

Hvad er embedded royalties?

... Indkomst fra immaterielle aktiver, jf. litra a og b. Immaterielle aktiver omfatter enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder **spillefilm**, ethvert patent, varemærke eller mønster eller enhver model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer samt CO2-kvoter og CO2-kreditter.

Embedded royalties

– en ny skat på udenlandske IP-rettigheder

1. Baggrund

Fremsættelsen af lovforslag nr. 28 af 3. oktober 2018 vedrørende den danske implementering af Skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) medførte en intensiv debat om rækkevidden af de foreslåede CFC-regler og de mulige utilsigtede konsekvenser heraf. Baseret på den voldsomme kritik af det oprindelige lovforslag, har implementeringen af ATA-direktivets regler om CFC-beskatning trukket i langdrag og blev derfor ændret til først L 48 2019-20 og senest til L 89 2020-21, som først blev endelig vedtaget 3. juni 2021 (lov nr. 1180 af 8. juni 2021).

Problemstillingen udspringer af en nyskabelse inden for international skatteret, idet der indføres en selvstændig indkomstkategori i form af såkaldte ”indeholdte eller indlejrede royalties” eller ”embedded royalties”.¹ Netop i lyset af, at der er tale om en form for indkomst som ikke tidligere er set, er denne nye beskatning yderst principiel og fortjener derfor refleksion².

Nedenstående omhandler alene fænomenet embedded royalties og behandler ikke de øvrige detaljer i valget af ATADs model A som foretrukken udformning

Af
AFSAGT

Af Jakob Bundgaard, ph.d.,
managing director / CORIT Advisory
professor / Aalborg Universitet

#Skatter og afgifter
#International ret #Skat, virksomheder, selskaber

af CFC-reglerne i Danmark. Præmissen for implementeringen af ATAD artikel 7-8 var, at Danmark ikke ønskede at gennemføre væsentlige ændringer i den overordnede måde, hvorpå vores CFC-regler er udformet og i øvrigt fungerer.

CFC-lovgivningen har altid været udtryk for den type lovgivning, der primært skulle være afskrækkende og forhindre en given adfærd (don't go there). Siden jeg personligt begyndte at arbejde intenst med reglerne i slut 1990'erne, hvor det blev anset som værende eksotisk og yderst komplekst, har en række selskaber med tiden affundet sig med en vis begrænset CFC-beskatning.



Men for almindelige danske virksomheder har CFC-beskatning oftest ikke været noget stort problem. Med vedtagelsen af L 89 skal flere virksomheder helt klart overveje anvendelsen af CFC-reglerne, omend det nok alligevel må forventes, at langt de fleste selskaber kan opfylde undtagelsen, men skal ikke desto mindre gennem en konkret og kompliceret vurdering af, om CFC-beskatning ifaldes. Heri består den virkelige skærpeelse.

2. Hvad er embedded royalties?

Konceptet embedded royalties er indeholdt i den nyaffattede SEL § 32, stk. 5, nr. 3, b), vedrørende immaterielle aktiver, som udgør CFC-indkomst. Idet reglerne hænger nøje sammen, er det nødvendigt at citere bestemmelsen in extenso:

3) Indkomst fra immaterielle aktiver, jf. litra a og b. Immaterielle aktiver omfatter enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm, ethvert patent, varemærke eller mønster eller enhver model, tegning, **hemmelig formel** eller fremstillingsmetode eller oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer samt CO2-kvoter og CO2-kreditter, jf. afskrivningslovens § 40 A.

a) Betalinger af enhver art, der modtages som vederlag for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver, samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver. 1. pkt. finder dog ikke anvendelse, for så vidt angår betalinger fra selskaber, som ikke er koncernforbundne med datterselskabet, jf. § 31 C, for anvendelsen af eller retten til at anvende immaterielle aktiver, som i det væsentligste er foranlediget af datterselskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed.

b) Al anden indkomst fra immaterielle aktiver. Indkomst omfattet af 1. pkt. medregnes kun til CFC indkomsten, hvis datterselskabet ikke viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet vedrørende de immaterielle aktiver, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder. Uanset 2. pkt. medregnes anden indkomst fra immaterielle aktiver, hvis datterselskabet varetager ejerskabet og eventuelt salgs- og distributionsfunktioner i relation til sine immaterielle aktiver, mens de øvrige væsentlige funktioner vedrørende aktiverne kun i ubetydeligt omfang er udført eller udføres i det land, hvor datterselskabet er

skattemæssigt hjemmehørende. 2. pkt. finder ikke anvendelse, hvis datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende i en stat, hvor den kompetente myndighed i denne stat ikke skal udveksle oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller en anden international overenskomst eller konvention, herunder en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager. Datterselskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i en stat som nævnt i 4. pkt., skal dog ikke medregne anden indkomst efter 1. pkt., såfremt indkomsten hidrører fra immaterielle aktiver, som i det væsentligste er foranlediget af forsknings- og udviklingsvirksomhed udført af datterselskabet selv eller af koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C, der er skattemæssigt hjemmehørende i samme stat. Det er en betingelse for anvendelsen af 2. pkt., at moderselskabet inden for fristen for afgivelse af oplysninger efter skattekontrollovens § 12 vælger, at bestemmelsen skal finde anvendelse ved opgørelsen af datterselskabets CFC-indkomst, og senest 60 dage efter fristen for indgivelse af oplysningsskemaet indsender oplysninger til told- og skatteforvaltningen, der godtgør, at datterselskabets anden indkomst af immaterielle aktiver er omfattet af bestemmelsen. Efter fristen for afgivelse af oplysninger efter skattekontrollovens § 12 kan moderselskabet kun ændre sit valg efter skatteforvaltningslovens § 30, eller hvis moderselskabet godtgør, at datterselskabet kun anses for et CFC-selskab som følge af medregning af indkomst fra immaterielle aktiver, som moderselskabet ikke inden fristen var bekendt med datterselskabets ejerskab af. Told- og Skatteforvaltningen kan fastsætte regler om, hvilke oplysninger der skal indsendes efter 6. pkt.

Det er særligt begrebet ”*al anden indkomst fra immaterielle aktiver*”, som er principiel og nyskabende. I det oprindelige lovforslag var formuleringen, at ”*royalties og anden indkomst skulle medregnes*”. Kategorien anses for at være en opsamlingsbestemmelse.³ Medtagelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver som CFC-indkomst vil indebære, at enhver indkomst fra sådanne aktiver, *uanset indkomstens fremtrædelsesform*, medregnes til CFC-indkomsten.⁴

Begrebet anden indkomst vil omfatte fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver, som allerede medregnes til CFC-indkomsten efter gældende regler. Derudover vil den foreslåede definition indebære, at CFC-indkomsten bl.a. vil omfatte indkomst fra immaterielle aktiver, der realiseres ved afståelse af varer og/eller tjenesteydelser, når salgssummen inkluderer (er ”embedded”) et royaltyafkast på de immaterielle aktiver.⁵ Formålet med udvidelsen er, at afkastet fra immaterielle aktiver medregnes i CFC-indkomsten, uanset hvordan indkomsten klassificeres/fremtræder.

I bemærkningerne anføres det, at udvidelsen af definitionen af CFC-indkomst skal ses i lyset af, at indehavere af immaterielle aktiver, som påpeget i OECD BEPS-rapporten Action 3, kan oppebære et afkast heraf på flere forskellige måder, og at afkastet således ikke altid vil fremstå som et særskilt vederlag (en royalty) for anvendelsen af eller for retten til at anvende de immaterielle aktiver.

Endvidere fremhæves, at dette initiativ skal ses i den overordnede kontekst af immaterielle rettigheder, som udgør en særlig risiko for skatteundgåelse, da immaterielle aktiver er yderst mobile og svære at værdiansætte. Disse karakteristika gør, at indkomsten, som tilvejebringes ved hjælp af disse aktiver, nemt kan flyttes væk fra det sted, hvor værdiskabelsen ved udviklingen af det immaterielle aktiv er sket.⁶

Værnet beskrives endvidere således, at et immaterielt aktiv eksempelvis kan flyttes til et (salgs)datterselskab, som selv har bidraget med lav eller ingen værdi til udviklingen heraf, og hvor den efterfølgende indkomst fra det immaterielle aktiv helt eller delvist oppebæres som almindelig salgsindkomst, hvorved indkomsten ikke umiddelbart medregnes til CFC-indkomsten.⁷ Samme problemstilling kan gøre sig gældende i forhold til afsætning af tjenesteydelser.

En yderligere del af formålet med de nye regler er endvidere at understøtte, at immaterielle aktiver og det dertilhørende afkast forbliver dér, hvor det immaterielle aktiv er udviklet.⁸ Det vil sige, hvor bl.a. forsknings- og udviklingsaktiviteterne foretages, og altså det samme sted, hvor koncernen har afholdt og fradraget udgifterne til denne værdiskabelse.⁹ Dette er i overensstemmelse med de principper, som OECD's BEPS-projekt skal sikre, nemlig at værdierne beskattes dér, hvor de er skabt.

Der er sådan set tale om et nyopdaget værnshensyn, når det nu pludselig antages, at der kan mistes et betydeligt skatteprovenu, hvis ikke der indføres CFC-beskatning på denne type af indkomst. Det udtales således, at CFC-reglerne kun vil udgøre et effektivt værn mod flytning af mobile indkomster til lande med lavere beskatning, såfremt de sikrer, at afkastet af immaterielle aktiver medregnes som CFC-indkomst uden hensyn til, hvilken juridisk form dette afkast konkret har.¹⁰ Det må således ligge til grund for dette, at der finder en betydelig skatteplanlægning sted, som udnytter, at der ikke hidtil er sket CFC-beskatning af indkomst fra varesalg. Denne forudsætning synes ikke dokumenteret.¹¹

Om baggrunden for udvidelsen henvises til ATAD. I de specielle bemærkninger udtales følgende, p. 23:

Den foreslåede udvidelse af definitionen af indkomst fra immaterielle aktiver til også at omfatte anden indkomst af immaterielle aktiver følger af reglerne i skatteundgåelsesdirektivet, der er udformet på baggrund af anbefaling 4 i OECD-rapporten vedrørende handlingspunkt 3 fra 2015. Det fremgår i OECD-rapporten, at en medregning af royalties baseret på den juridiske kvalifikation af indkomsten ikke er tilstrækkelig for at medregne al relevant indkomst fra immaterielle aktiver. Det fremhæves bl.a., at royaltyafkastet kan være indlejret i salgsindkomsten, hvorefter royaltyafkastet ikke ville blive medregnet til CFC-indkomsten, hvis der alene anvendes en tilgang baseret på den juridiske kvalifikation af indkomsten.

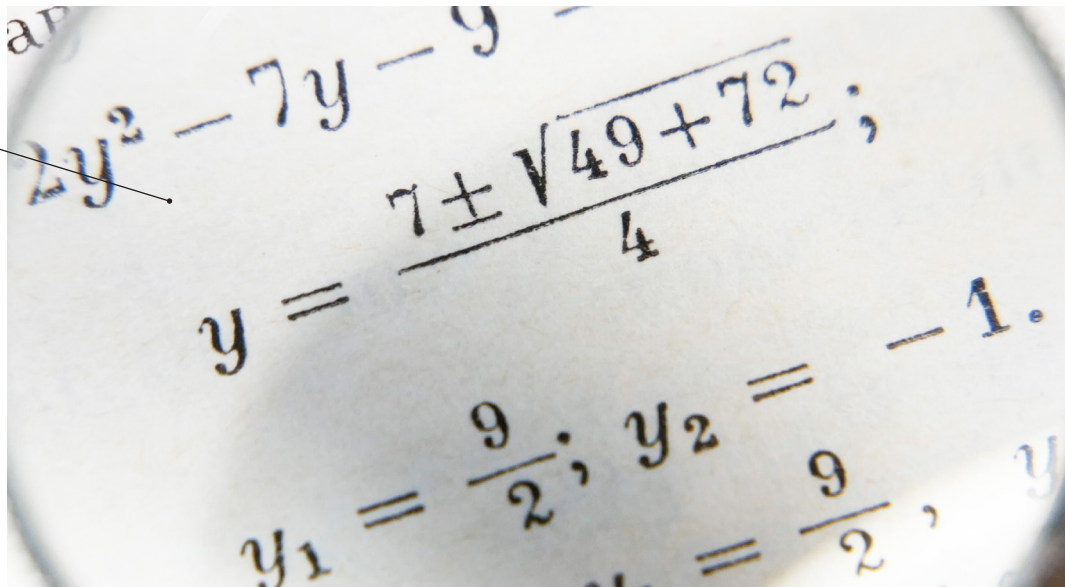


Foto Shutterstock



Som det ses, lægger Skatteministeriet til grund, at kravet stammer fra OECD's BEPS-rapport Action 3 og ATAD. Men er dette nu helt korrekt?

Det følger af artikel 7 i skatteundgåelsesdirektivet, at CFC-indkomsten omfatter ”royalties eller anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder” (royalties or any other income generated from intellectual property/les redevances ou tout autre revenu provenant de la propriété intellectuelle). Der er ikke indeholdt en definition af anden indkomst fra intellektuelle ejendomsrettigheder i ATAD. Der er således ingen klarhed at hente heri.

I stedet henvises der generelt til, at ATAD skal koordinere medlemsstaternes reaktion med hensyn til at gennemføre indholdet af OECD's 15 tiltag til bekæmpelse af BEPS. Ligeledes fremgår det af Staff Working Document (SWD/2016/06 final), at “*The proposed CFC rules in the Directive are **generally** in line with the outcome of Action 3 of the OECD/G20 BEPS project*”.

Det er dog væsentligt at holde sig for øje, at BEPS-rapporten ikke udgør et egentligt fortolkningsbidrag til ATAD og dermed heller ikke til dansk ret. Der er således tale om en angivelse af forskellige best practice-anbefalinger.

OECD anfører i BEPS action 3, at fordi hvert land prioriterer politiske mål forskelligt, så giver anbefalingerne landene *fleksibilitet* til at gennemføre CFC-regler, der bekæmper BEPS på en måde, der er i overensstemmelse med de politiske målsætninger for det samlede skattesystem og de internationale juridiske forpligtelser i det pågældende land. Anbefalingen indeholder derfor forskellige muligheder og alternativer, som de enkelte lande kan vælge imellem ud fra prioriteringer og målsætninger i det pågældende land.

I kapitel 4 i OECD BEPS-action 3 indeholder anbefalinger vedrørende definitionen af CFC-indkomst. Heraf fremgår det, at CFC-indkomsten ud fra en juridisk definition generelt inkluderer kategorien “*Royalties and Intellectual Property (IP) Income*”. *Royalties and IP income* udgør CFC-indkomst, da immaterielle aktiver er meget mobile, og indkomsten herfra derfor nemt kan flyttes til en anden jurisdiktion, end hvor de immaterielle aktiver er skabt. Det anføres, at indkomst fra immaterielle aktiver særligt nemt kan manipuleres, da immaterielle aktiver kan udnyttes og distribueres på forskellige måder og med forskellig formel (juridisk) kvalifikation. Som eksempel angives, at:

”For instance, income from IP could be embedded in income from sales and therefore treated as active sales income under the CFC rules of some countries.”

Det anføres ligeledes, p. 45, at:

“Sales and services income – Income that arises from the sale of goods that were produced in the CFC jurisdiction or from services that were provided in the CFC jurisdiction generally does not raise any concerns about BEPS. Income from sales and services does, however, raise concerns in at least two contexts: (i) invoicing companies; and (ii) **IP income**. Invoicing companies raise concerns because they earn sales and services income for goods and services that they have purchased from related parties and to which they have added little or no value. As discussed above, **income from IP that was shifted into the CFC and to which the CFC has added little to no value is commonly considered as sales and services income and could again escape CFC inclusion**. Categorical analyses based on legal classification therefore may not attribute income that raises BEPS concerns if they exclude all sales and services income without taking account of these two situations.”

Ovenstående viser, at der er tale om ét eksempel, og at royalty *kan* skjules i salgsindkomst. Hertil kommer, at OECD forudsætter, at udvidelsen af reglerne i det hele taget skal sigte mod at undgå misbrug. Derimod viser OECD's anbefaling *ikke*, at dette generelt skulle være tilfældet.

Idet den nærmere afgrænsning af ”anden indkomst fra immaterielle aktiver” derfor er overladt til den enkelte medlemsstat, må der gælde et manøvrerum for medlemsstaterne, herunder særligt i lyset af, at OECD's BEPS action 3 er en anbefaling indeholdende et utal af varianter og løsningsmodeller for det enkelte land. Det kan således baseret på OECD's rapport ikke med sikkerhed konkluderes, at der findes en pligt for EU-medlemsstaterne til at indføre konceptet ”embedded royalties”. Derimod er der utvivlsomt pligt efter ATAD til at indføre en udvidet kategori i form af ”anden indkomst fra immaterielle aktiver”, hvilket eksempelvis også kan omfatte kapitalgevinster ved en eventuel afståelse af immaterielle aktiver.

I tillæg til ovenstående uklarhed og manøvrerum kommer endvidere, at kriteriet om ”embedded royalties” formentlig er tænkt som en metode til at undgå misbrug og dermed ikke blot en generelt anvendelig regel. Dette er bedst beskrevet af OECD i Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018, p. 100:



”284. Countries seeking to amend their CFC rules have already shown interest in the recommendations regarding income from online sales and services. Under the EU Council's Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD1), for example, all of the 28 EU Member States are required to introduce CFC rules that draw heavily on the recommendations of Action 3. Article 7 of that Directive provides two alternative methods to define the income earned by a CFC. One is based on formal classifications and covers a broad range of income categories, including “**royalties and any other income generated from Intellectual Property**” and “income from invoicing companies that earn sales and services income from goods and services purchased from and sold to associated enterprises”. This method may in some cases cover sales income generated primarily from the use of underlying intangible property (i.e., “embedded royalties”) **but is limited by a substance carve-out rule available to a CFC** that “carries on a substantive economic activity supported by staff, equipment, assets and premises, as evidenced by relevant facts and circumstances.”

I lyset af ovenstående er det overraskende, at Danmark som så vidt vides det eneste land valgte en meget striks fortolkning af direktivet og så sig nødsaget til at indføre CFC-beskatning for embedded royalties uden en simultan substansundtagelse. Der skulle således kæmpes om en løsning på dette i mere end to år.

3. Opgørelsen af, hvorvidt der foreligger embedded royalties og praktisk betydning

I forhold til udvidelsen af definitionen af CFC-indkomsten med ”anden indkomst fra immaterielle aktiver” findes der hverken i OECD's BEPS action 3, ATAD eller i lovbemærkningerne konkrete retningslinjer for, hvad der er omfattet, og hvad der ikke er omfattet af denne nye terminologi.

Det eneste *eksempel*, der angives, er, hvor en sælger af halvfabrikata, der giver køberen mulighed for at udnytte sælgerens immaterielle rettigheder til fremstilling af færdige produkter, kan indregne sit vederlag for denne brugsret i salgsprisen for de solgte halvfabrikata frem for at kræve en særskilt royaltybetaling.¹²

Hvorvidt der foreligger embedded royalties i henhold til CFC-reglerne, baseres således i medfør af lovens bemærkninger direkte på en transfer pricing-vurdering til (fiktivt) at beregne ”anden indkomst fra immaterielle aktiver”. Med andre ord er det en rent økonomisk analyse, der afgør, hvorvidt der skal ske CFC-beskatning eller ej. Denne analyse skal ske på baggrund af de almindelige TP-koncepter, herunder funktions-, aktiv- og risikoanalyse.

I lyset heraf nødvendiggør reglerne, at der sker en *opdeling af indkomst*, der oppebæres som et samlet beløb, men som efter de foreslåede regler kun delvist skal anses for CFC-indkomst. Det vil således efter reglerne være nødvendigt at fastlægge, hvor stor en del af indkomsten (delmængde), der må anses for afkast af immaterielle aktiver, når dette afkast er indregnet i vederlaget for levering af varer eller tjenesteydelser. Det vil f.eks. gælde, når der i varers salgspris er indregnet en royalty for retten til at anvende et eller flere immaterielle aktiver. Det vil i sådanne tilfælde skulle afgøres på grundlag af almindelige transfer pricing-principper, hvor stor en del af det samlede vederlag der skal anses for at være et (indlejret) afkast af de immaterielle aktiver.

Denne udskillelse skal ske på baggrund af en vurdering af den indkomst, som salgsselskabet ville have haft i en situation, hvor salgsselskabet skulle varetage de samme funktioner, besidde de samme aktiver og påtage sig de samme risici, men hvor selskabet ikke selv ejede det immaterielle aktiv, dvs. alt andet lige på nær det immaterielle aktiv. Den del af indkomsten, der kan henføres til det immaterielle aktiv, vil derfor i visse



forretningsmodeller svare til den royaltybetaling, som salgsselskabet ville have betalt under en licensaftale med et andet selskab, som ejer det immaterielle aktiv.

Baseret herpå må man følge almindelig TP-metodologi og fastlægge, hvilken del af et selskabs indkomst der udgør rutineafkast (routine profit), og hvilken der udgør residualindkomst (residual profit).

Det er ret almindeligt forekommende, at normalafkast i flere situationer fastlægges efter cost-plus metoden, hvorefter der tillægges et mark-up på de relevante omkostninger på koncerninterne transaktioner. Selvom denne metode er typisk anvendt, kan man ikke generalisere herom og sige, at det alene er denne metode, der kan finde anvendelse, idet også de øvrige TP-metoder kan finde anvendelse efter omstændighederne.

Ved opgørelsen af anden indkomst fra immaterielle aktiver opgøres CFC-indkomsten som en *nettoindkomst*. Dette indebærer, at der i salgsprisen på f.eks. varer og tjenesteydelser kan fradrages omkostninger, der direkte og indirekte kan henføres til sådan anden indkomst. Afgørende vil være, om omkostningerne efter almindelige skatteretlige principper vil skulle henføres til CFC-indkomsten.¹³ Betydningen af dette er yderst uklart, og der findes næppe reel vejledning i de i fodnoten indeholdte henvisninger til, hvordan en konkret allokering af omkostninger skal ske.

Når man først har fastslået, om der findes tilstrækkelig residualprofit, som kan tilskrives IP, er det nødvendigt at vurdere, hvilke dele af datterselskabets IP der genererer værdien. Man skal således holde sig for øje, at anden indkomst fra IP alene kan stamme fra de typer af IP-rettigheder, som er omfattet af definitionen af IP, dvs. *ophavsret, patent, varemærke eller mønster eller enhver model, tegning, hemmelig formel eller knowhow*. Derimod er goodwill ikke omfattet af kredsen af relevante aktiver. Indkomst, der relaterer sig til goodwill, anses ikke at kunne generere CFC-indkomst. Vurderingen af marketing intangibles kræver en konkret vurdering, og det kan ikke på forhånd udledes, at denne benævnelse har nogen egentlig betydning i forhold til CFC-beskatningen. Udgangspunktet for vurderingen synes at være, om datterselskabet har *ejendomsretten* til de immaterielle aktiver. Brugsrettigheder til IP-rettigheder anses som udgangspunkt ikke for at udgøre CFC-aktiver, men kan dog efter en konkret vurdering føre til, at der foreligger begrænset tinglige rettigheder, som udgør CFC-aktiver, jf. L 48, Svar på spørgsmål 2, SAU 2019-20, p. 4 f.¹⁴

I Høringsskemaet af 6. november 2019 til L 48 spurgte FSR, om en købsprisallokering (PPA) ved køb af et (datter) selskab, der udarbejdes til brug for årsregnskabet, vil kunne lægges til grund for fordeling af immaterielle aktiver mellem mellem mv. og goodwill. Hertil svarende skatteministeren p. 57, at der ikke gælder noget særligt herom i forhold

til andre lignende tilfælde. Spørgsmålet om, hvilken bevismæssig betydning en sådan købsprisallokering kan tillægges i relation til en konkret skatteansættelse, vil således bl.a. kunne afhænge af, om parterne har modstridende interesser i relation til fordelingen af den aftalte købspris. Det vil f.eks. ikke være tilfældet, hvis kun den ene af parterne i aftalen har en (skattemæssig) interesse i, at der foretages en fordeling af købsprisen som den af FSR omtalte.

I praksis må risikoen for CFC-beskatning som følge af embedded royalties navnlig bestå i koncerner, hvor der findes et decentraliseret TP-setup med sub-principaler i udlandet med ejerskab til IP.

Baseret på ovenstående må det i praksis forventes, at salgsdatterselskaber, som fungerer som sales affiliates eller Limited Risk Distributors, ikke genererer en sådan anden indkomst fra immaterielle aktiver, som kan anses for at udgøre embedded royalties. Tilsvarende kan antages, for så vidt angår produktionsselskaber, som ofte også er sikret en stabil (lav) indtjening, men som ikke selv ejer immaterielle aktiver. Dette er dog ikke ensbetydende med, at salgsdatterselskaber eller produktionsselskaber aldrig kan anses for at generere en sådan indkomst, hvis der rådes over et omfattet immaterielt aktiv.

Det er altså et ret betydeligt arbejde, der skal udføres med henblik på at fastslå, hvorvidt denne fiktive test opfyldes. På trods af manglende praktiske anvisninger har jeg forsøgt nedenfor at vise et simpelt eksempel på, hvorledes reglen kunne anvendes.

4. Substansundtagelsen i ATAD

Det fremgår af ATADs artikel 7, at CFC-reglerne ikke finder anvendelse, når det kontrollerede udenlandske selskab *viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder*. Selvom direktivet er et minimumsdirektiv, er det klart forudsat, at der skal gælde en substansundtagelse (med frihed til ikke at lade denne gælde i forhold til tredjelande).

En sådan ”substanstest” er således i fuld overensstemmelse med ATAD, både i forhold til datterselskaber i EU/EØS-land og i tredjelande, og formentligt endda påkrævet af den traktatfæstede etableringsfrihed i art. 49 og 56 i TEUF.

Mange medlemsstater, herunder bl.a. Belgien, Finland, Frankrig, Holland, Italien, Luxembourg, Polen, Rumænien og Østrig, har indført eller vil indføre en ”substanstest” efter implementering af ATAD, således at udenlandske CFC-datterselskabers indkomst ikke medregnes hos moderselskabet, såfremt datterselskabet opfylder visse krav til den reelle økonomiske virksomhed.

Det fremgår klart af høringsskemaet til L 28, at Skatteministeriet ikke har tiltro til en generel substanstest, idet det anføres, at EU-Domstolens krav til substans er for lempelige. Til dette må det dog anføres, at den praksis, som findes, nu engang udtrykker den tilgang til misbrug, som er gældende i EU-retten. Hvis Danmark ønsker at gå enegang, kan dette ikke ses som udtryk for, at misbrug skal modvirkes, men dækker over en anden politisk agenda eller en anden forståelse af, hvad der udgør misbrug.

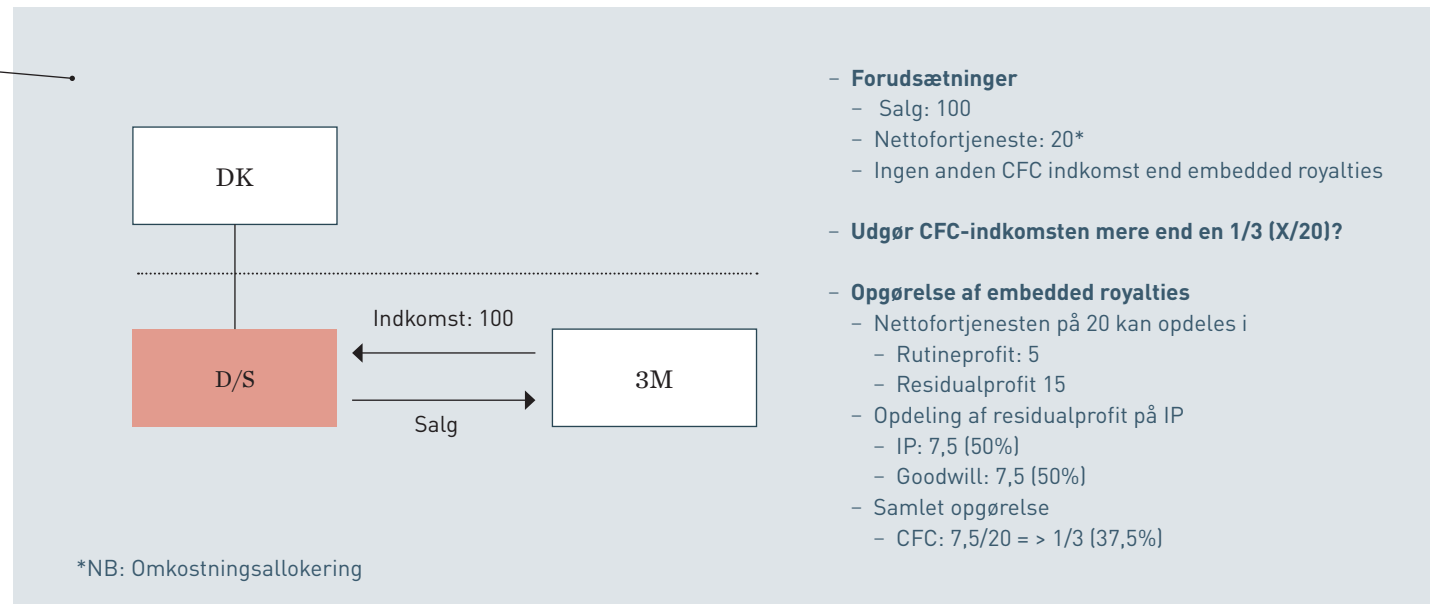
På trods af ovenstående har Skatteministeriet gennem hele processen været yderst tilbageholdende med at acceptere, at der kunne anvendes en substansundtagelse. Genembruddet kom rent politisk, efter Det Radikale Venstre offentligt meldte ud, at de ikke kunne støtte lovforslaget i den fremsatte form, hvorved flertallet forsvandt. Baseret herpå blev der iværksat et arbejde med at udforme en målrettet substansundtagelse (efter ministeren selv havde afgivet et svar, hvor det fremgik, at en sådan test godt kunne gennemføres uden store provenutab til følge). Det endeligt

vedtagne lovforslag indeholder således en ”partiell substansundtagelse”, som alene fungerer som en mulig friholdelse for selskaber, som kunne blive ramt af skærpelsen vedrørende al anden indkomst fra immaterielle aktiver.

5. Den danske partielle substansundtagelse

Den såkaldte partielle substansundtagelse, som blev en del af den endeligt vedtagne lov efter fremsættelsen af et ændringsforslag under lovbehandlingen, fremgår af Bilag 21 til L 89, 2. udkast til Betænkning afgivet af Skatteudvalget den 20. maj 2021.

Bestemmelsen er kommet til verden efter betydeligt pres fra erhvervslivet i lovprocessen og er udtryk for det opnåelige kompromis. Undtagelsen sikrer, at der alene sker CFC-beskatning i et reduceret antal tilfælde, hvor der kan synes at være tale om skatteudnyttelse. Som følge af indførelsen af en partiell substansundtagelse faldt en række øvrige lempelser fra de tidligere lovforslag ud af den vedtagne lov, herunder vedrørende egenudviklede immaterielle rettigheder. Dette medfører, at de samlede bemærkninger til de nye CFC-regler er højest usammenhængende, idet der i de tidlige forslag er indarbejdet nogle betragtninger om overordnede hensyn, som ikke længere er relevante, men som ikke er fjernet. Brugere af CFC-lovgivningen skal således holde tungen lige i munden, når gældende ret skal udledes.





Den partielle substansundtagelse, som findes i SEL § 32, stk. 5, nr. 3 litra b), 2. pkt., er blevet en omfattende og skønspræget regel. Indholdet heraf gennemgås i det følgende.

Hovedbetingelsen (1. pkt.) er, at anden indkomst alene medregnes som CFC-indkomst, *hvis datterselskabet ikke viderefører en væsentlig økonomisk aktivitet vedrørende de immaterielle aktiver, der understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler, som det fremgår af de relevante faktiske forhold og omstændigheder.*

Denne bestemmelse harmonerer med ATAD, omend den danske version alene gælder for anden indkomst fra immaterielle aktiver. Heraf kan udledes krav om, at datterselskabet skal (1) videreføre (2) en væsentlig økonomisk aktivitet (3) vedrørende de immaterielle aktiver, der (4) understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler og som (5) fremgår af de faktiske forhold og omstændigheder.

I bemærkningerne angives, at denne del af testen harmonerer med det EU-retlige misbrugsbegreb, og at det således vil skulle være afgørende, hvornår datterselskabet efter EU-retten må anses for at have tilstrækkelig substans.¹⁵ Det er interessant, at termen substans anvendes, idet den ikke anvendes af EU-Domstolen selv. Det er samtidig værd at notere, at misbrugstesten i sig selv er yderst vanskelig at håndtere i praksis og samtidig udvikles dynamisk over tid. Dog fremhæves det samtidig, at de forhold, som begrunder substans for datterselskabet, skal have tilstrækkelig tilknytning til de erhvervede indtægter fra selskabets immaterielle aktiver. Denne tolkning synes at være helt i overensstemmelse med den oprindelige Cadbury Schweppes-doktrin. Heraf følger, at undtagelsen ikke kan finde anvendelse, hvis det juridiske ejerskab til det pågældende aktiv er flyttet til datterselskabet af rent skattemæssige årsager, og uden at der er nogen naturlig sammenhæng mellem ejerskabet til det pågældende aktiv og datterselskabets aktiviteter i øvrigt.¹⁶

Der lægges således op til, at der skal foretages en konkret vurdering af alle faktiske forhold og omstændigheder. I denne henseende henvises til Cadbury Schweppes-dommen (Sag C-196/04), navnlig præmis 63-68. Det er noget uklart, hvilken vejledning der ligger i denne henvisning, idet dommens rækkevidde og betydning netop har været omdiskuteret i godt 15 år i den internationale skatteret og næppe giver konkrete retningslinjer. Samtidig er der jo også siden afsagt mere konkrete afgørelser, som kaster mere konkret lys over kriterierne.

Lovgiver finder, at der er en tæt kobling mellem anvendelsen af den partielle substansundtagelse og en statuering af misbrug. Således udtales det, at der vil være tale om misbrug, hvis datterselskabet ikke opfylder betingelserne i substanstesten.¹⁷ Det erkendes, at det EU-retlige misbrugsbegreb er for abstrakt formuleret til at kunne anvendes direkte på en

situation, der omhandler placeringen af ejerskab til immaterielle aktiver inden for en koncern. Derfor begiver Skatteministeriet sig ud i en længere frihåndstegning vedrørende misbrugsdoktrinen anvendelse i forhold til dette spørgsmål, men i det mindste er det glædeligt, at der gøres et forsøg.

Det udtales således, at substans i denne henseende skal afgøres på baggrund af *ejerens egne funktioner, kapital og kontrol over risici sammenholdt med de immaterielle aktivers værdi, udviklingsstadie, egenskaber og anvendelsesområde*. Det vides ikke, hvorfra disse kriterier stammer, og det må klart forventes, at kriterierne kan blive ændret, hvis EU-Domstolen på et tidspunkt fremkommer med konkrete fortolkningsbidrag vedrørende misbrugsdoktrinen i konteksten af ejerskab til IP.¹⁸

Af Betænkningen fremgår, at der i udgangspunktet formentlig ikke vil være problemer med at opfylde denne del af substansundtagelse, hvis der er tale om egen-oparbejdet IP eller om koncerninternt oparbejdet IP gennem contract R&D udført af selskaber i samme land.¹⁹ En sådan rent selskabsmæssig opdeling af funktionerne mellem selskaber i samme land vil i hvert fald som udgangspunkt ikke kunne anses for at indebære, at placeringen af ejerskabet til de immaterielle aktiver i et bestemt lokalt selskab kan anses for en »kunstig« transaktion foretaget af rent skattemæssige årsager.

Når de immaterielle aktiver ikke er oparbejdet af ejeren selv eller af lokale, koncernforbundne selskaber, men hovedsageligt er erhvervet gennem tilkøb, herunder eventuelt tilkøb af udviklingsydelser fra koncernforbundne selskaber i udlandet, vil vurderingen være mere kompliceret. I henhold til bemærkningerne vil der ved vurderingen af substansen i ejerskabet til de immaterielle aktiver bl.a. kunne lægges vægt på følgende ikke-udtømmende liste af forhold, som må antages at udgøre indikationer på eksisterende eller fraværende substans (det følgende gengivet direkte fra bemærkningerne).²⁰

1

2

3

4

Det første forhold er nettoafkastet på ejerskabet hos ejeren²¹

Nettoafkastet opgøres som ejerens indtægter fra ejerskabet til de immaterielle aktiver fratrukket et markedsmæssigt afkast på ejerens kapitalbinding samt udgifter til egne aktiviteter i forbindelse med ejerskabet. Et højt nettoafkast hos ejeren af de immaterielle aktiver uden tilsvarende værdiskabende funktioner fra ejeren til den aktivitet, hvori de immaterielle aktiver anvendes, kan isoleret set være en indikation på, at ejerskabet ikke har økonomisk substans.

Det andet forhold er ejerens kontrol over risikoen ved det konkrete ejerskab, idet graden af kontrol over risikoen vil skulle vurderes i forhold til de konkrete aktiver²²

Ved kontrol over risiko forstås indsigt og evne til at træffe beslutninger vedrørende udvikling og brug af de immaterielle aktiver samt faktisk udøvelse af disse kontrol- og beslutningstagerfunktioner. Formel godkendelse af beslutninger, der er truffet andre steder i koncernen, anses ikke for kontrol over risiko. Ejerskabet til immaterielle aktiver kræver typisk betydelige kontrolfunktioner hos ejeren. Har ejeren ikke reelt udøvet kontrolfunktionerne i forhold til de konkrete immaterielle aktiver, kan det være udtryk for mangel på økonomisk substans i forhold til ejerskabet.

Det tredje forhold er ejerens egne værdiskabende aktiviteter i forhold til de immaterielle aktiver²³

I jo højere grad ejeren, set over tid, selv har udført de værdiskabende aktiviteter i relation til videreudvikling, forbedring og driftsmæssig udnyttelse af de immaterielle aktiver, des mere vil det tale for, at ejerskabet har økonomisk substans. Antallet af egne ansatte og lønudgifter forbundet med sådanne værdiskabende aktiviteter vil typisk være en velegnet og let målbar indikator for omfanget af ejerens egne værdiskabende aktiviteter. Ejerens egne værdiskabende aktiviteter i forhold til de immaterielle aktiver vurderes med udgangspunkt i den samlede værdiskabelse i hele den periode, hvor de immaterielle aktiver og platformen til disse er blevet udviklet og anvendt.

Det fjerde forhold er de immaterielle aktivers eventuelle sammenhæng med andre immaterielle aktiver og aktiviteter i koncernen²⁴

Hvis de immaterielle aktiver bedst kan udnyttes økonomisk i sammenhæng med andre nært forbundne immaterielle aktiver, som ejes af koncernforbundne selskaber, vil en adskillelse af ejerskabet til de pågældende immaterielle aktiver kunne være forretningsmæssigt irrationel og kunstig og dermed indikere mangel på økonomisk substans i ejerskabet. Som eksempel kan nævnes, at varemærker og brand i almindelighed vil være mere værd sammen med de nært tilknyttede patenter og knowhow, end rettighederne er hver for sig.

Mindre vægt på ejerens aktiviteter vedrørende juridisk beskyttelse og håndhævelse²⁵

Ved substansvurderingen vil der i almindelighed skulle lægges mindre vægt på ejerens aktiviteter i forhold juridisk beskyttelse og håndhævelse af rettighederne, da sådanne aktiviteter afspejler det formelle frem for det reelle økonomiske ejerskab. Der vil typisk også skulle lægges mindre vægt på rene vedligeholdelsesaktiviteter, idet betydningen af varetagelsen af vedligeholdelsesfunktioner dog vil kunne afhænge af, om de konkrete immaterielle aktiver kræver væsentlig vedligeholdelse for at bevare deres værdi.

Med denne indikator synes der at anvendes et overvejende økonomisk ejerskabsbegreb, hvor det juridiske ejerskab træder helt i baggrunden.

Proportionalitet²⁶

Endelig skal der ved bedømmelsen af, om der er videreført en væsentlig økonomisk aktivitet, henses til, om der er proportionalitet mellem aktiviteterne og værdien af og indtægterne fra de immaterielle aktiver. Eksempelvis vil et selskab med 20 ansatte og årlige egenomkostninger til løn og lokaler på 50 mio. kr., som har erhvervet immaterielle aktiver med en værdi på 10 mia. kr., i almindelighed ikke kunne anses for at have videreført en væsentlig økonomisk aktivitet vedrørende de immaterielle aktiver. Et selskab af samme størrelse, der har erhvervet immaterielle aktiver med en værdi på 1 mia. kr., vil derimod lettere kunne anses for at have videreført en væsentlig økonomisk aktivitet vedrørende de immaterielle aktiver. Bedømmelsen af proportionaliteten er konkret, og der vil også skulle tages hensyn til de øvrige indikatorer, der som nævnt skal tages i betragtning ved substansvurderingen.



Minimale funktioner i datterselskabet (3. pkt.)

I medfør af bestemmelsens 3. pkt. gælder den partielle substansundtagelse alligevel ikke, *hvis datterselskabet varetager ejerskabet og eventuelt salgs- og distributionsfunktioner i relation til sine immaterielle aktiver, mens de øvrige væsentlige funktioner vedrørende aktiverne kun i ubetydeligt omfang er udført eller udføres i det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende.*

Denne undtagelse til substansundtagelsen gælder, hvis datterselskabet alene udfører visse afgrænsede funktioner vedrørende de immaterielle aktiver i datterselskabets hjemland. Undtagelsen har ikke sit udspring i EU-retten.²⁷

Denne undtagelse vil i praksis formentlig være særlig relevant i relation til immaterielle aktiver, der lader sig afgrænse og udskille, typisk registrerbare immaterielle aktiver såsom patenter, dvs. tilfælde hvor det er muligt at adskille det juridiske og økonomiske ejerskab fra de funktioner, der vedrører dels udviklingen af aktivet, dels den kommercielle udnyttelse heraf.²⁸ Undtagelsen vil efter de konkrete omstændigheder dog også kunne finde anvendelse i forhold til andre immaterielle aktiver, f.eks. knowhow.

Ved varetagelse af ejerskab forstås ikke blot det formelle ejerskab, men også de hermed forbundne funktioner, der består i beskyttelse og håndhævelse af rettighederne knyttet til det immaterielle aktiv. Alle disse funktioner og de finansielle ressourcer, der er nødvendige for at udføre funktionerne, er mobile funktioner, der nemt lader sig flytte, og som dermed også tilsvarende nemt kan flyttes udelukkende af skattemæssige årsager. Placering af ejerskabet til – og dermed indtægterne fra – immaterielle aktiver i et datterselskab, der varetager sådanne funktioner, vurderes således ikke i sig selv at burde indebære, at anden indkomst fra de immaterielle aktiver ikke anses for CFC-indkomst.

Det følger af det andet led af bestemmelsen, at undtagelsesbestemmelsen kun vil skulle finde anvendelse, hvis de øvrige væsentlige funktioner vedrørende aktiverne *kun i ubetydeligt* omfang er udført eller udføres i det land, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende.²⁹ Betingelsen uddybes betydeligt i bemærkningerne.³⁰ Det vil bero på en konkret bedømmelse, hvorvidt varetagelsen af funktionerne udelukkende er af ubetydeligt omfang, idet vurderingen skal foretages i forhold til det samlede omfang af de øvrige væsentlige funktioner vedrørende datterselskabets immaterielle aktiver.³¹

Ved vurderingen af, om de øvrige væsentlige funktioner vedrørende de immaterielle aktiver er udført eller udføres i andre lande, vil det skulle være afgørende, om de funktioner, der knytter sig til udviklingen, videreudviklingen, produktionen og anvendelsen af de immaterielle aktiver i den løbende drift, faktisk udføres uden for det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende. Det vil således ikke være tilstrækkeligt til at anse datterselskabet for at varetage sådanne funktioner, at de helt eller delvist udføres for datterselskabets regning.

Ovenstående undtagelse til den partielle substanstest vil indebære, at det på forhånd vil være fastlagt, hvordan virksomhederne og Skatteforvaltningen i relation til anvendelsen af CFC-reglerne vil skulle bedømme en række tilfælde, hvor der i forvejen må anses for at kunne være særlig anledning til at nære tvivl om, hvorvidt ejerskabet til immaterielle aktiver afspejler en reel økonomisk aktivitet. I de af undtagelsen omfattede tilfælde vil det således ikke være nødvendigt at foretage den komplekse konkrete vurdering af alle de faktiske forhold og omstændigheder, som efter det EU-retlige misbrugsprincip skal foretages for at fastslå, 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.



Foto Shutterstock

Datterselskab hjemmehørende i land uden informationsudveksling (4. pkt. og 5. pkt.)

I medfør af SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 4. pkt., finder den partielle substanstest kun anvendelse for datterselskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i en stat, hvor den kompetente myndighed i denne stat skal udveksle oplysninger med de danske skattemyndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager.

Det vil sige, at datterselskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i en stat, hvor den kompetente myndighed ikke udveksler oplysninger med Skatteforvaltningen, i udgangspunktet ikke kan påberåbe sig den partielle substanstest. Dog gælder den partielle substanstest, såfremt indkomsten hidrører fra immaterielle aktiver, som i det væsentligste er foranlediget af forsknings- og udviklingsvirksomhed udført af datterselskabet selv eller af koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C, der er skattemæssigt hjemmehørende i samme stat (5. pkt.). 5. pkt. tager hensyn til, at der er en række udviklingslande, der ikke har informationsudvekslingsaftaler med Danmark, hvilket bl.a. kan skyldes, at de pågældende lande ikke har velfungerende skatteregler og -administrationer. Der findes danske moderselskaber, der har opkøbt datterselskaber i sådanne lande og har videreført den aktivitet, som de opkøbte selskaber har haft i det pågældende udviklingsland. 5. pkt. har til hensigt at undgå en utilsigtet CFC-beskatning af de pågældende datterselskabers indkomst.

Formelle betingelser (5. pkt.)

Det er en betingelse for anvendelsen af den partielle substansundtagelse, at moderselskabet inden for fristen for afgivelse af oplysninger efter skattekontrollovens § 12 positivt vælger, at bestemmelsen skal finde anvendelse ved opgørelsen af datterselskabets CFC-indkomst.

Substanstesten indebærer, at der skal foretages en vurdering af alle de faktiske forhold og omstændigheder for at fastslå, om datterselskabet reelt driver en væsentlig økonomisk aktivitet i relation til de immaterielle aktiver. Det er moderselskabet, der – som EU-Domstolen påpeger i præmis 70 i dommen sag C-196/04, Cadbury Schweppes – er bedst placeret til at levere den dokumentation, der er nødvendig for at foretage bedømmelsen og muliggøre, at Skatteforvaltningen kan kontrollere moderselskabets oplysninger.³² Af denne årsag kræver bestemmelsen, at moderselskabet inden for oplysningsfristen skal træffe et valg i relation til, om substanstesten skal finde anvendelse ved opgørelsen af CFC-indkomsten i det pågældende datterselskab.

Desuden er det et krav, at moderselskabet senest 60 dage efter selvangivelsesfristen indsender oplysninger til told- og skatteforvaltningen, der godtgør, at datterselskabets anden indkomst af immaterielle aktiver er omfattet af bestemmelsen.

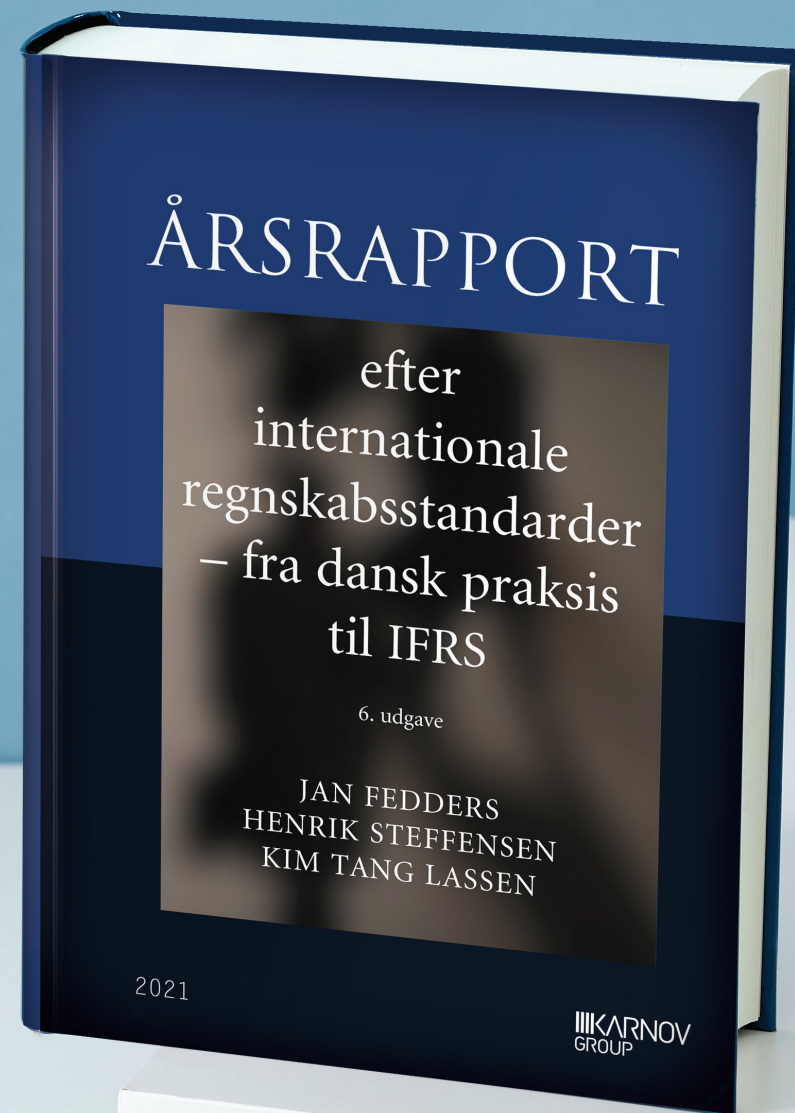
Efter fristen for afgivelse af oplysninger efter skattekontrollovens § 12 kan moderselskabet kun ændre sit valg efter skatteforvaltningslovens § 30 (selvangivelsesomvalg), eller hvis moderselskabet godtgør, at datterselskabet kun anses for et CFC-selskab som følge af medregning af indkomst fra immaterielle aktiver, som moderselskabet ikke inden fristen var bekendt med datterselskabets ejerskab af.

Hvis det er åbenlyst, at betingelserne for at ifalde CFC-beskatning ikke er opfyldt, er der ingen grund for moderselskabet til at vælge at anvende substansundtagelsen og dermed skulle levere oplysninger herom. Træffer et moderselskab ikke et positivt valg om, at bestemmelsen finder anvendelse, vil dette skulle anses for et fravalg af bestemmelsen, og datterselskabets anden indkomst af immaterielle aktiver vil derfor skulle medregnes til CFC-indkomsten.³³

Der er efter bestemmelsen ikke noget krav om, at moderselskabet skal træffe samme valg i forhold til samtlige datterselskaber, og valget kan træffes på ny i hvert enkelt indkomstår.³⁴ Da der efter loven vil være tale om et såkaldt selvangivelsesvalg, vil det som udgangspunkt være bindende for moderselskabet i forhold til det pågældende indkomstår. Har moderselskabet fravalgt at anvende den partielle substanstest i forhold til et bestemt datterselskab, vil moderselskabet derfor ikke kunne fortryde sit valg, blot fordi det efterfølgende viser sig, at moderselskabet bliver CFC-beskattet i relation til det pågældende datterselskab.³⁵

Moderselskabet skal indsende oplysninger om, hvilke immaterielle aktiver den pågældende indkomst vedrører. Derudover vil det i høj grad afhænge af de konkrete forhold, hvilke oplysninger der må anses for nødvendige for at godtgøre, at betingelserne for at anvende den partielle substansundtagelse.³⁶ Det må formodes, at omfanget af den nødvendige dokumentation i mange tilfælde vil være ganske begrænset, f.eks. hvis datterselskabet selv deltager eller har deltaget i udviklingen af de immaterielle aktiver, eller hvis datterselskabets immaterielle aktiver benyttes i forbindelse med lokal produktion. I sådanne tilfælde vil opfyldelsen af betingelserne for anvendelse af substanstesten formentlig kunne dokumenteres ved indsendel-

Ny udgivelse



Bogen er et oplagt værktøj til brug for udarbejdelsen af årsrapporten efter IFRS. Fungerer som nyttigt supplement til de omfattende IFRS-manualer, udgivet af de globale revisionsfirmaer.

Pris: 1.796,- ekskl. moms

Bestil den på shop.karnovgroup.dk

KARNOV
GROUP

Af
AFSACT

Embedded royalties – en ny skat på udenlandske IP-rettighe



se af forholdsvis få, allerede udarbejdede dokumenter, herunder årsrapporter med oplysninger om selskabets aktiviteter, antal ansatte mv., samt eventuelt dokumenter, der indgår i den allerede udarbejdede transfer pricing-dokumentation.³⁷ I mere komplekse og tvivlsomme tilfælde kan der dog være behov for en mere detaljeret og omfangsrig dokumentation.

Når der er indsendt de nødvendige oplysninger i et enkelt indkomstår, kan dokumenterne genbruges, således at der kun indsendes nye oplysninger, hvis der er indtrådt væsentlige ændringer, der kan have betydning for bedømmelsen, f.eks. i form af tilkøb af nye immaterielle aktiver eller ændringer i datterselskabets aktiviteter.³⁸

Det er moderselskabet, der har bevisbyrden og således vil skulle godtgøre, at betingelserne for at anvende den partielle substans-test er opfyldt. Hvis den indsendte dokumentation er mangelfuld eller utilstrækkelig, vil dette således komme moderselskabet til skade, idet Skatteforvaltningen i så fald vil kunne lægge til grund, at betingelserne for at anvende substansundtagelsen ikke er opfyldt. Inden Skatteforvaltningen vil kunne træffe afgørelse om, at betingelserne for at anvende reglerne om den partielle substans-test ikke er opfyldt, vil moderselskabet skulle have mulighed for at tilvejebringe den manglende dokumentation.

Det er relevant at være opmærksom på, at der er relativt begrænsede muligheder for at ændret på selvangivelsesvalget i lyset af, at betingelserne i skatteforvaltningslovens § 30 skal være opfyldt.³⁹

Skatteforvaltningen har mulighed for at fastsætte nærmere regler om både dokumentationens indhold og form. Regler herom vil kunne bidrage til at sikre, at det for virksomhederne på forhånd klart fremgår, hvilke oplysninger der forventes indsendt, og at de indsendte oplysninger er ensartede.⁴⁰ Dette vil kunne lette administrationen af regelsættet for både virksomhederne og Skatteforvaltningen. Reglerne vil skulle udformes under hensyn til, at virksomhederne efter bestemmelsen kun vil skulle indsende de oplysninger, der er nødvendige for at godtgøre, at betingelserne for at anvende den partielle substansundtagelse, og det vil skulle tilstræbes, at dokumentationskravene udformes således, at den administrative byrde for virksomhederne begrænses.⁴¹

6. Konklusion

Ventetiden for implementeringen af ATA-direktivets CFC-regler i dansk ret har været lang. Dette skyldes navnlig, at den nye indkomstkategori om embedded/indeholdte royalties blev indført i dansk ret, uden at der samtidig blev lagt op til en samtidig indførelse af en substansundtagelse. Efter mange sværds slag herom blev det endelige resultat, at vi dog fik en begrænset eller partiel substansundtagelse.

Situationen er således nu, at en del flere virksomheder end tidligere må være opmærksomme på CFC-lovgivningen.

I praksis må risikoen for CFC-beskatning som følge af embedded royalties navnlig bestå i koncerner, hvor der findes et decentraliseret TP-setup, med sub-principaler i udlandet med ejerskab til IP. Det forventes dog ikke, at salgsdatterselskaber, som

fungerer som sales affiliates eller Limited Risk Distributors, vil generere en sådan anden indkomst fra immaterielle aktiver, som kan anses for at udgøre embedded royalties. Tilsvarende kan antages, for så vidt angår produktionsselskaber, som ofte også er sikret en stabil (lav) indtjening, men som ikke selv ejer immaterielle aktiver. Dette er dog ikke ensbetydende med, at salgsdatterselskaber eller produktionsselskaber aldrig kan anses for at generere en sådan indkomst, hvis der rådes over et omfattet immaterielle aktiv.

For selskaber, som således har ejendomsret eller i visse tilfælde også brugsrettigheder til immaterielle aktiver, kan det således være relevant at foretage en værdiansættelse af de omhandlede aktiver med henblik på at foretage en CFC-vurdering for hermed at undersøge, om der er risiko for CFC-beskatning i fremtidige år. Alene hvis der efter denne indledende øvelse synes at bestå en risiko for, at CFC-indkomsten overstiger mere end 1/3 af et datterselskabs samlede indkomst, må man gå videre og vurdere, om den partielle substansundtagelse kan opfyldes. Som ovenstående tydeligt viser, er der tale om et betydeligt arbejde, som skal foretages, i hvert tilfælde første gang denne vurdering skal udføres og dokumenteres. Dertil kommer, at det endnu ikke vides, hvorledes Skattestyrelsen vil administrere dette i praksis. I lyset af generelle erfaringer er det bestemt ikke utænkeligt, at man vil tolke undtagelsen ganske restriktivt.

I praksis vil overgangsreglen i § 3 dog også spille ind, idet denne i flere tilfælde medfører en fastsættelse af en indgangsværdi, som kan give anledning til fiktive afskrivninger og dermed medfører en udskydelse af en mulig risiko for CFC-beskatning.

Som afslutning bør det nævnes, at de endeligt vedtagne CFC-regler kan vise sig at få en begrænset levetid. Dette vil således være tilfældet, hvis der internationalt opnås enighed om Pillar II (og det tyder meget på netop nu), med en global minimumsskat. Et væsentligt element heri er netop "the income inclusion rule", som i sin tekniske udformning minder om CFC-regler og derfor ved en fremtidig implementering vil medføre betydelige ændringer af CFC-lovgivningen, herunder ved en ændring af ATADs CFC-regler. Det sidste ord er således ikke sagt endnu. ✖

Noter

- Hidtil er tankegangen så vidt ses alene anvendt i forbindelse med kildeskat på royalties i en vis udstrækning i TP-henseende, jf. *Kjølby Nielsen & Thuenis* i SU 2018, 174, som omtaler retspraksis fra Spanien (Coca-Cola og Schweppes Ltd.), Israel (Coca-Cola), Canada (Glaxo) og Australien. Baggrunden for min interesse er, at vi har fulgt Skatteundgåelsesdirektivet fra et tidligt tidspunkt, hvor vi rådgav EU-Kommissionen i dennes optakt til fremsættelsen (se: Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators, Taxation Paper No 61).
- Jf. Bemærkningerne til ændringsforslaget til L 89, p. 7.
- Jf. de almindelige bemærkninger til L 89, p. 10-11.
- Jf. de almindelige bemærkninger til L 89, p. 10-11.
- Jf. de specielle bemærkninger til L 89, p. 23.
- Jf. de specielle bemærkninger til L 89, p. 23.
- Jf. de specielle bemærkninger til L 89, p. 23.
- Id.
- Jf. de almindelige bemærkninger til L 89, p. 10-11.
- Den samme vidtløftige provenuberegning blev anvendt i lovbehandlingsprocessen med henblik på at dirigere uden om indførelsen af en generel substansundtagelse i dansk ret.
- Jf. de almindelige bemærkninger til L 89, p. 10-11.
- Der henvises i Bemærkningerne i forhold til opgørelsen af anden indkomst til Transfer Pricing Guidelines, kapitel II, pkt. 2.152-2.153, og bilaget til Transfer Pricing Guidelines kapitel II, eksempel 11 om residual profit split-metoden.
- ”Hvad angår EY’s bemærkninger om brugsrettigheder/begrænset tinglige rettigheder, er det som nævnt af EY i lovforslagets bemærkninger anført, at en begrænset tinglig rettighed ”kan” udgøre et immaterielt aktiv. Det er vurderingen, at det er i fuld overensstemmelse hermed, når det i kommentarerne i høringsskemaet er anført bl.a., at brugsrettigheder som udgangspunkt ikke er omfattet, men at det beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, om der foreligger begrænsede tinglige rettigheder, som datterselskabet har ejerrettigheder over. Da det vil bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, om der foreligger en overdragelse af ejerrettigheder, og da der er talrige måder, hvorpå aftaler herom kan udformes, er det ikke muligt at opstille generelle retningslinjer for, hvornår datterselskabet vil skulle anses for at være tillagt sådanne rettigheder, således at det skal anses for at være ejer af et eller flere immaterielle aktiver i CFC-reglernes forstand”.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 7.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 7.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 8.
- Skatteministeren har udtalt, at kriterierne ikke er i direkte strid med det EU-retlige misbrugsbegreb, jf. L 89, svar på spm 23 (SAU), p. 8.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 8.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 9.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 8.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 8.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 8.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 8-9.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 9.
- Jf. L 89, svar på 23 (SAU), p. 6.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 10.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 11.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 11. Er de immaterielle aktiver f.eks. helt eller delvist blevet udviklet af datterselskabet selv, forestår datterselskabet helt eller delvist den løbende videreudvikling, eller anvender datterselskabet aktiverne i sin løbende forretningsmæssige drift, vil undtagelsesbestemmelsen som udgangspunkt ikke skulle finde anvendelse. Det samme vil gælde, hvis de pågældende funktioner er udført eller udføres i datterselskabets hjemland af et koncernforbundet selskab eller en tredjemand. Undtagelsesbestemmelsen vil som udgangspunkt heller ikke finde anvendelse, hvis f.eks. den produktion, som et immaterielt aktiv udnyttes i, udføres i datterselskabets hjemland, og det er også i den henseende uden betydning, om det er datterselskabet selv, et koncernforbundet selskab eller en tredjemand, der varetager produktionen. Udgangspunktet fraviges dog, hvis der i datterselskabets hjemland – ud over datterselskabets varetagelse af ejerskabet og eventuelt salgs- og distributionsfunktioner – kun i ubetydeligt omfang sker varetagelse af de øvrige væsentlige funktioner vedrørende datterselskabets immaterielle aktiver.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 12. Ejer datterselskabet eksempelvis et immaterielt aktiv, som er udviklet af et koncernforbundet selskab i et andet land, vil datterselskabets udnyttelse af aktivet ved produktion af varer, der udelukkende omsættes på et lille lokalt marked, således kunne være af ubetydeligt omfang, hvis aktivet i øvrigt af koncernforbundne selskaber i andre lande udnyttes til produktion af varer, der danner grundlag for en meget betydelig omsætning på verdensplan.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 14.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 14.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 14.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 14.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 15.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 15.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 15.
- Hvis moderselskabet har fravalgt at anvende den partielle substanstest ud fra en forventning om, at der ikke vil indtræde CFC-beskatning, og Skatteforvaltningen efterfølgende foretager en ændring af skatteansættelsen, hvorved det fastslås, at der skal ske CFC-beskatning, vil dette ikke kunne begrunde et omvalg efter skatteforvaltningslovens § 30.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 17.
- Jf. bemærkningerne til ændringsforslaget til SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 1. pkt., p. 17.

Bliv en del af det nye Skattefakultet og få et solidt fagligt netværk

Mangler du en fast platform med adgang til det seneste nye inden for det skattefaglige område?

FSR - danske revisorer tilbyder nu en unik mulighed for at blive en del af et stærkt fagligt fællesskab.

I Skattefakultetet har du et fagligt sekretariat i ryggen, der har dine interesser i højsædet og på samme tid en platform, der holder dig blandt de bedst opdaterede og velinformerede inden for skattelovgivning.

Meld dig til her:
fsr.dk/interessesemedlem

Som medlem får du adgang til følgende:

- ✳ Skattefakultets faglige univers, der samler relevant viden inden for skatteområdet samt den seneste udvikling på området.
- ✳ Mulighed for at deltage i fagligt udvalgsarbejde med indflydelse på den skattepolitiske dagsorden.
- ✳ Et fagligt netværk med andre, som arbejder med skatter, afgifter og moms.
- ✳ Faglige nyheder inden for skat, moms, told og afgifter.
- ✳ Medlemsmøder og arrangementer med relevans for fakultetet.
- ✳ Rabat på efteruddannelse og kurser i FSR-regi, fx ”international beskatning” iverse rabatordninger, heriblandt skattemagasinet TAXO.