

Copenhagen Business School, Master i Skat

Masterafhandling

SKATTEMÆSSIG REGULERING AF HYBRIDT MISMATCH

Med specielt fokus på analysering af
forbindelseskravet

Afhandling af Jan Dahl Jørgensen

Vejleder: Anders Nørgaard Laursen

Afleveringsdato: 2. november, 2021

Indholdsfortegnelse

1. EXECUTIVE SUMMARY / ENGLISH SUMMARY	2
2. INDLEDNING	3
2.1. BAGGRUND FOR VALG AF EMNE	3
2.2. PROBLEMFORMULERING	5
2.3. AFGRÆNSNING	6
2.4. METODE	6
2.5. OPGAENS STRUKTUR	8
3. HYBRIDT MISMATCH	9
3.1. HYBRIDT MISMATCH AFLEDT AF EN KVALIFIKATIONSKONFLIKT	9
3.2. INTERNATIONALT INITIATIV TIL LØSNING AF KVALIFIKATIONSKONFLIKTER	11
3.3. DANSKE REGLER OM HYBRIDT MISMATCH	13
3.3.1. Personligt anvendelsesområde	14
3.3.2. Sagligt anvendelsesområde	15
4. INDHOLDET AF FORBINDELSKRAVET VED KVALIFICERING AF ET HYBRIDT MISMATCH	20
4.1. BAGGRUND FOR FORBINDELSKRAVET	20
4.2. HVAD FORSTÅS VED BEGREBET "TILKNYTTET PERSON"?	22
4.2.1. Dansk skatteretlig kvalifikation af en enhed	23
4.2.2. Forbindelseskrauet bestemt ved en objektiv ejerandel, SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 1. til 3. pkt.	25
4.2.3. Opfyldelse af forbindelseskrauet ved at agere sammen, SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt.	27
4.2.4. Opfyldelse af forbindelse som konsekvens af regnskabsmæssig konsolidering, SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 5. pkt., 1 led	35
4.2.5. Opfyldelse af forbindelseskrauet ved væsentlig indflydelse på ledelsen, SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 5. pkt., 2 led.	36
4.3. FORBINDELSKRAVET - STRUKTURERET ARRANGEMENT	37
4.4. SKATTEMÆSSIGT TRANSPARENT ENEHEDER SOM TILKNYTTET PERSONER	41
4.5. OPFYLDSELSE AF FORBINDELSKRAVET VED OMKVALIFIKATION AF OMVENDTE HYBRIDE ENEHEDER, SEL § 2 C, STK. 1	44
5. RETSANVENDELSEN AF LIGNINGSLOVEN § 3 TIL REGULERING AF HYBRIDT MISMATCH	48
5.1. BAGGRUND FOR LL § 3	48
5.2. OMGÅELSESKLAUSULENS PLACERING I FORHOLD TIL VÆRNSREGLERNE MOD HYBRIDE MISMATCH	48
6. KONKLUSION OG PERSPEKTIVERING	52
6.1. KONKLUSION OG PERSPEKTIVERING	52
7. LITTERATURLISTE	54
7.1. BØGER	54
7.2. ARTIKLER	54
7.3. RAPPORTER, BETÆNKNINGER, VEJLEDNINGER MV.	55
7.3.1. Danmark	55
7.3.2. EU	55
7.3.3. OECD	56
7.4. DOMS- OG AFGØRELSESFORTEGNELSE	56
7.4.1. Danske administrative afgørelser	56
7.5. FIGURFORKLARING	56

1. Executive summary / English summary

The Anti-Tax Avoidance Directive II, ATAD II [the 'Directive'], was implemented in the Danish Corporate Tax Law and entered into force on 1 January 2020. The implementation of the Directive provides a new anti-avoidance regime that seeks to counteract hybrid mismatches in the Danish tax treatment of instruments and structures across jurisdictions in EU and third countries.

Apart from a few welcome adaptations, the Danish legislator has generally made a verbatim transposition of the Directive. However, the Danish implementation of the Directive wording is far from being clear and precise. Where no guidance is provided either from the Danish legislator or from the Danish tax authorities, the taxpayer is therefore prompted to rely on the best practice recommendations included in the two OECD reports regarding Action 2 published back in 2015 and 2017, to fill in the gaps and to deal with any incompatibilities that may arise between the recommendations and the existing Danish rules, at least in terms of objectives and context.

The concepts in the Danish tax rules against hybrid mismatches that specifically require the taxpayer to actively interpret it for himself, are the concept of related persons, control group, acting together and the concept of structured arrangements. These concepts are of significance, as they are an important gateway to the application of the hybrid mismatch rules.

In effect, any remedies to a hybrid mismatch in tax outcomes under the Danish hybrid mismatch rules are triggered only if there is a degree of relatedness between the parties or if the relevant dealing occurs under a structured arrangement.

This master thesis analyses and demonstrates how the concepts should be interpreted. The overall conclusion is that even if the implementation of the Directive is a verbatim transposition, the Danish rules have some minor pitfalls, particularly regarding reverse hybrid mismatches, which raise challenges in relation to increased risk of tax leakage for the investors and from an investment structuring perspective.

2. Indledning

2.1. Baggrund for valg af emne

En verden med konkurrence, hvor dels virksomhedernes etablering, produktion og handel bliver mere og mere globaliseret, og dels investorernes globale søgning efter afkast med laveste risiko understøtter overordnet et incitament til at nedbringe omkostninger, herunder at minimere skattebyrden via skatteplanlægning. Incitamentet til skatteplanlægningen er samtidig en konsekvens af, at de involverede og potentielle landes nationale skattelovgivninger ikke er harmoniseret. En risikoavers international virksomhed eller investor søger derfor at afdække og indrette sig således, at beskatningen er i overensstemmelse med deres mål for bl.a. social ansvarlighed.

Årsagen til, at der ikke er sket en harmonisering mellem de nationale skatteregler kan til dels skyldes, at beslutningskompetencen er omfattet af nationalstaternes suverænitet og at der dermed sker en naturlig differentiering mellem landenes skatteregler. Som en konsekvens af, at de nationale skattesystemer ikke er harmoniseret, kan transaktioner eller skattesubjekter blive kvalificeret på forskellig vis, afhængig af den nationale skattelovgivning. Forekommer der et arrangement mellem nationalstaterne, kan det medføre en situation, hvor samme arrangement kvalificeres på to forskellige måder i de respektive stater. Dette betegnes som en kvalifikationskonflikt.

En kvalifikationskonflikt kan have forskellige konsekvenser, hvoraf der er to typer, som der internationalt er fokus på at forhindre. Disse er dobbeltbeskatning og dobbelt ikke-beskatning¹. Situationer med dobbeltbeskatning søges primært løst mellem landene gennem indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster og heraf allokering og fordeling af beskatningsretten til givne indkomster. Når det gælder situationer med dobbelt ikke-beskatning, har det været op til det enkelte land at tilrette de nationale skatteregler til at værne om skattegrundlaget for landet. Virksomhedernes og investorernes incitament til omkostningsminimering af skat består derfor i at benytte to lande, som indbyrdes skaber en kvalifikationskonflikt enten af en bestemt transaktionstype eller de involverede enheder, hvorved der opnås en skattefordel eksempelvis ved skattefrihed i to lande ("**dobbelt ikke-beskatning**"), fradrag i to lande ("**dobbelt fradrag**") eller fradrag i et land og skattefrihed i et andet ("**fradrag uden medregning**"). En situation hvor sådan en kvalifikationskonflikt skabes benævnes et hybridt mismatch. Det skal bemærkes, at denne

¹ Jfr. (Schmidt, Tell, & Weber, 2015), s.21 og s. 33 og (Michelsen, Dalgas, & Laursen, International Skatteret, 2017), s. 305.

situation, i udgangspunktet, er i overensstemmelse med gældende ret, hvorved det kategoriseres som lovlig skattetænkning/skatteplanlægning, eftersom der ikke sker lovbrud.

Som et værn mod utilsigtet brug af skattereglerne i Danmark kombineret med andre landes skatteregler, har den danske skattelovning indtil januar 2020 bestået af værnsregler i selskabsskatteoven og ligningsloven.

Internationalt har der specielt fra OECD's side været fokus på foranstaltninger, der kan gøre op med skatteplanlægningsstrategier, der udnytter forskelle i skattereglerne på tværs af landegrænser. Dette er kommet til udtryk ved initiativet i BEPS-projektet², som blev præsenteret tilbage i 2015 og resulterede i en action plan med 15 handlingspunkter³. Med denne opgaves fokus på hybride mismatches, har "Action Point 2" størst interesse. Formålet med "Action Point 2" er at sikre, at de skattemæssige fordele, der opstår ved brug af hybride mismatches, bliver neutraliseret. I 2015 udgav OECD den endelige rapport om hybride mismatch under "Action point 2"⁴. Rapporten blev fulgt op af en rapport i 2017 omhybride mismatch i relation til filialer. I det følgende omtales begge rapporter som "BEPS 2-rapporten"⁵. Fra EU's side er nogle af anbefalingerne vedtaget af EU-rådet ved direktivet benævnt skatteundgåelsesdirektivet⁶. Direktivet har til formål at implementere en række af initiativerne i BEPS-projektet og at skabe en harmoniseret minimumsbeskyttelse mod selskabers skatteundgåelse i EU. Direktivet indeholder dels en række specifikke værnsregler, der er baseret på BEPS 2-rapportens anbefalinger til ændringer af national ret og dels en generalklausul, der udgør en generel regel rettet mod skattemisbrug.

² 'BEPS' er forkortelsen for "Base Erosion and Profit Shifting".

³ OECD (2015), G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Executive Summaries, 2015 Final Reports. Rapportens handlingspunkter omfatter eksempelvis kvalifikation af faste driftssteder, skadelig skattekonkurrence og løsning af dobbeltbeskatningskonflikter.

⁴ Rapporten er opdelt i overordnede to dele hvoraf del I indeholder anbefalinger til implementering i national lovgivning. Del II indeholder anbefalinger til udformning og anvendelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomster for at forhindre brugen af hybride enheder og andre hybride elementer til uberettiget udnyttelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster, jfr. "OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, ACTION 2: 2015 Final Report", Part II Recommendations on treaty issues. Rapporten blev vedtaget d. 5. oktober 2015.

⁵ OECD rapporten "OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project - Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements ACTION 2: Inclusive Framework on BEPS" blev vedtaget d. 27. juli 2017.

⁶ Skatteundgåelsesdirektivet bliver også betegnet "Anti-Tax Avoidance Directives" og forkortet "ATAD I". Direktivet blev vedtaget den 12. juli 2016 (RÅDETS DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markedes funktion). Skatteundgåelsesdirektivet blev året efter fulgt op af vedtagelsen af et ændringsdirektiv (ATAD II) den 29. maj 2017, som indeholdt mere detaljerede regler vedrørende hybride mismatch (RÅDETS DIREKTIV (EU) 2017/952 af 29. maj 2017 om ændring af direktiv (EU) 2016/1164, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande).

Artikel 9, 9 a og 9 b i skatteundgåelsesdirektivet udgør sammen med definitionsbestemmelserne i artikel 2 EU's implementering af BEPS 2-rapportens anbefalinger til nationale værnsregler mod hybride mismatch. Direktivet er ved lov nr. 1726 af 27. december 2018 implementeret i dansk ret, således at bestemmelserne i SEL §§ 8 C – E og den ændrede bestemmelse i SEL § 2 C udgør gældende værnsregler mod hybride mismatch. Reglerne er suppleret af generalklausulen mod arrangementer til skatteundgåelse i LL § 3.

Reglerne har en høj grad af kompleksitet og har til hensigt at dække alle mulige mismatch arrangementer, uanset om disse er forsætlige eller ikke. Det er dog væsentligt at bemærke, at reglernes anvendelse betinger, at der er en vis forbindelse mellem parterne i arrangementet⁷. Dette forbindelseskrav er udtrykt i henholdsvis begrebet "tilknyttet person" og et "struktureret arrangement".

Eftersom forbindelseskravet er en betingelse for, om værnsreglerne kan bringes i anvendelse, er netop forbindelseskravet emnet for nærværende opgave.

2.2. Problemformulering

Der er en formodning om, at skatteundgåelse ved skatteplanlægning navnlig sker ved dispositioner indenfor samme juridiske enhed eller koncern, men også hvor arrangementet er et resultat af en skatteplanlægning mellem ikke-uafhængige parter.

Givet et betinget forbindelseskrav for værnsreglernes anvendelse, har værnsreglerne mod hybride mismatch ikke til formål at omfatte dispositioner mellem uafhængige parter, selvom der ved landenes uoverensstemmende regler udløses skattefordele⁸. Afgørende herfor er, at sådanne skattefordele ikke er et resultat af aktiv skatteundgåelse, men derimod tilfældige udslag af landenes afvigende skattelovgivning.

Eftersom værnsreglerne har til formål at imødegå skatteundgåelse, skal det også sikres, at værnsreglernes skærpende regulering ikke rammer i øvrigt ønskværdig erhvervsmæssig aktivitet, og at værnslovgivningen ikke selv kan omgås⁹.

⁷ Jfr. SEL § 8 C, stk. 4.

⁸ Jfr. præamblen til skatteundgåelsesdirektivet, bemærkning nr. 12 og 13.

⁹ Jfr. (Pedersen, Kerzel, Ferniss, & Eriksen, 2019), s. 383.

Det er denne opgaves formål at analysere den gældende danske regulering af hybride mismatch i relation til forbindelseskravets indhold, omfang og rækkevidde, herunder om forbindelseskravet er proportionalt med værnreglernes formål.

Baseret på opgavens emne og formål, opstilles følgende problemstilling:

Hvordan fortolkes forbindelseskravet bestemt ved begreberne "tilknyttet person" og "struktureret arrangement", som betingelse for anvendelsen af selskabsskattelovens værnregler for regulering af hybrid mismatch?

Sekundært foretages en fortolkning af om ligningsloven (LL) § 3 vil ramme utilsigtede skattefordele mellem ikke tilknyttede personer, dvs. hvor forbindelseskravet ikke er opfyldt.

2.3. Afgrænsning

Som fastsat i problemformuleringen er genstanden for opgaven at analysere indholdet i forbindelseskravet. Dermed vil opgaven ikke behandle indholdet af den objektive skattepligt i værnreglerne. Den objektive skattepligt vil kun blive inddraget ved illustration af skattefordelen ved et hybrid mismatch.

Opgavens fokus ligger på skattereglerne i Danmark og dermed den skattemæssige regulering i relation til hybride mismatch, der går på tværs af de danske grænser. Det er således udelukkende forbindelseskravet i relation til hybride mismatch i et dansk perspektiv.

2.4. Metode

Til at besvare problemformuleringen vil den traditionelle retsdogmatiske metode blive anvendt. Den retsdogmatiske metode anvendes til at fastlægge gældende ret (de lege lata) ved at beskrive, fortolke, analysere og systematisere de relevante retskilder.

Den retsdogmatiske analyse vil omhandle de danske regler i SEL §§ 2 C, 8 C og 8 D. Eftersom reglerne er med baggrund i en implementering af skatteundgåelsesdirektivet i dansk skatteret, vil direktivet også blive benyttet som retskilde. For at udlede relevant fortolkning vil analysen blive suppleret med OECD's BEPS 2-rapport, eftersom der i præamblen til direktivet¹⁰ er bestemt at medlemsstaterne ved gennemførelsen af

¹⁰ Jfr. kommentar nr. 28 i præamblen til DIREKTIV (EU) 2017/952 af 29. maj 2017.

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.”

Denne henvisning til fortolkning er også indeholdt i forarbejderne til den danske implementering af direktivet, hvor det anføres:

”OECD-rapporterne vil dermed også ved fortolkningen af de danske regler være relevante, og eksemplerne i rapportererne vil være en kilde til illustration af reglerne.”¹¹

En reference til BEPS 2-rapportens anbefalinger og eksempler ved en dansk fortolkning af de interne danske regler ses også at være accepteret i forbindelse med udlægning af dansk og international skattepraksis ved inddragelse af kommentarerne til OECD’s modeloverenskomst. Sker der efterfølgende en ændring af BEPS 2-rapporten, er det antaget, at såfremt ændringerne alene omhandler en ren præcisering af det eksisterende indhold/regler/anbefalinger, kan disse inddrages. Hvorimod er der tale om materielle ændringer i BEPS 2-rapporten, kan disse ændringer ikke indgå i den danske fortolkning af gældende retstilstand¹².

Ved inddragelse af BEPS 2-rapporten herudover til brug for fortolkning af gældende ret, vil rapporten have karakter af soft law, og den vil som udgangspunkt ikke i sig selv være bindende. Da anbefalingerne samt de tilhørende kommentarer og eksempler må antages at have karakter af soft law, som såvel EU og Danmark har deltaget i samarbejdet omkring, taler dette i sig selv til en vis grad for at tillægge BEPS 2-rapporten en større betydning end hvad der tillægges almindelig soft law¹³.

Eftersom reglerne i selskabsskatteloven er af nyere dato, er retspraksis meget begrænset. For nærværende foreligger der alene 4 bindende svar fra Skatterådet¹⁴. De bindende svar afspejler en konkret vurdering og fortolkning af forbindelseskravet, og vil derfor indgå med den vægt ved stillingtagen til gældende ret ”de lege lata”. Opgaven vil ikke indeholde en stillingtagen til de lege ferenda¹⁵. Opgaven vil derimod indeholde en retspolitisk vurdering af værnsreglernes evne til at skabe retssikkerhed ved retsanvendelsen.

¹¹ Jfr. Lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, Tillæg A, L 28 som fremsat, Almindelige bemærkninger, afsnit 2.5.3.

¹² Jfr. (Schmidt, Tell, & Weber, 2015), s. 26.

¹³ Jfr. (Tvarnø & Nielsen, 2017), s. 139 og (Bondegård, 2020), s. 29. ”Soft law” omfatter ikke-bindende regulering, fx henstillinger og udtalelser fra EU-institutioner, jfr. artikel 288 i Traktat om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

¹⁴ De bindende svar er SKM2020.35.SR, SKM2020.453.SR, SKM2021.216.SR og SKM2021.218.SR.

¹⁵ Dvs. opgaven vil ikke omhandle en beskrivelse af hvordan retstilstanden bør være eller lovgivningen bør udformes.

2.5. Opgavens struktur

For at sætte forbindelseskravet i det rette perspektiv ved retsanvendelsen, hvor det forudsætter tilstedeværelsen af tre elementer¹⁶: et hybridt element, en betaling og et grænseoverskridende mismatchresultat, indledes opgaven med en illustration af et hybridt mismatch afledt af en kvalifikationskonflikt. Dette bliver efterfulgt af en overordnet gennemgang af de gældende danske værnsregler om hybride mismatch.

Dette åbner derfor naturligt op for opgavens analyse og fortolkning af forbindelseskravets indhold, omfang og rækkevidde. Herunder inddrages den foreløbige retspraksis til at forudsige gældende ret på området mht. forbindelseskravet.

Opgaven afsluttes med en analyse, fortolkning og en potentiel retsanvendelse af LL § 3 til at ramme utilsigtede skattefordele mellem ikke-tilknyttede personer, dvs. hvor forbindelseskravet ikke er opfyldt.

¹⁶ Med undtagelse af værnsreglen i SEL § 2 C, hvor det alene betinger tilstedeværelsen af et hybridt mismatch på enheden.

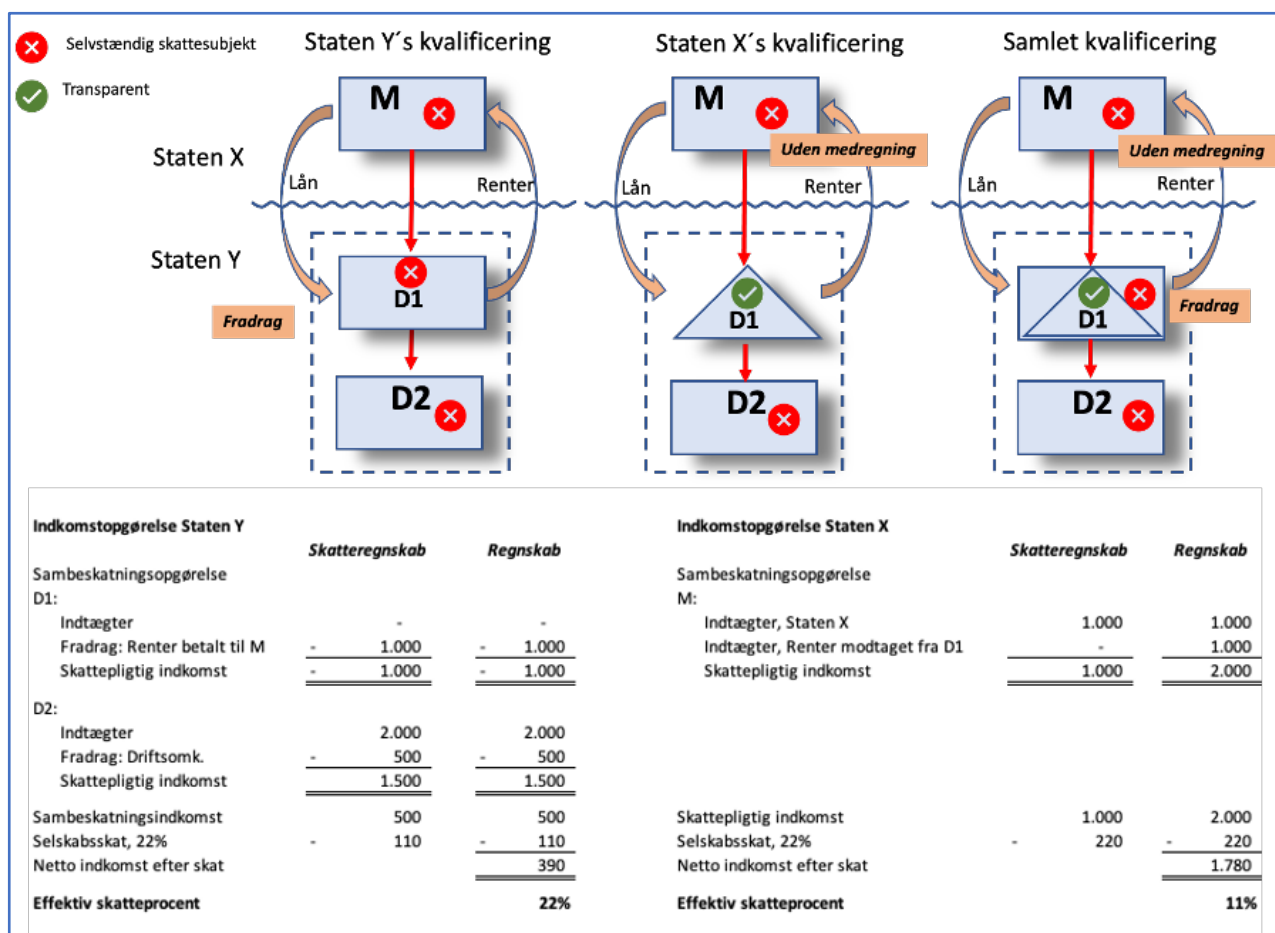
3. Hybridt mismatch

3.1. Hybridt mismatch afledt af en kvalifikationskonflikt

En skattemæssig kvalifikationskonflikt opstår, når en enhed eller et finansielt instrument undergives en forskellig skattemæssig behandling i to eller flere jurisdiktioner, og dette medfører en samlet skattenedsættelse eller skatteudskydelse.

Problemstillingen er illustreret i Figur 1, hvor selskabet M er et selvstændigt skattepligtigt selskab hjemmehørende i staten X. Selskabet har etableret datterselskabet D1 i staten Y.

Figur 1 - Skattefordel ved en kvalifikationskonflikt



I staten Y kvalificeres datterselskabet som et selvstændigt skattesubjekt. I staten X kvalificeres D1 imidlertid som en skattemæssigt transparent filial af moderselskabet M i staten X. Datterselskabet D1 betegnes derfor som en hybrid enhed pga. kvalifikationskonflikten er begrundet i en forskellig skattemæssig kvalificering af enheden D1 af henholdsvis staten Y og staten X. Datterselskabet D1 har desuden stiftet et helejet

datterselskab D2, som er sambeskattet med selskabet D1, og som både staten Y og staten X kvalificerer som et selvstændigt skattepligtigt selskab hjemmehørende i staten Y.

Den hybride enhed "D1", foretager herefter en fradragsberettiget betaling af renter på et internt lån til moderselskabet M. Betalingen er fradragsberettiget for D1 i staten Y. Efter skattereglerne i staten X udgør betalingen derimod en ikke-skattepligtig overførsel fra en skattemæssig transparent filial til moderselskabet M. Der opstår således et hybridt mismatch i beskatningen af rentebetalingen fra datterselskabet D1 til moderselskabet M i form af et skattemæssigt fradrag for D1 uden korresponderende beskatning af renteindtægten hos M (benævnt i illustrationen ved "**uden medregning**"). Samtidig kan D1's skattemæssige fradrag i staten Y via sambeskatningen modregnes i indkomsten fra D2, som ikke er underlagt nogen beskatning i staten X.

Det hybride mismatch er udtryk for realisering af en skattefordel afledt af kvalifikationskonflikten. Det skal bemærkes at skattefordelen ikke forudsætter at koncernens profit placeres i jurisdiktioner med lav eller ingen selskabsbeskatning. Derimod opnås skattefordelen ved indkomstfordelinger, transaktioner mv. der foretages på almindelige markedsmæssige vilkår, men som undergives en forskellig skattemæssig behandling i forskellige lande. I eksemplet i Figur 1 er skattefordelen afspejlet i en lavere effektiv skatteprocent i staten X.

Figur 2 - Positiv skattepligtig indkomst i D1

Indkomstopgørelse Staten Y			Indkomstopgørelse Staten X		
	Skatteregnskab	Regnskab		Skatteregnskab	Regnskab
Sambeskatningsopgørelse			Sambeskatningsopgørelse		
D1:			M:		
Indtægter	2.000	2.000	Indtægter, Staten X	1.000	1.000
Frdrag: Renter betalt til M	- 1.000	- 1.000	Indtægter, D1 ("filial i Staten Y")	2.000	2.000
Skattepligtig indkomst	<u>1.000</u>	<u>1.000</u>	Indtægter, Renter modtaget fra D1	-	1.000
			Skattepligtig indkomst	<u>3.000</u>	<u>4.000</u>
D2:					
Indtægter	2.000	2.000			
Frdrag: Driftsomk.	- 500	- 500			
Skattepligtig indkomst	<u>1.500</u>	<u>1.500</u>			
Sambeskatningsindkomst	2.500	2.500	Skattepligtig indkomst	3.000	4.000
Selskabsskat, 22%	- 550	- 550	Selskabsskat, 22%	- 660	- 660
Netto indkomst efter skat		<u>1.950</u>	Netto indkomst efter skat		<u>3.340</u>
Effektiv skatteprocent		22%	Effektiv skatteprocent		17%

Afgørende for det hybride mismatch resultat i eksemplet er, at den skattepligtige indkomst for datterselskabet D1 i et givet indkomstår opgøres til et underskud. Hvis datterselskabet har overskud, vil der ske fradrag i en indtægt i staten Y, som fuldtud medregnes i indkomstopgørelsen i staten X, eftersom det forudsættes, at staten X beskatter ud fra et globalindkomstprincip. I Figur 2 har D1 en indtægt på 2.000, som

fuldtud medregnes i både staten Y og staten X. Dermed foreligger der ikke et hybridt mismatch, eftersom fradraget modregnes i en indtægt som både medregnes i staten Y og staten X.

Afgørende for, at der foreligger et hybridt mismatch i Figur 1, er for det første, at enheden "D1" udgør en hybrid enhed. Dette er konsekvensen af kvalifikationskonflikten, hvor den betragtes som et selvstændigt skattesubjekt i henhold til lovgivningen i staten Y, og hvis indtægt eller udgift behandles som indtægt eller udgift for en eller flere andre selvstændige skattesubjekter i henhold til lovgivningen i en anden jurisdiktion, i eksemplet det selvstændige skattesubjekt M i staten X.

For det andet er det afgørende, at der foretages en grænseoverskridende betaling, hvor fradraget i staten Y ikke modregnes i en indkomst, som både medregnes i den skattepligtige indkomst for staten Y og i staten X, som er betalingsmodtagerens land.

Grundlaget for, at dette kan blive en realitet, betinger for det første, at der er en bevidst planlægning og strukturering af og imellem de involverede enheder. For det andet, at valg af jurisdiktioner for enhedernes hjemsted de facto resulterer i en kvalifikationskonflikt. For det tredje, at allokering af indkomst og udgifter imellem enhederne ikke er baseret på tilfældigheder, men et bevidst valg. I Figur 1 er dette afspejlet dels ved, at M har oprettet datterselskaberne D1 og D2 i netop staten Y, og dels pga. en bevidst allokering af indkomst og udgifter mellem M og D1. Dette afspejler, at forbindelsen mellem M og D1 er resultatet af en tilknytning, hvor M har en direkte eller indirekte bestemmende indflydelse på D1.

Forbindelseskravet udtrykt ved en tilknytning er derfor afgørende for eksistensen af et hybridt mismatch, som resulterer i en skattefordel, afledt af en asymmetrisk beskatning og dermed udhuling af det samlede skattegrundlag, som kommer til beskatning i staterne X og Y.

3.2. Internationalt initiativ til løsning af kvalifikationskonflikter¹⁷

Tilbage i sommeren 2012 mødtes lederne fra G20-landene til en konference, hvor de for det første fik skabt en fælles forståelse for, at særligt multinationale koncerner udnytter kvalifikationskonflikter afledt af forskellene i nationalstaternes skattesystemer til at minimere deres skattebetalinger. For det andet, at denne udnyttelse medfører faldende skatteindtægter, idet landenes selskabsskattebasen udhules og fordelingen af

¹⁷ Se bla. Den juridiske vejledning 2021-2 - C.D Selskabs-, fonds- og foreningsbeskatning, afsnit 2.4.7.1, (Pedersen, Kerzel, Ferniss, & Eriksen, 2019), s. 320, (Michelsen, Bolander, Madsen, Laursen, & Langhave, 2019), s. 1180 og (Bondegård, 2020), s. 111-119.

landenes skatteprovenu skævvrides. I Figur 1 er dette afspejlet i dels at skattebetalingen er mindre for M, ved at renterne ikke kommer til beskatning i staten X (**uden medregning**) og dels, at skattegrundlaget i staten Y bliver udhulet på grund af fradraget for renterne i D1 (**fradrag**). På denne baggrund fandt G20-landene, at der var et stort behov for at adressere denne udhuling og skævvridning. Dette var dermed også startskuddet til flere initiativer og analyser i regi af OECD, som på engelsk falder ind under samlebetegnelsen «Base Erosion and Profit Shifting» (forkortet: 'BEPS').

Fra 2012 og indtil 2015 blev de politiske bestræbelser fulgt op af flere OECD-rapporter, hvori bl.a. action points, problemstillinger, årsager, løsninger og implementeringsstrategi blev endevendt og identificeret. I oktober 2015 udgav OECD sine endelige rapporter om de respektive 15 handlingspunkter (Action Points)¹⁸, hvorefter det omfattende arbejde med at implementere disse kunne begynde.

Kvalifikationskonflikter afledt af staternes forskellige skattemæssig kvalificering indgik i handlingspunkt 2 og er behandlet i OECD-rapporterne *Report on Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2015 Final Report* og i *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements – Action 2: Inclusive Framework on BEPS* (begge rapporter er indeholdt i opgavens betegnelse: "BEPS 2-rapporten").

Sideløbende med arbejdet i OECD-regi havde Europa-Kommissionen taget de første skridt til en større skattereform, og i juni 2015 offentliggjorde Europa-Kommissionen således en samlet handlingsplan for selskabsskatteområdet. I denne handlingsplan blev der lagt op til en grundlæggende reform af selskabsbeskatningen inden for EU med henblik på, at: *"bekæmpe skatteundgåelse, sikre bæredygtige indtægter og styrke det indre marked for erhvervslivet"*.

Som opfølgning på EU-handlingsplanens anbefalinger om imødegåelse af uønsket/aggressiv skatteplanlægning og ikke mindst for at sikre en ensartet implementering af de forskellige anbefalinger i BEPS 2-rapporten, blev dette arbejde fulgt op af en større "skatteundgåelsespakke" som bl.a. bestod af vedtagelsen af skatteundgåelsesdirektivet¹⁹. Hovedformålet med skatteundgåelsesdirektivet er, at forbedre det indre markeds modstandsevne som helhed over for grænseoverskridende metoder til skatteundgåelse²⁰ og at gøre det indre marked som helhed mere modstandsdygtigt over for hybride mismatch²¹.

¹⁸ OECD (2015), G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Executive Summaries, 2015 Final Reports.

¹⁹ Skatteundgåelsesdirektivet bliver også betegnet "Anti-Tax Avoidance Directives" og forkortet "ATAD I". Direktivet blev vedtaget den 12. juli 2016. Skatteundgåelsesdirektivet blev året efter fulgt op af vedtagelsen af et ændringsdirektiv (ATAD II) den 29. maj 2017, som indeholdt mere detaljerede regler vedrørende hybride mismatch.

²⁰ Jfr. kommentar nr. 16 i præamblen til DIREKTIV (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016.

²¹ Jfr. kommentar nr. 27 i præamblen til DIREKTIV (EU) 2017/952 af 29. maj 2017.

Skatteundgåelsesdirektivet sikrer en harmoniseret gennemførelse i intern ret i EU af OECD's handlingspunkter om bl.a. anbefalinger vedrørende hybrid mismatch i BEPS 2-rapporten²².

I forlængelse af vedtagelsen af skatteundgåelsesdirektivet blev dette starten på den danske implementering²³.

3.3. Danske regler om hybrid mismatch

Forud for den danske implementering af skatteundgåelsesdirektivet var den danske regulering af hybrid mismatch bestemt af flere regler i dansk skatteret, og internationalt blev Danmark også anset for at være et foregangsland. Allerede i 1995 kom de første regler om hybrid mismatch med SEL § 9, stk. 1, og KSL § 1, stk. 2, der afskærer dobbeltdomicilerede personer og selskaber fra fradrag for udgifter, der vedrører indtægter, som Danmark ikke kan beskatte ifølge en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Senere kom bl.a. SEL §§ 2 A, 2 B og 2 C om hybride enheder og finansielle instrumenter.

Med skatteundgåelsesdirektivet og BEPS 2-rapportens anbefalinger er der valgt en anden tilgang til udformning reglerne, der afviger fra de tidligere danske regler, hvorfor det ved implementering af skatteundgåelsesdirektivet var nødvendigt at ændre lovgivningen. Hvor de tidligere SEL §§ 2 A, 2 B og 2 C opererede ved at omkvalificere enheder og finansielle instrumenter i overensstemmelse med den skattemæssige behandling i en fremmed stat, opererer de nye regler ved fortrinsvist at nægte fradrag (primær regel) eller alternativt at kræve "medregning" (sekundær regel). Dette gælder dog ikke skatteundgåelsesdirektivets artikel 9a om "omvendt hybrid mismatch", hvorefter en skattemæssigt transparent enhed omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt, hvilket umiddelbart svarer til den tidligere regel i SEL § 2 C.

Med virkning fra 1. januar 2020 er et hybrid mismatch i dansk skatteret underlagt reglerne²⁴ i SEL §§ 2 C, 8 C, 8 D og 8 E. Reglerne svarer til en næsten ordlydsnær implementering af Skatteundgåelsesdirektivets bestemmelser i artikel 2, 9, 9 a og 9 b.

²² Skatteundgåelsesdirektivet indeholder også OECD's handlingspunkt for CFC-beskatning (action 3) og handlingspunkt om rentefradrag (action 4). Herudover indeholder direktivet en general omgåelsesklausul og regler om exitbeskatning og exitværdier.

²³ Implementeringen var med baggrund i lovforslag L 28A 2018/2019, som indeholdt de fleste af de foreslåede regler vedrørende implementering af skatteundgåelsesdirektivet og samtidig blev det lagt op til en meget ordlydsnær gennemførelse af direktivet. Lovforslaget blev vedtaget den 20. december 2018.

²⁴ Reglerne om hybrid mismatch i selskabsskatteoven omtales også som "værnsregler", hvilket der på en måde kan sættes spørgsmål ved. Dette skyldes at reglerne ud fra en dansk kontekst, ikke har til formål alene at værne om det danske skattegrundlag. At der alligevel er grundlag for at anvende betegnelsen "værnsregler", skal ses i den

3.3.1. Personligt anvendelsesområde

Det er hensigten, at reglerne skal omfatte alle hybride mismatcharrangementer, hvor mindst én af de involverede parter er et skattepligtigt selskab i en medlemsstat²⁵. Reglerne finder herefter anvendelse på de selskaber, fonde og foreninger, der er fuldt skattepligtige som følge af, at de er indregistreret i Danmark eller har ledelsens sæde i Danmark. Herudover omfattes selskaber, fonde og foreninger, der er begrænset skattepligtige til Danmark, typisk som følge af, at selskaber m.v. har et fast driftssted eller en fast ejendom i Danmark eller modtager skattepligtige udbytter, renter eller royalties fra Danmark. Selvom fonde og foreninger er udskilt i en særskilt lov, er de også omfattet af reglerne, eftersom de opgør indkomsten efter skattelovgivningens almindelige regler for aktieselskaber²⁶. Nedenstående tabel indeholder en oversigt over enheder, der er omfattet af selskabslovens regler om selskabsbeskatning og hvilke enheder, der ikke er omfattet.

Selvstændigt skattesubjekt i Danmark og omfattet af selskabsskatteloven		
	SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2 b, 2 d-2 j og 3 a-6, fondsbeskatningsloven § 1 eller kulbrinteskatteloven § 21, stk. 4	Selskabsformer som er underlagt dansk selskabsbeskatning
	SEL § 1, stk. 1, nr. 2.	Omkvalificeret transparent selskab efter SEL § 2 C, stk. 1 til at blive omfattet af dansk selskabsbeskatning
	SEL § 2, stk. 1 a	Udenlandske selskaber der kvalificeres som "SEL § 1, stk. 1"-selskaber, der har hjemsted i udlandet og med fast driftssted i Danmark
	SEL § 2, stk. 1, b	Udenlandske selskaber der kvalificeres som "SEL § 1, stk. 1"-selskaber, der har hjemsted i udlandet og i egenskab af ejer oppebærer indtægt af fast ejendom i Danmark
Ikke selvstændigt skattesubjekt i Danmark og ikke omfattet af selskabsskatteloven		
	SEL § 2 C, stk. 1	Registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i landet, hvor tilknyttede personer har mindre end 50% af kapitalen etc., og er hjemmehørende i stater omfattet af SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1-3.
	SEL § 2 C, stk. 2	Kollektive investeringsinstitutter i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/65/EF om samordning af love og administrative bestemmelser om visse institutter for kollektiv investering i værdipapirer (investeringsinstitutter)

sammenhæng at reglerne har baggrund i et internationalt perspektiv, hvor BEPS 2-rapportens anbefalinger og skatteundgåelsesdirektivet har til formål at værne om det samlede skattegrundlag for de omfattede lande dels under OECD og for EU-medlemslandene. Dette kan udledes af pkt. 27 i præamblen til ATAD II, hvor det anføres at: *"Målet for dette direktiv er at gøre det indre marked som helhed mere modstandsdygtigt over for hybride mismatch. Dette mål kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes ved, at medlemsstaterne handler hver for sig, da de nationale selskabsskattesystemer er meget forskellige, og da selvstændige tiltag fra medlemsstaternes side blot ville gentage den eksisterende fragmentering af det indre marked inden for direkte beskatning. På grund af hybride mismatches grænseoverskridende karakter og nødvendigheden af, at der vedtages løsninger for det indre marked som helhed, kan målet bedre nås på EU-plan."*

²⁵ Jfr. præambelen til DIREKTIV (EU) 2017/952 af 29. maj 2017.

²⁶ Jfr. SEL § 8 C, stk. 1. som angiver det personelle anvendelsesområde ved reference til SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d – 2 j og 3 a – 6, § 2, stk. 1, litra a) og b), FBL § 1 og KULBR § 21, stk. 4.

Andelsselskaber er dermed ikke omfattet, hvilket kan forklares med, at den skattepligtige indkomst opgøres som en procentdel af formuen, jf. SEL § 14, stk. 1. Selskaber, som er begrænset skattepligtige af udbytter, renter, kursgevinster eller royalties, er heller ikke omfattet. Dette kan forklares med, at disse indtægter bruttobeskattes uden fradrag, jf. SEL § 2, stk. 3. Fysiske personer er ikke omfattet af reglerne. I tilfælde af transaktioner mellem en fysisk person og et selskab, har reglerne derfor kun virkning for selskabet.

Omkvalifikation af en transparent enhed i SEL § 2 C, som i skatteundgåelsesdirektivet benævnes et omvendt hybridt mismatch, finder anvendelse på alle registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i Danmark²⁷. Det skal bemærkes, at en filial af en udenlandsk virksomhed er omfattet, uanset om den udgør et fast driftssted i Danmark eller ej²⁸. Desuden er det ikke afgørende, om filialen rent faktisk er registreret i Danmark, men derimod om der er pligt til at indregistrere filialen²⁹. Skattemæssigt transparente enheder er defineret i SEL § 2 C, stk. 3 og omfatter juridiske personer, der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt. I forhold til dansk skatteret vil dette navnlig omfatte registreringspligtige partnerselskaber, kommanditselskaber og interessentskaber.

3.3.2. Sagligt anvendelsesområde

Reglerne er struktureret således at SEL § 8 C definerer ikke mindre end 17 begreber, der har betydning for anvendelsen af de operative regler i SEL §§ 8 D og 8 E og begrebet "en tilknyttet person" ifht. anvendelsen heraf i SEL §§ 2 C.

Reglerne finder alene anvendelse, såfremt kvalifikationskonflikten indebærer et hybridt mismatch med en asymmetrisk beskatning, for dermed at værne mod arrangementer, der kan give anledning til skatteundgåelse og dermed udhuling af selskabsskattegrundlaget. En asymmetrisk beskatning kan opstå i følgende arrangementer, hvor³⁰:

1. Et selskabs betaling, fx en renteudgift, kan udløse et fradrag i beregningen af den skattepligtige indkomst i begge lande (**dobbelt fradrag**)
2. Et selskabs betaling udløser et fradrag i ét land, men hvor betalingen ikke bliver tilsvarende beskattet i det andet land i tilfælde med hybride enheder og faste driftsteder (**fradrag uden medregning**)

²⁷ Jfr. SEL § 2 C, stk. 1

²⁸ Jfr. lovforslag L 181, FT 2007/2008, 2. samling, Tillæg A, bemærkninger til lovforslagets § 2 til nr. 3 stk. 1. vedrørende SEL § 2 C.

²⁹ Jfr. lovforslag L 181, FT 2007/2008, 2. samling, Tillæg A, bemærkninger til lovforslagets § 2 til nr. 3 stk. 1. vedrørende SEL § 2 C.

³⁰ Jfr. præamblen til skatteundgåelsesdirektivet, bemærkning nr. 15.

3. Et selskabs betaling udløser et fradrag i ét land, men hvor betalingen vedrørende et finansielt instrument ikke bliver tilsvarende beskattet i det andet land (**fradrag uden medregning**)
4. Et selskabs indkomst ikke bliver beskattet i nogle af landene i specialtilfælde med tilsidesatte faste driftssteder og omvendt hybride selskaber (**dobbelt ikke-beskatning**)

En asymmetrisk beskatning hvor en betaling giver anledning til **dobbelt fradrag** eller **fradrag uden medregning** er i selskabsskattelovens regler udtrykt ved begrebet "et mismatchresultat"³¹ og er reguleret af reglerne i SEL §§ 8 C, 8 D og 8 E, som er indeholdt i selskabsskattelovens afsnit III, som omhandler opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Reglerne er transaktionsbaserede³², hvor reguleringen er rettet mod den skattemæssige behandling af den enkelte transaktion ved enten at nægte fradrag for en betaling eller ved at kræve beskatning af betalingen³³. Hermed neutraliseres mismatchresultatet ved at gøre den skattemæssige behandling symmetrisk. Neutralisering af mismatchresultatet i eksemplet i afsnit 3.1 vil herefter indebære nægtelse af fradraget i staten Y, sekundært en beskatning i staten X, jfr. SEL § 8 D, stk. 2.

Som det også er illustreret i eksemplet i afsnit 3.1, er det afgørende for det hybride mismatch resultat, at fradraget ikke modregnes i en indtægt, som både medregnes i betalerens og betalingsmodtagerens jurisdiktion. Denne væsentlige betingelse for reglerens anvendelse er fastsat i SEL § 4, stk. 3, hvor det er bestemt, at der kun er tale om et hybridt mismatch, hvis fradraget sker i indkomst, der ikke er dobbelt medregnet indkomst³⁴. Hvis fradrag sker i delvist dobbelt medregnet indkomst, vil der således fortsat være tale om et hybridt mismatch for så vidt angår den del af fradraget, der sker i indkomst, der ikke er dobbelt medregnet indkomst. Når indkomsten medregnes i begge jurisdiktioner, vil tilsvarende fradrag i begge jurisdiktioner ikke udgøre et mismatchresultat og ej heller en asymmetrisk beskatning.

Asymmetrien i en situation, hvor et hybridt mismatch medfører **dobbelt ikke-beskatning**, omfatter situationen, hvor forskelle i den skattemæssige behandling af en enhed i henhold til lovgivningen i to eller flere jurisdiktioner potentielt kan udnyttes til at opnå en situation med dobbelt ikke-beskatning. Dette svarer

³¹ Jfr. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 3.

³² Dette afspejler det grundlæggende princip affødt af BEPS 2-rapportens anbefalinger, at de ikke berører de generelle aspekter af skattesystemet i en jurisdiktion, men kun misforhold, der skyldes uoverensstemmende skatteregler i to eller flere jurisdiktioner. Værnsreglerne vedrører derfor ikke situationer, hvor der på grund af en lav skattesats eller skattesystemet i en jurisdiktion kun betales meget lidt eller slet ingen skat, jfr. BEPS 2-rapporten kap. 9, pkt. 278, s. 95.

³³ De nye regler er baseret på princippet om "linking rules", hvorved enten fradragsretten eller skattefriheden afhænger af den skattemæssige behandling i det andet land. "Fradrag uden medregning" modvirkes ved fradragsnægtelse hos betaleren (den primære regel) eller sekundært ved beskatning hos modtageren (den sekundære regel). "Linking rules" er dermed regler, der tilpasser den skattemæssige behandling i et land med den skattemæssige behandling i et andet land.

³⁴ "Dobbelt medregnet indkomst" er defineret i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 8) ved "enhver indkomst, der er omfattet af lovgivningen i begge de jurisdiktioner, hvor mismatchresultatet er opstået."

til en situation, hvor der ikke sker en påligning af sammenlignelige skatter i to kontraherende stater, hos den samme skatteyder, på det samme grundlag og for samme periode, dvs. en situation hvorefter en indkomst ikke undergives beskatning i nogen jurisdiktion³⁵. Til forskel fra værnsreglerne i SEL §§ 8 C, 8 D og 8 E forudsætter den danske regel i SEL § 2 C, mod **dobbelt ikke-beskatning** ikke, at der består et hybridt mismatch som følge af en betaling, men alene, at der foreligger en omvendt hybrid enhed. Reglens anvendelse er dermed rettet mod at værne mod, at transparente enheder i Danmark udnyttes til at undgå beskatning, som følge af forskelle mellem den danske og den udenlandske kvalifikation af enheden³⁶. Det hybride mismatch neutraliseres ved at ændre den skatteretlige kvalifikation af den omvendte hybride enhed. Med andre ord genskabes symmetrien i den skattemæssige behandling ved at forebygge at en situation med dobbelt ikke-beskatning indtræffer.

Betaling til en omvendt hybrid enhed reguleres både af SEL § 2 C og SEL §§ 8 C og 8 D. I forholdet mellem disse bestemmelser har SEL § 2 C forrang, såfremt den eller de tilknyttede personer til enheden sammenlagt, direkte eller indirekte, ejer mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet, hvorefter selskabet skal omkvalificeres til at blive selskabsbeskattet. Hermed neutraliseres det hybride mismatch omfattet af SEL § 8 C. Sagt på anden måde, SEL § 8 C, stk. 1. forudsætter, at der opstår et mismatchresultat. Hvis det hybride mismatch er neutraliseret, som følge af omkvalifikation efter SEL § 2 C, er der ikke længere et mismatchresultat³⁷.

Som hovedregel finder SEL § 2 C anvendelse i relation til danske enheder og SEL §§ 8 C og 8 D finder anvendelse i relation til udenlandske enheder. Der kan dog foreligge situationer, hvor SEL §§ 8 C og 8 D finder anvendelse på en dansk omvendt hybrid enhed, fordi SEL § 2 C ikke finder anvendelse pga. den eller de tilknyttede personer til enheden ikke sammenlagt, direkte eller indirekte, ejer mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet.

Som illustreret i eksemplet i afsnit 3.1 er det en væsentlig forudsætning for eksistensen af et hybridt mismatch arrangement, at der er en forbindelse mellem de involverede parter.

³⁵ Jfr. OECD: Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, s. 34.

³⁶ Jfr. lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, afsnit 9 i lovforslagets bemærkninger til SEL § 2 C.

³⁷ Jfr. lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, afsnit 9 i lovforslagets bemærkninger til SEL § 2 C og præamblen i skatteundgåelsesdirektivet pkt. 29.

For hybride mismatch, der bevirker enten **fradrag uden medregning** eller **dobbelt fradrag** er forbindelseskravet fastsat i SEL § 8 C, stk. 4, hvorefter værnsreglerne kun finder anvendelse såfremt mismatchresultatet er opstået:

- mellem tilknyttede personer,
- mellem et skattesubjekt og en tilknyttet person,
- mellem enheden og det faste driftssted,
- mellem to eller flere faste driftssteder af samme enhed eller
- i forbindelse med et struktureret arrangement

For omvendte hybride mismatch, der bevirker **dobbelt ikke-beskatning**, er det fastsat i SEL § 2 C, stk. 1, at omkvalificeringen er betinget af, at den danske filial eller transparente enhed har en forbindelse *til en kreds af en eller flere tilknyttede personer*, der er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt. Hermed svarer kredsen til den kreds som anvendes i situationer med hybride mismatch, der bevirker enten **fradrag uden medregning** eller **dobbelt fradrag**.

De to regler er understøttet af SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, som definerer hvad der skal forstås ved en tilknyttet person og SEL § 8 C, stk. 1, nr. 16, som definerer hvad der skal forstås ved et struktureret arrangement, kommer til anvendelsen i situationer med hybride mismatch, der bevirker enten **fradrag uden medregning** eller **dobbelt fradrag**.

Baggrunden for principperne i forbindelseskravet er, at uafhængige parter ikke har indblik i, eller med rimelighed kan forventes at have indblik i, hinandens skattemæssige omstændigheder, og de vil dermed ikke nødvendigvis være bekendt med, at der opstår et mismatchresultat ved en given transaktion³⁸. Dette skal specielt ses i sammenhæng med neutralisering af situationer med hybride mismatch, der bevirker enten **fradrag uden medregning** eller **dobbelt fradrag** i SEL § 8 D, stk. 1 og 2. Efter disse bestemmelser er første respons til et hybridt mismatch at nægte fradraget. Dette kan være problematisk i situationer med ikke-tilknyttede personer, hvis der eksempelvis er tale om et fradrag uden medregning. Det ville i så fald være u hensigtsmæssigt at nægte et selskab fradrag for en betaling, når den tilsvarende manglende medregning sker hos en ikke-tilknyttet person. I så fald ville fradraget nægtes hos et selskab, som ikke med rimelighed kan forventes at have indblik i modpartens skattemæssige stilling, som gør, at betalingen ikke medregnes som indkomst³⁹.

³⁸ Jfr. lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, afsnit 9 i lovforslagets bemærkninger til SEL § 8 C, stk. 1, nr. 16.

³⁹ Jfr. lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, afsnit 9 i lovforslagets bemærkninger til SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17.

Værnsreglerne finder dog anvendelse, såfremt der er tale om et hybridt mismatch, hvis det opstår i forbindelse med et struktureret arrangement, uanset at det opstår mellem ikke-tilknyttede personer⁴⁰.

Hvis der i et struktureret arrangement bevidst er tilrettelagt realisering af et hybridt mismatch, der bevirker enten **fradrag uden medregning** eller **dobbelt fradrag**, er der *ikke* krav om, at mismatchet sker mellem tilknyttede personer, jf. SEL § 8 C, stk. 4. Forbindelseskravet er her udtrykt ved et "rimelighedskrav" og at skattesubjektet får del i værdien af skattefordelen⁴¹. Dette skal beskytte mod, at der nægtes fradrag for deltagere i et struktureret arrangement, som hverken har kendskab til eller nyder fordel af det hybride mismatch.

I det følgende afsnit 4 vil ovennævnte forbindelseskrav i SEL §§ 2 C og 8 C, stk. 1, nr. 16 og 17 blive genstand for en analyse og fortolkning.

⁴⁰ Jfr. SEL § 8 C, stk. 4 sidste led.

⁴¹ Jfr. lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, afsnit 9 i lovforslagets bemærkninger til SEL 8 C, stk. 1, nr. 17.

4. Indholdet af forbindelseskravet ved kvalificering af et hybridt mismatch

4.1. Baggrund for forbindelseskravet

Grundlæggende er værnsreglerne om hybride mismatch rettet mod arrangementer, der bevidst bruges til at konstruere et hybridt mismatch. Som med andre specielle værnsregler, der skal forhindre misbrug, betinger anvendelsen af værnsreglerne om hybride mismatch, at et kontrolkriterium er opfyldt⁴². Udfærdigelsen af BEPS 2-rapportens anbefalinger var baseret på en antagelse om et behov for at værne mod arrangementer, der omfatter hybride mismatch, der bevirker enten **fradrag uden medregning** eller **dobbelt fradrag** mellem parter, der har en tilknytning eller at de indgår i en og samme kontrol gruppe⁴³. I de tilfælde, hvor det hybride mismatch opstår ved et uheld frem for et aktivt valg af et arrangement, er der en formodning, for at parterne ikke deler en betydelig grad af fælles ejerskab eller kontrol, og dermed ikke kan forventes at identificere og forhandle en passende fordeling af risici i forhold til anvendelsen af det hybride mismatch. Sådanne dispositioner mellem uafhængige parter vil falde uden for anvendelsen af værnsreglerne, selvom der mellem landene opstår hybride mismatch, der udløser skattefordele. Afgørende herfor er, at sådanne skattefordele ikke er resultatet af forsøg på skatteundgåelse, men tilfældige udslag af landenes afvigende skattelovgivning⁴⁴.

I præamblen til skatteundgåelsesdirektivet er denne afgrænsning af reglernes rækkevidde sat i forhold til proportionalitetsprincippet i betragtning nr. 12:

For at sikre proportionalitet er det nødvendigt kun at omfatte de tilfælde, hvor der er en væsentlig risiko for, at hybride mismatch udnyttes til skatteundgåelse.

Det bestemmes derfor i skatteundgåelsesdirektivet artikel 2, nr. 9, litra c, at værnsreglerne alene skal finde anvendelse på et hybridt mismatch i tilfælde, hvor det opstår mellem enheder, der har en forbindelse.

Direktivets forbindelseskrav er implementeret i SEL § 8 C, stk. 4, og omfatter følgende situationer:

1. mellem tilknyttede personer
2. mellem et skattesubjekt og en tilknyttet person
3. mellem enheden og det faste driftssted
4. mellem to eller flere faste driftssteder af samme enhed eller
5. i forbindelse med et struktureret arrangement

⁴² Se f.eks. kontrolbegrebet i værnsreglen i LL § 2 der omhandler bestemmende indflydelse.

⁴³ Jfr. BEPS 2-rapporten, kapitel 11, pkt. 348.

⁴⁴ Jfr. lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, afsnit 9 i lovforslagets bemærkninger til SEL § 8 C, stk. 4.

For situation 1 til 4 er formålet med forbindelseskravet udtrykt ved at værnsreglerne finder anvendelse mellem interesseforbundne parter, som herved har en tilknytning. Det afgrænses dermed også overfor uafhængige parter, som ikke har indblik i hinandens skatteforhold, eftersom de ikke nødvendigvis vil være bekendt med, at der opstår et mismatchresultat ved en given transaktion. Når situation 1. og 2. sammenholdes med definitionen på en tilknyttet person i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, hvor definitionen præciserer at det alene er et selvstændigt skattesubjekt, som kan udgøre en tilknyttet person, er spørgsmålet derfor hvilket formål det har at opregne disse to situationer. Lovforslaget giver ikke noget svar, men ud fra et hørings spørgsmål fra FSR og svaret fra Skatteministeriet, har hensigten ikke været, at der skulle være en forskel⁴⁵. Til sammenligning er de fem situationer en næsten ordret implementering af artikel 2, nr. 9, c i skatteundgåelsesdirektivet med den forskel at direktivet anvender begrebet "selskab" fremfor "person". Det er vurderingen, at det ingen betydning har for analysen og fortolkningen af bestemmelsen. En tilknyttet person bliver analyseret og fortolket i afsnit 4.2 og i afsnit 4.4.

For forbindelserne 3 og 4 er der tale om hybridt mismatch, der er afledt af en grænseoverskridende betaling internt mellem en betaler og en betalingsmodtager indenfor samme enhed. Forbindelsen er her givet på forhånd mht. interessesammenfald eftersom de med BEPS 2-rapportens afgrænsning indgår i en og samme kontrolgruppe. Forbindelseskravet på disse to situationer vil derfor ikke blive behandlet yderligere i opgaven.

For så vidt angår en situation, hvor det hybride mismatchresultat opstår i forbindelse med strukturerede arrangementer, er der dog ikke krav om, at parterne er interesseforbundne, men derimod at parterne i arrangementet får en andel af skattefordelene ved et hybridt mismatch. Kravet udtrykt ved et struktureret arrangement bliver analyseret og fortolket nærmere i afsnit 4.3.

For omvendte hybride mismatch er omkvalifikation efter SEL § 2 C af en enhed til at blive et skattepligtigt selskab betinget af, at en enkelt deltager eller flere deltagere som tilknyttet person opfylder et af tre hjemstedskriterier⁴⁶. En tilknyttet person er sammenfaldende med det tilsvarende begreb i forbindelseskravet i ovennævnte situation 1 og 2, og bliver analyseret i afsnit 4.5.

⁴⁵ Jfr. høringsvar til FSR i bilag 1, side 97 til lovforslag L 28 (2018/2019).

⁴⁶ Jfr. SEL § 2 C, stk. 1 er hjemstedskriterierne: (1.) Hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt, eller (2.) er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, der ikke udveksler oplysninger med de danske myndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager, eller (3.) er direkte ejer og er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU.

4.2. Hvad forstås ved begrebet "tilknyttet person"?

I SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, defineres og afgrænses begrebet en tilknyttet person med den hensigt at sikre, at reglerne alene finder anvendelse i situationer, hvor der er en væsentlig risiko for skatteundgåelse pga. at en tilknyttet person eller et selskab reelt kontrollerer den anden tilknyttede person⁴⁷. Bestemmelsen er udarbejdet med udgangspunkt i et selvstændigt skattesubjekt (subjektet), hvorefter bestemmelsen fastlægger, hvornår fysiske personer og andre selvstændige skattesubjekter har en sådan tilknytning til subjektet, at der er tale om tilknyttede personer. Bestemmelsen har en kompleksitet ved at indeholde i alt 6 punkummer.

Første punktum til og med tredje punktum indeholder rene objektive kriterier for hvad der definerer en "tilknyttet person". Dette bliver analyseret i afsnit 4.2.2.

Fjerde punktum vedrører tilfælde, hvor en større personkreds indgår i en aftale eller et arrangement, som i praksis gør dem i stand til at agere sammen, for på den måde at indgå i et hybridt mismatch arrangement. Dette bliver analyseret i afsnit 4.2.3.

Femte punktum vedrører tilfælde, hvor selskaber anses for at være tilknyttede selskaber, hvis de efter regnskabsreglerne anses for at være i samme koncern, eller hvis det ene selskab har en væsentlig indflydelse på det andet selskab. Dette bliver analyseret i afsnit 4.2.4 og afsnit 4.2.5.

Sjette punktum supplerer forbindelseskravet ved at fastsætte et objektivt ejerskabskrav, hvorefter en tilknyttet person skal have en interesse i den anden person i form af direkte eller indirekte ejerskab til 50% eller mere af stemmerne, kapitalen eller overskuddet i det andet selskab, eller hvis en person ejer 50% eller mere af stemmerne, kapitalen eller overskuddet i begge selskaber⁴⁸. Ejerskabskravet er dog fastsat til 25% eller mere, når der er tale om mismatch vedrørende finansielle instrumenter⁴⁹. Dette vil indgå i behandling af første til tredje punktum i afsnit 4.2.2.

Med ovenstående kompleksitet i bestemmelsen er det hensigtsmæssigt at opsplitte bestemmelsen i de enkelte punkter, for dermed bedre at analysere og fortolke begrebet en tilknyttet person.

⁴⁷ Jfr. lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, pkt. 2.5.3.

⁴⁸ Jfr. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, sidste punktum.

⁴⁹ Jfr. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, sidste punktum med indirekte med reference til SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra a).

Eftersom forbindelseskravet i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17 er udarbejdet med udgangspunkt i et selvstændigt skattesubjekt (subjektet), indledes i afsnit 4.2.1 med hvad der efter dansk ret kvalificerer en enhed til at være et selvstændigt skattesubjekt eller en skattemæssigt transparent enhed⁵⁰.

4.2.1. Dansk skatteretlig kvalifikation af en enhed

I dansk skatteret afgøres spørgsmålet om hvorvidt en økonomisk enhed besidder en skatteretsevne ikke alene ud fra selvstændige skatteretlige kriterier, men også ved at tage udgangspunkt i den måde, hvorpå man selskabsretligt og fonds- og foreningsretligt (civilretlige regler) kvalificerer de forskellige økonomiske enheder. Det er således gældende ud fra en negativ afgrænsning, at er en enhed ikke omfattet af SEL § 1, stk. 1 eller fondsbeskatningsloven § 1, så skal enheden behandles som skattemæssig transparent. Disse enheder er dermed ikke selvstændige skattesubjekter, hvorfor det ikke er enheden som sådan, der har skatteretsevnen, men derimod deltagerne i enheden.

Det volder sjældent problemer at kvalificere en dansk enhed skattemæssigt, da de fleste former for selskaber, fonde mv. er velkendte og dermed behandlet udtrykkeligt i skattelovgivningen eller praksis.

Den mest righoldige praksis vedrørende skattemæssige kvalifikation af forskellige former for enheder findes derfor i forhold til kvalificering af udenlandske enheder. Den skattemæssige kvalifikation af en udenlandsk enhed i henhold til dansk ret skal afgøres efter dansk ret, og de almene kriterier for kvalifikationen er således de samme.

Afgrænsningen af selvstændige skattesubjekter over for transparente enheder foretages helt overvejende på baggrund af danske skatteregler. Dette følger af princippet om den skatteretlig suverænitæt, at et land har retten til at kvalificere en juridisk persons skatteretsevne ved anvendelsen af det pågældende lands egne nationale skatteregler⁵¹. Dermed er Danmark ikke forpligtet til at acceptere et andet lands kvalificering af enheden i dette land.

Vurderingen af, om en enhed, der er beliggende i udlandet, efter intern dansk ret skal anses for at være et selvstændigt skattesubjekt og rette indkomstmodtager af indkomst fra kilder i Danmark, foretages således

⁵⁰ I et høringsvar til FSR i bilag 1, side 97 til lovforslag L 28 (2018/2019), svarede Skatteministeriet bekræftende på at de gældende kriterier, der skal anvendes til at definere et "selvstændigt skattesubjekt", hvorefter det vurderes, om et udenlandsk selskab kan betragtes som et selskab omfattet af selskabsskattelovens § 1 fortsat er gældende.

⁵¹ Jfr. (Michelsen, Dalgas, & Laursen, International Skatteret, 2017), s. 230 og (Bondegaard, 2020), s. 69.

efter dansk ret, jf. SEL § 2, stk. 1, der henviser til SEL § 1, stk. 1, som omhandler de selvstændige skattesubjekter, der er skattepligtige ifølge selskabsskatteloven.

Ved kvalificering af en udenlandsk enhed er det derfor specielt bestemmelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 2, der er central for vurdering af, om en udenlandsk enhed skal kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt. Det er fast antaget, at dette skal ske ud fra en samlet konkret vurdering.

Af væsentlig betydning for denne vurdering er selskabets vedtægter, hæftelsesforhold og hensigten med dets virksomhed, men derudover kan nedennævnte forhold være af betydning for vurderingen. Det bemærkes, at de nævnte forhold ikke er udtryk for en udtømmende liste. Endelig bemærkes, at et enkelt af disse forhold ikke alene kan være ubetinget afgørende for en kvalificering.

Ved vurderingen af, om en enhed skal kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, der er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, anfører den juridiske vejledning følgende elementer⁵²:

Taler for et selvstændigt skattesubjekt:

- ingen af deltagerne hæfter personligt
- fordeling af overskuddet sker i forhold til den af deltagerne indskudte kapital
- det årlige overskud fordeles på grundlag af omsætningen, men en eventuel likvidationsudlodning baseres på kapitalens størrelse
- selvstændige vedtægter
- særskilt regnskab
- særskilte foreningsorganer, som med bindende virkning kan handle, også for de medlemmer, som ikke er med i ledelsen
- mulighed for udvidelse af medlemskredsen
- bestemmelse om, hvad der skal ske med formuen ved det enkelte medlems udtræden eller ved enhedens opløsning
- indskudskapital (kan enten være nominelt angivet til en bestemt størrelse, eller der kan være tale om vekslende indskudskapital)

Taler imod et selvstændigt skattesubjekt:

- fordeling af både overskud og af likvidationsprovenu foretages på grundlag af omsætningen (kooperativ virksomhed)
- én eller flere af deltagerne hæfter personligt
- ingen fordeling af overskud finder sted i forhold til kapitalindskuddet
- overskuddet anvendes til almennyttige eller almenvelgørende formål

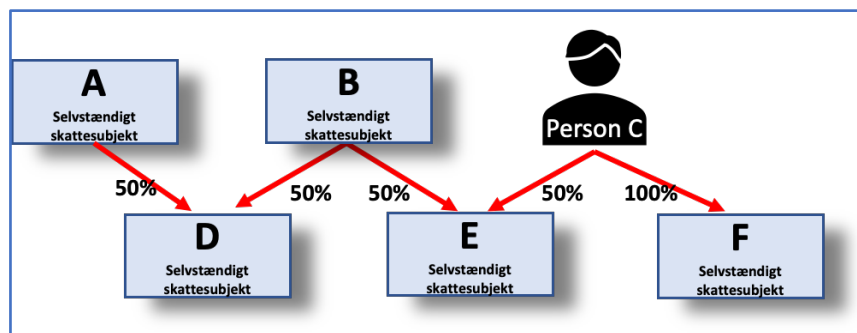
Det er også værd at bemærke, at den udenlandske civilretlige benævnelse og anvendelse ikke har betydning for den skattemæssige kvalificering. I relation til forbindelseskravet udtrykt ved en tilknyttet person, som er

⁵² Jfr. Den juridiske vejledning 2021-2 C.D.1.1.3

afgrænset til alene at omfatte et selvstændigt skattesubjekt, skal ovenstående grundlag for kvalificering efter selskabsskatteloven finde anvendelse ved vurdering af om en udenlandsk enhed kan udgøre en tilknyttet person.

4.2.2. Forbindelseskravet bestemt ved en objektiv ejerandel, SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 1. til 3. pkt. Rækkevidden af bestemmelsen i 1. til 2 pkt. kan illustreres med udgangspunkt i Figur 3⁵³. I Figur 3 ejer selskaberne A og B hver 50% af kapitalandelene og de tilhørende stemmerettigheder i selskabet D. Selskabet B ejer endvidere 50 % af kapitalandelene og tilhørende stemmerettigheder i selskabet E, mens den fysiske person C ejer de øvrige 50% kapitalandele med tilhørende stemmerettigheder i selskabet E. Den fysiske person C ejer endvidere 100% af kapitalandelene og stemmerettigheder i selskabet F.

Figur 3 - Tilknyttet person



SEL § 8 C, stk. 1, 1. pkt.:

Et selvstændigt skattesubjekt, hvori et andet selvstændigt skattesubjekt (subjektet) har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25% / 50% eller mere, eller hvorfra subjektet har ret til at modtage 25% / 50% eller mere af overskuddet.

Med reference til illustrationen i Figur 3, er selskabet D dermed en tilknyttet person for selskabet A, idet A ejer 50% af kapitalandelene i D. Tilsvarende er selskaberne D og E tilknyttede personer for selskabet B, ligesom selskaberne E og F er tilknyttede personer for den fysiske person C. Med andre ord medfører § 8 C, stk. 1, nr. 17, 1. pkt. at et datterselskab er en tilknyttet person i forhold til sit moderselskab eller sin fysiske ejer.

SEL § 8 C, stk. 1, 2. pkt.:

Ved tilknyttet person forstås desuden en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt, som har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25 pct. eller mere i subjektet eller har ret til at modtage 25 pct. eller mere af subjektets overskud.

⁵³ Illustrationen er med inspiration fra (Bondegård, 2020), s. 182. og af høringspørgsmål fra FSR i bilag 1, s. 98 til lovforslag L 28 (2018/2019)

Efter 2. pkt. vil selskabet A dermed være en tilknyttet person i forhold til selskabet D, da D er det "subjekt", som A ejer 50% af kapitalandelene i. Tilsvarende er selskabet B en tilknyttet person i forhold til selskaberne D og E, hvori B ejer 50% af kapitalandelene. Endelig er den fysiske person C en tilknyttet person for selskaberne E og F, da C ejer henholdsvis 50% og 100% af kapitalandelene i de to selskaber. Med andre ord medfører § 8 C, stk. 1, nr. 17, 2. pkt., at et moderselskab er en tilknyttet person i forhold til sit datterselskab, og at en fysisk person er en tilknyttet person til sit selskab. Til forskel fra 1. pkt, må det fortolkes, at en tilknyttet person herefter også omfatter en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt som deltagere i et selskab (subjektet).

SEL § 8 C, stk. 1, 3. pkt.:

Har en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt direkte eller indirekte indflydelse i subjektet og et eller flere selvstændige skattesubjekter på 25% / 50% eller mere, anses alle berørte enheder, herunder subjektet, for tilknyttede personer.

Efter 3. pkt. vil selskaberne D og E i Figur 3 være tilknyttede personer, da det samme skattesubjekt B ejer 50% af kapitalandelene i begge selskaber. Selskaberne E og F er ligeledes tilknyttede personer, da den fysiske person ejer henholdsvis 50% og 100% af kapitalandelene i begge selskaber. Derimod er selskaberne D og F ikke tilknyttede personer efter denne bestemmelse, da der ikke er sammenfald i selskabernes ejerkreds.

Samlet set kvalificerer 1. til 3. pkt. i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, alle berørte enheder for at være tilknyttede personer, hvor en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt har en direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25% / 50% eller mere af overskuddet. Som indeholdt i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17 sidste punktum, er ejerkravet fastsat til mindst 50% for så vidt angår hybride mismatch i form af dobbelt fradrag samt mismatch med hybride enheder og med faste driftssteder⁵⁴. Dette sikrer, at reglerne alene finder anvendelse, når der er tale om, at en tilknyttet fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt reelt kontrollerer den anden tilknyttede person. Kontrollen efter 1. til 3. punktum er afgrænset til, at en tilknyttet person skal have en interesse i den anden person i form af stemmerettigheder, kapitalejerskab eller ret til at modtage udbytter på 50% eller mere (ejergrænsen er dog fastsat til 25% når der er tale om finansielle instrumenter). Såfremt opgørelsen af en tilknyttet persons kontrol afviger, alt

⁵⁴ I sjette punktum er det bestemt at ejerskabskravet er 50% ved hybride mismatch omfattet af SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra b til e og g (dvs. litra b: "betaling til en hybrid enhed", litra c: "betaling til en enhed med et eller flere faste driftssteder", litra d: "ved tilsidesat driftssted", litra e: "betaling fra en hybrid enhed" og g: "dobbelt fradrag"), SEL § 2 C, stk. 1 (dvs. omvendte hybride enheder) og SEL § 8 D, stk. 3 (ved importeret hybrid mismatch) og præambelen til skatteundgåelsesdirektivet nr. 13.

afhængig af om opgørelsen er baseret på stemmerettigheder, ret til overskud eller kapitalejerskabet, må det fortolkes at ejergrænsen blot skal være opfyldt ved en af opgørelserne⁵⁵.

Som det fremgår af bestemmelsen ordlyd skal både den direkte og indirekte indflydelse medregnes. Herved tages der højde for, at ejerandele kan være placeret i forskellige led i koncernstrukturen og i forskellige lande, hvorved den direkte kvalificerende ejerandel kan formindskes, samtidig med at den indirekte ejerandel fastholdes. I BEPS 2-rapporten er der i eksempel 11.3 en illustration af, hvordan opgørelsen af den indirekte beregnes. Eksemplet understøtter en ordlydsfortolkning af bestemmelsen, hvorefter at opgørelsen skal omfatte alle personer i ejerkæden – uanset på hvilket ejer-niveau – der opfylder betingelserne for at være en tilknyttet person.

Ved at anvende rent objektive kriterier for indflydelse i form af ejerskabet af kapital-, stemme- og overskudsandele som minimum skal udgøre 50% eller mere, kan fortolkes som at reelt kontrol mellem parterne bevirker at begge parter bliver tilknyttet personer til hinanden. Dette afgrænser således også, at uafhængige parter med mindre end 50% ejerskab (mindre end 25% i forbindelse med hybride mismatch med finansielle instrumenter) ikke kan kvalificeres som tilknyttet person til det selvstændige skattesubjekt, og tilsvarende omvendt. At der samtidig indgår indirekte ejerskab må fortolkes, som det er det reelle ejerskab der indgår i vurderingen.

I de følgende af opgavens eksempler er det forudsat, at stemme- og overskudsandele svarer til kapitalejerskabet.

4.2.3. Opfyldelse af forbindelseskravet ved at agere sammen, SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt.

Ved opgørelsen af kapitalejerskabet skal der desuden medregnes ejerskab, der indehaves af personer, som agerer sammen med den tilknyttede person i overensstemmelse med:

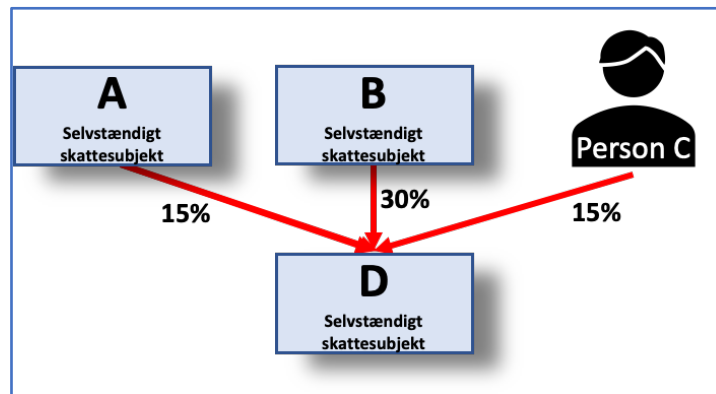
SEL § 8 C, stk. 1, 4. pkt.:

Agerer en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt sammen med en anden person eller et selvstændigt skattesubjekt, for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et subjekt, skal det selvstændige skattesubjekt henholdsvis personen hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.

⁵⁵ Skelnen mellem de tre kriterier er tilsvarende indeholdt i skatteundgåelsesdirektivet, mens modsat anvender BEPS 2-rapporten i stedet to kriterier i form af "voting rights" og "value of equity interest" (BEPS 2-rapporten, pkt 355 og 359 i anbefaling 11.1), og det er derfor ikke ganske klart, præcist i hvilket omfang indholdet af rapportens anbefalinger kan anvendes som fortolkningsbidrag i forhold til begrebet tilknyttet person, jfr. Michael Nørremark m.fl. SR.2020.0158.

Fortolkningen og rækkevidden er illustreret i Figur 4⁵⁶. De to selskaber A og B ejer sammen med den fysiske person C henholdsvis 15%, 30% og 15% af kapitalandelene i selskabet D ("subjektet"). Hverken A, B eller C har indflydelse på D gennem besiddelse af mindst 50% af stemmerettigheder, kapitalandelene eller retten til overskud i selskabet D. Efter 4. pkt. skal hver enkelt af de tre deltagere medregne de to øvrige deltageres ejerandele i D, hvis A, B og C "agerer sammen" for så vidt angår deres stemmerettigheder eller kapitalandele i selskabet D.

Figur 4 - Agerer sammen



Hverken skatteundgåelsesdirektivet eller SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, uddyber, hvad der skal forstås ved begrebet "agere sammen". I forarbejderne til SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, er der oplyst følgende fire eksempler⁵⁷:

1. *en person overfører formelt stemmerettigheder til en anden person, og den anden person udnytter stemmerettighederne under instruks fra den første person eller efter den første persons ønsker og vilje,*
2. *nærtstående anses for at agere sammen*⁵⁸,
3. *flere personer eller selskaber indgår i et arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør, at de agerer sammen, og*
4. *flere personer eller selskaber aftaler, at en tredje person kan agere på deres vegne*

I princippet skal der foretages en konkret vurdering af, om ejerandele skal aggregeres, når det skal afgøres, om en enkeltperson eller selskab agerer sammen. Selv i situationer, hvor der er en formodning om fravær af at handle sammen baseret på ovenstående, bør en deltager altid sørge for at have gode argumenter til

⁵⁶ Illustrationen er med inspiration fra (Bondegård, 2020), s. 185. og af hørings spørgsmål fra FSR i bilag 1, s. 100 til lovforslag L 28 (2018/2019)

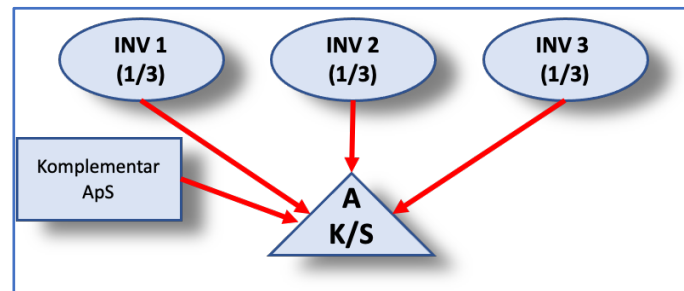
⁵⁷ Jfr. lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, afsnit 9 i lovforslagets bemærkninger, pkt. 9. Eksemplerne er tydeligt inspireret af OECD-rapporten, som definerer begrebet "agerer sammen" ved anbefalingen i kapitel 11, pkt. 3 og i afsnit 11.3, pkt. 369 til 372.

⁵⁸ Ved nærtstående medregnes personens ægtefælle eller samlever, og dennes nærtstående. Ved nærtstående medregnes endvidere personens søskende, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles i denne sammenhæng med ægte slægtskabsforhold, jfr. lovforslag L28, afsnit "Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser", pkt. 9.

rådighed for at være i stand til at demonstrere fravær af fælles handling i tilfælde af anfægtelse fra skattemyndighederne.

Til illustration af ovenstående eksempel 4, indeholder BEPS 2-rapporten i eksempel 11.2 en situation, hvor flere deltagere kan blive anset for at agere sammen, hvis de har investeret sammen som deltagere i et personselskab. Eksemplet i BEPS 2-rapporten er illustreret i Figur 5.

Figur 5 - Agerer sammen gennem et personselskab, eksempel 1



I Figur 5 deltager tre uafhængige investorer ligeligt som ejer af A K/S. Det er forudsat, at stemme- og overskudsandele svarer til ejerandelene (kapitalejerskabet). Det forhold, at investorer investerer i samme transparente enhed og indgår aftaler svarende til sædvanlige aftaler mellem fælles ejere – f.eks. normalt forekommende bestemmelser i aktionæroverenskomster – indebærer ikke, at ejerne anses for at agere sammen⁵⁹. Afgrænsningen af, hvorvidt bestemmelserne i en aftale er tilstrækkelige til, at investorerne agerer sammen, er dog konkret og vanskelig at stille skarpe kriterier op for. Det følger af BEPS 2-rapporten, at det relevante kriterie, der skal ses på, er, hvorvidt aftalens bestemmelser må antages at have en væsentlig betydning for værdien af eller kontrollen med kapitalejerskabet eller stemmerne⁶⁰. Kan en aftale dermed vurderes til have positiv effekt på værdien af kapitalandelene, er der en stærk formodning for at aftaleparterne agerer sammen og de skal hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.

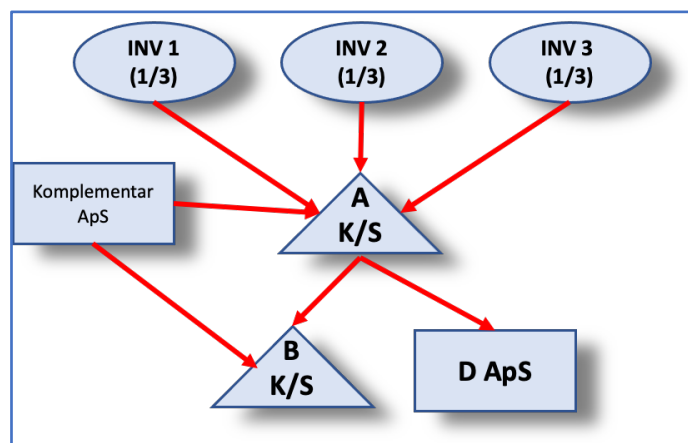
Desuden fremhæves det også i eksemplet i BEPS 2-rapporten at de enkelte investorer i et personselskab ikke skal anses for tilknyttede personer i forhold til hinanden⁶¹. Fortolkning af tilknyttede personer bevirker dermed også, at investorer kun er tilknyttede personer til hinanden, såfremt deres ejerskab ikke er i et personselskab, men i et selvstændigt skattesubjekt som indeholdt i 1 til 3 pkt. og kapitalejerskabet overstiger grænsen for 25%/50% (se hertil Figur 3).

⁵⁹ Jfr. BEPS 2-rapporten, afsnit 11.3, pkt. 373 til 375 og eksempel 11.4.

⁶⁰ Jfr. BEPS 2-rapporten, afsnit 11.3 og pkt. 375.

⁶¹ Jfr. BEPS 2-rapporten, eksempel 11.2, pkt. 7.

Figur 6 - Agerer sammen gennem et personselskab, eksempel 2



Udbygges eksemplet i Figur 5 med en "fund of fund" (FoF) struktur⁶², som illustreret i Figur 6⁶³, skal det vurderes, om investorernes ejerskab i B K/S administreres af A K/S. Ud fra eksempel 11.2 i BEPS 2-rapporten skal fortolkningen af begrebet "agerer sammen", resultere i at INV 1, INV 2 og INV 3 skal anses for at agere sammen i forhold til deres deltagelse i B K/S, idet A K/S fungerer som en tredjeperson, der er udpeget til at varetage deres interesser i B K/S. Dermed skal hver af investorerne i A K/S anses for at eje samtlige A K/S's ejerandele i B K/S, i forhold til bedømmelsen af deres tilknytning til B K/S. Af BEPS 2-rapporten fremhæves desuden, at A K/S administrerer investorernes interesser som kapitalejere i B K/S, og at denne fælles administration har en betydning for det konkrete arrangement, som medfører et hybridt mismatch. Som anført af (Bondegard, 2020)⁶⁴, kan det dermed udledes, at det faktum, at deltagere i en enhed har investeret sammen gennem et mellemliggende personselskab eller lignende, ikke i sig selv automatisk bør medføre, at deltagerne anses for at agere sammen. Derimod må der foretages en konkret vurdering af, hvorvidt det mellemliggende personselskab udgør en "tredjeperson udpeget til at varetage deltagerens interesser", og om det mellemliggende personselskabs fælles administration, i Figur 6, har betydning for det konkrete hybride mismatch.

Eksemplet i Figur 6 illustrerer også med reference til SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 1 – 3 pkt., at investorerne INV 1, INV 2 og INV 3 alene agerer sammen i forhold til B K/S. Dette kan ikke fortolkes, som at investorerne og B K/S er tilknyttede personer, hvilket betinger at B K/S skulle være et selvstændigt skattesubjekt. Hvorimod når det

⁶² En "fond of fonde" ("FoF") er en investeringsstrategi for at eje en portefølje af andre investeringsfonde i stedet for at investere direkte i aktier, obligationer eller andre værdipapirer.

⁶³ Figuren er lavet med inspiration fra det af Skatteministeriets udarbejdede notat som der henvises til i SKM2021.218.SR: Notat "Fortolkningen af selskabsskattelovens § 2 C", 4. december 2019 J.nr. 2019-9362.

⁶⁴ Jfr. (Bondegard, 2020), s. 188.

forudsættes, at investorerne agerer sammen, er de hver især en tilknyttet person til det selvstændige skattesubjekt D ApS⁶⁵.

Fortolkningen af og hvornår konceptet om "at agere sammen" finder anvendelse og hvordan kan udledes af fire bindende svar, der omhandler omkvalifikation af transparente selskaber i henhold til SEL § 2, stk. 1. De fire afgørelser vedrører alle spørgsmålet, om en eller flere tilknyttede personer sammenlagt direkte eller indirekte ejede mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i et kommanditselskab, og som var hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, hvor kommanditselskaberne skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt. Ved opgørelsen af ejerskabsandelen indgik der en stillingtagen til anvendelsen af "at agere sammen". Tre af de bindende svar er behandlet nedenfor, mens det fjerde bindende svar **SKM.2021.218.SR** bliver behandlet afsnit i 4.5.

I det bindende svar **SKM.2020.35** tog Skatterådet stilling til, om investorerne i en skattetransparent enhed skal anses for at agere sammen. Forenklet var Skatterådets svar, at det forhold, at flere investorer investerer i samme skattetransparente enhed, ikke i sig selv medfører, at disse investorer skal anses for at agere sammen i forhold til den skattetransparent enhed. Hvilket er i tråd med eksemplet i Figur 5. Derimod skal investorerne anses for at agere sammen i forhold til enheder, hvori den transparente enhed har en ejerandel, dvs. i B K/S i Figur 6. Dette begrundes alene ud fra den antagelse, at investorerne "*må anses for at have indgået i et arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør, at de agerer sammen*"⁶⁶ Dette må tolkes som at en FoF struktur⁶⁷ betydeligt indskrænker muligheden for at anse investorerne i Figur 6 for ikke at agere sammen i forhold til B K/S.

En tilsvarende situation er indeholdt i det bindende svar **SKM2020.453.SR**, hvor der blev spurgt ind til strukturen i "Enhed X", som er illustreret i Figur 7, og om enhedens danske kommanditselskaber vil være omfattet af SEL § 2 C. I sagen er "ENHED X" etableret som tre parallelle danske kommanditselskaber. H3 med eksponering mod europæiske kapitalfonde og H4 og H5 med eksponering mod amerikanske kapitalfonde. H3 investerer således ikke i samme aktiver som H4 og H5. Alle kommanditselskaberne har H6 som komplementar. H5 investerer parallelt med H4. H5 har alene en dansk investor. Den samlede enhed X har H1 som managementselskab. Skatterådet skulle i sagen tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt investorer, der

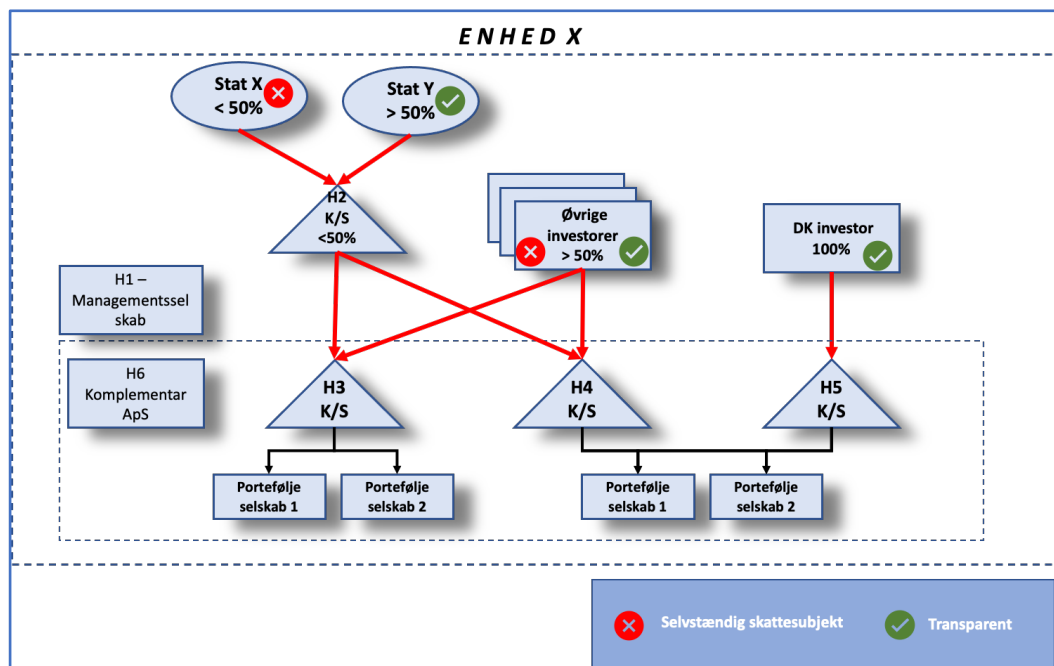
⁶⁵ Samme fortolkning følger af Michael Nørremark m.fl. i SR.2020.0158, afsnit 4.5.2.

⁶⁶ Dvs. med direkte reference til pkt. 3 fra lovforslagets eksempler på situationer, som omfattes af begrebet, se endvidere fodnote nr. 57.

⁶⁷ En "fond of fonde" ("FoF") er en investeringsstrategi for at eje en portefølje af andre investeringsfonde i stedet for at investere direkte i aktier, obligationer eller andre værdipapirer.

måtte ønske at investere via H2 eller direkte gennem H3 samt H4, vil risikere, at henholdsvis H2, H3 og/eller H4, som følge af visse udenlandske investorers nationale kvalifikation af et dansk kommanditselskab som et selvstændigt skattesubjekt, måtte resultere i, at et af de danske kommanditselskaber beskattes efter reglerne i SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

Figur 7 - SKM2020.453.SR



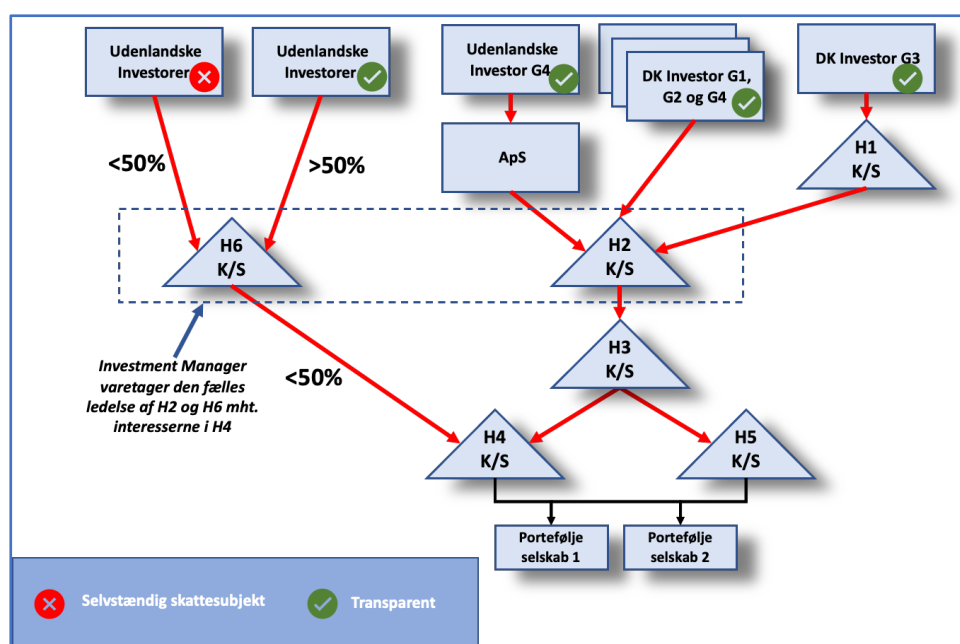
Skatterådet kunne bekræfte, at de tre kommanditselskaber H2, H3 og H4 ikke vil være omfattet af SEL § 2 C. At H2 ikke vil være omfattet, blev for det første begrundet med, at en situation hvor flere investorer investerer i et transparent selskab, ikke kan føre til, at investorerne fra stat X og Y anses for at "agere sammen" i forhold til det pågældende H2, når investorerne i øvrigt ikke kan anses for tilknyttede personer på grund af koncernforhold, familieforhold eller lign. For det andet, at under 50% af den tegnede kapital i H2 var tegnet af investorer, der er hjemmehørende i lande, hvor et dansk K/S kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt.

Mht. H3 og H4 blev det i lighed med **SKM2020.35.SR** begrundet med at investorerne i H2, skal anses for at agere sammen i forhold til H3 og H4, hvori den transparente enhed H2 har en ejerandel, alene ud fra den antagelse at investorerne i H2 "må anses for at have indgået i et arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør, at de agerer sammen". Investorerne fra staten X skal dermed anses for at være indehaver af samtlige stemmerettigheder og kapitalandele, som H2 har i henholdsvis H3 og H4. Eftersom H2's ejerandel er mindre end 50% i henholdsvis H3 og H4, vil de ikke være omfattet af SEL § 2 C. At der blandt de øvrige investorer, som investerer direkte i H3 og H4, er en minoritet, som er hjemmehørende i lande, der anser et

dansk K/S for et selvstændigt skattesubjekt skal ikke sammenholdes med investorerne i H2. Dette er ud fra det forhold, at investorer som investerer i samme transparente enhed (H3 og H4) og indgår aftaler svarende til sædvanlige aftaler mellem fælles ejere - normalt forekommende bestemmelser i ejeraftaler - indebærer ikke, at ejerne, dvs. H2 og minoritetsinvestorerne blandt de øvrige investorer, skal anses for at agere sammen i forhold til H3 og H4.

De to bindende svar understøtter dermed en fortolkning, som også kan udledes af eksempel 11.2 i BEPS 2-rapporten.

Figur 8 - SKM2021.216.SR



I det bindende svar **SKM2021.216.SR**⁶⁸ bliver Skatterådet forelagt et investeringsprodukt indeholdende en fondsstruktur med flere danske K/S selskaber. Strukturen er illustreret i Figur 8. Skatterådet blev på tilsvarende vis forespurgt, om det kunne bekræftes, at de enkelte K/S'er ikke skulle omkvalificeres efter SEL § 2 C. Ud fra samme begrundelse som i **SKM2020.35.SR** og **SKM2020.453.SR** kunne Skatterådet bekræfte, at H1, H2, H3, H5 og H6 ikke var omfattet af reglerne om hybride mismatch i SEL § 2 C, dels pga. at deltagerne ikke var hjemmehørende i stater, hvor det danske K/S blev anset for at være et selvstændigt skattesubjekt og dels pga. at de "dårlige" investorer⁶⁹ i H6 udgjorde under 50% af den investerede kapital i H6.

⁶⁸ Jfr. juridisk vejledning C.D.2.4.7.2.17, er afgørelsen påklaget til Landsskatteretten.

⁶⁹ Med "dårlige" investorer menes investorer, der er hjemmehørende i lande, der enten behandler et kommanditselskab som et selvstændigt skattesubjekt, eller som ikke udveksler oplysninger med danske myndigheder, eller som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU, jfr. SEL § 2 C, stk. 1.

Derimod stod det anderledes til med vurdering af H4. H4 er direkte ejet af H6 og H3. Idet H6 ejer mindre end 50 % af kapitalen i H4 og eftersom der ingen "dårlige" investorer er i den gren, der er ejet af H3, var vurderingen herefter, at H3's ejerandele ikke i sig selv kunne føre til, at der skulle ske omkvalifikation efter SEL § 2 C. Dvs. de "dårlige" investorer kunne dermed anses for at være indehavere af mindre end 50 % af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet tilknyttet person i H4.

Eftersom de to kommanditselskaber havde samme Investment Manager, der varetog den daglige ledelse og drift i henholdsvis H2 og H6 blev investorerne vurderet til at agere sammen via den fælles ledelse i forhold til de underliggende investeringer. Samtlige investorer i H4 blev derfor anset for at agere sammen via den fælles ledelse i de to kommanditselskaber H2 og H6, således at investorerne hver især skulle anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder (se hertil eksemplet på at agere sammen i pkt. 4, på side 28: *"flere personer eller selskaber aftaler, at en tredje person kan agere på deres vegne"*). Konsekvensen heraf var, at over 50% af investorerne i H4 skulle anses for hjemmehørende i et land, der anså et dansk kommanditselskab for et selvstændigt skattesubjekt. H4 skulle herefter beskattes som et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 2 C. Det bindende svar er baseret på en konkret vurdering af "fælles ledelse", som i situationen varetages af en Investment Manager, der "selvstændigt og uden nogen instruktionsbeføjelser" varetager den daglige ledelse, herunder gennemførelse af alle undersøgelser om fremtidige køb og salg af investeringsaktiver og til efterfølgende godkendelse af et investorforum ("Investment Committee"). Grundlaget for denne fortolkning bliver baseret på eksempel 11.5 i BEPS 2-rapporten, hvor en række personer er ejere i et partnerselskab som ejer 80% af aktierne i selskabet A Co. I analysen af eksemplet anføres i pkt. 5, at en fælles ledelse ("the joint management") i et partnerselskab vil resultere i at hver partner skal anses som indehaver af den berørte kapital. Det vil være gældende i situationen, hvor ejerskabet i partnerselskabet er "widely-held"⁷⁰, hvilket er en væsentlig betingelse for denne fortolkning. Skattestyrelsen tilføjer at: *"på samme måde vil enhver investor, der deltager i selskaber med samme ledelse, anses for at agere sammen og dermed som indehaver af den berørte kapital, dvs. investeringen i underliggende transparente enheder. I dette tilfælde H4"*. Skattestyrelsen fremhæver herefter at: *"Det skal således ikke være muligt at etablere flere parallelle transparente selskaber med samme ledelse og dermed omgå bestemmelsen i SEL § 2 C"*.

⁷⁰ BEPS 2-rapporten indeholder ikke nogen specifik definition på hvornår et selskab er "widely-held". Men begrebet skal forstås, som det modsatte af et "closely-held" selskab, hvor selskabet kun har få deltagere, hvor alle har indflydelse og selskabet er ikke noteret. Begrebet indgår i rapportens kapitel 11, pkt. 364 til at beskrive hvornår en deltager har effektiv control i et selskab: *"..where a person is a substantial shareholder in a widely-held company and that shareholding gives that person effective control over the appointment of directors"*.

Sammenholdes ovenstående med det bindende svar i **SKM2020.453SR** er spørgsmålet, om ikke dette svar er forkert. Her skal tilføjes, som illustreret i Figur 7, at selskaberne H3 og H4 er varetaget af en fælles ledelse i et managementselskab, hvorefter investorerne agerer sammen om de underliggende investeringer i H3 og H4. Dvs. investorerne opfylder kriteriet for at være en tilknyttet person til ejerskabet i porteføljeselskaberne, såfremt dette direkte ejerskab udgør 50% eller mere. Eftersom ingen af porteføljeselskaberne er oprettet som danske kommanditselskaber, så er der ikke nogen selskaber, som kan være omfattet af SEL § 2 C.

Rækkevidden af at agere sammen kan være meget vidtgående, som de bindende svar illustrerer. Desuden kan det også fortolkes, at der ikke er nogen nedre grænse for, hvornår en part skal anses for at agere sammen.

4.2.4. Opfyldelse af forbindelse som konsekvens af regnskabsmæssig konsolidering, SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 5. pkt., 1 led⁷¹.

Efter 1. led følger det endvidere at:

SEL § 8 C, stk. 1, 5. pkt.:

(1. led) Ved en tilknyttet person forstås også et selvstændigt skattesubjekt, der er del af samme konsoliderede koncern i regnskabsmæssig henseende som subjektet, ...

Heraf følger det, at selskaber, der er regnskabsmæssigt konsolideret med subjektet, også skal anses som tilknyttede personer. Betegnelsen "subjekt" må fortolkes til at henvise til 1. pkt., hvor "subjektet" anvendes som betegnelse for et selvstændigt skattesubjekt. Begrebet "regnskabsmæssige konsolidering" er defineret i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 15, hvoraf det følger:

"Konsolideret koncern i regnskabsmæssig henseende: En koncern bestående af alle enheder, der fuldt ud indgår i de konsoliderede regnskaber, som udarbejdes i overensstemmelse med International Financial Reporting Standards, årsregnskabsloven eller det nationale regnskabssystem i en anden stat, der er medlem af EU eller EØS."

Begrebet skal således fortolkes i overensstemmelse med de regnskabsretlige regler⁷². Det bemærkes hertil, at det faktum, at der faktisk ikke udarbejdes et koncernregnskab, ikke undtager fra at være omfattet af reglen⁷³. Som i bestemmelsen 1. – 4. pkt. anføres også her, at en tilknyttet person kun omfatter et selvstændigt skattesubjekt. Eftersom årsregnskabsloven (ÅRL) og IFRS ikke afgrænser virksomhedsformer,

⁷¹ Se endvidere Jens Wittendorff "Hybrid mismatch – en Pandoras æske" SU 2018.1, Michael Nørremark m.fl.

"Selskabsskattelovens § 2 C – den omvendte Hybridregel" SR.2020.0158, og (Bondegård, 2020), s. 190

⁷² Jfr. årsregnskabslovens kapitel 14 og samme lovs § 112, stk. 2, nr. 2. I skatteundgåelsesdirektivets artikel 2, nr. 10 defineres en "konsolideret koncern i regnskabsmæssig henseende" som omfattende alle enheder, der fuldt ud indgår i de konsoliderede regnskaber, som udarbejdes i overensstemmelse med International Financial Reporting Standards.

⁷³ Jfr. svar til FSR i bilag 1, side 102 til lovforslag L 28 (2018/2019)

der skal være omfattet af en regnskabsmæssig konsolidering, ud fra selskabets kvalificering som selvstændigt skattesubjekt eller skattemæssige transparens, er spørgsmålet derfor, om en tilknyttet person efter nr. 17, 5. pkt., 1 led skal fortolkes som en delmængde af de virksomhedsformer, som et konsolideret koncernregnskab skal omfatte efter årsregnskabsloven og IFRS.

Baseret på begrebets definition i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 15, hvori det anføres, at en koncern omfatter "*alle enheder, der fuldt ud indgår i de konsoliderede regnskaber*", og sammenholdt med den indirekte definition af en enhed i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 9, må det umiddelbare svar være negativt. Den regnskabsmæssige konsolidering omfatter som udgangspunkt de virksomhedsformer, som er nævnt i ÅRL § 3 og som regnskabsmæssigt opdeles i dattervirksomhed, associeret virksomhed eller fællesledede arrangementer afhængig af indflydelsesgraden og dermed ikke alene afgrænset til, om virksomheden skal anses som værende et selvstændigt skattesubjekt. Men ud fra en almindelig ordlydsfortolkning vil der derfor være grundlag for at fortolke bestemmelsen således, at en transparent enhed, der indgår som f.eks. en dattervirksomhed eller associeret virksomhed til et moderselskab ikke vil være en tilknyttet person til moderselskabet. Se hertil også analysen i afsnit 4.4. om en transparent enhed kan være en tilknyttet person.

4.2.5. Opfyldelse af forbindelseskrauet ved væsentlig indflydelse på ledelsen, SEL 8 C, stk. 1, nr. 17, 5. pkt., 2 led.

Efter 2. led følger det endvidere at:

SEL § 8 C, stk. 1, 5. pkt.:

Ved en tilknyttet person forstås også (2. led) et selvstændigt skattesubjekt, hvor subjektet har en væsentlig indflydelse på ledelsen, eller et selvstændigt skattesubjekt, som har en væsentlig indflydelse på ledelsen af subjektet.

Ud over reglen om regnskabsmæssig konsolidering følger det endvidere af SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, 5. pkt., at selskaber med en væsentlig indflydelse på ledelsen af subjektet (eller omvendt, hvor subjektet har en væsentlig indflydelse på ledelsen af selskabet) er tilknyttede personer⁷⁴.

Hvordan en sådan væsentlig indflydelse på ledelsen skal fortolkes, er uklart. Der gives således ikke nogen videre brugbare fortolkningsmomenter i hverken bestemmelsens danske forarbejder, skatteundgåelsesdirektivet eller i BEPS 2-rapporten, som bestemmelsen baserer sig på. Det er således ikke

⁷⁴ "Væsentlig indflydelse" er endnu et koncernbegreb til rækken af tilsvarende bestemmelser i dansk skatteret. I modsætning til civilretten er der i skatteretten behov for forskellige koncernbegreber til forskellige formål. At der ikke i værnsreglerne for hybride mismatch er anvendt f.eks. "bestemmende indflydelse" som i LL § 2, må tolkes som at der her er behov for et specifikt begreb, der er defineret netop til denne regulering.

tydeligt, om denne betingelse angår udpegelsen af ledelsen, eller om det omhandler de enkelte personer, der udgør ledelsen.

I forarbejderne er det eneste meningsfyldte eksempel følgende spørgsmål fra FSR:

“Kan det eksempelvis omfatte en situation, hvor ansatte i et management selskab under en servicekontrakt deltager i ledelsen af fx en udenlandsk fond? Hvis den ansatte ikke har den afgørende stemme i det selvstændige juridiske skattesubjekts ledelsesgruppe, men ledelsesmæssige beslutninger derimod træffes på basis af et stemmeflertal mellem 2 personer, hvor den anden person er helt uafhængig, vil selskabet da være en tilknyttet person til det selvstændige juridiske skattesubjekt?”

Hvortil Skatteministeriet svarede, at dette eksempel ville være omfattet, forudsat at der blev udøvet væsentlig indflydelse. Ud fra OECD-rapporten følger det, at en væsentlig indflydelse på at udpege ledelsen i sig selv vil være tilstrækkeligt grundlag til at være en tilknyttet person⁷⁵. Svaret suppleres med, at det må bero på en konkret vurdering af ledelsessammensætningen og fordelingen af beslutningskompetencerne, hvorvidt den fornødne væsentlige indflydelse er til stede⁷⁶.

Det er også væsentligt at være opmærksom på, at andet led i bestemmelsen alene er gældende i de tilfælde, hvor der er væsentlig indflydelse på ledelsen af det selvstændige skattesubjekt, selv om der ikke er 50% ejerskab⁷⁷.

4.3. Forbindelseskrauet - Struktureret arrangement

Sammenholdes begrebet ”tilknyttet person” i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, med forbindelseskrauet i SEL § 8 C, stk. 4, finder værnsreglerne anvendelse, når et hybridt mismatch opstår mellem parter, der må anses for at være interesseforbundne. Forbindelseskrauet er her baseret på, at der er en grad af tilknytning mellem parterne, og hvor det må formodes, at de i disse tilfælde på en eller anden måde uigenkaldeligt er ansvarlig for det hybride mismatch, enten fordi parterne har selv konstrueret det, eller fordi parterne ikke undgik det, mens de var i stand til at gøre det. Omvendt mellem uafhængige parter er potentialet for misbrug generelt meget lavere. Derfor vil et hybridt mismatch, der opstår i en sådan kontekst af et struktureret arrangement, være

⁷⁵ Af rapporten følger det således:

“This will be the case, for example, where a person is a substantial shareholder in a widely-held company and that shareholding gives that person effective control over the appointment of directors.”

⁷⁶ Jfr. SAU 2018-2019, Bilag 1 til L 28 (Hørringssvar), s. 102.

⁷⁷ I BEPS 2-rapporten, gives et eksempel på et tilfælde hvor *“a person is a substantial shareholder in a widely-held company and that shareholding gives that person effective control over the appointment of directors”*, jfr. rapporten 11.1, pkt. 364.

underlagt værnreglerne i det omfang arrangementet var designet til at sikre en skattefordel og at det selvstændige skattesubjekt samtidig formodes at være bevidst om dette eller burde vide dette⁷⁸.

I SEL §8 C, stk. 1. nr. 16⁷⁹ defineres begrebet **et struktureret arrangement** 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 en tilknyttet person 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.

Ud fra en ordlydsfortolkning af bestemmelsen findes der to forskellige former for et struktureret arrangement. For det første omfattes et arrangement, hvor mismatchresultatet er prissat i vilkårene for arrangementet. For det andet omfattes et arrangement, der er udformet for at frembringe et hybridt mismatch. Begge former suppleres af en fritagelsesregel, hvorefter der ikke foreligger et struktureret arrangement, hvis det selvstændige skattesubjekt eller en "tilknyttet person" ikke med rimelighed kunne forventes at være bekendt med det "hybride mismatch" og ikke får del i værdien af skattefordelen.

Dette er nærmere uddybet i BEPS 2-rapporten, kapitel 10, som også er gentaget i lovforslaget, hvor der listes eksempler på omstændigheder, som indikerer, at der er tale om et struktureret arrangement⁸⁰:

- Arrangementet er udformet, eller arrangementet er en del af flere arrangementer, der er udformet, med henblik på at skabe et hybridt mismatch*
- Arrangementet har indarbejdede betingelser, trin eller transaktioner, der anvendes med henblik på at skabe et hybridt mismatch*
- Arrangementet er helt eller delvist markedsført som et skattefordelsarrangement, hvor hele eller dele af skattefordelen afledes af et hybridt mismatch*
- Arrangementet er hovedsageligt markedsført til skatteydere i den jurisdiktion, hvor det hybride mismatch opstår*
- Arrangementet indeholder funktioner, der ændrer arrangementets betingelser, herunder afkastet, i tilfælde af, at det hybride mismatch ikke længere er opnåeligt*
- Arrangementet ville give et negativt afkast uden det hybride mismatch*

I BEPS 2-rapporten, kapitel 10, anbefales det, at vurdering af om et givet arrangement vil være omfattet af begrebet skal være objektiv. Denne vurdering bliver i rapporten benævnt en "*facts an circumstances test*"⁸¹.

⁷⁸ Jfr. (OECD, 2015), Kapitel 10, s. 107.

⁷⁹ Definitionen er en ordret implementering af skatteundgåelsesdirektivets artikel 2, nr. 11. Skatteundgåelsesdirektivet indeholder herudover ikke nogen nærmere uddybelse af begrebet eller forståelse heraf.

⁸⁰ Ud fra sammenhængen og behandlingen i kapitel 10 i (OECD, 2015), skal de nævnte omstændigheder anses som værende en ikke-udtømmende liste. 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.

⁸¹ Jfr. (OECD, 2015), pkt. 326, s. 107.

Når anbefalingen er en objektiv test af arrangementet, må det formodes at rene subjektive forhold er uden betydning ved vurderingen, dvs. det er således uden betydning, om det var intentionen bag strukturen at oprette sådan et mismatch.

Det må derfor fortolkes, at når det ud fra en objektiv vurdering af fakta og omstændigheder indikerer, at arrangementet er designet til at skabe et hybridt mismatch, taler dette for at der foreligger et struktureret arrangement.

Med hensyn til vurderingen af om mismatchresultatet er prissat i vilkårene for det pågældende arrangement og det forventede afkast, anbefaler BEPS 2-rapporten at dette bør omfatte en undersøgelse af, om de vilkår der ligger bag en given aftale, er blevet påvirket af, at der eksisterer et hybridt mismatch. Dette kunne være, om aftalen 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 aftalen⁸².

Med hensyn til vurdering af, om et arrangement er udformet med henblik på at frembringe et hybridt mismatch, er der i eksempel 10.3 i BEPS 2-rapporten indeholdt en situation, hvor vurderingen taler for eksistensen af et struktureret arrangement. Eksemplet omfatter en situation, hvor et marketingsmateriale ikke specifikt refererer til eksistensen af et hybridt mismatch, men alene oplyser om en skattefordel, der stammer fra et hybridt mismatch arrangement. Dette kan være indeholdt i et materiale, der påpeger, at en investor i en situation, hvor et hybridt mismatch bevirker et dobbelt fradrag i strukturen, kan få fradrag ved eventuelle tab, som investeringen påføres, eller i et arrangement, som er struktureret til at tilvejebringe et hybridt mismatch ved et "fradrag uden medregning", der angiver at låntager (investor/skatteyderen) har krav på fradrag for betalingerne⁸³.

Såfremt udfaldet af overstående vurdering bevirker, at der objektivt foreligger et struktureret arrangement, er det efter bestemmelsens 2. led fastsat, at der i situationen ikke foreligger et struktureret arrangement, som er omfattet af værnsreglerne, hvis skatteyderen/investoren (dvs. det skattesubjekt, som SEL § 8 D, stk. 1, 2 eller 3, finder anvendelse for), samt tilknyttede personer til skatteyderen:

- 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.

⁸² Jfr. (OECD, 2015), kapitel 10, pkt. 323-325, s. 106-107.

⁸³ Jfr. (OECD, 2015), Kapitel 10, pkt. 335, s. 109.

Det skal bemærkes, at disse to sidstnævnte betingelser er kumulative. Undtagelsen finder således ikke anvendelse, hvis skattesubjektet eller en tilknyttet person kendte eller burde have kendt til det hybride mismatch, eller hvis nogle af disse får del i skattefordelen fra det hybride mismatch. Dette er i BEPS 2-rapporten indeholdt i anbefaling 10.3 og betegnes "the knowledge test". "The knowledge test" er en objektiv test baseret på de oplysninger, der er til rådighed for skatteyderen, og det bør derfor ikke pålægge en skatteyder en forpligtelse til at foretage yderligere undersøgelse ud over, hvad der ville forventes af en rimelig og forsigtig person⁸⁴.

Med et forbindelseskrav fastsat på grundlag af begrebet struktureret arrangement, dels ved OECD rapportens ikke-udtømmende faktorer, der objektivt kvalificerer tilstedeværelsen af et struktureret arrangement og dels en objektiv vurdering af skatteyderens viden og burde-viden, som den endelige betingelse for anvendelsen af værnsreglerne, er fortolkningen heraf meget vidtgående. Indtil EU-Domstolen får lejlighed til at tage stilling til indholdet af begrebet struktureret arrangement, vil BEPS 2-rapporten dermed udgøre det væsentligste bidrag til fortolkning af begrebet⁸⁵.

Umiddelbart kan indholdet af forbindelseskravet på baggrund af BEPS 2-rapportens uddybning og eksempler fortolkes ud fra en målsætning om at være en mere generel værnsregel, der har et andet retsfaktum, hvis et hybridt mismatch ikke omfattes af tilknytningskravet imellem ikke-uafhængige parter.

Som det anføres af (Bondegaard, 2020), vil den konkrete bevismæssige bedømmelse desuden blive påvirket, hvis en af de involverede parter eller deres rådgivere, har indberettet de transaktioner, der medfører dobbelt fradrag til skattemyndighederne i overensstemmelse med indberetningspligten vedrørende grænseoverskridende transaktioner, DAC 6⁸⁶. Indberetningen kan her være baseret på, at indberetteren har vurderet ud fra "the main benefit test"⁸⁷, at en given grænseoverskridende transaktion vil være omfattet af rapporteringsforpligtelsen.

⁸⁴ Jfr. (OECD, 2015), kapitel 10, pkt. 343, s. 111.

⁸⁵ Jfr. (Bondegaard, 2020), s. 200

⁸⁶ Jfr. skatteindberetningsloven § 46 a og Bekendtgørelse nr. 1634 af 29. december 2019 om indberetning af grænseoverskridende ordninger.

⁸⁷ Jfr. (Ramskov, Hansen, Ryan, & Balle, 2020), s. 67. Med DAC6 er der indført en række nye begreber, herunder begrebet kriteriet om det primære formål. Begrebet kaldes på engelsk "the main benefit test" og er et udtryk for, at enkelte kendetegn alene kan anses for opfyldt, såfremt kriteriet som det primære formål er opfyldt. Det primære mål i følge DAC6 er opfyldt, når det kan fastslås, *at det primære formål eller et af de vigtigste formål, som under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder en person med rimelighed kan forvente at opnå ved en ordning, består i at opnå en skattefordel.*

4.4. Skattemæssigt transparente enheder som tilknyttede personer

Definitionen af en tilknyttet person i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, omfatter efter bestemmelsens ordlyd alene fysiske personer og selvstændige skattesubjekter (også refereret som "subjektet"). En skattemæssigt transparent enhed, eksempelvis en filial eller et personselskab, vil derfor ikke kunne udgøre en tilknyttet person efter SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17. Dette er umiddelbart bemærkelsesværdigt i betragtning af, at en hybrid enhed netop er kendetegnet ved at blive kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt i en jurisdiktion og som skattemæssigt transparent i en anden jurisdiktion.

Den tilsvarende definition af begrebet "tilknyttet selskab" i skatteundgåelsesdirektivets artikel 2, nr. 4, anvender den neutrale betegnelse "enhed", der omfatter både selvstændige skattesubjekter og skattemæssigt transparente enheder. Som korrekt anført af (Bondegaard, 2020)⁸⁸, er det dog ikke muligt at fortolke definitionen af begrebet "tilknyttet person" i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, som omfattende en skattemæssigt transparent enhed efter princippet om EU-konform fortolkning, da en sådan fortolkning vil stride imod den klare ordlyd efter implementering i selskabsskatteloven.

Sammenholdes definitionen af en "tilknyttet person" i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, illustrerer (Bondegaard, 2020)⁸⁹ ved de tre hybride mismatch situationer omfattet af SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra b, e og g, at det skulle stå klart, at en hybrid enhed ikke udgør en tilknyttet person efter dansk ret, når Danmark kvalificerer den hybride enhed som skattemæssigt transparent ud fra principperne gennemgået i afsnit 4.2.1. I Figur 9, er de tre situationer illustreret.

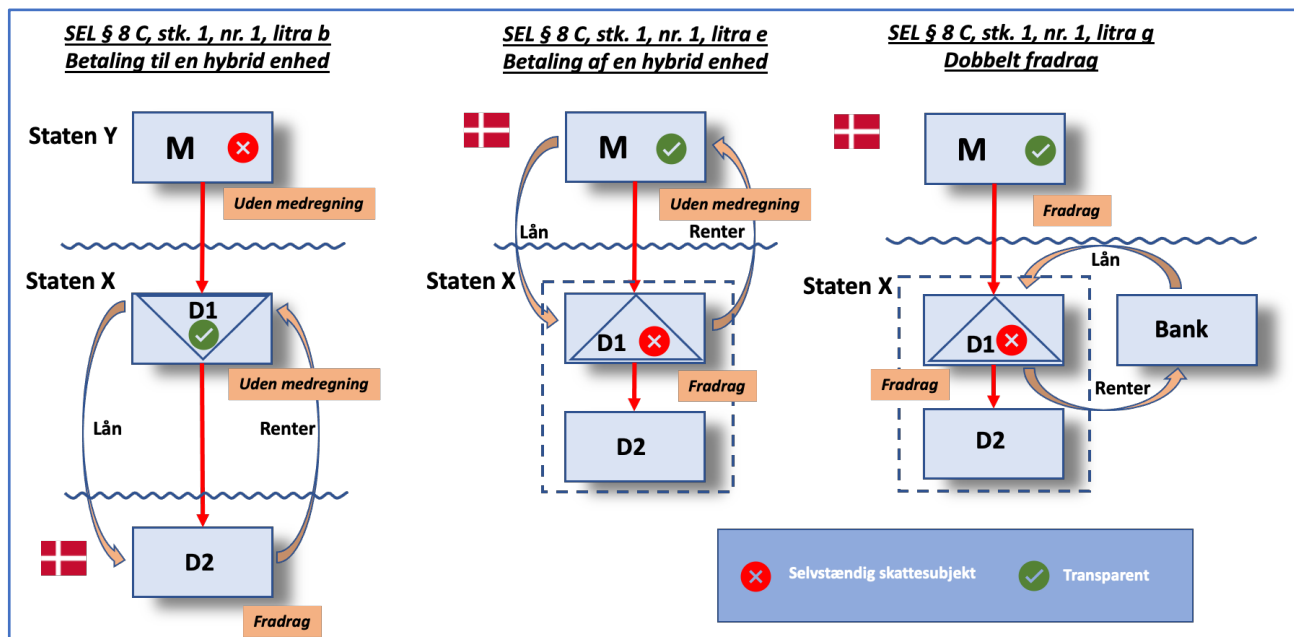
I den første situation i Figur 9 er M et selvstændigt skattepligtigt selskab hjemmehørende i staten Y. Selskabet M er ejer af enheden D1, der er etableret i staten X. D1 er en omvendt hybrid enhed, der i etableringsstaten X kvalificeres som en skattemæssigt transparent filial af M, men som i deltagerstaten Y kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt. Staten X er dermed den stat, hvor den hybride enhed er etableret eller registreret og staten Y er jurisdiktionen for en person med en deltagelse i denne hybride enhed. D1 ejer samtlige kapitalandele i selskabet D2, der er stiftet i Danmark. Både staten Y og Danmark kvalificerer D2 som et selvstændigt skattesubjekt⁹⁰.

⁸⁸ Jfr. (Bondegaard, 2020), s. 192-195.

⁸⁹ Jfr. (Bondegaard, 2020), situation 1: s. 281-282, situation 2: s. 280-281 og situation 3: s. 193-194.

⁹⁰ Uddybende forklaring af situation 1: Den omvendte hybride enhed D1 har ydet et lån til D2 på armslængdevilkår, og D2 betaler en markedssvarende rente til D1. Danmark er i dette tilfælde betalerens jurisdiktion, da betalingen anses for foretaget i Danmark, jfr. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 5, 1. pkt. Staten X kvalificerer enheden D1 som skattemæssigt transparent og allokerer betalingen til moderselskabet M som betalingsmodtager. Renteindtægten beskattes ikke i D1, eftersom den anses som værende transparent af staten X. Desuden forudsættes, at den erhvervmæssige aktivitet i D1 ikke bliver kvalificeret som et fast driftssted af staten X. Staten Y kvalificerer den omvendte hybride enhed D1,

Figur 9 - Skattemæssigt transparente enheder som tilknyttede personer



For at der foreligger et hybridt mismatch efter SEL § 8 C, stk. 4, som skal neutraliseres efter SEL § 8 D, anfører (Bondegård, 2020), at dette betinger, at den påkrævede forbindelse foreligger mellem alle tre parter⁹¹. M, D1 og D2 skal således være tilknyttede personer eller betalingen skal være erlagt som led i et struktureret arrangement mellem enhederne.

Forudsættes det, at Danmark kvalificerer den betalingsmodtagende enhed D1 i staten X som en skattemæssigt transparent, vil enheden D1 ikke kunne udgøre en tilknyttet person til selskabet D2 i Danmark. Vurderingen af, om forbindelseskravet i SEL § 8 C, stk. 4, er opfyldt vil derfor i følge (Bondegård, 2020) i stedet bero på, om betalingen er en del af et struktureret arrangement, som er med deltagelse af D2.

Som modstykke til denne fortolkning og konklusion kan anføres, at eftersom M og datterselskabet D2 er tilknyttede personer, jfr. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, 1 til 3 pkt. og det hybride mismatch er begrundet i forskelle i reglerne for fordeling af betalingen mellem den hybride enhed D1 og dens ejer M, så foreligger der et mismatchresultat, som skal neutraliseres. Nærlæses bemærkning nr. 19 i præamblen til skatteundgåelsesdirektivet er det ikke et spørgsmål om, at D2 og D1 skal være tilknyttet, men at D2 og M er tilknyttet. Der skal på en måde ses bort fra D1 eftersom at mismatch resultatet skyldes forskelle i reglerne for fordeling af betalinger i henhold til lovgivningen i henholdsvis den hybride enheds jurisdiktion og ejerens

som et selvstændigt skattesubjekt og allokere derfor de betalte renter til D1, som staten Y anser for hjemmehørende i staten X. Derfor medregnes betalingen hverken som skattepligtig indkomst i staten Y eller staten X, og betalingen resulterer i et mismatchresultat i form af fradrag uden medregning.

⁹¹ (Bondegård, 2020), s. 282.

M jurisdiktion. Eftersom M af Danmark bliver kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt, foreligger den nødvendige tilknytning i SEL § 8 C, stk. 4. At der skal ses bort fra D1 er begrundet i dels definitionen af en hybrid enhed i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 9 og dels i kommentaren i præamblen.

I den anden situation i Figur 9 er koncernstrukturen identisk med eksemplet i Figur 1 i afsnit 3.1. I eksemplet er M hjemmehørende i Danmark og enejer af den hybride enhed D1, der kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt i staten X og som skattemæssigt transparent i Danmark⁹².

For at statuere et hybridt mismatch betinger det ikke, at M og D1 udgør tilknyttede personer, men at M og D2 har den nødvendige tilknytning, hvor de hver især er et selvstændigt skattesubjekt. At der foreligger et hybridt mismatch, som skal neutraliseres efter SEL § 8 B, stk. 2, såfremt stat X ikke nægter fradrag, er med samme begrundelse som for situation 1.

I den tredje situation i Figur 9, er der tilsvarende grundlag for en fortolkning af, at den påkrævede tilknytning er fraværende, hvis ræsonnement af (Bondegaard, 2020) tages til følge. I denne situation er det danske skattepligtige skattesubjekt M deltager i en udenlandsk hybrid enhed, som i den anden situation⁹³. På tilsvarende vis som i situation 1 og 2 er der den nødvendige tilknytning mellem M og D2. At der skal ses bort fra D1, er med samme begrundelse som i situation 1.

Med ovenstående eksempler er det væsentligt at være opmærksom på det særlige ved betalinger til og fra hybride enheder. Hvor det skattepligtige selskab i Danmark enten er betalingsmodtager eller det betalende selskab til den hybride enhed, skal der ikke ses på tilknytning til denne enhed, men til det selvstændige

⁹² Uddybende forklaring af situation 2: D1 betaler markedsmæssige renter til moderselskabet M, som følge af et koncerninternt lån fra M. Staten X er betalerens jurisdiktion, hvorfra betalingen hidrører, mens Danmark er betalingsmodtagerens jurisdiktion. Selskabet D1 har fradrag for rentebetalingen i staten X, mens Danmark bortser fra betalingen, eftersom denne anses som en intern betaling. Låneprovenuet fra det koncerninterne lån er i eksemplet anvendt af D1 til at stifte et helejet datterselskab D2 i staten X. Både Danmark og staten X kvalificerer D2 som et selvstændigt skattesubjekt hjemmehørende i staten X, og D1's indkomst medregnes derfor ikke til moderselskabet M's skattepligtige indkomst i Danmark. Koncernen har tilrettelagt sine aktiviteter i staten X således, at D1 ikke har anden aktivitet end at være holdingselskab for D2, mens driften henlægges til D2, der producerer overskud. Omvendt medfører D1's rentebetalinger til M et underskud, som illustreret i Figur 1 i afsnit 3.1. I staten X indgår D1 og D2 i national sambeskatning. Dermed kan D1's renteudgifter til M via sambeskatningen modregnes i D2's indkomst, som ikke er dobbelt medregnet indkomst, jfr. SEL § 8 C, stk. 3. Det hybride mismatch opstår dermed umiddelbart mellem selskabet M og den hybride enhed D1.

⁹³ Uddybende forklaring til situation 3: Situationen illustrerer her en udenlandsk hybrid enhed D1 i staten X, som i dette tilfælde ikke udgør et fast driftssted. I situationen opstår der et dobbelt fradrag, eftersom D1's renteudgifter både kan fradrages i staten X og i moderselskabet M's skattepligtige indkomst i Danmark. Det dobbelte fradrag opstår, fordi selskabet D1 i Danmark bliver kvalificeret som en skattemæssigt transparent enhed.

skattesubjekt, som får fordelene ved fradraget eller den manglende medregning, når dette skyldes forskelle i reglerne for fordelingen af en betaling i de involverede jurisdiktioner.

4.5. Opfyldelse af forbindelseskravet ved omkvalifikation af omvendte hybride enheder, SEL § 2 C, stk. 1

Før implementering af skatteundgåelsesdirektivet's artikel 9 a om omvendte hybride enheder havde Danmark en bestemmelse i SEL § 2 C, som regulerede omvendte hybride enheder. Den oprindelige bestemmelse i SEL § 2 C blev indført i 2008 for at tage højde for tilfælde, hvor en dansk filial eller transparent enhed i det land, hvor en deltager er skattemæssigt hjemmehørende, anses for et selvstændigt skattesubjekt. I sådanne situationer medfører kvalifikationskonflikten et hybridt mismatch, hvor indkomsten i enheden hverken bliver beskattet i Danmark eller i den pågældende deltagers hjemland, dvs. **dobbelt ikke-beskatning**⁹⁴. Efter den oprindelige bestemmelse skulle der skattemæssigt ske en omkvalifikation af den danske filial eller transparente enhed til at blive beskattet som et selskab, hvis "*direkte ejere med mere end 50 pct. af kapitalen eller med besiddelse af mere end 50 pct. af stemmerettighederne*" er hjemmehørende i lande, hvor enheden behandles som et selvstændigt skattesubjekt. Det fremgik af bestemmelsens ordlyd, at kun den transparente enheds direkte ejere var relevante, og at disses ejerandele skulle sammenlægges med henblik på at fastslå, om 50%-grænsen var overskredet.

Efter implementering af skatteundgåelsesdirektivet er bestemmelsens ordlyd ændret, således at filialen eller den transparente enhed beskattes som et selskab, "*hvis en eller flere tilknyttede personer, jf. § 8 C, stk. 1, nr. 17, som sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet*", er hjemmehørende i lande, hvor enheden behandles som et selvstændigt skattesubjekt⁹⁵.

Bestemmelsen stiller dermed et toleddet krav til forbindelsen mellem den transparente enhed og de deltagere, som opfylder betingelserne i SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1, 2 og 3. *For det første* skal det afgøres, om hver

⁹⁴ SEL § 2 C blev indført på baggrund af sagen i SKM2008.446.SR. Her var et dansk registreret transparent selskab ejet primært af amerikanske selskaber. Det transparente selskab blev anset for et selvstændigt skattesubjekt efter amerikansk ret, men havde ikke fast driftssted i Danmark. Det indebar, at USA ikke beskattede selskabets indkomst, da selskabet efter deres opfattelse henhørte under dansk beskatning. Danmark beskattede heller ikke, da der ikke var fast driftssted, og ejerne hovedsagelig var amerikanske. Derved blev indkomsten ikke beskattet i Danmark og ville først blive beskattet i US hos de primære ejere, når og hvis den blev taget ud af selskabet.

⁹⁵ Til forskel fra de øvrige bestemmelser i SEL §§ 8 C, 8 D og 8 E er bestemmelsen i § 2 C, stk. 1 ikke en 100% ordret implementering af skatteundgåelsesdirektivet artikel 9 a. Mens SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1, implementerer artikel 9 a uden dermed at være en ordret implementering, er SEL § 2 C, stk. 1, nr. 2 og 3 ikke direktivbaserede. Disse to betingelser for omkvalifikation vil ikke blive yderligere behandlet.

enkelt deltager udgør en tilknyttet person i forhold til den transparente enhed, jfr. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17. Hvis en deltager udgør en tilknyttet person, skal det *for det andet* afgøres, om den eller eventuelt de tilknyttede deltagere sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i den transparente enhed.

Til forskel fra forbindelseskravet for hybride mismatch i SEL § 8 C, stk. 4, hvor betingelsen for at statuere tilknytning er, at en person eller et selvstændigt skattesubjekt har den påkrævede forbindelse med et "selvstændigt skattesubjekt" eller med "subjektet", stiller SEL § 2 C, stk. 1. alene krav om, at *den pågældende deltager* i den skattemæssigt transparente enhed – og ikke selve den transparente enhed – udgør en tilknyttet person. Bestemmelsen kan derfor anvendes for skattemæssigt transparente enheder, selvom den transparente enhed ikke kan udgøre en tilknyttet person efter SEL 8 C, stk. 1, nr. 17 og som behandlet i afsnit 4.4. Dvs. 1. pkt. i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17 er ikke relevant i forholdt til fortolkning af "*en til eller flere tilknyttede personer*" i SEL § 2 C. Sammenholdt med behandlingen af begrebet en tilknyttet person i afsnit 4.2 skal en deltager herefter anses for tilknyttet til den skattemæssigt transparent enhed, i relation til SEL § 2 C, hvis en af betingelserne i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17 bortset fra 1. pkt. er opfyldt.

I afgørelsen af kravet i første led vil det alene være situationen, hvor minimum én deltager er

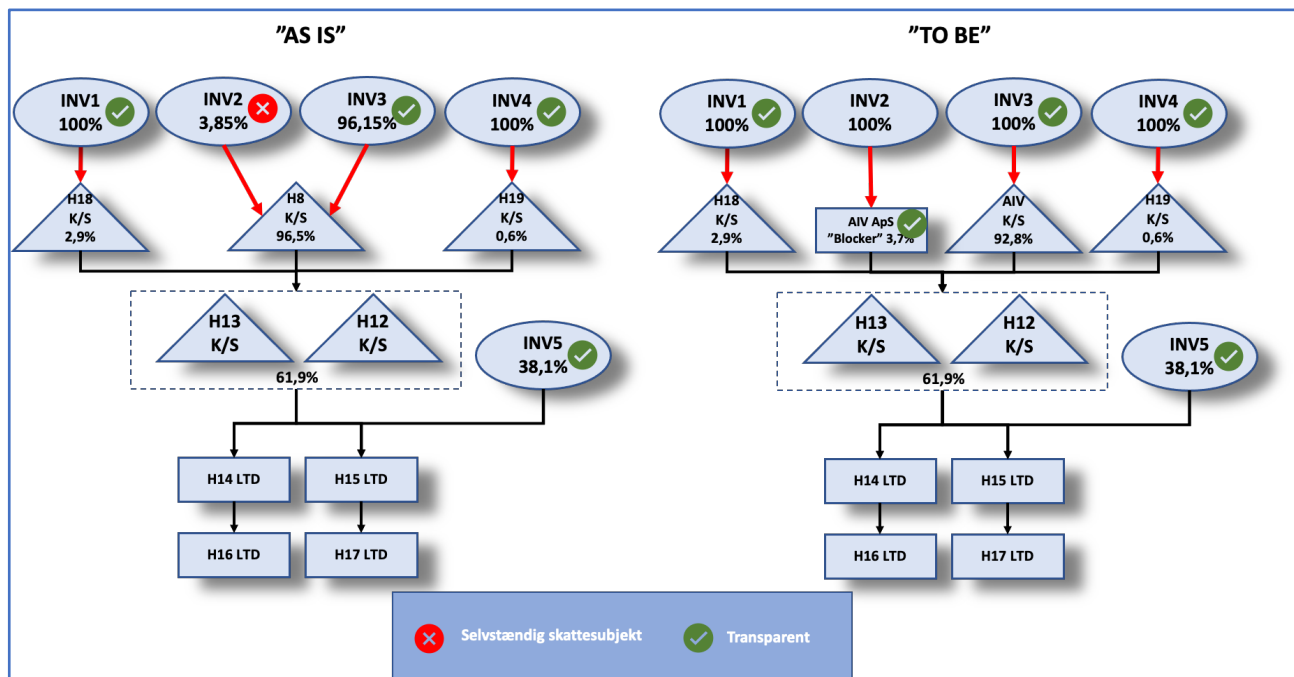
- hjemmehørende i et land, hvor enheden behandles som et selvstændigt skattesubjekt,
- og ikke alene besidder direkte eller indirekte 50% af ejerandelen,

hvorefter deltageren skal medregne de øvrige deltagers ejerandele, hvis de agerer sammen i forhold til deres ejerskab i den transparent enhed⁹⁶.

Ovenfor i afsnit 4.2.3 blev det illustreret, at det forhold, at flere investorer investerer i samme skattetransparente enhed, ikke i sig selv medfører, at disse investorer skal anses for at agere sammen i forhold den til skattetransparent enhed. Med reference til Skatterådets bindende svar i **SKM2020.35.SR**, skal investorerne derimod anses for at agere sammen i forhold til enheder, hvori den transparente enhed har en ejerandel, alene ud fra den antagelse at investorerne "*må anses for at have indgået i et arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør, at de agerer sammen*". I Figur 6 blev dette illustreret ved en FoF struktur i afsnit 4.2.3.

⁹⁶ Jfr. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt.

Figur 10 - SKM2021.218SR



Sammenholdt med de andre to bindende svar i afsnit 4.2.3. illustrerer disse afgørelser, at den valgte strukturering er af afgørende betydning for, om den "dårlige" investor, bliver omfattet af begrebet om at agere sammen og dermed opnår en kvalificeret tilknytning til subjektet som en tilknyttet person. I det bindende svar **SKM2021.218.SR**⁹⁷ bliver Skatterådet forelagt en vurdering af, om to danske kommanditselskaber bliver omfattet af SEL § 2 C, i en gældende struktur for en kapitalfondsinvestering og i en ændret version af strukturen. Begge strukturer er illustreret i Figur 10 som henholdsvis "AS IS" strukturen og "TO BE" strukturen.

I "AS IS" kunne Skatterådet ikke bekræfte, at to danske kommanditselskaber H12 og H13 ikke var omfattet af SEL § 2 C. Begrundelsen var, som også fremført i **SKM2020.35SR** og **SKM2020.453SR**, at investorerne INV2 og INV3 via deres fælles investering i H8, vil blive anset for at agere sammen i forhold til H8's investering, dvs. i H12 og H13, idet de må anses for at have indgået i et "arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør, at de agerer sammen". I relation til H12 K/S og H13 K/S er 96,5% af ejerandelene i begge kommanditselskaber ejet af H8 K/S. Investorerne i H8 K/S vil i relation til H13 K/S og H12 K/S anses for at agere sammen (via H8 K/S), således at investorerne hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt. De "dårlige" investorer INV2, der er hjemmehørende i lande, der anser et K/S for et selvstændigt skattesubjekt, vil således "smitte" de

⁹⁷ Jfr. juridisk vejledning C.D.2.4.7.2.17, er afgørelsen påklaget til Landsskatteretten for så vidt angår svaret på om Skatterådet kan bekræfte, at H12 K/S og H13 K/S ikke er omfattet af SEL § 2 C i "AS IS".

"gode" investorer. Herefter anses 96,5% af ejerandelene i H13 K/S og H12 K/S for ejet af investorer, der er hjemmehørende i lande, der anser et dansk K/S for en selvstændig skattepligtig enhed.

I "TO BE" strukturen kunne Skatterådet bekræfte, at H12 og H13 ikke var omfattet af SEL § 2 C, eftersom alle direkte investorer i de to kommanditselskaber - herunder ejere, der ejer via skattetransparente enheder - var hjemmehørende i lande, der anser et dansk kommanditselskab for en transparent enhed. Ved at "indpakke" de "dårlige" investorer til at investere i et selvstændigt skattesubjekt, bevirker således i "TO BE" strukturen, at alle direkte ejere, herunder ejere, der ejer via skattetransparente enheder, anser et dansk K/S for en transparent enhed og bestemmelsen i SEL § 2 C skal således ikke finde anvendelse, idet der ikke opstår et mismatch vedrørende enheden. Dette skyldes også, at de indirekte ejere, som er de "dårlige" investorer, nu kun udgør 3,7%.

Ovenstående bindende svar illustrerer meget klart, at det kan være en ikke helt simpel opgave at fastlægge, om de tilknyttede personer sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet. Det er ikke så meget en sammentælling, som det tidligere var gældende, hvor det kun var det direkte ejerskab, som havde betydning. Såfremt fysiske personer eller selvstændige skattesubjekter vurderes til at agere sammen, er alle de fysiske personer eller selvstændige skattesubjekter tilknyttede personer, og dermed kan selv en lille andel af "dårlige investorer" få hele korthuset til at vælte. Specielt hvis der tilmed ligger en fondsstruktur ovenpå det danske transparente selskab, der vil være i risiko for at blive omkvalificeret. Dermed vil de "gode investorer" opleve at deres deltagelse i – for dem antaget – et transparent selskab, blive omfattet af en dobbeltbeskatning.

5. Retsanvendelsen af ligningsloven § 3 til regulering af hybridt mismatch

5.1. Baggrund for LL § 3

Som led i implementering af skatteundgåelsesdirektivet⁹⁸ blev der, udover reglerne om hybridt mismatch, også implementeret en generel omgåelsesklausul i direktivets artikel 6. Implementering af artikel 6 blev gennemført ved at erstatte den daværende gældende bestemmelse i LL § 3, således at anvendelsesområdet blev ændret og udvidet. Herefter indeholder bestemmelsen i stk. 1-4 en helt generel omgåelsesklausul, som gælder for såvel rent nationale som for grænseoverskridende transaktioner. Omgåelsesklausulen finder anvendelse på selskaber omfattet af SEL §§ 1 eller 2, fonde og foreninger m.v. omfattet af fondsbeskatningslovens § 1 og kulbrinteskatteloven § 21. Klausulen finder dermed anvendelse på både danske selskaber, fonde og foreninger m.v., der er fuldt skattepligtige til Danmark, og udenlandske selskaber, fonde og foreninger m.v., der er begrænset skattepligtige til Danmark f.eks. som følge af, at det har et fast driftssted i Danmark eller modtager udbytte-, rente- eller royaltybetalinger fra Danmark. Klausulen gælder også for udenlandske selskaber, der deltager i en international sambeskatning i Danmark eller er omfattet af reglerne om beskatning af kontrollerede datterselskaber (CFC-reglerne)⁹⁹.

Er et selskabs dispositioner omfattet af LL § 3, skal det skattepligtige selskab ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder, jfr. LL § 3, stk. 1.

5.2. Omgåelsesklausulens placering i forhold til værnsreglerne mod hybride mismatch

I lovforslaget bemærkes at omgåelsesklausulen ikke har til hensigt at begrænse de gældende muligheder for at tilsidesætte eller omkvalificere på andet grundlag¹⁰⁰.

Når omgåelsesklausulen ikke har til hensigt at begrænse de gældende muligheder, er spørgsmålet når implementeringen foretages samtidig med de specifikke værnsregler mod hybride mismatch i SEL § 2 C og §§ 8 C og D, om der hermed gives mulighed for at anvende bestemmelsen, som en form for residual værnsbestemmelse, der går videre end hvad de specifikke værnsregler omhandler.

⁹⁸ Implementeret ved lov nr. 1726 af 27. december 2018.

⁹⁹ Jfr. lovforslag til gennemførelse af skatteundgåelsesdirektivet, s. 34.

¹⁰⁰ Jfr. lovforslag til gennemførelse af skatteundgåelsesdirektivet, s. 35

Her er det for det første interessant, at det personelle anvendelsesområde for LL § 3 og for SEL §§ 8 C og 8 D er sammenfaldende. LL § 3 kan derfor principielt finde anvendelse i en situation, som ikke udgør et hybridt mismatch¹⁰¹, fordi der enten ikke foreligger den påkrævede tilknytning eller at betalingen ikke er indenfor rammerne af et struktureret arrangement. Som anført af (Bondegård, 2020), må det antages, at en sådan situation sjældent vil være dækket af anvendelsesområdet for LL § 3, uden samtidigt at udgøre et struktureret arrangement¹⁰².

Ved anvendelsen af LL § 3, skal det bevises, at det reelle mismatch med en hybriditet *"virker mod formålet og hensigten med skatteretten"*¹⁰³. Dette må anses at være vanskeligt, eftersom et mismatchresultat opstår med baggrund i det faktum, at kvalificeringen er forskellig i henhold til to eller flere landes interne skatteret.

I OECD's arbejde med hybride mismatch arrangementer og vurdering af effektiviteten af generelle omgåelsesklausulers evne til også at omfatte hybride mismatch arrangementer, konkluderede de tilbage i 2012 at:

*"... although general anti-avoidance rules are an effective tool, they may not always provide a comprehensive response to cases of unintended double non-taxation through the use of hybrid mismatch arrangements"*¹⁰⁴.

Dette må tages som udtryk for, at uden specifikke værnsregler vedrørende hybride mismatch, så vil en generalklausul ikke kunne omfatte hybrid mismatch situationer, når det ikke har været tilsigtet at opnå en skattefordel og samtidig er begrundet i staternes forskellige skattemæssige behandling.

Hertil kommer at, at der i præamblen til skatteundgåelsesdirektivet anføres:

*"Skattesystemer indeholder generelle regler om bekæmpelse af misbrug for at bekæmpe skadelig skattepraksis, som endnu ikke er omfattet af specifikke bestemmelser. Generelle regler om bekæmpelse af misbrug har således til formål at dække huller og bør ikke påvirke anvendelsen af specifikke regler om bekæmpelse af misbrug"*¹⁰⁵.

Dette kan fortolkes, som at der ikke er noget overlap mellem anvendelsesområdet for en generalklausul og specifikke værnsregler, men at "huller" der ikke dækkes af specifikke værnsregler, kan opsamles af en generalklausul.

¹⁰¹ Jfr. SEL § 8 C, stk. 4.

¹⁰² Jfr. (Bondegård, 2020), s. 201.

¹⁰³ Jfr. LL § 3, stk. 1, 1. pkt.

¹⁰⁴ Jfr. OECD "Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues" 2012,

¹⁰⁵ Jfr. Rådets direktiv 2016/1164 af 12 juli 2016, afsnit 11.

I forarbejderne til implementering af skatteundgåelsesdirektivet blev Skatteministeriet bedt om at tage stilling til en problemstilling forelagt af Advokatrådet, hvor en skatteyder træffer et valg i sin forretningsaktivitet med henblik på at opnå den skattemæssigt mest fordelagtige struktur, og hvor Skattestyrelsen opfatter dette som et valg, der ikke er reelt. Til dette svarede Skatteministeriet:

"Udgangspunktet i skatteretten er, at en skatteyder har ret til at vælge den skattemæssigt mest fordelagtige struktur til sin forretningsaktivitet, og dette ændrer skatteundgåelsesdirektivet – og dermed lovforslaget – ikke på.

Det bemærkes overordnet om valg af den skattemæssigt mest fordelagtige struktur, at minimering af skattebetalingen ikke er en velbegrundet kommerciel årsag i bestemmelsens forstand. På den anden side er opnåelse af skattefordele ved opfyldelse af objektive kriterier heller ikke i sig selv udtryk for misbrug af reglerne¹⁰⁶."

Hvilket suppleres af Skatteministeriets stillingtagen til, om omgåelsesklausulen kan begrænse anvendelse af andre omgåelsesklausuler:

"Den foreslåede generelle omgåelsesklausul er en selvstændig bestemmelse, der gælder parallelt og uafhængigt af andre omgåelsesklausuler og værnsregler i dansk ret. Den foreslåede bestemmelse hverken udvider eller begrænser anvendelsesområdet af de øvrige omgåelsesklausuler og værnsregler i dansk ret, herunder adgangen til at tilsidesætte skattemæssigt begrundede arrangementer i overensstemmelse med eksisterende domstolspraksis.

Såfremt et arrangement, der kan tilsidesættes efter den generelle omgåelsesklausul, ikke ville kunne tilsidesættes efter de eksisterende omgåelsesklausuler og værnsregler i dansk ret, vil den generelle omgåelsesklausul kunne indebære en udvidelse af, hvornår skattemæssigt begrundede arrangementer kan tilsidesættes¹⁰⁷."

Skatteministeriets svar på dette kan give anledning til at anse omgåelsesklausulen i LL § 3 som en residualbestemmelse. Men ud fra en lex specialis antagelse og præamblen til skatteundgåelsesdirektivet understøtter dette en fortolkning, hvorefter LL § 3, som udgangspunkt ikke skal anvendes til at tilsidesætte dispositioner, som overholder dansk skatterets specifikke værnsregler.

I forhold til kravet om direkte eller indirekte ejerskab på mindst 50 % er det ikke utænkeligt, at visse selskaber vil hense til denne grænse, når deres skattemæssige strukturer skal vurderes. Det er derfor relevant at overveje, om grænsen vil kunne tilsidesættes eksempelvis med hjemmel i LL § 3 i den forstand, at SEL § 2 C kan finde anvendelse, selvom 50 %-kravet ikke er opfyldt. Til denne overvejelse må det bemærkes, at

¹⁰⁶ Jfr. Bilag 1 om Høringssvar 4. oktober 2018, J.nr. 2017 – 1461, s. 2.

¹⁰⁷ Jfr. Bilag 1 om Høringssvar 4. oktober 2018, J.nr. 2017 – 1461, s. 3.

betingelsen om de mindst 50 % ejerskab må anses som et objektivt kriterie. Det vil derfor som altovervejende udgangspunkt ikke kunne tilsidesættes med hjemmel i LL § 3, jf. hertil **SKM 2020.39.SR**, hvoraf det fremgår:

“Skatteministeren har således fastslået, at en skatteyder har ret til at anvende de skattemæssige regler, der medfører en skattefordel for skatteyderen, uden at fordelene i sig selv medfører, at der foreligger et misbrug. Den rent objektive opfyldelse af kriterierne i reglen medfører således ikke et misbrug af reglerne.”

En situation kan f.eks. være, at en dansk registreret skattemæssig transparent enhed kun har én tilknyttet person, der er hjemmehørende i en stat, hvor enheden behandles som et selvstændigt skattesubjekt. Har denne tilknyttede person indrettet sig, så den udelukkende (direkte og indirekte) besidder 49,9 % af stemmer, kapitalandele eller ret til overskud, så kan ovennævnte afgørelse understøtte en fortolkning at SEL § 2 C per definition ikke bør finde anvendelse¹⁰⁸ og dermed ikke blive omfattet af LL § 3, eftersom der ikke foreligger misbrug af reglerne.

Der er derfor grundlag for at fortolke, at selvom der foreligger et mismatchresultat, men arrangementet ikke har den fornødne forbindelse eller falder udenfor rammerne af et struktureret arrangement, så vil dette ikke falde indenfor anvendelsesområdet for omgåelsesklausulen i LL § 3, hverken som en residual bestemmelse eller som en ”opsamlingsbestemmelse”.

¹⁰⁸ Jfr. Michael Nørmark og Jon Mitre Sinius-Clausen SR.2020.158.

6. Konklusion og perspektivering

6.1. Konklusion og perspektivering

Med implementering af skatteundgåelsesdirektivets bestemmelser i selskabsskatteloven, der skal hindre skatteplanlægning baseret på situationer, hvor landenes forskellige kvalifikationer fører til hybride mismatch, er de danske selskaber og kapitalfonde med udenlandske engagementer og investorer sat overfor ganske komplicerede og omfattende bestemmelser. Bestemmelserne skal primært have deres interesse ved opgørelse af den danske skattepligtige indkomst og ved design af kapitalfondsinvestering struktureret med danske kommanditselskaber. Sekundært har bestemmelserne en indirekte betydning ved, at selskaberne skal have deres governance og rapporteringsproces til at omfatte information om den udenlandske skattemæssige kvalificering af den enkelte betaling. Desuden skal den selskabsskatteretlige kvalifikation af det udenlandsk betalende/betalingsmodtagende selskab efter dansk ret være afklaret, såfremt der foreligger en kvalificerende tilknytning mellem det danske selskab og det udenlandske selskab. Denne information er væsentlig ved stillingtagen til fradrag for en udgående betaling til en tilknyttet person i udlandet eller stillingtagen til, om en intern betaling skal medregnes i den skattepligtige indkomst.

I opgaven har denne tilknytning udtrykt ved forbindelseskravet været genstand for retsdogmatisk analyse, som er foretaget ud fra en systematisering af specielt gældende ret omhandlende en tilknyttet person, et struktureret arrangement og analyse af LL § 3's rækkevidde.

Ved afgørelsen af om et selvstændigt skattesubjekt, der er underlagt beskatning efter selskabsskattelovens regler vil være omfattet af begrebet en "tilknyttet person", er det af stor betydning at fastslå størrelsen af den direkte og indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab eller i form af retten til en andel af overskuddet i det tilknyttede selskab. Ved opgørelsen af indflydelsen er det væsentligt at afdække 1) om denne er større pga. selskabet agerer sammen med et andet selskab eller en fysisk person om indflydelsen i det tilknyttede selskab eller 2) om skattesubjektet indgår i en regnskabsmæssig konsolidering med samme selskab, hvormed ejerskabskravet bliver det større.

Sammenholdt med forbindelseskravet udtrykt ved et struktureret arrangement har analysen og en fortolkning ved inddragelse af BEPS 2-rapportens anbefalinger og eksempler afdækket, at situationer, hvor der er en væsentlig risiko for at hybride mismatch udnyttes til skatteundgåelse, *bliver* omfattet af

værnsreglerne, når det opstår mellem tilknyttede personer eller i forbindelse med et struktureret arrangement.

Sekundært er det analyseret og vurderet at LL § 3 ikke vil ramme utilsigtede skattefordele mellem ikke-tilknyttede personer.

Som det anføres af Jan Pedersen¹⁰⁹ er en meget væsentlig udfordring ved udformningen af værnsregler, at de har til formål, at sikre det tilsigtede værn mod skattespekulation, uden at i øvrigt fornuftige dispositioner antastes. Dette kræver ofte en omfattende og kompleks formulering af reglerne. Selvom opgaven kun har berørt et enkelt område af de samlede bestemmelser om hybride mismatch i selskabsskatteloven, står det klart, at dels forbindelseskravet i SEL § 8 C, stk. 4, som fastslår de generelle forudsætninger for, at der kan foreligge et hybridt mismatch og dels bestemmelsen om, hvornår et selvstændigt skattesubjekt kan blive omfattet af begrebet en tilknyttet person, er særdeles komplekse og bidrager til, at skatteyderen er væsentligt udfordret i forbindelse med retsanvendelsen. Med det store arbejde OECD har lagt i BEPS projektet og medlemslandenes forpligtelse til at efterleve anbefalingerne må det således anses at være holdningen, at forbindelseskravet er proportionalt med formålet og at komplekse værnsregler er en omkostning, som selskaber og fonde må bære for at bidrage til forbedring af det indre markeds modstandsevne over for grænseoverskridende metoder til skatteundgåelse.

¹⁰⁹ Jfr RR.07.2017.0046, 7.

7. Litteraturliste

7.1. Bøger

- Bondegaard, A. H. (2020). *Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret*. Århus: Aarhus Universitet, Juridisk Institut.
- Michelsen, A., Askholt, S., Bolander, J., Madsen, L., Laursen, A. N., & Jeppesen, I. L. (2017). *Lærebog om indkomstskat* (17. Udgave udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Michelsen, A., Bolander, J., Madsen, L., Laursen, A. N., & Langhave, I. (2019). *Lærebog om indkomstskat* (18. Udgave udg.). København: Djøf Forlag.
- Michelsen, A., Dalgas, A. S., & Laursen, A. N. (2017). *International Skatteret* (4. Udgave udg.). København: Karnov Group.
- OECD. (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.
- Pedersen, J., Kerzel, M., Ferniss, J., & Eriksen, C. H. (2019). *Skatteretten 2* (8. Udgave udg.). København: Karnov Group.
- Ramsgov, B., Hansen, M. B., Ryan, S., & Balle, J. B. (2020). *DAC6 Indberetning af grænseoverskridende ordninger* (1. Udgave udg.). Karnov Group.
- Schmidt, P. K., Tell, M., & Weber, K. D. (2015). *International Skatteret i et dansk perspektiv* (1. Udgave udg.). København: Hans Reitzels Forlag.
- Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2017). *Retskilder og retsteorier* (5. Reviderede udgave udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Werlauff, E. (2018). *Selskabsskatteret 2018/2019* (20. Udgave udg.). København: Karnov Group.

7.2. Artikler

- Bergensfeldt, Kjeld: Kollektive investeringsfonde – aktuelle retlige problemstillinger i krydsfeltet mellem selskabsret og skatteret, SR-SKAT 2019, SR.2019.0125
- Bolander, Jane: National og global beskyttelse mod skattespekulation ved brug af hybride selskaber, UfR, U.2014B.385
- Bondegaard, Anne Sofie Højrup: Selskabsskattelovens værnsregler mod mismatch med hybride enheder, Revision & Regnskabsvæsen 2021, RR.2021.04.0058
- Buus, Jesper og Terkildsen, Lars Kjærgård: Lovforslag om implementering af dele af skatteundgåelsesdirektivet er nu vedtaget – og den nye omgåelsesklausul samt EBITDA-reglen har allerede virkning for indkomståret 2019, Revision & Regnskabsvæsen 2019, RR.2019.03.0064
- Madsen, Liselotte: Danske kommanditselskaber var ikke omfattet af SEL § 2 C, SR-SKAT, SR.2020.0094

Nørremark, Michael og Sinius-Clausen, Jon Mitre: Selskabsskatteloven § 2 C – den omvendte Hybridregel, SR-SKAT 2020, SR.2020.0158

Pedersen, Jan: International skatteflugt Del II Imødegåelse af skatteflugt, Revision & Regnskabsvæsen 2017, RR.2017.07.0046

Schmidt, Peter Koerver, Bundgaard, Jakob og Tell, Michael: Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret, SR-SKAT 2019, SR.2019.0053

Wittendorf, Jens: Bestemmende indflydelse og koncernforbundne selskaber – mangehovedede uhyrer, SR-SKAT 2018, SR.2018.0221

Wittendorf, Jens: Hybridt mismatch – en Pandoras æske, SU 2018,1

7.3. Rapporter, betænkninger, vejledninger mv.

7.3.1. Danmark

Lovforslag nr. L 181, Folketinget 2007-08, 2. samling, Forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love.

Skatteudvalget 2015-16 SAU Alm. Del Bilag 165, "Endelig Afrapportering: Skattely – Brug og misbrug af kommanditselskaber", marts 2016.

Skatteudvalget 2018-19 L 28 Bilag 1, høringsspørgsmål vedrørende forslag til lov til implementering af direktivet om skatteundgåelse og direktivet om skattetvistbilæggelse og forskellige ændringer af momssystemdirektivet

Skatteudvalget, Skatteudvalget 2018-19 L 28 Bilag 1, L 28 A Bilag 1, L 28 B Bilag 1, høringsskema samt modtagne høringssvar vedrørende forslag til lov til implementering af direktivet om skatteundgåelse og direktivet om skattetvistbilæggelse og forskellige ændringer af momssystemdirektivet

Lovforslag nr. L 28 Folketinget 2018-19, Forslag til implementering af direktivet om skatteundgåelse og direktivet om skattetvistbilæggelse og forskellige ændringer af momssystemdirektivet

Skatteministeriet, Notat "Fortolkningen af selskabsskattelovens § 2 C", 4. december 2019 J.nr. 2019-9362.

Den juridiske vejledning 2021-2 - C.D Selskabs-, fonds- og foreningsbeskatning (JV 2021)

7.3.2. EU

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.

Forslag til RÅDETS DIREKTIV (EU) om ændring af direktiv (EU) 2016/1164 af 12. juli 2016, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande (COM (2016) 687 final, 2016/0339 CNS).

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

7.3.3. OECD

OECD (2012, March), Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, OECD Publishing, Paris.

OECD (2015), G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Executive Summaries, 2015 Final Reports, OECD Publishing, Paris.

OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>

OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264278790-en>

7.4. Doms- og afgørelsesfortegnelse

7.4.1. Danske administrative afgørelser

SKM2008.446.SR
SKM2020.35.SR
SKM2020.39.SR
SKM2020.453.SR
SKM2021.216.SR
SKM2021.218.SR

7.5. Figurforklaring

