

FAST DRIFTSSTED - BEPS ACTION 7

*PERMANENT ESTABLISHMENT
- BEPS ACTION 7*

KANDIDATAFHANDLING – MASTER’S THESIS

VEJLEDERE:

JANE BOLANDER

KALLE JOHANNES ROSE

FORFATTERE:

JOACHIM EMIL PIPER
CAND.MERC.(JUR.)

SUSSIE CATHRIN STEINDAL
CAND.MERC.(JUR.)

AFLEVERINGSDATO: 17.05.2016
COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL 2016
ANTAL ANSLAG: 265.845 /ANTAL NORMALSIDER: 116,85

1 Abstract

On October 5, 2015 OECD Published a Final Report on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action 7: "Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status", which is one of the actions set forth in the OECD BEPS-project. This Final Report contains the new definition of Permanent Establishment to be implemented in Article 5 of the OECD Model Tax Convention.

The aim of this thesis is to analyse and interpret the current definition of Permanent Establishment and the proposed definition in Action 7. Furthermore, to examine whether BEPS Action 7 achieves the goal of preventing tax planning leading to BEPS. Additionally, the aim is to examine efficient allocation of resources when MNEs tax planning causes base erosion. Finally, this thesis aims to analyse whether the efficient allocation of resources is consistent with the purpose of BEPS Action 7.

It is found that the proposed changes contained in BEPS Action 7 expand the current definition of Permanent Establishment, while the specific activity exemptions are narrowed. As this seems suitable to prevent tax avoidance strategies, the proposed changes also impact legitimate commercial arrangements and create a disproportionate compliance burden on both taxpayers and tax authorities.

Further, it is found that efficient resource allocation can be achieved through regulation that imposes a tax on MNEs. As a result of a broader tax base this leads to a reduction in tax rates while still maintaining the necessary tax revenue. In addition, this leads to a reduction in the deadweight loss and an overall maximization of welfare, which approximate the efficient resource allocation in a perfect market.

It is found that the purpose of BEPS Action 7 and the efficient allocation of resources are to prevent tax planning that leads to BEPS. In this context OECD seem willing to sacrifice costs in the attempt of doing so. However, to reach an efficient allocation of resources the cost of preventing BEPS cannot exceed the benefits, as this will lead to an inefficient allocation of resources. The discussion based on the proposals from the comments received on the discussion drafts found that none of the proposals would prevent tax planning to the same extent as BEPS Action 7 and lead to a more efficient allocation of resources. Finally, it is found that the ideal solution eliminating tax planning and BEPS is a harmonization of all tax regimes. The proposal "A World Tax Authority" approximates this but is found to be unrealistic, as most states seem unwilling to cede sovereignty.

2 Forkortelser

BEPS - Base erosion and profit shifting

OECD - Organization for Economic Co-operation and Development

MNEs - Multinational Enterprises

DBO - Dobbeltbeskatningsoverenskomst

PE - Permanent Establishment

CSR - Corporate Social Responsibility

G20 - Group of 20 Finance Ministers and Central Bank Governors

EU - The European Union

Indholdsfortegnelse

1	ABSTRACT	2
2	FORKORTELSER	3
3	KAPITEL 1 - PRÆSENTATION AF EMNE, TEORI OG METODE	7
3.1	INDLEDNING	7
3.2	PROBLEMFELT	9
3.3	PROBLEMFORMULERING	9
3.4	SYNSVINKEL	9
3.5	METODE	10
3.5.1	METODE I DEN JURIDISKE ANALYSE	10
3.5.1.1	Dobbeltbeskatningsoverenskomster	11
3.5.1.2	Fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster	12
3.5.1.3	OECD's modeloverenskomst	12
3.5.1.4	Retspraksis	14
3.5.2	METODE OG TEORI I DEN ØKONOMISKE ANALYSE	14
3.5.3	METODE I DEN INTEGREREDE ANALYSE	16
3.6	AFGRÆNSNING	16
3.6.1	JURIDISK AFGRÆNSNING	16
3.6.2	ØKONOMISK AFGRÆNSNING	17
3.7	KILDEKRITIK	17
3.8	STRUKTUR	18
4	KAPITEL 2 - JURIDISK ANALYSE	19
4.1	NUVÆRENDE RETSTILSTAND	20
4.1.1	ART. 5 – DEFINITION AF FAST DRIFTSSTED	20
4.1.1.1	Art. 5, stk. 1 – Hovedreglen	20
4.1.1.1.1	1. Forretningssted	21
4.1.1.1.2	2. Fast	21
4.1.1.1.3	3. Virksomhedsudøvelse	22
4.1.1.2	Art. 5, stk. 2 – Positiv afgrænsning	22
4.1.1.3	Art. 5, stk. 5 og 6 – agentreglen	23
4.1.1.4	Art. 5, stk. 4 – negativ afgrænsning	26
4.1.2	PROBLEMATIKKEN VED KOMMISSIONÆRARRANGEMENTER	28
4.2	BEPS ACTION 7	29
4.2.1	BAGGRUNDEN FOR OECD'S BEPS-PROJEKT	30
4.2.2	ARTIFICIAL AVOIDANCE OF PE STATUS	32
4.2.2.1	1. delelement vedrørende kommissionær arrangementer: "concludes contracts"	35
4.2.2.1.1	Forslag A og C fra Public Discussion Draft	35
4.2.2.1.2	Forslag B og D fra Public Discussion Draft	36
4.2.2.1.3	Forslag til ændringer i kommentarerne fra Revised Discussion Draft	36
4.2.2.1.4	Final Report	37
4.2.2.2	2. delelement vedrørende kommissionær arrangementer: "contracts in the name of"	40
4.2.2.2.1	Forslag C og D i Public Discussion Draft	40
4.2.2.2.2	Forslag A og B i det første Public Discussion, Revised Discussion Draft samt Final Report	40
4.2.2.3	3. delelement "independent agent"	42
4.2.2.3.1	Art. 5, stk. 6, litra a	43
4.2.2.3.2	Art. 5, stk. 6, litra b	44
4.2.3	ARTIFICIAL AVOIDANCE OF PE STATUS THROUGH THE SPECIFIC ACTIVITY EXEMPTIONS	46
4.2.3.1	Forslag F	46

4.2.3.2	Forslag G	47
4.2.3.3	Forslag H	47
4.2.3.4	Forslag E	49
4.2.4	FRAGMENTATION OF ACTIVITIES BETWEEN RELATED PARTIES	52
4.2.4.1	Forslag I	52
4.2.4.2	Forslag J	53
4.3	ACTION 15	54
4.4	OPSUMMERING OG SAMLET VURDERING	54
4.4.1	FØLGERNE AF BEPS ACTION 7	57
4.4.1.1	Subjektive kriterier	57
4.4.1.2	Administrative omkostninger og profitallokering	57
4.4.1.3	Kunstige formål og kommercielle formål	58
4.4.1.4	Forløbets varighed	58
4.4.2	FORSLAG FRA HØRINGSSVAR	58
4.5	DELKONKLUSION	59
5	KAPITEL 3 - ØKONOMISK ANALYSE	61
5.1	INDLEDNING	61
5.2	DET IDEELLE MARKED	62
5.2.1	FULDKOMMEN KONKURRENCE	62
5.2.2	EFFICIENS	64
5.2.3	VELFÆRDSTEORIEN	65
5.2.4	DØDVÆGTSTAB	67
5.3	MNES OG DEN OFFENTLIGE SEKTORS MODSATRETTEDE INTERESSER	68
5.3.1	MULTINATIONALE SELSKABER	68
5.3.2	DEN OFFENTLIGE SEKTOR	70
5.3.2.1	Allokering	71
5.3.2.2	Fordeling	71
5.3.2.3	Sikring af makroøkonomisk balance	72
5.3.2.4	Velfærdsstaten	73
5.4	DET IDEALISEREDE MARKED OG DEN SAMFUNDSØKONOMISKE VIRKELIGHED	74
5.4.1	MARKEDSFEJL - EKSTERNALITETER OG FRAVÆR AF VELDEFINERET PRIVAT EJENDOMSRET	76
5.5	THE TRAGEDY OF THE COMMONS	77
5.5.1	PRISONER'S DILEMMA	79
5.5.2	LØSNING PÅ "THE TRAGEDY OF THE COMMONS"	81
5.5.3	REGULERING	82
5.6	PÅLÆGNING AF SKAT – EN TILNÆRMELSE AF DET IDEELLE MARKED?	83
5.6.1	SKATTEBASENS BETYDNING	83
5.6.2	UDFORMNING AF OPTIMAL SKATTEPOLITIK	86
5.6.2.1	Skattens totale omfang	87
5.7	EFFICIENSBETRAGTNING	89
5.8	"A WORLD TAX AUTHORITY"	90
5.9	DELKONKLUSION	90
6	KAPITEL 4 - INTEGRERET ANALYSE	92
6.1	DET JURIDISKE OG DET ØKONOMISKE HENSYN	93
6.1.1	HENSYNET BAG BEPS ACTION 7	93
6.1.1.1	Compliance omkostninger for MNEs	94
6.1.1.2	Administrationsomkostninger for skattemyndighederne	95
6.1.1.3	Usikkerhed og uigennemsigthed	95
6.1.2	HENSYNET BAG DEN EFFICIENTE RESSOURCEALLOKERING	97
6.1.3	GRÆNSEFELTET IMELLEM HENSYNENE	97
6.2	FORSLAG FRA HØRINGSSVAR	99

6.2.1	FORSLAG 1: MINIMUMSKRAV	99
6.2.2	FORSLAG 2: UDDYBENDE EKSEMPLER OG OBJEKTIVE KRITERIER	100
6.2.3	FORSLAG 3: MISBRUGSTEST	101
6.2.4	FORSLAG 4: PRÆCISERINGER I KOMMENTARERNE	102
6.2.5	OPSUMMERING AF FORSLAG FRA HØRINGSSVAR	103
6.3	HARMONISERING – DEN IDEELLE LØSNING	103
6.3.1	LØSNINGSFORSLAG "A WORLD TAX AUTHORITY"	104
6.4	DELKONKLUSION	106
7	KAPITEL 5 - KONKLUSION	107
8	LITTERATURLISTE	109

3 Kapitel 1 - Præsentation af emne, teori og metode

3.1 Indledning

I takt med den stigende globalisering, teknologiske udvikling samt den øgede internationalisering af erhvervs-livet, åbnes der op for udvidet samarbejde på tværs af landegrænser.¹ Denne evolution medfører et stigende behov for, at relevante retsregler opdateres og tilpasses, ikke mindst indenfor den internationale skatterets område. Den internationale skatteret består af tre hovedområder: intern skatteret, dobbeltbeskatningsoverenskomster (herefter DBO'er) samt EU-skatteret. Disse hovedområder kaldes også skatterettens tre dimensioner.²

For multinationale selskaber (herefter MNEs) skaber den øgede globalisering grobund for at skatteplanlægge gennem transaktioner på tværs af landegrænser i et forsøg på at minimere deres samlede globale skattebetaling.³ Skatteregler er som udgangspunkt nationale, hvilket giver udfordringer når koncerner opererer internationalt, da hvert land fokuserer på håndhævelsen af egne nationale regler. I den forbindelse bliver den internationale skatterets fornemmeste opgave at tilpasse de nationale skattesystemer i forhold til hinanden således at dobbeltbeskatningskonflikter samt uønskede interaktioner, herunder i form af skatteplanlægning, undgås.⁴

Den stigende integration af nationale økonomier og markeder har lagt et pres på de internationale skatteregler, i bl.a. OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) regi, som blev udarbejdet for mere end 100 år siden. OECD er en international samarbejdsorganisation, som behandler økonomiske, sociale og miljømæssige udfordringer på globalt plan. OECD søger blandt andet at undgå dobbeltbeskatning og dobbelt ikke-beskatning, for at sikre forudsigelighed samt retfærdig profitallokering. Indenfor international skatteret forekommer problemstillinger som dobbeltbeskatning og dobbelt ikke-beskatning, når en indkomst har tilknytning til mere end ét land. I den forbindelse har OECD udarbejdet en Modeloverenskomst, som medlemsstaterne kan bruge som skabelon til at indgå en DBO. En DBO har til formål at fordele beskatningsretten mellem de implicerede lande.

Presset på de internationale skatteregler skyldes, at den stigende interaktionen mellem nationale skattesystemer kan lede til dobbeltbeskatning af MNEs men samtidig også føre til "Base Erosion and Profit Shifting" (herefter BEPS), der kan beskrives som skatteudnyttelse, der sker gennem udhuling af skattegrundlaget og flytning af MNEs skattepligtige indtægter til et land med lavere eller ingen beskatning. BEPS har skabt grundlag for et globalt BEPS-projekt med det formål at genskabe tillid til de internationale skatteregler samt sikre at profit beskattes i det land, hvor den økonomiske aktivitet, og værdiskabelsen i forbindelse med denne, finder

¹ Michelsen, Aage m.fl., 2015, s. 1107

² Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 17

³ Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 266 ff.

⁴ Reimer, Ekkehart m.fl., 2012, OECD MC - 3

sted. BEPS-projektet begyndte i 2013 da OECD og G20⁵ oprettede en "BEPS Action Plan" med 15 Action, der hver især adresserer specifikke problemstillinger ved BEPS. I 2015 har OECD frigivet endelige rapporter til hver af de 15 Actions, som er et resultat af to års arbejde, hvor OECD, G20, EU-kommissionen, interessenter etc. har haft indflydelse. Implementeringen af resultaterne af BEPS-projektet i OECD's Modeloverenskomst (herefter Modeloverenskomsten) forventes afsluttet i 2016.⁶

Det skatteretlige begreb "fast driftssted" er et af de områder, der behandles i BEPS rapporterne. Dette skyldes et ønske fra G20 om at undgå skatteplanlægning, der har til formål at omgå den nuværende definition af fast driftssted. Fast driftssted er et skatteretligt begreb, der bruges om en aktivitet, som ikke i sig selv udgør et selvstændigt skattesubjekt eller retssubjekt. Et fast driftssted udgør sammen med selskabet eller personen, der ejer det faste driftssted, én samlet enhed. Indkomst, der kan allokere til et fast driftssted, beskattes i den stat hvor det faste driftssted er beliggende.⁷

Begrebet fast driftssted er bl.a.⁸ behandlet i BEPS Action 7: "Preventing the Artificial Avoidance of PE⁹ status"¹⁰. Action 7 har til formål at reducere skattesubjekters udnyttelse af agentreglen og lign. gennem kunstige arrangementer samt de specifikke undtagelser til fast driftssted i Modeloverenskomsten art. 5 stk. 4-6¹¹ med kommentarer¹².

Relevansen af afhandlingens emne skyldes BEPS-problematikkens aktualitet samt at begrebet fast driftssted har en fremtrædende rolle indenfor den internationale skatteret:¹³

"The question 'is there a permanent establishment?' is probably the most frequent tax treaty issue that advisers, government officials and courts have to deal with. It is also a question that has a large number of ramifications and on which much has already been written". Schaffner (2013), p. 2.¹⁴

⁵ G20 (forkortelse for "Group of Twenty Finance Ministers and Central Bank Governors") er en gruppe af finansministre og centralbankledere fra 20 væsentlige økonomier: 19 lande og den Europæiske Union, som er repræsenteret via præsidenten for Det Europæiske Råd og den Europæiske Centralbank.

⁶ Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report, s. 3

⁷ Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 158

⁸ Fast driftssted behandles endvidere i Action 1 (Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy), der omhandler problemstillinger i relation til internethandel. På baggrund af den teknologiske udvikling, er det blevet muligt for virksomheder at agere på tværs af landegrænser uden brug af forretningssteder eller personer, hvilket gør at virksomhederne kan undgå at statuere fast driftssted. Action 1 og problemstillingerne i forhold til den digitale økonomi behandles ikke i nærværende speciale af hensyn til dettes omfang.

⁹ PE = permanent establishment

¹⁰ Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report

¹¹ OECD's Modeloverenskomst 2014 – med kommentarer

¹² Når specialet anvender udtrykket "*kommentarerne*" henvises til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst (version 2014).

¹³ Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 153

¹⁴ Schaffner, Jean, 2013, s. 638-651

3.2 Problemfelt

Generelt tildeles land K (kildelandet) kun beskatningsretten til profit, optjent af en virksomhed A hjemmehørende i land D (domicillandet), i tilfælde hvor virksomheden har et fast driftssted i land K, hvor denne profit kan henføres til. Fast driftsstedbegrebet er derfor af afgørende betydning i vurderingen af om en virksomhed kan beskattes i et land hvor virksomheden ikke er hjemmehørende.¹⁵

I afhandlingen analyseres og formidles retstilstanden før og efter implementering af det nye fast driftsstedbegreb indeholdt i BEPS Action 7, da det i en verden med en øget internationalisering af erhvervslivet er af afgørende karakter for skattemyndigheder og MNEs at kunne forstå og håndtere international skatteret som kompleks disciplin.¹⁶ Dette udgangspunkt er valgt for at afdække et praktisk behov for analyse af den retlige tilstand.

Endvidere belyses økonomiske følgevirkninger, der opstår på baggrund af BEPS for herefter at analysere den efficiente ressourceallokering, når MNEs skatteplanlægger og derved udhuler skattebasen. Dette findes relevant, da økonomiske principper bør være grundlag for indsættelse af nye regler samt udgangspunkt for at måle og veje, hvorvidt reglerne fungerer, når først de er vedtaget.¹⁷ Afslutningsvist sammenholdes de juridiske og økonomiske aspekter for at vurdere formålet med BEPS Action 7 overfor en efficient ressourceallokering.

3.3 Problemformulering

Formålet med denne afhandling er at besvare følgende problemstilling i den integrerede analyse:

- I hvilken grad er de grundlæggende hensyn bag BEPS Action 7 i overensstemmelse med en efficient ressourceallokering?

For at adressere ovenstående besvares følgende problemstillinger i hhv. den juridiske og økonomiske analyse:

- Hvordan fortolkes begrebet fast driftssted i art. 5 stk. 4-6 før og efter BEPS action 7, og hvorvidt er de nye regler i overensstemmelse med formålet: "Preventing the Artificial Avoidance of PE Status"?
- Hvorledes er den efficiente ressourceallokering, når MNEs foretager skatteplanlægning og skattebasen udhules?

3.4 Synsvinkel

I den juridiske analyse anlægges en objektiv synsvinkel af OECD's og relevante interessenters fortolkning af begrebet fast driftssted i art. 5, stk. 4-6 før og efter implementeringen af BEPS Action 7, mens den økonomiske samt integrerede analyse anskues ud fra en samfundsøkonomisk synsvinkel.

¹⁵ Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report, s. 9

¹⁶ Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 15

¹⁷ Nielsen og Tvarnø. 2011, s. 440

3.5 Metode

Juridisk såvel som andet akademisk litteratur inkluderes og anvendes som supplement til analysen i afhandlingen. Ydermere bruges akademisk litteratur, faglige artikler samt gældende praksis til at udvide perspektivet, understøtte og kritisere holdninger og forbedre diskussioner, særligt i forbindelse med analyse af forskellige objektive regelsæt og til at understrege fortolkningen af fast driftsstedsbegrebet. Økonomisk litteratur og modeller anvendes ligeledes til at analysere spørgsmål og diskutere juridiske regelsæt.

3.5.1 Metode i den juridiske analyse

Den juridiske del er analytisk og deskriptiv samt baseret på en retsvidenskabelig tilgang, den retsdogmatiske metode, der beskæftiger sig med retlige fænomener.¹⁸ Metoden har til formål at systematisere, beskrive og analysere gældende ret – *de lege lata*. Den retsdogmatiske metode anvendes således til at analysere en juridisk problemstilling på baggrund af anerkendte retskilder. Retskildelæren omhandler reglernes indhold, prioritering, forpligtende virkning etc.¹⁹ Den retsdogmatiske metode skal være med til at skabe et øjebliksbillede af de gældende regler for fast driftssted før og efter implementering af BEPS action 7. Der tilstræbes at præsentere en objektiv, saglig og komplet beskrivelse af ovenstående.

Fast driftssted-princippet er vidt forgrenet i den internationale skatterets tre dimensioner.²⁰ I nærværende afhandling vil der være fokus på DBO'erne, da problemstillingen er rettet mod art. 5 i Modeloverenskomsten. Der tages i afhandlingen udgangspunkt i Modeloverenskomsten fremfor de enkelte DBO'er, da Modeloverenskomsten har haft betydelig indvirkning på forhandling, anvendelse og fortolkning af beskatningsoverenskomsterne og desuden har været fulgt ved indgåelse og revidering af mange DBO'er, da disse i flere tilfælde er udarbejdet med udgangspunkt i selve Modeloverenskomsten.²¹

Desuden har Modeloverenskomsten haft stor indflydelse på definitionen af fast driftssted i flere af de enkelte staters nationale ret.²² Dette gælder fx Danmark, hvor en definition af begrebet fast driftssted ikke findes i national dansk ret. Begrebet, som det anvendes i henhold til national ret, fortolkes dynamisk i overensstemmelse med Modeloverenskomsten.²³ Ved at tage udgangspunkt i selve Modeloverenskomsten bliver afhandlingen således relevant i relation til de lande, der følger principperne i Modeloverenskomsten og kommentarerne til disse. Dog bemærkes det, at der kan være forskelle når det kommer til intern ret og specifikke DBO'er blandt de enkelte lande, hvilket bl.a. kan skyldes anvendelsen af forskellige begrebsdefinitioner.²⁴

¹⁸ Monsen, Erik, 2012, s. 16

¹⁹ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 28-29

²⁰ Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 23

²¹ OECD's Modeloverenskomst 2014 – med kommentarer, introduktion, pkt. 12 og 13

²² Reimer, Ekkehart m.fl., 2012, OECD MC - 5

²³ Reimer, Ekkehart m.fl., 2012, OECD MC - 4

²⁴ Reimer, Ekkehart m.fl., 2012, OECD MC - 5-15

På trods af, at OECD er en rådgivende økonomisk samarbejdsorganisation, og dermed ikke et klassisk internationalt retssystem med almindelige anerkendte retskilder, findes den retsdogmatiske metode anvendelig, da metoden ved flere internationale skatteretlige problemstillinger anses for at være egnet til analyse heraf.²⁵ Desuden anvendes fortolkningsbidrag samt høringssvar til behandlingen af problemfeltet. Retspraksis vil indgå i den juridiske analyse af fast driftssted før implementeringen af BEPS action 7, hvor det findes relevant for at belyse, hvordan bestemte regler og begreber fortolkes af staternes domstole.

3.5.1.1 Dobbeltbeskatningsoverenskomster

DBO'er er normalt bilaterale aftaler, hvilket vil sige en folkeretlig bindende traktat indgået mellem to stater. DBO'er beskæftiger sig således med de regler, der gælder for staternes indbyrdes forhold. En overenskomst skal ratificeres af det kompetente nationale organ, før en stat kan blive folkeretligt forpligtet. Når en DBO er gennemført i national ret, kan en borger umiddelbart støtte ret på DBO'en over for skattemyndighederne.²⁶ I et dansk perspektiv tiltrædes DBO'er af Folketinget ved lov, og de danske borgere kan herefter støtte ret på disse.²⁷

Det primære formål med DBO'er er at imødegå dobbeltbeskatning, da dette kan skade udviklingen af grænseoverskridende økonomiske relationer. Et andet formål med indgåelse af DBO'er er at hindre skatteundgåelse og skatteunddragelse, hvor sidstnævnte er udenfor lovens rammer.²⁸ International dobbeltbeskatning er i Modeloverenskomsten defineret som: *"Forekomsten af international juridisk dobbeltbeskatning, som generelt defineres som påligning af sammenlignelige skatter i to (eller flere) stater hos den samme skatteyder på det samme grundlag og for samme perioder..."*²⁹

En af de vigtigste funktioner ved en DBO, er en rimelig og retfærdig fordeling af beskatningsretten mellem domicillandet og kildelandet. Hovedtendensen er en formodning om domicilandsbeskatning, som følger af det principielle udgangspunkt i art. 21 i OECD's moldeoverenskomst, hvorefter domicillandet har beskatningsretten til indkomster, der ikke er omfattet af fordelingsbestemmelserne i art. 6-20.³⁰ DBO'er er sekundære i forhold til interne regler, og kan derfor kun benyttes til lempelse af beskatningen. De kan således ikke give selvstændig hjemmel for beskatning i tilfælde, hvor der ikke er intern hjemmel efter et givent lands interne skatteregler (den gyldne regel).³¹

²⁵ Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 23 samt Winther-Sørensen, Niels, 2000 s. 24

²⁶ Michelsen, Aage m.fl., 2015, s. 1115 samt Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 23

²⁷ Michelsen, Aage m.fl., 2015, s. 131

²⁸ Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 23

²⁹ OECD's modeloverenskomst 2014 - med kommentarer, introduktion, pkt. 1

³⁰ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 35

³¹ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 30

3.5.1.2 Fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster

Når en DBO skal bringes i anvendelse af nationale myndigheder eller domstole kan der opstå retskildemæssige problemstillinger i relation til hvorledes aftalen skal fortolkes og om faktum skal kvalificeres efter national ret eller folkeret.³² Fortolkningen af DBO'er skal ske ud fra folkeretlige fortolkningsprincipper. Principperne for fortolkningen af folkeretlige traktater er fastlagt i art. 31-32 i Wienerkonventionen. Wienerkonventionens regler anses for at være udtryk for alment gældende folkeretlige regler, hvorfor tilsvarende fortolkningsprincipper antages at gøre sig gældende selvom der er tale om fortolkning af traktater, der ikke er direkte omfattet af konventionen.³³

I konventionen skelnes der mellem primære og supplerende fortolkningsmidler, jf. henholdsvis art. 31 og 32. Det følger af art. 31, stk. 1 at der skal lægges særlig vægt på ordlyden. Dette betyder at udtryk defineret i overenskomsten, skal fortolkes i overensstemmelse med denne definition, uanset om intern ret fortolker udtrykket anderledes. Dermed er hovedvægten lagt på en objektiv fortolkning, hvor udtrykkets kontekst inddrages og hvor det anvendte udtryk skal belyses ud fra traktatens hensigt og formål.³⁴ Det følger af art. 32 at de supplerende fortolkningsmidler kan tages i betragtning, når fortolkningen efter art. 31 har ført til et flertydigt eller uklart resultat, eller hvis fortolkningsresultatet er åbenbart meningsløst eller urimeligt. De supplerende fortolkningsmidler omfatter forarbejderne til traktaten og omstændighederne ved dens indgåelse.³⁵

3.5.1.3 OECD's modeloverenskomst

I erkendelse af værdien af en vis ensartethed i grundprincipper og formulering har OECD gennem tiden udarbejdet og opdateret modeloverenskomster med kommentarer, som OECD's Committee on Fiscal Affairs³⁶ henstiller, at OECD's medlemsstater følger ved indgåelse af deres DBO'er. Modeloverenskomsten er af væsentlig betydning i international skatteret, idet modellen har haft stor indflydelse på opbygningen, indholdet og fortolkningen af mange DBO'er. Dette betyder, at selvom der forekommer afvigelser, har de indgåede DBO'er mange fællestræk, hvilket gør fortolkning og anvendelse af disse lettere. Centralt for denne analyse er Modeloverenskomsten og kommentarerne hertil på trods af, at disse ikke er udarbejdet af et lovgivende organ.³⁷ Dette kan karakteriseres som soft law, der ikke har nogen juridisk bindende virkning modsat hard law. I litteraturen argumenteres der for, at soft law skal indgå i fortolkningen på lige fod med hard law.³⁸

Selvom Modeloverenskomsten med kommentarer ikke har status som en folkeretlig bindende traktat, synes det stadig almindeligt anerkendt i international teori og skattepraksis, at Modeloverenskomsten med tilhøren-

³² Michelsen, Aage m.fl., 2015, s. 1117

³³ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 40 samt Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 37-38

³⁴ Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 24 samt Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 38

³⁵ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 42

³⁶ Dette udvalg er det førende globale organ indenfor fastsættelse af internationale standarder for skat og de fører tilsyn med oprettelse og vedligeholdelse af publikationer som fx OECD's modeloverenskomst.

³⁷ Michelsen, Aage m.fl., 2013, s. 1064

³⁸ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 150 samt s. 163

de kommentarer kan tillægges vægt ved fortolkning af konkrete overenskomster. Vanskeligheden af at indplacere Modeloverenskomsten med kommentarer i Wienerkonventionens regler om fortolkning er omdiskuteret i den internationale skatteretlige teori. Litteraturen beskriver at retskildeværdien af Modeloverenskomsten med kommentarer i stedet bør begrundes i hensynet til at nå frem til en harmoniseret fortolkning.³⁹

Det bidrager til en harmoniseret forståelse, når man i de enkelte stater inddrager Modeloverenskomsten med tilhørende kommentarer som et væsentligt fortolkningsbidrag. Desuden lægges der vægt på Modeloverenskomstens autoritative tilblivelse samt det forhold, at OECD's kommentarer kan anses for at give udtryk for international skattepraksis.⁴⁰ Rækkevidden af retskildeværdien af kommentarerne er genstand for diskussion. Af det ledende danske præjudikat TfS 1993, 7 H fremgår det klart af præmisserne, at det af Højesteret er antaget, at såvel Modeloverenskomsten som kommentarerne hertil og international skattepraksis kan tillægges retskildeværdi.⁴¹

Da der eksisterer forskellige udgaver af Modeloverenskomsten med kommentarer opstår spørgsmålet om en konkret DBO skal fortolkes efter den Modeloverenskomst der forelå på tidspunktet for indgåelse af DBO'en (statisk fortolkning) eller om nyere udgaver af Modeloverenskomsten med kommentarer skal indgå ved fortolkningen (dynamisk fortolkning). Udgangspunktet er at senere udgaver af Modeloverenskomsten med kommentarer kan tillægges værdi forudsat at der er tale om præciseringer, men højst sandsynligt ikke ved deciderede ændringer.⁴²

Af Modeloverenskomstens art. 3, stk. 2 fremgår:

"Ved anvendelsen af overenskomsten til enhver tid af en kontraherende stat skal ethvert udtryk som ikke er defineret deri, medmindre andet følger af sammenhængen, tillægges den betydning som det har på dette tidspunkt i henhold til denne stats lovgivning om de skatter, på hvilke overenskomsten finder anvendelse. Enhver betydning i de skattelove, der anvendes i denne stat, skal gå forud for den betydning, dette udtryk måtte være tillagt i denne stats anden lovgivning."

"...medmindre andet følger af sammenhængen..." har givet anledning til tvivl om, hvornår internationale retskilder er opbrugt og intern ret skal anvendes. Majoriteten synes dog at mene, at ud fra hensynet til en harmoniseret fortolkning skal der tilstræbes en autonom fortolkning dvs. uden inddragelse af intern ret.⁴³

Også andre arbejder foretaget af OECD tillægges betydning som retskilder.⁴⁴ På baggrund heraf er det fundet relevant at inddrage offentliggjorte BEPS rapporter vedrørende Action 7, herunder især Public Discussion

³⁹ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 50

⁴⁰ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 51

⁴¹ Michelsen, Aage m.fl., 2015, s. 131 ff., Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 24 ff., Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 48 ff.

⁴² Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 25-26

⁴³ Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 26

Draft af 31. oktober 2014, januar 2015, Revised Discussion Draft af 15. maj 2015, høringssvar af hhv. 1. januar 2015 og 15 juni 2015 samt Final Report af 5. oktober 2015, der udelukkende beskæftiger sig med definitionen af fast driftssted.

3.5.1.4 Retspraksis

International skattepraksis forsøger at nå frem til en fælles fortolkning, og det er i denne forbindelse særligt bestræbt at nå frem til en fælles forståelse af overenskomsternes udtryk ved at lægge vægt på fortolkningen i international skattepraksis og på Modeloverenskomsten med kommentarer.⁴⁵ Det fremhæves i den internationale teori at harmoniseringssynspunktet bør føre til, at man inddrager andre staters praksis som et fortolkningsbidrag. Det skal dog bemærkes at Wienerkonventionens bestemmelse i art. 31-32 om fortolkning af traktater ikke direkte nævner betydningen af andre staters retspraksis om fortolkningen af tilsvarende udtryk i andre DBO'er.⁴⁶

3.5.2 Metode og teori i den økonomiske analyse

Den økonomiske analyse foretages ud fra en deduktiv tilgang, der har til formål at belyse problemstillingen igennem generelle teorier og principper. Disse anvendes til at drage konklusioner på afhandlingens konkrete problemstilling. Tilgangen er valgt, da problemstillingen behandles vha. teoretiske modeller og principper.⁴⁷ Den økonomiske analyse bygger på retsøkonomi samt teorier og modeller funderet i neoklassisk teori og nyere institutionel teori.

Neoklassisk teori er grundstenen i moderne økonomisk teori. Den bygger på antagelsen om rationelle og nytte- samt profitmaksimerende agenter med det formål at forklare og forudsige markedsmæssig adfærd.⁴⁸ Disse standpunkter suppleres med nyere institutionel økonomisk teori, der fokuserer på udvikling af samfundets grundlæggende institutioner som forudsætning for velstand og velfærd. Denne teori kan bidrage med en inddragelse af samfundets økonomiske udvikling, herunder hvordan markedsfejl kan nødvendiggøre politiske indgreb, med henblik på at opnå en efficient løsning.⁴⁹ Gennem anvendelse af den nyere institutionelle økonomiske teori er det således formålet at medtage yderligere aspekter, der kan belyse en virkelighed, som grundet markedsfejl ikke er perfekt.

Den økonomiske analyse tager afsæt i neoklassisk teori, herunder det perfekte marked ved markedsmekanismen under fuldkommen konkurrence og velfærdsteorien. Et marked karakteriseret ved fuldkommen konkurrence er efficient, da et sådan marked vil have en effektiv ressourceallokering og dermed et optimalt sam-

⁴⁴ Michelsen, Aage m.fl., 2015, s. 132

⁴⁵ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 46 ff.

⁴⁶ Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, s. 47

⁴⁷ Andersen, Ib, 1997, s. 35

⁴⁸ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 439

⁴⁹ Klein, Peter G., 1999, s. 456 ff. Gaden, Erik m.fl., 2013, s. 26 samt Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 439

fundsøkonomisk overskud.⁵⁰ Med udgangspunkt i et idealiseret marked analyseres det, hvilken indvirkning skatter har på markedsmekanismen under fuldkommen konkurrence.

For at belyse problemstillingen ved udhuling af skattebasen (BEPS) findes det relevant at analysere de modsatte interesser for hhv. MNEs og den offentlige sektor. Her benyttes nyere institutionel teori i anerkendelsen af at problemstillingen skyldes markedsfejl, herunder negative eksternaliteter, som opstår på baggrund af MNEs skatteplanlægning. Det ideelle marked sammenholdes med den samfundsøkonomiske virkelighed, hvor der ved den konkrete problemstilling opstår eksternaliteter, for nærmere at belyse de aspekter, der gør sig gældende i denne situation.

Endvidere anvendes retsøkonomisk teori, herunder "The tragedy of the commons" samt spilteori i form af "Prisoner's dilemma". "The tragedy of the commons" benyttes til at analysere bevæggrunden for MNEs skatteplanlægning samt understøtte nødvendigheden af regulering. Formålet med inddragelsen af "Prisoner's dilemma" er at forklare MNEs handlingsmønstre samt forudse og beskrive fremtidig adfærd.⁵¹ Spilteori fokuserer på gensidig afhængighed. I ethvert spil vil der være mere end én beslutningstager - disse kaldes spillere. En spillers valg påvirker direkte mindst én anden spiller.⁵² Enhver spiller medtager betragtningen om gensidig afhængighed, når denne træffer et valg. Spillerne er rationelle og vil altid vælge det udfald, der giver det højeste payoff.⁵³ Spilteorien anses, som følge af sin dynamiske og komplekse natur, for at være et godt redskab ved analyse af retsreglers egnethed.⁵⁴ Desuden anses det for et nødvendigt redskab til at analysere aktørers valg, når disse er usikre på hvad andre aktører vælger at gøre. Siden aktørerne er nødt til at handle uden at vide hvordan omgivelserne udvikler sig, og hvilke konsekvenser deres handlinger medfører, er der behov for adfærdsteori til at belyse resultaterne af de forskellige handlinger.⁵⁵

Retsøkonomien, der både bygger på neoklassisk teori og teorier under nyere institutionel teori⁵⁶, og særligt anvender mikroøkonomisk teori⁵⁷, benyttes yderligere til at analysere regulering som løsning på markedsfejl og hvilken betydning beskatning af MNEs har på samfundet. I relation hertil vil der være særligt fokus på skattebasens omfang samt udformningen af optimal skattepolitik. Retsøkonomien er en analyseramme, der tager stilling til konkrete reglers økonomiske implikationer ud fra økonomiske teori og modeller.⁵⁸ Regulering kan få uforudsete økonomiske følgevirkninger som kan forklares gennem retsøkonomiske modeller. Retsøkonomien er dermed en økonomisk analyse af retten, der medvirker til at fastsætte efficiente regler for marke-

⁵⁰ Knudsen, Christian, 1997, s. 56

⁵¹ Watson, Joel, 2008, s. 44

⁵² Dutta, Prajit K., 1999, s. 3

⁵³ Dutta, Prajit K., 1999, s. 4-5

⁵⁴ Eide og Stavang, 2014, s. 123

⁵⁵ Eide og Stavang, 2014, s. 119

⁵⁶ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 439

⁵⁷ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 439

⁵⁸ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 318-319

dets aktører.⁵⁹ Der er i afhandlingen særligt fokus på retsøkonomien, da formålet med den økonomiske analyse er at undersøge den efficiente ressourceallokering, når MNEs skatteplanlægger og derved udhuler skattebasen.

3.5.3 Metode i den integrerede analyse

I den integrerede metode sammenholdes de to videnskabelige tilgange i jura og økonomi. På baggrund af disse tilgange samt vurderingerne i de respektive analyser, udledes det hvorvidt og i hvilken grad den økonomiske efficiente ressourceallokering og de grundlæggende hensyn og formål i juraen stemmer overens. Herefter kan der med udgangspunkt i forslag fremsat i høringssvarene i den juridiske analyse, og løsningsforslag på "The tragedy of the commons" fremsat i den økonomiske analyse, diskuteres og analyseres hvilke konsekvenser de pågældende forslag vil medføre i afvejningen af det juridiske formål og den efficiente ressourceallokering. På baggrund heraf udledes det i hvilken grad juraens formål og den økonomiske efficiensbetragtning, begge kan tilgodeses.

3.6 Afgrænsning

3.6.1 Juridisk afgrænsning

Begrebet fast driftssted kan opdeles i en subjektiv og en objektiv del.⁶⁰ Den subjektive del fremgår af art. 5 i Modeloverenskomsten og omhandler betingelserne for at fast driftssted kan statueres, herunder hvem der kan beskattes. Denne del behandles i nærværende afhandling. Den objektive del fremgår af art. 7 i Modeloverenskomsten og angår selve den indkomst, der kan allokeres til det faste driftssted, herunder hvad der skal beskattes. Den objektive del holdes uden for nærværende afhandling af hensyn til specialets omfang.

EU-retlige problemstillinger holdes ligeledes udenfor nærværende afhandling da dette vurderes at kræve en selvstændig analyse.

Det bør nævnes at FN ligeledes har udarbejdet en modeloverenskomst, der på mange måder svarer til OECD's – denne er dog på visse områder tilpasset udviklingslandenes forhold fremfor industrilandes.⁶¹ I denne afhandling behandles udelukkende OECD's Modeloverenskomst. Endvidere berører afhandlingen ikke reglerne i de enkelte DBO'er eller i intern skatteret. Intern ret berøres ikke, da det som tidligere beskrevet tilstræbes at benytte en autonom fortolkning for at sikre harmonisering. Der fokuseres således på OECD's modeloverenskomst med kommentarer 2014. Anvendes tidligere Modeloverenskomster vil dette eksplicit benævnes.

Generelle regler vedrørende fuld og begrænset skattepligt vil ikke blive gennemgået i nærværende afhandling af hensyn til omfang og relevans.

⁵⁹ Nielsen og Tvarnø, 2011, s. 436 samt s. 440

⁶⁰ Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 23

⁶¹ Koerver Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 24

I afhandlingen behandles udelukkende forslaget i BEPS action 7 vedrørende art. 5, stk. 4-6 af hensyn til speci-alets omfang, hvorfor forslag vedrørende "splitting up of contracts" og "strategies for selling insurance in a state without having a PE therein" ikke vil berøres, da disse henvender sig til specifikke brancher herunder hhv. entreprise i art. 5, stk. 3 og forsikring. Forslag vedrørende "profit attribution to PE's and interaction with actionpoints on transfer pricing", der henvender sig til Modeloverenskomstens art. 7 vil kun berøres overfladisk, og kun i tilfælde, hvor der kan belyses problemstillinger vedrørende fast driftssted definitionen.

Afhandlingen er afsluttet 17. maj 2016, hvorfor potentielt relevant materiale fremkommet efter dette tids-punkt, selvsagt ikke er medtaget i afhandlingen.

3.6.2 Økonomisk afgrænsning

Skatteplanlægning forbindes ofte med begreber som fairness og CSR. Fairness dækker over at andre skatte-ydere opfatter det som unfair når MNEs ikke betaler en fair andel i skat. CSR henviser til MNEs forpligtelser, der rækker ud over de rent økonomiske og juridiske forpligtelser, og til de forventninger, som samfundet har til MNEs. Fairness og CSR vil ikke være genstand for en nærmere analyse. Disse aspekter nævnes overfladisk og kun i tilfælde, hvor det kan bidrage til en bredere forståelse af problemstillingen.

Årsagen til udhuling af skattebasen kan, foruden MNEs udnyttelse af ulige skattesatser og strukturer efter hvor det skattemæssigt er mest optimalt, også begrundes i konkurrencen mellem stater, da nogle stater sætter en lav skattesats for at tiltrække skatteprovenu. Den interne konkurrence mellem stater vil ikke særskilt be-handles men vil nævnes i afhandlingen, hvor dette supplerer til en dybere forståelse.

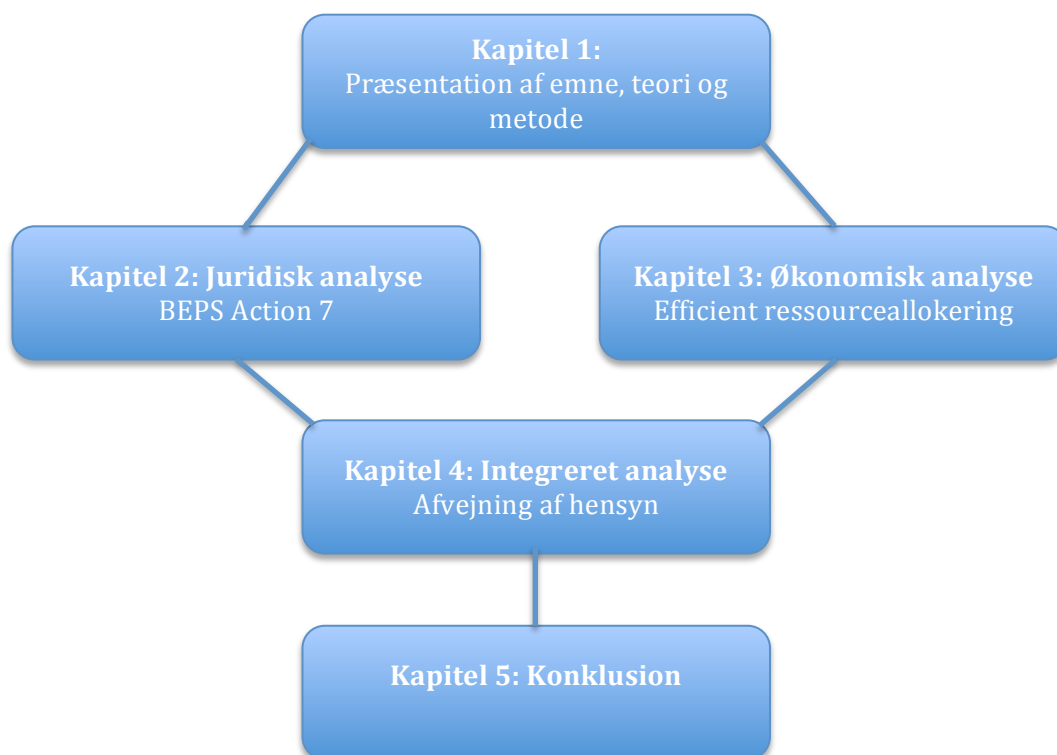
Der vil i afhandlingen udelukkende gøres bug af Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet som efficiensbe-tragtninger. Disse betragtninger vil alene medtage faktorer identificeret i den økonomiske analyse.

3.7 Kildekritik

Den juridiske analyse vil hovedsageligt være et øjebliksbillede af, hvad der er, og bliver gældende ret i relati-on, til fast driftssted. Dette skal ses i sammenhæng med Modeloverenskomsten, BEPS-projektet, samt gæl-dende praksis på området. Da den nye fast driftssteds definition endnu ikke er implementeret i Modeloverens-komsten, forligger der endnu ikke nogen afgørelser, der afspejler reglernes anvendelse og betydning i praksis, hvorfor det har været nødvendigt at benytte høringssvar for at vurdere reglernes følgevirkninger.

Det skal desuden bemærkes, at de benyttede høringssvar er udarbejdet af forskellige parter på markedet, hvor-for deres udtalelser kan være præget af partiskhed.

3.8 Struktur



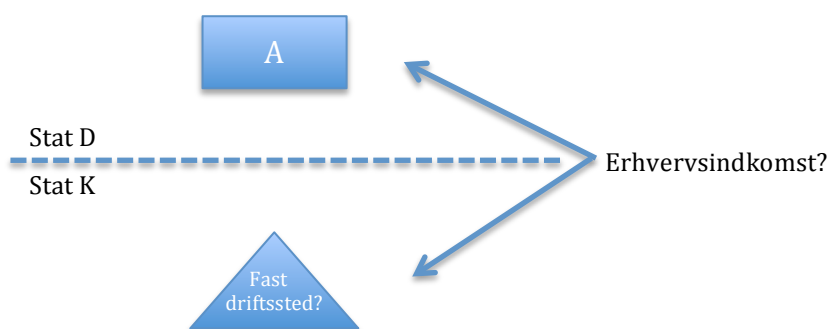
Figur 1 – fremstillet ved egen tilvirkning

4 Kapitel 2 - Juridisk analyse

Spørgsmålet om hvad, der udgør et fast driftssted har som nævnt de senere år indvundet en stor rolle i den internationale skatteret. Reglerne om fast driftssted skal sikre, at den stat, hvor indkomst generes via et fast driftssted, tildeles beskatningsretten til denne indkomst. Reglerne om fast driftssted er derfor afgørende for, om en ikke-hjemmehørende virksomhed, skal betale skat i en anden stat.⁶²

OECD's Modeloverenskomst bygger som udgangspunkt på domicillandsbeskatning, hvilket betyder at domicillandet har den fulde beskatningsret til den globale indkomst.⁶³ Fast driftssted er et skatteretligt begreb, der bruges om en aktivitet, som ikke i sig selv udgør et selvstændigt skattesubjekt eller retssubjekt. Rent juridisk udgør det selskab eller den person, der ejer et fast driftssted én samlet enhed. Indkomst, der kan allokere til et fast driftssted, beskattes ikke efter domicillandsbeskatning, men efter beliggenhedsprincippet, hvorfor beskatningsretten tildeles den stat hvor det faste driftssted er beliggende.⁶⁴

Problematikken er relevant, hvor et selskab, A, beliggende i stat D, har en aktivitet i stat K. Spørgsmålet er hvilken stat, der skal tildeles beskatningsretten til aktiviteten i stat K. Udgør aktiviteten i stat K et fast driftssted tildeles stat K den fulde beskatningsret. Udgør aktiviteten ikke et fast driftssted, tildeles stat D beskatningsretten. Dette kan illustreres ved nedenstående figur.



Figur 2 – fremstillet ved egen tilvirkning⁶⁵

To spørgsmål gør sig gældende i relation til problematikken om fast driftssted:

1. Er der fast driftssted i overenskomstens kildeland
2. Hvilken indkomst kan henføres til det faste driftssted⁶⁶

⁶² Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report s. 9

⁶³ Winther-Sørensen, Niels, 2000, s. 118 samt Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 153

⁶⁴ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 158

⁶⁵ Med inspiration fra Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 158

⁶⁶ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 158

Denne afhandling fokuserer udelukkende på spørgsmål 1 vedrørende definitionen af begrebet fast driftssted i Modeloverenskomstens art. 5.

4.1 Nuværende retstilstand

4.1.1 [Art. 5 – definition af fast driftssted](#)

Begrebet fast driftssted er reguleret i art. 5 i Modeloverenskomsten. Begrebet fast driftssted anvendes til at fastsætte en kontraherendes stats ret til at beskatte fortjeneste, erhvervet af et foretagende hjemmehørende i en anden stat. En sådan fortjeneste kan kun beskattes, hvis foretagnet udøver sin virksomhed gennem et der beliggende fast driftssted.⁶⁷

Art. 5 kan overordnet inddeles i syv dele. I bestemmelsens stk. 1 er hovedreglen og den generelle definition af begrebet fast driftssted. Stk. 2 er en positiv afgrænsning, hvor der oplistes en række eksempler, som i sig selv medfører at der er tale om et fast driftssted, hvis disse betingelser er opfyldt. Stk. 3 udgør en suppleringsregel for entreprisarbejder, som ikke vil berøres nærmere. Stk. 4 er en negativ afgrænsning, der udgør undtagelsen til hovedreglen i stk. 1 og omfatter aktiviteter, der ikke udgør et fast driftssted selvom de øvrige betingelser i stk. 1 er opfyldt. Stk. 5 (agentreglen), er endnu en suppleringsregel hvor agenter, der handler på et foretagendes vegne i en anden stat, kan udgøre et fast driftssted selvom betingelserne i stk. 1 ikke er opfyldt. Reglen i stk. 6 er en undtagelse til agentreglen i tilfælde hvor denne er uafhængig af foretagendet. Desuden gælder den negative afgrænsning i stk. 4 også agentreglen. Stk. 7 er en særregel for datterselskaber, som heller ikke vil berøres nærmere.

For at analysere art. 5, stk. 4-6 introduceres kortfattet hovedreglen samt positivlisten i art. 5, stk. 1-2, med henblik på at skabe en forståelse for begrebet fast driftssted.

4.1.1.1 Art. 5, stk. 1 – Hovedreglen

Art. 5, stk. 1 indeholder en generel definition af begrebet fast driftssted:

"I denne overenskomst betyder udtrykket fast driftssted et forretningssted, hvor et foretagendes virksomhed helt eller delvis udøves".

Følgende tre kumulative betingelser skal være opfyldt for at der er tale om fast driftssted:

1. Der skal være et forretningssted
2. Forretningsstedet skal være fast

⁶⁷ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. 5 (1) samt Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 160

3. Der skal udøves virksomhed gennem det faste forretningssted⁶⁸

4.1.1.1.1 1. Forretningssted

Forretningssted skal fortolkes bredt og kan blandt andet dække over indretninger, lokaler, og installationer som fx maskiner og udstyr, hvad enten dette udnyttes udelukkende til at udøve foretagendets virksomhed eller ej. Installationer og udstyr kan eksempelvis være dykkerudstyr, servere og salgsmaskiner. Udendørs indretninger såsom en studeplads på et marked samt indretninger uden personale, fx salgsmaskiner og spilleautomater, kan udgøre et fast driftssted.⁶⁹ Et forretningssted kan eksistere selvom der ikke er nogle lokaler, blot foretagendet har et vist areal til rådighed. Det er dog en betingelse, at der er en fysisk materiel indretning, hvorfor en webside, postkasse eller bankkonto ikke er tilstrækkeligt til at udgøre fast driftssted.⁷⁰

Det er uden betydning om der er tale om at forretningsstedet lejes, ejes eller på anden vis er stillet til rådighed. Det afgørende er ikke om den skattepligtige har juridisk ret til at anvende et bestemt areal, men om arealet er til dennes rådighed.⁷¹

Art. 5, stk. 1 definerer udtrykket fast driftssted som et forretningssted, igennem hvilket et foretagendes virksomhed udøves helt eller delvist.⁷² Udtrykket "igennem hvilket" skal fortolkes bredt, og dækker enhver situation hvor forretningsvirksomhed udøves på en bestemt lokalitet til foretagendets rådighed med henblik på udøvelse af aktiviteten.⁷³

4.1.1.1.2 2. Fast

Det er en betingelse at forretningsstedet er fast, både tidsmæssigt og geografisk. *Fast i tid* betyder ikke uendelighed men indebærer, at forretningsstedet skal have en vis varighed og dermed ikke er af midlertidig karakter. Mange kontraherende stater anser som udgangspunkt ikke under seks måneder for at være tilstrækkelig til at anses som fast i tid. Dertil kommer at forretningssteder af tilbagevendende karakter godt kan udgøre et fast driftssted, selvom det ikke eksisterer i en sammenhængende periode på seks måneder ad gangen. Her skal vurderingen foretages ud fra varigheden i hver periode samt antal perioder forretningsstedet er benyttet. Dette kan fx være sæsonbetonede forretningssteder, eller i tilfælde hvor et forretningssted anvendes i meget korte perioder til et antal ens aktiviteter i forsøg på at undgå statuering af fast driftssted.⁷⁴

⁶⁸ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. 5 (2), Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 160 samt Metha, Amar, 2012, s. 6

⁶⁹ Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 70

⁷⁰ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 160-161 samt Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 71-72

⁷¹ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 160-161

⁷² OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (2)

⁷³ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (5.6) samt Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 164

⁷⁴ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (6.2) samt Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 162

Fast i sted indebærer, at der skal være en tilknytning til en bestemt geografisk lokalitet. Det er ikke en betingelse, at det der udgør forretningsstedet skal være fastgjort til jorden, hvorfor det er tilstrækkeligt at det forbliver på et givent geografisk sted. En pølsevogn kan derfor godt udgøre et forretningssted der er fast, selvom det er mobilt. Ligeledes kan en stand på en markedsplads have den fornødne geografiske tilknytning. I tilfælde hvor der er flere forretningssteder, skal det vurderes om disse tilsammen udgør en kommerciel og geografisk helhed i relation til aktiviteten og dermed anses som et enkelt forretningssted, eller om de anses for at udgøre flere forskellige forretningssteder. En mine hvor arbejdet strækker sig over et større geografisk område, vil udgøre et enkelt forretningssted,⁷⁵ hvorimod en maler, der arbejder i en kontorbygning under flere forskellige kontrakter, der ikke har nogen forbindelse, ikke kan anses for at udgøre en kommerciel helhed, selvom det er inden for samme geografiske område.⁷⁶

4.1.1.1.3 3. Virksomhedsudøvelse

Det er en betingelse, at der udøves helt eller delvist virksomhed fra det faste forretningssted. Hvad der karakteriseres som virksomhed afgøres i henhold til de kontraherende staters interne ret, men må ikke anses som værende af forberedende eller hjælpende karakter.⁷⁷ Driften behøver ikke at være permanent, dvs. der må gerne være afbrydelser, men driften skal være regelmæssig. Rørlig formue, såsom industrielt, kommercielt eller videnskabeligt udstyr, bygninger, immaterielle formuegoder, som lejes eller leases til tredjemand via et fast forretningssted, vil almindeligvis udgøre et fast driftssted. Fast driftssted kan også foreligge hvor virksomheden udføres ved automatisk udstyr og personalets virksomhed begrænses til opstilling eller betjening af sådant udstyr.⁷⁸

4.1.1.2 Art. 5, stk. 2 – Positiv afgrænsning

Art. 5, stk. 2 indeholder en ikke udtømmende liste af, hvad *udtrykket fast driftssted især omfatter*⁷⁹:

- a) et sted hvorfra foretagendets ledes
- b) en filial
- c) et kontor
- d) en fabrik
- e) et værksted og
- f) en grube, en gas- eller olie kilde, et stenbrud eller et andet sted, hvor naturforekomster udvindes.

Der er tale om eksempler, som ikke i sig selv udgør et fast driftssted, medmindre betingelserne i stk. 1 er opfyldt.⁸⁰

⁷⁵ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (5.2) samt Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 164

⁷⁶ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (5.3) samt Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 79-80

⁷⁷ Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 121

⁷⁸ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (10)

⁷⁹ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 160

Art 5, stk. 1 og 2 udgør tilsammen det primære og positive fast driftssteds kriterium. Det betyder, at i tilfælde hvor bestemmelsen ikke medfører, at der er fast driftssted, skal der undersøges om der opstår fast driftssted efter det sekundære kriterium i Modeloverenskomstens art. 5, stk. 5 og 6.⁸¹

4.1.1.3 Art. 5, stk. 5 og 6 – agentreglen

Den såkaldte agentreglen, findes i art. 5, stk. 5 og udgør det sekundære kriterium:

"Uanset bestemmelserne i stk. 1 og 2, hvor en person – med undtagelse af en sådan uafhængig repræsentant, for hvem stk. 6 finder anvendelse – der udøver virksomhed for et foretagende, har, og sædvanligvis udøver, en fuldmagt i en kontraherende stat til at indgå aftaler i foretagendets navn, skal dette foretagende anses for at have fast driftssted i denne stat med hensyn til enhver virksomhed, som han foretager for foretagenet, medmindre hans virksomhed er begrænset til sådanne, som er nævnt i stk. 4, som, hvis den udøves gennem et fast forretningssted, ikke ville gøre dette faste forretningssted til et fast driftssted i henhold til bestemmelserne i pågældende stykke".

Art. 5, stk. 5 er en udvidelse af det faste driftssteds begreb, da denne finder anvendelse såfremt betingelserne i art. 5, stk. 1 ikke er opfyldt.⁸² Bestemmelsen er indsat med det formål, at det ikke skal være muligt at lade foretagendet udøve virksomhed gennem fx en fuldmægtig, fremfor et fast forretningssted, og på denne måde undgå statuering af fast driftssted og kildeskat i udlandet.⁸³

Agentreglen omfatter situationer, hvor personer handler på vegne af foretagendet. Disse personer kan være selskaber eller fysiske personer, og behøver ikke at være hjemmehørende i den stat, hvor de udfører arbejdet. Der er fem betingelser, der skal være opfyldt, for at en person kan anses for at være et fast driftssted.⁸⁴

1. agenten har fuldmagt til at indgå aftaler i foretagendets navn
2. fuldmagten udøves sædvanligt
3. fuldmagten udøves i kildelandet
4. fuldmagten vedrører foretagendets egentlige forretningsvirksomhed
5. agenten må ikke være uafhængig

Agenten skal have fuldmagt til at indgå aftaler, der binder foretagendet. Betingelsen skal sikre, at der ikke statueres fast driftssted i alle tilfælde hvor der opretholdes en afhængig person i en anden stat, hvorfor den

⁸⁰ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (12) samt Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 62

⁸¹ Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 59

⁸² Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 156

⁸³ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (31)

⁸⁴ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 171

begrænses til situationer hvor personer har en fuldmagt og i en vis grad forpligter foretagendet.⁸⁵ Denne betingelse kan også været opfyldt selvom kontrakterne ikke er indgået i foretagendets navn, så længe de binder foretagendets deltagelse i forretningsvirksomhed i kildestaten. Dette skyldes, at betingelsen ikke skal tages bogstaveligt, og i tilfælde hvor agenten uden formelt at indgå en bindende kontrakt fx optager ordrer, der sendes direkte til et lager, hvorfra varen leveres og hvor det udenlandske foretagne rutinemæssigt godkender transaktionen, vil betingelsen være opfyldt.⁸⁶

At fuldmagten skal udøves sædvanligt, afspejler, at foretagendets tilstedeværelse ikke må være kortvarig. Hvorvidt fuldmagten udøves sædvanligt beror på en konkret vurdering af bl.a. kontrakten og arten af den virksomhed, agenten arbejder for. Enestående tilfælde vil ikke opfylde kravet om sædvanlig.⁸⁷ De samme faktorer der lægges vægt på ved bedømmelsen fast i tid vil også være relevante ved vurderingen af "sædvanligvis".⁸⁸

Det er endvidere en betingelse at fuldmagten udøves i den stat, hvor der kan statueres fast driftssted. Dette beror ligeledes på en konkret vurdering af situationens kommercielle karakter. Har agenten fuldmagt til at forhandle kontrakten og dennes detaljer på en måde, der er bindende for foretagendet, er fuldmagten udøvet i denne stat, selvom selve underskrivelsen af kontrakten foretages af en anden person i en anden stat hvor foretagendet befinder sig, eller selvom personen formelt ikke har fået fuldmagt.⁸⁹

Fuldmagten skal vedrøre foretagendets egentlige forretningsvirksomhed, hvilket betyder, at agentreglen ikke finder anvendelse, hvis der er tale om fuldmagt til rent interne anliggender, såsom ansættelse af personale og lign. Den negative afgrænsning i art. 5, stk. 4 gælder også agentreglen, hvorfor fuldmagt til opgaver af rent forberedende eller hjælpende karakter udelukker anvendelse af agentreglen.⁹⁰

Endelig er det en betingelse, at agenten ikke er uafhængig og omfattet af art. 5, stk. 6:

"Et foretagende anses ikke for at have fast driftssted i en kontraherende stat, blot fordi det driver forretning i den stat gennem en mægler, kommissionær eller anden uafhængig repræsentant, såfremt disse personer handler inden for rammerne af deres sædvanlige forretningsvirksomhed".

For at en agent kan anses for at være uafhængig, skal agenten være både økonomisk og juridisk uafhængig af foretagendet, samt handle inden for sin sædvanlige erhvervsvirksomheds rammer, når denne handler på fore-

⁸⁵ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (32)

⁸⁶ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (32.1)

⁸⁷ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 172

⁸⁸ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer - 2014 art. 5, pkt. (33.1)

⁸⁹ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer - 2014 art. 5, pkt. (33) samt Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 172-173

⁹⁰ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 172-173

tagendets vegne.⁹¹ Hvorvidt agenten er uafhængig afhænger af en række kriterier. En uafhængig agent vil typisk være ansvarlig overfor fuldmagtsgiver, men ikke være underlagt kontrol og detaljerede instruktioner med hensyn til udførelsen af arbejdet. At fuldmagtsgiver stoler på agenten og dennes kundskaber, er udtryk for uafhængighed. Selve omfanget af agentens bemyndigelse er ikke relevant i vurdering af afhængighed. Afgørende er agentens frihed til at udøve virksomhed inden for bemyndigelsen.⁹² Endvidere er tilbagemeldinger og information om arbejdets forløb ikke udtryk for afhængighed, da dette sikrer at aftalen opfyldes tilfredsstillende, med mindre informationer er givet med henblik på at få accept fra fuldmagtsgiver.⁹³ Antallet af agentens fuldmagtsgivere kan også have betydning i vurderingen af afhængighed. Har en agent kun få eller én fuldmagtsgiver gennem hele sin virksomhed eller i en længere tidsperiode, kan dette tale for afhængighed. Har agenten flere fuldmagtsgivere, hvor ingen er dominerende, og handler disse i fællesskab for at kontrollere agentens arbejde, kan dette også indikere afhængighed.⁹⁴

Alle omstændigheder skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om agenten udgør en selvstændig virksomhed, som han bærer risikoen for, og modtager vederlag for hans forretningsmæssige kunnen og viden.⁹⁵

For at afgøre om agenten handler inden for sin virksomheds sædvanlige rammer, undersøges den forretningsvirksomhed som sædvanligvis udføres som agent og lign. fremfor anden forretningsvirksomhed, som agenten måtte udøve. Udøver en person på foretagendets vegne virksomhed, som i økonomisk forstand kan henføres til foretagendet og ikke personens egen erhvervsvirksomhed, kan denne person ikke siges at handle inden for dens sædvanlige erhvervsvirksomheds rammer og vil derfor ikke kunne betragtes som uafhængig agent. Hvor fx en kommissionær på foretagendets vegne både sælger varer i eget navn, men også handler med fuldmagt til at binde foretagendet, vil dette betragtes som fast driftssted, da denne handler udenfor sin sædvanlige erhvervmæssige virksomhed som kommissionær.⁹⁶

Sammenfatning

- Fuldmagtskravet indebærer at agenten forpligter foretagendets deltagelse i forretningsvirksomhed i kildestaten.
- Ved "sædvanligvis" skal der foretages en konkret vurdering af arten af den virksomhed kontrakten vedrører. Isolerede tilfælde vil dog ikke medføre fast driftssted.
- Det er en betingelse at fuldmagten udøves i kildelandet. Dette beror ligeledes på en konkret vurdering og vil være opfyldt i tilfælde hvor agenten har fuldmagt til at forhandle kontraktens detaljer på en må-

⁹¹ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014 art. 5, pkt. (36) samt Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 172-173

⁹² OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (38.3)

⁹³ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (38.4)

⁹⁴ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (38.6)

⁹⁵ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (38.6)

⁹⁶ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (38.7)

de, der er bindende for foretagendet selvom kontrakten underskrives af en anden person i et andet land eller hvis agenten ikke formelt har fået en fuldmagt.

- Statuering af fast driftssted er betinget af, at den virksomhed som personen udøver gennem sin fuldmagt, skal være foretagendets egentlige virksomhed.
- Ved bedømmelsen af, hvorvidt en agent kan anses for at være økonomisk og juridisk afhængig/uafhængig vil følgende kriterier være afgørende:
 - Kontrol og instruktionsbeføjelse
 - Frihed inden for bemyndigelse
 - Antal af fuldmagtsgivere, herunder graden af eksklusivitet
 - Det er et krav at agenten handler indenfor rammerne af sin egen virksomhed

Fuldmagt til aktiviteter af rent forberedende eller hjælpende karakter udelukker anvendelse af agentreglen. Sådanne aktiviteter fremgår af den negative afgrænsning i art. 5, stk. 4.

4.1.1.4 Art. 5, stk. 4 – negativ afgrænsning

Selvom betingelserne i stk. 1 og stk. 5 er opfyldt og der på baggrund heraf kan statueres fast driftssted, opretholder stk. 4 en række aktiviteter, som på trods heraf ikke udgør et fast driftssted:

- a) *anvendelsen af indretninger udelukkende til oplagring, udstilling eller udlevering af varer tilhørende foretagendet;*
- b) *opretholdelsen af et varelager, tilhørende foretagendet, udelukkende til oplagring, udstilling eller udlevering;*
- c) *opretholdelsen af et varelager, tilhørende foretagendet, udelukkende til bearbejdelse eller forædling hos et andet foretagende;*
- d) *opretholdelsen af et fast forretningssted udelukkende for at foretage indkøb af varer eller fremskaffe oplysninger til foretagendet;*
- e) *opretholdelsen af et fast forretningssted udelukkende i det øjemed at udføre anden virksomhed af forberedende eller hjælpende art for foretagendet;*
- f) *opretholdelsen af et fast forretningssted udelukkende med henblik på en kombination af de under litra a-e nævnte formål, forudsat at virksomheden på det faste forretningssted, der er et resultat af denne kombination, er af forbedrende eller hjælpende karakter.*

Fælles for disse er, at de i almindelighed alle er af forberedende eller hjælpende karakter. Stk. 4 skal forhindre, at et foretagende beskattes i en kontraherende stat, hvis der kun udøves virksomhed af hjælpende eller forbedrende karakter, hvilket eksplicit udtrykkes i litra e og f.⁹⁷

⁹⁷ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (21)

Litra a vedrører situationer, hvor foretagendet erhverver retten til anvendelse af indretninger, oplagring, udstilling eller udlevering af egne varer, mens litra b henvender sig til varelageret som ikke udgør et fast driftssted, hvis det udelukkende opretholdes til oplagring, udstilling eller udlevering. Litra c vedrører situationer, hvor et varelager tilhørende det ene foretagende, bearbejdes af et andet foretagende, på det første foretagendes vegne eller for dets regning. Litra d vedrører informationsindsamling, og har til hensigt at omfatte et avisbureau og dermed udvide begrebet "udelukkende indkøb".⁹⁸ Det bemærkes, at der kan sås tvivl om, hvorvidt litra a-d er eksempler på tilfælde, der aldrig vil udgøre fast driftssted, eller om de hver især skal underlægges en vurdering af, om de i de konkrete situationer er af forberedende eller hjælpende karakter.

Litra e er en opsamlingsbestemmelse, der udgør en generel undtagelse, og som gør det nødvendigt at komme med en udtømmende liste af undtagelser. Bestemmelsen giver et selektivt kriterium i afgørelsen af, hvad der udgør et fast driftssted, og begrænser definitionens i stk. 1's anvendelsesområde. Der er tale om et forretningssted, der kan bidrage til foretagendets produktivitet, men hvor de ydelser, der præsteres, er så langt fra overskudsfrembringelsen, at det ikke er tilstrækkeligt til at udgøre et fast driftssted. Eksempler herpå er reklamering eller videnskabelig forskning, forudsat at de har en forberedende eller hjælpende karakter.⁹⁹

Litra f bestemmer, at når aktiviteten udgør en kombination af eksemplerne i litra a-d, anses der ikke at foreligge et fast driftssted. Det er forsat en betingelse at aktiviteten kan karakteriseres som forbedrende eller hjælpende, hvorfor det er afgørende om det faste forretningssted i sig selv udgør en væsentlig eller betydningsfuld del af foretagendets virksomhed i sin helhed eller ej. Går aktiviteten ud over forberedende eller hjælpende karakter, kan undtagelsen ikke finde anvendelse. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis et foretagendes faste forretningssted udleverer maskinerireservedele til kunder, og derudover ligeledes vedligeholder eller reparerer sådant maskineri. Det er en betingelse af aktiviteten udføres for foretagendet selv. Ydes der samtidig direkte tjenester for andre foretagender, vil det faste forretningssted kunne udgøre et fast driftssted, da der ikke længere kan være tale om forberedende eller hjælpende aktivitet, men derimod en indkomstskabende aktivitet, som i sig selv kan udgøre en væsentlig eller betydningsfuld del af foretagendets virksomhed i sin helhed.¹⁰⁰

Har det faste forretningssted flere aktiviteter, hvoraf nogle aktiviteter er af forberedende eller hjælpende karakter, hvor andre aktiviteter er indkomstskabende, vil hele det faste forretningssted anses for at udgøre et fast driftssted. Det er ikke muligt, at splitte en sammenhængende virksomhed op i flere mindre enheder.¹⁰¹

⁹⁸ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (22)

⁹⁹ OCED's Modeloverenskomst - med kommentarer, 2014, art. 5, pkt. (23) samt Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 135

¹⁰⁰ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 167

¹⁰¹ Koerver Schmidt, Peter mfl., 2015, s. 168

Sammenfatning

Art. 5, stk. 4 udgør undtagelserne til fast driftssted reglerne, dvs. de generelle regler i stk. 1-2, og agent reglen i stk. 5. Det centrale princip i undtagelsesbestemmelsen er at udelukke aktiviteter af forberedende eller hjælpende karakter fra at kunne statuere fast driftssted. Generelt er forberedende eller hjælpende karakter det modsatte af virksomhedens kerneaktivitet. Det bemærkes at undtagelsen til rent forberedende eller hjælpende karakter kun gælder aktiviteter, som foretagendet udfører på vegne af dem selv og ikke aktiviteter som foretagendet udfører på vegne af andre virksomheder, da disse ikke kan karakteriseres som forberedende eller hjælpende for foretagendet selv.

4.1.2 Problematikken ved kommissionærarrangementer

Kommissionærer er en mellemmandstype, der indgår aftaler med tredjemænd og som ikke er bindende for kommittenten. Hvorvidt såkaldte kommissionærstrukturer kan medføre, at en kommissionær kan omfattes af Modeloverenskomstens art. 5, stk. 5 har været genstand for tvivl.

Diskussionen vedrørende dette har omhandlet omstruktureringer af koncerner, som blandt andet består i omdannelse fra en "full-fledged-distributor" til en "low-risk-distributor" eller en kommissionær.¹⁰² Med "full-fledged-distributor" menes et koncernselskab, som beskæftiger sig med kundekontakt samt markedsførings- og reklameopgaver og lign. Et sådant selskab køber og sælger varer i eget navn og for egen regning. En omstrukturering i forhold til dette selskab består i, at overflytte dets funktioner, risiko og aktiver mv. til et moderselskab, der typisk vil være beliggende i et lavskattelands. Selskabet overgår dermed fra at udgøre en "full-fledged-distributor" til at fungere som en kommissionær. Det primære formål med en sådan omstrukturering er at nedbringe koncernens effektive skattesats.¹⁰³ Omstruktureringen vil betyde, at der i mindre grad kan allokere indkomst til selskabet i kildelandet, hvilket kan medføre en erosion af skattebasen i kildelandet. Dette vil kunne undgås ved at et sådan kommissionærarrangement kan statuere fast driftssted, forudsat at indkomst kan allokere til det faste driftssted, jf. art. 7 i Modeloverenskomsten.

Der er flere eksempler fra international retspraksis, der afspejler tvivlen om, hvorvidt en kommissionær kan udgøre fast driftssted for sit moderselskab efter art. 5, stk. 5 i Modeloverenskomsten efter de nuværende regler. Denne problematik uddybes nedenfor, da det særligt er denne problematik, der er genstand for BEPS Action 7.

En fransk sag vedrørte et Schweiziske moderselskab Interhome AG¹⁰⁴, som indgik aftaler med sommerhusejere i lande beliggende i Europa med henblik på udlejning af deres sommerhuse. Dets franske datterselskab, Interhome Gestion SARL, administrerede og udlejede sommerhusene i Frankrig og indgik udlejningsaftaler

¹⁰² Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 213

¹⁰³ Nørgaard Laursen, Anders, 2011, s. 213

¹⁰⁴ Conseil d'État, 20/3 2003, No 224407

med kunderne i eget navn. Conseil d'État fastslog at datterselskabet ikke udøvede moderselskabets virksomhed, hvorfor det ikke var berettiget at anse datterselskabet for at være et fast driftssted for moderselskabet. Der blev lagt vægt på, at det alene var moderselskabet, der indgik juridisk bindende aftaler med sommerhusejerne, og at datterselskabet ikke deltog heri. De aftaler datterselskabet indgik med udlejningskunder var i eget navn.

En anden fransk sag vedrørte hvorvidt det franske selskab Zimmer SAS¹⁰⁵ udgjorde et fast driftssted for sit engelske moderselskab Zimmer Ltd. Zimmer SAS fungerede som kommissionær for moderselskabet og indgik aftaler i eget navn, der ikke var bindende for moderselskabet. Moderselskabet afholdt alle markedsføringsudgifter og bestemte generelle salgsbetingelser. Datterselskabet solgte produkter, der skete for moderselskabets regning og risiko. Conseil d'État anførte at idet en kommissionær handler for kommittentens regning men i eget navn, kan en kommissionær principielt ikke udgøre et fast driftssted. Conseil d'État tog dog forbehold for situationer, hvor kommissionæren faktisk binder kommittenten til trods for sin status som kommissionær. Conseil d'État bemærker, at uanset datterselskabets afhængighed af moderselskabet, kan der ikke statueres fast driftssted hvis ikke datterselskabet forpligter moderselskabet.

Den Norske Tingsret kom frem til et andet resultat i en afgørelse fra 2009.¹⁰⁶ Sagen vedrørte et irsk moderselskab, Dell Products, som solgte computere i flere lande, herunder Norge, hvorfra salget skete gennem det norske datterselskab Dell A/S som kommissionær. Den Norske Tingsret konkluderede, at kravet om fuldmagt var opfyldt, idet datterselskabet havde den reelle autoritet som faktisk bandt moderselskabet. Endvidere lagde Tingsretten til grund, at det ikke var nødvendigt, at datterselskabet indgik retligt bindende aftaler og at det var tilstrækkeligt, at kontrakten i realiteten var bindende for moderselskabet, og lagde dermed ikke vægt på aftalens reelle indhold. Hertil bemærkede Tingsretten at der måtte ligge en værnfunktion i art. 5, stk. 5, da det ellers ville være for let for et ikke-hjemmehørende selskab at undgå skattepligt i kildelandet ved at lade arbejde udføre dér gennem en fuldmægtig. Bestemmelsen måtte derfor skulle fortolkes i overensstemmelse hermed, og datterselskabet blev anset for at have fast driftssted i Norge.

Sammenfatning

Ud fra den gennemgåede praksis kan det konkluderes, at en kommissionær efter de nuværende regler, som udgangspunkt ikke kan udgøre fast driftssted, med mindre kommissionæren har fuldmagt til at indgå bindende aftaler, der i realiteten binder moderselskabet, på trods af dennes status som kommissionær.

4.2 BEPS Action 7

I det følgende beskrives baggrunden for BEPS-projektet, herunder med fokus på fast driftssted. Med udgangspunkt i høringssvarene analyseres og vurderes herefter de ændringsforslag til art. 5, stk. 4-6, der har været fremsat i Public Discussion Draft, Revised Discussion Draft samt de endelige ændringer i Final Report.

¹⁰⁵ Conseil d'État, 31/3 2010, No 304715

¹⁰⁶ Tingrettsdom, 16/12 2009, saksnr. 09-066493TVI-OTIR/07, Dell

4.2.1 Baggrunden for OECD's BEPS-projekt

Globalisering har øget global økonomisk vækst, skabt flere jobmuligheder, givet mulighed for innovation og reduceret fattigdom. Globalisering har også haft indflydelse på nationale skattesystemer.¹⁰⁷ Det blev tidligt anerkendt, at interaktionen mellem nationale skattesystemer kan lede til overlap med risiko for dobbeltbeskatning af multinationale selskaber. De internationale skatteregler har derfor oprindeligt haft til formål at minimere handelsforvridninger samt hindringer for bæredygtig vækst ved at undgå dobbeltbeskatning. Interaktion mellem nationale skattesystemer har dog vist sig også at kunne føre til huller i skattereglerne, der giver MNEs mulighed for at eliminere eller reducere deres skattebyrde.¹⁰⁸ Nationale skattesystemer vil ofte have symmetri, således at der kun er fradrag for en udgift, såfremt den modtagende part beskattes. Denne symmetri findes ikke i samme omfang i international skatteret, hvorfor denne mulighed for at reducere eller eliminere skattebyrden opstår.¹⁰⁹

"Base erosion" (skatteudhuling) udgør en risiko for skatteindtægter, -suverænitet og -fairness. Der eksisterer flere måder at skatteudhule på, men en betydelig kilde har vist sig at være "profit shifting".¹¹⁰ BEPS debatten har de senere år været højt rangeret på den politiske agenda, både blandt OCED-medlemslande og lande udenfor OECD. G20 behandlede problemstillingen på et møde i juni 2012 og igen på et møde i november 2012, hvorefter G20 anmodede OCED om at udarbejde en rapport indeholdende en Action plan, der skulle:

- 1) *identify actions needed to adress BEPS,*
- 2) *set deadlines to implement these actions,*
- 3) *identify the ressources needed and the methodoligy to implement these actions.*¹¹¹

Det faktum at MNEs har mulighed for at eliminere eller reducere deres skattebyrde, har medført problemstillinger for alle parter. Når skatteregler gør det muligt for MNEs at reducere deres skattebyrde, ved at flytte indkomsten til andre lande (profit shifting), flyttes denne byrde over på andre skatteydere. MNEs, der ikke udnytter en mulighed for at reducere eller eliminere sin skattebyrde, vil stå dårligt i konkurrencen overfor dem der gør. På samme vis vil indenlandske virksomheder, der ikke har muligheden for at reducere sin skattebyrde have svært ved at konkurrere med MNEs, der har mulighed for at føre indkomst over grænser og opnå lav eller ingen beskatning. Stater rammes også af BEPS i form af færre skatteindtægter. Ydermere undermineres integriteten i skattesystemer som følge af at offentligheden, medierne og andre skatteydere anser selskabernes skattebidrag for utilstrækkelig og unfair. Manglende skatteindtægter fører i udviklingslande til underfinansie-

¹⁰⁷ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 7

¹⁰⁸ Adressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 5

¹⁰⁹ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 9

¹¹⁰ Adressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 5

¹¹¹ Adressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 9

ring af offentlige investeringer. Generelt medfører BEPS en skadende effekt på konkurrencen samt inefficent ressourceallokering.¹¹²

En løsning på BEPS skal ifølge OECD opnås i fællesskab, hvorfor bidrag fra alle interesserede og berørte parter, herunder både erhvervslivet og civilsamfundet, er afgørende. Desuden er der behov for at skattemyndighederne i de forskellige lande samarbejder om udveksling af information og monitorering.¹¹³

Efter anmodning fra G20 offentliggjorde OECD sin første rapport om BEPS den 12. februar 2013, "Adressing Base Erosion and Profit Shifting". Overordnet forsøger rapporten objektivt at klarlægge de problemstillinger, der relaterer sig til BEPS.¹¹⁴

Den 19. juli 2013 offentliggjorde OECD rapporten Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. Rapporten opstiller 15 Action plans, herunder Action 7: "Preventing the Artificial Avoidance of PE Status", der har følgende formål: *"Develop changes to the definition of PE to prevent the artificial avoidance of PE status in relation to BEPS, including through the use of commissionaire arrangements and the specific activity exemptions. Work on these issues will also address related profit attribution issues."*

De foreslåede ændringer af Modeloverenskomstens art. 5, stk. 4-6 skyldes, at staters fortolkning af den eksisterende definition åbner op for muligheden for at aftaler vedrørende salg af varer, der tilhører et udenlandsk foretagende, forhandles og indgås af repræsentanter, der handler på vegne af foretagendet.

Endvidere skyldes forslagene til ændringerne, at fortolkningen af den eksisterende definition, tillader at udenlandske foretagender forhandler og indgår aftaler om salg af varer tilhørende foretagendet i et andet land, gennem datterselskaber beliggende i dette land, uden at profitten hidrørende fra dette salg beskattes i samme omfang, som hvis salget var foretaget af en distributør. Dette har givet foretagender incitament til, i tilfælde hvor datterselskaber har ageret som en traditionel distributør, at omstrukturere datterselskabet til en kommissionær¹¹⁵, hvilket resulterer i, at profitten fra salget flyttes ud af det land, hvor salget faktisk er foretaget, til det land hvor foretagendet er beliggende, uden at der egentlig er en ændring i funktionen der udøves i det land. Ligeledes er der incitamenter til, at MNEs opdeler deres aktiviteter i flere enheder med henblik på at hver af disse enheder kun har karakter af forbedrende eller hjælpende aktivitet, og dermed opfylder undtagelsen i art. 5, stk. 4.¹¹⁶

¹¹² Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 8

¹¹³ Adressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 9

¹¹⁴ Adressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 15

¹¹⁵ Public Discussion Draft, 2014, s. 10: A *commissionaire* arrangement may be loosely defined as an arrangement through which a person sells products in a given State in its own name but on behalf of a foreign enterprise that is the owner of these products

¹¹⁶ Adressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 19

Den 31. oktober 2014 offentliggjorde OECD Public Discussion Draft, BEPS Action 7: "Preventing the Artificial Avoidance of PE Status", udarbejdet af Working Party 1¹¹⁷ (herefter WP1). Rapporten fastslår, at der er behov for ændringer af fast driftsstedes definitionen, for at undgå misbrug.¹¹⁸ De foreslåede ændringerne har til formål at genoprette kilde- og domicillandsbeskatning i tilfælde hvor grænseoverskridende indkomst ellers ikke ville blive beskattet, eller ville blive beskattet til lave satser. Formålet er således ikke fuldstændig at ændre eksisterende standarder for allokering af beskatningsret.¹¹⁹ Rapporten opfordrede interessenter til at kommentere på forslagene. Dette resulterede i en rapport offentliggjort den 1. januar 2015, der indeholder mere end 800 siders høringssvar til forslagene. På baggrund af disse høringssvar samt et offentligt høringssmøde afholdt den 21. januar 2015, udarbejdede WP1 Revised Discussion Draft offentliggjort den 15. maj 2015, der modsat Public Discussion Draft også indeholder ændringer til Modeloverenskomstens kommentarer. Ligeledes blev der i denne rapport opfordret til at kommentere på forslagene. Høringssvarene på godt 300 sider til Revised Discussion Draft blev offentliggjort den 15. juni 2015. Dette har mundet ud i en Final Report offentliggjort den 5. oktober 2015, der indeholder de ændringer, der skal implementeres i Modeloverenskomsten med kommentarer om fast driftssted i løbet af 2016.

4.2.2 [Artificial avoidance of PE status](#)

Det primære fokus i Action 7 er kommissionær arrangementer, der udnyttes til at undgå statuering af fast driftssted gennem de nuværende regler. Gennem en kommissionær kan en udenlandsk virksomhed sælge sine produkter uden at statuere fast driftssted i denne stat da kommissionæren, der indgår aftalen ikke selv ejer de produkter der sælges. Dermed kan profitten hidrørende fra salget ikke beskattes, kun det vederlag kommissionæren modtager for sin ydelse. Følgende eksempel illustrerer en kommissionærs funktion samt problematikken vedrørende fast driftssted:¹²⁰

- Selskab A er hjemmehørende i land D, og er specialiseret i salg af medicinalprodukter.
- Medicinal produkterne har hidtil været solgt til hospitaler og lign. gennem selskab B hjemmehørende i land K. Selskab A og B tilhører samme multinationale selskab.
- Selskab A og B indgår en kontrakt, der medfører at selskab B får status som kommissionær. I henhold til kontrakten, overfører selskab B alle sine faste aktiver, aktier og sin kundebase til selskab A, og accepterer at sælge selskab A's produkter i land K i eget navn men for selskab A's risiko og regning.
- Som konsekvens af kontrakten reduceres beskatning af profitten hidrørende fra salg foretaget af selskab B i land K, fordi selskab B ikke længere fungerer som distributør og desuden ikke statuere fast driftssted for selskab A.

¹¹⁷ The subsidiary body of the OECD Committee on Fiscal Affairs that deals with tax treaty issues

¹¹⁸ Public Discussion Draft, 2014, s. 9

¹¹⁹ Public Discussion Draft, 2014, s. 10

¹²⁰ Public Discussion Draft, 2014, s. 11

Debatten har primært været fokuseret på følgende passus i art. 5, stk. 5: "*authority to conclude contracts in the name of*".¹²¹ Herudover har der været fokus på de tilfælde hvor kontrakter forhandles i en stat, men afsluttes og underskrives i en anden stat, samt hvad der egentlig menes med en uafhængig agent efter art. 5, stk. 6. På baggrund heraf, er der blevet foreslået ændringer til formuleringen af art. 5, stk. 5 og 6 for at undgå strategier, der har til formål at udhule beskatningsgrundlaget.¹²²

¹²¹ Public Discussion Draft, 2014, s. 11

¹²² Public Discussion Draft, 2014, s. 11

Følgende ændringer til art. 5, stk. 5 og 6 er fremsat i Final Report, med henblik på implementering i løbet af 2016:

CHANGES TO PARAGRAPHS 5 AND 6 OF ARTICLE 5

Replace paragraphs 5 and 6 of Article 5 by the following (changes to the existing text of Article 5 appear in **bold italics** for additions and ~~strikethrough~~ for deletions):

5. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 **but subject to the provisions of paragraph 6**, where a person ~~other than an agent of an independent status to whom paragraph 6 applies~~ is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and ~~has, and habitually exercises, in a Contracting State, an authority to conclude contracts, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are~~

- a) in the name of the enterprise, or
- b) **for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or**
- c) **for the provision of services by that enterprise,**

that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph.

6. ~~An enterprise shall not be deemed to have a permanent establishment in a Contracting State merely because it carries on business in that State through a broker, general commission agent or any other agent of an independent status, provided that such persons are acting in the ordinary course of their business.~~

a) Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first-mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise.

b) For the purposes of this Article, a person is closely related to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises. In any case, a person shall be considered to be closely related to an enterprise if one possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise.

Figur 3 – fremstillet ved egen tilvirkning¹²³

¹²³ Ændringer fremsat i Final Report, 2015

Ændringerne til art. 5, stk. 5 og 6 kan opdeles i forskellige delelementer. Første delelement vedrører "concludes contracts" i art. 5, stk. 5, andet delelement vedrører "in the name of" i art. 5, stk. 5 og sidste delelement vedrører "independent agent" i art. 5, stk. 6. I det følgende beskrives, analyseres og fortolkes på de forslag og høringssvar, der har dannet grundlag for bestemmelsens endelige udformning som fremsat i Final Report.

Som beskrevet ovenfor blev der indledningsvist fremsat et Public Discussion Draft, hvori der blev fremlagt fire forslag, A-D, der skulle forhindre "*Artificial avoidance of PE status through commissionaire arrangements and similar strategies*".

I følgende analyse af BEPS Action 7 anvendes udtrykket "repræsentant" i alle tilfælde, hvor der i art. 5, stk. 4-6 og kommentarerne til denne er henvist til "a person".

4.2.2.1 1. delelement vedrørende kommissionær arrangementer: "concludes contracts"

4.2.2.1.1 Forslag A og C fra Public Discussion Draft

Forslag A og C fra Public Discussion Draft erstatter eksisterende "habitually concludes contracts" med "habitually engages with specific persons in a way that results in the conclusion of contracts" (det der i Final Report er ændret til "habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise").

"Habitually engages with specific persons in a way that results in the conclusion of contracts" har til hensigt at adressere de situationer, hvor repræsentanten ikke formelt indgår kontrakten, men hvor dennes sædvanlige interaktion med den specifikke person resulterer i at kontrakten indgås. Denne ordlyd kræver dermed, at der foreligger en direkte årsagssammenhæng mellem selve interaktionen og indgåelsen af kontrakten.¹²⁴

Den forslåede ordlyd er væsentligt bredere end den nuværende ordlyd "habitually concludes contracts" og synes vidtfavnende.¹²⁵ Den synes vagt formuleret og det uddybes ikke nærmere hvilke aktiviteter, der er omfattet. Formuleringen savner eksempler, der skal give indsigt i den faktiske betydning samt hvordan bestemmelsen skal fortolkes. Det bør i den forbindelse uddybes, hvad der skal forstås ved begreberne "engages", "specific persons" og "in a way that", da disse kan medføre en risiko for en uensartet fortolkning. Der synes ligeledes at være behov for en uddybning af, hvad der skal forstås ved en direkte årsagssammenhæng.¹²⁶ Vage termer åbner op for, at de enkelte stater i praksis anvender reglerne forskelligt, hvilket kan medføre uoverensstemmelser mellem staterne og føre til dobbeltbeskatning.

¹²⁴ Public Discussion Draft, 2014, s. 12

¹²⁵ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 52, s. 57, s. 19 ff., s. 80 samt s. 108-109

¹²⁶ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 74

4.2.2.1.2 Forslag B og D fra Public Discussion Draft

Forslag B og D fra Public Discussion Draft erstatter "habitually conclude contracts" med "habitually concludes contracts, or negotiates the material elements of contracts", som medfører at repræsentanten skal have forhandlet væsentlige elementer af kontrakten for at statuere fast driftssted.

Sammenholdes denne formulering med forslag A og C "engages with specific persons in a way that results in the conclusion of contracts", må sidstnævnte antages at favne bredere, idet der i forslag B og D skal være tale om at repræsentanten skal have forhandlet "material elements" i kontrakten fremfor, at det kun er repræsentantens sædvanlige interaktion med den specifikke person, der resulterer i at aftalen indgås.¹²⁷ Ordlyden, der indeholder et krav om forhandling af "material elements" i forslag B og D synes derfor mere skarp end i forslag A og C, og lever derfor i højere grad op til formålet med Action 7, herunder forhindre kunstige arrangementer, der leder til BEPS. På trods heraf kan den stadig kritiseres for at ramme ikke-kunstige arrangementer. Derfor er der behov for uddybelse af, hvad der skal forstås ved "material elements" samt omfanget heraf,¹²⁸ gennem objektive eksempler, der illustrerer hvordan begrebet skal fortolkes, således at en ensartet brug af reglerne sikres.¹²⁹ Desuden fremgår det ikke klart, hvorvidt det er tilstrækkeligt, at repræsentanten har været passivt tilstede under forhandlingen, eller om denne skal have deltaget aktivt i forhandlingen.¹³⁰

4.2.2.1.3 Forslag til ændringer i kommentarerne fra Revised Discussion Draft

Det kan udledes af høringssvarene til det første Public Discussion Draft, at der er en præference for formuleringen "habitually concludes contracts, or negotiates the material elements of contracts" fremfor "engages with specific persons in a way that results in the conclusion of contracts". Som følge af anmodninger fra høringssvarene, om uddybende eksempler og forklaringer til understøttelse af forståelsen af "negotiates the material elements of contracts" har WP1 ændret og tilpasset kommentarerne til Modeloverenskomsten, som fremgår af Revised Discussion Draft. Nærværende afsnit beskriver, på baggrund af de foreslåede ændringer til Modeloverenskomstens kommentarer, hvad der skal forstås ved "concludes contracts or negotiates the material elements of contracts".

"Concludes contracts" fokuserer på den juridiske indgåelse af kontrakten, der både gælder situationer, hvor en repræsentant accepterer en standardkontrakt overfor en tredjepart på vegne af foretagendet, og hvor en aftale indgås af en repræsentant på vegne af et foretagende i én stat, selvom kontrakten underskrives i en anden stat.¹³¹ I fortolkningen af "or negotiates the material elements of contracts" lægges der vægt på, at de "material elements" i aftaleforholdet er fastlagt af repræsentanten i den ene stat på vegne af foretagendet, selvom den formelt indgås i en anden stat. Hvad der udgør "material elements" afhænger af kontraktens art, men vil typisk

¹²⁷ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 224

¹²⁸ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 110

¹²⁹ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 81 samt s. 25

¹³⁰ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 81

¹³¹ Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.4

inkludere fastlæggelse af parterne i kontrakten samt art og mængde af de varer eller tjenesteydelser som kontrakten vedrører.¹³²

Det er hensigten, at "concludes contracts or negotiates the material elements of contracts" skal omfatte aktiviteter som en repræsentant udøver i en stat med det formål at indgå aftaler, der skal udføres af foretagendet beliggende i en anden stat. Reglen gælder for repræsentanter, der agerer som sælger for foretagendet og som led heri tilbyder eller accepterer kontrakter, også selvom der er tale om standardkontrakter. Intentionen med denne bestemmelse er, at den skal dække aktiviteter, der udføres med henblik på at der senere kan indgås formelle aftaler af foretagendet selv. "Material elements" kan også omfatte standardkontrakter, hvor aktiviteten går ud på at overbevise tredjemand om at acceptere standard vilkår.¹³³

Til trods for de uddybende kommentarer, kritiseres reglerne stadig af høringssvarene for at ramme bredt, herunder også arrangementer, hvor den givne struktur er en naturlig del af foretagendets forretningsområde og således ikke et kunstigt arrangement.¹³⁴ Kommentarerne¹³⁵ som overordnet dækker, hvad der skal forstås ved "concludes contracts or negotiates the material elements of contracts" synes at resultere i en bred anvendelse af reglen, også i tilfælde, hvor den pågældende repræsentant ikke har nogen væsentlig rolle i den proces, der ligger til grund for kontraktindgåelse eller kontraktforhandling. Således synes kommentarerne at gå ud over den forventede betydning af art. 5, stk. 5. Et eksempel på dette er den foreslåede ændring, der indbefatter, at der ikke behøver at foreligge deciderede forhandlinger omkring "material elements" i kontrakten, men at det derimod er tilstrækkeligt at overtale kunden til at indgå i en standardkontrakt.¹³⁶ Selvom det uddybes at "material elements" typisk vil omfatte kontraktens parter, art og mængde synes dette ligeledes at mangle eksempler og uddybende vejledning.¹³⁷ Der savnes ligeledes eksempler på hvad menes med at en kontrakt kan være indgået i en stat, selvom den underskrives i en anden stat.¹³⁸

4.2.2.1.4 Final Report

I Final Report erstattes "negotiates the material elements of contracts" med "habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise". Følgende afsnit er en beskrivelse af, hvad der skal forstås ved denne formulering, baseret på ændringer i Modeloverenskomstens kommentarer i Final Report, samt en analyse af den endelige betydning i forhold til ovenstående betragtninger og overvejelser til de forudgående forslag.

¹³² Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.5

¹³³ Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.6

¹³⁴ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 8 samt s. 18

¹³⁵ Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.4, 32.5 samt 32.6

¹³⁶ Høringssvar Revised Discussion Draft, 2015, s. 93 samt 322

¹³⁷ Høringssvar Revised Discussion Draft, 2015, s. 10

¹³⁸ Høringssvar Revised Discussion Draft, 2015, s. 99 ff.

En repræsentant, der handler på vegne af et foretagende, der resulterer i indgåelse af kontrakter, og kan siges at gå ud over hvad, der kan karakteriseres som reklamering eller markedsføring er tilstrækkelig til fastslå dette foretagendes forretningsaktivitet i den pågældende stat. Fast driftssted forudsætter i denne situation, at repræsentantens indgåelse af kontrakter, og kontrakter indgået som et direkte resultat af dennes handlinger, sker gentagne gange og ikke kun i isolerede tilfælde.¹³⁹

For at art. 5, stk. 5 kan finde anvendelse skal følgende tre betingelser være opfyldt:¹⁴⁰

1. a person acts in a Contracting State on behalf of an enterprise;
2. in doing so, that person habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and
3. these contracts are either in the name of the enterprise or for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or for the provision of services by that enterprise.¹⁴¹

I tilfælde hvor der ellers kan statueres fast driftssted efter art. 5, stk. 5, vil dette alligevel ikke statuere fast driftssted, hvis aktiviteten udført af repræsentanten kan karakteriseres som forberedende eller hjælpende, jf. art. 5, stk. 4.¹⁴²

Hvad angår den første betingelse "on behalf of", kan en repræsentant ikke siges at handle på vegne af et foretagende, hvis ikke dette foretagende påvirkes direkte eller indirekte af de handlinger, der udøves af repræsentanten.¹⁴³

"Concludes contracts", skal forstås således at kontrakten anses for indgået af repræsentanten i henhold til den relevante stats lovgivning. En kontrakt kan anses for indgået uden aktiv forhandling om kontraktens vilkår, hvis eksempelvis en stats lovgivning anser en kontrakt for indgået ved, at en repræsentant accepterer, på vegne af foretagendet, en standardkontrakt tilbudt af en tredjepart med foretagendet. Derudover kan en kontrakt anses for indgået, hvis den i henhold til den relevante stats lovgivning anses for indgået, selvom kontrakten er underskrevet udenfor denne stat, hvis eksempelvis indgåelsen af kontrakten skyldes repræsentantens accept af en kontrakt på foretagendets vegne. I forlængelse heraf, vil en repræsentant, der forhandler alle vilkår og de-

¹³⁹ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32

¹⁴⁰ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.1

¹⁴¹ betingelse 3 behandles i afsnit 4.2.2.2.2 nedenfor

¹⁴² Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.2

¹⁴³ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.3

taljer i en kontrakt, på en måde som er bindende for foretagendet, siges at være indgået i den stat, selvom kontrakten er underskrevet i en anden stat.¹⁴⁴

Det bemærkes at WP1 gennem opfordring fra høringssvarene har uddybet i hvilke tilfælde en kontrakt kan anses for indgået i en stat, selvom kontrakten underskrives i en anden stat. Generelt har alle fremsatte forslag været kritiseret for at indeholde mange subjektive elementer, som øger risikoen for, at disse fortolkes forskelligt blandt medlemslandene, hvorfor der har været stor efterspørgsel på uddybelse og eksempler, der illustrerer hvordan reglerne skal anvendes og forstås. Ved at gøre "concludes contracts" til genstand for en fortolkning af den relevante stats interne aftaleret i afgørelsen af, hvorvidt en kontrakt anses for indgået i denne stat, bliver reglerne samtidig genstand for øget subjektivitet og det vil kræve at MNEs har indgående kendskab til forskellige staters interne aftaleret.

Sætningen "or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise" er rettet mod situationer, hvor indgåelse af en kontrakt, er et direkte resultat af repræsentantens handlinger på vegne af foretagendet, selvom repræsentanten, under den pågældende stats lov, ikke anses for at være den, der har indgået aftalen. Udtrykket "concludes contracts" er velkendt aftaleret, men det er fundet nødvendigt at supplere dette med en undersøgelse af de faktiske aktiviteter, der finder sted i en stat, for at adressere situationer, hvor indgåelsen af en kontrakt er et klart resultat af disse aktiviteter, selvom aftaleretten medfører at indgåelsen af aftalen er sket uden for den pågældende stat. "The principal role leading to the conclusion of contracts" vil typisk være forbundet med en repræsentants handlinger, der overbeviser en tredjepart om, at indgå en kontrakt med foretagendet. En repræsentant, der tilbyder og accepterer, men ikke formelt afslutter ordrer, som sendes direkte til et varelager, hvorfra varer tilhørende foretagendet leveres og hvor foretagendet rutinemæssigt godkender disse transaktioner, vil være omfattet. Bestemmelsen vil ikke finde anvendelse i situationer, hvor en repræsentant blot reklamerer eller markedsfører et foretagendes varer eller tjenesteydelser, på en måde, der ikke direkte resulterer i indgåelse af kontrakter.¹⁴⁵

Omvendt vil bestemmelsen finde anvendelse hvor ansatte hos et datterselskab, beliggende i en anden stat, kontakter potentielle kunder gennem e-mails og telefonopkald og overtaler dem til at købe foretagendes produkter og tjenesteydelser, ved online at acceptere standardkontrakter, som de ansatte ikke har bemyndigelse til at ændre.¹⁴⁶

Som bemærket ovenfor under forslaget "negotiates material elements", blev dette kritiseret for, at der ikke var sammenhæng mellem udtrykkets ordlyd og det at udtrykket skulle omfatte accept af standardkontrakter eller

¹⁴⁴ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.4

¹⁴⁵ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.5

¹⁴⁶ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.6

overbevise tredjemand om indgåelse af standardkontrakter. Denne kritik synes undvejet ved at omformulere til "principal role leading to the conclusion of contracts", der i højere grad fokuserer på årssammenhængen til kontraktens indgåelse, fremfor elementerne indeholdt i kontrakten. Udtrykket "habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise" må alt andet lige anses for at være en bredere formulering, end "negotiates the material elements", hvilket må formodes at medføre statuering af fast driftssted i flere tilfælde.

Hvor betingelserne i selve art. 5, stk. 5 er opfyldt vil et fast driftssted til foretagendet eksistere i den udstrækning, at en repræsentant handler på vegne af foretagendet, dvs. ikke kun i tilfælde hvor at en sådan repræsentant "concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise".¹⁴⁷ Det synes modstridende at dette medfører at en repræsentant, der handler på vegne af foretagendet, kan statuere fast driftssted selvom denne kun opfylder betingelse 1 og ikke betingelse 2 og 3 i kommentar pkt. 32.1 i Final Report.¹⁴⁸

4.2.2.2 2. delelement vedrørende kommissionær arrangementer: "contracts in the name of"

4.2.2.2.1 Forslag C og D i Public Discussion Draft

Forslag C og D i Public Discussion Draft foreslår at erstatte "contracts in the name of" med "by virtue of the legal relationship between that person and the enterprise, are on the account and risk of the enterprise".

Formuleringen refererer til kontrakter, som er på foretagendets regning og risiko i kraft af det juridiske forhold, der foreligger mellem foretagendet og repræsentanten, fx en kommissionæraftale. Der fokuseres på et juridisk forhold og ikke et økonomisk.

Dette forslag synes at kunne resultere i, at en ikke-formel sammenhæng udelukkes af denne klausul, hvilket virker besynderligt i henhold til formålet om at undgå kunstige arrangementer. Retsforholdet vil umiddelbart komme til at dække kontraktforhold som fx kommissionærkontrakter, partnerskabskontrakter etc., som normalt ville pege i retning af en uafhængig repræsentant i forhold til de nuværende regler.¹⁴⁹

4.2.2.2.2 Forslag A og B i det første Public Discussion, Revised Discussion Draft samt Final Report

Forslag A og B i det første Public Discussion Draft samt forslaget i Revised Discussion Draft, indeholder samme formulering som i Final Report og foreslår at erstatte "contracts in the name of" med følgende:

¹⁴⁷ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 34

¹⁴⁸ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 93

¹⁴⁹ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 26

- a. in the name of the enterprise, or
- b. for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or
- c. for the provision of services by that enterprise,

Ifølge kommentarerne henvender litra a sig til situationer, hvor der indgås kontrakter i foretagendets navn og på dennes vegne, mens litra b og c omhandler situationer, hvor der indgås kontrakter i repræsentantens eget navn, men på foretagendets vegne. For at tydeliggøre dette kan ordlyden i selve bestemmelsen i art. 5, stk. 5 ændres, ved at indsætte "in its own name" i starten af litra b og c således at dette fremhæves.¹⁵⁰

Formålet med litra a, b og c, er at reglen fremadrettet skal omfatte overdragelse af ejendomsrettigheder samt tjenesteydelser udført af foretagendet, således at fokus flyttes fra *hvem*, der er bundet af kontrakten til *hvad* der er genstand for kontrakten. Dette vil medføre, at i tilfælde hvor et foretagende får en repræsentant til at indgå kontrakter på foretagendets vegne vedrørende "property" eller "services", der skal leveres af foretagendet vil dette give et tilstrækkeligt grundlag til at beskatte i den stat, hvor aktiviteten finder sted. Dette gælder også i tilfælde, hvor foretagendet ikke er part i aftalen, men overdragelse af foretagendets "property" er genstand for aftalen.¹⁵¹

Litra a, b og c skal sikre at art 5, stk. 5 ikke kun gælder ved aftaler, hvor tredjemand kan støtte ret på kontrakter direkte overfor foretagendet, men også for kontrakter, hvor tredjemand ikke kan støtte ret direkte overfor foretagendet, men hvor aftalen skaber forpligtelser, der vil blive udført af foretagendet snarere end repræsentanten, der kontraktligt er forpligtet til det.¹⁵² Situationer hvor kontrakter indgås af en repræsentant, der handler på vegne af foretagendet, som ikke juridisk binder foretagendet til den tredjepart, men som omhandler "transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or for the provision of services by that enterprise" vil være omfattet.¹⁵³

Formålet med ændringerne er at ramme kunstige kommissionær arrangementer, der har til hensigt at undgå statuering af fast driftssted. Generelt varetager kommissionær arrangementer *salg* af foretagendets varer i eget navn. En udvidelse af bestemmelsen, der medfører at "property" tilhørende foretagendet og "services" leveret af foretagendet, også omfattes, kritiseres for ikke kun at ramme kommissionær arrangementer.¹⁵⁴

Særligt ovenstående synes ikke at adskille kunstige kommissionær arrangementer, der alene har til formål at mindske eller undgå beskatning, fra arrangementer med et egentligt kommercielt formål.

¹⁵⁰ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 162

¹⁵¹ Public Discussion Draft, 2014, s. 12.

¹⁵² Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.7

¹⁵³ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.8

¹⁵⁴ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 81

Litra a, "in the name of", omfatter også tilfælde hvor foretagendets navn ikke er frigivet.¹⁵⁵ I henhold til litra b og c, er det essentielle krav at repræsentanten skal handle på foretagendets vegne på en sådan måde, at det der indgås kontrakt om, leveres, stilles til rådighed eller udføres af foretaget selv og ikke af repræsentanten, der handler på foretagendets vegne.¹⁵⁶

Situationer der hører under art. 5, stk. 5, skal adskilles fra situationer, hvor en repræsentant ikke handler på vegne af foretagendet, men i eget navn, og hvor repræsentanten selv køber de "goods" eller "services" der sælges, fra foretagendet. Det forudsættes at produkterne overføres fra foretagendet til distributør, og fra distributør til kunden.¹⁵⁷

4.2.2.3 3. delelement "independent agent"

CHANGES TO PARAGRAPHS 6 OF ARTICLE 5

Replace paragraphs 5 and 6 of Article 5 by the following (changes to the existing text of Article 5 appear in **bold italics** for additions and ~~strike through~~ for deletions):

6. ~~An enterprise shall not be deemed to have a permanent establishment in a Contracting State merely because it carries on business in that State through a broker, general commission agent or any other agent of an independent status, provided that such persons are acting in the ordinary course of their business.~~

a) Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first-mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise.

b) For the purposes of this Article, a person is closely related to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises. In any case, a person shall be considered to be closely related to an enterprise if one possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise.

Figur 4 – fremstillet ved egen tilvirkning¹⁵⁸

¹⁵⁵ Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.9

¹⁵⁶ Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.10

¹⁵⁷ Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 32.12

¹⁵⁸ Ændringer fremsat i Final Report, 2015

4.2.2.3.1 Art. 5, stk. 6, litra a

Art. 5, stk. 6 litra a, er vedtaget i Final Report som først fremsat i Public Discussion Draft, med undtagelse af udtrykket "to which it is closely related". I Public Discussion Draft blev udtrykket "associated enterprises" brugt, og blev i Revised Discussion Draft ændret til "to which it is connected". Denne udvikling beskrives i afsnit 4.2.2.3.2

Ændringen af stk. 6 medfører, at i tilfælde hvor en repræsentant handler "exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprise to which it is closely related" kan denne repræsentant ikke anses for at være uafhængig. Bestemmelsen har til formål at undgå situationer hvor et datterselskab, der kun fungerer som en kommissionær for et eller flere foretagender som denne er "closely related to" vil kunne undgå at statuere fast driftssted efter undtagelsen i stk. 6.¹⁵⁹ Undtagelsen i stk. 6 gælder kun i tilfælde, hvor en repræsentant handler på vegne af et foretagende i forbindelse med udøvelsen af sin virksomhed som uafhængig agent.¹⁶⁰

Handler en repræsentant som distributør for flere foretagender, som denne ikke er "closely related to", og samtidig handler som repræsentant for et foretagende som denne er "closely related to", skal de aktiviteter denne udfører i sin egenskab som distributør ikke medtages i afhængighedsbedømmelsen i forhold til de aktiviteter denne udfører for det foretagende denne er "closely related to".¹⁶¹

Det faktum at en repræsentant handler for et eller flere foretagender, hvormed denne ikke er "closely related", medfører ikke automatisk, at repræsentanten skal betragtes som uafhængig. Repræsentanten skal udføre virksomhed som uafhængig agent og handle inden for denne virksomheds rammer. Uafhængighedsstatus er mindre sandsynligt i tilfælde hvor repræsentanten kun handler på vegne af ét foretagende eller flere foretagender som er "closely related" over en længere periode. Handler repræsentanten over en kort periode eksklusivt eller næsten eksklusivt for et foretagende, hvormed denne ikke er "closely related" kan stk. 6 godt finde anvendelse. Det beror på en konkret vurdering, hvor alle relevante faktorer skal indgå i bedømmelsen.¹⁶²

I ordlyden af art. 5, stk. 6 litra a, "Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related", synes der at blive lagt vægt på forholdet mellem repræsentanten og foretagendet fremfor forholdet mellem de enkelte foretagender som repræsentanten handler på vegne af. Bestemmelsens ordlyd synes alene at fastlægge, at en repræsentant ikke kan anses for at være uafhængig, hvor denne handler på vegne af et eller flere foretagender og er "closely related to" disse foretagender. Dog bemærkes det, at det ud fra kommentarerne kan udledes, at såfremt repræsentanten handler på

¹⁵⁹ Public Discussion Draft, 2014, s. 12

¹⁶⁰ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 37

¹⁶¹ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 38.6

¹⁶² Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 38.7

vegne af flere foretagender, som denne ikke er "closely related to", men hvor disse foretagender er "closely related", vil repræsentanten ej heller kunne anses for at være uafhængig.

I tilfælde hvor under 10 % af arbejdet udføres for et eller flere foretagender, hvormed repræsentanten ikke er "closely related" vil dette anses for at opfylde "exclusively or almost exclusively", hvorfor repræsentanten ikke kan kvalificeres som en uafhængig.¹⁶³ Der synes at mangle eksempler og retningslinjer for hvordan "10 % af arbejdet" skal opgøres.

Ændringen af art. 5, stk. 6 medfører en overgang fra en omfattende analyse af forskellige faktorer, så som graden af kontrol og risiko, i bedømmelsen af om en repræsentant er afhængig eller uafhængig, til i højere grad at fokusere på om der er handlet "exclusively or almost exclusively".¹⁶⁴

Forslaget kan kritiseres for at have en urealistisk antagelse om koordinering mellem "related" foretagender, der ikke nødvendigvis svarer til virkeligheden. Fokus synes at være flyttet fra hvorvidt repræsentanten i det konkrete tilfælde udfører foretagendets virksomhed, og arten af repræsentantens aktiviteter til at være på forholdet mellem repræsentanten og foretagendet, herunder om disse er "related" eller ej. Dette kan betyde, at foretagendet bliver tvunget til at vælge en uafhængig part i stedet for sin egen "related" enhed for at undgå negative skattemæssige konsekvenser.¹⁶⁵

4.2.2.3.2 Art. 5, stk. 6, litra b

Art. 5, stk. 6 litra b, forklarer hvad der skal forstås ved udtrykket "to which it is closely related". Som nævnt ovenfor, anvendte Public Discussion Draft udtrykket "associated enterprises", og Revised Discussion Draft anvendte udtrykket "to which it is connected". Følgende viser hvad, der skal forstås ved de forskellige udtryk:

¹⁶³ Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 38.8

¹⁶⁴ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 63

¹⁶⁵ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 127

<u>"Associated"</u>	<u>"Connected"</u>	<u>"Related"</u>
• Der er tale om associerede parter når et foretagende i en af de kontraherende stater direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af et foretagende i den anden kontraherende stat, eller hvor samme person direkte eller indirekte deltager i ledelsen, kontrollen eller finansieringen af såvel et foretagende i den ene af de kontraherende stater som et foretagende i den anden kontraherende stat.	• En repræsentant betragtes som "connected" til et foretagende hvis en af disse parter besidder mindst 50 % af "beneficial interest" i den anden part eller hvis en tredje part besidder mindst 50 % af "beneficial interest" i både repræsentanten og foretagendet. Endvidere skal en repræsentant anses som "connected" til et foretagende, hvis den ene part har kontrol over den anden part eller begge parter er underlagt en tredjeparts kontrol. I denne vurdering skal alle relevante faktorer indgå.	• En repræsentant er "closely related to an enterprise" hvis, baseret på alle relevante faktorer, en part har kontrol over den anden part eller begge parter er underlagt samme tredjeparts kontrol. Endvidere anses en repræsentant som værende "closely related to an enterprise" hvis en af parterne direkte eller indirekte besidder mere end 50 % af "the beneficial interest" i den anden eller hvis en tredjepart direkte eller indirekte besidder mere end 50 % af "the beneficial interest" i begge parter.

Figur 5 – fremstillet ved egen tilvirkning

Public Discussion Draft introducerede i forbindelse med art. 5, stk. 6 udtrykket "associated", der skal forstås i overensstemmelse med Modeloverenskomstens art. 9, men derudover også skal gælde foretagender fra samme stat eller tredje stater. Det fremgår af kommentarerne til art. 9, at parter udgør associerede foretagender, hvis der er tale om moder-/datterselskaber og selskaber under fælles kontrol. Art. 9 samt kommentarerne hertil definerer ikke nærmere satser for, hvornår parter kan anses for associerede. Det må således jf. art. 3, stk. 2 formodes at være op til intern ret i de enkelte stater at fastsætte de nærmere rammer herfor. Revised Discussion Draft og Final Report introducerede efterfølgende hhv. "connected" og "related".

På baggrund af de tre udtryk, samt deres betydning, synes det relevant at bemærke at alle tre udtryk omfatter en horisontal og en vertikal forbindelse. "Connected" og "related" uddyber til forskel fra "associated" hvilke procentsatser, der skal gælde for at være hhv. "connected" og "related". Den største forskel på de tre udtryk er selve konteksten som disse indgår i. "Associated" omhandler forholdet mellem foretagenderne som der handles på vegne af, hvorimod begreberne "connected" og "related" omhandler den relation, der foreligger mellem repræsentanten og et eller flere foretagender. Udtrykkene "related" og "connected" henviser begge til "beneficial interest". Det synes uklart hvad, der skal forstås ved "beneficial interest" i forhold til stemmerettigheder og kapitalandele, og kontrol i forhold til "alle relevante faktorer".¹⁶⁶ "Related" adskiller sig fra "connected"

¹⁶⁶ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 186

ved at der skal være tale om "direkte eller indirekte" samt "mere end 50 %", hvor "connected" alene foreskriver, at der skal være tale om "mindst 50 %". Det er ikke hensigten at der skal sættes lighedstegn mellem "related" og "associated", som fortolkes i overensstemmelse med Modeloverenskomstens art. 9, selvom der er visse overlap.¹⁶⁷

"Associated" synes at kunne fortolkes således at repræsentanter automatisk kan udelukkes fra undtagelsen i art. 5, stk. 6, til trods for disse er "unrelated", med den begrundelse at repræsentanten arbejder eksklusivt for ét foretagende.¹⁶⁸ "Associated enterprises" synes således at være meget vidtfavnende.¹⁶⁹

"Connected" synes at kunne medføre problemstillinger, da denne alene kræver mindst 50 %. I tilfælde hvor der er fælles ejerskab på 50 % - 50 % kan en part ikke siges at have kontrol over en anden part. En sådan ordlyd kan medføre at "joint ventures" statuerer fast driftssted for hver af de to selskaber, der er gået ind i dette med en andel på 50 % og vice versa.¹⁷⁰ Dette vil ikke være i overensstemmelse med formålet.

Udtrykkene kan overordnet opdeles i to elementer. Første element er selve relationsforholdet og overgangen fra at fokusere på forholdet mellem foretagender, til at fokusere på forholdet mellem repræsentanten og foretagenderne. Andet element er selve grænseværdien for, hvornår der er tale om kontrol, hhv. mindst 50 % og mere end 50 %. "Closely related" og dennes kontekst er således udformet på baggrund af høringssvar angående disse to delelementer, således at kritikken løbende er imødekommet.

4.2.3 Artificial avoidance of PE status through the specific activity exemptions

I Public Discussion Draft fremsattes der fire forslag, E-H, til ændring af art. 5, stk. 4. Det første forslag, E, er det, der svarer til Final Report, hvor alle undtagelserne i art. 5, stk. 4 litra a-f skal være af forberedende eller hjælpende karakter. De øvrige forslag vedrører hhv.

- Forslag F) Removing the reference to "delivery" from subparagraphs a) and b),
- Forslag G) Delete the exception for purchasing
- Forslag H) Delete the exceptions in subparagraph d)

Hensigten med de øvrige forslag, F-G, er at de kun skal gælde i tilfælde af, at forslag E ikke vedtages.

4.2.3.1 Forslag F

Tidligere har det ikke været nødvendigt specifikt at tilknytte en bestemmelse om forberedende eller hjælpende karakter under aktiviteterne, da disse aktiviteter oprindeligt per definition har været betragtet som værende af

¹⁶⁷ Revised Discussion Draft, 2015, forslag til kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 38.9

¹⁶⁸ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2014, s. 230-231, s. 396, s. 190 samt s. 213

¹⁶⁹ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2014, s. 839

¹⁷⁰ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 217 samt s. 276

forberedende eller hjælpende karakter. Men i takt med den teknologiske udvikling har dette ændret sig, hvorfor der argumenteres for at det er blevet nødvendigt at tilpasse undtagelserne til fast driftssted. Problemstillingen skyldes bl.a. andet et det er blevet muligt at sælge varer over internettet og levere disse fra varelagerer, hvor varerne har været opbevaret. I dette tilfælde bliver varelageret en del af kerneaktiviteten, hvorfor der sættes spørgsmålstegn ved at et sådan varelager kan udgøre en undtagelse til fast driftssted.

Det bemærkes at det som udgangspunkt ikke skyldes kunstige arrangementer at "delivery" er blevet et problem, men i højere grad skyldes teknologiens fremskred, og at virksomheder nu kan strukturere sig på måder, som ligger langt fra de muligheder, der var til stede da disse regler oprindeligt blev indsat. Derfor anses det som en bedre løsning at tilføje et krav om forberedende eller hjælpende karakter.

4.2.3.2 Forslag G

Blandt OECD medlemsstaterne har der været enighed om, at hvis der ikke kan allokeres profit til et fast driftssted såfremt dette udelukkende forestår indkøb af varer, vil dette ikke være i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Dette førte til afskaffelsen af Modeloverenskomstens art. 7, stk. 5. Ud fra samme logik stilles der spørgsmålstegn ved den specifikke undtagelse, der bestemmer at et fast forretningssted, der kun forestår indkøb af varer ikke skal udgøre et fast driftssted. Formålet med fast driftssted er at profit skal beskattes der hvor aktiviteten til værdiskabelsen finder sted. Tidligere har man ment at indkøb ikke kunne skabe profit, hvilket ligger til grund for den nuværende regel. Der argumenteres for at dette ikke bør gøre sig gældende, hvis indkøbet er en kerneaktivitet, og dermed en del af profitskabelsen. Eksempelvis hvor et foretagendes forretning består af indkøb af varer forestået af eksperter i en stat, med henblik på videreslag af disse varer i en anden stat.¹⁷¹

I høringssvarene udtrykkes der bekymring for at indkøb af varer kun udgør et minimalt bidrag til foretagendets samlede profit, som kan medføre at nogle MNEs vælger at lukke kontorer, der beskæftiger sig med indkøb af varer, da den begrænsede profit, der kan allokeres til disse kontorer ikke kan opveje de administrative udgifter, der forekommer i forbindelse med overholdelse af reglerne for fast driftssted. Derudover vil der alt andet lige også være en ekstra administrativ byrde for skattemyndighederne, som muligvis heller ikke kan opvejes af den profit der kan allokeres og beskattes hos det faste driftssted.¹⁷²

4.2.3.3 Forslag H

Efter Forslag H afskaffes hele litra d. Dette skyldes, at Forslag G, der bibeholder undtagelsen angående indsamling af information i litra d, kritiseres for at MNEs kan forsøge at udvide omfanget af, hvad der falder under at "fremskaffe oplysninger til foretagendet".¹⁷³

¹⁷¹ Public Discussion Draft, 2014, s. 17-18

¹⁷² Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 114 ff.

¹⁷³ Public Discussion Draft, 2014, s. 17-19

En afskaffelse af "collecting information" give ifølge høringssvarene anledning til de samme problemstillinger, som forekommer ved afskaffelsen af "purchasing goods or merchandise". For MNEs, der søger ind på nye markeder er forudgående research og indsamling af data en essentiel del af processen, hvorfor det vil udgøre en hindring, hvis denne form for indsamling af data fremadrettet statuerer fast driftssted. Ligeledes sættes der spørgsmålstejn ved, hvorvidt der er forbundet nogen større profit med at indsamle information, hvilket betyder at de administrative omkostninger for MNEs og de enkelte skattemyndigheder, højst sandsynligt overstiger den profit og det skatteprovenu, der kan opnås ved statuering af fast driftssted.¹⁷⁴

I tilfælde hvor aktiviteter i litra d kan udgøre en kerneaktivitet vil forslag E, herunder indsættelse af forberedende eller hjælpende, være bedre egnet til at sikre en balance imellem de tilfælde, hvor der skal statueres fast driftssted og de tilfælde hvor undtagelserne skal finde anvendelse.

¹⁷⁴ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 116

4.2.3.4 Forslag E

CHANGES TO PARAGRAPH 4 OF ARTICLE 5

Replace paragraph 4 of Article 5 by the following (changes to the existing text of Article 5 appear in **bold italics** for additions and ~~strike through~~ for deletions):

4. Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term "permanent establishment" shall be deemed not to include:

- a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;
- b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;
- c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;
- d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;
- e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity ~~of a preparatory or auxiliary character~~;
- f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), ~~provided that the overall activity of the fixed place of business resulting from this combination is of a preparatory or auxiliary character,~~

provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character.

Figur 6 – fremstillet ved egen tilvirkning¹⁷⁵

Ved "forberedende" forstås en aktivitet, der udøves som en indledende aktivitet til foretagendets kerneaktivitet. Da en forberedende aktivitet går forud for en anden aktivitet, vil den forberedende aktivitet ofte gennemføres i løbet af en kort periode. Varigheden af denne periode bestemmes i henhold til arten af foretagendets kerneaktivitet. En aktivitet er "hjælpende" hvis den udøves til støtte for, uden at være en del af, den specifikke og essentielle aktivitet som foretagendet udøver. Det er usandsynligt at en aktivitet, der kræver en betydelig andel af foretagendets aktiviteter eller medarbejdere kan anses for at være "hjælpende".¹⁷⁶

¹⁷⁵ Ændringer fremsat i Final Report, 2015

¹⁷⁶ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 21.2

Aktiviteterne listet i litra a-e vedrører aktiviteter, der udføres for foretagendet selv. Såfremt aktiviteterne udføres på vegne af andre foretagender fra samme faste forretningssted, vil dette udgøre et fast driftssted.¹⁷⁷

I bedømmelsen af om en aktivitet er forberedende eller hjælpende i henhold til litra a, skal der foretages en konkret vurdering af foretagendets samlede aktivitet. Et foretagende, der har et stort varelager i en anden stat, hvor der er et betydeligt antal ansatte, der har som hovedformål at opbevare og levere varer, som ejes af foretagendet eller som foretagendet har solgt online i den stat, kan undtagelsen ikke finde anvendelse, da aktiviteten udgør en essentiel del af foretagendets salg og distribution, og derfor ikke kan anses for at være forberedende eller hjælpende.¹⁷⁸

Ændringen af kommentarerne til litra a søger at komme den bekymring til livs, der er vedrørende den digitale økonomi, som har medført at levering og opbevaring ikke længere per definition kan anses for at være forberedende eller hjælpende, og snarere synes at udgøre en del af foretagenders kerneaktivitet. Bestemmelsen medfører, i henhold til kommentarerne, at denne vil ramme alle typer af arrangementer, hvor foretagendet sælger vare online som opbevares eller leveres fra varelageret i en anden stat, dvs. også selvom arrangementet ikke skyldes en kunstig omgåelse af fast driftssted, men rent faktisk har et kommercielt formål.

Litra b og c er kun relevante i den situation, hvor foretagendet har ubetinget adgang til faciliteterne. I tilfælde hvor dette er opfyldt, vil konstatering af fast driftssted afhænge af hvorvidt aktiviteterne er af forberedende eller hjælpende karakter.

"Ubegrænset adgang" synes at være blevet et generelt kriterium for, hvornår der i henhold til litra b og c, kan foreligge et fast driftssted, forudsat at aktiviteterne er forberedende eller hjælpende. Hvad der nærmere skal forstås ved forberedende og hjælpende i relation til litra b og c, mangler uddybende eksempler.

Første del af litra d omhandler situationer hvor foretagendets faste forretningssted kun benyttes til indkøb af varer for foretagendet. Da undtagelsen kræver at der er tale om forberedende og hjælpende karakter, vil undtagelsen typisk ikke finde anvendelse i tilfælde hvor kerneaktiviteten er at videresælge disse varer.¹⁷⁹ Anden del af litra d vedrører et fast forretningssted, der indsamler information til foretagendet. I tilfælde hvor et foretagende opretholder et fast forretningssted til indsamling af information, vil afgørelsen af om det er tale om et fast driftssted, afhænge af om aktiviteten der udføres er af forberedende eller hjælpende aktivitet.

¹⁷⁷ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 21.3

¹⁷⁸ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 22

¹⁷⁹ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 22.5

Litra e finder anvendelse på faste driftssteder, der alene udfører aktiviteter som ikke specifikt er listet i litra a-d, på vegne af foretagendet, forudsat at denne aktivitet er forberedende eller hjælpende. Litra a-d udgør derfor kun eksempler på aktiviteter, der ofte udgør forberedende eller hjælpende aktiviteter.¹⁸⁰

Litra f bestemmer at en kombination af aktiviteterne i litra a-e ikke i sig selv medfører et fast driftssted. Hvis kombinationen af aktiviteter er forberedende eller hjælpende, foreligger der ikke et fast driftssted.¹⁸¹ I tilfælde hvor et fast forretningssted udøver aktiviteter der både er af forberedende eller hjælpende karakter, og aktiviteter der går ud over, vil dette udgøre ét fast driftssted.¹⁸²

Den nuværende art. 5, stk. 4 er hidtil overordnet blevet fortolket på to forskellige måder. På den ene side har reglen været fortolket således at aktiviteterne listet i (a-f) var underlagt en vurdering af hvorvidt disse var af forberedende eller hjælpende karakter. På den anden side har reglen været fortolket således at aktiviteterne listet i (a-d) per definition har været af forberedende eller hjælpende karakter. For de parter, der hidtil har fortolket i overensstemmelse med sidstnævnte, vil nærværende ændringsforslag forventes at være meget indgribende og medføre konsekvenser, da ikke kun kunstige arrangementer, men også arrangementer, der faktisk har et oprigtigt kommercielt og økonomisk formål, vil være undtaget fra at kunne benytte undtagelserne til fast driftssted efter art. 5, stk. 4.

WP1's forsøg på at imødekomme problemstillingen fremkaldt af den digitale økonomi, synes alene at være baseret på nye eksempler i kommentarerne. Generelt er disse formuleret bredt og kan ramme situationer, der ikke er BEPS relateret og synes derfor ikke tilstrækkelig målrettet i forhold til formålet.

Høringssvarene kritiserer at reglerne lader til at ændre de internationale standarder angående allokering af rettigheder til beskatning af grænseoverskridende indkomst, på trods af, at OECD eksplicit har givet udtryk for, at dette ikke er formålet.¹⁸³ Derudover efterspørges en mere specifik vejledning til at fremme en international ensartet bevæggrund, og således forhindre usikkerhed, der kan føre til tvister mellem virksomheder og skattemyndigheder.¹⁸⁴ Der er risiko for at ændringerne kan medføre at samhandlen samt investeringer på tværs af landegrænser begrænses, hvilket kan have ødelæggende konsekvenser for vækst og arbejdspladser.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 23

¹⁸¹ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 27

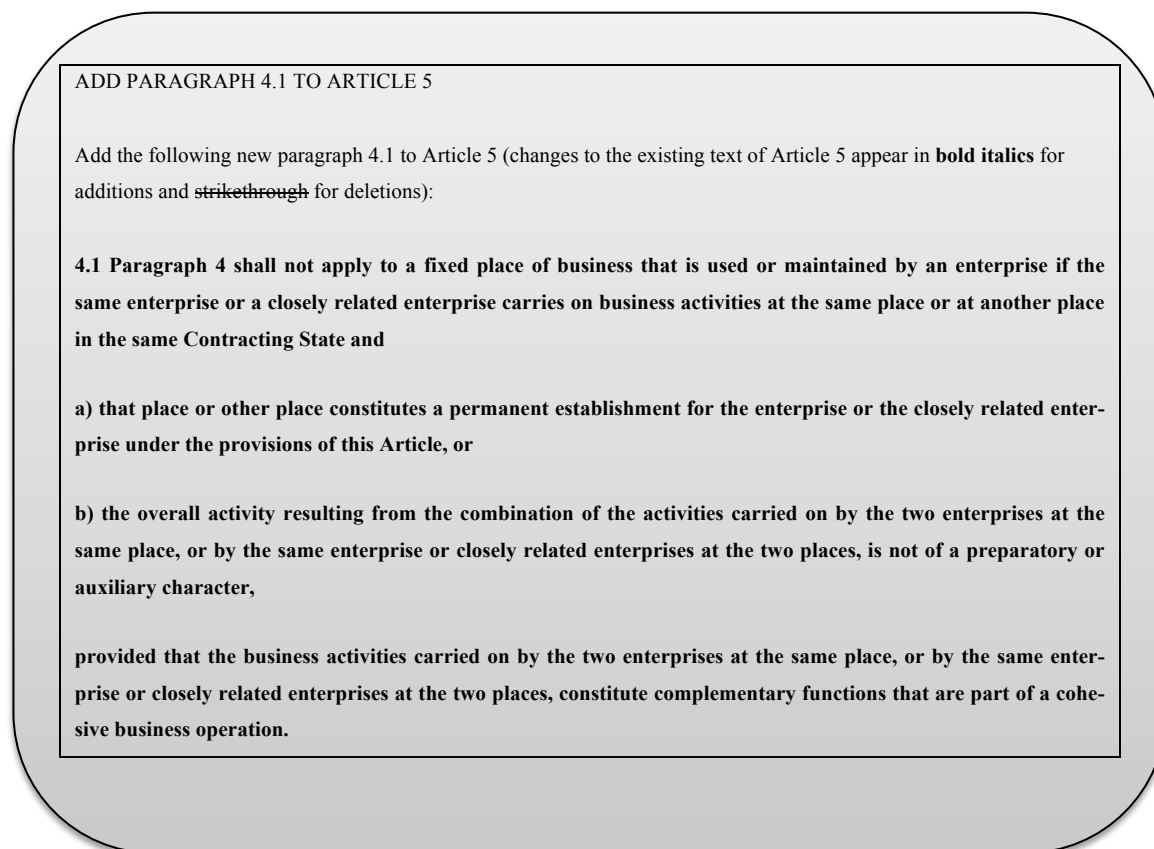
¹⁸² Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 30

¹⁸³ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 26

¹⁸⁴ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 26

¹⁸⁵ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 42

4.2.4 Fragmentation of activities between related parties



Figur 7 – fremstillet ved egen tilvirkning¹⁸⁶

Der blev oprindeligt fremsat to forslag (I og J), hvor J, der er en udvidelse af forslag I, fremgår som det endelige forslag i Final Report.

4.2.4.1 Forslag I

"Fragmentation of activities" er allerede omtalt i de nuværende kommentarer¹⁸⁷ til art. 5, stk. 4, litra f, der omhandler at litra f ikke skal finde anvendelse på aktiviteter, der falder ind under litra a-e såfremt disse aktiviteter er separeret, hvad angår lokalitet og organisatoriske forhold. I sådanne tilfælde skal et forretningssted behandles separat og isoleret i bedømmelsen af, hvorvidt der kan statueres fast driftssted. Forretningssteder anses ikke for at være organisatorisk opsplittet i situationer, hvor de er beliggende i samme kontraherende stat og udfører komplementære funktioner (fx hvor varer modtages og opbevares et sted, og sælges gennem et andet sted). Et selskab kan ikke opsplitte en sammenhængende driftsvirksomhed i flere små operationer for at argumentere, at hver enkelt blot er af forberedende eller hjælpende karakter.

¹⁸⁶ Ændringer fremsat i Final Report, 2015

¹⁸⁷ Modeloverenskomsten 2014 med kommentarer, pkt. 27.1

Forslaget i Final Report medfører at der indsættes en "Anti Fragmentation rule" i selve Modeloverenskomstens art. 5, stk. 4.1. Ovenstående kommentar finder ikke anvendelse, i tilfælde hvor "fragmentation rule" gælder.

Forslaget betyder at reglen ikke kun skal gælde situationer, hvor det samme selskab har forretningsvirksomhed forskellige steder i en stat, men udvides til også at dække situationer hvor disse forretningssteder, beliggende i samme stat, tilhører "closely related"¹⁸⁸ parter. For at reglen kan finde anvendelse skal "closely related" foretagender have mindst ét forretningssted, der opfylder betingelserne for fast driftssted i den kontraherende stat. Det er hensigten at reglen skal finde anvendelse i situationer, hvor en sammenhængende forretning er blevet opsplittet. Derfor forudsættes at aktiviteterne skal være komplementære funktioner, der er en del af en sammenhængende forretningsvirksomhed.¹⁸⁹

4.2.4.2 Forslag J

Ovenfor gennemgåede vedrørende Forslag I gælder ligeledes for Forslag J. Dog gælder Forslag J endvidere i situationer, hvor der ikke eksisterer et fast driftssted i forvejen. I stedet fokuseres der her på om kombinationen af de aktiviteter der udføres går udover, hvad der anses for at være af forberedende eller hjælpende karakter.

Begge forslag bevæger sig væk fra en "seperate entity approach"¹⁹⁰ ved inddragelsen af "closely related" foretagender. Det bemærkes desuden at Forslag J favner bredere end Forslag I, da dette ligeledes fokuserer på, om aktiviteterne samlet set udgør hjælpende eller forberedende karakter.

I høringssvarene efterspørges der uddybende kommentarer og vejledning vedrørende betydningen af "constitute complementary functions" og "cohesive business operation". En uddybning anses for nødvendig for at sikre overensstemmelse i forhold til hvordan disse termer fortolkes af forskellige skattemyndigheder. Hvis der ikke kommer klarhed angående dette vil det kunne føre til tvister og dobbelt beskatning.¹⁹¹ Endvidere bemærkes det i høringssvarene at forslaget ikke i tilstrækkelig grad tager højde for at moderne MNEs benytter sig af separate forretningsenheder af både juridiske, økonomiske samt kommercielle årsager. Eksemplerne listet i kommentarerne¹⁹² indikerer, at i tilfælde hvor et foretagende i en stat benytter sig af eller har et fast forretningssted i den samme stat, vil dette faste forretningssted kunne statuere et fast driftssted efter "anti-fragmentation" reglen. Det vil få den betydning for mange MNEs at undtagelserne efter art. 5, stk. 4 ikke vil

¹⁸⁸ Begrebet "closely related enterprises" følger definitionen i den nye art. 5, stk. 6, litra b

¹⁸⁹ Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 30.2 samt Final Report, 2015, s. 39

¹⁹⁰ Ved "seperate entity approach" forstås, at multinationale koncerner, i skattemæssige hensyn, ikke skal anses for én samlet enhed. I stedet rettes beskatningen mod de enkelte selskaber, der indgår i koncernen.

¹⁹¹ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 20 samt s. 46

¹⁹² Final Report, 2015, ny kommentar til art. 5, stk. 5, pkt. 30.4

kunne benyttes af et foretagende, hvis det har aktiviteter i en stat, hvor det i forvejen har et datterselskab, hvis disse aktiviteter udgør komplementære funktioner i en samlet forretningsvirksomhed.¹⁹³

Implementering af reglen antages at resultere i en omfattende statuering af nye faste driftssteder. Forslag J formodes at være svær at håndtere i praksis, da det vil medføre at MNEs må overvåge samtlige aktiviteter for hvert enkelt foretagende på verdensplan. Dette vil medføre en øget administrativ byrde MNEs såvel som for skattemyndighederne i de enkelte stater.

4.3 Action 15

OECD har erkendt, at gennemførelsen af BEPS Action 7 vil kræve ændringer af mere end 3.000 bilaterale skatteaftaler på verdensplan¹⁹⁴. Derfor har Action 15 til formål at skabe et multilateralt instrument, der giver de enkelte stater mulighed for at opdatere deres skatteaftaler på en mere effektiv måde.

Efter ændringer i Modeloverenskomsten og dens kommentarer, tager det en betydelig mængde tid og ressourcer, at introducere disse ændringer til de konkrete DBO'er, hvorfor disse er mange år bagud i forhold til Modeloverenskomsten. Derfor har OECD fundet det nødvendigt at udvikle et multilateralt instrument, der for de stater som ønsker dette, kan sikre at alle eksisterende DBO'er over en forholdsvis kort periode ændres på en synkroniseret måde med hensyn til BEPS, uden at skulle behandle hver enkelt DBO.¹⁹⁵ En af de største udfordringer er at sikre den fleksibilitet instrumentet kræver pga. de forskellige DBO'er.¹⁹⁶

4.4 Opsummering og samlet vurdering

Formålet med BEPS Action 7 er at forhindre skatteundgåelsesstrategier, der har til formål at omgå den gældende definition for statuering af fast driftssted ved at gøre brug af kommissionær arrangementer og lignende strategier. Endvidere skal ændringerne fremsat i Action 7 forhindre udnyttelse af de eksisterende undtagelser til fast driftssted definitionen.

Under den nuværende definition af fast driftssted i Modeloverenskomsten, kan fast driftssted statueres efter det primære og det sekundære kriterium, herunder overordnet:

- i tilfælde hvor der er et fast forretningssted i en stat, hvor et ikke-hjemmehørende foretagendes virksomhed drives igennem, og
- i tilfælde hvor en afhængig repræsentant indgår kontrakter på vegne af et ikke-hjemmehørende foretagende i den pågældende stat.

¹⁹³ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 21

¹⁹⁴ Action 15: Final Report – Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015, s. 15

¹⁹⁵ Action 15: Final Report – Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015, s. 16

¹⁹⁶ Action 15: Final Report – Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015, s. 22

Repræsentanten, i sidstnævnte tilfælde som dækker det sekundære kriterium, vil under den nuværende definition kun statuere fast driftssted for foretagendet, hvis denne har en fuldmagt og sædvanligvis anvender denne til at indgå kontrakter i foretagendets navn. Repræsentanten statuerer dog ikke fast driftssted, hvis denne kan betragtes som værende uafhængig og handler indenfor rammerne af sin egen virksomhed. En repræsentant anses for uafhængig, hvis denne er juridisk og økonomisk uafhængig af foretagendet.

Gennem implementering af Action 7 vil art. 5, stk. 5 få en ny ordlyd, der udvider definitionen for hvornår en repræsentant kan statuere fast driftssted for et ikke-hjemmehørende foretagende. Således vil fast driftssted gennem en repræsentant ikke længere kun statueres, hvor denne indgår kontrakter i foretagendets navn, men også i tilfælde hvor denne "habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise", hvor sådanne kontrakter omhandler overdragelse af eller retten til at benytte foretagendets ejendom eller kontrakter, der omhandler tjenesteydelser som udføres af foretagendet.

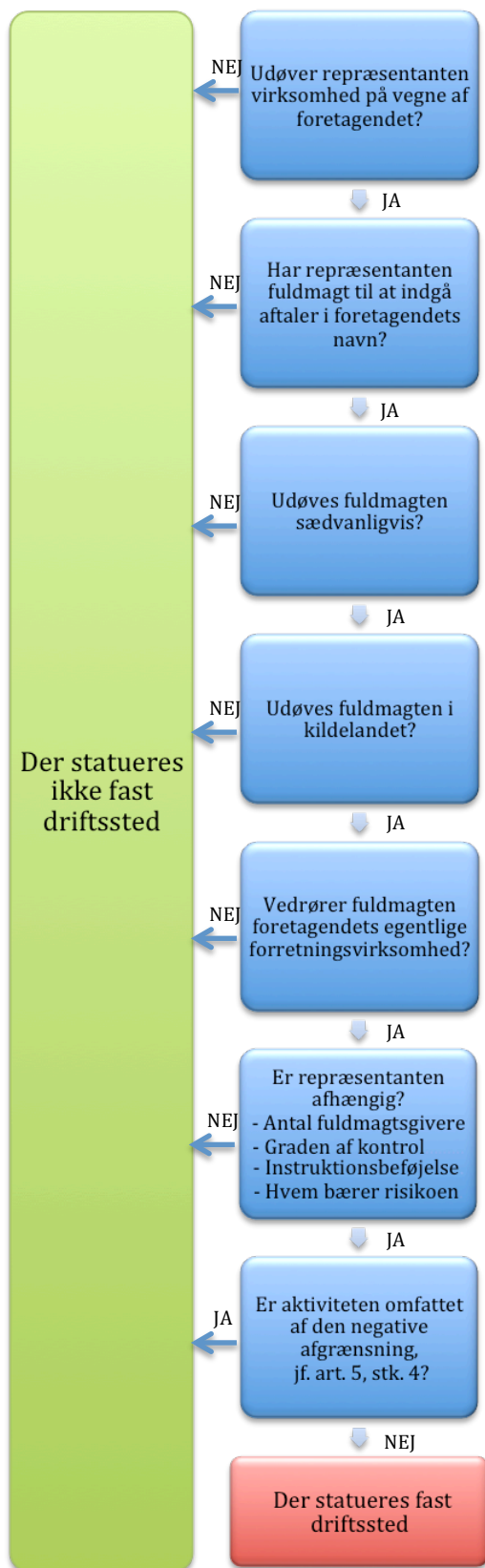
Endvidere indsnævrer Action 7 anvendelsesområdet i forhold til situationer, hvor en repræsentant skal betragtes som værende uafhængig efter art. 5, stk. 6. Dette effektueres ved at en repræsentant højst sandsynligt ikke kan være uafhængig i tilfælde, hvor denne agerer eksklusivt eller næsten eksklusivt for et eller flere foretagender hvormed denne er "closely related". Overordnet opfyldes "closely related" hvis det er direkte eller indirekte kontrol over mere end 50 % af "the beneficial interest" eller hvis der foreligger faktisk kontrol.

Yderligere indsnævrer Action 7 muligheden for undtagelse af statuering af fast driftssted efter den negative afgrænsning i art. 5, stk. 4, ved at underlægge aktiviteterne en bedømmelse af om disse er af forberedende eller hjælpende karakter i forhold til foretagendets samlede forretningsvirksomhed.

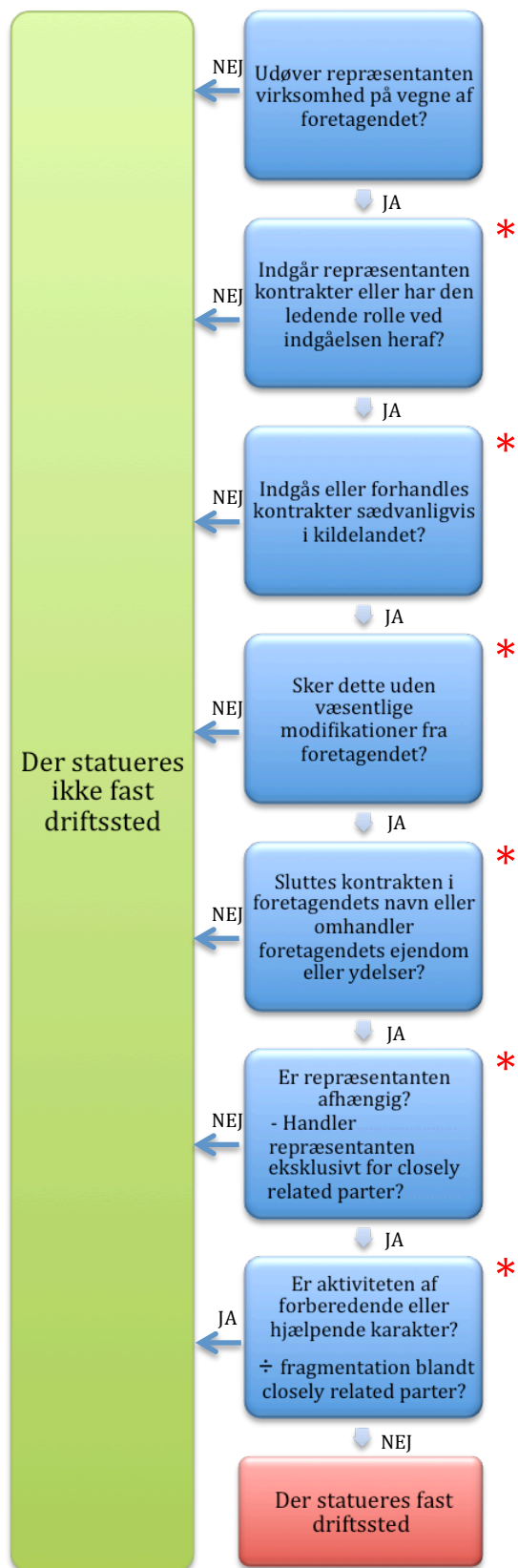
I forlængelse af art. 5, stk. 4 indsættes der gennem Action 7 en "anti-fragmentation rule" i stk. 4.1. Denne regel er indført for at forhindre, at et foretagende opsplitter en samlet forretningsvirksomhed i flere mindre aktiviteter for at kunne argumentere, at disse hver især er af forberedende eller hjælpende karakter. Reglen vil betyde at aktiviteter hos "closely related" parter vil vurderes som én samlet helhed, når der skal vurderes hvorvidt undtagelsen om forberedende eller hjælpende karakter kan finde anvendelse.

Af nedenstående figur fremgår de relevante faktorer for henholdsvis den nuværende art. 5, stk. 4-6 samt den, der skal implementeres efter Action 7. Forskelle mellem disse er markeret med en rød stjerne:

Nuværende art. 5, stk. 4-6



Art. 5, stk. 4-6 ved BEPS Action 7



Figur 8 – fremstillet ved egen tilvirkning

4.4.1 Følgerne af BEPS Action 7

Baseret på gennemgangen af de foreslåede ændringer til fast driftssteddefinitionen i Modeloverenskomstens art. 5 samt høringssvarerne til disse, formodes den nye definition i Action 7, at statuere fast driftssted i flere tilfælde og således kunne få omfattende betydning for foretagender, der agerer på tværs af landegrænser.

I det følgende opstilles, med udgangspunkt i høringssvarene, de mest essentielle kritikpunkter, der relaterer sig til Action 7.

4.4.1.1 **Subjektive kriterier**

Samlet set synes de nye regler at medføre indsættelse en række af subjektive kriterier, både i selve bestemmelserne, men også i kommentarerne til disse.¹⁹⁷ Subjektive kriterier skaber uvished samt mindre forudsigelighed angående omfanget af art. 5, stk. 4-6 i forhold til de nuværende regler. Uigennemsigtigheden kan medføre en uensartet fortolkning stater imellem. Dette kan medføre et stigende antal tvister mellem erhvervslivet og skattemyndigheder, men også tvister mellem de enkelte skattemyndigheder hvad angår tildeling af beskatningsretigheder og allokering af profit. Dette kan blandt andet medføre at ikke-hjemmehørende foretagender indgiver en ellers unødvendig selvangivelse, således at de er på den sikre side i tilfælde af at skattemyndigheder i en given stat træffer beslutning om statuering af fast driftssted for foretagendet.¹⁹⁸

Erhvervslivets parter agerer mest optimalt, når der er foreliggende tydelige retningslinjer i forhold til hvilke regler der gælder, når de udøver deres virksomhed på tværs af landegrænser. Erhvervslivet har brug for klarhed og gennemsigtighed hvad angår reglerne for fast driftssted og hvornår betingelserne for dette er opfyldt. Komplexiteten og subjektiviteten i reglerne, der fremgår af Action 7 medfører at reglerne er svære at iagttage, overholde samt respektere. Ændringerne til art. 5, stk. 4-6 kan begrænse foretagenders handel på tværs af landegrænser, da investeringsincitamenter samt muligheder i forhold til at etablere sig på nye markeder kan hæmmes af uvished i relation til ukendte beskatningsrisici. Erhvervslivet har en betydningsfuld rolle hvad angår skabelsen af arbejdspladser, innovativ udvikling samt produktion af varer og ydelser, hvorfor mangel på gennemsigtighed synes problematisk.¹⁹⁹

4.4.1.2 **Administrative omkostninger og profitallokering**

Til trods for at reglerne i Action 7 formodes at medføre fast driftssted i flere tilfælde, er det ikke sikkert at det samtidig vil medføre en væsentlig stigning i skatteprovenu.²⁰⁰ Ændringerne vil højst sandsynligt medføre øgede compliance omkostninger samt en øget administrativ byrde for både erhvervslivet og skattemyndighederne

¹⁹⁷ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 5 samt Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 24 ff., s. 78 samt 415

¹⁹⁸ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 225 samt Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 116

¹⁹⁹ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 179

²⁰⁰ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 36 samt s. 257

i de enkelte stater.²⁰¹ Den administrative byrde risikerer at blive uforholdsmæssig stor sammenlignet med det skatteprovenu som faktisk kan opkræves.²⁰²

4.4.1.3 Kunstige formål og kommercielle formål

Med hensyn til at formålet med Action 7 er at undgå kunstige arrangementer vurderes det i høringssvarene problematisk, at der ikke er mere fokus på kunstige arrangementer i selve arbejdet med rapporterne samt i de endelige bestemmelser og kommentarer, der fremgår af Final Report. Dette fokus synes dog forsøgt i art. 5, stk. 5 ved at bevæge sig væk fra det formelle forhold og over mod det reelle forhold, ved at fokusere på "hvad" der i genstand for kontrakten i stedet for "hvem".²⁰³

4.4.1.4 Forløbets varighed

Det synes generelt at være en kort proces²⁰⁴, der ligger forud for ændringerne af art. 5, stk. 4-6, især med det in mente at langt størstedelen af høringssvarene til rapporterne udviser skepsis, hvad angår de nye bestemmelser samt kommentarerne til disse. Dog bemærkes det samtidig at OECD argumenterer for nødvendigheden af en hurtig implementering på dette område, for at modvirke at de enkelte stater udarbejder intern lovgivning, for at forhindre at deres egen skattebase udhules, hvilket ville medføre stor risiko for dobbeltbeskatning.²⁰⁵ Dette aspekt synes langt hen ad vejen rimeligt, da der ikke kan drages tvivl ved de alvorligt negative konsekvenser dobbeltbeskatning medfører.

4.4.2 Forslag fra høringssvar

Forslag til imødegåelse af problemstillingerne gennemgået ovenfor er bl.a., at indsættelse af minimumskriterier relation til omsætning, tidsforbrug og hyppighed, i forhold til hvornår der skal statueres fast driftssted efter de nye regler.²⁰⁶ Dette skal skabe mere vished for foretagender, især mindre foretagender, der ønsker at etablere sig på tværs af grænser. Minimumsgrænserne bør også omfatte størrelsen på det eventuelle ekstra skatteprovenu, der kan allokeres til et fast driftssted, hvis dette statueres. Begrundelsen herfor er, at der ikke bør statueres fast driftssted ved mindre beløb, da dette måske ikke kan opveje den administrative byrde for foretagender eller for skattemyndigheder.²⁰⁷ Endvidere kan reglerne suppleres med en prøvelse angående misbrugsituationer, herunder kunstige arrangementer, således at det kun er disse der rammes af den nedsatte tærskelværdi for fast driftssted.²⁰⁸ Der argumenteres desuden for nødvendigheden af uddybende eksempler samt anvendelsen af mere objektive kriterier, for at undgå uensartet fortolkning staterne imellem samt mindske

²⁰¹ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 7

²⁰² Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 20

²⁰³ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 25 samt s. 81

²⁰⁴ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 8

²⁰⁵ OECD Explanatory Statement, 2015, s. 4

²⁰⁶ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 99, s. 118, s. 151, samt Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 432 samt, s. 226

²⁰⁷ Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 114 ff.

²⁰⁸ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 10 samt s. 25

uigennemsigtheden på området.²⁰⁹ Afslutningsvist bemærkes at der argumenteres for at præciseringer i de nuværende kommentarer til fordel for egentlige ændringer af Modeloverenskomstens bestemmelser vil have øjeblikkelig virkning fra offentliggørelsen af disse og vil samtidig modvirke eksistensen af flere forskellige fast driftsstedes definitioner.²¹⁰

4.5 Delkonklusion

Et foretagende anses for at have et fast driftssted i en stat, hvis en repræsentant, under visse betingelser, handler på foretagendets vegne, jf. de nuværende regler i art. 5, stk. 5. Disse betingelser omfatter, at agenten har en fuldmagt til at indgå aftaler i foretagendets navn, at fuldmagten udøves sædvanligvis i kildelandet, samt at fuldmagten vedrører foretagendets egentlige forretningsvirksomhed. Efter de nuværende regler er en kommissionær ikke omfattet af art. 5 stk. 5, da denne handler i eget navn.

Efter de nye regler i BEPS Action 7 omfatter betingelserne at repræsentanten sædvanligvis indgår kontrakter eller "plays the principal role" i forbindelse med indgåelse af disse i kildelandet, samt at foretagendet ikke efterfølgende foretager væsentlige modifikationer af kontrakten. I den forbindelse anses standardkontrakter, som repræsentanten overbeviser tredjemand om at indgå, nu for at være omfattet. Hvor repræsentanten efter de nuværende regler, skal indgå kontrakter, som binder foretagendet overfor tredjemand, er det efter BEPS Action 7 tilstrækkeligt at foretagendets ydelser eller ejendom er genstand for kontrakten mellem repræsentanten og tredjemand. Efter BEPS Action 7, er en kommissionær som udgangspunkt omfattet af art. 5, stk. 5, da denne sælger foretagendets produkter i eget navn. BEPS Action 7 fokuserer derfor i højere grad på de reelle forhold i kontrakten, herunder hvad der er genstand for kontrakten, fremfor det formelle forhold, herunder hvilke parter der er bundet af kontrakten.

Reglerne i art. 5, stk. 5 kan ikke medføre fast driftssted, hvis repræsentanten kan anses for at være uafhængig. For at en repræsentant kan anses for at være uafhængig skal denne efter de nuværende regler i art. 5, stk. 6, være både juridisk og økonomisk uafhængig af foretagendet, samt handle inden for sin sædvanlige erhvervsvirksomhedsrammer når denne handler på vegne af foretagendet. I vurderingen heraf indgår antallet af fuldmagtsgivere, graden af kontrol og instruktioner fra foretagendet, samt hvem der bærer risikoen. Efter BEPS Action 7 indsnævres art. 5, stk. 6, således at undtagelsen ikke kan finde anvendelse i tilfælde hvor repræsentanten handler "exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related". Fokus synes at være flyttet fra hvorvidt repræsentanten i det konkrete tilfælde udfører foretagendets virksomhed på baggrund af en konkret vurdering af ovenstående kriterier, til en analyse af relationen mellem repræsentanten og foretagendet, i vurderingen af om en repræsentant er uafhængig.

²⁰⁹ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 5 samt Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 24 ff., s. 78 samt s. 415.

²¹⁰ Høringssvar til Public Discussion Draft s. 223

Undtagelsesbestemmelserne til fast driftssted i art. 5, stk. 4 litra a-f kan efter ordlyden af de nuværende regler fortolkes på to måder. På den ene side fortolkes den således at litra a-d per definition udgør en undtagelse til fast driftssted, uden at de underlægges en vurdering af om aktiviteterne er forberedende eller hjælpende. På den anden side fortolkes den således, at alle aktiviteter skal underlægges en vurdering af, om denne er forberedende eller hjælpende. Grundet denne tvivl samt for at imødekomme problematikkerne ved den digitale økonomi, har BEPS Action 7 gjort alle aktiviteter i litra a-f til genstand for krav om forberedende eller hjælpende karakter i bedømmelsen af om aktiviteterne kan udgøre en undtagelse. Dette medfører, at aktiviteter som oplagring, udstilling, levering, bearbejdelse, samt indkøb af varer og indsamling af information godt kan udgøre indkomstskabende aktiviteter, hvis de ikke efter en konkret vurdering kan anses for at være forberedende eller hjælpende.

Endvidere fremsætter BEPS Action 7 en "fragmentation rule" i art. 5, stk. 4.1, der udvider art. 5, stk. 4 litra f, for at forhindre at et foretagende opsplitter en samlet forretningsvirksomhed i flere dele, der udgør forbedrende eller hjælpende aktiviteter. Reglen udvides til at dække situationer hvor flere forskellige forretningssteder, beliggende i samme stat, der udgør komplementære funktioner og er en del af en sammenhængende forretningsvirksomhed, tilhører "closely related" parter. For at reglen kan finde anvendelse skal "closely related" foretagender have mindst ét forretningssted, der opfylder betingelserne for fast driftssted i den kontraherende stat.

Ændringerne til art. 5, stk. 4-6 udvider fast driftsstedsdefinition samt indskrænker undtagelserne til denne hvilket betyder, at der statueres fast driftssted i flere tilfælde. Reglerne synes umiddelbart egnet til at ramme skatteundgåelsesstrategier i form af kunstige arrangementer, men det vurderes samtidig at reglerne vil gå udover, hvad der kan anses for værende proportionalt i forhold til formålet med BEPS Action 7, da reglerne ikke tager højde for arrangementer, der har et kommercielt formål. Desuden vurderes det, at reglerne har mange subjektive elementer, der gør dem uigennemsigtige.

5 Kapitel 3 - Økonomisk analyse

5.1 Indledning

Globaliseringen har medført en overgang fra virksomheder, der opererer specifikt i én stat til MNEs, der opererer på globalt plan. Der er således tale om ændringer i den overordnede driftsmodel, gennem placering af funktioner, herunder salgs- og produktionsfunktioner, på tværs af landegrænser. Endvidere har digitaliseringen gjort det muligt for MNEs at sælge produkter online, hvilket har åbnet muligheden for at placere produktionsaktiviteter på geografiske lokaliteter, der ligger langt fra de lokaliteter, hvor kunderne befinder sig. Denne udvikling har medført en øget grobund for skatteplanlægning, som fokuserer på at identificere og udnytte muligheder, der resulterer i at indkomst kun beskattes i et begrænset omfang eller slet ikke beskattes. Dette medfører at MNEs kan reducere deres skattebyrde betydeligt, hvilket påvirker alle involverede parter.²¹¹

Når MNEs reducerer deres skattebyrde gennem skatteplanlægning medfører det udhuling af skattebasen (BEPS), da staterne får lavere skatteindtægter. Færre skatteindtægter medfører, at den offentlige sektor får sværere ved at finansiere velfærdsydelser og andre offentlige udgifter. Samtidig underminerer BEPS integriteten af staternes skattesystemer, da offentligheden, mediernes og andre berørte parter opfatter den manglende beskatning af MNEs som unfair. Når skattesystemer "tillader" at MNEs kan reducere deres skattebyrde, ved at flytte indkomst til lavskattelande, overføres denne skattebyrde til andre skatteydere. De virksomheder, der ikke benytter muligheden for en reduktion af skattebyrden, står dårligt i konkurrencen overfor dem der gør, hvilket giver incitament til ligeledes at skatteplanlægge. Endvidere vil virksomheder, der kun opererer på et nationalt marked, have svært ved at konkurrere overfor MNEs, der har muligheden for at flytte profit ud af landet, og reducere skatten. Den offentlige sektors økonomi, herunder de samfundsmæssige hensyn i form af velfærdsydelser samt den fair konkurrence påvirkes af de vridninger BEPS fremkalder.²¹² Problemstillingen opstår blandt andet grundet modsatrettede interesser mellem stater og MNEs. Staterne ønsker at beskytte deres skattebase mens MNEs ønsker at profitmaksimere og øge "shareholder value".

I det følgende vil der indledningsvist fokuseres på fuldkommen konkurrence og den ideelle markedsmodel med det formål at belyse grundprincipperne i velfærdsteorien, herunder effektiv ressourceallokering samt samfundsøkonomisk efficiens. Ud fra disse principper analyseres det, hvilken forvridende betydning det har for et marked under fuldkommen konkurrence, når staten pålægger skatter. Herefter belyses det hvilke interesser og hvilket økonomisk formål MNEs har, med henblik på at skabe klarhed omkring hvorfor skatteplanlægning opstår, og tilmed hvilken betydning det har, når MNEs kan undgå beskatning. I forlængelse af dette fokuseres der på den offentlige sektor og velfærdsstaten, samt dennes finansiering i form af skatter, for at anskueliggøre de modsatrettede interesser som parterne, herunder MNEs og velfærdsstaten, har. Endvidere beskrives

²¹¹ Tollan Harald, 2016, s. 186 ff.

²¹² Tollan Harald, 2016, s. 187-188

det hvordan markedsfejl, der afviger fra det ideelle marked, kan modvirkes gennem offentlig regulering. Herefter vil fokus overføres til BEPS, der sidestilles med en eksternalitet, og den problemstilling, at der opstår en reel udhuling af skattebasen, når MNEs skatteplanlægger og formår at reducere eller helt eliminere deres samlede skattebetaling ved at profitten ikke beskattes der hvor aktiviteterne udføres. Dette vil påvises gennem teorierne "The tragedy of the commons" og "Prisoner's dilemma", hvilket understøtter, at der er behov for regulering på området. Ud fra dette fokus vil det analyseres og vurderes, hvilken betydning omfanget af skat-tebase har samt hvordan statslig regulering ved eksternaliteter kan medføre en mere efficient ressourcealloker-ing. Afslutningsvist vil det med udgangspunkt i optimal beskatningsteori, analyseres hvilken betydning om-kostninger forbundet med regulering har for den efficiente ressourceallokering.

5.2 Det ideelle marked

Under afsnittet *det ideelle marked* kortlægges markedsmekanismen under fuldkommen konkurrence samt de relevante efficiensbetragtninger for afhandlingen. Fuldkommen konkurrence danner rammen for velfærdsteo-rien og belyser den tilstand, hvor der er en effektiv ressourceallokering og størst muligt samfundsøkonomisk overskud. Ud fra disse aspekter analyseres det, hvilken betydning pålægning af skatter har.

5.2.1 Fuldkommen konkurrence

Efter modellen for fuldkommen konkurrence vil der være en efficient ressourceallokering, da ressourcer allo-keres, der hvor de værdsættes højest.²¹³ Modellen er interessant fordi effektiv ressourceudnyttelse tilstræbes gennem lovgivningen, og derfor indgår i forklaringen af visse retsregler. Ligeledes er effektiv ressourceudnyt-telse brugbart som ønskemålsætning. Fuldkommen konkurrence eksisterer når købere og sælgere ikke har mulighed for at afvige mærkbart fra de almindelige markedsbetingelser.²¹⁴ Parterne på markedet antages at være rationelle, og derfor styret af individuel nytte- og profitmaksimering.²¹⁵ Det er desuden en forudsætning, at der ikke er nogen transaktionsomkostninger eller markedsfejl.²¹⁶ Der tages udgangspunkt i fuldkommen konkurrencemodellen, da denne er af stor betydning for velfærdsteorien.²¹⁷

Fuldkommen konkurrence modellen er baseret på fem generelle antagelser:²¹⁸

1. En af forudsætningerne for et fuldkommen konkurrence marked er, at der er tale om et *automatisk marked*. Dette betyder, at der er mange små aktører, som alle er så små, at de ikke kan påvirke prisen.
2. Endvidere skal der være tale om et *homogent marked*, hvor der ikke er kvalitetsforskel på producen-ternes varer. Et produkt solgt af én virksomhed er for forbrugerne perfekt substituerbart med et tilsva-rende produkt solgt for en anden virksomhed.

²¹³ Eide og Stavang, 2014, s. 58

²¹⁴ Eide og Stavang, 2014, s. 64

²¹⁵ Greve og Jespersen, 2013, s. 62

²¹⁶ Greve og Jespersen, 2013, s. 266

²¹⁷ Eide og Stavang, 2014, s. 57

²¹⁸ Cabral, Luis M. B., 2000, s. 85 ff., Frank, Robert H., 2010, s. 347 samt Eide og Stavang, 2014, s. 75

3. Alle aktører, herunder forbrugere og producenter, har *perfekt information* og kender alle virksomheders priser.
4. Alle virksomheder har *lige adgang* til produktionsteknologier.
5. Alle virksomheder har *fri adgang* til at indtræde på, eller udtræde af et marked.

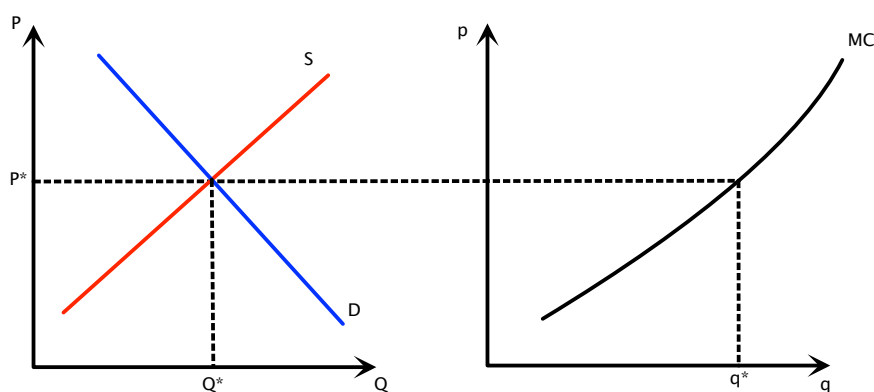
I fuldkommen konkurrence modellen opnås der maksimal statisk konkurrence, hvilket fører til samfundsøkonomisk effektivitet. Der foreligger statisk konkurrence, når aktørerne på markedet ikke kan gøre brug af aftalebetingelser uden at tage hensyn til, at modparten kan vælge en anden aftalepartner. Den statiske konkurrence fjerner muligheden for, at den enkelte aktør har magten til at bestemme aftalebetingelser.²¹⁹

På et marked med fuldkommen konkurrence er producenten pristager og skal vælge sin produktion Q , således at profitten, dvs. den totale omsætning minus de totale omkostninger ved produktionen, bliver størst mulig. Når producenten har valgt Q , er der for mange omkostninger ved at ændre mængden af den færdige produktion. Såfremt den færdige produktion reduceres med én enhed, tabes der indtægter på prisen P , mens der spares marginale omkostninger MC . Dette kan ikke betale sig for virksomheden, hvorfor der må gælde:

$$P \geq MC$$

Hvis produktionen i stedet øges med én enhed, vindes P , mens der ofres MC i form af øgede omkostninger. Da Q var valgt i ligevægten, gælder derfor nu: $P \leq MC$. Merindtægterne kan derfor ikke opveje meromkostningerne.

Det gælder derfor at producentens optimum under fuldkommen konkurrence er: $P = MC$, hvor prisen på den producerede varer er lig med de marginale omkostninger.²²⁰ Figuren nedenfor illustrerer et sådan marked.



Figur 9 – er fremstillet ved egen tilvirkning²²¹

²¹⁹ Eide og Stavang, 2014, s. 63

²²⁰ Andersen og Keiding, 2012, kapitel 2, side 13

²²¹ Med inspiration fra Frank, Robert H., 2010, s. 347

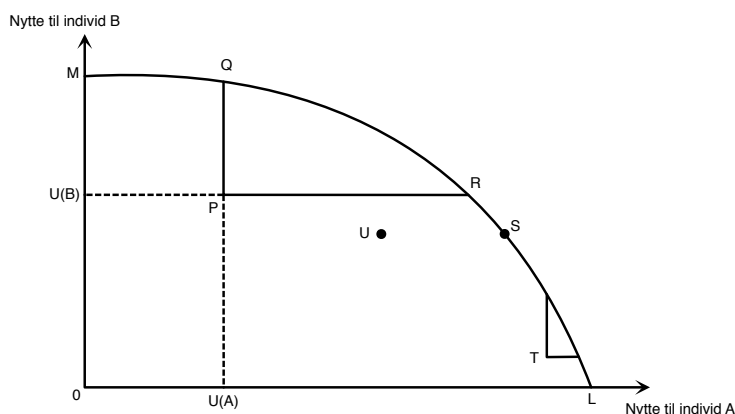
Et fuldkommen konkurrence marked er et idealiseret marked, og betegnes derfor som et efficient marked. I denne tilstand kan forbrugere og producenter ikke blive enige om en pris, hvortil de kan udveksle yderligere enheder. Der henvises her til figuren ovenfor, hvor skæringspunktet mellem udbud- og efterspørgselskurven repræsenterer markedsligevægten. Denne ligevægt opnås uden nogen form for koordinering. Det afgørende er således, at parterne handler udelukkende efter egne interesser, og at der dermed opstår fuldkommen konkurrence.²²² Dette omtaltes af Adam Smith som "The invisible hand".²²³

Da markedsmekanismen under fulkommen konkurrence repræsenterer en efficient tilstand, synes det relevant at uddybe begrebet efficiens samt introducere de efficiensbetragtninger, der benyttes i afhandlingen.

5.2.2 Efficiens

Et udfald er efficient, hvis de knappe ressourcer anvendes på den mest effektive måde, og derved resulterer i det størst mulige udbytte. Efter økonomisk teori vil en efficient situation således medføre optimale økonomiske resultater af en produktiv indsats. Det betyder samtidig, at der ikke kan opnås en større produktion med den givne indsats, og at produktionsmængden ligeledes ikke kunne være produceret med en lavere indsats. Velfærdsteorien knytter samfundsmæssig efficiens til markedsmekanismen under fuldkommen konkurrence. Markedsmekanismen kan ikke automatisk opnå en efficient tilstand, hvis der sker indskrænkninger i konkurrencen eller ved andre påvirkninger, som eksempelvis markedsfejl.²²⁴

I nærværende afhandling måles efficiens ved brug af Pareto-kriteriet og Kaldor-Hicks-kriteriet, som kan illustreres ved nedenstående figur.



Figur 10 – fremstillet ved egen tilvirkning²²⁵

Den horisontale akse måler den ene parts nytte mens den vertikale akse måler den anden parts nytte. Kurven LM repræsenterer de forskellige nyttekompositioner. I punktet L vil part A få fuld tilfredsstillelse og part B

²²² Frank, Robert H., 2010, s. 347

²²³ Frank, Robert H., 2010, s. 353 samt Smith, Adam, 1776, s. 180

²²⁴ Cabral, Luís M. B., 2000, s. 26 samt Greve og Jespersen, 2013, s. 62 samt s. 265

²²⁵ Med inspiration fra Eide og Stavang, 2008, s. 109

ingen tilfredsstillelse. En bevægelse langs kurven LM mod M vil medføre, at B opnår mere nytte på bekostning af A , og omvendt. Er en produktion ikke organiseret optimalt, befinder parterne sig under kurven LM , fx i punktet P . Fra dette udgangspunkt er det muligt at øge nytten for både A og B .

Ifølge Pareto-kriteriet må et tiltag, som er til fordel for nogen, ikke være til ulempe for andre. For at opnå en Pareto-forbedring, skal det være muligt at stille nogle aktører bedre, uden at andre stilles ringere. En flytning fra punkt P til linjestykket PQ eller PR viser en Pareto-forbedring. Pareto-optimalitet er opnået ved et punkt på kurven QR , hvilket er tilfældet under fuldkommen konkurrence. Under fuldkommen konkurrence er der ingen allokering, der vil stille alle parter bedre, og den allokering markedet har skabt er Pareto-optimal.²²⁶

Det er vanskeligt at vurdere om et tiltag leder fra punktet P til et andet punkt på LM kurven, som ikke ligger mellem QR , fx S . Denne flytning stiller A bedre, men ikke B . De fleste offentlige tiltag vil medføre, at nogle stilles bedre mens andres stilles værre. Dette opfylder ikke Pareto-kriteriet, hvor det er et krav at ingen stilles værre. I sådanne situationer er Kaldor-Hicks-kriteriet mere anvendeligt. Kriteriet forudsætter, at et tiltag er samfundsøkonomisk efficient og skal gennemføres, såfremt der skabes stor nok værdi for dem, der stilles bedre, så de i teorien vil kunne kompensere dem, som stilles værre.²²⁷ Kriteriet tager ikke højde for lighed og fairness, og er således kun anvendelig i situationer, hvor ønsket er af sørge for, at den kage der skal deles bliver størst mulig.²²⁸ Selvom dette kan virke virkelighedsfjernt, giver kriteriet en opskrift på, hvordan tiltag med en samfundsøkonomisk målsætning kan vurderes.²²⁹

Rammerne der er opstillet for den Pareto optimale tilstand under fulkommen konkurrence danner i det følgende grundlag for velfærdsteorien, som skal belyse ressourceallokeringen i samfundet under denne tilstand.

5.2.3 Velfærdsteorien

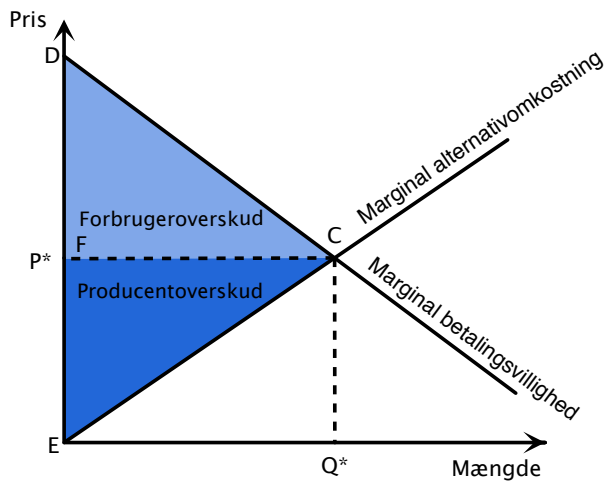
I en model for fuldkommen konkurrence kan samfundsøkonomisk effektivitet fremstilles som i figuren nedenfor:

²²⁶ Andersen og Keiding, 2012, kapitel 3, side 6-7 samt Riis, Thomas, 1999, s. 1155

²²⁷ Riis, Thomas, 1999, s. 1156

²²⁸ Eide og Stavang, 2014, s. 111

²²⁹ Eide og Stavang, 2014, s. 112



Figur 11 – er fremstillet ved egen tilvirkning²³⁰

Mængden af et gode måles langs den horisontale akse, mens prisen, den marginale betalingsvillighed og alternativomkostningerne, måles langs den vertikale akse. Den faldende kurve repræsenterer efterspørgerens marginale betalingsvillighed, mens den stigende kurve repræsenterer de marginale alternativomkostninger, dvs. de samfundsøkonomiske omkostninger ved produktionen. For alle enheder op til Q^* er betalingsvilligheden højere end alternativomkostningerne ved at producere disse enheder. Skæringspunktet repræsenterer en Pareto-optimal tilstand. En højere produktion end Q^* vil påføre samfundet produktionsomkostninger som er højere end hvad nogen er villig til at betale. Det samfundsøkonomiske overskud er lig differencen mellem marginal betalingsvillighed og marginal alternativomkostning. Det samfundsmæssige overskud er størst ved mængden Q^* og vises ved arealet i trekanten CDE . Kurven for marginal betalingsvillighed viser også efterspørgslen i markedet. I et fuldkommen konkurrence marked vil de privatøkonomiske marginale omkostninger være lig de marginale alternativomkostninger, hvorfor den stigende kurve også repræsenterer de privatøkonomiske marginale omkostninger, og det samlede udbud i markedet. Skæringspunktet vil udgøre en ligevægtspris i markedet, som er samfundsøkonomisk effektiv.²³¹

Det samfundsøkonomiske overskud inddeles i et forbrugersoverskud og et producentoverskud. Forbrugersoverskuddet er differencen mellem marginal betalingsvillighed og pris, og illustreres ved trekanten DCF . Producentoverskuddet er differencen mellem marginal alternativomkostning og pris, som illustreres ved trekanten ECF . Som nævnt, vil mængden Q^* give det største samlede overskud. Producers der mere end mængden Q^* vil betalingsvilligheden for de nye enheder være lavere end de samfundsøkonomiske alternativomkostninger, og produceres en mængde lavere end Q^* vil den marginale betalingsvillighed være højere end marginalomkostningerne og udgøre et incitament for profitsøgende producenter til at øge produktionen. Under fuldkom-

²³⁰ Med inspiration fra Eide og Stavang, 2014, s. 104

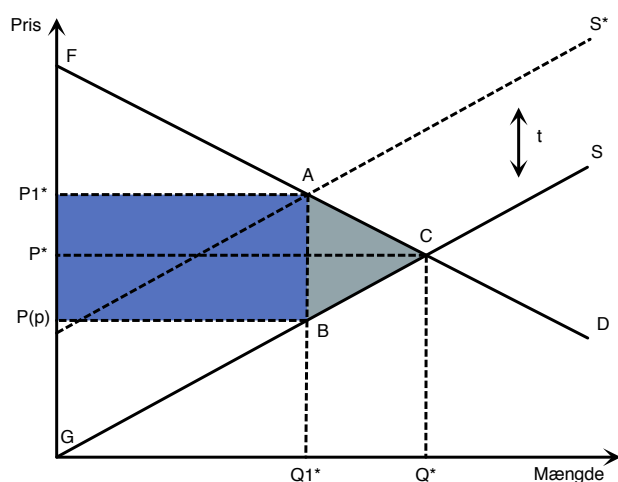
²³¹ Eide og Stavang, 2014, s. 104-105

men konkurrence giver ligevægtsløsningen det største samfundsmæssige overskud, hvilket indebærer, at alle ressourcer anvendes hvor de værdsættes højest.²³²

Ovenstående er et udtryk for samfundsmæssig efficiens under et selvreguleret marked hvor rationelle aktører handler ud fra egen optimering. Indgreb fra staten i form af pålægning af skatter vil i et idealiseret marked som det beskrevet ovenfor, føre til en ineffektiv ressourceallokering så en del af det samfundsøkonomiske overskud ikke realiseres, og der opstår et dødvægtstab.

5.2.4 Dødvægtstab

Pålægning af skatter har indflydelse på adfærden hos de individer der beskattes. Skatter har således betydning for, hvorvidt samfundets ressourcer udnyttes effektivt samt hvordan indtægtsfordelingen bliver. I det følgende benyttes modellen for fuldkommen konkurrence til at analysere relevante sammenhænge.



Figur 12 – fremstillet ved egen tilvirkning²³³

I figur 12 vises mængden af et givent gode på den horisontale akse og prisen vises på den vertikale akse. I en situation uden skatter vil skæringspunktet mellem udbudskurven S og efterspørgselskurven D illustrere ligevægten C med en ligevægtspris på P^* og en omsat mængde på Q^* . Som tidligere beskrevet under velfærdsteorien er udbudskurven sammenfaldende med kurven, der repræsenterer de marginale alternativomkostninger og efterspørgselskurven er sammenfaldende med kurven, der repræsenterer forbrugerens marginale betalingsvilighed.

I modellen repræsenterer arealet af trekanten FGC det samfundsøkonomiske overskud. Indføres der beskatning, vil producenterne være nødsaget til at medregne denne ekstraomkostning i tillæg til interne omkostninger, hvorfor ekstraomkostningen i form af skatten internaliseres i prisen $P1^*$. Dette medfører, at udbudskur-

²³² Eide og Stavang, 2014, s. 106 ff.

²³³ Med inspiration fra Eide og Stavang, 2014, s. 443 samt Frank, Robert H., 2010, s. 47-50

ven forskydes opad til S^* og det nye ligevægtspunkt vil skifte fra C til A . Skatten medfører samtidig, at den omsatte mængde falder fra Q^* til $Q2^*$. Der opstår et skatteprovenu, som er illustreret ved den blå firkant. Skatteprovenuet skaber en samfundsøkonomisk inefficent ressourceallokering, da der opstår et tab i både forbruger- og producentoverskud. Desuden medfører skatten at det samfundsøkonomiske overskud bliver mindre. Der opstår et dødvægtstab, som er repræsenteret ved den grå trekant ABC 's areal. Dødvægtstabet opstår, fordi skatten forvrider de økonomiske aktørers handlinger.

Dødvægtstabet illustrerer konflikten mellem effektivitet og allokering. Hvis hensigten med skatten er at overføre indtægt til andre grupper, er resultatet et lavere samfundsøkonomisk overskud på det beskattede område.²³⁴ Et dødvægtstab er ikke nødvendigvis dårligt, men skal skatten kunne forsvares, må skattens eventuelle positive virkning opveje dødvægtstabet.²³⁵ Fordelene af skatteprovenuet skal således kunne overstige ulemperne ved en inefficent ressourceallokering samt det dødvægtstab, som beskatning medfører.

5.3 MNEs og den offentlige sektors modsatrettede interesser

BEPS opstår som en følge af at MNEs har mulighed for at benytte sig af de åbninger, friktioner og ubalancer, som er et resultat af, at hvert land har sit eget skattesystem²³⁶. Som en naturlig del af MNEs virke vil de forsøge at reducere deres omkostninger, herunder også skat. I det følgende afsnit undersøges det hvorfor MNEs foretager skatteplanlægning og på baggrund af modellen for det ideelle marked og dødvægtstab sammenholdes MNEs placering på marked med nationale virksomheders. MNEs skatteplanlægning medfører begrænsning af det skatteprovenu, der skal finansiere den offentlige sektors opgaver i samfundet, hvorfor det herefter belyses hvilke formål og hovedopgaver den offentlige sektor har, med henblik på at illustrere hvorfor udhuling af skattebasen kan have nedbrydende konsekvenser for velfærden.

5.3.1 Multinationale selskaber

MNEs er i berøring med mange nationale skattesystemer. På den ene side kan det være en ulempe, da de risikerer at blive udsat for dobbeltbeskatning. På den anden side giver det mulighed for, at de kan indrette sig efter, hvor det skattemæssigt er mest optimalt, og dermed få en fordel i forhold til nationale selskaber. Muligheden herfor opstår grundet ulige skattesatser stater imellem, der medfører substitutionsvirkninger, således at de placere deres økonomiske aktivitet i områder med relativt lav beskatning fremfor områder med høj beskatning. Det samme gælder hvor nogle aktiviteter beskattes mens andre ikke gør. Dette kan medføre at MNEs strukturer sig på en bestemt måde alene med det formål at opnå en skattemæssig fordel.²³⁷

²³⁴ Eide og Stavang, 2014, s. 442 ff.

²³⁵ Eide og Stavang, 2014, s. 443

²³⁶ Koeber Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 268

²³⁷ Eide og Stavang, 2014, s. 445-447

Som led i værdimaksimering for aktionærerne forsøger MNEs at reducere deres skatteomkostninger, og fokuserer på nøgletallet "indtjening per aktie" (earnings per share). Indtjening per aktie måler forholdet mellem indtjening og det samlede antal aktier, og viser dermed den indtjening, som hver aktie har generet.²³⁸

$$\text{Indtjening per aktie: } \frac{\text{Indtjening}}{\text{Gennemsnitligt antal udestående aktier}}$$

Indtjeningen kan opdeles i 1) indtjening før skat og 2) skatteomkostninger. Jo lavere skatteomkostningerne er, des højere er indtjeningen:

$$\text{Indtjening} = \text{Indtjening før skat} - \text{skatteomkostninger}$$

På grund af skatteomkostningernes indflydelse på indtjening per aktie vil MNEs forsøge at reducere sin skatteomkostning. Nøgletallet "den effektive skattesats" er et udtryk for den gennemsnitslige stats, hvormed indtjening før skat undergives beskatning:

$$\text{Effektiv skattesats: } \frac{\text{Skatteomkostning}}{\text{Indtjening før skat}}$$

Den effektive skattesats har betydning for MNEs konkurrenceevne. Hvis den effektive skattesats konsekvent er højere end konkurrenternes, vil de stå dårligt i konkurrencen. Særligt med den øgede globalisering og konkurrence kan dette få alvorlige konsekvenser for vækst og overlevelse.²³⁹

I forbindelse med MNEs mulighed for at indrette sig skattemæssigt optimalt, har mange MNEs udviklet en omfattende "supply chain management", hvor en række virksomheder inden for samme MNE håndterer hhv. tilgangen af råmaterialer mv., forarbejdning af produkterne, og levering af produkterne til aftageren. Kendetegnet herved er, at produktionen opdeles, så aktiviteterne udføres dér, hvor det kan gøres mest effektivt. Indtjeningen som virksomheder i en "supply chain" tiltrækker, afspejler de funktioner, aktiver og risici som virksomheden har påtaget sig. Jo vanskeligere funktioner, antal af værdifulde aktiver, og jo større risici des højere forventes indtjeningen, og vice versa. Da skat kan være en væsentlig omkostning, vil overvejelser i forhold til "supply chain" strukturen, herunder placering af funktioner, aktiver og risici, blive påvirket af skatteoptimering.²⁴⁰

²³⁸ Koeber Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 268

²³⁹ Koeber Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 269

²⁴⁰ Koeber Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 273 ff.

MNEs skatteplanlægning betyder, at de har en konkurrencemæssig fordel i forhold til virksomheder, der ikke skatteplanlægger, fx nationale virksomheder, der ikke agerer på tværs af landegrænser eller andre virksomheder, hvor mangel på kompleksitet i strukturen ikke tillader profitallokering. Dog er der også virksomheder, der ikke ønsker at skatteplanlægge grundet intern Corporate Social Responsibility politik²⁴¹. MNEs der reducerer deres skatteudgifter gennem skatteplanlægning opnår generelt lavere omkostninger end fx nationale virksomheder og kan således sætte en lavere pris. MNEs har derfor mulighed for at placere sig i den oprindelige ligevægt i et fuldkommen konkurrence marked. Nationale virksomheder vil ikke have mulighed for at sænke prisen yderligere, da omkostningerne i form af skatten er internaliseret i prisen og det selvsagt ikke er muligt at sætte prisen lavere end omkostningerne. Dette medfører at de nationale virksomheder har en højere pris end MNEs. Med en antagelse om, at produkterne på markedet er perfekte substitutter og forbrugerne er rationelle, vil en sådan prisforskel medføre at forbrugerne vælger produkterne fra MNEs. De nationale virksomheder er derfor dårligere stillet i konkurrencen. Fra et økonomisk synspunkt, vil MNEs omgåelse af beskatning medføre en tilnærmelse af markedsmekanismen under fuldkommen konkurrence som gennemgået ovenfor, og betragtes et marked med MNEs isoleret set vil et dødvægtstab, grundet skatter, ikke opstå. Fuldkommen konkurrence medfører en effektiv ressourceallokering på markedet, hvilket fører til det størst mulige samfundsøkonomiske overskud.²⁴²

Hvad angår effekten af MNEs skatteplanlægning synes der at foreligge solide empiriske beviser på at skatteplanlægning faktisk finder sted, og at det sandsynligvis har en væsentlig negativ indvirkning på staternes skatteprovenu.²⁴³ Skatteindtægter er det centrale finansieringsinstrument for offentlige udgifter. I det følgende beskrives den offentlige sektors funktion i en stat, herunder med fokus på velfærd, med henblik på at belyse skatteindtægters betydning.

5.3.2 Den offentlige sektor

Økonomien i den offentlige sektor påvirkes af politiske beslutninger samt nationale og internationale økonomiske forhold. Det er de politiske myndigheder, der træffer beslutning angående den offentlige sektors aktiviteter og størrelse. Den samlede økonomiske politik skal varetage mange forskellige samfundsøkonomiske hensyn.²⁴⁴

Fremstillingen af den offentlige sektors økonomi kan opdeles i tre overordnede samfundsmæssige hensyn som den økonomiske politik sigter mod at løse.²⁴⁵

²⁴¹ Der henvises til afgrænsningen under afsnit 3.6.2

²⁴² Frank, Robert H., 2010, s. 346

²⁴³ Koeber Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 265-266

²⁴⁴ Greve og Jespersen, 2013, s. 13

²⁴⁵ Musgrave, Richard Abel, 2008, s. 336

1. **Allokering:** anvendelsen af samfundets knappe ressourcer, herunder arbejdskraft, realkapital og natur- og miljøgoder.
2. **Fordeling:** omfordeling af indkomst, forbrugsmuligheder samt velfærdsydelser.
3. **Sikring af makroøkonomisk balance:** sikring af overordnet samfundsøkonomisk balance i form af bl.a. fuld beskæftigelse og ligevægt på betalingsbalancen.

5.3.2.1 Allokering

Staten tager på en række områder initiativet til produktion af offentlige goder, som private virksomheder ikke finder det profitabelt at producere, eller som de producerer i en for begrænset mængde set i et samfundsmæssigt perspektiv.²⁴⁶ Det er fx staten, der organiserer landets forsvar, idet det ville være uhensigtsmæssigt med privat militær og politikorps, når det er et fælles samfund og en fælles lovgivning, der skal beskyttes. Endvidere er staten initiativtager i relation til infrastruktur, herunder konstruktion af veje, broer, havne, jernbaner etc., da virksomheder ikke ønsker eller ikke har mulighed for at finansiere sådanne aktiviteter, når forbruget af disse ikke, eller kun i begrænset omfang, kan kontrolleres, samt at en sådan kontrol vil være uforholdsmæssig dyr og ineffektiv. Ligeledes er det overordnet offentlig planlægning, der sørger for at boligområder og erhvervszoner holdes adskilt og knyttes sammen af den offentlige infrastruktur. Det er svært at forestille sig, at den private markedsøkonomi har overblik over eller interesse i at gennemføre sådanne tiltag ved egen kraft. Der er derfor lavere omkostninger og mere effektivitet i nogle tilfælde forbundet med en central løsning fremfor decentral løsning.²⁴⁷

Markedsøkonomien kan således, ud fra et ønske om samfundsøkonomisk effektivitet, med fordel reguleres på visse områder. Dette understøttes især i forbindelse med negative eksternaliteter²⁴⁸, og samfundsmæssige omkostninger forbundet med sådanne, da disse ikke umiddelbart indregnes i markedspriserne. Negative eksternaliteter medregnes derfor kun i prisen, hvis staten foretager regulering på området og fx pålægger virksomhederne en afgift, som efterfølgende indregnes i markedsprisen i form af en øget omkostning. En øget omkostning medfører at varen bliver dyrere, hvilket mindsker produktionen og den negative eksternalitet tilknyttet til denne.²⁴⁹

5.3.2.2 Fordeling

Den offentlige sektor og betegnelsen velfærdsstat sidestilles ofte. Dette skyldes, at velfærdsydelser samt indkomstoverførsler oftest fylder langt størstedelen af den offentlige sektors udgiftsbudget. En mere begrænset del af budgettet går til klassiske offentlige udgifter i form af forsvar, retssystem og investeringer i infrastruktur.²⁵⁰

²⁴⁶ Greve og Jespersen, 2013, s. 16

²⁴⁷ Eide og Stavang, 2014, s. 440

²⁴⁸ Afledte effekter af en økonomisk aktivitet, som der ikke betales for ved køb og salg, fx forurening.

²⁴⁹ Musgrave, Richard Abel, 2008, s. 336 samt Greve og Jespersen, 2013, s. 17

²⁵⁰ Greve og Jespersen, 2013, s. 18

Velfærdsstaten har tre væsentlige opgaver:²⁵¹

1. Sikre borgernes købekraft og derved et rimeligt forbrugsniveau
2. Sikre borgernes adgang til velfærdsgoder i form af sundhedsydelser, uddannelse og omsorg i et vist omfang og til en rimelig pris
3. Sikre en effektiv og retfærdig beskatning

En af de væsentligste velfærdsstatslige opgaver er, som nævnt ovenfor, en omfordeling af købekraft fra personer med indkomst til personer uden indkomst. Denne omfordeling effektiviseres bl.a. gennem social sikring, hvilket indebærer, at den enkelte borger har ret til sociale sikringsydelser som fx sygesikring, arbejdsskadesikring, pension etc.²⁵²

Der finder også en betydelig omfordeling sted via velfærdsydelser, som stilles til rådighed for befolkningen gratis eller til lave priser. Eksempler på disse velfærdsydelser er sundhed, omsorg og uddannelse og disse stilles i vid udstrækning til rådighed af den offentlige sektor. Omfordelingen opstår fordi forbruget af disse ydelser ikke bestemmes af borgerens indkomst, men af politiske bestemte tildelingskriterier.²⁵³

De offentlige udgifter finansieres hovedsageligt gennem skattebetalinger og i mindre grad gennem brugerbetaling i forbindelse med social sikring samt velfærdsydelser. Som hovedregel gælder at de samlede offentlige indtægter i form af person-, selskabs- og forbrugsskatter skal kunne finansiere de samlede offentlige udgifter. En omfordeling gennem skattebetalinger kan muliggøres ved at lade skatteprocenten variere efter skatteevne, fx progressiv beskatning, hvor skatteprocenten vokser med stigende indkomst. Der gælder for skatter, at de, udover at finansiere den offentlige sektor, også påvirker forbrugere og virksomheders adfærd.²⁵⁴

5.3.2.3 Sikring af makroøkonomisk balance

Ved sikring af den makroøkonomiske balance fokuseres der på, om samfundets produktionsfaktorer og øvrige økonomiske ressourcer udnyttes fuldt ud. Der bør i den økonomiske politik stræbes mod fuld beskæftigelse, da ufrivillig arbejdsløshed er spild af ressourcer.²⁵⁵

Udover at sikre en høj beskæftigelse, omfatter sikring af den makroøkonomiske balance, at regeringen har ansvaret for betalingsbalancen overfor udlandet, således at der ikke opbygges en gæld. Den private sektor er ikke indrettet til at sikre fuld beskæftigelse eller balance mellem import fra og eksport til udlandet. Det mar-

²⁵¹ Greve og Jespersen, 2013, s. 17

²⁵² Eide og Stavang, 2008, s. 441

²⁵³ Musgrave, Richard Abel, 2008, s. 337 samt Greve og Jespersen, 2013, s. 18

²⁵⁴ Greve og Jespersen, 2013, s. 19-20

²⁵⁵ Musgrave, Richard Abel, 2008, s. 338 samt Greve og Jespersen, 2013, s. 21

kedsøkonomiske system kan derfor ikke betragtes som værende selvregulerende.²⁵⁶ Regeringen har i højere grad det nødvendige overblik, hvad angår ovenstående aspekter, omkring beskæftigelse og økonomiske balance, samt en række økonomiske politiske instrumenter til rådighed (fx regulering af skatter eller valutakurs).²⁵⁷

Ændringer i den offentlige sektors udgifter og indtægter medfører en direkte betydning for udviklingen i den samlede beskæftigelse. Arbejdsløshed kan imødegås med en forøgelse af den offentlige sektors nettoudgifter, og dermed en forringelse af det offentlige budget, hvilket vil bidrage til en øget beskæftigelse og forbedre samfundsøkonomisk balance. Budgetforringelsen fungerer således som en automatisk konjunkturstabilisator. I velfærdsstater med høje sociale ydelser og deraf høje skattesatser, vil de offentlige budgetter være ekstra konjunkturfølsomme. Det betyder, at arbejdsløshed kan medføre en stor belastning på den offentlige sektors budget i form af øgede arbejdsløshedsdagpenge og færre skatteindtægter.²⁵⁸

5.3.2.4 Velfærdsstaten

En velfærdsstat kan defineres som følger:

"Ved en velfærdsstat forstås et institutionaliseret system, hvor agenterne, staten, markedet og civilsamfundet indgår i skiftende relationer med det formål at optimere samfundets velfærdsfunktion, og hvor graden af offentlig involvering er tilstrækkelig stor til at kunne modvirke konsekvenserne af markedsfejl, herunder sikre en garanteret minimumslevestandard" (Greve 2002, 94).²⁵⁹

I det følgende vil fokus være på velfærdsstaten og dennes funktion samt finansiering i samfundsøkonomien. Velfærdsstatens fornemmeste opgave er at sikre velfærdsydelser i et omfang, der sikrer den enkelte borger en rimelig levestandard. Den offentlige sektor spiller en central rolle i velfærdsstaten, og er af afgørende betydning for det samfundsøkonomiske kredsløb og den samlede økonomiske udvikling. Dette skyldes især at den offentlige sektor er i besiddelse af en række styringsinstrumenter, som kan påvirke borgere og virksomheder i deres daglige aktiviteter.²⁶⁰

Hvad der præcist skal forstås ved velfærdsydelser, er en vurdering af, hvordan velfærd fortolkes, og hvad der er fornødent i forbindelse med at være en integreret del af samfundet og være underlagt levevilkår med et vist minimumsniveau. Den offentlige sektor skal i den forbindelse dels skabe omfordeling af forbrugsmuligheder, dels skabe lige muligheder for alle. Centralt er også, at den offentlige sikrer en effektiv levering af offentlige ydelser, hvilket vil sige at der skal produceres offentlige ydelser så effektivt, som de foreliggende produktionsfaktorer tillader det.²⁶¹

²⁵⁶ Gaden, Erik m.fl., 2013, s. 173

²⁵⁷ Greve og Jespersen, 2013, s. 21

²⁵⁸ Eide og Stavang, 2014, s. 441-442 samt Greve og Jespersen, 2013, s. 22

²⁵⁹ Greve og Jespersen, 2013, s. 34

²⁶⁰ Greve og Jespersen, 2013, s. 31-32

²⁶¹ Greve og Jespersen, 2013, s. 39 ff.

Udover velfærdsydelser varetager velfærdsstaten forskellige fordelingsopgaver, hvilke overordnet set kan opdeles i vertikal og horisontal omfordeling. Vertikal omfordeling er omfordelingen mellem rig og fattig mens den horisontale fordeling betyder, at ens situationer behandles på samme måde.

Omfordeling mellem rig og fattig kan påvirkes både gennem opkrævningen af skatter og afgifter, men også ved at stille velfærdsydelser til rådighed uden eller kun med begrænset betaling for personer med beskeden eller ingen indkomst.²⁶²

Med henvisning til definitionen af en velfærdstat ovenfor, spiller denne ligeledes en essentiel rolle ved imødegåelsen af en række af forskellige markedsfejl²⁶³, der altid vil være nærværende i et samfund. Samtidig forekommer der "government-failures"²⁶⁴ og afvejningen af disse og konsekvenser heraf indgår i de valg, der træffes i den offentlige sektor. I den forbindelse henvises til afsnit 5.2.4 ovenfor, der omhandler dødvægtstab og inefficent ressourceallokering ved et statsligt indgreb i form af pålægning af skatter.

Velfærdstaten har forskellige finansieringsinstrumenter til rådighed, der påvirker den samfundsøkonomiske udvikling på uensartede måder. Offentlige indtægter i form af skatter og afgifter spiller en række centrale roller i relation til allokering, fordeling og stabilisering af velfærdsstater. Finansieringsinstrumenter, herunder skatter, afgifter mv. har forskellig virkning på borgernes og virksomhedernes økonomiske adfærd.²⁶⁵

Ovenfor er det belyst, at skatteindtægter har en essentiel rolle ved finansiering af den offentlige sektors gøremål. Udhuling af skattebasen, der begrænser denne finansiering, kan således have en nedbrydende effekt på velfærden i samfundet.

5.4 Det idealiserede marked og den samfundsøkonomiske virkelighed

Det ideelle marked, hvor der er effektiv ressourceallokering og samfundsøkonomisk efficiens, bygger på en række antagelser. Dette marked vil i det følgende sammenholdes med den samfundsøkonomiske virkelighed for at undersøge i hvilken grad den konkrete problemstilling, hvor MNEs skatteplanlægger og derved udhuler skattebasen, kan betragtes som et ideelt marked.

Det faktum, at MNEs gennem skatteplanlægning kan undgå at betale skat, medfører at de som udgangspunkt befinder sig i en form for fuldkommen konkurrence. Problemstillingen med at dette samtidig resulterer i en udhuling af skattebasen, kan betragtes som en afvigelse fra det ideelle marked. Det at virkeligheden afviger

²⁶² Greve og Jespersen, 2013, s. 39-40

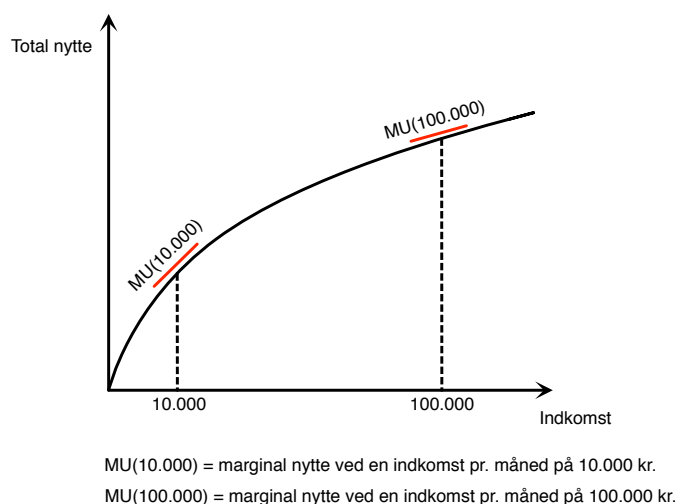
²⁶³ Markedsfejl: betegnelse for afvigelser fra de forudsætninger, der skal være opfyldt, for at den ideelle markedsmodel, hvor der antages at herske fuldkommen konkurrence, har fuld gyldighed.

²⁶⁴ Statslige indgreb, også kaldet styringsfejl, i markedsøkonomiens funktion, der mindsker den markeds-mæssige efficiens.

²⁶⁵ Greve og Jespersen, 2013, s. 223-224

fra idealmodellens forudsætninger betegnes ofte som markedsfejl.²⁶⁶ En væsentlig begrundelse for offentlig regulering af markedsøkonomien kan netop henføres til at forebygge markedsfejl.²⁶⁷ I erkendelse af at markedsfejl medfører en afvigelse fra forudsætningerne bag idealmodellen, vil en markedsræssig organisering ikke kunne skabe den i modellen beskrevne optimale tilstand, hvilket indebærer, at den markedsræssige organisering må understøttes politisk gennem offentlig regulering, hvis allokeringræssig efficiens skal opnås.²⁶⁸ Den offentlige regulering har i situationer, hvor der ikke sker optimal anvendelse af knappe ressourcer, til formål at etablere en mere velfungerende markedsøkonomi. Nødvendigheden af den offentlige regulering skyldes bl.a. at virksomheder og borgere kan mangle tilstrækkelig information til at træffe markedsræssige dispositioner, der også er samfundsmæssigt optimale. Grunden til dette kan findes i at begrænsede ressourcer ikke altid fremstår som udtømmelige for de enkelte parter på markedet. I sådanne tilfælde er det først et problem for kommende generationer, hvorfor velfærdens må varetages af de regulerende myndigheder, der både besidder bedre information og medtager en længere planlægningshorisont, der sikrer, at ressourcerne ikke bliver overudnyttet.²⁶⁹

Derudover kan regulering, som gennemgået under den offentlige sektor, medføre en mere lige fordeling i samfundet, hvilket kan øge den samlede nytte.²⁷⁰ Med udgangspunkt i den følgende figur 13, medfører høj grad af lighed i samfundet en større samfundsmæssig nytte:



Figur 13 - fremstillet ved egen tilvirkning²⁷¹

Figuren illustrerer, at der er aftagende marginal nytte knyttet til stigende indkomst. Det betyder at en person, der tjener 100.000 kr. om måneden har mindre nytte af én ekstra krone i forhold til en person, der tjener 10.000 kr. om måneden. Det kan derfor udledes at omfordeling fra persongrupper med høj indkomst til grup-

²⁶⁶ Stiglitz, Joseph E., 2000, s. 77

²⁶⁷ Stiglitz, Joseph E., 2000, s. 77 ff.

²⁶⁸ Greve og Jespersen, 2013, s. 63

²⁶⁹ Greve og Jespersen, 2013, s. 60

²⁷⁰ Greve og Jespersen, 2013, s. 67

²⁷¹ Med inspiration fra Greve og Jespersen, 2013, s. 68

per med lav indkomst kan forøge samfundets samlede totale nytte. Det er endvidere blevet empirisk påvist at samfund med en mere lige indkomstfordeling ofte fungerer bedre organisatorisk, politisk og socialt.²⁷²

I det følgende uddybes markedsfejl mere specifikt i relation til den konkrete problemstilling i afhandlingen.

5.4.1 Markedsfejl - eksternaliteter og fravær af veldefineret privat ejendomsret

Som markedsfejl for nærværende problemstilling om MNEs udhuling af skattebasen, synes især relevant at nævne eksternaliteter samt fravær af veldefineret privat ejendomsret.

Eksternaliteter er afledte effekter af økonomisk aktivitet, der har samfundsmæssig betydning, men som ikke er medregnet i markedsprisen for den pågældende vare. I den forbindelse anses MNEs omgåelse af skattesystemet, hvilket fører til BEPS, som en negativ eksternalitet da disse selskaber udhuler skattebasen ved deres tilstedeværelse i staten, uden at negative effekter forbundet med denne udhuling internaliseres i deres priser. Udhuling af skattebasen forekommer når MNEs har aktiviteter i en stat, hvor der genereres en profit, men hvor denne profit ikke beskattes i den pågældende stat. Problemstillingen forstærkes af at MNEs har en konkurrencefordel på markedet gennem en lavere pris, hvorfor forbrugerne vælger deres produkter fremfor produkter af nationale virksomheder, som faktisk beskattes i staten. Der er altså tale om eksterne effekter som der i udgangspunkt ikke betales for, herunder at skattebyrden overføres på andre skatteydere i samfundet og at skatteprovenuet forringes, hvilket medfører, at omfanget af offentlige velfærdsydelser og andre offentlige udgifter begrænses. Det er først når staten griber ind og pålægger MNEs en skat, at de negative effekter indregnes i markedsprisen, og denne bliver samfundsøkonomisk efficient.²⁷³

Hvad angår fravær af veldefineret privat ejendomsret, kan problemstillingen illustreres gennem offentlige goder. Offentlige goder er karakteriseret ved at de er tilgængelige for alle og umulige at fordele til enkelte individer. Brugen af sådanne goder reducerer som udgangspunkt ikke andres nytte af godet. Den generelle tilgængelighed gør det besværligt at indkræve betaling fra den enkelte bruger af godet. Dette medfører at den private økonomi normalt ikke vil være interesseret i at producere og udbyde sådanne goder.²⁷⁴ Ifølge Coase teoremet²⁷⁵ gælder for offentlige goder, at transaktionsomkostningerne er for høje til at frivillige aftaler indgås. Et naturligt alternativ er at staten udbyder godet og omkostningerne dækkes gennem skatter. Organiserings- og dødvægttabsomkostninger forbundet hermed kan være betydelige, men dog stadig lavere end de transaktionsomkostninger, der vil gøre frivillige aftaler mulige. Eksistensen af offentlige goder er en tilstræk-

²⁷² Wilkinson og Pickett, 2011, s. 33 samt s. 39

²⁷³ Greve og Jespersen, 2013, s. 77

²⁷⁴ Eide og Ståvang, 2014, s. 103-104

²⁷⁵ Coase teoremet: Hvis ejendomsrettighederne er velspecificerede og transaktionsomkostningerne er lave vil parterne i enhver forhandlingssituation nå frem til et Pareto-optimalt resultat.

kelig grund til at have en stat, der kan indkræve skatter for at dække omkostningerne ved de offentlige goder.²⁷⁶

Ud fra ovenstående kan der med ønsket om at opnå samfundsøkonomisk efficiens med fordel reguleres i følgende situationer.²⁷⁷

- Hvis eksternaliteters skadegørende effekter ikke medregnes i prisen på et ureguleret marked
- Hvis det er svært at håndhæve den private ejendomsret ved produktion og forbrug

Det følgende vil med udgangspunkt i eksternaliteter og mangel på veldefinerede ejendomsrettigheder benytte teorien for "The tragedy of the commons", hvor skattebasen betragtes som en fælles ressource. Fælles ressourcer er på samme måde som offentlige goder kendetegnet ved, at der ikke foreligger veldefinerede ejendomsrettigheder, dog er det vigtigt at pointere, at der ved fælles ressourcer er tale om udtømmelige goder, hvorfor disse adskiller sig fra offentlige goder. Det er netop overforbruget af den fælles ressource, gennem en udhuling af skattebasen, der anses for at være en eksternalitet. "The tragedy of the commons" er et eksempel på problemet ved negative eksternaliteter. Da den enkelte bruger af det fælles gode ikke har noget incitament til at tage hensyn til hvordan egne aktiviteter påvirker andre, vil rationel individuel adfærd føre til omkostninger for andre.²⁷⁸

5.5 The tragedy of the commons

"The tragedy of the commons" blev første gang taget i brug af Garrett Hardins i en videnskabelig artikel fra 1968, der beskriver landmænds brug af et fælles areal, hvor deres kvæg kan græsse. Hver landmand har i egeninteresse at sætte alt sit kvæg på græsningsarealet, på trods af at dette kan skade det fælles areal gennem overgræsning. I dette tilfælde har den enkelte landmand alle fordelene ved at sætte et ekstra kvæg på græsningsarealet, mens skaderne på det fælles græsningsareal rammer alle landmændene.²⁷⁹ Teorien omhandlende "The tragedy of the commons" henviser således til udtømningen af en fælles ressource, af parter, der handler uafhængigt og rationelt i forhold til egeninteresse. Dette sker på trods af at disse parter er klar over, at deres misbrug af den fælles ressource ikke er til deres eget bedste på lang sigt.²⁸⁰

²⁷⁶ Eide og Stavang, 2014, s. 152 ff.

²⁷⁷ Greve og Jespersen, 2013, s. 73

²⁷⁸ Eide og Stavang, 2014, s. 168

²⁷⁹ Hardin, Garrett, 1968, s. 1243

²⁸⁰ Griffiths, Mark m.fl., 2013, s. 1

Der er to overordnede karakteristika for en fælles ressource:²⁸¹

- Adgang for alle
- Ressourcens fremtidige mængde kan begrænses af antallet, der benytter ressourcen samt hvor intensivt ressourcen bruges

Et kendetegn ved et fælles ressource er ligeledes at det kan benyttes over en lang tidsperiode, også af fremtidige generationer, forudsat at brugen af det fælles gode tillader genskabelse. Der kan knyttes to former for eksternaliteter til et fælles gode. Den øjeblikkelige effekt af brugen af godet og den fremtidige effekt af brugen af godet. Den øjeblikkelige effekt medfører, at en persons brug nedsætter fordelene for andre brugere af godet. Den fremtidige effekt medfører at en persons brug begrænser andre personers muligheder for brug af godet i fremtiden.²⁸²

Problemstillingen ved at ressourcen er fælles er, at det kan medføre overforbrug. Et klassisk eksempel er forurening. Hvis der ikke foreligger regulering på området for forurening, vil en virksomhed have incitament til at forurene en nærliggende sø ved sin produktion, fremfor at afholde omkostninger ved anden behandling af forureningen. Omkostningerne ved forurening af søen bæres fælles af alle brugere af søen og ikke alene af den forurenende virksomhed. Alle virksomheder vil have incitament til at forurene søen, hvilket fører til "The tragedy of the commons".²⁸³

Denne model tages i betragtning nedenfor i forhold til globaliseringens indvirkning på skatter, herunder staters evne til at indsamle det nødvendige skatteprovenu, således at disse kan udføre de økonomiske funktioner som individerne i samfundet forventer.²⁸⁴ Problemstillinger forbundet med dette skyldes især fremkomsten af en globaliseret økonomi samt øget teknologi, med MNEs, der fungerer og producerer i flere lande. Der kan argumenteres for at den økonomiske arkitektur, der eksisterede i fortiden, betød at skattebasen hos de enkelte stater kunne sammenlignes med en indenlandsk sø, som kun kunne udnyttes af den nationale stat, hvor søen var placeret. Der var således ikke risiko for udenlandsk skattekonkurrence eller erodering af skattebasen gennem skatteundgåelse eller unddragelse.²⁸⁵

Globaliseringen har skabt mulighed for at skatteundgåelse kan finde sted, især hvad angår globale økonomiske aktiviteter. Udviklingen har således skabt stærke incitamenter for virksomheder til at skatteplanlægge således at deres effektive skattesats reduceres. Der er på den ene side opbygget en efterspørgselsside, i form af

²⁸¹ Dutta, Prajit K., 1999, s. 92

²⁸² Dutta, Prajit K., 1999, s. 92 ff.

²⁸³ Dutta, Prajit K., 1999, s. 93

²⁸⁴ Tanzi, Vito, 2016, s. 193

²⁸⁵ Tanzi, Vito, 2016, s. 199

ønsket om skatteplanlægning, og en udbudsside, i form af øget rådgivning fra virksomheder og private med henblik på skatteundgåelse.²⁸⁶

Skatteplanlægningen omfatter overordnet set, at drage fordel af staternes skattebase gennem skatteundgåelse. De enkelte staters skattebase er gradvist blevet sammenkoblet og udvidet, således, at de før omtalte uafhængige indenlandske søer nu kan betragtes som et samlet globalt ocean. Udhuling af skattebasen anses som en negativ eksternalitet af at MNEs skatteplanlægger og derved reducerer eller eliminerer deres beskatning. En udhuling af skattebasen medfører en begrænset finansiering til den offentlige sektors gøremål, herunder udbydelsen af offentlige goder samt velfærdsydelser. Omkostninger ved udhulingen bæres således af alle parter i samfundet, herunder også MNEs. Endvidere påfører udhulingen af skattebasen andre skatteydere en meromkostning, da skattebyrden overføres på disse.²⁸⁷

Skattebasen, der udnyttes, synes at kunne sidestilles med en fælles ressource, hvorfor en underkastelse af teorien om "The tragedy of the commons" kan retfærdiggøres.²⁸⁸ Dette understøttes andre steder i litteraturen: *"tax evasion resembles a particular form of the tragedy of the commons, where the overuse of practise brings about personal and collective diminished returns"*, samt *"the analogy of the tragedy of the commons provides additional explanatory power that has not been properly captured in the tax literature"*.²⁸⁹

Skabelsen af en fælles skattebase i et globalt perspektiv har gjort det muligt for nogle lande og skatteydere at udnytte dette til deres egen fordel gennem skatteplanlægning. Nettoeffekten af skatteplanlægning er overordnet at verdens skattebase overføres fra stater, hvor skattesatserne er høje og hvor grundlaget til skatten faktisk stammer fra, til stater hvor skattesatserne er lave eller ikkeeksisterende.²⁹⁰

I det følgende anvendes spilteori for at understøtte teorien om "The tragedy of the commons" og forklare hvorfor MNEs skatteplanlægger vedvidende, at deres misbrug af den fælles ressource ikke er til deres eget bedste på lang sigt.

5.5.1 [Prisoner's dilemma](#)

Prisoner's dilemma som er beviset for "The tragedy of the commons" bygger på, at to fanger sidder i forhør for et indbrud de har begået. Begge har valgmulighederne, *"tilstå"* eller *"tilstå ikke"*. Beviserne for indbruddet er svage, hvorfor domsfældelse er afhængig af tilståelse. Hvis begge tilstår får de hver en fængselstid på 5 måneder. Hvis ingen tilstår, og de to fanger vælger at samarbejde og nægter sig skyldige, går de begge fri, og udfaldet vil blive -1 grundet det ubehagelige forhør. Hvis den ene part tilstår, mens den anden ikke tilstår, vil

²⁸⁶ Tanzi, Vito, 2016, s. 198

²⁸⁷ Tanzi, Vito, 2016, s. 200 ff.

²⁸⁸ Tanzi, Vito, 2016, s. 197

²⁸⁹ Bergman, Marcelo, 2011, s. 30

²⁹⁰ Tanzi, Vito, 2016, s. 198-199

den part, der tilstår gå fri, mens den anden part bliver straffet med 6 måneders fængsel. Begge spillere har således samme strategier, "*tilstå*" eller "*tilstå ikke*", og begge har fuld information om hvad den anden part har af strategier og udfaldene i alle tilfælde. Begge er rationelle og forfølger derfor egeninteresse. Situationen kan opstilles i følgende matrix:²⁹¹

	<i>Tilstå ikke</i>	<i>Tilstå</i>
<i>Tilstå ikke</i>	-1,-1	-6,0
<i>Tilstå</i>	0,-6	<u>-5,-5</u>

Figur 14 - fremstillet ved egen tilvirkning²⁹²

Ud fra denne model vil begge parter vælge at "*tilstå*", selvom det havde været bedst for parterne, hvis begge valgte "*tilstå ikke*". Således er udfaldet efter dette spil, at det der er rationelt for parterne fører til en dårligere løsning, end den de kunne have opnået hvis ikke de havde forfulgt deres egeninteresse.

"*Tilstå*" er den dominerende strategi, hvilket vil sige, at "*tilstå*" er det optimale valg for den enkelte spiller uanset, hvad den anden spiller gør. Dette spil illustrerer forskellen mellem individuel og kollektiv rationalitet. Hvad der er rationelt for den enkelte part, er dårligt set fra et fælles perspektiv.²⁹³

Udgangspunktet er altså at parterne vil ende i Nash-ligevægten²⁹⁴ ("*tilstå*", "*tilstå*"), men hvis der er tilstrækkelige incitamenter for fælles optimering, bør parterne vælge "*tilstå ikke*" for at opnå muligheden for en effi- cient løsning.

I det følgende vil spillerene anses for at være MNEs. De har begge strategierne "*skatteplanlægge*", der medfører at de ikke betaler skat og "*ikke skatteplanlægge*", der medfører at de betaler skat. Hvis begge vælger at "*skatteplanlægge*" vil det lede til BEPS, altså en udhuling af skattebasen i staterne, der har en nedbrydende effekt på samfundet, hvilket ligeledes påvirker MNEs. Udfaldet af at de begge vælger "*skatteplanlægge*" vil være -5. Hvis begge parter vælger "*ikke skatteplanlægge*" og betaler skat i de lande de opererer i, vil udfaldet blive -1, da de nu rammes af en beskatning. Vælger den ene at "*skatteplanlægge*" mens den anden vælger "*ikke skatteplanlægge*" vil den, der vælger ikke at betale skat være bedre stillet i konkurrencen overfor den der

²⁹¹ Eide og Stavang, 2014, s. 123 ff., Dutta, Prajit K., 1999, s. 11 samt Watson, Joel, 2008, s. 54.

²⁹² Med inspiration fra Eide og Stavang, 2014, s. 124

²⁹³ Eide og Stavang, 2014, s. 125

²⁹⁴ En Nash-ligevægt er en situation i et spil, hvor ingen spillere har lyst til at afvige fra deres strategi, selvom de kender de andre spilleres strategi. Altså en løsning hvor alle, givet den viden de besidder, ikke kan bliver mere tilfredse ved at vælge noget andet.

betaler skat, og samtidig vil skattebasen ikke udhules i samme omfang som hvis alle skatteplanlagde. Udfaldet vil i så fald blive hhv. 0, for den part, der ikke betaler skat og -6, for den part, der står alene med skattebyrden. Dette kan illustreres ved følgende:

	<i>Ikke skatteplanlægge</i>	<i>Skatteplanlægge</i>
<i>Ikke skatteplanlægge</i>	-1,-1	-6,0
<i>Skatteplanlægge</i>	0,-6	<u>-5,-5</u>

Figur 15 - fremstillet ved egen tilvirkning

Udfaldet vil således blive, at begge vælger "*skatteplanlægge*", markereret med rød i matrixen, og ender i Nash-ligevægten (-5,-5) da dette er den dominerende strategi for begge parter. MNEs egen optimering fører til den dårligste løsning for samfundet. Misbrug af det fælles gode i form af skattebasen, er ikke til MNEs eget bedste på lang sigt, da den nedbrydende effekt på samfundet ligeledes rammer disse.

5.5.2 Løsning på "The tragedy of the commons"

I modellen for "The tragedy of the commons" og "Prisoner's dilemma" er det bevist, at selvom MNEs egen optimering på kort sigt leder til en øgning i deres indtjening gennem reducere af deres effektive skattesats, vil det på lang sigt være en dårlig løsning.

Ønsket er at ende i løsningen ("*ikke skatteplanlægge*", "*ikke skatteplanlægge*") markeret med grøn i matrixen, da dette er den strategi, der vil give MNEs størst muligt payoff. Dette vil samtidig være den bedste løsning for samfundet, hvilket kan vises ved at sammenholde udtrykket for det sociale optimum og udtrykket for ligevægten ved egen optimering. Udgangspunktet er at egen optimering leder til overforbrug. Forbrug i ligevægtsløsningen under egen optimering er højere end forbruget i ligevægten for det sociale optimum. Hvis der opstilles en forbrugsfunktion for hhv. ligevægt for egen optimering og det sociale optimum ses det at forbruget i den sociale optimale funktion er mindre end forbruget i funktionen for egen optimering.²⁹⁵

$$c(y) = \frac{1 - \frac{\delta}{2}}{2} y < \frac{1 - \frac{\delta}{2}}{2 - \frac{\delta}{2}} y = c^*(y)$$

²⁹⁵ Dutta, Prajit K., 1999, s. 285-286

y : godet

c : forbrug

$c^*(y)$: funktion for ligevægtsløsningen

$c(y)$: funktion for socialt optimum

$\frac{1-\delta}{2}$: den optimale fraktion af det samlede gode y , der går til forbrug i hver periode under den optimale forbrugsfunktion.

$\frac{1-\delta}{2-\delta}$: den fraktion af det samlede gode y , der vil blive forbrugt hvis agenterne ikke er kontrolleret af en social planner, men agerer efter

individuelle best-response funktioner på hinandens forbrugsrater.

Spilleren bærer kun delvist konsekvensen ved dennes handlinger ved egen optimering. Dette medfører, at spilleren er mere tilbøjelig til at overforbruge, fordi byrden herved bæres ved at nedsætte fremtidige spilleres forbrug. I det følgende opstilles to forskellige samfund, ét hvor forbrug er offentligt administreret og ét hvor forbrug er ensidigt bestemt. Ved en antagelse om at begge samfund starter med samme mængde i første periode, vil det første samfund i anden periode have en større mængde fordi denne investerede mere i første periode. Det betyder samtidig, at samfundet vil have et højere investeringsniveau i anden periode. Resultat fremkommer af to årsager: 1) det første samfund investerer en større andel af deres mængde, og 2) det første samfund har en større mængde til rådighed. Af denne årsag har det offentligt administrerede samfund en større mængde af godet, investerer mere, og vil derfor i fremtiden have en større mængde. For at illustrere dette, antag da at y_t betegner mængden i det offentligt administrerede samfund, og y'_t betegner mængden i det andet samfund. Her vil $y_t > y'_t$ for alle perioder hvor $t > 1$, også selvom $y_1 = y'_1$. I forlængelse heraf vil den bæredygtige offentligt administrerede mængde være højere, end hvad der kan opnås i et samfund, der ikke administreres offentligt, da den bæredygtige mængde regenereres.²⁹⁶

En løsning på "The tragedy of the commons" kan ske gennem en internalisering af omkostninger hos dem, der udnytter det fælles gode, altså MNEs. Internalisering kan ske gennem regulering ved pålægning af skatter eller afgifter. Velvalgte skatter eller afgifter kan internalisere de ulemper som påføres andre således, at den samlede udnyttelse bliver bedst mulig.²⁹⁷

5.5.3 Regulering

For at sikre effektiv brug af ressourcer, vil der i nogle tilfælde være behov for offentlig regulering, som redgjørt for ovenfor i afsnit 5.4.1.

Høje transaktionsomkostninger, der medfører at aftaler ikke indgås, er en vigtig forklaring på, hvorfor man i det moderne samfund i større grad har satset på en politisk og administrativ styring, da administrationsomkostninger anses for at være lavere end de hypotetiske transaktionsomkostninger ved en privat aftale.²⁹⁸

²⁹⁶ Dutta, Prajit K., 1999, s. 286

²⁹⁷ Eide og Stavang, 2014, s. 168

²⁹⁸ Eide og Stavang, 2014, s. 199

Ressourceløsning i forbindelse med "The tragedy of the commons" har givet anledning til forskellige former for regulering. "The tragedy of the commons" viser, at adgangen til at udnytte en fælles ressource ikke skal være ubegrænset. Sker begrænsningen ikke af sig selv gennem sociale normer²⁹⁹, kan regulering være det bedste og muligvis det eneste alternativ.³⁰⁰ En begrænsning af adgangen til en fælles ressource kræver en klar målsætning, fx at gøre profitten størst mulig. Det centrale spørgsmål er, hvilke regler, der skal gælde for den enkeltes udnyttelse af ressourcen.³⁰¹

5.6 Pålægning af skat – en tilnærmelse af det ideelle marked?

MNEs vil altid foretrække at skatteplanlægge, når de har muligheden for dette, hvilket medfører en eksternalitet i form af udhuling af skattebasen. Da det ikke er muligt for et ureguleret marked med eksternaliteter at opnå en effektiv ressourceallokering og derigennem samfundsøkonomisk efficiens, analyseres det i det følgende, hvorvidt regulering af et marked med eksternaliteter skaber mulighed for en tilnærmelse af det ideelle marked. For at belyse dette undersøges betydningen af skattebasens omfang samt teorien for udformning af en optimal skattepolitik.

5.6.1 Skattebasens betydning

Skattebasens betydning inddrages, da en pålægning af skat på MNEs vil ændre omfanget af denne. En udvidelse af skattebasen kan medføre lavere skattesatser, da der er flere til at dække det totale skatteprovenu. En bred skattebase kan reducere det totale dødvægtstab, der opstår grundet beskatning. Desuden kan en bred skattebase reducere skatteundgåelse, da flere parter vil acceptere beskatning, hvis skattesatsen i forbindelse med denne er lavere. Dette skyldes, at de ressourcer, der er forbundet med skatteplanlægning i mindre grad kan opvejes jo lavere skatten er.³⁰²

Dødvægtstabet stiger, når skattesatsen som udgangspunkt er høj, og falder, når skattesatsen som udgangspunkt er lav. Dette skyldes at afstanden mellem den marginale betalingsvillighed og de samfundsøkonomiske marginalomkostninger øges med skattesatserne. Det betyder, at hvis skattesatsen er 0, vil en øgning til 1 % ikke medføre en mærkbar reduktion i det samfundsøkonomiske overskud, da afstanden mellem forbrugerprisen og producentprisen er lav, men hvis udgangspunktet er en skattesats på 50 %, vil et yderligere tillæg på 1 % medføre et mærkbart tab, da afstanden mellem forbrugerpris og producentpris i dette tilfælde er stor.³⁰³

²⁹⁹ Sociale normer er uskrevne regler, der påvirker adfærd i grupper eller i et samfund.

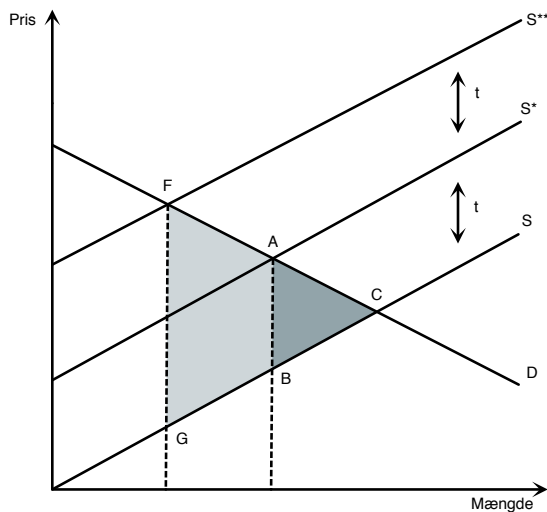
³⁰⁰ Eide og Stavang, 2014, s. 201

³⁰¹ Eide og Stavang, 2014, s. 201

³⁰² Eide og Stavang, 2014, s. 447

³⁰³ Eide og Stavang, 2014, s. 447

Ovenstående kan illustreres ved følgende figur:



Figur 16 - fremstillet ved egen tilvirkning³⁰⁴

I figuren er der en efterspørgselskurve D en udbudskurve S og en ligevægtsløsning i C . Hvis der indføres en beskatning t vil udbudskurven forskyde sig til S^* og der fremkommer en ny ligevægt i A og et dødvægtstab repræsenteret ved arealet af trekant ABC . Indføres der alternativt $2t$ i beskatning, således at beskatningen bliver dobbelt så stor, vil udbudskurven forskyde sig til S^{**} og der fremkommer en ligevægtsløsning i F og et dødvægtstab repræsenteret ved arealet af trekant FGC . Øgningen af dødvægtstabet, fra en øgning af skatten fra t til $2t$, er repræsenteret ved arealet af firkanten $FGBA$. Ud fra modellen observeres at dette areal er større end arealet af trekant ABC . Modellen kan desuden vise at skatteprovenuet af en øgning i skattesatsen fra 0 til t er større end ved en øgning fra t til $2t$. Dette skyldes, at der i første tilfælde er flere enheder som beskattes.

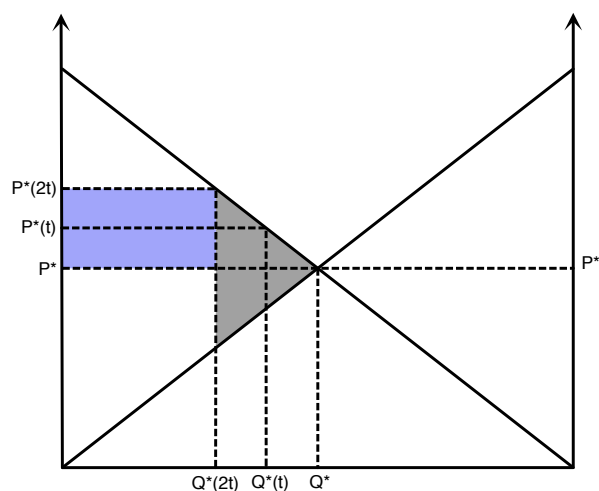
Vender vi ovenstående analyse om således at der sker en reduktion af skatterne, bemærkes det, at en reduktion fra $2t$ til t medfører en større reduktion i dødvægtstabet end en reduktion fra t til 0 . Dette illustrerer, at gevinsten ved at reducere høje skattesatser overstiger gevinsten ved den samme reduktion af lave skattesatser. Hvis skattesatsen reduceres vil det medføre lavere skatteindtægter, hvorfor skattebasen må udvides hvis den totale indtægt skal forøges. Dette kan lade sig gøre ved at beskatte aktiviteter, der tidligere ikke har været beskattet eller som har været beskattet lavt. En bred skattebase med lave skattesatser medfører at dødvægtstabet begrænses.³⁰⁵

Antages det, at der er to sektorer på markedet med henholdsvis nationale virksomheder, der har en skattesats på $2t$ og MNEs der har en skattesats på 0 , vil en indførelse af samme skattesats t hos begge parter, ud fra analysen af modellen ovenfor, medføre to fordelagtige resultater: Det totale skatteprovenu vil øges, og det samle-

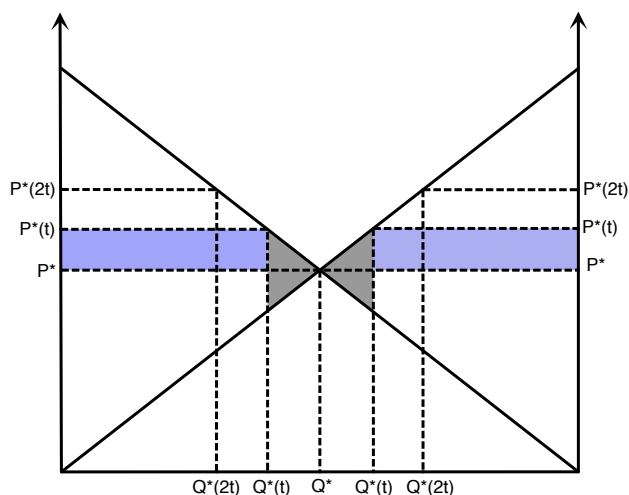
³⁰⁴ Med inspiration fra Eide og Stavang, 2014, s. 448

³⁰⁵ Eide og Stavang, 2014, s. 448-449

de dødvægtstab vil aftage. I den forbindelse kan det oprindelige skatteprovenu opnås ved at sænke skattesatsen.³⁰⁶ Denne sammenhæng er illustreret i figur 17 og figur 18 nedenfor, hvor dødvægtstabet er markeret med grå og skatteprovenuet er markeret med blå.



Figur 17 – fremstillet ved egen tilvirkning



Figur 18 – fremstillet ved egen tilvirkning

Venstre side af figur 17 viser de nationale virksomheder, som betaler en skat på $2t$, mens højre side viser MNEs, der ikke er pålagt beskatning. Figur 18 viser situationen efter begge parter er pålagt en skat på t . Sammenholdes figurerne ses det at skatteprovenuet samlet set er større mens dødvægtstabet samlet set er mindre, når begge sektorer beskattes med t .

Inddrages det ideelle marked vil MNEs, som redegjort for i afsnit 5.2.1, befinde sig i en situation, der kan sidestilles med fuldkommen konkurrence, hvis de ikke betaler skat. I denne sammenhæng vil der ikke opstå et dødvægtstab, og der vil desuden være en effektiv ressourceallokering. Derimod resulterer beskatningen af nationale virksomheder i en ineffektiv ressourceallokering samt et dødvægtstab, hvilket reducerer det samlede samfundsøkonomiske overskud. Dog medfører den negative eksternalitet, i form af udhuling af skattebasen, der opstår grundet MNEs skatteplanlægning, en ineffektiv ressourceallokering, hvilket ikke er i overensstemmelse med det ideelle marked og markedsmekanismen under fuldkommen konkurrence. En pålægning af skatter på MNEs, som løsning på eksternalitetsproblemet, vil medføre at skattebasen udvides, således at en lavere skattesats vil være tilstrækkelig for at opretholde eller øge skatteprovenuet. Selvom der ved pålægning af skatter på MNEs opstår et dødvægtstab, vil en lavere skattesats gennem en bredere skattebase medføre at betydningen af dette dødvægtstab begrænses, hvilket påvises gennem figur 18. Figuren illustrerer, at en lavere skattesats medfører en tilnærmelse af pris og mængde på det idealiserede marked sammenlignet med situationen, hvor skattebasen er mindre og skattesatsen dermed højere. Beskatning af MNEs kan altså samlet føre til et lavere dødvægtstab, et større skatteprovenu samt forhindre udhuling af skattebasen.

³⁰⁶ Eide og Stavang, 2014, s. 449

Da pålægning af skatter gennem regulering kan føre til en tilnærmelse af tilstanden under det ideelle marked, vil nedenstående afsnit belyse hvilke betragtninger, der bør indgå i udformningen af en optimal skattepolitik.

5.6.2 Udformning af optimal skattepolitik

Der er flere forskellige faktorer, der indgår i bedømmelsen af hvorvidt et statsligt indgreb gennem regulering er efficient. Ovenstående figur 18 illustrerer den optimale situation for samfundet, men det er vigtigt at understrege, at denne kun medtager skatten som omkostning, hvorfor det samtidig kun er denne, der internaliseres i prisen. Ved optimal beskatningsteori skal de forskellige samfundsøkonomiske omkostninger forbundet med beskatning ligeledes vurderes og sættes i relation til beskatningens formål. Det er særligt følgende samfundsøkonomiske omkostninger:³⁰⁷

- Skatteydernes administrative omkostninger i forbindelse med skatteplanlægning og skatteomgåelse
- Omkostninger ved at skatteomgåelse indebærer ineffektiv ressource udnyttelse
- Dødvægtstab
- Skatteydernes compliance omkostninger
- Skattemyndighedernes administrationsomkostninger

Forskellige skattesystemer med ulige skattesatser giver incitament til at skatteplanlægge. Dette skaber en foranledning for MNEs til at placere sig der, hvor det er muligt at opnå en skattemæssig fordel på trods af at dette ikke er samfundsøkonomisk efficient. Skatteplanlægning medfører omkostninger samt en ineffektiv ressource udnyttelse for MNEs. Pålægning af skatter medfører et dødvægtstab som påvist ovenfor i afsnit 5.2.4. Endvidere kan skatter benyttes til at reducere et allerede eksisterende dødvægtstab gennem en lavere skattesats som resultat af en bredere skattebase. Skatteregulering medfører desuden øgede compliance omkostninger for MNEs, hvor størrelsen af disse kan afhænge af reglernes kompleksitet, samt øgede administrative omkostninger på skattemyndighederne, der ligeledes afhænger af MNEs compliance byrde.

Ved beskatning bliver aktørerne på markedet påvirket af, at ressourcerne udnyttes mindre effektivt end hvad der ellers ville have været tilfældet. Effektivitetstab giver færre goder til fordeling. Der eksisterer således en konflikt mellem fordelingsønsker og effektivitetsønsker.

Der bør lægges vægt på to målsætninger for optimal beskatning: 1) effektiv udnyttelse af ressourcer samt 2) retfærdig fordeling. Her knytter de analytiske problemstillinger sig først og fremmest til, at skat fører til vridninger af økonomisk virksomhed, således at produktionen bliver lavere end den ellers ville have været. Der opstår altså et effektivitetstab. Skatterne medfører samfundsøkonomiske omkostninger, da det fører til en stigning i prisen på varen. Prisen bliver dermed højere end de reelle omkostninger ved at producere varen. Dette

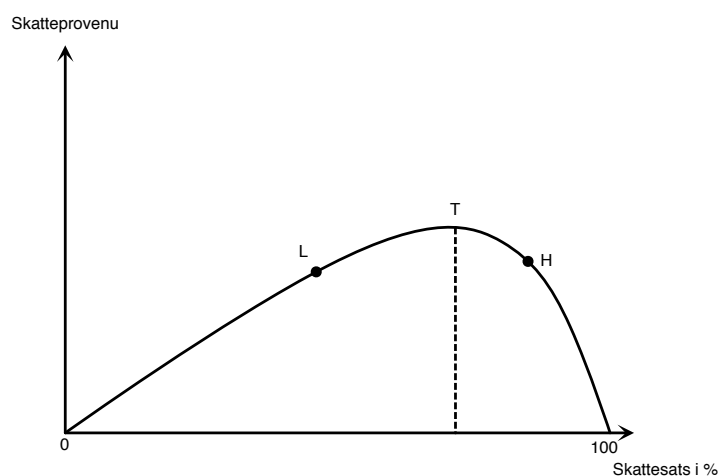
³⁰⁷ Eide og Stavang, 2014, s. 454

medfører at udnyttelsen af ressourcer styres af skatter i stedet for af forbrugernes betalingsvillighed og producenterne reelle omkostninger. Skatter bør derfor være så lave som mulige, hvis samfundets ressourcer skal udnyttes bedst muligt. Ud fra ovenstående kan det udledes, at en bred skattebase med moderate skattesatser er fordelagtig sammenlignet med end en begrænset skattebase med høje skattesatser. For at illustrere væsentligheden af skattesatsens betydning inddrages en mere dybdegående analyse af skattens totale omfang nedenfor.

5.6.2.1 Skattens totale omfang

Det er kompliceret at beregne de samfundsøkonomiske omkostninger ved beskatning og brug af forskellige skattesatser, hvorfor det er vanskeligt at opstille præcise retningslinjer for skattens totale omfang. En vigtig faktor i denne afvejning er, at dødvægtstabet ved en øget beskatning er højere, hvis udgangspunktet allerede er et højt skatteniveau end hvis udgangspunktet er et lavt skatteniveau. Dette er dog ikke ensbetydende med at høje skatter altid er negativt for samfundet. Netop dette faktum gør det vanskeligt at bedømme alle relevante faktorer, når skattens virkning skal vurderes.

Et andet interessant spørgsmål i denne sammenhæng er forholdet mellem skattesatser og skatteprovenu. I den forbindelse bliver det relevant at inddrage nedenstående model, der illustrerer Lafferkurven:³⁰⁸



Figur 19 – fremstillet ved egen tilvirkning³⁰⁹

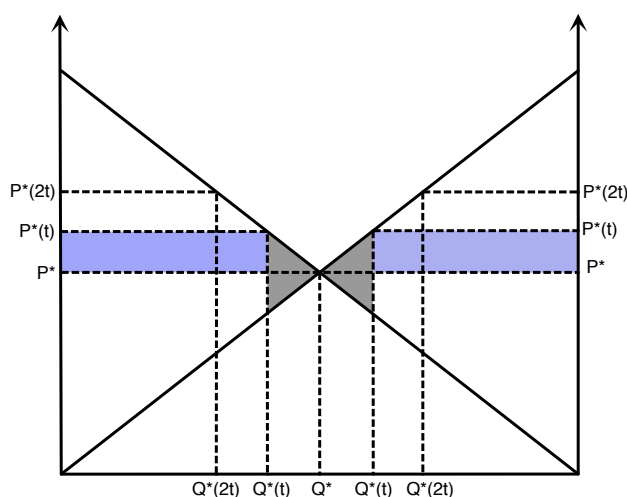
I denne figur måles skatteprovenuet ud af den vertikale akse, mens skattesatsen i procent måles ud af den horisontale akse. Det bemærkes at skatteprovenuet er 0 i tilfældet, hvor skatteprocenten ligeledes er 0. Endvidere bemærkes det, at hvis skatteprocenten bliver for høj, i dette tilfælde 100, vil skatteprovenuet være meget lavt eller ikke eksisterende. Kurven illustrerer således sammenhængen mellem skattesats og skatteprovenu, og at skatteprovenuet på et tidspunkt vil passere et toppunkt, og herefter bevæge sig mod 0. I nærværende figur opnås det højeste skatteprovenu ved en skattesats på T procent. Kurven illustrerer således en interessant sam-

³⁰⁸ Eide og Stavang, 2014, s. 457

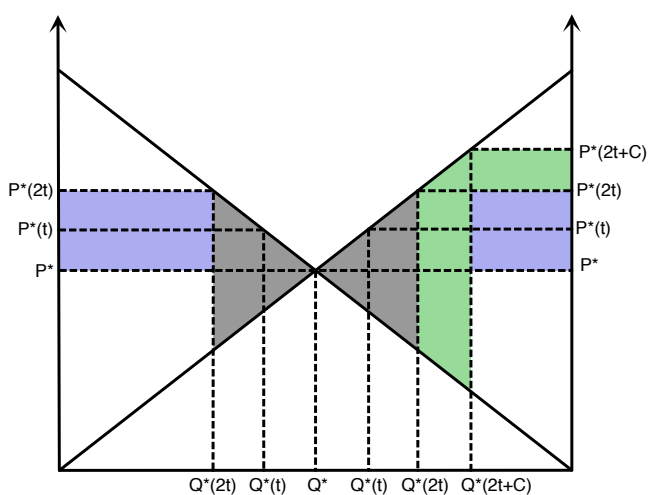
³⁰⁹ Med inspiration fra Eide og Stavang, 2014, s. 457

menhæng, hvor at i tilfælde af at en skattesats kan siges at være for høj i forhold til hvad, der giver det højeste skatteprovenu, illustreret ved H i modellen, vil en reduktion i skattesatsen ikke kun stimulere den økonomiske aktivitet, men også øge skatteprovenuet. Endvidere bemærkes det, at skulle en skattesats ligge på et niveau, der er lavere end toppunktet, illustreret ved L i modellen, er det ikke nødvendigvis ensbetydende med at skattesatsen skal hæves. Højere skatter kan virke hæmmende på den økonomiske aktivitet, selvom skatteprovenuet øges.³¹⁰

Ud fra ovenstående gennemgang belyses det, at selvom regulering kan forhindre at MNEs skatteplanlægger og dermed modvirke "The tragedy of the commons", så skal fordelene ved regulering kunne opveje omkostningerne forbundet med pålægning af skatten. Desuden bør det indgå i overvejelserne at beskatning samtidig kan medføre at MNEs incitamenter til at drive forretning reduceres, især ved høje skattesatser. Hvis administrationsomkostningerne for skattemyndighederne øges i forbindelse med en regulering, skal disse omkostninger finansieres gennem yderligere pålægning af skatter. Derudover kan for høje compliance omkostninger for MNEs medføre at disse internaliseres i deres priser. Dette kan illustreres ved nedenstående figurer:



Figur 18 – fremstillet ved egen tilvirkning



Figur 20 – fremstillet ved egen tilvirkning

Figur 18, til venstre, er indsat igen for at illustrere den samfundsmæssige optimale tilstand, der kan opnås ved den konkrete problemstilling. Denne figur benyttes som sammenligningsgrundlag med figur 20 til højre. I figur 20 er de øgede administrationsomkostninger illustreret ved, at ligevægtsprisen er steget fra $P^*(t)$ til $P^*(2t)$ samt at mængden er faldet fra $Q^*(t)$ til $Q^*(2t)$ da den øgede pålægning af skat til dækning af administrationsomkostninger internaliseres i virksomhedernes priser. Yderligere vil compliance omkostninger for MNEs ligeledes internaliseres i deres priser, sådan at prisen stiger fra $P^*(2t)$ til $P^*(2t+C)$ og mængden falder fra $Q^*(2t)$ til $Q^*(2t+C)$. Administrationsomkostningerne medfører at dødvægtstabet øges i begge sektorer, og endvidere medfører compliance omkostninger, at dødvægtstabet for samfundet øges yderligere i den ene sek-

³¹⁰ Eide og Stavang, 2014, s. 456 ff.

tor. Compliance omkostningernes indvirkning på markedet illustreres ved den grønne markering. Sammenlignes de to sektorer i figur 20 til højre bemærkes det, at compliance omkostninger medfører, at en del af skatteprovenuet bliver til et dødvægtstab, og at der derudover opstår en yderligere omkostning (C), som internaliseres i prisen. Dette forringer MNEs konkurrenceevne.

Ovenstående viser, at på trods af, at en pålægning af skat kan forhindre "The tragedy of the commons" og resultere i en samfundsøkonomisk efficient tilstand, kan omkostninger i forbindelse med en sådan regulering medføre inefficiens.

Den økonomiske analyse har påvist, at det er muligt at tilnærme sig det ideelle marked gennem regulering, når ressourceallokeringen påvirkes af markedsfejl. Med udgangspunkt i Kaldor-Hicks-kriteriet vurderes det, hvorvidt regulering, i form af pålægning af skatter, er en efficient løsning.

5.7 Efficiensbetragtning

I afhandlingen, er der taget afsæt i det ideelle marked med henblik på at belyse en Pareto-optimal tilstand, hvor der opnås effektiv ressourceallokering. Den konkrete problemstilling i afhandlingen afviger fra det ideelle marked, da der som følge af MNEs skatteplanlægning opstår en markedsfejl, i form af en negativ eksternalitet ved udhuling af skattebasen. Dette påvises ved teorien om "The tragedy of the commons", hvor den resourceudtømmende adfærd i form af skatteplanlægning bevises gennem Prisoner's dilemma. Løsningen på overforbrug af den fælles ressource er regulering, der pålægger MNEs en skat. MNEs omkostninger grundet skatter internaliseres i prisen, hvilket medfører, at der opstår et dødvægtstab og således en direkte mindskning af forbruger og producent overskud, der samlet set resulterer i et lavere samfundsøkonomisk overskud. Samtidig medfører pålægning af skatter, at skattebasen udvides og der dermed er flere til at bære skattebyrden. En udvidet skattebase muliggør en reduktion af skattesatserne, der samtidig opretholder eller øger skatteprovenuet. Dette medfører en reduktion i dødvægtstabet, da lavere skattesatser bevirker at dødvægtstabet begrænses, hvilket skaber et større samfundsøkonomisk overskud. Herigennem opnås en tilnærmelse af det ideelle marked.

Hvis administrative omkostninger og compliance omkostninger, i forbindelse med regulering, er for høje, vil det indebære en inefficient ressourceallokering. I den forbindelse vil de administrative omkostninger skulle finansieres igennem et øget skatteprovenu, herunder øgede skattesatser, der internaliseres i priserne hos både MNEs og nationale virksomheder. Compliance omkostninger vil ligeledes skulle internaliseres i MNEs priser, hvilket medfører en forringet konkurrenceevne.

I vurderingen af hvad, der er en efficient ressourceallokering i relation til nærværende problemstilling, herunder MNEs udhuling af skattebasen gennem skatteplanlægning, skal der foretages en afvejning af ovenstående faktorer. Hvorvidt regulering er efficient vurderes på baggrund af Kaldor-Hicks-kriteriet, der forudsætter, at et

tiltag er samfundsøkonomisk efficient og skal gennemføres, såfremt der skabes stor nok værdi for dem, der stilles bedre, så de i teorien vil kunne kompensere dem, som stilles værre. Regulering vil således kun være en efficient løsning, hvis nytten ved at forhindre udhuling af skattebasen gennem regulering overstiger omkostningerne forbundet hermed:

$$\text{Nytten ved at forhindre udhuling af skattebasen} > \text{Omkostningerne ved regulering}$$

5.8 "A World Tax Authority"

I den økonomiske litteratur er et løsningsforslag, der skal modvirke skatteplanlægning og udhuling af skattebasen, "A World Tax Authority"³¹¹. Dette forslag tager udgangspunkt i, at skatteregler og satser i virkelighedens verden varierer landende imellem, hvilket giver MNEs incitament til, at foretage investeringer der, hvor det skattemæssigt er mest optimalt.³¹² Rationalet er, at så længe skattesystemer ikke er harmoniseret, i dette tilfælde gennem et globalt organ, vil regler være mulige at omgå og der vil således altid være et incitament til at skatteplanlægge for MNEs samt skattekonkurrence staterne imellem for at tiltrække investeringer, hvilket understøttes i teorien om "The tragedy of the commons".³¹³

5.9 Delkonklusion

Ud fra den økonomiske analyse, er det belyst at skatteplanlægning har en væsentlig negativ indvirkning på staters skatteprovenu, der medfører udhuling af skattebasen. Skatteindtægter er det centrale finansieringsinstrument i relation til offentlige udgifter og har således stor betydning for den offentlige sektors varetagelse af overordnede samfundsmæssige hensyn. Udover finansiering af velfærd kan skatter benyttes som styringsinstrument og anvendes til at opnå effektiv ressourceallokering i forbindelse med markedsfejl. Markedsfejl, herunder eksternaliteter, kan karakteriseres som den samfundsøkonomiske virkeligheds afvigelse fra idealmodellen. I afhandlingen betragtes udhuling af skattebasen som en eksternalitet, der medfører omkostninger for samfundet som ikke internaliseres i MNEs pris. Problemstillingen ved udhuling af skattebasen kan forklares gennem teorien om "The tragedy of the commons". Ud fra denne teori anses udhuling af skattebasen som udtømning af en fælles ressource, gennem MNEs skatteplanlægning, hvor disse handler uafhængigt og rationelt i forhold til egeninteresse. Beviset for at MNEs vælger at skatteplanlægge illustreres gennem spillet Prisoner's dilemma, hvor NASH-ligevægten altid vil være i den dårlige løsning, herunder "skatteplanlægge", "skatteplanlægge", da dette er begge spillernes dominerende strategi. Løsningen på "The tragedy of the commons" kan opnås ved regulering, gennem pålægning af skatter. Det er nødvendigt med regulering hvis spillerne skal ende i den gode løsning i Prisoner's dilemma således at disse vælger "ikke skatteplanlægge". Dette understøttes gennem opstilling af en forbrugsfunktion for hhv. ligevægt for egen optimering og det sociale

³¹¹ Dette løsningsforslag fra Tanzi, Vito, 2016, s. 199 behandles i den integrerede analyse under afsnit 6.3.1.

³¹² Koeber Schmidt, Peter m.fl., 2015, s. 266

³¹³ Tanzi, Vito, 2016, s. 197-198

optimum, hvor det belyses at forbruget i den sociale optimale funktion, der kontrolleres gennem en social planner, er mindre end forbruget i funktionen for egen optimering.

På baggrund af ovenstående kan det udledes at den efficiente ressourceallokering i relation til problematikken ved udhuling af skattebasen kan opnås gennem regulering. Ved regulering, hvor MNEs pålægges en skat, vil der opstå en efficient ressourceallokering ved en tilnærmelse af det ideelle marked. Ressourceallokeringen indbefatter at MNEs pålægges en del af skattebyrden, hvilket kan resultere i en reducere af skattesatsen samtidig med, at det nødvendige skatteprovenu opretholdes og dødvægtstabet mindskes. Samlet set vil det medføre et større samfundsøkonomisk overskud. Regulering kan dog medføre omkostninger, herunder compliance- og administrationsomkostninger, som skal tages i betragtning ved udformning af en optimal skattepolitik. Hvis omkostningerne bliver for høje, kan det medføre en inefficient ressourceallokering. Administrative omkostninger for skattemyndighederne finansieres igennem et øget skatteprovenu, herunder øgede skattesatser, der internaliseres i priserne hos både MNEs og nationale virksomheder. Compliance omkostninger internaliseres yderligere i MNEs priser. Ud fra en Kaldor-Hicks betragtning vil regulering kun medføre en efficient ressourceallokering i tilfælde, hvor nytten ved at forhindre udhuling af skattebasen overtiger omkostningerne ved regulering.

6 Kapitel 4 - Integreret analyse

I afhandlingens kapitel 1 præsenteres den problemstilling, der opstår ved interaktionen mellem forskellige nationale skattesystemer, hvor MNEs har mulighed for at eliminere eller reducere deres skattebyrde, grundet huller i skattereglerne.³¹⁴ De to ovenstående analyser vil i det følgende sammenholdes med det formål, at analysere det grænsefelt, der er herimellem.

På baggrund af den nævnte problemstilling, er der foretaget en juridisk analyse med udgangspunkt i BEPS Action 7, hvor der fremsættes forslag til ændring af den nuværende definition af fast driftssted i Modeloverenskomstens art. 5 stk. 4-6, med henblik på at forhindre skatteplanlægning og udhuling af skattebasen. Ændringerne til art. 5 stk. 5 og 6 har primært fokus på kommissionær arrangementer, der gennem kunstige arrangementer, udnyttes til at undgå statuering af fast driftssted gennem de nuværende regler. Ændringsforslagene til art. 5, stk. 5 fandtes i højere grad, at fokusere på de reelle forhold i kontrakten, herunder hvad der er genstand for kontrakten, fremfor det formelle forhold, herunder hvilke parter der er bundet af kontrakten. Til art. 5, stk. 6 forslås ændringer til, hvornår en repræsentant kan anses for at være afhængig. Ændringen har til formål at undgå situationer, hvor et datterselskab, der kun fungerer som en kommissionær for et eller flere foretagender som denne er "closely related to", kan undgå at statuere fast driftssted. Forslaget synes, i bedømmelsen af hvorvidt en repræsentant er afhængig, at bevæge sig væk fra en vurdering på baggrund af forskellige faktorer, som graden af kontrol og risiko, til at fokusere på om der er handlet "exclusively or almost exclusively". Forslag til ændring af art. 5, stk. 4 skyldes primært et ønske om at imødekomme den digitale økonomi³¹⁵. Forslaget indebærer, at alle aktiviteter listet i stk. 4 litra a-f gøres til genstand for et krav om forberedende eller hjælpende karakter i bedømmelsen af, om aktiviteterne kan udgøre en undtagelse. Endeligt foreslås indsættelse af en "fragmentation rule" i art. 5, stk. 4.1, der skal forhindre, at et foretagende opsplitter en samlet forretningsvirksomhed i flere dele. I analysen fandtes BEPS Action 7 samlet set, at udvide fast driftsstedetsdefinitionen i Modeloverenskomsten samt indsnævre undtagelserne til denne. Det vurderedes på denne baggrund, at Action 7 er egnet til at forhindre BEPS og kunstige arrangementer. Reglerne kritiseres dog i høringssvarene for, at være vidtfavnende grundet subjektive kriterier og mangel på eksempler, hvilket medfører, at arrangementer med et rent kommercielt formål ligeledes rammes, hvorfor reglerne vurderedes at gå ud over formålet. Herudover kritiseres reglerne for at medføre øget compliance og administrationsomkostninger, der ikke kan opveje det skatteprovenu, som staten vil opnå.

Der blev herefter foretaget en økonomisk analyse af den efficiente ressourceallokering, når MNEs skatteplanlægger og udhuler skattebasen. Den økonomiske analyse viste indledningsvist den efficiente ressourceallokering i det ideelle marked, og hvilken inefficent ressourceallokering, der kan opstå i et sådan marked, hvis der pålægges skatter. Den negative eksternalitet i form af udhuling af skattebasen, som følge af MNEs skatteplan-

³¹⁴ Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 5

³¹⁵ Public Discussion Draft, 2014, s. 6

lægning, karakteriseres som en markedsfejl, der derfor afviger fra det ideelle marked. Gennem teorien "The tragedy of the commons", hvor skattebasen betragtedes som en fælles ressource, blev det påvist at ubegrænset adgang til en fælles ressource, grundet egen optimering, leder til overforbrug og en udhuling af skattebasen. Dette blev understøttet i spillet "Prisoner's dilemma", der påviser, at MNEs har en dominerende strategi, og derfor vælger at skatteplanlægge. Gennem opstillingen af en forbrugsfunktion for hhv. ligevægt for egen optimering og det sociale optimum, blev løsningen fundet i regulering i form af pålægning af skatter, der medfører en internalisering af denne omkostning i MNEs priser. Herved kan der opstå en efficient ressourceallokering og en tilnærmelse af det ideelle marked. Pålægningen af skat medfører et større samfundsøkonomisk overskud, da skattesatsen kan reduceres grundet en bredere skattebase, der samtidig opretholder skatteprovenu, og begrænser dødvægtstabet. Compliance og administrationsomkostninger forbundet med regulering kan dog medføre en inefficent ressourceallokering, da administrationsomkostninger for skattemyndigheder finansieres gennem yderligere skatter, der internaliseres i prisen, ligesom compliance omkostninger internaliseres i MNEs priser. Det fandtes samlet set, at regulering kan være en løsning, der medfører en efficient ressourceallokering, men at dette kun vil være efficient efter Kaldor-Hicks-kriteriet, såfremt nytten herved overstiger omkostningerne.

Indledningsvist identificeres nedenfor de grundlæggende hensyn bag henholdsvis den juridiske og økonomiske analyses ønske om, at forhindre skatteplanlægning og udhuling af skattebasen. Herefter sammenholdes analysernes hensyn med henblik på, at undersøge i hvilken grad disse stemmer overens. Med udgangspunkt heri, diskuteres løsningsforslag fremsat i høringssvarene fra den juridiske analyse med det formål, at undersøge hvorvidt disse forslag tilgodeser både hensynet i den juridiske analyse og hensynet i den økonomiske analyse. I forbindelse hermed anvendes "Prisoner's dilemma" for at illustrere, hvilken indvirkning løsningsforslagene har på MNEs incitament til at skatteplanlægge, samt figur 18 og 20 fra den økonomiske analyse, for at illustrere hvilken indvirkning løsningsforslagene har på ressourceallokeringen. Endvidere belyses det, hvad der i teorien beskrives som den ideelle løsning, for herefter at diskutere løsningsforslaget fra den økonomiske analyse, hvor "Prisoner's dilemma" og figur 18 og 20, ligeledes anvendes til at illustrere dette forslags indvirkning på skatteplanlægning og ressourceallokering.

6.1 Det juridiske og det økonomiske hensyn

6.1.1 Hensynet bag BEPS Action 7

Globaliseringen, herunder især den digitale udvikling, har som tidligere nævnt medført et øget pres på internationale skatteregler, hvilket har skabt et behov for, at nationale stater arbejder sammen om udvikling af regler, der kan forhindre BEPS og dermed sikre landenes skattemæssige suverænitet. Udfordringen opstår når MNEs opererer internationalt, fordi skatteregler som udgangspunkt er nationale, hvorfor hvert land fokuserer naturligt på håndhævelsen af egne regler. De internationale skatteregler har derfor netop til formål, at tilpasse de nationale regler i forhold til hinanden og derved modvirke uønskede interaktioner, herunder skatteplanlæg-

ning.³¹⁶ BEPS har skabt grundlag for det globale BEPS-projekt, der skal genskabe tillid til de internationale skatteregler, samt sikre, at profit beskattes i det land, hvor den økonomiske aktivitet, og værdiskabelsen i forbindelse med denne, finder sted. Baggrunden for BEPS-projektet er at lukke de huller, der eksisterer mellem nationale skattesystemer, for at undgå at MNEs kan udnytte hullerne og strukturere sig til en skattemæssig fordel. Ifølge OECD underminerer mulighederne for aggressiv skatteplanlægning selve integriteten i skattesystemet, da offentligheden finder det unfair, at MNEs herved reducerer den effektive skattesats til et minimum.³¹⁷ BEPS-projektets grundlæggende formål er, at forhindre skatteplanlægning gennem 15 Action plans, ved bl.a. at indføre en ny fast driftssteddefinition i art. 5, stk. 4-6 gennem BEPS Action 7.

Der opstilles i BEPS Action 7 en løsning gennem en udvidelse af fast driftssteddefinitionen samt en indsnævring af undtagelserne til denne. Formålet med dette tiltag er primært, at forhindre kunstig omgåelse af fast driftsstatus. Gennem processen for udvikling af reglerne, der nu er indeholdt i OECD's Final Report for BEPS Action 7, bemærkes det, at der fra erhvervslivet har været flere kritikpunkter listet i høringssvarene. Det endelige resultat, der skal implementeres i Modeloverenskomstens art. 5, stk. 4-6 med kommentarer, er fremsat til trods for, at flere af disse kritikpunkter ikke imødekommes. På denne baggrund tydeliggøres det, at hensynet til at forhindre skatteplanlægning tilgodeses fremfor hensynet til de omkostninger, som implementering af BEPS Action 7 kan medføre. Med udgangspunkt i høringssvarene dækker disse omkostninger især compliance omkostninger for MNEs samt administrative omkostninger for skattemyndighederne. Disse omkostninger begrundes især i reglernes uigennemsigtighed, hvilket medfører en generel usikkerhed.

6.1.1.1 Compliance omkostninger for MNEs

Indsættelse af en ny fast driftssteddefinition i art. 5, stk. 4-6 formodes at medføre en øget compliance byrde for MNEs. Compliance omkostninger kan defineres som følger:

*"The cost to business of carrying out administrative activities that they would not carry out in the absence of regulation, but they have to undertake in order to comply"*³¹⁸.

Dette betyder at MNEs skal bruge tid og ressourcer på at indsamle og organisere relevant information og dokumentation, sætte sig ind i den relevante skattelovgivning og udfylde formularer mv. for at finde frem til den eksakte skattepligt. Den må på den baggrund forventes, at der opstår omfattende omkostninger til revisorer, advokater og andre skatteeksperter i form af rådgivning, der skal sikre MNEs compliance.³¹⁹

³¹⁶ Reimer, Ekkehart m.fl., 2012, OECD MC - 3

³¹⁷ Schmidt, Peter Koerver, 2015, side 1 samt Addressing base erosion and Profit shifting, 2013, s. 8

³¹⁸ OECD, 2008, Programs to reduce the administrative burden of tax regulations in selected countries, s. 9

³¹⁹ Laffer, Arthur B. m.fl., 2011, s. 3

6.1.1.2 Administrationsomkostninger for skattemyndighederne

Udover compliance omkostninger for MNEs ved skatteregulering vil der i forbindelse med en ændring og en udvidelse af reglerne, opstå øgede omkostninger i form af en administrativ byrde for skattemyndighederne samt omkostninger i forbindelse med implementering af reglerne.

Den nye fast driftssteddefinition i art. 5, stk. 4-6 vil formentlig medføre, at der statueres fast driftssted i flere tilfælde end hidtil, hvilket formodes at øge skattemyndighedernes administrationsomkostninger. Disse omkostninger vil eksempelvis være forøgelse af monitorering samt tidskrævende behandling af relevante sager. Høringssvarenes kritik går bl.a. på, at den øgede byrde for skattemyndighederne i flere tilfælde ikke kan opvejes af det ekstra skatteprovenu, som opstår i relation til den profit, der kan allokeres til det faste driftssted.

Selvom Action 7 indsnævrer muligheden for undtagelse af statuering af fast driftssted efter den negative afgrænsning i art. 5, stk. 4, er det ikke ensbetydende med, at der kan allokeres en tilstrækkelig profit til det faste driftssted, således at de øgede administrative omkostninger kan opvejes.³²⁰ Ligeledes vil udvidelsen af art. 5, stk. 5, der medfører, at en repræsentant i flere tilfælde vil kunne udgøre et fast driftssted, ikke nødvendigvis medføre et større skatteprovenu, da det ikke er sikkert, at der kan allokeres ekstra profit til det faste driftssted. Statuering af fast driftssted vil derimod forventes at medføre en byrde i form af øget skatteindberetning.³²¹

6.1.1.3 Usikkerhed og uigennemsigthed

Årsagen til compliance og administrative omkostninger kædes ofte sammen med skattesystemers kompleksitet samt ændringer i skattereglerne.³²²

*"Changes to the tax system (the changes themselves, the pace of change and the timing of change) can increase compliance costs as both businesses and their tax agents seek to understand new taxing arrangements".*³²³

En væsentlig faktor, der medvirker til forøgelsen af compliance- og administrationsomkostninger grundet skatteregler, er de forskellige og overlappende skattesystemer som MNEs skal forholde sig til. Der er stærke empiriske beviser for, at en forsimpning af skattesystemer har en positiv effekt på den overordnede skattecompliance og dermed reducerer risikoen for skatteundgåelse samt skatteunddragelse.³²⁴ Stabile skattesystemer og effektiv skatteforvaltning er vigtige elementer for MNEs, når disse skal operere i forskellige stater. Det er af stor betydning, at den skattemæssige behandling af transaktioner er forudsigelig, samt at lovgivningen er gennemsigtig. Det er meget kompliceret og ineffektivt fra et virksomheds- og skatteperspektiv, når det ikke

³²⁰ Høringssvar til Revised discussion draft, 2015, s. 9, s. 44 samt s. 65

³²¹ Høringssvar til Revised discussion draft, 2015, s. 9

³²² OECD, 2008, Programs to reduce the administrative burden of tax regulations in selected countries, s. 9

³²³ Report of Taskforce on Reducing Regulatory Burdens on Business, Rethinking Regulation, January 2006, s. 108

³²⁴ OECD, 2008, Programs to reduce the administrative burden of tax regulations in selected countries, s. 9

står klart, hvordan forskellige regeringer vil anvende regelsæt. Uoverensstemmelser mellem anvendelse kan resultere i væsentlige økonomiske tab for virksomheden og i sidste ende også for den enkelte stat.³²⁵

Der har været anseelig kritik af de subjektive elementer, som indgår i den nye fast driftsstedesdefinition i art. 5, stk. 4-6. Eksempler på subjektive kriterier er "plays the principal role", "contracts in the name of" og "concludes contracts". Disse begreber kritiseres for at være for brede samt at åbne op for, at de nationale skattemyndigheder anvender en subjektiv fortolkning. Reglerne og kommentarerne hertil bliver endvidere kritiseret for at mangle tilstrækkelig vejledning i forhold til den praktiske anvendelse, hvilket kan resultere i, at de enkelte stater fortolker og anvender reglerne forskelligt.³²⁶ Dette skaber en øget risiko for dobbeltbeskatning samt risiko for tvister mellem både MNEs og den enkelte skattemyndighed, men også skattemyndighederne imellem. Tvister kan være enormt tids- og ressourcekrævende og kan medføre uforudsete samt høje omkostninger.³²⁷

Desuden betyder forskellig anvendelse af reglerne, at MNEs agerer på markedet under uvished og mangel på forudsigelighed, hvilket betyder at der skal bruges ekstra ressourcer på at forstå de forskellige landes skatteregler for at handle i overensstemmelse med disse. Disse negative aspekter kan påvirke investeringsincitamenter og derved begrænse samhandel på tværs af landegrænser. Mangel på gennemsigtighed kan desuden medføre at MNEs i forsøget på at sikre compliance, vælger at bruge for mange ressourcer på compliance, herunder eksempelvis udfyldelse af selvangivelse på trods af at dette er unødvendigt og dermed skaber en ekstra byrde for skattemyndighederne, der skal behandle oplysningerne.

Der har været kritik af, at uigennemsigtigheden bl.a. skyldes den korte proces, der ligger forud for implementering af Action 7, samt at dialogen omkring elementerne indeholdt i denne, har været for begrænset. Den korte proces for Action 7 skal dog ses i lyset af et ønske om at undgå det alternativ, at de enkelte stater indsætter egne nationale regelsæt for at forebygge udhuling af skattebasen, da dette vil medføre øget risiko for tvister samt dobbeltbeskatning. Interne nationale regler resulterer ligeledes i en øget compliance byrde for MNEs, da disse skal sætte sig ind i flere forskellige regelsæt.

Ud fra ovenstående kan det udledes, at det juridiske hensyn grundlæggende er, at forhindre skatteplanlægning, hvilket opnås gennem Action 7. Til trods for omfattende kritik i høringssvarene vedrørende betydelige compliance- og administrationsomkostninger, samt at reglerne rammer bredere end hensynet, synes OECD villig til ofre disse omkostningerne i forsøget på, at forhindre skatteplanlægning. Det vurderes på baggrund heraf, at forhindring af skatteplanlægning er det altovervejende hensyn bag Action 7.

³²⁵ PWC, 2011, paying taxes the compliance burden s. 15

³²⁶ Høringssvar til Revised discussion draft, 2015, s. 5, s.10 samt s. 42

³²⁷ Høringssvar til Revised discussion draft, 2015, s. 25 ff. samt s. 264

I det følgende belyses det økonomiske hensyn ved en efficient ressourceallokering, når der foretages skatteplanlægning, der udhuler skattebasen.

6.1.2 [Hensynet bag den efficiente ressourceallokering](#)

Som belyst gennem den økonomiske analyse, er det muligt at opnå en efficient ressourceallokering gennem markedsmekanismen under fuldkommen konkurrence. Dette skyldes at ressourcerne anvendes der, hvor de værdsættes højest. Et sådan ideelt marked er derfor brugbart som ønsket målsætning, hvorfor der tages udgangspunkt i dette, når den efficiente ressourceallokering skal udledes på et marked, hvor skatteplanlægning medfører udhuling af skattebasen. Markedsfejlen, herunder eksternaliteten i form af udhuling af skattebasen, medfører at en placering i ligevægten, hvor det samfundsøkonomiske overskud er størst, ikke er mulig. Formålet bliver således en tilnærmelse af det ideelle marked gennem en ressourceallokering, der skaber størst mulig efficiens i forsøget på at forhindre markedsfejl. Ved indgreb fra staten gennem pålægning af skatter på MNEs kan der korrigeres for markedsfejlen, hvilket modvirker den økonomiske forvridning og forbedrer markedets funktionsmåde. Pålægning af skatter kan således fjerne den inefficiens, som markedsfejlen medfører. Pålægges MNEs skatter bevirker det, at skattebasen udvides og at der således er flere til at bære skattebyrden. Skattesatserne kan derfor reduceres, hvilket mindsker dødvægtstabet samtidig med at skatteprovenuet opretholdes eller øges. Det samfundsøkonomiske overskud vil her være størst muligt taget i betragtning af at markedsfejl skal hindres. Forhindring af udhuling af skattebasen, det reducerede dødvægtstab samt eventuelt øget skatteprovenu, resulterer i en sikring af skattesystemets finansiering, og sikrer at den offentlige sektor kan udføre de relevante hovedopgaver i samfundet, herunder vedligeholdelse og videreudvikling af velfærdsstaten.³²⁸ Dog må omkostningerne, herunder bl.a. compliance- og administrationsomkostninger uddybet i afsnit 6.1.1.1 og 6.1.1.2, som regulering kan medføre, ikke overstige nytten, hvis regulering skal medføre en efficient ressourceallokering.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at det økonomiske hensyn grundlæggende er, at forhindre skatteplanlægning, da det medfører en inefficient ressourceallokering og en udhuling af skattebasen. Dette kan opnås gennem regulering i form af skatter, men da omkostninger ved regulering ligeledes kan medføre en inefficient ressourceallokering, vil det kun være Kaldor-Hicks efficient at forhindre udhuling af skattebasen gennem regulering, hvis de samlede omkostninger ikke overstiger nytten. Det er altså omkostninger forbundet med regulering, der er af afgørende betydning ved det økonomiske hensyn.

6.1.3 [Grænsefeltet imellem hensynene](#)

Fælles for hensynet bag BEPS Action 7 og den Kaldor-Hicks efficiente ressourceallokering er ønsket om, at modvirke skatteplanlægning, der udhuler skattebasen, da det medfører negative konsekvenser for alle parter i samfundet. En løsning er både i juridisk og økonomisk henseende, at indføre regulering. Hensynet bag BEPS Action 7 tager ikke højde for de compliance- og administrationsomkostninger, som reglerne kritiseres for at

³²⁸ Eide og Stanvang, 2014, s. 440 ff.

medføre. I den økonomiske betragtning er reguleringen i kontrast hertil kun efficient, såfremt omkostningerne ikke overstiger nytten ved at forhindre skatteplanlægning og udhuling af skattebasen, da dette kan medføre en situation, der er værre end udgangspunktet, hvor skatteplanlægning finder sted. Implementeringen af BEPS Action 7 formodes, på baggrund af den omfattende kritik af øgede compliance- og administrationsomkostninger, ikke at resultere i en efficient ressourceallokering.

Da hensynet bag BEPS Action 7 og den efficiente ressourceallokering ikke stemmer overens undersøges det i det følgende, hvorvidt forslagene fremsat i høringssvarene kan reducere compliance- og administrationsomkostninger, og stadig i samme grad som BEPS Action 7 forhindre skatteplanlægning, sådan at både det juridiske hensyn og den økonomiske efficiensbetragtning opfyldes.

For at illustrere MNEs adfærd i henhold til, hvorvidt de vælger at skatteplanlægge eller ej anvendes spillet om "Prisoner's dilemma", introduceret i den økonomiske analyse³²⁹. Den nuværende retstilstand medfører, at MNEs skatteplanlægger, hvilket resulterer i en løsning, der giver MNEs det laveste payoff, markeret med rød i matrixen, og betragtes ikke som en god løsning. Ved implementeringen af BEPS Action 7, reduceres muligheden for skatteplanlægning, hvorfor der sker en bevægelse mod "*ikke skatteplanlægge, ikke skatteplanlægge*", markeret med grøn i matrixen, hvilket giver MNEs det højeste payoff. Rationalet i, at MNEs opnår det højeste payoff ved ikke at skatteplanlægge begrundes i teorien om "The tragedy of the commons".³³⁰

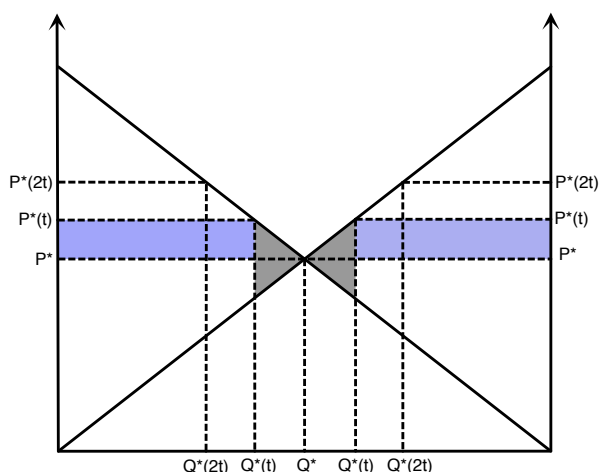
	<i>Ikke skatteplanlægge</i>	<i>Skatteplanlægge</i>
<i>Ikke skatteplanlægge</i>	-1,-1	-6,0
<i>Skatteplanlægge</i>	0,-6	<u>-5,-5</u>

Figur 15 - fremstillet ved egen tilvirkning

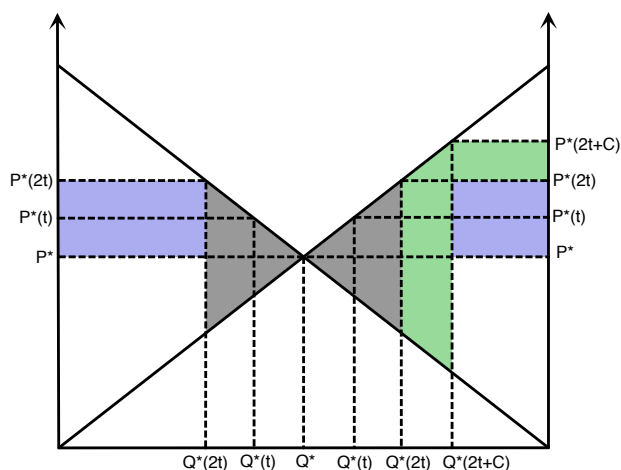
Nedenstående grafer illustrerer, at omkostninger forbundet med regulering kan medføre en samfundsøkonomisk inefficent tilstand og ressourceallokering:

³²⁹ For en nærmere gennemgang, se afsnit 5.5.1

³³⁰ For en nærmere gennemgang, se afsnit 5.5



Figur 18 – fremstillet ved egen tilvirkning



Figur 20 – fremstillet ved egen tilvirkning

Figur 18 illustrerer, at pålægning af skat på MNEs er samfundsøkonomisk efficient, hvor omkostningerne er lavere end nytten. Figur 20 illustrerer konsekvenserne af, at compliance- og administrationsomkostninger ved regulering kan blive uforholdsmæssigt høje, som formodes at være tilfælde ved Action 7.³³¹

Med udgangspunkt i ovenstående modeller undersøges det, hvorvidt løsningsforslag fra høringssvarene kan medføre at MNEs adfærd bliver "ikke skatteplanlægge", markeret med grøn i ovenstående matrix (figur 15), og samtidig medføre en efficient ressourceallokering som illustreret i figur 18.

6.2 Forslag fra høringssvar

6.2.1 Forslag 1: Minimumskrav

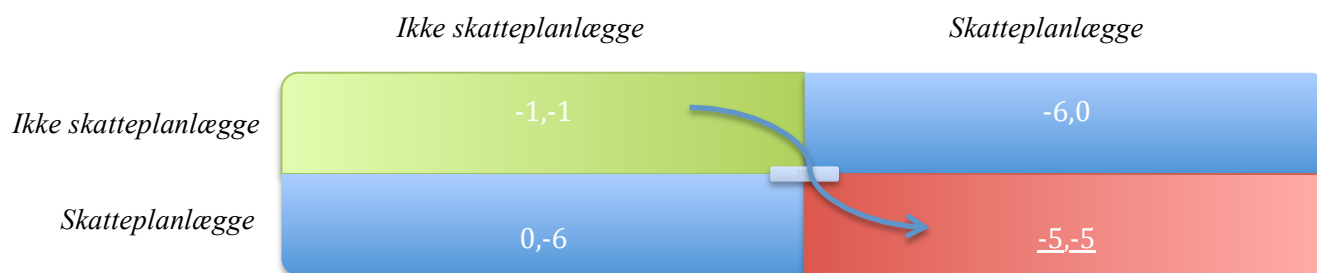
Den foreslåede minimumsgrænse skal indeholde krav til omsætning, tidsforbrug og hyppighed i forhold til hvornår der skal statueres fast driftssted efter BEPS Action 7.³³² Dette skal skabe mere vished for MNEs, særligt i forbindelse med opstart af en ny aktivitet på tværs af grænser, og en forenkling af de handlinger, der skal udføres i forbindelse med compliance. Indsættelse af en minimumsgrænse i relation til specifikke forhold vedrørende MNEs aktiviteter, har til formål at sikre, at størrelsen af det skatteprovenu, der kan opnås ved statuering af fast driftssted, kan opveje den administrative byrde for staten og compliance omkostninger for MNEs, således at der ikke statueres fast driftssted i tilfælde, hvor der kun kan allokeres begrænset eller ikke ingen profit til det faste driftssted. Samlet set skal dette medvirke til, at reducere omkostninger for både MNEs og skattemyndigheder.

³³¹ For en nærmere gennemgang, se afsnit 5.6.2.1

³³² Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 118

Der er både fordele og omkostninger forbundet med brugen af minimumskriterier. Fordelene er overordnet set en reduceret compliance byrde for MNEs samt en reduceret administrativ arbejdsbyrde for skattemyndigheder.³³³ Til gengæld vil der være omkostninger forbundet med et tabt eller forringet skatteprovenu, som følge af, at der statueres færre faste driftssteder end tilfældet vil være med den nuværende udformning af Action 7. Minimumskriteriet er direkte modstridende med det bagvedliggende hensyn ved Action 7, der skal statuere fast driftssted i flere tilfælde for at modvirke skatteplanlægning, der medfører at skattebasen udhules. En minimumsgrænse, der bygger på forskellige minimumskrav vil desuden formodes at skabe incitamenter til at MNEs finder kreative strukturelle løsninger med henblik på at beskattning kan undgås. Dette er en klar tilbagegang i relation til den ønskede effekt med Action 7.

På baggrund af dette skabes der altså incitament til skatteplanlægning, hvorfor et sådan tiltag i nedenstående matrix resulterer i en adfærd, der bevæger sig væk fra den optimale løsning i "ikke skatteplanlægge, ikke skatteplanlægge".



Figur 15 - fremstillet ved egen tilvirkning

Til gengæld vil indførelsen af minimumskrav reducere compliance omkostninger for MNEs, så omkostningerne ikke internaliseres i prisen, og reducerer administrative omkostninger for skattemyndighederne, så der ikke skal opkræves ekstra skatter for finansieringen heraf. Dette medfører en tilnærmelse af den efficiente løsning i figur 18 ovenfor.

Da indsættelsen af et minimumskrav vil reducere omkostningerne på bekostning af formålet med at forhindre skatteplanlægning, anses dette ikke som en hensigtsmæssig løsning.

6.2.2 Forslag 2: Uddybende eksempler og objektive kriterier

Der er fremsat forslag om, at reglerne i BEPS Action 7 tilføjes uddybende eksempler samt anvender mere objektive kriterier for at undgå forskellig fortolkning staterne imellem.³³⁴ Problemet herved er, at hvis kriterierne bliver for specifikke vil der opstå huller, der kan give MNEs mulighed for, at finde kreative løsninger til

³³³ OECD, 2008, Programs to reduce the administrative burden of tax regulations in selected countries, s. 24

³³⁴ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 5 samt Høringssvar til Public Discussion Draft, 2015, s. 24 ff., s. 78 samt s. 415.

at undgå statuering af fast driftssted. Det skal bemærkes, at jo mere specifikke eksemplerne udformes des mindre fortolkningsmulighed og fleksibilitet efterlades til de enkelte stater, hvilket højst sandsynligt er årsagen til, at reglerne er udformet som de er.

Derimod vil yderligere eksempler, der tydeliggør retstilstanden for MNEs reducere compliance omkostningerne for disse og i den forbindelse også administrationsomkostninger for skattemyndighederne, da dette vil lede til færre tvister grundet tvivl og unødvendige selvangivelser.

Uddybende eksempler og objektive kriterier, der efterlader begrænset plads til fortolkning i de enkelte stater vil få samme udfald som minimumskrav, nemlig reducere compliance- og administrationsomkostninger på bekostning af, at muligheden for skatteplanlægning åbnes op. Derfor betragtes forslaget ikke som en hensigtsmæssig løsning.

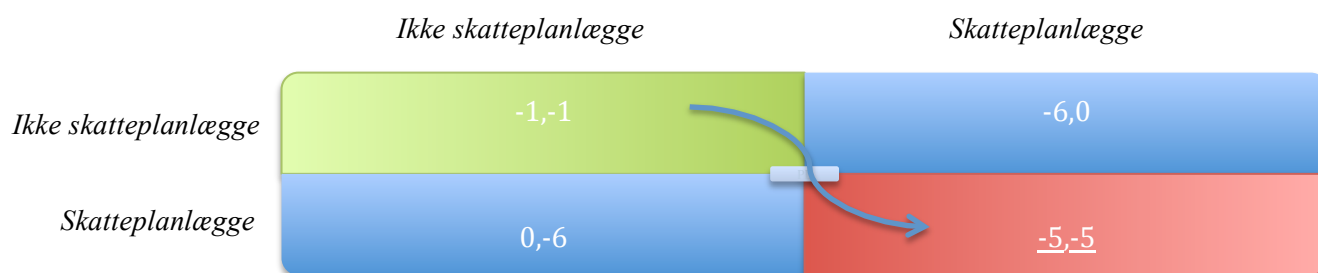
[6.2.3 Forslag 3: Misbrugstest](#)

Høringssvarene har endvidere foreslået indsættelse af en misbrugstest for kunstige arrangementer, med henblik på ikke at favne kommercielle arrangementer der, som Action 7 er udformet, rammes af den nedsatte tærskelværdi for fast driftssted. Hvad selve denne test skal indebære, er der ikke fremsat specifikke forslag til.³³⁵

Indsættelse af en misbrugstest vil tilgodese de MNEs, der rent faktisk har struktureret sig af kommercielle årsager og ikke af skattemæssige årsager. Kritikken af BEPS Action 7 er bl.a., at arrangementer, der ikke er kunstige også rammes af de nye regler. Problemet med en misbrugstest er, at udformningen af denne kræver specifikke kriterier, der ligeledes kan give anledning til tvivl og uigennemsigtighed samt risiko for forskellig fortolkning staterne imellem, og vil dermed ikke bidrage til en reducere af compliance- og administrationsomkostninger. Samtidig kan det give MNEs incitament til at strukturere sig, så disse ikke omfattes heraf. Derudover vil dette medføre statuering af fast driftssted i færre tilfælde, hvorfor der opnås et lavere skatteprovenu.

En misbrugstest vil hverken tilfredsstille hensynet bag Action 7 eller medføre en efficient ressourceallokering. De specifikke kriterier i forbindelse med en misbrugstest vil derfor medføre en bevægelse mod "*skatteplanlægge*", og en tilstand som i figur 20 ovenfor, hvorfor dette forslag ikke anses for at være en hensigtsmæssig løsning.

³³⁵ Høringssvar til Revised Discussion Draft, 2015, s. 10 samt s. 25



Figur 15 - fremstillet ved egen tilvirkning

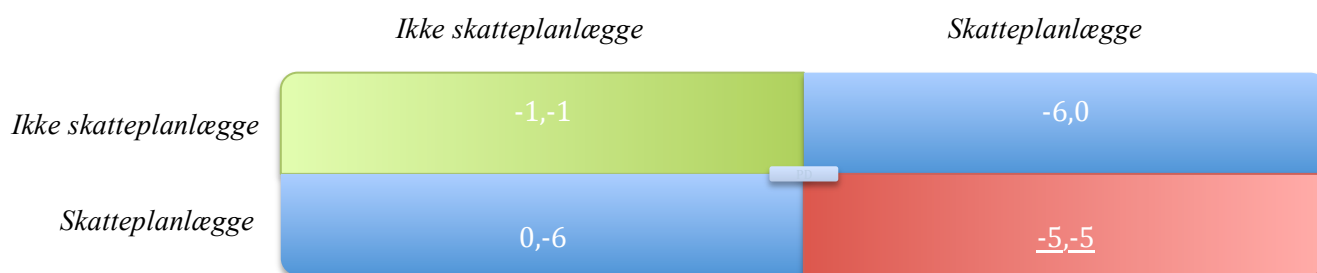
6.2.4 Forslag 4: Præciseringer i kommentarerne

Afslutningsvist har høringssvarene bemærket, at præciseringer i de nuværende kommentarer til fordel for egentlige ændringer af Modeloverenskomstens bestemmelser, ville have øjeblikkelig virkning fra offentliggørelsen af disse og at dette samtidig vil modvirke eksistensen af flere forskellige fast driftssteddefinitioner og dermed imødekomme uigennemsigtigheden af reglerne.³³⁶

Præciseringer i Modeloverenskomsten med kommentarer anses for, at kunne lægges til grund ved fortolkning af DBO'er indgået på baggrund af en tidligere udgave af Modeloverenskomsten, modsat deciderede ændringer heraf. Hvis BEPS Action 7 var baseret på præciseringer af Modeloverenskomsten må det formodes, at dette ikke vil være tilstrækkeligt til at opnå det grundlæggende formål, nemlig at undgå skatteplanlægning ved at udvide reglerne om fast driftssted, så dette statueres i flere tilfælde. Derfor anses det som en nødvendighed, at ændringerne implementeres i selve Modeloverenskomsten, og ikke begrænses til præciseringer i kommentarerne til denne. Præciseringer af kommentarerne vil formentlig ikke føre til statuering af fast driftssted i flere tilfælde, og må antages kun at kunne tjene det formål, at tydeliggøre den nuværende retstilstand. Derfor vil dette forslag hverken leve op til formålet med BEPS Action 7 eller den økonomiske efficiensbetragtning, da virksomheder fortsat vil skatteplanlægge og udhule skattebasen.

Præciseringer i kommentarerne til Modeloverenskomsten, som ikke umiddelbart vil medføre at der statueres fast driftssted i flere tilfælde, eller kun i begrænset omfanget, vil resultere i samme situation som før BEPS Action 7, hvorfor MNEs vil foretage skatteplanlægning og derfor befinde sig i det røde felt i nedenstående matrix.

³³⁶ Høringssvar til Public Discussion Draft s. 223



Figur 15 - fremstillet ved egen tilvirkning

6.2.5 Opsummering af forslag fra høringssvar

Ingen af ovenstående løsningsforslag vil forhindre skatteplanlægning i samme grad som BEPS Action 7, og samtidig medføre en mere efficient ressourceallokering. Forslag om indsættelse af minimumskriterier og forslag om uddybende eksempler, kan begge grundet en reducere af omkostninger medføre en mere efficient ressourceallokering, men dette er på bekostning af, at der åbnes for muligheden for at skatteplanlægge, der resulterer i udhuling af skattebasen, og således er imod det juridiske såvel som det økonomiske hensyn. På baggrund af ovenstående er den nuværende udformning af BEPS Action 7 den løsning, der har størst modvirkende effekt på skatteplanlægning, til trods for, at denne kan medføre en inefficent ressourceallokering grundet høje compliance- og administrationsomkostninger.

Da ingen af ovenstående løsningsforslag kan forhindre skatteplanlægning og samtidig medføre en efficient ressourceallokering, synes det i det følgende relevant at undersøge, hvad der i teorien er den ideelle løsning.

6.3 Harmonisering – den ideelle løsning

Skatteplanlægning grundet ulige skattesatser og andre distinktioner ved de enkelte skattesystemer bevirker, at staternes manøvrerum udsættes for et stigende pres, hvorfor der er behov for en forøget ensretning mellem de forskellige nationale skatteregler. Hvis alle skattesystemer var fuldt ud harmoniserede og umulige at omgå, ville det eliminere muligheden for skatteplanlægning.³³⁷ En udvikling mod en øget harmonisering understøttes bl.a. ved BEPS-projektet, der gennem de forskellige Action plans har til formål, at modvirke international skatteplanlægning, hvilket betegnes som det mest ambitiøse tiltag indenfor den internationale skatteret nogensinde.³³⁸ Det er utvivlsomt at BEPS-projektet, herunder BEPS Action 7, vil medføre en væsentlig påvirkning af den internationale skatteret og en vis ensretning af flere staters lovgivning, men ikke en fuldstændig harmonisering.

Hvorvidt der kan eksistere en effektiv harmonisering af skattesystemer, formodes at være en afvejning af staternes suverænitæt på skatteområdet overfor nødvendigheden af et internationalt skattesystem, der kan opstille rammer for reglernes udformning. En egentlig harmonisering gennem en fælles skattebase, vil kunne medføre en omfattende reduktion af omkostninger til compliance for MNEs. Endvidere vil det kunne medføre at MNEs

³³⁷ Koerver Schmidt, Peter, 2015, s. 266

³³⁸ Pistone, Pasquale, 2014, s. 3-9

mulighed for at træffe økonomisk baserede beslutninger forbedres, hvilket kan bidrage til en effektiv ressourceallokering samt øget vækst og velfærd. I en sådan situation vil beskatningsgrundlaget skulle ske efter et fælles regelsæt uden inddragelse af nationale regler.

Som belyst i den økonomiske analyse, er der i den økonomiske litteratur fremsat et løsningsforslag, der effektivt skal modvirke skatteplanlægning og udhuling af skattebasen, "A World Tax Authority"³³⁹. Løsningsforslaget tager sit udgangspunkt i at indkrævning af et tilstrækkeligt skatteprovenu er essentielt for stater således, at de kan varetage de økonomiske funktioner i overensstemmelse med samfundets forventninger.

6.3.1 Løsningsforslag "A World Tax Authority"

Globaliseringen har medført et behov for væsentlige ændringer af den økonomiske arkitektur, hvis stater ikke skal risikere en reducere af deres evne til at indkræve skatter og derved miste deres skattesuverænitet. For at undgå udnyttelsen af den globale økonomi og verdens skattegrundlag, er der behov for koordinering imellem landene. Tiltag i forbindelse med dette er allerede set i form af bl.a. DBO'er, BEPS-projektet, EU-direktiver, diverse guidelines og erklæringer mm. Dog har ingen af disse tiltag fuldstændig elimineret problemstillingen med udhuling af skattebasen grundet staters interne konkurrence om skatteprovenu samt MNEs skatteplanlægning, hvilket understøttes i teorien om "The tragedy of the commons".³⁴⁰

Der fremsættes et løsningsforslag i form af "A World Tax Authority", som skal have til opgave, at analysere og styre processer samt vurdere hvilke regler, der skal implementeres. Indsættelsen af et globalt organ begrundes med, at der på nuværende tidspunkt er for mange aktører på det globale marked, og at deres incitamenter er for forskellige til at indgå i koordinerende løsninger.³⁴¹ Hvilke specifikke funktioner "A World Tax Authority" skal varetage vil afhænge af mange faktorer. Herunder er der ikke kun tale om hvad verden faktisk har brug for, men også hvor meget magt de enkelte lande er villige til at give afkald på, da det netop er disse lande, der skal autorisere, finansiere og godkende en global skattemyndighed. Der skal foretages en afvejning af, hvor meget ansvar og magt en sådan institution skal varetage. Denne afvejning vil være kompliceret grundet skatters generelt meget politiske karakter. Det er selvsagt en indviklet opgave, at få verdens lande til at stemme for en global skattemyndighed, hvis denne skal have så meget magt, at det risikerer at påvirke landenes skattesuverænitet i for stort et omfang. For at indsættelsen af én global skattemyndighed skal være en reel mulighed vil det være en nødvendighed, at et sådan organ betragtes som et nyttefuldt instrument, der kan hjælpe de enkelte stater med at løse problemstillinger, som disse ikke selv har tilstrækkelig mulighed for at håndtere. En samlet global skattemyndighed ville ideelt set skulle inkludere alle verdens lande for at opnå mest mulig effektivitet. Selvom der højst sandsynligt vil gå længe før at lande vil være villige til at give afkald

³³⁹ Tanzi, Vito, 2016, s. 199

³⁴⁰ Tanzi, Vito, 2016, s. 197-198

³⁴¹ Tanzi, Vito, 2016, s. 202-203

på deres skattesuverænitet ved at lade et fælles globalt organ pålægge skatter, kan en samlet global skattemyndighed måske lægge ud med at varetage andre væsentlige.

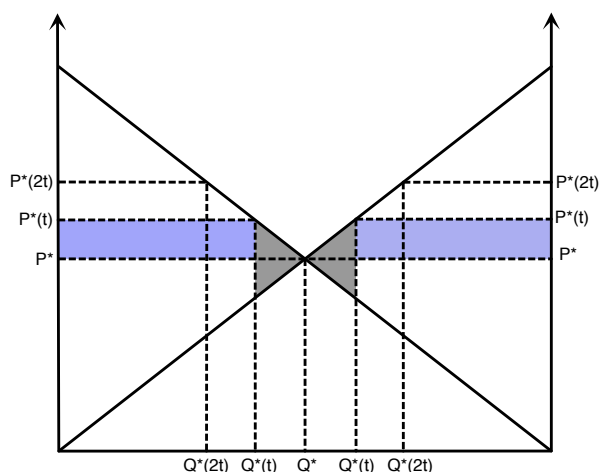
Såfremt der gennem et globalt organ kan ske en tilnærmelse af en fuldstændig harmonisering af landenes skattesystemer, vil dette reducere eller eliminere de huller, der eksisterer grundet forskellige nationale skattesystemer, som er årsag til at skatteplanlægning kan finde sted. Derudover vil anvendelsen af ensartede regler på globalt plan skabe en større gennemsigtighed af reglernes anvendelse, særligt hvis det globale organ skal varetage håndhævelsen af reglerne, så der er ikke risiko for, at de enkelte stater fortolker regler forskelligt. Eftersom incitamentet til skatteplanlægning reduceres eller elimineres vil MNEs strukturere sig efter hvor det forretningsmæssigt er mest optimalt, fremfor hvor det skattemæssigt er mest optimalt, hvilket medfører en efficient ressourceallokering. Samlet set formodes det, at en harmonisering gennem "A World Tax Authority" kan reducere compliance- og administrationsomkostninger ved ensartet anvendelse og fortolkning af regler.

En harmonisering vil derfor medføre, at incitamentet til at skatteplanlægge elimineres, og ende i løsningen "ikke skatteplanlægge", markeret grøn i nedenstående matrix.

	<i>Ikke skatteplanlægge</i>	<i>Skatteplanlægge</i>
<i>Ikke skatteplanlægge</i>	-1,-1	-6,0
<i>Skatteplanlægge</i>	0,-6	<u>-5,-5</u>

Figur 15 - fremstillet ved egen tilvirkning

Derudover vil reduktionen i compliance- og administrationsomkostninger medføre en efficient ressourceallokering, som illustreret i figur 18 nedenfor, der tilnærmer sig ligevægten i det ideelle marked:



Figur 18 – fremstillet ved egen tilvirkning

Hvorvidt "A World Tax Authority" og en egentlig harmonisering er en realistisk løsning, vil være en afvejning af mange faktorer, men fra et perspektiv baseret på staternes ønske om at værne om sin skattesuverænitæt og det faktum, at der ikke på nuværende tidspunkt eksisterer noget, der tilnærmer sig et tilsvarende løsningsforslag, vurderes en sådan løsning på nuværende tidspunkt urealistisk, især hvis tiltaget skal omfatte alle verdens lande. Dog har nyere tids pres på landenes manøvrerum medført tiltag, der resulterer i en ensretning af internationale skatteregler, hvilket understøtter at konformitet (i et vist omfang) er ønskværdigt.

6.4 Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående analyse udledes, at det altovervejende hensyn bag BEPS Action 7 er, at forhindre skatteplanlægning, der fører til udhuling af skattebasen. I den forbindelse synes OECD villig til at ofre omkostninger i forsøget på, at forhindre skatteplanlægning. Hensynet i den økonomiske analyse er ligeledes, at forhindre skatteplanlægning gennem en pålægning af skatter, da dette kan medføre en efficient resourceallokering, men til forskel fra det juridiske hensyn fastlægger økonomien, at såfremt omkostningerne i forbindelse med regulering overstiger nytten, kan det medføre inefficiens.

I høringsvarene til BEPS Action 7 kritiseres reglerne for at medføre compliance- og administrationsomkostninger, hvilket kan bevirke, at implementeringen af disse ikke vil resultere i en efficient resourceallokering. I diskussionen af relevante løsningsforslag fremsat i høringsvarene blev det undersøgt, hvorvidt disse medførte en reduktion af omkostningerne og stadig, i samme grad som BEPS Action 7, forhindrede skatteplanlægning. Forslaget om indsættelse af minimumskrav og forslaget om uddybende eksempler vil begge reducere omkostningerne på bekostning af, at der åbnes op for muligheden for at skatteplanlægge. Forslaget om indsættelse af en misbrugstest vil hverken forhindre skatteplanlægning eller medføre en efficient resourceallokering. Forslaget om præciseringer i kommentarerne fremfor ændringer i selve Modeloverenskomsten fandtes, at resultere i samme situation som før BEPS Action 7. Det kan konkluderes, at den nuværende udformning af BEPS Action 7, er den løsning, der har størst modvirkende effekt på skatteplanlægning, til trods for, at denne kan medføre en inefficent resourceallokering, grundet høje compliance- og administrationsomkostninger.

Den ideelle løsning, der både forhindrer skatteplanlægning og medfører en efficient resourceallokering er en harmonisering af alle skattesystemer. Et løsningsforslag der tilnærmer sig dette er "A World Tax Authority", som bl.a. skal have til opgave, at analysere og styre processer samt vurdere hvilke regler, der skal implementeres. En harmonisering gennem "A World Tax Authority" kan eliminere de huller, der eksisterer mellem nationale skattesystemer, og som er årsag til, at skatteplanlægning kan finde sted. Derudover kan compliance- og administrationsomkostninger reduceres gennem en ensartet anvendelse og fortolkning af regler. Dette løsningsforslag synes dog urealistisk, da stater ikke er villige til at opgive suverænitæt.

7 Kapitel 5 - Konklusion

Efter de nuværende regler i Modeloverenskomstens art. 5, stk. 5, anses en repræsentant for at statuere fast driftssted for et foretagende, hvis denne har fuldmagt til at indgå aftaler i foretagendets navn, hvis fuldmagten sædvanligvis udøves i kildelandet, samt at fuldmagten vedrører foretagendets egentlige forretningsvirksomhed. Efter BEPS Action 7 anses repræsentanten for at statuere fast driftssted, hvis denne sædvanligvis indgår kontrakter eller "plays the principal role" i forbindelse med indgåelsen af disse i kildelandet, samt at foretagendet ikke efterfølgende foretager væsentlige modifikationer af kontrakten. Udtrykket "plays the principal role" medfører, at standardkontrakter, som repræsentanten overbeviser tredjemand om at indgå med foretagendet, nu anses for at være omfattet. Efter de nye regler sker der et fokusskifte fra "hvem", der er kontraktens parter til "hvad" kontrakten omhandler. Reglerne er således ikke længere begrænset til alene at omfatte tilfælde, hvor repræsentanten indgår aftaler på foretagendets vegne, men udvidet til ligeledes at omfatte situationer, hvor kontrakten ikke binder foretagendet, men omhandler dennes ejendom eller ydelser. Der er derfor i højere grad fokus på det reelle i kontrakten fremfor det formelle. Efter BEPS Action 7, er en kommissionær derfor som udgangspunkt omfattet af art. 5, stk. 5, selvom denne sælger foretagendets produkter i eget navn.

Reglerne for hvorvidt en repræsentant kan anses for at være uafhængig efter art. 5, stk. 6 synes at være gået fra en analyse af flere forskellige faktorer såsom antallet af fuldmagtsgivere, graden af kontrol fra foretagendet samt hvem der bærer risikoen, til en analyse af relationen mellem repræsentanten og foretagendet, herunder om denne handler "exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related".

Aktiviteterne i art. 5, stk. 4 litra a-d, herunder oplagring, udstilling, levering, bearbejdelse, samt indkøb af varer og indsamling af information, er efter de nuværende regler ikke eksplicit underlagt et krav om at være af forberedende eller hjælpende karakter, hvorfor der hersker tvivl om, hvorvidt disse skal underlægges en sådan bedømmelse eller om de per definition anses for, at være af forberedende eller hjælpende karakter. Efter BEPS Action 7 er alle aktiviteterne i art. 5, stk. 4 litra a-f underlagt et krav om forberedende eller hjælpende karakter i bedømmelsen af om aktiviteterne kan udgøre en undtagelse til fast driftssted. BEPS Action 7 indsætter en "fragmentation rule" i art. 5, stk. 4.1, der skal forhindre at "closely related" foretagender har flere opsplittede aktiviteter i et land, der samlet set udgør én sammenhængende forretningsvirksomhed.

BEPS Action 7 vurderes samlet set, at udvide fast driftsstedsdefinitionen samt indsnævre undtagelserne til denne. Reglerne synes umiddelbart egnede til at ramme skatteundgåelsesstrategier i form af kunstige arrangementer, men det vurderes samtidig, at reglerne vil gå udover, hvad der kan anses for at være proportionalt i forhold til formålet med BEPS Action 7, da reglerne ikke tager højde for arrangementer, der har et kommercielt formål. Endvidere vurderes det, at reglerne har mange subjektive elementer og mangler uddybende eksempler, hvilket samlet set gør reglerne uigennemsigtige. Desuden kritiseres reglerne i høringsvarene for at med-

føre øgede compliance- og administrationsomkostninger, som ikke kan opveje det skatteprovenu som staten vil opnå.

Med afsæt i den ideelle markedsmode karakteriseres den negative eksternalitet, i form af udhuling af skattebasen som følge af MNEs skatteplanlægning, som en markedsfejl, der afviger fra den efficiente ressourceallokering på det ideelle marked. Problemet herved forklares gennem teorien om "The tragedy of the commons", hvor skattebasen betragtes som en fælles ressource. Det blev her påvist, at ubegrænset adgang til en fælles ressource, grundet egen optimering, leder til overforbrug og en udhuling af skattebasen. Beviset for at MNEs vælger at skatteplanlægge blev påvist gennem spillet "Prisoner's dilemma". Løsningen på overforbruget kan opnås ved regulering, gennem pålægning af skatter. Herved kan der opstå en efficient ressourceallokering og en tilnærmelse af det ideelle marked. Pålægningen af skat medfører et større samfundsøkonomisk overskud, da skattesatsen kan reduceres grundet en bredere skattebase, der samtidig opretholder skatteprovenuet, og begrænser dødvægtstab. Compliance- og administrationsomkostninger forbundet med regulering kan dog medføre en inefficent ressourceallokering, hvorfor regulering kun vil være efficient efter Kaldor-Hicks-kriteriet, såfremt nytten herved overstiger omkostningerne.

Hensynet bag BEPS Action 7 og den efficiente ressourceallokering, er at forhindre skatteplanlægning, da det fører til en udhuling af skattebasen. Dog vil hensynet bag den efficiente ressourceallokering medtage omkostninger i afvejningen af, hvorvidt regulering er efficient, til forskel fra hensynet bag BEPS Action 7, hvor der er villighed til at ofre omkostninger for at forhindre skatteplanlægning. Efter diskussion af relevante løsningsforslag fremsat i høringssvarene konkluderedes det, at den nuværende udformning af BEPS Action 7, er den løsning, der har størst modvirkende effekt på skatteplanlægning, til trods for, at denne kan medføre en inefficent ressourceallokering grundet høje compliance- og administrationsomkostninger. Afslutningsvist blev det belyst at den ideelle løsning, der både forhindrer skatteplanlægning og medfører en efficient ressourceallokering, er en harmonisering af alle skattesystemer. Et løsningsforslag der tilnærmer sig dette er "A World Tax Authority", der kan reducere omkostninger samt eliminere de huller, der eksisterer mellem nationale skattesystemer og som er årsag til, at skatteplanlægning kan finde sted. Dette løsningsforslag synes dog urealistisk, da stater ikke er villige til at opgive suveræniteten.

8 Litteraturliste

Bøger

- Andersen, Ib. 1997. Den skinbarlige virkelighed - om valg af samfundsvidenskabelige metoder. København: Samfundslitteratur
- Andersen, Jan og Hans Keiding. 2012. Introduktion til Nationaløkonomi. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Bergman, Marcelo. 2011. Tax Evasion and the Rule of Law in Latin America: the political culture of cheating and compliance in Argentina and Chile. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press
- Cabral, Luis M. B. 2000. Introduction to Industrial Organization. London: Massachusetts Institute of Technology
- Dr. Mehta, Amar. 2012. Permanent Establishment in International Taxation. New Dehli: Taxmann Publications (P.) Ltd.
- Dutta, Prajit K.. 1999. Strategies And Games: theory and practice. London: Cambridge Massachusetts Institute of Technology
- Eide, Erling og Endre Stavang. 2014. Rettsøkonomi. Oslo: Cappelen Akademisk forlag
- Frank, Robert H. 2010. Microeconomics and Behavior. New York: McGraw-Hill/Irwin
- Gaden, Erik og Jesper Jespersen. 2013. Introduktion til Mikroøkonomi. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Greve, Bent og Jesper Jespersen. 2013. Den offentlige sektors økonomi. København: Hans Reitzels Forlag
- Knudsen, Christian. 1997. Økonomisk metodologi bind 2 Virksomhedsteori og industriøkonomi. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koerver Schmidt, Peter m.fl. 2015. International Skatteret - i et dansk perspektiv. København: Hans Reitzels Forlag
- Laursen, Anders Nørgaard. 2011. Fast driftssted. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Michelsen, Aage m.fl. 2013. Lærebog om indkomstskat. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Michelsen, Aage m.fl. 2015. Lærebog om indkomst skat. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Monsen, Erik. 2012. Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk. Oslo: Cappelen Damm
- Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø. 2011. Retskilder og retsteorier. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Pogge, Thomas og Krishen Metha. 2016. Global Tax Fairness. New York: Oxford University Press.

- Reimer, Ekkehart m.fl. 2012. Permanent Establishment, A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective. Holland: Kluwer Law International
- Smith, Adam. 1776. The Wealth of Nations. London: Methuen and Co., Ltd.
- Stiglitz, Joseph E. 2000. Economics of the Public Sector. London: W.W. Norton and Company.
- Watson, Joel. 2008. Strategy - An introduction to Game Theory. New York: W.W. Norton & Company.
- Winther-Sørensen, Niels m.fl. 2013. Skatteretten 3. København: Karnov Group Denmark A/S
- Winther-Sørensen, Niels. 2002. Beskatning af international erhvervsindkomst - Indkomstopgørelsen for et fast driftssted. København: Forlaget Thomsen A/S
- Winther-Sørensen, Niels. 2015. OECD's Modeloverenskomst 2014 – med kommentarer. København: Karnov Group Denmark A/S
- Wilkinson, Richard og Kate Pickett. 2011. Lighed – hvorfor alle klarer sig bedre i mere lige samfund. København: Informations Forlag.

Artikler

- Griffiths, Mark m.fl. 2013. The Tragedy of the Commons. Ivey Business Journal.
- Hardin, Garrett. 1968. The Tragedy of the Commons. Science, New Series, Vol. 162, No. 3859: s. 1243-1248.
- Klein, Peter G. 1999. New Institutional Economics. Department of Economics, University of Georgia, 0530: s. 456-489
- Laffer, Arthur B. m.fl. 2011. The Economic Burden Caused by Tax Code Complexity.
- Musgrave, Richard Abel. 2008. Public finance and three branch model. Journal of Economics and Finance vol. 32(4) s. 334-339
- Pistone, Pasquale. 2014. Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law
- Riis, Thomas. 1999. Retsøkonomi. Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøtet i Oslo. Del 2. s. 1145-1163
- Schaffner, Jean. 2013. The territorial Link as a Condition to Create a Permanent Establishment. Inter-tax, issue 12: 638-651
- Tanzi, Vito. 2016. Lakes, Oceans and Taxes - Why the World Needs a World Tax Authority. Global Tax Fairness: s. 193-209.
- Tollan, Harald. 2016. An International Convention on Financial Transparency. Global Tax Fairness: s. 180 - 192

Publikationer

- Commonwealth of Australia. 2006. Report of the Taskforce on Reducing Regulatory Burdens on Business
- OECD. 2015. Explanatory Statement – Final Report
- OECD. 2008. Programs to reduce the Administrative Burden of Tax Regulations in Selected Countries.
- OECD. 2013. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting
- OECD. 2013. Addressing Base Erosion and Profit Shifting
- OECD. 2014. Public Discussion Draft BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE status.
- OECD. 2015. Comments received on Public Discussion Draft BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE status.
- OECD. 2015. Comments received on Revised Discussion Draft BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE status.
- OECD. 2015. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - Final Report
- OECD. 2015. Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - Final Report.
- OECD. 2015. Revised Discussion Draft BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE status.
- PWC. 2011. Paying Taxes The Compliance Burden.

Retspraksis

- Conseil d'État 20/3 2003 No 224407
- Conseil d'État 31/3 2010 No 304715
- Tingrettsdom af 16/12 2009, saksnr. 09-066493TVI-OTIR/07, Dell
- UfR 1993.143H/tfs.1993, 7 H. (Texaco)