

# Artikler

45

## Supranational modvirkning af dobbelt ikke-beskatning og anden skatteplanlægning – om ændringsforslaget til EU's moder-/datterselskabsdirektiv

*Af Jakob Bundgaard, ph.d., managing director, CORIT Advisory P/S, adjungeret professor, Aarhus Universitet*

I artiklen redegøres for indholdet i og baggrunden for det fremsatte ændringsforslag til EU's moderdatterselskabsdirektiv. Ændringsforslaget skal forsøge at dæmme op for skattearbitrage og anden skatteplanlægning vedrørende koncerninterne udbytter.

### 1. Indledning

Der er meget fokus på international skatteplanlægning i disse år. Aggressiv skatteplanlægning og Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) er tidens store (men dog ikke nye) tema. I EU-regi udgav Kommissionen i 2012 dennes handlingsplan vedrørende modvirkning af aggressiv skatteplanlægning og der synes at være momentum til at gennemføre større ændringer i skattesystemet.<sup>1</sup> Som led heri fremsatte Kommissionen d. 25/11 2013 et ændringsforslag til moder-/datterselskabsdirektivet (direktiv 2011/96/EU).<sup>2</sup>

Da moder-/datterselskabsdirektivet blev introduceret i 1990, var situationen en anden, end den er i dag, idet grænseoverskridende koncerner ofte blev ringere stillet end nationale koncerner. Direktivforslaget skal ses i lyset af, at den efterfølgende tid har ført til, at der kan opstå situationer, hvor grænseoverskridende koncerner bliver bedre stillet end nationale koncerner.

Forslagets erklærede formål er således at lukke eksisterende "loopholes" i det gældende direktiv. Dette skal ske ved for det første at forpligte

medlemsstaterne til at implementere en generel misbrugsklausul, som skal sikre, at kunstige arrangementer ikke kan nyde godt af direktivets fordele og sikre, at beskatningen sker i overensstemmelse med de økonomiske realiteter. For det andet foreslås det at indsnævre direktivets anvendelsesområde, således at visse hybride finansielle arrangementer ikke kan opnå skattefrihed efter direktivet, hvorved dobbelt ikke-beskatning (eller mere konkret deduction/non-inclusion) forhindres.

Det forventes at medlemsstaterne skal implementere ændringerne inden 31/12 2014.

Det følgende udgør en introduktion og foreløbig analyse af de foreslåede ændringer. Derimod er der ikke tale om nogen egentlig udtømmende analyse heraf.

### 2. Reformulering af misbrugs-klausulen i moder-/datterselskabsdirektivet – "Enter the GAAR"

Det mest betydningsfulde ændringsforslag er utvivlsomt forslaget til ændring af den eksisterende misbrugsklausul i direktivets art. 1. Ændringen sker som konsekvens af, at den gældende misbrugsklausul i art. 1(2) savner klarhed og potentielt skaber forvirring. Målet er beskrevet således:

“... *The inclusion of the more comprehensive GAAR, adapted to the specifics of the Parent Subsidiary, along the principles indicated by the Recommendation on aggressive tax planning would remove these difficulties and would improve the efficiency of measures taken at national level to counter international tax avoidance, while enhancing coordinated actions by Member States and ensuring compliance with Treaty Freedoms, as interpreted by the Court of Justice of the European Union (‘CJEU’)...*”.<sup>3</sup>

Den hidtidige bestemmelse har ikke været implementeret af alle medlemsstater, ligesom der fortsat er uklarhed over, hvorledes denne skal fortolkes. Særligt interessant er det fortsat at se, hvorledes EU-Domstolen vil fortolke bestemmelsen i de verserende sager vedrørende udbyttestrømme i holdingselskabsstrukturer, som af flere medlemsstater er pålagt kildeskat ud fra en betragtning om, at det mellemliggende EU-holdingselskab ikke er beneficial owner til de omhandlede udbyttebetalinger. Jeg skal ikke på dette sted gå ind i diskussionen om, hvorvidt ændringsforslaget taler til fordel for myndighedernes synspunkt eller skatteyderens synspunkt i de verserende sager, idet begge parter synes at kunne finde holdepunkter for deres respektive synspunkter. Uanset standpunkt i denne debat, har Kommissionen fundet, at der er anledning til at skærpe de til rådighed værende retsmidler i kampen mod internationale koncerners skatteplanlægning.

Ændringsforslaget indfører en generel misbrugs klausul indenfor direktivets anvendelsesområde, med henblik på at udelukke skattedrevne strukturer fra at nyde godt af direktivets fordele. Ligeledes er det nyt, at der er pligt til at implementere klausulen for medlemsstaterne. Hermed opnås der ensartede standarder (modsat de nuværende måske 28 forskellige nationale udformninger) for medlemsstaterne og dermed klarhed og forudselighed for skatteyderen og skattemyndigheder. Samtidig undgås “directive-shopping” ved strukturering af investeringer gennem medlemsstater med en mindre restriktiv fortolkning af klausulen.<sup>4</sup> Endelig fremhæves det, at den nuværende klausul i sidste ende skal fortolkes i overensstemmelse med det generelle

EU-retlige misbrugsbegreb, som fortolket af EU-Domstolen, hvilket medvirker til uklarheden og usikkerheden.

Ændringsforslaget introducerer følgende ændrede ordlyd til art. 1, som svarer til forslaget i Henstilling om aggressiv skatteplanlægning fra 6/12 2012.

Stk. 2 får følgende ordlyd:

“2. *This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of tax evasion*”.

Ændringen til dette stykke består i, at ordet “abuse” (misbrug) udgår, og at alene “tax evasion” (skatteunddragelse) er tilbage. Samtidig foreslås det at indsætte en ny art. 1a med følgende ordlyd til modvirkning af misbrug (abuse):

“Article 1a

1. *Member States shall withdraw the benefit of this directive in the case of an artificial arrangement or an artificial series of arrangements which has been put into place for the essential purpose of obtaining an improper tax advantage under this directive and which defeats the object, spirit and purpose of the tax provisions invoked.*
2. *A transaction, scheme, action, operation, agreement, understanding, promise, or undertaking is an artificial arrangement or a part of an artificial series of arrangements where it does not reflect economic reality. In determining whether an arrangement or series of arrangements is artificial, Member States shall ascertain, in particular, whether they involve one or more of the following situations:*

- (a) *the legal characterisation of the individual steps which an arrangement consists of is inconsistent with the legal substance of the arrangement as a whole;*
- (b) *the arrangement is carried out in a manner which would not ordinarily be used in a reasonable business conduct;*
- (c) *the arrangement includes elements which have the effect of offsetting or cancelling each other;*

- (d) *the transactions concluded are circular in nature;*  
 (e) *the arrangement results in a significant tax benefit which is not reflected in the business risks undertaken by the taxpayer or its cash flows.*”

Misbrugsklausulen bliver således et EU-retligt begreb, som EU-Domstolen har den endelige fortolkningskompetence over. Umiddelbart kan der udledes en række betingelser direkte af ordlyden:

- Der skal være tale om et kunstigt arrangement (artificial arrangement) eller en serie af kunstige arrangementer,
- som er tilrettelagt med det hovedformål at opnå en uretmæssig skattefordel i henhold til direktivet, og
- som virker mod målet for, ånden i og formålet med de pågældende bestemmelser.

Art. 1a(2) indeholder uddybende bemærkninger til forståelse af, hvad der konkret udgør kunstige arrangementer.

I denne forbindelse henvises der til, at transaktionen m.v. ikke skal afspejle økonomisk realitet. For mig at se bliver klausulen lidt cirkulær i denne forbindelse, fordi det skal vurderes, om der foreligger økonomisk realitet for at vurdere, om der foreligger kunstige arrangementer. Begge begreber er så vidt ses luftige begreber uden fast begrebsindhold.

Som det ses fremkommer forslaget til art. 1a, stk. 2, videre med en ikke-udtømmende opgøring af situationer, hvor der anses at foreligge kunstige arrangementer i litra a-e.

- Den juridiske karakter af de enkelte trin, som et arrangement består af, er uden sammenhæng med den juridiske substans i arrangementet som helhed
- Arrangementet ligger uden for normale forretningsmæssige aktiviteter (god forretningspraksis).
- Arrangementet indeholder elementer, som i realiteten udligner eller ophæver hinanden,
- De omhandlede transaktioner er af cirkulær art.

- Arrangementet medfører en væsentlig skattefordel, som ikke afspejles i de forretningsmæssige risici, som arrangementet påfører skatteyderen eller dennes cash flow.

Selvom de nævnte elementer unægteligt indgår i de fleste skatteomgåelser, er der ikke tale om nogen eksakt begrebsdannelse, og de nævnte elementer giver anledning til selvstændige usikkerheder og fortolkningsvanskeligheder. Særligt betænkeligt er det, at så vanskelige vurderinger, som kan forekomme i henhold til denne uklare begrebsdannelse, bliver udlagt til skatteadministrationen, som ingen forudsætninger har for at foretage sådanne vurderinger. Der er således risiko for, at administrationen af misbrugsklausulen fører til en arbitrær og potentielt meget varierende praksis medlemsstaterne imellem.

Selvom der næppe kan hentes direkte fortolkningsbidrag i Kommissionens henstilling om aggressiv skatteplanlægning, angives det dog, at den i direktivforslaget indeholdte formulering udgør en tilpasset version af den mere generelle version, som blev præsenteret i henstillingen. Det synes derfor formålstjenligt at citere de uddybende forklaringer der angives heri til forklaring af de nævnte begreber, idet visse af disse passager vedrører de samme forhold som omhandlet af direktivforslaget.<sup>5</sup>

#### *“General Anti-Abuse Rule*

*4.1. To counteract aggressive tax planning practices which fall outside the scope of their specific anti-avoidance rules, Member States should adopt a general anti-abuse rule, adapted to domestic and cross-border situations confined to the Union and situations involving third countries.*

*4.2. To give effect to point 4.1, Member States are encouraged to introduce the following clause in their national legislation:*

*“An artificial arrangement or an artificial series of arrangements which has been put into place for the essential purpose of avoiding taxation and leads to a tax benefit shall be ignored. National authorities shall treat these arrangements for tax purposes by reference to their economic substance”.*

4.3. For the purposes of point 4.2 an arrangement means any transaction, scheme, action, operation, agreement, grant, understanding, promise, undertaking or event. An arrangement may comprise more than one step or part.

4.4. For the purposes of point 4.2 an arrangement or a series of arrangements is artificial where it lacks commercial substance. In determining whether the arrangement or series of arrangements is artificial, national authorities are invited to consider whether they involve one or more of the following situations:

- (a) the legal characterisation of the individual steps which an arrangement consists of is inconsistent with the legal substance of the arrangement as a whole;
- (b) the arrangement or series of arrangements is carried out in a manner which would not ordinarily be employed in what is expected to be a reasonable business conduct;
- (c) the arrangement or series of arrangements includes elements which have the effect of offsetting or cancelling each other;
- (d) transactions concluded are circular in nature;
- (e) the arrangement or series of arrangements results in a significant tax benefit but this is not reflected in the business risks undertaken by the taxpayer or its cash flows;
- (f) the expected pre-tax profit is insignificant in comparison to the amount of the expected tax benefit.

4.5. For the purposes of point 4.2, the purpose of an arrangement or series of arrangements consists in avoiding taxation where, regardless of any subjective intentions of the taxpayer, it defeats the object, spirit and purpose of the tax provisions that would otherwise apply.

4.6. For the purposes of point 4.2, a given purpose is to be considered essential where any other purpose that is or could be attributed to the arrangement or series of arrangements appears at most negligible, in view of all the circumstances of the case.

4.7. In determining whether an arrangement or series of arrangements has led to a tax benefit

as referred to in point 4.2, national authorities are invited to compare the amount of tax due by a taxpayer, having regard to those arrangement(s), with the amount that the same taxpayer would owe under the same circumstances in the absence of the arrangement(s). In that context, it is useful to consider whether one or more of the following situations occur:

- (g) an amount is not included in the tax base;
- (h) the taxpayer benefits from a deduction;
- (i) a loss for tax purposes is incurred;
- (j) no withholding tax is due;
- (k) foreign tax is offset.”

Misbrugsklausulen er generelt udformet, men det eksempel der formentlig har optaget Kommissionen er den klassiske holdingselskabsstruktur, hvor der indsættes et holdingselskab i en medlemsstat, som kan opnå kildeskattefritagelse, mens det oprindelige moderselskab ikke kunne opnå en tilsvarende kildeskattefritagelse.<sup>6</sup>

Samlet set er det min vurdering, at der med denne misbrugsklausul ikke vil skabes yderligere klarhed eller sikkerhed. Derimod synes bestemmelsen at føre til, at skattemyndighederne får lettere ved at udfordre givne transaktioner eller strukturer. I forhold til et af tidens store spørgsmål, om hvorvidt det ændrede direktiv vil medføre en markant ændret retstilstand i forhold til gennemstrømningsselskaber, ses der ikke med forslaget at være fremkommet centrale fortolkningsbidrag til løsning af denne problematik. Umiddelbart er det min læsning af forslaget i dets nuværende udformning, at det langt fra er alle sager om gennemstrømningsselskaber, som vil føre til kildeskattepligt. Baggrunden herfor er, at der også med ændringsforslaget lægges vægt på det rent kunstige, som det også efter gældende ret er tilfældet, og her savner vi fortsat en stillingtagen fra EU-Domstolen.

### 3. Double non-taxation – hybrid finansiering

Det andet ændringsforslag vedrører skattearbejdsforbrugerne. Det foreslås at indsnævre direktivets anvendelsesområde, således at visse hybride finansielle arrangementer ikke kan opnå skattefrihed

efter direktivet, hvorved dobbelt ikke-beskatning (eller mere konkret deduction/non-inclusion) forhindres.

Det tilsigtes blandt andet at modvirke skattearbitrage i den situation, hvor der opnås fradrag for udbyttebetalinger i et kildeland, men modtagerstaten behandler samme betaling som et skattefrit datterselskabsudbytte. Denne situation kan formentlig særligt opstå ved særlige former for præferenceaktier (MRPS eller RPS) eller egenkapitalignende gældsinstrumenter, (PPL, CPEC, Convertibles, Perpetuals etc.), som i kildestaten fører til, at der indrømmes fradrag for udbyttebetalingerne grundet en omkvalificering til renter. Der angives ikke i ændringsforslaget eller de medfølgende tekniske memoer konkrete eksempler på, mellem hvilke lande, og ved brug af hvilke instrumenter, den omhandlede skattearbitrage kunne opnås.

Den tekniske ændring af art. 4 indebærer følgende ordlydsændring til art. 4(1)(a):

*“(a) refrain from taxing such profits to the extent that such profits are not deductible by the subsidiary of the parent company; or”*

Ændringsforslaget bekræfter den fortolkning, at direktivets fordele ikke efter gældende ret kan frakendes blot fordi, der indrømmes fradrag i udbetalersstaten. Jeg har selv gjort dette synspunkt gældende, jf. herom *Bundgaard* i ET 2010/11, p. 490 ff, hvor følgende konkluderes herom:

*“...Fourth, the question was raised as to whether a Member State is allowed to deny the benefits of the Parent-Subsidiary Directive to combat cross-border tax arbitrage if the payment is deductible at the level of the company resident in the source state. It is concluded that the scope of the Parent-Subsidiary Directive cannot be narrowed on the basis of deductibility in the Member State of the paying company. Since the ECJ is not likely to apply a teleological interpretation to reduce the scope of the Directive, a literal interpretation should prevail. A reduction of the scope of the Directive should be based on specific provisions in the Directive allowing for this. The only option is to apply the fraud and abuse provision in Art.*

*1(2) of the Parent-Subsidiary Directive. However, it was concluded that tax arbitrage does not, as a general rule, constitute an abusive practice...”.*

Fortolkningen understøttes også af beskrivelsen p. 3 i ændringsforslaget (*“This is the case even if the profit distribution has been treated as a tax deductible payment in the Member State where the paying subsidiary is resident”*).

Ændringen sker også i erkendelse, af at den soft law løsning på problemet, som Code of Conduct Group havde vedtaget, ikke var bindende og dermed ikke tilstrækkelig. Gruppen havde således formuleret den vejledning, at medlemsstaterne skulle følge kildestatens kvalifikation med henblik på at undgå skattearbitrage.<sup>7</sup> Der er argumenteret for en lignende fortolkning af direktivet i litteraturen, men dette har aldrig vundet generel tilslutning blandt medlemsstaterne.

Ændringsforslaget indfører det velkendte korrespondensprincip. Den valgte lovgivningsmekanisme er således ganske velkendt i en dansk kontekst, idet indholdet svarer til det princip, som fremgår af SEL § 13, stk. 1, nr. 2, hvorefter skattefrihed er betinget af, at der ikke hos det udbyttebetalende selskab er fradrag for betalingen. Dog synes direktivforslaget i sin nuværende udformning ikke så vidtgående som den interne danske bestemmelse, idet der efter direktivet ikke stilles krav om, at der ikke må have forekommet en fradragsret i et lavere niveau i koncernstrukturen end hos det umiddelbare datterselskab.

Dog fortolkes ændringen tilsyneladende mere vidtgående, end hvad der umiddelbart synes at fremgå af direktivforslagets ordlyd. Mens direktivet generelt er en lempelsesforanstaltning, som medfører, at medlemsstaterne ikke må opkræve kildeskatter eller indkomstskat, såfremt betingelserne herfor er opfyldt, synes det at fremgå af ændringsforslaget, at denne medfører en pligt for medlemsstaten til at beskatte indkomsten. Når det af COM(2013) 814 final, p. 4 og 7, nævnes, at den medlemsstat, hvor moderselskabet er beliggende skal beskatte udbyttet, hvis der er fradrag i udbetalersstaten (*“The Member State of the receiving company shall therefore tax the portion of profits that is deductible in the source Member*

State”), synes dette således at gå videre end direktivets generelle formål.

Som anført af *van Gelder & Niels* kan det synes at være i konflikt med suverænitetsprincippet (principle of sovereignty), hvis direktivændringen fører til, at medlemsstaterne skal beskatte, uanset om medlemsstaten ikke selv ønsker at beskatte i den givne situation.<sup>8</sup>

#### 4. Afslutning

Med ændringsforslaget til moder-/datterselskabsdirektivet har Kommissionen nu taget konkret fat på de ændringer, som er blevet varslet i handlingsplanen mod aggressiv skatteplanlægning.<sup>9</sup> Det forventes tillige, at OECD's første konkrete udspil i kølvandet på BEPS-rapporten ser dagens lys i 2014. Disse ændringer er blot begyndelsen på, hvad der skønnes at være en gennemgående ændring af centrale spilleregler i den internationale skatteret.

Det konkrete indhold af ændringsforslaget til moder-/datterselskabsdirektivet indeholder to væsentlige nyskabelser i EU-retten. Den ene er en GAAP-lignende misbrugsklausul, som utvivlsomt vil medføre en lang række nye usikkerheder og fortolkningsvanskeligheder. Den anden er introduktionen af – det i Danmark velkendte – korrespondensprincip direkte i EU-retlig lovgivning.

#### Noter

1. Action Plan for a more effective EU response to tax evasion and avoidance, 6/12 2012.
2. Jf. COM(2013) 814 final.
3. Jf. COM(2013) 814 final, p. 3.
4. Jf. COM(2013) 814 final, p. 4-5.
5. Jf. C(2012) 8806 final COMMISSION RECOMMENDATION of 6.12.2012 on aggressive tax planning.
6. Jf. European Commission Memo: Questions and Answers on the Parent Subsidiary Directive, 25/11 2013, p. 3.
7. Jf. Report of the Code of Conduct Group of 25 May 2010 (doc. 10033/10, FISC 47), par. 31.
8. See *van Gelder & Niels* in DFI 2013, p. 147.
9. Jf. COM(2012) 722 final: COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL: An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, p. 8