

Kvalifikationskonflikter ved hybrid finansiering

Hybrid Mismatch Arrangements

Karin Loch Hansen

Vejleder: Michael Tell

Afleveringsdato: 21. August 2015

Antal sider/Anslag: 77/181940

Kvalifikationskonflikter ved hybrid finansiering

1	Problemidentifikation	4
1.1.1	Kvalifikationskonflikter	4
1.1.2	Internationalt perspektiv	5
1.2	Problemformulering	6
1.3	Dødsvægtsstab forårsaget af skat	7
1.3.1	Harbergers trekant	8
1.3.2	Skatteneutralitet	9
1.4	Anvendte begreber	11
1.5	Afgrænsning	12
1.6	Opsamling på indledende afsnit	12
2	Metode	14
2.1.1	Valg af undersøgelsesobjekter	14
2.1.2	Retskilder	16
2.2	Juridisk metode	17
2.3	Analysens struktur	18
2.4	Opsamling	19
3	Retsdogmatisk analyse af SEL§2B	20
3.1.1	Baggrund	20
3.1.2	Dansk regulering af kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter i hovedtræk	20
3.2	Konsekvensen af SEL§2B	21
3.2.1	Korrespondensprincippet	21
3.2.2	Hjemmelsgrundlaget for fradragsnægtelsen	22
3.2.3	Kvalifikationskonflikter ved udegående udbytter	22
3.2.4	Koncerntilskud ved SEL§31D	23
3.3	Betingelser for anvendelsen af SEL§2B	24
3.3.1	Selskabstyper ved omkvalificeringen	24
3.3.2	Koncernforbundne selskaber	25
3.3.3	Bestemmende indflydelse	25
3.3.4	Indskudte selskaber efter SEL§2B, stk.4	26
3.4	Undersøgelse af kvalifikationen af et finansielt instrument	27
3.4.1	Gæld	27
3.4.2	Egenkapital	28
3.4.3	Præferencer ved gæld kontra egenkapital	29
3.4.4	Hybride finansielle instrumenter	29
3.5	Efterfølgende konsekvenser af omkvalificeringen	33
3.6	Danmarks koordinerende rolle i den internationale skatteret	34
3.6.1	Dobbeltbeskatning som følge af SEL§2B	35
3.7	Reguleringen af kvalifikationskonflikter i sammendrag	36
3.8	Retspolitisk analyse af neutralitet i SEL§2B	37
3.9	Delkonklusion	38
4	Retsdogmatisk analyse af BEPS Action 2	40
4.1	Baggrund	40
4.2	BEPS Act. 2 hovedtræk	42
4.3	Undersøgelse af klassifikationen af kvalifikationskonflikten i BEPS act. 2	43
4.3.1	Definitionen af en kvalifikationskonflikt	43
4.3.2	BEPS klassificering af skattetænkning	44

4.3.3	Klassifikation af hybride finansielle instrumenter i BEPS act.2	44
4.4	Princippet bag act.2	45
4.4.1	Korrespondensprincippet i BEPS act. 2.....	45
4.4.2	Anbefalingernes struktur	46
4.4.3	Bilateral håndtering af kvalifikationskonflikten	46
4.5	Betingelserne for anbefalingerne	47
4.5.1	Anbefaling 1: Reglen for hybride finansielle instrumenter	47
4.5.2	Anbefaling 2: Specifikke anbefalinger for skattebehandlingen af finansielle instrumenter.....	47
4.5.3	Koncernforbundne parter	47
4.5.4	Tidsmæssig forskydning.....	48
4.5.5	Reguleringen af kvalifikationskonflikter ved 3.retskredse.....	49
4.6	Forslag til ændringer af MDBO i Act. 2	49
4.7	Reguleringen af kvalifikationskonflikter i sammendrag	50
4.8	Retspolitisk analyse af neutralitet i BEPS act.2.....	51
4.8.1	Compliance-omkostninger.....	52
4.9	Delkonklusion	53
5	Retsdogmatisk analyse af CCCTB	54
5.1.1	Formålet med CCCTB	54
5.1.2	Baggrunden for CCCTB	55
5.1.3	CCCTB i hovedtræk.....	55
5.2	Regulering af den konsoliderede koncern	56
5.2.1	Beskatning som konsolideret koncern efter CCCTB	56
5.2.2	Konsolidering.....	57
5.3	Enheder uden for koncern	59
5.3.1	Forbundne selskaber.....	59
5.3.2	Værnsregler for enheder uden for koncernen	60
5.3.3	Rentefradragsnægtelse ved lavskattelende uden aftale om informationsudveksling.....	61
5.3.4	Kontrollerede udenlandske selskaber (CFC)	63
5.3.5	Formandsskabets forslag til regulering af hybride finansielle instrumenter i CCCTB	63
5.3.6	Rentebegrebet i CCCTB.....	64
5.3.7	Konflikthåndtering	65
5.4	Reguleringen af kvalifikationskonflikter i sammendrag	65
5.5	Retspolitisk analyse af neutralitet i direktivforslaget.....	66
5.6	Delkonklusion	68
6	Diskussion.....	70
6.1	Sammenligning af de juridiske redskaber.....	70
6.1.1	Harmonisering contra korrespondensprincip	71
6.2	Løsningen af kvalifikationskonflikter	72
6.3	Neutralitet.....	73
7	Konklusion.....	75
8	Perspektivering.....	77
9	Litteraturliste	78

Kildesøgning er ophørt per 21.august 2015. Der tages i afhandlingen stilling til gældende lovgivning per samme dato.

Executive summary

This thesis analyses how the law regulates hybrid mismatch arrangements caused by hybrid financial instruments. Hybrid mismatch arrangements are viewed as a type of tax arbitrage, where different qualifications of an instrument in different jurisdictions can be used to obtain double non-taxation.

There are three laws analysed through judicial doctrine as examples of the regulation of hybrid mismatch arrangements. The first is Danish company tax law §2B, a rule based on a corresponding principle. The corresponding principle states how the tax treatment of a hybrid financial instrument should be symmetrical, even though the qualification of the instrument might differ in different jurisdictions.

The second is a non-adopted rule from the Base Erosion and Profit Shifting project by G20 and the OECD: Action 2 neutralising Hybrid Mismatch Arrangements. This rule takes the corresponding principle further than the Danish example. BEPS act.2 contains a defensive rule to be used if the opposing tax authority chooses not to act on the double non-taxation. Therefore this version of the corresponding principle has been developed to be utilized on a mutual basis.

The third example of regulation is the proposed EU directive Common Consolidated Corporate Tax Base, where transactions within the group are transparent in a tax context. Because of this, hybrid mismatch arrangements hybrid financial instruments cannot occur within the group. For transactions outside the group, the directive regulations of interest deductions is not neutral and does not contain specified regulation of hybrid mismatch arrangements, causing the possibility for them to occur.

It can be concluded that the three different laws, are examples of approaches created in different contexts and thereby having varying secondary objectives other than a symmetrical tax treatment.

1 Problemidentifikation

I denne afhandling undersøges kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter som et udtryk for skattetænkning. Skattetænkning defineres i denne afhandling som skatteudnyttelse, der efter retlig prøvelse må konstateres ikke at være i strid med skattelovgivningen¹. Derved er konsekvensen af skattetænkning at skattefordelen må accepteres af myndighederne. Til forskel er konsekvensen af skatteunddragelse ved denne definition at skattefordelen vil blive tilsidesat af skattemyndighederne. Derved har virksomhederne incitament til at foretage skattetænkning. Staterne har mulighed for at ændre skattelovgivningen, således det ikke længere er muligt for virksomhederne at udnytte en specifik fordel. Slutteligt må skattesvig også nævnes. Denne form for skatteudnyttelse er ikke lovlig, da man foretager handlinger i strid med gældende ret.

Kvalifikationskonflikter er en problemstilling inden for den internationale skatteret. Det drejer sig konkret om at to lande kvalificerer grænseoverskridende aktivitet forskelligt, hvilket fører til forskellige skatteretlige konsekvenser. De to klassiske typer af kvalifikationskonflikter sker ved skattemæssigt hybride selskaber og finansielle instrumenter, der i ét land kvalificerer sig som egenkapital og ét land som gæld eller lignende. I denne afhandling fokuseres på sidstnævnte.

Kvalifikationskonflikter opstår når forskellige lande definerer eksempelvis enheder eller finansieringsformer forskelligt. Problemstillingen er at man derved stilles forskelligt alt efter hvordan man bliver defineret. Et konkret eksempel er, hvilke krav der skal til for at finansieringen af en virksomhed kan kategoriseres som egenkapital eller om den kategoriseres som gæld.

Dette kan udnyttes til fordel for interesseforbundne selskaber, så den samlede skattebetaling mindskes.

1.1.1 Kvalifikationskonflikter

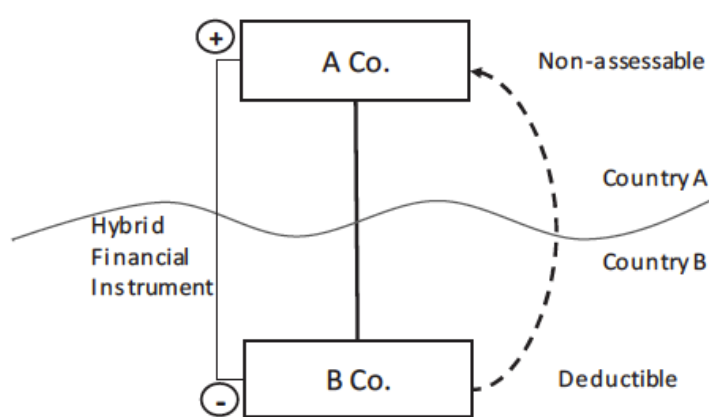
Med reference til intern dansk skatteret, er det skatteretlige udgangspunkt for renter som følger. Fuldt skattepligtige fysiske personer og selskaber er skattepligtige af renter jf. statsskattelovens §4. Samtidigt er renter fradragsberettigede for betaleren af renterne, jf. statsskattelovens §6 litra e, da det betragtes som en omkostning. Det skatteretlige udgangspunkt for egenkapital er anderledes. Udgifter til etableringen af egenkapital er ikke fradragsberettiget. Udbytte fra et datterselskab er skattefrit, jf.

¹ Schmidt, P. K., Tell, M., & Weber, K. D. (2015). *International skatteret i et dansk perspektiv* (1st ed.) Hans Reitzels Forlag. figur 8.1

selskabsskattelovens §13, som undtagelse til hovedreglen om udbytte som skattepligtig indkomst i LL§16A.

Når et udenlandsk selskab låner penge til et selskab i Danmark og det bliver betragtet som gæld i Danmark er udgangspunktet at det danske selskab skal betale renter til det udenlandske selskab. Det danske selskab vil da kunne fradrage disse udgifter til renter. Såfremt det udenlandske selskab havde foretaget investeringen i det danske selskab som egenkapital ville det som det danske selskab tilbagebetalte til det udenlandske selskab blive betragtet som udbytte. Udbytte vil som udgangspunkt være skattepligtigt. I den nedenstående figur ses denne konflikt illustreret².

Figure 2.1 Hybrid Financial Instrument



3

1.1.2 Internationalt perspektiv

Skattelovgivningen er som udgangspunkt et nationalt anliggende, derved er såvel udviklingen af lovgivning såvel som håndhævelsen national. Derfor kan man som skatteyder i visse internationale konstellationer udnytte forskelle. Der er dog visse internationale institutioner, som bryder dette nationale udgangspunkt. To eksempler på dette er Organisation for økonomisk samarbejde og udvikling, OECD og den Europæiske Union, EU. OECD står bag adskillige bud på løsninger af problematikker inden for den internationale skatteret, eksempelvis modeloverenskomsten for dobbeltbeskatningsoverenskomster. De implementerer dog ikke forslag direkte i national lovgivning og fungerer ikke som beskattende enhed. Modsat vedtages direktiver fra EU, der efterfølgende kan blive ratificeret i medlemsstaternes lovgivning. Historisk set har EU ikke vedtaget meget skattelovgivning. Direktivforslaget CCCTB er en undtagelse til dette.

² Figur 2.1 OECD. (2014). *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements* Organisation for Economic Co-operation and Development.

³ OECD. (2014). *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.33

1.1.2.1 Hvorfor er kvalifikationskonflikter et problem for samfundet?

For en koncern der søger at minimere omkostningerne til skat, vil det være naturligt at udnytte en situation, hvor der lovligt kan opnås dobbelt ikke-beskatning såsom ved en forskellig kvalifikation af gæld og egenkapital. Denne mulighed for at udnytte rentefradrag kan føre til et præference for gældsfinansiering i situationer, hvor debitor har bestemmende indflydelse og derved har en interesse i investeringen der går videre end kun låneaftalen. Det scenarie kan være sammenligneligt med en ejers andel af kapital eller stemmeandele, hvor ejer har interesse i at øge virksomhedens overskud.

I en statistik udarbejdet af OECD og IMF kan det ses at der er en særlig høj andel af direkte udenlandske investeringer i visse lavskattelande⁴. Ved brugen af hybride finansielle instrumenter i koncernforhold opnås der op for forskellige muligheder for at udbytte visse landes særligt lukrative skatteforhold samt forskellene mellem landenes skattelovgivning. I denne afhandling vil eksempler på reguleringen af sidstnævnte blive undersøgt. Risikoen ved rentefradrag ved gældsfinansiering contra egenkapital opsummeres i følgende:

“This unsurprisingly may lead to a tax-induced bias toward debt finance as well as to attempt to characterise particular payments as deductible interest in the payer’s jurisdiction and as dividends (that may not be taxed) in the jurisdiction of the recipient.”⁵

Kvalifikationskonflikter kan anses som et samfundsøkonomisk problemstilling på forskellige måder. I nedenstående citat er første skridt til en vurdering af et skadeligheden af et skatteregime at vurdere om der er præferencer for den:

The process for determining whether a regime is harmful contains three broad stages: (i) consideration of whether a regime is preferential and of preliminary factors, to determine whether the regime needs to be assessed; (ii) consideration of key factors and other factors to determine whether a preferential regime is potentially harmful; and (iii) consideration of the economic effects of a regime to determine whether a potentially harmful regime is actually harmful.”⁶

1.2 Problemformulering

Formålet med denne afhandling er at analysere hvorledes forskellige juridiske redskaber håndterer kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter i

⁴ Foreign Direct Investment, FDI

⁵ OECD. (2013). *Addressing base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.37

⁶ OECD. (2013). *Addressing base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.28-29

henholdsvis selskabsskattelovens §2B, OECD/G20's projekt BEPS Act.2 Neutralising Hybrid Mismatch Arrangements og direktivforslaget for det fælles konsoliderede selskabsskattegrundlag, CCCTB.

Sekundært søges det besvaret hvorledes de juridiske redskaber opnår skattemæssig neutralitet ved håndteringen af kvalifikationskonflikter.

Derfor søges følgende konkrete underspørgsmål besvaret:

- *Hvordan kvalificeres gæld og egenkapital?*
- *Hvilke betingelser stilles der for parternes relation?*
- *Hvilke geografiske begrænsninger indeholder reguleringen?*

1.3 Dødsvægtstab forårsaget af skat

I nedenstående vil der ved brugen af en model for dødsvægtstab, blive fremsat hvordan differencer mellem skattesystemer kan betragtes som en uhensigtsmæssig eksternalitet, der påvirker markedsligevægten.

Det samfundsøkonomiske optimum eksisterer ved ligevægt. En eksternalitet påvirker markedsligevægten, således at der opstår en for parterne mindre optimal transaktion end hvis den eksternalitet ikke havde influeret. Derved kan differencer mellem den skattelovgivning ud fra Harbergers trekantsmodel om dødsvægtstab kan anses som samfundsøkonomisk inefficent, hvilket i følgende afsnit begrundes.

Skattebyrden indeholder to elementer; den indsamlede skat og den omkostning skatten skaber.⁷ Den indsamlede skat er en omkostning for selskabet. Omkostningen, skatten medvirker til, er en byrde for samfundet.

Dødsvægtstabet vedrører det samlede samfundsmæssige tab i form af summen af forbrugernes, virksomhedernes og det offentlige tab. Harbergers økonomiske model for dødsvægtstab benyttes til besvarelsen af problemformuleringen, da selskabets beslutninger varierer alt efter hvorvidt skat er en faktor. Derfor bruges den til at undersøge hvad konsekvensen af skat som faktor ved beslutninger er.

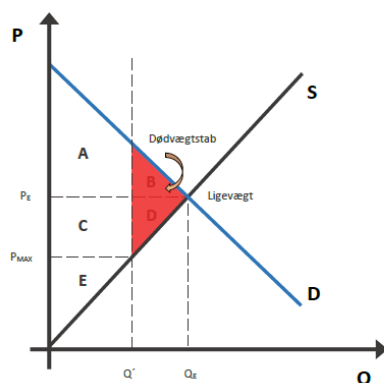
Der er to typer omkostninger ved en skat. Den første er de administrative omkostninger samt omkostningerne ved implementeringen af skatten. Den anden omkostningen er tabet der opstår ved skævvridningen, forårsaget af skatten. Denne skævvridning kommer, da skatten påvirker relationen mellem markedsparterne. Ved kvalifikationskonflikter kan det være låner og udlånerens adfærd, der bliver påvirket af

⁷ Case Karl, E., & Fair, R. C. (2007). In Fair Ray C (Ed.), *Principles of economics* (8. ed. ed.). Upper Saddle River, NJ: s.397

skatten. Helt simpelt betyder det at låner og udlåner ville have lavet en anden aftale, såfremt der ikke havde været skattemæssige forhold, der påvirkede. Forskellen mellem den aftale de havde lavet uden skat contra med skat som faktor, er det konkrete dødsvægtstab. Dette tab kan også komme til udtryk ved at parterne vælger ikke at lave en aftale om finansiering. Derved kan der også opstå dødsvægtstab såfremt investeringer, der kunne have skabt værdi for selskabet og samfundet, ikke foretages på grund af skattemæssige forhold.

1.3.1 Harbergers trekant

Det samfundsmæssige optimum eksisterer ved markedsligevægt. Det er det optimale scenarie, hvor ingen af parterne kan stilles bedre uden at den anden stilles værre. Ved kvalifikationskonflikter kommer det til udtryk ved lånets pris og betingelser. Markedsligevægten er illustreret i nedenstående graf.⁸



Grafen illustrerer dødsvægtstabet i forbindelse med ligevægtsprisen. Ud fra modellen kan det ses at henholdsvis forbrugeroverskuddet eller producentoverskuddet mindskes, når markedet påvirkes af en eksternalitet. Eksternaliteten påvirker prisen, således at der opstår en ny maksimum eller minimumspris, hvor enten forbruger- eller producentoverskuddet mindskes. Eksternaliteten er i denne kontekst skatten, der medvirker til en ny maksimal pris. Det betyder at forbrugeren, har et maksimum for hvor meget produktet må koste. Skatten er med til at gøre produktet dyrere. Såfremt forbruger har samme maksimumspris, betyder det at sælger vil få et mindre overskud.⁹ I grafen kan dette ses ved den markerede trekant. Trekanten er udtryk for det mindre overskud der bliver forårsaget af skattens skævvridende effekt.

⁸ HD-uddannelse.dk. *Dødvægtstab ved fuldkommen konkurrence*. Retrieved 07/28, 2015, from <http://hduddannelse.dk/dodvaegtstab-ved-fuldkommen-konkurrence/>

⁹ HD-uddannelse.dk. *Dødvægtstab ved fuldkommen konkurrence*. Retrieved 07/28, 2015, from <http://hduddannelse.dk/dodvaegtstab-ved-fuldkommen-konkurrence/>

Ud fra grafen kan det også ses at des større en skatteomkostning, des længere kommer prisen væk fra ligevægtsprisen. Dette forårsager et større dødsvægtstab. Det betyder at en større grad af skævvridning vil føre til et større dødsvægtstab.

Priselasticiteten påvirker dødsvægtstabet. Hvis samme mængde efterspørges, selvom prisen stiger, er dødsvægtstabet mindre.¹⁰ Derved kan det også siges at skatten skævvrider mindre, hvis låner og udlåner ikke påvirkes af skatten som eksternalitet.

1.3.2 Skatteneutralitet

Neutralitet bruges i denne afhandling som udtryk for det scenarie, hvor der ikke er forskel mellem en national og international transaktion mellem partnerne. Ud fra ovenstående beskrivelse af dødsvægtstab, vil en neutral situation opstå såfremt skatten er ligevægtigt i alle led af en handel, og således at ingen af parterne står hverken værre eller bedre. Begrebet skatteneutralitet bruges i denne afhandling ud fra definitionen fra Koncernskatteretlige Neutralitetsstudier:

*"Skatteneutralitet er udtryk for den situation hvor koncerner ikke på grund af den valgte organisationsform stilles skattemæssigt ringere end hvis der var tale om enkelt juridisk person., hvorved der fjernes præferencevirkninger for én type organisationsform frem for en anden og ligeledes fjerne disincitamentet vedrørende grænseoverskridende aktivitet."*¹¹

Bundgaard behandler forskellige kategorier for neutralitet, såsom tilsigtet kontra utilsigtet, formel kontra uformel, speciel kontra generel, fortidsrelativ kontra fremtidsrelativ, direkte skattes kontra indirekte skatter samt ekstern kontra intern.¹²

I koncernskatteretlige neutralitetsstudier behandler Bundgaard forskellen mellem økonomisk skatteneutralitet og juridisk skatteneutralitet. Bundgaard betegner kort skatteneutralitet, som et scenarie, hvor disponeringsformene er uafhængig af skat. Det vil sige, at skatten ikke påvirker adfærden. Man skal ikke beskattes mere eller mindre på grund af valg og organisationsform. Han betegner økonomisk skatteneutralitet, som et scenarie, hvor der er fuldstændig neutralitet såvel økonomisk som juridisk. Det vil sige et scenarie, hvor der ikke kun undgås dobbeltbeskatning eller

¹⁰ Case Karl, E., & Fair, R. C. (2007). In Fair Ray C (Ed.), *Principles of economics* (8. ed. ed.). Upper Saddle River, NJ: s.393

¹¹ Bundgaard, J. (1999). *Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, studier i udbredelsen af skatteneutralitet ved transaktioner i den internationale koncernskatteret*. København: s.29

¹² Bundgaard, J. (1999). *Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, studier i udbredelsen af skatteneutralitet ved transaktioner i den internationale koncernskatteret*. København: s. 23

dobbelt ikke-beskatning, men også opnås et éns skatteprovenu.¹³ En forskel i det samlede skatteprovenu kan påvirke virksomhedens valg af organiseringsform.

I ovenstående blev der fremsat argumentation for at det vil være samfundsøkonomisk inefficiënt at skatter påvirker selskabernes adfærd. Stater kan have interesse i at tiltrække udenlandske investeringer og derfor ikke ønske at lukke skattehuller, såsom kvalifikationskonflikter. De tre juridiske redskaber, der analyseres i denne afhandling, har alle en formuleret hensigt om at skabe skattemæssig neutralitet.

Ud fra dødsvægtsmodellen anses det mulige tab ud fra princippet *ceteris paribus*, at der ikke er andre faktorer end skat¹⁴. Dette princip er med til at modellen ikke ville kunne bruges som eneste grundlag til en retspolitisk beslutning om udformningen af reguleringen, da der altid vil være andre eksternaliteter end skat.¹⁵

Princippet om *second best* går ud på at der kan være årsager til at det er optimalt for markedet at skatten påvirker adfærden.¹⁶ Det kan være på grund af eksternaliteter, såsom miljøhensyn. Disse eksternaliteter skaber markedsfejl. Formålet med skatten kan derfor være at korrigere denne markedsfejl.

I Skatteretten 3 står beskrevet hvordan der er almindelig enighed om at skattereglerne normalt bør udformes neutralt, så de ikke påvirker adfærd eller påvirker konkurrenceforhold. Dette beskrives i relation til forskellige lempelsesmetoder. De forskellige lempelsesmetoder er eksempler på forskellige måder at neutralisere. Alligevel er der uenighed omkring hvilke metoder der er optimale efter forskellige politiskøkonomiske betragtninger.¹⁷

Opsamlingsvist tager denne afhandling udgangspunkt i at neutralitet i de skattemæssige konsekvenser af internationale skatteretlige aktiviteter bør tilstræbes. Endvidere tages der udgangspunkt i koncernen som én økonomisk enhed, hvorved der bør være intern skatteneutralitet efter enhedsteorien¹⁸.

¹³ Bundgaard, J. (1999). *Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, studier i udbredelsen af skatteneutralitet ved transaktioner i den internationale koncernskatteret*. København: s.28-29

¹⁴ Case Karl, E., & Fair, R. C. (2007). In Fair Ray C (Ed.), *Principles of economics* (8. ed. ed.). Upper Saddle River, NJ: s.391

¹⁵ Mendoza Enrique, G. (1996). In Milesi-Ferretti Gian Maria, Asea Patrick and Centre for Economic Policy Research (Eds.), *On the ineffectiveness of tax policy in altering long-run growth, harberger's superneutrality conjecture*. London: Centre for Economic Policy Research.

¹⁶ Case Karl, E., & Fair, R. C. (2007). In Fair Ray C (Ed.), *Principles of economics* (8. ed. ed.). Upper Saddle River, NJ: s.391

¹⁷ Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten 3* (6. udg. ed.). København: s.115-117

¹⁸ Bundgaard, J. (1999). *Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, studier i udbredelsen af skatteneutralitet ved transaktioner i den internationale koncernskatteret*. København: s.32-33

1.4 Anvendte begreber

Dette afsnit er til for at sikre klarhed ved brugen af centrale begreber. Hybride finansielle instrumenter, egenkapital, gæld og investorer vil derfor blive beskrevet ud fra en juridisk og økonomisk begrebsramme.

1.4.1.1 Definition af hybride finansielle instrumenter

For at kunne sikre den optimale analyse af kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter, skal det først og fremmest klargøres, hvorledes disse defineres. Såfremt der var en bred enighed staterne imellem, hvordan disse defineres ville kvalifikationskonflikter ikke kunne opstå.

Når der i denne afhandling omtales hybride finansielle instrumenter i sammenhæng med international skatteret, er det centralt at der ikke er en internationalt anerkendt definition, jævnfør Jacob Bundgaard i SU 2007 237. I samme artikel refererer Bundgaard til Duncan, som kom med en mulig definition til brug i en international juridisk kontekst i 2000. Det er denne definition, der i denne afhandling vil blive taget udgangspunkt i. Duncans definition lyder som følger:

"Instrumenter, som rummer økonomiske karakteristika, hvilke er inkonsistente med den klassifikation, der følger med instrumentets juridiske form" ¹⁹ Duncan i Bundgaard (SU2007.237)

I definitionen beskrives hybride finansielle instrumenter som inkonsistente. Derved forstås at der ikke blot er tale om at det er finansiering, som ikke passer ind i den juridiske definition af eksempelvis egenkapital i den pågældende stat, men også omfatter at finansieringen kan høre ind under flere forskellige klassifikationer – eller ingen. Dette er naturligvis særligt relevant ved internationale koncerner, hvor der drives virksomhed i forskellige lande.

Selvom der ikke kan tales om en fast definition af hybride finansielle instrumenter, kan der godt italesættes visse karakteristika. Bundgaard nævner i SU2006.391 at det ofte ses at instrumentet undervejs kan konverteres fra gæld til egenkapital og at det ofte vil være kreditor der har konverteringsretten. Vederlæggelsen ved dette låneforhold vil også ofte svare til udbytte.^{20 21}

¹⁹ Duncan i Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237)

²⁰ Italesættes ofte udbyttegivende gældsbreve eller participating debentures, jf. SU 2006, 391

²¹ Bundgaard, J. (2006). Hybrid finansiering og international skatteret. *Skat Udland*, 391

1.4.1.2 Definition af egenkapital og gæld

Forskellen mellem fremmedkapital og egenkapital fremstår allerede af ordlyden. Fremmedkapital i form af gæld betragtes som fremmed kapital, derved ikke som selskabets egen ressourcer. På den anden side er egenkapitalen, der skal anses som ejerens egen kapital, idet en investors indskud i egenkapital som udgangspunkt vil være ensbetydende med at vedkommende derved opnår en vis andel af ejerskab i selskabet. At en investor låner penge og etablerer et gældsforhold til et selskab er ikke ensbetydende med at der opstår ejerskab.

1.5 Afgrænsning

Der kan opstå kvalifikationskonflikter på forskellige områder inden for den internationale skatteret. Denne afhandling afgrænser sig fra at analysere de juridiske værktøjer for andre typer af kvalifikationskonflikter end ved hybride finansielle instrumenter, der kan klassificeres som henholdsvis gæld eller egenkapital med dertil hørende skattemæssige rettigheder.

Man kunne også have undersøgt neutraliteten som et mere komplekst begreb, der også inkluderede hvordan de juridiske værktøjer påvirker selskabernes adfærd. Derved havde det været interessant at indsamle data direkte fra selskaberne med henblik på at opnå en forståelse af, hvorledes de ville vælge at agere ved de forskellige regelsæt.

I spørgsmålet om skatteplanlægning ved kvalifikationskonflikter er der potentiale for en skattepolitisk analyse. Dette fravælges i denne afhandling. Det gøres med henblik på at sikre fokus på det komparative og analytiske element. De tre konkrete eksempler vil blive analyseret i deres nuværende form og der vil ikke blive taget stilling til, hvordan de hver især kunne forbedres.

1.6 Opsamling på indledende afsnit

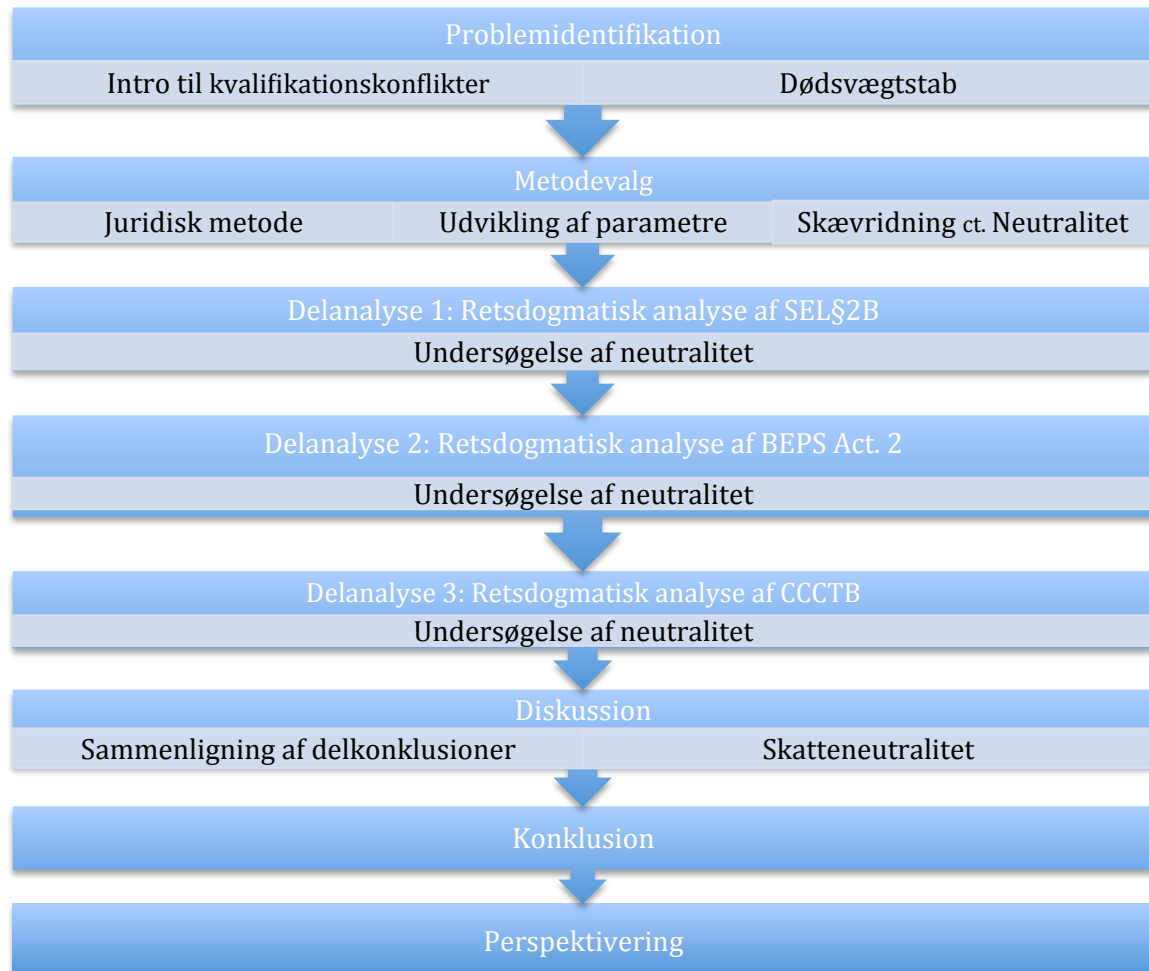
I ovenstående er det blevet konstateret hvorledes kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter opstår, hvad det skatteretlige udgangspunkt er, samt hvorledes de kan blive betragtet som et samfundsøkonomisk problem.

Ud fra en model for dødsvægtstab er der blevet arbejdet videre med kvalifikationskonflikter som en samfundsøkonomisk problemstilling. Der blev konstateret et samfundsøkonomisk tab, såfremt skattelovgivningen påvirker selskabers præferencer og adfærd. Formålet med dette er at pointere relevansen i at udvikle optimale juridiske redskaber til håndteringen af kvalifikationskonflikter. Ved at etablere at skævvridninger af markedet ikke er samfundsøkonomisk optimalt, giver det et supplerende perspektiv på de forskellige juridiske redskaber. Dette perspektiv drejer

sig om effekten af reguleringen med henblik på at opnå en forståelse for graden af skævvridning, hvilket undersøges ved at få en forståelse for neutraliteten.

1.6.1.1 Illustration af afhandlingens opbygning

I nedenstående tabel illustreres opgavens struktur.



2 Metode

Formålet med dette kapitel er at etablere det videnskabelige fundament for besvarelsen af problemformuleringen. I problemformuleringen undersøges det, hvorledes tre forskellige juridiske redskaber håndterer kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter. Dette sker med henblik på at opnå en forståelse for hvordan disse tre juridiske redskaber fungerer i relation til kvalifikationskonflikter.

Dernæst søges neutraliteten ved de juridiske redskaber undersøgt. Dette sker med henblik på at undersøge, hvilken effekt reguleringen kan have og om der er mulighed for, at reguleringen kan have en skævvridende effektiv. Udgangspunktet for denne supplerende dimension er en tese om at manglende neutralitet er samfundsøkonomisk inefficent.

I denne afhandling benyttes to forskellige typer af juridisk metode. Problemformuleringen vil blive besvaret med primært afsæt i den traditionelle retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode er valgt for "at sikre en objektiv beskrivelse og analyse af et givent system"²². Når det analyseres hvorvidt de tre juridiske redskaber er neutrale i deres udformning, vil det bære præg af en retspolitisk analyse. Det retspolitiske perspektiv vil ikke udmunde i en konkret vurdering af hvilken regulering, der bedst håndterer kvalifikationskonflikter, idet der kun analyseres neutralitet. For at foretage en anbefaling af et specifikt juridisk redskab, skulle der medtages flere parametre.

For at sikre en optimal beskrivelse af den metodiske tilgang, begrundes valget af undersøgelsesobjekter efterfulgt af den juridiske metode. Herefter konkretiseres hvordan denne metode benyttes i afhandlingen samt en præciseringen af centrale begreber.

2.1.1 Valg af undersøgelsesobjekter

I denne afhandling analyseres tre juridiske værktøjer, der på forskellig vis håndterer kvalifikationskonflikter. Disse er henholdsvis

- Selskabsskattelovens § 2 B i sin nuværende form ved L2011-03-30 nr.254²³
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Neutralising the Effects og Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2014 Deliverable.

²² Ruth, N. (2011). In Tvarnø Christina D (Ed.), *Retskilder og retsteorier* (3. udg. ed.). København: s.28

²³Efter lovforarbejder LFV 2011 nr.84 §8.1 nr.5 - Ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love (Opfølgning på harmoniseringen af selskabers aktieafkastbeskatning m.v.)

- Forslag til rådets direktiv om et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag [SEK(2011) 315] med den danske oversættelse fra d. 3.oktober 2011.²⁴

Det skal gøres klart at direktivforslaget CCCTB og BEPS-projektets Act. 2 ikke er vedtaget i skrivende stund. I denne afhandling vil de blive analyseret som om de var vedtaget i deres nuværende form.

De tre forskellige former for regulering der er undersøgelsesobjekter i denne afhandling, er udvalgt med henblik på at medtage forskellige bud på lovgivning, der håndterer kvalifikationskonflikter. De er endvidere valgt fra et dansk perspektiv, da alle tre former for regulering kan påvirke dansk ret. Såvel EU-direktivet som forslagene fra OECD vil kunne blive implementeret i dansk ret. I denne afhandling behandles de som separate stykker lovgivning. Dette gøres af to årsager. Ét er, at BEPS act.2 og CCCTB i skrivende stund ikke er gældende lovgivning i dansk ret. Derudover kan forskellene mellem de tre forskellige former for regulering bedre undersøges, når de optræder separat.

I forhold til den retsdogmatiske fortolkning af gældende ret på området, er det vigtigt at have internationaliseringen af EU-retten in mente. EU-retten spiller en markant rolle i dansk ret, bl.a. fordi den ofte medtages i fortolkningsspørgsmål i dansk ret. EU-retten har forrang for og direkte betydning i Danmark²⁵. I denne afhandling er det ene undersøgelsesobjekt et direktivforslag. Direktiver er i EU-retten konstrueret til at blive implementeret i medlemsstaternes lovgivning. Da dette direktiv ikke er vedtaget, behandles det i denne opgave som et konkret eksempel på regulering. I undersøgelsen af dansk lovgivning på området medtages CCCTB ikke, idet der kun tages udgangspunkt i gældende dansk ret.

EU spiller i dansk ret en så stor rolle, at man ofte vil medtage EU-retslige synspunkter sammen med de danske retskilder ved fortolkningsspørgsmål i dansk ret²⁶. I denne afhandling medtages kun gældende EU-ret i fortolkningen af den danske lovgivning. Det vil sige gældende traktater samt direktiver implementeret i dansk ret. I den retsdogmatiske analyse af CCCTB fortolkes retskilden med baggrund i anden EU-ret,

²⁴ Disse tre juridiske redskaber vil herefter skrives som SEL§2B, CCCTB og BEPS act.2.

²⁵ Ruth, N. (2011). In Tvarnø Christina D (Ed.), *Retskilder og retsteorier* (3. udg. ed.). København: s.137-138

²⁶ Ruth, N. (2011). In Tvarnø Christina D (Ed.), *Retskilder og retsteorier* (3. udg. ed.). København: s.139

såsom andre direktiver. Af den årsag kan der være et overlap mellem den retsdogmatiske analyse af SEL§2B og CCCTB.

2.1.2 Retskilder

Idet problemstillingen besvares med udgangspunkt i retsdogmatisk metode, analyseres gældende ret, der vedrører kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter. Den retsdogmatiske fortolkning af reguleringen i denne afhandling er subjektiv, hvor lovforarbejderne læses i sammenhæng med lovteksten²⁷. Den primære retskilde i afhandlingen vil være reguleringen. Sekundært benyttes retspraksis, retssædvane og forholdets natur. I forlængelse af dette benyttes bindende svar, som en måde at opnå forståelse for administrative afgørelser på området²⁸. Relevant juridisk litteratur såsom akademiske artikler samt SKAT's juridiske vejledning benyttes, idet de er retskildelignende jf. Riis og Trzaskowski²⁹. De bruges til at skabe en bred forståelse for kvalifikationskonflikter.

I afhandlingen bruges lovforberedende bilag af forskellig karakter. Eksempelvis har direktivforslaget været til høring i Danmark. I analysen af direktivforslaget benyttes derfor offentliggjorte spørgsmål og respons fra danske interessenter. Derudover bruges kommissionens konsekvensanalyse. I kommissionens konsekvensanalyse af CCCTB beskrives, hvordan interessenter og juridiske eksperter, har været inddraget i udviklingen af direktivforslaget³⁰.

Derfor bruges konsekvensanalysen også som supplement til hvorledes direktiv skal opfattes af såvel kommissionen som interessenter.

Bemærkningerne til en lov kan bidrage til en bedre forståelse af loven. I BEPS act.2 henvises der adskillige gange til bemærkningerne, som desværre ikke er offentliggjort endnu. Derfor vil der være tvivlsspørgsmål, som der ikke i skrivende stund er mulighed for at opnå klarhed omkring.

Som kildekritik påpeges det, at det have været optimalt at undersøge retspraksis i den retsdogmatiske analyse, hvilket ikke har været muligt, idet der er tale om flere lovforslag der pt. ikke er vedtaget. Det kritiseres i øvrigt, at der i en væsentlig udstrækning henvises til litteratur af Jakob Bundgaard, adjungeret professor, Ph.d. i

²⁷ Ruth, N. (2011). In Tvarnø Christina D (Ed.), *Retskilder og retsteorier* (3. udg. ed.). København: s.85-87

²⁸ Riis Thomas (red.), & Trzaskowski Jan (red.). (2013). *Skriftlig jura, den juridiske fremstilling*. København: s.39

²⁹ Riis Thomas (red.), & Trzaskowski Jan (red.). (2013). *Skriftlig jura, den juridiske fremstilling*. København: s.39-40

³⁰ European Commission. (2011). *IMPACT ASSESSMENT (CCCTB)* (Commission Staff Working Document No. SEC(2011) 315 final). Brussels: s.7

analysen af SEL§2B. Begrundelsen er, at han i har skrevet en del, der specifikt handler om kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter, hvor alternativet havde været at henvise mere til forfattere med mere generel fokus.

2.2 Juridisk metode

For at kunne besvare denne afhandlings problemformulering optimalt anvendes den retsdogmatiske metode til fortolkning af gældende ret. Afhandlingen analyseres ud fra den skandinaviske realisme, som præsenteret ved prognoseteorien af Alf Ross.³¹ Derved benyttes et bredt udsnit af retskilder for at opnå en forståelse af, hvorledes reguleringen foreslår problematikken løst. I forlængelsen af brugen af prognoseteori er det centralt at påpege, at sandhedsværdien af udsagn i afhandlingen ikke vil kunne afprøves endeligt, førend det måtte afprøves ved en domstol³². Det betyder at opgavens konklusion, i forhold til hvordan de juridiske redskaber håndterer kvalifikationskonflikter, først vil kunne bevises sandfærdige, såfremt de afprøves ved en domstol. Dette understreges særligt i forbindelse med den retsdogmatiske analyse af BEPS Act.2 og CCCTB, som ikke er vedtaget. Som naturlig følge findes der ikke domme, hvor de er blevet brugt.

Problemformuleringen bliver i denne afhandling behandlet ved en retsdogmatisk analyse og en supplerende retspolitisk analyse. Dette gøres med henblik på at sikre en optimal forståelse af området samt se det i en samfundsøkonomisk kontekst. I analysen vægtes den retsdogmatiske analyse for derved at sikre et optimalt grundlag for en komparativ analyse af de tre former for regulering.

Som tidligere nævnt ses kvalifikationskonflikter som et problem af to årsager. Første problem er, at selskaber kan risikere ikke at få fradrag for noget, de som udgangspunkt havde forventet, grundet kvalifikationen af finansieringen i domicilstaten. Det samme gør sig gældende omvendt, hvorved selskabet ville kunne få fradrag for noget, de ikke ville have kunne med den gældende kvalifikation af finansieringen i domicilstaten. Den anden problematik ved kvalifikationskonflikter er skatteplanlægningen. Der er i forbindelse med fremstillingen af problemformuleringen blevet argumenteret for det samfundsøkonomisk u hensigtsmæssige ved at et selskab planlægger sin finansiering alene ud fra skattemæssige forhold. Disse to niveauer af problemet, er årsagen til at to analyseniveauer er valgt.

³¹ Riis Thomas (red.), & Trzaskowski Jan (red.). (2013). *Skriftlig jura, den juridiske fremstilling*. København: s.106-110

³² Riis Thomas (red.), & Trzaskowski Jan (red.). (2013). *Skriftlig jura, den juridiske fremstilling*. København: s.10

Denne afhandlings retspolitiske analyse foretages med udgangspunkt i et paradigme om økonomisk efficiens. I kapitel 1 argumenteres for hvordan muligheden for at udnytte skattearbitrage forvrider markedet, skaber et skattemæssigt dødsvægttab og derved er samfundsøkonomisk inefficent. Alternativet ville være, at der ikke var skattemæssige forskelle mellem behandlingen af kvalifikationskonflikter. Derfor undersøges det, om de tre juridiske redskaber modvirker en forskellig skattemæssig behandling af hybrid finansiering. Dette er udtryk for en retspolitisk analyse, idet der opstilles et ideal for, hvordan retten bør være. Dette ideal er beskrevet i ovenstående og går ud på, at reguleringen bør være udformet neutralt, så det ikke kan påvirke selskabernes adfærd ved at skabe incitament til skattetænkning. Det er en retspolitisk opgave at udvikle et pålideligt, alsidigt og informativt grundlag for politisk beslutningstagning³³ De økonomiske overvejelser, der ligger til grund for undersøgelsen af neutralitet, er med til at sikre pålidelighed og relevans. Konklusionen af de tre juridiske redskaber opnår neutralitet har derved ikke til formål at lave en anbefaling, men i stedet gøre det klart, hvordan de tre juridiske redskaber skaber forskellige grader af skatteneutralitet.

2.3 Analysens struktur

Analysen er opdelt i tre delanalyser, hvor hvert juridisk redskab analyseres separat. I hver af de tre delanalyser analyseres gældende ret systematisk for at undersøge hvordan kvalifikationskonflikter håndteres. Derved forsøges det at få fastlagt, hvilke principper der ligger til grund for den juridiske behandling. På at sikre en optimal, systematisk fremstilling af gældende ret opsummeres lovgivningen ud fra tre parametre. Denne beskrivelse af reguleringen bruges som komparativt grundlag for diskussionen og for den retspolitiske analyse.

Der er konkret valgt tre parametre. Disse er definitionen af transaktionen, krav til associeringen og det geografiske anvendelsesområde.

Definitionen af transaktionen medtages, da det er afgørende hvorledes gæld, egenkapital og andet bliver kvalificeret, fordi det er ved differencer i kvalifikationen at kvalifikationskonflikter opstår. I forlængelse af dette vil reguleringens håndtering af konventionelle konvertible instrumenter blive undersøgt, da de er udtryk for en finansieringsform, hvor der kan opstå tvivlsspørgsmål om klassifikationen.

Krav til associeringen medtages, da koncernmedlemmer, kontrollerede selskaber og interesseforbundne parter reguleres forskelligt. Endvidere er denne

³³ Riis Thomas (red.), & Trzaskowski Jan (red.). (2013). *Skriftlig jura, den juridiske fremstilling*. København: s.62

relation relevant, da der kun kan spekuleres i kvalifikationskonflikter, såfremt parterne samarbejder.

Det geografiske anvendelsesområde medtages, da de tre juridiske redskaber har forskellige begrænsninger i forhold til rækkevidden af reguleringen.

Hver delanalyse har også et retspolitisk element, der kommer i et særskilt afsnit. Opsummeringen af gældende ret lægges til grund for en undersøgelse af hvorvidt reguleringen er skattemæssigt neutral. Dette kommer som opfølgning på beskrivelsen af at hvordan ikke-neutral regulering skaber dødvægtstab.

I afhandlingens diskussion behandles delkonklusionerne for at få en dybere forståelse for forskellene mellem de juridiske redskaber og de principper der ligger til grund. I diskussionen følges der op på det samfundsøkonomiske perspektiv for afslutningsvist at diskutere konsekvenserne af en skattemæssigt asymmetrisk regulering af kvalifikationskonflikter.

Afslutningsvist konkluderes der på hvordan de tre juridiske redskaber håndterer kvalifikationskonflikter og om der skabes skatteneutralitet, som besvarelse på problemformuleringen.

2.4 Opsamling

I dette kapitel er der blevet redegjort for afhandlingens metodiske fundament. Den juridiske metode er blevet beskrevet med argumentation for valget af en kombination af retsdogmatisk metode og retspolitisk analyse. Opbygningen er afslutningsvist blevet beskrevet for at tydeliggøre, hvordan problemformuleringen besvares igennem de forskellige kapitler.

3 Retsdogmatisk analyse af SEL§2B

I dette afsnit præsenteres, hvordan kvalifikationskonflikten ved hybride finansieringsinstrumenter reguleres i dansk skattelovgivning. Det er relevant at tage udgangspunkt i dansk lovgivning, da Danmark ved vedtagelsen af selskabsskattelovens §2 litra B i 2007 ved L 2007-04-18 §1.1.nr.1³⁴ og lovforarbejder LFV 2007 110B³⁵ er en frontløber ved denne type skatteproblematik.

I delanalysen bliver SEL§2B først præsenteret i hovedtræk, hvilket efterfølges af en mere dybdegående analyse af princippet og hjemmelsgrundlaget. Dernæst bliver betingelserne for anvendelsen af paragraffen fremstillet og analyseret, hvorefter den skattemæssige behandling af finansielle instrumenter i dansk skatteret bliver analyseret for at få en mere nuanceret forståelse for det hybride finansielle instrument. De efterfølgende konsekvenser af en omkvalificering i dansk og international skatteret.

Afslutningsvist beskrives reguleringen efter de tre parametre, der blev udvalgt i metodekapitlet, hvilket lægger til grund for en retspolitisk analyse af skatteneutralitet ved SEL§2B.

3.1.1 Baggrund

Dansk skattelovgivning indeholder forskellige værnsregler med det formål at modvirke udnyttelse af den nationale skattelovgivning i en international kontekst. SEL§2B er et eksempel på dette, ligeledes er reguleringen af CFC-beskatning, tynd kapitalisering og transfer pricing. Fælles for dem er at der er observeret en mulighed for at udnytte danske skatteregler i en international sammenhæng, hvilket man efterfølgende har udviklet værnsregler for. Bundgaard fremhæver i artiklen SU2007.237 det politiske klima i Danmark som grund til at SEL§2B blev fremsat ud fra tankegangen om at alle forhold der ikke har været reguleret må være et skattehul.³⁶

3.1.2 Dansk regulering af kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter i hovedtræk

Helt kort reguleres kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter ved at gæld kan blive omkvalificeret til egenkapital såfremt gælden efter udenlandske regler kvalificeres som egenkapital. Det man i den situation ønsker at værne imod, er at

³⁴ Ændring af selskabsskatteloven, aktieavancebeskatningsloven, kursgevinstloven og ligningsloven (Hybride finansieringsinstrumenter, genbeskatning af underskud og selskabers salg af aktier til udstedende selskaber m.v.)

³⁵ SEL§2B blev fremsat ved Lov 110 2007: Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, aktieavancebeskatningsloven, fusionsskatteloven og andre skattelove. (Skattefri omstrukturering af selskaber og justering af sambeskatningsreglerne m.v.).

³⁶ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter* afs.2

selskaberne opnår dobbelt ikke-beskatning ved fradrag efter dansk ret og skattefrit datterselskabsudbytte efter udenlandsk ret³⁷. Ved at modvirke dette scenarie igennem en skattemæssig omkvalificeringen af det finansielle instrument opnås reguleringens formål om skattemæssig symmetri³⁸. Symmetri i den skattemæssige behandling af det hybride finansielle instrument opnås igennem et korrespondensprincip.³⁹

Korrespondensprincippet går ud på, at den danske skattemæssige kvalifikation skal stemme overens med den udenlandske. Konkret foregår omkvalificeringen ved at selskabets rentebetalinger og kurstab anses for at være udbytteudlodninger, jf. SEL§2B, stk.2.

SEL§2B blev vedtaget i sin nuværende form ved L2011-03-30 nr.254, §8.1 nr.5⁴⁰ og behandler scenariet, hvor et dansk selskab har gæld til et selskab i udlandet, hvor lånet betragtes som egenkapital frem for fremmedkapital.

SEL§2B indeholder konsekvenserne af en kvalifikationskonflikt samt betingelserne for anvendelse af værnsreglen, herunder en særregel om indskudte selskaber. Konsekvensen af SEL§2B er at et dansk selskabs rentebetalinger og kurstab bliver betragtet som udbytteudlodninger. SEL§2B finder anvendelse ved danske selskaber eller foreninger nævnt i SEL§1 og SEL§2, stk.1, litra a og b. Betingelserne for at anvende SEL§2B er at den udenlandske juridiske person er koncernforbundet eller har bestemmende indflydelse over det danske selskab.

3.2 Konsekvensen af SEL§2B

3.2.1 Korrespondensprincippet

Som tidligere nævnt går korrespondensprincippet ud på at den danske skattemæssige kvalifikation skal stemme overens med den udenlandske. Dansk lovgivning indeholder adskillige andre eksempler på korrespondensprincippet end SEL§2B. Ved SEL§2A omkvalificeres anpartsselskaber ved udenlandsk transparens Ved LL§5G behandles double-dipping⁴¹ ved fradragsnægtelse fra dansk side. Ved SEL§2, stk. 1 litra d, 5-7.pkt

³⁷ Jf. bemærkningerne til L110B 2007 i Bundgaard, 2007

³⁸ Jf. de generelle bemærkninger til L110B 2007

³⁹ De generelle kommentarer til L110B

⁴⁰ lovforarbejder LFV 2011 nr.84 - Ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love (Opfølgning på harmoniseringen af selskabers aktieafkastbeskatning m.v.)

⁴¹ Double dipping er et scenarie, hvor der er dansk fradrag og udenlandsk fradrag for samme udgift

bortfalder rentekildeskattepligt, hvis den udenlandske modtager af renten beskattes effektivt af renteindtægten⁴².

Bundgaard skriver i 2007:

"Idet underliggende rationale har været genstand for skarp kritik, idet Danmark ved sådanne tiltag i realiteten påtager sig en unilateral skattekordinerende rolle eller en rolle som verdens skatteretlige politimand." SU2007.237

Efterfølgende kommenteres det, at der ikke ses samme bestræbelser for at undgå dobbeltbeskatning som følge af forskellig kvalifikation.

Danmark er ikke det eneste land, der har værnsregler til behandling af kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter. Storbritannien og Tyskland har lignende værnsregler⁴³.

3.2.2 Hjemmelsgrundlaget for fradragsnægtelsen

Fradrag for renter har oprindeligt set haft hjemmel i statsskattelovens §6 litra e. Det er derfor relevant at stille spørgsmål ved, hvorvidt rentefradragsretten behandles efter statsskatteloven i det scenarie, hvor renten fortolkes som udbytte i modtagerens domicilstat. Bundgaard kommer frem til, at SL§4-6 formentlig skal fortolkes således, at der skal være særskilt hjemmel til rentefradragsbegrænsning og at dette også gælder ved skattemæssig asymmetri.⁴⁴ Argumentationen er, at kapital kun skal beskattes én gang hos kreditor under anvendelse af et nettoprincip, hvor der samtidigt er fradragsret hos debitor, jf. Hemmingsen i Skatteorientering 1982 i Bundgaard 2007.⁴⁵

Med udgangspunkt i ovenstående kan det konstateres at SEL§2B ikke bruges ved ansvarlig lånekapital uden for koncernforhold, hvor modtager beskattes af renteindtægten.⁴⁶

3.2.3 Kvalifikationskonflikter ved udgående udbytter

SEL§2B gør sig kun gældende ved indgående hybride instrumenter, men er ikke relevant ved udgående. Bundgaard argumenterer også for SEL§2B burde indeholde den

⁴² Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237) note 7

⁴³ Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237)

⁴⁴ Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237) afs.3

⁴⁵ Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237) afs.3

⁴⁶ Note 93 i Karnov til LBKG 2015-05-20 nr.680

omvendte kvalifikation. Det omvendte scenarie af gæld eller lignende, der bliver omkvalificeret til egenkapital vil være egenkapital der omkvalificeres til gæld. Med udgangspunkt i korrespondensprincippet vil dette betyde at der er en mulighed for fradrag for omkostningerne. Mere udgangspunkt i gældende dansk ret kunne dette scenarie betyde dobbeltbeskatning, idet der ikke ville opnås fradrag for hvad der i Danmark blev betragtet som udbyttebetalinger, hvilket efterfølgende ville blive beskattet som renteindtægt i modtagers domicilstat. Der er mulighed for lempelse ved dobbeltbeskatning efter såvel dobbeltbeskatningsoverenskomster som ved intern dansk ret i LL§33. De interne lempelsesregler kan blandt andet benyttes, hvis det er mere fordelagtigt for skatteyderen end den gældende dobbeltbeskatningsoverenskomst i en specifik situation.⁴⁷

3.2.4 Koncerntilskud ved SEL§31D

Koncerntilskud er relevant at komme ind på i forlængelse af koncerninterne lån.

Der kan opstå en kvalifikationskonflikt ved skattefri tilskud efter SEL§31D, mellem selskaber der sambeskattes eller kunne være omfattet af sambeskatning efter SEL§31C, såfremt giveren af tilskuddet får fradrag for betalingen. Dette behandles i SEL§31D, stk.6, hvor det fremgår at koncerntilskud er skattepligtige hos en dansk modtager, hvis yderen opnår fradrag.

FSR spørger i den anledning daværende skatteminister Kristian Jensen:

"I det hele taget får man indtryk af, at Skatteministeriet søger at indføre en pendant til den foreslåede SEL § 2 B via bestemmelsen i SEL § 31 D, sådan at, hvor der foretages betalinger til et dansk selskab risikerer disse betalinger at blive omkvalificeret fra udbytte til skattepligtigt tilskud. Hvis Skatteministeriet har til hensigt at ændre på den eksisterende praksis med kvalifikation af udbytte henholdsvis tilskud, bør det fremgå tydeligt at lovteksten, ligesom det bør angives direkte i forarbejderne." LfV2007.344 til L2007.110

Skatteminister afkræfter FSR's overvejelse i følgende:

"Det skal bemærkes, at udbytter alene kan dække over de betalinger, der betales til direkte aktionærer. I ligningslovens § 16 A, stk. 1, fremgår det således, at "Til udbytte henregnes alt, hvad der af selskabet udloddes til aktuelle aktionærer eller andelshavere". Betalinger til et moderselskab direkte fra et datterdatterselskab kan således ikke betegnes som udbytte. Det er disse betalinger, der i lovforslaget er benævnt "tilskud til indirekte aktionærer". Sådanne betalinger er efter gældende ret skattepligtige for modtageren, idet der ikke kan være tale om skattefrit udbytte."

⁴⁷ Henrik, K. (2013). *Skatteret kompendium* (5. udg. ed.). København: s.50-51

For at reglerne om skattefrit koncerntilskud efter SEL§31D kan anvendes skal der være tale selskaber der sambeskattes eller ville kunne sambeskattes efter SEL§31A, jf. SEL§31D, stk.4. Muligheden for skattefrit koncerntilskud kan ikke anvendes såfremt skal der være tale om en transaktion uden modydelse, da der skal være tale om et rent tilskud.⁴⁸

Afslutningsvist pointeres det at reglerne for udbytteudlodning i LL§16A og SEL§13 har forrang for SEL§31D, jf. lovbemærkningerne til L110B 2007.⁴⁹ Derved vil man altid først afprøve om reglerne for udbytte kan anvendes på en given situation, før det vurderes om transaktionen kunne skattemæssigt klassificeres som skattefrit tilskud.

3.3 Betingelser for anvendelsen af SEL§2B

3.3.1 Selskabstyper ved omkvalificeringen

Der kan være flere forskellige selskabstyper involveret ved en kvalifikationskonflikt på debitorsiden, jf. SEL§2B,stk.1 og stk. 3 Selskabstyperne der kan være involveret er selskaber efter SEL§1 og SEL§2, stk1 litra a og b.

Selskaber efter SEL§1 er blandt andet aktie- og anpartsselskaber, der er indregistreret i Danmark. Men det er også muligt at anvende SEL§2B ved et selskab, der er indregistreret i udlandet., såfremt selskabet har hovedsæde i Danmark og overholder betingelserne i SEL§1, stk.6 .

Udenlandske selskaber efter SEL§2, stk.1 litra a og b kan også anvendes ved SEL§2B, såfremt de har et fast driftssted eller fast ejendom, hvortil de er skattepligtige af indkomsten.

De to sidstnævnte eksempler er udenlandske selskaber, der på forskellige måder har skattepligt til Danmark. Bundgaard fremhæver i SU2007.237 at det samme ikke ville gøre sig gældende, såfremt en fysisk person var begrænset skattepligtig til Danmark på grund af fast driftssted eller fast ejendom.⁵⁰

For at SEL§2B kan anvendes kræves det at der er tale om en grænseoverskridende transaktion, hvorved investor naturligt må have hjemmehørende i udlandet. Der stilles endvidere en betingelse om at kreditor enten skal have bestemmende indflydelse eller være koncernforbunden med debitor. Dette gennemgås i nedenstående afsnit.

⁴⁸ Karnovs noter til SEL§31D samt bemærkningerne til L110 2006 § 1, nr. 29

⁴⁹ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter* afs.6

⁵⁰ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. Skat Udland*, (237) afs.4

3.3.2 Koncernforbundne selskaber

Koncernbegrebet er i skatteretlig henseende relationsbetinget. For at gøre brug af SEL§2B kræves det at selskaberne enten er under bestemmende indflydelse eller koncernforbundne efter LL§2.

Koncernforbundne selskaber defineres i LL§2, stk.2. De defineres som juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller hvor der er fælles ledelse.

I SU2007.237 påpeger Bundgaard et scenarie, der kunne opstå ved denne definition af koncernforbundne parter. Idet udenlandske selskabers danske selskaber også hører under denne definition af koncernforbundne parter, kunne SEL§2B som udgangspunkt også finde anvendelse ved dem. Men idet en anden betingelse for anvendelsen af SEL§2B er at der er tale om at udlandet kvalificerer anderledes, ville det alligevel kræve at den endelige modtager af renterne havde domicil i udlandet. En koncernstruktur, hvor der er flere kreditorled er medtaget i betingelserne for anvendelsen af værnsreglen i SEL§2B, stk.4. Reglen finder også anvendelse, selvom der er flere kreditorled, jf. SEL§2B, stk.4. Hvis kreditor flytter vil testen af hvorvidt SEL§2B gør sig gældende skulle foretages på ny. Dette er et spørgsmål stillet af DI, som en del af høringen i de lovforberedende arbejder.

3.3.3 Bestemmende indflydelse

I ovenstående er koncernforbindelsen blevet undersøgt. I dette afsnit undersøges bestemmende indflydelse, som er den anden mulighed for tilknytningen mellem kreditor og debitor for at SEL§2B kan anvendes. I LL§2, stk.2 står der hvad der forstås ved bestemmende indflydelse. Bestemmende indflydelse forstås som direkte eller indirekte ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder. Derved er der bestemmende indflydelse, såfremt en juridisk person direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af aktiekapitalen eller råder over mere end 50 % af stemmerne i et selskab.

SEL§2B kan ikke anvendes i de scenarier, hvor det er det danske selskab, der udøver bestemmende indflydelse over den udenlandske donor. Det er naturligvis med undtagelse af den situation, hvor selskaberne er koncernforbundne efter ovenstående afsnits gennemgang af LL§2.

Ved en analyse af hvorvidt der er bestemmende indflydelse skal det undersøges om det indirekte opnås via interesseforbundne parter såsom nærtstående

familiemedlemmer⁵¹. Rådigheden af stemmerettigheder er i forlængelse af dette interessant, da der er jf. Wittendorf som refereret til i Tfs2012, 351 ikke er klarhed omkring begrebet rådighed i denne sammenhæng⁵² Det blev gjort klart ved cirkulære nr. 82 29.5.1997 pkt.7.2.2.1, hvordan begrebet rådighed skal fortolkes, da der udelukkende indgår stemmer der kan udnyttes aktivt på generalformsamlingen.⁵³

Nærtstående parter som begreb er særligt relevant ved kvalifikationskonflikter, da ægtefæller eller andre som nævnt i LL§16h, stk.6 kan opfylde betingelsen om bestemmende indflydelse samlet. I et scenarie, hvor to ægtefæller samlet set opfylder betingelsen om 50% ejerskab over stemmerettigheder, men ikke gør det hver for sig, vil disse samlet have bestemmende indflydelse.

Forskellen mellem bestemmende indflydelse og koncernforbundne selskaber er, at man kan opnå bestemmende indflydelse i et selskab, uden at det nødvendigvis medvirker til at der opstår et koncernforhold efter LL§2. Koncernforbundne selskaber er kreds af selskabsdeltagere med bestemmende indflydelse eller som er fælles leddet, jf. LL§2, stk.3.

3.3.4 Indskudte selskaber efter SEL§2B, stk.4

SEL§2B blev i 2011 ændret for derved også at gøre værnsreglen gældende, når der er flere kreditorled. Selvom der bliver indsat flere kreditorled, skal partnerne stadig være koncernforbundne.⁵⁴ Uden denne ændring kunne stk.1-3 være blevet omgået ved en omstrukturering, hvor et ekstra kreditorled blev indsat.⁵⁵

3.3.4.1 Transparente enheder

Hvis investor er en skattemæssig transparent enhed kan det overvejes, om finansieringen kan blive behandlet på samme måde i dansk ret som i fremmed ret. Dansk Industri spurgte i den forbindelse ved høringen af L110:

"Hvis långiver er en skattetransparent enhed er det ikke klart, hvor langt ud i kæden man skal gå, førend man er ved den enhed, der skal beskattes. Skal man stoppe når der ikke længere er kontrol, når det ikke længere er en transparent enhed eller når man ikke længere kan identificere långiver?"

Skatteministeriets bemærkninger:

⁵¹ Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237) afs.4.3

⁵² Tell, M. (2012). Tynd kapitalisering og kontrolleret gæld. *Tidskrift Og Skatter Og Afgifter*, (315)

⁵³ Tell, M. (2012). Tynd kapitalisering og kontrolleret gæld. *Tidskrift Og Skatter Og Afgifter*, (315)

⁵⁴ Michelsen, A. (. f.). (2013). *Lærebog om indkomstskat* (15. udg. ed.). København: s.1097-1098

⁵⁵ Note 95 i Karnov til LBKG 2015-05-20 nr.680

*Hvis långiveren er en koncernforbundet skattetransparent enhed, vil det skulle undersøges, hvordan den enkelte selskabsdeltager beskattes af betalingerne. Anses fordringen for at være egenkapital, vil denne del af fordringen ligeledes skulle anses for at være egenkapital ved den danske indkomstopgørelse.*⁵⁶

Ud fra skatteministerens svar kan det tolkes, at der vil gøres forskel mellem hvordan den enkelte investor beskattes, hvilket må betyde at der fortsat søges skattemæssig symmetri.

3.4 Undersøgelse af kvalifikationen af et finansielt instrument

I denne undersøgelse af det finansielle instrument undersøges de forskellige karakteristika af henholdsvis gæld, egenkapital og hybride finansielle instrumenter.

3.4.1 Gæld

Den skatteretlige definition af gæld går som regel på at der er tale om en retlig forpligtelse, som er reel, som forpligter debitor til at tilbagebetale det overførte beløb og som indebærer en udveksling af løfter og betalinger mellem parterne⁵⁷

På grund af princippet om aftalefrihed kan låneaftaler variere på forskellig vis. Når låneaftalen varierer fra det civilretlige gældsbegreb, der er beskrevet i ovenstående nødvendiggøres en forståelse af det finansielle instrument. På grund af naturen af kvalifikationskonflikter findes der grund til at dykke yderligt ned i definitionen af gæld. Dette gøres derfor i kapitlets afsnit for hybride finansielle instrumenter.

Det skatteretlige rentebegreb: *"Renter udgør den del af vederlaget for at kunne råde over fremmedkapital eller stille kapital til rådighed. Den beregnes løbende som en procentdel af den til hver en tid resterende nominelle restgæld. Der findes ikke noget entydigt civilretligt rentebegreb."*⁵⁸

Rentefradragsretten er betinget af at det er en aktuel gældsforpligtelse.

3.4.1.1 Beskatningen af renter

Generelt er renter skattepligtige efter SL§4 og fradragsberettigede efter SL§6. Afdrag er ikke fradragsberettigede ud fra en negativ afgrænsning foretaget efter SL§5, stk.1 litra a og §6, stk. 1 litra a⁵⁹.

Renter er skattepligtige for udenlandske selskaber, såfremt der er tale om kontrolleret gæld, så længe skattepligten ikke nedsættes eller falder på grund af fast

⁵⁶ Skatteudvalget L110 2007 Bilag 2

⁵⁷ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter* afs.4.2

⁵⁸ Bundgård, J. (2000). *Tynd kapitalisering, en skatteretlig fremstilling*. København:, s.72

⁵⁹ Thorup, M. G. (2011). *Renteskattens anatomi, et område, hvor flere retssystemer mødes*. København: s.12

driftssted, Det vil sige et udenlandsk selskab der modtager renter fra et kontrolleret dansk selskab er skattepligtigt af denne indkomst til Danmark, medmindre det er omfattet af rente/royaltydirektivet eller er omfattet af en DBO. Rentebegrebet i Rente/Royaltydirektivet er bredere end begrebet i SEL§2, stk. 1 litra D. Rentebegrebet i Rente/Royaltydirektivet stemmer overens med definitionen i OECD's modeloverenskomst, der ligger til grund for danske dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Den danske debitor kan ikke få fradrag for renter omfattet af SEL§2A, der er en værnsregel mod udnyttelse af selskabskvalifikationen efter de amerikanske check-the-box-rules.

Man er skattepligtig af indtægt af renter fra et udenlandsk, kontrolleret selskab, jf. SEL§2, stk. 1 litra d. Denne skattepligtig frafalder dog, hvis renten frafalder efter rente/royaltydirektivet eller der er tale om renter modtaget fra et fast driftssted.

Renter betalt til et selskab, der er skattepligtigt efter SEL§2, stk. 1 litra d kan betyde at der skal indeholdes kildeskat. Der er som udgangspunkt kildeskat på renter ved dansk ret, jf. kildeskattelovens §65C. Skattemotivationen til lånefinansiering er højere hvis der er lav selskabsskat i investorlandet og når kildeskatten er lavere på renter end udbytter.

3.4.2 Egenkapital

Når SEL§2B anvendes omkvalificeres rentebetalingerne til udbytte. Der er ikke fradrag for udbytte ved dansk ret, hvilket er sammenhængende med at datterselskabsudbytte ikke er skattepligtigt efter SEL§13. SEL§13 3.pkt⁶⁰ behandler endvidere scenariet, hvor et dansk selskab modtager udbytte, hvor det udbyttegivende selskab har fradrag for udlodningen der blev indsat en undtagelse for det skattefrie datterselskabsudbytte.

Undtagelsen betyder at det ikke vil være muligt at få skattefrit datterselskabsudbytte, såfremt et datterselskab på et lavere niveau får fradrag for udlodningen. Denne bestemmelse kan benyttes ved både kvalifikationskonflikter og andre situationer, hvor et datterselskab opnår fradrag.⁶¹

Det er relevant at undersøge hvordan betingelsen om at gælden betragtes som indskudt kapital i udlandet skal forstås. Hypotetisk set kunne det være at forskellige lande behandler udbytte forskelligt ved eksempelvis at lade afkast fra hybride finansielle instrumenter anses som udbytte uden at betragte instrumentet som afkast.⁶² Bundgaard

⁶⁰ Som ændret i 2015 ved L98· SEL§13, stk.1 er blevet ændret ved L 2015-02-27 nr 202⁶⁰

⁶¹ Jf. note 27 i Karnov til L 2015-02-27

⁶² Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter* afs.4.4

påpeger i SU2007,237 at det ikke står klart om kapitalgevinster skal behandles som afkast på indskudt kapital efter SEL§2B. Bundgaard kommer frem til at SEL§2B ikke indeholder krav til, hvordan egenkapitalen behandles i udlandet, blot at den ikke må behandles som gæld efter dansk skatteret.⁶³

Udgangspunktet er at udbytte er skattepligtig indkomst. Det var oprigtigt med hjemmel i SL§4 litra a, men nu følger skattepligten af LL§16A. Udbytte ved datterselskabsaktier skal ikke medtages i den skattepligtige indkomst, jf. SEL§13, stk.1, nr. 2

Der er som udgangspunkt ingen begrænset skattepligt til Danmark ved udgående koncernudbytte, jf. SEL§2, stk.1 litra C. Der skal ikke betales kildeskat ved udgående udbytter, når beskatning af udbyttes nedsættes efter MD-direktivet eller en DBO. Det er en betingelse for skattefri datterselskabsudbytter at der ikke er fradrag for udlodningen hos udlodder, medmindre det er omfattet af moder/datterselskabsdirektivet. Hvis udbyttet relaterer sig til en aktiebeholdning, der hverken kan klassificeres som koncern- eller datterselskabsaktier skal der indeholdes kildeskat på 27%, jf. KSL§65

3.4.3 Præferencer ved gæld kontra egenkapital

I dette afsnit sidestilles egenkapital og gæld som finansieringsformer med henblik på at nuancere fordele og ulemper fra investors synspunkt. Fra investors synspunkt er der mange argumenter der taler for at finansiere en affilieret virksomhed ved henholdsvis gæld eller egenkapital. Den økonomiske forskel er at man ved et lån kan forvente en specifik ydelse for at have stillet kapital til rådighed. Aktionærer må derimod afvente om der besluttet at udlodde udbytte⁶⁴. Faldgruppen ved en høj grad af gældsfinansiering er en lav kreditvurdering.

3.4.4 Hybride finansielle instrumenter

SEL§2B er rettet mod hybride finansielle instrumenter. Disse er dog ikke nærmere definerede i selve paragraffen. Der er endvidere ikke givet eksempler på hvilken type instrumenter, der kan forårsage omkvalificeringen, eller mellem hvilke lande konflikten kan opstå. Definitionen af finansieringen i SEL§2B er at finansieringen er kvalificeret som gæld i et land og egenkapital i et andet.

⁶³ Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237) afs.4.4

⁶⁴ Bundgaard, J. (2000). *Tynd kapitalisering, en skatteretlig fremstilling*. København: s.29

Bundgaard foreslår et alternativ til ovenstående klassificering. Det går ud på at inkludere økonomiske karakteristika af finansieringen, frem for kun at medtage den skatteretlige klassifikation⁶⁵.

Problemet ved at det finansielle instrument ikke specificeres er at det kan skabe uklarhed omkring den skattemæssige konsekvens af forskellige finansieringsvalg.

Dansk Industri stillede ved vedtagelsen af reglen et spørgsmål omkring definitionen af det finansielle instrument. Det var ikke klart for Dansk Industri at der var tale om fuldstændig skattemæssig symmetri uden en nærmere definition af gængse finansielle instrumenter. De påpegede konvertible obligationer som et finansielt instrument, der i praksis er hyppigt brugt, men som lovgivningen ikke er klar omkring hvordan kvalificeres.

Den daværende skatteminister svarede som følger:

"Det er ikke muligt at angive en mere præcis definition af hybride finansieringsinstrumenter, når det pågældende hul skal lukkes effektivt. Den foreslåede bestemmelse er en værnsregel, der skal forhindre spekulation i mismatch mellem de forskellige landes definition af egenkapital og gæld. Ved en mere præcis definition ville der uundgåeligt være situationer, der ville falde ved siden af og hvor hullukningen således ikke ville være effektiv. ".."

*Efter gældende ret gives rentefradrag for løbende betalinger på konvertible obligationer. Konvertible obligationer kan derfor være omfattet af bestemmelse, hvis obligationerne efter udenlandske regler anses for at være egenkapital."*⁶⁶

Skatteministerens svar fokuserer på reguleringens formål med at hindre skattespekulation. Argumentet går på at en åben definition reelt kan medtage flere former for finansiering, hvorved den vil være et mere effektivt redskab til hindring af spekulation. Et alternativ til denne brede definition kunne være at inddrage finansielle karakteristika. Australien er et eksempel på dette hvor finansieringstyperne klart afgrænses efter en "bright-line test"⁶⁷.

Brancheforeningen Danske Revisorer, FSR påpegede også det problematiske i at kvalifikationen af den samme form for hybride finansiering ville være forskellig alt efter modtagers domicilstat.

⁶⁵ Bundgaard, J. (2008). Cross-border tax arbitrage using inbound hybrid financial instruments curbed in denmark by unilateral reclassification of debt into equity. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 62(No. 1)

⁶⁶ Høringsvar ved L110B

⁶⁷ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter* afs.4.4

Høringssvar fra FSR i forbindelse med behandlingen af lovforslag L110 2007 – Forslag til Lov om ændring af selskabsskatteloven, fusionsskatteloven og andre skattelove (Skattefri omstrukturering af selskaber og justering af sambeskatningsreglerne):

*"FSR finder bestemmelsen uheldig af flere grunde. Det er for det første ikke hensigtsmæssigt, at den skattemæssige behandling her i landet af to ens låneforhold er forskellig alt efter, hvordan ydelser på lånet behandles i udlandet. Det skaber dernæst usikkerhed, at fradragsretten for eksempelvis renter af gæld beror på indsigt i udenlandsk skattelovgivning. Det danske koncernselskab vil typisk ikke have indsigt hverken i den udenlandske långivers konkrete skatteforhold eller i skattelovgivningen i det pågældende land. Hertil kommer, at forslaget strider mod et skatteevneprincip."*⁶⁸

Dertil svarer skatteministeren:

*"Det skal bemærkes, at der kun kan ske omkvalifikation ved betalinger til koncernforbundne selskaber. Der er således tale om et gældsforhold overfor et koncernforbundet selskab. Det synes derfor ikke uoverstigeligt at undersøge, hvordan dette selskab beskattes af indkomsten. Desuden vil omkvalifikation kunne undgås ved ikke at anvende hybride instrumenter."*⁶⁹

Et af karakteristikaene for at få fradrag for udgifter til gæld er, at der skal være tale om reel gæld. Det tax-scheme, hvor nogen søger at få fradrag for ikke risikofyldt gæld, vil ifølge Bundgaard derfor ikke blive anerkendt af danske skattemyndigheder⁷⁰.

Bundgaard fremsætter en overvejelse omkring gældsdefinitionen i SEL§2B, der blandt andet går på hvorvidt uamortisabel/evigtløbende gæld medtages i relation til kvalifikationskonflikter. Der er også andre hybride finansielle instrumenter, som er blevet anerkendt som gæld af danske skattemyndigheder. Det er blandt andet konvertible obligationer og "super maturity loans"⁷¹

Ved definitionen af gæld fortsætter lovteksten med "eller lignende", jf. SEL§2B, stk.1. Dette åbner op for en bred, ikke indskrænkende brug af begrebet. Derved åbnes op for at der benyttes en bred gældsdefinition. Et eksempel på dette er det scenarie, hvor den hybride finansiering behandles som delvis gæld og delvis egenkapital i

⁶⁸ jf. L110B Bilag 10, Skatteudvalget

⁶⁹ jf. L110B Bilag 10, Skatteudvalget

⁷⁰ Bundgaard, J. (2008). *Cross-border tax arbitrage using inbound hybrid financial instruments curbed in denmark by unilateral reclassification of debt into equity*

⁷¹ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter*

fremmed ret efter en bifurcation approach⁷². Der ville det være muligt at opdele finansieringen i den danske skatteretlige kontekst. Det vil konkret indebære at den relative del af finansieringen, der i fremmed ret behandles som gæld, vil blive behandlet som gæld i dansk ret⁷³.

Det fremgår af bemærkningerne til L110B 2007 §1, nr3 at begrebet gæld eller lignende skal omfatte alle finansieringsalternativer, der behandles som gæld. Det vil sige at der tillades rentefradrag eller kurstabsfradragsret.⁷⁴

Konvertible instrumenter giver ejeren ret, men ikke pligt til at konvertere obligationen i det udstedende selskab. Det kan dog kun ske ved opfyldelse af nogle nærmere fastsatte vilkår, der skal aftales i selskabet⁷⁵. Et selskab vil ofte vælge konvertible obligationer, da det indebærer færre risici og giver mulighed for at udnytte intern information. Det vil derfor ofte være mindre selskaber, der har behov for ekstern finansiering, men hvor konventionel gældsfinansiering er for omkostningstung, der vælger denne finansieringsform.⁷⁶ Den interne information spiller en rolle i forhold til den relation der må være mellem parterne. Såfremt de er interesseforbundne vil de have et særligt incitament til at opstille en så skattemæssigt lukrativ låneform som muligt.

Det står klart, at en virksomhed ikke vil investere i grænseoverskridende selskabsfinansiering uden at kende til de skattemæssige konsekvenser i hovedtræk. Det kan have væsentlig betydning på investeringens afkast. Derved ville det være en dårlig investering, såfremt der eksempelvis skulle opstå dobbeltbeskatning uden mulighed for lempelse⁷⁷. Ud fra denne tankegang kan uklarhed omkring kvalifikationen af det hybride finansielle instrument hindre udenlandske investorer i at overveje at investere i danske selskaber. I ovenstående afsnit blev det fremhævet at hybride finansielle instrumenter ofte vil blive brugt af mindre selskaber, der benytter sig af et konvertibelt finansieringsinstrument, hvorved de kan opnå en billigere finansiering end klassisk gældsfinansiering.

⁷² Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237) afs.4.4

⁷³ Bundgaard, J. (2012). Konventionelle konvertible instrumenter (I).

⁷⁴ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter* afs.4.2

⁷⁵ Bundgaard, J. (2012). *Konventionelle konvertible instrumenter (I)*

⁷⁶ Bundgaard, J. (2012). Konventionelle konvertible instrumenter (I).

⁷⁷ Bundgaard, J. (2000). *Tynd kapitalisering, en skatteretlig fremstilling*. København: s.27

Bundgaard fremhæver at der kan være mange andre grunde end beskattningen til at vælge en specifik finansiering. Han påpeger faren ved at overregulere, da det kan føre til mindre innovation af finansieringsformer.⁷⁸

3.5 Efterfølgende konsekvenser af omkvalificeringen

Bundgaard skriver i 2000 i bogen *Tynd Kapitalisering*, at de danske regler for tynd kapitalisering ikke er udtryk for en egentlig omkvalificering af fremmedkapital til egenkapital. I bemærkningerne til L101 1997/98 står der: *"idet rentebetalinger og kurstab ikke efter dansk ret skal behandles som udbytteudlodninger"*⁷⁹. Det er derfor interessant om der kan drages parallel til de danske regler for kvalifikationskonflikter og derved konstatere om der er tale om en reel omkvalificering af gæld til egenkapital. Konsekvensen af SEL§2B er at selskabets rentebetalinger og kurstab anses for at være udbytte udlodninger. Hvordan det finansielle instrument skal betragtes findes der et klart svar på i SEL§2B, stk.1: Fordringen mv. anses for at være egenkapital ved den danske indkomstopgørelse.

Jf. skatteministeriets bemærkninger til loven er det blevet konstateret at det omkvalificerede hybride finansielle instrument skal betragtes som egenkapital i alle danske skattemæssige henseender. Derved vil det influere selskabets gearing.

Høringssvar fra skatteministeren på spørgsmål fra FSR, Foreningen af Statsautoriserede Revisorer i forbindelse med vedtagelsen af SEL§2B:

"En omkvalificering efter den foreslåede regel medfører, at gælden også i forhold til andre skatteregler anses for at være egenkapital. Det kan bekræftes, at omkvalificeringen også gælder i henseende til tynd kapitaliseringsreglerne. Endvidere anses betalingerne for at være udbytteudlodninger. Et udenlandsk selskab, der modtager disse betalinger, kan derfor blive begrænset skattepligtig efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c."

Høringssvar fra daværende skatteminister Kristian Jensen i forbindelse med LFV2007.344 til L2007.110

Af bemærkninger til L110 klargøres det at omkvalifikationen af gælden til egenkapital medfører at rentebetalinger og det danske selskabs kurstab anses for at være udbytteudlodninger. Dette vil også gælde ved dobbeltbeskatningsoverenskomster den danske stat har vedtaget.

⁷⁸ Bundgaard, J. (2012). *Konventionelle konvertible instrumenter (I)*

⁷⁹ Bundgaard, J. (2000). *Tynd kapitalisering, en skatteretlig fremstilling*. København: s.44-45

Ud fra ovenstående konklusion af at omkvalificeringen medfører at rentebetalinger og kurstab skal betragtes som udloddet udbytte i alle henseender vil det også have en effekt på gearingen af selskabet. Reglerne til håndtering af tynd kapitalisering i SEL§11 benyttes ved en uhensigtsmæssig fordeling mellem gæld og egenkapital i sin finansiering af virksomheden.

3.6 Danmarks koordinerende rolle i den internationale skatteret

Idet danske skattemyndigheder foretager en form for ændring af en grænseoverskridende transaktion uden nødvendigvis at inddrage modtagers domicilstats skattemyndigheder, kan der argumenteres for at Danmark påtager sig en koordinerende rolle, jf. Bundgaard i SU2007.237. Betydningen af denne koordinerende rolle udforskes i dette afsnit.

Transaktionen foregår mellem to landes retssystemer, hvilket betyder at to nationale retssystemer naturligt har indflydelse. Danske skatter og domsmyndighed kan ikke bruges direkte af andre lande, selvom de kan fungere som fortolkningsbidrag.⁸⁰ OECD's modeloverenskomst tillægges kun direkte retskildeværdi ved fortolkningen af konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster.⁸¹

Renter defineres i MDBO art.11. Renter kan beskattes i rentemodtagerens domicilland, jf. MDBO art.11, stk.1, men kan også beskattes i kildelandet, jf. art.11, stk.2. Det vil betyde at der foretages lempelse. Omkvalifikationen har også indflydelse ved DBO'er, jf.⁸²

EU-traktaten indeholder grundlæggende principper af principiel relevans for reguleringen af internationale aktiviteter for selskaber. Dette er blandt andet et forbud mod diskrimination af nationer, behandlet i TEUF art.12, etableringsfriheden behandlet i TEUF art.43 og kapitalens fri bevægelighed efter TEUF art.56 og art.57.⁸³

Rente/Royaltydirektivet⁸⁴ behandler rentebetalinger mellem associerede selskaber i EU-lande. Direktivet gør, at der er skattefrihed for rentebetalinger i kildelandet. Derved undgås dobbeltbeskatning.⁸⁵

⁸⁰ Thorup, M. G. (2011). *Renteskattens anatomi, et område, hvor flere retssystemer mødes*. København: s.55

⁸¹ Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten 3* (6. udg. ed.). København: s.32-33

⁸² Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter*

⁸³ Thorup, M. G. (2011). *Renteskattens anatomi, et område, hvor flere retssystemer mødes*. København: s.59-60

⁸⁴ 2003/49/EF

FSR kritiserer endvidere Danmarks koordinerende rolle i høringen af behandlingen af lovforslag L110 2007.

"Endvidere forekommer det uforståeligt, hvorfor Danmark påtager sig en koordinerende rolle mellem landene med henblik på opnåelse af symmetri i beskatningen, når dette ønske ikke følges op med korrektioner i tilfælde, hvor indkomst bliver dobbeltbeskattet som følge af forskellig karakteristika landene imellem." FSR's høringssvar

3.6.1 Dobbeltbeskatning som følge af SEL§2B

Kvalifikationskonflikter åbner op for muligheden for at udnytte differencer mellem skattelovgivningen til dobbelt ikke-beskatning. Der er forskellige internationale juridiske redskaber til brug for danske selskaber, således at der ikke risikeres dobbeltbeskatning. Igennem Rente/Royaltydirektivet, Moder/Datterdirektivet og vedtagne dobbeltbeskatningsoverenskomster ud fra OECD's modeloverenskomst håndteres dobbeltbeskatning ved selskaber, som enten er medlemmer af EU, eller hvor Danmark har en DBO med det pågældende land. Derved er der istandsat nogle redskaber, således at der ikke opnås dobbeltbeskatning ved kvalifikationen af den hybride finansiering om det kvalificeres som enten indskudt kapital eller gæld. Dernæst findes der interne lempelsesregler til brug for danske selskaber i LL§33 og LL§33A.

Lempelse efter LL§33 foregår ved almindelig credit. Såfremt et udenlandske selskab er begrænset skattepligtig efter SEL§2, stk.1 ved at modtage udbytte eller renter af kontrolleret gæld og der opstår dobbeltbeskatning af den udenlandske kreditor kunne det overvejes om der er mulighed efter LL§33. Thorup besvarer i Renteskattens Anatomi ud fra cirkulære nr.72 1996 pkt.5.1, at det ikke vil være muligt for en udenlandsk kreditor at få lempelse efter danske regler. LL§33 kan kun bruges til lempelse af indkomst fra fremmede kilder, så selvom den udenlandske kreditor risikerer dobbeltbeskatning, kan LL§33 ikke benyttes.⁸⁵ I den situation må en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller det udenlandske selskabs domicilstats lempelsesregler finde anvendelse.

Der kan opstå dobbeltbeskatning efter SEL§2 stk.1 litra C, hvorved det udenlandske selskab kan blive begrænset skattepligtig til Danmark for modtaget udbytte. Datter- og koncernselskabsaktier efter aktieavancebeskatningslovens §4A og §4B, hvor beskatningen af udbyttet frafalder med hjemmel i

⁸⁵ Thorup, M. G. (2011). *Renteskattens anatomi, et område, hvor flere retssystemer mødes*. København: s.60

⁸⁶ Thorup, M. G. (2011). *Renteskattens anatomi, et område, hvor flere retssystemer mødes*. København: s.43-44

Moder/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er ikke medtaget af denne begrænsede skattepligt. Derved er det kun selskaber udenfor EU, hvor der ikke er en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvor der er risiko for, at de bliver begrænset skattepligtige til Danmark.

3.6.1.1 Lempelse

Forskellige lempelsesmetoder kan føre til forskellige resultater for skatteyderen. Et eksempel på dette er lempelse med progressionsforbehold. Derved kunne en skatteyder have en præference for et lands regler for lempelse.

Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med alle EU's medlemslande, med undtagelse af Frankrig og Spanien⁸⁷. Dobbeltbeskatningsoverenskomsternes anvendelsesområde for renter og royalties er bredere end i direktivet. Årsagen til dette er blandt andet, at der i direktivet står nævnt at Danmark skal frafalde kildebeskatning af renter betalt til et andet EU-land, såfremt ejerskabskravet er overholdt. Idet MDBO'en ikke indeholder et associeringskrav ved kildebeskatningen af renter, opstår der en forskel mellem MDBO og direktiv⁸⁸. Forskellen mellem disse påvirker den danske regulering, således at kildebeskatningen vil være afhængigt af hvor modtageren af renterne har domicil.

Derudover er der en anden forskel mellem rækkeviddet af Rente/Royalty-direktivet og dobbeltbeskatningsoverenskomster. Thorup eksemplificerer dette ved et selskab på Gibraltar, der vil være omfattet af direktivet, jf. TEUF art.299, stk.4, men ikke er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og England.⁸⁹

Som domicilland er det danmarkspligt at overholde kildelandets kvalifikation, såfremt der er en dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. MDBO 2014 art.23, nr.32.-32.7⁹⁰

3.7 Reguleringen af kvalifikationskonflikter i sammendrag

Reguleringen af kvalifikationskonflikter ved hybrid finansiering behandles i SEL§2B og SEL§13, stk.1, nr. 2. 3.pkt.

3.7.1.1 Relation mellem låner og investor

For at SEL§2B kan anvendes skal kreditor enten have bestemmende indflydelse efter definitionen i LL§2, stk. 2 eller koncernforbindelse efter LL§2, stk. 3. Det betyder at der

⁸⁷ jf. Bekendtgørelse BKI nr.14 2008

⁸⁸ Thorup, M. G. (2011). *Renteskattens anatomi, et område, hvor flere retssystemer mødes*. København: s.62-63

⁸⁹ Thorup, M. G. (2011). *Renteskattens anatomi, et område, hvor flere retssystemer mødes*. København: s.62-63

⁹⁰ Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten 3* (6. udg. ed.). København: s.498

enten skal være en kreds af selskaber har bestemmende indflydelse eller er fælles leddet eller at et selskab opnår bestemmende indflydelse ved at eje 50% af aktiekapitalen eller råderetten over stemmerettighederne.

3.7.1.2 Kvalifikationen af finansieringen

I SEL§2B omkvalificeres gæld eller lignende til egenkapital. Konsekvensen af dette er at rente- og kurstab behandles som udloddet udbytte og følgelig ikke kan fradrages. SEL§2B indeholder ikke en teknisk udspecificeret definition af det hybride finansielle instrument. I stedet tages der udgangspunkt i den modstridende skatteretlige kvalifikation i to stater. Derved er fokus ikke indholdet af finansieringsaftalen med i stedet på de skatteretlige konsekvenser. I høringsprocessen har adskillige interessenter påpeget risikoen for denne brede definition af hybride finansielle instrumenter, idet en uklar definition kan skabe usikkerhed for selskaberne. Daværende skatteminister Kristian Jensen forsvarede denne måde at klassificere finansieringen i paragraffen ved at argumentere for at en mere klar definition ville åbne op for skattespekulation, hvorimod en bred definition kan indeholde flere scenarier.

3.7.1.3 Det geografiske anvendelsesområde

SEL§2B fungerer efter korrespondensprincippet, hvorved de danske skattemyndigheder påtager sig en koordinerende rolle for at sikre at der ikke opstår dobbelt ikke-beskatning. Dette kræver indsigt i kreditors domicilstats kvalificering, hvorved informationsudveksling med den udenlandske skattemyndighed spiller en rolle i at opdage og reagere på kvalifikationskonflikten.

Den geografiske begrænsning af SEL§2B opstår ved situationer, hvor den udenlandske kreditor er hjemmehørende i et land, der hverken er medlem af EU eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Selve omkvalificeringen vil stadig kunne foretages, men der vil kunne opstå dobbeltbeskatning såfremt det udenlandske selskab er begrænset skattepligtigt af udbyttet til Danmark efter SEL§2, stk.1 litra C. Dette gælder dog ikke ved udbytte fra datterselskabsaktier efter ABL§4A eller koncernselskabsaktier efter ABL§4B, når udbyttebeskatningen nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller moder/datterselskabsdirektivet. Denne mulighed gælder dog kun for selskaber hjemmehørende i en stat der er medlem af EU eller hvor der er en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

3.8 Retspolitisk analyse af neutralitet i SEL§2B

Neutraliteten ved den danske regulering af kvalifikationskonflikter opnås ved brugen af et korrespondensprincip. Derved har det danske skattesystem en koordinerende rolle,

idet problemstillingen løses fra dansk side uden at skattemyndighederne i det udenlandske selskabsdomicilstat behøves at handle. Derved opstår der en simpel løsning, der som udgangspunkt kun kræver at der er én myndighed der handler. For at korrespondensprincippet fungerer kræves der information om den skatteretlige kvalifikation i udlandet. Denne form for informationsudveksling kan opnås igennem forskellige typer af samarbejder, der involverer informationsudveksling. Bistandsdirektivet, rådets direktiv 2011/16/EU om administrativt samarbejde på beskatningsområdet, giver mulighed for udveksling af skatteoplysninger. Direktivet er fornyligt fremsat ændret ved 2014/107/EU, således at der er obligatorisk automatisk udveksling af oplysninger på beskatningsområde. Dette direktiv er endnu ikke implementeret i dansk ret, jf. Den Juridiske Vejledning C.F.8.1.2.4.

Idet det finansielle instrument ikke specificeres nærmere, anser Dansk Industri det ikke som om at der er opnået komplet symmetri ved SEL§2B, hvilket de kommenterede ved høringen af lovforslaget⁹¹. Som modsvar til dette kan man argumentere for at uklarhed omkring hvorledes et specifikt finansielt instrument vil blive kvalificeret ikke nødvendigvis vil skabe en asymmetrisk situation. Uklarheden skaber naturligvis en risiko for at instrumentet bliver kvalificeret anderledes end ventet, hvilket vil kræve en efterfølgende omkvalificering. Med hjemmel i SEL§2B og SEL§13, stk.2 kan skabes en efterfølgende symmetrisk skattebehandling. Derved indeholder den danske skattelovgivning redskaber til at skabe neutralitet efter en kvalifikationskonflikt er opstået, hvilket er udtryk for indirekte neutralitet.

3.9 Delkonklusion

Den danske regulering af kvalifikationskonflikter foretages med hjemmel i selskabsskattelovens §2B og §13. I SEL§2B kan benyttes til fradragsnægtelse i den situation, hvor et dansk selskab søger fradrag for udgifter til renter betalt til et udenlandsk selskab, hvor fordringen i det modtagende selskabs domicilstat betragtes som indskudt kapital. I SEL§13, stk. 1 nr. 2 behandles undtagelsen til hovedreglen om at udbytte henhørende fra datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke medregnes i den skattepligtige indkomst. Undtagelsen i SEL§13, stk.1, nr. 2, 3.pkt. går ud på at udbytte, hvor det udbyttegivende selskab har fradrag for udlodningen, ikke kan udeholdes fra den skattepligtige indkomst. Betingelserne for anvendelsen er uddybet efter de tre parametre i afsnit 3.7 Reguleringen af kvalifikationskonflikter i sammendrag.

⁹¹ jf. Bilag 2 til L110 2007

Dansk regulering af kvalifikationskonflikter er baseret på korrespondensprincippet. For at korrespondensprincippet har Danmark en vis koordinerende rolle. Problematikken der konkret kan opstå ved denne unilaterale løsningsform er at skattemyndigheden i modtagers domicilstat også vælger at omkvalificere. Det kunne i første omgang give en situation med dobbeltbeskatning. Den danske lovgivning er ikke skabt ud fra et globalt perspektiv. Det er baseret på at der kun er et retssystem der reagerer. Fordi de andre reguleringer er mere helstøbte, kan man sige at de skævvrider mindre fordi der er færre scenarier, hvorved man risikerer der er huller i lovgivningen, der bryder med neutraliteten og skævvrider.

Såfremt begge lande vælger at neutralisere ved at omkvalificere kræver det at der er en ramme til at facilitere løsningen af dobbeltbeskatningskonflikten. Jf. Artikel 25 i OECD's modeloverenskomst kan de rette skattemyndigheder finde en løsning.

4 Retsdogmatisk analyse af BEPS Action 2

I ovenstående delanalyse er den danske skatterelige regulering af kvalifikationskonflikter blevet behandlet ved en retsdogmatisk analyse af SEL§2B.

BEPS er et projekt igangsat af OECD og G20 med henblik på at mindske situationer med dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning. Konkret indeholder act.2 to typer anbefalinger. Det første sæt er anbefalinger til national lovgivning. Det andet sæt er forslag til dobbeltbeskatningsoverenskomster.

I denne delanalyse undersøges baggrunden for anbefalingerne for at opnå en forståelse for formålet. Dette efterfølges af en analyse af klassifikationer i BEPS act. 2. Hovedprincippet, der ligger til grund for anbefalingerne analyseres dernæst, hvorefter betingelserne for anvendelsen af anbefalingerne følger. Som ved analysen af SEL§2B præsenteres reguleringen i sammendrag i tre kategorier, hvilket lægger til grund for en retspolitisk analyse af skatteneutraliteten.

4.1 Baggrund

BEPS står for base erosion and profit shifting, som groft kan oversættes til erodering af skattebasen og indkomstforskydning. I det overordnede formål med BEPS-projektet, står aggressiv skattetænkning som en byrde for både regeringer, individuelle skattebetalere og selskaber. G20 bad OECD om at udvikle en handlingsplan for at adressere erodering af skattebasen og indkomstforskydning på en koordineret og omfattende måde i 2012.⁹²

BEPS-rapporten fra 2013 konkluderede at kvalifikationskonflikter var et problem.⁹³ Projektet blev igangsat i 2012. I 2013 blev to formelle dokumenter fremsat. Det første adresserede aggressiv skatteplanlægning på et overordnet plan. Det andet dokument var en præsentation af projektets 15 separate actions. I løbet af 2014 og 2015 bliver forslag til disse actions fremlagt hver for sig. Action 2; "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements" blev fremlagt i september 2014 med forslag til national ret og DBO'er. Efter denne proces kommer OECD til fortsat at monitorere udviklingen på skatteområdet for at forberede de eksisterende actions og undersøge behovet for flere⁹⁴.

⁹² OECD. (2013). *Action plan on base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.13

⁹³ OECD. (2013). *Addressing base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development.

⁹⁴ Andersen, J. J., & Hansen, S. J. (2013). *Præsentation af BEPS ved PWC: BEPS: What does it mean to you?* Retrieved 20/8, 2015, from <http://www.pwc.dk/da/arrangementer/assets/oecd-beps-v2-10092013.pdf>

Målet med BEPS projektet kan beskrives i to fokusområder:

- *"Focus on double non-taxation (or less than single taxation) through "cracks" in the interaction of domestic tax systems – creating "gaps and frictions"*
- *Primary aim is to address situations where profits are perceived as geographically divorced from activities"*⁹⁵

Målet med act.2 lyder som følger

- *"Once translated into domestic law and tax treaties, these recommendations and model provisions will neutralise mismatches and put an end to multiple deductions for a single expense, deductions in one country without corresponding taxation in another or the generation of multiple foreign tax credits for one amount of foreign tax paid"*⁹⁶

OECD ønsker at levere en omfattende action plan, som indeholder fyldestgørende redskaber til håndteringen af aggressiv international skatteplanlægning. OECD ønsker en holistisk løsning af problematikker inden for den internationale skatteret.⁹⁷ Samtidig anerkendes det, at der ikke er et multilateralt instrument til håndteringen af disse problematikker. Dette perspektiv udforskes i BEPS projektet act. 15. I rapporten fra 2013 fremhæves også nationalstatens rolle. Det påpeges at det er svært for den enkelte stat at adressere problemet med skattetænkning⁹⁸. Såfremt der ikke er koordinering mellem staterne risikeres dobbeltbeskatning eller dobbelt-ikke-beskatning. OECD betragter hybride mismatch arrangements som et særligt presserende område for deres indsats i den internationale skatteret⁹⁹

BEPS-projektets anbefalinger tager udgangspunkt i at det er en national opgave at beskatte, hvor problematikker ved dobbeltbeskatning kan løses ved bilaterale aftaler.

Der er ingen af de tre løsningsmodeller, der er udviklet som verdensomspændende redskaber. BEPS-projektet er grundet OECD's medlemsantal den største aktør, hvorfor forslagene vil kunne påvirke mange landes nationale lovgivninger samt de overenskomster de laver med andre lande. For at sikre at lande, der ikke er medlem af OECD bliver hørt i processen sker følgende. G20-lande, der ikke er

⁹⁵ Andersen, J. J., & Hansen, S. J. (2013). *Præsentation af BEPS ved PWC: BEPS: What does it mean to you?* Retrieved 20/8, 2015, from <http://www.pwc.dk/da/arrangementer/assets/oecd-beps-v2-10092013.pdf>

⁹⁶ OECD. (2014). *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements* Organisation for Economic Co-operation and Development., Executive summary

⁹⁷ OECD. (2013). *Addressing base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.7

⁹⁸ OECD. (2013). *Addressing base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.8

⁹⁹ OECD. (2013). *Addressing base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. - præambel

medlemmer af OECD vil blive inviteret til at tage del i BEPS-projektet med en status som "associates". Endvidere er FN, de Forenede Nationer, med inde over for at blandt andet at sikre at udviklingslandes perspektiv bliver inddraget i udviklingen af forslagene.¹⁰⁰

Tiltagene i BEPS-projektet er af forskellig karakter. Act.2 er en form for værnsregel, det samme kan man sige om act. 3, der omhandler CFC-beskatning. Derved er både act.2 og 3 eksempler på værnsregler. Act.11 handler om at etablere metoder og analysere data om skattetænkning. Act. 14 handler om udviklingen af en mere effektiv konflikthåndteringsmekanisme. 2. Runde af tiltag præsenteres til september 2015. Act. 15 præsenteres først til september. Indtil videre har de fremlagt en rapport, der identificerer problemstillingerne.

4.2 BEPS Act. 2 hovedtræk

Forslaget *Neutralising Hybrid Mismatch arrangements* er opdelt i to dele og behandler både kvalifikationskonflikter, der opstår ved hybride finansielle instrumenter og hybride selskabsformer. Den første del af forslaget er anbefalinger til national ret. Den anden del er anbefalinger til ændringer af OECD's modeloverenskomst, som er skabelonen for mange landes dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Anbefalingerne til håndteringen af kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter i national ret etablerer skattemæssig symmetri ved fradragsnægtelse for debitor.

Ved at etablere hvilke scenarier, der ønskes at modvirke, fungerer anbefalingerne i Act.2 som et sæt af værnsregler. Disse scenarier er:

- Ændringer af MDBO, således at hybride instrumenter, enheder og enheder med dobbelt-domicil ikke bruges til at opnå overenskomstens rettigheder unødigt.
- Ændringer af national lovgivning
 - så der ikke opnås lempelse for indkomst, som i der kan opnås fradrag for i et andet land.
 - så der nægtes fradrag for indkomst, der ikke beskattes i et andet land.
 - at der nægtes fradrag for indkomst, der også er fradragsberettiget i et andet land.
- Vejledning til samarbejde, hvis mere end et land benytter reglerne ved samme transaktion.

¹⁰⁰ OECD. (2013). *Action plan on base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.25-26

Som opgjort i ovenstående oversigt over værnsreglernes konsekvenser, er BEPS struktureret efter det udfald et skattetænkt arrangement kan have. Et af disse er fradrag/ikke-inkluderet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst¹⁰¹. Det går ud på, at en part kan få fradrag for transaktion i det ene land, imens transaktionen ikke medregnes som skattepligtig indkomst i det andet land. Der præsenteres to overordnede typer arrangementer, der kan producere denne type situation. Den første er et hybridt finansielt instrument. Den anden er en særlig situation hvor et aktiv indskydes som sikkerhedsstillelse¹⁰². Ved denne type situation foreslås det at benytte korrespondensprincippet, således at den skattemæssige behandling af transaktionen korresponderer. Forslaget går på, at den primære respons bør være at nægte fradrag til betaleren for betalinger lavet i forbindelse med hybrid finansiering. Såfremt betalerens domicilstat ikke nægter fradrag, kan modtagers domicilstat inkludere indtægten i modtagers skattepligtige indkomst.

I denne delanalyse fokuseres der på to af anbefalingerne, hhv. anbefaling 1: Reglen for hybride finansielle instrumenter og anbefaling 2: Specifikke anbefalinger for skattebehandlingen af finansielle instrumenter. Disse er udvalgt fra resten af anbefalingerne, da de specifikt behandler kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter. Forslagets andre anbefalinger behandler hybride enheder samt designprincipper og begrebsafklaring.

4.3 Undersøgelse af klassifikationen af kvalifikationskonflikten i BEPS act. 2

4.3.1 Definitionen af en kvalifikationskonflikt

En kvalifikationskonflikt defineres i art. 41 som følgende:

“A hybrid mismatch arrangement is an arrangement that exploits a difference in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to produce a mismatch in tax outcomes where that mismatch has the effect of lowering the aggregate tax burden of the parties to the arrangement.”¹⁰³

Denne definition er bygget op om en difference i skattebehandlingen af en hybrid enhed eller et hybridt instrument mellem to eller flere stater, der samlet set

¹⁰¹ Efter eng.: Deduction/Non-Inclusion

¹⁰² Efter eng: Collateral Loan Repo)

¹⁰³ OECD. (2014). *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements* Organisation for Economic Co-operation and Development., kap.1 nr.41

mindske den samlede skattebetaling. Derved kan det også konstateres at Action 2 ikke kun fremsætter anbefalinger til behandlingen af hybride finansielle instrumenter, men også skattemæssigt hybride enheder. Fokus for denne analyse er førstnævnte. I kapitel 1, afs. 46 specificeres yderligere at der skal være tale om et hybridt element for at reglerne anvendes.

Det kan også konstateres at der er risici forbundet med mere end to stater involveret i processen. Dette er relevant i forhold til OECD's konklusion af at en af udfordringerne ved dobbeltbeskatningsoverenskomster er at det er en aftale mellem to stater, hvorfor det kan være en udfordring såfremt arrangementet involverer flere end to stater.

4.3.2 BEPS klassificering af skattetækning

For at anvende anbefalingerne i BEPS act.2, skal kvalifikationskonflikten være resultatet af skattetækning. Begrebet struktureret arrangement benyttes i det juridiske redskab som et begreb for skattetækning. Det defineres som ethvert scenarie hvor:

"arrangement or the facts and circumstances (including the terms) of the arrangement indicate that it has been designed to produce a hybrid mismatch", jf. anbefaling 10, stk.1.

Dette specificeres yderligere ved en uddybning af kendetegn. Det kan blandt andet være en låneaftale, hvor det er muligt at identificere tegn i låneaftalen på at det er udviklet med henblik på at udnytte skattemæssige forskelle. Derved er det skattetækning ved kvalifikationskonflikter, der er blevet defineret. Dermed er det blandt andet muligt at skelne denne type skattetækning, med en situation hvor forskellige landes kvalifikation giver dobbeltbeskatning.

4.3.3 Klassifikation af hybride finansielle instrumenter i BEPS act.2

I præamblen §21 af BEPS act.2 står der, at bredt definerede regler for kvalifikationskonflikter er svære i praksis. I BEPS-projektet vælges det ikke at specifikt beskrive den hybride finansiering. I stedet beskrives de konstellationer, der kan forårsage at en transaktion kan blive kvalificeret forskelligt i to lande. I tråd med formålet for BEPS-projektet tages der udgangspunkt i, at konstellationen ved kvalifikationskonflikter er resultat af skattetækning. Denne måde at klassificere hybride finansielle instrumenter kritiseres af Tax Executives Institute, en forening for selskabsskatteforening:

"If there are specific hybrid mismatch transactions that the OECD is targeting and believes are harmful, those transactions should be explicitly listed and described in

Domestic Draft to assist tax authorities in applying the rules and place taxpayers on notice that these transactions will be subject to the new anti hybrid rules.”¹⁰⁴

I delanalysen af SEL§2B refereres til artiklen *Konventionelle konvertible instrumenter* for at det ofte vil være mindre selskaber der vælger at benytte sig af hybrid finansiering for så derved at opnå nemmere adgang til billigere finansiering. I forslag 10, nr.2 litra f defineres et struktureret arrangement blandt andet som et en situation, hvor arrangementet ville give tab, såfremt der ikke var en hybrid finansiering. Derved inddrages scenarier, hvor selskabets finansielle grundlag afhænger af kvalifikationskonflikten.

I kap.1, afs.49 begrundes hvorfor man ikke har valgt at konkretisere typerne af hybride finansielle instrumenter. Den store variation i typer samt den stor variation i hvordan forskellige lande behandler disse, har gjort det umuligt at identificere og definere på omfattende vis. I stedet for at fokusere på de forskellene mellem dem omhandler BEPS-forslaget i stedet tilpasningen af den skattemæssige behandling.

I en rapport om BEPS act.2 på vegne af FN, Forenede Nationer pointerer Peter Harris, at reglerne er uklare ved behandlingen af transaktioner, hvor én del er fradragsberettiget og én del ikke er.¹⁰⁵ Det forventes at der vil opstå mere klarhed om denne type tvivlsspørgsmål, når bemærkningerne, der blandt andet omtales i anbefaling 1, stk.1 litra c, bliver fremlagt.

4.4 Princippet bag act.2

4.4.1 Korrespondensprincippet i BEPS act. 2

BEPS som juridisk redskab håndterer kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter i anbefaling 1 og 2. Disse er alle baseret på skattemæssig korrespondens. Som et eksempel gennemgås dynamikken i projektets første anbefaling for kvalifikationskonflikter. Anbefaling 1 indeholder to mulige konsekvenser. Den første er at kildelandets skattemyndighed bør nægte fradrag for selskabets udgift, såfremt transaktionen skaber et fradrag/ikke-skattepligt-scenarie. Dette kan konkret omhandle fradragsnægtelse for udgifter til renter.

Den anden konsekvens benyttes kun, såfremt betalerens land ikke vælger at nægte fradrag og derved neutraliserer kvalifikationskonflikten. Den anden konsekvens

¹⁰⁴ TEI's European Direct Tax Committee. ((2014)). TEI comments on BEPS action 2: Hybrid mismatch arrangements. *Tax Executive*, 66(2), 147-153.

¹⁰⁵ Peter Harris, Professor of Tax Law Cambridge University. (2014). *Neutralising effects of hybrid mismatch arrangements*. New York: United Nations. s.17-18

er at kræve at domicilstatens skattemyndighed inkluderer transaktionen i modtagers skattepligtige indkomst.

Udover anbefalinger, der tager udgangspunkt i at det hybride finansielle instrument skal have en symmetrisk skattebehandling i staterne, indeholder anbefalingerne forslag til specifikke scenarier. Dette er blandt andet ved importerede kvalifikationskonflikter i anbefaling 8 samt regler for skattesubjekter, der er hjemmehørende i to stater.

4.4.2 Anbefalingernes struktur

Forslagene der minder om værneregler er mere eller mindre opstillet som følger:

1. Forslag til land hvor begge parter følger BEPS
2. En modregel til brug, hvis et af landene involveret i arrangementet ikke følger BEPS¹⁰⁶
3. Særlige forhold og undtagelser

Forslagene til national ret er i en vid udstrækning baseret på korrespondensprincippet. For at reglerne også gælder, hvis en af staterne ikke har adopteret act.2 er reguleringen opdelt i den primære regel og den forsvarende regel, jf. BEPS act. 2, exec.sum. nr.10. Forsvarsreglen benyttes, hvis den ene stat ikke har implementeret BEPS-projektets anbefalinger.

4.4.3 Bilateral håndtering af kvalifikationskonflikten

Anbefalingerne i action 2 er udviklet med henblik på at blive brugt som instrument mellem lande, hvor det er vedtaget. I nedenstående citat fra OECD's hjemmeside besvares hvad forskellen er på brugen af reglerne såfremt det kun er den ene skattemyndighed, der har implementeret regelsættet.

"What happens if countries do not introduce the rules?"

*The recommendations include a defensive rule that a country can apply to neutralise a hybrid mismatch that arises within its jurisdiction when the counterparty jurisdiction does not have its own domestic hybrid mismatch rules. The effect of having both a primary and a defensive rule is that a country does not need to rely on the domestic laws of another country in order to neutralise hybrid mismatches."*¹⁰⁷

Reglerne indeholder såkaldte "Defensive rules", til brug i de situationer hvor det kun er den ene skattemyndighed, der bruger regelsættet. Tax Executive Institute

¹⁰⁶ Af eng. defensive rule

¹⁰⁷ OECD. (2015). BEPS: Frequently asked questions. Retrieved 16/8, 2015, from <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>

kritiserer denne type forsvarsregel, idet den gør at skattemyndigheder kan have incitament til ikke at tjekke om den primære regel i forvejen er benyttet.¹⁰⁸

4.5 Betingelserne for anbefalingerne

4.5.1 Anbefaling 1: Reglen for hybride finansielle instrumenter

Denne regel bruges når Selskab A, hjemmehørende i Stat A kan få fradrag for renteudgifter uden at modtager i Stat B beskattes af renteindtægten. Skattemyndigheden i Stat A's konsekvens for Selskab A bør som udgangspunkt være fradragsnægtelse. Såfremt dette ikke er nok til at løse kvalifikationskonflikten kan Stat B medtage indtægten i Selskab B's skattepligtige indkomst.

Betingelser for anbefaling 1 er at det er en betaling der resulterer i en kvalifikationskonflikt, jf. stk. 3, samt at det er en betaling mellem en *related person* eller hvor skatteyderen er part ved et struktureret arrangement, jf. anbefaling 1, stk.4.

Der er to undtagelser til reglen. Den første handler om neutralitet, da reglen ikke skal bruges, hvis den skattepolitiske bevæggrund for at give fradrag er for at opnå neutralitet, jf. anbefaling 1, stk.5 litra a. Den anden undtagelse er ved investeringsselskaber, såfremt der er særregler for disse i den nationale lovgivning, jf. anbefaling 1, stk. 5 litra b.

4.5.2 Anbefaling 2: Specifikke anbefalinger for skattebehandlingen af finansielle instrumenter.

Anbefaling 2 giver mulighed for at nægte skattefritagelse eller lempelse for udbytter, der kan fradrages. En skattefritagelse af udbytte, der er givet for at modvirke dobbeltbeskatning, skal ikke gives ved national lov, såfremt udbyttebetalingen kan fradrages af udlodder.

Anbefaling 2 foreslår også begrænsning af lempelse af kildebeskatning, så der ikke risikeres dobbelt-lempelse. Enhver lempelse af kildebeskatningen skal være proportionel med beskatningen i den beskattede indkomst, jf. anbefalingens stk. 2.

4.5.3 Koncernforbundne parter

En af betingelserne for fradragsnægtelse i anbefaling 1 omhandler parternes tilknytning; disse er *related persons* defineres, eller hvor skatteyderen er part ved et struktureret arrangement, jf. anbefaling 1, stk.4.

¹⁰⁸ TEI's European Direct Tax Committee. ((2014)). *TEI comments on BEPS action 2: Hybrid mismatch arrangements.*

I anbefaling 11 beskrives hvad der forstås ved relaterede personer, kontrolgrupper og samarbejdende parter. En relation opstår hvis én part ejer 25% eller mere i en anden part – eller hvis der er en tredje part der ejer 25% eller mere i dem begge. To personer er i samme kontrolgruppe, hvis deres regnskaber er konsoliderede, der er 50% ejerskab ved en investering fra en af parterne eller 3. part eller parterne er associerede efter artikel 9 i OECD's modeloverenskomst.

Derved er betingelsen for at anbefaling 1 kan anvendes, at parterne enten opnår økonomisk gevinst som følge af et struktureret arrangement efter definitionen i anbefaling 10, de er koncernforbundne idet de er i samme kontrolgruppe eller den ene part ejer 25% eller mere. Alle disse vil også gøre sig gældende for en part, der indirekte opnår relationen ved bestemmende indflydelse, jf. anbefaling 11, stk.1 litra c.

Ved SEL§2B er der krav om bestemmende indflydelse for at reglen kan anvendes. De 50% kontrol over stemmerettigheder eller kapital er en væsentlig højere andel end de ovennævnte 25%. Derved er der flere relationer, der vil blive omfattet af act. 2 end SEL§2B. Udgangspunktet for denne analyse er *Action 2 – 2014 Deliverable*. Allerede i marts 2014 blev *Action 2 – Public Discussion draft* offentliggjort. En væsentlig forskel er, at der i udkastet fra marts kun var det kriteriet at koncernforbundne parter kunne opfyldes ved kun 10% af selskabskapitalen eller stemmerettighederne. Dette påpegede Martin Bay i SU2014.219 som uhensigtsmæssigt, da det kræver en grad af informationsudveksling mellem parterne, som han ikke fandt sandsynlig ved kun 10% af selskabskapitalen eller stemmerettighederne.¹⁰⁹

4.5.4 Tidsmæssig forskydning

I kapitel 1, afs.50 præciserer at en tidsmæssig forskydning i den skattemæssige behandling af en transaktion ikke betragtes som forskellig skattemæssig behandling

I anbefalingerne adresseres tidsmæssige forskydninger ikke. Dette påpeger Peter Harris ved sin gennemgang af forslaget som uhensigtsmæssigt, da der vil være låneaftaler, der inkluderer forskellige former for tidsforskydning.¹¹⁰ Det kan derved risikeres, at der opstår en kvalifikationskonflikt efter definitionen i act.2, som senere udlignes. Den tidsmæssige forskydning og håndteringen af dette vil blive uddybet i kommentaren til Act.2, som ikke pt. er offentliggjort.

¹⁰⁹ Bay, M. (2014). BEPS - konturerne til en nyt fælles skattesystem. *Skat Udland*, (219)

¹¹⁰ Peter Harris, Professor of Tax Law Cambridge University. (2014). *Neutralising effects of hybrid mismatch arrangements*. New York: United Nations.s.19

4.5.5 Reguleringen af kvalifikationskonflikter ved 3.retskredse

Som en del af forslagene til national lov bliver problemstillingen med indirekte kvalifikationskonflikter adresseret. Indirekte kvalifikationskonflikter kan opstå, når finansieringen involverer en 3.retskreds. I act.2, anbefaling 8 medtages et scenarie, hvor 3. land inkluderes i en lånekonstellation, hvilket giver en indirekte D/Ni-situation. Dette giver en anbefaling der går ud på at nægte fradrag på samme vis, som hvis der kun havde været 2 lande påvirket af konstellationen. Når man har et ekstra land, som lånet indirekte videreføres til, kan man risikere at der opnås dobbeltfradrag for det, som de facto er det samme lån.

Den skattemæssige behandling af det udlåner modtager tilbage fra låner kan betragtes som renter eller udbytte alt efter om transaktionen kvalificeres som gæld eller egenkapital. Hvis det kvalificeres som udbytte behandles det efter reglerne i anbefaling 2.

4.6 Forslag til ændringer af MDBO i Act. 2

Formålet med forslagene til ændringer af MDBO'en er at sikre at hybride instrumenter og enheder ikke bliver brugt til at opnå fordele af overenskomsterne unødigt. Treaty shopping er udtryk for en anden måde at foretage skattetænkning. Derved undersøger man forskellene mellem overenskomster og vælger den mest hensigtsmæssige. Dette er relevant i forhold til, at act. 2 også foreslår ændringer til modeldobbeltbeskatningsoverenskomsten. Act. 6 Prevent Treaty Abuse, omhandler håndteringen af treaty shopping.

Forslagene til MDBO indeholder tre dele. I forslagets kapitel 8 præsenteres reguleringens håndtering af enheder med dobbelt-domicil. Reguleringen er lavet for at modvirke at muligheden benyttes med henblik på at udnytte fordelene uretmæssigt. I forslagets kapitel 9 præsenteres reguleringen af skattetransparante enheder. I kapitel 10 præsenteres det tiltænkte forhold mellem MDBO'en og national ret.

BEPS-projektet åbner op for et effektivt samspil mellem reguleringen til implementering af national ret og ændringerne til MDBO. Dette kommer blandt andet til udtryk ved undtagelsen til hovedreglen om håndteringen af dobbeltfradrag for personer med dobbeltdomicil. Undtagelsen, der reguleres i anbefaling 7, nr. 1 litra b, omhandler dobbeltfradrag for hybrid finansiering ved dobbeltdomicil. Undtagelsen går ud på at det ikke er nødvendigt at neutralisere kvalifikationskonflikten ved at nægte fradrag ved dobbelt-fradrag såfremt fradraget modregnes i ordinær indkomst efter reglerne i begge lande. Det scenarie anbefaling 7 regulerer, kan sammenlignes med indskydelsen af et mellemholdningsselskab, som ved dansk ret reguleres i SEL§2B, stk.4, der blev indsat ved lov 254 2011.

4.6.1.1 Dobbeltbeskatningsoverenskomsternes rolle

OECD indleder præsentation af BEPS-projektet ved at pointere at fundamentale ændringer skal til for at håndtere dobbelt ikke-beskatning. De argumenterer for at dobbeltbeskatningsoverenskomster har vist sig som et godt redskab til håndteringen af dobbeltbeskatning. BEPS er straks sværere, særligt hvis der er interaktion med mere end to lande.¹¹¹

Alternativet til kvalifikationskonflikter er at lade kildelandets kvalifikation gælde. Problemet er at det kan resultere i dobbeltbeskatning eller dobbelt-ikkebeskatning.

Et af problemerne ved kvalifikationskonflikter i den internationale skatteret er den manglende domsmyndighed ifølge en artikel af Aage Michelsen.¹¹² Michelsen ser derfor en effektiv aftaleprocedure til indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster som en løsning på kvalifikationskonflikter. OECD's medlemsstater er imidlertid ikke forpligtede til at indgå disse aftaler. Indgåelsen af bilaterale aftaler som dobbeltbeskatningsoverenskomster kan betragtes som en afgivelse af national suverænitet. Afgivelse af national suverænitet kan give staterne færre muligheder for at være førende inden for den internationale skattekongurrence, idet de derved får færre muligheder for at lade deres skattelovgivning være mere lukrativ for risikovillig kapital, kvalificeret arbejdskraft og lignende. Dette er en af områderne, der adskiller aktøren Danmark fra aktørerne bag BEPS-projektet og direktivforslaget CCCTB. OECD og EU har en anden rolle inden for skattekongurrencen, da de ikke er stater, der konkurrer.

4.7 Reguleringen af kvalifikationskonflikter i sammendrag

4.7.1.1 Relation mellem låner og investor

I anbefaling 11 bliver nærtstående juridiske personer, kontrolgrupper og associerede grupper defineret. For at anbefaling 1 kan bruges, skal der være en relation mellem parterne. Denne relation kan være at de er en del af samme kontrolgruppe, at den ene person har 50% eller mere ejerskab i den anden, at der er bestemmende indflydelse eller at selskaberne er regnskabsmæssigt konsoliderede.

4.7.1.2 Kvalifikationen af finansieringen

Der er ikke en definition af det hybride finansielle instrument i BEPS act.2 andet end at det kan ses i udviklingen af instrumentet at det er udviklet med henblik på at skabe en

¹¹¹ OECD. (2013). *Action plan on base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.13

¹¹² Michelsen, A. (2007). Kvalifikationsproblemer i den internationale skatteret. *Skatterevisoren*, 5(9)

kvalifikationskonflikt. I stedet klassificeres det efter de umiddelbare skattemæssige konsekvenser. Dette kan være fradrag/ikke-inkluderet i den skattepligtige indkomst. Derved er det også ved BEPS-projektet en bred definition af det hybride finansielle instrument. Dette kritiseres følgelig af forskellige eksperter, idet der derved ikke er klarhed om reglernes omfang.

4.7.1.3 Det geografiske anvendelsesområde

Act.2 kan anvendes af alle der vælger at implementere reglerne. Derved er omfanget af anbefalingernes implementering i national ret og i modeloverenskomsten præget af OECD's medlemslandes omfang.

Begrænsningen opstår såfremt der er en skattemyndighed ved en transaktion, der ikke bruger reglerne. Dertil er der udviklet en modregel, således at der kan opstå symmetri alligevel. Derved kan anbefalingerne skabe neutralitet, såfremt bare den ene stat i ved en grænseoverskridende transaktion har valgt at implementere reglerne.

4.8 Retspolitisk analyse af neutralitet i BEPS act.2

I dette afsnit analyseres BEPS act. 2 retspolitisk, hvorved graden af neutralitet i forslaget undersøges. I anbefaling 9 præsenteres designprincipperne bag anbefalingerne. Her står der at anbefalingerne er udviklet med henblik på at:

"neutralise the mismatch rather than reverse the tax benefit that arises under the laws of the jurisdiction" anbefaling 9, stk.1 litra a.

Dette fortolkes som om, at anbefalingerne er udviklet med henblik på at neutralisere de skattemæssige konsekvenser, frem for at straffe selskaberne ved at medvirke til dobbeltbeskatning. Denne målsætning om neutralitet er baseret på et mål om symmetrisk skattebehandling, der kan sammenlignes med den indirekte neutralitet der etableres ved SEL§2B.

Forskellen mellem SEL§2B og særligt anbefaling 1 er den specifikt nævnte forsvarsregel, der giver mulighed for at inkludere udbytteindkomsten i den skattepligtige indkomst, såfremt kildelandet ikke nægter fradrag for renteudgiften. Denne mulighed for at reagere på begge sider af kvalifikationskonflikten er udtryk for en form for gensidighed. Uden et redskab til håndteringen af konflikten fra begge stater ved den grænseoverskridende transaktion, kan det få konsekvenser for selskaberne. OECD argumenterer for at hvis der ikke bliver udviklet effektive internationale løsninger snart risikerer man at landene udvikler unilaterale løsninger i stedet. Problemet ved at hver stat udvikler deres egen løsning, som ikke er baseret på

internationalt samarbejde, er at det er et lukket system. Derved vil der være en risiko for at internationale selskaber oftere vil blive dobbeltbeskattet.¹¹³ BEPS act. 2 er specifikt ikke en unilateral løsning, men derimod en bilateral løsning hvorved der kan opnås en symmetrisk skattebehandling af de finansielle instrument på forskellig vis.

4.8.1 Compliance-omkostninger

På trods af mulighederne for at opnå skatteneutralitet på forskellig vis, kan anbefalingerne forårsage skævvridning i praksis. Dette kan eksempelvis være ved at reglerne er administrativt byrdefulde for både skattemyndigheder og selskaber.

I anbefaling 9 beskrives principperne for designet af act.2. Der står blandt andet at reglerne er udviklet med henblik på at være brugbare for skatteyderne samt være minimalt omkostningstunge for skatteyderne at overholde. Den primære risici ved act. 2, der fremsættes af TEI er at det er et administrativt tunge anbefalinger¹¹⁴. Såfremt reglerne havde været svære og omkostningstunge for skatteyderne og for de respektive administrative skattemyndigheder kunne det også have en effekt på dødsvægtstabet.

Som en del af BEPS-projektet er igangsat udviklingen af et instrument til koordinering og udvikling af redskaberne til håndtering af bl.a. kvalifikationskonflikter.¹¹⁵ I forlængelse af OECD's internationale kontrolsamarbejde, der bl.a. kommer til udtryk ved artikel 26 i modeldobbeltbeskatningsoverenskomsten, må instrumentet ses som en fokus på vigtigheden af informationsudveksling. Act.2 kritiseres bl.a. for at være administrativt tung, da der stilles store krav til informationsdelingen.¹¹⁶ Arbejdet med instrumenter, der muliggør en effektiv informationsudveksling, kan derved lette den administrative byrde, hvilket i sidste ende vil mindske skævvridningen.

Derved kan det konkluderes at anbefalingerne i BEPS act. 2 kan sikre skatteneutralitet igennem et bilateralt korrespondensprincip, men at der er en risiko for at reglerne kan være byrdefulde for selskaber og skattemyndigheder i praksis.

¹¹³ OECD. (2013). *Action plan on base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development. s.11

¹¹⁴ TEI's European Direct Tax Committee. ((2014)). *TEI comments on BEPS action 2: Hybrid mismatch arrangements*.

¹¹⁵ BEPS act.15 præsenteres først sept.2015, hvorfor der ikke kan tages nærmere stilling til den. Den tages kun som tegn på at den koordinerende indsats prioriteres.

¹¹⁶ Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten 3* (6. udg. ed.). København: s.686

4.9 Delkonklusion

I ovenstående er anbefalingerne til håndteringen af hybride finansielle instrumenter blevet systematisk analyseret og præsenteret ved opsamlingen i afsnit 4.7. Det kan konkluderes at BEPS act. 2 neutraliserer kvalifikationskonflikter ved at sikre at der er en skattemæssigt symmetrisk behandling af det finansielle instrument i begge retskredse. Dette sker med udgangspunkt i fradragsnægtelse af lånearrangementer, der er udviklet for at skabe en kvalifikationskonflikt. Såfremt kildelandet vælger ikke at nægte fradrag indeholder anbefalingen en mulighed for at modtagers domicilstat kan vælge at inkludere indtægten i den skattepligtige indkomst for modtager. Konceptet med en modregel kan konkluderes som havende en neutraliserende effekt i de scenarier, uanset om kildelandet ikke har implementeret anbefalingerne.

Designprincippet bag anbefalingerne fra BEPS-projektet er blandt andet baseret på transparens og et minimum af omkostninger til overholdelse af reglerne for selskaberne, jf. anbefaling 9, nr1. Kritikere stiller spørgsmål ved om anbefalingerne reelt vil være mindre byrdefulde og derved skabe skævvridning.

5 Retsdogmatisk analyse af CCCTB

Den retsdogmatiske analyse har i foregående afsnit behandlet den danske regulering samt OECD's forslag til værneregler i form af BEPS act. 2. Det er udtryk for lovgivning på et nationalt og internationalt niveau. I dette afsnit behandles regulering fra EU, det supranationale niveau i form af direktivforslaget Rådets direktiv til et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag, CCCTB. Vedtagne direktiver såsom moderdatterselskabsdirektivet og rente- royaltydirektivet er i en vis udstrækning blevet behandlet i forlængelse af den retsdogmatiske analyse af den danske regulering af kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter. Som eksempel på regulering fra EU-kommisionen, der håndterer problematikken ved kvalifikationskonflikter vil direktivforslaget CCCTB blive analyseret.

CCCTB står for Common Consolidated Corporate Tax Base, en fælles konsolideret selskabsskattebase. Dette direktiv åbner op for at koncerner med aktiviteter i flere EU-medlemsstater kan beskattes efter et fælles regelsæt. Kort sagt betyder det, at koncerner kan opgøre deres indtægt samlet. Direktivforslaget er fremlagt som frivillig ordning, som kan tilvælges af koncernerne. Alternativet for virksomhederne er at opgøre deres indtægter nationalt.

5.1.1 Formålet med CCCTB

Formålet med CCCTB er at *"afhjælpe de væsentlige skattemæssige hæmsko for vækst på det indre marked"*, jf. baggrunden for forslaget i direktivforslaget CCCTB præamblen s.4. Dette formål vil ikke kunne opnås af de enkelte medlemsstater på grund af manglende koordinering jf. art.26.

Fra dansk perspektiv har de danske medlemmer af Europa Parlamentet i 2015 udsendt en pressemeddelelse, hvor de tilkendegiver deres støtte til arbejdet med CCCTB.

"MEP'erne byder forslaget om bl.a. tvungen udveksling af oplysninger om skattepraksis mellem EU-landene velkommen, men efterspørger samtidig mere effektive midler i kampen mod skattely og skatteunddragelse, fx [....]"

- *Indføre en fælles skattebase (CCCTB) for virksomheder i EU, og senere for alle virksomheder. [....]*
- *Øge gennemsigtigheden på skatteafgørelser, da de skaber mulighed for skatteunddragelse og skattekonkurrence.*
- *Øge de nationale parlamenters adgang til indholdet af skatteafgørelser.*
- *Modvirke særlige skattefordele for visse virksomheder."*¹¹⁷

¹¹⁷ Europa-parlamentet. (2015). Press release: EP takes stance on tax transparency, burdens, avoidance and evasion. Retrieved 06/30, 2015, from

5.1.2 Baggrunden for CCCTB

CCCTB blev fremsat i 2011 og er et interessant bidrag til analysen af den juridiske håndtering af kvalifikationskonflikter på grund af tilgangen til værneregler. Udviklingen af direktivet stammer tilbage fra 2001, hvor rapporten *Company Taxation in Single Market* blev fremlagt af kommissionen, hvor blandt andet differencer ved behandlingen af renter og udbytter på det indre marked blev problematiseret.¹¹⁸

I juni 2015 blev der fremlagt en relancering af direktivforslaget til 2016. Formålet med denne relancering er at kickstarte forhandlingerne om direktivet i Rådet. Det nye direktivforslag vil indeholde en obligatorisk konsolidering for koncernerne samt en trin-for-trin-vedtagelsesproces¹¹⁹. Dette er et markant skifte fra det nuværende forslags frivillige ordning, selvom en obligatorisk ordning har været diskuteret og evalueret før fremsættelsen af direktivforslaget fra 2011.¹²⁰ Da det nye direktivforslag ikke er fremlagt i skrivende stund, foretages denne analyse med udgangspunkt i direktivforslaget fra 2011.

5.1.3 CCCTB i hovedtræk

Direktivforslaget CCCTB er en måde at konsolidere indkomstskattegrundlaget for koncerner i EU. Konkret foregår opgørelsen af beskatningsgrundlaget ved at der vælges et administrationsland, hvorfra konsolideringen foretages.¹²¹ Beskatningsretten fordeles mellem medlemsstaterne i henhold til den respektive andel af aktiver, arbejde i form af lønsumsomskostninger og antal ansatte samt omsætning, der henholdes til den enkelte stat. Dette foretages efter en særlig fordelingsnøgle. Der er ikke en fælles skattesats igennem CCCTB. Når andelen af indkomstopgørelsen der vedrører en specifik stat er fordelt, beskattes dette med den nationale skattesats.

CCCTB er særlig relevant ved kvalifikationskonflikter, da det er en markant anderledes tilgang til løsningen af kvalifikationskonflikter end den danske værneregulering og BEPS-projektets bud. I korte træk betyder konsolideringen af koncernskattegrundlaget i EU at der ikke er en koncernintern skattemæssig afregning. Det betyder at koncernen ikke vil kunne opnå fradrag for renteudgifter inden for koncernen, hvorved incitamentet til at spekulere i kvalifikationen elimineres. Derved har koncernens datterselskaber inden for EU kun en enkelt indkomstopgørelse og skal

<http://www.europarl.europa.eu/news/da/news-room/content/20150324IPR37371/html/EP-takes-stance-on-tax-transparency-burdens-avoidance-and-evasion>

¹¹⁸ European Commission. (2011). *IMPACT ASSESSMENT (CCCTB)*. Brussels: s.48-49

¹¹⁹ European Commission. (17.6.2015). *A fair and efficient corporate tax system in the european union: 5 key areas for action {SWD(2015) 121 final}* No. COM(2015) 302 final). Brussels:

¹²⁰ Det kan man blandt andet se resultatet af i konsekvensanalysen fra 2011.

¹²¹ Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten* 3 (6. udg. ed.). København:, s.638

som udgangspunkt ikke forholde sig til transfer pricing og andre koncerninterne transaktioner. CCCTB er derfor kendetegnet ved fraværet af skattemæssige værnsregler.

Det fælles konsoliderede selskabsskattegrundlag kan tages i brug for koncernmedlemmer hjemmehørende i EU, kvalificerede datterselskaber samt faste driftssteder udenfor EU.

For koncernforbundne selskaber og juridiske personer uden for den konsoliderede koncern, er der etableret regler i CCCTB til begrænsning af rentefradrag. Disse rentefradragsbegrænsningsregler åbner op for fradragsnægtelse ved renter betalt til lavskattelande og lande uden informationsudveksling med EU-lande på skatteområdet.

For at foretage en optimalt dybdegående retsdogmatisk analyse gennemføres forskellige skattemæssigt relevante dele ved direktivet, som vurderes af direkte relevans for kvalifikationskonflikter.

5.2 Regulering af den konsoliderede koncern

I de følgende afsnit vil centrale elementer for forståelsen af CCCTB blive analyseret. Efterfølgende vil direktivforslaget blive opsummeret i forhold til reguleringens håndtering af relationen mellem parterne ved transaktionen, begrænsninger i kvalifikationen af finansieringsformen samt geografiske begrænsninger.

5.2.1 Beskatning som konsolideret koncern efter CCCTB

Hovedreglen er at alle indtægter er skattepligtige jf. CCCTB, medmindre de er nævnt som fritaget for skat jf. art.10. Indgående udbytte er som eksempel på dette fritaget for beskatning i CCCTB, jf. art.11. I samme stil er driftsomkostninger fradragsberettigede, medmindre andet specifikt nævnes, hvorved indkomsten opgøres efter et nettoindkomstbegreb.¹²² Fradragsberettigede driftsomkostninger inkluderer ikke kun omkostninger, der kan knyttes direkte til virksomhedens drift, men også udgifter til at rejse egenkapital eller gæld til finansieringen af selskabet. I direktivforslaget art.13, står der endvidere at der bør udvikles en liste over ikke-fradragsberettigede udgifter. Dette må fortolkes som at være med henblik på at skabe klarhed omkring fortolkningen af artikel 13. Opsamlingsvist, betragtes indgående renter derved skattepligtig indkomst og udgående renter som fradragsberettiget, hvortil en evtuel kldeskat kan lempes ved credit.

¹²² Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten 3* (6. udg. ed.). København: s.638

5.2.2 Konsolidering

CCCTB er et direktivforslag, hvor koncerner får mulighed for at konsolidere deres skattebase. For at en koncern kan komme i betragtning til at benytte dette regelsæt, stilles der krav til selskabets organisering. Dette kommer blandt andet til udtryk ved selskabsformen. Det er kun selskaber, der er selvstændige skattesubjekter eller selskaber, der betaler selskabsskatter omfattet af CCCTB 2011 bilag 2. I en dansk skatteretlig kontekst betyder det at aktie- og anpartsselskaber kan inddrages, jf. CCCTB 2011 bilag 1 litra f. Muligheden for at vælge CCCTB skattemæssig regulering af koncernen behandles i art.16.

Derudover vil selskaber, der ikke som udgangspunkt er selvstændige skattesubjekter kunne inddrages såfremt de betaler selskabsskat. Dette kan være et selskab, der har benyttet sig af de amerikanske check-the-box-regler og som efterfølgende i dansk selskabsret bærer karakteristika af at være et kommanditselskab, men som er forpligtet til at betale selskabsskat i Danmark. Ud fra dette kan sammensluttet, at et selskab, der er blevet skatteretligt omkvalificeret efter reglerne i selskabsskattelovens §2A og C vil kunne inddrages under CCCTB, såfremt de betragtes som skattepligtige i den medlemsstat de er beliggende, jf. art.84, stk.1. I art.85 om fastsættelse af transparens i enheder uden for koncernen fastslås det at usikkerhed om kvalifikationen af enheden gøres med udgangspunkt i det interesseforbudne koncernmedlemsstats nationale skatteret eller ved aftale mellem skattemyndighederne, såfremt der er flere koncernmedlemmer i flere medlemsstater, der er interesseforbundne.

Såfremt der er et moderselskab uden for EU, vil kvalificerede datterselskaber inden for EU kunne få konsolideret skattebasen som en skatteretlig koncern efter CCCTB. Det kræver at datterselskaberne er kvalificerede efter art.54 og opfylder betingelserne til selskabsform i art.2, stk.2 litra a. Såfremt det var selskaber hjemmehørende i Danmark, ville det være aktie eller anpartsselskaber.

Som en del af konsolideringsprocessen skal der vælges et hovedskattesubjekt, efter art.4, nr. 6. Dette er sammenligneligt med administrationsselskabet efter frivillig international sambeskatning i SEL§31A.

5.2.2.1 Koncernmedlemmer

Selskaber og faste driftssteder vurderes som en del af en koncern, der vil kunne sambeskattes efter CCCTB ved først og fremmest at være hjemmehørende skattesubjekter i en EU-medlemsstat. Derudover inkluderes faste driftssteder og kvalificerede datterselskaber i andre EU-medlemsstater, jf. Art.55, stk1. For

datterselskaber og faste driftssteder, som har det samme moderselskab efter art.54, hvor moderselskabet ikke er hjemmehørende i en EU-medlemsstat er der en række kriterier, der skal opfyldes for at de kan være en del af koncernen efter CCCTB. For faste driftssteder udenfor EU, gør det sig gældende, at de skal være fast driftssted hørende til et kvalificeret datterselskab, der er hjemmehørende i en EU-medlemsstat. Det vil sige at man ikke vil medregne et fast driftssted uden for EU, hvor datterselskabet ligger udenfor EU eller som ikke er kvalificeret efter art.54.

Et datterselskab defineres som et selskab, hvor moderselskabet har en række rettigheder. Disse rettigheder specificeres i art. 54, som to tærskler for stemmerettigheder samt ejerandel. For at der er tale om et datterselskab skal moderselskabet:

- have råderet over mere end 50% af stemmerettighederne *og*
- eje mere end 75% af selskabskapitalen, art.54, stk. 1 litra A-B. eller 75% af de andele der giver ret til fortjeneste.

Derved er det ikke en enten eller situation, da begge krav skal være overholdt før der er tale om et datterselskab. Såfremt moderselskabet opnår 50% af stemmerettighederne, vil moderselskabet blive betragtet som havende den totale stemmerettighed, jf. CCCTB 2011 art.54, stk.2 litra a. Majoriteten af stemmerettigheder kunne principielt set opnås ved under 50%, såfremt der ikke er andre, der har mere. Men ved at vælge 50% som tærskel sikres at der ikke kan være andre med en større andel af stemmerettighederne.

Disse kriterier skal være opfyldte hele det konsoliderede år, jf. art.58, stk. 1. Det er dog muligt for et datterselskab at indtræde i koncernen, så snart det kvalificeres. Hvis datterselskabet kun er kvalificeret i en periode på under 9 måneder, vil det ikke kunne inddrages i selve konsolideringen, jf. art.58, stk.2.

Ud fra en negativ definition af mulige koncernmedlemmer kan det konstateres at koncernens ultimative moderselskab ikke kan konsolideres, såfremt det er hjemmehørende uden for EU. Et datterselskab hjemmehørende uden for EU kan ligeledes ikke konsolideres.

I kommentarerne til CCCTB fra det danske formandskab foreslår også at koncerndefinitionen i art.4 ændres, så den svarer overens med kriterierne i OECD's modeloverenskomst art.4¹²³. Derved pointeres det at der kan opstå u hensigtsmæssige differencer mellem skattesystemer. Den høje tærskel af ejerskab ved kvalificerede datterselskaber begrundes med risikoen for at datterselskaber ellers ville kunne blive

¹²³ Kommentarer til art.4 Council of the European Union. (16 April 2012). *Comments of the presidency on the proposal for a council directive on a CCCTB* No. 2011/0058(CNS))

en del af flere konsoliderede koncerner.¹²⁴ Generelt nævnes modeloverenskomsten ikke i direktivforslaget fra 2011. Derved vil EU domstolen ikke være pålagt at fortolke eksempelvis faste driftssteder i overensstemmelse med definitionen i modeloverenskomsten.¹²⁵ Ved at modeloverenskomsten ikke nævnes i forbindelse med fortolkning og det derved ikke pålægges at bruge en domstol som fortolkningsbidrag, kan man risikere at der opstår tvivlsspørgsmål.

5.3 Enheder uden for koncern

I ovenstående er den skattemæssige behandling af den konsoliderede koncern som skattesubjekt blevet behandlet. For hybride finansielle instrumenter inden for koncernen gør det sig derved gældende at der ikke er incitament til at udnytte differencer i lovgivningen. På den måde elimineres problematikken med skattearbitrage inden for den konsoliderede koncern.

I dette afsnit behandles transaktioner mellem koncernmedlemmer og koncernforbundne selskaber. Den konsoliderede koncerns interaktion med andre selskaber åbner op for differencer i skattelovgivningen, hvorved der kan opstå kvalifikationskonflikter.

5.3.1 Forbundne selskaber

Selskaber er forbundne efter CCCTB 2011, såfremt et skattesubjekt direkte eller indirekte deltager i et andet selskabs ledelse, kontrol eller kapitalen i et ikke-skattesubjekt eller et skattesubjekt, som ikke er i den samme koncern, jf. art.78. Man betragtes som forbundet med sit faste driftssted. Mere konkret forstås deltagelse i kontrol som ejer af mere end 20 % af stemmerettighederne, jf. art.78, stk.2, litra a.

Deltagelse i kapital betyder i denne sammenhæng at selskabet skal have en ejerandel på mere end 20% af kapitalen for at være forbundne parter. Ved deltagelse i ledelse har man en signifikant indflydelse på ledelsen, jf. art.78, stk.2, litra c. Artiklens beskrivelse af deltagelse i ledelse kunne tyde på at det var en skønssag, hvorvidt man i konkrete tilfælde ville vurdere hvorvidt, der var bestemmende indflydelse på beslutningstagningen.

Forbundne selskaber kan ikke være med i koncernens konsolidering af skattegrundlaget. Forbundne selskaber kan dog godt have et interessefællesskab, der kan have en afgørende effekt ved eksempelvis fastsættelsen af låneforhold eller

¹²⁴ Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten* 3 (6. udg. ed.). København: s.641

¹²⁵ Pedersen, J. B., & Rønfeldt, T. (2011). CCCTB, et fælles skattesystem med udfordringer. *Skattepolitisk Oversigt*, (11), 309.

rentesatsen. Det konsoliderede selskabsskattegrundlag er skabt med henblik på at simplificere skatteopgørelsen for koncerner ved blandt andet at eliminere udgifter til overholdelse af lovgivningen. Dette kan eksempelvis være tilfældet ved virksomheder der har store omkostninger forbundet med transfer pricing. Eksistensen af art.79 tydeliggør dog, at der fortsat vil være scenarier, hvor der vil skulle foretages prisjusteringer mellem forbundne selskaber.

5.3.2 Værnsregler for enheder uden for koncernen

CCCTB indeholder ikke værnsregler for koncerninterne transaktioner på samme måde som SEL§2B fungerer i dansk lovgivning, ved at kunne agere som redskab efter der kan konstateres en kvalifikationskonflikt. Ved at konsolidere skattegrundlaget elimineres behovet som udgangspunkt. Helt konkret ses der bort fra eventuelle tab eller gevinster ved koncerninterne transaktioner, jf. art.59, stk.1. Der stilles heller ikke krav om indeholdelse af kildeskat. For at dette gør sig gældende skal begge selskaber ved tidspunktet for transaktionen og eventuelle dertil hørende indtægter og udgifter være medlemmer af koncernen. Ifølge Skatteministeriet vil de manglende værnsregler mindske skattebetalingen til Danmark.¹²⁶

For koncernforbundne selskaber er der derimod opstillet værnsregler. Direktivet indeholder to værnsregler til brug ved selskaber uden for koncernen. Den første indeholder fradragsnægtelse for renter. Denne fradragsnægtelse i art. 81 finder sted ved selskaber der er koncernforbundne efter art.78 som er hjemmehørende uden en medlemsstat i et land, der ikke udveksler oplysninger mellem skattemyndigheder efter modeloverenskomstens. Derudover er der en værnsregel til behandling af Controlled Foreign Companies i art.82.¹²⁷

I art.59, stk.4 stilles der krav til at alle koncerninterne transaktioner skal kunne identificeres til hvad der enten er af lavest værdi af henholdsvis kostpris og skattemæssig værdi. Dette skal dokumenteres efter en konsekvent metode

Såfremt en medlemsstat har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med et land uden for EU, som ikke stemmer overens med CCCTB, skal DBO'en overholdes.

Dansk Erhverv fremhæver ved høringen af CCCTB:

"Samspillet med skattereglerne i tredjelande – samt i EU-lande, der har valgt at holde sig uden for CCCTB-reglerne – bør undersøges, herunder i relation til virksomhedernes mulighed for at undgå dobbeltbeskatning i henhold til indgåede

¹²⁶ Skatteudvalget 2010-11, SAU alm. del Bilag 198

¹²⁷ Grund og nærhedsnotat til Folketingets Europaudvalg. Skatteudvalget 2010-11 SAU alm. del Bilag 195 S.11-13

dobbeltbeskatningsaftaler."¹²⁸ - Bo Sandberg, Skattepolitisk Chef hos Dansk erhverv i høringssvar

5.3.3 Rentefradragsn gtelse ved lavskattelande uden aftale om informationsudveksling

I artikel 81 behandles ikke-tilladte rentefradrag. Rentefradrag, der ikke er tilladte efter CCCTB er overordnet set rentefradrag til forbundne virksomheder med domicil i et lavskatteland. Renter er derved ikke fradragsberettigede, hvis modtageren er hjemmehørende i en stat med lav selskabsbeskatning, hvor der ikke er en aftale om muligheden for at relevante skattemyndigheder kan anmode om oplysninger.

Udvekslingen af oplysninger betyder at der skal være mulighed for at anmode om oplysninger på linje med en aftale efter direktiv 2011/15/EUF om administrativt samarbejde på beskatningsområdet.

Et lavskatteland klassificeres efter to betingelser i CCCTB, jf. henholdsvis art.81, stk.1 litra a og b. Kriterierne er enten at renten betales til et land med mere end 40% lavere selskabsskattesats end den gennemsnitlige europæiske selskabsskattesats eller at der er anden særlig ordning, der medvirker til et væsentligt lavere skatteniveau end den generelle ordning.

Ovenstående begrænsning af rentefradrag i CCCTB indeholder ikke elementer af en solvensvurdering for selskabet. Der tages derved ikke direkte stilling til forholdet mellem gæld og egenkapital. I den danske regulering af tyndt kapitaliserede selskaber efter SEL 11 litra A-C kan der ses eksempler på dette. Formålet med værnsreglen i CCCTB art.81 er at modvirke massiv g ldst gning i lavt beskattede lande, jf. formandsskabets bemærkninger.¹²⁹ Derved er formålet med denne specifikke værnsregel ikke at sikre at selskabet har en balanceret finansiering af hhv. Gæld og egenkapital, men at modvirke ekstensiv brug af gældsfinansiering.

Konsekvensen af værnsreglen i art.81 er at nægte fradrag for selskabet, der betaler renten, hvor betingelserne for anvendelsen er opfyldt. Alternativet kunne være at begrænse fradraget. Reglerne i art. 81, stk. 1 og 2 er derved ikke udtryk for rentefradragsbegrænsning men fradragsnægtelse i specifikke situationer. Jf. art.81 stk.3 begrænses rentefradraget dog svarende til armslængdevilkår, såfremt renten er skattepligtig indkomst for et CFC-selskab eller et b rshandlet selskab.

¹²⁸ Høringssvar fra Dansk erhverv ang. CCCTB. Skatteudvalget 2010-11. SAU alm. del Bilag 196.

¹²⁹ Council of the European Union. (16 April 2012). *Comments of the presidency on the proposal for a council directive on a CCCTB*

5.3.3.1 Ændringsforslag til art.81

I 2012 præsenterede det danske formandskab sine bemærkninger til CCCTB til brug for den videre udvikling af direktivet. Ændringsforslagene indeholder markant anden tilgang til rentefradragsbegrænsning, der er sammenlignelig med de danske regler for tynd kapitalisering.¹³⁰ Ændringsforslagene fra det danske formandskab kommer som et led i en kritik af CCCTB som værende asymmetrisk i beskatningen ved transaktioner mellem koncernmedlemmer og enheder udenfor koncernen. Kritikken går på at der i direktivforslaget fra 2011 er et stærkt incitament for at placere all egenkapital i hele koncernen i en struktur som ovenstående, der fører til dobbelt ikke-beskatning, jf. det danske formandskabs kommentarer til artikel 83:

“Several Member States have emphasized the need to address the inherent asymmetry in the Directive proposal as to the taxation of income from activities inside the EU (taxable) and income from activities outside the EU (non-taxable) and the asymmetry in the taxation due to the exemption from corporate tax of dividends and capital gains on shares realised by companies in order to alleviate economical double taxation on corporate income.”

Sandberg fra Dansk Erhverv påpeger her muligheden for at det kan blive svært for alle medlemsstaterne at blive enige om fradrag:

“Der er i dag - selv inden for landenes grænser - jævnligt tvister mellem myndigheder og skatteyder om hvorvidt en udgift skal klassificeres som værende med fuldt fradrag eller med afskrivning eller reduceret fradrag. Når 27 lande skal enes om en entydig behandling af indtægter og udgifter, afskrivningsberettigede aktiver og opgørelse af fordelingsnøglerne m.v., er det indlysende at de vil kunne blive uenige. Det må i den proces sikres, at skatteyderne i givet fald ikke kommer i klemme; dvs. at der bliver én velfungerende instans, som kan afgøre tvister. Dette er også hensigten (jf.

bl.a. punkt 23. i præamblen) Men vil i givet fald angribe landenes suverænitet på skatteområdet” - Bo Sandberg, Skattepolitisk Chef hos Dansk erhverv i høringssvar, ifm. høring om CCCTB i Danmark ¹³¹

Med udgangspunkt i Sandbergs kommentar må det forventes at forhandlingerne om direktivforslaget også kommer til at omhandle rentefradrag. Ud fra formandskabets kommentarer kan det forventes at der også lægges op til en diskussion af reglerne for tynd kapitalisering og hybride finansielle instrumenter.

¹³⁰ Kommentar til art.14a Council of the European Union. (16 April 2012). *Comments of the presidency on the proposal for a council directive on a CCCTB* No. 2011/0058(CNS))

¹³¹ Høringssvar fra Dansk erhverv ang. CCCTB. Skatteudvalget 2010-11. SAU alm. del Bilag 196.

5.3.4 Kontrollerede udenlandske selskaber (CFC)

Under visse betingelser vil renteindkomst fra et kontrolleret udenlandsk selskab være skattepligtig indkomst, jf. art.82. Der er også rentefradragsbegrænsning på rentebetalinger over armslængdevilkår på koncernens rentebetalinger til et kontrolleret udenlandsk selskab, jf. art.81, stk.1 litra a. Disse begrænsninger finder ikke anvendelse hvis det kontrollerede selskab er hjemmehørende i et land under Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde¹³², som udveksler skattemæssige informationer med EU.

Armslængdevilkår benyttes derved i forbindelse med rentefradragsbegrænsning ved selskaber uden for koncernen, hvor der direkte eller indirekte ejes 50% af stemmerettigheder, kapital eller rettigheder til at modtage 50% af fortjenesten. Derved kan det konstateres at det må være et selskab som koncernen har en væsentlig tilknytning til selskabet og derved kan have incitament til at foretage skattetækning ved bl.a. gæld.

Skattetækning ved kvalifikationskonflikter kan foregå ved at man specifikt vælger at finansiere i et selskab, hvor man ved at finansieringen vil blive kvalificeret anderledes, hvorved den samlede skattebetaling mindskes. Værnsreglen for CFC-beskatning gør det sværere at udnytte dette, da der vil være mulighed for at udveksle informationer om transaktionen mellem skattemyndigheder, hvorved kvalifikationskonflikten vil kunne blive opdaget.

Konsekvensen af at man opdager en situation af dobbelt-ikke beskatning ved hybride finansielle instrumenter, står dog ikke klart beskrevet i kapitel 14 om bekæmpelse af misbrug.

5.3.5 Formandsskabets forslag til regulering af hybride finansielle instrumenter i CCCTB

I direktivforslaget fra 2011 nævnes hybride finansielle instrumenter og behandlingen af disse ikke. Derfor adresserede det danske formandskab direktivforslagets manglende behandling af kvalifikationskonflikter i 2012. Forslaget er bygget op omkring korrespondens i den skattemæssige kvalifikation af det hybride finansielle instrument. Det indeholder fradragsnægtelse ved renter betalt til en modtager, der ikke beskattes af indtægten på grund af en forskellig kvalifikation. Anden del af forslaget går på at indgående udbytte skal beskattes, såfremt udbytteudlodderen opnår fradrag for betalingen. Ændringsforslaget til art.83 lyder som følger:

83a Hybrid mismatch

¹³² Svarerende til stater der er medlemmer af EU og EFTA, den europæiske frihandelssammenslutning

- 1. A taxpayer shall not deduct payments directly or indirectly accrued to its associated enterprise as the beneficial owner of the payment if the payment is not taxable according to this directive or the national tax law which the associated enterprise is subject to due to a different qualification of the payment (hybrid instruments) or a different qualification of the payer and recipient (hybrid entities).*
- 2. Notwithstanding paragraph 1(c) of Article 11, where the payment of the profit distribution has been deducted in the taxable income of its associated enterprise, the profit distribution shall be included in the tax base.¹³³*

Det danske formandsskabs kommentarer indgår som en del af CCCTB's arbejdsgruppes dokumenter, hvorved man kan forestille sig at kommentarerne tages til efterretning ved direktivforslaget der vil blive fremlagt i 2016.

5.3.6 Rentebegrebet i CCCTB

Renter behandles forskelligt alt efter om det er inden for den konsoliderede koncernen eller uden for. Rentebegrebet i CCCTB er af bred karakter og er derfor særligt relevant i forhold til kvalifikationskonflikter ved finansiering, der kan klassificeres som både gæld og egenkapital alt efter hvilken jurisdiktionen der kvalificerer. Renter forstås i CCCTB som indkomst af gældsfordringer af enhver art, uanset hvilken form for sikring det er. Definitionen i artikel 81, stk.2 lyder som følger:

"Ved begrebet "renter" forstås indkomst af gældsfordringer af enhver art, uanset om de er sikret ved pant i fast ejendom, og uanset om de indeholder en ret til at deltage i debtors fortjeneste, og i særdeleshed indkomst fra gældsbeviser, obligationer eller forskrivninger, herunder gevinster og præmier, der er knyttet til sådanne værdipapirer." CCCTB art.81, stk.2

Idet rentebegrebet blandt andet defineres ved en ret til at deltage i debtors fortjeneste, kan det antydes at det ikke vil være et skattemæssigt problem, at det er renter til finansieringen af et kvalificeret datterselskabs egenkapital, hvorfra de kan modtage udbytte. Idet det i det tilfælde vil det være et datterselskab, som moderen er konsolideret med vil det fortsat være den konsoliderede indtægt selskabet beskattes efter. Derved er dette rentebegreb i tråd med, hvordan udbytte betragtes som skattefrit efter art.11.

¹³³ Kommentarer til art.83 Council of the European Union. (16 April 2012). *Comments of the presidency on the proposal for a council directive on a CCCTB* No. 2011/0058(CNS))

Kildeskat ved udgående renter- og royalties deles mellem gruppens medlemmer efter fordelingsnøglen, jf. art.18. Kildebeskatning ved udbytte deles ikke mellem gruppens medlemmer. Derved sikres der skattemæssig neutralitet inden for koncernen samt en symmetrisk behandling af renter og udbytte uden for koncernen, såfremt det klassificeres ens.

5.3.7 Konfliktbåndtering

Sandberg fra Dansk Erhverv påpeger også nødvendigheden af en velfungerende instans til konfliktbåndtering. Uden en instans til konfliktbåndtering, ville man heller ikke have et forum til håndtering af dobbeltbeskatningsproblematikker. Ved kvalifikationskonflikter kan der ligeledes være behov for en instans til håndteringen af hvilken skatteretlig myndighed, der omkvalificerer. Derfor er det interessant, at landsskatteretten finder fristen til handlingen af administrative klager på seks måneder efter art. 125 for kort, da det forventes, at administrative klager ved CCCTB kan have en principiel karakter eller være komplicerede.¹³⁴ Landsskatteretten i Danmark vil skulle behandle sager, såfremt hovedskattesubjektet i koncernen er hjemmehørende i Danmark, jf. art. 123, stk. 1.

5.4 Reguleringen af kvalifikationskonflikter i sammendrag

I dette afsnit opsummeres hvorledes CCCTB regulerer ved kvalifikationskonflikter. Dette foregår ved en opdeling af tre forskellige fokusområder, der er særligt udvalgte på grund af deres relevans i denne type problemstilling i den internationale skatteret.

5.4.1.1 Relation mellem låner og investor

Hvorvidt et selskab kan inkluderes i koncernen i forhold til konsolidering er et spørgsmål om omfanget af relationen. Et datterselskab er kvalificeret til at indgå i koncernen, såfremt der er kontrol(>50% stemmerettigheder), ejerskab(>75% af selskabskapital) eller ret til eventuelt overskud(>75% af rettighederne til eventuelt overskud). Faste driftsteder inkluderes i konsolideringen.

Såfremt det er koncernforbundne selskaber, der ikke er inkluderet i den konsoliderede koncern vil transaktionen skulle behandles efter armslængdevilkår. Endvidere kan der nægtes fradrag for udgifter til renter, såfremt modtagers domicilland ikke udveksler skatteinformationer med EU-lande. Der er også fradragsnægtelse i visse situationer, hvor betalingen foregår til et land med en særligt lav skattesats.

Koncernforbundne selskaber defineres som selskaber, der ejes 20 %.

¹³⁴ Grund og nærhedsnotat til Folketingets Europaudvalg. Skatteudvalget 2010-11 SAU alm. del Bilag 195 S.11-13

5.4.1.2 Kvalifikation af finansieringen

Udgifterne til finansiering af virksomheden behandles skattemæssigt ens, uanset om det kvalificeres til at være gæld eller egenkapital, såfremt koncerninterne transaktioner, da disse er skattemæssigt neutrale. På trods af den generelle neutralitet er der en forskel mellem fordelingen af udbytte- og renteindtægter i koncernen.

Såfremt det er udenfor koncernen er der andre regler. Der er mulighed for fradragsnægtelse ved selskaber uden for koncernen, der er hjemmehørende i et lavskattelands uden en aftale om informationsudveksling mellem skattemyndighederne. Der er mulighed for rentefradragsbegrænsning ved renterbetalt til kontrollerede udenlandske selskaber(CFC).

5.4.1.3 Det geografiske anvendelsesområde

Først og fremmest kan en koncern ikke konsolideres efter CCCTB, hvis der ikke er koncernmedlemmer, der er skattemæssigt hjemmehørende i en EU-stat. Finansiering mellem parter indenfor EU og udenfor EU anses forskelligt i CCCTB, som beskrevet i afsnittet Relation mellem låner og investor.

5.5 Retspolitisk analyse af neutralitet i direktivforslaget

I dette afsnit undersøges graden af neutralitet ved CCCTB, som besvarelse af problemformuleringen anden del.

CCCTB administreres efter et princip om at koncernen kun skal samarbejde med en enkelt skattemyndighed. Ved denne skattemyndighed indleveres den konsoliderede indkomstopgørelse. Som en del af den løbende administration af CCCTB vil der blive oprettet et panel til at håndtere fortolkningsspørgsmål samt en dømmende mekanisme. Derudover oprettes et system for udveksling af skatteinformationer mellem landene¹³⁵.

"Ifølge undersøgelser udført for Kommissionen ventes CCCTB for en stor virksomhed at mindske de skatterelaterede udgifter til at åbne en ny filial i en anden medlemsstat med 62 pct. Omkostningerne for en mellemstor virksomhed forventes at falde med 67 pct. CCCTB'en vurderes især at være relevant som led i indsatsen for at støtte og anspore SMV'er til at drage fordel af det indre marked. Kommissionen forventer desuden, at de nye regler vil gøre EU mere attraktivt for multinationale investorer." ¹³⁶

¹³⁵ European Commission. (2011). *IMPACT ASSESSMENT (CCCTB)*. Brussels: s.20-23

¹³⁶ Grund og nærhedsnotat til Folketingets Europaudvalg. Skatteudvalget 2010-11 SAU alm. del Bilag 195 Offentligt

Ovenstående fokus på at lette compliance-udgifter kan potentielt sikre at selskaber ikke opnår præferencer for specifikke skattesystemer indenfor EU, idet der vil være en ens behandling. Det er udtryk for formel og direkte neutralitet. I konsekvensanalysen beskrives hvordan en undersøgelse foretaget af KPMG i 2007 tydeligt viser at selskaber i medlemsstaterne ønsker et mere simpelt selskabsskattesystem ved grænseoverskridende aktivitet. Respondenterne i undersøgelsen blev bedt om at tage stilling til det daværende direktivforlag. 78% af respondenterne støttede idéen om direktivet.¹³⁷

Det er kommissionens opfattelse at CCCTB vil føre til besparelser for selskaberne, ved at de får færre udgifter til overholdelse af skattelovgivningen¹³⁸. EY har foretaget en rapport der kommer frem til at CCCTB kan føre til en væsentlig omfordeling af selskabsskatteprovenu. For Danmarks tilfælde vil dette muligvis føre til et tab af selskabsskatteprovenu, jf. en præsentation af CCCTB fra Skatteministeriet i 2011¹³⁹

CCCTB kan på sigt være nemmere for virksomheder og stater at administrere, da man simplificerer den internationale beskatning. Det kan være svært og omkostningstungt for en virksomhed at etablere sig i et andet land, da de skal sætte sig ind i en ny skattelovgivning. Det kan også være svært og omkostningstungt for de nationale skattemyndigheder at overvåge at der ikke sker skatteunddragelse i situationer hvor fremmed ret er involveret. Ved at der er fokus på informationsudveksling, er der mindre risiko for at der opstår Informationsassymmetri, hvor nogle stater har flere informationer end andre. Informationsassymmetri kan betragtes som en markedsfejl, da det skaber en uligevægt mellem parterne.

Der kan argumenteres for at en indførelse af CCCTB ikke vil gøre selskabsskatteområdet mere simpelt, som ellers var hensigten. Problematikken er at det kan virke som et ekstra regelsæt, hvor en reel fælles konsolideret skattebase ville være en simplificering for koncernerne, men ved CCCTB kan man påpege at de egentlig bare har et ekstra sæt skattelovgivning at skulle forholde sig til.¹⁴⁰

CCCTB har været sendt i høring hos et bredt udsnit af relevante interessenter. Den generelle respons har båret præg af fokus på det indre marked og forslagets effekt på små- og mellemstore virksomheder. Dansk Aktionærforening finder forslaget

¹³⁷ European Commission. (2011). *IMPACT ASSESSMENT (CCCTB)* (Commission Staff Working Document No. SEC(2011) 315 final). Brussels: s.6

¹³⁸ European Commission. (2011). *IMPACT ASSESSMENT (CCCTB)* (Commission Staff Working Document No. SEC(2011) 315 final). Brussels: Præambel

¹³⁹ Skatteudvalget 2010-11, SAU alm. del Bilag 198

¹⁴⁰ Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten 3* (6. udg. ed.). København: s.636-637

interessant i forhold til styrkelsen af det indre marked¹⁴¹. Dansk Erhverv er positivt stillede i forhold til direktivforslagets målsætning om større gennemsikuelighed i skattereglerne og administrativ forenkling. De påpeger samtidig at det er helt centralt at direktivet ikke bliver obligatorisk over for små og mellemstore virksomheder¹⁴². Dansk Industri påpeger derimod det hensigtsmæssige i at små- og mellemstore virksomheder ikke vil skulle bruge unødvendige ressourcer på at forholde sig til flere forskellige landes skattesystemer.

Ud fra ovenstående afsnit kan det konstateres at der ved CCCTB kan opnås en direkte neutralitet ved kvalifikationskonflikter, idet der ikke er differencer mellem forskellige skattelovgivninger, som ville kunne udnyttes. Uden for koncernen ser neutraliteten væsentligt anderledes ud, når reglerne for rentefradragsbegrænsning undersøges. Såfremt et udenlandsk selskab er koncernforbundet efter art.78 og er hjemmehørende i et lavskattelands uden aftale om informationsudveksling mellem skattemyndighederne, kan der nægtes fradrag. Ved at nægte fradrag uden at vide om der er reelt er asymmetrisk beskatning, risikeres dobbeltbeskatning. På grund af dette kan der ikke siges at være neutralitet ved udgående renter.

5.6 Delkonklusion

CCCTB er et interessant eksempel på håndteringen af kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter fordi problematikken elimineres. Denne eliminering af problemstillingen er dog kun gældende indenfor det konsoliderede skattegrundlag.

Hybride finansielle instrumenter nævnes ikke specifikt i direktivet, hvorved fortolkningen af det juridiske redskabs håndtering af disse må komme igennem en forståelse af den generelle skattemæssige behandling af transaktioner mellem interesseforbundne parter.

Formålet med direktivet er at styrke det indre marked samt mindske selskabernes udgifter til overholdelse af skattelovgivningen. Dette ses opfyldt, da der inden for den konsoliderede koncern ikke vil stilles krav til samme niveau af dokumentation, som der kunne ved fx transfer pricing-dokumentation i dansk ret.

Opsamlingsvist er det centralt at skelne mellem behandlingen af kvalifikationskonflikter; om der er tale om koncernforhold eller udenfor koncernforhold, som beskrevet i afsnit 5.4 Reguleringen af kvalifikationskonflikter i sammendrag. Et selskab er koncernforbundet ved 20 % ejerskab af selskabskapitalen

¹⁴¹ Grund og nærhedsnotat til Folketingets Europaudvalg. Skatteudvalget 2010-11 SAU alm. del Bilag 195 Offentligt, Afsnit. 8 Høring

¹⁴² Høringssvar fra Dansk erhverv ang. CCCTB. Skatteudvalget 2010-11. SAU alm. del Bilag 196.

eller 20% af stemmerettighederne. Såfremt der er tale om at et moderselskab har finansieret et kvalificeret datterselskab, hjemmehørende indenfor EU, vil der ikke kunne opstå en kvalifikationskonflikt. Der vil ikke være mulighed for at opnå rentefradrag og transaktionen vil ikke være skattepligtig indkomst, da der er tale om et konsolideret skattegrundlag.

CCCTB indeholder en række værnsregler, hvorved der er mulighed for fradragsnægtelse ved rentebetalinger til et selskab i et lavskattelands, hvor der ikke er informationsudveksling med EU. Igennem håndteringen af rentefradrag kan der opstå asymmetriske scenarier, såsom kvalifikationskonflikter.

Der er uenighed om hvorvidt CCCTB i praksis vil være nemmere for selskaberne at administrere. Det er blevet undersøgt at selskaber inden for EU vil have en samlet set mindre skattebetaling, men at der er tvivl om, CCCTB som frivillig ordning blot vil være et ekstra regelsæt for selskaberne at skulle forholde sig til.

CCCTB skaber skattemæssig neutralitet ved at afskaffe skattemæssige incitamenter til at udnytte forskellige kvalifikationer af hybride finansielle instrumenter inden for koncernen. Uden for koncernforhold opnås der ikke neutralitet, da der blandt andet nægtes fradrag til selskaber, hvor domicillandet ikke udveksler informationer. Derved risikeres dobbeltbeskatning og en asymmetrisk skattebehandling af hybride finansielle instrumenter.

6 Diskussion

I ovenstående analyse blev de tre former for regulering behandlet på to forskellige måder. Den retsdogmatiske analyse, hvor gældende ret blev analyseret systematisk. Efterfølgende er neutraliteten ved hver af de juridiske redskaber blevet belyst igennem en retspolitisk analyse.

I afhandlingens indledende afsnit blev det blevet slået fast at det er samfundsøkonomisk inefficiant, når der er forskel mellem behandlingen af hybride finansielle instrumenter i forskellige lande. Dertil er der blevet præsenteret tre forskellige juridiske redskaber, som alle har et mål om at skabe en neutral juridisk ramme, der ikke indebærer en unødvendig grad af omkostninger for selskaberne at overholde¹⁴³.

Muligheden for spekulation ved kvalifikationskonflikter er to-leddet. Muligheden går på valget af finansieringsformen og valget af etableringsstat. Ingen af disse valg behøver nødvendigvis at være primært skattemæssigt begrundede. Der skal per definition være tale om en international transaktion mellem parter, der kan have en varierende grad af tilknytning til hinanden.

I et globaliseret marked kommer den nationale skatteret under pres. Selskaber har bedre muligheder for at have grænseoverskridende aktiviteter¹⁴⁴. Det åbner op for muligheden i at spekulere i den nationale skatteret. Dette er en af grundene til at denne afhandling ser på forskellige juridiske redskaber til håndtering af kvalifikationskonflikter på et internationalt plan.

6.1 Sammenligning af de juridiske redskaber

I delanalyserne er hvert juridiske redskab blevet undersøgt for at opnå en forståelse for redskabets karakteristika. Den danske værnsregel SEL§2B bærer først og fremmest præg af at være koordinerende. Den danske stat påtager sig et ansvar for at sikre, at den skattemæssige behandling i kreditors domicilstat er tilsvarende til den danske behandling og korrigerer derefter. BEPS act. 2 er kendetegnet ved en mere bilateral tilgang, såfremt begge lande har implementeret reglen. Slutteligt fungerer CCCTB efter et harmoniseringsprincip, hvorved kvalifikationskonflikten elimineres i skattemæssig forstand inden for den konsoliderede andel af koncernen. CCCTB's regulering af transparente enheder indeholder nogle elementer, der minder om

¹⁴³ Af engelsk: Compliance costs

¹⁴⁴ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter*

korrespondensprincippet, idet klassifikationen af enheden som udgangspunkt afgøres, der hvor skattesubjektet er hjemmehørende, jf. art.84.

Det er naturligvis relevant at pointere at disse tre juridiske redskaber også skal betragtes i sammenhæng. BEPS-projektet nævnes eksempelvis ved lanceringen af det nye forslag til CCCTB, der præsenteres i 2016. I baggrunden for direktivforslaget argumenteres for at dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke er den optimale løsning af dobbeltbeskatning. Argumentationen går på at DBO'er er udviklede til en bilateral sammenhæng på internationalt plan, ikke til EU's indre marked. Derved skal BEPS og CCCTB ikke anses som modsætninger, men som noget der er udviklet til forskellige scenarier. BEPS-projektet er udviklet som en bilateral løsning, hvor CCCTB er udviklet til det indre marked, som det blev fremhævet af kommissionen i 2015:

*"A common EU approach will reinforce the Single Market as a whole and protect it from base erosion. EU solutions to implement the OECD BEPS measures and additional anti- avoidance initiatives should maintain a strong focus on preventing profits generated in the EU from being shifted elsewhere without being taxed anywhere in the EU."*¹⁴⁵

6.1.1 Harmonisering contra korrespondensprincip

Alle tre reguleringer indeholder en form for neutralisering eller eliminering af kvalifikationskonflikter. Som en del af løsningen indeholder de også et multilateralt element. Ved SEL§2B og BEPS Act. 2 består neutraliseringen af et korrespondensprincip. Ved CCCTB elimineres kvalifikationskonflikter indenfor EU ved at konsolidere koncernindkomstopgørelsen, således at koncerninterne transaktioner ikke medregnes på samme måde. CCCTB er i sig selv et eksempel på en multilateral løsningsmodel. Act. 15 i BEPS-projektet går ud på at udvikle et multilateralt instrument til koordinering. Denne præsenteres først i september 2015, hvorfor den ikke er en del af denne afhandling. Igennem Danmarks medlemskab af EU skal SEL§2B ses i forlængelse af den europæiske lovgivning.

Alle tre juridiske redskaber lægger op til et samarbejde mellem staterne. Ved SEL§2B og BEPS act. 2 udveksles den skattemæssige kvalifikation af de finansielle instrument, hvorefter den ene skattemyndighed skaber en symmetrisk beskatning. CCCTB er et eksempel på lovgivning baseret på harmonisering. Årsagen til dette er blandt andet, at det involverer direkte beskatning. Endvidere lægges der op til yderligere administrativt samarbejde i direktivet. Harmoniseringen er ikke kun relevant

¹⁴⁵ European Commission. (17.6.2015). *A fair and efficient corporate tax system in the european union: 5 key areas for action {SWD(2015) 121 final}*. Brussels: s.4

i forbindelse med staternes samarbejde. Det er også relevant for de muligheder, det giver koncernerne. Såfremt der var et effektivt administrativt samarbejde, kunne det føre til at koncernen skulle have kontakt til færre skatteadministrationer i de lande, hvor de havde selskaber eller faste driftssteder.

I løbet af analysen er der blevet fremsat styrker og svagheder ved disse forskellige løsningsmodeller. I artiklen "Why linking rules not harmonisation will tackle double non-taxation" argumenteres der for at korrespondensprincippet er den eneste realistiske løsning¹⁴⁶. Harmonisering er teoretisk set også en løsning, men forventes ikke at kunne vedtages ifølge skribenten. Modsat hævder EU at harmonisering er den bedste løsning. De foretog i 2012 en konsultation, hvor parter blev hørt i forbindelse med løsningen af kvalifikationskonflikter og er klar til at opnå denne harmonisering ved en trinvis vedtagelse af CCCTB¹⁴⁷

6.2 Løsningen af kvalifikationskonflikter

I ovenstående er forskellige principper til håndteringen af kvalifikationskonflikter blevet præsenteret og diskuteret. Tilbage står der at overveje om der stadig kan opstå kvalifikationskonflikter.

I artiklen "*Tax compliance: hybrids are very hard to kill*"¹⁴⁸, fremhæves det, hvordan forskellige typer af regler til håndtering af kvalifikationskonflikter ikke kan løse problemstillingen fuldstændigt. I artiklen diskuteres generelle, specifikke og omgåelsesregler¹⁴⁹. Selv ved specifikke omgåelsesregler såsom SEL§2B, hvor der kan nægtes fradrag i et specifikt scenarie, opnås der ikke en universal løsning. Årsagen er at reglen kun gælder i et specificeret scenarie og ikke indebærer en løsning af hvilken stats kvalifikation skal gælde og hvilken stat der skal miste skatteprovenu. Målttede omgåelsesregler, hvor det hybride instrument specificeres efter tekniske egenskaber, anses ikke som en optimal løsning af skribenten, idet dem der ønsker at spekulere i udformningen af instrumentet blot vil udvikle et nyt.

I ovenstående artikel fremhæves problemstillingerne ved en løsning, hvor scenariet er specificeret samt hvor de tekniske egenskaber er specificeret. Ved typer af omgåelsesregler som SEL§2B og BEPS act.2 argumenteres der for, at der fortsat vil kunne opfindes nye, innovative lånekonstellationer, der omgår reglernes

¹⁴⁶ International Tax Review. (2012). Why linking rules not harmonisation will tackle double-non taxation.2015(20/8)

¹⁴⁷ Sukhraj, P. (2014). AS2014: Consultation to clamp down on hybrid mismatches.2015(15/8)

¹⁴⁸ Ajmal, Omleen, Director of international tax, Squire Patton Boggs. (2014/3/12). Tax compliance: Hybrids are very hard to kill. *Accountancy Live*, 2015(15/8)

¹⁴⁹ General anti-avoidance-rule(GAAR), Specific anti-avoidancerule(SAAR), Targeted anti-avoidance rule(TAAR)

anvendelsesområde. Artiklen behandler ikke muligheden for et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag, hvor beskatningen af interne transaktioner elimineres, hvorved incitamentet til spekulationen forsvinder. CCCTB's behandling af koncerninterne transaktioner har sin begrænsning i anvendelsesområdet. Koncerner, hvor ingen koncernmedlemmer er etableret i en EU-stat, vil ikke kunne anvende det.

Analysen af neutralitet tager udgangspunkt i at skattearbitrage påvirker selskabers adfærd. I lyset af det er det interessant at overveje, hvorfor selskaber vælger at finansiere ved hybride finansielle instrumenter. Da de tre juridiske redskaber i denne afhandling forsøger at løse problemstillingen ved kvalifikationskonflikten, må det være naturligt at undersøge om selskaber benytter hybride finansielle instrumenter af skattemæssige årsager. Bundgaard henviser i SU2007.237 til en australsk undersøgelse af selskabers bevæggrunde til at vælge denne type finansiering. Undersøgelsens konklusion var, at skat var en sekundær årsag, hvor den regnskabsmæssige behandling, finansielle regulering og markedets præferencer var den primære årsag.¹⁵⁰ Strammere og teknisk mere udspecificeret regulering kan derved potentielt være til hindring af selskabers muligheder.

6.3 Neutralitet

I analysen er der blevet arbejdet med juridiske redskaber, der kan skabe direkte og indirekte neutralitet. Direkte neutralitet opstår i den situation, hvor der ikke er nogen mærkbar forskel i den skattemæssige behandling, uanset om transaktionen er grænseoverskridende eller national. Indirekte neutralitet opstår ved en efterfølgende handling, såsom en omkvalificering. Det kan være på grund af en tidsforskydning eller transaktionen bliver skattemæssigt neutral ved en for skatteyderen uhensigtsmæssig lempelsesmetode.

SEL§2B er udtryk for en indirekte form for neutralitet, idet den skaber mulighed for at sikre en symmetrisk skattemæssig behandling. En symmetriske skattemæssige behandling kræver enighed med kreditors domicil stat.

BEPS act.2 som løsning på kvalifikationskonflikter kan betegnes som en slags bilateralt korrespondensprincip. Gensidigheden kommer ved at reglerne er udviklede med henblik på at blive benyttet af skattemyndighederne i både kildelandet og domicillandet.

¹⁵⁰ Bundgaard, J. (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter* note 40

CCCTB skaber en skattemæssigt neutral ramme inden for koncernen. Der er væsentlige betingelser for at blive en del af koncernen, men mellem koncernmedlemmerne vil kvalifikationskonflikter ikke kunne opstå på grund af harmoniseringen. Der kan nægtes fradrag for renteudgifter til koncernforbundne selskaber, hvorved der kan skabes en difference i den skattemæssige behandling af det hybride finansielle instrument.

Der er forskellige måder at opnå en skattemæssigt neutral behandling af kvalifikationskonflikter. Der kan dog være en forskellig tidshorisont på håndteringen, hvorved der opnås indirekte neutralitet frem for direkte neutralitet. Ved CCCTB elimineres behovet for reguleringen af kvalifikationskonflikter. Idet der ikke opstår et behov for at omkvalificere eller nægte fradrag vil der ikke være noget, der skal modregnes eller på anden vis neutralisere.

6.3.1.1 Dødsvægtstabet

Som afsluttende bemærkning om dødsvægtstabet er det i afhandlingens første kapitel blevet etableret, at det er samfundsøkonomisk inefficiet, at reguleringen ikke skaber neutralitet. Dertil er der i ovenstående blevet samlet op på hvorledes de tre forskellige juridiske redskaber skaber neutralitet på forskellige måder. Alle tre skaber neutralitet i nogle scenarier og skaber mindre neutralitet i andre. Ved alle tre juridiske redskaber kan der påpeges scenarier, som ikke vil være neutrale. Derved vil dødsvægtstabet variere. Efter princippet om second best, der blev fremsat i de indledende afsnit, kan der være årsager til, at man konstruerer lovgivningen på en måde, der ikke vil være neutral i alle henseender.

7 Konklusion

Som formuleret i problemformuleringen undersøger denne afhandling hvordan tre juridiske redskaber håndterer kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter. Som et led i besvarelsen af dette er gældende ret blevet analyseret på forskellige parametre, hvorved betingelser og begrænsninger ved anvendelse af de juridiske instrumenter er blevet fremlagt løbende. Ud fra denne viden om gældende ret er graden af neutralitet blevet analyseret.

Reguleringen kan overordnet set deles op i to tendenser af løsningsmodeller – korrespondensprincippet og harmonisering. Det går enten ud på efterfølgende neutralisering af to forskellige kvalificeringer af det hybride finansielle instrument eller en konsolidering af koncernen som helhed og derved en eliminering af problematikken. Disse to overordnede løsningsmodeller har forskellige konsekvenser. De kan også implementeres forskelligt. Det vil eksempelvis være udtryk for forskellige grader af neutralitet, alt efter hvordan man omkvalificerer efter korrespondensprincippet.

I delanalyse 1 blev selskabsskattelovens §2B til behandling af hybride finansielle instrumenter systematisk analyseret og gennemgået. Konklusionen var, at det var et ensidigt korrespondensprincip, der tages udgangspunkt i den skattemæssige behandling i udlandet. Værnsreglen håndterer specifikt det koncerninterne lån, hvor rentebetalinger betragtes som udbytte i modtagers domicilstat. Konsekvensen af dette er fradragsnægtelse.

I delanalyse 2 blev BEPS act.2 *Neutralising Hybrid Mismatch Arrangements* analyseret. Konsekvensen af et lignende scenarie er også fradragsnægtelse efter korrespondensprincippet. Ved korrespondensprincippet sker en form for indirekte neutralisering.

Ved at harmonisere skattelovgivningen i visse scenarier eliminerer CCCTB kvalifikationskonflikter inden for EU, hvilket er den ultimative neutralitet. Problematikken der er at det kun er indenfor EU. Derved vil der ikke være samme mulighed for verdensomspændende neutralitet. BEPS-projektet åbner op for at blive implementeret i en lang række lande. Endvidere vil de indbyggede forsvarsregler gøre korrespondensprincippet gældende ved transaktioner mellem lande, hvor kun den ene part følger reguleringen. Det medvirker til en potentielt stor udbredelse af denne løsningsmodel.

De tre juridiske redskaber tager udgangspunkt i forskellige grader af tilknytning mellem selskaberne. For at fradragsnægtelsen i BEPS act.2 kan benyttes, skal der blot være en 25 % ejerskab, imens udgangspunktet er 50% ved den danske regulering. For at

opnå konsolidering efter CCCTB og derved eliminere kvalifikationskonflikten i skattemæssig forstand kræver det 75 % af selskabskapitalen¹⁵¹. Dette er en væsentlig forskel, der kan bidrage til at selskaber med henblik på skattespekulation stadig vil have præferencer for et sæt af værnsregler frem for et andet. Ingen af de tre værnsregler åbner dog op for spekulation i udformningen af det hybride instrument ved at udspecificere med tekniske karakteristika. Denne fællesnævner ved SEL§2B, BEPS act.2 og CCCTB kan være udtryk for en enighed om hvordan bedst at omfavne innovative finansielle instrumenter, så de ikke udvikles med henblik på skattetækning men derimod af andre forretningsmæssige årsager.

Slutteligt kan det konkluderes, at der ved alle tre juridiske redskaber forsøges at skabe en neutral ramme, således at der ikke opstår forskellige skattemæssig konsekvenser ved grænseoverskridende hybride finansielle instrumenter. En symmetrisk skattebehandling kræver dog informationsudveksling og effektivt samarbejde mellem myndigheder, så en eventuel kvalifikationskonflikt kan blive opdaget og håndteret uden at der opstår dobbeltbeskatning. En global, symmetrisk skattebehandling kan derfor ikke garanteres uden skattemyndigheder, der har de juridiske redskaber til at opdage kvalifikationskonflikter og neutralisere dobbelt-ikkebeskatningen.

¹⁵¹ Der tages udgangspunkt i selskabskapitalen for at sikre et mere sammenligneligt grundlag, på trods af at der er andre betingelser ved alle tre definitioner af koncernforbundne parter.

8 Perspektivering

Denne afhandling ville have haft et markant andet udfald, såfremt der globalt var enighed om, hvordan man kan kvalificere forskellige hybride finansielle instrumenter. Spekulation i udnyttelsen af kvalifikationskonflikter muliggøres ved at der er differencer mellem skattesystemer. Ved global harmonisering ville differencerne mellem landene udviskes. Bundgaard fremhæver i artiklen *Konventionelle Konvertible Instrumenter* at dette finansielle område er præget af innovation. Derved ville det ikke være muligt blot at blive enig om en global fortolkning af egenkapital og gæld. Det ville i stedet kræve enighed om hvorledes at beskatte. En retspolitisk analyse af hvorvidt det er optimalt at udvikle en koordinerende indsats, der kunne håndtere kvalifikationskonflikter på en måde, der hverken er skævvridende eller på anden vis inefficient for såvel selskaber som skattemyndigheder, ville være interessant i et velfærdsøkonomisk perspektiv. Potentialet i en skatteretligt system, hvor der ikke er incitament til at udnytte forskelle, ville være interessant at undersøge med henblik på at se om man kunne komme nærmere en samfundsøkonomisk optimal situation. Derfor vil det i de kommende år være fortsat spændende at følge udviklingen af regulering af kvalifikationskonflikter ved hybride finansielle instrumenter.

9 Litteraturliste

- Ajimal, Omleen, Director of international tax, Squire Patton Boggs. (2014/3/12). Tax compliance: Hybrids are very hard to kill. *Accountancy Live*, 2015(15/8)
- Andersen, J. J., & Hansen, S. J. (2013). *Præsentation af BEPS ved PWC: BEPS: What does it mean to you?* Retrieved 20/8, 2015, from <http://www.pwc.dk/da/arrangementer/assets/oecd-beps-v2-10092013.pdf>
- Bay, M. (2014). BEPS - konturerne til en nyt fælles skattesystem. *Skat Udland*, (219)
- Bundgaard, J. (1999). *Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, studier i udbredelsen af skatteneutralitet ved transaktioner i den internationale koncernskatteret*. København:
- Bundgaard, J. (2006). Hybrid finansiering og international skatteret. *Skat Udland*, 391
- Bundgaard, J. (2007). Skattearbitrage & korrespondensprincip - omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter. *Skat Udland*, (237)
- Bundgaard, J. (2008). Cross-border tax arbitrage using inbound hybrid financial instruments curbed in denmark by unilateral reclassification of debt into equity. *Bulletin for International Taxation*, Vol. 62(No. 1)
- Bundgaard, J. (2012). Konventionelle konvertible instrumenter (I).
- Bundgård, J. (2000). *Tynd kapitalisering, en skatteretlig fremstilling*. København:
- Case Karl, E., & Fair, R. C. (2007). In Fair Ray C (Ed.), *Principles of economics* (8. ed. ed.). Upper Saddle River, NJ:
- Council of the European Union. (16 April 2012). *Comments of the presidency on the proposal for a council directive on a CCCTB* No. 2011/0058(CNS))
- Europa-parlamentet. (2015). **Press release: EP takes stance on tax transparency, burdens, avoidance and evasion**. Retrieved 06/30, 2015, from <http://www.europarl.europa.eu/news/da/news-room/content/20150324IPR37371/html/EP-takes-stance-on-tax-transparency-burdens-avoidance-and-evasion>
- European Commission. (17.6.2015). *A fair and efficient corporate tax system in the european union: 5 key areas for action {SWD(2015) 121 final}* No. COM(2015) 302 final). Brussels:
- European Commission. (2011). *Impact assessment (ccctb)* (Commission Staff Working Document No. SEC(2011) 315 final). Brussels:

- HD-uddannelse.dk. *Dødvægtstab ved fuldkommen konkurrence*. Retrieved 07/28, 2015, from <http://hduddannelse.dk/dodvaegtstab-ved-fuldkommen-konkurrence/>
- Henrik, K. (2013). *Skatteret kompendium* (5. udg. ed.). København:
- International Tax Review. (2012). Why linking rules not harmonisation will tævckle double-non taxation.2015(20/8)
- Mendoza Enrique, G. (1996). In Milesi-Ferretti Gian Maria, Asea Patrick and Centre for Economic Policy Research (Eds.), *On the ineffectiveness of tax policy in altering long-run growth, harberger's superneutrality conjecture*. London: Centre for Economic Policy Research.
- Michelsen, A. (2007). Kvalifikationsproblemer i den internationale skatteret. *Skatterevisoren*, 5(9)
- Michelsen, A. (f.). (2013). *Lærebog om indkomstskat* (15. udg. ed.). København:
- OECD. (2013). *Action plan on base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development.
- OECD. (2013). *Addressing base erosion and profit shifting* Organisation for Economic Co-operation and Development.
- OECD. (2014). *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements* Organisation for Economic Co-operation and Development.
- OECD. (2014). *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements* Organisation for Economic Co-operation and Development.
- OECD. (2015). *BEPS: Frequently asked questions*. Retrieved 16/8, 2015, from <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>
- Pedersen, J. B., & Rønfeldt, T. (2011). CCCTB, et fælles skattesystem med udfordringer. *Skattepolitisk Oversigt*, (11), 309.
- Peter Harris, Professor of Tax Law Cambridge University. (2014). *Neutralising effects of hybrid mismatch arrangements*. New York: United Nations.
- Riis Thomas (red.), & Trzaskowski Jan (red.). (2013). *Skriftlig jura, den juridiske fremstilling*. København:
- Ruth, N. (2011). In Tvarnø Christina D (Ed.), *Retskilder og retsteorier* (3. udg. ed.). København:
- Schmidt, P. K., Tell, M., & Weber, K. D. (2015). *International skatteret i et dansk perspektiv* (1st ed.) Hans Reitzels Forlag.
- Sukhraj, P. (2014). AS2014: Consultation to clamp down on hybrid mismatches.2015(15/8)

- TEI's European Direct Tax Committee. ((2014)). TEI comments on BEPS action 2: Hybrid mismatch arrangements. *Tax Executive*, 66(2), 147-153.
- Tell, M. (2012). Tynd kapitalisering og kontrolleret gæld. *Tidskrift Og Skatter Og Afgifter*, (315)
- Thorup, M. G. (2011). *Renteskattens anatomi, et område, hvor flere retssystemer mødes*. København:
- Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Jens, W., Jan, P., Siggaard, K., Langhave, J. I., et al. (2013). *Skatteretten 3* (6. udg. ed.). København: