

KOMMISSIONENS FORSLAG TIL ET ANTI-TAX AVOIDANCE DIRECTIVE

Af Jakob Bundgaard, CORIT Advisory P/S
og Aarhus Universitet, og
Peter Koerver Schmidt, CORIT Advisory P/S
og Copenhagen Business School

Artiklen omhandler Europa-Kommissionens netop fremsatte og ganske vidtrækkende forslag til et Anti-Tax Avoidance Directive, der skal fastsætte et bindende minimum for værnregler på seks udvalgte områder. Indledningsvis beskrives baggrunden for og formålet med direktivforslaget, og derpå drøftes direktivets karakter og anvendelsesområde. I forlængelse heraf foretages en overordnet gennemgang af de foreslåede seks værnregler. I den forbindelse diskuteres forholdet til den primære EU-ret, og de væsentligste forskelle i forhold til gældende danske værnregler fremhæves. Afslutningsvis vurderes udsigterne til en vedtagelse af direktivet, og det konkluderes, at direktivet, såfremt det vedtages, vil yde et markant bidrag til yderligere ensretning i den internationale selskabsskatteret.

1. Indledning

Den 28. januar 2016 offentliggjorde Europa Kommissionen en Anti-Tax Avoidance Package,¹ der bl.a. indeholder et forslag til et nyt Anti-Tax Avoidance Directive (herefter benævnt ATA-direktivet).² ATA-direktivets hovedformål er at imødegå visse typer af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse, der negativt påvirker det indre marked, med henblik på at sikre, at selskaber kommer til at betale skat dér, hvor indkomsten genereres. Til det formål foreslår Kommissionen, at der via et direktiv fastsættes et bindende minimum for værnregler på seks udvalgte områder: 1) regler om rentefradragsbegrænsning, 2) regler om exitbeskatning, 3) regler om en switch-over-klausul, 4) en generel anti-misbrugs-regel, 5) regler om

beskatning af controlled foreign companies (CFC-regler) og 6) regler til værn mod hybride enheder og instrumenter.

Den fremsatte pakke er en udløber af den fempunktsplan, som Kommissionen offentliggjorde i juni 2015,³ og pakkens initiativer er til dels baseret på et netop gennemført studie af skatteplanlægningsmuligheder i medlemslandene.⁴ Ud over forslaget til ATA-direktivet indeholder pakken også en henstilling angående styrkelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster mod aggressiv skatteplanlægning, et forslag til et direktiv om land-for-land rapportering samt en udtalelse om en ekstern strategi for effektiv beskatning.⁵ Disse yderligere tiltag vil dog ikke blive behandlet i nærværende artikel.

ATA-direktivforslaget har bånd til såvel OECD/G20's projekt til imødegåelse af base erosion and profit shifting (BEPS-projektet) som direktivforslaget fra 2011 om en common consolidated corporate tax base (CCCTB).⁶ I relation til førstnævnte er det således formålet, at ATA-direktivet skal sikre en koordineret tilgang til medlemslandenes implementering af en række af BEPS-projektets anbefalinger under behørig hensyntagen til EU-retten.⁷ For så vidt angår sidstnævnte, forventer Kommissionen at fremsætte et revideret CCCTB-direktivforslag i efteråret 2016. I lyset af, at en endelig vedtagelse af et CCCTB-direktiv kan have længere udsigter, foreslår Kommissionen en pragmatisk tilgang, der i første omgang indebærer, at der med ATA-direktivet indføres bindende krav til et minimumsniveau af værnregler på de førstnævnte seks udvalgte områder.

Nedenfor vises en oversigt over samspillet mellem EU-initiativerne og OECD/G20's BEPS projekt:

	OECD BEPS	EU ACTION
Action 1: Digital Economy	The digital economy is the whole economy, so ring fenced solutions are not appropriate. OECD BEPS actions in general should address risks posed by digital economy.	EU agrees with OECD assessment that no special action needed. Situation will be monitored to see if general anti-avoidance measures are sufficient to address digital risks.
Action 2: Hybrid Mismatch Arrangements	Specific recommendations to link the tax treatment of an instrument or entity in one country with the tax treatment in another, to prevent mismatches.	ATA Directive includes a provision to address hybrid mismatches.
Action 3: Controlled Foreign Companies (CFCs)	Best practice recommendations for implementing CFC rules.	ATA Directive includes provisions on CFC rules, for within the EU and externally.
Action 4: Interest Limitation	Best practice recommendations on limiting a company's or group's net interest deductions	ATA Directive includes provisions to limit interest deductions, for situations within the EU and externally.
Action 5: Harmful Tax Practices	Tax rulings: Mandatory spontaneous exchange of relevant information. Patent Boxes: Agreement on "Nexus Approach" to link tax benefits from preferential regimes for IP to the underlying economic activity.	Tax rulings: Mandatory automatic exchange of information on all cross-border rulings and APAs from 2017. Patent Boxes: Member States agreed to ensure that their Patent Boxes are in line with the nexus approach (Code of Conduct Group, 2014).
Action 6: Treaty Abuse	Anti-abuse provisions, including a minimum standard against treaty shopping, to be included in tax treaties. Choice of either Limitation of Benefits (LOB) or Principle Purpose Test (PPT) or a combination of both.	ATA Recommendation on Tax Treaties encourages Member States to use an EU-compatible PPT approach. LOB clauses are less easily adapted to the needs of the Single Market.
Action 7: Permanent Establishment	Definition of Permanent Establishment (PE) is adapted in Model Tax Convention, to prevent companies from artificially avoiding having a taxable presence.	ATA Recommendation encourages MSs to use the amended OECD approach.
Actions 8 -10: Transfer Pricing Intangibles Risk and Capital High Risk Transaction	Arm's Length Principle and Comparability Analysis confirmed as pillars of Transfer Pricing. More robust framework for implementing this standard.	Joint Transfer Pricing Forum (JTPF) working on EU approach to implementing BEPS conclusions. Work includes looking at more economic analysis in TP, better use of companies' internal systems, and improving TP administration.

	OECD BEPS	EU ACTION
Action 11: Measuring and monitoring BEPS	The OECD aims to publish new statistics on corporate taxation and the scope and revenue impact of BEPS.	EU study underway on the impact of some types of aggressive tax planning on Member States' effective tax rates. The tax rates are based on a representative firm and calculated by using a neoclassical investment model.
Action 12: Disclosure of Aggressive Tax Planning	Recommendation to introduce rules requiring mandatory disclosure of aggressive or abusive transactions, structures or arrangements.	To be discussed in the Code of Conduct. The Commission will keep the issue under review, as part of its tax transparency agenda.
Action 13: Transfer Pricing documentation and Country-by-Country Reporting	MNEs required to file an annual Country-by-Country report (CbCR) to tax administrations on key financial data, as well as a master file and local file. Information for tax authorities only – not public CbCR	ATA Package proposes legally binding requirement for Member States to implement the OECD CbCR provisions. EUTPD, broadly in line with the master file and the local file, but to be reviewed to take into account the conclusions of the BEPS project. Work ongoing on feasibility of public CbCR in the EU.
Action 14: Dispute Resolution	Resolution G20/OECD countries agreed to measures to reduce uncertainty and unintended double taxation for businesses, along with a timely and effective resolution of disputes in this area. A number of countries have committed to a mandatory binding arbitration process.	In 2016, the Commission will propose measures to improve dispute resolution within the EU, as foreseen in the June 2015 Action Plan.
Action 15: Multilateral Instrument to modify tax treaties	Interested countries have agreed to use a multilateral instrument to amend their tax treaties, in order to integrate BEPS related measures where necessary.	ATA Recommendation sets out the Commission's views on Treaty related issues and their compatibility with EU law, which MSs should consider in their negotiations on the Multilateral Instrument.

Figur 1: BEPS-tiltag contra EU-tiltag. Kilde: Europa Kommissionen.⁸

2. Direktivets karakter og anvendelsesområde

Det fremgår direkte af artikel 3, at ATA-direktivet ikke skal forhindre anvendelsen af nationale eller aftalebaserede regler, der har til hensigt at sikre en højere grad af beskyttelse af de nationale skattebaser. Med andre ord slås det således fast, at ATA-direktivet er et minimumsdirektiv. Dette er yderst relevant at holde sig for øje, idet medlemsstaterne således kan vælge at indføre eller bibeholde skrappe regler set i forhold til direktivet. Medlemsstaterne må imidlertid ikke anvende mere lempelige regler, end de i direktivet foreskrevne.

Ifølge Kommissionen indebærer det forhold, at ATA-direktivet ikke foreskriver fuld harmonise-

ring, men kun et minimumsniveau for beskyttelse af medlemsstaternes selskabsskattebaser, at det såkaldte proportionalitetsprincip overholdes. ATA-direktivet går således ifølge Kommissionen ikke videre, end hvad der er nødvendigt for at nå dets formål. Endvidere finder Kommissionen, at det såkaldte subsidiaritetsprincip (nærhedsprincippet) ligeledes er overholdt, idet imødegåelse af grænsoverskridende skatteundgåelse inden for EU ikke i tilstrækkelig grad kan opnås via medlemsstaternes individuelle og ukoordinerede bestræbelser.⁹

Samlet set synes Kommissionens betragtninger i den sammenhæng valide, selvom det må bemærkes, at minimumsregulering i sagens natur ikke kan sikre fuld ensartethed og koordination

af medlemsstaternes værnregler, hvorfor uhen-sigtsmæssigheder i samspillet (eller manglen på samme) mellem de enkelte medlemsstaters værnregler stadig kan forekomme.¹⁰

ATA-direktivet skal finde anvendelse for alle skatteydere, der undergives selskabsbeskatning i en eller flere medlemsstater, jf. art. 1. Dette inkluderer også faste driftssteder i en eller flere medlemsstater af enheder, der skattemæssigt er hjemmehørende i tredjelande. Anvendelsesområdet må anses for ganske bredt, og vil formentlig kunne give anledning til visse afgrænsningsvan-skeligheder i medlemslandene, herunder også i Danmark, medmindre det i sidste ende vælges at opføre de omfattede enheder i et bilag, som det eksempelvis kendes fra moder-/datterselskabs-direktivet. Det er velkendt, at der findes enheder, som nok er subjektivt skattepligtige, men som objektivt er selskabsskattefritaget, jf. for dansk rets vedkommende samspillet mellem SEL § 2 og § 3.

3. De enkelte værnregler i direktiv-forslaget

3.1 RENTEFRADRAGSBEGRÆNSNING

ATA-direktivet indeholder en bestemmelse ved-rørende rentefradragsbegrænsning, jf. artikel 4. I medfør heraf indføres der rentefradragsbegræns-ning i henhold til en EBITDA-regel. Reglen gælder generelt, og den sonderer således ikke mellem nationale og grænseoverskridende låneforhold og ej heller mellem koncernintern og koncernekstern finansiering.

Bestemmelsen i forslagets artikel 4, stk. 1, indeholder en indledende generel regel, hvori det anfø-res, at låneomkostninger altid er fradragsberet-tigede i det omfang, skatteyderen modtager renter eller andet skattepligtigt afkast fra finansielle aktiver.¹¹ Uanset uklarheden i denne bestemmelse er det ikke tænkeligt, at der hermed er tilsigtet en generel indskrænkning i forhold til rentefra-dragsretten i de enkelte EU MS i det omfang, de lokale regler ikke forudsætter som betingelse for fradragsretten, at der genereres skattepligtigt afkast (ad modum dansk ret vedrørende driftsom-kostninger). Derimod må bestemmelsen forstås som en knæsættelse af et nettoprincip, således at finansieringsudgifter op til niveauet for skat-tepligtigt afkast af finansielle aktiver lades uberørt af den egentlige fradragsbeskæring, jf. artikel 4, stk. 2.¹² Således foreskriver artikel 4, stk. 2, i materiel henseende, at overskydende finansie-

ringsomkostninger i afholdelsesåret maksimalt kan være fradragsberettigede op til 30 pct. af skatteyderens EBITA (earnings before interest, tax, depreciation and amortisation), dog mindst 1 mio. EUR. Bestemmelsen minder ganske meget om den tyske Zinsschränke-lovgivning.¹³

I forslagets artikel 4, stk. 3, findes en undta-gelsesbestemmelse (escape clause), som giver skatteyder muligheden for at undgå fradragsbe-skæringen, såfremt det kan godtgøres, at forholdet egenkapital/samlede aktiver (equity/total assets) er lig med eller overstiger det tilsvarende forhold for koncernen.¹⁴ En afvigelse på op til 2 pct. anses for at være på identisk niveau, jf. artikel 4, stk. 3(a). Til brug for denne escape clause, værdiansættes alle aktiver og passiver på baggrund af de regn-skabsmæssige værdier, jf. artikel 4, stk. 3(c). Der gælder yderligere en claw-back bestemmelse, hvorefter en skatteydere egenkapital og samlede aktiver reduceres med tilskud/indskud foretaget i de forudgående seks måneder før balancedatoen, såfremt disse tilskud/indskud modsvares af udtrækninger eller udlodninger inden for de efterfølgende seks måneder efter balancedatoen, jf. artikel 4, stk. 3(d). Endelig fremgår det, at denne escape clause ikke finder anvendelse, såfremt ren-tebetalinger mellem forbundne enheder overstiger 10 pct. af koncernens totale nettorenteudgifter, jf. artikel 4, stk. 3(e).

EBITDA i et givent skatteår, som ikke er fuldt absorberet af finansieringsomkostninger i det pågældende indkomstår eller tidligere indkomstår, kan fremføres til senere indkomstår, jf. artikel 4, stk. 4.

Endvidere indeholder forslaget en bestemmelse om, at finansieringsudgifter, som ikke kan fradra-ges i indeværende indkomstår, kan fradrages med op til 30 pct. af EBITDA i fremtidige indkomstår på linje med finansieringsudgifter i de pågældende indkomstår.

Det er meget interessant at observere, at ATA-direktivets EBITDA-regel ikke finder anvendelse på finansielle virksomheder, som disse er defineret i artikel 2(4). Dette betyder dog ikke, at den finan-sielle sektor i Kommissionens optik skal friholdes fra begrænsninger og ej heller, at sådanne virk-somheder ikke kan være involveret i skatteundgå-else mv. Dog er det ganske komplekst at finde den rette løsning, hvorfor dette arbejde først fremlæg-ges senere, når der findes tilstrækkelige analyser til at underbygge en politisk løsning.

Det er ikke overraskende, at ATA-direktivet væl-ger en EBITDA-model, idet dette stemmer ganske

godt overens med den globale tendens, der er set i en årrække. I en EU-kontekst er der fortsat fire medlemsstater, der endnu ikke har værnsloving vedrørende tynd kapitalisering eller anden rentebegrænsning. Samtidig er der 24 medlemsstater, som tillader generel rentefradragsret uden at gøre fradraget betinget af behandlingen hos modtager eller uden nogen eller tilstrækkelig fradragsbegrænsning eller kildeskat på renterne.¹⁵

Forslaget til EBITDA-reglen svarer ikke fuldstændig til noget eksisterende system i EU. Derfor skal det nøje vurderes fra land til land, om de eksisterende rentefradragsbegrænsninger er tilstrækkeligt restriktive til at kunne udgøre en implementering af ATA-direktivets artikel 4. I en dansk kontekst har vi godt nok flere forskellige værnsregler på området, men det synes ikke muligt generelt at vurdere, om ændringer er påkrævet. I nogle tilfælde kan EBITDA-reglen være mere lempelig og i andre mere restriktiv, idet direktivet godt nok tillader fradrag for en lavere procentdel, men på baggrund af et højere tal end den danske EBIT-regel, som tillader 80 pct. fradrag af EBIT, men dog af et lavere tal.

ATA-direktivet flugter meget godt med den anbefaling, som OECD har fremsat i BEPS-projektets Action 4 med rapporten: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, 2015 Final Report.

ATA-direktivet kan måske løbe ind i nogle forfatningsretlige udfordringer i enkelte medlemsstater. Der er således afsagt en dom i Tyskland af Bundesverfassungshof den 10. februar 2016, som konkluderer, at den tyske Zinsschranke (der som nævnt minder ganske meget om ATA-direktivets artikel 4), anvendt i nationale forhold kan være i strid med nettoprincippet, således som dette kan udledes af den tyske forfatning. Sagen er anket, men hvis udfaldet bliver fastholdt, kan ATA-direktivet således i Tyskland alene anvendes i grænseoverskridende forhold, hvilket på sin side kan medføre nogle EU-retlige udfordringer.

3.2 EXIT-BESKATNING

ATA-direktivet indeholder en bestemmelse om exit-beskatning, jf. artikel 5. Heraf fremgår, at skatteyderen i en række situationer skal undergives beskatning af et beløb svarende til handelsværdien af de overførte aktiver på overførselstidspunktet fratrukket aktivernes skattemæssige værdi. Handelsværdien skal anses for at svare til det beløb, som et aktiv kan handles til – eller som gensidige forpligtigelser kan afregnes til – mellem villige og

ikke-interesseforbundne købere og sælgere i en direkte transaktion.

De situationer, som udløser exit-beskatning, er situationer, hvor en skatteyder:

- a) overfører aktiver fra hovedkontoret til et fast driftssted i en anden medlemsstat eller i et tredjeland,
- b) overfører aktiver fra et fast driftssted i en medlemsstat til dets hovedkontor eller et andet fast driftssted i en anden medlemsstat eller i et tredjeland,
- c) flytter sit skattemæssige hjemsted til en anden medlemsstat eller et tredjeland, dog med undtagelse for de aktiver som forbliver effektivt tilknyttet et fast driftssted i fraflytningslandet,¹⁶ eller
- d) fører sit faste driftssted ud af en medlemsstat.¹⁷

For så vidt angår overførsler inden for EU/EØS er det muligt at opnå henstand med selve betalingen af exit-skatten ved i stedet at betale denne i rater over mindst 5 år. I den forbindelse kan der pålægges en rente i overensstemmelse med reglerne i det pågældende medlemsland, i den udstrækning det er nødvendigt for at bevare værdien af det fastsatte skattetilsvær.

Hvis der er en demonstrerbar og aktuel risiko for, at den skyldige exit-skat ikke kan opkræves, kan skatteyderen mødes med krav om at stille en garanti, såfremt henstand skal kunne opnås. Dette gælder dog ikke, hvis medlemsstatens lovgivning giver mulighed for at opkræve exit-skatten via en anden skatteyder, der er koncernforbundet med førstnævnte og skattemæssigt hjemmehørende i samme medlemsstat.

Henstanden med betalingen af exit-skatten skal straks ophøre, hvis:

- a) de overførte aktiver afstås,
- b) de overførte aktiver efterfølgende overføres til et tredjeland,
- c) skatteyderens skattemæssige hjemsted eller faste driftssted efterfølgende overføres til et tredjeland, eller
- d) skatteyderen går konkurs eller likvideres/opløses.

Afslutningsvis fastslår bestemmelsen, at modtagerlandet, ved overførsler fra en anden medlemsstat, som indgangsværdi skal acceptere den handelsværdi, som den anden medlemsstat har fastsat i forbindelse med exit-beskatningen. Endvidere foreskrives det, at bestemmelsen om exit-beskatning ikke finder anvendelse for aktiver, hvor

overførslen er af midlertidig karakter, og hvor intentionen er, at aktivet skal returnere til overførslerens medlemsstat.

Bestemmelsen om exit-beskatning er forsøgt formuleret i nøje overensstemmelse med EU-domstolens praksis på området, herunder sag C-371/10 *National Grid Indus*,¹⁸ og senere sagerne C-164/12 *DMC* og C-657/13 *Verder LabTec*, hvori EU-domstolen har præciseret visse aspekter.¹⁹ I lyset af EU-domstolens praksis kan det forekomme lidt anstrengt at anskue ATA-direktivets bestemmelse om exit-beskatning som en minimumsstandard, da der i henhold til den foreliggende praksis næppe vil være rum for mere restriktive regler i medlemslandene.²⁰ Dette gælder i hvert fald for så vidt angår flytninger inden for EU, hvorimod der generelt godt kan indføres skærpede regler vedrørende forholdet til tredjelande.

Det skal bemærkes, at ingen af anbefalingerne i OECD/G20's BEPS-projekt angår exit-beskatning.²¹ Baggrunden for at medtage en bestemmelse om exit-beskatning skal i stedet findes i de diskussioner, der har udfoldet sig i relation til de internationale aspekter af CCCTB-direktivforslaget.²²

Den foreslåede bestemmelse om exit-beskatning i ATA-direktivet har væsentlige lighedspunkter med de gældende danske regler herom, jf. SEL § 5, stk. 7 og 8, og SEL § 8, stk. 4. Også den foreslåede henstandsmulighed har væsentlige lighedspunkter med den danske ordning, jf. reglerne i SEL §§ 26 og 27. Dog skal det bl.a. bemærkes, at ATA-direktivet giver mulighed for en endnu kortere afdragsperiode end de syv år, som er udgangspunktet efter de danske regler.

3.3 SWITCH-OVER-KLAUSUL

ATA-direktivets artikel 6 indeholder en såkaldt switch-over-klausul, som indebærer, at lempelse for dobbeltbeskatning i visse situationer skal ske efter creditmetoden frem for eksemptionsmetoden. Mere præcist foreskriver bestemmelsen, at medlemsstater ikke skal fritage en skatteyder for beskatning af udenlandsk indkomst i form af 1) udbytte fra en enhed i en tredjestat, 2) avance ved afståelse af aktier i en enhed i en tredjestat eller 3) indkomst fra et fast driftssted i en tredjestat, såfremt enheden eller det faste driftssted er undergivet lav beskatning i den stat, hvori enheden eller det faste driftssted er hjemmehørende/beliggende.

I den forbindelse skal lav beskatning forstås som en selskabsskattesats, der er lavere end 40 pct. af den nominelle selskabsskattesats, hvormed der

ville være blevet beskattet i skatteyderens domicilland. Sammenligningen skal således baseres på de lovbestemte skattesatser. Herved adskiller switch-over-klausulen sig fra den foreslåede CFC-bestemmelse (se afsnit 3.5), hvor lavskattetesten skal baseres på effektive skattesatser. Baggrunden herfor er, at der i relation til switch-over-klausulen ikke kræves bestemmende indflydelse, og at det for en ejer uden bestemmende indflydelse kan være svært at få adgang til regnskabsmateriale mv., hvilket vil komplicere brugen af den effektive skattesats som sammenligningsgrundlag.²³

Såfremt det kan konstateres, at beskatningen er tilstrækkeligt lav, skal skatteyderen medtage ovennævnte typer af udenlandsk indkomst i sin skattepligtige indkomst, hvorefter der skal gives nedslag for den betalte skat i det pågældende tredjeland. Nedslaget skal dog ikke overstige den skat, beregnet før nedslaget, der kan henføres til den indkomst, som kan beskattes. Med andre ord er der tale om et skifte fra eksemptionslempelse til almindelig creditlempelse.

Afslutningsvis fastslås, at bestemmelsen ikke skal finde anvendelse for så vidt angår underskud i en hjemmehørende skatteydere faste driftssted i et tredjeland, og tab ved afståelse af aktier i en enhed hjemmehørende i et tredjeland.

Switch-over-klausuler anvendes i en række lande, herunder lande der ikke har indført egentlig CFC-lovgivning, og som derfor anvender switch-over klausuler som et alternativ hertil.²⁴ Kommissionens CCCTB-forslag fra 2011 indeholder også en switch-over-klausul, som på nogle punkter svarer til den foreslåede klausul i ATA-direktivet.²⁵

Som baggrund for at medtage en switch-over klausul i ATA-direktivet anfører Kommissionen, at eksemptionslempelse i de senere år er blevet mere og mere udbredt i medlemslandene. Det har som en negativ bivirkning medført, at ubeskattet eller lavt beskattet indkomst er strømmet ind i det indre marked, hvorefter indkomsten i mange tilfælde er cirkuleret ubeskattet rundt inden for EU.²⁶

Omvendt har forslaget om at indføre en switch-over-klausul allerede modtaget en del kritik. Kritikken er bl.a. gået på, ATA-direktivet ikke bør gå videre, end hvad der følger af OECD's BEPS-projekt, som ikke indeholder en anbefaling af switch-over-klausuler. Endvidere er det blevet kritiseret, at EU-baserede koncerner pga. switch-over-klausulen konkurrencemæssigt stilles relativt dårligere, når de etablerer sig uden for EU, idet EU populært sagt trækker en højere skattesats

ned over hovedet på sådanne aktiviteter, i et forsøg på at agere global politibetjent over for lavskattelændene.²⁷ Heroverfor skal det dog bemærkes, at lavskattebetingelsen er sat så lavt, at switch-over-klausulen primært må formodes at få virkning i relation til indkomst fra deciderede lavskattelænde og visse skattebegünstigede zoner i andre lande. Såfremt switch-over-klausulen finder anvendelse, må det dog medgives, at konsekvenserne kan være ganske betydelige, idet klausulen ikke begrænser sig til passiv/mobil indkomst, men i så fald også vil ramme indkomst genereret fra reel/aktiv virksomhed. Som forslaget er udformet nu, er der ej heller nogen tidsmæssig begrænsning i bestemmelsen, hvorfor allerede optjente overskud og værdistigninger i udlandet kan blive gjort til genstand for beskatning i EU, uden nogen særlig overgangsregel.

I en dansk kontekst findes en afart af en switch-over-klausul i SEL § 8, stk. 2, 4.-6. pkt., der fastslår, at det modificerede territorialprincip fraviges, hvis det faste driftssted i udlandet ville have opfyldt betingelserne for CFC-beskatning, såfremt det faste driftssted havde været et datterselskab.²⁸ Herudover gør dansk selskabsskatteret ikke brug af switch-over-klausuler, hvorfor en bestemmelse herom i ATA-direktivet må formodes at kunne få betydelige konsekvenser for de danske regler om skattefrihed af indkomst fra faste driftssteder i udlandet samt skattefrihed af datterselskabs-/koncernselskabsudbytter, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2, og avancer på datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier og skattefri porteføljeaktier, jf. ABL §§ 4 A, 4 B og 4 C.

Sammenfattende kan switch-over-klausulen meget vel vise sig at være det mest betydelige indgreb med ATA-direktivet, som faktisk kræver handling allerede nu fra internationale koncerner, hvis der ikke fremkommer nogen særlig overgangsordning vedrørende historisk optjente overskud og værdistigninger i tredjelænde underlagt særlig favorabel beskatning lokalt.

3.4 GENEREL VÆRNSREGEL – GAAR

Med henblik på at etablere så finmasket et net som muligt til hindring af skatteundgåelse indeholder ATA-direktivet tillige en generel værnsregel, dvs. en såkaldt GAAR (General Anti Abuse Rule), jf. artikel 7. Bestemmelsen skal supplere de øvrige specifikke bestemmelser og finde anvendelse, hvor de specifikke regler ikke gælder.

Indførelsen af sådanne bestemmelser er tidsypisk og synes derved ikke så overraskende.

BEPS action 6 indeholder således også et forslag til en særlig GAAR rettet mod misbrug af og med dobbeltbeskatningsoverenskomster i form af den såkaldte Principal Purpose Test (PPT).²⁹

ATA-direktivets artikel 7 er ganske kort. Konsekvensen, hvis bestemmelsen finder anvendelse, er, at et arrangement (herunder en transaktion) i det hele tilsidesættes og ignoreres i selskabsskattemæssig henseende. I stedet afgør national ret i anvendelsesstaten, hvorledes arrangementet skal behandles.

Betingelserne for, at bestemmelsen finder anvendelse, er, at et arrangement eller en serie af arrangementer, er:

- *“Non genuine”, hvilket vil sige “Not put into place for valid commercial reasons, which reflect economic reality”*
- *“That defeat the purpose or object of the otherwise applicable tax provision”*
- *“Carried out for the essential purpose of obtaining a tax advantage”*

Bevisbyrden påhviler som udgangspunkt skattemyndigheden. Disse betingelser er vanskelige at anvende i praksis, og der findes ikke mange fortolkningsbidrag. Det angives i præambelen, at bestemmelsen er udformet med henblik på at reflektere EU-domstolens “artificiality test”, når den skal anvendes inden for EU. Det er ikke muligt at vurdere, om dette er korrekt, men i vores øjne er det en vovet forudsætning, al den stund der fortsat hersker betydelig uklarhed om, hvad EU-domstolen måtte mene om forskellige konkrete situationer, som ligger ud over de få meget generelle udtalelser, der er fremkommet. Derfor kan der fremadrettet fremkomme praksis fra EU-domstolen, som må kunne indfortolkes i GAAR-klausulen.

Paralleliteten til moder-/datterselskabsdirektivets GAAR og OECD’s PPT kunne måske føre til, at der kan søges inspiration i de hertil hørende fortolkningsbidrag. Det er dog væsentligt at holde sig for øje, at ATA-direktivets artikel 7 er tiltænkt et generelt anvendelsesområde, som gælder for alle arrangementer (som ikke kun relaterer sig til udbytter og dobbeltbeskatningsoverenskomster), og til at gælde såvel nationalt som internationalt. Dermed er det forventeligt, at GAAR-klausulen i artikel 7 kan få stor betydning i EU. For eksempel ville der skulle indføres en generel GAAR i dansk ret på selskabsskatteområdet.

3.5 CFC-REGLER

ATA-direktivets artikel 8 og 9 indeholder regler om beskatning af controlled foreign companies (CFC-regler). Selve anvendelsesområdet og betingelserne for CFC-beskatning er fastsat i artikel 8, mens artikel 9 angiver, hvordan indkomsten til CFC-beskatning skal opgøres.

3.5.1 CFC-reglernes anvendelsesområde og betingelser

CFC-reglerne skal finde anvendelse, hvis følgende tre betingelser alle er opfyldt: 1) en kontrolbetingelse, 2) en lavskattebetingelse og 3) en indkomstbetingelse. Kontrolbetingelsen indebærer, at skatteyderen alene eller sammen med koncernforbundne foretagender (som defineret efter selskabsskattereglerne i anvenderstaten) direkte eller indirekte skal have andel på mere end 50 pct. af stemmerettighederne, skal eje mere end 50 pct. af kapitalen, eller skal være berettiget til at modtage mere end 50 pct. af fortjenesten i den pågældende enhed.³⁰

Lavskattebetingelsen er opfyldt, hvis det generelle skatteregime i det land, hvor enheden er hjemmehørende, undergiver indkomsten en effektiv beskatning, der er lavere end 40 pct. af den effektive skattesats, som ville være blevet pålagt ved selskabsbeskatning i skatteyderens medlemsstat. Som tidligere nævnt adskiller ATA-direktivets CFC-regler sig således fra switch-over-klausulen, idet lavskattebetingelsen i CFC-reglerne er baseret på effektive skattesatser frem for de lovbestemte skattesatser.

Indkomstbetingelsen indebærer, at mere end 50 pct. af indkomsten i den udenlandske enhed skal bestå af følgende typer indkomst:

- renter og anden indkomst genereret af finansielle aktiver,³¹
- royalties og al anden indkomst genereret af immaterielle aktiver eller omsættelige kvoter,
- udbytte og indkomst fra afståelse af aktier,
- indkomst fra finansiel leasing,
- indkomst fra fast ejendom, medmindre skatteydernes medlemsstat ikke ville være berettiget til at beskatte indkomsten i henhold til en aftale med det pågældende tredjeland,
- indkomst fra forsikring, bankvirksomhed og finansielle aktiviteter i øvrigt, og
- indkomst fra tjenesteydelser ydet til skatteyderen eller koncernforbundne selskaber.

For finansielle virksomheder skal indkomstbetingelsen kun finde anvendelse, hvis mere end 50

pct. af enhedens indkomst af ovennævnte typer hidrører fra transaktioner med skatteyderen eller koncernforbundne selskaber.³² Endvidere er finansielle virksomheders aktiviteter i EU/EØS helt undtaget for CFC-reglerne.³³

Hvis enheden er skattemæssigt hjemmehørende inden for EU/EØS, eller der er tale om et fast driftssted i en medlemsstat af en enhed i en tredjestat, skal CFC-reglerne ikke finde anvendelse, medmindre etableringen af enheden er kunstig, eller i den udstrækning enheden indgår i ikke-reelle arrangementer, der i hovedsagen er iværksat med henblik på at opnå en skattefordel. Det er i den forbindelse specificeret, at et arrangement eller en serie af arrangementer skal anses for ikke-reelle i den udstrækning: enheden ikke ville eje de aktiver, eller ikke ville have påtaget sig den risiko, der genererer indkomsten, hvis ikke enheden havde været kontrolleret af selskab, hvor de væsentlige personfunktioner, der er relevante for de pågældende aktiver og risici, er udført og er afgørende for genereringen af det kontrollerede selskabs indkomst.³⁴ Generelt skal henførelsen af indkomst vedrørende det kontrollerede selskab ske i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Det må formodes, at ATA-direktivets brug af termerne "væsentlige personfunktioner" og "armslængdeprincippet" skal forstås på baggrund af de retningslinjer, som er kommet til udtryk i BEPS-projektets rapporter om transfer pricing,³⁵ hvor det nye pejlemærke er værdiskabelse (value creation).³⁶

CFC-bestemmelsen er forsøgt formuleret i nøje overensstemmelse med EU-domstolens praksis på misbrugsområdet, jf. især sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*,³⁷ hvor EU-domstolen slog fast, at CFC-lovgivning, der alene finder anvendelse på udenlandske datterselskaber, udgør en hindring for den fri etableringsret. En sådan hindring kan begrundes i hensynet til bekæmpelse af misbrug og den afbalancerede fordeling af beskatningsretten, men foranstaltningen vil alene være proportional, hvis CFC-beskatning er udelukket, når oprettelsen af datterselskabet svarer til en økonomisk realitet (dvs. ikke udgør et rent kunstigt arrangement).³⁸

OECD/G20's BEPS-projekt omfatter anbefalinger om CFC-regler,³⁹ og forslaget i ATA-direktivet tager afsæt heri. Endvidere indeholder Kommissionens CCTB-forslag fra 2011 også CFC-bestemmelser, der i et vist omfang svarer til de foreslåede regler i ATA-direktivet.⁴⁰ Helt overordnet må de foreslåede CFC-regler anses for at have et ganske bredt anvendelsesområde. Eksempelvis synes kontrol-

betingelsen på nogle punkter at være bredere end den tilsvarende betingelse i de danske regler, jf. SEL § 32, stk. 6, idet bestemmende indflydelse efter forslaget også kan være baseret på andel af kapitalen og berettigelse til at modtage mere end 50 pct. af fortjenesten. Endvidere rummer ATA-direktivets definitionen af "CFC-indkomst" en række former for indkomst, som ikke ville udgøre CFC-indkomst efter den udtømmende opregning i de danske CFC-regler, jf. SEL § 32, stk. 5. Dette gælder bl.a. indkomst fra fast ejendom og indkomst fra koncerninterne tjenesteydelser (som i øvrigt ej heller er defineret nærmere i ATA-direktivet). Endvidere er koncerneksterne royaltyindtægter, der relaterer sig til datterselskabets egne forsknings- og udviklingsaktiviteter, ikke undtaget efter ATA-direktivet.⁴¹

Såfremt ATA-direktivet vedtages i dets nuværende form, må det på den baggrund formodes, at det vil blive nødvendigt at ændre de danske CFC-regler på en række punkter, så det sikres, at de danske CFC-regler (også) rammer de situationer, der som minimum skal omfattes af CFC-beskatning i henhold til ATA-direktivet.

Henset til, at ATA-direktivet er et minimumsdirektiv, vil selve direktivet formentlig ikke stå i vejen for, at Danmark fortsat kan benytte en model, hvor CFC-reglerne ud fra et EU-retligt hensyn også (principielt) finder anvendelse i forhold til danske datterselskaber, når blot det sikres, at de danske CFC-regler (også) rammer de situationer, som ATA-direktivet foreskriver.⁴²

3.5.2 Opgørelse af indkomst til CFC-beskatning

Såfremt betingelserne for CFC-beskatning opfyldes, skal skatteyderen inkludere CFC-selskabets ikke-udloddede indkomst i den skattepligtige indkomst. Indkomsten til medregning skal ifølge ATA-direktivets artikel 9 opgøres efter selskabsskatte reglerne i den medlemsstat, hvor skatteyderen er hjemmehørende. Et eventuelt underskud i datterselskabet skal ikke medregnes, men skal i stedet fremføres til senere modregning. Herudover fastslås det, at indkomsten til medregning skal opgøres ud fra, hvor stor en andel af fortjenesten i CFC-selskabet skatteyderen er berettiget til. Endvidere fremgår det, at indkomsten skal medregnes i det indkomstår, hvor CFC-selskabets indkomstår slutter.

Afslutningsvis forholder bestemmelsen sig til de situationer, hvor der efterfølgende sker udlodning fra CFC-selskabet eller salg af aktierne i CFC-selskabet. Såfremt CFC-selskabet udlodder udbytte, skal den indkomst, som tidligere har

været undergivet CFC-beskatning, således fragå den skattepligtige indkomst, når skatten af det modtagne udbytte opgøres. Det samme gælder i relation til afståelse af aktier i CFC-selskabet, og i begge tilfælde er hensigten hermed at undgå dobbeltbeskatning.

Reglerne om opgørelse af indkomst til CFC-beskatning er ikke særligt detaljerede og synes i vidt omfang at overlade til de enkelte medlemsstater, hvordan opgørelsen skal ske. Formuleringen, at skatteyderen skal inkludere CFC-selskabets "ikke-udloddede indkomst", synes umiddelbart at give indtryk af, at hele CFC-selskabets ikke-udloddede indkomst, og ikke kun den mobile/passive indkomst, skal medregnes hos moderselskabet.⁴³ Med andre ord taler dette for, at den såkaldte "entity method" skal finde anvendelse, i stedet for den såkaldte "transactional method", hvor kun CFC-selskabets mobile/passive indkomst medregnes.⁴⁴

Generelt indebærer CFC-beskatning risiko for dobbeltbeskatning, dvs. beskatning både i det land, hvor CFC-selskabet er hjemmehørende (dog eventuelt med en ganske lav sats) og beskatning i det land, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Derfor indeholder de fleste landes CFC-regimer regler om lempelse.⁴⁵ Det er på den baggrund bemærkelsesværdigt, at ATA-direktivets CFC-bestemmelser ikke eksplicit nævner noget om lempelse (udover som ovenfor anført i relation til efterfølgende udlodninger og afståelser). Henset til, at formålet med ATA-direktivets CFC-regler blot er "*to eradicate the incentive of shifting income*", og ikke decideret at "straffe" sådan adfærd, må det antages, at lempelse for eventuel skat betalt af CFC-selskabet desuagtet bør indrømmes.⁴⁶ Henvisningen til selskabsskatte reglerne i moderselskabets domicilland kan også tages til indtægt for, at lempelse må kunne indrømmes efter domicil-landets almindelige regler herom.⁴⁷

I forhold til de gældende danske CFC-regler, synes det mest bemærkelsesmæssige ved ATA-direktivets CFC-medregningsregler at være, at indkomsten til medregning skal opgøres ud fra, hvor stor en andel af fortjenesten i CFC-selskabet moderselskabet er berettiget til. Dette adskiller sig fra de gældende danske regler, hvor medregning skal ske i henhold til den gennemsnitlige direkte eller indirekte andel af datterselskabets aktiekapital, jf. SEL § 32, stk. 7.

3.6 HYBRIDE MISMATCHES

ATA-direktivet indeholder helt forventeligt også en særlig bestemmelse til modvirkning af hybride

mismatches, jf. artikel 10. Således har et af de store temaer på BEPS-agendaen været at formulere et modsvar for enkelte lande til sådanne mismatches.⁴⁸ Tilsvarende har emnet optaget EU i en længere periode, hvilket også ledte til ændringen af moder-/datterselskabsdirektivet i 2014. Endvidere har et voksende antal enkeltstater valgt en tilsvarende løsning på denne problematik.

Den valgte løsning i ATA-direktivet er blevet en såkaldt linking-regel, som sikrer, at mismatches ikke kan forekomme, idet kildestatens skattemæssige behandling af en enhed eller et instrument i henhold til artikel 10 skal lægges til grund i modtagerstaten.

Bestemmelsen er todelt, hvor første del omhandler hybride enheder og anden del omhandler hybride instrumenter.

Hybride enheder kan opstå ved, at forskellige medlemsstater anvender en forskellig skattemæssig kvalifikation af den samme juridiske enhed. Dette er oftest inden for EU set i konteksten af partnerships af forskellig art. Direktivet omhandler forskellig kvalifikation af den samme "skatteyder",⁴⁹ inklusive dennes faste driftssteder i en eller flere medlemsstater, hvor dette leder til en situation, hvor den samme betaling, udgifter eller underskud medregnes i begge stater, eller hvor der indrømmes et fradrag uden en korrespondende beskatning af betalingen i en anden medlemsstat. Betingelserne for at bringe direktivets linking-regel i anvendelse er således de virkninger, der gør sig gældende for de omhandlede enheder. Retsvirkningen af direktivet er, at kvalifikationen af den hybride enhed i den medlemsstat, hvor en betaling har sit udspring, hvor udgifter er afholdt, eller hvor underskud er lidt (kildestatens) skal følges af den anden medlemsstat.

På samme vis følger det af 2. del i direktivets artikel 10, at en tilsvarende virkning skal indtræde for hybride instrumenter (defineret som den situation, hvor to medlemsstater anvender en forskellig juridisk kvalifikation på den samme betaling), hvor sådanne ellers ville føre til et resultat, hvor der indrømmes fradrag i kildestatens uden en modsvarende korrespondende beskatning i modtagerstaten.

Denne bestemmelse må forventes at få stor betydning i en EU-kontekst, idet 25 medlemsstater endnu ikke har sådanne regler vedrørende hybride enheder, mens 20 medlemsstater fortsat ikke har sådanne regler vedrørende inbound hybride instrumenter (moder-/datterselskabsdirektivets linking-regel omhandler alene outbound hybride instrumenter).⁵⁰ Endvidere synes direkti-

vets anvendelsesområde at være bredt, idet der alene fokuseres på virkningen af, at der eksisterer et hybridt instrument. ATA-direktivet forudsætter således ikke nødvendigvis, at der skal foreligge en såkaldt debt/equity hybrid, som i praksis er den mest udbredte type af hybride instrumenter. ATA-direktivet vil også kunne finde anvendelse på andre finansielle konstruktioner og instrumenter, herunder REPO'er, koncerntilskud etc. Derimod synes direktivet ikke direkte at have taget stilling til situationer vedrørende periodisering, hvor en betaling kommer til beskatning på et senere tidspunkt, eller mismatches vedrørende lempelse (såkaldt tax credit arbitrage).

Der kan dog samtidig konstateres en væsentlig begrænsning i direktivets anvendelsesområde, idet det alene finder anvendelse mellem medlemsstater og således ikke i forhold til tredjelande. Det er klart, at den valgte løsning i artikel 10 ikke ville kunne håndhæves over for tredjelande som modtagerstater. Derimod kunne direktivet godt finde anvendelse i de tilfælde, hvor modtageren er beliggende i en medlemsstat. I ATA-direktivets præambel er det angivet, at situationen vedrørende hybride mismatches og tredjelande skal undersøges yderligere, jf. pkt. [12].

Tilsvarende finder ATA-direktivet ikke anvendelse ved mismatches gennem flere led i en struktur, hvilket tillige udgør en begrænsning af den praktiske betydning. I en dansk kontekst finder SEL § 2 B også anvendelse ved mismatches i underliggende led i en koncern.

Selvom Danmark har været "first mover" på området for linking-regler, synes ATA-direktivet at medføre, at der i dansk ret skal foretages nogle justeringer vedrørende behandlingen af hybride enheder. Således skal der i Danmark indføres en særlig bestemmelse svarende til artikel 10 mellem medlemsstater, idet SEL § 2 A og SEL § 2 C alene tager sigte på de situationer, hvor Danmark er enhedens hjemland, og da dansk ret har valgt den løsning, hvor man følger ejerlandets kvalifikation for at undgå mismatches. Skatteministeriet har udtalt, at ATA-direktivet ikke vil kunne modvirke disse hybridsituationer, og at de eksisterende regler derfor vil skulle opretholdes med henblik på at håndtere mismatch situationer i forhold til lande uden for EU.⁵¹

Det er uklart, om SEL § 2 B skal ændres, selvom bestemmelsens løsning er anderledes end artikel 10, idet direktivet medfører et egentlig omkvalifikation af instrumentet, mens den danske regel alene eliminerer fradragsretten.

4. Forholdet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

ATA-direktivet er tavst om forholdet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, og som det er fremgået, finder dette kun enkelte steder anvendelse i forhold til tredjelande. Skulle der opstå en situation, hvor direktivet er i strid med en overenskomst, må EU-retten tillægges forrang. Det er dog forventeligt, at en række overenskomster vil skulle genforhandles i lyset af de ændrede EU-regler på disse områder.

5. Afrunding

Samlet set fremstår ATA-direktivet ganske vidtrækkende, og såfremt det vedtages, må det forventes at kunne få stor betydning for den fremtidige udformning og brug af værnsregler i medlemsstaternes selskabsskattelovgivning. Dermed har ATA-direktivet også betydning for mange internationale concerner, idet sådanne værnsregler altid medfører yderligere kompleksitet og usikkerhed.

Effekten vil naturligvis være størst i de medlemslande, som pt. ikke har sådanne værnsregler.⁵² Imidlertid vil ATA-direktivet også kunne få væsentlig betydning for udformningen af værnsregler i de medlemsstater, som allerede har sådanne, da det må sikres, at de nationale regler som minimum rammer de situationer, der omfattes af ATA-direktivet. Sidstnævnte gælder også i forhold til Danmark, da der som anført ovenfor er en række forskelle mellem udformningen af de i ATA-direktivet foreslåede regler og de gældende danske værnsregler.

Helt overordnet synes det fornuftigt, at Kommissionen har påtaget sig en koordineringsopgave med hensyn til implementering af BEPS-projektets anbefalinger i medlemsstaterne. Imidlertid kan man sætte spørgsmålstegn ved, om de foreslåede værnsreglers udformning i tilstrækkelig grad begrænser sig til kun at ramme decideret aggressiv skatteplanlægning eller situationer med skatteundgåelse.⁵³ ATA-direktivet synes således blot at indeholde helt almindelige værnsregler, som oftest er objektive i deres udformning og uden skelen til, om der ligger aggressiv skatteplanlægning til grund.

ATA-direktivet er fremsat på baggrund af art. 115 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), hvilket indebærer, at forslaget kun kan vedtages ved enstemmighed. Hvorvidt

enighed mellem alle medlemslandene kan opnås, er i sagens natur svært at spå om. På den ene side er der næppe tvivl om, at enkelte medlemslande helst ville være et sådant direktiv foruden, og på den anden side oplever forkæmperne for en strammere kurs mod international skatteundgåelse mv. i øjeblikket stærkt momentum.

Rådet for Økonomi og Finans (Ecofin) havde for første gang lejlighed til at diskutere ATA-direktivet på et møde afholdt den 12. februar 2016.⁵⁴ Dette skulle angiveligt have afstedkommet nogen kritik af særligt de dele af forslaget, som ikke er en direkte udløber af BEPS-anbefalingerne (dvs. bestemmelserne om exit-beskatning og switch-over-klausulen).⁵⁵

Den danske regering har meldt ud, at den i udgangspunktet vil støtte ATA-direktivforslaget og de øvrige tiltag i Kommissionens pakke. Regeringen bakker desuden op om det nederlandske formandskabs bestræbelser på at få vedtaget direktivet inden sommer, men anerkender samtidig, at det kan blive svært at nå.⁵⁶ Hvis denne målsætning bliver opfyldt, er det ikke klart, hvilken ikrafttrædelsesdato der vil blive fastsat. Det er dog i lyset af den nuværende udformning af ATA-direktivet allerede nu nødvendigt at forholde sig til de mulige konsekvenser af en indførelse heraf uden særlige overgangsregler.

Alt i alt kan det således ikke udelukkes, at forslaget til ATA-direktivet vil undergå en del ændringer, inden det i givet fald vedtages. Såfremt ATA-direktivet vedtages i en form, der bare nogenlunde flugter med det nuværende forslag, kan der dog næppe herske tvivl om, at det vil yde et markant bidrag til yderligere ensretning i den internationale selskabsskatteret.⁵⁷

NOTER

- 1 Jf. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Anti-Tax Avoidance Package: Next steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in the EU, COM (2016) 23 final.
- 2 Jf. Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, COM(2016) 26 final.
- 3 Jf. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action, COM(2015) 302 final.
- 4 Jf. Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators, European Commission working paper n. 61,

- 2015, by Ramboll Management Consulting and CORIT Advisory.
- 5 Jf. Commission Recommendation on the implementation of measures against tax treaty abuse, C (2016) 271 final, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, COM (2016) 25 final samt Communication From the Commission to the European Parliament and the Council on an External Strategy for Effective Taxation, COM 2016 24 final. Se endvidere Commission Staff Working Document, SWD (2016) 6/2.
 - 6 Jf. Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, COM (2011) 121/4. For en overordnet gennemgang se bl.a. Peter Koerver Schmidt & Jakob Bundgaard, RR 2011, nr. 7, p. 40-49. Se endvidere Michael Lang et al (red.): Common Consolidated Corporate Tax Base, 2007.
 - 7 Se OECD/G20: Base Erosion and Profit Shifting Project, Final Reports on Action no. 1-15.
 - 8 Jf. Commission Staff Working Document, SWD (2016) 6/2.
 - 9 Jf. Explanatory Memorandum, p. 4-5, COM (2016) 26 final. For yderligere om minimumsharmonisering se Ulla Neergaard & Ruth Nielsen: EU-ret, 2010, p. 131 et seq.
 - 10 Se f.eks. kritikken hos Werner Haslehner, Kluwer International Tax Blog, 5. februar 2016.
 - 11 Ordlyden er følgende: "Borrowing costs shall always be deductible to the extent that the taxpayer receives interest or other taxable revenues from financial assets."
 - 12 Se også i denne retning præambelens par. (6): "Tax exempt financial revenues should not be set off against financial expenses. This is because only taxable income should be taken into account in determining up to how much of interest may be deducted."
 - 13 EBITDA fastlægges ved følgende fremgangsmåde: "Add back to taxable income of the tax-adjusted amounts for net interest expense and other costs equivalent to interest as well as the tax-adjusted amounts for depreciation and amortization."
 - 14 En koncern forstås her som konsolideringskredsen i henseende til årsrapporten i medfør af IFRS eller US GAAP, jf. artikel 4, stk. 3(b).
 - 15 Jf. Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators – Final report, Working Paper N. 61 – 2015.
 - 16 Det fremgår direkte af ordlyden, at en eventuel efterfølgende overførsel af aktiver fra det faste driftssted, som ellers i første omgang er forblevet i fraflytningslandet, skal anses for afstået til handelsværdien.
 - 17 I artikel 2, nr. 5-7 er det nærmere forklaret, hvad der skal forstås ved overførsel af aktiver, flytning af skattemæssigt hjemsted og overførsel af et fast driftssted.
 - 18 Se også C-301/11 Kommissionen mod Nederlandene, C-38/10 Kommissionen mod Portugal, C-544/11 Kommissionen mod Spanien, C-261/11 Kommissionen mod Danmark. For yderligere omtale heraf se bl.a. Michael Tell, European Taxation, 2014, p. 47-56.
 - 19 Se Frank P.G. Pötgens et al., Intertax, 2016, p. 40-62.
 - 20 Jf. i denne retning også Werner Haslehner, Kluwer International Tax Blog, 5. februar 2016.
 - 21 Det fremgår dog, at nationale regler om exit-beskatning er legitime set i forhold til dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. OECD/G20: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6, 2015, Final Report, p. 89-90.
 - 22 Jf. Commission Staff Working Document, SWD (2016) 6/2, p. 27.
 - 23 Jf. Explanatory Memorandum, p. 8, COM (2016) 26 final.
 - 24 Jf. Mattias Dalhberg og Bertil Wiman i Cahiers de droit fiscal international, 2013, vol. 98a, p. 49-51. Det skal dog understreges, at switch-over klausuler modsat CFC-regler ikke medfører umiddelbar beskatning af indkomsten i datterselskaber, da klausulen først har effekt i forbindelse med udlodning af udbytte eller aktieafståelsen.
 - 25 Jf. art. 73 i CCCTB-direktivforslaget, COM(2011) 121/4. For yderligere om CCCTB-direktivets switch-over-klausul se Christiana HJI Panayi, Bulletin for International Taxation, 2012, p. 256-269.
 - 26 Jf. Explanatory Memorandum, p. 8, COM (2016) 26 final.
 - 27 Jf. kritikken hos Dennis Weber, Kluwer International Tax Blog, 11. februar 2016.
 - 28 For yderligere om denne bestemmelse se Peter Koerver Schmidt: Dansk CFC-beskatning, 2013, p. 185-190 og p. 312-316.
 - 29 Se f.eks. herom Bundgaard i Den Evige Udfordring – omgæelse og misbrug i skatteretten, [Bundgaard m.fl. (red.)], 2015, p. 239 ff.
 - 30 Der gælder en generel undtagelse for enheder, hvis aktier jævnlige handles på en eller flere anerkendte børser.
 - 31 Begrebet finansielle aktiver er defineret i ATA-Direktivets art. 2, nr. 3.
 - 32 Begrebet finansiell virksomhed er defineret i ATA-direktivets art. 2, nr. 4.
 - 33 Ifølge Kommissionen skal denne undtagelse ses i sammenhæng med, at CFC-reglerne, i relation til etableringer inden for EU/EØS, skal begrænse sig til kunstige situationer uden økonomisk substans, hvilket må medføre, at de ganske regulerede finansielle sektorer alligevel må formodes at gå fri af reglerne. Se ATA-direktivets præambel, nr. 10, COM(2016) 26 final.
 - 34 Såfremt enheden indgår i ikke-reelle arrangementer, skal det kontrollede selskabs indkomst afgrænses til beløb genereret af aktiver og risici, der er knyttet til

de væsentlige personfunktioner, som udføres af det kontrollerede selskab.

- 35 Jf. OECD/G20: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, actions 8-10, 2015, final reports. Se også OECD/G20: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3, 2015, Final Report, p. 48, der beskriver hvordan der i CFC-sammenhæng kan lægges vægt på "significant functions".
- 36 Se Jens Wittendorff, SU 2016.34, der kritisk bemærker, at OECD ikke har gjort sig den ulejlighed at definere "value creation", men at det med sikkerhed har noget med personfunktioner at gøre.
- 37 Vedrørende CFC-beskatning se også sag C-201/05 Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation samt fra EØS-domstolen de forenede sager E-3/13 og E-20/13 Fred. Olsen and Others and Petter Olsen and Others.
- 38 For yderligere herom se Peter Koerver Schmidt: Dansk CFC-beskatning, 2013, p. 435 et seq.
- 39 Jf. OECD/G20: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, action 3, 2015, final report. For en gennemgang heraf se Anna Paola Dourado, British Tax Review, 2015, p. 340-363.
- 40 Jf. art. 82 og 83 i CCCTB-direktivforslaget, COM(2011) 121/4. For yderligere om CCCTB-direktivforslagets CFC-regler se Mario Tenore i Dennis Weber (red.): CCCTB – Selected Issues, 2012, p. 299-311.
- 41 For yderligere om kontrol- og indkomstbetingelsen i de danske regler se Peter Koerver Schmidt: Dansk CFC-beskatning, 2013, p. 150 et seq. og p. 180 et seq.
- 42 Det er dog omstridt, hvorvidt de gældende danske CFC-regler for selskaber er i overensstemmelse med EU-retten. Se bl.a. Anders Oreby Hansen & Poul Erik Lytken, SU 2012, 141 og Peter Koerver Schmidt, European Taxation, 2014, p. 3-9.
- 43 Til støtte herfor se endvidere Commission Staff Working Document, SWD(2016) 6/2, p. 28.
- 44 For yderligere om de to metoder se f.eks. Nicolas Garfunkel, Tax Notes International, 2010, p. 53-74. I relation til medregningsmetodik skelnes der desuden ofte mellem følgende fire metoder: "deemed dividend method", "piercing the veil method", "notional amount method" og "look-through" method. Se Alexander Rust, Intertax, 2008, p. 492-501 samt Peter Koerver Schmidt: Dansk CFC-beskatning, 2013, p. 84-90.
- 45 Se f.eks. Hans-Jürgen Aigner et al. i Michael Lang et al.: CFC Legislation, Tax Treaties and EU Law, 2004, p. 24.
- 46 I præambelens nr. 5, COM(2016) 26 final, anføres det da også, at såfremt ATA-direktivets regler fører til dobbeltbeskatning, bør skattemynderen kunne opnå lempelse i form af, at den i udlandet betalte skat fratrækkes. Dette vil også være i overensstemmelse med OECD/G20's anbefalinger, jf.: OECD/G20: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3, 2015, Final Report, p. 65-69.
- 47 Om behovet for at undgå økonomisk dobbeltbeskatning i relation til CFC-beskatning se Blazej Kuzniacki, Intertax, 2015, p. 758-772.
- 48 Jf. Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015 Final Report.
- 49 Dette må være en lapsus, idet en transparent enhed vel ikke bør omtales som en skattemynder.
- 50 Jf. Study on Structure of Aggressive tax Planning and Indicators, Final Report, Working paper N. 61 – 2015, p. 145.
- 51 Jf. Skatteudvalget 2015-16, SAU Alm. del Bilag 128, p. 9.
- 52 For et komparativt studie af medlemsstaternes værneregler se Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators, European Commission working paper n. 61, 2015, by Ramboll Management Consulting and CORIT Advisory.
- 53 For en kritisk diskussion af begrebet "aggressiv skatteplanlægning" se Peter Koerver Schmidt, TfS 2015.238.
- 54 Se Outcome of the Council Meeting, Press Release 5936/16.
- 55 Jf. Reuters: EU's plans to tackle corporations' tax avoidance hit first snags, February 12, 2016.
- 56 Jf. SAU, Alm. del, 2015/16, svar på spørgsmål 239. Se endvidere Grund- og nærhedsnotat til Folketingets Europaudvalg, SAU alm. del, bilag 128, 2015/16.
- 57 Se yderligere om denne tendens Peter Koerver Schmidt & Jakob Bundgaard, SU 2015.38.