de danske CFC-regler kan antages at være i uoverensstemmelse med ATA-direktivets CFC-regler.

Det må imidlertid anses for værende problematisk, at de danske CFC-regler synes at være lempeligere end ATA-direktivet vedrørende de danske reglers manglende *economic* kontrol i koncernbegrebet, der må skulle tilføjes til de danske regler. Derudover må det antages at være problematisk, at de danske regler ikke har en lignende fritagelse som den, der følger af ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit. Denne fritagelse må anses som værende indsat i direktivet som en direkte konsekvens af

Cadbury Schweppes-sagen, hvorfor de danske CFC-regler ligeledes bør indføre denne for at bringe sig i overensstemmelse med *Cadbury Schweppes*-sagen, og dermed også etableringsfriheden.

De danske regler står således over for nogle udfordringer, når de skal implementere ATA-direktivet, da dette minimumsdirektiv fungerer som den "nedre grænse" for hvor lempelige CFC-regler Danmark må anvende. Omvendt må de selvsagt ikke stride imod frihedsrettigheder, der udgør det "øvre loft". I forhold til den fremtidige udformningen af de danske CFC-regler skal der tages nogle konsekvente valg for at bringe sig i overensstemmelse med ATA-direktiv og frihedsrettighederne. Denne diskussion følger af nedenstående afsnit 7.7., om de danske CFC-reglers fremtidige udfordringer.

Kapitel 7 – ATA-direktivet og de danske reglers forhold til frihedsrettighederne

7.1. Introduktion til kapitlet (ARF)

I følgende kapitel vil frihedsrettighederne blive sat op imod CFC-lovgivningen. Det vil blive diskuteret i hvilken grad specielt etableringsfriheden har spillet en rolle i forbindelse med EU-medlemsstaternes CFC-lovgivning – herunder navnlig den centrale EU-dom på området, sag C-194/04, *Cadbury Schweppes*.

Derudover vil sammenspillet mellem frihedsrettighederne blive analyseret, hvor det specielt er relevant at se på afgrænsningen mellem etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed. Baggrunden for denne diskussion skal ses i lyset af indførslen af ATA-direktivet, der som nævnt indeholder bestemmelser, hvorved kapitalens fri bevægelighed kan udfordres.

Ydemere vil der kortfattet blive diskuteret, hvorvidt de danske CFC-regler eventuelt stadig strider mod frihedsrettighederne efter ændringen af CFC-reglerne som følge af *Cadbury Schweppes*-sagen, eller hvorvidt ændringen har ført til nye problemstillinger.

Dernæst følger en for afhandlingen central diskussion vedrørende ATA-direktivets forenelighed med EU-retten, hvori ovenstående analyse ligeledes vil blive inddraget for at klarlægge foreneligheden.

Afsnittet afrundes ved at diskutere, hvilke udfordringer de danske CFC-regler står over for henset til indførslen af ATA-direktivet samt i forbindelse med overholdelse af frihedsrettighederne.

7.2. Frihedsrettigheder og CFC (RHR)

Det klare udgangspunkt for skatteydere er, at de frit kan udnytte mere fordelagtige skatteregler i en anden medlemsstat ved eksempelvis at placere aktiviteter dér.³¹⁴ Dette betyder blandt andet, at en medlemsstat ikke umiddelbart har ret til at indføre foranstaltninger af diskriminerende karakter i forbindelse med udflytning af kapital til et lavere beskattet land.³¹⁵ Dette er som ovenfor nævnt kun et udgangspunkt, idet EU-Domstolen i flere tilfælde har statueret, at værneregler, der udgør en hindring for en af

³¹⁴ *Peter Koerver Schmidt*, 2013, s. 434.

³¹⁵ Jf. sag C-9-02, *Lesteyrie du Saillant*, præmis 50.

frihedsrettighederne i visse situationer kan opretholdes – eksempelvis som følge af, at værnereglen alene sigter på rent kunstige arrangementer.³¹⁶

Hvad angår overholdelse af CFC-lovgivningen i henhold til EU-frihedsrettighederne er det som nævnt navnlig etableringsfriheden samt kapitalens fri bevægelighed, der er relevante.

Af retspraksis kan det udledes, at etableringsfriheden er den hyppigst anvendte frihedsrettighed³¹⁷, men når en situation involverer et tredjeland, eller hvor der ikke udgøres bestemmende indflydelse, vil også kapitalens fri bevægelighed blive relevant.³¹⁸ Derudover er der med indførslen af ATA-direktivet lagt op til en yderligere inddragelse af kapitalens fri bevægelighed – specielt henset til ovenfor diskuterede problemstilling vedrørende kontrolbegrebet samt undtagelsen til fritagelsen i direktivets art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit. Dette vil blive diskuteret nærmere, jf. afsnit 7.6., nedenfor.

7.3. CFC-beskatning og etableringsfriheden (ARF)

Helt grundlæggende har det grænseoverskridende element ved CFC-selskaber stor indvirkning i forhold til frihedsrettighederne. Det faktum at et selskab i én medlemsstat vælger, at etablere et datterselskab i en anden medlemsstat, vil selvsagt berøre etableringsfriheden, idet denne frihed netop omfatter retten til på en stabil og vedvarende måde at kunne deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat. Ved at have skatteregler, der begrænser denne frihed, og dermed stille restriktioner for etablering i en anden medlemsstat, vil det således påvirke incitamentet til at etablere sig i en anden medlemsstat.

Denne diskussion gjorde sig som tidligere nævnt også gældende i den helt centrale EU-dom om CFC-lovgivning, sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Her anførte Domstolen, at selvom traktatbestemmelserne om etableringsfriheden ifølge deres ordlyd skal sikre national behandling i værtsmedlemsstaten, indebærer de samtidig et forbud mod, at oprindelsesmedlemsstaten lægger hindringer i vejen for, at deres statsborgere etablerer

³¹⁶ Jf. eksempelvis sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 55 og sag C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, præmis 74.

³¹⁷ Jf. eksempelvis sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 33, sag C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, præmis 73 og sag C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, præmis 34.

³¹⁸ Der følger en mere dybdegående analyse af afgrænsningen mellem etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, jf. afsnit 7.4., nedenfor.

sig i en anden medlemsstat, eller at et selskab, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning, gør det.³¹⁹ Domstolen pointerede derefter, at det var ubestridt, at CFC-lovgivningen indebar en forskellig behandling af hjemmehørende selskaber afhængigt af beskatningsniveauet for det selskab, hvori de ejede en andel, der sikrede dem kontrollen med dette.³²⁰ Hermed var der en klar forskelsbehandling, idet CFC-lovgivningen begrænsede friheden til at etablere sig i en anden medlemsstat, hvilket ligeledes kunne være medvirkende til at fjerne incitamentet til netop at etablere sig uden for landets grænser. Denne betragtning anførtes ligeledes af Domstolen, som gjorde gældende, at denne forskelsbehandling skabte en skattemæssig ulempe for det hjemmehørende selskab, som var omfattet af CFC-lovgivningen.³²¹

Domstolen kom da også frem til, at den særlige skattemæssige behandling, der følger af CFC-lovgivningen, og den ulempe, der følger heraf for de hjemmehørende selskaber, der har et datterselskab, der i en anden medlemsstat, beskattes på et lavt niveau, hindrer udøvelsen af etableringsfriheden for disse selskaber ved at afholde dem fra at oprette, erhverve eller opretholde et datterselskab i en medlemsstat, hvori dette beskattes på en sådant lavt niveau.³²² CFC-reglerne udgjorde dermed en hindring for etableringsfriheden som omhandlet i daværende art. 43 EF og 48 EF (nuværende art. 49 TEUF og 54 TEUF).

I relation hertil skal en anden sag fra EU-Domstolen vedrørende CFC-beskatning retfærdigvis nævnes. I sag C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, besvarede Domstolen de spørgsmål, der omhandlede CFC-reglernes forenelighed med etableringsfriheden under henvisning til Domstolens betragtninger i *Cadbury Schweppes*-sagen.³²³ På den baggrund kunne Domstolens betragtninger i *Cadbury Schweppes* altså overføres direkte i *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, hvorfor nærværende afhandling ikke vil tage yderligere stilling til den denne sag.

Cadbury Schweppes-dommen har uden tvivl haft stor betydning for den nuværende udformning af CFC-lovgivning i en række medlemslande, herunder også Danmark. I

³¹⁹ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 42.

³²⁰ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 43.

³²¹ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 45.

³²² Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 46.

³²³ Jf. sag C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, præmis 71.

Danmark valgte man dog at ændre CFC-reglerne på en lidt anden måde end nogle af de andre medlemslande. For at modvirke, at de danske CFC-regler hindrede udøvelsen af etableringsfriheden, og dermed undgå forskelsbehandling, valgte man blandt andet at strukturere reglerne således, at man udvidede anvendelsesområdet til potentielt at kunne omfatte alle datterselskaber, uanset hvor de var hjemmehørende.³²⁴ Dette havde selvsagt den betydning, at der dermed kan indtræde CFC-beskatning af alle datterselskaber, uanset om datterselskabet er beliggende i Danmark eller udlandet.³²⁵ Baggrunden herfor var følgelig, at CFC-beskatningen ikke skulle indeholde en ulovlig diskrimination eller restriktion.³²⁶

Mange af de andre medlemsstater, herunder blandt andet Tyskland, Italien, Spanien m.fl.³²⁷, valgte at følge *Cadbury Schweppes*-dommen mere specifikt i forhold til en af dommens helt centrale elementer, ved at indføre regler, der bevirker, at CFC-beskatning skal udelukkes, når det på baggrund af objektive omstændigheder kan konstateres, at datterselskabet svarer til reel etablering.³²⁸ Medlemsstaterne har således indført regler, som undtager indkomst i datterselskaber i andre medlemsstater fra CFC-beskatning, når det kan påvises, at der er tale om reel etablering – eller sagt med andre ord, når datterselskabets aktivitet ikke udgør et rent kunstigt arrangement eller lignende.

7.3.1. Reel etablering (RHR)

Et af de helt centrale forhold i *Cadbury Schweppes*-dommen var netop betragtningen om, hvorvidt CFC-reglernes hindring af den fri etableringsret var begrundet i tvingende almene hensyn. Her fremhævede Domstolen blandt andet, at en national foranstaltning, der begrænser den fri etableringsret, kan være begrundet, når det specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning – altså som ikke svarer til reel etablering.³²⁹ Ved denne vurdering anførte Domstolen, at der skal tages særligt hensyn til formålet med etableringsfriheden – nemlig at give en fællesskabsstatsborger mulighed for på en vedvarende måde at kunne deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat med det formål at opnå en fordel

³²⁴ Jf. lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 2.2, L 213 2006/2007.

³²⁵ *Michael Kirkegaard Nielsen*, SU.2007.236.

³²⁶ *Michael Kirkegaard Nielsen*, SU.2007.236.

³²⁷ *Peter Koerver Schmidt*, 2013, s. 443, note 70.

³²⁸ *Peter Koerver Schmidt*, 2013, s. 443.

³²⁹ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 51.

heraf.³³⁰ Derudover angav Domstolen, at begrebet etablering forudsætter, at det pågældende selskab faktisk befinder sig i værtsmedlemsstaten og at der rent faktisk udøves virksomhed dér.³³¹ Det er dermed Domstolens opfattelse, at oprettelsen af et datterselskab i en anden medlemsstat skal svare til en reel etablering, der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed, samt at dette forhold skal være konstaterbart.³³²

På trods af at Domstolen anførte, at oprettelsen af et datterselskab i en anden medlemsstat skal svare til en reel etablering, og dermed ikke blot være et rent kunstigt arrangement, kommer Domstolen ikke med en yderligere præcisering af, hvad der ligger i en sådan reel økonomisk virksomhed. Det forekommer dog logisk, at en sådan vurdering skal ske på grundlag af objektive omstændigheder – altså at datterselskabet har en etableret faktisk erhvervsaktivitet i den anden medlemsstat i modsætning til blot at have et såkaldt postkasse-selskab.³³³ Det faktum at Domstolen ikke klart præciserer hvornår, der foreligger et rent kunstigt arrangement kan fremstå problematisk, også selvom Domstolen som nævnt udtaler, at reel etablering skal kunne konstateres på baggrund af objektive omstændigheder, angående blandt andet graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr.

I dansk ret afstod man således fra at indrette CFC-reglerne for selskaber efter dette kriterium, da man mente det kunne give anledning til store problemer i praksis.³³⁴

Med indførslen af ATA-direktivet står man nu med problemet igen, i og med der heri netop er indført en sådan bestemmelse vedrørende reel etablering³³⁵, hvilket ikke stemmer overens med den nuværende danske CFC-lovgivning for selskaber.

Netop det faktum at ATA-direktivet indeholder en bestemmelse omhandlende reel etablering, med en sammenhængende undtagelse hertil³³⁶, rejser igen spørgsmålet i forhold til EU-frihedsrettighederne. ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit, foreskriver, at der ikke kan ske CFC-beskatning, når CFC-selskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler,

³³⁰ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 52 og 53.

³³¹ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 54.

³³² Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 67-70.

³³³ *Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen*, 2008, s. 541, note 30.

³³⁴ *Karsten Engsig Sørensen*, SU.2008.84.

³³⁵ Jf. ATA-direktivet, art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit.

³³⁶ Jf. ATA-direktivet, art. 7, stk. 2, litra a, 3. afsnit.

som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder. Sagt med andre ord foreskriver ATA-direktivet dermed, at såfremt selskabet er reelt etableret, kan der ikke CFC-beskattes. Det er interessant i denne sammenhæng i forhold til frihedsrettighederne, at ATA-direktivet har en undtagelse til netop beskrevne regel om reel etablering. Det følger nemlig af art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit, at såfremt CFC-selskabet er beliggende i et tredjeland, der ikke er part i EØS-aftalen, kan medlemsstaterne beslutte ikke at anvende foregående afsnit. Dette betyder således, at det ikke har nogen betydning for CFC-beskatningen, at CFC-selskabet er reelt etableret i tredjelandet hvis medlemsstaten har valgt at undlade at anvende fritagelsen. Dette synes umiddelbart at kollidere med EU-frihedsrettigheden omhandlende kapitalens fri bevægelighed, da denne netop finder anvendelse i forhold til tredjelande. Derudover synes det problematisk at man i forhold til de CFC-regler, der er i direktivet, har en bestemmelse om, hvis moderselskabet har retten til at modtage mere end 50 % af overskuddet fra datterselskabet, så kan der statueres CFC-beskatning. Denne betingelse betyder dermed, at man godt kan få tildelt udbytterettigheder uden at kontrollere selskabet, hvilket muliggør anvendelsen af kapitalens fri bevægelighed.

Helt grundlæggende ligger ATA-direktivet således imidlertid op til en generel diskussion vedrørende afgrænsningen mellem netop nævnte kapitalfrihed samt etableringsfriheden, der som udgangspunkt har haft størst indvirkning i forhold til CFC-lovgivning. Dette giver dermed anledning til en analyse af forholdet mellem etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, jf. nedenstående afsnit.

7.4. Etableringsfriheden og kapitalens frie bevægeligheds indbyrdes forhold (ARF)

Når et moderselskab har bestemmende indflydelse i et datterselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, kan spørgsmålet opstå om hvorvidt etableringsfriheden, de frie kapital bevægelser eller begge friheder kan påberåbes af skatteydere for at udfordre national lovgivning for overtrædelse af traktaten. Det er interessant at se på, om der er en prioriteret rækkefølge mellem disse friheder, specielt henset til det faktum, at anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om kapitalens fri bevægelighed, i modsætning til etableringsfriheden, ikke er begrænset til transaktioner mellem medlemslandene, men derimod finder anvendelse på enhver

grænseoverskridende kapitalbevægelse, der blot involverer én medlemsstat.³³⁷ Derudover er det i modsætning til den frie etableringsret, hvor det er en person eller et selskab, der ønsker at *etablere* sig, der er beskyttet, er det *kapitalen*, der er beskyttet i henhold til art. 63 TEUF om kapitalens fri bevægelighed.³³⁸ Det er dermed ikke blot anvendelsesområdet, der er forskelligt i forhold til etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed – men ligeledes beskyttelsens omfang.

Den indbyrdes afgrænsning mellem etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed har ved flere lejligheder været prøvet af EU-Domstolen. Dette har ført til en – som udgangspunkt – fast skabelon for prøvelsen af, om en given national skatteregel, som udgør en potentiel krænkelse af EU-retten, skal bedømmes efter art. 49 TEUF eller efter art. 63 TEUF.³³⁹ Når EU-Domstolen principielt anvender samme fremgangsmåde ved vurderingen af skatteregler i relation til etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed indebærer det således, at nationale regler, der diskriminerer grænseoverskridende transaktioner over for nationale transaktioner, alene kan opretholdes, såfremt reglerne er begrundet i tvingende almene hensyn samt i overensstemmelse med det EU-retlige proportionalitetsprincip.³⁴⁰

Det er interessant at se på hvordan denne indbyrdes afgrænsning har udviklet sig igennem retspraksis.

I sagen C-251/98, *Baars*, fastlagde EU-Domstolen principperne for den indbyrdes afgrænsning mellem etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, og udtalte i den forbindelse, at det afgørende moment for udøvelsen af etableringsfriheden var, om skatteyderen var indehaver af en kapitalandel i et selskab i en anden medlemsstat, der gav ham en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at han kunne træffe afgørelse om dets drift.³⁴¹ EU-Domstolen lagde altså vægt på de faktiske omstændigheder i forbindelse med afgrænsningen af frihedsrettighederne. Nyere retspraksis har dog vist en tendens til at fokusere mere på formålet med den nationale lovgivning i forbindelse med afgrænsningen.

³³⁷ *Martin Poulsen*, SR.2016.405.

³³⁸ *Thomas Rønfeldt*, 2010, s. 283.

³³⁹ *Anders Nørgaard Laursen*, RR.SM.0220.17.

³⁴⁰ *Martin Poulsen*, SR.2016.405.)

³⁴¹ Sag C-251-98 *Baars*, præmis 22.

Dette var som ovenfor nævnt eksempelvis tilfældet i *Cadbury Schweppes*-sagen. Her pointerede Domstolen, at nærværende sag vedrørte CFC-lovgivningens beskatning af datterselskaber beliggende uden for Det Forenede Kongerige, hvori det hjemmehørende selskab ejede andele, der sikrede det kontrollen med datterselskaberne.³⁴² Lovgivningen skulle dermed undersøges med hensyn til art. 49 TEUF³⁴³ om den fri etableringsret. Dette havde således den betydning, at forhold vedrørende kapitalens fri bevægelighed ikke kunne begrunde en selvstændig undersøgelse, da restriktive virkninger herfor er uundgåelige konsekvenser af en eventuel hindring af etableringsfriheden.³⁴⁴ Dermed havde lovens formål altså betydning for afgrænsningen mellem etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed samtidig med, at også det faktum, at der var tale om bestemmende indflydelse udgjorde en væsentlig betydning.³⁴⁵ Dette gjorde sig ligeledes gældende i sag C-446/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, hvor der også blev taget stilling til den indbyrdes afgrænsning, under henvisning til blandt andet *Cadbury Schweppes*-sagen.

I forbindelse med ovenstående har EU-Domstolen ligeledes, vedrørende diskriminerende behandling af udbytte, anvendt lovens formål som baggrund for en samtidig anvendelse af både etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed. Dette var blandt andet tilfældet i sag C-157/05, *Holböck*, hvor spørgsmålet også omhandlede, hvorvidt en national lovgivning henhører under den ene eller den anden bestemmelse om fri bevægelighed. Domstolen annførte således, i lighed med de ovenfor nævnte afgørelser, at det var nødvendigt, at inddrage formålet med den nationale lovgivning til at klarlægge spørgsmålet.³⁴⁶ Domstolen udtalte dog derefter, at i modsætning til hvad var tilfældet i ovenfor nævnte sager, *Cadbury Schweppes* og *Thin Cap*, fandt den nationale lovgivning ikke kun anvendelse på kapitalinteresser med mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse på beslutningerne i et selskab samt for at træffe afgørelse om selskabets drift.³⁴⁷ Hermed konstaterede Domstolen således, at uagtet aktionærens kapitalandel i det udloddende selskab kunne den nationale lovgivning både

³⁴² Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 32.

³⁴³ Duværende art. 43 EF og 48 EF.

³⁴⁴ Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 32.

³⁴⁵ Jf. hertil også *Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen*, 2008, s. 676.

³⁴⁶ Sag C-157/05, *Holböck*, præmis 22.

³⁴⁷ Sag C-157/05, *Holböck*, præmis 23.

henføres under etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed. Hvad angik etableringsfriheden, fastlagde Domstolen, at denne frihed ikke kunne påberåbes, da der var tale om et tredjeland.³⁴⁸ Derudover fastlagde Domstolen yderligere, under henvisning til art. 57, stk. 1 EF (nuværende art. 64, stk. 1 TEUF), at bestemmelserne om kapitalens fri bevægelighed ej heller kunne påberåbes.³⁴⁹

Der har i praksis været tvivl om hvor stor en procentdel af ejerskab, der kan anses for at give ret til at træffe afgørelser om selskabets drift, hvilket har været medvirkende til, at det ikke er helt afklaret, hvornår reglerne om kapitalens fri bevægelighed eller etableringsfriheden finder anvendelse.³⁵⁰ EU-Domstolen har dog i sagen C-282/12, *Intelcar*, taget stilling til spørgsmålet om ejerandel. Sagen omhandlede et portugisisk selskabs gæld til et selskab i et tredjeland. Det portugisiske selskab havde på baggrund af de nationale rentefradragsbegrænsningsregler mistet retten til at fradrage en del af sine renteudgifter. Domstolen tog i den forbindelse stilling til spørgsmålet om, hvorvidt det portugisiske selskab kunne påberåbe sig art. 63 TEUF om retten til fri etablering, og udtalte specifikt om ejerandelen, følgende:

”Selv hvis det antages, at anvendelsen af den i hovedsagen omhandlede lovgivning begrænses til situationer vedrørende forbindelser mellem et låntagende selskab og et långivende selskab, der ejer en del på mindst 10 % af kapitalen eller stemmerettighederne i det første selskab, eller mellem selskaber, hvori samme indehavere besidder en sådan deltagelse, som det er fastsat i CIRC’s art. 58, stk. 4, litra a) og b), bemærkes, at en deltagelse af en sådan størrelse ikke nødvendigvis medfører, at indehaveren af en sådan deltagelse udøver en klar indflydelse på beslutningerne i det selskab, hvori han er aktionær (jf. i denne retning dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 20, og af 12.12.2006, sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Sml. I, s. 11753, præmis 58).”³⁵¹ (vores fremhævning).

³⁴⁸ Sag C-157/05, *Holböck*, præmis 28. Det var således kun af denne grund at etableringsfriheden ikke kunne påberåbes.

³⁴⁹ Sag C-157/05, *Holböck*, præmis 45.

³⁵⁰ *Martin Poulsen*, SR.2016.405

³⁵¹ Sag C-282/12, *Intelcar*, præmis 22.

Herefter udtalte Domstolen, at et hjemmehørende selskab kan påberåbe sig traktatens bestemmelser om frie kapitalbevægelser for at anfægte den portugisiske lovgivnings lovlighed uafhængigt af, om det långivende selskab fra et tredjeland besidder en kapitalandel i selskabet eller størrelsen af en sådan deltagelse.³⁵²

Dermed indikerer *Intelcar*-dommen, at nationale skatteregler, som finder anvendelse, når en skatteyder har en kapitalandel på mindst 10 %, og dermed ikke pr. definition skal henføres til art. 49 om etableringsfrihed. Det er dog her værd at bemærke, at Domstolen allerede i dommens præmis 16 fastslog, at det var tilstrækkeligt kun at undersøge den portugisiske lovgivnings formål med henblik på at vurdere, hvorvidt den skattemæssige behandling heraf kunne henføres under bestemmelserne om frie kapitalbevægelser.³⁵³

Domstolen lagde her vægt på, at traktatens regler vedrørende etableringsfriheden ikke indeholder bestemmelser, som udvider anvendelsesområdet til tredjelande, hvorfor lovgivningen ikke kunne henføres under art. 49 TEUF (daværende art. 43 EF).³⁵⁴

Afgrænsningen mellem etableringsfriheden og den fri bevægelighed for kapital i relation til tredjelande vil blive uddybet yderligere i henhold til *SECIL*-dommen³⁵⁵, som fremgår nedenfor.

EU-Domstolen har ligeledes præciseret forholdet mellem etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed i sag C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (herefter *FII 2*). Her argumenterede Domstolen for – under henvisning til blandt andet *Cadbury Schweppes* og *Thin Cap* – at det ved vurderingen af, om den nationale lovgivning hører under den ene eller den anden bestemmelse, følger af fast retspraksis, at det er nødvendigt, at inddrage formålet med den pågældende lovgivning.³⁵⁶ Herefter præciserede Domstolen, at en national lovgivning, der kun finder anvendelse på kapitalinteresser, der giver mulighed for at udøve klar bestemmende indflydelse i et selskab, henhører under anvendelsesområdet for art. 49 om etableringsfriheden.³⁵⁷ Modsat argumenterede Domstolen for, at nationale bestemmelser, der finder anvendelse på kapitalandele erhvervet med det ene formål, at investere uden at ville opnå

³⁵² Sag C-282/12, *Intelcar*, præmis 23.

³⁵³ Sag C-282/12, *Intelcar*, præmis 16, 1. pkt.

³⁵⁴ Sag C-282/12, *Intelcar*, præmis 16, 2. pkt.

³⁵⁵ Sag C-464/14, *SECIL*.

³⁵⁶ Sag C-35/11, *FII 2*, præmis 90.

³⁵⁷ Sag C-35/11, *FII 2*, præmis 91.

bestemmende indflydelse, derimod skulle vurderes på baggrund af de frie kapitalbevægelser.³⁵⁸ Dermed synes retspraksis at gå i en retning af, at det ikke er relevant at se på den konkrete ejerandel, men i stedet at vurdere formålet med de nationale regler i henhold til kapitalens fri bevægelighed.

Denne retsopfattelse blev gentaget i sag C-47/12, *Kronos International Inc*, under henvisning til blandt andet *FII 2*. Her blev det også slået fast, at det for det første er nødvendigt, at inddrage formålet med den nationale lovgivning i forbindelse med at henhøre denne til enten etableringsfriheden eller kapitalens fri bevægelighed.³⁵⁹ Derudover fulgte EU-Domstolen argumentationen i sag C-35/11, *FII 2*, vedrørende afgrænsningen af frihedsrettighederne.³⁶⁰

I sag C-464/14, *SECIL*, gentog Domstolen endnu en gang de argumenter, der ligeledes var blevet brugt i *FII 2*³⁶¹ og *Kronos International Inc*³⁶².

Sagen vedrørte investeringer fra et portugisisk selskab (SECIL) i Tunesien og Libanon. SECIL er et portugisisk hjemmehørende selskab med datterselskaber i både Tunesien og Libanon, hvoraf ingen af disse lande selvsagt er medlem af EU eller EØS. Ifølge den portugisiske selskabsskattelovgivning, jf. *SECIL*, præmis 9, der var gældende for det i sagen omhandlende (2009), ville indenlandske udbytter, og udbytter fra EU og EØS-medlemsstater drage fordel af enten et integreret eller delvist fradrag.³⁶³ Dette fradrag fandt ligeledes anvendelse på udbytte udloddet til hjemmehørende selskaber af selskaber hjemmehørende i portugisisktalende afrikanske lande og i Den Demokratiske Republik Timor-Leste, såfremt en række betingelser var opfyldt, jf. Estatuto dos Benefícios Fiscais (lov om skattefordele) art. 42.³⁶⁴ I modsætning hertil var udbytte fra Tunesien og Libanon ikke omfattet af ordningen, og det modtagne udbytte blev beskattet i Portugal, uden at der anvendtes nogen form for ordning om ophævelse eller lempelse af den økonomiske dobbeltbeskatning.³⁶⁵ Den gældende DBO mellem Portugal og Tunesien tog ikke stilling til spørgsmålet om økonomisk dobbeltbeskatning,

³⁵⁸ Sag C-35/11, *FII 2*, præmis 92.

³⁵⁹ Sag C-47/12, *Kronos International Inc*, præmis 30.

³⁶⁰ Sag C-47/12, *Kronos International Inc*, præmis 31-32.

³⁶¹ Sag C-35/11, *FII 2*, præmis 89-92

³⁶² Sag C-47/12, *Kronos International Inc*, præmis 25-33.

³⁶³ *Ana Paula Dourado*, The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Development.

³⁶⁴ Sag C-464/14, *SECIL*, præmis 11.

³⁶⁵ Sag C-464/14, *SECIL*, præmis 18.

og der var ikke indgået en DBO med Libanon.³⁶⁶ Der var altså her tale om, at indgående udbytter fra Tunesien og Libanon var underlagt højere beskatning end tilfældet var for indenlandske selskaber, selskaber fra en anden EU- eller EØS-medlemsstat eller lande omfattet af den særlige aftale i Estatuto dos Benefícios Fiscais art. 42. Der var således tale om en forskelsbehandling, og EU-Domstolen konkluderede da også, at den portugisiske lovgivning var uforenelig med art. 63 TEUF om de frie kapitalbevægelser. I forhold til afgrænsningen af etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed anvendte Domstolen en prioriteret rækkefølge. For det første argumenterede Domstolen for, at udgangspunktet var, at skattebehandlingen af udbytte kunne falde ind under etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed.³⁶⁷ Herefter gjorde Domstolen gældende i overensstemmelse med *FII 2* og *Kronos International Inc.*, at ved afgørelsen af hvilken frihed, der fandt anvendelse, skulle der tages udgangspunkt i formålet med den pågældende lovgivning.³⁶⁸ I den forbindelse kan der opstå tre situationer. Den første situation omhandler det faktum, at den nationale regel kun har til formål at omfatte aktiebesiddelser, der gør det muligt for indehaveren, at udøve bestemmende indflydelse i selskabet. I denne situation vil etableringsfriheden være gældende.³⁶⁹ Den anden situation omhandler det faktum, at den nationale lovgivning er bestemt til at finde anvendelse på aktiebesiddelser, der udelukkende er erhvervet med henblik på at foretage en finansiel investering uden den hensigt at have bestemmende indflydelse i selskabet³⁷⁰. Såfremt dette er tilfældet kan bestemmelserne om kapitalens fri bevægelighed gøres gældende.³⁷¹ En sidste situation kan opstå, såfremt et nationalt selskab ifølge de faktiske omstændigheder har en bestemmende indflydelse på det selskab, der udbetaler udbyttet, men den nationale lovgivning ikke udelukkende finder anvendelse på disse situationer. I så fald vil bestemmelserne om kapitalens fri bevægelighed ligeledes kunne gøres gældende. Det er dermed Domstolens holdning, at tvisten skal løses med udgangspunkt i lovens formål, og såfremt dette fører til en anvendelse af kapitalens fri bevægelighed, skal den

³⁶⁶ Sag C-464/14, *SECIL*, præmis 9, 10, 12 og 49.

³⁶⁷ Sag C-464/14, *SECIL*, præmis 31.

³⁶⁸ Sag C-464/14, *SECIL*, præmis 31.

³⁶⁹ Sag C-464/14, *SECIL*, præmis 32.

³⁷⁰ Eller uden nogen hensigt at ville påvirke selskabets ledelse og kontrol.

³⁷¹ Sag C-464/14, *SECIL*, præmis 33.

skattemæssige behandling af udbytte ligeledes behandles herunder. Domstolen afgrænser dermed etableringsfriheden fra kapitalens fri bevægelighed.

Som det ses af det ovenstående synes retspraksis, på trods af en som udgangspunkt fast skabelon, til tider uklar i forbindelse med afgrænsningen af etableringsfriheden overfor kapitalens fri bevægelighed. Årsagen til denne uklarhed skal blandt andet findes i det faktum, at bestemmelserne om kapitalens fri bevægelighed overlapper bestemmelserne om etableringsfriheden, og specielt i henhold til at EU-Domstolen ikke udvider anvendelsesområdet for etableringsfriheden (eller de andre friheder) til at omfatte tredjelande.

På trods af at retspraksis vedrørende afgrænsningen har været noget uklar og til tider uregelmæssig, synes emnet efter *FII 2* som udgangspunkt endeligt afgjort. Efter denne sag har andre sager, hvoraf den seneste er *SECIL*, bekræftet den tilgang, at kapitalens frie bevægelighed finder anvendelse, såfremt en national skatteregel ikke udelukkende finder anvendelse, når der er tale om bestemmende indflydelse. Dermed synes også lovens formål at udgøre det rette kriterium ved vurderingen af, om enten etableringsfriheden eller kapitalens fri bevægelighed finder anvendelse.

I forhold til CFC-beskatning har man valgt at strukturere det således, at man langt hen ad vejen har valgt at lægge vægt på ejerandele og stemmerettigheder mm., altså som udgangspunkt bestemmende indflydelse. Med disse kriterier vil kapitalens fri bevægelighed være sekundær i forhold til etableringsfriheden, men i de tilfælde hvor en national bestemmelse retter sig videre end blot til den bestemmende indflydelse, vil den være primær.³⁷² Dette er specielt interessant set i forhold til ATA-direktivet, da der netop her er indført en bestemmelse, der må antages, at sigte på ikke at have bestemmende indflydelse. Bestemmelsen i direktivet fokuserer på retten til at modtage overskud³⁷³, hvilket vil sige, at man således ikke nødvendigvis har en forudsætning for kontrol. Man kan dermed få tildelt udbytterettigheder uden at kontrollere selskabet, hvilket vil bringe os indenfor anvendelsesområdet for kapitalens fri bevægelighed.

³⁷² Jf. også i denne retning, *Jeppé R. Stokholm*, EU skatteret 2008, der anfører at såfremt en eller flere personer erhverver kapitalandele i et selskab, stiftet i en anden medlemsstat, vil erhvervelsen som udgangspunkt være omfattet af kapitalens fri bevægelighed, såfremt kapitalandele ikke giver bestemmende indflydelse, da dette vil være omfattet af etableringsfriheden.

³⁷³ Mere end 50 %, jf. art. 7, stk. 1, litra a.

Henset til det faktum, at kapitalens fri bevægelighed gælder overfor tredjelande, og etableringsfriheden ikke gør, kan der opstå problemer i forhold til forskelsbehandling af disse tredjelande. Denne diskussion følger dog af afsnit 7.6., nedenfor.

7.5. De danske CFC-reglers forenelighed med den primære EU-ret (RHR)

Efter afsigelsen af *Cadbury Schweppes*-dommen ændrede Danmark som nævnt sine regler vedrørende CFC-beskatning. Lovgiver valgte, jf. også ovenstående afsnit 7.3. – i stedet for at følge præmisserne i dommen, og begrænse anvendelsen til rent kunstige arrangementer – at udvide reglerne, så de fremover gjaldt både indenlandske som udenlandske selskaber – og derved ophæve den direkte forskelsbehandling i selve anvendelsesområdet.³⁷⁴ Det er her interessant, at se på om denne ændring overhovedet har bragt de danske CFC-regler i overensstemmelse med art. 49 TEUF om etableringsfriheden. Ved at ophæve den direkte forskelsbehandling i selve anvendelsesområdet, gør ikke nødvendigvis reglerne i overensstemmelse med etableringsfriheden. En ulovlig restriktion kan nemlig også foreligge i de tilfælde, hvor reglerne ikke direkte skelner mellem nationale og udenlandske selskaber, men hvor reglerne indirekte medfører en forskelsbehandling af nationale og udenlandske selskaber i en sammenlignelig situation.³⁷⁵³⁷⁶

Dette har da også ført til, at flere forfattere har argumenteret for, at de nuværende danske CFC-regler stadig synes at konflikte med de grundlæggende frihedsrettigheder – og i særdeleshed art. 49 TEUF.³⁷⁷ Hovedargumentet er her, at der fortsat synes at eksistere en forskelsbehandling, da anvendelsen af CFC-reglerne kun medfører en yderligere skattebyrde for det danske moderselskab i de tilfælde, hvor datterselskabet er beliggende i et andet land, hvor beskatningsniveauet er lavere end det danske – altså en forskelsbehandling af nationale og udenlandske selskaber i en sammenlignelig situation.³⁷⁸

³⁷⁴ *Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken*, SU.2012.141.

³⁷⁵ *Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken*, SU.2012.141.

³⁷⁶ Så hvis man følger restriktionstankegangen til dørs er der stadig et restriktivt element i den grænseoverskridende aktivitet fordi danske selskaber alligevel er omfattet af sambeskatning, men der er ikke noget diskriminerende element. På den måde kan man således sige, at såfremt EU-domstolen helt reelt følger et restriktionsforbud indenfor skatteretten, så er de danske CFC-regler ikke i overensstemmelse med den primære EU-ret bare ved at sige at de også gælder for danske selskaber. Denne diskussion forfølges dog ikke yderligere i denne afhandling.

³⁷⁷ *Peter Koerver Schmidt*, 2014.

³⁷⁸ *Peter Koerver Schmidt*, 2014.

Ser man på de nugældende danske CFC-regler, synes de ikke umiddelbart at medføre forskelsbehandling, da det danske moderselskab som nævnt skal indregne både danske og udenlandske datterselskabers indtægt, såfremt de i afsnit 2.4. beskrevne betingelser er opfyldt. Når dette er tilfældet, bliver det danske moderselskab i princippet beskattet af overskuddet fra datterselskabet, uanset hvor dette er beliggende. Problemet opstår dog i den situation hvor beskatningsniveauet er lavere i datterselskabets medlemsstat – i så fald vil den skat, der betales af det danske moderselskab være forskelligt afhængigt af, om datterselskabet er hjemmehørende i Danmark eller i en anden medlemsstat med et lavere beskatningsniveau.³⁷⁹ Grunden herfor skal findes i de nugældende danske CFC-reglers udformning. Det faktum at også danske CFC-selskaber underlægges CFC-beskatning, vil ikke have nogen reel betydning, da der i Danmark er indført regler om tvungen national sambeskatning, jf. SEL § 31. Dette vil altså sige, at de selskaber, som skal have de samme ulemper som udenlandske selskaber førend myndighederne kan retfærdiggøre opretholdelsen af CFC-beskatning, på sin vis ikke oplever nogen ulempe. Disse selskaber er således allerede underlagt sambeskatning, idet SEL § 31 og SEL § 32 anvender den samme koncerndefinition, jf. SEL § 31 C.³⁸⁰

Situationen ser dog noget anderledes ud i forhold til et dansk selskab med et udenlandsk CFC-selskab, da dette selskab ikke er underlagt den tvungne sambeskatning i henhold til SEL § 31, og på den baggrund oplever en reel forskel i retsstillingen med og uden CFC-beskatning.³⁸¹

7.5.1. Eksempel (ARF)

For at uddybe ovenstående yderligere ses det mest hensigtsmæssigt at opstille et eksempel³⁸². Der er her tale om en selskabskonstruktion med et dansk moderselskab, der ejer et datterselskab, som opfylder betingelserne for at udgøre et CFC-selskab, og både moderselskabet og datterselskabet har en indkomst på 500.000 kr. Den danske selskabsskattesats udgør 20 %.³⁸³

I en given situation, hvor et datterselskab er beliggende i Danmark, beskattes moderselskabet både af sin egen indkomst og datterselskabets indkomst, jf. SEL § 32,

³⁷⁹ *Peter Koerver Schmidt*, 2014.

³⁸⁰ *Thomas Rønfeldt*, 2010, side 373.

³⁸¹ *Thomas Rønfeldt*, 2010, side 373.

³⁸² Der er taget udgangspunkt i eksemplet i *Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken*, SU.2012.141.

³⁸³ Den korrekte danske selskabsskattesats er for 2017, 22 %.

stk. 1. Moderselskabet bliver dermed i alt beskattet af 1.000.000 kr. Selskabsskattesatsen udgør, jf. ovenstående 20 %, hvilket som udgangspunkt giver en beskatning på 200.000 kr. Datterselskabet skal beskattes af sin egen indkomst, hvilket giver en beskatning på 100.000 kr. I henhold til SEL § 32, stk. 11, får moderselskabet lempelse for den skat datterselskabet har betalt, hvilket giver moderselskabet en endelig skat på 100.000 kr. Således har koncernen dermed en samlet beskatning på 200.000 kr. Såfremt datterselskabet er beliggende i en anden EU-medlemsstat, skal moderselskabet ligesom ovenfor beskattes af både sin egen og datterselskabets indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1. Moderselskabet bliver dermed i alt beskattet af 1.000.000 kr. Ligesom ovenfor udgør selskabsskatten 20 %, hvorfor beskatningen som udgangspunkt ender på 200.000 kr.

Hvis vi antager at selskabsskattesatsen i den anden EU-medlemsstat udgør 5 %, skal datterselskabet således betale 25.000 kr. i skat. I henhold til SEL § 32, stk. 11, får moderselskabet lempelse for den skat datterselskabet allerede har betalt i den anden medlemsstat, hvilket giver moderselskabet en endelig skat på 175.000 kr. Koncernens samlede beskatning udgør dog ligesom ovenfor 200.000 kr.

Ved første øjekast synes det som udgangspunkt ikke at være et udtryk for forskelsbehandling, da koncernen i begge tilfælde har en samlet beskatning på 200.000 kr. Forskelsbehandlingen skal dog findes i moderselskabets skattetilsvær. I situationen hvor datterselskabet er beliggende i Danmark, har moderselskabet et dansk skattetilsvær på 100.000 kr., hvorimod moderselskabets danske skattetilsvær er 175.000 kr., når datterselskabet er beliggende i den anden EU-medlemsstat. Det vil altså sige, at forskelsbehandlingen består i, at differencen mellem den udenlandske skattesat og den danske skattesats bliver væltet over på moderselskabet, som dermed får et højere skattetilsvær, når datterselskabet er beliggende i en anden medlemsstat med en lavere skattesats.

7.5.2. Retfærdiggørende hensyn og proportionalitet (RHR)

Det faktum at de nuværende danske CFC-regler synes at udgøre en hindring af den fri etableringsret, er ikke ensbetydende med de er i uoverensstemmelse med EU-retten. Det må derfor vurderes, om reglerne kan begrundes, og i så fald være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Dette synes dog ikke tilfældet henset til den danske CFC-lovgivnings meget brede anvendelsesområde, der ikke er begrænset til rent kunstige arrangementer, hvilket som nævnt var en af hovedpunkterne i *Cadbury Schweppes*-sagen. Der er således ikke i den danske CFC-lovgivning indført en fritagelsesklausul, der gør det muligt for moderselskabet, at undgå CFC-beskatning ved at føre bevis for, at datterselskabet er reelt etableret i den anden medlemsstat, og dér udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende CFC-indkomsten. Der kan derfor henset til Domstolens begrundelse i *Cadbury Schweppes*-sagen argumenteres for, at de danske CFC-regler kan anses for at gå ud over hvad der nødvendigt, og således ikke opfylder proportionalitetsprincippet. Derudover synes de danske CFC-regler, at opstille en generel forhåndsformodning for at samtlige CFC-selskaber, der er etableret i en anden medlemsstat med et lavere beskatningsniveau end det danske, er blevet etableret med en hensigt om udøvelse af skattesvig eller skatteunddragelse.³⁸⁴

7.5.3. Sammenfatning vedrørende de danske CFC-reglers forenelighed med EU-retten (ARF)

Der kan således, jf. ovenstående, argumenteres for at de nuværende danske CFC-regler udgør en begrænsning for etableringsfriheden med den begrundelse, at der stadig (efter ændringen som følge af *Cadbury Schweppes*-sagen) forekommer en forskelsbehandling. Dette begrundes med, at anvendelsen af CFC-reglerne medfører en reel skattemæssig ulempe for det danske moderselskab, hvis datterselskabet er beliggende i en anden medlemsstat, hvor beskatningsniveauet er lavere end det danske. Dette argument støttes endvidere af Peter Koerver Schmidt, der i *Dansk CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv*, anfører følgende:

*De danske CFC-regler i SEL § 32 kan indebære en øget skattebyrde for moderselskabet ved etablering af et datterselskab i en anden medlemsstat med lavere beskatningsniveau, og da denne ulempe ikke optræder ved etablering af et datterselskab i Danmark, forekommer det på baggrund af præmisserne i sag C-196/04 Cadbury Schweppes mest korrekt at konkludere, at reglerne udgør en hindring for den fri etableringsret.*³⁸⁵

³⁸⁴ Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken, SU.2012.141.

³⁸⁵ Peter Koerver Schmidt, 2013, s. 509.

Derudover giver de nugældende danske CFC-regler ikke moderselskabet mulighed for at bringe sig udenfor reglernes anvendelsesområde ved at dokumentere, at datterselskabet er reelt etableret i den anden medlemsstat.³⁸⁶

7.6. ATA-direktivets forenelighed med EU-retten (RHR)

Som det er fastslået ovenfor vil det i forbindelse med CFC-beskatning som udgangspunkt være etableringsfriheden, der kan påberåbes, når en national foranstaltning udfordres med den begrundelse, at moderselskabet har en bestemmende indflydelse i forhold til datterselskabet i form af stemmerettigheder.³⁸⁷ Hertil skal nævnes, at det i sag C-464/14, *SECIL*, er fastlagt, at såfremt den nationale lovgivning er bestemt til at finde anvendelse på aktiebesiddelser, der udelukkende er erhvervet med henblik på at foretage en finansiel investering uden den hensigt, at have bestemmende indflydelse i selskabet vil det være kapitalens fri bevægelighed, der kan påberåbes. Det er ydermere fastslået, at kapitalens fri bevægelighed kan gøres gældende, såfremt et nationalt selskab efter de faktiske omstændigheder har en bestemmende indflydelse på det selskab, der udbetaler udbyttet, men den nationale lovgivning ikke udelukkende finder anvendelse på disse situationer.

Det kan i forbindelse med indførelsen af ATA-direktivet diskuteres, hvorvidt dele heraf er i overensstemmelse med kapitalens fri bevægelighed, idet direktivets kontrolbetingelse udover bestemmende indflydelse i form af stemmerettigheder ligeledes anvender en *economic* kontroltest, der bygger på retten til at modtage mere end halvdelen af overskuddet. I et sådan tilfælde vil det altså være kapitalens fri bevægelighed, der er den relevante frihedsrettighed at undersøge. Det bliver kun mere interessant henset til det faktum, at kapitalens fri bevægelighed i modsætning til de øvrige frihedsrettigheder finder anvendelse overfor tredjelande.

³⁸⁶ Jf. i denne retning, *Thomas Rønfeldt*, 2010, s. 375, ”Det er derfor klart, at de nugældende CFC-regler udgør en hindring for den fri etablering, og det argument, der skulle kunne retfærdiggøre denne hindring – rent kunstige konstruktioner – er ikke valgt anvendt i det nye regelsæt.”

³⁸⁷ I overensstemmelse hermed henvises til sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 33 og sag C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, præmis 73, hvor domstolen anfører, at hindringer for kapitalens fri bevægelighed vil være uundgåelige konsekvenser for en hindring af etableringsfriheden.

7.6.1. Eksempel (ARF)

Til illustration af de udfordringer ATA-direktivet står over for, kan der opstilles et tænkt eksempel på en selskabskonstruktion med et dansk moderselskab, der ejer et datterselskab, som kategoriseres som værende et CFC-selskab.

Hvis et dansk moderselskab har et datterselskab beliggende i en anden medlemsstat, og ejer 60 % af stemmerettighederne, kan der i henhold til ATA-direktivet som udgangspunkt CFC-beskattes, da betingelsen i art. 7, stk. 1, litra a, er opfyldt.

Det skal dog erindres, at der i ATA-direktivet er indført en fritagelse, der sigter på reel etablering, hvilket som tidligere nævnt må antages at have baggrund i EU-Domstolens afgørelse i sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Fritagelsen har følgende ordlyd:

”Dette litra finder ikke anvendelse, når det kontrollerede udenlandske selskab viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder.”³⁸⁸

Denne fritagelse medfører således, at hvis der er tale om reel etablering, vil der dermed ikke ske CFC-beskatning. Dermed bliver etableringsfriheden ikke relevant, da der ikke sker forskelsbehandling, når ATA-direktivet modvirker dette ved at indføre en sådan fritagelse vedrørende reel etablering.

Er der på den anden side tale om et dansk moderselskab med et datterselskab beliggende i et tredjeland, hvor moderselskabet ligeledes ejer 60 % af stemmerettighederne, kan der i henhold til ATA-direktivet CFC-beskattes, da betingelsen i art. 7, stk. 1, litra a, er opfyldt. Det interessante her er, at der som tidligere nævnt i ATA-direktivet er en undtagelse til den førnævnte fritagelse om reel etablering, der indebærer, at medlemsstaterne kan vælge at se bort fra den reelle etablering, når datterselskabet er beliggende i et tredjeland.

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

³⁸⁸ Jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit.

*anvende foregående afsnit.*³⁸⁹

Det vil altså sige, at såfremt datterselskabet er beliggende i et tredjeland, kan EU-medlemsstaten se bort fra, at der er tale om reel etablering, da de i henhold til ATA-direktivet godt kan CFC-beskatte datterselskabet. Sagt med andre ord vil et dansk moderselskab med et reelt etableret datterselskab i et tredjeland, på trods af en ejerandel på 60 %, ikke udgøre noget problem i forhold til frihedsrettighederne, da det i så fald vil være etableringsfriheden, der kan påberåbes, hvilken ikke finder anvendelse overfor tredjelande.

Problemet i forhold til ATA-direktivets forenelighed med EU-retten opstår i det tilfælde, hvor det danske moderselskab har etableret et datterselskab i et tredjeland reelt³⁹⁰, og kun ejer eksempelvis 2 % af stemmerettighederne, men har ret til 60 % af udbyttet. Her vil kapitalens fri bevægelighed blive relevant, da denne frihedsrettighed netop finder anvendelse overfor tredjelande – sammenholdt med, at der i så fald ikke vil være bestemmende indflydelse, hvorfor etableringsfriheden ikke kan påberåbes.

Dette vil i så fald give tredjelandet mulighed for at påberåbe sig kapitalens fri bevægelighed, og dermed få prøvet, om CFC-reglerne er i strid med EU-retten.

For at gøre problemet endnu mere relevant skal det erindres, at ATA-direktivet foreskriver, at selvom der er tale om reel etablering, er det op til medlemsstaten at vælge om de vil se bort herfor, når CFC-selskabet er beliggende i et tredjeland, og dermed stadig CFC-beskatte, selvom der kan argumenteres for, at der er tale om et brud på bestemmelserne om de frie kapitalbevægelser.

Det er således her en forskelsbehandling kan opstå. Tredjelandet vil i givet fald påstå, at datterselskabet er reelt etableret under henvisning til *Cadbury Schweppes*-sagen, og derpå argumentere for en forskelsbehandling på baggrund af principperne anvendt i afgørelsen, på trods af det var etableringsfriheden, der blev undersøgt. Dette er dog ikke relevant her, da det ikke er stemmerettigheder, men kapital (overskud), der ifølge ATA-

³⁸⁹ Jf. ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit.

³⁹⁰ Og altså dermed viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder.

direktivet i dette eksempel er medvirkende til at der kan CFC-beskattes, jf. argumentationen i afsnit 7.4.

7.6.2. Sammenfatning vedrørende ATA-direktivets forenelighed med EU-retten (RHR)

I en situation som den ovenstående vil tredjelandet kunne anføre at den danske CFC-lovgivning, såfremt denne ændres til at være i 100 % overensstemmelse med ATA-direktivet³⁹¹, er i strid med kapitalens fri bevægelighed. Dette vil omvendt betyde, at i takt med den danske lovgivning er opbygget på samme måde som ATA-direktivet, og henset til at ATA-direktivet er et minimumsharmoniseringsdirektiv, må der således kunne argumenteres for, at det er ATA-direktivet, der er i strid med kapitalens fri bevægelighed. I overensstemmelse hermed har Ana Paula Dourado i *”Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit”*, støttet denne antagelse:

*”It would be problematic to conclude that national legislation transposing option (a), is incompatible with the free movement of capital. It is more likely that the Directive itself will be considered incompatible with the Treaty.”*³⁹²

Der kan således argumenteres for, at ATA-direktivet synes at stride mod de frie kapitalbevægelser i forhold til at give medlemsstaterne mulighed for, at opstille diskriminationer i forhold til tredjelande ved at undlade at indføre fritagelsen til CFC-beskatning. Denne antagelse er endvidere støttet af Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt i *”Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive”*, hvor de blandt andet anfører følgende:

” ... if MS opt not to apply the substantive economic activity exception to CFCs in third countries, it may be questioned whether the CFC rules are in line with the free movement of capital, as the control test may also be fulfilled only through economic

³⁹¹ Hvilket indebærer, at også undtagelsen der medfører at medlemsstaterne kan vælge at se bort fra den reelle etablering når datterselskabet er beliggende i et tredjeland er implementeret i dansk CFC-lovgivning.

³⁹² Ana Paula Dourado, *Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit*.

control (entitlement to more than 50 % of profits)".³⁹³ (MS er en forkortelse af "member state")³⁹⁴

Det skal retfærdigvis siges, at det først endeligt kan afgøres om ATA-direktivet strider mod kapitalens fri bevægelighed, hvis EU-Domstolen bliver forelagt spørgsmålet.

Ud fra vores opfattelse bør Rådet overveje, hvorvidt undtagelsen til fritagelsen vedrørende tredjelande bør fjernes, da det giver medlemsstaterne mulighed for at anvende denne undtagelse, hvilket i så fald vil kunne bringe medlemsstatens lovgivning i strid med kapitalens fri bevægelighed – og dermed også direktivet.

7.7. De danske CFC-reglers udfordring (ARF)

De danske CFC-regler står overfor nogle udfordringer, når de skal implementere ATA-direktivet. Disse består blandt andet i, at de danske regler først og fremmest skal være i overensstemmelse med minimumsstandarderne i ATA-direktivet, men samtidig ikke må stride imod de traktatfæstede frihedsrettigheder. Dermed har de danske regler et vist "spænd", som de skal holde sig indenfor, hvor den "nedre grænse" er minimumsstandarderne i ATA-direktivet, og den "øvre grænse" er de traktatfæstede frihedsrettigheder. Det kan give yderligere udfordringer til udformningen af de danske regler, da man ved at bringe sig i overensstemmelse med ATA-direktivet, kan risikere, at berøre nogle andre regler, der ikke styres af *anti-avoidance* reglerne.

7.7.1. Implementering af økonomisk kontrol (RHR)

Der er allerede tidligere i afhandlingen, afsnit 6.3.3., fremlagt argumenter for, at de danske CFC-regler bør – for at være forenelige med ATA-direktivet – indføre den såkaldte *economic* kontroltest. Hvis dette argument skal følges til ende, bør det ligeledes vurderes om en sådan tilføjelse og dermed ændring af den danske regel, giver anledninger til problematik.

Indsættes denne *economic* kontrol i nuværende SEL § 31 C, må det nødvendigvis medføre en ændring af hele denne bestemmelse, da denne bygger på bestemmende

³⁹³ Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, 2016.

³⁹⁴ Derudover er der på "Congress of the International Fiscal Association" i Madrid, 27. september 2016 i relation til CFC-beskatning i ATA-direktivets art. 7 og 8 samt national lovgivning, udtrykt bekymring ved at anføre følgende: "*Possible bias against non-EEA countries*", jf. Seminar D – IFA/EU: Recent EU Developments.

indflydelse. Såfremt denne *economic* kontrol tilføjes, så retten til at modtage mere end 50 % af overskuddet indsættes, er der som udgangspunkt ikke længere tale om bestemmende indflydelse. Dette skal forstås således, at man ved at modtage mere end halvdelen af overskuddet, ikke nødvendigvis har en forudsætning om kontrol, da man godt kan få tildelt udbytterettigheder uden faktisk at kontrollere selskabet.

Ydermere har det også den konsekvens, at SEL § 31 C, ikke kun berører SEL § 32 vedrørende CFC-beskatning. Bestemmelsen er ligeledes afgørende for eksempelvis sambeskatning efter SEL § 31, og skattefrihed for tilskud efter SEL § 31 D. Bliver denne bestemmelse vedrørende retten til at modtage mere end halvdelen af overskuddet tilføjet i SEL § 31 C, vil det altså have indvirkning i forhold til andre skatteregler.

I forhold til retten til at modtage skattefri tilskud i SEL § 31 D, vil flere selskaber blive koncernforbundne, da denne som sagt vedrører koncernforbundne selskaber eller foreninger mv., jf. SEL § 31 C. Dermed vil flere selskaber ligeledes have ret til at give skattefrie tilskud, såfremt de andre betingelser selvsagt også er opfyldt. Dette må altså antages, at have en betydning for det danske skatteprovenu, der i givet fald må blive mindre, da en del af de tilskud der før blev beskattet – da disse blev givet mellem selskaber, der ikke var koncernforbundne efter SEL § 31 – nu ikke længere vil blive beskattet, fordi koncerndefinitionen er blevet udvidet til også at omfatte retten til at modtage mere end halvdelen af overskuddet. Der må altså være flere selskaber, der kan nyde godt af denne regelændring og dermed SEL § 31 D, om skattefrie tilskud blot fordi moderselskaber har ret til at modtage mere end halvdelen af overskuddet i selskabet.

Ovenforstående løsning synes derved problematisk på flere områder, ligeledes i henhold til det faktum at sambeskatningsreglerne og reglerne om skattefrie tilskud ikke er et *anti-avoidance* instrument; det vil sige, at disse regler ikke er værneregler mod skatteunddragelse og skatteudnyttelse.

Det virker derfor mest hensigtsmæssigt, at der fra dansk lovgivers side vælges, at ændre koncerndefinitionen målrettet i forhold til bestemmelsen om CFC-beskatning, jf. SEL § 32. Dermed skal ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a, implementeres direkte i forhold til SEL § 32.³⁹⁵ På denne måde vil den danske CFC-beskatningslovgivning dermed have sin egen koncerndefinition, der ikke længere vil have relation til SEL § 31 C, og dermed kun berøre det nødvendige. Dette vil dermed også muliggøre, at SEL § 31 C, kan

³⁹⁵ I sin nuværende form i SEL § 32, stk. 6.

forblive i sin nuværende form og ordlyd, og dermed ikke være problematisk i forhold til eksempelvis bestemmelsen vedrørende skattefrie tilskud.

7.7.2. Implementering af ATA-direktivets fritagelse (ARF)

Såfremt det antages, at de nugældende danske regler kan anses for værende i strid med etableringsfriheden, er det yderest interessant at overveje, hvilken udfordring de danske lovgivere står overfor, når der i givet fald skal ændres i CFC-reglerne som følge af indførelsen af ATA-direktivet. Hvis det antages, at ATA-direktivet strider mod de frie kapitalbevægelser, men de nugældende danske regler som nævnt strider mod etableringsfriheden, kan man diskutere, hvordan Danmark bør indrette deres CFC-lovgivning.

Det er helt afgørende for denne diskussion, om Danmark vælger at implementere fritagelsen i ATA-direktivet³⁹⁶, omhandlende reel etablering, og derved bringe CFC-reglerne i overensstemmelse med *Cadbury Schweppes*-sagen.

Såfremt lovgiver i Danmark ikke vælger at implementere denne fritagelse – hvilket i givet fald vil være i overensstemmelse med minimumsdirektivet ud fra den antagelse, at fritagelsen udgør en lempeligere regel end de nuværende danske CFC-regler, der netop ikke har en sådan fritagelse – så må der argumenteres for, at de danske CFC-regler i givet vis stadig vil stride mod etableringsfriheden, jf. også ovenstående afsnit 7.5. Derudover vil de danske CFC-regler ligeledes være uforenelige med kapitalens fri bevægelighed henset til det faktum, at ATA-direktivets kontrolbetingelse indeholder en økonomisk kontrol³⁹⁷, hvilket de danske regler ikke gør. Dette vil altså sige, at når de danske regler, jf. argumentationen i ovenstående afsnit 6.3., synes lempeligere end hvad ATA-direktivet dikterer, er Danmark forpligtet til at indføre som minimum tilsvarende regler. Dette vil altså bringe de danske regler i uoverensstemmelse med den primære EU-ret ved ikke at indføre fritagelsen.

Vælger lovgiver i Danmark dog, at implementere fritagelsen i ATA-direktivet kan der – såfremt undtagelsen vedrørende tredjelande³⁹⁸ ligeledes implementeres – også her argumenteres for at CFC-reglerne vil være i strid med kapitalens fri bevægelighed, jf. også argumentationen i ovenstående afsnit 7.6. Det er her vigtigt at pointere, at for at

³⁹⁶ Jf. direktivets art. 7, stk. 2 litra a, 2. afsnit.

³⁹⁷ Retten til at modtage mere en 50 % af overskuddet.

³⁹⁸ Jf. direktivets art. 7, stk. 2 litra a, sidste afsnit.

bringe sig i uoverensstemmelse med kapitalens fri bevægelighed, forudsætter det, at undtagelsen vedrørende tredjelande ligeså implementeres.

Der er nemlig den mulighed, at lovgiver i Danmark kan vælge, at implementere fritagelsen for at bringe sig i overensstemmelse med *Cadbury Schweppes*-dommen, og dermed ikke være uforenelig med etableringsfriheden, og samtidig undlade at implementere undtagelsen vedrørende tredjelande. Dette vil i så fald betyde, at de danske CFC-regler ikke er i uoverensstemmelse med hverken etableringsfriheden eller kapitalens fri bevægelighed.

Det må dog stå hen i det uvisse, hvorledes lovgiver vælger at strukturere CFC-reglerne, da ATA-direktivet senest skal vedtages og offentliggøres den 31. december 2018, hvorved disse love og bestemmelser anendes fra den 1. januar 2019.³⁹⁹ Derudover bør det bemærkes, at på trods af man kan argumentere for, at undtagelsen til fritagelsen i ATA-direktivet synes at være i uoverensstemmelse med kapitalens fri bevægelighed, kan det først endeligt afklares såfremt EU-Domstolen bliver forelagt spørgsmålet, og herefter tager stilling til problematikken.

³⁹⁹ Jf. ATA-direktivets art. 11, stk. 1.

Kapitel 8 – Konklusion (ARF og RHR)

Formålet med denne afhandling har været, at belyse hvilke udfordringer de danske CFC-regler og ATA-direktivets CFC-bestemmelser står overfor set i lyset af den primære EU-ret.

Til besvarelsen af afhandlingens problemformulering har samspillet mellem de danske CFC-regler, BEPS Action 3 og ATA-direktivets CFC-regler udgjort et vigtigt element. I og med BEPS-projektet danner grundlaget for ATA-direktivets CFC-bestemmelser har projektet været relevant at inddrage. De danske CFC-regler adskiller sig markant fra ATA-direktivet på to betydelige områder. For det første indeholder ATA-direktivet i art. 7, stk. 1, litra a, en kontrolbetingelse, der adskiller sig fra den danske. Bestemmelsen foreskriver, i modsætning til de danske regler, både en *legal* og en *economic* kontroltest, hvorfor lovgiver i Danmark må se sig nødsaget til at indføre eller tilføje en lignende betingelse for at bringe sig i overensstemmelse med ATA-direktivet. Dette giver anledning til yderligere problematikker, da den danske kontrolbetingelse til CFC-beskatning i SEL § 32, stk. 6, tager afsæt i den overordnede koncerndefinition i SEL § 31 C. Såfremt lovgiver vælger at indføre den økonomiske kontroltest i SEL § 31 C, vil dette få betydning for bestemmelser som ATA-direktivet ikke regulerer. Det må dermed konkluderes, at den mest hensigtsmæssige måde at indføre den økonomiske kontrol, er ved at målrette den til bestemmelserne vedrørende CFC-beskatning i SEL § 32. Dette betyder således, at ATA-direktivets art. 7, stk. 1, litra a, skal implementeres direkte i forhold til SEL § 32.

For det andet indeholder ATA-direktivet en fritagelse⁴⁰⁰ fra CFC-beskatning i overensstemmelse med *Cadbury Schweppes*. Denne foreskriver, at såfremt CFC-selskabet viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, kan den medlemsstat hvori moderselskabet er beliggende ikke CFC-beskatte. Denne fritagelse fra CFC-beskatning er lovgiver i Danmark ikke nødsaget til at indføre, da den fremstår som lempeligere end de nugældende regler. Det må dog med udgangspunkt i afhandlingens analyse og diskussion konkluderes, at man i

⁴⁰⁰ Jf. art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit.

Danmark bør indføre denne fritagelse, da man i modsat tilfælde ikke vil være i overensstemmelse med etableringsfriheden.

For at kunne undersøge, hvorvidt de danske CFC-regler og ATA-direktivets CFC-regler er i overensstemmelse med etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, har der i afhandlingen været behov for en afgrænsning af disse to frihedsrettigheder. Som følge heraf kan det konkluderes, at kapitalens fri bevægelighed finder anvendelse, såfremt en national skatteregel ikke udelukkende finder anvendelse, når der er tale om bestemmende indflydelse. Dermed udgør lovens formål det rette kriterium ved vurderingen af om etableringsfriheden eller kapitalens fri bevægelighed finder anvendelse. I forhold til CFC-beskatning har man valgt, at strukturere det således, at man langt hen ad vejen lægger vægt på ejerandele og stemmerettigheder mm., altså som udgangspunkt bestemmende indflydelse. Med disse kriterier vil kapitalens fri bevægelighed således være sekundær i forhold til etableringsfriheden, men i tilfælde hvor en national bestemmelse retter sig videre end blot til den bestemmende indflydelse, vil den være primær. Derudover er det yderst relevant at pointere, at kapitalens fri bevægelighed finder anvendelse overfor tredjelande.

Diskussionen vedrørende etableringsfriheden og de danske CFC-regler har eksisteret længe. Efter afsigelsen af den principielle EU-dom, sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*, blev de danske CFC-regler ændret, så de efter lovgivers opfattelse var i overensstemmelse med den primære EU-ret. Der har efterfølgende været sået tvivl om, hvorvidt CFC-reglerne rent faktisk harmonerer med de traktatfæstede bestemmelser om fri etablering. Det må på baggrund af afhandlingens analyse og diskussion konkluderes, at de danske CFC-regler i deres nuværende udformning strider mod etableringsfriheden. Dette begrundes med, at anvendelsen af CFC-reglerne medfører en reel skattemæssig ulempe for et dansk moderselskab, hvis dets datterselskab er beliggende i en anden medlemsstat, hvor beskatningsniveauet er lavere end det danske henset til, at denne ulempe ikke forekommer såfremt datterselskabet er beliggende i Danmark.

Det er ikke kun de danske CFC-regler, der er i uoverensstemmelse med den primære EU-ret. ATA-direktivet foreskriver i art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit, at såfremt CFC-

selskabet er hjemmehørende eller beliggende i et tredjeland, der ikke er part i EØS-aftalen kan medlemsstaterne beslutte at udlade, at anvende fritagelsen om reel etablering. Dette er problematisk, da ATA-direktivet anvender en kontrolbetingelse, der udover at fokusere på stemmerettigheder ligeledes fokuserer på økonomisk kontrol. Med dette kriterium, sammenholdt med ovenstående konklusion vedrørende afgrænsningen af etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, vil man, såfremt man har retten til at modtage størstedelen af overskuddet, være ovre i anvendelsesområdet for kapitalens fri bevægelighed.

Henset til at kapitalens fri bevægelighed gælder i forhold til tredjelande, kan det på baggrund af afhandlingens analyse og diskussion heraf konkluderes, at ATA-direktivet som udgangspunkt er i uoverensstemmelse med den primære EU-ret – nærmere bestemt kapitalens fri bevægelighed. Når direktivet kun som udgangspunkt er i uoverensstemmelse med kapitalens fri bevægelighed skal dette ses i lyset af, at direktivet lader det være op til medlemsstaterne at vurdere, hvorvidt de vil medtage undtagelsen til fritagelsen.

Helt overordnet må det således konkluderes, at de udfordringer de nugældende danske CFC-regler står overfor, består i at de skal leve op til minimumsstandarderne i ATA-direktivet, hvilket ikke er tilfældet i henhold til den lempeligere kontrolbetingelse. Derudover består udfordringen ligeledes i, at de danske regler skal være forenelige med den primære EU-ret, hvilket heller ikke på nuværende tidspunkt er tilfældet. Denne udfordring kan dog løses ved at indføre en lignende fritagelse som der ses i ATA-direktivets art. 7, stk. 2, litra a, 2. afsnit. På denne baggrund vil de danske CFC-regler bringe sig i overensstemmelse med *Cadbury Schweppes*-dommen, og dermed også etableringsfriheden. Dette kan dog udløse en uoverensstemmelse med kapitalens fri bevægelighed, såfremt lovgiver i Danmark ligeledes vælger, at indføre den undtagelse til fritagelsen som ATA-direktivet foreskriver i art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit. Denne undtagelse er dog frivillig, hvorfor det er op til medlemsstaterne selv at afgøre, hvorvidt de vil indføre denne bestemmelse.

Det må således på baggrund af ovenstående ligeledes konkluderes, at ATA-direktivet indirekte strider mod kapitalens fri bevægelighed ved at lade det være op til

medlemsstaterne at vurdere, hvorvidt de vil indføre undtagelsen i art. 7, stk. 2, litra a, sidste afsnit.

Det skal afslutningsvis pointeres, at på trods af der kan argumenteres for ovenstående konklusioner, kan disse først endeligt afklares såfremt EU-Domstolen bliver forelagt spørgsmålene.

Kapitel 9 – Litteraturliste

Juridisk faglitteratur

Bergenfelt, Kjeld: *Beskatning af finansielle selskaber*, 1. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2016 (*Kjeld Bergenfelt*, 2016).

Blume, Peter: *Retssystemet og juridisk metode*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016 (*Peter Blume*, 2016).

Daniel, Bugge Thorbjørn; Elholm, Thomas Starup og Steincke, Michael: *Grundlæggende EU-ret*, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011 (*Bugge Thorbjørn Daniel m.fl.*, 2011).

Krüger-Andersen, Paul; Neville, Mette og Winther-Sørensen, Niels (red.), *Festskrift til Aage Michelsen*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000 (*Festskrift til Aage Michelsen*, 2000).

Michelsen, Aage: *International skatteret*, 3. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2003 (*Aage Michelsen*, 2003).

Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth: *EU ret*, 7. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2016 (*Ulla Neergaard og Ruth Nielsen*, 2016).

Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth: *EU-RET. Fri bevægelighed*, 2. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2016 (*Ulla Neergaard og Ruth Nielsen*, EU-RET. Fri bevægelighed, 2016).

Pedersen, Jan; Kerzel, Malene; Ferniss, Jane; Eriksen, Claus Hedegaard: *Skatteretten 2*, 7. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2015 (*Jan Pedersen m.fl.*, 2015).

Pedersen, Sussanne; Hansen, Søren Friis og Clausen, Nis Jul (red.), *Festskrift til Ole Bjørn*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004 (*Festskrift til Ole Bjørn*, 2004).

Riis, Thomas & Trzaskowski, Jan (red.), *Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing A/S, København 2013 (*Thomas Riis og Jan Trzaskowski*, 2013).

Rønfeldt, Thomas: *Skatteværn og EU-frihed – Værnsregler i dansk skatteret konfronteret med fællesskabsrettens frihedsrettigheder*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010 (*Thomas Rønfeldt*, 2010).

Schmidt, Peter Koerver: *Dansk CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv*, 1. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2013 (*Peter Koerver Schmidt*, 2013).

Schmidt, Peter Koerver; Tell, Michael, Weber; Katja Dyppel: *International skatteret - i et dansk perspektiv*, 1. udgave, 1. oplag, Hans Reitzels Forlag, 2015 (*Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber*, 2015).

Stokholm, Jeppe R., *EU skatteret*, 1. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2008 (*Jeppe R. Stokholm*, EU skatteret 2008).

Sørensen, Karsten Engsig og Nielsen, Poul Runge, *EU-Retten*, 4. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008 (*Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen*, 2008).

Sørensen, Karsten Engsig og Nielsen, Poul Runge, *EU-Retten – forkortet udgave*, 2 udgave, 1 oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010 (*Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen*, 2010).

Von Eyben, Bo: *Juridisk ordbog*, 13. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2008 (*Bo von Eyben*, Juridisk ordbog).

Winther-Sørensen, Niels; Bundgaard Jakob, Wittendorff Jens; Pedersen Jan; Siggaard, Kurt; Jeppesen, Inge Langhave; Kerzel, Malene; Ferniss, Jane; Eriksen, Claus Hedegaard: *Skatteretten 3*, 6. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark A/S, København 2013 (*Niels Winther-Sørensen m.fl.*, 2013).

Artikler

Alexander Rust, *CFC Legislation and EC Law*, Intertax, Volume 36, Issue 11, Kluwer Law International, 2008 (*Alexander Rust*, 2008).

Ana Paula Dourado, *The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Development*, Intertax, Volume 45, Issue 3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2017 (*Ana Paula Dourado*, The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Development).

Ana Paula Dourado, *Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit*, Intertax, Volume 44, Issue 12, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2016 (*Ana Paula Dourado*, Free Movement of Capital: The European Union Anti-Tax Avoidance Package and Brexit).

Europa-Kommissionen, Fri bevægelighed for varer, Håndbog i anvendelsen af traktatens bestemmelser om varenes frie bevægelighed, Ref. Ares(2013)3759436 – 18/12/2013 (Europa-Kommissionen, *fri bevægelighed for varer*).

Hilde Mæhlum Bjerkestuen & Hans Georg Wille, *Tax Holidays in a BEPS-Perspective*, Intertax, Volume 43, Issue 1, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2015 (*Hilde Mæhlum Bjerkestuen & Hans Georg Wille*, 2015).

Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt: *Uncertainties Following the Final EU Anti-Tax Avoidance Directive*, Kluwer International Tax Blog, 2016 (*Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt*, 2016).

Jeppe Rune Stokholm, *EU-retten og skatteretlige værnsregler*, Karnov (*Jeppe Rune Stokholm*, EU-retten og skatteretlige værnsregler).

Nordic Tax J. 2016; 2:87-112 af Peter Koerver Schmidt, *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* (Peter Koerver Schmidt, 2016).

Peter Koerver Schmidt: *Are the Danish CFC Rules in Conflict with the Freedom of Establishment? – An analysis of the Danish CFC Regime for Companies in Light of ECJ Case Law*, IBFD, 2014 (Peter Koerver Schmidt, 2014).

RR.4.2015.80 af Christian Plesner Rossing: *Nye OECD-retningslinjer for transfer pricing dokumentation*. (Christian Plesner Rossing, RR.4.2015.80).

RR.SM.0220.17 af Anders Nørgaard Laursen; *Kommentarer til udvalgte afgørelser Avancebeskatning ved afståelse af aktier i udenlandsk selskab, EU-retten og tredjelande* (SKM2016.154.SR) (Anders Nørgaard Laursen, RR.SM.0220.17).

SR.2016.151 af Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt: *Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive* (Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.151, Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive).

SR.2016.383 af Peter Bundgaard og Peter Koerver Schmidt: *Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU* (Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR.2016.383, Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værnsregler og flere tvister i vente i EU).

SR.2016.405 af Martin Poulsen; *EU-rettens indflydelse på dansk skatteret* (Martin Poulsen, SR.2016.405).

SU.2001.69 af Sven Ulstrup; *Den danske ”model”-overenskomst* (Sven Ulstrup, SU.2001.69).

SU.2004.330 af Jeppe Rune Stokholm; *Beskatning af ABL § 2 a-aktier i strid med EU-retten - kapitalens fri bevægelighed og sag C-315/02* (SU 2004, 302) (Jeppe Rune

Stokholm, SU.2004.330).

SU.2007.236 af Michael Kirkegaard Nielsen; *CFC-reglerne ctr. EU-retten og dobbeltbeskatningsaftaler* (Michael Kirkegaard Nielsen, SU.2007.236).

SU.2008.84 af Karsten Engsig Sørensen; *Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis*. (Karsten Engsig Sørensen, SU.2008.84).

SU.2011.319 af Anja Svendgaard Dalgas og Birthe Kallehaug Handberg; Key practical issues to eliminate double taxation of business income (Anja Svendgaard Dalgas og Birthe Kallehaug Handberg, SU.2011.319).

SU.2012.141 af Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken: *CFC-regler på tynd is?* (Anders Oreby Hansen og Poul Erik Lytken, SU.2012.141).

SU.2017.83 af Peter Koerver Schmidt: *Innovation, entreprenørskab, vækst og kampen mod skatteundgåelse – Justeret fokus i Kommissionens harmoniseringsbestræbelser på selskabsskatteområdet* (Peter Koerver Schmidt, SU.2017.83).

Lovbekendtgørelser

Afskrivningsloven – lovbekendtgørelse nr. 1147 af 29. august 2016.

Aktieavancebeskatningsloven – lovbekendtgørelse nr. 1148 af 29. august 2016.

Fondsbeskatningsloven – lovbekendtgørelse nr. 961 af 17. august 2015.

Ligningsloven – lovbekendtgørelse nr. 1162 af 1. september 2016.

Selskabsskatteloven – lovbekendtgørelse nr. 1164 af 26. september 2016.

Statsskatteloven – lovbekendtgørelse nr. 149 af 10. april 1922.

Årsregnskabsloven – lovbekendtgørelse nr. 1580 af 12. oktober 2016.

Lovforslag, betænkninger og cirkulærer

Cirkulære 1997-05-29 nr. 82 om international beskatning (lov nr. 312 af 17. maj 1995 og lov nr. 487 af 12. juni 1996).

L 35 (1994/1995), lov nr. 312 af 17/05/1995

- Lovforslagets enkelte bemærkninger til § 1, til nr. 9.
- Lovforslagets enkelte bemærkninger til § 1, til nr. 1.

L 118 (1995/1996), lov nr. 487 af 12/06/1996

- Lovforslagets enkelte bemærkninger til § 1, til nr. 10.

L 99 (2001/2002), lov nr. 313 af 21/05/2002

- De enkelte bemærkninger under afsnit e) Objektivisering af CFC-reglerne.

L 116 Betænkning afgivet af Skatteudvalget den 22. marts 2006

- Bemærkningerne til nr. 9.

L 213 (2006/2007), lov nr. 540 af 06/06/2007

- Lovforslagets enkelte bemærkninger til § 1, til nr. 12.
- Lovforslagets enkelte bemærkninger, afsnit 2.2.
- Skatteministerens svar på henvendelse fra FSR, bilag 26 af 22. maj 2007.

L171 Betænkning afgivet af Erhvervsudvalget den 15. maj 2009

- Betænkningerne til nr. 11.

Domsafgørelser

Sag C-7/68, *Kommissionen mod Italien*.

Sag C-270/83, *Den franske skattesag (avoir fiscal)*.

Sag C-55/94, *Gebhard*.

Sag C-84/94, *Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland mod Rådet for Den Europæiske Union (UK mod Rådet)*.

Sag C-251-98, *Baars*.

Sag C-9-02, *Lesteyrie du Saillant*.

Sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

Sag C-341/04, *Eurofood*.

Sag C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

Sag C-157/05, *Holböck*.

Sag C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

Sag C-360/06, *Bauer*.

Sag C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation (FII 2)*.

Sag C-47/12, *Kronos International Inc*.

Sag C-282/12, *Intelcar*.

Sag C-464/14, *SECIL*.

SKM

SKM.2007.151H.

Administrativ praksis

Bindende svar fra Skatterådet, *SKM2009.712.SR*.

Bindende svar fra Skatterådet, *SKM2010.687.SR*.

Bindende svar fra Skatterådet, *SKM2014.174.SR*.

Vejledninger

Den juridiske vejledning 2017-1, *C.D.3.1.2.2 Koncernforbindelse*.

Rådet for Den Europæiske Union

L 193/1, Rådets direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 *om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markedes funktion* (ATA-direktivet).

OECD

OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en> (OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*).

OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en> (Action 3: 2015 Final Report).

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Keys Areas for Action, Brussels, 17.6.2015, COM(2015) 302 final (*COM(2015) 302 final*).

Europa-Kommissionens forslag til Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsområde, Bruxelles d. 28.1.2016, COM(2016) 26 final (*Direktivforslaget*).

OECD's *Background Brief – Inclusive Framework On BEPS*, January 2017 (*OECD's Background Brief – Inclusive Framework on BEPS, 2017*).

Øvrige

Samlenotat vedrørende rådsmødet (ECOFIN) den 17. juni 2016, Skatteudvalget 2015-16, SAU Alm.del Bilag 215 (*SAU Alm.del Bilag 215, 2015-16*).

Congress of the International Fiscal Association, Seminar D – IFA / EU: Recent EU Developments, IFA Madrid, 27. September 2016.

SKM2008.240.DEP, Skatteministeriet; Departementets kommentar af 12. marts 2008, j.nr. 2007-462-0014, Skatteministeriets kommentarer til henvendelser fra FSR vedrørende lov nr. 540 af 6. juni 2007 (L 213).