

Copenhagen Business School, Cand.merc.aud., Skatteret
Kandidatafhandling, Maj 2018

**ANALYSE AF EU'S DIREKTIV 2016/1164 OM ANTI SKATTEUNDGÅELSE I
ET DANSK PERSPEKTIV
- MED FOKUS PÅ HYBRIDE MISMATCH**

Kandidatafhandling

Dato for aflevering: 15. maj 2018

Vejleder

Peter Koerver Schmidt, Lektor, Juridisk Institut, CBS

Omfang:

108 normalsider og i alt 240.995 anslag svarende til 106 sider

Udarbejdet af:

Camilla Solvejg Nilsson
Studienummer: 52965

Lasse Berg Rosfeldt
Studienummer: 107051

INDHOLDSFORTEGNELSE

ANVENDTE FORKORTELSER	4
EXECUTIVE SUMMARY	5
1. INDLEDNING	6
1.1. PROBLEMFORMULERING	8
1.2. AFGRÆNSNING	8
1.3. METODE OG RETSKILDER	9
1.4. TERMINOLOGI	12
1.5. SYNTAKST	14
2. FORMÅLET MED DE GÆLDENDE DANSKE REGLER OM HYBRIDE ENHEDER I SEL §§ 2 A OG 2 C	14
2.1. SEL § 2 A OM HYBRIDE ENHEDER	14
2.2. SEL § 2 C OM SKATTEMÆSSIG SELSKABSKVALIFIKATION	16
2.3. BESTEMMELSERNES FORHOLD TIL EU-RETEN	17
2.4. SAMMENFATNING	18
3. RETSDOGMATISK ANALYSE AF SEL §§ 2 A OG 2 C	19
3.1 GENERELT OM TRANSPARENT ENHEDER OG PERSONSELSKABER I DANSK RET	19
3.2. SEL § 2 A OM HYBRIDE ENHEDER	20
3.2.1. <i>Anvendelsesområde og undtagelser</i>	21
3.2.1.1 Omfattede skattesubjekter	22
3.2.1.2 Betingelser	23
3.2.1.3 Undtagelser til stk. 1-3	26
3.2.2. <i>Retsvirkningerne</i>	26
3.2.2.1 Opgørelsen af den skattepligtige indkomst	27
3.2.2.2. Transparensens ophør (stk. 6 og 7)	28
3.3. SEL § 2 C OM SKATTEMÆSSIG SELSKABSKVALIFIKATION	30
3.3.1. <i>Anvendelsesområde</i>	31
3.3.1.1. Registreringspligtige filialer	31
3.3.1.2. Skattemæssigt transparente enheder	32
3.3.1.3. Direkte ejere	32
3.3.1.4. Betingelserne	33
3.3.1.5. Rente- og royaltybetalinger	33
3.3.1.6. Undtagelser	34
3.3.2. <i>Retsvirkningerne</i>	34
3.3.2.1. Aktiver og passiver i selskabet/enheden (stk. 4 og 5)	34
3.3.2.2. Ejerandele i selskabet og udlodninger til ejerne fra selskabet (stk. 6 og 7)	37
3.3.2.3. Ophør (stk. 8)	37
3.4 PRÆSENTATION AF DE GENNEMGÅENDE EKSEMPLER I AFHANDLINGEN	38
3.4.1 <i>Eksempel 1</i>	38
3.4.2 <i>Eksempel 2</i>	38
3.5 GENNEMGANG AF EKSEMPLERNE	39
3.5.1. <i>Eksempel 1</i>	39
3.5.2 <i>Eksempel 2</i>	40
3.6 SAMMENFATNING OG VURDERING	42
4. BAGGRUNDEN FOR DIREKTIV 2016/1164/EU OG ÆNDRINGSDIREKTIVET 2017/952/EU	42
4.1. BAGGRUNDEN FOR DIREKTIVERNE	43
4.2. DISKUSSION OM DIREKTIVERNES GYLDIGHED	45
4.3. SAMMENFATNING OG VURDERING	46
5. ANALYSE AF REGLERNE ANGÅENDE HYBRIDE ENHEDER I DIREKTIVERNE	47
5.1. ANVENDELSESOMRÅDE OG UNDTAGELSER	48

5.1.1. Betingelser for at reglerne finder anvendelse.....	48
5.1.1.1 Tilknyttede selskaber (samme kontrolgruppe)	48
5.1.1.2. Struktureret arrangement	51
5.2. DOBBELT FRADrag (DD OUTCOME).....	55
5.2.1. Hybride enheder og udenlandske filialer	55
5.2.2. Dobbelt hjemmehørende personer (mismatch mellem skattemæssige hjemsteder).....	57
5.3. FRADrag UDEN MEDREGNING (D/NI OUTCOME)	58
5.3.1. Hybride enheder.....	59
5.3.2. Omvendte hybride enheder	60
5.3.3. Importerede mismatches (indirect D/NI outcome).....	63
5.3.4. Tilsidesat fast driftssted	64
5.4. GENNEMGANG AF EKSEMPLERNE	65
5.4.1. Eksempel 1	65
5.4.2. Eksempel 2	66
5.5. SAMMENFATNING OG VURDERING	68
6. SAMMENHÆNG MELLEM DIREKTIVERNE OG SEL §§ 2 A OG 2 C.....	68
6.1. REGLER DER SKAL FORHINDRE DOBBELT FRADrag (DD OUTCOME)	69
6.1.1. Omfattede skattesubjekter.....	69
6.1.2. Betingelser	70
6.1.2.1 Tilknyttede selskaber vs. koncernforbundne juridiske personer med kontrol efter SKL 3 B.....	70
6.1.2.2. Strukturerede arrangementer	74
6.1.3. Retsvirkninger	75
6.1.4. Dobbelt fradrag og LL § 5 G	75
6.2. REGLER DER SKAL FORHINDRE FRADrag UDEN MEDREGNING (D/NI OUTCOME)	77
6.2.1. Hybride enheder.....	77
6.2.1.1. Omfattede skattesubjekter.....	77
6.2.1.2. Betingelser	77
6.2.1.3. Retsvirkninger.....	79
6.2.2. Omvendte hybride enheder	79
6.2.2.1. Omfattede skattesubjekter.....	79
6.2.2.2. Betingelser	80
6.2.2.3. Retsvirkning.....	82
6.3. SAMMENFATNING OG VURDERING	83
7. ÆNDRING AF SEL §§ 2 A OG 2 C.....	83
7.1. REGLER DER SKAL FORHINDRE DOBBELT FRADrag OG FRADrag UDEN MEDREGNING – SEL § 2 A.....	84
7.1.1. Ændring af SEL § 2 A, stk. 4.....	87
7.1.2. Kommentarer til ændringerne af SEL § 2 A.....	88
7.2. REGLER DER SKAL FORHINDRE FRADrag UDEN MEDREGNING OG AT DER SLET IKKE SKER BESKATNING – SEL § 2 C.....	89
7.2.1. Ændring af SEL § 2 C.....	90
7.2.2. Kommentarer til ændringerne af SEL § 2 C.....	91
7.3. PROBLEMSTILLINGER VED DE FORESLÅEDE LOVÆNDRINGER	92
7.3.1. Ændring af SEL § 2 A	94
7.3.2. Kommentarer til ændringen.....	94
7.4. STRUKTUREREDE ARRANGEMENTER – SEL § 2 E OG 2 F.....	95
7.4.1. Tilføjelse af SEL § 2 E.....	96
7.4.2. Tilføjelse af SEL § 2 F.....	96
7.4.3. Kommentarer til tilføjelserne af SEL §§ 2 E og 2 F.....	97
7.4.4. Diskussion af SEL §§ 2 E – 2 F.....	98
7.5. GENNEMGANG AF EKSEMPLERNE	99
7.5.1. Eksempel 1	99
7.5.2. Eksempel 2	101

7.6. SAMMENFATNING OG VURDERING	102
8. KONKLUSION.....	103
9. PERSPEKTIVERING	107
10. LITTERATURLISTE.....	109
11. BILAG	113
BILAG 1.....	113
BILAG 2.....	114
BILAG 3.....	115
BILAG 4.....	116
BILAG 5.....	117
BILAG 6.....	118
BILAG 7.....	120
BILAG 8.....	122

Anvendte forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
ApS	Anpartsselskab
ASL	Aktieselskabsloven
A/S	Aktieselskab
ATA	Anti-Tax Avoidance
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CTB	Check-the-box
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
DSKL	Dødsboskatteloven
EBL	Ejendomsavancebeskatningsloven
EU	Den Europæiske Union
FBL	Fondsbeskatningsloven
IRC	Internal Revenue Code
I/S	Interessentskab
KGL	Kursgevinstloven
KSL	Kildeskatteloven
LEV	Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder
LL	Ligningsloven
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
SEL	Selskabsskatteloven
SO	Skattepolitisk oversigt
TEU	Traktaten om Den Europæiske Union
TEUF	Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde
Treas. Reg.	Treasury Regulations

Executive summary

The purpose of this thesis is to determine if and to which extent the Danish tax laws regarding hybrid mismatches needs changing to be in accordance with the two directives 2016/1164 and 2017/952 as put forward by the European Union. The regulations in the directives shall be implemented in all EU members tax laws by 12/31-2019 for the regulations regarding hybrid mismatches and by 12/31-2017 for the regulations regarding reverse hybrid mismatches.

This thesis focuses on the directives articles 9 and 9a, which seeks to neutralize double deduction, deduction/no inclusion as well as double no inclusion which arises within a control group or a structured arrangement where a person is regarded as a taxable person in one jurisdiction and as a transparent person in the contracting jurisdiction.

Selskabsskattelovens §§ 2 A and 2 C were adopted in Danish tax law to neutralize the above-mentioned issues that arises when an American company uses the check-the-box rules under IRC 7701 on a person based in Denmark.

When an American company uses the check the box rules on a taxpayer based in Denmark and that taxpayer pays interest to the company, the taxpayer is eligible for deduction of that amount in their income taxes, however the company will not include the interest in their income taxes as they define the interest as an internal transaction. This is an example of deduction/no inclusion which lead to the implementation of Selskabsskattelovens § 2 A. Selskabsskattelovens § 2 C were adopted to ensure the opposite situation will not occur.

The directives generally have wider definitions in regards of control of a person, related persons etc., than those in the Danish tax laws. The Danish tax laws will therefor need to adopt these definition as well as ensuring that the regulations will apply to all situations which the rules in the directives apply to.

The thesis suggests the changing of the two existing laws, Selskabsskattelovens § 2 A and § 2 C, and the addition of two new laws to Selskabsskatteloven. The changes in §§ 2 A and 2 C implements the definition as defined in the directives while the two additional laws will ensure, that hybrid mismatches which arises from structured arrangements will be neutralized either in the payer jurisdiction or in the payee jurisdiction when Denmark is one of those jurisdictions.

1. Indledning

Det internationale skattelandskab har ændret sig drastisk de seneste år, hvor sager om skatteudnyttelse har fyldt mere i medierne. Her har borgere kunne se, hvordan virksomheder i højere grad har brugt skatteudnyttelse til at mindske deres skattebetaling. Dette enten som skatteplanlægning, hvori den skattepligtige, på lovlig vis, søger at opnå skattefordele ved at udnytte skattelovgivningens mangler, eller som skatteunddragelse og skattesvig, hvor den skattepligtige søger at opnå skattefordele ved brug af metoder, der ikke er i overensstemmelse med gældende ret og derved undslå sig hele eller dele af sin skattepligt.

Skatteplanlægning, også kaldt lovlig skatteundgåelse, udføres bl.a. ved at flytte store dele af virksomhedens indkomst til lande med lav eller ingen beskatning (de såkaldte skattely-lande). Derved har multinationale virksomheder kunne mindske deres samlede skattebetaling, som følge af forskellene mellem skattesystemerne i de forskellige lande, som de opererer i. Dette medfører at mange EU-lande årligt går glip af store summer, som følge af udhuling af skattegrundlaget og overførsel af overskud.

I Danmark har sagen om SKAT og refusionerne af udbyttebeskatning fyldt meget i medierne foruden sagerne om skattely-landene og Panama-papers, hvor flere millioner dokumenter angående skatteunddragelse og skatteplanlægning blev lækket fra advokatfirmaet Mossack Fonseca i Panama, heriblandt også dokumenter om danske personer og virksomheder (Bendtsen, 2016) – og dette er formodentlig kun toppen af isbjerget ift. hvor mange milliarder af skattekroner, som staterne går glip af hvert år.

Skatteministeriet vurderede i 2014, at der i Danmark sker skatteunddragelse for 3-5 mia. kroner, men eftersom skatteunddragelse og skattesvig sker i det skjulte, kan det ikke med sikkerhed siges, hvor stort et beløb, den danske stat reelt går glip af årligt (Skatteministeriet, 2014).

Det er ikke anslået hvor stort et tab staterne i Europa hverken hver for sig eller tilsammen, går glip af som konsekvens af selskabers brug af hybride mismatches. Der har dog været en række sager i udlandet, hvor de involverede beløb bevidner, hvor mange penge staterne reelt går glip af. I New Zealand blev en sag angående banker afgjort, hvis sum oversteg 1,3 mia. euro. I Italien blev et par sager ligeledes opgjort til et samlet beløb på ca. 1,5 mia. euro, samt i USA hvor en sag med 13 udenlandske selskaber blev opgjort til 3,5 mia. dollars. (OECD, 2012, p. 5)

Der er således tale om betydelige summer, der går tabt hvert år, som følge af skatteudnyttelse, hvorfor der er behov for strengere regler. Regler der skal bekæmpe skatteplanlægning og udhulingen af

skattesystemerne, og derved genoprette tilliden hertil. Dette gøres på flere forskellige måder, men fælles for dem alle er, at det kræver en fælles international indsats og dermed en større international ensartethed.

OECD har udviklet "OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project" – forkortet BEPS – der indeholder 15 handlinger, der sammen skal gøre op med skatteplanlægningsstrategier, der udnytter huller i skattereglerne på tværs af landegrænser (OECD, 2015b).

På baggrund af disse handlinger har EU-kommissionen udviklet en pakke af foranstaltninger til bekæmpelse af skatteundgåelse. Denne pakke indeholder overordnet 5 elementer, der sammen skal være med til at sikre en mere enkel og effektiv selskabsbeskatning, øge gennemsigtigheden, gøre selskabsbeskatningen i EU mere retfærdig, og sidst men ikke mindst forebygge aggressiv skatteplanlægning. (Den Europæiske Union, 2018).

ATA-direktivet, der blev vedtaget af EU-rådet i 12.07.2016 (og ændringsdirektivet ang. hybride mismatches, der blev vedtaget i 29.05.2017) udgør ét af disse elementer og fastsætter en række juridisk bindende foranstaltninger mod aggressiv skatteplanlægning inden for i alt 5 områder. Disse skal tilsammen sikre at multinationale selskaber betaler skat i dét land, hvor indkomsten genereres. De 5 områder er: 1) Regler om rentefradragsbegrænsning, 2) Regler om exitbeskatning, 3) En generel anti-misbrugsregel, 4) Regler om CFC-beskatning og 5) Regler om hybride enheder og instrumenter.

De fleste regler skal være implementeret i national lovgivning senest d. 31/12-18 - dog er der nogle enkelte artikler, der har en længere gennemførelsesfrist, hvilket bl.a. gælder reglerne omkring hybride mismatches. Her er fristen forlænget til d. 31/12-19 og reglerne omkring omvendte hybride mismatches i artikel 9a (direktiv 2017/952) er yderligere forlænget til d. 31/12-21.

I Danmark blev der i hhv. 2004 og 2008 indsat to værnsregler vedrører hybride enheder i hhv. selskabsskattelovens §§ 2 A og 2 C.

Afhandlingen vil analysere hvorvidt de gældende regler om hybride enheder i Danmark er i overensstemmelse med de nye regler i direktiv 2016/1164 og ændringsdirektivet 2017/952. Dette leder os herved til nedenstående problemformulering.

1.1. Problemformulering

I forbindelse med EU's fortsatte bekæmpelse af skatteundgåelse, på tværs af EU's indre såvel som ydre grænser, ønsker vi at undersøge, i hvilken grad bestemmelserne om hybride enheder i EU's direktiv 2016/1164 samt ændringsdirektiv 2017/952 stemmer overens med de gældende danske regler og om disse bør ændres for at sikre korrekt implementering.

For at besvare ovenstående problemformulering ønskes følgende underspørgsmål afdækket:

- 1) Hvad er formålet med de gældende danske regler om hybride enheder i SEL §§ 2 A og 2 C?
- 2) Ud fra en retsdogmatisk analyse af SEL §§ 2 A og 2 C, hvad er gældende dansk ret angående hybride enheder?
- 3) Hvad er baggrunden for direktiv 2016/1164 og ændringsdirektiv 2017/952 og hvordan skal disse regler fortolkes?
- 4) Hvad er anvendelsesområdet for direktiv 2016/1164 og ændringsdirektiv 2017/952 sammenlignet med de gældende danske skatteregler i SEL §§ 2 A og 2 C?
- 5) I hvilket omfang skal SEL §§ 2 A og 2 C ændres for at være forenelige med direktiverne?

1.2. Afgrænsning

EU's direktiv 2016/1164 om "regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion", indeholder en række foranstaltninger fordelt over flere skatteretlige problemstillinger – heraf rentefradragsbegrænsning, exitbeskatning, kontrollerede udenlandske selskaber og hybride mismatch. Denne afhandling vil være afgrænset til alene at behandle reglerne i direktivets artikel 9 og artikel 9a¹ om hhv. hybride mismatch og omvendte hybride mismatches – herunder definitioner mv. fra direktivets tidligere artikler, der er relevante ift. forståelsen af førstnævnte regler. De øvrige skatteretlige problemstillinger i direktivet vil kort blive beskrevet, hvor de findes relevant, men analyseres ikke mere i dybden.

Nærmere afgrænset vil afhandlingen fokusere på hybride enheder og derfor ikke gå nærmere ind på mulige problemstillinger vedrørende hybride finansielle instrumenter, som i dansk skatteret især vedrører SEL § 2 B. Problemstillingerne angående dobbelt hjemmehørende skattesubjekter (artikel 9b), importerede mismatches (artikel 9, stk. 3) og tilsidesatte faste driftssteder (artikel 9, stk. 5) vil

¹ som ændret ved direktiv 2017/952

være en del af analysen i kapitel 5, da det findes mest hensigtsmæssigt ift. at skabe en samlet forståelse for reglerne. Reglerne vil dog ikke yderligere blive sammenlignet med gældende dansk skatteret (og dermed ikke blive behandlet i efterfølgende kapitler), hvilket beror på, at disse mismatches ikke direkte skyldes brug af hybride enheder – eller omvendte hybride enheder – som er det primære fokus i denne afhandling.

Afhandlingens fokus ligger på skattereglerne i Danmark og dermed primært skatteundgåelse på tværs af de danske grænser (både med andre EU-lande og ikke-EU-lande). Det er således udelukkende problemstillingerne vedr. hybride enheder i et dansk perspektiv, der undersøges.

Der anvendes en skatteretlig synsvinkel i afhandlingen. Øvrige juridiske eller regnskabsmæssige problemstillinger i relation til emnet behandles således ikke nærmere.

Det skal afslutningsvis bemærkes, at der i afhandlingen kun er medtaget materiale offentliggjort til og med den 01.05.2018.

1.3. Metode og retskilder

Som tidligere nævnt, er hovedformålet med afhandlingen at sammenholde ATA-direktiverne med de nuværende danske regler ang. hybride enheder. Afhandlingen vil således analysere gældende ret og hvordan denne eventuelt må ændres for at imødekomme reglerne om hybride enheder i de to direktiver. Dette gøres ved hjælp af juridisk metode og den dertilhørende retsdogmatiske metode. Afhandlingen vil således foretage en retsdogmatisk analyse af de nuværende danske regler, der kan findes i selskabsskattelovens §§ 2 A og 2 C for at afdække gældende dansk ret, og sammenholde disse med en analyse af reglerne om hybride enheder i direktivet 2016/1164 art. 9 og ændringsdirektivet 2017/952. Herved sammenlignes de danske regler med EU's regler for at finde eventuelle uoverensstemmelser.

Retsdogmatikken anses af størstedelen af jurister som fundamentet i retsvidenskaben. Retsdogmatikken søger at finde frem til gældende ret, som er den præcise forståelse af retsreglernes indhold (Blume, 2009, p. 161; Evald, 2016, p. 200; Neergaard & Nielsen, 2016, p. 109; Nielsen & Tvarnø, 2014, p. 30), hertil hvordan domstolene vil fortolke en given lov der skal lægges til grund ved et konkret retstilfælde (Ross, 2013, p. 157).

Tvarnø & Nielsen (2014) beskriver juridisk analyse som en gennemgang af de 4 R'er. Dette dækker over begreberne Retsdogmatisk analyse, Retskilder, Retssystem(er) og gældende Ret, der altså alle

er en integreret del af den juridiske analyse og metode. (Nielsen & Tvarnø, 2014, p. 44). Retssystemerne drejer sig i denne afhandling om både dansk ret og EU-ret.

Domstolene kommer frem til gældende ret ved at anvende relevante retskilder og den retsdogmatiske analyse (Nielsen & Tvarnø, 2014, p. 31). En integreret del her er anvendelsen af retskildelæren. Dette er en lære i normer - altså hvordan man finder de normer/retskilder, der har faktisk indflydelse på afgørelsen af en retstvist. Retskilderne giver således hjemmel til konklusionerne af den retsdogmatiske analyse.

Retskilderne kan overordnet opdeles i følgende kategorier; regulering, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur (Nielsen & Tvarnø, 2014, p. 30). Der er som udgangspunkt ingen rangorden mellem disse 4 retskildetyper, da de danske domstole anvender dem alle for at finde frem til gældende ret (Nielsen & Tvarnø, 2014, p. 81). Indenfor retskilden 'regulering' findes der dog et hierarki mht. hvilken regulering, der tillægges størst værdi. Herved fremkommer lex-superior-princippet også, der medfører at en regel er ugyldig, hvis den strider mod en højere rangerende regel (Nielsen & Tvarnø, 2014, p. 82).

Ifølge Ross skal der ved en fortolkning af lovens betydning sondres mellem subjektiv og objektiv fortolkning for at opnå den fulde forståelse med lovens betydning, heri at undersøge, hvad der var intentionen med loven (Ross, 2013, p. 169).

Det har tidligere været anført, at der især i skatteretten lægges vægt på lovens ordlyd ved fortolkning (altså objektiv fortolkning) (Graff Nielsen, 2003, p. 323). Dette skyldes legalitetsprincippet og udgangspunktet om et skærpet hjemmelskrav, der medfører, at der skal være hjemmel før en afgørelse kan anses som gyldig ift. borgere og virksomheder (Nielsen & Tvarnø, 2014, p. 35). Ved fortolkning af lovens rækkevidde, skal der være klar støtte i lovens forarbejder, hvis der skal anvendes en indskrænkende eller udvidende fortolkning. Graff Nielsen (2003) bemærker, med henvisning til Grl. § 43, at der ikke kan pålægges, forandres eller ophæves skat uden ved lov (Graff Nielsen, 2003, p. 323). Delegationsforbuddet i Grl § 43 har været prøvet ved Højesteret, hvor særligt gebyr-sagen (U.1993.757) og senest Scharla Nielsen-sagen (U.2007.788) har klargjort, at et sådan skærpet hjemmelskrav inden for skatteretten ikke har sin berettigelse. J. Christensens gennemgang af netop denne skærpelse belyser den fejlfortolkning af Grl § 43. (Jens Peter Christensen' artikel i Malene Kerzel's Festskrift til Jan Pedersen, p. 63-79)

Vores fortolkning af SEL §§ 2 A og 2 C tages der udgangspunkt i lovtekstens ordlyd, men forarbejderne anvendes også som fortolkningsbidrag, da disse generelt har stor betydning for skatteretten (Graff Nielsen, 2003, p. 321). Retspraksis anvendes hvor det findes relevant.

Der er forskel på den fortolkningsmetode som EU-retten anvender og den som de danske domstole anvender. I dansk ret har præjudikater altid spillet en væsentlig rolle for afgørelsen af en aktuel retstvist (Ross, 2013, p. 131). Dette er ikke i samme grad tilfældet ved EU-retten, der traditionelt har en mere dynamisk fortolkningsmetode (Schmidt, Tell, & Weber, 2015, p. 31). Dvs. at de i højere grad går på kompromis med det der tidligere er blevet sagt (præjudikater) og lægger afgørende vægt på hvilket udviklingstrin EU-retten befinder sig på (Bolander, 2011, p. 21; Schmidt et al., 2015, p. 31) (Mark & Spencer-sagen, C-446/03, præmis 59). Hertil har EU domstolen slået fast, at der i EU rettens sprogbrug ikke kan tillægges stor vægt uden først have sammenlignet med andre sprog, samt at den bagvedliggende målsætning har været undersøgt, som anført i CILFIT C-283/81, præmis 18-20.

Med henblik på at finde ud af om gældende dansk ret angående hybride enheder skal justeres ift. ATA-direktiverne (2016/1164 og 2017/952) er det nødvendigt at foretage en fortolkning af disse nye regler.

Da det er direktiver, binder de kun medlemsstaterne mht. det tilsigtede mål og ikke mht. hvilken form og hvilke midler der skal anvendes for at nå dette mål i henhold til art. 288 TEUF. Det er altså overladt til de enkelte medlemslande at bestemme, hvordan de vil opnå målet og dermed implementere direktivet. Dertil er der tale om minimumsdirektiver (fremgår af art. 3 i direktiv 2016/1164), hvilket betyder, at medlemsstaterne gerne må indføre strammere regler (dog uden at de er diskriminerende og hindrer det indre marked efter TEUF).

Direktiverne skal derfor, indenfor den nærmere fastsatte tidsfrist, gennemføres i dansk lovgivning, før de er gældende.

For at få en bedre forståelse for de nye regler, vil vi se på forslagene/udkastene til de to direktiver samt sammenholde reglerne med OECD's BEPS-rapport vedrørende aktion 2 (hybride mismatches), da direktiverne i høj grad bygger på disse rapporter. Målet med direktiverne er at skabe løsninger i overensstemmelse med og lige så effektive som OECD's konklusioner omkring BEPS. Det fremgår ligeledes af præamblen i direktiv 2017/952 (nr. 28), at medlemsstaterne ved gennemførelsen af direktivet bør *"anvende de relevante forklaringer og eksempler i OECD's BEPS-rapport om aktion 2 som en kilde til illustration eller fortolkning, i det omfang de er i overensstemmelse med bestemmelserne i dette direktiv og EU-retten."*

OECD's BEPS rapport vedrørende hybride mismatches indeholder 12 konkrete anbefalinger vedr. national ret og eksempler herpå.

Der vil i afhandlingen løbende blive anvendt eksempler for at illustrere, hvor der er en forskel mellem direktivernes regler og de danske regler. Disse eksempler bliver indledningsvist præsenteret i afsnit 3.4., hvorefter de mere konkret bliver anvendt i forhold til de gældende danske regler i afsnit 3.5. og derefter i forhold til direktivets regler i afsnit 5.4. Vi vil ikke forsøge at sige noget generelt med disse eksempler, men anvender dem alene for at simplificere reglerne og skabe en bedre forståelse herfor.

1.4. Terminologi

I indeværende kapitel behandles nogle af de mest centrale begreber, der anvendes i afhandlingen, for at skabe en fælles forståelse herfor.

Begrebet *skatteudnyttelse* kan inddeles i tre forskellige typer, alt efter hvilken retsfølge, der er gældende. Disse er skattetænkning, skatteunddragelse og skattesvig.

Skattetænkning kan beskrives som loyal over for skatteretten, idet det er en lovlig udnyttelse af de mangler, der måtte være i skattelovgivningen (Pedersen, 1989, p. 27). Dette kan f.eks. være når lovgivningen giver skatteyderen forskellige valgmuligheder (f.eks. skattefri omstrukturering vs. skattepligtig omstrukturering) eller når skatteyderen udnytter forskellige skatteregler på tværs af landegrænser (Schmidt et al., 2015). Betegnelserne *skatteplanlægning* og (lovlig) *skatteundgåelse* benyttes ligeledes om skattetænkning (Schmidt et al., 2015, p. 32). I afhandlingen skelnes der således ikke mellem disse tre begreber, men det er hovedsageligt 'skatteplanlægning', der benyttes.

Herunder kan der yderligere sondres mellem *normal/acceptabel skatteplanlægning* og *aggressiv skatteplanlægning*, hvor sidstnævnte bl.a. kan beskrives som en omfattende brug af lovlige og finansielle metoder samt brug af skattely (Knuutinen, 2014). For at hindre aggressiv skatteplanlægning må der i de enkelte lande indføres regler, der har til formål at sikre, at skatteyderne ikke kan opnå utilsigtede skattefordele som følge af aggressiv skatteplanlægning.

Ved *skatteunddragelse* er den opnåede skattefordel, modsat til skattetænkning, fremkommet ved en ulovlig og illoyal udnyttelse af mangler, der måtte være i skattelovgivningen. Begrebet skatteunddragelse anvendes hertil, hvor skatteyderne søger at opnå skattefordele, der ikke er i overensstemmelse med gældende ret. Dette kan f.eks. ske ved at skatteyderen ikke opgiver al skattepligtig indkomst. (Pedersen, 1989, p. 27; Schmidt et al., 2015)

Skattesvig opstår ved en afgivelse af vildledende eller urigtige oplysninger, der kan karakteriseres som strafbar ved grov uagtsomhed eller som forsætlig (Pedersen, 1989, p. 28).

For at imødegå skatteydernes udnyttelse af kontraherendes staters forskellige skatteregler indføres *værnsregler*.

Ved betegnelsen *hybride mismatches* menes mismatchresultater, der skyldes dobbelt fradrag eller fradrag uden medregning som følge af forskellige regler i de jurisdiktioner, som en given virksomhed/skattesubjekt opererer i. Et mismatchresultat betragtes dog ikke som et hybridt mismatch, hvis det ikke opstår mellem tilknyttede selskaber, mellem et skattesubjekt og et tilknyttet selskab, mellem hovedkontoret og det faste driftssted, mellem to eller flere faste driftssteder af samme enhed eller i forbindelse med et struktureret arrangement. Dette følger af ændringsdirektivet art. 1, nr. 2, som ændrer art. 2, nr. 9, andet og tredje afsnit i direktiv 2016/1164.

Betegnelsen *hybride enheder* bruges om enheder eller arrangementer, der betragtes som en skattepligtig enhed iht. lovgivningen i én jurisdiktion, og hvis indkomst eller udgift behandles som indtægt eller udgift for en eller flere andre personer iht. lovgivningen i en anden jurisdiktion. Dette følger af artikel 1 i ændringsdirektivets art. 1, nr. 2, som ændrer art. 2, nr. 9, tredje afsnit i direktiv 2016/1164.

Betegnelsen *transparent enhed* følger af at enhedens/selskabets indkomst medregnes ved opgørelsen af deltagernes skattepligtige indkomst. Dette medfører ligeledes, at der ikke er fradrag for renter, royalty og andre interne ydelser.

Betegnelsen *skattely* og skattely-lande dækker især over jurisdiktioner med lav eller ingen beskatning af al eller nogle typer indkomst. Derudover er typiske karakteristika manglende udveksling af information og manglende transparens, gode kommunikationsfaciliteter, politisk stabilitet, tilgængelighed af professionelle rådgivere og levering af bankfaciliteter. (Miller & Oats, 2016)

1.5. Syntakst

Afhandlingen vil indledningsvis analysere og fortolke baggrunden for indførelsen af SEL §§ 2 A og 2 C, hvorefter en retsdogmatisk analyse af SEL §§ 2 A og 2 C vil afdække gældende ret for hybride enheder i dansk skatteret.

Herefter vil afhandlingen analysere baggrunden for EU's direktiv 2016/1164 og ændringsdirektiv 2017/952, herunder OECD's konklusioner vedrørende BEPS og hybride mismatches. Her vil direktivernes gyldighed over for medlemsstaterne også kort diskuteres. Dernæst vil reglerne i direktiverne blive analyseret og fortolket.

Afslutningsvist vil reglerne i direktiverne angående hybride enheder og SEL §§ 2 A og 2 C sammenholdes, hvorfra afhandlingens formål vil afdækkes; at vurdere om SEL §§ 2 A og 2 C skal ændres for at imødekomme direktivernes indhold.

Ved både analysen af SEL §§ 2 A og 2 C samt reglerne i direktiverne, vil der blive anvendt eksempler for at illustrere ligheder og eventuelle forskelle mellem de forskellige regler. Disse eksempler vil herefter blive anvendt i kapitel 7 for at kontrollere hvorvidt de foreslåede ændringer til SEL §§ 2 A og 2 C medfører at de som samme problemstillinger som minimum bliver omfattet som ved reglerne i direktiverne.

2. Formålet med de gældende danske regler om hybride enheder i SEL §§ 2 A og 2 C

Som et værn mod utilsigtet brug af skattereglerne i Danmark kombineret med andre landes skatteregler er SEL §§ 2 A og 2 C blevet indført i dansk lovgivning. Disse regler skal sikre, at den danske skattemæssige selskabskvalifikation ikke adskiller sig fra en udenlandsk kvalifikation og dermed giver utilsigtede skattemæssige fordele.

2.1. SEL § 2 A om hybride enheder

SEL § 2 A blev indført ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 (§ 10) med det formål at sikre symmetri mellem den danske og udenlandske kvalifikation af et selskab og dermed i den skattemæssige behandling heraf – specielt ift. de amerikanske ”check the box”-regler (Se nedenfor afsnit 3.2.1.2.2

om check the box reglerne). Reglen skal forhindre, at der gives fradrag til et dansk selskab for koncerninterne betalinger til et udenlandsk selskab, der anser det danske selskab som transparent og dermed ser betalingen som en skattefri overførsel inden for samme enhed (Skatteministerens skriftlige fremsættelse af lovforslag 119 af d. 17. december 2003).

I forhold til det fremsatte lovforslag L 119 (også kaldet EU-pakken (Schjønning & Svendgaard Dalgas, 2004)) blev der tilført en lang række ændringsforslag i betænkningen til lovforslaget, samlet 41 stk., hvorfor det endelige lovforslag er længere end det oprindelige. Dette gælder også for reglen om transparente selskaber (SEL § 2 A), som er blevet ændret og har fået tilført yderligere punkter ift. det fremsatte lovforslag. Lovforslaget endte med at blive vedtaget enstemmigt med 103 stemmer d. 31/2-2004. SEL § 2 A har virkning for det indkomstår, som påbegyndes den 01.01.2004 eller senere. SEL § 2 A er sidenhen blevet ændret af flere omgange. Særligt ved lov nr. 98 af 10/02-2009 (§ 1), der bl.a. har tilført stk. 6-8 og ved lov nr. 254 af 30. marts 2011 (§ 8), der tilføjer teksten efter 2. pkt. i stk. 3 angående rente- og royaltybetalinger.

I Ligningslovens § 5 G findes ligeledes en regel (den såkaldte dobbelt dip-regel) med det formål at forhindre at selskaber drage utilsigtede skattemæssige fordel ved at opnå dobbelt fradrag for den samme udgift. LL § 5 G er en generel fradragsbegrænsningsregel og blev indført ved lov nr. 487 af 12. juni 1996. Formålet med LL § 5 G er at forhindre, at der ved en kombination af danske og udenlandske (sambeskatnings)regler opnås fradrag for den samme udgift i både Danmark og i udlandet, hvorimod den korresponderende indtægt alene beskattes i udlandet. Heraf kommer navnet "dobbelt dip". (Michelsen et al., 2015, p. 1151).

Det har før vedtagelsen af SEL § 2 A været diskuteret, hvorvidt LL § 5 G kunne give hjemmel til at afskære muligheden for rentefradrag i Danmark, hvis et selskab efter udenlandske regler anses som transparent (og dermed forskelligt fra den danske skattemæssige selskabskvalifikation) (Winther-Sørensen et al., 2013, p. 311 og 492). Ligningsrådet har dog fastslået i SKM.2004.9.LR, at LL § 5 G ikke gav hjemmel hertil. En forudsætning for anvendelsen af LL § 5 G er, at der er tale om dobbelt fradrag ved en dobbelt sambeskatning. Når et amerikansk selskab har valgt at checke boksen på det danske selskab, og herved anser selskabet som en transparent enhed, så er der ikke tale om dobbelt fradrag, da det amerikanske selskab ikke opnår noget fradrag.

Det fremgår også af bemærkningerne til lovforslag 119, at det før vedtagelsen af SEL § 2 A var muligt for et udenlandsk ejet koncern at undgå både dansk og udenlandsk beskatning ved at optage så store koncerninterne lån som muligt (som følge af at der ved forskellig skattemæssig selskabskvalifikation

kunne der opnås fradrag for renteudgifterne i Danmark, mens de modsvarende renteindtægter ikke ville blive beskattet i udlandet) (Bolander & Madsen, 2014).

Da LL § 5 G er en generel regel, så har den fortsat betydning, selvom det oprindelige formål ikke er aktuelt længere efter ændringen af de danske sambeskatningsregler i 2005, herunder globalpuljebeskatningen i SEL § 31 A, der medfører at det ikke længere er muligt kun at udvælge bestemte udenlandske koncernforbundne selskaber til at indgå under sambeskatningen. Hvis man vælger international sambeskatning, omfatter det samtlige udenlandske koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 A, stk. 1. LL § 5 G kan dog stadigvæk have betydning, hvis den danske definition af en koncern er mere snæver end en udenlandsk definition af samme (Michelsen et al., 2015, p. 1151).

2.2. SEL § 2 C om skattemæssig selskabskvalifikation

SEL § 2 C blev indført ved lov nr. 530 af 17. juni 2008 (§ 2) med det formål at rette op på en række uhensigtsmæssigheder, som kunne give anledning til et utilsigtet anvendelse af skattereglerne (Lovforslag 181 af d. 15. april 2008). Det fremgår af bemærkningerne, at det især er rettet imod de amerikanske check-the-box regler, men at de også vil have virkning overfor andre lande, der har forskellig skattemæssig selskabskvalifikation ift. Danmark (finder anvendelse på alle selskaber, der opfylder betingelserne i SEL § 2 C, stk. 1) (Friis Hansen, 2008). Forslaget ender med at blive vedtaget enstemmigt med 109 stemmer d. 12/6-2008. Bestemmelsen har virkning for indkomstår, der påbegyndes 15.04.2008 eller senere.

Det fremgår af 1. behandling af lovforslag nr. 181, at lovforslaget ikke udspringer af allerede eksisterende problemer med misbrug af de daværende skatteregler, men som en reaktion på at der er en potentiel risiko for, at den omvendte hybride mismatch situation kan opstå, hvor et transparent selskab i Danmark efter udenlandske skatteregler anses som et selvstændigt skattesubjekt. SEL § 2 C er modstykket til SEL § 2 A, da den dækker den omvendte situation af denne

Det fremgår ligeledes, at lovforslaget udspringer som følge af Skatterådets bindende svar, SKM.2008.446.SR, hvor Skatterådet bekræfter at et amerikansk ejet kommanditselskab i Danmark undgår beskatning, som følge af forskellig skattemæssig kvalifikation af selskabet (L 181 - Bilag 9, Samrådsspørgsmål A, 2008). Kommanditselskabet ville efter dansk ret blive anset som skattemæssigt transparent, hvor beskatning sker hos de enkelte deltagere. Disse bestod af en kommanditist (amerikansk selskab, ejer 98%) og 3 komplementarer (et dansk selskab og to amerikanske selskaber).

I medfør af de amerikanske check-the-box regler valgte koncernen, at kommanditselskabet ift. intern amerikansk skatteret skulle anses som et selvstændigt skattesubjekt. Denne forskel i den skattemæssige selskabskvalifikation ville have den konsekvens, at kommanditselskabet hverken beskattes i Danmark eller i USA, da der ikke i dansk ret var hjemmel til omkvalificering af et selskab fra skattemæssigt transparent til et selvstændigt skattesubjekt. Dette har værnsreglen i SEL § 2 C til formål at forhindre. SEL § 2 C skaber således hjemmel til denne omkvalificering, såfremt betingelserne herfor er opfyldt efter SEL § 2 C, stk. 1, se nedenfor afsnit 3.3.

SEL § 2 C er sidenhen blevet ændret ved forskellige love. Særligt ved lov nr. 254 af 30. marts 2011 (§ 8), der bl.a. ændrer betingelsen i stk. 1, nr. 2 samt tilføjer stk. 2 angående rente- og royaltybetalinger.

2.3. Bestemmelsernes forhold til EU-retten

Det har i litteraturen været diskuteret, hvorvidt SEL § 2 A skulle være EU-stridig, hertil Søren Friis Hansen (Friis Hansen, 2004). Nationale skatteretlige love har været prøvet ved EU-Domstolen, særligt hvor disse har været prøvet mod den frie bevægelighed. Udgangspunktet inden for EU-retten er, at medlemsstaternes lovgivning ikke må være i strid med de grundlæggende frihedsrettigheder, herunder de økonomiske frihedsrettigheder i henhold til TEUF art 45, 49, 56 samt 63. Der sondres dog mellem et diskriminationsforbud og et restriktionsforbud. (Bolander, 2011, p. 28; Winther-Sørensen et al., 2013, p. 516). EU-Domstolen har ved tidligere domme fastlagt, at disse grundlæggende frihedsrettigheder kan tilsidesættes under visse hensyn (Bolander, 2011, p. 29). Medlemsstaters værn mod skatteunddragelse er bl.a. et hensyn som EU-Domstolen har lagt vægt på som et retmæssigt hensyn². Søren Friis Hansen fremførte hertil, for så vidt angår SEL § 2 A, at EU-Domstolen også har modsat sig et medlemslands arguments om selv samme, med henvisning til C-136/00 Danner (præmis 53), hvori den danske stat ligeledes påberåbte sig tabt skatteprovenu, som ikke her vandt domstolens gehør (Friis Hansen, 2008).

EU-Domstolen har tidligere fastholdt, at EU's grundlæggende rettigheder ikke har kunnet fraviges for at imødegå skatteunddragelse. I Avoir-Fiscal dommen (C-270/83, præmis 25) fremførte EU-Domstolen således, at *“EØFtraktatens artikel 52 forbyder, at en medlemsstat i sin lovgivning for*

² C-446/03 Marks & Spencer, C-196/04 Cadbury Schweppes, C-231/05 OY AA, C-414/06 Lidl Belgium

personer og selskaber, som udnytter retten til at etablere sig dér, fastsætter vilkår for deres udøvelse af virksomhed, der adskiller sig fra de vilkår, der er fastsat for landets egne statsborgere” (artikel 42 i dag). Denne argumentation har EU-Domstolen nu fraveget sig og har i stedet accepteret retfærdiggørelsen af en hindring af den frie bevægelighed, såfremt hensynet for denne hindring er en bekæmpelse af skatteunddragelse (Winther-Sørensen et al., 2013, p. 587). Dette fastslog EU-Domstolen bl.a. i C-436/00 præmis, 60 mf., og i C-334/02 præmis 27, hvor domstolen dog samtidigt slår fast at: “En generel formodning for skatteunddragelse eller skattesvig kan dog ikke tjene som tilstrækkelig begrundelse for en skattemæssig foranstaltning, som er i strid med formålene med traktaten”. I sag 254/97 præmis 18, om fire virksomheder, der krævede annullation af en fransk lov med henvisning til EU's grundlæggende rettigheder, fremgik det at: “Der skal henvises til Domstolens praksis, hvorefter hensynet til en effektiv skattekontrol er et tvingende alment hensyn, der kan berettige hindringer i de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten. (...) En medlemsstat kan således retmæssigt anvende foranstaltninger, der gør det muligt med klarhed og præcision at kontrollere de fradragsbeløb, som der dér kan blive tale om for forskningsomkostninger.”

Ved vedtagelsen af SEL § 2 A, og senere SEL § 2 C, må det således anføres at disse lovbestemmelser var i god tråd med EU-Domstolens udviklingstrin, for så vidt angår bekæmpelsen af skatteunddragelse ved en fravigelse af den frie bevægelighed. Det må hertil fremføres, at eftersom SEL § 2 A og § 2 C fortsat ikke er blevet anfægtet af EU-Domstolen, så vil en evt. sag, anført af en eller flere juridiske personer mod det danske skatteministerium ved EU-Domstolen, ikke vil blive dømt EU-stridigt.

2.4. Sammenfatning

Værnsreglerne i SEL §§ 2 A og 2 C blev indført i dansk lovgivning i 2004 hhv. 2008. Samlet giver disse regler hjemmel til at ændre den skattemæssige kvalifikation af et selskab mv. i Danmark i forhold til hvordan selskabet kvalificeres i udlandet. SEL § 2 A giver hjemmel til at omkvalificere et selvstændigt skattesubjekt til en skattemæssig transparent enhed, medens SEL § 2 C giver hjemmel til at omkvalificere en skattemæssig transparent enhed henholdsvis filial til et selvstændigt skattesubjekt. De tilsigtede mål ved de to bestemmelser er at neutralisere de hybride mismatch situationer, der kan opstå som følge af, at et selskab skattemæssigt behandles anderledes efter udenlandske skatteregler end efter de danske skatteregler.

Danmark var ved vedtagelsen af SEL §§ 2 A og 2 C et af de første lande, som forsøgte at løse problemet angående forskellige skattemæssig selskabskvalifikation via national lovgivning (Bolander & Madsen, 2014). Selvom det har været diskuteret, hvorvidt disse skulle være i strid med de grundlæggende frihedsrettigheder indenfor EU, synes dette ikke at være tilfældet eftersom de endnu ikke er blevet anfægtet af EU-Domstolen.

3. Retsdogmatisk analyse af SEL §§ 2 A og 2 C

3.1 Generelt om transparente enheder og personselskaber i dansk ret

Et personselskab er et selvstændigt retssubjekt, men er skattemæssig transparent (Hansen & Krenchel, 2015, p. 117). Ved skattemæssig transparens sker beskatningen ikke i selskabet, men hos den enkelte deltager. Interessentskaber, kommanditselskaber, partrederier og partnerselskaber er eksempler på personselskaber.

Personselskaber er karakteriseret ved, at der mindst er én deltager, der hæfter personligt og ubegrænset. Er der hertil mindst én der hæfter begrænset (dvs. kun med sit indskud), så er der tale om et kommanditselskab. Hæfter alle deltagerne personligt og ubegrænset, så er selskabet et interessentskab. I et selskab, hvor alle deltagerne hæfter begrænset, er der tale om et selskab som omfattet af SEL § 1 – dvs. et selvstændigt skattemæssigt subjekt.

Der er for personselskaber ikke samme lovregulering som for kapitalselskaber mv. Personselskabsretten bygger i højere grad på den indbyrdes aftalefrihed og sekundær litteratur samt retspraksis (Hansen & Krenchel, 2015, pp. 27–31). Der gælder de samme skatteretlige bestemmelser som ved kapitalselskaber, men qua at personselskaber, som anført ovenfor, er skattemæssig transparent, så sker beskatningen hos deltagerne. I dansk skatteret beskrives dette som et transparensprincip (Pedersen, Kerzel, Ferniss, & Hedegaard Eriksen, 2015, p. 702). Ud fra et skatteretligt henseende, er selskabsdeltagerne direkte ejere af selskabets aktiver såvel som passiver (Pedersen et al., 2015). Beskatningen hos selskabsdeltagerne sker ved indkomstens erhvervelse. Det er således uden betydning, om det besluttet at overskuddet udloddes til selskabsdeltagerne løbende eller på et senere tidspunkt. Indkomsten der modtages i personselskabet beskattes hos selskabsdeltagerne og karakteriseres som udgangspunkt som samme indkomsttype, som den ville være karakteriseret, hvis personselskabet havde været et selvstændigt skattesubjekt. Renteindtægter, som personselskabet

modtager, vil således, hvor der er tre deltager, blive beskattet hos hver deltager med $\frac{1}{3}$ af renteindtægterne, hvis intet andet er aftalt (Winther-Sørensen et al., 2013, p. 482).

Da et personselskab er skattemæssig transparent, afhænger skattepligten ikke af personselskabets egentlige beliggenhed, men af selskabsdeltagernes skattepligt, hvis en selskabsdeltager f.eks. er hjemmehørende i Danmark, så er denne fuld skattepligtig hertil. Et personselskab kan både have deltagere som er fuldt skattepligtige til Danmark, begrænset skattepligtige til Danmark eller slet ikke er skattepligtige i Danmark. Hjemlen for selskabsdeltagernes skattepligt er for fysiske personer fastsat efter KSL § 1 (fuldt skattepligtige) og KSL § 2, stk. 1, nr. 4 (begrænset skattepligtige) og for selskaber fastsat efter SEL § 1 og SEL § 2, stk. 1, litra a for henholdsvis fuldt skattepligtige og begrænset skattepligtige selskaber.

Den begrænsede skattepligt indtræder, når personselskabet har en aktivitet her i landet og betingelserne for et fast driftssted er opfyldt eller én eller flere andre betingelser som oplistet i hhv. KSL § 2 eller SEL § 2 er opfyldt.

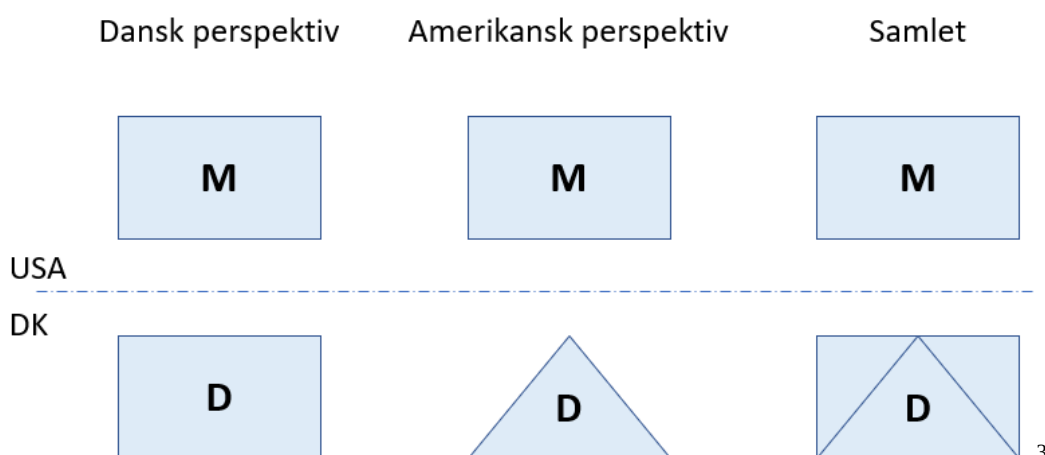
I et personselskab vil beskatning, som anført ovenfor, ske hos deltagerne. Det følger dog af SEL § 2, stk. 1, litra a, at der bliver pålagt begrænset skattepligtigt af udenlandske juridiske personers drift med fast driftssted i Danmark af erhvervsmæssig virksomhed. Ved erhvervsmæssig virksomhed følger det således, at der skal være en sammensat aktivitet, eksempelvis omfattende af salg af varer og tjenesteydelser, produktion m.v., der drives med gevinst for øje, herunder med en økonomisk risiko (Pedersen et al., 2015, p. 254). Der kan således afgrænses fra en passiv formueforvaltning, hvorfor besiddelse af immaterielle aktiver ikke i sig selv giver anledning til beskatning. Det følger hertil af SEL § 2, stk. 1, litra g, 2. pkt., at der ikke påhviles skattepligt af royalty, der er knyttet til et fast driftssted omfattet af SEL § 2, stk. 2, litra a.

3.2. SEL § 2 A om hybride enheder

Der er forskel på landes skatteregler og heri hvorledes et subjekt skattemæssigt skal kvalificeres – som kapitalselskab eller personselskab – hvorfor to kontraherende stater kan kvalificere det samme selskab forskelligt. (Winther-Sørensen et al., 2013, p. 484). I de situationer, hvor to kontraherende stater kvalificerer et selskabs forskelligt, hhv. som et selvstændigt skattesubjekt og som skattemæssigt transparent, er der tale om en hybrid enhed.

USA indførte i 1997 den såkaldte Check-the-box-regel, hvorefter en amerikansk selskabsejer kan vælge om et selskab skal kvalificeres som en transparent enhed eller som et selvstændigt skattesubjekt. Denne regel gjorde det dog muligt at misbruge de amerikanske regler (Winther-Sørensen et al., 2013, p. 492) via den nedenfor beskrevne model.

I nedenstående illustration demonstreres konsekvensen ved, at en amerikansk skatteyder checker boksen på et dansk ApS. Moderselskabet M, beliggende i USA, udlåner et beløb til dattervirksomheden D, beliggende i Danmark. D har jf. SL § 6, litra e fradragsret for de renteudgifter, som D betaler til M. Denne fradragsret modsvarer dog ikke af en tilsvarende beskatning af de modtagende renteindtægter, eftersom D behandles som en transparent enhed i USA og dermed betragter det som en intern overførsel fra D til M.



Som anført ovenfor (afsnit 2.1), fastslog Ligningsrådet, at LL§ 5 G ikke gav hjemmel til at afskære for dette rentefradrag, hvorfor SEL § 2 A blev indsat for at forhindre ovenstående model.

Den ovenstående situation, hvor der sker skattefradrag, men ikke skattepligt af indkomsten, betegnes som fradrag uden medregning (forkortet D/NI outcome efter den engelske betegnelse 'deduction, no inclusion').

3.2.1. Anvendelsesområde og undtagelser

SEL § 2 A, stk. 1-3 beskriver de situationer, hvor der skal ske omkvalificering af et selskab. Stk. 4 indeholder to betingelser for anvendelsen af stk. 1-3. Bestemmelser i stk. 5, 8 og 9 vedrører konsekvensen af omkvalificeringen, herunder opgørelsen af den skattepligtige indkomst i det

³ Af egen tilvirkning med inspiration fra (Schmidt et al., 2015, p. 405)

omkvalificerede selskab. Stk. 6-7 finder anvendelse ved transparensens ophør. Stk. 10 er en undtagelse til bestemmelserne i stk. 1-3.

3.2.1.1 Omfattede skattesubjekter

SEL § 2 A, skal som anført i afsnit 3.2, forhindre den i afsnittet beskrevet model. Det følger således af SEL § 2 A, stk. 1, at såfremt et selskab efter SEL § 1 (fuldt skattepligtige selskaber), bliver behandlet som en transparent enhed efter reglerne i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland, så skal selskabet også i Danmark betragtes som en transparent enhed. Dette er gældende såfremt, indkomsten i selskabet m.v. medregnes ved opgørelsen af selskabets koncernforbundne juridiske personers skattepligtige indkomst i denne fremmede stat. Det samme gælder for selskaber med begrænset skattepligt, efter SEL § 2, jf. SEL § 2 A., stk. 2.

3.2.1.1.1 Særligt om udenlandske selskaber (mellemholdingselskaber)

Værnsreglen finder ligeledes anvendelse på udenlandske mellemliggende selskaber, der – ligesom et dansk selskab omfattet af § 2 A, stk. 1, 1. pkt. – anses for at være en transparent enhed af det udenlandske selskab, som det danske selskab er en del af. Dvs. at det udenlandske selskab også ift. det danske selskab skal anses som transparent, jf. stk. 3, 1. pkt. og betænkningen til lovforslaget. (Betænkning over L 119, Skatteudvalget, 2004).

Ved et udenlandsk selskab forstås et selskab, som ikke er omfattet af SEL §§ 1 og 2, jf. SEL § 2 A stk. 3, 4. pkt.

I betænkningen L 119, er der givet følgende eksempel hvor et mellemliggende selskab fanges af stk. 3: *”Et amerikansk moderselskab ejer et selskab i Xland. Dette selskab ejer et dansk selskab. Det amerikanske selskab har tjekket boksen på såvel selskabet i Xland som det danske selskab. Rente, royalty og andre interne udgifter, som betales fra det danske selskab til selskabet i Xland, vil ikke være fradragsberettigede, da selskabet i Xland også er en del af det amerikanske selskab.”* (Betænkning til L 119, Skatteudvalget, 2004, bemærkning til nr. 14).

Ovenstående er dog kun gældende såfremt den fremmede stat, hvor det udenlandske selskab er hjemmehørende, ikke er Færøerne, Grønland, et medlem af EU eller EØS eller en stat, som har en DBO med Danmark, jf. stk. 3, 2. pkt. og ikke er hjemmehørende i den stat, som anser det danske selskab som transparent (Betænkning til L 119, Skatteudvalget, 2004).

Eksempelvis vil et dansk ApS, der er ejet af et selskab i Sverige, som ejes af et amerikansk moderselskab og dette moderselskab har tjekket boksen på det danske såvel som det svenske selskab, fortsat have fradragsret for renter betalt til det svenske selskab.

Det er en betingelse for denne undtagelse, at selskabet beskattes som hjemmehørende i denne stat. Er selskabet hjemmehørende i et andet land, som følge af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, så er betingelsen for undtagelsen således ikke opfyldt. (Betænkning til L 119, Skatteudvalget, 2004, bemærkning til nr. 14).

Rente- og royaltybetalinger til det udenlandske selskab:

I SEL § 2 A, stk. 3, 3. pkt. er der indsat en bestemmelse vedr. den skattemæssige behandling af rente- og royaltybetalinger til det udenlandske selskab, såfremt det ikke anses som transparent efter 2. pkt.

Denne bestemmelse medfører at der alene er fradrag for rente- og royaltybetalinger til det udenlandske selskab, såfremt kildebeskatning skal frafaldes eller nedsættes ift. det udenlandske selskab efter direktiv 2003/49/EF eller efter DBO'en med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det udenlandske selskab er hjemmehørende.

Bestemmelsen er indsat ved L 2011 254 (§8) for at forhindre, at et mellemholdingselskab, i de tilfælde hvor det ikke kan anses som en transparent enhed, opnår fradrag for rente- og royaltyudgifter, der ikke beskattes i det land, hvor selskabet er hjemmehørende (Bemærkning til L 119, Skatteudvalget, 2004).

3.2.1.2 Betingelser

Værnsreglen i SEL § 2 A finder kun anvendelse, hvis *alle* følgende betingelser er opfyldt:

- 1) Selskabet mv. anses som en transparent enhed efter reglerne i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland, hvorved indkomsten i selskabet m.v. medregnes ved opgørelsen af selskabets koncernforbundne juridiske personers skattepligtige indkomst i denne fremmede stat, på Færøerne eller i Grønland, jf. SEL § 2 A, stk. 1.
- 2) De koncernforbundne juridiske personer kontrollerer selskabet mv., efter SKL § 3 B, jf. SEL § 2 A, stk. 4.
- 3) Den fremmede stat, Færøerne eller Grønland er medlem af EU eller EØS eller have en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, jf. SEL § 2 A, stk. 4.

Sidste betingelse medfører altså at reglen ikke vil finde anvendelse, hvis det drejer sig om en fremmed stat, der hverken er medlem af EU eller EØS eller har en DBO med, eks, Dubai og Panama. Dette skyldes, at det danske skatteprovenu her vil være sikret efter SEL § 2, stk. 1, litra d, om begrænset skattepligt for renter.

Første betingelse medfører at SEL § 2 A ikke finder anvendelse, hvis et amerikansk moderselskab ejer et dansk selskab via et selskab i et tredjeland – og det amerikanske selskab kun har checket boksen på det danske selskab. Her vil det mellemliggende selskab fungere som en 'blocker'. Det danske selskab bliver således ikke anset som transparent efter SEL § 2 A, da selskabets indkomst ikke skal medregnes i indkomstopgørelsen for det amerikanske selskab. Ligeledes kan en hybrid enhed i visse tilfælde anses som en blocker. Et partnership anses efter amerikansk skatteret som et selvstændigt skattesubjekt, hvorfor et partnership kan anses som en blocker for SEL § 2 A og dette partnership ikke er beliggende i USA (Andersen, 2013). Dette var tilfældet i SKM.2013.704.SR, hvor der ikke skete omkvalificering af det danske selskab, da et partnership blokerede for at SEL § 2 A kunne finde anvendelse.

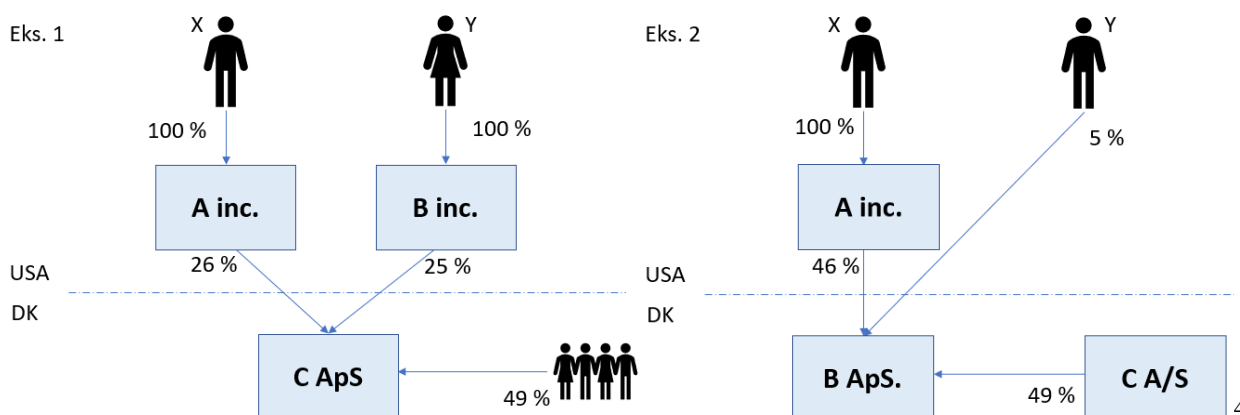
3.2.1.2.1 Kontrol af selskabet efter SKL § 3 B

Det følger af SKL § 3 B stk. 2, at der foreligger bestemmende indflydelse, når en selskabsdeltagers kapitalandele eller stemmerettigheder overstiger 50 %. Dette kan være direkte såvel som indirekte via en eller flere mellemliggende juridiske enheder. Til vurdering af, om en sådan bestemmende indflydelse foreligger, medregnes både de kapitalandele og stemmerettigheder som ejes af forbundne selskaber og de kapitalandele og stemmerettigheder der ejes af den personlige aktionær og dennes nærtstående efter LL § 16 H, stk. 6. Som nærtstående anses, den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold, jf. LL § 16 H, stk. 6. Foruden de ovenstående nærtstående personer, medregnes ligeledes aktier og stemmeandele, som ejes af en selskabsdeltager med hvem den personlige aktionær har en aftale om kontrollere selskabet, jf. LL § 16 H, stk. 6, 5. pkt.

Dette kan anses som et værn mod at undslå sig SEL § 2 A, ved at betingelserne for SEL § 2 A, stk. 4 ikke ville være opfyldt ved eksempelvis følgende nedenstående eksempler.

Eksempel 1: Hver anpart har 1 stemme. En fysisk person, X, ejer 100 % af selskab A Inc, beliggende i USA, der ejer 26 % af et i Danmark hjemmehørende ApS, C ApS. Y, der er gift med X, ejer 100% af B Inc, beliggende i USA, som ejer 25 % af C ApS. De resterende anparter af C er ejet af en eller flere uafhængige anpartshavere. Det følger af SEL § 2 A, stk. 4, at der kun kan ske omkvalificering efter SEL § 2 A, stk. 1, hvis der kontrol over selskabet jf. SKL § 3 B, hertil LL § 16 H. Såfremt denne bestemmelse ikke var indsat, ville A. Inc. kunne checke boksen og dermed fortsat kunne opnå rentefradrag i C ApS fra interne renteomkostninger. Eftersom X og Y er gift og heri sammen har

kontrol over selskabet, jf. LL § 16 H, stk. 6, 4. pkt., vil der ske omkvalificering efter SEL § 2 A, stk. 1.



Eksempel 2: X ejer 100 % af det amerikanske selskab A Inc., der ejer 46 % af B ApS. Y ejer 5 % af B ApS og de resterende 49 % ejes af et i Danmark beliggende aktieselskab. A. Inc. har checket boksen på B ApS. X og Y er venner, og har aftalt at drive og kontrollere B ApS sammen. Ligesom eksempel 1, sikrer værnsreglen i LL § 16 H, jf., SEL § 2 A, stk. 4, at der vil ske omkvalificering af B ApS, efter SEL § 2 A.

3.2.1.2.2 Omkvalificering efter amerikansk lov

Efter amerikansk lov, skal der ved oprettelsen af et selskab besluttes hvordan selskabet skal beskattes (check-the-box-reglerne / CTB-reglerne). Det skal således besluttes, om selskabet skal være et selvstændigt skattemæssigt subjekt eller transparent (Flow-throughs). CTB-reglerne blev indsat for at simplificere de forrige regler vedr. selskabers skattemæssige behandling. CTB-reglerne er gældende fra 1. januar 1997 for alle indenlandske som udenlandske selskaber som beskrevet nedenfor.

I henhold til amerikansk lovgivning, er der følgende betingelser, der skal være opfyldt før man kan benytte sig af CTB-reglerne.

1) Selskabet der ønskes omkvalificeres;

- må ikke være en fysisk person (dvs. at det ikke må være en enkeltmandsvirksomhed),
- skal være en “business entity” (Treas. Reg. 301.7701-2(a)) dvs. en juridisk enhed og
- må ikke efter amerikansk lovgivning være en “per-se corporation”. (Treas. Reg. 301.7701-2(b); Treas. Reg. 301.7701-3(a)) – dvs. ikke automatisk blive betragtet som en

⁴ Eksemplerne er af egen tilvirkning.

'corporation' (Treas. Reg. 301.7701-2(b)(8)(i)), hvilket efter dansk lovgivning er at sammenligne med et dansk aktieselskab.

2) Hertil gælder følgende tre betingelser ved omkvalificeringen

- Ansøgningsformen 8832 skal være udfyldt korrekt (Treas. Reg. 301.7701-3(c))
- Der kan ikke ske omkvalificeringen inden for 60 måneder af en tidligere omkvalificeringen (Treas. Reg. 301.7701-3(c)(1))⁵ og
- Ansøgningsformen 8832 er underskrevet af alle ejere af det selskab, som ønskes omkvalificeret – enten af ejerne selv eller af deres repræsentanter (f.eks. advokater, direktionsmedlemmer eller lign. med en tegningsret til formålet) (Treas. Reg. 301.7701-3(c)(2))

Der kan således, jf. de amerikanske regler, ikke opstå en situation, hvor et amerikansk selskab køber sig ind i et dansk ApS og herefter omkvalificerer det med det resultat, at selskabet efter SEL § 2 A, stk. 1, skal betragtes som transparent i Danmark og de øvrige anpartshaver vil blive beskattet herefter, uden at de øvrige anpartshavere tilslutter sig omkvalificeringen.

3.2.1.3 Undtagelser til stk. 1-3

Der er hertil en undtagelse i stk. 10, der siger at bestemmelser i stk. 1-3 ikke finder anvendelse på udenlandske selskaber der er omfattet af SEL § 31 A – dvs. er omfattet af en international sambeskatning.

3.2.2. Retsvirkningerne

Konsekvensen af SEL § 2 A stk. 1 er, at selskabet vil blive betragtet som en transparent enhed i både Danmark. Dette medfører, at de danske myndigheder ikke vil indrømme rentefradrag, for de renter ApS'et betaler til sit amerikanske moderselskab, eftersom at der ikke gives fradragsret for betaling af renter til et udenlandsk hovedkontor fra et fast driftssted i Danmark, jf. TfS 1993 7 H.

Alt i medens at selskabet i skatteretligt forstand bliver omkvalificeret fra et selvstændigt skattesubjekt til et skattemæssigt transparent enhed, så er dens selskabsretlige kvalificering fortsat et selskab efter selskabslovens bestemmelser.

Ved omkvalificeringen anses de enkelte ejere af de i stk. 1 nævnte selskaber altid for at have fast driftssted, jf. stk. 8, 1. pkt. – dvs. at de bliver begrænset skattepligtige til Danmark efter SEL § 2, stk.

⁵ En undtagelse til 60 måneders reglen er, hvis der sket ændringer for over 50 % af ejerskabet i selskaber, Treas. Reg. 301.7701-3(c)(1)(iv)

1, litra a. SEL § 2 A udgør dog ikke selvstændig hjemmel til beskatning, hvilket betyder at de almindelige betingelser i SEL § 2, stk. 1, litra a skal være opfyldt, før der kan ske beskatning.

Det er desuden ikke en betingelse for SEL § 2 A, at selskabet efter en omkvalificering vil være omfattet af begrænset skattepligt efter SEL § 2 bestemmelser, jf. ordlyden af stk. 8. Det er hertil ikke nævnt som en betingelse i forarbejderne til L 119, jf. SKM.2013.234.LSR. Efter omkvalificering vil selskabet altid anses for at have fastdriftssted, uanset om der er en reel aktivitet, jf. SEL § 2 A, stk. 8. Dette per se faste driftssted efter SEL § 2 A, stk. 8, kan tilsidesættes af en DBO aftale, der siger at der ikke er fast driftssted. Det blev slået fast i nedenstående sag ved landsskatteret.

I SKM.2013.234.LSR blev et anpartsselskab i Danmark H3 ApS omfattet af SEL § 2 A, da moderselskabet H2 Ltd. havde valgt at "checke boksen" på selskabet efter de amerikanske skatteregler og betingelserne i stk. 4 var opfyldt.

Som udgangspunkt skulle H2 Ltd. iht. ordlyden i stk. 8 have været anset for skattemæssigt at have et per se fast driftssted i Danmark, da den begrænsede skattepligt for en § 2 A-filial påhviler det kontrollerede udenlandske selskab (her H2 Ltd).

Det blev yderligere fastslået at H2 Ltd. ikke i overenskomstens forstand, DBO'en mellem Danmark og USA, havde et fast driftssted i Danmark, hvorfor selskabet ikke blev begrænset skattepligtig til Danmark alligevel. Dette følger af DBO'ens artikel 21, stk. 1, hvorefter USA som domicilland havde beskatningsretten til renteindtægterne, da H3 ApS var skattemæssigt transparent og renterne derfor retmæssigt var oppebåret af H2 Ltd.

3.2.2.1 Opgørelsen af den skattepligtige indkomst

Ved omkvalificering efter SEL 2 A, stk. 1-2 finder anvendelsen af SEL § 2 A, stk. 5 sted ift. opgørelse af skattepligtige indkomst i det transparente selskab. Det fremgår hertil af SEL § 2 A, stk. 5, 1-2. pkt., at et selskab der bliver omfattet af SEL § 2 A, stk. 1-2, ikke i sig selv medfører, at selskabets aktiver og passiver anses for afstået, henholdsvis anskaffet i forbindelse med omkvalificeringen. Aktiverne og passiverne skal behandles ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i den transparente enhed, som var de anskaffet til den værdi og på det tidspunkt de var erhvervet af det omkvalificerede selskab.

Det følger hertil af SEL § 2 A, stk. 5, 3 pkt., at afskrivninger og nedskrivninger som det omkvalificerede selskab har foretaget før omkvalificeringen, anses for at have været foretaget af den transparente enhed. Hertil gælder reglerne i FUL § 8, stk. 2-4, jf. SEL § 2 A, stk. 5, 4. pkt.

Ved omkvalificeringen skal der ikke fastsættes en anskaffelsessum af goodwill eller andre immaterielle afskrivninger, som nævnt i afskrivningsloven § 40, der er oparbejdet af selskabet, såfremt de er oparbejdet af det omkvalificerede selskab.

Har det omkvalificerede selskab uudnyttede fradragsberettigede tab fra tidligere indkomstår eller fremførselsberettigede underskud succederer den transparente enhed disse, jf. SEL § 2 A, stk. 5, 6. pkt. Der blev ved lov 525 af 12/06-2009 indsat en henvisning til KGL § 31, stk. 2 og § 31 A, stk. 3 samt ABL § 9, stk. 4, og § 43, stk. 3, for at sikre, at et kildebegrænset tab fra disse bestemmelser ligeledes medregnes, foruden de i forvejen henvisninger til ABL § 2, stk. 2, KGL § 31, stk. 3, og EBL § 6, stk. 5.

I det tilfælde hvor et udenlandsk selskab ejer flere omkvalificerede transparente selskaber, hæfter disse omkvalificerede transparente selskaber solidarisk for den samlede skattebetaling, jf. SEL § 2 A, stk. 9.

Det fremgår desuden af stk. 8, at samtlige aktiver og passiver ejet af de i stk. 1 omtalte selskaber altid anses for tilknyttet ejernes faste driftssteder.

3.2.2.2. Transparensens ophør (stk. 6 og 7)

Aktiver og passiver i selskabet:

Ophører et selskabet med at være transparent efter SEL § 2 A, stk. 1 eller 2, vil selskabets aktiver og passiver anses for at være afstået af selskabets ejere til handelsværdi, jf. SEL § 2 A stk. 6, 1 pkt. (afståelsesbeskatning). Herved sidestilles ophøret af transparensstatus efter § 2 A med skattepligtig overdragelse af det faste driftssted (Bemærkningerne til lovforslag 23, som fremsat den 8. oktober 2008).

Et selskab kan f.eks. ophøre med at være omfattet af SEL § 2 A, hvis det omdannes fra et ApS til et A/S. Efter amerikanske regler anses aktieselskaber for at være selvstændige skattesubjekter og et amerikansk moderselskab kan således ikke længere “checke boxen” på selskabet i Danmark (Andersen, 2009), se hertil ovenfor afsnit 3.2.1.2.2.

SEL § 2 A, stk. 6 og 7 blev indsat ved L 98 af 10/02-2009 med virkning fra indkomståret 2008. De daværende regler medførte i nogle tilfælde asymmetri i beskatningsgrundlaget ved salg af et dansk selskab omfattet af § 2 A, såfremt køberen ikke anså selskabet for at være transparent eller ikke kunne gøre dette. (Bemærkningerne til lovforslag 23, som fremsat den 8. oktober 2008)

Aktiverne og passiverne anses herefter for at være erhvervet fra koncernforbundne selskaber af selskabet, jf. § 2 A stk. 6, 2 pkt. (koncernintern erhvervelse til handelsværdien).

SEL § 8 B finder tilsvarende anvendelse, jf. SEL § 2 A, stk. 6, 3 pkt., hvilket betyder at der alene opnås en opskrivning til handelsværdien, for så vidt angår afskrivningsberettigede aktiver, oparbejdet goodwill og andre oparbejdede immaterielle aktiver, i det omfang transparensens ophør har medført dansk eller udenlandsk beskatning (ellers indtræder det erhvervende selskab i det overdragende selskabs anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter, samt anses for selv at have oparbejdet det immaterielle aktiv), jf. SEL § 8 B, stk. 1 og 2 og (Andersen, 2009).

Hvis der f.eks. ikke er et fast driftssted efter en DBO - og denne påberåbes - vil der ikke ske dansk beskatning ved transparensens ophør (Betænkning til lovforslag 23, Skatteudvalget, 2008b). Her vil der således ikke ske opskrivning til handelsværdi, medmindre der sker udenlandsk beskatning.

Hvis ophøret kun har udløst beskatning af enkelte af ejerne, opnås der alene en opskrivning til handelsværdi, i det omfang der er sket beskatning (Betænkning til lovforslag 23, Skatteudvalget, 2008b).

Fremførselsberettigede underskud og uudnyttede fradragsberettigede tab i selskabet bortfalder, jf. SEL § 2 A, stk. 6, 4. pkt.

Nettofinansieringsudgifter, der fremføres efter SEL §§ 11 B og 11 C, bortfalder ikke (Bemærkningerne til lovforslag 23, som fremsat den 8. oktober 2008).

Der skal foretages fuld dansk afståelsesbeskatning, uanset om der ved ophør af transparensen udløses afståelsesbeskatning efter amerikanske regler eller ej (Bilag 15 til L 23, Skatteministerens svar til FSR, 2008, p. 13).

Aktierne i selskabet:

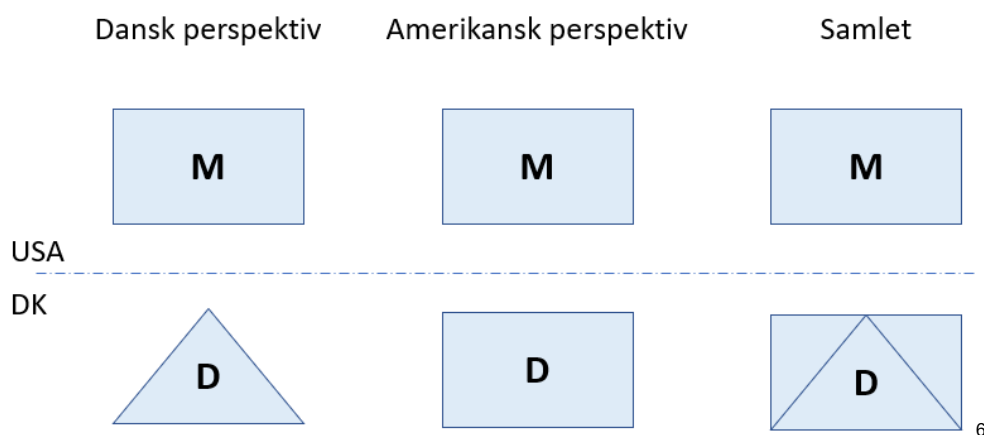
Selskabets ejere anses for at have erhvervet aktierne i selskabets til handelsværdien på det tidspunkt selskabets status som transparent ophører, jf. SEL § 2 A, stk. 7.

3.3. SEL § 2 C om skattemæssig selskabskvalifikation

Som modstykket til SEL § 2 A findes SEL § 2 C, der behandler den omvendte situation ift. § 2 A, nemlig når en transparent enhed eller filial omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt og dermed beskattes efter reglerne for selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 (fuldt skattepligtige).

SEL § 2 C vedrører således den situation, hvor et personselskab, der er transparent (se afsnit. 3.1.1 om transparens) efter dansk skatteret, ikke efter udenlandske regler anses som transparent, men i stedet som et selvstændigt skattesubjekt.

En sådan omvendt hybrid enhed har den konsekvens, at der ikke sker beskatning i Danmark hos personselskabet qua transparensprincippet, og deltagerne som ellers normalt ville være underlagt beskatningen heller ikke bliver beskattet, eftersom beskatning efter det pågældende udlands perspektiv skulle være beskattet i Danmark. En sådan situation betegnes som double non-taxation. Dette illustreres i nedenstående figur, hvor et amerikansk moderselskab har checket boxen på et dansk personselskab. Som anført ovenfor afsnit 3.1.1 kræver et personselskab minimum 2 deltager, det skal således i illustrationen antages, at "moderselskabet" består af minimum 2 juridiske personer.



Såfremt den omvendte hybride enhed modtager en betaling fra en tredjepart, så vil denne betaling være fradragsberettiget hos tredjeparten, men ikke blive medregnet hos hverken den omvendte hybride enhed i Danmark eller hos ejerne, der er hjemmehørende i de jurisdiktioner, der behandler den omvendte hybride enhed som et selvstændigt skattesubjekt. Derved fremkommer der et fradrag uden medregning.

⁶ Af egen tilvirkning med inspiration fra (Schmidt et al., 2015, p. 407)

SEL § 2 C blev ligesom SEL § 2 A indsat som værnsregel mod CTB-reglerne. Foruden CTB reglerne, er det ligeledes fremført i litteraturen, at SEL § 2 C også kan bruges som værnsregel ved visse kvalifikationskonflikter mod Spanien, Belgien og Ungarn. (Friis Hansen, 2008).

3.3.1. Anvendelsesområde

Værnsreglen i SEL § 2 C finder anvendelse på følgende enheder;

- registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og
- skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i landet,

såfremt betingelserne i stk. 1 er opfyldt - dvs. at direkte ejere med mere end 50 % af kapitalen eller med besiddelse af mere end 50 % af stemmerettighederne er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, på Færøerne eller i Grønland,

- 1) hvor enheden hhv. filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt, eller
- 2) som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU.

Nedenfor gennemgås betingelserne for at anvende SEL § 2 C mere i dybden.

3.3.1.1. Registreringspligtige filialer

Bestemmelsen finder anvendelse på registreringspligtige filialer af udenlandske selskaber – dvs. at det ikke er af betydning om filialen rent faktisk er indregistreret eller i strid med loven undlader at registrere sig. Dette gælder ligeledes for de registreringspligtige transparente enheder.

Ved filialer forstås filialer af udenlandske aktieselskaber, udenlandske SE-selskaber, udenlandske anpartsselskaber, udenlandske erhvervsdrivende fonde og udenlandske erhvervsvirksomheder. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at det bl.a. vedrører filialer, der er registreringspligtige efter ASL kapitel 17 (nu selskabsloven kapitel 19) og LEV § 1, stk. 2, 2. pkt.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne til lovforslaget, at det ikke har nogen betydning for anvendelsen af § 2 C, hvorvidt filialen kvalificeres som et fast driftssted eller ej. Før vedtagelsen af SEL § 2 C ville virksomhedsindkomsten i den transparente enhed eller filial kun blive beskattet i Danmark, hvis der var et fast driftssted. Dvs. at virksomhedsindkomsten ville være skattefri, hvis der ikke var fast driftssted og ejerne anså den danske enhed/filial som et selvstændigt skattesubjekt. Dette problem løser § 2 C.

3.3.1.2. Skattemæssigt transparente enheder

I SEL § 2 C, stk. 3 er det defineret, hvad der forstås ved skattemæssigt transparente enheder, hvilket er juridiske personer, der efter danske regler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt. Dette omfatter f.eks. kommanditselskaber og interessentskaber.

Bestemmelsen finder anvendelse på transparente enheder, der enten er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde i Danmark. Dvs. at det også omfatter enheder, der ikke har registreringspligt efter LEV § 2, stk. 3 – f.eks. interessentskaber og kommanditselskaber, hvis interessenter hhv. komplementarer ikke består af kapitalselskaber eller en tilsvarende retsform.

Se desuden ovenfor afsnit 3.1., som mere generelt behandler transparente enheder og personselskaber i danske skatteret

3.3.1.3. Direkte ejere

Det fremgår af lovforslaget, at der ikke er noget krav om koncernforbundne parter. Dvs. at de direkte ejere godt kan bestå af juridiske personer, der ikke har noget med hinanden at gøre – dvs. uafhængige parter. Det kan således godt være fem uafhængige selskaber, der alle behandler enheden/filialen i Danmark som et selvstændigt skattesubjekt, og som tilsammen ejer mere end 50% af kapitalen eller stemmerettighederne. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvis der kun ejes 50 %, jf. SKM 2009.569 SR og ordlyden i stk. 1.

Det fremgår ligeledes af stk. 1 at disse direkte ejere sagtens kan være hjemmehørende i flere forskellige lande.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at der ved direkte ejere forstås de ejere, der efter danske regler er de direkte ejere af den transparente enhed. Dvs. at det ikke har nogen betydning, hvis der mellem ejerne og den transparente danske enhed ligger enheder, der er transparente efter dansk opfattelse, men et selskab efter den fremmede stats opfattelse. Dette er udspecificeret i stk. 9

I bemærkningerne til lovforslaget er der givet følgende eksempel; *Et moderselskab hjemmehørende i USA ejer hovedparten af et svensk kommanditselskab, som igen ejer hovedparten af et dansk kommanditselskab. Der er ikke valgt international sambeskatning. Det amerikanske moderselskab har valgt, at såvel det svenske som det danske kommanditselskab skal anses for at være selvstændige skattesubjekter efter amerikanske regler. I dette tilfælde anses det amerikanske moderselskab for at være den direkte ejer af hovedparten af det danske kommanditselskab. Den foreslåede bestemmelse*

finder anvendelse, og det danske kommanditselskab skal anses for at være et selvstændigt skattesubjekt. (Bemærkningerne til lovforslag 181, som fremsat den 15. april 2008, p. 19)

3.3.1.3.1 Omkvalificering efter amerikansk lov

Betingelserne for de amerikanske CTB regler er beskrevet ovenfor i afsnit. 3.2.1.2.2. Det følger heraf, at der kan ske omkvalificering af et udenlandsk transparent selskab, således at eksempelvis et personselskab i Danmark, der efter dansk skatteret er skattemæssig transparent, efter amerikansk skatteret skal betragtes som et selvstændigt skattesubjekt, jf. Treas. Reg. 301.7701-2(a), hvor et 'partnership' er nævnt som et selskab der kan omkvalificeres efter CTB reglerne. Et 'partnership' er defineret i denne lov som et selskab, der har to eller flere deltager, hvor minimum én deltager hæfter ubegrænset, jf. Treas. Reg. 301.7701-3(b)(2)(i)(A).⁷

3.3.1.4. Betingelserne

Selvstændigt skattesubjekt (§ 2 C, stk. 1, nr. 1):

Hvis de direkte ejere med mere end 50% af kapitalen eller stemmerettighederne behandler enheden henholdsvis filialen i Danmark som et selvstændigt skattesubjekt, så finder bestemmelsen anvendelse.

DBO angående kildeskatter på udbytter (§ 2 C, stk. 1, nr. 2):

Hvis de direkte ejere med mere end 50% af kapitalen eller stemmerettighederne er hjemmehørende i lande, der ikke har en DBO med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes OG ikke er medlem af EU, så finder bestemmelsen anvendelse, selvom enheden henholdsvis filialen i Danmark skattemæssigt behandles som en transparent enhed.

I SKM2013.582.SR og SKM2014.207.SR har Skatterådet bekræftet, at § 2 C ikke finder anvendelse på de pågældende selskaber, da hovedparten af de direkte ejere i kommanditselskabet hhv. partnerselskabet i Danmark anser selskabet som en transparent enhed og de pågældende stater (Polen og Cypern) har indgået DBO'er med Danmark angående kildeskatter på udbytter.

3.3.1.5. Rente- og royaltybetalinger

I SEL § 2 C, stk. 2 er der indsat en bestemmelse vedr. den skattemæssige behandling af rente- og royaltybetalinger til ejere samt kursgevinster på fordringer.

Bestemmelsen er indsat ved L 2011 254 for at forhindre, at et kommanditselskab omfattet af § 2 C kan have ejere i lande, der anser kommanditselskabet som en transparent enhed, der får fradrag for

⁷ Visse personselskaber falder således uden for betegnelsen 'partnership' herunder partrederier.

rente- og royaltybetalinger, som i ejernes hjemland anses som interne betalinger (dvs. ingen beskatning) (Lovforslag 181 af d. 15. april 2008).

Hvis rente- og royaltybetalinger til ejere anses som interne betalinger i ejernes hjemland, så skal de derfor også i Danmark anses som interne betalinger uden fradrag, jf. stk. 2, 1. pkt. Af § 2, 2. pkt. fremgår det ligeledes at kursgevinster på fordringer, anses som interne betalinger uden fradrag, såfremt det er aftalt, at gælden skal indfries til en forudsat fastsat overkurs ift. værdien på stiftelsestidspunktet, og der er tale om interne betalinger for ejerne.

3.3.1.6. Undtagelser

Bestemmelsen i SEL § 2 C finder ikke anvendelse på kollektive investeringsenheder (venturefonde), der opfylder betingelserne i stk. 10. Denne bestemmelse er indsat for at undgå at SEL § 2 C påvirker venturefondsinvesteringerne i Danmark negativt ved at skabe tvivl om den skattemæssige kvalificering af disse (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni 2008).

3.3.2. Retsvirkningerne

Hvis betingelserne i stk. 1 er opfyldt og enheden henholdsvis filialen i Danmark ikke er omfattet af undtagelsen i stk. 10, så omkvalificeres enheden henholdsvis filialen til et selvstændigt skattesubjekt og bliver dermed fuld skattepligtig til Danmark, jf. § 1, stk. 1, nr. 2.

Denne omkvalificering medfører en række konsekvenser for aktiver og passiver i § 2 C-enheden, ejerandele og udlodninger, jf. stk. 4-7.

3.3.2.1. Aktiver og passiver i selskabet/enheden (stk. 4 og 5)

Aktiver og passiver anses ikke for at være afstået af deltagerne på tidspunktet for omkvalificeringen, medmindre de ikke længere er omfattet af dansk beskatning, jf. stk. 4. En påkrævet afståelsesbeskatning ville ellers have medført en uforholdsmæssig stor byrde for de transparente enheder og filialer - hvilket også var årsagen til at det oprindelige lovforslag blev ændret, hvor det netop blev foreslået, at der skulle ske afståelsesbeskatning af deltagerne. (Lovforslag 181 af d. 15. april 2008) (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni 2008).

Behandling af aktiver og passiver ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for § 2 C-selskabet:

§ 2 C-selskabet succederer i deltagernes anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter. Dvs. at anskaffelsestidspunkterne er de tidspunkter, hvor deltagerne har erhvervet aktiverne og passiverne og anskaffelsessummerne er det beløb, hvortil deltagerne har erhvervet dem. Dette fremgår af stk. 5, 1. pkt.

Hvis der er flere deltagere, der har forskellige anskaffelsessummer og -tidspunkter, så skal anskaffelsessummen opgøres forholdsmæssigt og anskaffelsestidspunkterne skal opdeles (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni 2008).

Der er i betænkningen fremført følgende eksempel: *”Et kommanditselskab har tre ejere A, B og C, der ejer henholdsvis 51 pct., 45 pct. og 4 pct. Kommanditselskabet er oprindeligt stiftet af A og C, mens B efterfølgende har erhvervet sin ejerandel fra A i 2007. Et aktiv er erhvervet af A og C for 100.000 kr. i 2005. I 2007 havde aktivet en værdi på 150.000 kr. Selskabet succederer i deltagernes anskaffelsessummer, dvs. 55 pct. af 100.000 kr. plus 45 pct. af 150.000 kr., hvilket giver 122.500 kr. Anskaffelsestidspunktet sættes til 2005, hvor kommanditselskabet bestående af A og C erhvervede aktivet, for så vidt angår 55 pct. af aktivet, mens de resterende 45 pct. af aktivet anses for anskaffet i 2007.”* (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni Skatteudvalget, 2008, bemærkning til nr. 4).

Fordringer og gæld anses dog for at være erhvervet hhv. pådraget af selskabet til kursværdien på tidspunktet for omkvalificeringen, såfremt deltagerne er fysiske personer, der ikke ville være skattepligtige/fradragsberettigede ved afhændelse hhv. inddrivelse på tidspunktet for omkvalificeringen, jf. stk. 5, 6. pkt.

Goodwill og andre immaterielle aktiver omfattet af AL § 40: I det omfang, de er oparbejdet af en eller flere deltagere, så fastsættes der ingen anskaffelsessummer, jf. stk. 5, 2. pkt.

Fortjeneste ift. anskaffelsessummen kan højst medregnes med et beløb svarende til forskellen mellem salgssummen og handelsværdien på tidspunktet for inddragelse under dansk beskatning, jf. stk. 5, 3. pkt. Hvis tidspunktet varierer, så skal der foretages en forholdsmæssig opgørelse (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni 2008). Dette kan f.eks. være aktuelt, hvis selskaber både har danske og udenlandske ejere og aktiverne ikke var tilknyttet et fast driftssted.

Skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger, som deltagerne har foretaget før omkvalificeringen, anses for foretaget af selskabet, jf. stk. 5, 4. pkt. Såfremt der er flere deltagere, som har foretaget forskellige afskrivninger, skal der foretages en forholdsmæssig opgørelse (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni 2008).

Ved beregningen af afskrivningsgrundlaget finder SEL § 4 A, stk. 2 og 3 tilsvarende anvendelse på afskrivningsberettigede aktiver, i det omfang de ikke i forvejen er omfattet af dansk beskatning, jf. stk. 5, 5. pkt. Dette betyder at deltagere skal anses for at have afskrevet deres del af aktivet maksimalt efter danske regler siden anskaffelsen af aktivet, når deltagerens andel af aktivet hidtil ikke har været omfattet af dansk beskatning (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni 2008) (SEL § 4 A, stk. 2).

Næringsaktiver: Aktiver erhvervet som led i næring for en eller flere af deltagerne, behandles også som om de af selskaber var erhvervet som led i næring, jf. stk. 5, 7. pkt.

Ved opgørelsen af en eventuelt senere avance, skal anskaffelsessummen dog justeres, såfremt nogle deltagere ikke erhvervede aktiverne som led i næring (og dermed ikke ville være blevet beskattet eller have haft fradrag ved afståelse af aktiverne på tidspunktet for omkvalificeringen), således at denne del af aktiverne skal anses som anskaffet til handelsværdi en på tidspunktet for omkvalificeringen af selskabet (dette følger af nedenstående eksempel fra betænkningen. På denne måde undgås det at selskabet beskattes hhv. får fradrag for urealiserede fortjenester hhv. tab, der ville have været skattefrie for deltagerne på tidspunktet for omkvalificeringen.

Der er i betænkningen givet følgende eksempel: *Et kommanditselskab ejer aktier, som er erhvervet for mere end tre år siden, og som er tilknyttet deltagerens faste driftssteder i Danmark. Alle deltagerne er selskaber. Den ene af deltagerne anses for at have erhvervet aktierne som led i næring, mens de øvrige deltagere ikke anses for at have erhvervet aktierne som led i næring. Selskabet skal anses for at have erhvervet aktierne som led i næring. Ved opgørelsen af en eventuel senere avance skal anskaffelsessummen justeres for den andel af aktierne, der svarer til de øvrige deltagers andel på tidspunktet for omkvalificeringen. Denne del af aktierne skal anses for anskaffet til handelsværdien på tidspunktet for omkvalificeringen.* (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni Skatteudvalget, 2008, bemærkning til nr. 4).

Værdipapirer: Såfremt en eller flere af deltagerne har medregnet urealiseret fortjeneste og tab på værdipapirer (dvs. anvendt lagerprincippet), så behandles værdipapirerne ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst, som om disse fortjenester og tab var medregnet hos selskabet, jf. stk. 5, 9. pkt.

Udbytter mv.: Tab ved afståelse af aktier kan kun fradrages i det omfang tabet overstiger summen af modtagne udbytter nævnt i ABL § 5 A. Her skal udbytter mv., der er modtaget af deltagerne anses for modtaget af selskaberne, jf. stk. 5, 10. pkt.

Fremførselsberettigede underskud og uudnyttede fradragsberettigede tab: Selskabet succederer i;

1. Deltagerens fremførselsberettigede underskud, jf. SEL § 12
2. Uudnyttede fradragsberettigede tab fra tidligere indkomstår, jf. ABL §9, stk. 4 og § 43, stk. 3, KGL § 31, stk. 3 og § 31 A, stk. 3, og EBL § 6, stk. 3

Dette er dog kun gældende for underskud og tab, der er lidt af deltagerne som led i den transparente enheds henholdsvis filialens virksomhed, jf. stk. 5, 11. pkt. Selskabet kan således ikke succedere i deltagernes særunderskud og særtab.

3.3.2.2. Ejerandele i selskabet og udlodninger til ejerne fra selskabet (stk. 6 og 7)

Ejerandele i selskabet: Det følger af § 2 C, stk. 6, at ABL er gældende ved afståelse af ejerandele i selskabet. Dette betyder at gevinst og tab ved afståelse af ejerandele skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter reglerne i ABL. Dette fremgår også af ABL § 1, stk. 2, 2. pkt.

Ejerandele anses for erhvervet for et beløb, der svarer til den skattemæssige værdi af deltagernes andel af aktiverne og passiverne på tidspunktet for omkvalificeringen, jf. stk. 6, 2. pkt. Anskaffelsestidspunktet anses som tidspunktet for omkvalificeringen (Betænkning til lovforslag 181 af d. 9. juni 2008).

Udlodninger til ejerne i ”§ 2 C-selskabet” anses for at være udbytteudlodninger, jf. stk. 7. Dette medfører bl.a. at alle betalinger til ejere, der ikke modsvarer af en modydelse, skal beskattes efter udbyttereglerne (Bemærkningerne til § 2 i lovforslag 181). Disse regler findes bl.a. i LL §§ 16 A og 16 B og SEL § 2, stk. 1, litra c og § 13, stk. 1, nr. 2.

3.3.2.3. Ophør (stk. 8)

Hvis selskabet ophører med at være omfattet af stk. 1, så anses selskabet for at være ophørt/likvideret. De aktiver og passiver, der er i behold på tidspunktet for ophøret, anses for solgt (til handelsværdi, jf. bemærkningerne til § 2 i lovforslag 181), selvom de opfylder betingelserne i stk. 1, hvis de ikke anses for selvstændige skattesubjekter i deres hjemland, jf. stk. 8.

Likvidationsprovenuet beskattes som udgangspunkt som aktieavance, jf. LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, 1. pkt. Dog kan det, jf. stk. 3, nr. 1, beskattes som udbytte, hvis én af betingelserne i litra a-d er opfyldt eller udlodningen er omfattet af stk. 2, nr. 2.

3.4 Præsentation af de gennemgående eksempler i afhandlingen

Som anført ovenfor afsnit 1.3, vil der som illustration af de nuværende danske regler, samt reglerne i direktivet blive benyttet 2 tænkte eksempler, der søger at undersøge reglernes omfang. Eksemplerne søger således at teste reglerne hver for sig, hvortil eventuelle forskelligheder mellem de nuværende danske regler og reglerne i direktivet vil blive fremhævet og tydeliggjort.

Disse eksempler fokuserer på reglernes anvendelsesområde, dvs. om selskabet opfylder betingelserne og dermed er underlagt reglerne.

Fælles for eksemplerne er, at 1 % ejerandelen ligeledes giver 1 % af stemmerne. Der er ligeledes ikke valgt international sambeskatning i eksemplerne.

3.4.1 Eksempel 1

Følgende eksempel er illustreret i bilag 1

Z, X og Y er alle fysiske personer bosat i USA.

X ejer 100 % af selskabet A der er hjemmehørende i USA. A ejer B, C, E med henholdsvis 50 %, 99 % og 20 %, der alle er hjemmehørende i Danmark.

Z ejer 100 % N, der er hjemmehørende i USA, som ejer 50 % af B. B ejer hertil 25 % af D.

C Ejer 40 % af D og de resterende 35 % af D ejes af en eller flere uafhængige juridiske personer.

Y ejer 100 % selskabet M der er hjemmehørende i USA. M ejer hertil 1 % af C og 40 % af E. De resterende 40 ejes af en eller flere uafhængige juridiske personer.

B, C, E og D er alle danske ApS'er hjemmehørende i Danmark.

A har tjekket boksen på B, C, D og E, det forudsættes at betingelserne herfor som beskrevet ovenfor ii afsnit 3.2.1.2.2 alle er opfyldt, således at de efter Amerikansk skattelov behandles som transparente.

Y er X's svigerfar og Z og X er søskende. De har ikke indgået aftale om at drive selskaberne sammen til fordel for den ene og alle 3 plejer således egne interesse.

3.4.2 Eksempel 2

Følgende eksempel er illustreret i bilag 2

Det i USA hjemmehørende Moderselskab M, ejer det svenske aktiebolag A med 100 %, som ejer 90 % af et dansk I/S, B, med 90 %. M ejer ligeledes et svensk interessentskab, C, med 90 % som ejer 90 % af det danske I/S, D, ligeledes med 90 %. M ejer hertil 90 % af et dansk I/S, E, som ejer 90 % af det danske I/S, F. En fysisk person bosat i Sverige, X, og M ejer hver 50 % af et dansk I/S, G.

De resterende 10 % af B, C, D, E, ejes af mindst en fysisk person der er skattepligtig i samme land som selskabet er hjemmehørende i.

Moderselskabet M checker boxen på alle sine dattervirksomheder i både Danmark og Sverige. Det forudsættes at betingelserne herfor som beskrevet ovenfor i afsnit 3.2.1.2.2 samt 3.3.1.3.1 alle er opfyldt, således at de efter Amerikansk skattelov behandles som hhv. skattemæssige transparent (A) og som selvstændige skattemæssige subjekter (B, C, D, E, F og G).

3.5 Gennemgang af eksemplerne

Det ønskes nu undersøgt, hvordan og i hvilket omfang SEL § 2 A og SEL § 2 C imødegår problemstillinger i eksemplerne som beskrevet i afsnit 3.5.

3.5.1. Eksempel 1

ApS Selskaberne B, C, D og E der alle skattepligtige i Danmark jf. SEL § 1, stk. 1 og efter amerikansk skatteret betragtes som transparente enheder er således omfattet af SEL § 2 A, jf. SEL § 2 A, stk. 1.

Det afgørende for om der vil ske omkvalificering af SEL § 2 A er om betingelserne som anført ovenfor afsnit 3.2.1.2 herfor er opfyldt. Den første betingelse om at selskaberne anses som transparent i en fremmed stat er opfyldt, jf. ovenfor, ligesom den tredje betingelse efter SEL § 2 A, stk. 4 er opfyldt, da Danmark har en indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med USA. Det er derfor betingelsen om kontrol af selskabet efter SKL § 3 B, der vil være afgørende for, om der vil ske omkvalificering af selskaberne, jf. SEL § 2 A, stk. 4. Selskaber B, C, D, og E vil i det følgende blive behandlet hver for sig

B ApS. B ejes af de i USA hjemmehørende selskaber N og A med hver 50 %. Det følger af SKL § 2, stk. 2, 1. og 2. pkt. at der er bestemmende indflydelse ved et ejerskab på over 50 %, dette direkte eller indirekte, hvortil aktier fra ejerens nærtstående medregnes. Se hertil ovenfor afsnit 3.2.1.2.1. Ved en negativ afgrænsning af nærtstående efter LL 16 H, stk. 6, kan det udledes, at hverken N eller A har bestemmende indflydelse eller kontrol, hvorfor der ikke vil ske omkvalificering efter SEL § 2, A. Hvis Z og X havde indgået en aftale om at drive selskabet i fællesskab, ville der deres ejerandele blive anset samlet, hvortil der ville være bestemmende indflydelse, jf. SKL § 3 B, stk. 3. pkt. **Ingen omkvalificering.**

C ApS. A ejer 99 % af C, hvorfor betingelsen om kontrol efter SEL § 2 A stk. 4 er opfyldt jf. SKL § 3 B. Der vil således ske en skattemæssig omkvalificering af selskabet jf. SEL § 2 A, stk. 1.

Omkvalificering.

D ApS ejes indirekte af A, gennem hhv. B og C. Gennem B ejer A 99% af de 40 % kapitalandele i D, plus 50 % af de 25 % som B ejer af C, samlet 52,1 % kapitalandele. ($99\% \cdot 40\% + 50\% \cdot 25\%$) Som anført ovenfor, tæller disse indirekte ejerandele med, hvorfor A har kontrol over D jf. SKL § 3 B, og betingelse for SEL § 2 A er således opfyldt jf. SEL § 2 A, stk. 1-4. Ved en beregning af stemmerettighederne, skal A der har kontrol over C, anses for at råde over alle C's stemmerettigheder. A har dog ikke kontrol over B, hvorfor de stemmerettigheder B råder over i D, ikke skal tælles med. A ejer derfor 40 % af stemmerettighederne. Men qua A's kapitalandele der indirekte udgør 52,1 % er D omfattet af SEL § 2 A. **Omkvalificering**

E ApS. X og Y der er brødre, er som eksemplet ved B ApS, ikke omfattet af nærtstående, efter LL § 16 H, stk. 4. Deres selskaber, A og M, ejerandele i E, skal derfor ikke ses samlet. Da A og M ejer hhv. 20 % og 40 %, er kravet om ejerandele efter SKL § 3 B ikke opfyldt, hvorfor betingelsen for SEL § 2 A, stk. 1-3 ikke opfyldt, jf. SEL § 2 A, stk. 4. **Ingen Omkvalificering.**

3.5.2 Eksempel 2

B, D, E, F og G er alle interessentskaber hjemmehørende i Danmark og de er således ikke skattepligtige af deres indkomst, se ovenfor afsnit 3.1.1 om skattemæssig transparents. Efter at M har checket-boksen på selskaberne i både Danmark og Sverige, ændres den skattemæssige kvalifikation i USA af disse selskaber. Det ønskes således belyst hvilke danske I/S' der vil være omfattet af SEL § 2 C. Selskaberne vil, som i eksempel 1 blive behandlet enkeltvis. Det forudsættes hertil, at der i de svenske regler ikke er indsat lignende værnsregler som dem i SEL § 2 A og SEL § 2 C. De danske I/S'er har alle vedtægtsmæssigt hjemsted samt ledelsen sæde i Danmark.

B I/S, Det følger af SEL § 2 C, stk. 1 nr. 1, at de direkte ejere skal anses som de ejere behandles som et selvstændigt skattesubjekt. Det svenske aktiebolag, A, er efter svenske regler et selvstændigt skattesubjekt, men efter amerikansk skatteret bliver det behandlet som skattemæssig transparent efter

M har checket boksen på A og B. B I/S vil efter reglerne i SEL § 2 stk. 1 blive behandlet som et selvstændigt skattesubjekt da den har vedtægtsmæssigt hjemsted og ledelsens sæde i Danmark, hvis de direkte ejere med mere end 50 % af kapitalen eller stemmer, er hjemmehørende i et land, hvor B I/S behandles som et selvstændigt skattemæssigt subjekt. 90 % af kapitalen ejes af direkte ejere hjemmehørende i Sverige. Det danske I/S i Sverige behandles som transparent, er det B I/S således ikke underlagt regler i SEL § 2, C. **Ingen omkvalificering**

D I/S Modsat B I/S ejes 90 % C I/S af en svensk transparent enhed, som efter at M har checket bokset i stedet behandles i USA, som et skattemæssigt subjekt. Det følger af SEL § 2 C, stk. 9, at en udenlandsk enhed som i dette udland bliver betragtet som en transparent enhed, ikke skal anses som direkte ejer, uanset, om denne enhed opfylder betingelserne i SEL § 2 C, stk. 1. C I/S reelle ejere skal derfor anses som værende M, hvortil betingelserne for SEL § 2 C, stk. 1, at over 50 % af kapitalen eller stemmerne er ejet i land som anser D I/S som et selvstændigt skattesubjekt er opfyldt. D I/S skal således behandles som et selvstændigt skattemæssigt subjekt. **Omkvalificering**

E I/S opfylder betingelser i SEL § 2 C; over 50 % af kapitalen/stemmerne er hjemmehørende i en stat der betragter E I/S som et selvstændigt skattesubjekt, hvorfor der E I/S skal beskattes efter reglerne for selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. **Omkvalificering**

F I/S Over 50 % af kapitalen/stemmerne ejes af E I/S i Danmark. E bliver, som anført ovenfor, behandlet som et selvstændigt skattesubjekt, hvorfor der ikke vil ske omkvalificering af F I/S. Beskatningen sker således i E I/S (90 %). **Ingen Omkvalificering**

G I/S Ejers 50 % af et i USA hjemmehørende selskab og 50 % af en fysisk person bosat i Sverige. Det følger af SEL § 2 C, stk. 1 at de direkte ejere med over 50 % skal være bosat i en stat der betragter G som et selvstændigt skattesubjekt, før SEL § 2 C gælder. Dette er således ikke tilfældet, hvorfor der ikke vil ske omkvalificering efter SEL § 2 C. **Ingen omkvalificering**

3.6 Sammenfatning og vurdering

SEL §§ 2 A og 2 C indeholder regler, der har til formål at skabe overensstemmelse mellem den danske og udenlandske kvalificering af et skattesubjekt og derved reducere hyppigheden af hybride mismatches.

De danske regler er især specielle på to måder. For det første bliver den danske skattemæssige kvalifikation af et selskab mv. bestemt af den udenlandske kvalifikation og for det andet er den skattemæssige kvalifikation af et selskab mv. er løsrevet fra den selskabsretlige kvalifikation. (Bolander & Madsen, 2014)

SEL § 2 A finder anvendelse hvor et selvstændigt skattesubjekt kontrolleres af en udenlandsk ejer, som anser selskabet som en transparent enhed. Det følger af SEL § 2 A, at selskabet efter dansk skatteret ligeledes skal anses som transparent.

SEL § 2 C er herved omvendt af SEL § 2 A. I det tilfælde, hvor en transparent enhed efter én eller flere direkte udenlandske ejere anser den transparente enhed som et selvstændigt skattesubjekt, skal denne transparente enhed også efter dansk skatteret anses som et selvstændigt skattesubjekt.

Når den skattemæssige kvalificering af et selskab mv. harmonerer mellem de pågældende jurisdiktioner, så fremkommer der ikke nogen hybride enheder eller omvendte hybride enheder. Det er således kun, hvis en problemstilling ikke falder under SEL §§ 2 A og 2 C 's anvendelsesområde, at der fortsat kan være problemer med dobbeltfradrag (hvis denne ikke fanges af LL § G), fradrag uden medregning og ingen beskatning, som følge af forskellig skattemæssig selskabskvalificering.

4. Baggrunden for direktiv 2016/1164/EU og ændringsdirektivet 2017/952/EU

Flere og flere erhvervsdrivende og virksomheder opererer på tværs af landegrænserne, som følge af det indre marked i EU. Et sundt og velfungerende indre marked kræver dog at selskabsbeskatningen er fair og effektiv, herunder at virksomhederne betaler skat i det land, hvor overskuddet skabes.

Dette sikres bl.a. ved at skattereglerne på tværs af landene bliver mere ensartet, så der eksempelvis ikke opstår mismatches i systemet, som udnyttes ved aggressiv skatteplanlægning.

Direktiv 2016/1164 og ændringsdirektivet 2017/952 søger at neutraliserer disse mismatches og bekæmpe aggressiv skatteplanlægning ved at give en fælles koordineret tilgang på EU-plan.

4.1. Baggrunden for direktiverne

Direktiv 2016/1164 er som tidligere nævnt (kapitel 1) en del af en samlet pakke af foranstaltninger fra EU, som både består af lovgivningsmæssige og ikke-lovgivningsmæssige foranstaltninger og som samlet skal være med til at bekæmpe skatteundgåelse.

Direktiverne tager i høj grad udgangspunkt i OECD/G20's BEPS Project, som blev færdiggjort i november 2015. BEPS er en forkortelse for "Base Erosion and Profit Shifting" (udhuling af skattegrundlaget og overførsel af overskud) og formålet med BEPS-handlingsplanen er et internationalt samarbejde om bekæmpelse af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse. (EU-note 53 til Europaudvalgets medlemmer, Willer, 2016).

Handlingsplanen består af 15 henstillinger, som alle har fået støtte fra G20-landenes ledere. Disse henstillinger er soft law og derfor ikke retlig bindende for EU-landene og deres borgere. Der er dog en forventning om at anbefalingerne bliver implementeret af de lande, der er en del af OECD – hvilket lige nu drejer sig om 35 lande, både indenfor og udenfor EU (OECD, 2018).

En ukoordineret og ensidig implementering af BEPS-initiativet i de enkelte OECD-lande risikerer at medføre et mere fragmenteret indre marked end før, samt nye mismatches som følge af forskelligartede skatteregler. Det er heller ikke alle EU-lande, der er medlemmer af OECD og de er dermed ikke forpligtet til at implementere de 15 henstillinger.

Målet med direktivet er således at sikre en mere koordineret og ensartet gennemførelse ved at finde fælles- men fleksible- løsninger på EU-plan, som er i overensstemmelse med OECD's konklusioner vedrørende BEPS. Det fremgår også af præamblen til direktiv 2016/1164, at vedtagelsen af et EU-direktiv betragtes som det bedste redskab til gennemførelsen af OECD's konklusioner vedr. BEPS:

"Da hovedmålet for dette direktiv er at forbedre det indre markeds modstandsevne som helhed over for grænseoverskridende metoder til skatteundgåelse, kan dette ikke i tilstrækkelig grad opfyldes ved, at medlemsstaterne handler hver for sig." (Præamblen nr. 16 i direktiv 2016/1164).

Direktivet er juridisk bindende for alle medlemsstaterne, men fastlægger kun principbaserede regler, hvor selve gennemførelsen overlades til det enkelte medlemsland. Målet hermed er at skabe ensartede betingelser for et minimumsniveau af beskyttelse af alle selskabsskattesystemerne i EU (Præamblen nr. 3 i direktiv 2016/1164).

Direktivet imødekommer nogle af de mest udbredte metoder til skatteundgåelse. Det oprindelige forslag til skatteundgåelsesdirektivet indeholdte seks overordnede regler. Dette er dog blevet skåret

ned til fem i det endelige direktiv, da switch-over-klausulen endte med at blive taget helt ud som følge af stor uenighed (Bundgaard & Schmidt, 2016).

De fem regler omhandler følgende:

- 1) Begrænsning af rentebetalinger (art. 4)
- 2) Exitbeskatning (art. 5)
- 3) Generel regel om bekæmpelse af misbrug (art. 6)
- 4) CFC-beskatning (art. 7 og 8)
- 5) Hybride mismatches (art. 9)

Målet med direktivets art. 9 er at fastsætte bindende regler til at neutralisere de mismatch-situationer, der skyldes forskelle i den retlige kvalificering af et finansielt instrument eller en enhed. Dette opnås ved at den ene af de to jurisdiktioner i et mismatch situation bør nægte hhv. fradrag eller kræve medregning for en betaling, der fører til sådan et resultat.

Dette er vigtigt da hybride mismatch arrangementer har en negativ effekt på økonomisk effektivitet, konkurrence, skatteindtægter, gennemsigtighed og retfærdighed (OECD, 2012).

Ændringsdirektiv 2017/952 blev vedtaget d. 29. maj 2017 med det formål at skabe større overensstemmelse med OECD's BEPS-rapport vedrørende aktion 2 (hybride mismatches), herunder også at indeholde hybride mismatches med tredjelande og ikke kun hybride mismatches, der opstår i samspillet mellem medlemsstaternes skattesystemer. I forlængelse heraf er reglerne også blevet udvidet til at omfatte flere typer af hybride mismatches. Der er overordnet tale om fire kategorier af hybride mismatch i direktivet (præamblen nr. 15):

- 1) Hybride mismatch, der skyldes betalinger under et finansielt instrument (forskelle i karakteriseringen af instrumentet eller betalinger under det)⁸,
- 2) Hybride mismatch, der er konsekvensen af forskelle i fordelingen af betalinger til en hybrid enhed eller et fast driftssted, herunder som følge af betalinger til et tilsidesat fast driftssted,
- 3) Hybride mismatch, der skyldes betalinger fra en hybrid enhed til sin ejer, eller ansete betalinger mellem hovedkontoret og det faste driftssted eller mellem to eller flere faste driftssteder (som følge af, at betalingen eller den ansete betaling ikke anerkendes i betalingsmodtagerens jurisdiktion), og

⁸ Diskuteret ikke nærmere i dette speciale, jf. afsnit 1.2

- 4) Dobbelte fradrag som følge af betalinger foretaget af en hybrid enhed eller et fast driftssted.⁹

Målet for direktiv 2017/952 er herved at gøre det indre marked som helhed mere modstandsdygtigt over for hybride mismatch (præamblen nr. 27).

Da direktiverne (herunder reglerne om hybride enheder) i høj grad bygger på OECD's BEPS-rapporter (jf. afsnit 1.3.), så anvendes især rapporten vedrørende aktion 2 (hybride mismatches) til fortolkning af og forståelse for reglerne i direktiverne omkring hybride enheder.

4.2. Diskussion om direktivernes gyldighed

EU's bestemmelser skal altid følge subsidiaritetsprincippet – dvs. at EU kun kan handle på områder, som ikke er under EU's enekompetence, i de tilfælde hvor sådanne handlinger ikke på en tilstrækkelig vis kan afdækkes af de enkelte medlemsstater, og at disse i bedre grad vil kunne gennemføres på EU-plan. (Neergaard & Nielsen, 2016, p. 182). Spørgsmålet der derfor bør rejses er, hvorvidt direktivet følger dette princip eller om det er i strid med Maastricht-traktaten herunder subsidiaritetsprincippet.

Som beskrevet ovenfor afsnit 2 er der i dansk skatteret indsat regler om hybride enheder i SEL §§ 2 A og 2 C, som er blevet internationalt anerkendt. Hvis det således er muligt – med Danmark som foregangseksempel – for de enkelte medlemsstater at handle mod de som søger skatteundgåelse på en sådan vis, må det herved, efter subsidiaritetsprincippet, være op til de enkelte medlemsstater at indfører sådanne regler, hvorfor det derfor ikke skal gennemføres på EU-plan. (Ginevra, 2017).

Det fremgår af præamblen nr. 27 i ændringsdirektivet 2017/952, at EU ikke mener, at målet med direktivet i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne. Dette begrundes med, at det ved at overlade denne til medlemsstaterne, ville medføre ineffektivitet samt forvridninger medlemsstaterne imellem.

I forslagsdirektivet argumenterer EU-Kommissionen endvidere, at *“Hvis målet er at nå til enighed om løsninger, der fungerer for det indre marked som helhed (bl.a. fjerne de uoverensstemmelser, der følger af forskelle i nationale skattesystemer) og øger dets (interne og eksterne) modstandsdygtighed over for aggressiv skatteplanlægning, er den bedste vej frem at vedtage koordinerede foranstaltninger på EU-plan.”* (COM(2016) 26 Final, af Europa-Kommissionen, 2016).

⁹ Kategori 1 og 2 diskuteres ikke nærmere i dette speciale, jf. afsnit 1.2. Kategori 3 og 4 analyseres i kapitel 5, men afgrænses til alene at fokusere på det der omfatter hybride enheder og ikke faste driftsteder, jf. afsnit 1.2.

Subsidiaritetsprincippet og proportionalitetsprincippet¹⁰ er blevet anfægtet af flere lande herunder Luxembourg, Sverige og Nederlandene. De påpeger bl.a., at beskatningen er overladt til den enkelte suveræne stat og det således ikke er inden for EU's område. Hertil påpeger de, at EU's argumentation for direktivets overholdelse af subsidiaritetsprincippet ikke er tilstrækkeligt og det herved går imod subsidiaritetsprincippet. Den svenske Riksdag argumenterer, at direktivet ikke indeholder klare nok instruktioner der sikrer, at medlemslandene indfører de fornødne værnsregler, hvori den svenske Riksdag således udleder, at EU's argumentation for at problemstillingen vedr. hybride mismatches bedst vil kunne imødekommes på EU plan ikke er opfyldt. Luxembourg har tidligere været i modvind for deres andel af selskabers skatteudnyttelse. Nederlandenes skattesystem har ligeledes givet anledning til international debat. Størstedelen af de penge der bliver sendt i skattely går gennem Nederlandene. Deres bias er derfor ikke til at overse. Sveriges argumentation for den ufuldstændige instruktion er dermed det der ville kunne finde en vis gehør.

EU valgte dog at tilsidesætte dette og vedtog, som tidligere anført hhv. 2016/1164 og senere ændringsdirektiver 2017/952.

4.3. Sammenfatning og vurdering

Reglerne vedr. hybride mismatches findes i ændringsdirektivets art. 1, nr. 4 og 5, som ændrer art. 9, 9a og 9b i direktiv 2016/1164, og skal, som tidligere anført, sikre at der kommer en større ensartethed mellem reglerne i de forskellige EU-lande.

Derved gøres det indre marked som helhed mere modstandsdygtigt over for hybride mismatch og den aggressive skatteplanlægning, som følge af forskellig skattemæssig kvalifikation af et selskab mv. begrænses.

EU-landene har indtil 31/12-2019 til at vedtage og offentliggøre de nationale love, der skal opfylde målet med direktivet. Dog skal reglerne omkring omvendte hybride mismatches (artikel 9a) først være vedtaget og offentliggjort senest d. 31/12-2021.

¹⁰ Dvs. at EU-reglernes indvirkninger skal virkeliggøre sine mål uden at gå ud over disse og derved have utilsigtede indvirkninger, samt at reglerne ellers skal forfølge et lovligt formål (Nielsen & Tvarnø, 2014, p. 136) (sag C189/01 præmis 81, C-331/88 og præmis 13).

5. Analyse af reglerne angående hybride enheder i direktiverne

Et hybridt mismatch er, som tidligere nævnt (afsnit 1.4), et mismatchresultat, der opstår mellem tilknyttede selskaber, mellem et skattesubjekt og et tilknyttet selskab, mellem hovedkontoret og det faste driftssted, mellem to eller flere faste driftssteder af samme enhed eller i forbindelse med et struktureret arrangement. Dette kan enten opstå som følge af dobbelt fradrag eller fradrag uden medregning.

Derudover kan der være tilfælde, hvor der helt undgås beskatning, som følge af den skattemæssige selskabskvalifikation i forskellige lande. Dette er tilfældet ved omvendte hybride enheder. Disse kan dog også føre til fradrag uden medregning.

Reglerne omkring hybride mismatches findes i direktivets artikel 9 – 9b. Fokus i denne afhandling ligger, som tidligere nævnt, på de regler, der kommer som følge af hybride enheder (nærmere afgrænset til art. 9, stk. 1, 2 og 4, litra a samt art. 9a). Dog vil de øvrige regler omkring hybride mismatches også blive medtaget i indeværende afsnit, da det vurderes at vigtigt for den samlede forståelse herfor. Det er dog kun de specifikke regler om hybride enheder, der vil blive medtaget i senere afsnit, hvor reglerne sammenholdes med de gældende danske regler.

Reglerne omkring hybride mismatches vil blive analyseret i følgende rækkefølge:

- 1) Dobbelt fradrag
 - a. Hybride enheder og udenlandske filialer – artikel 9, stk. 1
 - b. Dobbelt hjemmehørende personer – artikel 9b
- 2) Fradrag uden medregning
 - a. Hybride enheder og udenlandske filialer – artikel 9, stk. 2 (og stk. 4, litra a)
 - b. Omvendte hybride enheder – artikel 9a
 - c. Importerede mismatches – artikel 9, stk. 3
 - d. Tilsidesat fast driftssted – artikel 9, stk. 5

Da det af præamblen i ændringsdirektivet 2017/952 nr. 28 fremgår, at medlemsstaterne bør anvende relevante forklaringer og eksempler i BEPS rapporten om hybride mismatches som kilde til fortolkning, så vil denne også i høj grad anvendes til at få forståelse for direktivets regler og definitioner.

5.1. Anvendelsesområde og undtagelser

Reglerne om hybride mismatches findes i artikel 9, 9a og 9b (ændringsdirektivets art. 1, nr. 4 og 5, der ændrer artikel 9, 9a og 9b i direktiv 2016/1164), hvor artikel 9 omhandler hybride mismatches, artikel 9a omhandler omvendte hybride mismatches og artikel 9b omhandler mismatches mellem skattemæssige hjemsteder (dobbelt hjemmehørende personer). De tilsvarende regler i BEPS rapport om hybride mismatches (OECD, 2015a) findes anbefaling 3-8.

Artikel 9a finder anvendelse på alle enheder, der behandles som transparente i skattemæssig henseende af en medlemsstat, jf. art 1.

Artikel 9 og 9b finder anvendelse på alle skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en eller flere medlemsstater, herunder faste driftssteder i en eller flere medlemsstater for enheder, der er skattemæssigt hjemmehørende i et tredjeland, jf. art 1

5.1.1. Betingelser for at reglerne finder anvendelse

Bestemmelserne om hybride mismatches finder ikke anvendelse, hvis det pågældende mismatchresultat ikke opstår mellem tilknyttede selskaber, mellem et skattesubjekt og et tilknyttet selskab, mellem hovedkontoret og det faste driftssted, mellem to eller flere faste driftssteder af samme enhed eller i forbindelse med et struktureret arrangement, da det så ikke betragtes som et hybridt mismatch, jf. ændringsdirektivets art. 1, nr. 2, som ændrer art. 2, nr. 9, andet afsnit, litra c i direktiv 2016/1164.

Det er derfor essentielt at fastslå, hvad der forstås ved tilknyttede selskaber (omtales som 'samme kontrolgruppe' i BEPS rapporten) og strukturerede arrangementer.

5.1.1.1 Tilknyttede selskaber (samme kontrolgruppe)

Tilknyttede selskaber defineres i direktiv 2016/1164, art. 2, nr. 4 (sammenholdt med ændringsdirektivets art. 1, nr. 2, der ændrer art. 2, nr. 4, sidste afsnit i direktiv 2016/1164), som;

- a) *"en enhed, hvor skattesubjektet har direkte eller indirekte interesse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25 % eller mere eller har ret til at modtage 25 % eller mere af overskuddet i denne enhed*
- b) *en enkeltperson eller enhed, som har direkte eller interesse i et skattesubjekt i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25 % eller mere eller har ret til at modtage 25 % eller mere af skattesubjektets overskud.*

Hvis en enkeltperson eller enhed har direkte eller indirekte interesse i et skattesubjekt og en eller flere enheder på 25 % eller mere, anses alle berørte enheder, herunder skattesubjektet, for tilknyttede selskaber.

Med henblik på artikel 9 og 9a gælder følgende:

- a) Hvis mismatchresultatet opstår i henhold til denne artikels nr. 9), første afsnit, litra b), c), d), e) eller g), eller når en tilpasning er påkrævet i medfør af artikel 9, stk. 3, eller artikel 9a, ændres definitionen af tilknyttet selskab, således at kravet om 25 % erstattes af et krav om 50 %.*
- b) En person, der handler sammen med en anden person for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af en enhed, skal anses som indehaver af deltagelse i alle stemmerettigheder eller hele kapitalen i den pågældende enhed, der er ejet af en anden person.*
- c) Ved et tilknyttet selskab forstås også en enhed, der er del af samme konsoliderede koncern i regnskabsmæssig henseende som skattesubjektet, et selskab, hvor skattesubjektet har en væsentlig indflydelse på ledelsen, eller et selskab, som har en væsentlig indflydelse på ledelsen af skattesubjektet”*

Ved opgørelsen over tilknyttede selskaber, tages både direkte og indirekte kapitalejerskab, stemmerettigheder og ret til andel af overskuddet i betragtning. Med hensyn til reglerne om hybride enheder i artikel 9, stk. 1 og reglerne om omvendte hybride enheder i artikel 9a, så skal der være tale om 50% eller mere, før parterne bliver betragtet som tilknyttede selskaber.

Med hensyn til reglerne om hybride enheder i artikel 9, stk. 1 og reglerne om omvendte hybride enheder i artikel 9a, er der ligeledes tale om tilknyttede selskaber, hvis de er en del af samme konsoliderede koncern i regnskabsmæssig henseende, hvis der er væsentlig indflydelse på ledelsen samt hvis de 'handler sammen'.

I BEPS rapport om hybride mismatches (OECD, 2015a) defineres det 'at handle sammen' nærmere i kapitel 11. To personer anses for 'at handle sammen', hvis mindst én af følgende betingelser er opfyldt:

- De er i samme familie (her medregnes den fysiske persons ægtefælle, deres forældre, bedsteforældre, børn og børnebørn samt søskende, inklusiv adopterede personer og stedsøskende)¹¹
- Den ene person er bundet til at tiltræde den andens persons beslutninger eller det kan godtgøres at den første person forventes eller oftest træffer sine beslutningen på foranledning af den andens instruktioner.
- De indgår en aftale vedrørende hinandens rettigheder, der har en væsentlig indflydelse på værdien af eller kontrollen over disse (skal fange transaktioner mellem ellers urelaterede skatteydere).
 - I det tilfælde, hvor eksempelvis en advokat holder disse rettigheder for sin klient, så vil rettighederne anses som holdes af denne advokat, medmindre det kan godtgøres, at dette alene sker i forbindelse med et almindeligt advokat-klientforhold. (OECD, 2015a, p. 117, pkt. 378)
- Deres interesser varetages af den samme fysiske eller juridiske person eller gruppe af fysiske eller juridiske personer.

(OECD, 2015a, p. 113)

Når to eller flere juridiske personer går sammen om at eje eller kontrollere et selskab, og derved 'handler sammen', så vil deres ejerskab blive betragtet samlet (OECD, 2015a, p. 113).

En juridisk person kan få effektiv kontrol over en anden person, hvis førstnævnte person har en væsentlig indflydelse på ledelsen, f.eks. retten til at udnævne ledelsesmedlemmerne. Derfor tages dette også med i betragtningen ved tilknyttede selskaber. Det er ligeledes gældende, hvis en tredjepart har effektiv kontrol over dem begge.

To juridiske personer anses, efter BEPS rapport om hybride mismatches, for at være i samme kontrolgruppe (dvs. tilknyttede selskaber), hvis én af følgende betingelser er opfyldt;

- De indgår i det samme konsoliderede regnskab
- Den ene har effektiv kontrol over den anden eller en tredjepart har effektiv kontrol over dem begge

¹¹ Det følger hertil af pkt. 399. s. 126, at medlemsstaterne skal sikre, at disse familiemedlemmers andele skal indgå i opgørelsen.

- Denne ene ejer mindst 50% i den anden eller der er tredjepart, der ejer mindst 50 % i dem begge.

(OECD, 2015a, p. 113)

5.1.1.2. *Struktureret arrangement*

Et struktureret arrangement defineres i ændringsdirektivets art. 1, nr. 2, der ændrer art. 2, nr. 11 i direktiv 2016/1164 som; ”et arrangement, der indebærer et hybridt mismatch, hvor mismatchresultatet er prissat i vilkårene for det pågældende arrangement, eller et arrangement, der er udformet med henblik på at frembringe et hybridt mismatch, medmindre skattesubjektet eller et tilknyttet selskab ikke med rimelighed kunne forventes at være bekendt med det hybride mismatch og ikke får del i værdien af den skattefordel, der følger af det hybride mismatch.”

Dette defineres mere i dybden i BEPS rapport om hybride mismatches, kapitel 10.

Et struktureret arrangement er her defineret som ethvert arrangement, hvor et hybridt mismatch er prisfastsat i betingelserne for det givne arrangement, eller hvor forholdene bag arrangementet indikerer at hensigten bag designet er at oprette et hybridt mismatch. (OECD, 2015a, p. 105).

Af forhold der kan indikere at hensigten bag designet af strukturen har været at oprette et hybridt mismatch nævnes;

- Et arrangement der er designet til eller som er en del af et design til at oprette et hybridt mismatch.
- Et arrangement der er indopereret i en aftale, et element eller transaktion brugt til at oprette et hybridt mismatch.
- Et arrangement der enten helt eller delvis er tilrettelagt som et skattefordel-produkt hvor dele eller hele skattefordelen hidrører fra et hybridt mismatch.
- Et arrangement der primært er tilrettelagt for skatteyderen i en stat hvor den hybride mismatch opstår.
- Et arrangement der indeholder funktioner som ændrer vilkårene i arrangementet, herunder dets afkast, i det tilfælde hvor et hybridt mismatch ikke længere er muligt.
- Et arrangement der vil give et negativt afkast, hvis der ikke var et hybridt mismatch.

Undersøgelse af arrangementet

For at undersøge om der er tale om et struktureret arrangement skal der foretages et objektiv test af arrangementet – herunder en objektiv vurdering af, om arrangementet er struktureret på en sådan måde, at det frembringer et mismatch. Det er således uden betydning om det var intentionen bag strukturen at oprette sådan et mismatch.

Der lægges i BEPS rapporten vægt på, at medlemsstaternes skattemyndigheder skal undersøge forholdene ved et hybridt mismatch i sin helhed og således ikke kun på enkelt stående transaktionsniveau. Myndighederne skal undersøge om det hybride mismatch er prisfastsat i de betingelser eller vilkår der foreligger for det hybride mismatch eller om der er fakta eller omstændigheder der på anden vis indikerer at arrangementet er designet med henblik på at skabe et hybridt mismatch (OECD, 2015a, p. 106, pkt. 321-322).

Prisfastsat i betingelserne

Hvis et hybridt mismatch var indregnet i det forventede afkast i et arrangement, vil det herved have været prisfastsat i betingelserne eller vilkårene i arrangementet. Der bør således foretages en undersøgelse herfor, for at undersøge om de vilkår der ligger bag en given aftale, er blevet påvirket af at der eksisterer et hybridt mismatch. Dette kunne være om en aftale mellem to parter ville have været anderledes i det tilfælde, hvor der ikke eksisterede et hybridt mismatch. Relationen mellem de to parter er ikke i sig selv relevant, men mere de faktiske forhold i selve aftalen. (OECD, 2015a, p. 106-107, pkt. 323-325). Dette vil i højere grad være en relevant undersøgelse ved finansielle instrumenter. Der henvises herfor til en fyldestgørende redegørelse i BEPS rapporten kap. 10.

Fakta og omstændigheder i et arrangement der kan indikere et struktureret arrangement

Undersøgelsen af de fakta og omstændigheder i et arrangement der kan indikere, at arrangementet er designet med henblik på at skabe et hybridt mismatch, søger bredere ud end undersøgelsen af betingelserne som beskrevet ovenfor. I denne undersøgelse, skal relationerne mellem parterne tages i betragtning, ligesom de forhold som arrangementet er indgået under - hertil de beslutninger og transaktioner - som er blevet foretaget for at frembringe det hybride mismatch skal tages betragtning. I det tilfælde, hvor et arrangement ligeledes giver en kommerciel fordel, skal det fortsat betragtes som et struktureret arrangement, hvis en velinformeret objektiv tredjemand på baggrund af alle forholdene vil konkludere, at arrangementet er designet med henblik på at skabe et hybrid mismatch (OECD, 2015a, p. 107, pkt. 326).

En liste af de faktorer som bør tages i betragtning, som indledningsvis beskrevet ovenfor i indeværende afsnit er ikke en fyldestgørende liste og der kan således være andre faktorer eller forhold, der kan indikere, at en given struktur er opstået eller designet med henblik på at skabe et hybrid mismatch. Disse forhold, som ligeledes beskrevet i rapportens kap. 10, vil i det følgende beskrives yderligere.

Et arrangement der er designet til eller som er en del af et design til at oprette et hybrid mismatch.

Et arrangement vil anses som værende en del af et design til at oprette et hybridt mismatch, hvis en fysisk person eller juridisk person, der har indflydelse i arrangementet der forud for at det hybride mismatch opstod var klar over at det hybride mismatch ville opstå. Det kunne eksempelvis være en revisor, skatterådgiver m.v., som har bidraget med rådgivning. Ved sådan rådgivning, hvori det er blevet fremført, skriftlig som mundtligt, at designet vil give anledning til et hybridt mismatch, vil det i så fald skulle kvalificeres som et struktureret arrangement. (OECD, 2015a, p. 108, pkt. 330-332).

Et arrangement der er indopereret i en aftale, et element eller transaktion brugt til at oprette et hybridt mismatch.

Et arrangement vil ligeledes anses som værende struktureret, hvis en aftale, element eller en transaktion er foretaget for at opnå det hybride mismatch. Disse skal anses som værende indsat for at oprette et hybridt mismatch, hvis dette mismatch ikke ville være opstået foruden de faktorer og hvor der ikke ligger en forretningsmæssig begrundelse bag dem. Der bør, hvor en af faktorerne er forretningsmæssigt begrundet og som samtidigt danner et hybridt mismatch overvejes, om der kunne have været foretaget alternativer herfor, som derved kunne have undgået at hidfører det hybride mismatch, men samtidigt kunne have opnået de samme forretningsmæssige mål. Målet heri er at sikre, at en skatteyder ikke søger at træffe en beslutning der hidfører et hybridt mismatch underdække af forretningsmæssige beslutninger, hvis det hybride mismatch kunne være undgået. (OECD, 2015a, p. 108-109, pkt. 333-334).

Et arrangement der enten helt eller delvis er tilrettelagt som et skattefordel-produkt hvor dele eller hele skattefordelen hidrører fra et hybridt mismatch.

Hvis der er skriftlig eller mundtligt kommunikation mellem en eller flere parter, herunder potentielle parter, der har beskrevet den eller de potentielle skattefordele de ville kunne opnå gennem det givne arrangement, så skal det anses som værende et struktureret arrangement. Det er ikke nødvendigt, at

der i dette kommunikationsmateriale er beskrevet eller anført eksistensen af det potentielle hybrid mismatch. (OECD, 2015a, p. 109, pkt. 335)

Hvis der ikke foreligger sådant materiale skal arrangementet stadig anses som et struktureret arrangement, hvis det i praksis er rettet mod skatteydere der ville kunne opnå en fordel af det hybride mismatch. Det er hertil ikke relevant, hvis det givne arrangement ligeledes er henvendt til parter som ikke ville opnå en skattefordel. (OECD, 2015a, p. 109, pkt. 335-336)

Et arrangement der vil give et negativt afkast, hvis der ikke var et hybridt mismatch

Hvis det af forholdene viser sig, at et arrangement ville give underskud eller anden måde være en dårlig økonomisk beslutning at indgå i, hvis dette arrangement var foruden et hybridt mismatch, vil det ligeledes tale for et struktureret arrangement. Dette hører ligeledes ind under en faktor der kan være prisfastsat i vilkårene, som beskrevet ovenfor. (OECD, 2015a, p. 110, pkt. 340)

Deltagere der ikke er omfattet af strukturerede arrangementer

En deltager vil anses som værende en del af et strukturerede arrangement, hvis deltageren har en tilstrækkelig indflydelse på arrangementet og hertil har en forståelse for hvordan arrangementet er struktureret og her kendskab til dennes skattemæssige konsekvenser.

En skatteyder vil ikke anses som værende en del af et struktureret arrangement, hvis hverken skatteyderen eller deltagere i dennes kontrolgruppe (se definitionen om kontrolgruppe ovenfor afsnit 5.1.1.1.), kan forventes at have kendskab til det hybride mismatch og ikke får andel af den skattefordel, som hidrører fra det hybride mismatch (OECD, 2015a, p. 105).

En skatteyder, som har kendskab til et hybridt mismatch og som er deltager i et sådant arrangement vil således være underlagt reglerne i direktivet, hvis skatteyderen eller en af dennes meddeltagere inden for samme kontrolgruppe samtidigt får en skattefordel af mismatchet.

Hovedformålet med de hybride mismatch regler er neutralisere mismatches, og det er derfor ikke relevant i hvilket omfang det godtgøres at en deltager har draget fordel af et hybridt mismatch, eller om deltageren overhovedet har draget fordel af mismatchet, for at de relevante myndigheder vil kunne kræve mismatchet neutraliseret.

5.2. Dobbelt fradrag (DD outcome)

Ved dobbelt fradrag forstås; ”et fradrag af samme betaling, udgifter eller tab i den jurisdiktion, hvor betalingen har sit udspring, udgifterne er pådraget eller tabene er lidt (betalerens jurisdiktion) og investor i en anden jurisdiktion (investorens jurisdiktion). I forbindelse med en betaling fra en hybrid enhed eller et fast driftssted er betalerens jurisdiktion den jurisdiktion, hvor den hybride enhed eller det faste driftssted er etableret eller beliggende”, jf. ændringsdirektivets art. 1, nr. 2, der ændrer art. 2, tredje afsnit, litra b i direktiv 2016/1164.

En betaling kan resultere i et dobbeltfradrag, når en skatteyder laver denne betaling gennem en grænseoverskridende struktur. Dette kan f.eks. være en hybrid enhed, en udenlandsk filial eller et skattesubjekt, der er hjemmehørende i flere jurisdiktioner.

Dette betyder at;

- a) udgiften medregnes i skatteyderens nettoindkomst iht. lovgivningen i to eller flere jurisdiktioner, eller
- b) i tilfælde af at betalingen er foretaget af en hybrid enhed, der behandles som transparent af en af sine investorer, så betragtes betalingen også som fradragsberettiget ved beregning af investorens nettoindkomst.

Det skattemæssige problem opstår, når lovgivningen i begge jurisdiktioner tillader, at fradraget kan modregnes i indkomst, som ikke betragtes som indkomst i den anden jurisdiktion (dvs. ikke er dobbelt medregnet indkomst). Hvis det dobbelte fradrag modregnes i indkomst, der er dobbelt medregnet indkomst, så opstår der ikke noget mismatchresultat.

Ovenstående følger af anbefaling 6 i BEPS rapport om hybride mismatches (OECD, 2015a). Hybride enheder og udenlandske filialer (punkt b ovenfor) findes i anbefaling 6, mens dobbelt hjemmehørende personer/enheder findes i anbefaling 7.

5.2.1. Hybride enheder og udenlandske filialer

En hybrid enhed defineres som en enhed, der anses som en skattepligtig enhed i én jurisdiktion, men som en transparent enhed i en anden, jf. tidligere i afsnit 1.4.

Regel og betingelser:

Såfremt et hybridt mismatch fører til et dobbelt fradrag, så skal fradraget nægtes i den medlemsstat, der er investorens jurisdiktion. Hvis dette ikke nægtes, så skal fradraget nægtes i betalerens jurisdiktion, jf. ændringsdirektivets art. 1, nr. 4, der ændrer art. 9, stk. 1 i direktiv 2016/1164.

Førstnævnte omtales som hovedreglen, mens sidstnævnte omtales som den sekundære regel, som skal sikre at det hybride mismatch stadigvæk bliver neutraliseret, selvom hovedreglen ikke finder anvendelse (jf. præamblen nr. 24 i direktiv 2017/952).

Der vil som tidligere nævnt ikke opstå noget mismatchresultat, såfremt fradraget modregnes i dobbelt medregnet indkomst (ændringsdirektivets artikel 1, nr. 2, der ændrer art. 2, nr. 9, andet afsnit, litra b).

Som nævnt i afsnit 5.1., skal der være tale om tilknyttede selskaber eller strukturerede arrangementer før ovenstående regler finder anvendelse.

BEPS rapport:

Anbefalingerne omkring ovenstående findes i anbefaling 6 i BEPS rapport om hybride mismatches. Disse stemmer overens med dem der fremgår af direktivet. Dog er der ingen begrænsninger ift. hovedreglen – dvs. at der her ikke er noget krav om tilknyttede selskaber eller strukturerede arrangementer før reglen bør finde anvendelse. Dette er kun tilfældet for den sekundære regel.

Yderligere fremhæves det, at ethvert fradrag som overstiger størrelsen af den dobbelt medregnede indkomst (overskydende fradrag) måske kan være kvalificeret til at blive modregnet i dobbelt medregnet indkomst i en anden periode, da reglerne ikke har til hensigt at påvirke periodiseringen ift. indregningen. Hvis fradraget nægtes i begge jurisdiktioner, kan det overskydende fradrag måske accepteres, og modregnes i ikke-dobbelt medregnet indkomst, i det omfang skatteyderne kan godtgøre, til skattemyndighedernes tilfredshed, at det overskydende fradrag ikke kan modregnes i nogen anden indkomst iht. lovgivningen i den anden jurisdiktion, som ikke er dobbelt medregnet indkomst, for at forhindre ”fastkørte tab”/”stranded losses”. (OECD, 2015a, pp. 72–73)

Reglen finder kun anvendelse såfremt den fradragsberettigede betaling er foretaget af en hybrid betaler – dvs. når en fradragsberettiget betaling i én jurisdiktion (betalerens jurisdiktion) udløser et dobbeltfradrag i en anden jurisdiktion (investorens jurisdiktion), fordi:

- 1) Betaleren er hjemmehørende i investorens jurisdiktion (dvs. at udgifterne er afholdt via en filial), eller
- 2) En investor i investorens jurisdiktion påberåber sig et fradrag for samme betaling (dvs. at udgifterne er afholdt af en hybrid enhed, der behandles som transparent iht. lovgivningen i investorens jurisdiktion).

5.2.2. Dobbelt hjemmehørende personer (mismatch mellem skattemæssige hjemsteder)

Regel og betingelser:

Denne regel er relevant, når et skattesubjekt i skattemæssig henseende er hjemmehørende i to eller flere jurisdiktioner. En person bør behandles som hjemmehørende i en jurisdiktion i skattemæssig henseende, hvis personen kvalificeres som skattemæssig hjemmehørende eller er skattepligtig i denne jurisdiktion af deres globalindkomst (OECD, 2015a, p. 80) – dvs. er fuld skattepligtig.

Såfremt et fradrag for betaling, udgifter eller tab af dette skattesubjekt er fradragsberettiget i beskatningsgrundlaget i begge jurisdiktioner, så er følgende gældende;

- 1) Hvis kun den ene jurisdiktion er en medlemsstat, skal medlemsstaten nægte fradrag, i det omfang den anden jurisdiktion giver mulighed for, at det dobbelte fradrag modregnes i indkomst, der ikke er dobbelt medregnet indkomst
- 2) Hvis begge jurisdiktioner medlemsstater, skal den medlemsstat, hvor skattesubjektet ikke anses for hjemmehørende iht. DBO'en mellem de to medlemsstater, nægte fradrag.

Ovenstående følger af ændringsdirektivets art. 2, nr. 5, der ændrer art. 9b i direktiv 2016/1164.

Hvis det dobbelte fradrag modregnes i indkomst, der er dobbelt medregnet indkomst (dvs. er omfattet af lovgivningen i begge jurisdiktioner), så er der ikke noget mismatchresultat.¹²

Der er endvidere ikke samme begrænsninger ift. kontrol, tilknyttede selskaber og strukturerede arrangementer for denne regel. Dette skyldes at fradraget, som opstår i hver jurisdiktion, medregnes af den samme skatteyder. Det er derfor ikke en relevant sondring.

BEPS rapport:

Anbefalingerne omkring ovenstående findes i anbefaling 7 “dual resident” i BEPS rapport om hybride mismatches. Disse minder meget om dem i anbefaling 6, se ovenfor afsnit 5.2.1.1. Dog er den primære anbefaling her, at begge jurisdiktioner skal nægte fradrag for en betaling, i det omfang det medfører dobbelt fradrag. Dog kan fradragsnægtelsen i begge jurisdiktioner medfører problemer med dobbeltbeskatning i stedet for. Det nævnes derfor også at justeringen ikke bør være større end hvad der er nødvendigt for at neutralisere det hybride mismatch.

¹² Dog er der stadigvæk tale om dobbeltbeskatning af skattesubjektet (dette kan være begrænset gennem DBO og andre regler, men behandles ikke nærmere her)

Artikel 4 om skattemæssigt hjemsted i OECD's Modeloverenskomst vil mindske nogle af BEPS-problemerne ift. dobbelt hjemmehørende skattesubjekter. Det er dog ikke alle problemer, da det ikke omfatter problemer, der opstår som følge af mismatches mellem en DBO's og en national lovs definition af 'hjemmehørende' samt ikke omfatter lande, der ikke har indgået en DBO med hinanden. (OECD, 2015a, pp. 137–138). Derfor er det stadigvæk nødvendigt med en regel, der nægter dobbelt fradrag, som følge af dobbelt hjemmehørende skattesubjekter.

Artikel 4 i OECD's overenskomst opstiller en række kriterier, hvorfra det bestemmes hvilket land, der skal anses for bopælsland og hvilket land der skal anses for kildeland i tilfælde af dobbeltdomicil, altså skattesubjekter, der er hjemmehørende i to eller flere lande.

Da reglerne omkring dobbelt hjemmehørende personer ikke er i fokus i denne afhandling, jf. afsnit 1.2., vil dette dog ikke blive diskuteret nærmere her.

5.3. Fradrag uden medregning (D/NI outcome)

En betaling kan medføre fradrag uden medregning, hvis der gives fradrag for betalingen i betalerens jurisdiktion, men ikke på tilsvarende vis sker beskatning i betalingsmodtagerens jurisdiktion.

En fradragsberettiget betaling kan f.eks. medføre fradrag uden medregning, når betalingen er foretaget af en hybrid enhed, som anses som transparent af betalingsmodtagerens jurisdiktion, men som et selvstændigt skattesubjekt i betalerens jurisdiktion. Herved gives der fradrag uden at betalingen tilsvarende beskattes.

Det modsatte kan dog også være tilfældet, hvor en fradragsberettiget betaling kan medføre fradrag uden medregning, når betalingen er foretaget til en omvendt hybrid enhed, som anses som et selvstændigt skattesubjekt af investorens jurisdiktion, men som en transparent enhed i den jurisdiktion, hvor den omvendte hybride enhed er etableret. Der vil ligeledes her gives fradrag uden med medregning.

Ligesom ved dobbelt fradrag (afsnit 5.2.), så opstår det skattemæssige problem, når fradraget bliver modregnet i indkomst, der ikke er dobbelt medregnet indkomst. Såfremt dette ikke er tilfældet, så vil der ikke opstå noget mismatchresultat.

5.3.1. Hybride enheder

Regel og betingelser:

Såfremt et hybridt mismatch fører til fradrag uden medregning, så skal fradraget nægtes i den medlemsstat, der er betalerens jurisdiktion. Hvis dette ikke nægtes, så skal størrelsen af den betaling, der ellers ville give anledning til et mismatchresultat, medregnes i betalingsmodtagerens jurisdiktion, jf. ændringsdirektivets art. 1, nr. 4, der ændrer art. 9, stk. 2 i direktiv 2016/1164.

Anbefalingerne omkring ovenstående findes i anbefaling 3 i BEPS rapport om hybride mismatches. Disse er i overensstemmelse med dem, der står i direktivet. Derudover nævnes det at ethvert fradrag, som overstiger størrelsen af den dobbelt medregnede indkomst (overskydende fradrag) måske kan være kvalificeret til at blive modregnet i dobbelt medregnet indkomst i en anden periode.

Det er desuden en betingelse, at der er tale om en hybrid betaler, en tilsidesat betaling, der resulterer i et hybridt mismatch samt at parterne er i den samme kontrolgruppe eller at betalingen er opstået i forbindelse med et struktureret arrangement og skattebetaleren er en del af dette strukturerede arrangement, før reglen finder anvendelse (OECD, 2015a, p. 49). Dette gælder både for hovedreglen og den sekundære regel.

Undtagelse:

Det er ikke et krav, at betalingen skal medregnes i betalingsmodtagerens jurisdiktion, såfremt der er tale om hybride mismatches som defineret i art. 2, nr. 9, første afsnit, litra b, c, d eller f, jf. ændringsdirektivets art. 1, nr. 4, der ændrer art. 9, stk. 4, litra a i direktiv 2016/1164.

Medlemsstaterne er således ikke på pålagt at indføre den sekundære regel i art. 9, stk. 2, litra b for hybride mismatches, hvor;

- en betaling til en hybrid enhed giver anledning til fradrag uden medregning, og det pågældende mismatchresultat skyldes forskelle i fordelingen af betalinger til den hybride enhed i henhold til lovgivningen i den jurisdiktion, hvor den hybride enhed er etableret eller registreret, og jurisdiktionen for enhver person med en deltagelse i denne hybride enhed
- en betaling til en enhed med et eller flere faste driftssteder, der giver anledning til fradrag uden medregning, og det pågældende mismatchresultat skyldes forskelle i fordelingen af betalinger mellem hovedkontoret og det faste driftssted eller mellem to eller flere faste driftssteder af samme enhed i henhold til lovgivningen i de jurisdiktioner, hvor enheden opererer

- en betaling giver anledning til fradrag uden medregning som følge af en betaling til et tilsidesat fast driftssted
- en anset betaling mellem hovedkontoret og det faste driftssted eller mellem to eller flere faste driftssteder giver anledning til fradrag uden medregning, og det pågældende mismatch skyldes den omstændighed, at betalingen er tilsidesat i henhold til lovgivningen i betalingsmodtagerens jurisdiktion

Den sekundære regel finder altid anvendelse, såfremt det pågældende hybride mismatch skyldes, at betalingen er tilsidesat iht. lovgivningen i betalingsmodtagerens jurisdiktion, og betalingen er foretaget af en hybrid enhed.

Denne begrænsning for den sekundære regel fremgår ikke af anbefaling 3 i BEPS rapport om hybride mismatches.

5.3.2. Omvendte hybride enheder

En omvendt hybrid enhed ("reverse hybrid") er enhver juridisk person, der anses som en selvstændig enhed af en selskabsdeltager (efter skattereglerne hvor den eller de deltagere er hjemmehørende) og som en transparent enhed af den jurisdiktion, hvor enheden er registreret eller etableret (OECD, 2015a, p. 59).

Fradrag uden medregning kan opstå, når der laves en betaling til denne omvendte hybride enhed. Dette kan f.eks. være en rentebetaling. Betalingen vil ikke blive medregnet hos den omvendte hybride enhed, da denne behandles som transparent, men den vil heller ikke blive medregnet hos en eller flere deltagere, da den eller de behandler enheden som et selvstændigt skattesubjekt (se eksempel nedenfor). Betalingen der kan føre til fradrag uden medregning, kan enten komme fra deltageren selv eller fra en tredjeperson.

Regel og betingelser:

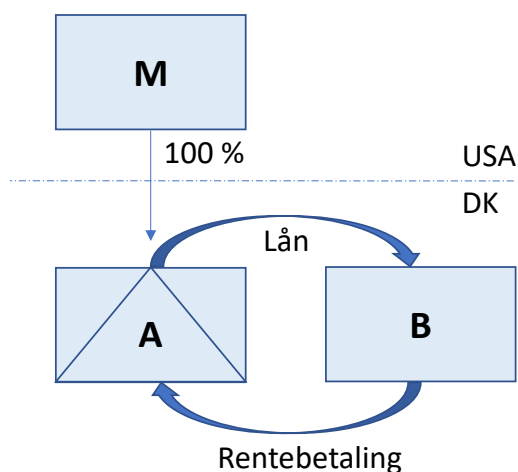
Den jurisdiktion hvori den omvendte hybride enhed er hjemmehørende skal beskatte indkomsten i det omfang indkomsten ikke allerede beskattes på anden vis i denne jurisdiktion eller i en anden jurisdiktion. Eftersom at ændringsdirektivet 2017/952 blev udarbejdet med det formål, at fastsætte regler som er i overensstemmelse med og lige så effektive som de regler, der anbefales i OECD's endelige BEPS-rapport fra 2015 vedrørende hybride mismatches, jf. præamblen nr. 5 i direktiv 2017/952, så fortolkes reglen i artikel 9a, stk. 1, således at den er i overensstemmelse med reglen i BEPS rapportens anbefaling 5.2. Herved forstås, at den hybride enhed skal omkvalificeres og hermed behandles som var det en hjemmehørende skattepligtig person (OECD, 2015a, pp. 64–65).

Ovenstående er gældende såfremt én eller flere tilknyttede ikke-hjemmehørende enheder, som sammenlagt ejer en direkte eller indirekte interesse på mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til en andel af overskuddet i den pågældende hybride enhed, er beliggende i en eller flere jurisdiktioner, der behandler den hybride enhed som en skattepligtig person (jf. ændringsdirektivets art. 1, nr. 5, der ændrer art. 9a, stk. 1 i direktiv 2016/1164).

Af dette fremgår det således, at der godt kan være tale om flere forskellige enheder/deltagere, men at disse skal være tilknyttede (defineres nærmere i direktiv 2016/1164, art. 2, nr. 4 og ændringsdirektivets art. 1, nr. 2, der ændrer art. 2, nr. 4, sidste afsnit i direktiv 2016/1164 – se desuden afsnit 5.1.1.1.). To uafhængige investorer, som begge behandler den omvendte hybride enhed som et selvstændigt skattesubjekt og hver ejer 30 %, vil således ikke opfylde betingelsen – og den omvendte hybride enhed vil dermed ikke blive omfattet af reglen, selvom 60% af investorerne behandler enheden som et selvstændigt skattesubjekt.

Det fremgår ligeledes af betingelserne, at deltagerne ikke må være hjemmehørende i samme jurisdiktion, som den omvendte hybride enhed, men godt kan ligge i flere forskellige jurisdiktioner. Både kapitalandele, stemmerettigheder og andel til overskuddet skal tages i betragtning, når ovenstående investorer skal findes. Deres interesse kan både være direkte og indirekte.

Nedenfor ses et eksempel, hvorved der kan opstå et hybridt mismatch som følge af fradrag uden medregning (fra BEPS rapporten om hybride mismatches, eksempel 4.1). Hvorvidt dette eksempel vil blive omfattet af reglen i artikel 9a, afhænger af om betingelserne ovenfor er opfyldt.



13

¹³ Af egen tilvirkning med inspiration fra BEPS (OECD, 2015a, pp. 299)

A er i eksemplet ovenfor en omvendt hybrid enhed – dvs. at den behandles som en transparent enhed i Danmark, men som et selvstændigt skattesubjekt i USA, hvor deltageren M er hjemmehørende. I eksemplet antages det, at M har et andet selskab, hjemmehørende i USA, som sammen med M ejer 100 % af A.

A modtager en rentebetaling fra B, som B har fradrag for. B er uafhængig fra både M og A.

I eksemplet vil der ikke ske medregning af rentebetalingen hos hverken A eller M. Til gengæld vil B få fradrag for hele rentebetalingen til A. Da B ikke kan anses som et tilknyttet selskab (intet ejerskab heri), så vil den således kun blive omfattet af reglen, hvis der er tale om et struktureret arrangement som defineret ovenfor afsnit 5.1.1.2, og B er en del af dette. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis lånet ikke har været på armslængdevilkår og B ikke have betalt markedsrenten, hvorved B ville opnå en fordel af det strukturerede arrangement mellem M og A, eller hvis B havde været bevidst om at betalingen ville medføre et mismatchresultat.

Undtagelse:

Reglen i art. 9a, stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis der er tale om et institut for kollektiv investering – dvs. en investeringsfond eller et institut, der er udbredt, har en diversificeret portefølje af værdipapirer og er underlagt regler for investorbeskyttelse i det land, hvor investeringsfonden eller instituttet er etableret, jf. ændringsdirektivets art. 2, nr. 5, der ændrer art. 9a, stk. 2 i 2016/1164.

Investeringsfonde m.v., vil som anført i afgrænsning ikke behandles i denne afhandling. For en mere dybdegående redegørelse for kollektive investeringsinstitutter og fordelene herved se ”*Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*” (2010, OECD)¹⁴.

BEPS rapport:

Anbefalingerne omkring omvendte hybride mismatches findes i anbefaling 4 og 5 i BEPS rapport om hybride mismatches. (OECD, 2015a, pp. 55–66). Artikel 9a, stk. 1 implementerer BEPS anbefaling 5.2, som siger at jurisdiktionen, hvor den omvendte hybride enhed er registreret eller etableret, skal anse enheden som en hjemmehørende skatteyder. Herved elimineres behovet for at anvende anbefaling 4, som nægter fradrag til betaleren, da indkomsten herved beskattes i den jurisdiktion, hvor den omvendte hybride enhed er hjemmehørende (derefter intet mismatchresultatet).

¹⁴ www.oecd.org/tax/treaties/45359261.pdf

5.3.3. Importerede mismatches (indirect D/NI outcome)

Regel og betingelser:

Importerede mismatches opstår, når virkningen af et hybridt mismatch mellem parter i tredjelande forskydes til en medlemsstats jurisdiktion ved hjælp af et ikke-hybridt instrument, jf. præamblen nr. 25 i direktiv 2017/952. På denne måde undermineres de regler, der neutraliserer hybride mismatches, hvorfor der via ændringsdirektivet er indsat en regel, der skal modvirke dette (art. 9, stk. 3).

Såfremt en betaling direkte eller indirekte finansierer fradragsberettigede udgifter, der giver anledning til et hybridt mismatch gennem en transaktion eller en række af transaktioner mellem tilknyttede selskaber, eller indgået som led i et struktureret arrangement, så skal en medlemsstat nægte fradrag for denne betaling – medmindre en af de jurisdiktioner, der er involveret i transaktionen eller rækken af transaktioner har foretaget en tilsvarende justering i forbindelse med det hybride mismatch, jf. ændringsdirektivet art. 1, nr. 4, der ændrer art. 9, stk. 3 i direktiv 2016/1164.

BEPS rapport:

Anbefalingerne omkring importerede hybride mismatches (indirect D/NI outcome) findes i anbefaling 8 i BEPS rapport om hybride mismatches.

Her defineres en importeret mismatchbetaling, som en fradragsberettiget betaling til en betalingsmodtager, som ikke er omfattet af de hybride mismatchregler.

Det anbefales at betalerens jurisdiktion anvender en regel, der nægter fradrag for enhver importeret mismatchbetaling i det omfang betalingsmodtageren modregner denne betaling i et hybridt fradrag i dennes jurisdiktion.

Reglen finder alene anvendelse, såfremt skattebetalerne er i samme kontrolgruppe, som parterne til det importerede mismatch-arrangement eller betalingen er foretaget under et struktureret arrangement og skattebetaleren er en del af dette arrangement.

Et hybridt fradrag defineres her som et fradrag som følge af:

- a) en betaling under et finansielt instrument, der resulterer i et hybridt mismatch,
- b) en tilsidesat betaling foretaget af en hybridbetaler, der resulterer i et hybridt mismatch,
- c) en betaling foretaget til en omvendt hybrid enhed, der resulterer i et hybridt mismatch, eller
- d) en betaling foretaget af en hybridbetaler eller dobbelt hjemmehørende person, der udløser et dobbeltfradrag, hvilket resulterer i et hybridt mismatch,

og omfatter et fradrag som følge af en betaling udbetalt til en hver anden person i det omfang denne person modregner denne betaling i et andet hybridt fradrag.

En betaling vil kun blive behandlet som en importeret mismatch-betaling, såfremt den både er fradragsberettigede iht. lovgivningen i betalerens jurisdiktion og giver anledning til ordinær indkomst iht. lovgivningen i betalingsmodtagerens jurisdiktion.

Det er ligeledes en betingelse, at der er en transaktion eller række af transaktioner og betalinger, der forbinder det hybride fradrag for en person med den importerede mismatchbetaling foretaget af en anden.

5.3.4. Tilsidesat fast driftssted

En situation, der involverer et skattesubjekt, hvor en betaling giver anledning til fradrag uden medregning som følge af en betaling til et tilsidesat fast driftssted, anses ligeledes som et hybridt mismatch (jf. ændringsdirektivets art. 1, nr. 2, der ændrer art. 2, nr. 9 i direktiv 2016/1164). Et tilsidesat fast driftssted defineres i ændringsdirektivets art. 1, nr. 2, der ændrer art. 2, nr. 9, tredje afsnit, litra n i direktiv 2016/1164, som; *"et arrangement, der anses for at give anledning til et fast driftssted iht. lovgivningen i hovedkontorets jurisdiktion, men ikke anses for at give anledning til et fast driftssted iht. lovgivningen i den anden jurisdiktion."*

Et tilsidesat fast driftssted kan f.eks. opstå, såfremt betingelserne for at statuere fast driftssted er forskellige i de to jurisdiktioner, og der ikke er indgået en DBO mellem de pågældende lande.

Såfremt et hybridt mismatch involverer indkomst fra et tilsidesat fast driftssted, som ikke er skattepligtigt i den medlemsstat, hvori skattesubjektet er skattemæssigt hjemmehørende, så skal denne medlemsstat kræve, at skattesubjektet medregner den indkomst, der ellers ville blive henført til det tilsidesatte faste driftssted, i sit skattegrundlag. Dette følger af ændringsdirektivets art. 2, nr. 4, der ændrer art. 9, stk. 5 i direktiv 2016/1164 og er gældende medmindre medlemsstaten er forpligtet til at fritage sådan indkomst i medfør af en DBO, der er indgået af medlemsstaten med et tredjeland.

Det følger ligeledes af præamblen i ændringsdirektivet nr. 19, at reglen om hybridt mismatch ikke bør finde anvendelse, når mismatchet under alle omstændigheder ville være opstået som følge af betalingsmodtagerens status som skattefritaget iht. lovgivningen i betalingsmodtagerens jurisdiktion.

I Danmark findes den interne hjemmel til beskatning af faste driftssteder for fysiske personer deltagelse i KSL § 2, stk. 1, nr. 4 og SEL § 2 stk. 1 for selskaber. Dog kan beskatningsretten være

tillagt et andet land via de DBO'er, som Danmark har indgået. Når det skal fastlægges, hvornår der foreligger fast driftssted, lægges der derfor vægt på det der er præciseret i disse DBO'er

I tilfælde af, at Danmark ikke har indgået en DBO med det pågældende land, kan Danmark altid beskatte, såfremt betingelserne i de interne danske regler er opfyldt.

Begrebet 'fast driftssted' er desuden fastlagt i artikel 5 i OECD's modeloverenskomst, der også har betydning for fastlæggelsen af et fast driftssted. Heraf følger det, at der ved fast driftssted forstås et fast forretningssted, hvor virksomheden helt eller delvis udøves fra. Dette præciseres yderligere i artiklen.

Da reglerne omkring tilsidesatte faste driftssteder, som beskrevet ovenfor, i højere grad vedrører det faste driftssted egentlige hjemsted m.v., vil afhandlingen ikke fokusere yderligere på denne problemstilling.

5.4. Gennemgang af eksemplerne

Fokus i eksemplerne er på reglerne omkring hybride enheder og omvendte hybride enheder (dvs. afsnit 5.2.1, afsnit 5.3.1 og afsnit 5.3.2), da de senere anvendes til at illustrere forskellene mellem de gældende danske regler og reglerne i direktiverne.

Påvirkninger i reglerne i direktivet sker på transaktionsniveau, jf. afsnit 5, medens reglerne i dansk ret sker på organisationsniveau, jf. afsnit 3.

Eksempel 1 og 2 undersøger på samme måde som i afsnit 3.5, om selskaberne vil være omfattet. Der vil i disse to eksempler ikke blive fokuseret på de enkelte transaktioner, som direktiverne ellers foreskriver, men kun på, om scenarierne vil være omfattet af reglerne.

5.4.1. Eksempel 1

Som anført ovenfor (5.1.1.) er reglerne i direktivet om hybride enheder gældende, hvis det hybride mismatch opstår i tilknyttede selskaber eller hvor betalingen sker under et struktureret arrangement og skatteyderen er del af dette struktureret arrangement. Selskaberne vil som ovenfor afsnit 3.5 blive behandlet enkeltvis.

B ApS. Det følger af som anført ovenfor afsnit 5.1.1.1, at der er kontrol over selskabet ved ejerskab på mindst 50 %. A har efter direktivets bestemmelser således kontrol, og bestemmelserne i direktivet

vil derfor finde anvendelse, da A direkte ejer 50 % af andelene i B. Det kan videre fremføres, at A skal anses for at eje 100 % af B, eftersom B's anden ejer (N der ejes af den fysiske person Z) anses som nærtstående (til ejeren af A, X) efter direktivets bestemmelser, da Z og X er søskende.

Omfattet af bestemmelserne

C ApS Er ligeledes omfattet af bestemmelser, da A ejer mindst 50 % af andelene af C. Ejeren af A kan ligeledes anses for at eje 100 % af C. Den 1 % af C, der ejes af Y, som også omfattet af begrebet nærtstående i direktivet (ægteforældres forældre), skal derfor også indgå i opgørelsen af A's (X's) andele af C. **Omfattet af bestemmelserne.**

D ApS. Indirekte ejerandele skal tælles med, jf. BEPS pkt. 361, kap. 11.b(ii). Gennem B ejer A 99% af de 40 % ejerandele i D, plus 50 % af de 25 % som B ejer af C, samlet 52,1 % ($99\% \cdot 40\% + 50\% \cdot 25\%$). Når nærtstående andele skal indgå, erindres det fra opgørelsen i B ApS og C ApS, at A skal anses for at eje 100 % af de to selskaber, hvorfor samtlige af deres andele i D skal medregnes, hvorfor den samlede opgørelse af A's andele i D udgør $25\% + 40\% = 65\%$, Selskabet er således omfattet af bestemmelserne i direktivet. **Omfattet af bestemmelserne**

E ApS Ejers af A med 20 % og N med 40 %. Der således ikke direkte kontrol fra A over E ApS. Dog anses svigerfar og svigersøn (X og Y), jf. ovenfor afsnit 5.1.1.1, som familie, hvortil deres andele skal betragtes som i samme kontrolgruppe. A skal derved anses for at eje 60 % af E ApS. E er således omfattet af bestemmelserne i direktivet. **Omfattet af bestemmelserne.**

5.4.2. Eksempel 2

Som anført ovenfor afsnit 5.3.2 finder bestemmelserne ved omvendte hybride mismatch anvendelse på transparente enheder, når mindst 50 % af kapitalen, stemmerettighederne eller retten til overskuddet i denne enhed, ejes direkte eller indirekte af ejere bosat i en eller flere stater, der anser enheden som et selvstændigt skattesubjekt.

B I/S ejes med 90 % af A I/S, der hjemmehørende i Sverige og ikke anser B I/S som et selvstændigt skattesubjekt. M, som er hjemmehørende i USA, ejer indirekte B I/S gennem A I/S og betragter B I/S

som et selvstændigt skattesubjekt efter at have checket boksen på B I/S. Det følger således af ændringsdirektivets art. 1, nr. 5, der ændrer artikel 9a i direktiv 2016/1164, at B I/S er omfattet af bestemmelserne i direktivet. Det følger dog af denne bestemmelse, at der ikke skal omkvalificering i det omfang, at der allerede sker beskatning her i landet eller i en anden jurisdiktion. Da A i Sverige er et selvstændigt skattesubjekt, vil beskatningen af B således ske der, hvorved der ikke vil ske omkvalificering af B I/S. I det tilfælde hvor A også efter svensk ret skal omkvalificeres til en transparent enhed, vil bestemmelser finde anvendelse for B I/S. **Ikke omfattet af bestemmelserne**

D I/S. M ejer 90 % af et transparent selskab hjemmehørende i Sverige, som ejer 90 af D I/S. Modsat det B I/S, vil beskatning af D I/S ikke ske i Sverige, hvorfor bestemmelserne finder anvendelse for D I/S.

Omfattet af bestemmelserne

E I/S ejes direkte af M med 90 %, hvorfor E I/S således også er underlagt bestemmelserne i direktivet.

Omfattet af bestemmelserne

F I/S er underlagt bestemmelserne i direktivet med samme argument som ved B I/S og D I/S. Det følger dog af ændringsdirektivets art. 1, nr. 5, der ændrer artikel 9a i direktiv 2016/1164, at indkomsten kun skal beskattes, i det omfang indkomsten ikke på anden vis bliver beskattet i staten eller i en anden jurisdiktion. Eftersom, at E I/S efter dansk ret bliver omkvalificeret til et selvstændigt skattesubjekt, så vil indkomsten i F I/S beskattet der og bestemmelserne vil således ikke finde anvendelse. **Ikke omfattet**

G I/S. M ejer 50 % af G, hvilket herved opfylder mindstekravet på 50 %, hvorfor G I/S ligeledes er omfattet af bestemmelser i direktivet. Som anført indledningsvis i dette afsnit, kræves det at mindst 50 % kapitalen, stemmerne eller retten til overskuddet ejes direkte eller indirekte. **Omfattet af bestemmelserne**

5.5. Sammenfatning og vurdering

Reglerne omkring hybride enheder har til formål at neutralisere effekten af hybride mismatches ved at nægte fradrag for betalingen i den ene jurisdiktion. Hvis dette ikke gøres af den pågældende jurisdiktion, så er der indsat en sekundær regel, der siger at den modsatte jurisdiktion enten skal nægte fradrag eller medregne indkomsten afhængig af om det er tale om dobbelt fradrag eller fradrag uden medregning.

Reglerne mod omvendte hybride mismatches er lidt anderledes, da fremgangsmåden her ikke er at nægte fradrag for betalingen, men at gøre den omvendte hybride enhed skattepligtig i den jurisdiktion, hvor den er etableret eller registreret – og dermed neutralisere det hybride mismatch ved at skabe overensstemmelse i den skattemæssige selskabskvalifikation. Når begge jurisdiktioner ser enheden som et selvstændigt skattesubjekt, så er der ikke længere noget problem, da der herefter kun sker beskatning i den jurisdiktion, hvor skattesubjektet er hjemmehørende.

Det fremgår hertil af direktivet, at der er tale om et hybrid mismatch, hvis dette mismatch er opstået mellem tilknyttede selskaber eller det er opstået under et struktureret arrangementet. Direktivet kræver således også neutralisering af hybride mismatch, uanset om en ejer direkte eller indirekte kontrollerer selskabet, som tilfældet er i dansk ret.

Dette leder os frem til næste kapitel, der sammenligner de danske gældende regler med reglerne i direktiverne.

6. Sammenhæng mellem direktiverne og SEL §§ 2 A og 2 C

SEL §§ 2 A og 2 C indeholder regler, der har til formål at reducere hyppigheden af hybride mismatches ved at skabe overensstemmelse mellem den danske og den udenlandske kvalificering af et skattesubjekt. Efter disse regler ændres den danske kvalifikation, således at den er i overensstemmelse med den udenlandske kvalifikation.

Det er altså ikke regler, der skal neutralisere skattekonsekvenserne, når det hybride mismatch først er opstået, som følge af forskellig skattebehandling af en betaling. Det er derfor heller ikke en betingelse for reglernes anvendelse, at der er tale om et hybridt mismatch. Der skal bare være tale om en hybrid

enhed eller omvendt hybrid enhed, og derved være mulighed for at der kan opstå et hybridt mismatch som følge heraf.

De danske regler i SEL §§ 2 A og 2 C er dermed ikke deciderede hybride mismatchregler, som defineret i BEPS rapport om hybride mismatches (OECD, 2015a, p. 63).

Reglerne i direktiverne vedrørende hybride enheder har til formål at neutralisere de hybride mismatches, når de er opstået. Hvis der f.eks. først er opstået et hybridt mismatch som følge af dobbelt fradrag, så er løsningen således at nægte fradraget i den ene jurisdiktion.

Reglerne vedrørende omvendte hybride enheder (artikel 9a), minder dog mere om de tilsvarende danske regler (SEL § 2 C), da der også her sker en omkvalificering af skattesubjektet.

I dette afsnit analyseres forskellene mellem de gældende danske regler og de nye regler i direktiverne. Disse deles op i tre dele, som analyseres hver for sig:

- 1) Regler mod dobbelt fradrag
- 2) Regler mod fradrag uden medregning – hybride enheder
- 3) Regler mod fradrag uden medregning – omvendte hybride enheder

Derved finder afhandlingen frem til, hvorvidt de danske regler bliver nødt til at blive ændret for at opfylde de minimumskrav/-mål som direktivet medfører.

6.1. Regler der skal forhindre dobbelt fradrag (DD outcome)

Reglerne der skal forhindre dobbelt fradrag som følge af hybride enheder findes i ændringsdirektivets art. 1, nr. 4, der ændrer art. 9, stk. 1 i direktiv 2016/1164. De danske regler, der forhindrer dette findes i SEL § 2 A samt LL § 5 G, der behandles separat i afsnit 6.1.4.

Som nævnt i afsnit 5.2. findes der ligeledes regler i direktivet, som skal forhindre dobbelt fradrag som følge af dobbelt hjemmehørende personer. Disse regler findes i ændringsdirektivets art. 1, nr. 5, der ændrer art. 9b i direktiv 2016/1164, men analyseres ikke nærmere i denne afhandling jf. afsnit 1.2.

6.1.1. Omfattede skattesubjekter

Begge regler finder anvendelse på hybride enheder, hvilket både omfatter fuldt skattepligtige og begrænset skattepligtige selskaber, der behandles som skattemæssigt transparente i en anden jurisdiktion (betalingsmodtagerens jurisdiktion).

6.1.2. Betingelser

Både direktivet og de danske regler kræver at selvstændigt skattesubjekt mv. behandles som en transparent enhed i en anden jurisdiktion. Forskellen fra bestemmelser i dansk ret og i direktivet er hvornår bestemmelserne skal finde anvendelse. Her nævnes både hvilke juridiske personers ejerskab der skal indgå i opgørelsen, samt hvilke elementer der skal indgå i denne opgørelse. I SEL § 2 A indgår kapitalandele og stemmerettighederne som de to elementer, medens at der i direktivet ligeledes skal indregnes retten til en andel af overskuddet som element.

Direktivet kræver at der er tale om ikke-hjemmehørende tilknyttede selskaber direkte eller indirekte interesse på mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller ret til andel af overskuddet, eller et struktureret arrangement, hvor skattebetaleren er en del af dette arrangement.

De danske regler kræver at der er tale om ikke-hjemmehørende koncernforbundne juridiske personer med kontrol efter SKL § 3 B – dvs. direkte eller indirekte ejere med mere end 50 % af kapitalen eller stemmerettighederne. Derudover finder reglen kun anvendelse, hvis den fremmede stat er Færøerne, Grønland, medlem af EU eller EØS eller har en DBO med DK.

6.1.2.1 Tilknyttede selskaber vs. koncernforbundne juridiske personer med kontrol efter SKL 3 B

Begrebet 'tilknyttede selskaber' indeholder et bredere kontrolbegreb end SKL § 3 B gør, jf. afsnit 5.1.1.1 og 3.2.1.2.1. Dette drejer sig både om selve ejerandelen, mindst 50% vs. mere end 50%, hvad der forstås ved nærtstående personer samt hvad der medregnes. Dette blev illustreret i eksempel 1, hvor B ApS ikke var omfattet af SEL § 2 A, se ovenfor afsnit 3.5.1., men var omfattet af direktivets bestemmelser, afsnit 5.4.1. Dette beskrives yderligere herunder.

Familiemedlemmers kontrol:

Det følger af SEL § 2 A, som anført ovenfor afsnit 3.2.1.2.1, at der til beregning af ejerskab af det omhandlede selskab skal medregnes direkte såvel som indirekte ejerskab fra nærtstående, som defineret i LL § 16 H, stk. 6. Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.

Det blev illustreret i eksempel 1, at denne definition af nærtstående ikke i tilstrækkelig grad opfylder det af direktivets definition, som efter BEPS rapportens pkt. 398-400, skal medregnes;

- Personens ægtefælle
- Personens søskende, børn, forældre, bedsteforældre og børnebørn (i.e. en familierelateret)

- Enhver der er familierelateret til personens ægtefælle eller ægtefælle af en familierelateret
- Adopterede personer, dog ikke i det omfang, at dette er indirekte og ikke er i lineære nedadgående række, (f.eks. en persons nevø eller niece).

(OECD, 2015a, pp. 126–127)

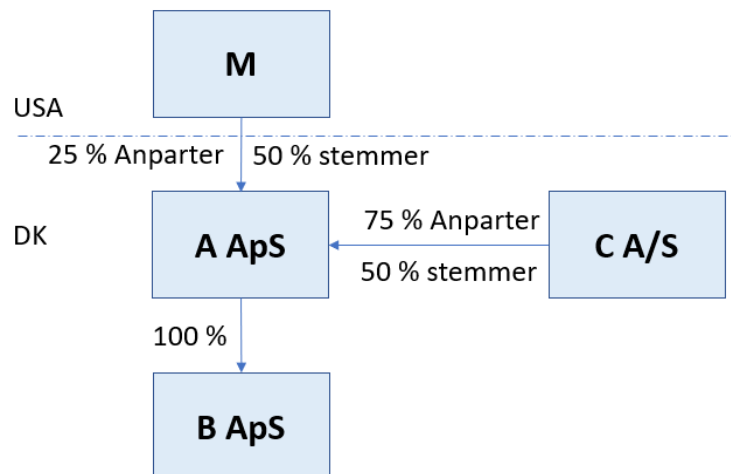
Beregning af stemmeandele:

Det følger af BEPS rapportens kapitel 11 om kontrol, at stemmeandele skal betragtes som et kontrolelement, sådan, at et selskabs stemmeandele der direkte eller indirekte udgør mindst 50 % ejes af et andet selskab skal betragtes som kontrolleret af dette andet selskab.

Efter skattekontrollovens § 3 B, stk. 2. skal der ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne. Foruden forskellen, som også anført ovenfor om kontrol, hvori det kræves over 50 % kapital- eller stemmeandele efter de danske bestemmelser, men mindst 50 % efter direktivets bestemmelser, er selve opgørelsen af de indirekte stemmeandele også forskellige.

Efter SKL § 3 B, stk. 2 skal stemmeandele som et selskab ejer gennem et mellemliggende selskab kun medregnes, såfremt selskabet har bestemmende indflydelse i det mellemliggende selskab. Direktivets opgørelse af stemmeandele skal foretages på samme måde som ved opgørelsen af kapitalandele. Dette følger af BEPS rapportens kapitel 11, hertil pkt. 361. I det tilfælde, hvor der i vedtægterne er anført forskellige kapitalklasser og at visse anparter udgør en større stemmeandel end andre, vil denne forskel i opgørelsen kunne blive udslagsgivende ift., om der vil ske omkvalificering efter SEL § 2 A.

Hvis et moderselskab, M, ejer 25 % af anparterne i A ApS, og det i vedtægterne følger, at hver af disse anparter udgør 3 stemmer, medens de resterende 75 %, der er ejet af C A/S, som er uafhængig fra M, udgør hver 1 stemme, så vil moderselskabet besidde 50 % af stemmerettighederne og herved have kontrol efter direktivets bestemmelser, hvilket hertil også vil have indflydelse på eventuelle datterselskaber, som illustreret herunder.



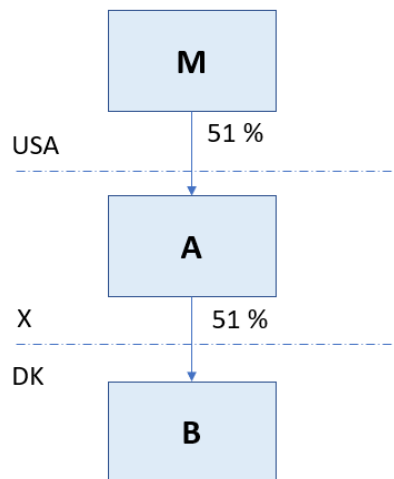
15

M, vil have kontrol over selskabet A ApS efter direktivets kontroldefinition og herved være omfattet af bestemmelserne i direktivet, men A ApS vil ikke være omfattet af SEL § 2 A, efter kontroldefinitionen i SKL 3 B, da der kun ejes 50 % af stemmerettighederne. Dette medfører ligeledes, at B ApS, der ejes 100 % af A ApS ikke vil anses som værende under kontrol af M efter de danske bestemmelser.

I den situation, hvor M checker-boksen på B ApS, så vil der således ikke ske en omkvalificering af B ApS efter de danske bestemmelser. B ApS, ville dog, som anført, blive omfattet af bestemmelserne i direktivet.

Omvendt vil de danske bestemmelser ved nedenstående situation finde anvendelse, medens bestemmelser i direktivet ikke vil finde anvendelse.

¹⁵ Af egen tilvirkning



16

Hvor M holder 51 % af stemmer i A, og hermed har kontrol, skal samtlige af A's stemmeandel i B medregnes, hvorfor M efter dansk ret skal anses for at holde 51 % af stemmerne i B.

Efter Direktivet og heri BEPS rapporten, holder M kun deres respektive andel i As stemmerettigheder i B svarende til $51\% \text{ af } 51\% = 26\%$

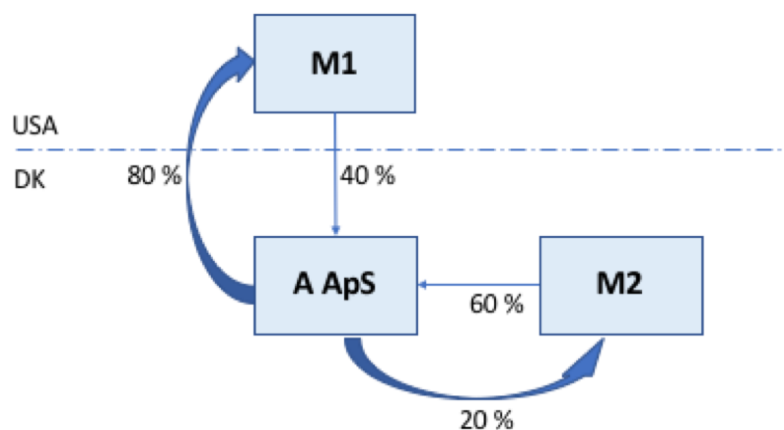
Ret til andel af overskuddet:

Det følger i ændringsdirektivet, som anført ovenfor afsnit 5.1.1.1, at 'retten til overskud' skal tages i betragtning på samme måde som kapitalandele og stemmeandele. Denne betragtning indgår ikke i SEL § 2 A.

Normalt har kapitalejerne ret til andel i kapitalselskabets overskud ift. deres ejerandel, men dette kan godt afviges, hvis andet er fastsat i vedtægterne, jf. Selskabslovens § 1, stk. 2. Det kan således i vedtægterne være bestemt at der skal være forskellige aktieklasser mht. udbytteudlodningen.

M1, hjemmehørende i USA, ejer 40 % af kapitalen og stemmerettighederne i A ApS. M2, hjemmehørende i DK, ejer de resterende 60 % af kapitalen og stemmerettighederne. Det fremgår af A ApS's vedtægter at M1's ret til andel af overskuddet er 80 %, mens M2's ret til overskuddet er 40%. M1 checker-boksen på A ApS og behandler det derfor som en transparent enhed.

¹⁶ Af egen tilvirkning



17

SEL § 2 A vil ikke finde anvendelse i ovenstående situation, da M2, der ejer 60% af kapitalen er beliggende i Danmark. Dette betyder, at der reelt er 80 % af indkomsten, der kan frembringe hybridt mismatch som følge af dobbelt fradrag eller fradrag uden medregning.

Direktivets bestemmelser vil finde anvendelse i ovenstående situation, da retten til en andel af overskuddet som anført skal indgå i betragtningen om kontrol.

6.1.2.2. *Strukturerede arrangementer*

Hvis et dobbelt fradrag opstår som følger af et struktureret arrangement, som beskrevet ovenfor afsnit 5.1.1.1, finder bestemmelserne i direktivet ligeledes anvendelse. Det er således ikke et krav, at det skal være opstået mellem tilknyttede selskaber (kontrolgruppe). I det tilfælde hvor der eksempelvis opstår et dobbeltfradrag eller fradrag uden medregning, så vil bestemmelserne i direktivet stadigvæk finde anvendelse, hvis disse er hybride mismatch er opstået som følge af et struktureret arrangement, uden at betingelser om tilknyttede selskaber er opfyldt. I de situationer hvori der opstår dobbeltfradrag eller fradrag uden medregning og at disse hybride mismatch på objektivi grundlag vurderes til at være tilrettelagt på en sådan for at de hybride mismatch netop er opstået, skal de relevante bestemmelser i direktivet finde anvendelse.

For hvad angår dobbelt fradrag, så finder reglen i LL § 5 G sted, uanset om der er kontrol efter SKL § 3 B. Efter LL § 5 G, stk. 1, 1. pkt., kan fuldt skattepligtige selskaber efter SEL § 1 m.v. ikke opnå fradrag for udgifter, der efter udenlandske skatteregler kan fradrages i indkomst, som ikke indgår ved beregning af dansk skat.

¹⁷ Af egen tilvirkning

6.1.3. Retsvirkninger

Efter SEL § 2 A omkvalificeres selskabet til en transparent enhed, således at den skattemæssige selskabskvalifikation stemmer overens med kvalifikationen i den fremmede stat, hvori selskabets investorer er hjemmehørende. Dette betyder, at der som udgangspunkt ikke sker beskatning/fradrag i Danmark. Dog behandles de enkelte ejere af det omkvalificerede selskab, som om at de har et fast driftssted i Danmark, jf. SEL § 2 A, stk. 8. Indkomst mv. hidrørende fra Danmark, vil således stadigvæk blive beskattet i Danmark, som følge af ejernes begrænsede skattepligt hertil (såfremt betingelserne i SEL § 2, stk. 1, litra a er opfyldt og der ikke er påberåbt en DBO, der fører til, at der ikke er fast driftssted i Danmark). Interne betalinger vil dog ikke længere være fradragsberettigede/skattepligtige.

Direktivets regler medfører, at fradraget skal nægtes i investorens jurisdiktion. Såfremt dette ikke nægtes, så skal fradraget nægtes i betalerens jurisdiktion.

Der er således en forskel i hvor fradraget nægtes ift. hovedreglen i direktivet. Efter de gældende danske regler, så nægtes fradraget i Danmark som kildestat (dog med beskatning efter ejernes begrænsede skattepligt), men efter hovedreglen i direktivet, så er det den jurisdiktion, hvor investoren er hjemmehørende, der skal nægte fradrag.

Selve retsvirkningerne efter SEL § 2 A opfylder dog målet med reglerne i art. 9, stk. 1, da det dobbelte fradrag forhindres ved den skattemæssige omkvalificering af selskabet. Fremgangsmåden hvorpå det dobbelte fradrag forhindres har ikke så stor betydning, da det er op til de enkelte medlemslande at bestemme hvorledes reglerne skal implementeres i national lovgivning jf. afsnit 1.3.

6.1.4. Dobbelt fradrag og LL § 5 G

Som nævnt i afsnit 2.1, så er LL § 5 G en generel fradragsbegrænsningsregel, der skal forhindre at selskaber drager utilsigtede skattemæssige fordele ved at opnå dobbelt fradrag for den samme udgift.

Såfremt et dobbelt fradrag ikke bliver omfattet af SEL § 2 A, fordi betingelserne herfor ikke er opfyldt, se ovenfor afsnit 3.2.1.2, så vil LL § 5 G stk. 1 fortsat kunne blive anvendt.

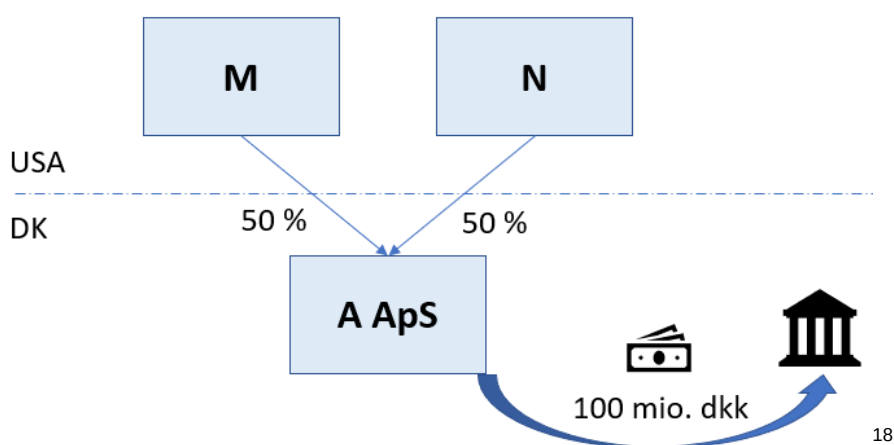
Betingelserne for at bestemmelserne i LL § 5 G finder anvendelse er, at der er tale om;

- Skattepligtige omfattet af SEL § 1, KSL § 1, DSL § 1, stk. 2 eller FBL § 1, dvs. fuldt skattepligtige selskaber og personer mv.

- Dobbelt fradrag – dvs. at udgiften både kan fradrages i Danmark og i en anden stat, men at indkomsten, som udgiften vedrører, kun beskattes i udlandet (dvs. ikke karakteriseres som dobbelt medregnet indkomst)
 - Reglen er gældende uanset om udgiften fradrages i indkomst erhvervet af skatteyderen selv eller overføres til fradrag i indkomst erhvervet af koncernforbundne selskaber mv., jf. LL § 5 G, stk. 1, 2. pkt.

Fradragsbegrænsningen efter LL § 5 G omfatter desuden alle typer af udgifter.

Eksempel på en problemstilling, der ikke ville blive omfattet af SEL § 2 A, men af LL § 5 G:



De to i USA hjemmehørende selskaber, M og N, ejer hver 50 % af det i Danmark hjemmehørende ApS. M og N har ingen aftaler om at drive A sammen og de varetager således kun deres egne interesser. M og N har checket bokset på A ApS og behandler således dette som en transparent enhed. Jf. betingelserne som anført ovenfor afsnit 3.2.1.2, så er A ApS ikke omfattet af SEL § 2 A.

A ApS fungerer som et holdingselskab og ejer flere underliggende driftsselskaber, som A ApS har lånt penge til at opkøbe og drive. De betaler hertil 100 mio. kr. i renter, som følger af lånene. Eftersom at A ApS er omfattet af SEL § 1 stk. 1 litra a og herved i Danmark betragtes som et selvstændigt skattesubjekt, kan A ApS fratrække disse renteomkostninger, jf. SL § 6 litra e.

A ApS bliver i USA betragtet som transparent. M og N fratrækker derfor ligeså deres respektive andel af renteomkostningerne, 50 mio. kr. hver.

¹⁸ Af egen tilvirkning

I denne situation, hvor SEL § 2 A ikke finder anvendelse, så vil bestemmelsen i LL § 5 G i stedet finde anvendelse, da renteudgifterne kan fradrages i indkomst, der ikke indgår ved beregning af dansk skat (A ApS har ingen øvrig indkomst, der medregnes af N og M). Derved fremkommer der et dobbelt fradrag.

6.2. Regler der skal forhindre fradrag uden medregning (D/NI outcome)

6.2.1. Hybride enheder

Reglerne der skal forhindre fradrag uden medregning som følge af hybride enheder findes i ændringsdirektivets art. 1, nr. 4, der ændrer art. 9, stk. 2 og 4, litra a i direktiv 2016/1164. De danske regler der forhindrer dette findes i SEL § 2 A.

Som nævnt i afsnit 5.3. findes der ligeledes regler i direktivet, som skal forhindre fradrag uden medregning som følge af importerede hybride mismatches og tilsidesatte faste driftssteder. Disse regler findes i ændringsdirektivets art. 1, nr. 4, der ændrer art. 9, stk. 3 og 5 i direktiv 2016/1164., men analyseres ikke nærmere i denne afhandling jf. afsnit 1.2.

6.2.1.1. Omfattede skattesubjekter

Begge regler finder ligeledes her anvendelse på hybride enheder - dvs. både fuldt skattepligtige og begrænset skattepligtige selskaber, der behandles som skattemæssigt transparente i en anden jurisdiktion.

6.2.1.2. Betingelser

Da reglerne omkring fradrag uden medregning findes samme steder, som reglerne angående dobbelt fradrag, artikel 9 i direktivet og SEL § 2 A, så er det de samme betingelserne, der er gældende, som beskrevet ovenfor afsnit 6.1.

Dette betyder, at både de danske regler og direktivet forudsætter at selskabet mv. behandles som en transparent enhed i en anden jurisdiktion, før reglerne kan finde anvendelse. Forskellen på hvilke juridiske personers ejerskab i den transparente enheder der skal indgå i beregning samt hvilke ejer der skal

Dette er, som nævnt i afsnit 6.1.2., her den væsentligste forskel mellem reglerne i direktivet og SEL § 2 A ligger.

Direktivet kræver at der er tale om ikke-hjemmehørende tilknyttede selskaber (kontrolgruppe), direkte eller indirekte interesse på mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller ret til andel af overskuddet, eller et struktureret arrangement, hvor skattebetaleren er en del af dette arrangement.

De danske regler kræver at der er tale om ikke-hjemmehørende koncernforbundne juridiske personer med kontrol efter SKL § 3 B – dvs. direkte eller indirekte ejere med mere end 50 % af kapitalen eller stemmerettighederne. Derudover finder reglen kun anvendelse, hvis den fremmede stat er medlem af EU eller EØS eller har en DBO med DK.

Da begrebet tilknyttede selskaber (kontrolgruppe) favner bredere end kontrolbegrebet efter SKL § 3 B, se nærmere diskussion heraf ovenfor afsnit 6.1.2., betyder det at der er problemstillinger, som SEL § 2 A ikke vil forhindre, men som vil blive omfattet af de nye regler i direktivet. Dette drejer sig om følgende:

- Direktivet omfatter ejere med 50% af kapitalen, stemmerettighederne eller retten til andel af overskuddet. De danske regler kræver mere end 50 % kapitalandele eller stemmerettighederne.
- Direktivet omfatter 'ret til andel af overskuddet' på lige fod med andel af kapitalen eller stemmerettighederne. Denne tages ikke med i de danske regler, da der kun ses på kapitalandele og stemmerettigheder
- Indirekte stemmeandele opgøres forskelligt afhængig af om det er efter direktivets regler eller de danske regler. Direktivets opgørelse af stemmeandele skal foretages på samme måde som ved opgørelsen af kapitalandele, mens der efter SKL § 3 B, stk., 2 kun skal medregnes stemmeandele, som et selskab ejer gennem et mellemliggende selskab, såfremt selskabet har bestemmende indflydelse i det mellemliggende selskab.
- Begrebet 'nærtstående personer' defineres bredere i direktivet end i de danske regler. Der vil således være personer, der anses som nærtstående (og dermed en del af "kontrolgruppen") i direktivet, men som ikke bliver fanget af de danske regler. Dette drejer sig især om ægtefællens relationer (forældre, bedsteforældre mv.) og øvrige nærtståendes ægtefæller.

Derudover tages strukturerede arrangementer ikke i betragtning ift. de danske regler i SEL § 2 A, ligesom det gøres i direktivet.

6.2.1.3. Retsvirkninger

Efter SEL § 2 A omkvalificeres selskabet til en transparent enhed, således at den skattemæssig selskabskvalifikation stemmer overens med kvalifikationen i den pågældende fremmede stat. Dette betyder, at de enkelte ejere af det omkvalificerede selskab, anses for at have et fast driftssted i Danmark, jf. SEL § 2 A, stk. 8. Indkomst mv. hidrørende fra Danmark, vil således stadigvæk blive beskattet i Danmark, som følge af ejernes begrænsede skattepligt hertil, såfremt betingelserne i SEL § 2, stk. 1, litra a er opfyldt og der ikke er påberåbt en DBO, der fører til, at der ikke er fast driftssted i Danmark, men interne betalinger vil ikke længere være fradragsberettigede/skattepligtige.

Direktivets regler medfører, at fradraget nægtes i betalerens jurisdiktion. Såfremt dette ikke nægtes, så skal størrelsen af den betaling, der ellers ville give anledning til et mismatchresultat, medregnes i betalingsmodtagerens jurisdiktion. Sidstnævnte er dog kun gældende såfremt der *ikke* er tale om de nærmere afgrænsede hybride mismatches som defineret i art. 2, nr. 9, første afsnit, litra b, c, d eller f, jf. art 9, stk. 4, litra a, se nærmere herom ovenfor afsnit 5.3.1. Dette betyder, at sidstnævnte sekundære regel kun er gældende, såfremt der er tale om *“en situation, der involverer et skattesubjekt, hvor en betaling foretaget af en hybrid enhed giver anledning til fradrag uden medregning, og det pågældende mismatch skyldes den omstændighed, at betalingen er tilsidesat iht. lovgivningen i betalingsmodtagerens jurisdiktion”* (art. 2, nr. 9, første afsnit, litra e).

Retsvirkningerne efter SEL § 2 A opfylder her målet med reglerne i art. 9, stk. 2, da fradraget uden medregning forhindres ved den skattemæssige omkvalificering af selskabet. Interne rentebetalinger er ikke fradragsberettigede efter omkvalificeringen af det danske selskab, da det nu også behandles som skattemæssigt transparent. Indkomst/udgifter der oppebæres af det danske selskab beskattes/fradrages efter omkvalificeringen i Danmark efter reglerne om faste driftssteder og begrænset skattepligt. Der er her overensstemmelse i hvilket land, der ender med at nægte fradrag, ift. Hovedreglen i direktivet, da begge nægter fradrag til betalerens jurisdiktion.

6.2.2. Omvendte hybride enheder

Reglerne omkring omvendte hybride enheder findes i ændringsdirektivets art. 2, nr. 5, der ændrer art. 9a i direktiv 2016/1164. De danske regler findes i SEL 2 C.

6.2.2.1. Omfattede skattesubjekter

Reglerne i direktivets art. 9a finder anvendelse på samme skattesubjekter som reglerne i SEL § 2 C – nemlig omvendte hybride enheder, der er registreret eller etableret i medlemsstaten. Dette er jf. afsnit

5.4.1. enheder mv., der behandles som transparente enheder i denne medlemsstat, men som selvstændige skattesubjekter i andre jurisdiktioner.

I Danmark omfatter dette efter nuværende regler registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde i Danmark.

De danske regler finder dog ligeledes anvendelse, selvom ejerne ikke behandler enheden mv. som et selvstændigt skattesubjekt, såfremt landene ikke har en DBO med DK, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU.

6.2.2.2. Betingelser

Både direktivets regler og de nuværende danske regler indeholder en betingelse om, at skattesubjektet skal behandles som et selvstændigt skattesubjekt af de nærmere afgrænsede ejere. Forskellen fra bestemmelser i dansk ret og i direktivet er igen hvornår bestemmelserne skal finde anvendelse. Her nævnes således igen både hvilke juridiske personernes ejerskab der skal indgå i opgørelsen, samt hvilke elementer der skal indgå i denne opgørelse. I SEL § 2 C indgår kapitalandele og stemmerettighederne som de to elementer, medens at der i direktivet ligeledes skal indregnes retten til en andel af overskuddet som element. Hertil at det er et krav til SEL 2 C, at ejerne der anser enheden som et selvstændigt skattesubjekt, skal være direkte ejere.

Betingelsen for at de danske regler finder anvendelse er, at der er tale om ikke-hjemmehørende direkte ejere som sammenlagte ejere mere end 50 % af kapitalen eller stemmerettighederne. Der er således intet krav om, at ejerne er koncernforbundne parter).

Betingelsen for at direktivets regler finder anvendelse er, at der er tale om tilknyttede ikke-hjemmehørende enheder med en direkte eller indirekte interesse på mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller ret til andel af overskuddet.

6.2.2.2.1. Direkte vs. indirekte ejere

Reglerne i direktivet omfatter både direkte og indirekte ejere, hvor de danske regler kun omfatter direkte ejere. Dette betyder, at der kan være problemstillinger, som ikke bliver omfattet af de gældende danske regler, men som vil blive fanget af de nye regler i direktivet.

Dette blev synliggjort i eksempel 2 hvor B I/S var ikke var omfattet af bestemmelser i SEL § 2 C, men var omfattet af bestemmelserne i direktivet. Se ovenfor 3.5.2 og 5.4.2.

6.2.2.2.2. 50% vs. mere end 50% samt 'ret til andel af overskuddet'

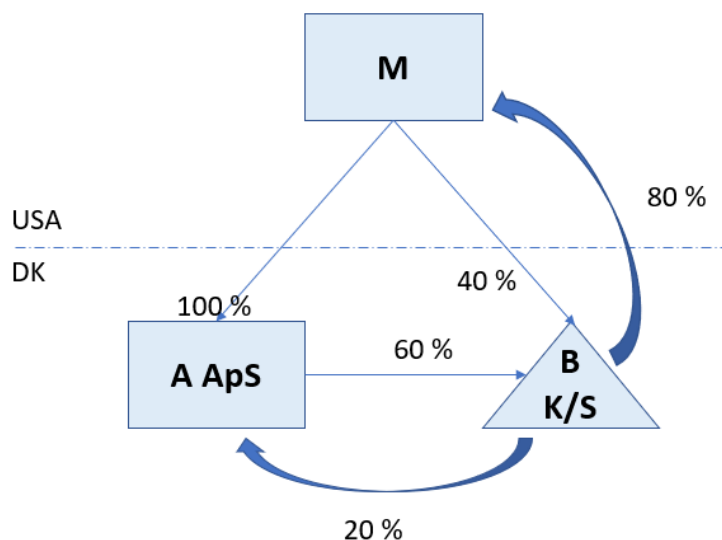
Det er en betingelse for at de danske regler finder anvendelse, at der er tale om mere end 50%, hvor direktivets regler allerede er gældende, hvis der kun er tale om 50%. Derudover omfatter de danske regler kun kapitalandele og stemmerettigheder, hvorimod direktivet også omfatter retten til en andel af overskuddet.

6.2.2.2.2.1. Ret til andel af overskuddet

Det følger i ændringsdirektivet, som anført ovenfor afsnit 5.3.2, at retten til en andel af overskud skal tages i betragtning på samme måde som kapitalandele og stemmeandele. Denne betragtning indgår ikke i SEL § 2 C.

Som anført ovenfor afsnit 3.1, er der aftalefrihed inden for personselskabsretten i Danmark og overskuddet i et personselskab med to ejere behøver således ikke at være ligeligt fordelt. Dette kan give anledning til nedenstående problemstilling.

Moderselskabet, M, hjemmehørende i USA opretter det danske A ApS. M og A opretter et dansk kommanditselskab, B K/S. A ApS indsættes som komplementar og M som kommanditist. Det fremgår i B K/S vedtægter, at A ApS andel og stemmerettigheder i B K/S er 60 % og de resterende 40 % tilhører M. Overskuddet fordeles med 20 % til A ApS og 80 % til M. M checker-boksen på B K/S.



SEL § 2 C vil således ikke fange ovenstående situation, da over 50 % af de direkte ejere er bosat i Danmark. Ud fra et skattemæssigt henseende, opstår problemet ved, at det reelt er 80 % af

¹⁹ Af egen tilvirkning

indkomsten, der ikke sker beskatning af her i landet, ligesom at der heller ikke sker beskatning hos M, da B K/S i USA bliver betragtet som et selvstændigt skattemæssigt subjekt.

Reglerne i direktivet vil som anført finde anvendelse i denne situation. Det følger hertil af ændringsdirektivets art. 1, nr. 5, stk. 1, der ændrer direktivets artikel 9a, stk. 1 (sammenholdt med BEPS rapportens anbefaling 5.2), at B K/S skal omkvalificeres, således at det behandles som et selvstændigt skattesubjekt i Danmark, hvorefter beskatningen vil ske i Danmark.

Som anført i afsnit 3.1, er der ved et fast driftssted ikke skattepligt af royalty jf. SEL § 2, stk. 1, litra g, 2. pkt. I ovenstående eksempel, ville der ved et royalty i B K/S, der genererer indtægter, således ikke ske i beskatning af denne.

Direktivet kræver således, at der sker omkvalificeringen af selskabet, sådan at der sker beskatning af royaltyindtægterne i Danmark. Ved en omkvalificering efter SEL § 2 C, vil indtægterne fra royalties blive skattepligtige, idet B I/S vil blive behandlet som et fuldt skattepligtigt selskab efter SEL § 1, stk. 1. nr. 2.

6.2.2.2.3. Tilknyttede selskaber vs. uafhængige parter

Reglerne i direktiverne kræver, at der er tale om tilknyttede selskaber, som defineret i afsnit 5.1.1.1., hvorimod de danske regler også vil finde anvendelse, hvis der er tale om uafhængige parter, da der her ikke er noget krav om at de er koncernforbundne.

Her favner de gældende danske regler således bredere end reglerne i direktivet

6.2.2.3. Retsvirkning

Både SEL § 2 C og artikel 9a i direktivet medfører, at der skal ske beskatning i den medlemsstat, hvor den omvendte hybride enhed er registreret eller etableret. Dette sker ved at enheden anses som hjemmehørende i den pågældende stat og dermed skattepligtig hertil.

Begge er således regler der har til formål at reducere hyppigheden af hybride mismatches.

Både SEL § 2 C og artikel 9a i direktivet indeholder en undtagelse for kollektive investeringsenheder, således at disse ikke er omfattet af reglerne.

6.3. Sammenfatning og vurdering

Direktivet er som tidligere nævnt et minimumsdirektiv, hvorfor Danmark gerne må have strengere regler, men som minimum skal opfylde målet med de regler, der er formuleret i direktivet. Dette er dog ikke helt tilfældet, da anvendelsesområdet for direktivet i flere tilfælde favner bredere end anvendelsesområdet for SEL §§ 2 A og 2 C.

I bilag 3, 4 og 5 kan der ses tre tabeller, der kort sammenligner de danske regler med reglerne der fremgår af direktivet. Dette giver et kortfattet overblik over de væsentligste forskelle. Bilag 3 sammenligner reglerne vedrørende dobbelt fradrag (SEL § 2 A og direktivets art. 9, stk. 1). Bilag 4 sammenligner reglerne vedrørende fradrag uden medregning (SEL § 2 A og direktivets art. 9, stk. 2). Bilag 5 sammenligner reglerne omkring omvendte hybride mismatches (SEL § 2 C og direktivets art. 9a).

Det er hovedsageligt betingelserne for at reglerne finder anvendelse, hvor der ses en væsentlig forskel mellem reglerne i direktivet og de gældende danske regler. Her er der flere tilfælde, hvor de danske værneregler ikke forhindrer de samme problemstillinger, som direktivet vil gøre. Dette skyldes, at de danske regler slet ikke vil finde anvendelse, fordi betingelserne herfor ikke er opfyldt.

Det vil således være nødvendigt at ændre de danske regler, hvis de skal vores forenelige med reglerne i direktivet, hvilket leder til næste afsnit.

7. Ændring af SEL §§ 2 A og 2 C

Som det fremgår af afsnit 6 ovenfor, så er der en række punkter, hvor de gældende danske regler ikke er ligeså omfattende, som reglerne i direktiverne. Der er således områder, hvorpå de danske regler må ændres, før de er forenelige med direktiverne.

Reglerne angående hybride mismatches (artikel 9) skal være implementeret i national lovgivning senest d. 31/12-19. Reglerne angående omvendte hybride mismatches (artikel 9a) har en forlænget implementeringsfrist og skal således først være implementeret i national lovgivning senest d. 31/12-21. I første omgang er det således reglerne i SEL § 2 A der står for skud.

I indeværende afsnit vil afhandlingen komme med forslag til hvorledes SEL §§ 2 A og 2 C bør ændres for at være forenelige med reglerne i direktiverne.

7.1. Regler der skal forhindre dobbelt fradrag og fradrag uden medregning – SEL § 2 A

De danske regler, der skal forhindre dobbelt fradrag og fradrag uden medregning, som følge af hybride enheder, findes i SEL § 2 A. Derudover findes der i LL § 5 G en generel fradragsbegrænsningsregel, som også kan finde anvendelse i tilfælde af dobbelt fradrag.

Som anført ovenfor i afsnit 6.1. og 6.2.1., så er det nødvendigt at gøre anvendelsesområdet bredere for de danske regler. Reglerne skal som minimum finde anvendelse på de samme problemstillinger, som reglerne i direktivet. Dette er ikke tilfældet, som de danske regler er formuleret nu.

Følgende bør derfor også være omfattet af de danske regler.

Ejere med 50% af kapitalen eller stemmerettighederne (og ikke kun mere end 50%):

Som anført i 3.2.1.2, er en af hovedbetingelserne for, at SEL § 2 A finder anvendelse, at det danske selskab skattemæssigt behandles som en transparent enhed i den jurisdiktion, hvori selskabet med kontrol over det danske selskab er hjemmehørende.

Kontroldefinitionen efter SKL § 3 B kræver interesser over 50 % af enten kapitalen eller stemmerettighederne, jf. SKL 3 B, stk. 2. Som anført ovenfor i afsnit 5.1.1.1., kræves der mindst 50 % af kapitalen eller stemmerettighederne efter direktivet bestemmelser. Denne forskel blev synliggjort i eksempel 1 (illustreret i bilag 1), hvor B ApS ikke blev omkvalificeret efter SEL § 2 A, da de to, i USA hjemmehørende, selskaber hver ejede 50 % af hhv. kapitalandelene og stemmerettighederne.

For hvad angår stemmerettighederne, blev det anført ovenfor i afsnit 6.1.2.1, at foruden andelen af stemmerettighederne – som efter direktivets bestemmelse, ligesom kapitalandele, skal udgøre mindst 50 %, før der er kontrol og ikke over 50 %, som kræves efter SKL § 3 B stk. 2 – så er det ligeledes nødvendigt at selve beregning af de direkte stemmeandele ændres, således at denne beregning sker på samme måde, som ved beregningen af kapitalandele. Dette blev illustreret i afsnit 6.1.2.1.

Hvor der efter gældende dansk ret kræves bestemmende indflydelse i det mellemliggende selskab før dennes stemmerettigheder medregnes, så bør stemmerettighederne i det underliggende selskab også medregnes, uanset om der er kontrol i dette mellemliggende selskab, således at et selskabs forholdsmæssige stemmeandele medregnes.

Foruden kapitalandele og stemmerettigheder, så er retten til en andel af overskuddet ligeledes et kontrolelement efter direktivets bestemmelser, som anført ovenfor afsnit 6.1.2.1. I dette afsnit er det illustreret ved et eksempel for transparente enheder, som derfor vedrører SEL § 2 C. Kontrolelementet kan dog være ligeså relevant ved kapitalselskaber, dvs. anpartsselskaber for hvad angår USA, eftersom at aktieselskaber ikke kan blive omfattet af CTB-reglerne, jf. afsnit 3.3.1.3.1. Det følger af selskabslovens § 1, stk. 1, 2. pkt., at kapitalejerne har ret til en andel i kapitalselskabets overskud i forhold til deres ejerandel, medmindre andet er fastsat i selskabets vedtægter. Hertil kan retten til en andel af overskuddet være forskelligt, hvis der efter selskabslovens § 45 er forskellige kapitalklasser.

Det følger af SKL § 3 B, stk. 2 og hertil LL § 16 H, stk. 6, at kapital- og stemmeandele fra nærtstående personer skal medregnes, når det skal fastlægges om der foreligger bestemmende indflydelse. Dette betyder at kapital- og stemmeandele, som ejes af en selskabsdeltager med hvem den personlige aktionær har en aftale om kontrollere selskabet, ligeledes skal medregnes, jf. LL § 16 H, stk. 6, 5 pkt. Et lignende element fremgår ligeledes i direktivet, hvor begrebet nærtstående yderligere er defineret i BEPS rapportens kapitel 11, som beskrevet ovenfor afsnit 5.1.1.1.

Det må forventes, at definitionen i LL § 16 H, stk. 6, 5 pkt. også vil være dækkende i de tilfælde, hvor to eller flere deltagers kapital- eller stemmeandele bliver anset samlet på baggrund af en eller flere af de elementer, der fremføres i direktivet. Der kan naturligvis hertil udarbejdes en fuldstændig redegørelse for, hvorvidt hver af de fremførte argumenter, som beskrevet i BEPS rapporten, vil blive fanget af LL § 16 H, stk. 6, 5 pkt. Det synes dog at være en unødigt indsats, da begrebet ”aftale” i LL § 16 H, stk. 6, 5 pkt. kan dække bredt. I den situation, hvor denne del af kontrolelementbestemmelsen beholdes – efter en ændring af de øvrige bestemmelser for at tilpasse dansk lovgivning til direktiverne – så må aftalebegrebet herved antages at dække de elementer, som anført i direktivet og BEPS rapporten.

Det sidste element inden for kontroldefinitionen er hvilke nærtstående parter andele, der skal medregnes ved opgørelse af kapitalandele og stemmeandele. Det er i afsnit 6.1.2.1 fremført hvilke familiemedlemmer, der skal medregnes som nærtstående i henhold til LL § 16 H, stk. 6 sammenlignet med direktivet og BEPS rapporten, samt forskellene herimellem.

Foreslåede ændringer ift. kontrol:

SEL § 2 A, stk. 4, der referer til SKL § 3 B, bør ændres således, at den påkrævede minimumsbeholdning af kapitalandele og stemmerettigheder skal udgøre mindst 50 % (og ikke over 50%). Dette kan enten ske ved en ændring af SKL § 3 B, stk. 2, eller ved at indsætte specifikke

kontroldefinitioner i SEL § 2 A. Der kan i den forbindelse fremføres argumenter for hver af disse metoder, som der nu kort vil blive redegjort for.

En ændring af SKL § 3 B vil i sagens natur påvirke oplysningspligten i SKL § 3 B, men ligeledes alle andre bestemmelser i dansk ret, der henviser til kontroldefinitionen i SKL § 3 B., herunder armslængdeprincippet efter LL § 2. Omvendt vil en EU-Domstol ved en afgørelse, for så vidt angår kontrol over et andet selskab, kunne henvise til direktivets bestemmelse således, at EU-Domstolen, som i led i sit udviklingstrin²⁰, vil benytte direktivets bestemmelser på andre skatteretlige områder. En ændring i SKL § 3 B vil således kunne imødekomme denne proces. Dog skal det her fremhæves, at der i dansk ret også er andre definitioner på kontrol, herunder KGL § 4 og SEL 31 C, som dog begge vedrører koncernforbindelse om end begge kræver mere end 50 % af kapital- eller stemmeandelen.

Det må således kræve en mere omfattende analyse af SKL § 3 B, før det kan vurderes om en ændring af SKL § 3 B vil være for omfattende og heri have utilsigtede konsekvenser.

Det vil hertil være nødvendigt, at det i forarbejderne fremhæves, at der ved opgørelsen af stemmeandele ligeledes skal medregnes stemmeandele fra mellemliggende selskaber, uanset om der er kontrol over dette mellemliggende selskab eller ej – hvis det ikke fremhæves direkte i den nye lov.

Retten til overskud skal ligeledes inddrages i ovenstående ændring, således at retten til mindst 50 % af et selskabs overskud også skal anses som et kontrolelement, på lige fod med kapital- og stemmeandele.

Der er i BEPS rapporten, som beskrevet ovenfor, lagt vægt hvilke nærtstående familiemedlemmers ejerskab i et selskab, der skal medregnes til opgørelsen for disses andele. Der kan ved en ændring af LL § 16 H, stk. 6 her foretages samme vurdering, som ved ændringen af SKL § 3 B i forhold til hvilke konsekvenser det vil få for øvrige bestemmelser i dansk ret. Det samme gælder i forhold til EU's stillingtagen til hvem, der skal medregnes som den skattepligtiges nærtstående. Derfor bør de danske myndigheder ligeledes her overveje, hvorvidt nærtstående efter LL § 16 H, stk. 5 bør ændres til at have samme rækkevidde, som de i BEPS rapporten anførte personer.

For at simplificere ændringerne i dansk ret, vil der nedenfor blive præsenteret et forslag til ændringer i SEL § 2 A, således at denne som minimum opfylder direktivets bestemmelser. En ændring af SEL § 2 A, stk. 4 vil sikre at ændringerne kun vil være gældende for SEL 2 A, og således ikke påvirke

²⁰ se ovenfor afsnit 1.3

andre bestemmelser i dansk ret. Denne afhandling kan for eksemplets skyld tjene som forarbejder, f.eks. til forståelse af, hvad der dækker over ”en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse”.

7.1.1. Ændring af SEL § 2 A, stk. 4

Lovændringsforslaget til SEL § 2 A vil blive præsenteret herunder. Stk. 1-3 samt stk. 5-10 forbliver uændret. Det er således kun SEL § 2 A, stk. 4 der foreslås en ændring af.

SEL 2 A. stk. 4, foreslås ændret fra

Stk. 4. Stk. 1-3 finder kun anvendelse, hvis de koncernforbundne juridiske personer kontrollerer selskabet m.v., jf. skattekontrollovens § 3 B, og den fremmede stat, Færøerne eller Grønland er medlem af EU eller EØS eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Til

Stk. 4. Stk. 1-3 finder kun anvendelse, hvis de koncernforbundne juridiske personer kontrollerer selskabet m.v., efter litra a, og den fremmede stat, Færøerne eller Grønland er medlem af EU eller EØS eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

a) Ved kontrol over et selskab forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mindst 50 pct. af aktiekapitalen, direkte eller indirekte rådes over mindst 50 pct. af stemmerne eller retten til overskuddet direkte eller indirekte udgør mindst 50 %. Ved bedømmelsen af, om den skattepligtige anses for at have kontrol over en juridisk person, eller om der udøves en bestemmende indflydelse over den skattepligtige af en juridisk eller fysisk person, medregnes aktier og stemmerettigheder samt rettigheder til andele af overskud, som indehaves af forbundne selskaber, jf. litra b, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. litra c, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte forbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truster stiftet af disse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af en person omfattet af kildeskattelovens § 1 eller et dødsbo omfattet af dødsboskattelovens § 1, stk. 2, i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en

fond eller trust stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående eller fonde eller truster stiftet af disse.

b) Ved forbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere ejer eller har retten til at benytte kapitalandele, stemmerettigheder samt rettigheder til andele af overskud, eller hvor der er fælles ledelse.

c) Ved nærtstående forstås ved den skattepligtige og dennes ægtefælle samt deres bedsteforældre, forældre, børn, børnebørn og søskende og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. Ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af selskabsdeltagere, med hvem den skattepligtige har en aftale om udøvelse af kontrol, eller som indehaves af et selskab eller en forening m.v. som nævnt i Ligningslovens § 2, stk. 1, 2. pkt. (transparent enhed), hvori den skattepligtige deltager, medregnes ved opgørelsen i 1. pkt.

d) I det omfang der er kontrol efter litra a i et mellemliggende selskab, skal samtlige stemmerettigheder der ejes af dette mellemliggende selskab indgå i opgørelsen i stk. 1.

7.1.2. Kommentarer til ændringerne af SEL § 2 A

Som anført ovenfor, er det i denne afhandling valgt at indsætte en modificeret kontroldefinition direkte i SEL § 2 A frem for at ændre SKL § 3 B. Henvisningen til LL § 16 H sker i de gældende danske regler gennem SKL § 3 B. I lovforslaget skulle der derfor enten være en henvisning til bestemmelserne i LL § 16 H, hvortil LL § 16 H ligeledes skulle ændres til at være forenelig med direktivet²¹, eller der skulle i det nye lovforslag indsættes en modifieret definition af nærtstående m.v. direkte i SEL § 2 A, således at LL § 16 H ikke ændres. Det er valgt, at der i lovforslagets stk. 4, 1. pkt. laves en henvisning til bestemmelsens litra a i stedet for LL § 16 H.

Litra a er opbygget på samme måde som SKL § 3 B og indeholder derudover de nødvendige ændringer i forhold til reglerne i direktiverne. 1 pkt. anfører, at der er kontrol ved en interesse på mindst 50 % af kapitalandelene, stemmerettighederne eller retten til en andel af overskuddet. Fremførslen i 1 pkt. kan fremkomme tautologisk. Begrundelsen for fremførslen er at understrege, at der ved denne kontroldefinition både skal medregnes indirekte og direkte andele for de tre elementer, og at metoden således er forskellige fra de andre kontroldefinitioner i dansk ret, herunder SKL § 3 B.

²¹ jf. ovenfor omkring nærtstående

I 2. pkt., hvori der er indsat henvisninger til bestemmelsens litra b og litra c, nævnes det hvilke andele, der skal indgå i opgørelsen til 1. pkt. – herunder forbundne selskaber jf. litra b og nærtstående parter jf. litra c. Hertil skal der, ligesom ved SKL § 3 B, medregnes andele, der ejes af selskaber, fonde eller trusts eller som er stiftet af en af disse personer.

3. pkt. vedrører aftalebegrebet, som ikke ændres i forhold til formuleringen i SKL § 3 B, jf. diskussionen ovenfor. 4. pkt. er ligeledes uændret og indeholder derved samme betydning som i SKL § 3 B, dog med den modifikation, at nærtstående skal forstås i overensstemmelse med litra c og ikke LL § 16 H.

Litra b definerer hvilke juridiske personers andele, der skal indgå i opgørelsen. Litra c definerer hvem, der skal anses som nærtstående personer, hvortil der er tilføjet de relevante nærtstående personer efter direktivets definition som anført ovenfor.

Litra c er indført for at sikre, at problematikken som fremført ovenfor i afsnit 6.1.2.1 vedrørende stemmerettighederne elimineres. I det tilfælde, hvor et selskab ejer 51 % af stemmerne i et mellemliggende selskab, har de kontrol over dette mellemliggende selskab, hvorfor samtlige af dette mellemliggendes selskabs stemmerettigheder bør indgå i opgørelsen. Ved at begge opgørelsesmetoder indgår i den nye § 2 A, sikres det, at selskaber der reelt har kontrol og dermed selskaber som skal været omfattet efter direktivets krav, også omfattes af SEL § 2 A.

7.2. Regler der skal forhindre fradrag uden medregning og at der slet ikke sker beskatning – SEL § 2 C

De danske regler, der skal forhindre, at skatteydere opnår fradrag uden medregning eller helt undgår beskatning, som følge af omvendte hybride enheder, findes i SEL § 2 C.

Efter disse regler behandles den transparente enhed eller udenlandske filial i Danmark som et selvstændigt skattesubjekt, således at den skattemæssige selskabskvalifikation bringes i overensstemmelse med den udenlandske kvalifikation. Herefter vil der ske beskatning i Danmark, hvor enheden mv. anses som hjemmehørende og fuld skattepligtig.

Dette minder, som nævnt i afsnit 6.2.2., om de tilsvarende regler i direktivets artikel 9a. Der er dog også her enkelte forskelle. Det blev her fremført, at anvendelsesområdet for bestemmelsen i direktivet er betydeligt bredere end den danske bestemmelse. Hvor SEL § 2 C kun finder anvendelse ved direkte

ejerskab med mere end 50 % kapital- eller stemmeandelene, så finder artikel 9a i direktivet anvendelse ved en interesse på mindst 50 % af kapitalandelene, stemmerettighederne eller ret til en andel af overskuddet. Denne interesse kan både være direkte og indirekte.

Dette betyder således, at anvendelsesområdet for de danske regler skal gøres bredere for som minimum at omfatte de samme problemstillinger som direktivet.

I den foreslåede lovændring er der i stk. 1 indsat en reference til SEL § 2 A, stk. 4, litra a, der referer til ovenstående lovændringsforslag i 7.1.1.

7.2.1. Ændring af SEL § 2 C

Lovændringsforslaget til SEL § 2 C vil blive præsenteret herunder. Stk. 2-8 samt stk. 10 forbliver uændret. Det er således kun SEL § 2 C, stk. 1, der foreslås en ændring af medens stk. 9 helt fjernes.

SEL § 2 C, stk. 1, foreslås ændret fra;

§ 2 C. Registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i landet, beskattes efter reglerne for selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 2, hvis direkte ejere med mere end 50 pct. af kapitalen eller med besiddelse af mere end 50 pct. af stemmerettighederne er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, på Færøerne eller i Grønland,

- 1) hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt, eller*
- 2) som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU.*

Til

§ 2 C. Registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i landet, beskattes efter reglerne for selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 2, hvis en eller flere ejere, som sammenlagt ejer en direkte eller indirekte interesse i mindst 50 % af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til en andel af overskuddet er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, på Færøerne eller i Grønland,

1) hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt, eller

2) som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU.

a) Til opgørelsen af et selskabs interesser finder SEL § 2 A, stk. 4, litra a anvendelse.

b) Stk. 1 finder ikke anvendelse hvis over 50 % af stemmerettighederne, kapitalen og retten til en andel af overskuddet ejes af en eller flere juridiske personer der er omfattet kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, selskabsskattelovens § 1, fondsbeskatningslovens § 1 eller som er omfattet af stk. 1

Stk. 9 fjernes

Stk. 9. Ved bedømmelsen af transparente enheders og filialers direkte ejere anses udenlandske transparente enheder og filialer ikke for at være selvstændige skattesubjekter, selv om de opfylder betingelserne i stk. 1, hvis de ikke anses for selvstændige skattesubjekter i deres hjemland.

Forklaring: Denne er ikke relevant længere, da der efter lovændringsforslaget både medregnes indirekte og indirekte ejere. Det nuværende stk. 10 herved bliver anført som stk. 9 i stedet.

7.2.2. Kommentarer til ændringerne af SEL § 2 C

Ændringen af SEL § 2 C omhandler hvilke juridiske personer, der skal være omfattet af bestemmelsen. Hvor den nuværende SEL § 2 C kun finder anvendelse, såfremt enheden hhv. filialen behandles som et selvstændigt skattesubjekt af direkte ejere med mere end 50 % af stemmerettighederne eller kapitalen, så finder bestemmelsen efter lovændringsforslaget både anvendelse ved direkte og indirekte ejere med mindst 50 % af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til en andel af overskuddet, jf. SEL § 2 C, stk. 1. Dette er således en kraftig udvidelse af bestemmelsen. Stk. 1, nr. 1 og 2 er de samme som i den nuværende bestemmelse.

Stk. 1, litra a anfører, at der ved opgørelsen af en juridisk persons andele skal benyttes reglerne i SEL § 2 A, stk. 4, litra a.

SEL § 2 C, stk. 1, litra b, er en undtagelse til stk. 1. Hvis den transparente enhed ejes af én eller flere fuldt skattepligtige i Danmark omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2,

selskabsskattelovens § 1, fondsbeskatningslovens § 1 med over 50 % af stemmerettighederne, kapitalen og retten til en andel af overskuddet, så finder stk. 1 ikke anvendelse.

Det følger af ændringsdirektivets art. 1, nr. 5, der ændrer artikel 9a i direktiv 2016/1164, at der kun skal ske omkvalificering, hvis det ikke i forvejen beskattes enten her i landet eller i et andet land. Litra b går således udover direktivets minimumskrav, eftersom litra b kun undtager omkvalificeringen, hvis beskatningen sker her i landet. Det kan således overvejes, om litra b bør ændres, så den også undtager selskaber, der bliver beskattet i en anden jurisdiktion.

Den nuværende SEL § 2 C finder anvendelse, hvis direkte ejere med mere end 50 pct. af kapitalen eller med besiddelse af mere end 50 pct. er beliggende i en jurisdiktion, der anser enheden henholdsvis filialen som et selvstændigt skattesubjekt. I ændringsdirektivets artikel 1, nr. 5, der ændrer artikel 9a i direktiv 2016/1164 skal der ske omkvalificering, hvis én eller flere tilknyttede selskaber med mindst 50 % af stemmerettighederne, kapital eller retten til en andel af overskuddet behandler den hybride enhed som et selvstændigt skattesubjekt. Det kan således her diskuteres, hvorvidt ændringen i SEL 2 C ligeledes først bør finde anvendelse, hvis de 50 % ejes af tilknyttede selskaber, fremfor at bestemmelsen finder anvendelse uanset om de 50 % ikke ejes af tilknyttede selskaber eller uafhængige parter, som det er tilfældet i både den nuværende § 2 C og den foreslåede § 2 C. Hvis det besluttet, at det forsat ikke skal være et krav, at andele ejes af tilknyttede selskaber, så vil dette ikke give anledning til problemer, da bestemmelsen fortsat vil opfylde minimumskravet i direktivet. Forslaget som anført i afhandlingen, fastholder den nuværende betingelse, da det må forventes, at den endelige ændring i SEL § 2 C ligeledes vil finde anvendelse uanset om de 50 % ejes af tilknyttede selskaber eller ej.

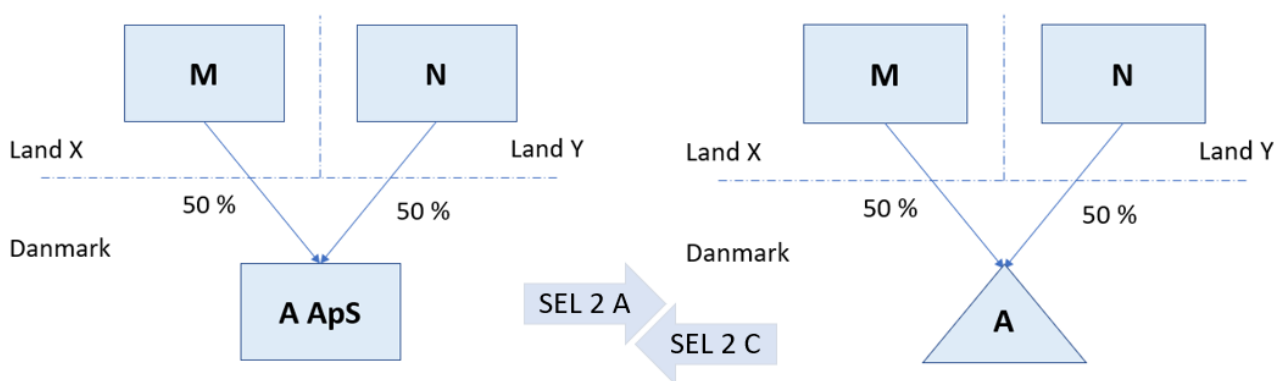
7.3. Problemstillinger ved de foreslåede lovændringer

SEL §§ 2 A og 2 C er ovenfor blevet tilpasset direktivet med henblik på at bevare konsekvenserne for de omfattede selskaber, som de danske myndigheder ønsker ud fra de nuværende bestemmelser. Spørgsmålet er nu, hvorvidt modifikationer skaber nogle utilsigtede problemstillinger, som skal løses før det endeligt kan implementeres.

Som det fremgår ovenfor, så bliver både de hybride enheder og omvendte hybride enheder omfattet ved et ejerskab på mindst 50 % af stemmerettighederne, kapitalandelene eller retten til en andel af overskuddet. Dette giver i sagens natur anledning til nedenstående problemstilling. Denne

problemstilling opstår ved at to udenlandske ejere, som er hjemmehørende i hver sin jurisdiktion, hver ejer 50 % af en juridisk person hjemmehørende i Danmark. Disse to ejere behandler den juridiske person forskelligt skattemæssigt (se illustration straks nedenfor).

M er hjemmehørende i land X, hvor det danske ApS behandles som en transparent enhed. N er hjemmehørende i land Y, hvor det danske ApS behandles som et selvstændigt skattesubjekt.



Eftersom at M ejer 50 % kapitalandele i A ApS og er hjemmehørende i en jurisdiktion, der anser A ApS som en skattemæssig transparent enhed, så bliver A ApS omfattet af SEL § 2 A, jf. SEL § 2 A, stk. 4²². A ApS skal således behandles som en skattemæssig transparent enhed.

A, der nu behandles som en skattemæssig transparent enhed, vil qua heraf blive omfattet af SEL § 2 C. Det følger af, at en udenlandsk ejer med mindst 50 % af stemmerettighederne, kapitalandelene eller retten til en andel af overskuddet anser en transparent enhed, som et selvstændigt skattesubjekt. Dette er tilfældet for ejeren N, som er hjemmehørende i land Y og anser A som et selvstændigt skattesubjekt. Der vil herefter ske omkvalificering af A efter SEL § 2 C.

A vil nu igen blive anset som et selvstændigt skattesubjekt i Danmark efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2, og omkvalificeringerne vil således gå i ring.

Det vil derfor være nødvendigt at foretage ændringer i enten SEL § 2 A eller SEL § 2 C, så denne problemstilling undgås.

Som anført ovenfor, så neutraliseres hybride mismatches som følge af omvendte hybride enheder ved at der sker en omkvalificering af den omvendte hybride enhed (jf. direktivet med henvisning til BEPS rapport anbefaling 5), medens hybride mismatches, der opstår i hybride enheder blot neutraliseres på

²² Forudsat at land X er medlem af EU eller EØS eller har en DBO med Danmark.

transaktionsniveau. Det skal således sikres, at bestemmelserne i SEL § 2 C for forrang over en omkvalificering af hybride enheder. Dette kan imidlertid ikke gøres ved, at SEL § 2 A ændres til at kræve ejerskab på over 50 % af stemmerettighederne, kapitaldelene eller retten til en andel af overskuddet. I så fald vil en situation, hvor eksempelvis kapitalandelene og stemmerettighederne ikke er 1:1 give mulighed for, at både SEL § 2 C og § 2 A igen vil kunne finde anvendelse på skift, som i situationen ovenfor. Denne problemstilling er dog ligeledes en mulighed ved de nuværende regler med samme argumentation. Selvom det ikke tidligere har givet anledning til problemer, så bør det sikres, at det ikke kan opstå.

Det foreslås derfor, at der indsættes en undtagelse i SEL § 2 A. Denne undtagelse skal sikre, at omkvalificeringerne ikke går i ring. Den foreslåede bestemmelse skal herved forhindre en omkvalificering efter SEL § 2 A, såfremt en sådan omkvalificering vil fremtvinge endnu en af omkvalificering efter SEL § 2 C.

I det tilfælde hvor der sker fradrag uden medregning under et struktureret arrangement, hvor dette ikke bliver omfattet af SEL § 2 A eller § 2 C, skal det fortsat sikres, at et sådan mismatchresultat neutraliseres. For at opnå dette mål, foreslås en tilføjelse af to nye paragraffer til selskabsskatteloven, som anført nedenfor afsnit 7.4.

7.3.1. Ændring af SEL § 2 A

På baggrund af ovenstående diskussion foreslås hermed en tilføjelse af stk. 11 til SEL § 2 A:

Stk. 11. Hvor et selskab eller forening som omfattet af stk. 1. efter omkvalificering vil blive omfattet af selskabsskattelovens § 2 C, finder stk. 1 ikke anvendelse.

7.3.2. Kommentarer til ændringen

Med en tilføjelse af stk. 11 sikres det, at ovenstående problemstilling ikke kan forekomme. Ved bestemmelsens ordlyd og intention sikres det samtidigt, at en juridisk person, der omkvalificeres efter SEL § 2 C ikke kan omkvalificeres tilbage, medmindre denne enhed på et givet tidspunkt ikke længere vil være omfattet af SEL § 2 C. Hvis en juridisk person eksempelvis omkvalificeres efter SEL § 2 C og der efterfølgende sker et ejerskifte eller de relevante ejere flytter til en anden jurisdiktion, hvorfra den juridiske person ikke længere anses som værende et selvstændigt skattesubjekt. Herefter kan enheden godt blive anset som en transparent enhed eller filial igen, da betingelserne for at anvende SEL § 2 C ikke længere er opfyldt.

7.4. Strukturerede arrangementer – SEL § 2 E og § 2 F

Ovenfor i afsnit 5.1.1.2. er der redegjort for begrebet 'struktureret arrangement'. Det følger heraf, at betalinger der sker under et struktureret arrangement og fører til dobbelt fradrag eller fradrag uden medregning skal neutraliseres.

Ligningsloven § 5 G sikrer, som beskrevet ovenfor i afsnit 6.1.4, at der ikke kan ske dobbelt fradrag, jf. LL § 5 G stk. 1, 1 pkt., hvorfor en ændring herfor ikke anses som nødvendig.

Den kortfattede definition af et struktureret arrangement, som beskrevet i ændringsdirektivets artikel 1, nr. 2, litra c, der ændrer artikel 2, nr. 11 i direktiv 2016/1164 vil her blive benyttet som definition i de to nedenstående lovforslag. De to lovforslag er tilføjelser af to nye paragraffer til selskabsskatteloven, SEL § 2 E og SEL § 2 F. De to paragraffer skal sikre, at Danmark som minimum overholder bestemmelserne i direktivets artikel 9, stk. 2, litra a og b (som ændret ved ændringsdirektivets artikel 1, nr. 4), der nægter fradrag i tilfælde af, at der opstår fradrag uden medregning under et struktureret arrangement.

SEL § 2 E vedrører nægtelsen af fradraget hos en skattepligtig i Danmark, medens SEL § 2 F skal sikre medregning hos en skattepligtig i Danmark, hvis den udenlandske betaler ikke nægtes fradrag. I det tilfælde, hvor en juridisk person ikke omfattes af SEL § 2 A, jf. SEL § 2 A, stk. 11, og der i dette mismatch opstår fradrag uden medregning, så skal de to paragraffer sikre neutraliseringen af dette hybride mismatch. Hertil skal mismatchet neutraliseres, hvis dette mismatch opstår i et struktureret arrangement, som ikke er omfattet af SEL § 2 A. Det kan her fremføres, at LL § 3, stk. 1 modvirker fradrag uden medregning i strukturerede arrangementer angående renter og royalties. Der er ligeledes i LL § 3 A, stk. 2 indsat en definition på arrangementer, som dog ikke benyttes her, for at sikre, at definitionen efter direktivets bestemmelser som minimum finder anvendelse i dansk ret. Det kan ligeledes fremføres, at der til LL § 3 kan indsættes en bestemmelse, således at LL § 3 ikke finder anvendelse i det tilfælde, at den givne situation er omfattet af SEL §§ 2 E og 2 F. Et konkret forslag vil ikke blive fremført her, men det bemærkes at en sådan undtagelse skal vurderes, når bestemmelserne i direktivet skal indføres i dansk ret.

Som ved ændringsforslaget til SEL § 2 A, så kan denne afhandling for eksemplets skyld tjene som forarbejder.

7.4.1. Tilføjelse af SEL § 2 E

Der foreslås hermed tilføjelse til selskabsskatteloven ved:

***SEL § 2 E.** Skattepligtige omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, selskabsskattelovens §§ 1 - 2 eller fondsbeskatningslovens § 1 kan ikke opnå fradrag for betalinger under et struktureret arrangement, hvis modtagelsen af betalingen efter udenlandske skatteregler ikke skal medregnes i modtagerens skattepligtige indkomst.*

Stk. 2. Ved et struktureret arrangement forstås et arrangement, der indebærer et hybridt mismatch, hvor mismatchresultatet er prissat i vilkårene for det pågældende arrangement, eller et arrangement, der er udformet med henblik på at frembringe et hybridt mismatch.

Stk. 3. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis den skattepligtige er omfattet af SEL § 2 A, eller hvor den skattepligtige eller et tilknyttet selskab ikke med rimelighed kunne forventes at være bekendt med det hybride mismatch og ikke får del i værdien af den skattefordel, der følger af det hybride mismatch.

7.4.2. Tilføjelse af SEL § 2 F

Der foreslås hermed tilføjelse til selskabsskatteloven ved:

***SEL § 2 F.** Skattepligtige omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, selskabsskattelovens §§ 1-2 eller fondsbeskatningslovens § 1 skal i sin skattepligtige indkomst medregne modtagelse af betalinger sket under et strukturarrangement, jf. SEL § 2 E, stk. 2, hvis betalingen efter udenlandske skatteregler fradrages i betalerens skattepligtige indkomst.*

Stk. 2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis den skattepligtige er omfattet af SEL § 2 A, eller hvor den skattepligtige eller et tilknyttet selskab ikke med rimelighed kunne forventes at være bekendt med det hybride mismatch og ikke får del i værdien af den skattefordel, der følger af det hybride mismatch.

7.4.3. Kommentarer til tilføjelserne af SEL §§ 2 E og 2 F

De to paragraffer vil i det følgende blive kommenteret hver for sig.

Tilføjelsen af SEL § 2 E skal sikre, at en skattepligtig i Danmark ikke kan opnå fradrag for en betaling, der sker under et struktureret arrangement, hvis modtageren ikke skal medregne betalingen i dennes indkomst.

De omfattende skattepligtige personer i SEL § 2 E, er skattepligtige personer omfattet af KSL § 1, DSKL § 1, stk. 2, SEL §§ 1-2 eller FBL § 1. Disse skattepligtige personer kan, jf. stk. 1, ikke opnå fradrag for en betaling, hvis der ikke sker beskatning hos den udenlandske modtager efter dennes skatteregler, såfremt denne betaling er sket under et struktureret arrangement, som defineret i stk. 2.

Definitionen i stk. 2 er den samme definition, som benyttes i ændringsdirektivets artikel 1, nr. 2, litra c, der ændrer artikel 2, nr. 11 i direktiv 2016/1164. Som beskrevet ovenfor, kan denne afhandling i dette eksempel betragtes som forarbejder til lovforslaget og herved benyttes som yderligere beskrivelse af et struktureret arrangement.

Stk. 3 er en undtagelse til stk. 1, således at skattepligtige personer efter stk. 1 ikke omfattes SEL § 2 E, såfremt de omfattes af SEL § 2 A. Denne undtagelse er lagt ind for at give forrang til omkvalificeringen efter SEL § 2 A i det tilfælde, hvor der både er kontrol efter SEL § 2 A – herunder ændringerne foreslået i 7.1.1. – og det er sket under et struktureret arrangement. Hertil er skattepligtige efter SEL § 2 E, stk. 3 ikke omfattet af stk. 1, hvis den skattepligtige eller et tilknyttet selskab ikke med rimelighed kunne forventes at være bekendt med det hybride mismatch og ikke får nogen del i værdien af den skattefordel, der følger af det hybride mismatch. Denne undtagelse følger undtagelsen fra ændringsdirektivets artikel 1, nr. 2, litra c, der ændrer artikel 2, nr. 11 i direktiv 2016/1164.

SEL § 2 F har den modsatte konsekvens for de omfattende selskaber i tilfældet af et fradrag uden medregning. Det følger af SEL § 2 F, stk. 1, at den skattepligtige skal medregne modtagelse af betalinger sket under et strukturarrangement, som defineret i SEL § 2 E, stk. 2, i sin skattepligtige indkomst, hvis betalingen efter udenlandske skatteregler fradrages i betalerens skattepligtige indkomst. Denne bestemmelse sikrer således, at en skattepligtig person i Danmark, som omfattet af stk. 1, skal medregne indkomst i det omfang betaleren har fradragsret for betalingen.

Stk. 2 er den samme undtagelse som den i SEL § 2 E, stk. 3, hvorfor den ikke vil kommenteres yderligere herpå.

Ved en indførsel af SEL §§ 2 E og 2 F sikres målet i ændringsdirektivets artikel 1, nr. 4, der ændrer artikel 9, stk. 2 i direktiv 2016/1164, om neutraliseringen af et fradrag uden medregning sket under et struktureret arrangement.

7.4.4. Diskussion af SEL §§ 2 E – 2 F

Det erindres fra afsnit 2.1, at SEL § 2 A i 2004 blev indført for at modvirke, at der gives fradrag for en betaling hos en skattepligtig omfattet af SEL § 1, hvor den udenlandske modtager ikke bliver beskattet af denne betaling. Denne situation, hvor et amerikansk moderselskab checker boksen på det danske selskab og derved frembringer et hybridt mismatch, modvirkes ligeledes af SEL § 2 E.

Dette kan lede til en diskussion om, hvorvidt SEL § 2 A bør erstattes af SEL § 2 E eller om SEL § 2 E burde have været indført i stedet for SEL § 2 A. SEL § 2 E ville alt andet lige ikke have medført den samme kritik som SEL § 2 A medførte²³, eftersom SEL § 2 E ikke kræver en omkvalificering af selskabet.

I den situation, hvor et amerikansk moderselskab checker boksen på et dansk ApS, vil de mismatches der opstår som følger af dette anses som været opstået under et struktureret arrangement, eftersom det må antages at moderselskabet var klar over de mismatches, der ville opstå og hertil de skattemæssige fordele dette ville give. SEL § 2 E vil således neutralisere disse mismatches.

Eftersom at kravet for at være omfattet af SEL §§ 2 E og 2 F er, at betalingen er sket under et struktureret arrangement, betyder det at skattepligtige, der ikke har benyttet sig af skatteplanlægning for at opnå et fradrag uden medregning – og dermed ikke kender noget til det hybride mismatch eller får del i skattefordelen – ikke bliver omfattet af bestemmelserne. Dermed undgås det, at disse skattepligtige ikke pålægges en unødigt administrativ byrde i form af altid at skulle undersøge de skatteregler, der er gældende hvor hhv. modtageren (SEL 2 E) eller betaleren (SEL 2 F) er hjemmehørende. Hvis det modsat ikke var et krav, at betalingen skulle ske under et struktureret arrangement, ville det medføre en stor administrativ byrde for skattepligtige selskaber, der handler med udlandet.

SEL §§ 2 E og 2 F har således kun til formål at forhindre fradrag uden medregning, der er opstået som følge af aggressiv skatteplanlægning. Det kan hertil fremføres, at problematikken som anført i afsnit 7.3, ikke ville kunne fremkomme, såfremt SEL § 2 A var erstattet af SEL § 2 E, da der herefter

²³ se ovenfor afsnit 2.3

kun ville ske en omkvalificering efter SEL § 2 C, hvorfor et selskab ikke vil kunne risikere at blive omfattet af SEL §§ 2 A og 2 C på skift.

Med en tilføjelse af SEL §§ 2 E og 2 F vil den situation, hvor et dansk selskab ikke bliver omkvalificeret efter SEL § 2 A – og derved ikke neutraliserer et potentielt hybridt mismatch – fordi der er en blocker mellem det danske selskab og det udenlandske selskab, der anser det danske selskab som transparent²⁴, fortsat kunne blive neutraliseret via SEL §§ 2 E og 2 F.

7.5. Gennemgang af eksemplerne

Med henblik på de to eksempler – som først løst efter gældende dansk skatteret i afsnit 3 og derefter efter direktivets bestemmelser i afsnit 5 – vil eksemplerne nu blive løst ud fra de foreslåede ændringer til dansk skatteret.

Disse eksempler gennemgås med det formål at illustrere, hvorvidt de foreslåede lovændringer som minimum vil omfatte de samme mismatches, der var omfattet af direktivets bestemmelser.

7.5.1. Eksempel 1

Eksempel 1 som beskrevet i 3.4.1 er illustreret i bilag 1.

B ApS er fuld skattepligtig efter SEL § 1 og ejes af hhv. N og A med hver 50 % kapitalandelene og stemmerettighederne. N og A er hjemmehørende i USA og har begge checket-boksen på B ApS og behandler derfor denne som en transparent enhed.

Der vil ske omkvalificering af B ApS, såfremt en af de to ejere har kontrol over selskabet, jf. SEL § 2 A, stk. 1. Jf. SEL § 2 A, stk. 4, litra a, 1. pkt., så har både N og A kontrol over B ApS, da de begge ejer mindst 50 % af kapitalandelene og B ApS bliver således fanget af bestemmelsen allerede her. Det følger desuden af SEL § 2 A, stk. 4, litra a, 2. pkt., at andele der ejes af nærtstående ligeledes skal indgå i opgørelsen over hvem der har kontrol, da disse betragtes samlet. Da ejerne af hhv. N og A er søskende, så bliver B ApS ligeledes pga. dette omfattet af SEL § 2 A, da søskende betragtes som nærtstående jf. SEL § 2 A, stk. 4, litra b. **Omfattet af bestemmelsen.**

²⁴ se ovenfor afsnit 3.2.1.2

C ApS er fuld skattepligtig efter SEL § 1 og ejes af A og M med hhv. 99 % og 1 % af kapital- og stemmeandelene. A og M er hjemmehørende i USA og har begge checket-boksen op C ApS og behandler derfor denne som en transparent enhed.

C ApS bliver ligeledes omfattet af SEL § 2 A, da A qua sin ejerandel på 99 % har kontrol over C ApS, jf. SEL § 2 A, stk. 4, litra a. Det kan her ligeledes fremføres, at den sidste procent ejes af Y, som er X's svigerfar. Da en ægtefælles forældre skal anses som nærtstående efter SEL § 2 A, stk. 4, litra b, så er det den samlede andel af kapital- og stemmeandele der skal indgå til beregning om hvorvidt A har kontrol. Denne er således 100 %. Samme sondring kan ligeledes laves for M. **Omfattet af bestemmelsen.**

D ApS er fuld skattepligtig efter SEL § 1 og ejes af hhv. B ApS, C ApS og en eller flere uafhængige juridiske personer med hhv. 25 %, 40 % og 35 % af kapital- og stemmeandelene (alle hjemmehørende i Danmark). De i USA hjemmehørende selskaber har alle checket-boksen på D ApS og behandler derfor denne som en transparent enhed.

Tages der igen udgangspunkt i A's beholdning, erindres det fra ovenstående, at A skal anses for at holde 100 % af både B ApS og C ApS. A skal herved anses for at have kontrol over alle B ApS's og C ApS's andele i D ApS, svarende til 65 %, hvorved D ApS ligeledes vil være omfattet af bestemmelsen. De fysiske personer Z og Y er ikke nærtstående efter SEL § 2 A, stk. 4, litra b, hvorfor en test af deres samlede kapital- og stemmeandele i D ApS derfor kun vil indeholde deres respektive andele samt A's egne andele. Y vil således anses for at holde 100 % af C ApS og heri 40 % af D ApS + A's andele af B ApS's andele i D ApS = $40\% + (50\% \text{ af } 25\%) = 52,5\%$. Det følger dog af SEL § 2 A, stk. 4, litra d at i det omfang der er kontrol efter litra a i et mellemliggende selskab, skal samtlige stemmerettigheder der ejes af dette mellemliggende selskab indgå i opgørelsen i stk. 1. A har efter stk. 4, litra a kontrol over B ApS, hvorfor samtlige stemmerettigheder B ApS råder over i D ApS skal indgå i opgørelsen. Y skal derfor anses for at råde over alle B ApS's stemmerettigheder i D ApS, samt alle C ApS stemmerettigheder i D ApS. Y råder således sammenlagt over 65 % stemmerettighederne, men kun 52,5 % af kapitalandele. **Omfattet af bestemmelsen.**

E ApS er fuld skattepligtig efter SEL § 1 og ejes af A og M med hhv. 20 % og 40 % af kapitalandelene. Disse er begge hjemmehørende i USA og har checket-boksen på E ApS og behandler derfor denne som en transparent enhed. De sidste 40% ejes af en eller flere uafhængige juridiske personer hjemmehørende i Danmark.

Som anført ovenfor er de to ejere af A og M nærtstående efter SEL § 2 A, stk. 4, litra b. Både A og M kan derved anses for at holde 60 % af kapital- og stemmeandelene, da de betragtes samlet. E ApS vil derfor ligeledes være omfattet af bestemmelserne. **Omfattet af bestemmelsen.**

7.5.2. Eksempel 2

Eksempel 2 er beskrevet i 3.4.2 og illustreret i bilag 2.

B I/S

Det i Danmark hjemmehørende B I/S ejes med 90 % af det i Sverige selvstændige skattesubjekt, der ejes 100 % af M, der er hjemmehørende i USA. M har checket boksen på både A og B I/S. M ejer herved indirekte 100 % af A's andele i B I/S svarende til 90 % af kapitalandelene, stemmerettighederne samt retten til en andel af overskuddet. Det følger af SEL § 2 C stk. 1, at der skal ske omkvalificering af B I/S, eftersom at M anser B I/S som et selvstændigt skattesubjekt og indirekte ejer mindst 50 % af andelene i B I/S. **Omfattet af bestemmelserne.**

D I/S ejes med 90 % af C som er et selvstændigt skattesubjekt i Sverige, som ejes med 90 % af M. M har checket boksen på både C og D I/S. M's andele i D I/S skal indregnes på samme måde, som tilfældet var for B IS. M skal derfor anses som at eje 90 % af C's andele i D I/S, svarende til 91 % af andelene i D I/S, hvorfor D I/S ligeledes er omfattet af SEL § 2 C, jf. SEL § 2 C, stk. 1. **Omfattet af bestemmelserne**

E I/S ejes med 90 % direkte af M. M har checket boksen på E I/S. E I/S vil herved ligeledes være omfattet af SEL § 2 C, jf. SEL § 2 C, stk.1, som tilfældet var for B I/S og D I/S. **Omfattet af bestemmelserne**

F I/S ejes med 90 % af E I/S. M har checket boksen på F I/S. M ejer herved 81 % af andele i F, hvorfor F I/S er omfattet af SEL § 2 C, stk. 1. Det følger dog det af SEL § 2 C, stk. 1, litra b, at stk. 1 ikke finder anvendelse, hvis over 50 % af stemmerettighederne, kapitalen og retten til en andel af overskuddet ejes af en eller flere juridiske personer omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, selskabsskattelovens § 1, fondsbeskatningslovens § 1 eller som er omfattet af SEL § 2 C, stk. 1. Eftersom 90 % af andele i F I/S ejes af E I/S, der er omfattet af SEL § 2 C, stk. 1, så finder bestemmelsen ikke anvendelse på F I/S, da beskatningen derved sker i Danmark og ikke i USA. **Ikke omfattet af bestemmelserne.**

G I/S

G I/S ejes med 50 % af M og 50 % af en fysisk person bosat i Sverige. M har checket boksen på G I/S. Jf. SEL 2 C stk. 1, så skal M eje mindst 50 % af enten kapitalandelene, stemmerettighederne eller retten til en andel af overskuddet før bestemmelsen kan finde anvendelse. Dette opfylder M. G I/S er således underlagt bestemmelserne i SEL § 2 C. **Omfattet af bestemmelserne**

7.6. Sammenfatning og vurdering

Der er i indestående kapitel foreslået ændringer af SEL §§ 2 A og 2 C, således at de som minimum opfylder kravene i direktivet. De foreslåede ændringer indeholder samme betragtninger som de nuværende bestemmelser, hvor disse betragtninger går udover bestemmelserne i direktivet. SEL §§ 2 A og 2 C går således udover direktiverne på flere områder, herunder omkvalificeringen af selvstændige skattesubjekter i SEL § 2 A.

Derudover er det sikret, at der ved opgørelsen til at vurdere om der er kontrol over et selskab, som minimum indeholder de i direktivet fremførte opgørelsesmetoder, men samtidigt bevarer de interesseandele, der inden for dansk ret normalt vil indgå i denne opgørelse. Her nævnes særligt opgørelsen af stemmerettighederne, hvor der efter nuværende danske regler skal medregnes samtlige stemmerettigheder, der ejes af et mellemliggende selskab, hvis der er kontrol over dette mellemliggende selskab. Hertil skal der efter de foreslåede lovændringer ligeledes medregnes den andel af stemmerettighederne, der ejes af et mellemliggende selskab, uanset om der er kontrol over dette mellemliggende selskab eller ej (f.eks. 40% af de 70% som et mellemliggende selskab har i et underliggende selskab). Ejeren af det mellemliggende selskab anses for at eje disse.

Det var hertil nødvendigt at tilføje bestemmelser, der sikrer neutralisering af hybride mismatches, som opstår som følger af et struktureret arrangement. Dette sikres med tilføjelserne af SEL §§ 2 E og 2 F i dansk ret. SEL §§ 2 E og 2 F neutraliserer fradrag uden medregning i det omfang, disse ikke bliver fanget af SEL §§ 2 A eller 2 C. Dette betyder således, at fradrag uden medregning, som opstår som følge af, at SEL § 2 A ikke finder anvendelse pga. en blocker, fortsat vil blive neutraliseret.

8. Konklusion

SEL §§ 2 A og 2 C blev indsat i dansk lovgivning i 2004 hhv. 2008 med det formål, at forhindre utilsigtet brug af de danske skatteregler i kombination med skattereglerne i andre jurisdiktioner. Dette kan ske som følge af grænseoverskridende strukturer, hvor en juridisk persons skattemæssig kvalifikation er forskellig i de to jurisdiktioner.

Værnsreglerne blev anset som nødvendige, som følge af USA's indførsel af "check the box"-reglerne, hvorved amerikanske selskaber mv., kan vælge den skattemæssige behandling af en juridisk person og herved vælge at behandle et selvstændigt skattesubjekt eller en transparent enhed mv. i Danmark anderledes efter de amerikanske skatteregler end efter de danske regler.

Efter SEL §§ 2 A og 2 C bliver den skattemæssige selskabskvalifikation af et dansk selskab eller en transparent enhed mv. ændret, således at denne er i overensstemmelse med den udenlandske kvalifikation, såfremt betingelserne herfor er opfyldt. Danmark var ved vedtagelsen af SEL §§ 2 A og 2 C et af de første lande, som forsøgte at løse problemet angående forskellige skattemæssige selskabskvalifikation via national lovgivning.

SEL § 2 A omhandler hybride enheder og medfører at et fuldt eller begrænset skattepligtigt selskab mv. i Danmark behandles som en transparent enhed, såfremt det skattemæssigt behandles som en transparent enhed af koncernforbundne juridiske personer med kontrol efter SKL § 3 B, der ikke er hjemmehørende i Danmark. Dette er gældende såfremt den pågældende jurisdiktion er medlem af EU eller EØS eller har en DBO med Danmark.

Ved kontrol efter SKL § 3 B forstås ejerskab, både direkte og indirekte (indirekte stemmerettigheder medregnes dog kun i det omfang, der er kontrol over det mellemliggende selskab), i det pågældende selskab af mere end 50% af kapitalandelene eller stemmerettighederne. Hertil indbefattes nærtstående kapitalandele og stemmerettigheder samt kapitalandele og stemmerettigheder fra selskabsdeltagere, som den pågældende ejer har en aftale om at kontrollere selskabet med.

Ved den skattemæssige omkvalificering til en transparent enhed, anses de enkelte ejere af enheden altid for at have fast driftssted i Danmark – dvs. at de bliver begrænset skattepligtige til Danmark efter SEL § 2, stk. 1, litra a., medmindre andet følger af en DBO mellem landene.

SEL § 2 C omhandler omvendte hybride enheder og medfører at transparente enheder eller filialer af udenlandske selskaber i Danmark behandles som et selvstændigt skattesubjekt med fuld skattepligt til Danmark, såfremt enheden mv. skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt af direkte ejere med mere end 50% af kapitalandelene eller stemmerettighederne, der ikke er hjemmehørende i Danmark.

De direkte ejere af enheden henholdsvis filialen kan godt være uafhængige parter, som er hjemmehørende i flere forskellige jurisdiktioner, men indirekte ejere tages ikke med i betragtningen, når det skal vurderes, hvorvidt SEL § 2 C finder anvendelse. I det tilfælde, hvor et mellemliggende selskab f.eks. behandles som et selvstændigt skattesubjekt, betragtes dette selskab som den direkte ejer, hvorefter overliggende ejere ikke tages med, selvom det er dem, der har den reelle kontrol over begge selskaber, og dermed anses som de indirekte ejere.

Såfremt de pågældende jurisdiktioner ikke har en DBO med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes og ikke er medlem af EU, så finder SEL § 2 C stadigvæk anvendelse, selvom enheden mv. ikke behandles som et selvstændigt skattesubjekt af mere end 50% af de direkte ejere.

For at styrke det indre marked i EU som helhed kræver det bl.a. at selskaberne betaler skat i det land, hvor overskuddet skabes og at selskaberne ikke som følge af aggressiv planlægning opnår utilsigtede skattemæssige fordele. For at dette kan lade sig gøre, er det nødvendigt at gøre skattereglerne på tværs af medlemslandene mere ensartet. Direktiv 2016/1164 og ændringsdirektiv 2017/952 skal være med til at sikre dette ved at skabe ensartede betingelser til bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse. Herunder hybride mismatches som opstår indenfor EU's indre marked, såvel som hybride mismatches, der opstår mellem en jurisdiktion i EU og en jurisdiktion, der ikke er medlem af EU.

Direktiverne tager i høj grad udgangspunkt i OECD/G20's BEPS Project, som netop har til formål at bekæmpe aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse. Med direktiverne sikres en mere ensartet og koordineret implementering af BEPS-initiativet i EU – og dermed et mere harmoniseret indre marked.

EU-landene har indtil d. 31/12-2019 til at vedtage og offentliggøre de nationale love, der skal opfylde målet med direktivet. Reglerne omkring omvendte hybride mismatches (artikel 9a) skal dog først være vedtaget og offentliggjort senest d. 31/12-2021.

Fokus i denne afhandling er som anført på de regler, der tackler de mismatchsituationer, der skyldes forskelle i den skattemæssige kvalificering af en enhed, som findes i artikel 9 og 9a.

Direktivets artikel 9, stk. 1, 2 og 4, litra a behandler hybride mismatch, som opstår ved hjælp af hybride enheder, og omfatter både mismatchresultater som følge af dobbelt fradrag og fradrag uden medregning. Heraf følger en hovedregel samt en sekundær regel, som bør finde anvendelse, hvis hovedreglen ikke finder anvendelse. Dette sikrer, at det hybride mismatch stadigvæk bliver neutraliseret, selvom dette er fremkommet som følge af en uoverensstemmelse i gennemførelsen og anvendelsen af direktivet medlemslandene imellem.

Hvis det hybride mismatch fremkommer som følge af dobbelt fradrag, så er hovedreglen at nægte fradrag i investorens jurisdiktion, mens den sekundære regel er at nægte fradrag i betalerens jurisdiktion.

Hvis det hybride mismatch fremkommer som følge af fradrag uden medregning, så er hovedreglen at nægte fradrag i betalerens jurisdiktion, mens den sekundære regel er at størrelsen af den betaling, der ellers ville give anledning til et mismatchresultat, medregnes i betalingsmodtagerens jurisdiktion.

Det er ikke et krav, at den sekundære regel ang. fradrag uden medregning finder anvendelse, såfremt det pågældende hybride mismatch skyldes forskelle i fordelingen af betalinger til den hybride enhed iht. lovgivningen i dennes jurisdiktion og investorernes jurisdiktionen eller der er tale om faste driftssteder eller tilsidesatte faste driftssteder. Den sekundære regel skal dog finde anvendelse, såfremt det pågældende hybride mismatch skyldes, at betalingen er tilsidesat iht. lovgivningen i betalingsmodtagerens jurisdiktion, og betalingen er foretaget af en hybrid enhed.

For at ovenstående regler om hybride enheder finder anvendelse, er det derudover en betingelse, at der enten er tale om tilknyttede selskaber eller et struktureret arrangement.

Artikel 9a behandler omvendte hybride mismatch, hvilket er mismatchresultater, der er opstået ved hjælp af omvendte hybride enheder og herved medfører fradrag uden medregning. Det følger heraf, at såfremt en omvendt hybrid enheds indkomst ikke beskattes på anden vis, så skal indkomsten beskattes i den medlemsstat, hvor enheden er registreret eller etableret. Dette er dog ikke gældende,

såfremt der er tale om et institut for kollektiv investering, da reglen i artikel 9a, stk. 1 ikke finder anvendelse her.

For at ovenstående regel om omvendte hybride enheder finder anvendelse, er det en betingelse, at én eller flere tilknyttede ikke-hjemmehørende enheder, som sammenlagt ejer en direkte eller indirekte interesse på mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til en andel af overskuddet i den pågældende hybride enhed, er beliggende i en eller flere jurisdiktioner, der behandler den omvendte hybride enhed som et selvstændigt skattesubjekt.

Forskellene mellem SEL § 2 A og direktivets artikel 9, stk. 1 og 2 findes hovedsageligt i anvendelsesområdet og dermed betingelserne for hvornår de pågældende regler finder anvendelse. Den danske værnsregel tager ikke højde for interesser på 50%, retten til en andel af overskuddet på lige fod med kapitalandele og stemmerettigheder, alle nærtstående personer eller strukturerede arrangementer, som skattebetaleren er en del af.

Forskellene mellem SEL § 2 C og direktivets artikel 9a findes ligeledes primært i reglernes anvendelsesområde. Den danske værnsregel finder her ikke anvendelse ved interesser på 50%, indirekte interesser (kapitalandele og stemmeandele) og tager ligeledes ikke højde for retten til en andel af overskuddet på lige fod med kapitalandele og stemmerettigheder. Dog er der ikke i den gældende danske regel noget krav om tilknyttede selskaber, hvilket der er i direktivets artikel 9a. De ikke-hjemmehørende ejere behøver således ikke at have noget med hinanden at gøre efter de danske regler. De skal bare sammenlagt have en interesse på mere end 50% i den omvendte hybride enhed.

For at gøre de danske regler vedrørende hybride enheder og omvendte hybride enheder forenelige med de nye krav som følge af direktiverne, er det derfor nødvendigt at lave nogle ændringer og tilføjelser til de nuværende værnsregler.

En ændring af definitionen af kontrol i SKL § 3 B – der henvises til i SEL § 2 A, stk. 4 – og nærtstående i LL § 16 H vil påvirke udfaldet i andre skattemæssige sammenhænge, hvorfor en tilpasning af disse ift. direktivet vil være uhensigtsmæssigt. Det vurderes derfor at være mest hensigtsmæssigt at medtage definitionerne direkte i SEL §§ 2 A og 2 C.

Det viser sig, at der ved at ændre kontrolbetingelsen fra 'mere end 50%' til '50% eller mere' i både SEL §§ 2 A og 2 C fremkommer nogle nye problemstillinger – nemlig at omkvalificeringen vil køre i ring mellem SEL §§ 2 A og 2 C i de tilfælde, hvor der er to ejere, der hver besidder 50% af f.eks. kapitalandelene i et dansk selskab eller enhed mv. Såfremt den ene ejer ser den danske enhed som et selvstændigt skattesubjekt, medens den anden ejer ser enheden som en transparent enhed, så vil

omkvalificeringen både være omfattet af SEL §§ 2 A og 2 C, alt afhængig af hvordan den kvalificeres i Danmark på det pågældende tidspunkt. Derfor har det været nødvendigt, at indsætte en undtagelse i SEL § 2 A, stk. 11, der siger at reglen i SEL § 2 A stk. 1 ikke finder anvendelse, såfremt selskabet mv. efter en omkvalificering fra et selvstændigt skattesubjekt til en transparent enhed vil blive omfattet af SEL § 2 C.

Det vil ligeledes være nødvendigt at tilføje to paragraffer til selskabsskatteloven, der vil neutraliserer fradrag uden medregning, som opstår under et struktureret arrangement. Der er således blevet foreslået en tilføjelse af SEL § 2 E, der nægter fradrag, hvis der ikke sker medregning efter skattereglerne i betalingsmodtagerens jurisdiktionen. Modsat vil SEL § 2 F kræve medregning i det omfang, der ikke nægtes fradrag efter skattereglerne i betalerens jurisdiktionen.

Ved implementering af SEL §§ 2 E og 2 F, samt de foreslåede ændringer til SEL §§ 2 A og 2 C, sikres det, at Danmark som medlemsstat i EU, opfylder de minimumskrav som er pålagt i direktiv 2016/1164 samt ændringsdirektivet 2017/952 for så vidt angår hybride mismatches, der opstår som følge af hybride enheder og omvendte hybride enheder.

9. Perspektivering

Det primære fokus i afhandlingen har været at identificere forskellene mellem de gældende danske regler i SEL §§ 2 A og 2 C i forhold til de nye regler omkring hybride enheder i direktiverne og derved finde frem til hvilke ændringer, det er nødvendigt at foretage for at implementere reglerne i direktiverne i dansk lovgivning.

Der er således flere problemstillinger, der kan være relevante at undersøge nærmere i forlængelse af de konklusioner, der er draget af denne afhandling. Dette omfatter bl.a. følgende overvejelser.

Skattemæssige og økonomiske konsekvenser af lovændringerne:

Det har vist sig, at der er flere områder hvorpå de gældende danske regler herunder definitioner skal gøres bredere, således at de fanger flere problemstillinger end tilfældet er nu. Disse ændringer vil alt andet lige have nogle skattemæssige og økonomiske konsekvenser for skatteydere og den danske stat. Mulige skattemæssige og økonomiske konsekvenser er ikke medtaget i denne afhandling, men vil være en relevant og nødvendig overvejelse før implementeringen af lovændringen.

Samspillet med de øvrige regler i direktivet:

Det er ligeledes relevant at se på samspillet med de øvrige regler i direktiv 2016/1164, der også skal implementeres i dansk lovgivning senest 31/12-2019. Det samlede direktiv har til formål at øge det gennemsnitlige niveau af beskyttelse mod aggressiv skatteplanlægning, der negativt påvirker det indre marked. Der kan således være tilfælde, hvor en problemstilling kan være omfattet af flere regler. F.eks. er det ikke nødvendigt at indføre så komplekse bestemmelser mod hybride mismatches at alle tænkelige situationer skal have mulighed for at blive fanget af bestemmelserne, hvis der indsættes en bestemmelse i lighed med artikel 6 i direktiv 2016/1164, der netop er en generel værnsregel, der har til formål at fange problemstillinger/arrangementer, der ikke bliver omfattet af de øvrige regler mod skatteunddragelse, men som er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med gældende skatteret og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et eksempel herfor kunne være LL § 3, der er en generel værnsregel der nægter en skattepligtig fordele, hvis disse fordele opstår fra et arrangement eller serier af arrangementer og at disse er tilrettelagt for at opnå en skattefordel der modvirker indholdet eller formålet mod de i LL § 3 nævnte direktiver.

Der vil ligeledes være problemstillinger som måske ikke vil blive fanget af bestemmelserne omkring hybride enheder, men som vil blive fanget af reglerne omkring hybride instrumenter (SEL § 2 B), såfremt det hybride mismatch er fremkommet ved hjælp af et hybridt instrument – eller af rentefradragsbegrænsningsreglen i artikel 4 i direktiv 2016/1164, der har til formål at begrænse fradraget for rentebetalinger, således at overstigende låneomkostninger²⁵ i påløbsåret kun er fradragsberettigede op til 30 % af skattesubjektets resultat før renter, skat og af- og nedskrivninger (EBITDA). Hertil er der i BEPS rapportens om strukturerede arrangementer lagt stor vægt på finansielle instrumentere, hvorfor definitionerne ligeledes skal skrives ind i SEL § 2 B.

²⁵ det beløb, med hvilket et skattesubjekts fradragsberettigede låneomkostninger overstiger de skattepligtige renteindtægter og anden økonomisk tilsvarende skattepligtig indkomst, som skattesubjektet modtager i henhold til national ret, jf. artikel 2, nr. 2 i direktiv 2016/1164

10. Litteraturliste

Bøger:

Blume, P. (2009). Juridisk metodelære (5. udg.). København.

Bolander, J. (2011). EU-Domstolen og dens fortolkningsvirksomhed. I M. Kerzel (Red.), Festskrift til Jan Pedersen (1. udg.). København: Juridisk- og Økonomforbundets Forlag.

Evald, J. (2016). Juridisk teori, metode og videnskab. København.

Graff Nielsen, J. (2003). Legalitetskravet ved beskatning: de forfatnings- og forvaltningsretlige rammer (1. udg.). København.

Hansen, S. F., & Krenchel, J. V. (2015). Dansk Selskabsret 3 - Interessentskaber (3. udg.). København: Karnov Group Denmark A/S.

Michelsen, A., Askholt, S., Bolander, J., Engsig, J., Jeppesen, I. L., Laursen, A. N., & Madsen, L. (2015). Lærebog om indkomstskat (16. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Miller, A., & Oats, L. (2016). Principles of international taxation (5. udg.). Haywards Heath: Bloomsbury Professional.

Neergaard, U., & Nielsen, R. (2016). EU-RET: Fri bevægelighed (2. udg.). København: Karnov Group Denmark A/S.

Nielsen, R., & Tvarnø, C. D. (2014). Retskilder og retsteorier (4. udg.). København.

Pedersen, J. (1989). Skatteudnyttelse (2. oplag). Århus: Gads Forlag.

Pedersen, J., Kerzel, M., Ferniss, J., & Hedegaard Eriksen, C. (2015). Skatteretten 2 (7. udg.). Karnov Group Denmark A/S.

Ross, A. (2013). Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi (2. udg.). København.

Schmidt, P. K., Tell, M., & Weber, K. D. (2015). International skatteret: I et dansk perspektiv. København.

Winther-Sørensen, N., Bundgaard, J., Wittendorff, J., Pedersen, J., Siggaard, K., Langhave Jeppesen, I., Kerzel, M., Ferniss, J., Hedegaard Eriksen, C. (2013). Skatteretten 3 (6. udg.). København: Karnov Group Denmark A/S.

Artikler:

Andersen, K. W. (2009). Beskatning ved ophør af transparensstatus efter selskabsskattelovens § 2 A. Ufs.2009.1134.

Andersen, K. W. (2013). Hybrid selskab anset som en "blocker" i relation til selskabsskattelovens § 2 A. SPO.2013.529.

Bendtsen, S. (2016). Skattely-navne offentliggøres - er debatten hysterisk? Berlingske Business, 10. maj, 12. Retrieved from <https://apps-infomedia-dk.esc-web.lib.cbs.dk:8443/mediarkiv/link?articles=e5b35a7b>

Bolander, J., & Madsen, L. (2014). National og global beskyttelse mod skattespekulation ved brug af hybride selskaber. UfR.2014B.385.

Bundgaard, J., & Schmidt, P. K. (2016). Anti-Tax Avoidance Direktivet er nu en realitet – Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU. SR-SKAT 6/2016.

Friis Hansen, S. (2004). SEL § 2 A; Det sorte hul - Om selskabsskattelovens § 2 A og gældende fællesskabsret. SPO.2004.415.

Friis Hansen, S. (2008). Visse kommanditselskaber bliver skattesubjekter - En kritisk analyse af forslaget til SEL § 2 C (L 181) med særlig henblik på dets betydning for danske kommanditselskaber. SPO.2008.169.

Ginevra, G. (2017). The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level, 45(2), 120–137. Retrieved from <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?requested=document.php%3Fid%3DTAXI2017010%26type%3Dhitlist%26num%3D0%23xml%3Dhttp%3A%2F%2Fwww.kluwerlawonline.com%2Fpdfhits.php%3Ftype%3Dhitlist%26num%3D0&id=TAXI2017010&type=hitlist&num=0#xml=http://www.kluwerl>

Knuutinen, R. (2014). Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning. Nordic Tax Journal, 2014(1), 36–75. <https://doi.org/10.1515/ntaxj-2014-0003>

Schjønning, H., & Svendgaard Dalgas, A. (2004). EU-pakken - Selskabsskat. SR-SKAT 146/2004.

Rapporter:

Europa-Kommissionen. (2016). Forslag til RÅDETS DIREKTIV om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde (COM(2016) 26 final). Bruxelles.

OECD. (2012). Hybrid Mismatch Arrangements : Tax Policy and Compliance Issues. Retrieved from http://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf

OECD. (2015). Action 2, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 2015 Final Report. <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>

OECD. (2015). Explanatory Statement 2015 Final Reports.

OECD. (2018). Members and partners. Retrieved from <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>

Skatteministeriet. (2014). Styrket indsats mod skattely - Bekæmpelse af grænseoverskridende skatteunddragelse og skattelykonstruktioner.

Øvrige:

Den Europæiske Union. (2018). Pakken af foranstaltninger til bekæmpelse af skatteundgåelse. Retrieved from <http://www.consilium.europa.eu/da/policies/anti-tax-avoidance-package/>

RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion

RÅDETS DIREKTIV (EU) 2017/952 af 29. maj 2017 om ændring af direktiv (EU) 2016/1164, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande

Skatteministeren (Kristian Jensen). Lovforslag som fremsat, nr. 181 (2008). Skatteministeriet.

Skatteministeren (Kristian Jensen). Lovforslag som fremsat, nr. 23 (2008). Skatteministeriet.

Skatteministeren (Svend Erik Hovmand). Skriftlig fremsættelse af lovforslag 119 (2003). Skatteministeriet.

Skatteministeriet. L 181 - Bilag 9, Samrådsspørgsmål A (2008). Folketinget - Skatteudvalget.

Skatteministeriet. L 23 - Bilag 15 (2008). Folketinget - Skatteudvalget.

Skatteudvalget. Betænkning over L 119 (2004). Folketinget - Skatteudvalget.

Skatteudvalget. Betænkning til lovforslag 181 (2008). Folketinget - Skatteudvalget.

Skatteudvalget. Betænkning til lovforslag 23 (2008). Folketinget - Skatteudvalget.

Willer, C. (2016). EU-Note 53. Retrieved from <http://www.eu.dk/samling/20151/almdel/EUU/eu-note/53/index.htm>

Doms- og afgørelsesregister:

EU-domstolen (tidligere EF-domstolen):

C-136/00, Danner

C-196/04, Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas

C-231/05, Oy AA

C-254/97, Baxter and Others

C-270/83, Commission v France (Avoir-Fiscal dommen)

C-283/81, CILFIT v Ministero della Sanità

C-334/02, Commission v France

C-414/06, Lidl Belgium

C-436/00, X and Y

C-446/03, Marks & Spencer,

TfS – Danske domme og afgørelser:

TfS.1993 7 H.

TfS.2004.87.LR

UfR – Danske domme og afgørelser:

U.1993.757 (Gebyrsagen)

U.2007.788 (Scharla Nielsen-sagen)

SKM – Danske domme og afgørelser:

SKM.2014.207.SR

AKM.2013.704.SR

SKM.2013.582.SR

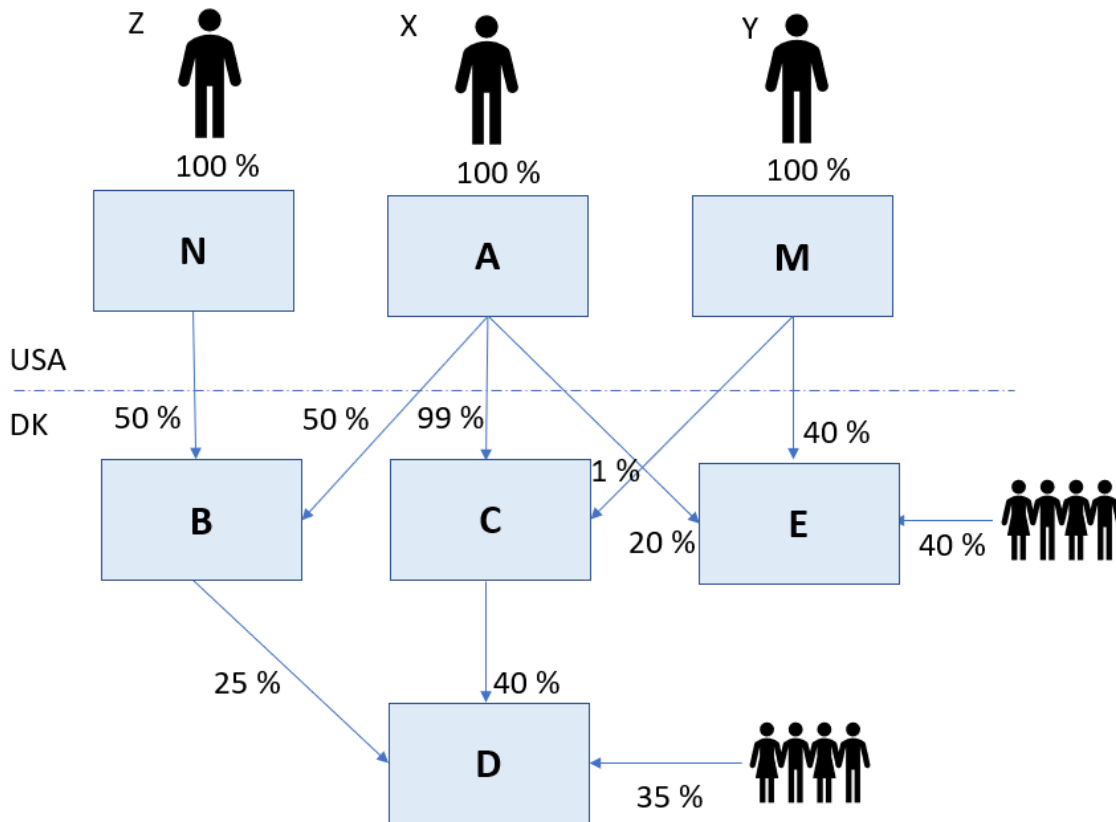
SKM.2013.234.LSR.

SKM.2009.569.SR

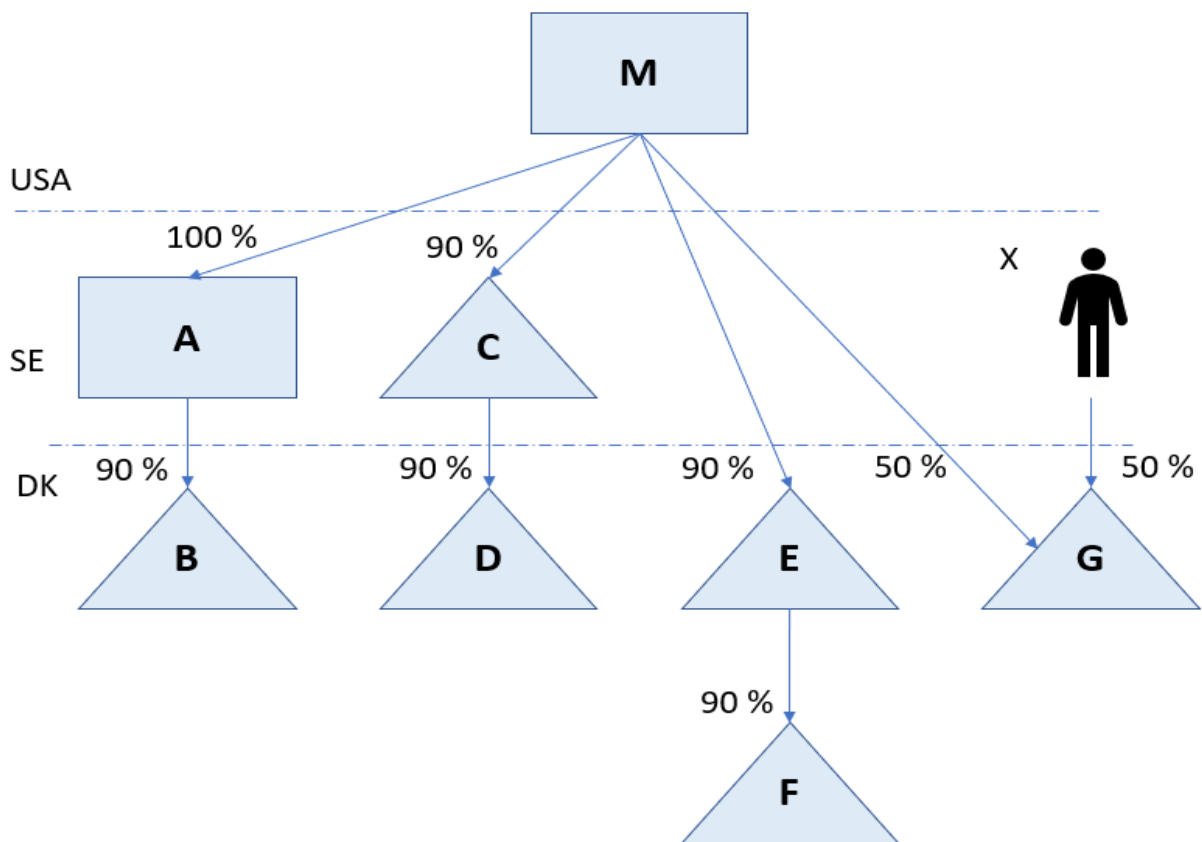
SKM.2004.9.LR

11. Bilag

Bilag 1



Bilag 2



Bilag 3

DOBBELT FRADrag	Artikel 9, stk. 1	SEL § 2 A
Omfattede enheder mv.	- Hybride enheder (transparent i betalingsmodtagerens jurisdiktion, et selvstændigt skattesubjekt i betalerens jurisdiktion) - Alle skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en eller flere medlemsstater - Faste driftssteder i en eller flere medlemsstater for enheder, der er skattemæssigt hjemmehørende i et tredjeland	- Selskaber efter SEL § 1 (fuldt skattepligtige selskaber) - Selskaber efter SEL § 2 (begrænset skattepligtige selskaber)
Betingelser Forskelle: - Tilknyttede selskaber favner bredere end koncernforbundne selskaber - Mindst 50% vs. mere end 50 % - DBO for lande, der ikke er medlem af EU	- Der skal være tale om tilknyttede selskaber (ejer 50 % eller mere af kapitalen stemmerettighederne), eller - et struktureret arrangement, hvor skattebetaleren er en del af dette - Behandler enheden enhed som en transparent enhed	- Ikke-hjemmehørende koncernforbundne juridiske personer med kontrol efter SKL § 3 B – dvs. ejere med mere end 50 % af kapitalen eller stemmerettighederne - Behandler enheden som en transparent enhed - Indkomsten i selskabet m.v. medregnes ved opgørelsen af selskabets koncernforbundne juridiske personers skattepligtige indkomst i den fremmed stat - Den fremmede stat er medlem af EU eller EØS eller har en DBO med DK
Retsvirkning Begge forhindrer dobbelt fradrag – dog forskel ift. hvilken stat, der nægter fradrag	- Frdrag nægtes i investorens jurisdiktion, eller - Frdrag nægtes i betalerens jurisdiktion, såfremt 1. pkt. ikke gennemføres	Omkvalificering af enheden, således at indkomsten kun beskattes i den fremmede stat
Undtagelser		Udenlandske selskaber, som omfattes af SEL § 31 A, dvs. er omfattet af en international sambeskatning.

Bilag 4

FRADRAG UDEN MEDREGNING	Artikel 9, stk. 2 og 4	SEL § 2 A
Omfattede enheder mv.	- Hybride enheder (transparent i betalingsmodtagerens jurisdiktion, et selvstændigt skattesubjekt i betalerens jurisdiktion) - Alle skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en eller flere medlemsstater - Faste driftssteder i en eller flere medlemsstater for enheder, der er skattemæssigt hjemmehørende i et tredjeland	- Selskaber efter SEL § 1 (fuldt skattepligtige selskaber) - Selskaber efter SEL § 2 (begrænset skattepligtige selskaber)
Betingelser Forskelle: - Tilknyttede selskaber favner bredere end koncernforbundne selskaber - Mindst 50% vs. mere end 50 % - Medlem af EU eller EØS eller DBO	- Der skal være tale om tilknyttede selskaber (ejer 50 % eller mere af kapitalen stemmerettighederne), eller - Et struktureret arrangement, hvor skattebetaleren er en del af dette - Behandler enheden som en transparent enhed	- Ikke-hjemmehørende koncernforbundne juridiske personer med kontrol efter SKL § 3 B – dvs. ejere med mere end 50 % af kapitalen eller stemmerettighederne - Behandler enheden som en transparent enhed - Indkomsten i selskabet m.v. medregnes ved opgørelsen af selskabets koncernforbundne juridiske personers skattepligtige indkomst i den fremmed stat - Den fremmede stat er medlem af EU eller EØS eller har en DBO med DK
Retsvirkning Begge forhindrer fradrag uden medregning	- Fradrag nægtes i betalers jurisdiktion, eller - Størrelsen af den betaling, der ellers ville give anledning til et mismatchresultat, medregnes i betalingsmodtagerens jurisdiktion	Omkvalificering af enheden, således at indkomsten kun beskattes i den fremmede stat
Undtagelser	Den sekundære regel (pkt. 2 ovenfor) finder ikke anvendelse på alle typer af hybride mismatches	Udenlandske selskaber, som omfattes af SEL § 31 A, dvs. er omfattet af en international sambeskatning.

Bilag 5

OMVENDTE HYBRIDE ENHEDER	Artikel 9a	SEL § 2 C
Omfattede enheder mv.	- Omvendte hybride enheder, der er registreret eller etableret i medlemsstaten - Alle enheder, der behandles som transparente i skattemæssig henseende af en medlemsstat	- Registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder - Skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i landet
Betingelser Forskelle: - Tilknyttede selskaber - Mindst 50% vs. mere end 50 % - Direkte vs. indirekte ejere - Ret til andel af overskuddet - DBO for lande, der ikke er medlem af EU	- Tilknyttede ikke-hjemmehørende enheder med en direkte eller indirekte interesse på mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller ret til andel af overskuddet - Behandler enheden enhed som et selvstændigt skattesubjekt	- Ikke-hjemmehørende direkte ejere med mere end 50 % af kapitalen eller stemmerettighederne (intet krav om, at ejerne er koncernforbundne parter) - Behandler enheden som et selvstændigt skattesubjekt, eller - Ikke har en DBO med DK, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU
Retsvirkning	Omkvalificering af enheden, således at indkomsten beskattes i den jurisdiktion, hvor enheden anses som hjemmehørende	Omkvalificering af enheden, således at indkomsten beskattes i DK
Undtagelser	Institutter for kollektiv investering	Kollektive investeringsenheder (venturefonde), såfremt de nærmere angivne betingelser er opfyldt

Bilag 6

§ 2 A. Hvis et selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 1 efter reglerne i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland skattemæssigt behandles som en transparent enhed, hvorved indkomsten i selskabet m.v. medregnes ved opgørelsen af koncernforbundne juridiske personers skattepligtige indkomst i denne fremmede stat, på Færøerne eller i Grønland, anses selskabet m.v. også efter danske regler for at være transparent.

Stk. 2. Stk. 1 finder tilsvarende anvendelse, hvis et selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 2 efter reglerne i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland skattemæssigt behandles som en transparent enhed, hvorved indkomsten i selskabet m.v. medregnes ved opgørelsen af koncernforbundne juridiske personers skattepligtige indkomst i denne fremmede stat, Færøerne eller Grønland.

Stk. 3. Et udenlandsk selskab, som efter reglerne i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland anses for at være en transparent enhed af andre udenlandske juridiske personer, der efter reglerne i den pågældende stat skal medregne indkomst optjent af selskaber omfattet af §§ 1 og 2, anses også i forhold til selskaberne omfattet af §§ 1 og 2 for at være transparente. Et udenlandsk selskab anses dog ikke for at være en transparent enhed, hvis det beskattes som skattemæssigt hjemmehørende i en anden fremmed stat, som er forskellig fra den pågældende stat omtalt i 1. pkt., og hvis denne anden fremmede stat er Færøerne, Grønland, et medlem af EU eller EØS eller en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Rente- og royaltybetalinger til det udenlandske selskab i 2. pkt. er alene fradragsberettigede, hvis kildebeskatning skal frafaldes eller nedsættes i forhold til det udenlandske selskab efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det udenlandske selskab er hjemmehørende. Ved et udenlandsk selskab forstås et selskab, som ikke er omfattet af §§ 1 og 2.

Stk. 4. Stk. 1-3 finder kun anvendelse, hvis de koncernforbundne juridiske personer kontrollerer selskabet m.v., efter litra a, og den fremmede stat, Færøerne eller Grønland er medlem af EU eller EØS eller har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

a) Ved kontrol over et selskab forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mindst 50 pct. af aktiekapitalen, direkte eller indirekte rådes over mindst 50 pct. af stemmerne eller retten til overskuddet direkte eller indirekte udgør mindst 50 %. Ved bedømmelsen af, om den skattepligtige anses for at have kontrol over en juridisk person, eller om der udøves en bestemmende indflydelse over den skattepligtige af en juridisk eller fysisk person, medregnes aktier og stemmerettigheder samt rettigheder til andele af overskud, som indehaves af forbundne selskaber, jf. litra b, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. litra c, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte forbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truster stiftet af disse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af en person omfattet af kildeskattelovens § 1 eller et dødsbo

omfattet af dødsboskattelovens § 1, stk. 2, i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller trust stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående eller fonde eller truster stiftet af disse.

b) Ved forbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere ejer eller har retten til at benytte kapitalandele, stemmerettigheder samt rettigheder til andele af overskud, eller hvor der er fælles ledelse.

c) Ved nærtstående forstås ved den skattepligtige og dennes ægtefælle samt deres bedsteforældre, forældre, børn, børnebørn og søskende og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold. Ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af selskabsdeltagere, med hvem den skattepligtige har en aftale om udøvelse af kontrol, eller som indehaves af et selskab eller en forening m.v. som nævnt i Ligningslovens § 2, stk. 1, 2. pkt. (transparent enhed), hvori den skattepligtige deltager, medregnes ved opgørelsen i 1. pkt.

d) I det omfang der er kontrol efter litra a i et mellemliggende selskab, skal samtlige stemmerettigheder der ejes af dette mellemliggende selskab indgå i opgørelsen i stk. 1.

Stk. 5. Det forhold, at et selskab bliver omfattet af stk. 1 eller 2 medfører ikke i sig selv, at dets aktiver eller passiver anses for afstået, henholdsvis at dets aktiver og passiver anses for anskaffet. Aktiver og passiver, der er i behold hos et selskab, som bliver omkvalificeret efter stk. 1 og 2, behandles ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for den transparente enhed, som om de var anskaffet på de tidspunkter, hvor de er erhvervet af det omkvalificerede selskab, og for de anskaffelsessummer, hvortil de er erhvervet af dette selskab. Eventuelle skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger, som det omkvalificerede selskab har foretaget, anses for foretaget af den transparente enhed. Fusionsskattelovens § 8, stk. 2-4, finder tilsvarende anvendelse ved omkvalificeringen. Der fastsættes ingen anskaffelsessum på goodwill eller andre immaterielle aktiver som nævnt i afskrivningslovens § 40, i det omfang de er oparbejdet af det omkvalificerede selskab selv. Den transparente enhed succederer i fremførselsberettigede underskud, jf. § 12, og uudnyttede fradragsberettigede tab fra tidligere indkomstår, jf. aktieavancebeskatningslovens § 9, stk. 4, og § 43, stk. 3, kursgevinstlovens § 31, stk. 3, og § 31 A, stk. 3, og ejendomsavancebeskatningslovens § 6, stk. 3.

Stk. 6. Hvis et selskab ophører med at være transparent efter stk. 1 eller 2, anses selskabets aktiver og passiver for at være afstået af selskabets ejere til handelsværdien. Selskabet anses herefter for at have erhvervet aktiverne og passiverne fra koncernforbundne selskaber. § 8 B finder tilsvarende anvendelse. Fremførselsberettigede underskud og uudnyttede fradragsberettigede tab i selskabet bortfalder.

Stk. 7. Hvis et selskab ophører med at være transparent efter stk. 1 eller 2, anses selskabets ejere for at have erhvervet aktierne i selskabet til handelsværdien på tidspunktet for ophøret af den transparente status.

Stk. 8. De enkelte ejere af de i stk. 1 nævnte selskaber anses altid for at have et fast driftssted i Danmark. Samtlige aktiver og passiver ejet af de i stk. 1 nævnte selskaber anses altid for tilknyttet ejernes faste driftssteder.

Stk. 9. Anses to eller flere danske selskaber for at være transparente enheder af samme udenlandske selskab, hæfter de danske selskaber solidarisk for den samlede skattebetaling.

Stk. 10. Stk. 1-3 finder ikke anvendelse på udenlandske selskaber, som omfattes af § 31 A.

Stk. 11. Hvor et selskab eller forening som omfattet af stk. 1. efter omkvalificering vil blive omfattet af selskabsskattelovens § 2 C, finder stk. 1 ikke anvendelse.

Bilag 7

§ 2 C. Registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i landet, beskattes efter reglerne for selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 2, hvis en eller flere ejere, som sammenlagt ejer en direkte eller indirekte interesse i mindst 50 % af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til en andel af overskuddet er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, på Færøerne eller i Grønland,

1) hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt, eller

2) som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU.

a) Til opgørelsen af et selskabs interesser finder SEL § 2 A, stk. 4, litra a anvendelse.

b) Stk. 1 finder ikke anvendelse hvis over 50 % af stemmerettighederne, kapitalen og retten til en andel af overskuddet ejes af en eller flere juridiske personer der er omfattet kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, selskabsskattelovens § 1, fondsbeskatningslovens § 1 eller som er omfattet af stk. 1

Stk. 2. Rente- og royaltybetalinger til ejere anses for at være interne betalinger, der ikke kan fradrages, hvis betalingen efter reglerne i ejerens hjemland anses for at være en intern betaling. 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse på kursgevinster på fordringer, der er stiftet på sådanne vilkår, at gælden skal indfries til en forud fastsat overkurs i forhold til værdien på stiftelsestidspunktet. Kildebeskatningen efter § 2, stk. 1, litra d, g og h, frafaldes, hvis der ikke er fradrag efter 1. eller 2. pkt.

Stk. 3. Ved skattemæssigt transparente enheder forstås juridiske personer, der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt.

Stk. 4. Deltagerne anses ikke for at have afstået aktiverne og passiverne i den transparente enhed eller filialen på tidspunktet for kvalificeringen efter stk. 1. Aktiver og passiver, der ikke længere er

omfattet af dansk beskatning, anses for afstået af deltagerne til handelsværdien på tidspunktet for kvalificeringen efter stk. 1.

Stk. 5. Aktiver og passiver behandles ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for selskabet, som om de var anskaffet på de tidspunkter, hvor de er erhvervet af deltagerne, og for de anskaffelsessummer, hvortil de er erhvervet af deltagerne. Der fastsættes ingen anskaffelsessum på goodwill eller andre immaterielle rettigheder som nævnt i afskrivningslovens § 40, i det omfang de er oparbejdet af en eller flere deltagere. Fortjeneste i forhold til anskaffelsessummen kan højst medregnes med et beløb svarende til forskellen mellem salgssummen og handelsværdien på tidspunktet for inddragelse under dansk beskatning. Eventuelle skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger, som deltagerne har foretaget, anses for foretaget af selskabet. § 4 A, stk. 2 og 3, finder tilsvarende anvendelse på afskrivningsberettigede aktiver, i det omfang de ikke i forvejen er omfattet af dansk beskatning, idet de ved denne anvendelse anses for anskaffet på det tidspunkt, hvor de enkelte deltagere anskaffede aktivet. Selskabet anses uanset 1. pkt. for at have erhvervet fordringer henholdsvis påtaget gæld til kursværdien på tidspunktet for kvalificeringen efter stk. 1, i det omfang deltagerne er fysiske personer, der ikke ville være blevet beskattet henholdsvis have haft fradrag ved afhændelse eller indfrielse på dette tidspunkt. Aktiver, der for en eller flere af deltagerne er erhvervet som led i næring, behandles ved opgørelsen af selskabets indkomst, som om de var erhvervet af dette selskab som led i næring. Selskabet anses dog for at have erhvervet disse næringsaktiver til handelsværdien på tidspunktet for kvalificeringen efter stk. 1, i det omfang deltagerne ikke ville være blevet beskattet henholdsvis have haft fradrag ved afståelse af aktiverne på dette tidspunkt. Har en eller flere af deltagerne medregnet urealiseret fortjeneste og tab på værdipapirer, behandles værdipapirerne ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst, som om disse fortjenester og tab var medregnet hos selskabet. Ved opgørelsen af tab som omhandlet i aktieavancebeskatningslovens § 5 A, skal udbytte m.v., der er modtaget af deltagerne, anses for modtaget af selskabet. Selskabet succederer i deltagernes fremførselsberettigede underskud, jf. § 12, og uudnyttede fradragsberettigede tab fra tidligere indkomstår, jf. aktieavancebeskatningslovens § 9, stk. 4, og § 43, stk. 3, kursgevinstlovens § 31, stk. 3, og § 31 A, stk. 3, og ejendomsavancebeskatningslovens § 6, stk. 3, når underskuddene og tabene er lidt som led i den transparente enheds eller filialens virksomhed.

Stk. 6. Afståelse af ejerandele i selskabet omfattes af aktieavancebeskatningsloven. Ejerandelene anses for erhvervet for et beløb, der svarer til den skattemæssige værdi af deltagerens andel af aktiverne og passiverne på tidspunktet for kvalificeringen efter stk. 1.

Stk. 7. Udlodninger til ejerne fra selskaber omfattet af stk. 1 anses for at være udbytteudlodninger.

Stk. 8. Ophører selskabet med at være omfattet af stk. 1, anses selskabet for at være ophørt, og aktiver og passiver, der er i behold på tidspunktet for overgangen, anses for solgt til handelsværdien på dette tidspunkt. Ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 9. Stk. 1-8 finder ikke anvendelse på kollektive investeringsenheder (venturefonde), der alene investerer i aktier m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven med henblik på helt eller delvis at erhverve aktieselskaber og anpartsselskaber med henblik på at deltage i ledelsen og driften af disse. Det er en forudsætning, at følgende betingelser er opfyldt:

- 1) Venturefonden må ud over investeringstilsagn og ubehæftede kontant indestående i pengeinstitutter samt fordringer på løbende ydelser, jf. ligningslovens § 12 B, modtaget som vederlag ved salg af selskaber alene besidde aktier m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven. Indeståender i et pengeinstitut kan være placeret på en spærret konto som sikkerhed mod købers eventuelle garantikrav i forbindelse med venturefondens salg af selskaber.
- 2) Der må alene direkte eller indirekte investeres i selskaber, der alene eller sammen med eventuelle koncernforbundne selskaber, jf. skattekontrollovens § 3 B, har under 250 beskæftigede og enten har en årlig samlet balance på under 125 mio. kr. eller en årlig omsætning på under 250 mio. kr.
- 3) Ingen af deltagerne må eje mere end 50 pct. af kapitalen eller besidde mere end 50 pct. af stemmerne i venturefonden. Koncernforbundne og nærtstående deltagere, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, og aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 2, regnes i denne sammenhæng for én deltager.
- 4) Venturefonden skal have mindst 8 deltagere. Koncernforbundne og nærtstående deltagere, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, og aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 2, regnes i denne sammenhæng for én deltager.

Bilag 8

SEL § 2 E. Skattepligtige omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, selskabsskattelovens §§ 1 - 2 eller fondsbeskatningslovens § 1 kan ikke opnå fradrag for betalinger under et struktureret arrangement, hvis modtagelsen af betalingen efter udenlandske skatteregler ikke skal medregnes i modtagerens skattepligtige indkomst.

Stk. 2. Ved et struktureret arrangement forstås et arrangement, der indebærer et hybridt mismatch, hvor mismatchresultatet er prissat i vilkårene for det pågældende arrangement, eller et arrangement, der er udformet med henblik på at frembringe et hybridt mismatch.

Stk. 3. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis den skattepligtige er omfattet af SEL § 2 A, eller hvor den skattepligtige eller et tilknyttet selskab ikke med rimelighed kunne forventes at være bekendt med det hybride mismatch og ikke får del i værdien af den skattefordel, der følger af det hybride mismatch.

SEL § 2 F. Skattepligtige omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsboskattelovens § 1, stk. 2, selskabsskattelovens §§ 1-2 eller fondsbeskatningslovens § 1 skal i sin skattepligtige indkomst medregne modtagelse af betalinger sket under et strukturarrangement, jf. SEL § 2 E, stk. 2, hvis betalingen efter udenlandske skatteregler fradrages i betalerens skattepligtige indkomst.

Stk. 2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis den skattepligtige er omfattet af SEL § 2 A, eller hvor den skattepligtige eller et tilknyttet selskab ikke med rimelighed kunne forventes at være bekendt med det hybride mismatch og ikke får del i værdien af den skattefordel, der følger af det hybride mismatch.