

Afhandling Master i skat
Efteråret 2023

Ledelsens sæde og CFC-beskatning

**Kan beskatning efter ledelsens sæde-kriteriet
erstatte CFC-beskatning?**

The Seat of management and CFC Taxation
Can taxation based on the seat of management replace CFC taxation?



Forfatter: Gitte Stjernø
Vejleder: Peter Koerver Schmidt
Antal anslag: 117.067

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
Anvendte forkortelser	4
1. Indledning	5
1.1. Problemformulering	6
1.2. Afgrænsning	6
1.3. Metode	7
2. Historik	8
2.1. Betænkning nr. 1060 fra december 1985	8
2.2. Rapport fra Udvalget om Personbeskatning - 1992	9
2.3. Skattepolitisk Redegørelse, juni 1994	10
3. Selskabsskatteloven § 1, stk. 6 – ledelsens sæde	10
3.1. Lovforslag nr. 35 af 2. november 1994	10
3.2. SMBA begrænset skattepligt - SKM2012.177.LSR	11
3.3. Selvstændigt skattesubjekt	12
3.4. Hvem udgør ledelsen og hvor har den sæde	16
3.4.1. Selskaber med ”daglige” ledelsesbeslutninger	17
3.4.2. Selskaber med aktivitet der er relateret til formueforvaltning for kapitalejerne	22
3.4.3. Holdingselskaber	23
3.4.4. Moderselskabets betydning for ledelsens sæde for datterselskaber	24
3.4.5. Reel og praktisk ledelse af selskabet i forhold til formalia	26
3.5. Retsvirkning, konsekvenser af ledelsens sæde i Danmark	28
3.6. Opsummering – ledelsens sæde SEL § 1, stk. 6	29
4.1. Cadbury-Schweppes-dommen	31
4.2. EU's skatteundgåelsesdirektiv	32
4.3. Hvem er omfattet af CFC-reglerne	33
4.3.1. Selvstændigt skattesubjekt	34
4.3.2. Kontrolbetingelsen, SEL § 32, stk. 6 og LL 16 H, stk. 6	34
4.3.3. Indkomstbetingelsen for selskabsaktionærer, SEL § 32, stk. 1, nr. 1	35
4.3.4. Indkomstbetingelsen for personaktionærer, LL § 16 H	37
4.3.5. Den partielle substanstest for selskabsaktionærer, SEL § 32, stk. 5, nr. 3	37
4.3.6. Fritagelse for CFC-beskatning for personaktionærer, LL § 16 H stk. 2	40
4.4. Retsvirkning, konsekvenser af skattepligtig CFC-indkomst	40

4.5.	Retspraksis vedrørende CFC-beskatning.....	40
4.6.	Opsummering – CFC-beskatning	42
5.	Ledelsens sæde versus CFC-beskatning.....	43
5.1.	Problemstillingen i praksis – baseret på gennemgået praksis.....	43
5.2.	CFC-beskatning eller ledelsens sæde i SKM2008.450.SR.....	46
5.3.	Fællestræk for de to regelsæt.....	47
5.4.	Beslutningsdiagrammer vedrørende ledelsens sæde og CFC-beskatning	49
6.	Konklusion, kan ledelsens sæde beskatning erstatte CFC-beskatning?	52
	Bilag 1: Beslutningsdiagram vedrørende CFC-beskatning, personaktionærer.....	55
	Litteraturliste	56

Abstract

The Danish rules on taxation of foreign companies with their effective place of management located in Denmark and CFC taxation have been in place since 1995.

Jacob Bundgaard commented on a district court ruling from 2022, expressing that the rules regarding the effective place of management could render many tax-related uncertainties unnecessary and, in several situations, replace the CFC rules. I work daily with tasks that often involve financial companies located abroad, and in this context, I have had considerations about whether a foreign-registered company should become fully taxable in Denmark according to the rules regarding the effective place of management or if CFC taxation should be applied to the company. Jacob Bundgaard's postulate, therefore, piqued my interest, and on that basis, I wish to address the following in my thesis:

To what extent and under what circumstances can the rules regarding the effective place of management in section 1, paragraph 6 of the Corporate Tax Act replace the use of the CFC taxation rules in section 32 of the Corporate Tax Act?

According to the rules regarding the effective place of management in section 1, paragraph 6 of the Corporate Tax Act, an independent foreign tax subject will be subject to taxation in Denmark if it has its effective place of management located in Denmark. If the company is subject to Danish taxation, it is considered Danish in all tax-related contexts. There are several different assessments that help define when the effective place of management is in Denmark, but it can be summarized as the place where the daily management and business decisions necessary for the company's business activities are primarily made. The criteria that are crucial for the assessment are situational and depend on the type of activity the company engages in.

CFC taxation arises under section 32 of the Corporate Tax Act if a Danish company or individual controls an independent tax subject, and if the CFC income realized by the subsidiary meets certain limits or is subject to a low tax rate compared to the Danish tax rate. CFC taxation can be avoided under certain conditions designed for cases where active business operations are conducted within the company. If the company is deemed subject to CFC taxation, a portion of the income is included in the Danish tax income. The specific conditions for calculating whether CFC taxation occurs depend on whether it is a company or an individual shareholder who owns the subsidiary.

The rules regarding the effective place of management have remained largely unchanged since their introduction, while the CFC rules have been amended several times, most recently in 2021 when the rules were harmonized with the EU Anti-Tax Avoidance Directive. At the same time, rules were introduced for corporate shareholders to avoid CFC taxation of active operating companies. Despite the rules being in effect for many years, there have been relatively few decisions and judgments in these two areas.

Based on the thesis, the conclusion is that taxation under the rules regarding the effective place of management, in many cases where the company's activity is related to asset management for the capital owners or similar activities, can replace taxation under the CFC taxation rules.

Anvendte forkortelser

KL	Kildeskatteloven
LL	Ligningsloven
SEL	Selskabsskatteloven

BEPS Base Erosion and Profit Sharing – et projekt der har til formål at udvikle en række internationale standarder og retningslinjer for at forhindre selskaber i at overføre overskud og skattegrundlag til lavskattelande.

CFC Controlled Foreign Company / Controlled Financial Company

EU Europæiske Union

OECD Organization for Economic Co-operation and Development

SMBA Selskab med begrænset ansvar

SPO Skatte Politisk Oversigt

1. Indledning

Beskatning af selskaber føles ofte som ”katten-efter-musen”, hvor skattemyndighederne gør hvad de kan for at få pengene i statskassen. Det er dog ikke altid selskaberne og deres kapitalejere synes det er en lige god idé, så hvis der er et ”hul” i skattelovgivningen, skal det nok blive fundet og udnyttet af dem der er villige til det. Samtidig raser debatten om, hvornår der er tale om skattely, skattespekulation eller- svig og, hvornår der er tale om ”legitim” skatteplanlægning.

En ting skal man dog altid have for øje; skat er en omkostning for virksomhederne og omkostninger skal minimeres, men det skal foregå på en etisk korrekt måde og inden for rammerne af skattelovgivningen.

Internationalt har der længe været fokus på at få løst problemet med, at de enkelte landes skattebaser udhules, ved at de selskaber der er hjemmehørende der, stifter datterselskaber i lavskattelande og flytte mobile indkomst dertil.

Det er en praksis, som i en årrække har været omfattet af dansk skattelovgivning, og hvor der er etableret forskellige muligheder for at beskatte indkomst, som er placeret i udenlandsk registrerede selskaber i Danmark.

Selskaber som er registreret i Danmark som f.eks. et ApS eller et A/S er skattepligtigt til Danmark, jf. selskabsskattelovens § 1, stk. 1. Dette gælder også selvom selskabet reelt bliver ledet fra udlandet. Dette blev fastslået af Højesteret i SKM2007.151.HR (Playboy-dommen) og det er efterfølgende præciseret i lov nr. 1254 af 18. december 2012.

For selskaber, som er stiftet i udlandet, fremgår det af SEL § 1, stk. 6, at de kan anses for at have skattemæssigt hjemsted i Danmark og dermed beskattes i Danmark, hvis de ledes fra Danmark dvs., har ledelsens sæde i Danmark. Dette har fremgået af den danske lovgivning siden 1995.

Umiddelbart er reglerne om ledelsens sæde ikke en lovparagraf, der ses at være meget brugt og der er afsagt bemærkelsesværdigt få domme og afgørelser på området de seneste 15 år. I litteraturen, nævnes ledelsens sæde oftest i en bisætning og knyttes sammen med anden lovgivning så som sam-beskatning eller CFC-beskatning. Ellers nævnes det i en meget lille målestok i bøger og gerne i forbindelse med gennemgang af international beskatning, som er knyttet op på OECD's Model-overenskomst artikel 4. Reglerne om ledelsens sæde i SEL § 1, stk. 6 ses sjældent at være behandlet alene. Det er således ikke lykkedes at finde en bog, som alene behandler emnet og den enkeltstående lovparagraf.

I praksis er det ofte CFC-beskatningen som har fokus, men heller ikke denne regel er genstand for megen ”ballade” og der er heller ikke her afsagt mange domme og afgørelser i de seneste 15 år. Hvis emnet dukker op, har det ofte været i forbindelse med anmodning om et bindende svar fra Skatterådet.

I 2022 afsagde Byretten i København en dom omhandlende ledelsens sæde efter SEL § 1, stk. 6. Dommen er offentliggjort som SKM2022.428.BR, og Jacob Bundgaard har i artiklen ”Selskabers hjemsted baseret på ledelsens sæde, Bemærkninger i anledning af en sjælden domsafsigelse,” offentliggjort i Taxo.2022.07 kommenteret dommen.

Her skriver han:

”Det har altid undret mig, at dette kriterium ikke i højere grad er blevet håndhævet af skattemyndighederne, idet en korrekt håndhævelse heraf trods alt kunne overflødiggøre mange skattemæssige tvivlsspørgsmål og værnsregler. Faktisk kunne et meget bredt anvendt kriterium i flere situationer overflødiggøre CFC-reglerne.”

Jeg arbejder til dagligt med opgaver, der ofte omfatter finansielle selskaber placeret i udlandet og jeg har i den forbindelse haft overvejelser om, hvorvidt et udenlandsk registreret selskab skal gøres fuldt skattepligtigt til Danmark, eller om der skal ske CFC-beskatning af selskabet. Postulatet fra Jakob Bundgaards vakte derfor min interesse.

1.1. Problemformulering

På baggrund af Jacob Bundgaards påstand i ovennævnte artikel¹ ønskes følgende belyst:

I hvilken grad og under hvilke omstændigheder kan reglerne om ledelsens sæde i selskabsskattelovens § 1 stk. 6 erstatte brugen af reglerne om CFC-beskatning i selskabsskattelovens § 32?

1.2. Afgrænsning

Selskabsskatteloven indeholder mange komplicerede regelsæt, som har afsmittende virkning på andre regelsæt i skattelovgivningen. Specielt reglerne om CFC-beskatning er omfangsrig og af hensyn til afhandlingens omfang er der foretaget nogle afgrænsninger.

Der sker ikke beskatning af udenlandsk registrerede selskaber med ledelsens sæde i Danmark, hvis der – i henhold til dobbeltbeskatningsaftalen mellem Danmark og det pågældende land - sker lempelse for dobbeltbeskatning efter exemptionsmetoden eller matching credit jf. SEL § 1 stk. 6, 2. pkt. Under hensyntagen til at der alene er relativt få dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvor dette er relevant, vil det ikke blive omfattet af afhandlingen.

Fondsbeskatningslovens § 1, stk. 1, nr. 4 omfatter et regelsæt der er parallelt med SEL § 1, stk. 6, om ledelsens sæde. Dette regelsæt behandles ikke i denne afhandling, da retsvirkningen af SEL § 1, stk. 6 vurderes til at have afsmittende virkning på fondsbeskatningslovens § 1, stk.1, nr. 4.

¹ Niels Winther-Sørensen rejser samme kritik i SPO 1995.314.

Som det er gældende for reglerne om ledelsens sæde i SEL § 1, stk. 6 er der ligeledes i fondsbeskatningslovens regler om CFC-beskatning af fonde. Disse regler fremgår af fondsbeskatningslovens § 12. De vil ikke blive behandlet særskilt, da reglerne i fondsbeskatningsloven refererer direkte til SEL § 32, så konklusioner draget omkring retsvirkningen for SEL § 32 forudsættes også at omfatte fondsbeskatningslovens § 12.

I afhandlingen er der foretaget en overordnet beskrivelse af kriterierne for CFC-beskatning efter SEL § 32, idet der af pladshensyn ikke er mulighed for at foretage en tilbundsgående beskrivelse af reglerne. Reglerne om CFC-beskatning af personer i Ligningslovens § 16 H er ligeledes overordnet, da CFC-indkomst for personer opgøres og beskattes i stort omfang som selskaber omfattet af SEL § 32.

Der fokuseres udelukkende på de danske (nationale) værnsregler, hvorfor OECD's Modeloverenskomst, EU-lovgivning mv. ikke behandles som helhed, men kun inddrages, hvor og hvis dette er nødvendig for forståelsen af de danske bestemmelser.

Kildeindsamling er ophørt den 1. september 2023 med undtagelse af Vestre Landsrets dom af 4. september 2023, SKM2023.485.VLR.

1.3. Metode

Til besvarelse af ovenstående problemformulering, vil der i denne afhandling blive anvendt både den retsdogmatiske analyse da det er den almindeligt brugte metode til at belyse gældende ret og efterfølgende bruge en komparativ analyse til at undersøge og analysere forskelle og ligheder mellem SEL § 1, stk. 6 – Ledelsens sæde og SEL § 32 – CFC-beskatning.

Den retsdogmatiske analyse omfatter den juridiske analyse ved hjælp af hvilken retskilder analyseres og anvendes. I den retsdogmatiske analyse, systematiseres, beskrives og fortolkes/analyseres retskilderne for at komme frem til en retssætning om gældende ret.²

Komparativ analyse sammenligner og analyserer forskellige – typisk nationale - retssystemer eller retssystemers materielle regler, med det formål bl.a. at undersøge, hvordan forskellige nationale regler søger at løse samme juridiske problem.³ Den komparative analyse i denne afhandling er ikke en komparativ analyse i traditionel forstand, idet der ikke foreligger empirisk materiale til brug for den komparative analyse, da analysen vil bygge på to nationale regelsæt.

Der foretages først en retsdogmatisk analyse af de to lovbestemmelser. Her fokuseres der på at identificere og fortolke de specifikke bestemmelser i de to love og deres relevans vurderes. Ved

² Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen, Retskilder og Retsteorier, side 34.

³ Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen, Retskilder og Retsteorier, side 58.

først at gennemføre en retsdogmatisk analyse sikres der en grundig forståelse af gældende lov og den retslige kontekst, hvilket vil danne grundlag for den komparative analyse.

Den retsdogmatiske analyse foretages ved en analyse af relevant lovgivning, gennemgang af lovforarbejder og relevant administrativ- og domspraksis.

Den komparative analyse vil have til formål at sammenligne de to love, hvorved ligheder og forskelle kan identificeres. Der vil blive anvendt en ordlydsfortolkning, hvor der tages udgangspunkt i lovteksten. Dette suppleres med en formålsfortolkning baseret på lovbemærkningerne og forarbejderne til loven. Herudover vil der blive anvendt administrativpraksis samt domspraksis. Desuden sammenlignes de to regelsæts forskellige betingelser og fordele og ulemper ved dem vurderes. På denne baggrund vil det blive vurderet, under hvilke omstændigheder reglerne om ledelsens sæde eventuelt kan erstatte reglerne om CFC-beskatning.

Den skatteretlige retskildelære består af et omfattende antal love med tilhørende bekendtgørelser, af en række administrative udfærdigede vejledninger og cirkulærer samt rets- og administrativ praksis. Legalitetsprincippet og hermed den formelle lovs princip har en fremtrædende placering i skatteretten. Skatterettens retskilder indgår i et retshierarki, hvor lavere rangerende retskilder ikke må være i modstrid med højere rangerende retskilder og i det hele taget have indholdsmæssig hjemmel heri.⁴

Komparativ analyse i kombination med retsdogmatisk analyse anses som værende et passende valg til denne afhandling. Når der ses samlet på valget af at bruge både komparativ analyse og retsdogmatisk analyse som metode i denne afhandling, baseres det på at de komplimenterer hinanden og vil bidrage til en omfattende og dybdegående undersøgelse af de to loves ligheder og forskelle. Ved at kombinere anvendelsen af både komparativ analyse og den retsdogmatiske analyse forventes der en velunderbygget og nuanceret juridisk analyse, der giver mulighed for at få en bred og sammenlignelig forståelse af de to love.

2. Historik

Reglerne om CFC-beskatning og ledelsens sæde blev vedtaget ved lov nr. 312 af 17. maj 1995. Lovforslaget som lå til grund for loven blev fremsat 2. november 1994, som L35. Reglerne blev udformet baseret på det arbejde forskellige udvalg havde udarbejdet i tidligere år, for at vurdere, hvordan de danske regler omkring international beskatning skulle udformes.

2.1. Betænkning nr. 1060 fra december 1985

I 1983 blev der nedsat et udvalg, som skulle vurdere reglerne om beskatning af udenlandsk indkomst i Danmark. Udvalgets arbejde udkom som Betænkning nr. 1060 december 1985, og her kom

⁴ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 1, 9. udgave, side 99.

udvalget med en række forslag til ændringer eller justeringer af skattelovgivningen. Forslagene skulle forhindre den manglende beskatning, som kunne opstå som konsekvens af mulighederne for skatteplanlægning ved brug af udenlandske selskaber mv.

Betænkningen behandlede flere problematikker omkring beskatning af international indkomst, herunder danske erfaringer med anvendelse af selskaber i skattelylande.⁵

Udvalget konkluderede, at det var muligt at reducere nogle af problemerne med manglende beskatning af selskaber registreret i skattelylande, ved at der i SEL § 2 skete en præcisering, så der blev skabt ”klarere hjemmel til at gøre udenlandske selskaber begrænset skattepligtige til Danmark, hvis den faktiske styrelse af selskaberne (ejerskabet, effektiv ledelse) er dansk, uanset om der er lokal ”Administration” af selskabet.” Præciseringen skulle ikke kun gælde for passive kapitalplaceringsselskaber og kapitalforvaltningsselskaber, men også for selskaber, hvis eneste aktivitet var forvaltning af rettigheder.⁶

Udvalget foreslog desuden, at der blev indført beskatning af kapital placeret i skattelylande ved at indføre beskatningsregler der i korte træk gik ud på, at deltagelse i et investeringsselskab eller lignende i et skattelyland, ville medføre beskatning af en forholdsmæssig andel af investeringsforeningens resultat, også selvom der ikke var sket udlodning. Dette ville betyde, at der skete en løbende beskatning også ved deltagelse i akkumulerende investeringsforeninger og ikke udbyttebetalende selskaber i skattelylande. De forslåede regler svarede til regler som Tyskland⁷ allerede havde indført.

2.2. Rapport fra Udvalget om Personbeskatning - 1992

I 1992 blev det erkendt, at en lang række OECD-lande havde gennemført reduktioner i den effektive marginalbeskatning. Som konsekvens heraf blev der nedsat et udvalg som fremlagde deres rapport i oktober 1992.⁸ I rapporten anføres det, at det danske skattesystem var under pres og at den stigende internationale integration nødvendiggjorde, at dele af skattesystemet måtte harmoniseres og at et ydre pres satte grænser for indretning af det danske skattesystem.

I rapporten blev der udtrykt tvivl om, hvor vidt der var hjemmel til at beskatte udenlandske selskaber med ledelsens sæde i Danmark. Desuden blev det fremhævet, at hvis et selskab, i henhold til intern ret, havde hjemsted i flere lande, blev det i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne i almindelighed anset for at have hjemsted i det land, hvor den reelle ledelse – herunder den faktiske daglige ledelse – foregik.

⁵ Betænkning 1060 af december 1985, afsnit 11.

⁶ Betænkning 1060 af december 1985, afsnit 4.3.

⁷ Tyskland indførte CFC-beskatning i 1972.

⁸ Rapport fra Udvalget om Personbeskatning, oktober 1992.

Det blev anbefalet, at Danmark etablerede et værn imod, at beskattningen i Danmark blev udhulet ”f.eks. ved ufuldstændige regler om begrænset skattepligtig og fraflytning til udlandet.”⁹

Udvalget foreslog at ændre hjemstedskriteriet, så der blev lagt vægt på, hvor den reelle daglige ledelse fandt sted. Herudover blev det foreslået, at der i SEL § 2 blev indsat en bestemmelse, der kunne sikre, at selskaber i relation til danske dobbeltbeskatningsaftaler kun blev anset for at have hjemsted i det land, hvor det, i henhold til de to udenlandske hjemstedslandes dobbeltbeskatningsaftaler, blev anset for at have hoveddomicil.

2.3. Skattepolitisk Redegørelse, juni 1994

Ved etableringen af EU's indre marked, med virkning fra 1. januar 1993, blev retten til fri etablering af virksomhed, samt retten til kapitalens fri bevægelighed etableret. Dette medførte, at der i Skattepolitisk Redegørelse 1994 blev udtrykt bekymring for den stigende internationalisering og for at det ville føre til konkurrence mellem medlemslandene om at tiltrække investeringer, en konkurrence der bl.a. kunne påvirkes på baggrund af skattetrykket. Ved formuleringen af lovforslaget L35 af 2. november 1994 blev der i bemærkningerne henvist til, at lovforslaget bygger på ændringer og justeringer, som er omtalt i Skattepolitisk Redegørelse.

I redegørelsen blev der bl.a. udtrykt bekymring for at udnyttelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne kunne afstedkomme, at de blev brugt til at udhule og eliminere beskatningsgrundlaget i Danmark, ligesom man i udlandet samtidig var gradvist i gang med at indføre værnsregler for at beskytte egne interesser.

Der blev i rapporten foreslået en justering af grundlaget for selskabers fulde skattepligt til Danmark.

3. Selskabsskatteloven § 1, stk. 6 – ledelsens sæde

3.1. Lovforslag nr. 35 af 2. november 1994

Formuleringen af OECD's Modeloverenskomsts artikel 4, stk. 3¹⁰ har i mange år medført, at hvis en juridisk enhed, som i henhold til lovgivningen i en stat, anses for at være hjemmehørende i en stat, selvom det måske pga. andre kriterier også anses som værende hjemmehørende i en anden stat, så skal den juridiske enhed anses for kun at være hjemmehørende i den stat, hvor den virkelige ledelse har sit sæde.

⁹ Rapport fra Udvalget om Personbeskatning II, side 251, Statens Information oktober 1992.

¹⁰ Jf. kommentar nr. 22 til modeloverenskomsten blev det ved den oprindelige formulering anset for ikke at være formålstjenligt at lægge vægt formelt kriterium som registrering.

Der herskede dog tvivl om, jf. afsnit 2, om der var hjemmel i dansk intern ret til at beskatte selskaber, der var registreret med fuld skattepligt til andre lande, også selvom selskabet havde dets faktiske ledelse i Danmark.¹¹

Ved lovforslag nr. 35 af 2. november 1994 (herefter lovforslaget) blev det foreslået at indføre et stk. 7 til SEL § 1, der kunne fjerne denne tvivl og dermed sikre, at selskaber mv. der ledes fra Danmark også kunne betragtes og beskattes som fuldt skattepligtige her i landet, uanset hvor selskabet var registreret.

Af lovforslaget fremgår det, at det er fremsat på baggrund af Skattepolitisk Redegørelse fra juni 1994. Lovforslag nr. 35 af 2. november 1994 blev vedtaget som Lov nr. 312 af 17. maj 1995, med tilhørende cirkulære nr. 183 af 11. december 1995 (nu cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997) og den vedtagne SEL § 1, stk. 7 fik ordlyden:

”Selskaber og foreninger m.v. omfattet af stk. 1, nr. 2-6, anses for hjemmehørende i landet, hvis ledelsen har sæde her i landet. Dette gælder uanset hvor selskabet eller foreninger m.v. eventuelt er indregistreret. [...]”

Loven trådte i kraft med virkning fra indkomståret 1995, medmindre indkomståret 1995 var påbegyndt inden den 2. november 1994. I disse tilfælde havde loven først virkning fra indkomståret 1996.

3.2. SMBA begrænset skattepligt - SKM2012.177.LSR

Landsskatteretten kom i afgørelsen refereret i SKM2012.177.LSR til den konklusion, at formuleringen i SEL § 1, stk. 6 ikke var dækkende. Her nåede Landsskatteretten således frem til, at et SMBA, som var registreret i Danmark og med ledelsens sæde i udlandet, kun var begrænset skattepligtig til Danmark af indkomsten fra et fast driftssted i Danmark. Dette på trods af at selskabet var registreret i Det Centrale Virksomhedsregister. Landsskatteretten lagde således vægt på ledelsens sæde, som ikke var her i landet.

Landsskatterettens afgørelse blev kommenteret af bl.a. Anders Nørgaard Laursen i TfS 2012,333 og TfS 2012,799. Anders Nørgaard Laursen var ikke enig i Landsskatterettens afgørelse. Anders Nørgaard Laursen var af den opfattelse, at Landsskatterettens afgørelse ikke var korrekt bl.a. henset til Højesterets afgørelse i SKM2007.151.HR,¹² samt forarbejderne til loven, idet registrering var tilstrækkelig betingelse for at være omfattet af fuld dansk skattepligt. Dette havde Skatterådet ligeledes antaget i TfS 2011,161,SR – en afgørelse, som også omhandlede et selskab med begrænset ansvar.

¹¹ Bemærkningerne til lovforslag nr. 35 af 2. november 1994, afsnit 2D.

¹² PlayBoy-dommen.

Michael Tell var ikke enig med Anders Nørgaard Laursen og i en artikel i TFS 2012,740 redegjorde han for – på baggrund af en ordlydsfortolkning af loven – at registreringskriteriet, som blev fastslået i SKM2007.151.HR¹³ kun var gældende for aktie- og anpartsselskaber, mens alle andre selskaber, efter Michael Tells opfattelse af formuleringen af SEL § 1, stk. 6, skulle have ledelsens sæde her i landet for at være skattepligtige hertil.

Landsskatterettens afgørelse medførte en sammenskrivning af 1. og 2. pkt. i SEL § 1 stk. 6¹⁴ således, at paragraffen fik den ordlyd den har i dag. Med lovændringen blev det jf. bemærkningerne fremhævet, at der efterfølgende vil være to måder, hvor et selskab bliver underlagt fuld dansk skattepligt:

1. Hvis de er registreret i Danmark.
2. Hvis de har ledelsens sæde i Danmark.

Den nye formulering medførte, at selskaber mv., som er registreret i Danmark er fuldt skattepligtige til Danmark og at denne beskatningsret alene frafaldes, hvis de har dobbeltdomicil og Danmark i henhold til en indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke har denne beskatningsret¹⁵. Anders Nørgaard Laursen kommenterede i TfS 2012,799 på lovændringen og konkluderede, at der alene var tale om en ”ordlydsændring”, som ikke ændrede retstilstanden, idet baggrunden for lovændringen¹⁶ efter hans opfattelse var forkert jf. ovenfor.

Erik Banner-Voigt skrev i SR.2013.22 “I henhold til præciseringen i selskabsskattelovens § 1, stk. 6, fremgår det nu, at fuld skattepligt til Danmark enten kan følge af indregistrering, uanset hvor ledelsens sæde befinder sig, eller kan følge af, at selskabet har ledelsens sæde i Danmark.”

3.3. Selvstændigt skattesubjekt

For at reglerne om ledelsens sæde kan finde anvendelse, er det en betingelse, at det udenlandske selskab, skal kunne klassificeres som et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6. Det er derfor nødvendigt først at afgøre om et selskab er et selvstændigt skattesubjekt.

Hvornår et udenlandsk selskab kan anses for et selvstændigt skattesubjekt, har været diskuteret meget og kriteriet er ikke kun skatteretligt, men afgøres også ud fra et selskabsretligt kriterie.¹⁷

¹³ PlayBoy-dommen.

¹⁴ Lov nr. 1254 af 18. december 2012.

¹⁵ Denne undtagelsesbestemmelse bliver ikke behandlet yderligere her jf. afgrænsningen i afsnit 1.2.

¹⁶ Landsskatteretskendelsen i TfS 2012,281.

¹⁷ Aage Michelsen m.fl. Lærebog om indkomstskat, 18. udgave, side 843.

Der vil kunne opstå dansk skattepligt for udenlandske selskaber, der ikke er aktie- eller anpartsselskab, men som har nogle af de samme karakteristika, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2.¹⁸ Vurderingen skal foretages ud fra en samlet konkret vurdering, hvor to betingelser kræves opfyldt:¹⁹

- Ingen deltagere hæfter personlig for selskabets forpligtelser, og
- Selskabet fordeler overskuddet i forhold til deltagernes indskudte kapital.

I praksis gennemføres dette ofte ved en vurdering af selskabets vedtægter. Ved vurderingen kan afgørelsen ikke baseres på et enkelt forhold. ”Ved vurderingen kan følgende tale for, at selskabet er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2:

- Ingen af deltagerne hæfter personligt;
- Fordeling af overskuddet sker i forhold til den af deltagerne indskudte kapital;
- Det årlige overskud fordeles på grundlag af omsætningen, men en eventuel likvidationsudlodning baseres på kapitalens størrelse;
- Selvstændige vedtægter;
- Særskilt regnskab;
- Særskilte ledelsessorganer, som med bindende virkning kan handle, også for de medlemmer, som ikke er med i ledelsen;
- Mulighed for udvidelse af medlemskredsen;
- Bestemmelse om, hvad der skal ske med formuen ved det enkelte medlems udtræden eller ved enhedens opløsning;
- Indskudskapital (kan enten være nominelt angivet til en bestemt størrelse, eller der kan være tale om vekslende indskudskapital).

Følgende kan tale imod, at selskabet er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2:

- Fordeling af både overskud og af likvidationsprovenu foretages på grundlag af omsætningen (kooperativ virksomhed);
- En eller flere hæfter personligt;
- Ingen fordeling af overskud finder sted i forhold til kapitalindskuddet;
- Overskuddet anvendes til almennyttige eller almenvelgørende formål.”²⁰

Ved vurderingen af om et selskab er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, skal der således i

¹⁸ Aktie og anpartsselskaber falder ind under SEL § 1, stk. 1 nr. 1.

¹⁹ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 9. udgave.

²⁰ Den juridiske vejledning 2023-2, afsnit C.D.1.1.3.

overensstemmelse med praksis belyses andre forhold om det udenlandske selskab end dem, der er direkte anført i lovteksten (hæftelse og fordeling af overskud).

Det tungest vejende kriterium i bedømmelsen vil dog oftest være hæftelsesformen. Således var hæftelsesformen af afgørende betydning i SKM2022.127.LSR.²¹ Hvis det derfor med stor sikkerhed kan be- eller afkræftes, at der er begrænset hæftelse, er det ikke relevant, om der for eksempel foreligger et særskilt regnskab eller ej.

Desuden er den omstændighed, at et selskab er registreret i et skattely, hvor kravene til kapitalindskud, bogføring og regnskabspligt m.v. er eller kan være ganske beskedne og hvor selskabets måske danske ejere ikke har oplyst om deres ejerandel til de danske myndigheder, betyder det ikke, at selskabet i sig selv anses som værende en skatteretlig nullitet.²²

I den forbindelse skal det undersøges, om det udenlandske selskab kan karakteriseres som et lovligt stiftet selskab, da der ikke kan ske beskatning, hvis ikke der er et subjekt at beskatte.

I SKM2023.485.VLR ²³ skulle landsretten tage stilling til, hvorvidt selskab P1 registreret i Panama, udgjorde et selvstændigt skattesubjekt.

Sagen omfatter A, som sammen med sin nu afdøde ægtefælle B,²⁴ havde boet i udlandet i mange år, men fra 2006 havde de haft fast bopæl i Danmark.

Selskabet blev stiftet den 4. september 2007 og registreret den 10. september 2007. Der var udnævnt en fem mand stor bestyrelse/direktion. Alle fem personer i bestyrelsen/direktionen var medarbejdere i det samme advokatselskab i Panama, P2 og var hver især registreret som bestyrelsesmedlemmer/direktører i et sted mellem 6.843 og 8.877 selskaber.

Det blev på bestyrelsesmøde den 11. september 2007 besluttet, at der skal udstedes "Power of Attorney" til ægteparret og en fælles fuldmagt til ægteparrets to børn C og D.

²¹ Panama Papers, afgørelsen gennemgås i afsnit 3.4.2.

²² Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave.

²³ Dommen har været offentliggjort i en anonymiseret udgave på Kammeradvokatens hjemmeside fra et par dage efter domsafsigelsen. Her af fremgår det at der er tale om en sag i Panama Papers-komplekset.

Panama Papers er en omfattende lækage af fortrolige dokumenter fra advokatfirmaet Mossack Fonseca i Panama, som blev offentliggjort i foråret 2016. Dokumenterne indeholdt oplysninger om tusindvis af off-shore selskaber og deres ejere og afslørede omfattende skatteunddragelse og hvidvask af penge.

Skat – nu Skattestyrelsen - købte i september 2016 en række oplysninger vedrørende danskere og deres ejerskab af off-shore selskaber. Det er resultatet af Skattestyrelsens arbejde med disse oplysninger, som begynder at komme gennem det administrative klagesystem og ved domstolene.

Komplekset er kendt som "Panama Papers".

²⁴ Ægtefælle B er død den 11. september 2011.

I en mail af 28. september 2007 blev selskabet “bestilt” af X fra Y i Luxembourg og samtidig blev der bestilt individuelle fuldmagter til A og B og en fælles fuldmagt til C og D.

Det fremgik af “Declaration of Beneficial Ownership” at ægteparret A og B var “Beneficial owner(s) af selskabet og det fremgik samtidig af “Memo regarding a company having issued bearer shares,” at ægteparret ejede de fire ihæندهaver aktier, der var udstedt i selskabet.

A anerkendte, at P1 var et lovligt stiftet og registreret selskab i Panama og at P1 havde begrænset hæftelse og det var derfor som udgangspunkt et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 1.

A og hendes repræsentant påstod, at P1 ikke udgjorde et selvstændigt skattesubjekt adskilt fra hendes formue, idet hun og den tidligere ægtefælle B havde haft fuld kontrol over formue og investeringer, uanset at disse formelt var placeret på konti tilhørende P1. A var af den mening, at dispositionsretten og den konkrete fremgangsmåde indebar, at P1 ikke skulle anerkendes skatteretligt. A’s repræsentant henviste bl.a. til SKM2007.308.HR og SKM2018.610.ØLR.

Desuden blev der henvist til, at det af de to domme kunne udledes, at selvom et selskab var lovligt stiftet og registreret, så havde det ikke været tilstrækkeligt til at anse det for at være et selvstændigt skattesubjekt, idet det i retspraksis havde været en betingelse, at selskabet havde været klart adskilt fra skatteyderens formue. Det talte også for, at der ikke havde været tale om et selvstændigt skattesubjekt, at der ikke havde været nogen dokumentation for, at der tidligere havde været reel aktivitet eller drift i selskabet, ligesom det, at der ikke havde været udarbejdet bogføring, regnskaber mv, talte for, at der ikke havde været et selvstændigt skattesubjekt.

Skatteministeriet svarede hertil, at udenlandske enheder, der organisatorisk svarer til enheder omfattet af SEL’s § 1 i dansk ret, blev anset for at være selvstændige skattesubjekter med dansk skatteretsevne og havde ville være omfattet af dansk skattepligt, hvis ingen af deltagerne hæftede personligt for selskabets forpligtelser og overskuddet blev fordelt i forhold til deltagernes indskudte kapital, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

P1 var et selskab registreret i Panama, med begrænset hæftelse og selskabet var som udgangspunkt, derfor et selvstændigt skattesubjekt, jf. ordlyden i SEL § 1, stk. 1, nr. 2 og UfR 1997.1150.H.²⁵

Landsretten nåede frem til, at A var underlagt skærpet bevisbyrde for, at de faktiske omstændigheder var anderledes end det som A selv har handlet efter, og som var blevet støttet af sagens dokumenter og A havde ikke formået at løfte denne bevisbyrde under sagen. Selskabet kunne derfor ikke anses for at være en skattemæssig transparent enhed.

²⁵ Selskab på Jersey var et selvstændigt skattesubjekt.

Ovenstående dom viser, at hvis det kan konstateres, at et selskab er lovligt stiftet i hjemstaten, så er det et skattesubjekt, der kan beskattes her i landet, hvis det vurderes, at der er tale om et selskab, der kan omfattes af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, altså har samme karakteristika som et aktie- eller anparts-selskab. Selskabet vil ikke kunne anses for at være en nullitet selvom det f.eks. ikke har en pligt til at aflægge regnskab i registreringslandet. Desuden vil et selskab som er lovligt stiftet i hjemlandet og som kan omfattes af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, i forhold til dansk skattepligt ikke anses for at være transparent.

3.4. Hvem udgør ledelsen og hvor har den sæde

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at det ”beror på en konkret vurdering af de faktiske forhold i forbindelse med beslutningstagningen”, når det skal afgøres hvem der udgør selskabets ledelse. Ved vurderingen lægges der vægt på, hvor beslutningerne om selskabets daglige drift foretages.

Af bemærkningerne til lovforslaget samt cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997 (herefter cirkulæret) fremgår det, at der umiddelbart er to forhold der gør, at et selskab vil blive anset for hjemmehørende i Danmark og det er:

1. Direktionen har sæde her i landet.
2. Hovedsædet er beliggende her i landet.

Det fremgår desuden, at en bestyrelse almindeligvis ikke forestår den daglige ledelse af et selskab, men hvis det er bestyrelsen, som forestår den reelle ledelse, vil stedet for bestyrelsens sæde være af væsentlig betydning og der vil derfor kunne være et tredje forhold der kan gøre at et selskab anses for hjemmehørende i Danmark:

3. Bestyrelsens sæde her i landet.

Bemærkningerne udelukker, at stedet for afholdelse af generalforsamlingen kan udgøre stedet for ledelsens sæde, idet de beslutninger der almindeligvis træffes på generalforsamlingen, ikke er afgørende for selskabets daglige drift og derfor ikke afgørende for om et selskab kan have ledelsens sæde her i landet.

Der er dog en fjerde mulighed for at statuere ledelsens sæde her i landet og det er, ifølge bemærkningerne, hvis en aktionær faktisk udøver ledelsen af selskabet, så kan aktionærens hjemsted indgå i vurderingen af ledelsens sæde. Så ledelsens sæde kan også udgøres af:

4. Aktiebesiddelser.

Når der ses nærmere på cirkulæret, ses det også at selskaber, hvis virksomhed er af en sådan karakter, at der ikke er en faktisk daglig ledelse af selskabet som f.eks. holdingselskaber, hvis eneste

aktivitet er at eje aktier i andre selskaber, så må stedet, hvor de øvrige beslutninger vedrørende selskabets ledelse tages, lægges til grund.

Jan Pedersen har anført følgende:

”Ledelsens sæde må forstås som det sted, hvor de afgørende ledelsesmæssige og forretningsmæssige beslutninger, der er nødvendige for virksomhedens forretningsmæssige udøvelse, i det væsentlige træffes.”²⁶

Da kriteriet for ledelsens sæde bygger på konkrete vurderinger af faktum i hvert enkelt tilfælde, må der tilsyneladende være grund til praksis for at vurdere, hvornår et selskab anses for omfattet af SEL § 1, stk. 6.

Reglerne har været i kraft siden indkomståret 1995 med nærmest uændret formulering af lovbestemmelsen. Praksis på området er – når der henses til reglernes lange virkningsperiode – relativ sparsom og de afgørelser, som er afsagt, består hovedsageligt af bindende svar fra Skatterådet. Der er således relativt få domme fra domstolene og afgørelser fra Landsskatteretten omkring ledelsens sæde.

3.4.1. Selskaber med ”daglige” ledelsesbeslutninger

I nogle af de afgørelser og domme, der er offentliggjort, har der været lagt vægt på, hvor beslutninger om ansættelse og afskedigelse af medarbejdere, den daglige bogføring, indkøb, markedsføring mv. foregår. I SKM2022.557.SR ønskede to norske selskaber svar på om de havde ledelsens sæde i Danmark og derved blev skattepligtige til Danmark, som følge af at selskabernes direktør A havde bopæl her i landet.

A var direktør for H1 AS og H2 AS og flyttede til Danmark af private grunde. Han fortsatte sit arbejde for de norske selskaber, som han havde arbejdet for i mere end 10 år, forud for flytningen til Danmark. A arbejdede delvis fra sit hjem og delvis fra kontoret i Norge.

H1 AS var et holdingselskab med datterselskaber i både Norge og Sverige. A fungerede som bestyrelsesformand i alle datterselskaberne. H2 AS havde over 20 ansatte og afholdte omkostningerne til den løn som A fik udbetalt. Alle leder-, bestyrelsesmøder og lignende foregik på kontoret i Norge. Ingen af koncernens selskaber havde kunder i Danmark.

A's arbejde var reguleret i hans ansættelsesaftale med H2 AS og af en stillingsinstruks, som Skatterådet var blevet forevist. Instruksen gjorde at A bl.a. skulle lede selskabets daglige operative virksomhed, udarbejde strategi og budgetter, rekruttere medarbejdere, lede arbejdet i relation til salgs-

²⁶ Skatteretten 1 af Jan Pedersen m.fl., 9. udgave, side 880.

og markedsføring, samt udvikle kundeforhold, udføre økonomistyring og regnskabsrapportering, samt sikre, at selskabet havde effektive rutiner i relation til centrale processer.

Skatterådet konkluderede, at på baggrund af de arbejdsopgaver som A udførte fra sit hjem i Danmark og fra selskabernes kontor i Norge, så måtte A anses for at udgøre direktionen og derved den daglige ledelse i de norske selskaber. Men på baggrund af en konkret vurdering, bl.a. det faktum, at A's faktiske arbejdstid blev fordelt med 65 % i Norge, hvor også alle medarbejderne befandt sig, og kun 35 % i Danmark, blev selskaberne anset for ikke at have ledelsens sæde i Danmark, selvom direktøren for selskaberne boede i Danmark og udførte arbejde her.²⁷

Der kan "ikke opstilles en komplet liste, der omfatter de ledelsesfunktioner og -beslutninger, der skal ligge her i landet, for at betingelsen om at direktionen er her i landet, er opfyldt."²⁸ Selskabsloven § 111 fastslår, at et kapitalselskab ledes af en direktion og at det er denne direktion, som varetager den daglige ledelse, jf. selskabslovens § 117. Ved afgørelse af, hvem selskabets direktion er og hvad dens opgaver er, kan der henses til selskabslovens definition, hvilket også skete i Højesteretsdommen refereret i TfS 1998,607,H.

I TfS 1998,607,H²⁹ blev der lagt vægt på, at direktionen almindeligvis varetog de funktioner, som fremgik af den daværende Aktieselskabslov § 54.³⁰ Der var her tale om et selskab, der var et 100% ejet datterselskab af en tysk GmbH, som igen var 100% ejet datterselskab af et tysk GmbH. Selskabets bestyrelse bestod af tre tyske statsborgere, som alle tre også boede i Tyskland. I Danmark blev den daglige ledelse varetaget af en direktør, som boede i Danmark. Han modtog overordnede retningslinjer for driften fra moderselskabet i Tyskland. Selskabet havde en omsætning på 100 mio. kr., og den primære drift bestod i salg af- og servicering af bilvaskeanlæg. I Danmark var der ca. 35 ansatte, heriblandt en regnskabschef, to salgschefer og to sælgere. Resten var kontor- og service-medarbejdere. Selskabet havde ingen forretningsorden og blev tegnet af to bestyrelsesmedlemmer eller af direktøren og et bestyrelsesmedlem i forening. Generalforsamlingen blev afholdt i København og den danske direktør deltog i ca. 11 møder årligt i Tyskland sammen med repræsentanter fra koncernens øvrige datterselskaber i andre lande. 2-3 gange om året var koncernens bestyrelsesformand i Danmark, hvor der blev gået lidt mere i detaljer med selskabets drift.

Højesteret slog fast, at direktøren varetog den daglige ledelse af selskabet og skulle følge de anvisninger og retningslinjer som bestyrelsen havde udstukket. Desuden omfattede den daglige ledelse ikke dispositioner, der efter selskabets forhold var af usædvanlig art eller af stor betydning.

²⁷ Hjemmekontor kan udgøre fast driftssted, jf. SKM2017.213.SR, SKM2020.208.SR og SKM2021.546.SR, samt OECD's Modeloverenskomst 2017, pkt. 18 i kommentarerne til artikel 5, stk. 1.

²⁸ Selskabs beskatning af Karen Fog m.fl. 26. udgave, side 36

²⁹ California Kleindienst A/S-dommen

³⁰ Nu selskabslovens § 117

Selskabets daglige ledelse blev således varetaget af den danske direktør og selskabets daglige ledelse var i Danmark.

Efter gennemgang af TfS 1998,607,H og SKM2022.557.SR, kan det konkluderes, at selvom en direktør er bosiddende i Danmark er det ikke ensbetydende med, at et selskab automatisk har ledelsens sæde her. Det kan dog bemærkes, at præjudikatsværdien af SKM2022.557.SR ikke er så stærk som dommen fra Højesteret, da der er tale om en administrativ afgørelse. Men afgørelse tegner et godt billede af problemstillingen som den ser ud i dag, hvor tekniske løsninger giver mulighed for at arbejde langt fra virksomhedens evt. fysiske placering.

De to eksempler viser, at når der er tale om selskaber med en egentlig drift, en ikke ubetydelig omsætning og en gruppe medarbejdere, så ledes selskabet der, hvor direktøren primært opholder sig i forbindelse med udøvelsen af sit hverv som direktør.

Anders Nørgaard Laursen kommenterer i Taxo.2020.03 på TfS 1998,607,H, idet dommen har skabt præcedens i fortolkningen af ledelsens sæde. Anders Nørgaard Laursen mener det er bemærkelsesværdigt, at dommen netop har skabt præcedens i fortolkningen af ledelsens sæde, idet sagen oprindeligt drejede sig om, hvorvidt et selskab skulle betale kapitaltilførselsafgift efter kapitaltilførselsafgiftslovens § 2. Det som skulle afklares var ”om begrebet den ”egentlige ledelse” i kapitaltilførselsafgiftslovens § 2 skulle forstås som bestyrelsen – hvis sæde utvivlsomt var i Tyskland – eller som direktionen, der havde sæde i Danmark.”³¹

På tidspunktet for sagens opstart - 1992 – var bestemmelsen i SEL § 1, stk. 6 (7) endnu ikke fremsat/vedtaget og sager om ledelsens sæde blev på det tidspunkt afgjort på baggrund sædet for bestyrelsen jf. U 1918.39/1,³². Kammeradvokaten havde i sin procedure gjort gældende, at begrebet den ”egentlige ledelse” i kapitaltilførselsafgiftslovens § 2 skulle fortolkes i overensstemmelse med ”de almindelige regler indenfor selskabsskatteretten, herunder det skatteretlige hovedsædekriterium, som det fremgår af SEL § 1, stk. 6 (7)³³ (uanset at lovbestemmelsen først er vedtaget senere) med henvisning til den dagældende aktieselskabslov § 54, stk. 2, 1. pkt.

Anders Nørgaard Laursen konkluderer, at Højesteret var enig i Kammeradvokatens retsopfattelse og begrebet ”ledelsen” helt generelt i dansk skatteret dækker over den ”daglige ledelse” og det på baggrund af dommen kunne konkluderes, at selskabslovens § 117, der er tilsvarende den dagældende aktieselskabslov § 54, derfor i dag er retningsgivende ved fortolkningen af begrebet ”ledelsens sæde”. Herudover konkluderede han, at det skatteretlige hovedsædekriterium er et funktionelt

³¹ Taxo.2020.03.

³² Højesteretsdom om Dansk Gas-Compagni.

³³ Taxo.2020.03.

begreb så, hvis den daglige ledelse varetages af andre end direktionen, vil det afgørende være, hvor den eller dem der udgør den daglige ledelse, har sæde.

Højesteret fortolkede således sagen i overensstemmelse med den retsopfattelse, som var blevet tilvejebragt ved gennemførslen af SEL § 1, stk. 6.

Samme observation gør sig gældende, hvis selskabet ledes af bestyrelsen, på trods af at vi i Danmark almindeligvis ikke anser bestyrelsen for at udgøre et selskabs daglige ledelse, idet det af selskabslovens §§ 111 og 117 direkte fremgår, at et kapitalselskab ledes af en direktion. Der er dog selskabsformer i andre lande, hvor det lovgivningsmæssigt ikke altid er påkrævet, at der er en direktion i selskabet, men at ledelsen kan blive varetaget af en bestyrelse.

Da reglerne om beskatning efter ledelsens sæde blev indført i selskabsskatteloven blev der anført følgende i bemærkningerne ”I det omfang bestyrelsen forestår den reelle ledelse af selskabet, vil stedet [...], hvor bestyrelsens beslutninger reelt træffes, [...] i disse tilfælde [...] (være) afgørende for ledelsens sædes placering.”³⁴

I SKM2017.89.SR skulle Skatterådet tage stilling til om S ville blive anset som havende ledelsens sæde i Danmark, hvis bestyrelsen i S fremadrettet ville bestå af 3 personer, som alle tre var bosiddende i Danmark.

Præmissen var at selskabet B, der var registreret i Y-land, opførte et projekt i Y-land. B var 100 % ejet af D, som var et rent holdingselskab og også registreret i Y-land. D var ejet af tre selskaber C, E og S, som også alle tre var registreret i Y-land. S var 100% ejet af det danske selskab F. S havde ingen direktion eller ansatte. Bestyrelsen i S bestod af tre personer, som alle tre hidtil, havde været bosiddende i Y-land.

Der var ingen ansatte i S og dets virke blev reguleret af et omfattende aftalegrundlag. Al administration af selskabet blev varetaget af G i Y-land, der var specialiseret i at levere disse ydelser. Ligeledes blev der benyttet en bank i Y-land og S havde postadresse i Y-land.

S ønskede at skifte bestyrelsen ud med tre fysiske personer, som alle tre boede og var hjemmehørende i Danmark. Herefter ville møder om bank og revision for S fortsat blive udført i Y-land, hvor der også ville blive holdt mindst et bestyrelsesmøde om året, mens møder om monitorering/drift af projektet ville blive afholdt i Danmark.

Skatterådet lagde i sin afgørelse vægt på realiteten fremfor formalia og nåede frem til at S vil have ledelsens sæde i Danmark, idet et omfattende aftalegrundlag om ledelsens drift ikke i sig selv førte

³⁴ Lovforslag nr. 35 af 2. november 1994.

til at den daglige ledelse skete fra Y-land, da aftalegrundlaget ikke kunne erstatte stedet, hvorfra de løbende beslutninger blev taget. Desuden var det ikke godtgjort, at bestyrelsens rolle kun bestod i styring af projektet. Der udenover ville der på møderne i Danmark også løbende blive truffet beslutning om tilvejebringelse af kapital. Det tydede ligeledes på, at der på møderne i Danmark også ville blive truffet beslutninger om, hvordan S skulle ledes.

Ud fra det samlede billede konkluderede Skatterådet, på baggrund af sagens realitet, at S ville få ledelsens sæde i Danmark. Afgørelsen viser at det svært at aftale sig ud af ledelsens sæde, da disse kan tilsidesættes til fordel for realiteten i arrangementet.

Konklusionen fra Skatterådet i SKM2017.92.SR var modsat, selvom selskabskonstruktionen stort set var som i SKM2017.89.SR. Bestyrelsen bestod af tre fysiske personer, som alle var hjemmehørende i Danmark, men her ville bestyrelsen i S afholde alle bestyrelsesmøderne i Y-land. Desuden var det et vedtægtsmæssigt krav, at alle beslutninger om væsentlige forhold skulle træffes under bestyrelsesmøderne, som skulle afholdes i Y-land. Bestyrelsens primære opgave ville være at tilvejebringe kapitalgrundlaget som S skulle stille til rådighed for D og et helejet datterselskab. Inden møderne skulle bestyrelsen sikre, at kapitalen var til rådighed, men selve beslutningen ville blive truffet på bestyrelsesmøderne i Y-land.

På baggrund af det oplyste var det Skatterådets opfattelse, at S ikke var hjemmehørende i Danmark efter reglerne om ledelsens sæde, idet det blev lagt til grund, at forhandlingerne om finansiering af aktiviteterne i S altid ville ske på bestyrelsesmøderne, som blev afholdt i Y-land. Det blev desuden lagt til grund at bestyrelsesmedlemmerne ikke kunne træffe beslutninger om selskabets ledelse i Danmark.

For begge afgørelses vedkommende, har noget af det afgørende som Skatterådet lagde vægt på været, hvor bestyrelsen mødtes, og hvilke beslutninger der kunne træffes. Herudover blev der lagt stor vægt på, hvor beslutningerne om selskabets finansiering blev truffet.

I SKM2017.89.SR og SKM2017.92.SR blev det fastslået, at bestyrelsen udgjorde den daglige ledelse og Skatterådet afgjorde sagerne på baggrund af, hvor bestyrelsesmøderne blev holdt.

Som nævnt ovenfor er det ikke altid at et udenlandsk selskab har en direktion og til tider er der så i stedet en bestyrelse, som varetager den daglige ledelse. Desværre er der ikke altid realitet i dette og den daglige ledelse varetages reelt af selskabets hovedaktionær.

Af bemærkningerne til lov nr. 312 af 17. maj 1995 fremgår det tydeligt, at beslutninger som træffes på generalforsamlingen som udgangspunkt ikke er afgørende for, hvor et selskab har ledelsens sæde og aktiebesiddelser derfor - som udgangspunkt - ikke kan være afgørende for vurderingen af, hvor ledelsen i et selskab har sæde.

3.4.2. Selskaber med aktivitet der er relateret til formueforvaltning for kapitalejerne

I de senere år har der været flere sager i Landsskatteretten, hvor der blev statueret ledelsens sæde i Danmark på baggrund af aktiebesiddelser og derved indflydelse fra aktionæren. En af disse afgørelser er SKM2022.127.LSR. Afgørelsen er en af de første sager, som er afgjort i relation til Panama Papers.

Der var tale om et selskab registreret i Panama (P1), hvor der var udnævnt en fem mand stor bestyrelse/direktion. Alle fem i bestyrelsen/direktionen var medarbejdere i det samme selskaber i Panama (P2) og var hver især registreret som bestyrelsesmedlemmer/direktører i et sted mellem 4.940 og 10.227 selskaber. En person var stadig registreret som bestyrelsesmedlem/direktør i selskabet, efter sin død.

Hele selskabskapitalen i P1 blev ejet af ægteparret A og B, som havde bopæl i Danmark.

Det fremgik af sagens faktiske oplysninger, at det på et bestyrelses-/direktionsmøde i P1, var besluttet at give de to kapitalejere A og B en fuldmagt til, på vegne af P1, at åbne og administrere en bankkonto i F1 og senere i F2. Det fremgik af dokumenter i sagen, at A og B var ejere af bankkontoen.

A og B lånte, ifølge egne oplysninger, P1 hhv. 1.850.000 kr., 58.000 € og senere 130.000 kr., uden at der var blevet udarbejdet lånedokumenter.

P1 var ikke underlagt regnskabspligt og der var derfor ikke udarbejdet regnskab for selskabet. Der var ingen aktivitet i selskabet udover køb og salg af værdipapirer, hvilket ifølge A og B, egenhændigt blev administreret af F1. Der blev overdraget værdipapirer fra P1 til A og B omvendt.

P1 fik ledelsens sæde i Danmark, idet det blev vurderet, at A og B som konsekvens af fuldmagten, havde varetaget den fulde ledelse af selskabet i den periode, mens de havde haft bopæl i Danmark. Deres varetagelse af ledelsen af P1 var både formel ved den indgåede fuldmagt og faktisk, f.eks. ved at træffe beslutninger om handel med værdipapirer på P1's vegne og om hvem, der skulle foretage investeringer på P1's vegne. Derudover blev der lagt vægt på, at A og B bestemte, hvem der skulle være selskabets bankforbindelser, og i hvilke lande bankerne skulle være hjemmehørende, herunder efter hvilke betingelser og risikoprofil selskabets midler skulle forvaltes. A og B havde styringen med selskabets udlodningsplan og de havde også beslutningskompetencen mht. selskabets fortsatte drift og ophør. Hertil kom de udstedte fuldmagter, som formelt gav de to kapitalejere en uindskrænket ret til at tegne og lede selskabet, hvilket understøttede, at hensigten reelt havde været, at alene kapitalejerne hjemmehørende i Danmark skulle have de ledelsesmæssige beføjelser i selskabet.

Da Landsskatteretten skulle træffe sin afgørelse i ovennævnte sag, ses det at der er blevet lagt vægt på, hvor den daglige ledelse reelt foregik. Landsskatteretten fandt at selvom selskabet var etableret

med en bestyrelse/direktion, var det aldrig meningen, at dette ledelsesorgan skulle forestå den daglige ledelse af selskabet, bl.a. henset til at mængden af bestyrelses- /direktørposter som hvert enkelt medlem bestred, var meget stor. Desuden blev der lagt vægt på, hvem der traf beslutningerne om, hvordan selskabets tilførte kapital skulle anvendes, hvem selskabets bankforbindelse var og efter hvilken risikoprofil selskabets midler skulle forvaltes, samt hvem selskabets midler blev overført til, og hvem der stod for selskabets udlodningsplan.³⁵

Med andre ord, blev der lagt særlig vægt på fremskaffelsen og anvendelse af selskabets midler.

3.4.3. Holdingselskaber

At selskaber gøres skattepligtige der, hvor deres daglig ledelse har sæde, eller hvor deres hovedsæde er placeret følger af loven. Der er dog også selskaber, som hverken har en direktion eller en bestyrelse eller et hovedsæde, der kan knytte selskabets daglige ledelse til et hjemsted.

Der er således en lang række selskaber, som i det daglige ikke har en faktisk ledelse. Dette kan skyldes at det er holdingselskaber, hvis eneste aktivitet reelt er at eje aktier i andre selskaber.

Det fremgår af cirkulæret,³⁶ at hvis et selskabs aktivitet har en karakter, hvor der ikke er en faktisk daglig ledelse, f.eks. fordi selskabets eneste aktivitet er at besidde aktier i andre selskaber, så må stedet for de øvrige beslutninger vedrørende selskabets ledelse tages, lægges til grund. Dette betyder at, hvis størstedelen af selskabets ledelsesmæssige aktivitet foregår i Danmark, så vil ledelsen blive anset for at være her i landet. Der lægges også i denne sammenhæng vægt på en vurdering af, hvor beslutningerne reelt træffes.

Ligningsrådet/Skatterådet har gennem årene truffet flere afgørelser på området, men en af de første var TfS 1996,476, LR. Her skulle Ligningsrådet vurdere, hvorvidt et svensk datterselskab var skattepligtigt til Danmark.

Det svenske selskab A havde ingen daglig ledelse og bestyrelsen bestod af to direktører fra det danske moderselskab B, samt B's bestyrelsesformand. A's bestyrelsesmedlemmer var alle bosiddende i Danmark. Bestyrelsen havde sit sæde i Sverige og det første bestyrelsesmøde blev afholdt i Sverige.

C som var den ene af direktørerne fra B, blev udpeget til at være A's direktør, om end der ikke var behov for en daglig ledelse, da A's eneste aktivitet var at eje aktier.

³⁵ Afgørelsen er indbragt for Landsretten.

³⁶ Cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997.

C havde bopæl og daglig beskæftigelse i Danmark, hvorfor eventuelle beslutninger vedrørende den daglige ledelse af A ville blive truffet i Danmark. Beslutninger der krævede en bestyrelses beslutning, blev truffet på et bestyrelsesmøde. Bestyrelsesmøderne blev ofte afholdt i Sverige og større beslutninger skulle godkendes af ledelsen i det danske moderselskab B.

Ligningsrådet fandt at A havde ledelsens sæde i Danmark, da de lagde vægt på, at størstedelen af den ledelsesmæssige aktivitet foregik i Danmark, samt at A's direktør og bestyrelse havde bopæl i Danmark.

I TfS 2000,196,LR ville et holdingselskab registreret i Storbritannien flytte sin direktør og bestyrelse til Danmark. Direktøren ville have bopæl i Danmark.

Bestyrelsen skulle bestå af 5 medlemmer, hvor de 3 medlemmer, inkl. bestyrelsesformanden ville få bopæl i Danmark. Bestyrelsen ville mødes i København, med mindre noget undtagelsesvis krævede en omgående afgørelse. Ud fra det oplyste fremgik det, at det var bestyrelsen, som varetog den daglige ledelse af selskabet.

Ligningsrådet afgjorde, at selskabet ville have ledelsens sæde i Danmark og derved være skattepligtigt til Danmark. Afgørelsen blev truffet på baggrund af cirkulæret³⁷ og karakteren af de beslutninger, som bestyrelsen skulle træffe.

I Panama-komplekset er der ligeledes eksempler på, at selskaber bliver skattepligtige til Danmark efter selskabslovens § 1, stk. 6, da de panamanske selskaber reelt heller ikke har en ledelse og deres eneste aktivitet er at eje aktier eller andre let omsættelige aktiver, så som valuta og obligationer. Her kan henvises til den ovenfor gennemgåede afgørelse SKM2022.127.LSR.

3.4.4. Moderselskabets betydning for ledelsens sæde for datterselskaber

Indtil vedtagelsen af SEL § 1, stk. 7³⁸ var der i dansk ret ikke sikker hjemmel til at afgøre sager om ledelsens sæde efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. I TfS1995.577,VLR blev reglerne vurderet baseret på fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

I OECD's Modeloverenskomsten artikel 4, stk. 3 anføres at:

"Hvor en ikke-fysisk person efter bestemmelserne i stk. 1 anses for hjemmehørende i begge de kontraherende stater, skal vedkommende anses for kun at være hjemmehørende i den stat, i hvilken den virkelige ledelse har sit sæde."

³⁷ Cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997.

³⁸ Nu SEL § 1, stk. 6

Af artikel 15, stk. 3 fremgår det at:

“Uanset de foranstående bestemmelser i denne artikel kan vederlag for personligt arbejde, der udføres ombord på skibe eller et luftfartøj i international trafik eller om bord på et skib, der benyttes til trafik i indre farvande, beskattes i den kontraherende stat, i hvilken foretagendets virkelige ledelse har sit sæde.”

På baggrund af artikel 4, stk. 3 sammenholdt med artikel 15, stk. 3, afgjorde Vestre Landsret i TFS 1995,577,VLR, at en skatteyder skulle anses som værende fuld skattepligtigt til Danmark på baggrund af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Storbritannien.

Den pågældende skatteyder var uden tvivl hjemmehørende i England på baggrund af dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 4, stk. 2, men landsretten endte alligevel med at nå frem til, at skatteyderen var fuld skattepligtigt til Danmark af en lønindkomst optjent på et skib i international trafik.

Skibet var ejet af et selskab som var registreret i Bahamas og som var 100% ejet af et dansk moderselskab. Datterselskabet havde bl.a. kontor i Miami, USA og den daglige drift af skibet, samt ansættelse og afskedigelse af personale blev varetaget af datterselskabet selv. Dog skulle alle strategier og overordnede beslutninger i datterselskabet godkendes af koncernledelsen i Danmark. Landsretten nåede frem til, at skatteyderen var fuld skattepligtigt til Danmark af indtægter optjent i international skibstrafik, da selskabet der ejede skibet, havde sin virkelige ledelse i Danmark.

Niels Winther-Sørensen kritiserede dommen i SPO 1995.314, idet han frygtede, at med den tilgang fra landsretten ville alle udenlandske koncerner skulle anses som værende hjemmehørende i den samme stat som moderselskabet, efter den, på det tidspunkt, nyligt indførte § 1, stk. 7 i SEL om ledelsens sæde.

Niels Winther-Sørensen udtrykte i kommentaren, at det danske moderselskab blot handlede ansvarligt, idet det ”I almindelighed må det anses for ganske tilrådeligt for medlemmerne af et dansk moderselskabs direktion og bestyrelse, at de holder en vis løbende kontrol med udenlandske datterselskabers aktivitet og sikrer sig, at de overordnede strategier og beslutninger i datterselskabet passer ind i den samlede koncerns strategi.”

Niels Winther-Sørensen vurderede, at konsekvensen af Landsrettens dom, vil kunne betyde, at ”Da Vestre Landsret desuden må anses at have undtaget et særstandpunkt i forhold til den almindelige opfattelse i andre lande, vil der være betydelig risiko for, at den herved opståede dobbeltdomicil-konflikt ikke bliver løst...”

Derudover bygger dommen på, at selskabet havde sin ”virkelige ledelse” i Danmark, på baggrund af, at det danske moderselskab skulle godkende alle strategiske og overordnede beslutninger. Dette

er ikke i overensstemmelse med hvordan ”resten” af verden fortolkede begrebet ”ledelsens sæde” i henhold til OECD’s Modeloverenskomst.

Skatteyder ankede dommen til Højesteret. Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle, idet de ud fra en konkret vurdering konkluderede, at Danmark ikke havde beskatningsretten. Det blev begrundet med at datterselskabet i overvejende grad havde varetaget markedsføring og funktion i relation til skibenes drift og antaget og afskediget personale, og at der var 75 ansatte. Det blev anset for at udøve den daglige ledelse af datterselskabet.³⁹

På tidspunktet for dommens afsigelse har den, som det ses af Niels Winthers-Sørensen kommentarer, vakt undren, men i dag har dommen ikke den store præjudikatværdi, da Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle.

For yderligere diskussion af dommen se afsnit 5.1.

3.4.5. Reel og praktisk ledelse af selskabet i forhold til formalia

Den 22. juli 2022 blev der truffet afgørelse i SKM2022.428.BR, en sag vedrørende selskabet C1, der var stiftet i Cypern. Kapitalejer kredsen bestod af fem personer, hvoraf SN ejede 42% af den ansvarlige kapital. Der var ikke indgået nogen aktionæroverenskomst og der var ingen aktionær, som ejede mere end 50 % af kapitalen.

Samme ejerkreds ejede også al kapital i søsterselskabet G2. Kapitalen i G2 var fordelt mellem ejerne i samme forhold som i C1. C1 havde ikke nogen direktør, men blev ledet af en bestyrelse. Det var oplyst, at bestyrelsesmedlemmer i C1 var ansat hos selskabet C3, idet C1’s fem aktionærer havde indgået en aftale med C3 om, at C3 skulle varetage det formelle og administrative vedrørende selskabet C1.

Der var oplyst, at der ikke var nogen egentlig driftsaktivitet i selskabet C1 og der derfor ikke var nogen egentlige ledelsesmæssige beslutninger, der skulle træffes. C1 havde nogle rettigheder, som var udviklet af G2, og som blev benyttet af G4 (tredjepartsselskab), hvorfra C1 modtog royalty. Overførslen af rettigheder fra G2 til C1 den 26. maj 2006, skete ifølge SN’s forklaring af skattemæssige grunde efter rådgivning fra G2’s revisor.

Kapitalejeren SN, var bosiddende i Danmark. Han fløj en gang om året til Cypern, hvor han holdt møde med C3 og C1’s revisor, hvor selskabets forhold og udvikling blev drøftet.

³⁹ Skatteministeriets kommentar refereret i TfS 1998,265.

SN var tegningsberettiget overfor banken i relation til checks, hævnninger, overtræk, diskontering af enhver regning godkendt af selskabet og enhver anden bankforretning. SN skulle desuden godkende alle udbetalinger fra C1's bankkonto før C3 foretog udbetalingen.

Herudover, indgik SN bl.a. aftaler med G4 A/S om, hvordan C1's indtægter for royalty fra G4 A/S skulle opgøres, samt fakturere nævnte indtægt på vegne af C1. I den forbindelse blev det konstateret, at fakturaerne blev sendt til debitor fra en mailadresse tilhørende SN og at telefonnummeret på fakturaerne også tilhørte SN.

SN besluttede, at C1 skulle købe en ejerlejlighed på tvangsauktion og at ejerlejligheden skulle overdrages til G1, som var et af ham kontrolleret selskab. Der blev overført 300.000 €, som et lån, til G1 mere end 2 måneder før G1 blev stiftet og der blev yderligere overført et lån på 200.000 € til G1 kun 3 dage efter G1 blev stiftet, men inden der var sket anmeldelse af G1 til Erhvervsstyrelsen.

I afgørelsen lægger byretten vægt på, at SN har forklaret, at der ikke er nogen aktivitet i selskabet og at den aktivitet, der foregår i form af produktudvikling mv., reelt, foregik på hans adresse.

Byretten fandt det ikke godtgjort, at ledelsen af selskabet reelt skete fra selskabets adresse i Cypern, ligesom der blev lagt vægt på, at det af de fremlagte referater fra bestyrelsesmøderne ikke fremgik, at der på møderne blev truffet beslutninger vedrørende den overordnede drift eller vedrørende den daglige ledelse. Desuden blev der lagt vægt på, at det i flere tilfælde forekom, at de personer, som deltog i bestyrelsesmøderne, ikke var identiske med de bestyrelsesmedlemmer, der var registreret som bestyrelsesmedlemmer, og at SN havde forklaret, at C3 var administrationselskab for C1.

Efter en samlet vurdering og henset til SN's involvering i selskabets aktiviteter og at han kunne tegne selskabet overfor banken og disponere over dets midler, fandt retten det bevist, at SN reelt ledte selskabet fra sin adresse i Danmark, og selskabet var derfor hjemmehørende i Danmark for de i omhandlende indkomstår.

C1 blev anset som ledet fra Danmark og derfor omfattet af SEL § 1, stk. 6. Dette er baseret på en række ledelseshandlinger foretaget af selskabets væsentligste aktionær. Men i det store og hele bygger afgørelsen på, at den ledelsesstruktur der er etableret formelt ikke vurderes at være reel.

Byretten konkluderede, at selskabets ledelse reelt ikke stod for den daglige ledelse. Denne konklusion svarede også til resultatet af de to tidligere gennemgåede sager fra Panama Papers-komplekset SKM2022.127.LSR og SKM2023.485.VLR. Fælles for alle tre eksempler er, at der er tale om en "skinledelse" uden reel substans, modsat de to tilfælde i SKM1998.607.H og SKM2022.557.SR, hvor der i begge tilfælde var tale om etablerede selskaber med substans i form af reel drift og ansatte, samt en daglig ledelse der primært blev udført fra det sted, hvor selskaberne var registreret.

Jakob Bundgaard kommenterer på SKM2022.428.BR i Taxo,2022.07 i artiklen ”Selskabers hjemsted baseret på ledelsens sæde. Bemærkninger i anledning af en sjælden domsafsigelse.” Han er enig i dommens udfald og mener ikke dommen kan kritiseres, da dommens afgørelse om, at selskabets aktionær udgør ledelsens sæde, er truffet ud fra en konkret vurdering.

3.5 Retsvirkning, konsekvenser af ledelsens sæde i Danmark

Har et selskab ledelsens sæde her i landet efter SEL § 1, stk. 6, vil det pågældende selskab skulle anses som værende hjemmehørende her i landet og fuld skattepligtigt til Danmark. Selskabet skal på alle punkter anses for at være indenlandsk, også når det gælder at modtage eller udbetale udbytter.

Selskabets indkomst- og skatteopgørelse skal udarbejdes på samme måde som for selskaber og foreninger, der er registreret her i landet og det vil skulle indgå i en evt. sambeskatning, hvis kriterierne herfor er opfyldt. Har selskabet aktiviteter i udlandet, som statuerer fast driftssted/fast ejendom skal indkomsten herfra udeholdes af indkomstopgørelsen, jf. territorialbeskatningsprincippet i SEL § 8 stk. 2. Der kan opnås lempelse for betalte kildeskatter i henhold til relevante dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem Danmark og det pågældende kildeland. Der kan ikke opnås lempelse for skatter betalt til registreringslandet (udover kildeskatter), idet selskabet alene forudsættes at være skattepligtigt til Danmark.

Aktiver ejet af det udenlandske selskab anses for anskaffet på det faktiske anskaffelsestidspunkt til handelsværdien på tilflytningstidspunktet. Der fastsættes ingen anskaffelsessum på goodwill og andre immaterielle aktiver efter afskrivningslovens § 40, hvis aktiverne er oparbejdet af selskabet selv og der ikke er sket realisationsbeskatning i udlandet i forbindelse med tilflytningen.⁴⁰ Afskrivningsberettigede aktiver anses for erhvervet på det faktiske anskaffelsestidspunkt og afskrevet maksimalt efter danske regler indtil tilflytningstidspunktet.⁴¹

Ændres ledelsesforholdene i selskabet så ledelsens sæde ikke længere anses for at være i Danmark, fortsætter skattepligten indtil fraflytningen⁴² og der gennemføres likvidationsbeskatning af selskabet. Alle selskabets aktiver/forpligtelser anses for afstået til handelsværdier med beskatning af eventuelle gevinster/tab.⁴³ Eventuelt skattemæssigt underskud til fremførsel bortfalder.

⁴⁰ SEL § 4 A stk. 1.

⁴¹ SEL § 4 A stk. 2.

⁴² SEL § 5 stk. 1.

⁴³ SEL § 5 stk. 7.

3.6 Opsummering – ledelsens sæde SEL § 1, stk. 6.

Statuering af ledelsens sæde efter SEL § 1, stk. 6 er altid baseret på en konkret og individuel vurdering.

Det må på baggrund af ovenstående konkluderes, at for at kunne vurdere om et selskab har ledelsens sæde her i landet skal der først og fremmest klarhed over, om der er tale om et selvstændigt skatte-subjekt. Som udgangspunkt vil et udenlandsk selskab blive anset for at være et selvstændigt skatte-subjekt, hvis det er lovligt stiftet i hjemlandet og det har karakteristika som et dansk A/S eller ApS. Desuden vil et selskab, som er lovligt stiftet i hjemlandet ikke kunne anses for at være en nullitet eller transparent.

Er der tale om et selvstændigt skattesubjekt er næste spørgsmål; hvem udgør selskabets ledelse? Her lægges der vægt på:⁴⁴

- Hvilken ledelsesstruktur anvendes der?
- Hvem udgør kernen i ledelsen?
- Hvem udfører den daglige ledelse og bl.a. træffer beslutningerne om:
 - Driftsinvesteringer
 - Finansiering af driften
 - Markedsføring
 - Bogføring og regnskab
 - Ansættelser og afskedigelser og andet personalemæssigt
- Hvem har adgang til selskabets midler?

Ved vurderingen af disse forhold tages der hensyn til de typer af ledelsesbeslutninger, som skal træffes for det pågældende selskab. Endelig er det så afgørende at få klarlagt, hvor den daglige ledelse så reelt bliver udført.

Af de afgørelser og domme som er gennemgået overfor, fremgår det tydeligt at der ved statuering af ledelsens sæde, træffes afgørelse ud fra sagernes realitet og ikke ud fra formalitet, som derfor ofte til side sættes.

⁴⁴ Listen er ikke udtømmende.

4. CFC-beskatning efter SEL § 32 og LL § 16 H

Overførsel af mobile indkomster til udenlandske selskaber i lavskattelande er ikke kun et dansk problem. OECD har haft stor fokus på problemet og er kommet med en ”anbefaling” til medlemslandene om etablering af CFC-beskatning og om udformningen af reglerne.⁴⁵ Disse anbefalinger er implementeret i EU gennem EU-dir. 2016/1164, artikel 7 og 8.

I Danmark indførte vi som tidligere nævnt CFC-beskatning ved lov nr. 312 af 17. maj 1995 og det var på det tidspunkt allerede indført i bl.a. Tyskland, Frankrig, England, USA og de øvrige nordiske lande.⁴⁶

Indførslen af CFC-beskatningen brød med den, i dansk skatterets tungtvejende hovedregel, om at hvert skattesubjekt opgør sin skattepligtige indkomst og den dertil hørende skat for sig selv,⁴⁷ uanset hvilke forbindelser et selskab måtte have til andre skattesubjekter.⁴⁸

CFC stod oprindeligt for ”controlled foreign company” og er en værnsregel, der skal forhindre, at mobile og passive indkomster, f.eks. finansielle indtægter bliver placeret i selskaber i lavskattelande og skal ses på baggrund af at kapitalens fri bevægelighed på globalt plan, giver koncerner mulighed for at samle finansielle aktiviteter i datterselskaber i skattelylande, og derved udhule det danske beskatningsgrundlag.⁴⁹

Uden CFC-reglerne vil beskatning af aktionæren normalt være udskudt til det tidspunkt, hvor det udenlandske datterselskab udlodder udbytte til aktionærerne, eller hvor aktionæren afstår sin aktiepost i det udenlandske datterselskab.⁵⁰ Herudover vil der ofte slet ikke ske beskatning, hvis aktionæren selv er et (moder)selskab, idet mange lande undtager udbytter og avancer fra aktier i datterselskaber fra beskatning.

Hvis det land, hvori det udenlandske selskab er hjemmehørende, ikke beskatter datterselskabets indkomst eller kun beskatter indkomsten med en lav sats, er der således mulighed for, at skatteudskydelse eller skatteundgåelse kan forekomme, hvis aktionæren indretter sig således, at indkomsten oppebæres af det udenlandske selskab i stedet for hos aktionæren selv. Formålet med CFC-

⁴⁵ Jan Pedersen m.fl., Skatteretten 2, 9. udgave, side 459.

⁴⁶ Lovforslag nr. 35 af 2. november 1994, pkt. 2.B.

⁴⁷ Her bortses fra de gamle regler om frivillig sambeskatning, reglerne i SEL § 31 om tvungen sambeskatning samt de afledte konsekvenser. Herudover er der indført en række bestemmelser om f.eks. rentefradragsbegrænsning efter SEL § 11 B og C og underskudsudnyttelse jf. SEL 12 stk. 2 for sambeskattede selskaber.

⁴⁸ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 21. Udgave, s. 32.

⁴⁹ L 35 af 2. november 1994, pkt. 2.B.

⁵⁰ Peter Koerver Schmidt, CFC-beskatning i et internationalt og komparativt perspektiv, 1. udgave, side 19.

lovgivningen er på den baggrund at forhindre, at aktionæren kan opnå skatteudskydelse eller skatteundgåelse ved at placere mobil indkomst i udenlandske selskaber hjemmehørende i lavskatte-lande.⁵¹

4.1. Cadbury-Schweppes-dommen

Loven har gennemgået flere større ændringer og er omskrevet flere gange i årenes løb, i takt med udviklingen i den internationale beskatning. Således blev loven omskrevet ved lov nr. 540 af 6. juni 2007 på baggrund af EF-domstolens dom i Cadbury-Schweppes-sagen.⁵²

I Cadbury-Schweppes-sagen bedømte EU-domstolen de britiske CFC-regler, der mindede meget om de daværende danske CFC-regler. De britiske regler indebar, at britiske selskaber blev beskattet af overskud fra CFC-datterselskaber i andre EU-medlemsstater, hvis overskuddet der, blev beskattet lavere end i Storbritannien. Britiske selskaber blev derimod ikke beskattet af overskud i britiske datterselskaber eller af overskud fra datterselskaber i EU-medlemsstater, hvor beskatningen var på samme niveau som det britiske.

EU-domstolen slog fast, at EU-rettens regler om etableringsfrihed skal tolkes således, at CFC-reglerne ikke er i overensstemmelse med EU-retten, hvis CFC-selskaber reelt er etableret i en anden medlemsstat og at der, blev udøvet ægte økonomisk virksomhed.

EU-retten fastslog dermed, at proforma-etablering i form af "postkasse-selskaber" ikke accepteres i skatteretlige sammenhæng, men at der skatteretteligt skal være substans i etableringen. Dette svarer til realitetsgrundsætningen, som vi kender den fra dansk skatteret.⁵³

Ved lovændringen i 2007⁵⁴ blev SEL § 32 udvidet til at gælde for alle datterselskaber uanset, hvor de var hjemmehørende, altså også danske datterselskaber og uanset hvordan beskatningsniveauet var for datterselskabet, for at undgå en forskelsbehandling mellem danske og udenlandske selskaber. Ændringen fik dog ikke den store betydning for beskatningen af de danske datterselskaber, da vi i forvejen havde tvungen national sambeskatning af alle danske selskaber.⁵⁵

Ved samme lejlighed ændredes forkortelsen CFC til en forkortelse af "Controlled Financial Company".⁵⁶

⁵¹ Peter Koerver Schmidt, Michael Tell og Katja Dyppel Weber, *International Skatteret i et dansk perspektiv* 2. udgave, 2020, side 407.

⁵² Afsagt ved EF-Domstolen (nu EU-Domstolen) som dom C-196/04 af 12. september 2006.

⁵³ Erik Werlauff, *Selskabsskatteret*, 21. udgave, side 452.

⁵⁴ Ved lov nr. 540 af 6. juni 2007.

⁵⁵ Se SEL § 31.

⁵⁶ *Selskabsbeskatning* af Karen Fogh m.fl., side 638.

4.2. EU's skatteundgåelsesdirektiv

Den seneste store omskrivning af de danske CFC-beskatningsregler er sket i 2021 ved L89 af 11. november 2020.⁵⁷ Lovændringen implementerede EU's skatteundgåelsesdirektiv⁵⁸ artikel 7 og 8.

Artikel 7 og 8 fastsætter minimumskrav til EU-medlemsstaternes CFC-beskatningsregler, der skal forhindre, at der flyttes mobile indkomster fra EU-lande til lavskattelande. Direktivet er kommet til verden på baggrund af OECD's BEPS-projekt.⁵⁹ Skatteundgåelsesdirektivet er fra juli 2016 og skulle, ifølge direktivet, have været gennemført senest den 31. december 2018 med virkning fra den 1. januar 2019.

Implementeringen af de nye CFC-beskatningsregler i Danmark blev væsentligt forsinket pga. indførslen af substans testen, hvilket gav anledning til en langvarig høringsproces, som medførte en meget lang implementeringstid. Ændringerne trådte således først i kraft den 1. juli 2021 med virkning fra indkomståret, der påbegyndtes den 1. juli 2021 eller senere.

Med de nuværende regler om CFC-beskatning, kan Danmark beskatte danske selskaber og deres faste driftssteder, fonde, trusts, fysiske personer og dødsboer af CFC-indkomst fra såvel danske - som udenlandske datterselskaber, hvis de opfylder nogle specifikke krav.

Loven omfatter alle selskaber og foreninger mv. der er fuldt skattepligtige til Danmark efter SEL § 1, med undtagelse af foreninger omfattet af SEL § 1, nr. 3, nr. 5a og nr. 6. Personer omfattet af KL § 1, kan også CFC-beskattes.

SEL § 32 anvendes på koncerner, som ikke har valgt international sambeskatning efter SEL § 31 A, eller hvor moderselskabets aktier i datterselskabet ikke ejes gennem et investeringsselskab omfattet af ABL §§ 19⁶⁰ eller 19 A. Ligeledes må moderselskabets aktier i datterselskabet ikke ejes gennem en juridisk enhed, som beskattes efter reglerne i SEL § 13 F⁶¹ og endelig må moderselskabet ikke eje aktierne i datterselskabet igennem et arbejdsmarkedsrelateret livsforsikringsselskab, der beskattes efter pensionsafkastbeskatningsloven.

⁵⁷ Vedtaget som lov nr. 1180 af 8. juni 2021.

⁵⁸ Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016.

⁵⁹ BEPS er et OECD-baseret internationalt samarbejdes om at "lukke skattehuller". OECD har de senere år bestræbt sig på, at modvirke skatteunddragelse og misbrug af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Dette resulterede i den såkaldte BEPS action-plan, som blev offentliggjort den 15. oktober 2015. I rapporten sættes der fokus på 15 områder til imødegåelse af international skatteflugt. Action 3 omfatter CFC-beskatning.

⁶⁰ Investeringsinstitutter.

⁶¹ Livsforsikringsselskaber.

Implementeringen af EU's skatteundgåelsesdirektiv påvirkede ikke de overordnede regler for CFC-beskatning for personer i henhold til LL § 16 H, idet direktivet alene var møntet på beskatning af selskaber.⁶²

4.3. Hvem er omfattet af CFC-reglerne

For at et moderselskab kan beskattes, efter CFC-reglerne, af mobileindkomster i et datterselskab skal det enten være omfattet af reglerne om fuld skattepligt til Danmark i SEL § 1, eller begrænset skattepligt i SEL § 2, stk. 1, litra a. Desuden er fonde og foreninger, der er fuld skattepligtige til Danmark efter fondsbeskatningslovens § 1 også omfattet.

Også fysiske personer, der er omfattet af KL § 1 og dødsboer omfattet af dødsboskattelovens § 1, stk. 2 kan beskattes af CFC-indkomst, jf. LL § 16 H.

Når det er afklaret om et selskab kan underlægges CFC-beskatning, er der nogle betingelser, der skal være opfyldt førend CFC-beskatningen kan indtræde:

- Kontrolbetingelsen – selskabet er underlagt kontrol.
- Indkomstbetingelsen – datterselskabets CFC-indkomst, opgjort efter specifikke regler overstiger en fastsat grænse.
- Selskabet ikke anses for at et ”aktivt” driftsselskab eller personaktionæren er fritaget for CFC-beskatning fra det pågældende selskab.

Kontroltesten er ens for selskaber og personer og vil derfor blive gennemgået samlet. Betingelserne i henhold til indkomsttesten og kravene for substans i det udenlandske selskab er forskellige afhængige om der er tale om en person eller et selskab, som skal medregne indkomsten, hvorfor de to betingelser vil blive gennemgået hver for sig.

CFC-beskatningen hos et moderselskab går forud for beskatningen hos en personaktionær. Der medregnes således ikke CFC-indkomst hos både moderselskabet og hos personaktionæren, i de tilfælde hvor personaktionæren ejer CFC-selskabet indirekte jf. LL § 16 stk. 2 sidste pkt., er det reglerne i SEL § 32, som er styrende. Er det udenlandske selskab ejet direkte af en personaktionær er det reglerne i LL § 16 H, som finder anvendelse med henvisning til SEL § 32 vedrørende definitionen af CFC-indkomst mv.

⁶² I forslaget til implementeringen af EU-direktivet anføres således under afsnit 2.1.2.1: ”Skatteundgåelsesdirektivet fastslår, at EU-landene skal have regler om beskatning af lavt beskattede kontrollerede udenlandske enheder og faste driftssteder (CFC-beskatning).”

4.3.1. Selvstændigt skattesubjekt

SEL § 32 blev i forbindelse med kravet om indførsel af skatteundgåelsesdirektivet artikel 7 og 8 væsentligt omskrevet. I stk. 1 fremgår det nu, at det selskab, hvis CFC-indkomst skal medregnes hos moderselskabet, skal være et selvstændigt skattesubjekt. Denne tilføjelse kommer af Skatteundgåelsesdirektivets præambel nr. 4.

Her fremgår det at “Det er nødvendigt at fastsætte regler, der gælder for alle skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en medlemsstat.”

Af bemærkningerne til L 89⁶³ fremgår det, at vurderingen om en enhed er et selvstændigt skattesubjekt, skal foretages efter danske skatteregler. Dvs. at for at et moderselskab kan CFC-beskattes, skal datterselskabet hvorfra CFC-indkomsten opstår, kunne klassificeres som et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

For nærmere redegørelse af et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2, se afsnit 3.3.

4.3.2. Kontrolbetingelsen, SEL § 32, stk. 6 og LL 16 H, stk. 6

Kontrolbetingelsen i SEL § 32 og LL § 16 H betyder, at et selskab eller person anses for at kontrollere et selskab, hvis det/den alene eller sammen med tilknyttede personer opfylder nedenstående kriterier:

Selskabsskatteovens § 32, stk. 6	Ligningslovens § 16 H, stk. 6
• Direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af kapitalen i datterselskabet; eller	• Direkte eller indirekte eller i fællesskab med nærtstående ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen i selskabet; eller
• Har indflydelse på mere end 50 pct. af stemmerne i datterselskabet; eller	• Direkte eller indirekte eller i fællesskab med nærtstående råder over mere end 50 pct. af stemmerne i selskabet.
• Ret til at modtage mere end 50 pct. af overskuddet i datterselskabet.	

Kontrolbestemmelserne er udvidet i forhold til kravene, der er til direkte og indirekte ejerskab eller bestemmende indflydelse, som bruges i forbindelse med sambeskatningsreglerne i SEL § 31 C.

Ved begrebet tilknyttede personer i SEL § 32, stk. 6 menes et selvstændigt skattesubjekt, eller en

⁶³ Lovforslag nr. 89 af 11. november 2020.

fysisk person, som har direkte eller indirekte indflydelse i form af:

- Ejer 25 pct. eller mere af ejerkapitalen; eller
- Ejer 25 pct. eller mere af stemmerettighederne; eller
- Ret til at modtage 25 pct. eller mere af overskuddet.

Begrebet nærtstående i LL § 16 H, stk. 6 inkluderer:

- Ægtefæller.
- Forældre.
- Bedsteforældre.
- Børn og deres ægtefæller, stedbarn- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.
- Børnebørn og deres ægtefæller.

Ved implementeringen af Skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 og 8 blev definitionen af et datterselskab udvidet til også at omfatte fonde eller trusts, som er stiftet af en fysisk person eller dennes nærtstående eller som har indskudt aktiver i fonden eller trusten, eller hvor moderselskabet har ret til mere end 50 pct. af overskuddet i trusten eller fonden, jf. SEL § 32, stk. 6, pkt. 5 og 6. Dette er for at sikre, at reglerne ikke omgås ved at lade en ”stråmand” stifte en trust med et minimalt indskud.

4.3.3. Indkomstbetingelsen for selskabsaktionærer, SEL § 32, stk. 1, nr. 1

Den anden betingelse der skal opfyldes før der kan ske beskatning af CFC-indkomst, er indkomstbetingelsen, som findes i SEL § 32, stk. 1, nr. 1.

Der kan kun ske beskatning af CFC-indkomst, hvis datterselskabets indkomst, opgjort efter danske regler, er positiv.⁶⁴ Derudover skal datterselskabets CFC-indkomsten udgøre mere end 1/3 af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst.⁶⁵ CFC-indkomsten opgøres efter bestemmelserne i SEL § 32, stk. 4 og 5.⁶⁶ Ved indkomsttesten tages der ikke højde for eventuelle underskud i datterselskabet fra tidligere år.

SEL § 32, stk. 4 omhandler hvordan CFC-indkomsten skal opgøres og SEL § 32, stk. 5 definerer, hvad der er omfatter af CFC-indkomsten.

⁶⁴ SEL § 32, stk. 1, 1. pkt.

⁶⁵ SEL § 32, stk. 1, nr., 1. pkt.

⁶⁶ SEL § 32, stk. 1, nr. 1, 1. pkt.

Et datterselskab, som har finansiering som kerneaktivitet, samtidig med at det opfylder kravene til at være et finansielt selskab,⁶⁷ skal kun beskattes af CFC-indkomst, hvis mere end 1/3 af CFC-indkomsten stammer fra transaktioner med moderselskabet eller dets tilknyttede personer, jf. SEL § 32, stk. 6.⁶⁸ Denne bestemmelse har afløst den tidligere mulighed for at ”aktive” finansielle selskaber under visse omstændigheder, kunne søge om dispensation for at være omfattet af CFC-beskatningen.

Normalt medregnes indtægter og udgifter som vedrører et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet ikke i den skattepligtige indkomst, jf. SEL § 8, stk. 2, 1. pkt. Uagtet § 8, stk. 2, 1. pkt. skal et selskab, jf. SEL § 8, stk. 2, 4. pkt. beskattes af positiv indkomst, der ville være omfattet CFC-reglerne i SEL § 32, hvis det faste driftssted havde været et datterselskab, altså skal ”der foretages en særskilt vurdering af, om det direkte ejede faste driftssted opfylder indkomst- [...] betingelserne i CFC-reglerne.”⁶⁹

CFC-indkomsten skal opgøres hvert år og omfatter indtægter der er lette at placere uafhængigt af moderselskabets placering, produktion og lignende og omfatter: renteindtægter og -udgifter, kursgevinster og -tab, provisioner og lignende, skattepligtige udbytter, skattepligtige aktieavancer, royalties, kapitalgevinst på immaterielle aktiver, finansiel leasing, anden finansiel virksomhed og CO2-kvoter og -kreditter og indkomst fra faktureringselskab. jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 1-2, samt 4-9.

SEL § 32, stk. 5, nr. 3 litra a omfatter indkomst fra immaterielle aktiver og heraf fremgår det, at disse skal indgå i CFC-indkomsten og omfatter ”enhver ophavsret til et litterært, kunstnerisk eller videnskabeligt arbejde, herunder spillefilm, ethvert patent, varemærke eller mønster eller anden model, tegning, hemmelig formel eller fremstillingsmetode eller oplysninger om industrielle, kommercielle eller videnskabelige erfaringer samt CO2-kvoter og CO2-creditter, jf. afskrivningslovens § 40 A.”

Herudover er der ved lovændringen i 2021 sket en markant udvidelse af definitionen af CFC-indkomsten, idet al anden indkomst fra immaterielle aktiver – som ikke indgår som CFC-indkomst efter SEL § 32 stk. 5 nr. 3 litra a - nu indgår i CFC-indkomsten, jf. SEL § 32, stk. 5, nr. 3 litra b, hvis ikke datterselskabet udfører væsentligt økonomisk aktivitet i relation til de pågældende immaterielle aktiver. Dette indeholder såkaldt ”embedded royalty”, som i praksis kan være svær at opgøre korrekt og også er baggrunden for indarbejdelsen af den partielle substanstest i regelsættet jf. afsnit 4.3.5.

⁶⁷ Ved finansielt selskab forstås enheder som nævnt i artikel 2, nr. 5, i Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016.

⁶⁸ SEL § 32, stk. 2.

⁶⁹ Peter Koerver Schmidt, Dansk CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv, 1. udgave, side 186.

Der er med bestemmelsen ramt rigtig bredt inden for typen af ”mobile indkomster og aktiver”, der kan give anledning til CFC-beskatning.

4.3.4. Indkomstbetingelsen for personaktionærer, LL § 16 H

Indkomstbetingelsen for personaktionærer, jf. LL § 16 H har nogle kendetegn fra de regler, som var gældende for selskaber inden konsekvenserne af Cadbury-Schweppes afgørelsen blev implementeret.

Der sker således alene CFC-beskatning af positiv CFC-indkomst, hvis selskabet har indgået en aftale med skattemyndighederne i selskabets hjemland omkring skattesatsen, eller skattegrundlaget eller hvis skattereglerne er indrettet efter hvor den kontrollerende aktionær er hjemmehørende. Der vil herudover ske CFC-beskatning hvis følgende betingelser er opfyldt:

1. Selskabets samlede udenlandske indkomstskat er mindre end 75% af den danske skat for det pågældende indkomstår.
2. Selskabets CFC-indkomst, udgør mere end 50% af selskabets skattepligtige indkomst. Ved vurderingen medregnes skattepligtig indkomst fra selskaber kontrolleret af selskabet beliggende i samme land efter et transparensprincip.
3. Personaktionærens aktier, investeringsbeviser m.v. i selskabet, ikke er aktier eller investeringsbeviser m.v. i investeringsselskaber efter aktieavancebeskatningslovens regler.

De typer af indkomst, som kategoriseres som CFC-indkomst følger reglerne for selskabsaktionærer jf. ovenfor.

Ved opgørelsen af indkomsttesten er der fastsat specifikke metoder, jf. LL § 16 H stk. 4. Fremførselsberettigede underskud opstået før der er opnået kontrol medregnes, hvis de kan fremføres efter danske regler og efterfølgende underskud medregnes efter danske regler, jf. LL § 16 H stk. 5.

4.3.5. Den partielle substanstest for selskabsaktionærer, SEL § 32, stk. 5, nr. 3

Direktivets⁷⁰ artikel 7, stk. 2 indeholder et krav om, at reglerne om CFC-beskatning skal indeholde en general substanstest, der sikrer, at der ikke sker CFC-beskatning, hvis der er økonomisk substans i et selskab. Direktivet indeholder ikke nogen nærmere definition af begrebet, men kravet kan føres tilbage til Cadbury Schweppes-dommen,⁷¹ hvor der også blev lagt vægt på at der skulle være en økonomisk ”virkelighed”,⁷² se afsnit 4.1.

⁷⁰ EU Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016.

⁷¹ Afsagt ved EF-Domstolen (nu EU-Domstolen) som dom C-196/04 af 12. september 2006.

⁷² Jens Wittendorff, Revisions & Regnskabsvæsen nr. 8, 2021.

I henhold til SEL § 32 stk. 5 nr. 3, litra a medregnes betalinger af enhver art relateret til immaterielle aktiver, samt fortjeneste og tab ved afståelse af immaterielle aktiver. Dette gælder dog ikke betalinger fra ikke koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, i relation til immaterielle aktiver, som i det væsentligste er skabt via selskabets egen forsknings- og udviklingsvirksomhed.

Ved implementering af direktivets artikel 7, opstod der en opsamlingsbestemmelse i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, der omfatter "Al anden indkomst fra immaterielle aktiver." Dette har sin baggrund i OECD's BEPS-rapport, hvoraf det fremgår, at afkastet fra immaterielle aktiver, ikke altid fremgår særskilt for anvendelse af et immaterielt aktivt, men kan oppebæres på forskellige måder.⁷³

SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b omfatter også anden indkomst fra immaterielle aktiver ("embedded royalty"). F.eks. definerer skatteministeren begrebet "[...] at indebære, at CFC-indkomst bl.a. vil omfatte indkomst fra immaterielle aktiver, der realiseres ved afståelse af varer og/eller tjenesteydelser, når salgssummen inkluderer et royaltyaftryk på de immaterielle aktiver."⁷⁴ Begrebet skal ifølge forarbejderne til L 89 tolkes bredt.

Et eksempel på en sådan "anden indkomst fra immaterielle aktiver" kan være, "at en sælger af halvfabrikata, der giver køberen mulighed for at udnytte sælgerens immaterielle rettigheder til fremstilling af færdige produkter, kan indregne sit vederlag for denne brugsret i salgsprisen for de solgte halvfabrikata fremfor at kræve en særskilt royaltybetaling."⁷⁵

For at undgå at den meget brede definition af indkomst fra immaterielle aktiver medfører CFC-beskatning af "aktive" driftsselskaber, blev der medtaget en substanstest i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, jf. kravene i EU-direktivet. Der skal således ske beskatning af "andre immaterielle aktiver", hvis ikke der er væsentlig økonomisk aktivitet i selskabet som understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler.⁷⁶ Vurderingen af om der er væsentlig økonomisk aktivitet bygger på EU-retten og er udformet i overensstemmelse med direktivets retningslinjer og skal fortolkes i overensstemmelse med EU-rettens misbrugsbegreb.⁷⁷

Der vil formentlig skulle lægges vægt på en række objektive kriterier, men "Det er uvist, hvilke objektive omstændigheder domstolene vil lægge vægt på ved prøvelsen af et selskabs ejendomsret til immaterielle aktiver bortset fra "lokaler, personale og udstyr."⁷⁸ Om der er tilstrækkelig substans

⁷³ L89 af 11. november 2020, side 11.

⁷⁴ L89 af 11. november 2020, side 11.

⁷⁵ L89 af 11. november 2020, side 11.

⁷⁶ SEL, § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 2. pkt.

⁷⁷ "EU-retten kan ikke anvendes, hvor der forligger svig, eller hensigten er at misbruge en EU-rettighed. Dette misbrugsprincip betyder, at den, der søger at støtte ret på EU-retten, kan afskæres fra dette og dermed fungere det som en generel undtagelse." Kilde: Karsten Engsig Sørensen og Jens Hartig Danielsen, EU Retten, 8. udgave 2022, side 285.

⁷⁸ Jens Wittendorff, Revision & Regnskabsvæsen nr. 8, 2021.

i relation til ejerskabet til bestemte immaterielle aktiver, vil afhænge af hvilke funktioner, kapital og kontrol over risici datterselskabet har, sammenholdt med de immaterielle aktivers værdi, udviklingsstadiet, egenskaber og anvendelsesområde. Varetager datterselskabet væsentlige aktiviteter i relation til de immaterielle aktiver, vil der være tilstrækkelig substans og der sker således ikke CFC-beskatning af indkomsten fra de immaterielle aktiver.

Det kan dog fastslås, at det EU-retlige misbrugsbegreb indeholder både et subjektivt og et objektivt element.⁷⁹ I forhold til den partielle substanstest er det alene de subjektive elementer der er i fokus.

Det subjektive element består i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel, ved datterselskabets ejendomsret til det immaterielle aktiv. Moderselskabet skal dog have mulighed for at dokumentere en reel forretningsmæssig begrundelse for datterselskabets ejendomsret, uanset at substansen ikke måtte være opfyldt.⁸⁰

Hvis der er væsentlig økonomisk aktivitet, skal der alligevel ske beskatning, hvis datterselskabet varetager ejerskabet og eventuelle salgs- og distributionsomkostninger i relation til det immaterielle aktiv, mens de øvrige funktioner i relation til aktivet kun i meget begrænset omfang varetages i samme land som der, hvor datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende.⁸¹

Datterselskaber kan ikke i alle tilfælde påberåbe sig den partielle substanstest for at undgå CFC-beskatning. Dette er tilfældet, hvis datterselskabet er skattemæssigt hjemmehørende i en stat, hvor de kompetente myndigheder ikke udveksler oplysninger med de danske myndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller andre internationale aftaler⁸². Denne begrænsning finder dog ikke anvendelse, hvis indkomsten fra de materielle aktiver kommer fra aktiver, som i det væsentligste kommer af forsknings- og udviklingsomkostninger, som er udført i datterselskabet selv eller af et andet koncernforbundet selskab, som er skattemæssigt hjemmehørende i samme stat.⁸³

En koncern vil således ikke utilsigtet blive omfattet af CFC-reglerne, hvis den køber et selskab i et land uden udvekslingsaftaler, måske fordi skatteforvaltningen i det pågældende land ikke er udviklet tilstrækkeligt, og det købte datterselskab eller andre koncernselskaber i det samme land har udviklet et aktiv/aktivitet, som selskabet anvender eller udnytter.

⁷⁹ Jens Wittendorff, Revision & Regnskabsvæsen nr. 8, 2021.

⁸⁰ Jens Wittendorff, Revision & Regnskabsvæsen nr. 8, 2021.

⁸¹ SEL, § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 3. pkt.

⁸² SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 4. pkt.

⁸³ SEL, § 32, stk. 5, nr. 3, litra b, 5. pkt.

4.3.6. Fritagelse for CFC-beskatning for personaktionærer, LL § 16 H stk. 2

Aktionæren kan fritages for CFC-beskatning, hvis selskabet som indkomsten kan relateres til, er hjemmehørende i EU eller EØS og det er muligt at dokumentere, at selskabet reelt er etableret og udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende CFC-indkomsten. Det er desuden en forudsætning, at der er indgået en dobbeltbeskatningsaftale eller en aftale om udveksling af oplysninger, som gør det muligt at verificere CFC-indkomsten.

4.4. Retsvirkning, konsekvenser af skattepligtig CFC-indkomst

Hvis et selskab eller person bliver omfattet af reglerne om CFC-beskatning, jf. SEL § 32 og LL § 16 H, vil CFC-indkomsten skulle medgå ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst hos moderselskabet eller personen, uanset hvor i verden CFC-indkomsten optjenes.

Moderselskabet skal ved indkomstopgørelsen medregne den del af datterselskabets indkomst, opgjort efter danske regler, som svarer til moderselskabets gennemsnitlige direkte og indirekte indflydelse i datterselskabet, jf. SEL § 32, stk. 7. Alternativt kan moderselskabet vælge alene at medregne den forholdsmæssige andel af CFC-indkomsten, jf. § 32 stk. 15. Ved opgørelsen af den indkomst, som skal medregnes i moderselskabets skatteopgørelse, tages der hensyn til underskud i datterselskabet, som kunne have været fremført efter danske skatteregler.

Der gives lempelse i moderselskabets skat efter LL § 33, for skatter betalt af datterselskabet i etableringsstaten, nedslaget kan dog ikke overstige den danske skat af indkomsten. Hvis moderselskabet alene har valgt at medregne den forholdsmæssige CFC-indkomst, skal lempelsen for den betalt skat tilpasses.

CFC-indkomst hos personer indgår ikke i den almindelige skattepligtige indkomst, men beskattes særskilt, jf. personskattelovens §§ 2 og 4 b. CFC-beskatningen sker med samme sats som for selskaber, jf. personskattelovens § 8 b. Det beløb som medregnes, svarer til den gennemsnitlige ejerandel i den periode, hvor der er kontrol jf. LL 16 H stk. 7. Der opnås forholdsmæssig lempelse for den i udlandet betalte skat af CFC-indkomsten.

4.5. Retspraksis vedrørende CFC-beskatning

Der er alene offentliggjort begrænset retspraksis omkring CFC-beskatning. Det er primært afgørelsen fra Skatterådet, og hovedparten af dem er spørgsmål om, hvorvidt finansielle selskaber kunne opnå en dispensation for CFC-beskatning efter de gamle regler i SEL § 32, stk. 2.

Det begrænsede antal specifikke afgørelser og domme kan skyldes flere forskellige forhold, men en del af svaret skyldes formentlig at reglerne er præventive, dvs. de har til formål at sikre, at koncerner ikke bevidst placerer mobil finansiell indkomst i udlandet, i det de skattemæssige incitamenter her til er begrænset, idet indkomsten vil blive underlagt dansk beskatning. Der burde således alene opstå CFC-beskatning i det omfang de forudsætninger som koncernernes planlægning er baseret på, ændrer sig f.eks. ved at der opstår store finansielle indkomster, som ikke har været forventet. I dette

tilfælde vil koncernerne dog i mange tilfælde selv identificere CFC-indkomsten og lade sig beskatte heraf således at der ikke opstår en tvist med skattemyndighederne medmindre der er tvivl om principperne for opgørelsen mv.

Udover de tilfælde hvor koncernerne er opmærksomme på CFC-reglerne er der potentielt også et stort ”mørketal”, hvor selskaber enten bevidst eller ubevidst overtræder CFC-skattereglerne. Under hensyntagen til at der er tale om indkomst i udlandet, kan det være vanskeligt for skattemyndighederne at identificere de tilfælde hvor der ikke bliver selvangivet korrekt.

Et godt eksempel på problemstillingerne inden for CFC-beskatning er SKM2008.450.SR.⁸⁴ Her ønskede person A svar på, om han ville blive omfattet af reglerne om CFC-beskatning. A påtænkte at etablere selskabet C ApS, som vil være et driftsselskab registreret og beliggende i Danmark, hvor dets aktivitet ville blive udøvet. C ApS ville blive ejet 100% af B Ltd., Cypern eller B Ltd. ville blive etableret som et datterselskab af C ApS. A som var fuldt skattepligtig til Danmark efter kildeskattelovens § 1, ville uanset hvilken koncernstruktur der blev valgt, være eneaktionær og derved hovedaktionær.

B Ltd. ønskedes stiftet i Cypern, da selskabets eneste aktivitet ville være at investere i obligationer eller aktier og skatten på finansielle indtægter ville være meget lav ligesom aktiegevinster var helt skattefrie i Cypern.

Selskabet D i Cypern ville hjælpe med etableringen af B Ltd. A ville indgå en aftale med D, om at D skulle varetage alle opgaver vedrørende B Ltd. D ville således sørge for at B Ltd. kunne ”leje” en direktør, Mr. X, som ville blive aflønnet med 1.000 € om året for at lægge navn til og salæret ville herudover blive beregnet på timebasis. Mr. X ville samtidig være ansat i selskabet D og det fremgik af kontrakten, at det var D der bestemte, hvem der skulle være direktør i B Ltd. B Ltd. ville have adresse hos firmaet D, hvor B Ltd. ville have mulighed for at benytte D’s kontorfaciliteter. D ville sørge for bogføring, årsregnskab og skatteregnskab. Desuden ville D sørge for afholdelse af bestyrelsesmøder, direktionmøder og generalforsamlingen, som alle ville blive afholdt i Cypern.

B Ltd. ville ikke have en bestyrelse. Hovedaktionæren ville selv kunne bestemme om det var Mr. X, som skulle være selskabets direktør og det ville stå hovedaktionæren frit for at ansætte en anden direktør, hvis han ønskede dette.

Der ville ikke være udarbejdet nogen forretningsplan eller budgetter for selskabet, men investeringsplanen ville være udarbejdet af hovedaktionæren.

⁸⁴ Vær opmærksom på, at afgørelsen er fra 2008, altså før den partielle substanstest blev indført, men afgørelsen ville nok ikke falde anderledes ud i dag, på baggrund af den partielle substanstest.

Ifølge oplysningerne ville Mr. X være den eneste med prokura til at hæve på B Ltd's bankkonto og det ville være ham, der ville have kontakten med den cypriotiske Bank Y, der investerede pengene i B Ltd. Mr. X ville ikke have nogen aktiv rolle i investeringerne, f.eks. som day-trader, men investeringerne ville blive administreret af Bank Y. Det vil være D's opgave at sørge for, at forvaltningen af selskabets kapital var så gunstig som mulig.

Skatterådet afgjorde, at B Ltd. ville være omfattet af CFC-reglerne og at A skulle beskattes af CFC-indkomst, da de ikke fandt at B Ltd. udøvede reel økonomisk virksomhed i Cypern, et krav inden for EU-retten jf. Cadbury Schweppes-dommen,⁸⁵ og bemærkningerne til Lovforslag nr. 213 af 18. april 2007. Skulle Skatterådet give svar på spørgsmålet i dag, ville resultatet formentligt blevet det samme, idet selskabet ikke opfylder den partielle substanstest i SEL § 32, stk. 5, nr. 3, litra b.

4.6. Opsummering – CFC-beskatning

CFC-beskatningsreglerne blev indført med virkning fra 1995, og har som konsekvens af Cadbury Schweppes-dommen, og senest ved implementeringen af EU's skatteundgåelsesdirektiv⁸⁶ været ændret af flere omgange. Den seneste ændring, som blev gennemført i 2021, påvirkede alene direkte CFC-beskatningen for selskabsaktionærer, medens reglerne for personaktionærer kun indirekte blev påvirket ved at definitionen af de indkomster, som kategoriseres som CFC-indkomst blev udvidet. Definitionen af CFC-indkomsten er identisk for de to typer af aktionærer og indeholder nu, udover de normale finansielle indtægter, ligeledes en meget bred definition af indkomst fra immaterielle rettigheder/aktiver.

Der er således to forskellige regelsæt for så vidt angår indkomsttesten og substanstesten for henholdsvis selskabsaktionærer og personaktionærer. Kontroltesten er ens for de to typer af aktionærer. Efter de seneste ændringer sker der beskatning af CFC-indkomst, hvis et selskab eller en personaktionær har kontrol, og hvis følgende betingelser er opfyldt:

Test	Selskabsaktionær	Personaktionær
Indkomsttest	CFC-indkomsten udgør mere end 1/3 af den samlede skattepligtige indkomst.	CFC-indkomsten udgør mere end 50% af den samlede indkomst samtidig med at skatten udgør mindre end 75% af den danske skat. Herudover kan der opstå CFC-beskatning, hvis der er indgået en aftale om skattesats eller skattegrundlag.

⁸⁵ Afsagt ved EF-Domstolen (nu EU-Domstolen) som dom C-196/04 af 12. september 2006.

⁸⁶ EU Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016.

Test	Selskabsaktionær	Personaktionær
"Substanstest"	Der sker som udgangspunkt ikke CFC-beskatning, hvis der er væsentlig økonomisk aktivitet i (dat-ter)selskabet som understøttes af personale, udstyr, aktiver og lokaler. Der sker dog som udgangspunkt beskatning, hvis selskabet er beliggende i et land, hvor de kompetente myndigheder ikke udveksler oplysninger med de danske myndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller andre internationale aftaler.	Aktionæren kan fritages for CFC-beskatning, hvis selskabet er reelt etableret og udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende CFC-indkomsten i et EU eller EØS-land og der er indgået en DBO eller udvekslingsaftale,

Uanset at CFC-beskatningsreglerne har været i kraft i en lang årrække og der har været flere ændringer, er der meget få afgørelser. De fleste afgørelser er bindende svar fra Skatterådet omkring fritagelse for CFC-beskatning af "reelle" finansielle virksomheder efter de tidligere regler. Baggrunden for de få afgørelser er formentlig at selskaberne og deres rådgivere er opmærksomme på problemstillingen og forsøger at planlægge sig ud af beskatningen. Det kan dog ikke afvises, at der er et stort "mørketal," hvor selskaber og kapitalejere bevidst eller ubevidst ikke får selvangivet CFC-indkomsten. Det lave antal afgørelser kan måske også skyldes, at Skattestyrelsen ikke har fokuseret tilstrækkeligt på at identificere eventuel CFC-skattepligtig indkomst.

Det må dog forventes, at udvidelsen af CFC-indkomsten til også at dække "al anden" indkomst fra immaterielle aktiver, kan give anledning til flere domme/afgørelser mv. i fremtiden.

5. Ledelsens sæde versus CFC-beskatning

5.1. Problemstillingen i praksis – baseret på gennemgået praksis

Ved udarbejdelsen af afsnit 3 og 4 er der søgt efter relevante domme og afgørelser for at vurdere praksis på områderne. Som anført har der ikke været afsagt mange domme og afgørelser og de afgørelser, som har været offentliggjort, har primært været bindende svar fra Skatterådet.

Niels Winther-Sørensen og Jakob Bundgaard har begge kommenteret på nogle af de få domme, som er afsagt om ledelsens sæde efter SEL § 1, stk. 6. Begge er kommet frem til den konklusion, at hvis reglerne bliver fortolket bredt nok, kan reglerne om ledelsens sæde erstatte reglerne om CFC-beskatning i SEL § 32.

I SPO.1999.314 kommenterer Niels Winther-Sørensen på TfS 1995,577,VLR⁸⁷ Her kritiserer han Vestre Landsrets brede fortolkning af hvilke ledelsesbeslutninger der anses for at være truffet af den daglige ledelse, set i lyset af den på det tidspunkt netop indførte regel i SEL § 1, stk. 7.⁸⁸

Niels Winther-Sørensen vurderede, at konsekvensen af Landsrettens dom, vil kunne betyde, at ”Da Vestre Landsret desuden må anses at have undtaget et særstandpunkt i forhold til den almindelige opfattelse i andre lande, vil der være betydelig risiko for, at den herved opståede dobbeltdomicil-konflikt ikke bliver løst...”

Jeg er ganske enig med Niels Winther-Sørensen i hans kritik. Landsretten har lagt en meget bred fortolkning af artikel 4, stk. 3 til grund for afgørelsen, specielt henset til at kriterierne i SEL § 1, stk. 6 er indført for at sikre intern hjemmel i forhold til OECD’s Modeloverenskomst artikel 4, stk. 3. Kriterierne for ledelsens sæde i SEL § 1, stk. 6, ”læner” sig således kraftigt op ad fortolkningerne i OECD’s Modeloverenskomst artikel 4, jf. cirkulærets pkt. 2.1.1. – sidste afsnit.⁸⁹

Landsretten konkluderede, at selskabet er skattepligtigt til Danmark på baggrund af det danske moderselskabs ret til at skulle godkende alle strategiske og overordnede beslutninger. Dette kan undre, men måske snævert set være forståeligt. Da dommen afsiges, er der ikke megen hjælp at hente i kommentarerne til OECD’s Modeloverenskomst og retsstillingen bliver derved uklar. Det fremgår ikke af OECD’s Modeloverenskomst, hvad der menes med ”den virkelige ledelse” og der er, som nævnt, heller ingen hjælp at hente i kommentarerne om hvad der menes med begrebet, eller hvilke ledelsesmæssige parametre der skal lægges til grund, så Landsretten har ikke haft et ”pejlemærke” for, hvor langt begrebet ”daglig ledelse” skulle strækkes.

Først ved opdateringen af OECD’s Modeloverenskomst i 2008, kommer der en nærmere redegørelse for hvilke parametre der kan lægges vægt på. I dag svarer de parametre som kommentarerne lægger vægt på, til de parametre der skal lægges vægt på ved anvendelse af SEL § 1, stk. 6 og som også fremgår af cirkulæret.⁹⁰

Efter 2008 fremgår det således af bemærkningerne til OECD’s Modeloverenskomst, at når det skal afgøres, hvor en juridisk enhed har hjemsted skal det ved vurderingen inddrages ”hvor den juridiske persons bestyrelsesmøder eller lignende møder afholdes, hvor den administrerende direktør og andre ledende medarbejdere sædvanligvis udøver deres virksomhed, hvorfra den daglige ledelse af den juridiske person udøves, hvor hovedsædet er beliggende, hvilket lands lovgivning den juridiske persons status er underlagt, hvor regnskabsbøger opbevares.”⁹¹

⁸⁷ Se afsnit 3.4.4.

⁸⁸ Nu SEL § 1, stk. 6.

⁸⁹ Cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997.

⁹⁰ Cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997

⁹¹ OECD’s Modeloverenskomst 2017 - med kommentarer. Kommentarerne til artikel 4, stk. 3 pkt. 24.1

Fælles for kommentarerne til OECD's Modeloverenskomst og SEL § 1, stk. 6 er, at det sted, hvor "alle strategiske og overordnede beslutninger besluttet" ikke er et kriterie. Vestre Landsret har således foretaget en særdeles bred fortolkning af begrebet.

Niels Winther-Sørensen kritik af dommen er derfor meget forståelig og de af ham anførte mulige konsekvenser anser jeg som ganske sandsynlige på det tidspunkt, hvor artiklen blev skrevet og offentliggjort.

Skatteministeriets departement kommenterede på Niels Winther-Sørensens kritik i SPO.1996.55. Her anførte departementet, at "Da dommen imidlertid vedrører retstilstanden før lov nr. 312 af 17. maj 1995, er det ministeriets opfattelse, at den ikke har betydning for fortolkningen af SEL § 1, stk. 7." Departementet bekræfter desuden nogle af de pointer som Niels Winther-Sørensens rejser, idet der i kommentaren anføres følgende: "Det forhold, at det danske moderselskab træffer eller godkender mere overordnede beslutninger, medfører ikke i sig selv, at datterselskabet bliver omfattet af SEL § 1 stk. 7, hvis datterselskabet har en reel daglig ledelse."

Skatteyderen indbragte dommen til Højesteret, hvorefter Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle, med begrundelse i at Danmark ikke havde beskatningsretten, da datterselskabet i overvejende grad havde varetaget markedsføring og funktion i relation til skibenes drift, ansatte og afskedigede personale, og at der var 75 ansatte. Denne betragtning stemmer også overens med fortolkningen af OECD's Modeloverenskomsts artikel 4 samt kriterierne i SEL § 1, stk. 6.

Sidst, men ikke mindst postulerer Niels Winther-Sørensen i artiklen, at konsekvensen af Landsretens dom vil være, at der ikke er brug for den i 1995 indførte regel i SEL § 32 om CFC-beskatning, idet alle datterselskaber automatisk vil være hjemmehørende i Danmark, hvis deres moderselskab er hjemmehørende her. Denne kommentar må antages at have mistet noget af sin betydning efter at departementet udtalte sig om dommen, og da der blev taget bekræftende til genmæle jf. ovenfor. Dommen har derfor ingen præjudikatsværdi i dag.

I Taxo.2022.07 kommenterer Jakob Bundgaard på SKM2022.428.BR.⁹² Jakob Bundgaard indleder kommentaren med at konstatere, at han undres over, at de danske skattemyndigheder ikke i højere grad har håndhævet kriteriet om ledelsens sæde, da dette ville kunne have overflødiggjort mange tvivlsspørgsmål og værnsregler.

Hverken han eller Niels Winther-Sørensen, kommer i deres artikler og kommentarer med nærmere redegørelse for, hvornår og under hvilke omstændigheder reglerne om ledelsens sæde, efter deres opfattelse kan erstatte reglerne om CFC-beskatning.

⁹² Se afsnit 3.4.5.

Hvis man ser på de to domme, der ligger til grund for Niels Winther-Sørensen og Jakob Bundgaards påstande, hhv. TFS1995,577,VLR og SKM2023.485.VLR, så er det svært at se, at de – ved en bred fortolkning af reglerne om ledelsens sæde – kunne være endt anderledes. Til gengæld er det svært at se, hvordan reglerne om ledelsens sæde i disse to tilfælde kan erstatte reglerne om CFC-beskatning - i alle tilfælde ikke som reglerne er i dag – hvis sagerne oprindeligt havde drejet sig om, hvorvidt selskaberne var omfattet af CFC-beskatning.

Hvis vi skal tale om, at de to domme er resultatet af en bred fortolkning af reglerne om ledelsens sæde, som går ind og erstatter reglerne om CFC-beskatning, skal det først sikres, at selskaberne kan omfattes af de krav der er til selskaberne i SEL § 32, stk. 1, nr. 1 og § 32, stk. 6 for at være omfattet af de to regelsæt.

5.2. CFC-beskatning eller ledelsens sæde i SKM2008.450.SR

I afsnit 5.1 blev der kommenteret på Niels Winther-Sørensen og Jakob Bundgaards indlæg omkring to konkrete domme. Problemstillingen mellem beskatning efter reglerne om ledelsens sæde i SEL § 1, stk. 6 og CFC-beskatning i SEL § 32, bliver krystallklar i SKM2008.450.SR, som er gennemgået under afsnit 4.5.

Når man læser beskrivelsen af de faktiske forhold i den offentliggjorte afgørelse og SKAT's indstilling til det bindende svar, får man det klare indtryk, at spørgsmålet vedrører, om det cypriotiske selskab B Ltd. har ledelsens sæde i Danmark. SKAT anfører således i sin indstilling:

”Ud fra en konkret vurdering af de forelagte oplysninger, mener SKAT ikke, at B Ltd. udøver reel økonomisk virksomhed i Cypern. Vurderingen er foretaget med udgangspunkt i de forhold, som er opstillet i bemærkningerne til L213 af 18. april 2007 samt præmisserne i EU-dommen i Cadbury Schweppes-sagen (C-196/04), som omtalt ovenfor. Da betingelsen om udøvelse af reel økonomisk virksomhed ikke anses for opfyldt, er der ikke foretaget en prøvelse af hvorvidt selskabet er reelt etableret.”

At B Ltd. vil blive omfattet af CFC-beskatning opgjort efter reglerne i SEL § 32 følger af de faktiske forhold. Skatterådet slår fast, at der ikke vil være substans i selskabet og at der er tale om en ”skin-direktør” uden reel indflydelse i den daglige ledelse. Selskabet ville derfor, ifølge Skatterådet, skulle CFC-beskattes.

Som nævnt ovenfor, får man det indtryk, når man læser beskrivelsen af de faktiske forhold, at sagen drejer sig om hvorvidt selskabet B Ltd. har ledelsens sæde i Danmark.

Hvis der henses til at det af cirkulærets pkt. 2.1.1. Begrebet ledelsens sæde, fremgår, at “Hvis selskabets virksomhed er af en karakter, hvor der ikke er en faktisk daglig ledelse, f.eks. fordi selskabets eneste aktivitet er at besidde aktier i andre selskaber, så må stedet, hvor de øvrige beslutninger vedrørende selskabets ledelse tages, lægges til grund. Dette medfører, at hvis hovedparten af den

ledelsesmæssige aktivitet, der foregår, sker i Danmark, så vil ledelsen blive anset for beliggende heri landet.”

Denne beskrivelse passer helt præcist på B Ltd. og det vil derfor være oplagt at have statueret ledelsen sæde i Danmark i denne sag og ikke anmode om bindende svar i relation til CFC-beskatning. Selskabet vil nok ikke være interesseret i at have ledelsens sæde i Danmark, men vil formentlig fastholde, at det er i Cypern, idet skatten af det forventede afkast af selskabets formue vil være lavere i Cypern. Et argument for at selskabet ville have ledelsen sæde i Cypern kunne være, det at det er Bank Y, som ville træffe beslutningerne og foretage dispositionerne om, hvordan selskabets midler skulle investeres.

Et modargument herfor kunne være, at banken ikke handler på egen hånd, men at den handler på instrukser fra kunden.⁹³ Denne kunde må være A, som har besluttet at oprette selskabet og som er selskabets reelle ejer. Og da der ikke er andre der kan “udfylde” den daglige ledelse, må konklusionen blive, at den daglige ledelse må være aktionæren, da det er selskabets hovedaktionær, som havde udarbejdet selskabets investeringsplan og som frit kunne ansætte og afskedige selskabets direktør. Det var desuden selskabets hovedaktionær der alene bestemte størrelsen af et evt. udbytte der skulle udbetales fra selskabet.

Baseret på ovenstående er det min opfattelse, at afgørelsen er ”forkert”, ikke fordi SKAT og Skatterådet fortolker reglerne forkert, men fordi skatteyder har spurgt om CFC-beskatning, hvor det ”korrekte” spørgsmål der skal afklares, var om selskabet vil blive beskattet efter reglerne om ledelsens sæde. Havde svaret hertil været nej, så burde der efterfølgende have været spurgt til CFC-beskatning.

Det fremgår tydeligt af ovenstående eksempel, at der er mange fællesnævner i forbindelse med anvendelse af de to regelsæt i SEL §§ 1, stk. 6 og 32, specielt når det kommer til hovedaktionær-selskaber, hvis aktivitet består i at være holdingselskaber eller hvor aktiviteten er formueforvaltning for kapitalejerne. Per definition har hovedaktionæren i denne type selskaber ofte den bestemmende indflydelse, da et sådant selskab sjældent har en direktør, der reelt varetager den daglige ledelse og træffer beslutninger som ikke tiltrædes af hovedaktionæren. Her kan bl.a. henvises til SKM2022.428.BR, SKM2023.485.VLR og SKM2022.127.LSR.

5.3. Fællestræk for de to regelsæt

Reglerne om ledelsens sæde er en hovedregel, der har til formål at fastlægge, hvor et selskabs ledelse er placeret og derved fastlægge efter, hvilket lands lovgivning selskabet skatteretligt er hjemmehørende. Samtidig kan reglerne afhjælpe at et selskab stiftes i et lavskattelands med lempeligere eller slet ingen skat til følge, mens selskabet reelt ledes fra Danmark.

⁹³ Se SKM2018.469.SR og LSR 18-0029647 af 7. april 2022.

CFC-beskatningsreglerne er særregler, der knytter sig op på international beskatning og reglerne har til formål at forhindre, at hjemmeretlige selskaber, omfattet af SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, og personer med skattepligtig til Danmark efter KL § 1, etablerer selskaber i lavskattelande og flytter mobile og passive indkomster dertil, også her med lempeligere eller slet ingen skat til følge.

Fælles for begge regelsæt er, at de skal afhjælpe, at der “flyttes” indkomst fra dansk beskatning og til beskatning i udlandet, med lempeligere eller slet ingen beskatning til følge. Begge regelsæt kan derfor samlet karakteriseres som værneregler.

Regelsættene er følger af international skatteret og er således påvirket af f.eks. OECD’s Modeloverenskomst, der har påvirket regelsættet om ledelsens sæde, som er nødvendigt i den danske lovgivning, for at vi kan opfylde vores internationale forpligtelser i forhold til OECD’s Modeloverenskomst. CFC-skattereglerne som de ser ud i dag, følger af implementeringen af EU’s Skatteundgåelsesdirektiv.⁹⁴

For at kunne foretage en sammenligning af de to regelsæt, skal det først klarlægges, hvilke skatte-subjekter, der er omfattet. Først og fremmest skal den udenlandske enhed kunne klassificeres som et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Herudover gælder for begge regelsæt, at der skal være en overvejende grad af kontrol over det udenlandske selskab fra enten en eller flere person(er), eller et eller flere selskab(er), der ultimativt har hjemsted her i landet førend reglerne finder anvendelse.

For at kunne afklare hvem der udgør et selskabs daglige ledelse, jf. SEL § 1, stk. 6 skal der, som det fremgår af afsnit 3.4, skabes klarhed over:

- Hvilken ledelsesstruktur anvendes der?
- Hvem udgør kernen i ledelsen?
- Hvem udfører den daglige ledelse og bl.a. træffer beslutningerne om:⁹⁵
 - Driftsinvesteringer.
 - Finansiering af driften.
 - Markedsføring.
 - Bogføring og regnskab.
 - Ansættelser og afskedigelser og andet personalemæssigt.
- Hvem har adgang til selskabets midler?

Herudover opstår der i kølvandet herpå, i praksis ofte et behov for at afgøre, hvorvidt et selskab har substans eller om der rent faktisk er tale om et “postkasse-selskab” uden reel driftsmæssig aktivitet i selskabet.

⁹⁴ Direktiv 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metode til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktioner.

⁹⁵ Listen er ikke udtømmende.

Det skal således fastslås, hvem der udgør selskabets daglige ledelse og det er som tidligere nævnt ikke altid direktøren, selvom selskabet har en sådan, da denne kan være proforma, jf. SKM2022.127.LSR og SKM2008.450.SR.

For CFC-beskatningens vedkommende er der derimod helt specifikke krav til, hvornår et selskab kan omfattes af CFC-beskatning, således skal selskabet opfylde:

- Kontrolbetingelsen – Selskabet skal være moderselskab for et datterselskab jf. definitionen i SEL § 32, stk. 6, eller være kontrolleret af en person jf. LL § 16 H, stk. 6, se afsnit 4.30.2.
- Indkomstbetingelsen – Datterselskabets CFC-indkomst, opgjort efter § 32, stk. 4 og 5, i indkomståret udgør mere end 1/3 af datterselskabets samlede skattepligtige indkomst, jf. SEL § 32, stk. 1, nr. 1.⁹⁶ jf. afsnit 4.3.33.
- En partiel substanstest – Der skal ske beskatning af “andre immaterielle aktiver,” hvis ikke der er væsentlig aktivitet i (datter)selskabet, jf. afsnit 4.3.5.

Særligt CFC-reglernes kontrolbetingelse og den partielle substanstest, har fælles træk med kravene i reglerne om ledelsens sæde.

Fælles for både SEL § 1, stk. 6 og § 32 er, at hvis et selskab, der er registreret i udlandet, ikke har substans i form af økonomisk virkelighed, vil det som oftest kunne omfattes af enten det ene eller den andet regelsæt, eller dem begge. Netop manglende substans i selskabet, var årsagen til at et cypriotisk selskab blev omfattet af CFC-reglerne, jf. SKM2008.450.SR, ligesom det også ville kunne omfattes af reglerne om ledelsens sæde.

5.4. Beslutningsdiagrammer vedrørende ledelsens sæde og CFC-beskatning

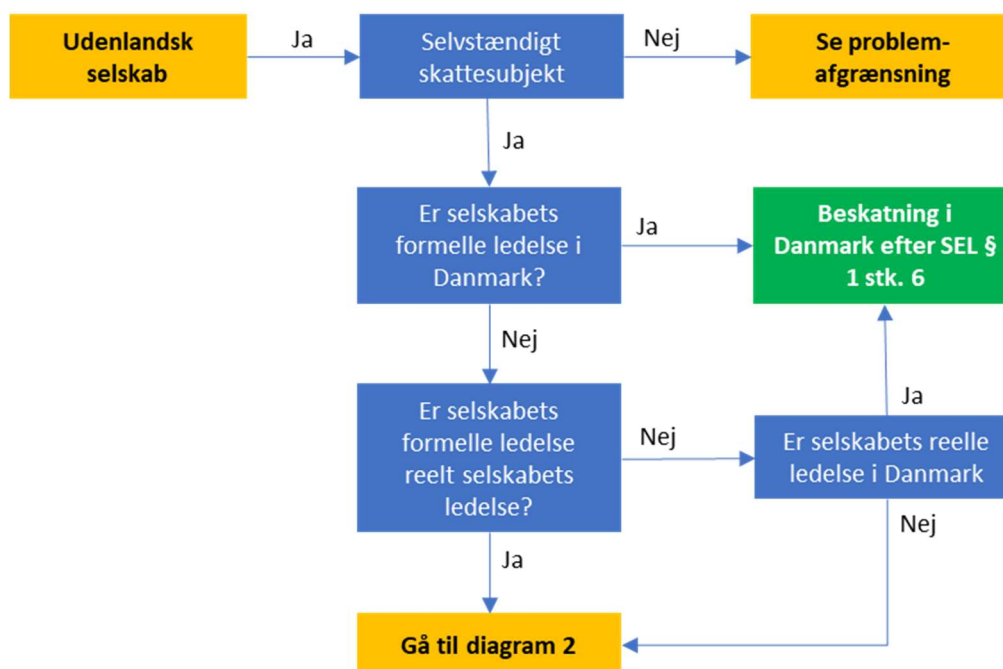
Reglen om ledelsens sæde er som anført ovenfor en hovedregel. Det betyder, at reglen altid til hvad forrang frem for CFC-beskatning. Det vil sige, at i praksis, skal det altid først vurderes om et udenlandsk selskab har ledelsens sæde her i landet og derved er fuldt skattepligtigt til Danmark. Hvis dette ikke er tilfældet, kan det herefter vurderes om der skal ske CFC-beskatning i Danmark.

Baseret på lovbestemmelserne omkring ledelsens sæde og CFC-beskatning og den retspraksis, som har udviklet sig, kan de vurderinger, som skal foretages for at konkludere om beskatningen sammenfattes i følgende beslutningsdiagrammer⁹⁷.

⁹⁶ Egen tilpasning efter Peter Koerver Schmidt, CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv, 1. udgave, side 115.

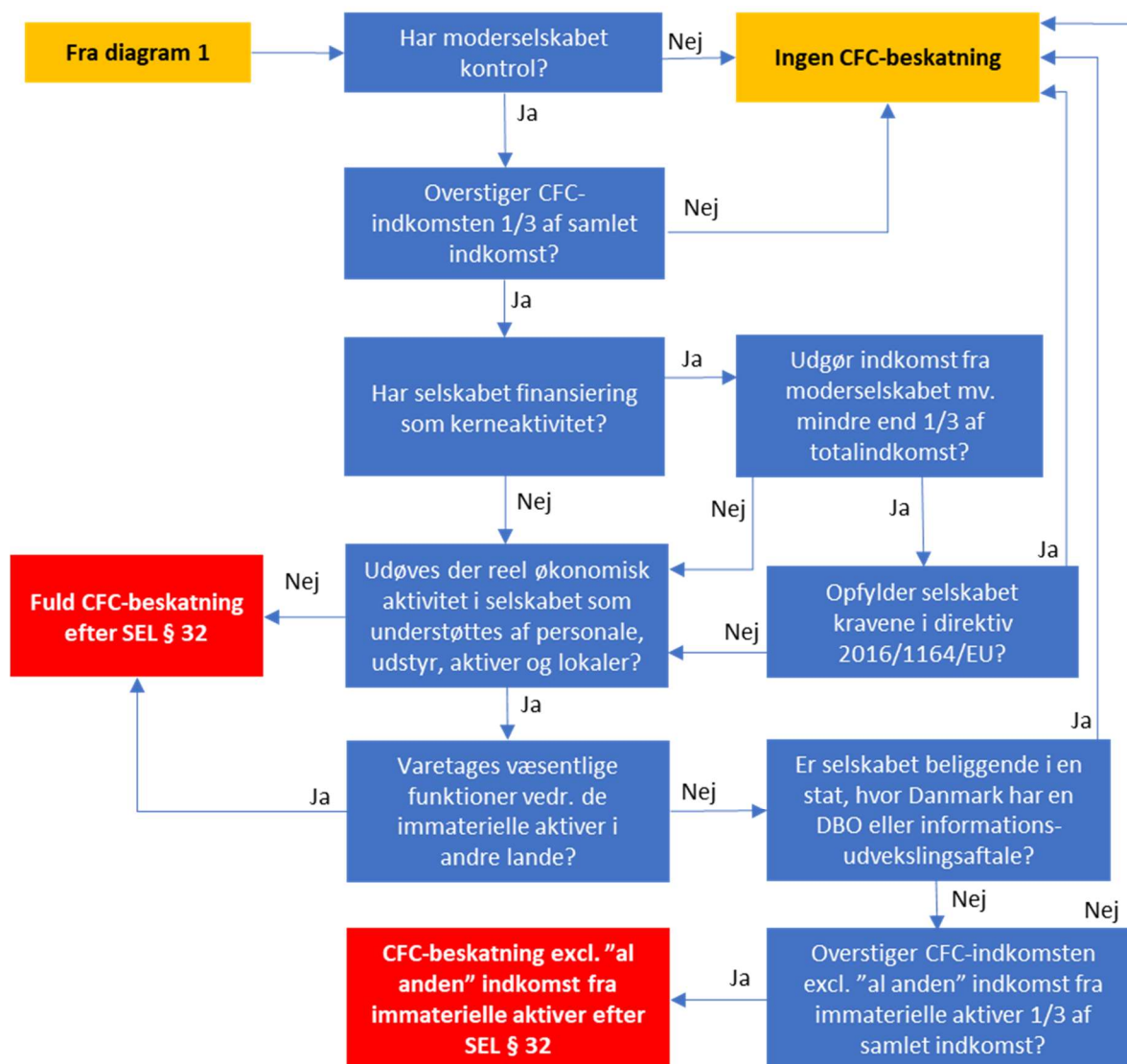
⁹⁷ Beslutningsdiagrammerne skal af pladshensyn ses og læses i sammenhæng med de relevante beskrivelser og forklaringer i afhandlingen.

Det første beslutningsdiagram vedrører vurderingen af om et udenlandsk selskab skal beskattes i Danmark efter reglerne om ledelsens sæde:



Figur 1: Beslutningsdiagram vedrørende ledelsens sæde

Det andet beslutningsdiagram vedrører vurderingen af, om der indtræder CFC-beskatning for det udenlandske selskab og i hvilket omfang der sker beskatning. Beslutningstræet er udarbejdet under forudsætning af at den danske aktionær, som kontrollerer selskabet er selskabsbeskattet. Er aktionæren en person henvises til beslutningstræet i bilag 1:



Figur 2: Beslutningsdiagram vedrørende CFC-beskatning, selskabsaktionær

Når skattepligten er fastslået skal den skattepligtige indkomst opgøres og der skal opgøres eventuel lempelse for udenlandske skatter.

6. Konklusion, kan ledelsens sæde beskatning erstatte CFC-beskatning?

Afhandlingens problemformulering er som følger:

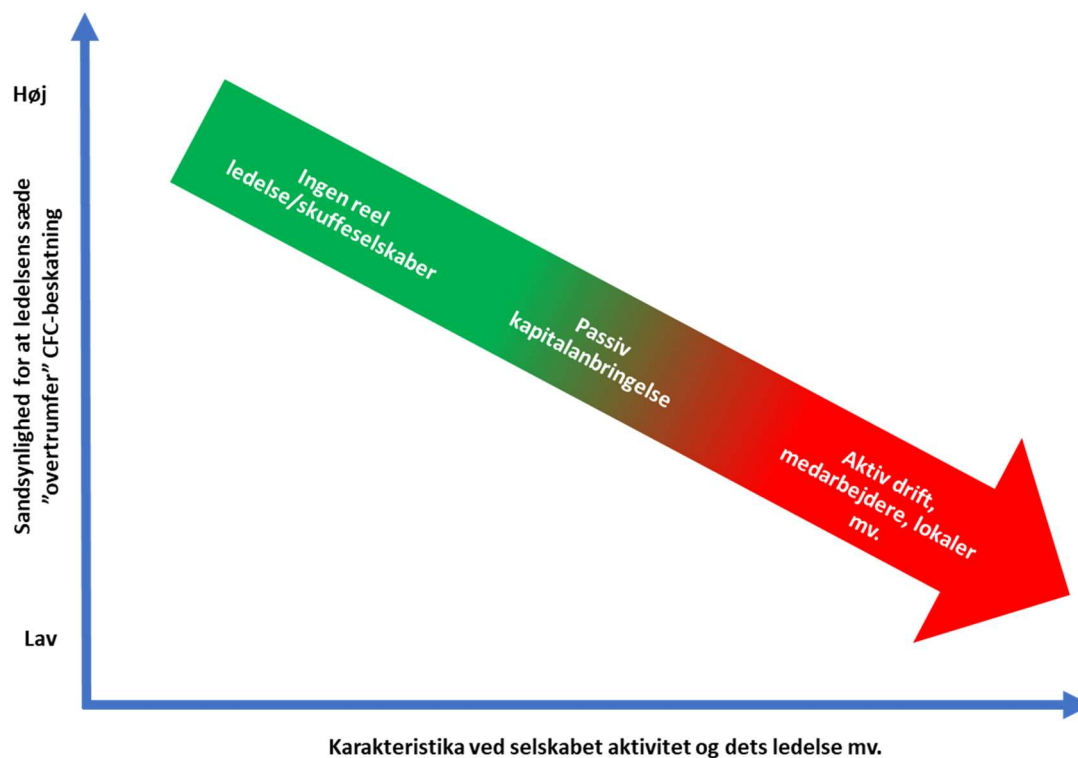
I hvilken grad og under hvilke omstændigheder kan reglerne om ledelsens sæde i selskabsskattelovens § 1 stk. 6 erstatte brugen af reglerne om CFC-beskatning i selskabsskattelovens § 32?

I mange tilfælde vil der kunne ske beskatning efter både reglerne om ledelsens sæde og CFC-beskatning. Der er dog ikke valgfrihed, idet de to regelsæt stiller en række betingelser, som skal opfyldes førend der kan ske beskatning. De beslutningsdiagrammer, som er medtaget i afsnit 5.4 viser de vurderinger som skal foretages førend skattepligten kan fastslås endeligt. Der skal således ske beskatning efter reglerne om ledelsens sæde, hvis kriterierne herfor er opfyldt, jf. beslutningsdiagrammet i figur 1. Er kriterierne for beskatning efter ledelsens sæde ikke opfyldt, skal der foretages en vurdering efter henholdsvis kriterierne i figur 2 for datterselskaber kontrolleret af selskaber, og figur 4 for datterselskaber kontrolleret af personaktionærer,⁹⁸ for at vurdere om der skal ske CFC-beskatning.

Vurderingen af de kriterier, som gennemføres skal baseres på fakta og omstændigheder for den konkrete problemstilling og for det konkrete selskab dvs., hvordan er ledelsen af datterselskabet etableret både formelt og reelt. Herudover skal selskabets karakteristika, f.eks. typen af den aktivitet som datterselskabet udfører og karakteren af dets indkomst vurderes.

⁹⁸ Se bilag 1.

Sandsynligheden for at der kan gennemføres beskatning efter reglerne om ledelsens sæde, set i forhold til beskatning efter reglerne om CFC-beskatning, sammenholdt med karakteristikaene for datterselskabet kan illustreres således:



Figur 3: Ledelsens sæde beskatning vs. CFC-beskatning i forhold til datterselskabets karakteristika

Karakteristikaene i ovenstående figur er alene af illustrativ karakter, da der kan være andre forhold, som skal tages i betragtning i den pågældende situation, ligesom hældningen på kurven ikke kan dokumenteres empirisk. Det er ikke muligt at dokumentere sammenhængen empirisk, da der kun er offentliggjort få afgørelser og domme om anvendelsen af de to regelsæt. Der er dog uden tvivl en sammenhæng som reflekteret i figuren, når der henses til formuleringen af de to regelsæt og den fortolkning, der kan udledes af disse, samt den sparsomme praksis.

En del af de kriterier, som skal være opfyldt før der kan ske beskatning efter reglerne om ledelsens sæde er til dels subjektive, da det kan være vanskeligt at vurdere om de enkelte kriterier er opfyldt eller ej. Konsekvens heraf er at gå videre i beslutningsdiagrammet for at konkludere om betingelserne for CFC-beskatning er opfyldt, også selvom betingelserne for beskatning efter ledelsens sæde reelt er opfyldt, jf. SKM2008.450.SR.

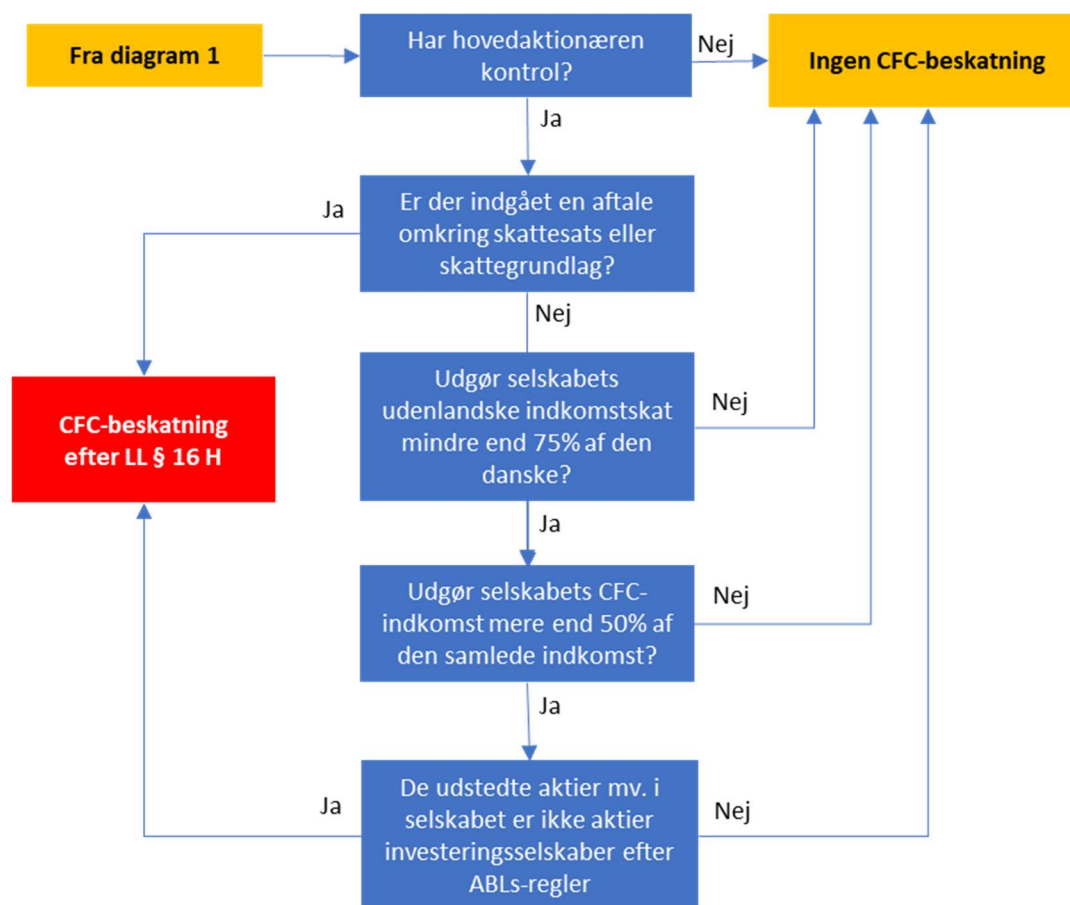
Kriterierne for CFC-beskatning er umiddelbart mere objektive, baseret på en vurdering af specifikke kriterier. Udvidelsen af CFC-indkomstbegrebet til også at omfatte al anden indkomst fra immaterielle aktiver vil medføre, at der opstår behov for en mere subjektiv vurdering af, om der er tale om

CFC-indkomst. Dette skal ligeledes ses i lyset af reglerne i den partielle substans-test. Disse regler vil formentlig i praksis være svære at vurdere.

Reglerne om ledelsens sæde vil dog altid ”overtrumfe” reglerne om CFC-beskatning i de tilfælde, hvor der ikke er et selskab eller en personaktionær, som opfylder betingelserne for at have kontrol over datterselskabet eller i de tilfælde, hvor den opgjorte CFC-indkomst ikke er tilstrækkelig til at opfylde indkomsttesten. I disse tilfælde vil der ikke kunne opstå CFC-beskatning, men datterselskabet kan blive beskattet i Danmark efter reglerne om ledelsens sæde, hvis betingelserne herfor anses for opfyldt.

Baseret på afhandlingen bliver konklusionen, at beskatning efter reglerne om ledelsens sæde i mange tilfælde, hvor selskabets aktivitet er relateret til formueforvaltning for kapitalejerne eller tilsvarende aktiviteter, vil kunne erstatte beskatning efter reglerne om CFC-beskatning.

Bilag 1: Beslutningsdiagram vedrørende CFC-beskatning, personaktionærer



Figur 4: Beslutningsdiagram vedrørende CFC-beskatning, personaktionærer

Litteraturliste

Bøger

Regler om beskatning af udenlandsk indkomst og for ophør af skattepligt til Danmark	Betænkning afgivet af ministeren for skatter og afgifter den 22. november 1983 nedsatte udvalg
Peter Koerver Schmidt	Dansk CFC-beskatning – i et internationalt og komparativt perspektiv, 1. udgave 2013.
Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel	Dansk selskabsret 2, Kapitalselskaber, 5. udgave 2019
Karsten Engsig Sørensen og Jens Hartig Danielsen	EU Retten, 8. udgave 2023
Jeppe P. Stokholm	EU Skatteret, 1. udgave, 2008
Peter Koerver Schmidt, Michael Tell, Katja Dyppel Weber	International Skatteret i et dansk perspektiv, 2. udgave, 2020
Aage Michelsen, Anja Svendgaard Dalgas, Anders Nørgaard Laursen	International Skatteret, 4. udgave 2017
Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel	Introduktion til dansk selskabsret I, 5. udgave 2017.
Peter Blume	Juridisk metodelære, 5. udgave 2009
Aage Michelsen, Jane Bolander, Liselotte Madsen, Anders Nørgaard Laursen m.fl.	Lærebog i Indkomstskat, 18. Udgave, 2019
Karnov.dk (forkortet dansk version)	OECD's modeloverenskomst 2017 - Med kommentarer
Statens Information	Rapport fra Udvalget om personbeskatning I & II, 1992
Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen	Retskilder og Retsteorier, 6. udgave 2021
Jan Guldmand, Nikolaj Vinter, Erik Werlauff	Sambeskatning 2013/14, 1. udgave 2013

Karen Fogh, Frederik Lytzen og Maj-Britt Nielsen Selskabsbeskatning, 26. udgave 2009

Erik Werlauff Selskabskatteret, 21. udgave, 2019

Skattepolitisk redegørelse Skatteministeriet, juni 1994

Jan Pedersen, Malene Kerzel m.fl. Skatteretten 1 + 2, 9. udgave, 2021 &

Jan Pedersen, Malene Kerzel m.fl. Skatteretten 3, 6. udgave, 2013

Artikler

Jakob Bundgaard TAXO2022.07 Selskabers hjemsted baseret på ledelsens sæde. Bemærkninger i anledning af en sjælden domsafsigelse.

Henrik Peytz Selskabsskatteloven med kommentarer Bind I & II, 1. udgave 2020

Jakob Bundgaard Taxo 2021, 06, Embedded royalties – en ny skat på udenlandske IP-rettigheder

Jens Wittendorff CFC-beskatning, Revision & Regnskabsvæsen nr. 8 2021, side 38-55

Jens Wittendorff CFC-beskatning – del 2 Revision & Regnskabsvæsen nr. 9 2021, side 20-31

Michael Tell INSPI Nr. 9 2012 Ledelsens sæde – Fuld skattepligt for udenlandske selskaber med dansk ledelse.

Peter Koerver Schmidt SR.2021.255, Implementering af skatteundgåelsesdirektivets CFC-regler dansk ret – en retlig analyse med komparativ og EU-retlige overvejelser

Lovgivning, lovforslag og styresignaler

Cirkulære nr. 82 af 29 maj 1997

International beskatning

Juridisk Vejledning 2023-1 og 2

Domme og afgørelse

SKM2007.151.HR

SKM2008.450.SR

SKM2012.177.LSR

SKM2017.89.SR

SKM2017.92.SR

SKM2022.127.LSR

SKM2022.428.BR

SKM2022.557.SR

SKM2023.485.VLR

TfS 1995,577,VLR

TfS 1996,476,LR

TSF 1998.607,H

TFS 2000,196,LR