

ANTI-TAX AVOIDANCE DIREKTIVET ER NU EN REALITET – NYE VÆRNSREGLER OG FLERE TVISTER I VENDE I EU

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

I SR-SKAT 3/2016 behandlede vi Kommissionens forslag af 28. januar 2016 til et Anti-tax avoidance direktiv. Rådet har nu vedtaget direktivet i en modificeret form, der på en række væsentlige punkter adskiller sig fra det oprindelige forslag. Denne artikel indeholder en kortfattet præsentation af det endelige direktiv, hvor vægten er lagt på at fremhæve forskellene mellem forslaget og den endelige version. Det må fortsat konkluderes, at direktivet vil få stor betydning for udformningen af værnsregler i EU, og at direktivet samtidig kan føre til fornyet risiko for tvister og dobbeltbeskatning.

1. Indledning

Da Kommissionen den 28. januar 2016 offentliggjorde sit forslag til et nyt Anti-tax avoidance direktiv,¹ blev det meldt ud, at ambitionen var at vedtage forslaget inden udløbet af det nederlandske formandskab. Selvom det ikke blev uden sværds slag, lykkedes det at indfri ambitionen, idet et revideret direktivforslag blev endeligt vedtaget på mødet i Rådet for Økonomi og Finans den 12. juli 2016.² Forhandlingerne forud for vedtagelsen af Anti-tax avoidance direktivet (herefter benævnt ATA-direktivet) var vanskelige, og udformningen af det endelige ATA-direktiv bærer da også præg af at være et kompromis.³

Størst uenighed herskede der om den såkaldte switch-over-klausul i direktivforslagets art. 6 samt CFC-reglerne i direktivforslagets art. 8 og 9. Kort fortalt blev resultatet, at switch-over-klausulen blev taget helt ud af ATA-direktivet, mens forslaget til CFC-regler undergik en række væsentlige ændringer.⁴ Herudover blev også de øvrige fire værnsregler justeret i større eller mindre grad.

ATA-direktivet kan ses som et forsøg på en koordineret implementering af anbefalingerne i OECD's BEPS-projekt, og hovedformålet er fortsat 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. Endvidere er også det endelige ATA-direktiv udtryk for minimumsregulering, idet 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, jf. art. 3. Direktivet finder anvendelse på alle skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en eller flere medlemsstater, herunder faste driftssteder i en eller flere medlemsstater for enheder, der er skattemæssigt hjemmehørende i et tredjeland, jf. art. 1.⁵

I det følgende behandles de fem vedtagne værnsregler kortfattet i særskilte afsnit. Vægten er lagt på at fremhæve forskellene mellem direktivforslaget og den endelige version af ATA-direktivet, samt på at identificere de forhold, som må forventes at få størst betydning for den fremtidige udformning af de (tilsvarende) danske værnsregler. Artiklen afsluttes med en kort omtale af de tidsmæssige aspekter vedrørende ATA-direktivets implementering, og en overordnet vurdering af ATA-direktivets formodede betydning.⁶

2. Rentefradragsbegrænsning

ATA-direktivet indeholder også i den endelige udformning en bestemmelse vedrørende rentefradragsbegrænsning, jf. art. 4, som i store træk har overlevet forhandlingsprocessen. I medfør

heraf indføres der rentefradragsbegrænsning i henhold til en EBITDA-regel. Reglen gælder generelt, og sonder således ikke mellem nationale og grænseoverskridende låneforhold og ej heller mellem koncernintern og koncernekstern finansiering.

Art. 4, stk. 1, foreskriver, at overskydende låneomkostninger⁷ i påløbsåret maksimalt kan være fradragsberettigede op til 30% af skatteyderens EBITDA (earnings before interest, tax, depreciation and amortisation).⁸ Bestemmelsen minder ganske meget om den tyske Zinsschranke-lovgivning. Direktivet åbner samtidig mulighed for, at medlemsstaterne alternativt kan anvende en EBIT-baseret regel, men uden nærmere at angive hvorledes denne skal udformes.

I den endelige version er der indsat to begrænsninger, således at skatteyder har ret:

- a. til fradrag af overstigende låneomkostninger op til 3.000.000 EUR (opgjort for hele koncernen)
- b. til fuldt fradrag for overstigende låneomkostninger, hvis skattesubjektet er en selvstændig enhed, som ikke indgår i en koncern.

Medlemsstaterne kan også behandle følgende som et skattesubjekt:

- a. en enhed, der har tilladelse eller er forpligtet til at anvende reglerne på vegne af en koncern som defineret i henhold til national skatteret
- b. en enhed i en koncern som defineret i henhold til national skatteret, som ikke skattemæssigt konsoliderer sine medlemmers resultater.

Under sådanne omstændigheder kan overstigende låneomkostninger og EBITDA beregnes på koncernplan, og de omfatter resultaterne for alle dens medlemmer.

Der findes i det endelige direktiv en *grandfathering clause*, hvorefter medlemsstaterne kan undtage overstigende låneomkostninger fra anvendelsesområdet for stk. 1 i forbindelse med:

- a. lån, som er optaget inden den 17. juni 2016, men undtagelsen omfatter ikke efterfølgende ændringer af sådanne lån
- b. lån, som anvendes til finansiering af et langsigtet offentligt infrastrukturprojekt, hvor den projektansvarlige, låneomkostningerne, aktiverne og indtægterne alle befinder sig i EU.

Endvidere gælder en *escape clause*, som kan udformes valgfrit som en af to varianter, der samtidig indeholder nogle tekniske detaljer, som dog udelades her.

Medlemsstaterne kan endvidere fastsætte regler om følgende:

- a. fremførsel, uden tidsbegrænsning, af overstigende låneomkostninger, som ikke kan fradrages i den indeværende skatteperiode
- b. fremførsel, uden tidsbegrænsning, og tilbageførsel, i højst tre år, af overstigende låneomkostninger, som ikke kan fradrages i den indeværende skatteperiode, eller
- c. fremførsel, uden tidsbegrænsning, af overstigende låneomkostninger og, i højst fem år, af uudnyttet rentefradragskapacitet, som ikke kan fradrages i den indeværende skatteperiode.

Medlemsstaterne kan undtage finansielle selskaber fra anvendelsesområdet, herunder hvis sådanne finansielle selskaber i regnskabsmæssig henseende er en del af en koncern. Dette betyder dog ikke, at den finansielle sektor i Kommissionens optik skal friholdes fra begrænsninger og ej heller, at sådanne virksomheder ikke kan være involveret i skatteundgåelse mv. Dog er det ganske komplekst at finde den rette løsning, hvorfor dette arbejde først fremlægges senere, når der findes tilstrækkelige analyser til at underbygge en politisk løsning.

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 art. 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% fradrag af EBIT, men dog af et lavere tal.

ATA-direktivet kan måske løbe ind i nogle forfatningsretlige udfordringer i enkelte medlemsstater. Der er således afsagt en dom i Tyskland fra 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.⁹ 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.¹⁰

3. Exit-beskatning

I bestemmelsen om exit-beskatning, jf. art. 5 i ATA-direktivet, er der kun foretaget mindre justeringer set i forhold til det oprindelige forslag. Udgangspunktet er således fortsat, at skattesubjektet i en række situationer skal undergives beskatning af et beløb svarende til markedsværdien af de overførte aktiver på overførelstidspunktet fratrukket aktivernes skattemæssige værdi. Markedsværdien skal anses for at svare til det beløb, som et aktiv kan handles for – eller som gensidige fordringer mellem villige, ikke-forbundne købere og sælgere kan opgøres til – i en direkte transaktion.¹¹

Exit-beskatningen omfatter de situationer, hvor et skattesubjekt overfører aktiver/virksomhed mellem et hovedkontor og et fast driftssted (eller mellem faste driftssteder), eller hvor et skattesubjekt flytter sit skattemæssige hjemsted.¹² 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 fem år. I det endelige direktiv er det blevet tilføjet, at det er en forudsætning for henstand ved overførsler til tredjelande, som er EØS-lande, at det pågældende land har indgået en aftale om gensidig bistand ved inddrivelse af skattekrav.

Ved henstand kan der pålægges en rente i overensstemmelse med reglerne i det pågældende medlemsland. Forefindes en påviselig og reel risiko for manglende inddrivelse, kan skattesubjektet pålægges en pligt til at stille sikkerhed som betingelse for henstanden.¹³ En række forhold og dispositioner kan medføre, at henstanden med betalingen af exit-skatten øjeblikkeligt ophører. Det gælder, hvis de overførte aktiver eller det faste driftssteds virksomhed afstås, de overførte aktiver efterfølgende overføres til et tredjeland, skattesubjektets skattemæssige hjemsted eller det faste driftssteds virksomhed efterfølgende overføres til et tredjeland, eller skattesubjektet går konkurs eller afvikles. I den endelige version er det tilføjet, at henstanden tillige ophører, hvis skattesubjektet ikke opfylder sine afdragsforpligtelser, og dette ikke er bragt i orden inden et tidsrum, der ikke må overstige 12 måneder.

Den endelige 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 henstandsmuligheden har lighedspunkter med den danske ordning, jf. reglerne i SEL §§ 26 og 27. Dog skal det bemærkes, at ATA-direktivet angiver en kortere afdragsperiode end de syv år, som er udgangspunktet efter de danske regler.

4. Generel værnsregel

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. art. 6. Bestemmelsen skal supplere de øvrige specifikke bestemmelser, og skal finde anvendelse, hvor de specifikke regler ikke finder anvendelse.

Indførelsen af sådanne bestemmelser er tidstypisk 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).¹⁴

ATA-direktivets art. 6 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:

- tilrettelagt med det hovedformål eller som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med gældende skatteret, og
- som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Arrangementer eller serier af arrangementer betragtes som værende ikke reelle i det omfang, de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

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 således må kunne indfortolkes i GAAR-klausulen.

Som en del af ændringerne i forhandlingsperioden blev der sikret parallelitet til moder-/daterselskabsdirektivets GAAR og OECD's PPT. Dette er i sig selv prisværdigt, og må antages at føre til, at der kan søges inspiration i de hertil hørende fortolkningsbidrag. Det er dog væsentligt at holde sig for øje, at ATA-direktivets art. 6 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 art. 6 kan få stor betydning i EU, og der skal i dansk ret indføres en GAAR på selskabsskatteområdet.

5. CFC-regler

ATA-direktivets art. 7 og 8 indeholder regler om beskatning af controlled foreign companies (CFC-regler). Udformningen af disse regler var genstand for stor diskussion i direktivets tilblivelsesfase, og resultatet blev et noget uskønt kompromis, der indeholder to forskellige modeller for selve medregningen af indkomst fra CFC-selskabet.¹⁵ Nedenfor skitseres disse to modeller ganske overordnet. Forinden, skal det bemærkes, at CFC-reglerne kun finder anvendelse, hvis følgende to betingelser opfyldes (og det uanset hvilken model der anvendes til medregning):

1. Skattesubjektet har, hvis der er tale om en enhed, selv eller sammen med sine tilknyttede selskaber en direkte eller indirekte interesse på mere end 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller overskuddet.
2. Den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud, er lavere end forskellen mellem den selskabsskat, der ville være blevet pålagt enheden eller det faste driftssted i henhold til det gældende selskabsskattesystem i skattesubjektets medlemsstat, og den reelle selskabsskat, som enheden eller det faste driftssted har betalt af sit overskud.¹⁶

Opfyldes disse to betingelser, skal moderselskabet/hovedkontoret medregne indkomst efter enten model a) eller b). Model a) svarer nogenlunde til Kommissionens direktivforslag med enkelte ændringer og indebærer, at følgende typer af ikke-udloddet indkomst skal medregnes: renter eller anden indkomst fra finansielle aktiver, royalties eller anden indkomst fra immaterielle aktiver, udbytte og indkomst fra afståelse af aktier, indkomst fra finansiel leasing, indkomst fra forsikrings-, bankvirksomhed og finansiel virksomhed, samt endelig indkomst fra faktureringselskaber, der opnår indkomst fra salg af varer og tjenesteydelser, der købes af og sælges til tilknyttede selskaber, og som bidrager med ingen eller ringe værdi.

Anvendes model a), kan medlemsstaten vælge at undlade at behandle enheden eller det faste driftssted som et CFC-selskab, hvis en tredjedel eller mindre af indkomsten udgøres af de ovenfor nævnte indkomsttyper.¹⁷ Endvidere undtages indkomst fra CFC-beskatning, hvis enheden eller det faste driftssted udøver en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler. Medlemsstaterne kan vælge kun at lade denne undtagelse gælde for enheder og faste driftssteder i EU/EØS.

Anvendes i stedet model b), skal der kun medregnes ikke-udloddet indkomst, som hidrører fra ikke-reelle arrangementer, der udelukkende er oprettet med det hovedformål at opnå en skattefordel. Et arrangement eller en serie af arrangementer anses som ikke-reelle i det omfang, enheden eller det faste driftssted ikke ville eje aktiverne eller ikke ville have påtaget sig den risiko, der genererer alle eller dele af dens indkomst, hvis den ikke havde været kontrolleret af et selskab, hvor de ledelsesopgaver, som vedrører disse aktiver og risici, varetages og er medvirkende til skabelsen af den kontrollerede enheds indkomst. To de minimis-undtagelser finder anvendelse i relation til model b).¹⁸

ATA-direktivets art. 8 indeholder nærmere regler om retsvirkningerne af CFC-beskatningen. Bl.a. fastslås det, at indkomsten til medregning efter model a) skal opgøres efter reglerne i det land, hvor skattesubjektet er hjemmehørende.¹⁹ Anvendes i stedet model b), begrænses den indkomst, der skal medregnes, til de beløb, der genereres gennem aktiver og risici, som knytter sig til de ledelsesopgaver, der varetages af det kontrollerende selskab.²⁰ I begge tilfælde skal andelen til medregning fastsættes i overensstemmelse med

størrelsen af skattesubjektets interesse i CFC-selskabet (stemmer, kapital eller ret til overskud). For at modvirke dobbeltbeskatning indeholder bestemmelsen afslutningsvis regler om reduktion af beskatningen ved udlodninger fra CFC-selskabet og ved afståelse af aktier i CFC-selskabet. Modsat direktivforslaget foreskriver ATA-direktivet endvidere eksplicit, at skattesubjektet har mulighed for at opnå lempelse for den skat, som enheden eller det faste driftssted har betalt.

Kompromisset med to forskellige modeller for CFC-beskatning indebærer i sagens natur, at CFC-reglerne i medlemslandene bliver mindre ensartede, end der først var lagt op til. Under forhandlingerne arbejdede bl.a. den danske regering for, at der alene skulle være én model for CFC-beskatning, idet model b) efter regeringens opfattelse ikke er robust nok i forhold til skatteundgåelse.²¹ De gældende danske CFC-regler har da også mest til fælles med model a), om end der er nogle forskelle, som vil nødvendiggøre ændringer af de danske CFC-regler. Bl.a. synes ATA-direktivet at operere med en bredere kontrolbestemmelse, idet kontrol også kan være baseret på andel af kapital og ret til at modtage overskud. Endvidere rummer ATA-direktivets definition af "CFC-indkomst" indkomst, som ikke ville udgøre CFC-indkomst efter den udtømmende opregning i de gældende danske CFC-regler, jf. SEL § 32, stk. 5. Dette gælder bl.a. indkomst fra faktureringselskaber. Endvidere er koncerneksterne royaltyindtægter, der relaterer sig til datterselskabets egne forsknings- og udviklingsaktiviteter, ikke undtaget efter 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.

6. Hybride mismatch

ATA-direktivet indeholder helt forventeligt også en særlig bestemmelse til modvirkning af hybride mismatches, jf. art. 9. Den valgte løsning i det endeligt vedtagne direktiv afviger fra løsningen i forslaget. Mens forslaget lagde kildestatens skattemæssige behandling af en enhed eller et instrument til grund i modtagerstaten, indeholder art. 9 i det endelige direktiv en anden løsning.

Bestemmelsen er fortsat todelt, men omhandler nu i stk. 1 de situationer af hybride mismatch, som resulterer i "double deduction", mens stk. 2 omhandler de hybride mismatch-situationer, der resulterer i "deduction without inclusion".

Denne bestemmelse må forventes at få stor betydning i en EU-kontekst, idet mange medlemsstater fortsat ikke har introduceret linking-regler.²² Endvidere synes direktivets anvendelsesområde at være bredt, idet der alene fokuseres på virkningen af, at der eksisterer et hybridt mismatch. 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. Selvom hybride mismatches ikke er direkte defineret i direktivet indeholdes dog i præambelen en karakteristik heraf, jf. betragtning nr. 13:

Hybride mismatch skyldes forskelle i den retlige kvalificering af betalinger (finansielle instrumenter) eller enheder, og disse forskelle bliver synlige i samspillet mellem retssystemerne i to jurisdiktioner. Sådanne mismatch fører ofte til dobbelte fradrag (dvs. et fradrag i begge stater) eller til, at der gives et fradrag i den ene stat, mens indkomsten ikke medregnes i skattegrundlaget i den anden. For at ophæve virkningerne af hybride mismatch-arrangementer er det nødvendigt at fastsætte regler, hvorved den ene af de to jurisdiktioner i et mismatch bør nægte fradrag for en betaling, der fører til sådan et resultat."

Derimod synes direktivet ikke direkte at have taget stilling til situationer vedrørende periodisering, hvor en betaling kommer til beskatning på et senere tidspunkt, eller til mismatches vedrørende lempelse (såkaldt "tax credit arbitrage").

Den begrænsning, der lå i det tidligere udkast, til alene at finde anvendelse inden for EU, synes nu ikke direkte at fremgå af bestemmelsen. Dog må det antages, at denne fortsat er tiltænkt. Der er således væsentlig begrænsning i direktivets anvendelsesområde, idet dette alene finder anvendelse mellem medlemsstater og således ikke i forhold til tredjelande. I ATA-direktivets præambel er det således også angivet, at situationen vedrørende hybride mismatches og tredjelande skal undersøges yderligere, jf. pkt. (13).

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 dog tillige 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 art. 9 mellem medlemsstater, idet SEL § 2 A og SEL § 2 C netop nægter fradrag i Danmark som kildestat, mens direktivet foreskriver, at fradraget kun gives i kildelandet. Skatteministeriet har udtalt vedrørende udkastet til direktivet, 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.²³

SEL § 2 B synes ikke at skulle ændres.

7. Afrunding

Medlemsstaterne har ind til den 31. december 2018 til at implementere direktivets bestemmelser i national ret, og reglerne skal derefter finde anvendelse senest fra den 1. januar 2019, jf. art. 11, stk. 1. Fristerne angående bestemmelsen om exit-beskatning i art. 5 er dog udskudt med et år, således at denne senest skal være vedtaget med udgangen af 2019 og finde anvendelse fra 1. januar 2020.²⁴

Generelt må vedtagelsen af ATA-direktivet forventes at få ganske stor betydning på området for selskabsbeskatning i EU. Betydningen vil naturligvis være størst i forhold til lovgivningen i de medlemslande, som pt. ikke har værneregler i stil med ATA-direktivets. Som anført har Danmark allerede værneregler på de fleste af områderne, og fra et dansk synspunkt må nye/strammere værneregler i flere af de øvrige EU-lande alt andet lige formodes at medføre, at incitamentet til at placere indkomst/aktivitet i andre EU-lande reduceres. Regeringen forventer umiddelbart, at ATA-direktivet primært skaber behov for at foretage mindre justeringer af de gældende danske værneregler.²⁵ Hvorvidt denne betragtning er korrekt, må de kommende års lovgivningsarbejde vise, men det kan næppe udelukkes, at mere grundige studier af detaljerne i ATA-direktivet vil vise, at der bliver behov for mere omfattende ændringer af de danske værneregler, end regeringen umiddelbart har lagt op til.

Samtidig medfører valget af et minimumsdirektiv risiko for, at vi får op til 28(27) forskellige implementeringer. Det er åbenbart, at dette fører til en betydelig risiko for tvister og dobbeltbeskatning i fraværet af effektive tvistløsningsmekanismer.

NOTER

- 1 Jf. forslag til Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktionsmåde, COM(2016) 26 final. For yderligere om direktivforslaget se Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt, SR-Skat, 2016, p. 151-163, Ana Paula Dourado, Intertax, 2015, p. 440-446, Oliver R. Hoor et al., European Taxation, 2016, p. 192-197 samt Aitor Navarro et al., EC Tax Review, 2016, p. 117-131.
- 2 Jf. Rådets direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion.
- 3 Oprindeligt var det intentionen at ATA-direktivet allerede skulle være vedtaget på mødet i Rådet for Økonomi og Finans den 25. maj 2016, men trods langvarige forhandlinger lykkedes det ikke at opnå enighed (se pressemeddelelse af 25. maj 2016, 9342/16). Politisk enighed blev opnået på et møde den 17. juni 2016, hvorefter en stiltiende samtykkeprocedure udløb uden indvendinger ved midnat den 20. juni 2016 (se pressemeddelelse af 21. juni 2016, 370/16). Den formelle vedtagelse kunne herefter finde sted på et møde den 12. juli 2016 (se pressemeddelelse af 12. juli 2016, 424/16).
- 4 For en kritisk analyse af switch-over-klausulen i direktivforslaget se Isabella de Groot, EC Tax Review, 2016, p. 162-169.
- 5 ATA-direktivets art. 2 indeholder en række definitioner af udtryk, som benyttes i direktivets øvrige bestemmelser.
- 6 For en vurdering af direktivets mere formelle aspekter se Arnaud de Graff og Klaas-Jan Visser, EC Tax Review, 2016, 199-210.
- 7 Defineret i art. 2 som: *det beløb, med hvilket et skattesubjekts fradragsberettigede låneomkostninger overstiger de skattepligtige renteindtægter og anden økonomisk tilsvarende skattepligtig indkomst, som skattesubjektet modtager i henhold til national ret.*
- 8 EBITDA beregnes ved at lægge beløbene justeret for skat for overstigende låneomkostninger samt beløbene justeret for skat for af- og nedskrivninger til den selskabsskattepligtige indkomst i skattesubjektets medlemsstat. Indkomst, der er fritaget for skat, udelukkes fra et skattesubjekts EBITDA.
- 9 Jf. eksempelvis herom Steffen Lampert et al., European Taxation, 2016, p. 323-327.

- 10 For en generel analyse af mulige EU-retlige problemer forbundet med ATA-direktivets EBITDA-regel se Pieter van Os, *EC Tax Review*, 2016, p. 184-198.
- 11 Bestemmelsen fastslår, at modtagerlandet, ved overførsler fra en anden medlemsstat, som indgangsværdi skal acceptere den værdi, som den anden medlemsstat har fastsat i forbindelse med exit-beskatningen, medmindre denne ikke svarer til markedsværdien.
- 12 Exit-beskatning udløses ikke i relation til en række nærmere opregnede midlertidige overførsler, forudsat at aktiverne inden for en periode på 12 måneder skal føres tilbage til den overførende enheds medlemsstat.
- 13 Dette gælder dog ikke, hvis medlemsstatens lovgivning giver mulighed for at opkræve exitskatten via et andet skattesubjekt, der indgår i samme koncern og er skattemæssigt hjemmehørende i den pågældende medlemsstat.
- 14 Se f.eks. herom *Bundgaard* i *Den Evige Udfordring – omgåelse og misbrug i skatteretten*, (Bundgaard m.fl. (red.), 2015, p. 239 ff.
- 15 For en analyse af CFC-bestemmelsen i direktivforslaget se Peter Koerver Schmidt, *Nordic Tax Journal*, 2016 ("ahead of print", June 2016).
- 16 Betingelse nr. 2 synes blot at indebære, at enheden eller det faste driftssted skal anses for omfattet, hvis de lokalt undergives en effektiv beskatning, der er lavere end 50% af den effektive beskatning i moderselskabets/hovedkontorets hjemland.
- 17 Endvidere kan medlemsstaten vælge ikke at behandle finansielle selskaber som CFC-selskaber, hvis en tredjedel eller mindre af enhedens indkomst fra ovennævnte indkomst kategorier hidrører fra transaktioner med skattesubjektet eller dets tilknyttede selskaber.
- 18 Medlemsstaterne kan således undtage en enhed eller et fast driftssted, hvis det regnskabsmæssige overskud højst er på 750.000 EUR og ikke-driftsmæssige indtægter højst er på 75.000 EUR, eller det regnskabsmæssige overskud højst udgør 10% af enhedens eller det faste driftssteds driftsomkostninger for den pågældende periode.
- 19 Underskud i CFC-selskabet skal ikke medregnes, men kan fremføres til senere modregning.
- 20 Indkomsten skal opgøres i overensstemmelse med armslængdeprincippet.
- 21 Jf. SAU Alm. del 2015/16, bilag 215: Samlenotat vedrørende rådsmødet (ECOFIN) den 17. juni 2016.
- 22 Jf. *Study on Structure of Aggressive Tax Planning and Indicators*, Final Report, Working paper N. 61 – 2015, p. 145.
- 23 Jf. Skatteudvalget 2015-16, SAU Alm. del Bilag 128, p. 9.
- 24 ATA-direktivet trådte i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*, jf. art. 12. Offentliggørelsen fandt sted den 19. juli 2016. Se *Den Europæiske Unions Tidende*, vol. 59, L 193/1-14.
- 25 Jf. SAU Alm. del 2015/2016, bilag 215: Samlenotat vedrørende rådsmødet (ECOFIN) den 17. juni 2016.