



## Skatteministeriet

25. maj 2021  
J.nr. 2020 - 3979

Til Folketinget – Skatteudvalget

Vedrørende L 89 - Forslag til Lov om ændring af selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven (Implementering af skatteundgåelsesdirektivets minimumskrav til medlemsstaternes CFC-regler).

Hermed sendes svar på spørgsmål nr. 23 af 5. maj 2021.

Morten Bødskov

/ Lise Bo Nielsen



## Spørgsmål

Ministeren bedes kommentere henvendelsen af 4. maj 2021 fra EY Godkendt Revisionspartnerselskab om spørgsmål vedrørende udkast til ændringsforslag, jf. L 89 - bilag 14.

## Svar

EY Godkendt Revisionspartnerselskab (herefter "EY") fremkommer i sin henvendelse med en række spørgsmål og kommentarer til det udkast til ændringsforslag til L 89, der den 22. april 2021 er sendt i ekstern høring (bilag til L 89 - svar på spørgsmål 12).

1. EY spørger vedrørende ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra a, hvorfor undtagelsen vedrørende royalties fra tredjemand ikke også omfatter kapitalgevinster ved salg af egenudviklede immaterielle aktiver til tredjemand. Hvorvidt et datterselskab realiserer værdien af egenudviklede immaterielle aktiver ved at give tredjemand brugsret eller ejendomsret til de pågældende immaterielle aktiver bør ifølge EY ikke have nogen betydning for CFC-beskatningen, idet der ikke foreligger misbrug i nogen af de to situationer.

### *Kommentar*

Som det fremgår af bemærkningerne til ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra a, svarer den foreslåede bestemmelse til den gældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 6, 1. pkt., blot med den tilføjelse, at der i den foreslåede bestemmelse er indsat et væsentlighedskriterium. Tilføjelsen af dette kriterium skyldes, at der i den juridiske litteratur har været rejst tvivl om fortolkningen af den gældende bestemmelse om royalties af egenudviklede immaterielle aktiver, og den foreslåede ordlyd gør det klart, at der ikke stilles krav om, at det immaterielle aktiv skal være oparbejdet udelukkende ved datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed.

Derudover bemærkes, at forslaget til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra a, i lighed med den gældende bestemmelse ikke gør beskatningen som CFC-indkomst afhængig af, om der konkret foreligger et misbrug.

2. EY spørger vedrørende ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt., om det kan bekræftes, at udtrykket "økonomisk aktivitet" vedrørende de immaterielle aktiver både omfatter forsknings- og udviklingsaktiviteter og aktiviteter, hvor immaterielle aktiver udnyttes, som fx produktion, salg og distribution.

### *Kommentar*

Det kan bekræftes. Der henvises i øvrigt til svaret på spørgsmålet umiddelbart nedenfor.

3. EY spørger, om der er sammenfald mellem indholdet af udtrykket "økonomisk aktivitet" i ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt., og "funktioner" i 3. pkt. Hvis spørgsmålet besvares bekræftende, finder EY, at lovteksten bør ensrettes, og hvis det ikke er tilfældet, anmoder EY om, at forskellen forklares.

#### *Kommentar*

Der er ikke fuldt sammenfald mellem de to udtryk. I ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt., benyttes udtrykket ”økonomisk aktivitet” som en overordnet samlebetegnelse for alle de kommercielle aktiviteter, der kan være forbundet med at udvikle, eje og kommercielt udnytte et immaterielt aktiv.

I ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt., benyttes ordet ”funktioner” med henblik på at gøre det klart, at der sigtes til bestemte former for kommercielle aktiviteter.

4. EY spørger i relation til den foreslåede partielle substanstest (ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt.), om fokus for substanstesten er på de historiske aktiviteter eller de fortløbende aktiviteter (år-for-år vurdering) i datterselskabet. Ifølge EY peger lovteksten entydigt på, at der skal foretages en år-for-år vurdering (”viderefører”), hvilket svarer til direktivteksten, mens bemærkningerne til ændringsforslaget (side 7) derimod henviser til ”varetager eller har varetaget” og datterselskabets bidrag ”set over tid”.

Hvis ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt., skal have et selvstændigt anvendelsesområde, må der ifølge EY efter 2. pkt. nødvendigvis foretages en år-for-år vurdering. EY bemærker herved, at det efter 3. pkt. skal vurderes, om aktiviteterne er ”udført eller udføres” i datterselskabets hjemland, dvs. en historisk vurdering. Hvis der også skal foretages en historisk vurdering efter 2. pkt., er der ifølge EY ingen forskel mellem 2. og 3. pkt.

#### *Kommentar*

Som det fremgår af bemærkningerne til ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt., vil den foreslåede partielle substanstest skulle fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb, og det vil således skulle være afgørende, hvornår datterselskabet efter EU-retten må anses for at have tilstrækkelig substans. Derfor er bestemmelsen også foreslået formuleret på en måde, der ligger tæt op ad ordlyden af den substansundtagelse, som fremgår af skatteundgåelsesdirektivet.

Det er vurderingen, at det EU-retlige misbrugsbegreb fører til, at der ikke blot skal lægges vægt på et øjebliksbillede i forhold til de funktioner, som et datterselskab varetager vedrørende de immaterielle aktiver, som datterselskabet ejer. Det kan således være et misbrug at overføre ejerskabet til et immaterielt aktiv i et tomt selskab uden funktioner ud over det formelle ejerskab vedrørende aktivet. Derimod vil datterselskabets ejerskab til aktivet, i hvert fald i almindelighed, ikke kunne kvalificeres som et misbrug, hvis datterselskabet selv har forestået udviklingen af det pågældende aktiv. Det er også vurderingen, at dette er i fuld overensstemmelse med brugen af udtrykket ”viderefører” i både den foreslåede bestemmelse og i direktivbestemmelsen, idet der således kan lægges vægt på, om ejerskabet er en naturlig videreførelse af selskabets tidligere aktiviteter vedrørende aktivet.

Selv om der efter forslaget til både 2. og 3. pkt. i selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, kan lægges vægt på aktuelle såvel som historiske aktiviteter i datterselskabet, medfører det ikke, at der ikke er forskel på de to bestemmelser. 3. pkt. udgør således en undtagelse fra 2. pkt., hvorefter datterselskabets varetagelse af visse funktioner ikke vil være tilstrækkelig til at opfylde substansbetingelsen, uanset om disse datterselskaber varetager funktionerne aktuelt eller blot tidligere har varetaget disse funktioner.

5. Substanstesten i ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt., bør ifølge EY ændres, så den bringes i overensstemmelse med Rådets direktiv 2016/1164/EU.

EY henviser til, at substanstesten ifølge direktivet skal vurderes i forhold til en given koncerns faktiske aktiviteter. Det er således kun inden for koncernen, at der er mulighed for kunstigt at adskille ejendomsretten til immaterielle aktiver fra de værdiskabende aktiviteter vedrørende de pågældende immaterielle aktiver. På baggrund heraf kan et datterselskab i en koncern med en strategi om opkøb og udnyttelse af immaterielle aktiver gennem kontraktproduktion ifølge EY ikke siges at mangle substans i forhold til immaterielle aktiver, blot fordi forskning, udvikling og produktion er foretaget hos tredjemand forud for, at datterselskabet købte den pågældende immaterielle aktiver fra tredjemand.

EY henviser til, at dette i præamblen til direktivet kommer til udtryk i punkt 12, hvor formålet med CFC-beskatningen anføres at være, ”igen at henhøre” indkomst til moderselskabet fra datterselskabet. Moderselskabet bliver således skattepligtig af den ”henførte indkomst”; indkomst, ”der kunstigt er blevet overført” til datterselskabet; og i præamblen fokuseres der præcist på situationer, hvor ”størstedelen af de beslutningstagende funktioner” udøves af moderselskabet. Der er således ifølge EY tale om situationer, hvor indkomsten fra immaterielle aktiver inden for en koncern kunstigt er flyttet fra fx et dansk moderselskab til et udenlandsk datterselskab.

EY bemærker, at ejendomsretten til immaterielle aktiver i et datterselskab ifølge bemærkningerne til ændringsforslaget derimod kan anses for at mangle substans, hvis datterselskabet har tilkøbt immaterielle aktiver (midt side 7). Dette udsagn dækker både tilkøb fra koncernselskaber og fra tredjemand.

EY bemærker videre, at ejendomsretten til immaterielle aktiver i et datterselskab ifølge bemærkningerne til ændringsforslaget også kan anses for at mangle substans, hvis datterselskabets værdiskabende aktiviteter er beskedne i forhold til den samlede værdiskabelse i hele den periode, hvor de immaterielle aktiver og platformen til disse er udviklet og anvendt, jf. nederst side 7/øverst side 8. Dette udsagn dækker både forudgående værdiskabende aktiviteter udført af andre koncernselskaber og tredjemand.

Endelig bemærker EY, at ejendomsretten til immaterielle aktiver i et datterselskab ifølge bemærkningerne til ændringsforslaget kan anses for at mangle substans, hvis ”de øvrige væsentlige funktioner” kun i ubetydeligt omfang er udført eller udføres i datterselskabets hjemland, jf. forslaget til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt., og side 9 i

bemærkningerne til ændringsforslaget. Der sondres heller ikke her mellem aktiviteter udført af andre koncernselskaber og tredjemand.

EY anser på den baggrund den partielle substanstest i 2. og 3. pkt. for at være i strid med substanstesten i direktivet, da substansen i et datterselskab bl.a. vurderes i forhold til aktiviteter udført af tredjemand, før datterselskabet og koncernen blev ejer af givne immaterielle aktiver. EY tilkendegiver, at den partielle substanstest desuden også er i strid med etableringsfriheden i artikel 49 TEUF, da den gør det mindre attraktivt at etablere sig i en anden medlemsstat for dér at udføre en aktivitet, der har fuld økonomisk substans (som defineret i direktivet)

Sammenfattende mener EY, at den partielle substanstest bør ændres, så den bliver i overensstemmelse med direktivet.

#### *Kommentar*

Som allerede nævnt er det i bemærkningerne til ændringsforslagets forslag til selskabsskatelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt., angivet, at den foreslåede partielle substanstest vil skulle fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb. Det vil således skulle være afgørende, hvornår datterselskabet efter EU-retten må anses for at have tilstrækkelig substans. Som det også allerede er nævnt, er bestemmelsen derfor også foreslået formuleret på en måde, der ligger tæt op ad ordlyden af den substansundtagelse, som fremgår af skatteundgåelsesdirektivet.

Allerede af den grund er det vurderingen, at der ikke er noget grundlag for at ændre bestemmelsen for at bringe den i overensstemmelse med EU-retten og/eller skatteundgåelsesdirektivet, da domstolene – og i sidste ende eventuelt EU-Domstolen – tværtimod netop skal fortolke bestemmelsen i overensstemmelse med EU-retten.

Det bemærkes derudover, at det er vurderingen, at den fortolkning af det EU-retlige misbrugsbegreb og af direktivets substansundtagelse, som kommer til udtryk i ændringsforslagets bemærkninger, er i fuld overensstemmelse med EU-retten. Det er navnlig vurderingen, at det vil kunne anses for et misbrug efter EU-retten, hvis moderselskabet opretter et datterselskab i et land med lav beskatning, udelukkende med henblik på at placere et formelt ejerskab til tilkøbte immaterielle aktiver i dette selskab.

Det bemærkes i tilknytning hertil, at det altid vil skulle bero på en konkret vurdering af alle de faktiske forhold og omstændigheder, når det skal fastslås, om der foreligger misbrug efter det EU-retlige misbrugsbegreb.

6. EY spørger, hvorfor substanstesten skal anvendes pr. datterselskab efter 2. pkt., mens der anvendes en pr. land-test efter 3. pkt.

#### *Kommentar*

Som nævnt er ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt., formuleret i overensstemmelse med den substansundtagelse, der fremgår af skatteundgåelsesdirektivet, og reglen skal, ligesom direktivbestemmelsen, fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb. I praksis vil der efter det EU-retlige misbrugsbegreb i almindelighed ikke være grundlag for at anse placeringen af ejerskabet i datterselskabet for et misbrug, hvis det fx er udviklet i det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende.

Det er vurderingen, at substansreglens ordlyd bør være identisk med den direktivbestemmelse, som den skal fortolkes i overensstemmelse med, således at der ikke skabes utilsigtet tvivl om reglens anvendelsesområde.

Det bemærkes herved også, at det næppe kan afvises, at der efter det EU-retlige misbrugsbegreb i særlige tilfælde vil kunne foreligge et misbrug, selv om det immaterielle aktiv fx i væsentligt omfang er blevet udviklet i det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende. Ved at formulere reglen i overensstemmelse med direktivbestemmelsen sikres det, at der ikke fastsættes en undtagelse fra CFC-reglernes anvendelsesområde, der er videre end tilsigtet.

For så vidt angår ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt., er der tale om en særlig betingelse for anvendelse af den partielle substanstest – dvs. en undtagelse fra substanstesten – der ikke har sit udspring i en EU-regel. Reglen er søgt udformet således, at anvendelsesområdet fastsættes så klart som muligt, således at de berørte moderselskaber i videst muligt omfang kan foretage en klar vurdering af, om undtagelsesreglen finder anvendelse. Dette opnås bl.a. ved, at den foreslåede bestemmelse er formuleret således, at det altid vil bero på en vurdering ”pr. land”, om undtagelsen fra substanstesten finder anvendelse.

7. Efter EYs opfattelse er de 6 faktorer, der ifølge bemærkningerne (side 7) skal anvendes, når immaterielle aktiver ikke er egenudviklet af datterselskabet, ikke alle relevante:

1. faktor (nettoafkastet af de immaterielle aktiver) indikerer ifølge EY ikke noget om substans, men om investeringen har været god eller dårlig. Der vil ikke foreligge misbrug, hvis immaterielle aktiver er tilkøbt og/eller oparbejdet til handelsværdien, uanset at nettoafkastet er højt. På tilsvarende vis indikerer et lavt nettoafkast heller ikke, at et datterselskabs ejendomsret til immaterielle aktiver har substans. At anvende nettoafkastet som faktor ved vurderingen af substans kan således medføre helt arbitrære resultater. Denne faktor bør derfor ifølge EY ikke anvendes.

Hvad angår 2. faktor (ejerens kontrol over risikoen ved det konkrete ejerskab), spørger EY, om det kan bekræftes, at vurderingen af datterselskabets kontrol over risikoen skal ske efter retningslinjerne herom i OECDs Transfer Pricing Guidelines (herefter ”TPG”), punkt 6.65-6.68).

Hvad angår 3. faktor (ejerens egne værdiskabende aktiviteter i forhold til de immaterielle aktiver) spørger EY, om der med ”aktiviteter” i denne sammenhæng menes ”funktioner” (”risici” er omfattet af 2. faktor). I forlængelse heraf spørger EY, hvorfor funktioner, som outsources til andre selskaber, ikke kan medregnes til datterselskabets substans. Dette anerkendes ifølge EY efter substanstesten i TPG, når ejeren kontrollerer de funktioner, som outsources, jf. punkt 6.51-6.58. Antal ansatte og lønudgifter vil normalt ikke indikere noget om værdiskabelsen og bør derfor ikke anvendes ved substanstesten, jf. punkt 6.142 i TPG (”The use of transfer pricing methods that seek to estimate the value of intangibles based on the cost of intangible development is generally discouraged. There rarely is any correlation between the cost of developing intangibles and their value or transfer price once developed. Hence, transfer pricing methods based on the cost of intangible development should usually be avoided”).

Hvad angår 4. faktor (de immaterielle aktivers eventuelle sammenhæng med andre immaterielle aktiver og aktiviteter i koncernen) finder EY, at der sker sammenblanding af en motyvtest og en substanstest. EY bemærker, at en koncern i princippet ud fra et skattemæssigt motiv kan tænkes at lade et udenlandsk datterselskab købe immaterielle aktiver fra tredjemand frem for at lade det danske moderselskab købe immaterielle aktiver, men hvis der i øvrigt er substans i datterselskabets økonomiske aktivitet vedrørende de pågældende immaterielle aktiver, kan det ikke påvirke substanstesten negativt, at de pågældende immaterielle aktiver skal supplere andre immaterielle aktiver i koncernen. Denne faktor bør derfor ifølge EY udgå, da den ikke vedrører substansen af datterselskabets ejendomsret. Den 4. faktor er ifølge EY også i strid med EU-retten, hvor det netop anerkendes, at en koncern kan placere en aktivitet i et udenlandsk datterselskab for at nyde godt af en lav skattesats, forudsat at der i øvrigt er økonomisk substans i ejendomsretten, jf. sag C-196/04, Cadbury Schweppes.

Hvad angår 5. faktor (ejerens aktiviteter i forhold til juridisk beskyttelse og håndhævelse af rettighederne) anfører EY, at hvis et datterselskab ejer immaterielle aktiver, og varetager den juridiske beskyttelse og håndhævelse heraf, og datterselskabet endda kontrollerer videreudviklingen, så har datterselskabets ejendomsret til de immaterielle aktiver økonomisk substans.

Hvad endelig angår 6. faktor (proportionalitet mellem aktiviteterne i datterselskabet og værdien af/indtægterne fra de immaterielle aktiver) spørger EY, hvad der er forskellen på 1. faktor (nettoafkast) og 6. faktor (proportionalitet). Endvidere spørger EY, hvorfor der ikke kan være økonomisk substans i eksemplet med tilkøb af immaterielle aktiver til 10 mia. kr., hvis datterselskabets medarbejdere faktisk har udført alle væsentlige funktioner.

#### *Kommentar*

Den foreslåede partielle substanstest vil som nævnt skulle fortolkes i overensstemmelse med det EU-retlige misbrugsbegreb, og det vil således skulle være afgørende, hvornår datterselskabet efter EU-retten må anses for at have tilstrækkelig substans. Det vil efter bestemmelsen, på baggrund af en konkret vurdering af alle de faktiske forhold og omstændigheder, skulle afgøres, om datterselskabet reelt driver en væsentlig økonomisk aktivitet i

relation til de immaterielle aktiver, og om denne aktivitet understøttes af tilstrækkeligt personale, udstyr, aktiver og lokaler. Der kan herom bl.a. henvises til EU-Domstolens dom af 12. september 2006 i sag C-196/04, Cadbury Schweppes, navnlig præmis 63-68.

Selv om det – som det flere steder er fremhævet i ændringsforslagets bemærkninger – altid er en helt konkret, individuel vurdering, der skal foretages, når der tages stilling til, om datterselskabets ejerskab af de immaterielle aktiver har ”substans”, er der i bemærkningerne redegjort for en række momenter, der må anses for at skulle indgå i vurderingen.

Som det også fremgår af bemærkningernes redegørelse for disse momenter – dvs. de 6 faktorer, som EY henviser til – er redegørelsen dog ikke udtryk for, at (alle) de pågældende momenter altid er relevante, og det er heller ikke i bemærkningerne søgt angivet mere præcist, hvordan de anførte momenter indbyrdes skal vægtes, fx hvis de ikke alle pejer i samme retning.

Det er derfor vurderingen, at der i ændringsforslagets bemærkninger ikke gives udtryk for synspunkter, der kan hævdes at være i strid med det EU-retlige misbrugsbegreb, eller som kan hævdes at være udtryk for, at der lægges op til, at misbrugsbegrebet vil blive fortolket forkert i praksis.

Det er vurderingen, at EYs kritik af bemærkningernes udsagn om de 6 faktorer allerede af den grund er uberettiget. Om EYs konkrete bemærkninger vedrørende faktorerne skal dog uddybende bemærkes følgende:

Hvad angår den 1. faktor (ejerens nettoafkast af ejerskabet) er det fortsat vurderingen, at et højt nettoafkast hos ejeren isoleret set kan være en indikation på, at ejerskabet ikke har økonomisk substans. Det siger sig selv, at det også blot kan være udtryk for, at ejeren har foretaget en god investering.

Vedrørende 2. faktor (ejerens kontrol over risikoen ved det konkrete ejerskab) bemærkes til EYs spørgsmål herom, at TPGs retningslinjer naturligt kan inddrages ved vurderingen. Da substanstesten er en vurdering efter det EU-retlige misbrugsbegreb, kan TPGs retningslinjer dog ikke nødvendigvis forventes fulgt i alle henseender.

I relation til udsagnene i bemærkningerne til ændringsforslaget vedrørende den 3. faktor (ejerens egne værdiskabende aktiviteter i forhold til de immaterielle aktiver) henvises til kommentaren ovenfor under punkt 3 om brugen af ordene ”aktiviteter” og ”funktioner”. Hvad angår EYs bemærkning om, at der efter TPGs substanstest lægges vægt på eventuelle outsourcete funktioner, såfremt ejeren kontrollerer disse funktioner, skal det blot bemærkes, at TPG som nævnt ikke nødvendigvis kan forventes fulgt i alle henseender, og at bemærkningerne til ændringsforslaget i øvrigt ikke tager stilling til den konkrete afvejning, hvor andre faktorer – her 2. faktor – kan tale for, at en outsourcing af funktioner ikke kan anses for at indebære, at der ikke foreligger substans. Endelig bemærkes om EYs henvisning til TPG i relation til betydningen af antal ansatte og størrelsen af selskabets lønudgifter, at EY henviser til udsagn i TPG om disse elementers betydning ved værdiansættelsen



af immaterielle aktiver, mens den relevante problemstilling i denne sammenhæng er ejerskabet til aktiverne og altså ikke, hvordan de skal værdiansættes.

Hvad angår 4. faktor (de immaterielle aktivers eventuelle sammenhæng med andre immaterielle aktiver og aktiviteter i koncernen) er det ikke korrekt, når EY hævder, at der i bemærkningerne sker en sammenblanding af en motivtest og en substanstest. Tværtimod har EU-Domstolen i sin faste retspraksis gentagne gange fastslået, at det EU-retlige misbrugsbegreb indebærer både et objektivi og et subjektivt element, dvs. at den skattepligtiges motiv også er en relevant faktor. Der kan herom som eksempel henvises til EU-Domstolens dom i de forenede sager C-116/16 og C-117/16, T Danmark og Y Danmark, præmis 97.

Hvad angår EYs kommentarer vedrørende den 5. faktor (om ejerens aktiviteter hovedsagelig vedrører den juridiske beskyttelse og håndhævelse af rettighederne) synes de ikke at være udtryk for kritik af udsagnene herom i ændringsforslagets bemærkninger.

EY hævder, at hvis et datterselskab ejer immaterielle aktiver og varetager den juridiske beskyttelse og håndhævelse heraf, og datterselskabet ”endda kontrollerer videreudviklingen”, så har datterselskabets ejendomsret altid substans. Herom bemærkes blot, at den af EY beskrevne situation – som den fremstår efter EYs kortfattede beskrivelse – synes at være omfattet af undtagelsen fra substanstesten i ændringsforslagets forslag til selskabs-skattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt.

Hvad endelig angår 6. faktor (proportionalitet mellem aktiviteterne i datterselskabet og værdien af og indtægterne fra de immaterielle aktiver) bemærkes det, at denne faktor er forskellig fra 1. faktor (nettoafkastet), idet der ved proportionalitetsvurderingen ses på datterselskabets samlede aktiviteter set i forhold til værdien af/indtægterne fra de immaterielle aktiver, mens 1. faktor udelukkende vedrører nettoafkastet fra det enkelte aktiv. Derudover bemærkes, at der teoretisk kan være substans i et ejerskab til endog meget værdifulde immaterielle aktiver, selv om ejerskabet varetages af et datterselskab med få ansatte og lave egen-omkostninger, men det er i bemærkningerne til ændringsforslaget også blot anført, at et sådant misforhold isoleret vil være en faktor, der taler imod substans.

8. EY spørger, om det kan bekræftes, at værdiskabende funktioner udført af et datterselskabs medarbejdere i andre lande skal medregnes til datterselskabet, uanset om de udenlandske medarbejdere medfører fast driftssted i udlandet (tredjeland). EY bemærker, at spørgsmålet er relevant henset til det større brug af hjemmearbejde.

#### *Kommentar*

Som nævnt fordrer det EU-retlige misbrugsbegreb, at der i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret vurdering af alle de faktiske forhold og omstændigheder, for at det kan fastslås, om der foreligger et misbrug. Det er derfor vurderingen, at der ikke kan gives et éntydigt og almengyldigt svar på det rejste spørgsmål.

Det kan uddybende bemærkes, at det fx er vurderingen, at det vil kunne være et misbrug, hvis et moderselskab af skattemæssige grunde har placeret ejerskabet til et immaterielt aktiv i et datterselskab i et lavskattelands, også selv om datterselskabet formelt er arbejdsgiver for de medarbejdere i et andet land, der – i et fast driftssted i dette andet land – varetager udviklingen af aktivet. Omvendt vurderes det, at placeringen af ejerskabet i det pågældende selskab i almindelighed næppe vil kunne anses for et misbrug, blot fordi en enkelt eller enkelte væsentlige medarbejdere udøver udviklingsaktiviteter i et andet land, heller ikke selv om aktiviteterne medfører, at datterselskabet får et fast driftssted i dette andet land.

9. EY spørger, hvorfor der efter ændringsforslagets forslag til selskabsskatteovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt., anvendes en ”super substanstest” oven på den almindelige substanstest efter 2. pkt.

EY finder, at reglen er i strid med det EU-retlige misbrugsprincip, som anvendt bl.a. i sag C-196/04, Cadbury Schweppes, idet datterselskabets ejendomsret til immaterielle aktiver forudsætningsvis har substans efter 2. pkt., og da reglen bidrager til en fragmentering af det indre marked, idet produktion mv. ”skal” udføres i datterselskabets hjemland.

EY anser endvidere reglen for at være løsrevet fra virkelighedens verden, idet forskning, udvikling, produktion og salg er aktiviteter, der fx for medicinalvirksomheder pr. definition er globale. Uanset om immaterielle aktiver fra tredjemand købes af et dansk moderselskab eller et udenlandsk datterselskab, vil videreudvikling og produktion således af forretningsmæssige årsager blive udført forskellige steder i verden. 3. pkt. udløser således ifølge EY en strafbeskatning, hvis immaterielle aktiver fra tredjemand købes af et udenlandsk datterselskab frem for af et dansk moderselskab, uanset at det måtte være forretningsmæssigt rationelt, at immaterielle aktiver konkret købes af et udenlandsk datterselskab, fx fordi de pågældende immaterielle aktiver hører under datterselskabets forretningsområde.

Endelig bemærker EY, at ingen andre EU-medlemsstater har en regel svarende til 3. pkt. Bestemmelsen vil derfor ifølge EY således stille danske koncerner dårligt i konkurrencen med udenlandske koncerner, uanset at der ikke foreligger noget misbrug, idet den almindelige substanstest er opfyldt.

#### *Kommentar*

Baggrunden for ændringsforslagets forslag til selskabsskatteovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt., er overordnet, at der ikke vurderes at være grundlag for at anvende den foreslåede partielle substanstest i de tilfælde, hvor datterselskabet udelukkende udfører funktioner vedrørende de immaterielle aktiver, der består i, at der alene varetages et formelt ejerskab og eventuelt salgs- og distributionsfunktioner. Det skyldes, at sådanne funktioner i almindelighed må anses for at være mobile af karakter, og de vil derfor i almindelighed nemt kunne flyttes til et bestemt datterselskab ud fra rene skattemæssige overvejelser.

Ændringsforslaget ændrer ikke grundlæggende på den danske model for CFC-reglernes udformning. De danske CFC-regler er kendetegnet ved, at de finder anvendelse på helt samme måde på alle datterselskaber, uanset om de er beliggende i Danmark eller udlandet.

Når skatteundgåelsesdirektivet i relation til direktivets model a) stiller krav om en substanstest, hvorefter datterselskaber i EU/EØS kun omfattes, hvis de er uden ”substans”, omfatter dette krav – som det også fremgår af punkt 12 i direktivets præambel – udelukkende tilfælde, hvor CFC-reglerne kun finder anvendelse på udenlandske datterselskaber og således indebærer en forskelsbehandling mellem indenlandske og udenlandske selskaber. Der kan om denne vurdering i øvrigt henvises til SAU L 48 – svaret på spm. 38 (folketingsåret 2019/20).

Selv om der med ændringsforslaget indføres en substanstest inden for et nærmere afgrænset område, er det således vurderingen, at der ikke er grundlag for at anse det for stridende mod EU-retten, at substanstesten ikke indføres fuldt ud.

Det er korrekt, at ingen andre lande ses at have indført en partiel substanstest som den foreslåede, men dette har naturlig sammenhæng med, at ingen andre lande forud for implementeringen har haft CFC-regler, der er bygget op efter den model, der er anvendt ved udformningen af de danske CFC-regler.

Det er desuden vurderingen, at ændringsforslaget bidrager til, at de danske CFC-regler ikke stiller danske koncerner i en dårlig konkurrencesituation i forhold til deres udenlandske konkurrenter.

10. EY bemærker, at 3. pkt. normalt vil medføre CFC-beskatning af indkomst i et udenlandsk datterselskab, der køber færdigudviklede immaterielle aktiver fra tredjemand, hvis produktionen finder sted i et andet land end datterselskabets hjemland, fx hos tredjemand i nabolandet. I forlængelse heraf spørger EY, hvorfor vil det have ”mere” substans, at de immaterielle aktiver i en sådan situation købes af det danske moderselskab, som placerer produktionen hos samme tredjemand.

#### *Kommentar*

Det er et grundlæggende kendetegn ved de danske CFC-regler, at de indebærer, at det øverste danske moderselskab beskattes af den mobile indkomst i samtlige datterselskaber i koncernen, når betingelserne for CFC-beskatning af datterselskaberne er opfyldt.

Beskatningen af moderselskabet er således ikke betinget af, at moderselskabet selv varetager bestemte funktioner mv. i forhold til fx immaterielle aktiver, hvis afkast skal medregnes til CFC-indkomsten i koncernens datterselskaber.

11. EY finder på baggrund af ovenstående bemærkninger, at 3. pkt. bør udgå af ændringsforslaget.

#### *Kommentar*

Ændringsforslaget indfører en partiel substanstest på det begrænsede område, hvor CFC-reglerne strammes, og der er samtidig indbygget yderligere betingelser, der skal bidrage til at sikre, at stramningen gennemføres på en måde, der ikke indebærer en samtidig svækkelse af det værn mod skatteundgåelse, der fremgår af de nugældende CFC-regler.

Undtagelsen fra anvendelsesområdet for den partielle substanstest, der fremgår af forslaget til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt., er netop en af disse yderligere betingelser. Bestemmelsen vurderes som et centralt element i ændringsforslaget, der bidrager til, at ændringsforslaget samlet set må anses for at være en robust og afbalanceret løsning på de udfordringer, der har været fremført i relation til L 89.

12. EY spørger i relation til ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 5. pkt., hvorfor der skal udarbejdes en særlig CFC-dokumentation, når der i forvejen udarbejdes TP-dokumentation, og når det er skatteyderen, der har bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende substanstesten er opfyldt. EY finder, at reglen om CFC-dokumentation bør udgå af ændringsforslaget.

#### *Kommentar*

Kravet om indsendelse af dokumentation for, at betingelserne for at anvende substanstesten er opfyldt, skal sikre, at Skatteforvaltningen har mulighed for at udføre en reel og effektiv kontrol af, at betingelserne for anvendelse af substanstesten er opfyldt.

Hvis der ikke blev stillet krav om indsendelse af en sådan dokumentation, ville Skatteforvaltningen bl.a. i langt mindre omfang kunne målrette sin kontrolindsats mod netop de tilfælde, hvor der umiddelbart synes at kunne være tvivl om, hvorvidt betingelserne for anvendelse af substanstesten er opfyldt. Det ændrer derfor ikke på behovet for indsendelse af dokumentationen, at det efter ændringsforslaget er moderselskabet, der har bevisbyrden for, at betingelserne er opfyldt.

Dokumentationen for opfyldelsen af betingelserne for anvendelse af den partielle substanstest vil ikke nødvendigvis være identisk eller overlappende med transfer pricing-dokumentationen. Da det imidlertid kan være tilfældet, er fristen for indsendelse af dokumentationen vedrørende substanstesten i det ændringsforslag, der er fremsendt til SAU den 14. maj 2021, ændret, således at fristen er den samme som den, der gælder for indsendelse af transfer pricing-dokumentationen. Herved sikres det, at transfer pricing-dokumentationen uden problemer kan ”genbruges”, hvor dette må anses for hensigtsmæssigt.

13. EY finder, at det er en urimelig retsfølge, at den partielle substanstest ikke finder anvendelse, hvis en CFC-dokumentation er mangelfuld, når det i forvejen er skatteyderen, der har bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende substanstesten er opfyldt.

#### *Kommentar*

Som det fremgår af bemærkningerne til ændringsforslagets forslag til bestemmelsen i selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 6. pkt., er det moderselskabet, der vil have bevisbyrden og således vil skulle godtgøre, at betingelserne for at anvende den partielle substanstest er opfyldt. Hvis den indsendte dokumentation er mangelfuld eller utilstrækkelig, vil dette komme moderselskabet til skade, idet Skatteforvaltningen i så fald vil kunne lægge til grund, at betingelserne for at anvende den foreslåede bestemmelse i selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt., ikke er opfyldt.

Det er imidlertid også udtrykkeligt anført i bemærkningerne, at moderselskabet vil skulle gives mulighed for at tilvejebringe den manglende dokumentation, inden Skatteforvaltningen vil kunne træffe afgørelse om, at betingelserne for at anvende reglerne om den partielle substanstest ikke er opfyldt. Det er således kun i de tilfælde, hvor moderselskabet undlader at opfylde sin bevisbyrde ved indsendelse af dokumentation for opfyldelse af betingelserne, at der ikke er mulighed for at anvende den partielle substanstest.

Dette vurderes at være en både naturlig og nødvendig konsekvens af, at dokumentationspligten ikke opfyldes.

14. Ændringsforslagets forslag vedrørende selskabsskattelovens § 32, stk. 1, nr. 1, indebærer ifølge EY en skærpelse, da indkomstbetingelsen i flere tilfælde vil være opfyldt, når indkomst fra en fiktiv afståelse af immaterielle aktiver, der er omfattet af den partielle substanstest, ikke medregnes. EY bemærker, at sådan indkomst bør medregnes som ikke CFC-indkomst efter indkomstbetingelsen.

#### *Kommentar*

I det ændringsforslag, der er fremsendt til SAU den 14. maj 2021, er forslaget til selskabsskattelovens § 32, stk. 1, nr. 1, 5. pkt. (ændringsforslag nr. 1), justeret, således at det nu fremgår, at immaterielle aktiver, der er omfattet af den partielle substanstest, ikke ved vurderingen af indkomstbetingelsen i forbindelse med en fiktiv afståelse medregnes som CFC-indkomst. I overensstemmelse med det af EY anførte vil en sådan indkomst herefter skulle medregnes ved opgørelsen af den samlede indkomst i datterselskabet.

15. EY påpeger, at det i bemærkningerne til ændringsforslaget anføres, at der ikke er en fradragsberettiget anskaffelsessum vedrørende egenudviklede immaterielle aktiver. EY anmoder om, at det for god ordens skyld bekræftes, at egenudviklede immaterielle aktiver er omfattet af overgangsreglen i lovforslagets § 3, stk. 3, hvorefter der skal opgøres en fradragsberettiget indgangsværdi for eksisterende immaterielle aktiver.

#### *Kommentar*

EYs forståelse kan bekræftes.

16. EY anmoder om, at det forklares, hvorfor ændringsforslaget vedrørende selskabsskattelovens § 32, stk. 10, er nødvendigt. Ifølge forslaget til denne bestemmelse skal der kun medregnes indkomst fra aktiver, der er CFC-aktiver. Immaterielle aktiver, der opfylder betingelserne for at være omfattet af den partielle substanstest, udgør ikke CFC-aktiver,

og EY bemærker, at det derfor vel allerede følger af stk. 10, at indkomst fra sådanne immaterielle aktiver ikke skal medregnes ved en fiktiv afståelsesbeskatning.

#### *Kommentar*

Der gælder efter ændringsforslaget ikke nogen substanstest i relation til royalties og fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver. Uden den foreslåede ændring ville der derfor efter reglerne om fiktiv afståelsesbeskatning skulle ske beskatning af afståelsessummen af alle immaterielle aktiver omfattet af definitionen i ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 5, nr. 3. Ændringsforslaget vedrørende selskabsskattelovens § 32, stk. 10, sikrer, at der ikke sker en sådan beskatning, når betingelserne for at anvende den partielle substanstest er opfyldt.

17. EY anmoder om, at det forklares, hvordan der med ændringsforslaget opnås en ensartet beskatning af egenudviklede og tilkøbte immaterielle aktiver. I den forbindelse anmoder EY om, at det bekræftes, at egenudviklede immaterielle aktiver er omfattet af overgangsreglen i lovforslagets § 3, stk. 3, hvorefter der skal opgøres en fradragsberettiget indgangsværdi for eksisterende immaterielle aktiver.

#### *Kommentar*

Som forklaret i kommentaren til punkt 17 ovenfor ville der uden den foreslåede ændring i visse tilfælde kunne udløses en fiktiv afståelsesbeskatning efter CFC-reglerne. Forslaget indebærer, at der ikke sker en sådan beskatning, når betingelserne for at anvende den partielle substanstest er opfyldt.

Som anført i bemærkningerne til ændringsforslagets forslag til selskabsskattelovens § 32, stk. 10, 2. pkt., (ændringsforslag nr. 4) ville egenudviklede immaterielle aktiver derfor uden ændringsforslaget blive CFC-beskattet hårdere end erhvervede og flyttede immaterielle aktiver, hvor der i givet fald er en fradragsberettiget anskaffelsessum.

18. EY finder, at lovforslagets opkøbsregel fortsat er relevant i mange situationer, hvor der købes en udenlandsk virksomhed, som både ejer egenudviklede og tilkøbte immaterielle aktiver. Med substanstesten kan et opkøbt datterselskab let blive genstand for CFC-beskatning, uanset at det fortsætter med at have betydelig substans, fx. hvis forsknings- og udviklingsfunktionen eller kontrollen med forskning og udvikling af forretningsmæssige årsager flyttes til fx Danmark. En sådan forretningsmæssig begrundet organisationsændring kan udløse CFC-beskatning og deraf følgende opgørelser, værdiansættelser mv., uanset at der jo er tale om tilkøbte immaterielle aktiver, der ikke er flyttet internt i koncernen. Opkøbsreglen bør derfor efter EY's opfattelse bibeholdes.

#### *Kommentar*

Det er vurderingen, at opkøbsreglen ikke harmonerer med ændringsforslagets forslag om indførelse af en partiel substanstest.

For så vidt angår EYs betragtninger om risikoen for CFC-beskatning af afkast af immaterielle aktiver i opkøbte selskaber bemærkes det, at EY synes at forudsætte, at vurderingen

efter substanstesten skal foretages på grundlag af de funktioner, som et datterselskab i det enkelte år varetager vedrørende sine immaterielle aktiver. Som beskrevet ovenfor i kommentaren til punkt 4 er dette imidlertid ikke tilfældet, og der vurderes derfor heller ikke at være grundlag for EYs bemærkning om, at et opkøbt datterselskab let kan blive genstand for CFC-beskatning, uanset at det fortsætter med at have betydelig substans.

19. EY bemærker, at der som alternativ til en videreførelse af opkøbsreglen kunne fastsættes afskrivningsberettigede indgangsværdier for et opkøbt datterselskabs immaterielle aktiver, uanset om disse er egenudviklede eller tilkøbte.

#### *Kommentar*

Der vurderes ikke at være grundlag for en sådan særlig regel for opkøbte selskaber. En ændring som foreslået ville indebære, at danske selskaber kunne opkøbe selskaber i lavskattelande uden anden aktivitet end ejerskab af immaterielle aktiver, hvorefter det løbende fremtidige afkast af aktiverne i vidt omfang ville kunne oppebæres til lav eller ingen skat og uden CFC-beskatning.

Det er vurderingen, at en sådan mulighed ville stride grundlæggende mod de hensyn, der søges varetaget ved regelsættet.

20. EY finder, at det i det oprindeligt fremsatte lovforslags § 3, stk. 3, bør anføres, at der skal fastsættes indgangsværdier for eksisterende immaterielle aktiver, hvis afkast ”er eller bliver” omfattet af selskabsskattelovens § 32, stk. 5. Med den partielle substanstest kan der ifølge EY således opstå situationer, hvor immaterielle aktiver ikke er omfattet af selskabsskattelovens § 32, stk. 5, i det første indkomstår efter virkningstidspunktet, men hvor den pågældende immaterielle aktiver i følgende indkomstår bliver omfattet af selskabsskattelovens § 32, stk. 5, som følge af en funktionsændring mv.

#### *Kommentar*

EYs forslag ville indebære, at afskrivningerne på den anskaffelsessum, der fastsættes efter overgangsreglen, ville kunne udnyttes til at undgå CFC-beskatning af afkastet af det pågældende immaterielle aktiv, selv når afkastet samlet set væsentligt har oversteget den afskrivningsberettigede anskaffelsessum.

Et sådant resultat er ikke hensigten med den særlige overgangsregel.

21. EY finder, at det i det oprindeligt fremsatte lovforslags § 3, stk. 3, 8. pkt., bør anføres, at afskrivningerne maksimalt kan udgøre indkomsten fra immaterielle aktiver ”i indkomstår, hvor det pågældende immaterielle aktiv udgør et CFC-aktiv”. I modsat fald kan der ifølge EY let opstå den situation, at hele indgangsværdien er afskrevet, før det pågældende immaterielle aktiv bliver et CFC-aktiv.

#### *Kommentar*

Også dette forslag ville indebære, at afskrivningerne på den anskaffelsessum, der fastsættes efter overgangsreglen, ville kunne udnyttes til at undgå CFC-beskatning af afkastet af

det pågældende immaterielle aktiv, selv når afkastet samlet set væsentligt har oversteget den afskrivningsberettigede anskaffelsessum.

Dette er som nævnt ikke hensigten med den særlige overgangsregel.

22. EY bemærker endelig, at ændringsforslaget indebærer væsentlige ændringer, der for visse koncerner har skærpene virkning, hvorfor virkningstidspunktet bør flyttes fra 1. januar 2021 til 1. juli 2021.

*Kommentar*

Det indgår i det ændringsforslag, der blev fremsendt til SAU den 14. maj 2021, at loven foreslås at træde i kraft den 1. juli 2021 og at have virkning for indkomstår, der påbegyndes den 1. juli 2021 eller senere.