

In memoriam
Kari S. Tikka
1944–2006

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS
SUOMEN LAKIMIESLIITTO
HELSINGIN YLIOPISTON OIKEUSTIETEELLINEN
TIEDEKUNTA
HELSINKI

Toimituskunta / Editorial Board

Edward Andersson

Kai Kalima

Timo Viherkenttä

Pekka Vihervuori

Tilausosoite / Orders

Suomalainen Lakimiesyhdistys / Finnish Lawyers' Association

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki, Finland

tel. +358 (0)9 6120 300

fax + 358 (0)9 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Kari S. Tikan valokuva s. V Jakke Nikkarinen

Taitto: Keski-Suomen Painotuote Oy

ISSN 0356-7222

ISBN 978-951-855-266-9

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007

Aage Michelsen

Beskatning af mobile indtægter og udgifter i dansk skatteret

Indledning

Indkomstskattereglerne – herunder især selskabsskattereglerne – i de vestlige højtbeskattende lande er de seneste år blevet udsat for stadig større udfordringer.

Den almindelige globalisering og ikke mindst den accelererende udvikling på de finansielle markeder med tilvejebringelsen af nye ofte hybride finansielle instrumenter øger presset på selskabsskattereglerne. Og den øgede skattekonkurrence til trods for politiske tiltag om at modvirke skadelig skattekonkurrence (Harmful Tax Competition)¹ tiltager.

Hertil kommer, at EF-domstolen i fortsat stigende omfang anser medlemsstaternes selskabsskatteregler for at være i strid med den primære EU-ret, herunder de økonomiske frihedsrettigheder: arbejdskraftens fri bevægelighed i art. 39, fri etableringsret i art. 43 og 48, fri bevægelighed for tjenesteydelser i art. 49 og fri bevægelighed for kapital i art. 56–58. Dette har især på selskabsskattelovgivningens område indebåret en skjult harmonisering, der rejser det spørgsmål, om EF-domstolen er det rette organ til at presse medlemsstaterne til at harmonisere skattelovgivningen.

I det følgende vil en række lovændringer i dansk selskabsskatteret blive omtalt. Kendetegnende for de omtalte lovændringer er, at de er blevet gennemført dels som følge af det ydre pres fra globaliseringen dels som følge af det stigende antal domme af EF-domstolen, der statuerer, at medlemsstaternes skattelovgivning ikke er forenelig med den primære EU-ret.

I artiklen vil regeringens planer om indgreb mod kapitalfonde og CFC-selskaber kort blive omtalt, jf. skatteministeriets lovudkast af 1. februar 2007.

¹ Se således OECD's rapporter om Harmful Tax Competition og EF's adfærdskodeks (Code of Conduct). I generaladvokat Philippe Léger's forslag til afgørelse i Cadbury Schweppes-sagen (sag C-196/04) af 2. maj 2006 udtaler han i punkt 55: "På baggrund af disse overvejelser og i mangel af en EF-harmonisering må det erkendes, at der er konkurrence mellem skatteordningerne i de forskellige medlemsstater. Denne konkurrence, som især kommer til udtryk som store forskelle i de satser, der gælder for beskatning af virksomhedsoverskud i de forskellige medlemsstater, kan have en betydelig indflydelse, når selskaberne skal vælge, hvor de vil udøve deres virksomhed i Den Europæiske Union (35). Det er beklageligt, at der på dette område er ubegrænset konkurrence mellem medlemsstaterne. Det er imidlertid et spørgsmål af politisk karakter." I punkt 57 udtaler generaladvokaten bl.a.: "Vedtagelsen af adfærdskodeksen og omtalen af den pågældende irske skatteordning som en af de nationale skatteforanstaltninger, der er skadelige for det indre marked, kan således ikke begrænse, og langt mindre med tilbagevirkende kraft indskrænke den ret, som alle selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med Artikel 48 EF, har til at foretage sekundær etablering i en medlemsstat efter eget valg, herunder en medlemsstat, hvor der gælder en skatteordning, som vurderes som at være skadelig for det indre marked."

Regler om tynd kapitalisering

Ved lov nr. 432 af 26/6 1998 blev der i dansk skatteret indført regler om tynd kapitalisering i selskabsskattelovens (SEL) § 11. Reglerne gjaldt kun for lån fra udenlandske kontrollerede selskaber og ikke lån fra danske kontrollerede selskaber.

EF-domstolen afsagde den 12/12 2002 afgørelse i sagen Langhorst-Hohorst (C-324/00). Domstolen anså de tyske regler om tynd kapitalisering for at være i strid med EF-traktatens art. 43 om fri etableringsret. Domstolen udtalte, at de tyske regler om tynd kapitalisering i realiteten medførte forskellig behandling af tyske datterselskaber afhængig af, om moderselskabet (långiver) var hjemmehørende i Tyskland eller i udlandet. Domstolen fandt ikke, at denne forskelsbehandling kunne begrundes i tvingende almene hensyn.

Da de hidtil gældende danske regler om tynd kapitalisering fandt anvendelse i stort set samme situationer som de tyske regler om tynd kapitalisering, vurderede den danske regering, at de hidtil gældende danske regler også stred imod EU-retten.²

Ved lov nr. 221 af 31/3 2004 (L 119) (EU-pakken) blev reglerne om tynd kapitalisering ændret med virkning for indkomstår, der påbegyndes den 1/1 2004 eller senere. Der blev gennemført tre væsentlige ændringer.

For det første gælder reglerne fremover kun gæld til juridiske personer som nævnt i ligningslovens (LL) § 2, stk.1 (kontrolleret gæld) og ikke på gæld til fysiske personer.

For det andet udvides bestemmelseernes anvendelsesområde til ikke blot at finde anvendelse i tilfælde, hvor långiver er et udenlandsk selskab, men også i tilfælde hvor långiver er et dansk selskab. Der vil herefter ikke længere være tale om forskelsbehandling af lån fra udenlandske selskaber.

For det tredje er anvendelsesområdet for reglerne om tynd kapitalisering begrænset til kun at gælde for visse større lån. Fradragsbeskæringen gælder således for det første alene, hvis den kontrollerede gæld overstiger 10 mio. kr. For det andet skal fradragsbeskæringen, når den finder anvendelse, alene gælde den del af den kontrollerede gæld, som skulle kvalificeres til egenkapital for, at forholdet mellem fremmedkapital (gæld) og egenkapital ved indkomstårets udløb udgør 4:1. For det tredje skal fradragsbeskæringen foretages for dansk kontrolleret gæld forud for udenlandsk kontrolleret gæld.

Der foretages ikke fradragsbeskæring for renter, som kildebeskattes med 30 pct. efter bestemmelsen i SEL § 2, stk. 1, litra d, idet dette ville indebære en form for dobbeltbeskatning (manglende fradragsret + kildebeskatning med 30 pct.).

I modsætning til, hvad der gælder i flere andre lande, indebærer fradragsbeskæringen ikke, at de ikke fradragsberettigede renteudgifter m.v. omkvalificeres til udbytte ved anvendelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

² I TfS 2006, 861 LSR (SKM2006.252.LSR) blev det antaget, at de dagældende regler i SEL § 11 var anvendelige i et tilfælde, hvor et lån var optaget hos et koncernforbundet selskab i Polen, idet Polen på låneoptagelsestidspunktet ikke var medlem af EU eller EØS.

Ændringen er et eksempel på de ikke hensigtsmæssige resultater af EF-domstolens afgørelser, idet Domstolen har ”tvunget” Danmark til at indføre regler vedrørende rent nationale rentebetaling, som er overflødige bortset fra, at de sikrer overholdelsen af EU-reglerne.³

De danske regler om tynd kapitalisering indeholder i SEL § 11, stk. 4, en særlig regel om såkaldt konsolidering. Indholdet af denne særdeles komplicerede bestemmelse er, at hvis flere danske koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, kontrolleres, finder reglerne om tynd kapitalisering samlet anvendelse på aktiver og passiver i disse selskaber.

Bestemmelsen finder kun anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage de udenlandske aktionærer eller et eventuelt ultimativt moderselskab kan anses for at være koncernforbundne.

Konsolideringsbestemmelsen i SEL § 11, stk. 4, har givet anledning til megen fortolknings-tvivl.⁴ Jan Guldmand Hansen, TfS 2005, 163 (”Tynd kapitalisering i danske koncerner – et regelsæt, som bør revurderes”) gør gældende, at sådan som konsolideringsreglen fortolkes af det danske Skatteministerium, kan danske koncerner nærmest uden problemer undgå rentefradragsbeskæring efter reglerne om tynd kapitalisering. I enhver dansk koncern kan tynd kapitalisering undgås ved blot at placere et tomt aktie- eller anpartsselskab i toppen af selskabsstrukturen. Herved opnås, at alle øvrige selskaber konsolideres, og da der ikke er gæld til det nystiftede ”ultimative moderselskab”, og dette forudsætningsvis ikke stiller sikkerhed for andre koncernforbundne selskabers gæld, har den konsoliderede enhed ingen kontrolleret gæld.

Er den beskrevne fortolkning af konsolideringsreglen rigtig, er selve kernen i SEL § 11, at der er symmetri mellem fradragsbeskæring hos debitor og manglende skattepligt hos kreditor, forskertset, idet skattefriheden for renteindtægter i realiteten kun kommer danske kreditorselskaber til gode. Spørgsmålet er herefter, om reglerne er forenelige med EU-retten, jf. således forfatteren p. 573 f.⁵

I Danmark ligesom i mange andre lande har flere danske og udenlandske kapitalfonde (Private Equity Funds) opkøbt danske koncerner. Opkøbet foretages gennem et til lejligheden oprettet dansk holdingselskab eventuelt med en høj grad af lånefinansiering og dermed betydelige renteudgifter. Herved nedbringes umiddelbart den skattepligtige indkomst i Danmark i den opkøbte koncern. Kapitalfondene er som oftest organiseret som kommanditselskaber, der ifølge dansk ret ikke anses som selvstændige skattesubjekter, men som skattetransparente enheder. Koncerndefinitionen i de danske værnsregler om transfer pricing, tynd kapitalisering og kildeskat på koncerninterne renter og kursgevinster omfattede tidligere ikke transparente selskaber som f.eks. kommanditselskaber.

³ Se hertil Otmar Thömmes: Commission’s Reluctance and Member States’ Overreactions – A Perfect Recipe for Chaos. Intertax 2004/3 p. 124 ff. Se således også Edward Andersson: Har EG-domstolen gået for langt i sine inkomstskattedomar? Festskrift til Nils Mattsson, 2005 p. 29 ff.

⁴ Jf. hertil Jakob Bundgaard: Efter Lankhorst-Hohorst – nationale værn mod tynd kapitalisering i ny indpakning. Skat Udland 2004, 207, Jan Guldmand Hansen – Nikolaj Vinther: Rentebetaling til udenlandsk kreditor – Tynd kapitalisering, rentekildeskat og transparens. Skattepolitisk Oversigt 2004/4, p. 234 ff. og Jan Guldmand Hansen – Nikolaj Vinther: EU-rettens krav til dansk skatteret. SR-Skat 2004/4, p. 224 ff.

⁵ Se således også Jan Guldmand Hansen – Nikolaj Vinther, SR-Skat 2004/4 p. 235 ff.

Ved lov nr. 308 af 19/4 2006 (L 116) (Justering af erhvervsbeskatningen) er skattehullet vedrørende kapitalfonde og koncerndefinitionen tilsigtet lukket. Loven ændrede kontrollbegrebet i LL § 2 om transfer pricing transaktioner. Definitionen på bestemmende indflydelse omfatter efter de ændrede regler: 1) kontrollerede selskaber m.v., ”der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt” (transparente enheder”), 2) selskabsdeltagere med ”aftaler om fælles bestemmende indflydelse”.

Målsætningen med lovændringerne kommer til udtryk i lovforslagets almindelige bemærkninger, hvor det bl.a. hedder:

” – Det foreslås, at de skattetransparente enheder i forhold til værnreglerne om transfer pricing og tynd kapitalisering m.fl. sidestilles med selvstændige skattesubjekter. Dette medfører, at transaktioner mellem en kapitalfond og dets datterselskab er omfattet af transfer pricing reglerne, samt at gæld fra kapitalfonden anses for at være koncernintern gæld i reglerne om tynd kapitalisering og kildeskat på renter, selvom kapitalfonden ikke er et selvstændigt skattesubjekt. Kapitalfondene sidestilles dermed med aktieselskaber – ”.

Den ændrede koncerndefinition medfører, at reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 også finder anvendelse, når kapitalfonde er långivere til koncerninterne enheder i Danmark.⁶

EU-pakken (Lovforslag nr. 119)

Generelt

Ved lov nr. 221 af 31/3 2004 (Rentebeskatningsdirektivet, rente-/royaltydirektivet, koncerninterne lån, fraflytterbeskatning, omregning af helårsindkomst, bruttobeskattede personer) (L 119)- (EU-pakken m.v.) blev 2 EU-direktiver implementeret i dansk ret, og loven ændrede en række regler i dansk international skatteret for at bringe dem i overensstemmelse med EU-retten. Herudover er der blevet gennemført en række regler, der tilsigter at lukke huller samt at sikre et bedre samspil mellem danske skatteregler og skatteregler i andre lande.⁷

Kildebeskatning af renter betalt af danske hjemmehørende selskaber

Før gennemførelsen af L 119 var der ikke i dansk skatteret hjemmel til at beskatte renter hidrørende fra kilder i Danmark, medmindre renterne kunne anses som indtægt ved erhvervsmæssig virksomhed med fast driftssted i Danmark, jf. for så vidt angår selskaber SEL § 2, stk. 1, litra a.

⁶ Se om lovændringerne Christen Amby: Udvidelse af koncernbegrebet med kapitalfonde. Skat Udland 2006/1, 3, samme: L 116 vedtaget med ændringer. Skat Udland 2006/7, 187, Jakob Bundgaard: Private Equity Funds & Leveraged by Outs. Skat Udland 2006/7, 188 og Ria Falk: Nye koncernbegreber – L 116 om kapitalfonde mv. SR-Skat 2006/4, p. 291 ff.

⁷ Se herom Aage Michelsen: Samspillet mellem interne danske skatteregler og interne skatteregler i andre lande. Festskrift till Nils Mattsson, 2005 p. 277 ff.

Ved L 119 blev der indsat en ny bestemmelse i SEL § 2, stk. 1, litra d, om begrænset skattepligt i Danmark af visse koncerninterne renter. Formålet angives i bemærkningerne til lovforslaget at være ”at imødegå, at et dansk selskab m.v. nedsætter den danske beskatning ved at reducere den skattepligtige indkomst gennem rentebetalinger til visse finansielle selskaber i lavskatte-lande, hvis det udenlandske selskab kontrollerer det danske selskab m.v.” Formålet er således at forhindre, at det danske beskatningsgrundlag eroderes. Den situation, der ønskes dæmmet op for, er en modsatrettet CFC-situation, idet det er moderselskabet, der er et lavt beskattet finansselskab.

I forbindelse med enhver udbetaling eller godskrivning af renter til selskaber m.v., der er skattepligtige efter SEL § 2, stk. 1, litra d, skal den, for hvis regning udbetalingen eller godskrivningen foretages, indeholde 30 pct. af den samlede rente, jf. nærmere kildeskattelovens § 65 D, stk. 1.

Reglerne finder efter SEL § 2, stk. 1, litra d, 2.–6. pkt., ikke anvendelse i en række tilfælde, hvor behovet for rentebeskatning i Danmark ikke antages at være til stede. Dette gælder f.eks. i tilfælde, hvor reglerne om tynd kapitalisering finder anvendelse, idet der i tilfælde af rentebeskatning ville finde en form for dobbeltbeskatning sted, såfremt de til renteindtægterne korresponderende renteudgifter ikke kunne fradrages.⁸

SEL § 2 A – Hybride selskaber

Den mest vidtgående nydannelse, der blev gennemført med L 119, er indsættelsen af SEL § 2 A i selskabsskatteloven. Bestemmelsen tilsigter at gennemføre et bedre samspil mellem dansk intern skatteret og intern skatteret i andre lande for at modvirke muligheden for dobbelt ikke-beskatning. SEL § 2 A sigter især til at modvirke den situation, at et amerikansk moderselskab i henhold til de amerikanske ”check the box” regulations vælger at gøre et dansk anpartsselskab⁹ transparent i skatteretlig henseende. Før gennemførelsen af SEL § 2 A ville dette have den konsekvens, at det amerikanske moderselskab ikke var skattepligtigt af rentebetalinger m.v. fra det danske datterselskab, som efter amerikansk skatteret – efter at ”boxen er checket” – bliver anset som et fast driftssted i Danmark. Herefter er der tale om interne ydelser, som ikke er skattepligtige i moderselskabet i USA. I Danmark ville renter og royalties være fradragsberettigede, da anpartsselskabet efter dansk sed var et selvstændigt skattesubjekt. Dette resulterede i dobbelt ikke-beskatning af rente- og royaltybetalingerne.

Efter gennemførelsen af SEL § 2 A vil det danske anpartsselskab, hvis moderselskabet i USA vælger at anse det for transparent i skatteretlig henseende efter amerikansk ret, tillige være

⁸ Se hertil Jan Guldmund Hansen – Nikolaj Vinther: Rentebetalinger til udenlandsk kreditor. Skat Udland 2004/4 p. 234 ff.

⁹ De amerikanske ”check-the-box” regler gælder ikke for danske aktieselskaber, der er med på en særlig per se liste over selskaber, som ”check-the-box” reglerne ikke kan finde anvendelse på, jf. hertil Aage Michelsen: Hybride selskaber i skatteretlig henseende. Skat Udland 1998/9, 235 og Arne Riis-Sørensen: Check-the-box” – reglerne og international skatteret. Skat Udland 2001/1, 34. De amerikanske moderselskaber valgte derfor at stifte danske anpartsselskaber i stedet for at stifte danske aktieselskaber.

transparent efter dansk skatteret, hvilket har den konsekvens, at det beskattes som et fast driftssted. Interne ydelser som f.eks. renter og royalties vil som hovedregel ikke være fradragsberettigede i det danske ”faste driftssted”, idet selvstændighedsfiktionen i dobbeltbeskatningsoverenskomsternes art. 7, stk. 2, som hovedregel ikke gælder for interne ydelser.¹⁰

SEL § 2 A giver anledning til mange vanskelige problemstillinger som følge af, at det danske anpartsselskab vedbliver med i selskabsretlig henseende at være et selvstændigt retssubjekt.¹¹

SEL § 2 A er blevet skarpt kritiseret for at være uforenelig med EU-retten.¹² Søren Friis Hansen l.c. har bl.a. gjort gældende, at Danmark er forpligtet til at anerkende et selskabs skattesubjektivitet i et andet medlemsland, hvilket han baserer på EF-domstolens domme i sagerne Centros (sag C-212/97), Überseering BV (sag C-208/00) og Inspire Art (sag C-167/01). Ifølge Søren Friis Hansen er SEL § 2 A, stk. 2, hvorefter § 2 A, stk. 1, tillige finder anvendelse på udenlandske selskaber, der er begrænset skattepligtige i Danmark efter SEL § 2, i strid med EU-retten, idet bestemmelsen ikke anerkender de udenlandske selskabers skattesubjektivitet. Hertil udtaler Skatteministeren i et svar af 19/5 2005 på spørgsmål nr. 21 fra Folketingets Skatteudvalg af 23/2 2005 (j.nr. 2005-418-0175)(SAU alm. del) for det første, at § 2 A, stk. 2, medfører, at Danmark anser et udenlandsk selskab, der efter almindelig dansk kvalifikation er en selvstændig enhed, som transparent. Denne omkvalificering sker som følge af, at selskabet i sit ”hjemland” anses for at være en transparent enhed af et selskab i samme land. Der er således ikke tale om, at Danmark med § 2 A, stk. 2, ikke anerkender et selskabs skattesubjektivitet i selskabets ”hjemland”. Derimod anerkender Danmark selskabets manglende skattesubjektivitet.

Herudover fremhæver Skatteministeriet, at EF-domstolens domme Centros, Überseering BV og Inspire Art alle er selskabsretlige afgørelser, samt at der ikke findes tilsvarende skatteretlige domme fra EF-domstolen.

Endelig fremhæver Skatteministeriet, at EU’s medlemsstater og EU-kommissionen ved udarbejdelse af den seneste ændring af moder-/datterselskabsdirektivet (Rådet direktiv 2003/123/EF) har forudsat, at medlemsstaterne ikke EU-retligt har en pligt til at anerkende andre medlemsstats skatteretlige kvalifikation af selskaber. I direktivets art. 4, stk. 1 a, fremgår det, at ”intet i dette direktiv er til hinder for, at den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, på grundlag af denne stats vurdering af datterselskabets juridiske karakteristika som følge af den lovgivning, hvorunder det er oprettet, betragter et datterselskab som skatteretligt transparent og derfor beskatter moderselskabet på grundlag af dets andel af datterselskabets overskud, efterhånden som dette overskud opstår”.¹³

¹⁰ Jf. TfS 1993, 7 H og Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst – Indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000 p. 237 ff.

¹¹ Se om SEL § 2 A bl.a. Niels Josephsen – Søren Steenholdt: SEL § 2 A. Skat Udland 2004/1, 1, Henning Schønning – Anja Svendgaard Dalgas, SR-Skat 2004/3, p. 149 ff, Jens Wittendorff: SEL § 2 A – transparente enheder. Skat Udland 2004/5, p. 204 og Johanne Minke – Lars Nyhegn Eriksen: Revision & Regnskabsvæsen 2004/6, p. 9 ff.

¹² Se således især Søren Friis Hansen: SEL § 2 A; Det sorte hul. Skattepolitisk Oversigt 2004/7, p. 415 ff.

¹³ Se hertil Jakob Bundgaard: Kvalifikationen af visse europæiske selskaber – Om transparens, skattesubjektivitet og EU-ret. Skat Udland 2005/2, p. 45, der omtaler implementeringen af ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet ved lov nr. 1375 af 20/12 2004 (L 27).

Beskatning af aktieavancer fra aktier udstedt af finansielle selskaber i lavskattelande

Indtil indkomståret 2005 fandtes der i den dagældende aktieavancebeskatningslovs (ABL) § 2 a regler om en særlig hård beskatning af aktieavancer fra aktier udstedt af finansielle selskaber i lavskattelande. Der var tale om værnsregler, der tilsigtede at sikre effektiviteten af de almindelige danske regler om beskatning af fortjenester på aktier og investeringsbeviser i finansielle selskaber

EF-domstolens dom af 15/7 2004 i Anneliese Lenz sagen (sag C-315/02) vedrørte det forhold, at udbytte fra udenlandske selskaber til selskaber hjemmehørende i Østrig blev hårdere beskattet end udbytte, der hidrørte fra selskaber, der var hjemmehørende i Østrig. EF-domstolen statuerede i sin dom, at dette var uforeneligt med EF-traktatens art. 73 B og art. 73 D, stk. 1 og 3 (nu art. 56 henholdsvis art. 58) om fri bevægelighed for kapital. Domstolen statuerede i den forbindelse, at afvisningen af at indrømme modtagere af kapitalindtægter, der hidrører fra en anden medlemsstat, de skattefordele, der indrømmes modtagere af kapitalindtægter fra Østrig, ikke kan berettiges af den omstændighed, at indkomst fra selskaber, der er hjemmehørende i den anden medlemsstat, eventuelt beskattes mere lempeligt dér.¹⁴

ABL § 2 a kunne næppe opretholdes med dens daværende indhold, idet bestemmelsen måtte antages at være i strid med reglerne i EF-traktatens art. 56–58 om fri bevægelighed for kapital.¹⁵ I erkendelse heraf fremsatte den danske skatteminister den 24/2 2005 forslag nr. L 98 om ændring af forskellige skattelove (Investerings-selskaber og hedgeforeninger).¹⁶ Formålet med lovforslaget var: 1) At indføre nye generelle beskatningsregler for finansielle selskaber, der ikke rejser samme behov for særregler i stil med ABL § 2 a, som de gældende regler gør. 2) At øge konkurrencen på det finansielle marked ved at lette udenlandske finansieringsforeningers adgang til det danske marked. 3) At sikre overholdelse af EU-retten seneste praksis. 4) At imødegå, at skattereglerne hindrer stiftelse af hedgeforeninger. 5) At lette danske investeringsforeningers investeringer i udenlandske investeringsforeninger igennem en klarere afgrænsning af, hvilke selskaber der omfattes af de nye regler.

Lovforslaget blev vedtaget som lov nr. 407 af 1/6 2005.¹⁷ Loven ophæver den hidtidige bestemmelse i ABL § 2 a med virkning fra indkomståret 2004. Ophævelsen har også virkning for investeringer i tredjelande, dvs. lande uden for EU og EØS. Loven giver mulighed for efter

¹⁴ Se om dommen Peter Haunold et al.: News and der EU. Steuer und Wirtschaft International 2004/9, p. 470 ff.

¹⁵ Se således 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). Skat Udland 2004/9, 330 og samme: Udbyttebeskatning og kapitalens fri bevægelighed – en kommentar til Sag C-319/02. Skat Udland 2004/12, 430. I sidstnævnte artikel kommenterer forfatteren EF-domstolens dom af 7/9 2004 i Manninen-sagen (Sag C-319/02), hvilken dom forfatteren anser for at ligge i forlængelse af Domstolens dom i Anneliese Lenz sagen.

¹⁶ Se om lovforslaget Allan Bøjlén Christensen – Niels Josephsen – Dorte Vestergaard: Aktieavancebeskatningslovens § 2 a. Skat Udland 2005/5, 123.

¹⁷ Se om den vedtagne lov Kjeld Bergenfelt: Nye regler om beskatning af afkast fra investeringsforeninger og hedgeforeninger. SR-Skat 2005/4, p. 228 ff. og Jakob Smith: Ny lov om investerings-selskaber, hedgeforeninger, investeringsforeninger og indekserede obligationer. TfS 2005, 776.

anmodning, dog kun for så vidt angår indkomstårene 1996–2003, at få genoptaget tidligere ansættelser foretaget efter § 2 a.

Reglerne gælder både for danske og udenlandske investeringsselskaber. Der er desuden gennemført en ændret afgrænsning af, hvilke selskaber og investeringsforeninger, der er omfattet af ABL § 2 a. Kontoførende foreninger og udloddende investeringsforeninger er ikke omfattet. Banker og forsikringsselskaber anses ikke mere som finansielle selskaber.

De af ABL § 2 a omfattede selskaber og investeringsforeninger m.v. er gjort skattefrie, jf. SEL § 3, stk. 1, nr. 19. Herved sidestilles de akkumulerende investeringsforeninger med de udloddende investeringsforeninger og med de investeringsforeninger i skattelylande, som de konkurrerer med. En hedgeforening er en akkumulerende investeringsforening. Retsvirkningen af skattefriheden – den manglende skattesubjektivitet, transparensen – er, at investorerne i investeringsselskaberne m.v. er direkte skattepligtige af fortjenesterne i investeringsforeningerne. Der sker herved en etledsbeskatning ligesom for de udloddende investeringsforeninger.

Beskatningen af værdipapirerne i investeringsforeningerne sker efter et lagerprincip, dog således at beskatningen af værdistigninger først skal ske i året efter, at værdistigningerne har fundet sted. Tab kan i modsætning til tidligere også fradrages.

Ved lov nr. 1413 af 21/12 2005 (L 78) blev der gennemført en ny aktieavancebeskatningslov. Bestemmelserne i § 2 a blev placeret i den nye aktieavancebeskatningslovs § 19. Som udgangspunkt er § 19 identisk med den tidligere bestemmelse i § 2 a. Der er dog sket en ændring af den måde, som investeringsforeninger afgrænses på, hvilket ikke nærmere skal behandles her.¹⁸

Ved lov nr. 407 af 1/6 2005 (L 98) blev bestemmelsen i LL § 5 E ophævet, da denne bestemmelse tillige som følge af EF-domstolens dom i Anneliese Lenz sagen måtte antages at være uforenelig med EU-retten. Efter denne bestemmelse var der ikke fradragsret fore renteudgifter m.v. af lånte midler til erhvervelse af andele i finansielle selskaber i skattelylande.

Der kun i et begrænset omfang stillet spørgsmålstegn ved, om de nye regler – nu i ABL § 19 – er forenelige med EU-retten. Alan Bøjlén Christensen, Niels Josephsen og Dorte Vestergaard, Skat Udland 2005/4, 123 p. 358 antager, at sidestillelsen af danske og udenlandske investeringsforeninger – i hvert fald for de aktiebaserede investeringsforeninger – er rent illusorisk. Efter forfatterens opfattelse er de nye regler også i strid med EU-retten, idet de opstiller urimelige hindringer for udenlandske investeringsforeninger for at blive lige så attraktive for danske investorer som danske investeringsforeninger.¹⁹

¹⁸ Se nærmere herom Kjeld Bergenfelt: Justering af reglerne om investeringsforeninger. SR-Skat 2006/1 p. 88 ff. Om reglerne i ABL § 19 se Erik Banner-Voigt – Preben Underbjerg Poulsen – Søren Rasmussen: Aktieavancebeskatning, 2006 p. 247 ff.

¹⁹ Se lidt i samme retning Kjeld Bergenfelt, SR-Skat 2005/4, p. 229.

Hybride finansieringsinstrumenter

I lovforslag nr. 110 af 13/12 2006 om ændring af forskellige skattelove (Skattefri omstrukturering af selskaber og justering af sambeskatningsreglerne m.v.) er det foreslået at indsætte en ny § 2 B i selskabsskatteloven. Bestemmelsen vedrører den situation, at et dansk selskab har gæld m.v. til udenlandske kreditorer, samt at fordringen m.v. efter udenlandske skatteregler anses for at være indskudt kapital. Efter lovforslaget anses gælden m.v. ligeledes for at være indskudt kapital ved den danske indkomstopgørelse.

Formålet med bestemmelsen er at undgå asymmetrisk beskatning, hvor Danmark giver fradrag for renteudgifter og kurstab på gæld, mens betalingen anses for udbytte for den udenlandske modtager. Udbyttebetalinger vil i mange tilfælde være skattefrie for modtageren som følge af regler svarende til de danske regler om skattefrie datterselskabsudbytter.

Omkvalifikation af gælden til indskudt kapital medfører, at rentebetalinger og det danske selskabs kurstab anses for at være udbytteudlodninger. Dette vil gælde såvel ved anvendelsen af de almindelige danske skatteregler som ved anvendelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Forslaget har dermed tillige den effekt, at der bliver symmetri mellem den danske og den udenlandske kvalifikation i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Bestemmelsen skal kun finde anvendelse, hvis den udenlandske person eller selskab har bestemmende indflydelse over selskabet, eller hvis selskaberne er koncernforbundne, jf. LL § 2.

Den foreslåede bestemmelse i SEL § 2 B har samme formål – at forhindre dobbelt ikke-beskatning – som den ovenfor omtalte bestemmelse i SEL § 2 A.²⁰

CFC-reglerne

Indledning

Ved lov nr. 312 af 17/5 1995 indførte Danmark særskilte regler om CFC-beskatning først og fremmest i SEL § 32. CFC-reglerne er ændret gentagne gange siden deres indførelse.²¹

Betingelserne for, at CFC-reglerne kan finde anvendelse, er 1) for det første at moderselskabet kontrollerer datterselskabet eller har en væsentlig indflydelse på datterselskabet. Dette er tilfældet, hvis moderselskabet direkte eller indirekte ejer mindst 25 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet eller direkte eller indirekte råder over mere end 50 pct. af stemmerne i datterselskabet, jf. nærmere SEL § 32, stk. 6, 1. og 2. pkt. 2) For det andet er det en betingelse, at datterselskabet i udlandet er lavt beskattet, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1. Herefter skal datterselskabets samlede udenlandske indkomst være mindre end 3/4 af skatten på danske selskaber. Da selskabsskatten i Danmark efter SEL § 17, stk. 1, er 28 pct., vil det sige, at beskatningen af datter-

²⁰ Om hybride finansieringsinstrumenter se Jakob Bundgaard: Hybrid finansiering og international skatteret. Skat Udlænd 2006/12, p. 391.

²¹ Se hertil Anja Svendgaard: Frivillig og tvungen sambeskatning, 2001 p. 55 ff. og Jakob Bundgaard i Jan Pedersen – Kurt Siggaaard – Niels Winther-Sørensen – Jakob Bundgaard: Skatteretten 3, 4. udg. 2006, p. 312 ff.

selskabets samlede indkomst skal være mindre end 21 pct., for at de danske CFC-regler kan finde anvendelse. For det tredje er det en betingelse, at det udenlandske datterselskabs indkomst i væsentlig grad skal være af finansiel karakter, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 2. Der foreligger finansiel indkomst i væsentligt omfang, hvis datterselskabets CFC-indkomst for samme periode udgør mere end datterselskabets samlede indkomst opgjort efter stk. 3. Hvad der skal forstås ved CFC-indkomst defineres nærmere i § 32, stk. 5, hvortil der henvises. Skattepligten efter CFC-bereglerne omfatter kun de finansielle indtægter, eller med andre ord er de danske CFC-regler indrettet efter ”transactionsmetoden” (”Transaction Approach”), hvorefter kun positivt opregnede indtægter og ikke hele CFC-selskabets indkomst skal medregnes ved opgørelsen af moderselskabets indkomst. I de fleste andre lande følger CFC-reglerne ”jurisdiktionsmetoden” (”Jurisdictional Approach”), hvorefter CFC-selskabets hele indkomst skal medregnes ved opgørelsen af moderselskabets skattepligtige indkomst.²²

Ved lov nr. 1413 af 21/12 2005 blev som omtalt ovenfor en ny aktieavancebeskatningslov gennemført. Efter denne lovs § 19 gælder de særlige regler for investeringsselskaber også, hvis et selskab ejer over 25 pct. af aktierne i et investeringsselskab. Efter SEL § 32, stk. 1, nr. 3, gælder CFC-reglerne ikke for udenlandske investeringsselskaber kontrolleret af danske selskaber. Det danske kontrollerende selskab beskattes altid efter lagerprincippet af de løbende gevinster på investeringsselskabet. Der er derfor ikke behov for særlige CFC-regler i forhold til investeringsselskaber.

Senest er CFC-reglerne blev ændret ved lov nr. 308 af 19/4 2006 (Justering af erhvervsbeskatningen). Kredsen af de selskaber, der er omfattet af CFC-beskatningsreglerne, blev udvidet, idet der i SEL § 32, stk. 6, blev indsat et ny 3. pkt. med følgende ordlyd: ”Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af selskabsdeltagere, med hvem moderselskabet har en aftale om udøvelse af fælles væsentlig indflydelse, eller som indehaves af et selskab eller en forening m.v. som nævnt i ligningslovens § 2, stk. 1, 2. pkt. (transparent enhed), hvori moderselskabet deltager.”

Som begrundelse for udvidelsen af kredsen af selskaber, der skal være omfattet af CFC-reglerne, anføres det i forarbejderne til lovændringen, at det var muligt for en række selskaber (minimum 5 selskaber) at oprette og drive finansielle datterselskaber i skattelylande, uden at de omfattedes af de dagældende CFC-regler. Ændringen skal også ses i sammenhæng med ændringslovens formål at inddrage kapitalfonde og lignende transparente selskaber (kommanditselskaber og interessentskaber m.v.) i reglerne om bestemmende indflydelse i relation til reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 og transfer pricing i skattekontrollovens § 3 B og LL § 2.²³

CFC-reglerne finder tillige anvendelse, når det er fysiske personer omfattet af reglerne om ubegrænset skattepligt i kildeskattelovens § 1 eller dødsboer omfattet af dødsboskattelovens § 1, stk. 2, der ejer aktier i udenlandske finansselskaber i lavskattelande, jf. LL § 16 H.

²² Se hertil Michael Lang – Hans-Jörgen Aigner – Ulrich Scheuerle – Markus Stefaner (eds): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004.

²³ Se den i note 6 anførte litteratur.

Efter personskattelovens § 4 b indgår CFC-indkomst efter LL § 16 H ikke i den skattepligtige indkomst ved beregning af skat efter personskattelovens §§ 6–8 a. CFC-indkomsten beskattes med den sats, der er nævnt i SEL § 17, stk.1, jf. personskattelovens § 8 b. Det kan undre, at personer, hvis kapitalindkomst kan være skattepligtig med op til 59 pct., kan nøjes med 28 pct., når der er tale om CFC-indkomst.

CFC-reglerne i SEL § 32 finder tilsvarende anvendelse på udenlandske datterselskaber af fonde og foreninger omfattet af fondsbeskatningslovens § 1, jf. fondsbeskatningslovens § 12.

CFC-reglerne finder derimod ikke anvendelse på udenlandske fonde og trusts i skattelylande, som danske selskaber m.fl. har en væsentlig indflydelse i.²⁴

Da udenlandske fonde og trusts stiftet af skattesubjekter hjemmehørende i Danmark næppe vil blive anerkendt som skattesubjekter, såfremt destinatarerne (beneficianterne) har krav på uddelinger fra de udenlandske fonde og trusts, vil det være overflødigt at indføre regler om CFC-beskatning af indtægter i sådanne indretninger, idet det følger af almindelige fondsretlige regler, at indskud af kapital i fonde og trusts kun har retsvirkning såvel i civilretlig som i skatteretlig henseende, hvis der er sket bindende formueafgivelse af stifteren til fonden eller trusten.

Formueafgivelsen er tillige ugyldig, hvis destinatarerne (beneficianterne) har et retskrav på at modtage uddelinger fra fonden eller trusten.²⁵

Da international skatteflugt ved formueafgivelse af kapital til juridiske personer i skatteoaselande på en måske næsten mere hensigtsmæssig måde kan ske ved overdragelse af kapital til familiefonde eller trusts i skatteoaselande, er der i dansk skatteret til støtte for CFC-reglerne indsat regler i fondsbeskatningslovens § 3 A, hvorefter det skattesubjekt hjemmehørende i Danmark der indskyder midler i en udenlandsk fond eller trust, som er stiftet eller oprettet i et land, hvori fonde og trusts beskattes væsentligt lavere end efter danske regler, skal betale en afgift på 20 pct. af indskuddet. Reglerne finder ikke anvendelse, såfremt indskyderen godtgør, at midlerne i den udenlandske fond eller trust anvendes i almenvelgørende eller på anden måde almennyttigt øjemed til fordel for en bredere kreds af personer.²⁶

Forholdet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

Spørgsmålet om CFC-reglernes forhold til de af Danmark indgående dobbeltbeskatningsoverenskomster var første og eneste gang til prøvelse ved højere instanser i Danmark i Landsskat-

²⁴ Dette er tilfælde i andre lande f.eks. i Norge se Frederik Zimmer: Internasjonal inntektsskatterett, 3. udgave 2003, p. 55 ff. De norske Nokus-regler om norsk kontrollerede udenlandske selskaber gælder ikke blot for selskaber, men også for fonde og trusts, hvori beneficianterne har en bestemmende indflydelse. Således blev reglerne anvendt på en trust i Liechtenstein, jf. Rt. 2002 s. 747 (Ptarmigan). Ligeledes i Finland kan CFC-reglerne finde anvendelse på fonde, trusts og endda på et dødsbo, der skiftes i udlandet, jf. Marjaana Helminen: Finnish International Taxation, 2002 p. 126 f.

²⁵ Se således Østre Landsrets dom i TfS 2005, 144 Ø (SKM2005.67.Ø), jf. hertil Aage Michelsen: Skatteretlig anerkendelse af udenlandske fonde. Revision & Regnskabsvæsen 2005/5 SM, p. 149 ff.

²⁶ Se hertil Aage Michelsen: The Tax Treatment of Foreign Foundations and Foreign Trusts in Danish Law and the Taxation in Denmark of Investments in Foreign Foundations and Trusts in Tax Havens. Liber Amicorum Leif Mutén, 1999 p. 273 ff.

terettens kendelse af 22/10 2004, jf. TfS 2004, 862 LSR (SKM2004.439.LSR). Landsskatteretten statuerede, at CFC-reglerne ikke var uforenelige med dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Schweiz.

Landsskatteretten støttede sig i et betydeligt omfang på, at anvendelse af CFC-beskatning er anbefalet af OECD for at modvirke international skatteflugt.²⁷ Den 20/3 2002 afsagde den finske Forvaltningshøjesteret dom i en sag om, hvorvidt de finske CFC-regler var forenelige med den finsk-belgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Domstolen fandt, at de finske CFC-regler ikke var uforenelige med dobbeltbeskatningsoverenskomsten først og fremmest med henvisning til formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og kommentarerne til OECD's modeloverenskomst.²⁸ Den 28/6 2002 afsagde den franske Conseil d'Etat en dom i sagen "Schneider" om fortolkningen af den fransk-schweiziske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Domstolen nåede frem til det modsatte resultat end den finske dom, idet domstolen fandt, at de franske CFC-regler var i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 7, stk. 1, om fordeling af beskatningsretten til erhvervsindkomst.²⁹ Som følge af de to domme blev kommentarerne til art. 1 i OECD's modeloverenskomst fra 2003 på flere punkter, herunder pkt. 23, ændret. Det blev præciseret, at CFC-regler ikke er uforenelige med dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.³⁰

Landsskatteretten nåede alligevel frem til, at beskatningen af det schweiziske datterselskab i den pågældende kanton ikke var så lav, at CFC-reglerne kunne finde anvendelse. Det kan undre, at Landsskatteretten ikke statuerede, at allerede af den grund kunne der ikke ske beskatning af det schweiziske datterselskab efter CFC-reglerne. Når der ikke er hjemmel til beskatning efter CFC-reglerne, opstår spørgsmålet om konflikt med dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Schweiz ikke.

EF-domstolens dom i Cadbury Schweppes-sagen

Den 12/9 2006 af sagde EF-domstolen den længe ventede dom i Cadbury Schweppes sagen (sag C-196/04)³¹ vedrørende de engelske CFC-regler, der minder meget om de danske CFC-regler. Cadbury Schweppes plc er moderselskab i Cadbury Schweppes-koncernen, der er sammensat af

²⁷ Se om Landsskatterettens kendelse Aage Michelsen: CFC-beskatning – forholdet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og EU-retten. Revision & Regnskabsvæsen 2005/1 SM, p. 2 ff.

²⁸ Se hertil Marjaana Helminen i Michael Lang et al. (eds): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, p. 200 f.

²⁹ Se om dommen Hicham Kabbaj/Emmanuel Raingeard de la Bletière i Michael Lang et al. (eds): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, p. 221 ff.

³⁰ Se hertil Aage Michelsen: CFC-beskatning – forholdet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og EU-retten. Revision & Regnskabsvæsen 2005/1, p. 2 ff.

³¹ Se om dommen Gerard T.K. Meussen: Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States. European Taxation 2007/1, p. 13 ff. Forfatteren konkluderer p. 18: "As corporate income tax rates are not harmonized in the European Union and the Commission is not opposed to tax competition, there is little room for the application of CFC rules. In this respect, the ECJ's rulings could be interpreted as a political hint or implicit advice to European politicians, i.e. if they want to counter low-tax jurisdictions within the European Union, the only proper way to do this is to reach some form of understanding regarding minimum corporate tax rates and, in general, CFC rules are inadequate to counter low-tax jurisdictions."

selskaber, der er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, i andre medlemsstater og i tredjelande. Koncernen omfatter bl.a. to datterselskaber i Irland, der er etableret i International Financial Services Center, Dublin, hvor selskabsskatteprocenten på daværende tidspunkt var 10 pct.

Skattesagen anlagt af Cadbury Schweppes plc mod Commissioners of Inland Revenue blev anket til Special Commissioner of Income Tax, London, der forelagde følgende præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen: ”Er artikel 43 EF, 49 EF og 56 EF til hinder for en national skat Lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der under angivne omstændigheder bestemmer, at et selskab, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, skal beskattes af overskud i et datterselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvor det beskattes med en lavere skattesats?”

Den forelæggende ret ønskede således, at EF-domstolen også skulle tage stilling til, om de engelske CFC-regler var for uforenelige med art. 49 om fri udveksling af tjenesteydelser og art. 56 om fri bevægelighed for kapital. Det var ikke mindst af interesse, om Domstolen havde taget stilling til, om de engelske CFC-regler var forenelige med art. 56 om fri bevægelighed for kapital, idet art. 56 udtrykkeligt også forbyder restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande. Domstolen afviste imidlertid at foretage en selvstændig undersøgelse af disse spørgsmål med følgende begrundelse i præmis 33: ”Under den antagelse, at denne lovgivning, således som sagsøgerne i hovedsagen og Irland har gjort gældende, har restriktive virkninger for den frie udveksling af tjenesteydelser og for de frie kapitalbevægelser, er sådanne virkninger uundgåelige konsekvenser af en eventuel hindring for etableringsfriheden og kan under alle omstændigheder ikke begrunde en selvstændig undersøgelse af den nævnte lovgivning med hensyn til artikel 49 EF og 56 EF” (jf. i denne retning dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega. Sml. I, s. 9609, præmis 27).³²

EF-domstolen udtaler i præmis 36, at den omstændighed, at en fællesskabsborger, hvad enten det er en fysisk person eller en juridisk person, har haft til hensigt at drage fordel af en for-

³² I præmis 27 hedder det: ”Under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder er forholdet vedrørende fri udveksling af tjenesteydelser dominerende i forholdet vedrørende de frie varebevægelser. Bonns politimyndighed og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har med rette påpeget, at det omtvistede forbud kun begrænser indførslen af varer for så vidt angår det udstyr, der specifikt er udformet til den udgave af laserspil, der er forbudt, og at dette er en uundgåelig konsekvens af det forbud, der er udstedt med hensyn til tjenesteydelser, der leveres af Pulsar. Som generaladvokaten med rette har anført i punkt 32 i forslaget til afgørelse, skal der ikke foretages en selvstændig undersøgelse af forbuddets forenelighed med traktatens bestemmelser om frie varebevægelser.”

Samme holdning indtog Domstolen i dens dom af 3/10 2006 i sag C-452/04 (Fidium Finanz AG). Dette var et selskab med hjemsted i Schweiz, som Forbundsanstalten for tilsyn med finansielle tjenesteydelser i Tyskland havde forbudt erhvervsmæssigt at yde pengelån til kunder med bopæl i Tyskland med henvisning til, at selskabet ikke har den fornødne godkendelse som krævet efter tysk lovgivning. I præmis 49 udtaler Domstolen: ”Eftersom de restriktive virkninger af ordningen for de frie kapitalbevægelser kun er en uundgåelig konsekvens af hindringen for den frie udveksling af tjenesteydelser, skal ordningens forenelighed med artikel 56 ff. EF ikke undersøges.” Domstolen statuerede herefter: ”En national ordning, hvorefter en medlemsstat stiller krav om forudgående godkendelse af erhvervsmæssig långivningsvirksomhed, der udøves på statens område af et selskab med hjemsted i et tredjeland, og hvorefter en sådan godkendelse bl.a. skal nægtes, såfremt selskabet ikke har sin ledelse eller en filial på dette område, påvirker overvejende den frie udveksling af tjenesteydelser som omhandlet i artikel 49 ff. EF. Et selskab med hjemsted i et tredjeland kan ikke påberåbe sig disse bestemmelser”, jf. om art 56's betydning om forholdet til tredjestater Kristian Ståhl: Fri rörlighet för kapital mellan EU og tredje land – EG-domstolen begränsar bestämmelsernas tillämpningsområde. Skattenytt, 2006/12 p. 714 ff. og Michael Schwenke: Die Kapitalverkehrsfreiheit im Wandel – Eine erste Analyse neuer Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH. Internationales Steuerrecht 2006/21, p. 748 ff.

delagtig skattelovgivning, der er gældende i en anden medlemsstat end den, hvori personen er hjemmehørende, tillader imidlertid ikke i sig selv, at personen fratages muligheden for at påberåbe sig traktatens bestemmelser. I præmis 51 udtaler Domstolen: ”En national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan derimod være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål det er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning –”.

Domstolen afsagde følgende dom:

”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 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. 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.”

I præmis 54 uddyber Domstolen, hvad der skal forstås ved etablering af reel økonomisk virksomhed: ”I betragtning af dette integrationsformål i værtsmedlemsstaten forudsætter begrebet etablering som omhandlet i traktatens bestemmelser vedrørende etableringsfriheden, at der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed ved hjælp af en fast indretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum –. Begrebet forudsætter derfor, at det pågældende selskab faktisk befinder sig i værtsmedlemsstaten og faktisk udøver erhvervsmæssig virksomhed i denne.”

Det tilkommer den foreliggende ret at afgøre, om den engelske CFC-lovgivning skal begrænses til at gælde rent kunstige arrangementer, jf. dommens præmis 72. Genereladvokat Léger udtaler i punkt 150 i forslaget til afgørelse: ”Jeg er på dette stadium af den opfattelse, at det tilkommer den forelæggende ret, som har til opgave at efterprøve, om den nationale CFC-lovgivning er forenelig med EF-retten, at tage stilling til, om begrundelsestesten kan fortolkes således, at anvendelsesområdet for denne lovgivning kan begrænses til rent fiktive arrangementer, der har til formål at omgå den nationale skattelovgivning”.³³

EF-domstolen har i en sag om merværdiafgift – sag C-225/02 (Halifax plc) – den 21/2 2006 afsagt en dom, hvor spørgsmålet om, hvad der skal forstås ved misbrug, også var til prøvelse. I præmis 81 udtaler Domstolen: ”Hvad angår det andet element, hvorefter de omhandlede

³³ Sagen er således returneret til the Special Tax Commissioners. Det står ikke helt klart, hvad Domstolen anmoder dem om at gøre, jf. Philip Simpson: Cadbury Schweppes plc v Commissioners of Inland Revenue: The ECJ sets strict test for CFC legislation. *British Tax Review* 2006/6, p. 677 ff., der p. 681 udtaler: ”What the ECJ is asking them to do is perhaps not entire clear. P. 682 udtaler forfatteren: ”It would be perfectly possible (and perfectly fair) for the Special Commissioners to decline whether, for all cases imaginable, the CFC legislation could be interpreted so as to satisfy the requirements laid down by the ECJ, and instead hold that the legislation did or did not apply to the Cadbury simply on the facts on the case.”

transaktioner skal have som hovedformål at opnå en afgiftsfordel, bemærkes det, at det tilkommer den nationale ret at fastslå det egentlige indhold og den egentlige betydning af de omhandlede transaktioner. I den forbindelse kan retten tage transaktionernes rent kunstige karakter tilligemed juridiske, økonomiske og/eller personlige forbindelser mellem de aktører, der tager del i planen vedrørende lettelse af afgiftsbyrden, i betragtning (jf. i denne retning Emsland Stærke-dommen, præmis 58³⁴).

Frans Vanistendael, EC Tax Review 2006/4 p. 192 ff. ("Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?") gør sig til talsmand for, at der bør gælde "only one single rule: if there is an effective economic transaction on the basis of objective criteria which third parties can ascertain, the tax motive becomes irrelevant, even if it is significantly more important than the economic content of the transactions. Such a rule would also come very close to existing general anti-avoidance doctrine applicable in many Member States"³⁵.

Lovudkast om forslag til nye regler om CFC-beskatning og udenlandske m.v.

Den 1. februar 2007 fremsatte den danske regering et lovforslag om indgreb mod kapitalfonde og CFC-selskaber. I bemærkningerne til lovforslaget erkender regeringen, at EF-domstolens dom i Cadbury Schweppes-sagen ikke gør det muligt at opretholde de gældende CFC-regler inden for EU/EØS, medmindre der er tale om kunstige arrangementer.³⁶ Det er regeringens opfattelse, at hvis der ikke gribes ind, betyder det, at internationale koncerner for fremtiden kan placere deres overskydende kapital i et lavskatteland og gennem udlån herfra finansiere aktiviteter i andre af koncernens selskaber i højskattelande. Herved opnår koncernen, at renter beskattes i lavskattelandet, mens renteudgifterne reducerer skattebetalingen i selskaberne i højskattelandene.

³⁴ Dom af 14/12 2000 (Sag C-110/99). Se om Halifax-dommen Peter Nordentoft: Moms og realitetsgrundsætning. Skat Udland 2006/4, 112 og Merete Andersen: Den momsretlige realitetsgrundsætning – eksisterer den? Skat Udland 2006/4, 113. Mere generelt om misbrugsbegrebet i EU-retten se Karsten Engsig Sørensen: Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric? Common Market Law Review 2006, p. 423 ff.

³⁵ Tvivlende over for det ensigtsmæssige i en europæisk skatteret se Dieter Birk: Das sog. "Europäische Steuerrecht". FinanzRundschau 2005/3, p. 121 ff., idet han fremhæver grundprincippet "The power to tax is the power to govern". I samme retning Edward Andersson i Festschrift til Nils Mattsson, 2005 p. 29 ff. P. 45 i et afsnit "En pessimistisk framtidsbilde" udtaler Edward Andersson bl.a.: "Medlemsstaterne kommer då att försöka nationellt finna metoder för att förhindra effekterna av vissa av EGD:s ställningstaganden. Ytterst olyckligt vore om medlemsstaterna motåtgärder skulle innebära skärpning av de för rent nationella förhållanden gällande skattereglerne, för att dessa inte längre skall vara förmånligare än de regler som gäller för gränsöverskridande transaktioner –".

³⁶ Se således også Jeppe Rune Stokholm: Dansk CFC-beskatning i strid med EU-retten. Skat Udland 2006/6, 186, Nikolaj Vinther – Erik Werlauff: Skattehensyn er lovlige hensyn – om grænsen mellem brug og misbrug af EU-etableringsretten. TfS 2006, p. 603, Thomas Rønfeldt – Nikolaj Vinther – Erik Werlauff: Dér røg CFC-reglerne – med 10 års tilbagevirkende kraft. Skat Udland 2006, 818 og Marie Louise Jørgensen – Søren Jesper Hansen: Cadbury Schweppes – værn mod kontrollerede udenlandske selskaber. Skat Udland 2006/10, 329.

Regeringen finder ikke, at en sådan situation kan accepteres. Regeringen finder det derfor nødvendigt at opretholde og justere CFC-reglerne, således at de fortsat kan håndhæves inden for EU/EØS og i overensstemmelse med EU-retten.

CFC-reglerne skulle værne imod koncernintern udflytning af selskabskapital til lavskatelande. Reglerne har imidlertid alene effekt, hvor der er tale om et dansk moderselskab, der flytter kapitalen til et udenlandsk datterselskab. Problemstillingen er dog akkurat den samme, hvor det er et dansk datterselskab, der tømmes for kapital af sit udenlandske moderselskab. Hertil kommer, at der med kapitalfondes fremkomst er set transaktioner, hvor der så at sige til lejligheden skabes et udenlandsk moderselskab, hvortil det danske selskabs overskydende kapital overføres med tab af dansk skatteprovenu til følge. Regeringen finder ikke, at det er en holdbar situation, at sådanne selskaber via ændrede finansieringsstrukturer er i stand til at selvbetjene sig til ikke at betale dansk skat. Og at disse selskaber tilmed får en konkurrencefordel i forhold til danske selskaber, der på grund af justerede CFC-regler helt tilsigtet er afskåret fra at engagere sig i lignende finansieringsmodeller.

Lovforslagets indhold består af 7 elementer:

- 1) Selskabsskatten (og virksomhedsskatten) nedsættes fra 28 pct. til 22 pct. Nedsættelsen af selskabsskatten sker af hensyn til det politisk vedtagne skattestop i Danmark. Selskabsskat-tenedsættelsen skal kompensere for de skærper af indkomstopgørelsen i selskaber, som lovforslaget indebærer.
- 2) CFC-reglerne justeres som følge af EF-domstolens dom i Cadbury Schweppes sagen. CFC-reglerne for selskaber og fonde udvides til også at omfatte alle finansielle datterselskaber, uanset om datterselskabet er dansk eller udenlandsk. Hele indkomsten i datterselskabet også ikke-finansiell indkomst i modsætning til, hvad der gælder efter de nuværende regler er omfattet af CFC-beskatningen. CFC-reglerne for personer, der kun skal gælde for fysiske personer hjemmehørende i Danmark, justeres, således at de ikke finder anvendelse, hvis de finansielle selskaber udøver ægte økonomisk aktivitet i et EU-land eller et EØS-land.
- 3) Der indføres en frivillig patentskatteordning. Selskaber kan vælge alene at medregne 55 pct. af indtægterne fra patenter, dvs. en skatteprocent på ca. 12.
- 4) Der indføres et loft over de finansieringsudgifter m.v., der kan fradrages, og værdien af fradraget nedsættes til kun at udgøre 55 pct. af beløbet. Disse begrænsninger finder først anvendelse, når koncernens nettofinansieringsudgifter overstiger 10 mio. kr.
- 5) Afskrivningsreglerne strammes bl.a. for bygninger og driftsmidler med speciel lang levetid.
- 6) Ved beskatningen af aktieindkomst indføres et nyt progressionstrin, således at aktieindkomst der overstiger 100.000 kr. (2007) beskattes med 47,5 pct. (nu 43 pct.). Indførslen af et nyt trin for beskatningen af aktieindkomst indebærer, at den samlede beskatning hos selskab og aktionær af aktieindkomst over det nye progressionstrin bliver 59 pct.
- 7) Der foretages justeringer af selskabsbeskatningen af udbytter. Det foreslås bl.a. at lukke et hul vedrørende reglerne om begrænset skattepligt af datterselskabsudbytter. Er et moderselskab hjemmehørende uden for EU/EØS i en stat, som ikke har indgået en dobbeltbeskatningsover-

enskomst med Danmark, beskattes udbytter, der modtages fra danske datterselskaber, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. Udbyttebeskatningen kan undgås ved i stedet for at udbetale udbytte at likvidere det danske selskab, idet likvidationsprovenu i likvidationsåret efter gældende regler anses for at være en aktieavance, som ikke er omfattet af reglerne om begrænset skattepligt. Det foreslås derfor, at udlodning af likvidationsprovenu i likvidationsåret skal anses som udbytte.

Forslaget har allerede været udsat for stærk kritik såvel fra politisk hold som fra erhvervslivets side, selv om selskabsskatten forslås nedsat fra 28 pct. til 22 pct. Forslaget er udsendt til ekstern høring med frist den 23. februar 2007. Det må forventes, at der vil blive foretaget væsentlige ændringer af lovforslaget, forinden det vedtages ved lov.

* * *

Taxation of movable income and expenses in Danish Tax Law

Danish income tax legislation, especially company tax legislation, is subject to more and more challenges. Tax competition is increasing in spite of the political initiatives from both the European institutions and the OECD Committee on Fiscal Affairs to curb harmful tax competition. Moreover, the European Court of Justice (ECJ) has held in a number of cases that specific elements in the company tax legislation in the various Member States are in breach of the fundamental freedoms of the EC Treaty.

As a consequence of the ECJ judgment in case *Langhorst-Hohorst* (C-324/00), the Danish rules on *thin capitalization* were amended in 2004. The most important change was that the new legislation covers also loans from controlled Danish companies. In 2006 the legislation on thin capitalization was amended again, so that it now also covers loans from transparent companies (private equity funds).

The EC Parcel Act of 2004 amended several rules in Danish international tax law so as to bring them in agreement with EC law. In addition, several rules were introduced so as to plug loopholes and to ensure a better coordination between Danish tax legislation and tax legislation in other countries.

It should be mentioned in particular that a rule on hybrid companies was introduced in the Corporation Tax Act. The rule was intended as a curb of the American "check-the-box" regulations according to which Danish private companies – but not Danish limited companies – could be made transparent according to American tax law. If an American parent company checked the box on a Danish private company, the Danish private company would then also be considered transparent under Danish tax law. The legal consequence is that interest payments and royalties, as paid by the "permanent establishment" in Denmark as internal transfers to the head office in USA, cannot be deducted from Danish taxable income.

Capital gains on shares held in a low-taxed foreign financial company are taxed in accordance with the Capital Gains Tax Act, section 2a. Until fiscal year 2005, the Capital Gains Tax Act, section 2a, included taxation rules more strict than those pertaining to the capital gains concerning companies that not subject to section 2a. As a consequence of the ECJ judgment in case *Anneliese Lenz* (C-315/02), new rules were introduced in 2005 according to which the same rules apply to Danish and foreign investment companies. Both Danish and foreign investment companies are transparent companies.

In a recent bill (2006) a new rule on hybrid instruments is proposed for the Corporation Tax Act. According to the proposed rule, debts to a foreign creditor would be converted to equity according to Danish tax law, if the payments to the foreign creditor according to foreign law were considered to be tax-exempt subsidiary dividends. As a consequence, the interest and capital gains would not be deductible according to Danish tax law.

A bill from 2007 contains proposals for new rules concerning the taxation of Controlled Foreign Companies (CFC) as a consequence of the ECJ judgment in case *Cadbury Schweppes* (C-194/06). The main amendments would be that the Danish CFC rules cover also Danish financial companies, and that the new CFC rules cover all taxable income and not only financial income. Another proposal concerns the reduction of the deductibility of inter-company financial expenses to 55 per cent of the expenses. Due to EC Law, the new rule should also encompass financial expenses between Danish affiliated companies. It is also proposed that the depreciation rules e.g. for buildings and business assets with especially long lifetimes be tightened. As a compensation for the proposed tightening of the tax regime it is proposed that the corporation tax rate should be reduced from 28 to 22 per cent. Further, it is proposed that a special low tax rate for patent companies be introduced at 12 per cent, aiming to curb the increasing tax competition concerning especially this type of company.

The bill has been heavily criticised. It is unlikely to be passed by the Parliament without substantial improvements.

Aage Michelsen

Professor, Aarhus School of Business, University of Aarhus