

Danske CFC-regler og dobbeltbeskatningsoverenskomster

Af Peter Koerver Schmidt, ph.d.-stipendiat, CBS, visiting scholar,
UC Berkeley, tax manager, Deloitte

FAGFÆLLEBEDØMT. Artiklen behandler spørgsmålet om, hvorvidt de danske CFC-regler for selskaber er forenelige med Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster. Analysen baseres bl.a. på kommentarerne til OECD's modeloverenskomst – der gennem årene har undergået en betydelig udvikling i relation til dette spørgsmål – samt en række nyere domme fra andre lande. Det konkluderes, at mest taler for, at de danske CFC-regler normalt må anses for at være forenelige med Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster. Særligt som følge af de danske CFC-reglers brede anvendelsesområde kan det dog ikke helt udelukkes, at de gældende danske CFC-regler for selskaber i nogle situationer vil kunne stride mod indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

1. Indledning

CFC-reglerne for selskaber indebærer, at et moderselskab i visse tilfælde skal medregne indkomst oppebåret af et datterselskab ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. SEL § 32.¹ Formålet med reglerne er at hindre, at det danske skattegrundlag udhules som følge af, at finansielle/mobile aktiver og indkomst placeres i datterselskaber hjemmehørende i lavskattelande.² Reglerne er ændret adskillige gange siden de blev indført i 1995. Særligt markante var ændringerne foretaget i 2007 i kølvandet på EU-domstolens dom i sag C-196/04 *Cadbury Schweppes*, jf. nærmere nedenfor.³

Spørgsmålet om CFC-reglers forenelighed med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster er særdeles omstridt i den internationale skatteretslitteratur, og international retspraksis har ikke været

konsistent.⁴ Godt nok har udfaldet i de fleste sager været, at den pågældende stats CFC-lovgivning ikke skulle anses for at stride imod den for sagen relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst. De bagvedliggende begrundelser samt vægningen af forskellige fortolkningsbidrag har dog været ganske forskellige.

Også i den danske skatteretlige litteratur har en række forfattere beskæftiget sig med problemstillingen. Flere bidrag fra det første årti efter CFC-reglernes indførelse i Danmark pegede således på, at (dele af) de dagældende danske CFC-regler formentlig måtte anses for at være i strid med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, mens andre bidrag gav udtryk for den modsatte opfattelse.⁵ Endvidere fastslog Landsskatteretten i SKM2004.439.LSR, at de dagældende CFC-regler ikke stred imod dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Schweiz.

Der findes imidlertid flere gode grunde til på ny at drøfte spørgsmålet om de danske CFC-reglers forenelighed med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. *For det første* blev de danske regler som nævnt ovenfor markant ændret med vedtagelsen af L 213 (2006/2007). Blandt andet blev lavskattetesten fjernet, ligesom hele datterselskabets indkomst, og ikke kun CFC-indkomsten, nu skal medregnes hos moderselskabet, hvis CFC-betingelserne er opfyldt, jf. SEL § 32, stk. 1 og 7-10.⁶ Gældende danske CFC-regler er dermed baseret på den såkaldte *entity*-tilgang i stedet for som tidligere en transaktionstilgang.⁷ *For det andet* blev de relevante kommentarer til OECDs modeloverenskomst ændret i 2003. Endelig, og *for det tredje*, har de senere år budt på yderligere afgørelser fra udenlandske domstole og administrative instanser angående spørgsmålet.⁸

2. Medregning af indkomst fra et CFC-selskab

Ved vurderingen af CFC-regimers forenelighed med dobbeltbeskatningsoverenskomster er det i nogle tilfælde blevet tillagt betydning, hvilken medregningsmetode det pågældende regime anvender. Helt grundlæggende har alle CFC-regimer det til fælles, at hele eller dele af indkomsten i CFC-selskabet under givne betingelser beskattes direkte hos moderselskabet, på trods af at der ikke nødvendigvis er udloddet noget udbytte.⁹ Principielt kan selve kerne i CFC-lovgivning således anskues som værende et spørgsmål om, hvordan det sikres, at indkomst oppebåret af ét skattesubjekt (datterselskabet) henføres til og beskattes hos et andet skattesubjekt (moderselskabet). Hvordan dette spørgsmål er blevet håndteret i praksis, varierer dog betydeligt landene imellem. De mulige teoretiske metoder blev i en OECD-rapport fra 1987 forsøgt opdelt i tre hovedkategorier:¹⁰ 1) *Deemed dividend*-metoden – hvor CFC-selskabet anerkendes som selvstændigt skattesubjekt, men hvor CFC-selskabets udbyttepolitik tilsidesættes, således at moderselskabet løbende kan undergives udbyttebeskatning, 2) *Piercing the veil*-metoden – hvor CFC-selskabet anses for transparent, og dets enkelte indtægter og udgifter anses for oppebåret direkte af moderselskabet. 3) *Notional amount*-metoden – hvor indkomsten oppebåret i CFC-selskabet anses for at have øget selskabsdeltagerens skatteevne, idet indkomsten ud fra en økonomisk betragtning må anses for at være til selskabsdeltagerens rådighed.¹¹

I OECD-rapporten anerkendes det, at mange lande reelt har anvendt en pragmatisk tilgang, hvorfor de af OECD angivne metoder sjældent ses anvendt i deres rene form.¹² Endvidere er det mere reglen end undtagelsen, at landenes CFC-regler ikke (eksplicit) angiver, hvilken medregningsmetodik reglerne bygger på.¹³ Mange landes CFC-regler kan derfor snarere rubriceres under en *fjerde* metode, der i litteraturen er blevet benævnt *look through*-metoden.¹⁴ Metoden anerkender CFC-selskabets selvstændige skattesubjektivitet, men anser til gengæld ikke CFC-selskabet for den endelige modtager af indkomsten. Metoden indebærer således, at den samlede indkomst i CFC-selskabet, eller en del heraf, kanaliseres eller henføres til moderselskabet, som derefter beskattes heraf.¹⁵

Efter min vurdering kan også de danske CFC-regler bedst indplaceres under *look through*-metoden.¹⁶ Af ordlyden i SEL § 32, stk. 1, fremgår således, at moderselskabet skal medregne "*det beløb, som er angivet i stk. 7-10, når beløbet er positivt*", og i SEL § 32, stk. 7, præciseres: "*Ved moderselskabets indkomstopgø-*

relse medregnes den del af datterselskabets indkomst, der svarer til den gennemsnitlige direkte eller indirekte andel af datterselskabets samlede aktiekapital..." [egen understregning].¹⁷ Brugen af formuleringerne "det beløb" og "datterselskabets indkomst" synes at indikere, at det er ét nettobeløb, som moderselskabet skal medregne ved indkomstopgørelsen, og ikke datterselskabets enkelte indtægts- og udgiftsposter.¹⁸ På den baggrund forekommer det mest oplagt at konkludere, at datterselskabets karakter som selvstændigt skattesubjekt fortsat respekteres under dansk CFC-beskatning, selvom CFC-beskatning udløses hos moderselskabet.¹⁹

Det må dog anerkendes, at bestemmelsen om fiktiv afståelsesbeskatning i SEL § 32, stk. 10 – som medfører at visse af datterselskabets aktiver og passiver skal anses for afstået, såfremt moderselskabet nedbringer sin ejerandel i datterselskabet – kan trække i retning af at anse datterselskabet som transparent (dvs. i retning af *piercing the veil*-metoden), da det i princippet minder om et salg af ideelle andele. Imidlertid angår bestemmelsen udelukkende aktiver og passiver omfattet af ABL og KGL samt skattemæssige hensættelser, hvorfor bestemmelsen må anses for en undtagelse til hovedreglen, der skal forhindre, at CFC-reglerne omgås ved at sælge CFC-selskabet selv frem for dets enkelte aktiver.²⁰

Også det forhold at indkomstopgørelsen i et udenlandsk CFC-selskab kan foretages i fremmed valuta, hvorefter "engangs-omregning" af selskabets samlede skattepligtige indkomst til dansk mønt kan ske efter SKL § 3 C, stk. 7,²¹ synes at tale for, at det er ét samlet nettobeløb, som skal medregnes hos det danske moderselskab. Endelig bør det tages i betragtning, at udbytteudlodninger fra et CFC-selskab skattemæssigt fortsat skal anses for og behandles som udbytteudlodninger,²² hvilket ligeledes indikerer, at CFC-selskabet ikke i alle sammenhænge skal anses for transparent.²³ Samlet set synes de danske CFC-regler derfor bedst at kunne anses for at hvile på *look through*-metoden.²⁴

3. Overblik – Argumenter for og imod forenelighed

Diskussionen – om CFC-reglers forenelighed med dobbeltbeskatningsoverenskomster baseret på OECD's modeloverenskomst – har primært centreret sig om artikel 7, stk. 1 og artikel 10, stk. 5 i modeloverenskomsten.²⁵ Af artikel 7, stk. 1, 1. pkt. fremgår: "*Fortjeneste, som er indvundet af et foretagende i en kontraherende stat, kan kun beskattes i denne stat, medmindre foretagendet driver erhvervsvirksomhed i den*

anden kontraherende stat gennem et dér beliggende fast driftssted." I CFC-sammenhæng er ordlyden blevet udlagt på den måde, at indkomsten i CFC-selskabet alene kan beskattes i den stat, hvor CFC-selskabet er hjemmehørende, medmindre CFC-selskabet har et fast driftssted i det land, hvor dets moderselskab er hjemmehørende, hvortil indkomsten kan henføres. Når det land, hvori moderselskabet er hjemmehørende, via sine CFC-regler beskatter moderselskabet af indkomsten i CFC-selskabet, kan dette således synes direkte i strid med ordlyden i artikel 7, stk. 1.²⁶ Denne konklusion understøttes endvidere af overenskomstens artikel 5, stk. 7,²⁷ samt af kommentarerne til modeloverenskomstens artikel 7, stk. 1.,²⁸ hvor det anføres, at bestemmelsen knæsætter: ²⁹ "... the basic principle that unless an enterprise of a Contracting State has a permanent establishment situated in the other State, the business profits of that enterprise may not be taxed by that other State..."

Mere overordnet er det gjort gældende, at CFC-beskatning strider mod dobbeltbeskatningsoverenskomsters formål eller i det mindste (nogle af) de underliggende principper. I den forbindelse er der for det første blevet argumenteret for, at dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke udelukkende skal anses for at angå juridisk dobbeltbeskatning. Til støtte for dette synspunkt er det blevet anført, at eksempelvis artikel 9 (associerede foretagender) og kommentarerne hertil netop angår økonomisk dobbeltbeskatning, samt at artikel 9, stk. 2, og artikel 7, stk. 1, anvender samme sprogbrug, idet de begge angår "profits of an enterprise". For det andet anerkender såvel kommentarerne som selve modeloverenskomsten (særligt artikel 5, stk. 7, artikel 7 og artikel 10) "the principle of deferral".³⁰

Ovenstående synspunkter er blevet imødegået med en række modargumenter. Blandt andet er det blevet påpeget, at begrebet *indkomst* – i generel forstand – ikke er fastlagt i dobbeltbeskatningsoverenskomster baseret på OECD-modellen (selvom fordelingsbestemmelserne opererer med forskellige kategorier af indkomst), og at begrebets indhold derfor må defineres i henhold til intern ret i den stat, som anvender overenskomsten, jf. artikel 3, stk. 2.³¹ Der eksisterer således kun indkomst, når lovgiver i den pågældende stat har besluttet, at en given transaktion/handling/overdragelse mv. skal anses for en skattepligtig begivenhed, og at indkomsten derfor skal undergives beskatning.³² Desuden er det op til lovgiver at fastslå, hvem der skal beskattes, dvs. udpege skattesubjektet, samt fastslå hvilke sammenslutninger, der skal anses for selvstændige skattesubjekter. Dobbeltbeskatningsoverenskomster afgør således ikke spørgsmålet om, til hvem indkomst skal henregnes, men sikrer

derimod blot, at personer hjemmehørende i mindst en af de kontraherende stater i givne situationer kan drage fordel af overenskomstens bestemmelser, idet personens allerede eksisterende skattemæssige forpligtelser herved begrænses.³³ For så vidt angår CFC-lovgivning, må moderselskabet hjemmehørende i den stat, der har CFC-regler, derfor ansues separat fra datterselskabet hjemmehørende i den anden kontraherende stat, og såfremt de nationale regler om medregning af indkomst medfører, at begge stater efter interne regler anser sig for berettiget til at beskatte indkomsten (hos hvert sit subjekt), er der intet i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, som hindrer dem heri.³⁴ Subjektet for CFC-beskatningen er jo moderselskabet hjemmehørende i det land, der har CFC-regler, og CFC-beskatningen reducerer således ikke fortjenesten i datterselskabet selv.

Synspunktet, om at dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke hindrer stater mulighed for at gennemføre CFC-beskatning, har siden 2003 ligeledes kunnet finde støtte i kommentarerne til modeloverenskomsten, hvor det bl.a. anføres:³⁵ "Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities... Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention."

Herudover kan synspunktet, om at artikel 7 skulle være til hinder for at gennemføre CFC-beskatning, søges tilbagevist med henvisning til "ånden" i eller formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomster i almindelighed. For det første må det tages i betragtning, at CFC-regler udgør værnsløvgivning, og at skatteydere ikke ved at påberåbe sig bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster skal kunne afholde stater fra at beskytte skattebasen mod erodering.³⁶ Til støtte herfor kan anføres, at et værnshensyn kan indlægges i dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. wienerkonventionens artikel 31, stk. 1, der fastslår, at en traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål.³⁷ For det andet må det lægges til grund, at dobbeltbeskatningsoverenskomster helt overvejende har til formål at hindre juridisk dobbeltbeskatning og ikke økonomisk dobbeltbeskatning.³⁸

Som nævnt oven for angår artikel 9, stk. 2, i OECD's modeloverenskomst (om associerede foretagender) ganske vist, som en undtagelse til hovedreglen, økonomisk dobbeltbeskatning, men dette er næppe relevant i CFC-sammenhæng, da CFC-lovgivning ikke er sat i verden for at sikre, at associerede foretagender handler på armslængdevilkår. Desuden lempes den økonomiske dobbeltbeskatning normalt, idet de fleste CFC-regimer giver adgang til creditlempelse for skat betalt af CFC-selskabet.³⁹

Også artikel 10, stk. 5 i OECD's modeloverenskomst (2010) er blevet inddraget i diskussionen om CFC-reglers forenelighed med dobbeltbeskatningsoverenskomster. Formålet med bestemmelsen er at hindre ekstra-territorial beskatning af udbytte, det vil sige den praksis, hvorefter stater beskatter udbytte, betalt af et ikke-hjemmehørende selskab, blot fordi den selskabsfortjeneste, hvoraf betalingen foretages, stammer fra deres eget territorium (f.eks. opnået af et dér beliggende fast driftssted). I bestemmelsens sidste led angives eksplicit, at forbuddet mod ekstra-territorial beskatning også gælder ikke-udloddet fortjeneste. Det er netop dette udsagn, der har givet anledning til synspunktet om, at artikel 10, stk. 5 er til hinder for CFC-beskatning.⁴⁰ En fremherskende opfattelse i litteraturen synes imidlertid at være, at bestemmelsen alene forbyder beskatning ved kilden. Da CFC-beskatning gennemføres hos moderselskabet, og ikke ved at pålægge selve CFC-selskabet beskatning, er artikel 10, stk. 5 således ikke til hinder for at gennemføre CFC-beskatning.⁴¹ Støtte til sidstnævnte opfattelse har siden 2003 også kunnet findes i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst.⁴² Endvidere kan flere af de generelle argumenter, som blev anført til støtte for, at artikel 7, stk. 1 ikke forhindrer CFC-beskatning, ligeledes gøres gældende i relation til artikel 10, stk. 5.⁴³

Det er undertiden endvidere gjort gældende, at også øvrige fordelingsbestemmelser, primært artikel 10, stk. 1 og 2 (udbytter), artikel 11 (renter), artikel 12 (royalties) og artikel 13, stk. 5 (kapitalgevinster) kan være til hinder for at gennemføre CFC-beskatning. Dette er tilfældet, såfremt CFC-selskabets indtægter hidrører fra selv samme land, som moderselskabet er hjemmehørende i, dvs. såfremt moderselskabets domicilland er kildeland for de pågældende betalinger til CFC-selskabet. Hvis overenskomsten mellem moderselskabets domicilland og CFC-selskabets domicilland foreskriver, at der skal gives kildelandsafkald på beskatningsretten til disse betalinger, eller alternativt at kildelandet kun kan beskattes med en særligt fastsat procentsats, kan der argumenteres for, at CFC-beskatning hos moderselskabet (med den fulde sats) er uforenelig med overenskomsten.⁴⁴

Argumentet blev dog afvist i den britiske *Bricom*-sag, som omtalt i afsnittet lige nedenfor.

4. International retspraksis

Da det må antages, at Højesteret til en vis grad vil skele til international retspraksis – såfremt spørgsmålet om de danske CFC-reglers forenelighed med dobbeltbeskatningsoverenskomster skulle blive prøvet – gennemgås i det følgende en række udenlandske afgørelser om spørgsmålet.⁴⁵ Indledningsvis omtales tre "ældre sager" fra henholdsvis Storbritannien, Frankrig og Finland.⁴⁶ Derefter omtales en række "nyere sager" fra Japan, Brasilien, Mexico, Sverige og Norge.

4.1 STORBRITANNIEN, FRANKRIG OG FINLAND

Bricom-sagen angik, om dagældende britiske CFC-regler i Sec. 747 ICTA var i strid med artikel 11 i Storbritanniens dobbeltbeskatningsoverenskomst med Nederlandene fra 1980.⁴⁷ Konkret omhandlede sagen det i Storbritannien hjemmehørende selskab *Bricom Holdings Limited* (herefter benævnt "*Bricom*"), der var moderselskab for et datterselskab hjemmehørende i Nederlandene, som havde ydet et rentebærende lån til et britisk koncernselskab. Renterne på dette lån kunne i henhold til artikel 11, stk. 1 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten kun beskattes i Nederlandene. *Special Commissioners* fandt, at den indkomst, som CFC-beskattedes hos *Bricom*, skulle anses for at have mistet sin karakter som renteindtægt, hvorfor artikel 11 i overenskomsten ikke fandt anvendelse.⁴⁸ *Court of Appeal* var enig i sagens udfald, men dog med den modifikation, at renteindtægterne ikke engang skulle anses for at udgøre en del af den sum, som var henført til *Bricom* til CFC-beskatning.⁴⁹ Overordnet er begge instansers tilgang blevet beskrevet som formalistisk, idet afgørelserne er baseret på en strikt fortolkning af de interne britiske CFC-regler, herunder en meget begrænset diskussion af de relevante bestemmelser i overenskomsten og den eventuelle betydning heraf. Afgørelserne er således også blevet kritiseret for ikke at tage fornøden højde for de i wienkonventionen fastsatte fortolkningsprincipper.⁵⁰

Schneider-sagen vedrørte det franske moderselskab *Société Schneider Electric* (herefter benævnt "*Schneider*"), der i henhold til dagældende artikel 209 B i Code Général des Impôts var blevet CFC-beskattet i Frankrig af indkomsten i et schweizisk datterselskab.⁵¹ *Schneider* gjorde gældende, at CFC-beskatningen var i strid med artikel 7, stk. 1 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Frankrig og Schweiz fra 1966.⁵² Conseil d'Etat indledte med at fastslå, at formålet med

de franske CFC-regler var at muliggøre beskatning i Frankrig af fortjeneste hidrørende fra aktiviteten i et datterselskab hjemmehørende i udlandet, og ikke, som ellers fremført af skattemyndighederne, at beskatte en "deemed dividend".⁵³ Conseil d'Etat analyserede derpå artikel 7, stk. 1 i overenskomsten, herunder særligt udtrykket *fortjeneste*, der ikke var defineret i overenskomsten. I henhold til overenskomstens artikel 3, stk. 2, skulle udtrykket *fortjeneste* derfor defineres i overensstemmelse med intern fransk ret. Idet den internt franske betydning af udtrykket *fortjeneste* dermed var styrende i relation til overenskomstens artikel 7, stk., 1, og da de franske CFC-regler netop angik beskatning af sådan fortjeneste i udenlandske selskaber, konkluderede Conseil d'Etat, at de franske CFC-regler var i modstrid med dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Schweiz, da datterselskabet ikke havde et fast driftssted i Frankrig, hvortil fortjenesten skulle henføres.⁵⁴ Afgørelsen er hovedsageligt blevet kritiseret for, at det var ukorrekt at lægge til grund, at den indkomst, der kom til CFC-beskatning hos det franske moderselskab, var den selv samme indkomst, som blev oppebåret af det schweiziske datterselskab, da det må være op til intern fransk ret selv at fastlægge, hvad der skal forstås ved fortjeneste (indkomst), og til hvem denne fortjeneste (indkomst) skal henføres.⁵⁵

Sagen *A Oyj Abp* angik et finsk selskab af samme navn, som ejede datterselskabet A Finance NV hjemmehørende i Belgien, der var undergivet lempelig beskatning dér i henhold til Belgiens særlige regler for koordinationscentre. Betingelserne for finsk CFC-beskatning af datterselskabets indkomst var opfyldt, men moderselskabet gjorde gældende, at CFC-beskatning ville være i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Finland og Belgien fra 1976, der var ændret i 1991.⁵⁶ Den højeste finske forvaltningsdomstol fastslog⁵⁷ at den indkomst, som efter de finske CFC-regler ville komme til beskatning hos det finske moderselskab, udgjorde fortjeneste fra forretningsvirksomhed,⁵⁸ og konkluderede derpå, at de finske CFC-regler ikke var i strid med fast driftsstedsbestemmelsen i overenskomsten med Belgien. Domstolen refererede direkte til 1992-kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, og lagde i øvrigt bl.a. vægt på, 1) at CFC-regler blot skal anses som interne lovregler om fastlæggelse af det faktum, der giver anledning til beskatning, hvorfor sådanne regler ikke påvirkes af overenskomster, 2) at overenskomster ikke udelukker de kontraherende stater fra at anvende nationale værnsregler, 3) at overenskomster ikke indeholder regler, der forhindrer økonomisk dobbeltbeskatning, 4) at anvendelsesområdet for de finske CFC-regler svarede til det, som var accepteret internationalt, 5) at de finske regler normalt

kun fandt anvendelse på datterselskaber undergivet særlig fordelagtig skattemæssig behandling, og 6) at det af forarbejderne til den finske CFC-lovgivning fremgik, at CFC-reglerne ikke angik Finlands ret til at beskatte selskaber i en anden kontraherende stat, men derimod angik beskatningen af moderselskabet (aktionæren) hjemmehørende i Finland.⁵⁹

4.2 JAPAN

Blandt de "nyere afgørelser" omtales først en japansk højesteretsdom. Et moderselskab hjemmehørende i Japan ejede 90% af kapitalen i et datterselskab beliggende i Singapore. Som konsekvens af datterselskabets salg af en aktiepost med avance (avancen var skattefri efter reglerne i Singapore) blev det japanske moderselskab undergivet CFC-beskatning i Japan.⁶⁰ Skatteyder indbragte sagen for domstolene med påstand om, at fast driftsstedsbetingelsen i artikel 7, stk. 1 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Japan og Singapore var til hinder for at gennemføre CFC-beskatning hos det japanske moderselskab.⁶¹ Både distriktsdomstolen og "High Court" gav imidlertid skattemyndighederne medhold i, at det japanske moderselskab kunne undergives CFC-beskatning, hvorfor skatteyder påklagede sagen til Japans Højesteret.⁶²

Højesteret stadfæstede dommen fra "High Court".⁶³ Domstolen konstaterede først, at fast driftsstedsbestemmelsen i overenskomstens artikel 7 alene forbyder juridisk dobbeltbeskatning af et foretagende beliggende i en anden kontraherende stat, dvs. konkret Singapore. Da de japanske CFC-regler medførte beskatning af det japanske moderselskab, og ikke datterselskabet i Singapore, stred beskatningen derfor ikke mod overenskomstens artikel 7. Domstolen lagde dernæst vægt på, at CFC-lovgivning er internationalt anerkendt, samt at de japanske CFC-regler efter domstolens opfattelse ikke var i strid med "ånden" i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Japan og Singapore, fordi CFC-reglerne ikke ville finde anvendelse, hvis det udenlandske datterselskab havde haft væsentlige driftsaktiviteter i Singapore, og fordi CFC-reglerne gav adgang til creditlempelse for den i udlandet betalte skat. Med andre ord havde det ifølge domstolen betydning, at det japanske CFC-regime i sin helhed var "rimeligt".⁶⁴ I sin begrundelse henviste domstolen desuden til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst fra 2008 (der i pkt. 13 til artikel 7 fastslår, at bestemmelsen ikke er til hinder for CFC-beskatning), selvom dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Singapore var fra 1997.

4.3 BRASILIEN

Set fra en dansk synsvinkel er de brasilianske sager af særlig interesse, da det brasilianske CFC-regime

ligesom det danske ikke anvender en lavskattetest. De brasilianske regler går dog endnu videre, idet reglerne eksempelvis også finder anvendelse i relation til "ikke-finansielle datterselskaber". Med andre ord finder CFC-reglerne anvendelse, uanset hvilke typer af indtægter og udgifter datterselskabet oppebærer. Disse meget brede CFC-regler har givet anledning til flere sager om reglernes forenelighed med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvoraf de to seneste fra 2011 skal omtales i det følgende.⁶⁵

En administrativ domstol har i en dom af 27. januar 2011 (*Normus*) afgjort, at fast driftsstedsbestemmelsen i artikel 7 i Brasiliens dobbeltbeskatningsoverenskomst med Ungarn fra 1986 ikke var til hinder for at gennemføre CFC-beskatning hos det brasilianske moderselskab.⁶⁶ Flertallets begrundelse byggede på, at CFC-reglerne indebar beskatning af det brasilianske moderselskab og ikke af det ungarske datterselskab. I den forbindelse henviste domstolen til pkt. 23 i kommentarerne til artikel 1 og pkt. 14 i kommentarerne til artikel 7 i OECD's modeloverenskomst (2010). Domstolen fandt endvidere, at de gældende CFC-regler skulle anses for at gennemføre beskatning af "deemed dividends", samt at dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10 (udbyttebestemmelsen) og artikel 23 (lempelsesbestemmelsen) medførte, at Brasilien kunne beskatte disse "deemed dividends", idet der dog skulle gives creditlempelse for den i Ungarn betalte skat.

En føderal domstol har i en dom af 25. november 2011 (*Companhia Vale do Rio Doce*) ligeledes haft lejlighed til at vurdere spørgsmålet.⁶⁷ Sagen angik Brasiliens største mineselskab, og også i dette tilfælde fandt domstolen, at fast driftsstedsbestemmelsen i de pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke forhindrede, at CFC-beskatning kunne gennemføres hos det brasilianske moderselskab.⁶⁸

Begge de omtalte afgørelser er anket, hvorfor spørgsmålet om de brasilianske reglers forenelighed med dobbeltbeskatningsoverenskomster pt. ikke er endeligt afklaret. I den forbindelse skal bemærkes, at flere andre afgørelser tidligere – og med forskelligt udfald – er blevet afsagt af forskellige brasilianske instanser, og at en del af disse sager heller ikke er endeligt afgjort endnu.⁶⁹ Endelig kan det tilføjes, at der i mere end 10 år har kørt en sag ved den brasilianske Højesteret omhandlende spørgsmålet om, hvorvidt det brasilianske CFC-regime er i strid med Brasiliens forfatning.⁷⁰

4.4 MEXICO

Sagen omhandlede, hvorvidt artikel 7, stk. 1 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Mexico og Irland fra 1998 var til hinder for, at Mexico kunne

CFC-beskatte det i Mexico hjemmehørende moderselskab *Cemex Net*.⁷¹ Den mexicanske højesteret konkluderede, at selvom dobbeltbeskatningsoverenskomsten efter mexicansk ret rangerer over intern lovgivning, så var der konkret ikke nogen konflikt, idet CFC-reglerne ikke var i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsten.⁷² Domstolen lagde vægt på, at den indkomst, som blev undergivet CFC-beskatning, ikke var det irske datterselskabs indkomst, men derimod det mexicanske moderselskabs indkomst, og henviste i den forbindelse til kommentarerne til artikel 7 i OECD's modeloverenskomst. Domstolen udtalte endvidere, at de interne CFC-regler blot skulle anses for at komplementere overenskomsten.⁷³

4.5 SVERIGE

Et svensk selskab ejede 100% af kapitalen i et schweizisk datterselskab, der drev koncernintern forsikringsvirksomhed. Selvom Schweiz befinder sig på den såkaldte "hvide liste", udgjorde selskabet et CFC-selskab, idet forsikringsaktiviteter er undtaget. Det svenske moderselskab havde anmodet Skatterättsnämnden om at bekræfte, at Sveriges dobbeltbeskatningsoverenskomst med Schweiz fra 1965 var til hinder for, at indkomsten i det schweiziske datterselskab kunne undergives CFC-beskatning hos det svenske moderselskab. Skatterättsnämnden fandt imidlertid, at anvendelsen af de svenske CFC-regler ikke skulle begrænses af dobbeltbeskatningsoverenskomsten.⁷⁴

Skatteyder indbragte derpå afgørelsen for Regeringsrätten.⁷⁵ Forvaltningsdomstolen kom til samme resultat som Skatterättsnämnden, men anvendte et ganske andet ræsonnement, der betød, at domstolen ikke var nødsaget til at foretage en fortolkning af selve bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Domstolen indledte med at bemærke, at Sverige er bundet af sine dobbeltbeskatningsoverenskomster og bemærkede samtidig, at dobbeltbeskatningsoverenskomster først bliver en del af svensk ret, når disse af Rigsdagen er vedtaget ved lov.⁷⁶ Herefter anførte domstolen, at love, der gennemfører dobbeltbeskatningsoverenskomster, ikke figurerer højere i retskildehierarkiet end øvrige love, samt at Sveriges dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke i sig selv kan udgøre beskatningshjemmel, idet sådanne alene kan lempe beskatning. På den baggrund måtte det ifølge domstolen være muligt for Sverige, ved senere lovgivning, at udvide sin beskatningsret. Idet der således var tale om en konflikt mellem to ligestillede normer, måtte svensk rets almindelige retsprincipper for løsning af sådanne problemstillinger finde anvendelse. Da CFC-reglerne var af nyere dato end dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Schweiz (*lex posterior*), og da CFC-lovgivningen endvidere udgjor-

de særlovgivning (*lex specialis*), konkluderede domstolen, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Schweiz ikke var til hinder for at gennemføre svensk CFC-beskatning.⁷⁷

Regeringsrättens ræsonnement er blevet kraftigt kritiseret i den svenske skatteretslitteratur. *Maria Hilling* anfører eksempelvis, at det ikke var korrekt at anskue problemstillingen som en konflikt mellem to ligestillede normer (idet dobbeltbeskatningsoverenskomsten netop er indgået på baggrund af en antagelse om, at disse begrænser adgangen til at beskatte i visse situationer), samt at den i sagen omhandlede situation klart falder inden for dobbeltbeskatningsoverenskomstens anvendelsesområde.⁷⁸ *David Kleist* argumenterer for, at domstolen burde have taget i betragtning, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten skal fortolkes og anvendes med respekt for deres folkeretlige udspring.⁷⁹ Endelig påpeger *Mattias Dahlberg*, at dobbeltbeskatningsaftaler bliver direkte anvendelige, når Rigsdagen har vedtaget gennemførelsesloven. Derfor påhviler der de svenske domstole mv. en folkeretlig forpligtelse, som betyder, at fortolkning af gennemførelsesloven skal baseres på folkeretlige fortolkningsprincipper.⁸⁰

Dommen gav anledning til en del forvirring om det generelle forhold mellem intern svensk ret og dobbeltbeskatningsoverenskomsten, hvilket affødte indtil flere anmodninger om bindende svar fra Skatterättsnämnden angående de svenske regler om "exit-beskatning" af aktier.⁸¹ Afgørelserne fra Skatterättsnämnden blev indbragt for Regeringsrätten, der i 2010 afsagde en kombineret dom i sagerne.⁸² I 2010-dommen forholder Regeringsrätten sig endvidere eksplicit til den tidligere CFC-dom og anfører, at denne ikke ændrer på det generelle udgangspunkt om, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst skal finde anvendelse, selvom der efterfølgende er indført ny intern svensk specifik lovgivning. Dog præciseres det, at hvis lovgiver: "...*gett klart uttryck för att avsikten är att en viss typ av inkomst ska beskattas i Sverige eller att en viss ny bestämmelse ska tillämpas oberoende av innehåll i et skatteavtal så ska den nya regeln ges företräde. Om lagstiftarens intentioner i nu aktuellt hänseende inte är helt tydliga får däremot antas att lagstiftaren inte avsett att rubba tillämpningen av skatteavtalen.*"⁸³ Selvom 2010-dommen indebærer, at anvendelsesområdet for CFC-dommen må anses for indskrænket, er der næppe tale om, at retstillingen, som den var forud for CFC-dommen, med 2010-dommen er fuldt ud genoprettet.⁸⁴

4.6 NORGE

I Norge har Finansdepartementet udstedt en principudtalelse om forholdet mellem de norske CFC-regler (NOKUS-reglerne) og dobbeltbeskatnings-

overenskomster.⁸⁵ Departementet udtaler heri, at NOKUS-beskatning ikke kan sidestilles med beskatning af udbytter fra datterselskabet, og at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke er til hinder for gennemførelsen af NOKUS-beskatning. Til støtte herfor henvises til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, og det anføres, at det forhold at senere udbytter fra datterselskabet vil være skattefrie, ikke udgør et validt argument mod gennemførelse af NOKUS-beskatning. Det er værd at bemærke, at Sentralskattekontoret oprindeligt havde fundet, at overenskomsten mellem Singapore og Norge kunne være til hinder for norsk NOKUS-beskatning i den udstrækning, at datterselskabets indkomst blev udloddet som udbytte. Senere kom Sentralskattekontoret dog frem til - baseret på nye kommentarer til OECD's modeloverenskomst - at NOKUS-beskatning faldt uden for udbyttebegrebet i artikel 10, samt at artiklen i øvrigt alene modvirker juridisk dobbeltbeskatning og ikke økonomisk.⁸⁶ Departementet tilslutter sig i sin principudtalelse Sentralskattekontorets nye konklusion.⁸⁷

4.7 STATUS – INTERNACIONAL SKATTEPRAKSIS

På trods af at der i international sammenhæng er tale om et begrænset antal afgørelser, tegner der sig et billede af, at domstole mv. er tilbageholdende med at erklære nationale CFC-regler for værende i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsten. På den baggrund er det fristende at drage den konklusion, at international skattepraksis efterhånden klart peger i retning af, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke begrænser staters mulighed for at gennemføre CFC-beskatning,⁸⁸ og at dette i en dansk sammenhæng øger sandsynligheden for, at Højesteret vil komme til et tilsvarende resultat, såfremt spørgsmålet skulle blive prøvet. Selvom en del taler for rigtigheden af en sådan konklusion, må det dog tages i betragtning, at den bagvedliggende argumentation har været ganske forskellig landene imellem og ofte også de enkelte instanser imellem. Af varierende betydning for sagernes udfald har bl.a. været: 1) om et monistisk eller dualistisk princip anvendes i forholdet mellem intern ret og folkeret, 2) om spørgsmålet skal afgøres alene ved fortolkning af intern ret eller ved fortolkning af bestemmelser i den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst, 3) om CFC-reglerne anvender en *deemed dividend*-metode eller en af de øvrige metoder, 4) om bestemmelserne i den pågældende overenskomst skal underkastes en ordlydsfortolkning eller en formålsfortolkning, 5) om kommentarerne til OECD's modeloverenskomst skal inddrages og 6) om nyere kommentarer til OECD's overenskomst kan tillægges betydning ved fortolkning af ældre overens-

komster. I lyset af disse forskelligheder forekommer det nødvendigt at foretage en særskilt analyse af spørgsmålet om de danske CFC-reglers forenelighed med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. En sådan analyse må baseres på de danske CFC-reglers konkrete udformning, og må udføres under iagttagelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsters samt OECD-kommentarernes status i dansk ret.

5. Er dansk CFC-lovgivning forenelig med vores dobbeltbeskatningsoverenskomster?

Forinden der tages hul på diskussionen om de danske CFC-reglers forenelighed med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, skal det bemærkes, at problemstillingen ikke optræder, hvis der i den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst findes en bestemmelse, som eksplicit fastslår, at de kontraherende stater kan CFC-beskatte hjemmehørende selskaber. Sådanne bestemmelser eksisterer dog kun i få af Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁸⁹ I international sammenhæng findes der derimod en hel del eksempler på, at sådanne bestemmelser er indføjede.⁹⁰ Herudover er det værd at notere, at der ses enkelte eksempler på bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster, som modsat har til formål at fastslå, at CFC-beskatning ikke er tilladt.⁹¹ Desuden skal det bemærkes, at det forhold, at en eller begge stater allerede havde introduceret CFC-lovgivning på tidspunktet for indgåelsen af en konkret dobbeltbeskatningsoverenskomst, næppe kan resultere i, at landets/landenes CFC-regler alene af den årsag må anses for at være forenelige med den indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomst.⁹²

Forholdet mellem intern dansk ret og folkeret bygger på et dualistisk princip,⁹³ og der gælder en formodningsregel for, at lovgiver ikke har haft til hensigt at vedtage regler, som er i strid med Danmarks folkeretlige forpligtelser.⁹⁴ Der kræves således meget stærke holdepunkter for at antage, at lovgiver med vilje har vedtaget regler i strid med folkeretten.⁹⁵ Såfremt sådanne holdepunkter konkret foreligger, vil de interne regler imidlertid gå forud for de folkeretlige regler, som derved krænkes (såkaldt *treaty-override*).⁹⁶ I relation til de danske CFC-regler synes der imidlertid ikke belæg for at konkludere, at lovgiver har haft til hensigt at krænke Danmarks folkeretlige forpligtelser.⁹⁷ Såfremt konklusionen bliver, at de danske CFC-regler må anses for at stride mod indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, må der således antages at have foreligget en retsvildfarelse

hos lovgiver. Konsekvensen heraf vil da være, at de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster skal anses for at have forrang.⁹⁸

5.1 NYERE DOBBELTBESKATNINGSOVERENSKOMSTER

Ved vurderingen af hvorvidt de gældende danske CFC-regler skal anses for at stride mod indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster baseret på OECD's modeloverenskomst, kan der næppe herske tvivl om, at kommentarerne til modeloverenskomsten skal inddrages.⁹⁹ I hvert fald vedrørende dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået efter 2003-kommentarernes ikrafttræden må der således med nogen vægt kunne argumenteres for, at de danske CFC-regler er forenelige med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, da kommentarerne fra og med 2003-udgaven har givet udtryk for, at CFC-lovgivning – der indebærer, at en kontraherende stat kan beskatte dér hjemmehørende personer af indkomst, som kan henføres til deres deltagelse i visse udenlandske enheder – ikke er i strid med bestemmelserne i modeloverenskomsten (se afsnit 3 ovenfor).

Problemet med kommentarerne til OECD's modeloverenskomst er imidlertid, at disse til en vis grad kan anses for selvmodsigende.¹⁰⁰ Eksempelvis synes det svært at forene synspunktet om, at anvendelsen af CFC-lovgivning ikke begrænses af dobbeltbeskatningsoverenskomster, med det faktum, at kommentarerne samtidig indikerer, at CFC-lovgivning dog skal holde sig inden for visse rammer:¹⁰¹ "*States that adopt controlled foreign companies provisions or the anti-abuse rules referred to above in their domestic tax laws seek to maintain the equity and neutrality of these laws in an international environment characterised by very different tax burdens, but such measures should be used only for this purpose. As a general rule, these measures should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer*". Hvorfor skal CFC-lovgivningen holde sig inden for bestemte rammer, hvis anvendelsen af sådanne regler ikke hindres af dobbeltbeskatningsoverenskomster?

Det er min opfattelse, at kommentarerne samlet set skal anses for at udtrykke, at CFC-lovgivning som *udgangspunkt* ikke skal anses for at konflikte med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, da CFC-lovgivning ikke (direkte) er behandlet i dobbeltbeskatningsoverenskomster, men at dobbeltbeskatningsoverenskomster dog rent undtagelsesvist kan begrænse anvendelsen af CFC-lovgivning, hvis CFC-lovgivningen konkret har så bredt et anvendelsesområde, at reglerne ikke kan anses for indført med henblik på at sikre retfærdighed og neutralitet i

beskatningen i et internationalt forum karakteriseret ved forskellige skattebyrder.¹⁰²

Spørgsmålet bliver herefter, om de gældende danske CFC-regler netop skal anses for at have så bredt et anvendelsesområde, at indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster undtagelsesvist må anses for at hindre, at dansk CFC-beskatning gennemføres. Til støtte for at dette må være tilfældet kan *for det første* bemærkes, at de danske CFC-regler for selskaber kan finde anvendelse i relation til alle datterselskaber – og det uanset beliggenhed og uanset beskatningsniveauet i datterselskabets domicilland.¹⁰³ Dette synes ikke at harmonere med kommentarernes formaning om, at CFC-lovgivning som regel ikke bør anvendes, når den relevante indkomst er blevet undergivet sammenlignelig beskatning.¹⁰⁴

I den forbindelse kan der *for det andet* argumenteres for, at de gældende danske CFC-reglers brede anvendelsesområde har medført, at CFC-reglerne snarere udgør en generel beskatningsregel end en egentlig værnsregel, hvorfor det synes svært at retfærdiggøre CFC-reglernes eksistens med henvisning til, at der kan indfortolkes et værns hensyn i dobbeltbeskatningsoverenskomster.¹⁰⁵ I relation hertil bør det vejledende princip om misbrug i kommentarerne erindres:¹⁰⁶ *"A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favorable tax position and obtaining that more favorable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions."*¹⁰⁷ Da de danske CFC-regler meget vel (også) kan finde anvendelse på situationer, hvor hovedformålet med etableringen af datterselskabet ikke har været at opnå en skattemæssig fordel, kan der argumenteres for, at danske CFC-regler i sådanne situationer ikke kan bringes i anvendelse.

For det tredje anvender gældende danske CFC-regler en *entity*-tilgang, hvor hele datterselskabets indkomst i givet fald skal medregnes hos moderselskabet via en metodik, der formentlig må anses for baseret på *look through*-metoden. Netop CFC-regimer baseret på *look through*-metoden er blevet anset for i højere grad at indebære risiko for, at CFC-reglerne konkret vil stride mod indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.¹⁰⁸ Mens CFC-beskatning baseret på eksempelvis *deemed dividend*-metoden i en vis udstrækning kan anskues som et periodiserings spørgsmål (hvornår skal aktionæren skatteretligt udbyttebeskattes), kan mekanismen bag *look-through*-metoden anskues som en proces bestående af to trin: 1) Datterselskabet accepteres som et selvstændigt skattesubjekt, og det anerkendes, at datterselskabets indkomst – i første omgang – skat-

teretligt skal henføres hertil. 2) Herefter overføres datterselskabets indkomst – i anden omgang – til moderselskabet. *Look through*-metoden gennemfører således ikke CFC-beskatningen ad én omgang. Dette er problematisk, hvis moderselskabets domicilland skal anses for bundet af, at CFC-selskabets indkomst i trin 1 netop er blevet henført til CFC-selskabet, da dette i så fald vil betyde, at moderselskabets domicilland afskæres fra at beskatte indkomsten, jf. ordlyden i artikel 7, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst, idet indkomsten således er blevet henført til et selskab hjemmehørende i en anden stat (hvorfor moderselskabets domicilland alene kan beskatte datterselskabets indkomst, hvis den hidrører fra et fast driftssted i moderselskabets domicilland).¹⁰⁹

Endelig skal det *for det fjerde* bemærkes, at såfremt de ganske vidtfavnende danske CFC-regler ikke skal anses for at stride mod indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, så er det svært at forestille sig, hvilke former for CFC-regimer, der så kan anses for uforenelige med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Til støtte for, at de gældende danske CFC-regler er i overensstemmelse med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, kan *for det første* anføres, at kommentarerne til OECD's modeloverenskomst siden 2003 som nævnt har givet udtryk for, at CFC-lovgivning som hovedregel må anses for ikke at stride mod dobbeltbeskatningsoverenskomster.¹¹⁰ Selvom kommentarerne på nogle punkter er selvmodsigende, kan der argumenteres for, at de få indeholdte tilkendegivelser – om ikke at udstrække rammerne for CFC-beskatning for vidt – er formuleret så vagt, at tilkendegivelserne snarere må betragtes som henstillinger, jf. eksempelvis den ovenfor citerede kommentar til artikel 1, pkt. 26, der udtaler, at CFC-lovgivning *som regel* ikke bør anvendes på indkomst, der har været undergivet sammenlignelig beskatning.¹¹¹ Denne passage i kommentarerne fremgik også af en næsten tilsvarende formulering i OECD-rapporten fra 1987, og passagen omtales (sammen med andre passager i rapporten) netop som "guidelines", som det i øvrigt er svært at udlede præcise regler af.¹¹²

For det andet kan det gøres gældende, at de danske CFC-regler ikke medfører, at CFC-selskabet pålægges skat, idet CFC-beskatningen gennemføres ved at regulere det danske moderselskabs indkomst. Dansk CFC-beskatning resulterer således ikke i juridisk dobbeltbeskatning, men derimod eventuelt i økonomisk dobbeltbeskatning, og da modeloverenskomsten (helt overvejende) ikke angår økonomisk dobbeltbeskatning, kan der argumenteres for, at dansk CFC-beskatning ikke er i strid med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster baseret herpå.

I den forbindelse, kan det for det tredje bemærkes, at en rendyrket ordlydsfortolkning af artikel 7, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst, hvorved der henses til de anvendte udtryks oprindelige mening, ikke udelukker, at de danske CFC-regler kan anses for forenelige med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.¹¹³ Fra et dansk perspektiv (moderselskabsperspektiv) kan artikel 7, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst læses således: "*Fortjeneste, som er indvundet af et foretagende i Danmark, kan kun beskattes i Danmark, medmindre foretaget driver erhvervsvirksomhed i X-land gennem et dér beliggende fast driftssted.*" Definitionen af, hvad der skal anses for at udgøre "*et foretagende i Danmark*", skal foretages i henhold til artikel 3, stk. 1, litra d, dvs. som "*et foretagende, som drives af en person, der er hjemmehørende i Danmark.*" Som følge af denne henvisning til "*en person, der er hjemmehørende i Danmark*" (forstået som enhver person, som i henhold til lovgivningen i Danmark er skattepligtig dér på grund af hjemsted, bopæl, ledelsens sæde eller et andet lignende kriterium, jf. artikel 4, stk. 1), skal der ved udtrykket "*fortjeneste, som er indvundet af et foretagende i Danmark*" forstås den indkomst, som i henhold til interne danske (CFC-) regler skal henføres til personer hjemmehørende i Danmark. Og i henhold til interne danske (CFC-) regler er den indkomst, som skal henføres til beskatning hos moderselskabet, "tilfældigvis" lig den indkomst, som datterselskabet i X-land har genereret.¹¹⁴ Datterselskabet i X-land undergives imidlertid ikke selv beskatning i Danmark, hvorfor (CFC-) beskatningen i Danmark ikke kan anses for at være i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsten.¹¹⁵

Såfremt en ordlydsfortolkning af artikel 7, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst ikke tilsiger, at de danske CFC-regler er i strid med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, kan der for det fjerde argumenteres for, at det ikke bør spille nogen rolle, at de danske CFC-regler er baseret på *look through*-metoden frem for en af de øvrige metoder, da dette blot må betegnes som en teknikalitet i de interne (CFC-) regler om opgørelse og henførelse af indkomst.¹¹⁶

For det femte kan der sættes spørgsmålstegn ved, om det virkelig er korrekt, at SEL § 32 (helt) skulle have mistet sin karakter af værnregel for i stedet at udgøre en generel beskatningsregel som følge af, at lavskattetesten er droppet og anvendelsesområdet udvidet til også at omfatte danske datterselskaber. Selvom det må medgives, at de gældende danske CFC-regler har fået et endog meget bredt anvendelsesområde, må det erindres, at CFC-reglerne alene finder anvendelse, hvis CFC-indkomsten udgør mere end halvdelen af den samlede indkomst, og de finansielle aktiver overstiger 10% af de samlede aktiver, jf.

SEL § 32, stk. 1, nr. 1 og 2.¹¹⁷ Endvidere er det i nogle tilfælde muligt at opnå dispensation fra CFC-reglerne, for så vidt angår datterselskaber med koncession til at udøve forsikrings-, realkredit-, fondsmægler-, investeringsforvaltnings- eller bankvirksomhed, jf. SEL § 32, stk. 2, 2.-4. pkt.¹¹⁸ Ydermere kan der opnås creditlemelse for datterselskabets skatter, jf. SEL § 32, stk. 11, hvorfor dansk CFC-beskatning som udgangspunkt alene vil have effekt, såfremt datterselskabet er hjemmehørende i et land, hvor beskatningen af datterselskabets indkomst er lavere end i Danmark. På den baggrund kan det gøres gældende, at SEL § 32 ikke (helt) har mistet sin karakter af værnregel, hvorfor argumentet – om at skatteydere ikke ved at påberåbe sig bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster skal kunne afholde stater fra at beskytte skattebasen mod erodering¹¹⁹ – fortsat kan bringes på bane.

Endelig kan der for det sjette henvises til, at tendensen i international skattepraksis peger i retning af, at CFC-lovgivning normalt ikke skal anses for at stride mod indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Selvom de af domstolene anvendte begrundelser er forskellige, må det også i en dansk sammenhæng kunne tillægges en vis betydning, at domstole i en række andre lande kom frem til, at CFC-lovgivningen ikke var i strid med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Særligt baseret på det centrale budskab i 2003-kommentarerne til OECD's modeloverenskomst (om at overenskomster ikke begrænser en kontraherende stats ret til at CFC-beskatte dér hjemmehørende personer), det forhold at en ordlydsfortolkning af modeloverenskomstens artikel 7, stk. 1 ikke udelukker, at de danske CFC-regler er forenelige med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, samt tendensen i international skattepraksis, er det min opfattelse, at mest taler for, at de gældende danske CFC-regler ikke skal anses for at være i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået på baggrund af OECD-modellen, efter at 2003-kommentarerne trådte i kraft. Det må dog medgives, at ophævelsen af lavskattetesten bidrager til usikkerhed herom.

5.2 ÆLDRE DANSKE DOBBELTBESKATNINGSOVERENSKOMSTER

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt 2003-kommentarerne til OECD's modeloverenskomst (og senere udgaver) kan inddrages – ved vurderingen af om dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået før 2003-kommentarerne ikrafttræden kan hindre dansk CFC-beskatning – er det værd at bemærke Landsskatterettens afgørelse i SKM2004.439.LSR. Landsskatteretten skulle i den forbindelse bl.a. tage stilling til, hvorvidt dobbeltbeskatningsoverenskom-

sten med Schweiz fra 1973 var til hinder for at CFC-beskatte et dansk moderselskab, der fuldt ud ejede et datterselskab i Schweiz, som drev bankvirksomhed.

Landsskatteretten fandt ikke, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Schweiz var til hinder for at CFC-beskatte det danske moderselskab. Til støtte herfor henviste Landsskatteretten uden nærmere begrundelse til 2003-kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, selvom dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Schweiz var af ældre dato.¹²⁰ På den baggrund konkluderede Landsskatteretten: "*CFC-beskatning må med andre ord accepteres, men det udelukkes på den anden side ikke, at et lands CFC-regler konkret kan være for vidtgående og dermed i konflikt med overenskomsterne. Det er rettens opfattelse, at den dagældende bestemmelse i selskabsskattelovens § 32 ikke overskrider de rammer for CFC-beskatning, der må accepteres. Der er herved bl.a. henset til, at bestemmelsen var begrænset til at omfatte udenlandsk kontrollerede selskaber m.v., hvis virksomhed overvejende er af finansiel karakter, og hvis afkast beskattes væsentligt lavere end efter danske regler.*"

Da afgørelsen vedrører de tidligere CFC-regler – som på flere områder adskiller sig fra de gældende – skal afgørelsen i sin helhed ikke behandles nærmere her.¹²¹ Dog skal det bemærkes, at det efter min opfattelse kan kritiseres, at Landsskatteretten uden videre lægger 2003-kommentarerne til grund ved vurderingen af en dobbeltbeskatningsoverenskomst indgået i 1973. Dette skyldes, at det først er i 2003-kommentarerne og senere kommentarer, at OECD vælger side til fordel for anvendelsen af CFC-regler, mens 1992-kommentarerne alene synes at gengive, at nogle lande (flertallet) ikke anser dobbeltbeskatningsoverenskomsten for at hindre anvendelsen af CFC-lovgivning, mens andre lande (mindretallet) er af den modsatte opfattelse.¹²² For så vidt angår 1977-kommentarerne, antyder disse endda, at såfremt en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke eksplicit tillader anvendelsen af nationale værnregler, kan sådanne værnregler ikke anvendes til at nægte de fordele, som fremgik af overenskomsten.¹²³

Det må medgives, at danske domstole, inklusiv Højesteret, i en vis udstrækning har anvendt en dynamisk fortolkningsstil, jf. bl.a. højesteretsdommen TfS 1993.7 H. Af dommen fremgår, at kommentarerne til OECD's modeloverenskomst – der var blevet til efter indgåelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten med USA af 1948 – blev tillagt betydning. Dommen kan dog ikke tages til indtægt for, at nyere kommentarer uden videre altid skal/kan lægges til grund ved fortolkningen af ældre overenskomster.¹²⁴ Udgangspunktet må således fortsat være, at der ved fortolkningen tages udgangspunkt i den version af

modeloverenskomsten med kommentarer, som var gældende på tidspunktet for indgåelsen af den konkrete overenskomst. Dette udelukker imidlertid ikke, at senere udgaver af modeloverenskomsten med kommentarer kan tillægges betydning, f.eks. pga. den argumentatoriske værdi,¹²⁵ forudsat at de nyere udgaver blot indeholder præciseringer.¹²⁶ Er der derimod tale om en decideret ændring, kan de nye kommentarer næppe lægges til grund.¹²⁷ På den baggrund er det min opfattelse, at der må udvises tilbageholdenhed mht. at anvende 2003-kommentarerne ved vurderingen af, om de danske CFC-regler er forenelige med ældre dobbeltbeskatningsoverenskomster, da der er sket en væsentlig udvikling i kommentarernes stillingtagen til forholdet mellem dobbeltbeskatningsoverenskomster og nationale værnregler, herunder CFC-regler, og da det ikke kan udelukkes, at kommentarerne må anses for at have undergået en decideret ændring.¹²⁸

Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at gældende danske CFC-regler automatisk må anses for at være i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået før 2003. Konsekvensen er derimod snarere, at argumenterne – for at CFC-reglerne er forenelige med ældre danske dobbeltbeskatningsoverenskomster – så at sige må stå på egne ben. Selvom usikkerheden vedrørende konklusionen er (endnu) større vedrørende ældre dobbeltbeskatningsoverenskomster,¹²⁹ er det min vurdering, at argumenterne for forenelighed relativt set er så stærke, at mest taler for, at gældende danske CFC-regler næppe vil blive erklæret uforenelige med ældre dobbeltbeskatningsoverenskomster, såfremt spørgsmålet skulle blive forelagt for Højesteret.¹³⁰ I den forbindelse kan det supplerende bemærkes, at Danmark efterhånden har haft CFC-regler i små 20 år, hvorfor kontraherende stater – som måtte mene, at de danske CFC-regler strider mod dobbeltbeskatningsoverenskomsten – har haft rig lejlighed til at gøre indsigelse. Såfremt en stat ikke har gjort indsigelse over for Danmark, da den fik kendskab til de danske regler herom, kan der således argumenteres for, at den pågældende stat nu har fortabt muligheden herfor.¹³¹

6. Afslutning

Særligt baseret på det centrale budskab i 2003-kommentarerne til OECD's modeloverenskomst (om at overenskomster ikke begrænser en kontraherende stats ret til at CFC-beskatte dér hjemmehørende personer), det forhold at en ordlydsfortolkning af modeloverenskomstens artikel 7, stk. 1 ikke udelukker, at de danske CFC-regler er forenelige med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, samt

tendensen i international skattepraksis, er det min opfattelse, at mest taler for, at de gældende danske CFC-regler ikke skal anses for at være i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået på baggrund af OECD-modellen efter 2003-kommentarerne trådte i kraft. Dog kan det ikke helt udelukkes, at de gældende danske CFC-regler for selskaber i nogle situationer vil kunne stride mod indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Usikkerheden skyldes primært bemærkningen i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst om, at CFC-regler som regel ikke bør anvendes, når den relevante indkomst er blevet undergivet en beskatning, der er sammenlignelig med beskatningen i det land, hvori skatteyderen er hjemmehørende. For så vidt angår Danmarks ældre dobbeltbeskatningsoverenskomster, må der desuden nok udvises tilbageholdenhed mht. at anvende 2003-kommentarerne, hvilket efter min opfattelse kan øge risikoen for, at de danske CFC-regler må anses for at stride mod ældre overenskomster. Alt i alt kan det forekomme utilfredsstillende, hvis lande – eksempelvis via CFC-lovgivning – har mulighed for at udhule indholdet af sine forpligtelser i henhold til indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Afslutningsvis synes det derfor passende at påpege, at der dog må eksistere grænser for, hvor langt anvendelsesområdet for nationale værneregler kan udtrækkes, jf. bl.a. denne rammende betragtning hos *Brian J. Arnold*: "... some type of limitation on the application of domestic anti-avoidance rules in the context of tax treaties is clearly necessary. A country should not be able to avoid its treaty obligations by taking the position that virtually all transactions are abusive and all of its domestic rules are anti-avoidance rules."¹³² Selvom det må medgives, at omfanget af danske værneregler har været støt stigende i de senere år,¹³³ samt at anvendelsesområdet for de danske CFC-regler er ganske bredt, kan dansk CFC-lovgivning i mine øjne ikke anses for at være nået til det af *Brian J. Arnold* beskrevne punkt. Det må således (inden for visse grænser) accepteres, at lande, herunder Danmark, har indført værneregler til beskyttelse af den nationale skattebase.

NOTER

- 1 Udarbejdelsen af artiklen er afsluttet medio juni 2012, og materiale fremkommet efter dette tidspunkt er derfor ikke taget i betragtning.
- 2 Jf. bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser § 1, nr. 9, L 35 (1994/1995), hvorved CFC-reglerne for selskaber blev indført.
- 3 Jf. L 213 (2006/2007). Hovedformålet bag reglerne synes dog at være det samme, jf. de almindelige bemærkninger til lovforslaget. For en generel omtale af de danske CFC-regler efter vedtagelsen af L 213 (2006/2007) henvises til: Sara Stentz Zahle & Søren Steenholdt, SR-Skat 2007, p. 477 et seq., Lars Nyhegn-Eriksen, RR, 2007, nr. 8, p. 60-68 og Daniell Rosenlund & Søren Reinhold Andersen, SU 2007, 235. For omtale af de mere tekniske justeringer, som blev foretaget i forbindelse med vedtagelsen af L 23 (2008/2009), se Kim Wind Andersen, Ufs 10.2009, p. 1027-1031.
- 4 Jf. Luc de Broe: International Tax Planning and Prevention of Abuse, 2008, p. 575. Stef van Weeghel, Cahiers du Droit Fiscal International, General Report, 2010, p. 32, konkluderer på baggrund af nationalrapporterne: "... the prevalent, but not undisputed position seems to be that application of CFC legislation is compatible with tax treaties..." Philip Baker: Double Taxation Conventions (løbsbladsudgave), 2001, afsnit 1B.58, udtrykker ganske rammende: "The issue is relatively simple to explain, but touches upon a number of matters relating to double taxation conventions and engenders strong differences of opinion."
- 5 For de forskellige opfattelser, se Søren Steenholdt, TFS 1995.148, Bente Møll Pedersen, European Taxation, 1995, p. 315-318, Lars Cort Hansen, SU 1999, 5, Jens Laurbjerg Nielsen, SU 1999, 191, Anja Svendgaard: Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber, 2001, p. 250-251, Michael Sørensen, Cahiers du droit fiscal international, 2001, p. 471, Lars Nyhegn-Eriksen, RR, 2002, nr. 9, p. 10-21, Anders Oreby Hansen & Nikolaj Bjørnholm: International Dobbeltbeskatning, 2002, p. 170, Christen Amby, SU 2003, 219 samt Jakob Rix i Hans-Jörgen Aigner et al: CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, p. 152-164. Se også Aage Michelsen, RR, 2005, nr. 1, SM, p. 2-5, der på den ene side fremhæver, at 2003-kommentarerne til OECD's modeloverenskomst udtrykker, at CFC-regler normalt ikke er i strid med modeloverenskomsten, og på den anden side anfører, at 2003-kommentarerne såvel som 1992-kommentarerne ikke udgør tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at CFC-reglerne ikke strider mod Danmarks ældre dobbeltbeskatningsoverenskomster. Om forholdet forud for 2003-kommentarerne, se endvidere Aage Michelsen: International Skatteret, 2003, p. 415-417 og samme i NTS.1999.91.
- 6 Nærværende artikel angår alene CFC-reglerne for selskaber mv., jf. SEL § 32. CFC-reglerne for personer indeholder fortsat en lavskattetest og er stadig baseret på transaktionsmetoden, jf. LL § 16 H. Artiklens fokus er på CFC-beskatning af indkomst i datterselskaber. I relation til "CFC-beskatning" af udenlandske faste driftssteder, jf. SEL § 8, stk. 2, skal blot bemærkes, at det i bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 5, L 121 (2004/2005), udtales: "Der gives nedsættelse for udenlandske skatter efter enten selskabsskattelovens § 32, stk. 10 eller dobbeltbeskatningsoverenskomsten med den stat, Færøerne eller Grønland, hvor det faste driftssted er beliggende." Se også bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 2, nr. 8, L 173 (2011/2012). At lempelse også kan gives efter den konkrete

- overenskomst, kan have betydning, hvis overenskomsten foreskriver eksemptionslempelse, jf. Jan Guldmann Hansen et al.: Sambeskatning 2011/2012, 2011, p. 180, samt Jens Wittendorff, SR-Skat, 2006, nr. 1, p. 57-74. Om den særlige situation, hvor datterselskabet opfylder betingelserne for at udgøre et fast driftssted, og hvor overenskomsten mellem Danmark og det pågældende land foreskriver eksemptionslempelse, se Niels Winther-Sørensen i Niels Winther-Sørensen et al.: Skatteretten 3, 1995, p. 305.
- 7 Entity-tilgangen benævnes i nogle sammenhænge også som jurisdiktionstilgangen. Se OECD-rapport: Controlled Foreign Company Legislation, 1998, p. 47-48 samt Brian Arnold: The Taxation of Controlled Foreign Corporations – An International Comparison, 1986, p. 136-137.
 - 8 I dansk skatteretslitteratur efter vedtagelsen af L 213 (2006/2007) synes spørgsmålet alene at have været diskuteret sporadisk. Michael Kirkegaard, SU 2007, 236 og Aage Michelsen, SU 2008, 85 omtaler ganske kort de seneste ændringer i kommentarerne til OECDs modeloverenskomst. Lars Nyhegn-Eriksen, RR, 2007, nr. 8, p. 60-68, konstaterer kort, at SEL § 32 med vedtagelsen af L 213 (2006/2007) har ændret sig fra at være en målrettet værnregel til at være en generel beskatningsregel. Jakob Bundgaard i Niels Winther-Sørensen et al.: Skatteretten 3, 2009, p. 330, anfører, at det i lyset af det ændrede fokus og anvendelsesområde for de danske CFC-regler er værd at genoverveje, om CFC-reglerne ligger inden for acceptable rammer. I samme bog, p. 36, note 16, konstaterer Niels Winther-Sørensen dog, at det næppe kan antages, at de danske domstole vil finde CFC-reglerne i strid med dobbeltbeskatningsoverenskomsterne. Se endvidere Aage Michelsen i Aage Michelsen et al.: Lærebog om indkomstskat, 2011, p. 1073.
 - 9 Jf. Daniel Sandler: Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation, 1998, p. 19.
 - 10 Jf. OECD Report: Double Taxation Conventions and use of Base Companies, 1987, R(5)-24.
 - 11 Moderselskabet anses for at have modtaget en form for fiktiv indkomst. Metoden kan f.eks. komme til udtryk ved, at moderselskabet løbende beskattes af stigninger i markedsværdien af aktieposten i CFC-selskabet eller løbende beskattes af en form for "fixed deemed rate of return", jf. Nicolas Garfunkel, Tax Notes International, 2010, p. 53 et seq.
 - 12 Det kan derfor være svært at rubricere de enkelte landes regler, jf. Alexander Rust, Intertax, 2008, p. 492-501.
 - 13 Jf. Luc de Broe: International Tax Planning and Prevention of Abuse, 2008, p. 606.
 - 14 Den i nærværende artikel anvendte terminologi bruges eksempelvis af Nicolas Garfunkel, Tax Notes International, 2010, p. 53 et seq. og Alexander Rust, Intertax, 2008, p. 492-501. Metoderne ses i andre fremstillinger opdelt og benævnt anderledes, jf. f.eks. Hans-Jürgen Aigner et al. i Michael Lang et al (red.): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, p. 23 og Aage Michelsen, RR, 2005, nr. 1, SM, p. 2-5., der foretager en grovere opdeling i blot to kategorier.
 - 15 Joanna Wheeler: Cahiers de droit fiscal international, general report, 2007, p. 44 beskriver denne metode som den oftest forekommende og anser metoden for at behandle CFC-selskabet som semi-transparent: "Most look-through CFC-regimes are a form of translucence, as what is attributed to the to the shareholders is a portion of the CFC's income, not a portion of its gross income with corresponding expenses."
 - 16 Hverken ordlyd eller forarbejder mv. indikerer anvendelse af deemed dividend-metoden. Det synes også tilfældet i relation til CFC-reglerne forud for L 213 (2006/2007), jf. Anja Svendgaard: Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber, 2001, p. 193. Det er da også værd at huske på, at udbytter fra koncernselskabsaktier og datterselskabsaktier efter gældende regler normalt er skattefrie, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2, jf. ABL § 4 A og 4 B. Da dansk CFC-beskatning ikke gennemføres ved lagerbeskatning af aktieposten i CFC-selskabet eller lignende, og da CFC-selskabets indkomst som udgangspunkt skal opgøres efter almindelige danske regler, synes det heller ikke rammende at anse de danske regler for baseret på notional amount-metoden.
 - 17 For udenlandske CFC-selskaber opgøres indkomsten efter almindelige danske regler, med de undtagelser som i øvrigt fremgår af SEL § 32, jf. skatteministerens svar på henvendelse fra FSR, L 23 (2008/2009), bilag 15.
 - 18 I forarbejderne til L 213 (2006/2007) – de almindelige bemærkninger til lovforslaget samt bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser, § 1, nr. 12 og skatteministerens svar på henvendelse fra FSR, bilag 21 – anvendes desuden ret konsekvent en formulering om, at hele datterselskabets indkomst skal medregnes hos moderselskabet. Endvidere beskrives gældende ret forud for lovforslagets således: "Er den udenlandske skat mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske skat, CFC-beskattes moderselskabet, og der opgøres et beløb, som moderselskabet skal medregne ved indkomstopgørelsen (moderselskabets skattepligtige CFC-indkomst)." Også forud for vedtagelsen af L 213 (2006/2007) synes moderselskabet alene at skulle medregne ét nettobeløb. Jens Laurbjerg Nielsen, SU 1999, 191 konkluderer således også, at de enkelte komponenter i den finansielle indkomst ikke bevarer deres karakter, da der skal opgøres et samlet beløb, og da det netop er dette samlede beløb, som henføres til moderselskabet og beskattes hos dette.
 - 19 Henrik Dam et al., SU 2007, 293 anfører om dagældende CFC-regler: "... den skattemæssige allokering af indkomsten opretholdes, således at det – forinden den tvungne sambeskatning finder sted – må afgøres, hvilke indkomster der tilhører moderselskabet som rette indkomstmodtager, og hvilke indtægter der tilhører datterselskabet som rette indkomstmodtager. Det forhold, at moderselskabet ved sin indkomstopgørelse skal beskattes af en del af datterselskabets indkomster, ændrer ikke herpå."

- 20 Formålet med bestemmelsen er f.eks. at hindre muligheden for at undgå CFC-beskatning ved at lade CFC-selskabet investere i uforrentede obligationer, jf. L 53 (1998/1999), bemærkningerne til de enkelte bestemmelser § 1, nr. 12.
- 21 Jf. skatteministerens svar til FSR, bilag 26, side 28, L 213 (2006/2007).
- 22 De tidligere regler om førelse af en fradrags-/beskatningskonto skulle netop forhindre, at indkomst fra et CFC-selskab blev beskattet to gange hos moderselskabet i form af først CFC-beskatning og dernæst beskatning af modtagne udbytteudlodninger samt aktieavancer. Se endvidere skatteministerens svar til FSR, bilag 15, L 23 (2008/2009), hvor skatteministeren anerkender, at der efter gældende regler kan opstå dobbeltbeskatning, hvis en dansk aktionær er blevet CFC-beskattet af indkomsten i et CFC-selskab, men hvor aktierne ikke udgør datterselskabs- eller koncernselskabsaktier i relation til udbytteudlodning fra CFC-selskabet eller afståelse af aktier i CFC-selskabet. Det er desuden værd at huske på, at CFC-reglerne historisk bygger på et princip om tvungen sambeskatning, og at CFC-reglerne således har rod i sambeskatningsreglerne, jf. Michael Sørensen: IFA Cahier de Droit Fiscal International, 2001, Danish Branch Report, p. 457 et seq. Anvendelse af de almindelige sambeskatningsregler ændrer ikke på, hvilket selskab der skal anses for at have oppebåret konkrete indtægter og udgifter.
- 23 SEL § 11 B, stk. 4, nr. 6 om rentefradragsbegrænsning fastslår, at finansieringsindtægter og -udgifter, der medregnes som følge af CFC-beskatning, ikke indgår ved opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Dette kunne indikere, at et moderselskab, der undergives CFC-beskatning af indkomsten fra et datterselskab, normalt skal anses for at medregne de enkelte indtægts- og udgiftsposter. Bestemmelsen udgør dog blot en præcisering og var affødt af, at FSR havde anmodet skatteministeren om at bekræfte, at renteindtægter og -udgifter i et udenlandsk CFC-datterselskab skulle indgå i nettofinansieringsudgifterne, jf. skatteministerens svar til FSR, L 213 (2006/2007), bilag 26. Bestemmelsen kan derfor næppe tages til indtægt for, at CFC-selskaber i almindelighed skal anses for fuldt ud transparente.
- 24 I tidligere komparative studier er det da også primært CFC-reglerne i Mexico, New Zealand og Italien, der er blevet fremhævet som baseret på piercing the veil-metoden, jf. Nicolas Garfunkel, *Tax Notes International*, 2010, p. 53-74, samt Joanna Wheeler: *Cahiers de droit fiscal international, general report*, 2007, p. 44.
- 25 Derimod er diskriminationsforbuddet i modeloverenskomstens artikel 24 normalt ikke anset for at udgøre et problem, jf. Anja Svendgaard: *Frivillig og tvungen sambeskatning*, 2001, p. 195 og Jacob Rix i Michael Lang et al. (red.): *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, 2004, p. 158. Den højeste finske forvaltningsdomstol har afvist, at CFC-beskatning skulle være i strid med diskriminationsforbuddet i Finlands dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. Sag 20.03.02/596 KHO:2002:26 (uofficiel engelsk oversættelse af dommen findes i *International Tax Law Reports*, 2002, nr. 4, p. 1043 et seq., se særligt p. 1072-1073). I nærværende artikel fokuseres alene på OECD's modeloverenskomst med kommentarer. Om forskellene til FN's modeloverenskomst med kommentarer angående værneregler se Luc de Broe et al., *Bulletin for International Taxation*, 2011, p. 375-389.
- 26 Jf. bl.a. Renata Fontana, *European Taxation*, 2006, p. 259-257, Lionel Noguera & Alain Steichen i Michael Lang et al. (red.): *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, 2004, p. 423-424, José Manuel Almudí Cid i Michael Lang et al. (red.): *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, 2004, p. 574-576, Martín Jiménez, *Bulletin for International Taxation*, 2002, p. 620-622, Lars-Erik Wenehed: *CFC-lagstiftning*, 2000, p. 98 og Daniel Sandler: *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*, 1998, p. 103.
- 27 Jf. Nicolas Garfunkel, *Tax Notes International*, 2010, p. 53-74. Om det såkaldte separatprincip foreskrevet i artikel 5, stk. 7, se Jens Wittendorff, *SR-Skat*, 2012, nr. 1, p. 59 et seq.
- 28 Jf. Mattias Dahlberg: *Svensk skatteavtalspolitik och utländska basbolag*, 2000, p. 316.
- 29 Jf. kommentarerne til OECD's modeloverenskomst (2010), artikel 7, stk. 1, pkt. 1.
- 30 Jf. Daniel Sandler: *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*, 1998, p. 103-105 og p. 108.
- 31 Jf. bl.a. Brian J. Arnold, *Bulletin for International Taxation*, 2004, p. 244-260 og samme i *Bulletin for International Taxation*, 2010, p. 306-309, John F. Avery Jones, *Bulletin for International Taxation*, 2002, p. 102-109 og samme i *Bulletin for International Taxation*, 2002, p. 268-270, Linda Favi i Michael Lang et al. (red.): *CFC Legislation Tax Treaties and EC Law*, 2004, p. 363 og Michael Lang, *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 51-58, der udtrykker det således: "Income" within the meaning of a tax treaty is nothing actual."
- 32 For en omfattende og multidisciplinær analyse af indkomstbegrebet henvises til Kevin Holmes: *The Concept of Income – A multidisciplinary analysis*, 2001.
- 33 John F. Avery Jones, *Bulletin for International Taxation*, 2002, p. 102-109, anfører: "Although the distributive articles deal with categories of income, the treaty is applied to taxpayers, not income in the abstract... Another way of expressing it is that the tax liability, the taxpayer and the tax base are determined by internal law and the treaty accepts this."
- 34 Jf. Michael Lang, *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 51-58: "Strictly speaking, this does not involve the double taxation of one and the same income because income is nothing actual; rather, each legal system can independently determine the taxable event it considers to be appropriate."
- 35 Jf. kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst (2010), pkt. 23. Endvidere fremgår det direkte af kommentarerne til artikel 7, stk. 1, pkt. 14, at "The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions..."

- Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits..."
- 36 Jf. Brian J. Arnold, *Bulletin for International Taxation*, 2004, p. 244-260. Dog må det anerkendes, at der ikke hersker fuld enighed om, hvorvidt CFC-regler udelukkende eller hovedsageligt skal anses som regler til hindring af skatteundgåelse, jf. Michael Lang, *Bulletin for International Taxation*, 2004, p. 51-58.
- 37 Jf. John F. Avery Jones, *Bulletin for International Taxation*, 2002, p. 268-270. Derudover har det siden 2003 fremgået af kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst (2010), pkt. 7, at: "It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion." I OECD Rapporten: *Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*, 1987, R(5)-20 anføres: "...counteracting measures pierce only the "umbrella effect" of the taxpayer's arrangements. This effect and the consequent possibilities for an indefinite deferral are not guaranteed by tax treaties which were never intended to prohibit national safeguards for the equity and neutrality of a country's tax law." For et overblik over diskussionen, om hvorvidt et værnshensyn kan indlægges i dobbeltbeskatningsoverenskomster, se Luc de Broe et al., *Bulletin for International Taxation*, 2011, p. 375-389.
- 38 Jf. Brian J. Arnold & Patric Dibout, *Cahiers de droit fiscal international*, 2001, p. 83.
- 39 For en mere uddybende gennemgang af dette synspunkt, se Luc de Broe: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, p. 579-582.
- 40 Jf. Eduardo Arruda Madeira & Tiago Cassiano Neves, *Intertax*, 2007, p. 483-493.
- 41 Jf. f.eks. Klaus Vogel & Moris Lehner: *Doppelbesteuerungsabkommen*, 2008, p. 968 og Alexander Rust i Michael Lang et al. (red.): *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, 2004, p. 268.
- 42 Jf. kommentarerne til artikel 10, stk. 5 i OECD's modeloverenskomst (2010), pkt. 37: "It might be argued that where the taxpayer's country of residence, pursuant to its controlled foreign companies legislation or other rules with similar effect seeks to tax profits which have not been distributed, it is acting contrary to the provisions of paragraph 5. However, it should be noted that the paragraph is confined to taxation at source and, thus, has no bearing on the taxation at residence under such legislation or rules. In addition, the paragraph concerns only the taxation of the company and not that of the shareholder."
- 43 Nogle forfattere finder endvidere, at CFC-beskatning i visse tilfælde kan anskues som beskatning af "fiktiv indkomst", hvorfor indkomsten til CFC-beskatning under givne omstændigheder bedst kan rubriceres som anden indkomst omfattet af artikel 21, jf. Peter J. Wattel & Otto Marres, *European Taxation*, 2003, p. 66-79. Artikel 21 tildele domicilelandet beskatningsretten og forhindrer i givet fald ikke CFC-beskatning hos moderselskabet, jf. Marjaana Helminen i Michael Lang et al. (red.): *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, 2004, p. 210. Det samme er i øvrigt tilfældet, hvis CFC-beskatning blot anskues som en form for almindelig udbyttebeskatning omfattet af artikel 10, hvor modtagerens domicileland ligeledes har en beskatningsret, hvilket der argumenteres for hos Michael Lang, *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 51-58. For yderligere om forholdet mellem CFC-regler baseret på deemed dividend-metoden og henholdsvis artikel 21 og artikel 10 se Marjaana Helminen: *The International Tax Law Concept of Dividend*, 2010, p. 134-140 og samme forfatter i: *The Dividend Concept in International Tax Law*, 1999, p. 211-217.
- 44 Kommentarerne til artikel 10, stk. 5 i OECD's modeloverenskomst (2010), pkt. 38 kan give en vis næring til denne opfattelse: "If the income were attributed to the taxpayer, then each item of the income would have to be treated under the relevant provisions of the Convention..." Som anført i afsnit 3 ovenfor, kan der dog andre steder i kommentarerne findes støtte for et synspunkt om, at overenskomster ikke hindrer CFC-beskatning. I litteraturen gøres argumentet typisk gældende i relation til CFC-regimer baseret på transaktionstilgangen, jf. Daniel Sandler: *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*, 1998, p. 105-107. For argumenter for og imod denne opfattelse, se Luc de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, p. 631.
- 45 Jf. Aage Michelsen i Michael Lang (red.): *Tax Treaty Interpretation*, 2000, p. 76, som henviser til TfS 1993.7 H. Det kan næppe fastlægges entydigt, hvilken vægt der skal lægges på international skattepraksis, da dette bl.a. kan afhænge af, hvor fast en praksis der er tale om, og hvilke instanser der har taget stilling, jf. Anders Nørgaard Laursen, 2011, p. 49-51. Som et nyere eksempel kan henvises til SKM2012.121.ØLR.
- 46 Disse sager har tidligere fået massiv omtale i den internationale skatteretslitteratur, og er tillige blevet behandlet i danske artikler. Se bl.a. Jens Laurbjerg Nielsen, *SU* 1999, 191, Aage Michelsen, *SR-skat*, 1999, p. 180 et seq., Anja Svendgaard: *Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber*, 2001, p. 250-251, Christen Amby, *SU* 2003, 219 og Aage Michelsen, *RR*, 2005, nr. 1, SM, p. 2-5.
- 47 High Court of Justice (Court of Appeal), 25 June 1997 (dommen er optrykt i *IBFD Tax Treaty case Law*). Se om dommen Murray Clayson, *Intertax*, 1998, nr. 11, p. 326-333. Udgangspunktet i britisk ret er, at en bestemmelse i en overenskomst rangerer højere end en ældre intern lovbestemmelse i tilfælde af konflikt. Såfremt den interne lovbestemmelse er nyere end bestemmelsen i en overenskomst, vil den interne bestemmelse rangere højest, såfremt dette må antages at have været lovgivers hensigt, jf. Ian Roxin i Guglielmo Maisto (red.): *Tax Treaties and Domestic Law*, 2006, p. 313-330.
- 48 Special Commissioners anså CFC-reglerne for en proces bestående af tre trin: 1) Datterselskabets indkomst beregnes på baggrund af en antagelse om, at det udenlandske selskab

- er hjemmehørende i Storbritannien (dvs. at de britiske regler for opgørelse af den skattepligtige indkomst anvendes).
- 2) Denne indkomst henføres til det britiske moderselskab.
- 3) Det britiske moderselskab betaler selskabsskat af den henførte indkomst fratrukket udenlandsk skat (credit). Special Commissioners fandt, at renteindtægterne mistede deres karakter i trin 1. Det kan tilføjes, at dagældende engelske regler indeholdt en lavskattetest.
- 49 Det var således ikke spørgsmålet om, at renteindtægterne skulle anses for at have mistet deres karakter i trin 1. Denne præcisering foretaget af Court of Appeal kan ses som en reaktion på, at skatteyder ved appellen som et nyt argument havde gjort gældende, at datterselskabets renteindtægt helt skulle holdes ude ved opgørelsen af indkomsten i trin 1. Court of Appeal fandt imidlertid, at den til Bricom henførte CFC-indkomst kunne beskrives således: "What is apportioned to the taxpayer and subjected to tax is not Spinney's actual profits but a notional sum which is the product of an artificial calculation."
- 50 Jf. Monuhar Ullah i Michael Lang et al. (red.): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, p. 629. Andre har sat spørgsmålstegn ved, om det er korrekt at betragte den til Bricom henførte indkomst som en "notional sum", idet der ret beset er tale om indkomst oppebåret af datterselskabet – blot opgjort efter britiske regler, jf. Luc de Broe, International Tax Planning and Prevention of Abuse, 2008, p. 598. Dette synspunkt imødegås dog af Joanna Wheeler, Bulletin for International Taxation, 2005, nr. 11, p. 477-488.
- 51 Conseil d'Etat, 28. juni, 2002, sag nr. 332 272, 28 (uofficiel engelsk oversættelse findes i International Tax Law Reports, 2002, nr. 4, p. 1106 et seq.). Forinden havde sagen været prøvet ved Tribunal Administratif Paris, 21. november, 1995, og Cour Administrative d'Appel Paris, 30. januar, 2001 (uofficiel engelsk oversættelse findes i International Tax Law Reports, 2001, nr. 3, p. 543 et seq.). Tilsvarende sager vedrørende andre skatteydere var blevet prøvet ved lavere instanser. Se herom Pierre-Jean Douvier & Dali Bouzouaa, European Taxation, 2001, p. 184-186.
- 52 Artikel 7, stk. 1 i overenskomsten var modelleret efter artikel 7, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst.
- 53 De franske CFC-regler byggede på entity-tilgangen og indeholdt en lavskattetest, jf. OECD Report: Controlled Foreign Company Legislation, 1996, p. 24. Fransk ret anvender et monistisk princip i forholdet mellem intern ret og folkeret, jf. Nicolas Message i Guglielmo Maisto (red.): Tax Treaties and Domestic Law, 2006, p. 210-211.
- 54 Det skal bemærkes, at Conseil d'Etat ikke anvendte kommentarerne til OECD's modeloverenskomst ved afgørelsen.
- 55 Jf. Michael Lang, International Tax Bulletin, 2003, p. 51-58 og Hans-Jürgen Aigner et al. i Michael Lang et al. (red.): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, p. 33. Andre finder dog afgørelsen korrekt og velbegrunnet, jf. Pierre-Yves Bourtourault & Marcellin N. Mbwa-Mboma, Intertax, 2002, p. 493-498 samt Daniel Gutman et al., Intertax 2003, p. 157-163.
- 56 Det fremgår af sagens oplysninger, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke adskilte sig fra OECD's modeloverenskomst i relation til de for sagen relevante bestemmelser. Dagældende finske CFC-regler var baseret på entity-tilgangen og indeholdt en lavskattetest. Finsk ret anvender et dualistisk princip i forholdet mellem intern ret og folkeret, jf. Marjaana Helminen i Michael Lang et al. (red.): Tax Treaty Interpretation, 2001, p. 81. Om de gældende finske CFC-regler se Marjaana Helminen, Bulletin for International Taxation, 2009, p. 163-165.
- 57 Sag 20.03.02/596 KHO:2002:26 (uofficiel engelsk oversættelse af dommen findes i International Tax Law Reports, 2002, nr. 4, p. 1043 et seq.).
- 58 Dette kritiseres af Marjana Helminen i Michael Lang et al. (red.): CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, p. 212, som mener, at indkomsten til CFC-beskatning burde være betragtet som udbytteindkomst (eller eventuelt anden indkomst), selvom der ikke var tale om udbytte efter den smalle definition i finsk selskabsret. Dette begrundes med, at de finske CFC-regler ikke underkender selve eksistensen af det udenlandske selskab, men i stedet behandler det udenlandske selskab som et selvstændigt skattesubjekt, der foretager udbytteudlodninger.
- 59 Henset til at den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst var fra 1976, kan det undre, at domstolen indledningsvis "indrømmer", at en strikt ordlydsfortolkning af artikel 7, stk. 1, nok ville udelukke finsk CFC-beskatning, men derpå kommer til den modsatte konklusion på baggrund af en formålsfortolkning med overvejende udgangspunkt i 1992-kommentarerne. For skarp kritik heraf se Michael Lang, Bulletin for International Taxation, 2003, p. 51-58 og Luc de Broe: International Tax Planning and Prevention of Abuse, 2008, p. 454-457.
- 60 De japanske CFC-regler bygger på en "entity-approach" og indeholder en lavskattetest, jf. Yoshihiro Masui, Bulletin for International Taxation, 2010, p. 242-248.
- 61 Artikel 7, stk. 1 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Japan og Singapore svarer til den tilsvarende bestemmelse i OECD's modeloverenskomst. I japansk ret rangerer dobbeltbeskatningsoverenskomster over interne lovbestemmelser i tilfælde af konflikt, jf. Daniel Sandler: Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation, 1998, p. 46.
- 62 Tokyo District Court decision, 29 March 2007 og Tokyo High Court decision, 1 November 2007. For yderligere omtale af disse afgørelser, se Mitsuhiro Honda & Hugh J. Ault, Tax Notes International, 2008, p. 875-877.
- 63 Case 2008 (Gyo-Hi) No. 91, 29 October 2009, Glaxo Kubushiki Kaisha (uofficiel oversættelse til engelsk findes i International Tax Law Reports, 2010, nr. 12, p. 651 et seq.). Sagen er omtalt af Yushi Hegawa: Cahiers de Droit fiscal International, 2010, p. 449-467 samt af Brian J. Arnold, Bulletin for International Taxation, 2010, p. 306-309.
- 64 Dommen er kommenteret af Toshio Miytake, International Tax Law Reports, 2010, nr. 5, p. 645-647. At domstolen går

- ind på overvejelser om CFC-reglernes rimelighed, ser forfatteren som et tegn på, at domstolen ikke selv er helt tilfreds med sit første mere formalistiske argument.
- 65 Det har pt. ikke været muligt at fremskaffe en fuld engelsk oversættelse af de to omtalte afgørelser. Nedenstående er derfor baseret på omtalen heraf hos Paola Violin, *Bulletin of International Taxation*, 2012, p. 93-99. Forholdet mellem national ret og folkeret i Brasilien er baseret på et monistisk princip, jf. José Roberto Pisani, *Cahiers du droit fiscal international*, 2001, p. 421-434. Om de brasilianske CFC-regler, se endvidere Marcelo Lira, *International Transfer Pricing Journal*, 2002, p. 65-66. Brasilien er ikke medlem af OECD. Alligevel er det ikke unormalt, at der i brasiliansk retspraksis henvises til OECD's modeloverenskomst med kommentarer.
- 66 Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, 1. sektion, 4. panel, 27. januar, 2011, afgørelse nr. 140200.391, Normus.
- 67 Tribunal Regional Federal da 2a Região, 25. november, 2011, Companhia Vale do Rio Doce.
- 68 Konkret angik sagerne Brasiliens dobbeltbeskatningsoverenskomster med Belgien af 1992, Danmark af 1974 og Luxembourg af 1978.
- 69 Consejo de Contribuyentes, 1. sektion, 8. panel, 23. marts, 2006, afgørelse nr. 108-08.765, Refratec (resume findes i IBFD Tax Treaty Case law). Se endvidere Conselho de Contribuyentes, 1. sektion, 1. panel, 19. oktober 2006, afgørelse nr. 101-95.802, Eagle 1 (uofficiel engelsk forkortet oversættelse findes i *International Tax Law Reports*, 2007, nr. 9, p. 650 et seq.), samt Conselho de Contribuyentes, 1. sektion, 1. panel, 17. december, 2008, afgørelse nr. 101-97.070, Eagle 2. Sagerne er kort omtalt af Heleno Taveira Tôrres, *Cahiers de droit fiscal international*, 2010, p. 149-170.
- 70 Jf. Paola Violin, *Bulletin of International Taxation*, 2012, p. 93-99.
- 71 Artikel 7, stk. 1 var baseret på den tilsvarende bestemmelse i OECD's modeloverenskomst. Mexicos CFC-regler er baseret på entity-tilgangen og indeholder en lavskattetest. Mexico anvender et monistisk princip i forholdet mellem folkeret og intern ret, jf. Nicolas Garfunkel, *Tax Notes International*, 2010, p. 53-74.
- 72 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revision 107/2008, 9. september 2008 (Cemex Net).
- 73 Afgørelsen er omtalt af Pedro Arias & Monica Sada: *Cahiers de droit fiscal international*, 2010, p. 509-528 samt af Nicolas Garfunkel, *Tax Notes International*, 2010, p. 53-74. Det har ikke pt. været muligt at skaffe en fuldstændig engelsk oversættelse af afgørelsen.
- 74 Skatteråtsnåmnden fandt, at indkomsten omfattet af CFC-beskatning ikke var omfattet af udbyttedefinitionen i overenskomstens artikel 10, stk. 3. Desuden fandt Skatteråtsnåmnden, at hverken artikel 7, stk. 1 (indkomst fra et fast driftssted) og artikel 23 (anden indkomst) kunne begrænse Sveriges adgang til at CFC-beskatte, da Sverige anvender creditmetoden til at lempe for dobbeltbeskatning.
- 75 RA 2008, ref. 24 af 3. april 2008.
- 76 Det antages normalt, at Sverige anvender det dualistiske princip i forholdet mellem intern ret og folkeret, jf. Mattias Dahlberg: *Svensk skatteavtalspolitik och utländska basbolag*, 2000, p. 62. Om indplacering og fortolkning af dobbeltbeskatningsaftaler i en svensk kontekst, se Maria Nelson i Michael Lang (red.): *Tax Treaty Interpretation*, 2000, p. 319-326. De svenske CFC-regler bygger på entity-tilgangen og indeholder en lavskattetest, jf. Jesper Barenfeld, *Bulletin for International Taxation*, 2010, p. 295-301.
- 77 Domstolen lagde vægt på, at det af et bilag til loven fremgik, at CFC-reglerne netop tog sigte på at ramme sådan virksomhed, som det schweiziske datterselskab bedrev.
- 78 Jf. Maria Hilling, *Intertax*, 2008, p. 455-451. Forfatteren konkluderer derpå, at det er nødvendigt at foretage en fortolkning af bestemmelserne i den konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomst, når det skal vurderes, om CFC-beskatning kan gennemføres på trods af dobbeltbeskatningsoverenskomstens eksistens. Se endvidere Anders Benktsson og Anna Johansson, *Cahiers de droit fiscal international*, 2010, p. 761-762.
- 79 Jf. David Kleist, *Skattenytt*, 2008, nr. 11, p. 708-714 og samme forfatter i: *Methods for Elimination of Double Taxation under Double Tax Treaties*, 2012, p. 57-65.
- 80 Jf. Mattias Dahlberg, *Skattenytt*, 2008, nr. 7/8, p. 482-489. At domstolen valgte at behandle spørgsmålet som en konflikt mellem to ligestillede normer er blevet udlagt som en indikation på, at domstolen erkendte, at de svenske CFC-regler i udgangspunktet stred mod artikel 7 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, jf. Luc de Broe et al., *Bulletin for International Taxation*, 2011, p. 375-389.
- 81 Sagerne angik Sveriges ret til at beskatte kapitalgevinster i en tiårig periode efter fraflytning. Se Katarina Kuuskoski, *Tax Notes International*, 2011, p. 492-493. Se endvidere Anders Hult, *Svensk Skattetidning*, 2010, nr. 5, p. 520-534.
- 82 RA 2010, ref 112.
- 83 Da der hverken af lovteksten eller forarbejderne konkret fremgik noget om, at lovgiver havde haft intention om, at fraflytningsreglerne skulle overtrumfe allerede indgåede dobbeltbeskatningsaftaler, fandt domstolen, at den begrænsning i beskatningsretten, som overenskomsten foreskrev, skulle respekteres. Dommen er kommenteret af David Kleist, *Skattenytt*, 2011, nr. 4, p. 208-213.
- 84 Jf. Bertil Wiman, *Svensk Skattetidning*, 2011, nr. 2, p. 174-186 og samme i Michael Lang et al. (red.): *Tax Treaty Case Law Around the Globe - 2011, 2012*, p. 299-304.
- 85 Jf. Prinsipputtalelse/Fortolkning af 28. februar 2006. Udtalelsen angik hovedsageligt dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Norge og Singapore, hvorefter domicillandet skal lempe efter eksemptionmetoden for udbytter. Finansdepartementet fremkommer dog også med betragtninger af mere almen karakter. De norske CFC-regler er baseret på en entity-tilgang og indeholder en lavskattetest, jf. Henning Naas et al.: *Norsk international skatteret*, 2011, p. 592 et seq.

- 86 Jf. Sentralskattekontorets "forhåndsuttalelser" af 1. juni 2001 og af 29. juli 2005.
- 87 Henning Naas et al.: Norsk international skatteret, 2011, p. 644 finder dog ikke, at forholdet mellem de norske NOKUS-regler og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne dermed er endeligt afklaret.
- 88 Brian J. Arnold, Bulletin for International Taxation, 2010, p. 306-309, anfører følgende om international praksis: "A recent decision from the Japanese Supreme Court... provides yet another nail in the coffin of the argument that the provisions of a typical tax treaty that follows the OECD Model prevent the application of a country's CFC-rules. It will not be the final decision, because taxpayers will grasp at straws..."
- 89 Jf. Jakob Bundgaard i Niels Winther-Sørensen et al.: Skatteretten 3, 2009, p. 330, Michael Kierkegaard, SU 2007, 236 samt Jacob Rix i Michael Lang et al. (red.): CFC-legislation, Tax Treaties and EC Law, 2004, p. 161.
- 90 Stef van Weeghel, Cahiers de droit fiscal international, General Report, 2010, p. 43. Eksempelvis er Frankrig begyndt at tage forbehold i indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster for anvendelse af deres CFC-regler, jf. Stephane Austry & Michel Collet: Cahiers de droit fiscal International, 2010, p. 311-332. Canada tager normalt også et sådant forbehold, jf. Brian J. Arnold, Bulletin for International Taxation, 2004, p. 244-260. USA inkluderer konsekvent en "savings clause" i sine overenskomster.
- 91 Jf. Heleno Taveira Tôrres: Cahiers de droit fiscal international, 2010, p. 149-170 (den brasilianske branch report).
- 92 Jf. Michael Lang, Bulletin for International Taxation, 2003, p. 51-58. Der kan argumenteres for, at kommentarerne til artikel 1 i OECDs modeloverenskomst (2003 og senere), der som udgangspunkt siger god for anvendelse af nationale værneregler, reflekterer de kontraherende stater gensidige opfattelse ("shared expectations") af forholdet mellem nationale værneregler og dobbeltbeskatningsoverenskomster, medmindre andet eksplicit fremgår af overenskomsten eller en af staterne har fået indsat en observation i kommentarerne, jf. Brian J. Arnold & Stef van Weeghel i Guglielmo Maisto (red.): Tax Treaties and Domestic Law, 2006, p. 98 et seq. Synspunktet har mest for sig, hvis dobbeltbeskatningsoverenskomsten er indgået efter ikrafttrædelsen af 2003-kommentarerne, jf. afsnit 5.2 nedenfor. Frank Engelen i Sjoerd Douma & Frank Engelen et al.: The Legal Status of the OECD Commentaries, 2008, p. 71-72 bemærker, at argumentet er stærkest, når begge stater er OECD-medlemmer, men at det kan fremføres i andre situationer, hvor en dobbeltbeskatningsoverenskomst er baseret på OECD-modeloverenskomsten. David A. Ward et al.: The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model, 2005, p. 51, anfører dog, at fraværet af en observation ikke medfører, at det automatisk vil være korrekt at antage, at et givent medlemsland er enig i kommentaren, da lande ofte undlader at få indsat en observation, selvom de ikke er enige i kommentaren.
- 93 Jf. Aage Michelsen i Michael Lang (red.): Tax Treaty Interpretation, 2000, p. 63 et seq. og samme i Aage Michelsen, RR, 2005, nr. 1, SM, p. 2-5. Danske dobbeltbeskatningsoverenskomster udgør hverken lex superior eller for den sags skyld lex specialis, og forfatningsretligt er der principielt intet til hinder for, at Folketinget vedtager en lov, der er i strid med indgåede overenskomster. Imidlertid må det antages, at en nyere lovbestemmelse så vidt muligt skal fortolkes på en sådan måde, at den ikke konflikter med folkeretten.
- 94 Jf. Aage Michelsen: International skatteret, 2003, p. 48 et seq., der desuden anfører, at en nyere dobbeltbeskatningsoverenskomst går forud for ældre lovgivning (lex posterior), men at det ikke umiddelbart kan antages, at en nyere lov (automatisk) går forud for en ældre dobbeltbeskatningsoverenskomst.
- 95 Jf. Niels Winther-Sørensen i Niels Winther-Sørensen et al.: Skatteretten 3, 2009, p. 33-35.
- 96 "Treaty override" er søgt defineret som: "... a situation where the domestic legislation of a state overrules provisions of either a single treaty or all treaties hitherto having effect in that state...", jf. OECD-report: Tax Treaty Override, 1989, pkt. 2.
- 97 Tværtimod har lovgiver i flere omgange udtalt, at CFC-reglerne ikke kan anses for at være i strid med de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. f.eks. skatteministerens svar på henvendelser fra Danisco, bilag 16, Finansrådet, bilag 33, og Ernst & Young, bilag 46, L 35 (1994/1995). Se også skatteministerens svar på henvendelse fra FSR, bilag 6, L 35 (2000/2001). I FSR's høringssvar af 28. februar 2007 til udkast til lovforslag af 1. februar 2007 - det senere L 213 (2006/2007) - påpeges, at ophævelsen af lavskattetesten efter FSR's opfattelse er i strid med kommentarerne i OECD's modeloverenskomst om, at CFC-regler som regel ikke bør finde anvendelse, når indkomsten i datterselskabet lokalt har været undergivet en sammenlignelig beskatning. I bilag 1 til L 213 (2006/2007) er hovedpunkterne i høringssvarene til udkastet kommenteret af Skatteministeriet, der imidlertid tilsyneladende ikke har fundet lejlighed til at kommentere på FSR's synspunkt. På baggrund af de tidligere afgivne svar kan det dog næppe antages, at ministeriet nu skulle være enig med FSR heri. Se også Niels Winther-Sørensen i Niels Winther-Sørensen et al.: Skatteretten 3, 2009, p. 35, som helt generelt konstaterer, at der hidtil ikke har været tilfælde, hvor lovgivningsmagten udtrykkeligt i lovtæksten eller forarbejderne har udtalt, at man i tilfælde af konflikt skal lægge den interne regel til grund.
- 98 Jf. Jens Laurbjerg Nielsen, SU 1999, 191 og Aage Michelsen RR, 2005, nr. 1, SM, p. 2-5.
- 99 Om kommentarernes betydning i dansk ret se f.eks. Anders Nørgaard Laursen: Fast driftssted, 2011, p. 35 et seq. og Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, p. 74 et seq. Se desuden Aage Michelsen i Aage Michelsen et al.: Lærebog om indkomstskat, 2011, p. 1039 samt f.eks. TFS 1993, 7 H og SKM2003.62.HR.

- 100 Jf. Brian J. Arnold, *Bulletin for International Taxation*, 2004, p. 244-260 samt Luc de Broe: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, p. 591.
- 101 Jf. kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst (2010), pkt. 26.
- 102 Landsskatteretten synes i SKM2004.439.LSR at udlægge 2003-kommentarerne på nogenlunde tilsvarende vis. Se afsnit 5.2 nedenfor.
- 103 I den forbindelse er det interessant, at Landsskatteretten i SKM2004.439.LSR – som begrundelse for ikke at anse dagældende CFC-regler for at stride mod dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Schweiz – bl.a. lagde vægt på, at CFC-reglerne var begrænset til at omfatte situationer, hvor datterselskabets afkast beskattedes væsentligt lavere end efter danske regler. For yderligere om afgørelsen, se afsnit 5.2 nedenfor.
- 104 Luc de Broe: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, p. 590, finder, at kommentarernes pkt. 26 (citeret i brødteksten) kan læses som om, at CFC-lovgivning, der finder anvendelse på datterselskaber, uanset om disse er beliggende i lavskattelende eller ej, konflikter med bestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomster. Renata Fontana, *European Taxation*, 2006, p. 259-267 udtaler ligeledes om kommentarernes pkt. 26: "This limits the situations in which a CFC regime may apply without breaching the provisions of a tax a treaty."
- 105 Jf. Lars Nyhegn-Eriksen, *R&R*, 2007, nr. 8, p. 60-66, der finder at SEL § 32 har ændret sig fra at være en specifik målrettet værnsregel til at være en generel beskatningsregel, der ikke er styret af et særligt værnshensyn.
- 106 Jf. kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst (10), pkt. 9.5.
- 107 Brian J. Arnold & Stef van Weeghel i Guglielmo Maisto (red.): *Tax Treaties and Domestic Law*, 2006, p. 93, anfører: "This guiding principle is extremely important and is likely to be the subject of considerate debate... At the very least, it introduces an important element of balance."
- 108 Jf. Alexander Rust, *Intertax*, 2008, p. 492-501, Joanna Wheeler, *Bulletin for International Taxation*, 2005, p. 477-488 og Nicolas Garfunkel, *Tax Notes International*, 2010, p. 53-74. Frankrig ændrede i 2004 (dvs. efter Schneiderdommen) sine CFC-regler, således at de nu er baseret på en deemed dividend-metode, med henblik på at sikre overensstemmelse med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. Bruno Gouthière, *European Taxation*, 2008, p. 50-57.
- 109 Jf. Nicolas Garfunkel, *Tax Notes International*, 2010, p. 53-74: "When the domestic attribution rule laid the framework against which the treaty became applicable, it attributed the income to the non-resident company. By doing so, it opened the door to the application of article 7." Se endvidere Alexander Rust, *Intertax*, 2008, p. 492-501: "Although – as a general rule – tax treaties do not contain autonomous attribution rules and refer to the domestic attribution decision via Art. 4(1) OECD-MC, I nevertheless believe that tax treaties restrict unsystematic special domestic attribution rules which are contrary to the domestic general attribution principles."
- 110 Aage Michelsen, *R&R*, 2004, SM, p. 2-5 omtaler indholdet af kommentarerne til artikel 1, pkt. 23 som "klar tale". Dog stiller forfatteren herefter spørgsmålstejn ved, hvor autoritative kommentarerne er.
- 111 Det må dog anerkendes, at denne kommentar kan anses for problematisk i relation til danske CFC-regler. Brian J. Arnold, *Bulletin for International Taxation*, 2004, p. 244-260, konkluderer: "The simplistic statements about CFC rules in the prior and current Commentary on Art. 1 do not adequately reflect the different legislative approaches used by various countries; as a result, these statements could lead to inappropriate conclusions about whether a particular country's CFC-rules conflict with its tax treaties." I øvrigt skal det bemærkes, at de danske CFC-regler ikke er ene om at kunne finde anvendelse på indkomst i datterselskaber undergivet en sammenlignelig beskatning. Eksempelvis gælder dette også CFC-reglerne i USA, Canada og Australien. Disse tre lande har dog formentlig været forholdsvis indifferente mht. til formaningen i kommentarerne (Canada og USA tager fast forbehold i indgåede overenskomster for anvendelse af deres CFC-regler, mens Australiens CFC-regler indeholder en bestemmelse om, at CFC-reglerne har større vægt end indgåede overenskomster.), jf. Luc de Broe: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, p. 590.
- 112 Jf. OECD Report: *Tax Conventions and the Use of Base Companies*, 1987, R(5)-21: "However, there are no easy way of drawing clear-cut rules from these guidelines. An international consensus should be established..."
- 113 Da de danske CFC-regler formentlig bedst kan anses for baseret på "look through"-metoden, synes diskussionen vedrørende artikel 10, stk. 5 (samt artikel 10 og 21) at træde i baggrunden i forbindelse med vurderingen af, om de danske CFC-regler er forenelige med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Lars Cort Hansen, *SU* 1999, 5, Aage Michelsen, *RR*, 2004, nr. 1, SM, p. 2-5 og samme i *International skatteret*, 2003, p. 415 samt Jens Laurbjerg Nielsen, *SU* 1999, 191 synes da også alle at have artikel 7 i fokus ved vurderingen af de dagældende danske CFC-reglers forenelighed. Når artikel 10, stk. 5 anskues i en historisk kontekst og i lyset af kommentarerne, forekommer det desuden mest oplagt, at bestemmelsen alene skal anses for at hindre beskatning ved kilden, jf. Brian J. Arnold, *Bulletin for International Taxation*, 2004, p. 244-260.
- 114 Denne del af ræsonnementet synes Joanna Wheeler, *World Tax Journal*, 2011, p. 247-368, særligt p. 336, dog at finde problematisk: "It should make a difference to the application of the treaty if the amount that is liable to tax in the hands of the parent company is, in substance, the same as the income of the subsidiary."

- 115 For et lignende ræsonnement i relation til dagældende franske CFC-regler se Luc de Broe: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, p. 608-609. Forfatteren lader dog skinne igennem, at han mener, at en integreret fortolkningsmetode skal anvendes (p. 607), hvor bestemmelsens kontekst inddrages, herunder det faktum, at en række artikler i modeloverenskomsten anerkender moder- og datterselskabers separate eksistens og status. Se også Michael Lang, *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 51-58.
- 116 Jf. Michael Lang, *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 51-58 og Philip Baker: *Double Taxation Conventions* (løbsbladsudgave), 2001, afsnit 1B.61, der konkluderer: "...the issue does not turn on how the domestic CFC-legislation operates. Rather, the issue is one of the relationship between double taxation conventions and domestic law." Kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst, pkt. 23 (2010) synes da heller ikke at skelne mellem forskellige (teoretiske) metoder til CFC-beskatning ved konstateringen af, at: "... controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention." Tværtimod nævnes eksplicit, at: "... the design of this type of legislation varies considerably among countries..."
- 117 SKM2004.439.LSR lagde Landsskatteretten – som begrundelse for ikke at anse dagældende CFC-regler for at stride mod dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Schweiz – bl.a. vægt på, at CFC-reglerne var begrænset til at omfatte datterselskaber, hvis virksomhed overvejende var af finansiel karakter. For yderligere om SKM2004.439.LSR, se afsnit 5.2 nedenfor.
- 118 Om betingelserne for at opnå dispensation, se Peter Koerver Schmidt, SU 2011, 486.
- 119 Jf. Brian J. Arnold, *Bulletin for International Taxation*, 2004, p. 244-260.
- 120 Landskatteretten henviste til kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst 2003, pkt. 9.1-9.5 og 22-26, og citerede pkt. 26. Selskabets repræsentant henviste derimod til 1992-kommentarerne.
- 121 I stedet henvises til Aage Michelsen, RR, 2005, nr. 1, SM, p. 2-5 og samme i SU 2008, 85.
- 122 Jf. kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst (1992), pkt. 22-26. Der er dog ingen tvivl om, at kommentarerne gør mest ud af flertallets holdning. 1992-kommentarerne er baseret på OECD's rapport fra 1987; *Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*.
- 123 Jf. kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst (1977), pkt. 7. Denne formulering genfindes også i 1992-kommentarerne, men her bliver formuleringen "mod sagt" af de ovenfor omtalte bemærkninger om, at flertallet finder, at CFC-regler ikke strider mod dobbeltbeskatningsoverenskomster (formuleringen er slettet i 2003-kommentarerne). Se herom Luc de Broe: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, p. 377 et seq. og Brian J. Arnold, *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 244-260. For 1977 omtalte kommentarerne ikke forholdet mellem nationale værneregler og dobbeltbeskatningsoverenskomster. Se Kees van Raad: 1963 and 1977 OECD Model Income Tax Treaties and Commentaries, 1990, p. 10-13.
- 124 Det fremgår således af præmisserne, at Højesteret bl.a. lagde vægt på, at kommentarerne ikke udtrykte en anden opfattelse end, hvad der var tilsigtet i dobbeltbeskatningsoverenskomsten (samt selskabsskatteloven og kulbrinteskatteloven). Om dommen – samt tillige om Østre Landsrets dom i TfS 1996.715 Ø (lån fra bankfilial) – er det således med rette blevet anført, at der alene henvistes til kommentarer, som i princippet blot bekræftede den retstilstand, som allerede var gældende på aftaletidspunktet, jf. Jens Wittendorff: *Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret*, 2009, p. 158. I TfS 1992.291 Ø, der vedrørte Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomst med Frankrig fra 1957 og angik tilbagekøb af en rateforsikring, henviste domstolen blot til de senere kommentarer til OECD's modeloverenskomst ved afgrænsningen af, hvilke skatter der var omfattet af overenskomsten.
- 125 Se tillige SKM2003.62.HR, hvor Højesteret konstaterede, at det fremkomne fortolkningsresultat – angående to overenskomster indgået i henholdsvis 1948 og 1955 – var i god overensstemmelse med den internationale udvikling, som den bl.a. var reflekteret i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst fra 1992. Sagen angik, hvorvidt overenskomsternes henvisning til intern ret skulle ses som en henvisning til intern ret på ratificeringstidspunktet eller på det tidspunkt, som sagen vedrørte. Højesterets flertal støttede sidstnævnte løsning. Dommen vedrørte fortolkningen af arbejdsudlejebegrebet, der ikke var et kendt begreb på tidspunktet for dobbeltbeskatningsoverenskomsternes indgåelse. Niels Winther-Sørensen i Niels Winther-Sørensen et al.: *Skatteretten* 3, 2009, p. 50, finder, at dommen må anses for fuldt forenelig med, at nye kommentarer til modeloverenskomsten kan inddrages ved fortolkningen, såfremt de nye kommentarer er udtryk for præciseringer. Jens Wittendorff: *Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret*, 2009, p. 158, anfører, at idet flertallet kun henviste til modeloverenskomsten med kommentarer til bekræftelse af den internretlige fortolkning, har det ingen betydning for spørgsmålet om, hvorvidt der skal foretages en dynamisk eller statisk overenskomstfortolkning, at flertallet lagde vægt på kommentarerne på beskatningstidspunktet.
- 126 I SKM.2012.121.ØLR (begrænset skattepligt af udbytter – retmæssig ejer) anvendte Østre Landsret også en dynamisk fortolkningsstil, idet nyere kommentarer til modeloverenskomsten blev lagt til grund ved fortolkningen af Danmarks overenskomst med Luxembourg fra 1980. Landsretten fremhævede, at den anså de nye kommentarer for at udgøre en præcisering. Om dommen se Jakob Bundgaard, SU 2012, 98.

- 127 Jf. Jens Wittendorff, SR-Skat, 2010, nr. 4, p. 212-234, Anders Nørgaard Laursen: Fast Driftssted, 2011, p. 40-43 og Niels Winther-Sørensen i Niels Winther-Sørensen et al.: Skatteretten 3, 2009, p. 49. At det kan forekomme betænkeligt at tillægge nyere kommentarer betydning ved fortolkningen af ældre overenskomster kan begrundes med mangel på demokratisk legitimitet, jf. Peter J. Wattel & Otto Marres, *European Taxation*, 2003, no. 7/8, p. 222-235. Kommentarerne til OECD's modeloverenskomst (2010), indledningen pkt. 33-36, lægger dog op til, at dynamisk fortolkning skal anvendes i videre omfang.
- 128 Jf. i overensstemmelse hermed Aage Michelsen, RR, 2005, nr. 1, SM, p. 2-5. David A Ward et al.: *The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to the OECD Commentaries on the OECD Model*, 2005, p. 114, finder, at 2003-kommentarerne ikke bør inddrages ved vurderingen af, om nationale værneregler er i strid med en given overenskomst, såfremt overenskomsten er indgået før ikrafttrædelsen af 2003-kommentarerne. Christen Amby, SU 2003, 219 synes at give udtryk for, at 1992-kommentarerne i denne sammenhæng ikke ændrer tidligere synspunkter, men blot forholder sig til nyere fænomener, herunder CFC-lignende lokal lovgivning. Han finder det således ikke berettiget, når Michael Lang, *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 51-58, kritiserer den finske Højesteret for i A Oyj Abp-sagen (se afsnit 4.1) at lægge vægt på 1992-kommentarerne og 1987-rapporten i relation til en dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1976. Om relevansen af 2003-kommentarerens bemærkninger om værneregler i relation til ældre dobbeltbeskatningsoverenskomster konkluderer Brian J. Arnold & Stef van Weeghel i Guglielmo Maisto (red.): *Tax Treaties and Domestic Law*, 2006, p. 101: "The 2003 revisions to the Commentary indeed represent a significant change in the OECD position regarding the relationship between tax treaties and tax avoidance... Nevertheless, it can be argued that at least to a certain extent the changes in the Commentary are clarifying in nature. How this will play out in practice remains to be seen..."
- 129 I den forbindelse er det værd at erindre, at kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst, pkt. 26 fra 1992 til 2003 også indeholdt en formaning om, at værneregler ikke burde udstrækkes til aktiv virksomhed. Konsekvensen af de gældende CFC-regler, og i en vis udstrækning også de tidligere CFC-regler, er imidlertid, at indkomst fra aktiv virksomhed meget vel kan blive inddraget under dansk CFC-beskatning i konkrete situationer. Om dette spørgsmål i henhold til de tidligere CFC-regler, se Anja Svendgaard: *Frivillig og tvungen sambeskatning*, 2001, p. 196-197.
- 130 Der henvises til argumenterne fremført for forenelighed lige oven for i afsnit 5.1., samt til at 1992-kommentarerne indeholder en del modstridende passager, hvorfor kommentarerne samlet set fremstår uklare, jf. Luc de Broe: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, 2008, p. 380 et seq. og Brian J. Arnold, *Bulletin for International Taxation*, 2003, p. 244-260. Det må dog medgives, at kommentarerne til artikel 1 i OECD's modeloverenskomst (1977), pkt. 7 synes problematiske i forhold til CFC-reglers forenelighed med dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået før 1992, idet formuleringen ikke synes at blive modsagt andre steder i 1977-kommentarerne. Omtalen i daværende værneregler og dobbeltbeskatningsoverenskomster er imidlertid ganske kortfattet og fokuserer ikke direkte på CFC-beskatning.
- 131 Jf. Klaus Vogel & Moris Lehner: *Doppelbesteuerungsabkommen*, 2008, p. 170: "Nach Art. 31 Abs. 3 Buchst. B WÜRV ist allerdings für die Auslegung eines Vertrags auch die spätere Praxis der Parteien heranzuziehen. Hat daher der andere Vertragsstaat über einige Zeit hinweg die Anwendung des neuen Gesetzes gemäß seinem Buchstaben hingenommen, so kann der Umgehungseinwand nicht mehr erhoben werden. Es erübrigt sich daher, heute noch zu prüfen, ob die "Subpart-F"-Gesetzgebung der Vereinigten Staaten bzw. Der Bundesrepublik Deutschland vor diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen vereinbar waren..." Se også Klaus Vogel: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 1997, p. 67. Mattias Dahlberg: *Svensk skatteavtalspolitik och utländska basbolag*, 2000, p. 340, udtrykker støtte til Klaus Vogels synspunkt. I OECD-rapport: *Tax Treaty Override*, 1989, pkt. 21, angives, at der skal afgives skriftlig protest, så snart den pågældende stat får kendskab til, at den kontraherende stat har indført regler, der indebærer "treaty override". I TfS 1992.291 Ø (omtalt ovenfor) lagde landsretten bl.a. vægt på, at de franske myndigheder efter det oplyste var bekendt med, at den pågældende fortolkning var i overensstemmelse med langvarig dansk praksis, og at de franske myndigheder ikke havde gjort indsigelse herimod.
- 132 Jf. Brian J. Arnold, 2004, *Bulletin for International Taxation*, p. Se også Robert Couzin: *Corporate Residence*, 2002, p. 237, som konstaterer: "Rather like the freedom afforded to states to define "residence" in accordance with domestic law, their freedom to define the base of CFC income should perhaps be confined to some internationally understood scope..."
- 133 Jf. Birthe Kallehauge Handberg & Anja Svendgaard Dalgas, *Cahiers de droit fiscal international*, 2011, p. 273.