



ANVENDELSEN AF
INTERNATIONALE LØSNINGER
MOD
HYBRIDE MISMATCHES

-

I ET DANSK PERSPEKTIV

AF

JOHAN BJØRK HANSEN

KANDIDATSPECIALE

CAND. MERC. JUR

Aalborg Universitet, Skolen for Jura

Marts 2019

Titelblad

Uddannelse: Erhvervsjura, Aalborg Universitet

Fagområde: International selskabsskatteret

Type afhandling: Kandidatspeciale

Dansk titel: Anvendelsen af internationale løsninger mod hybride mismatches
– i et dansk perspektiv

Engelsk titel: The application of international solutions against hybrid
mismatches – in a danish perspective

Afleveringsdato: 25. marts 2019

Forfatter: Johan Bjørk Hansen, studienummer: 2014-6168

Vejleder: Morten Bøhm

Antal anslag: 124.783

1. Abstract

As businesses are becoming more and more global and their transactions are going across national borders, the business environment is in need of updated national tax rules, since some businesses are having a strategy to reduce their tax expenses by exploring gaps in the domestic tax law. Hybrid mismatches are an example of how businesses are exploring these gaps. Hybrid mismatches are a way to create tax benefits in transactions across borders by taking advantage of different characterization in domestic tax law. BEPS project, L 28, EU directives and existing Danish rules, all have the same purpose which is to eliminate hybrid mismatches by introducing rules and recommendations which makes the tax treatment of an cross border transaction treated and qualified as the same type of transaction in both of the contracting states. The BEPS-project was published in 2015 and developed recommendations for solving hybrid mismatches in Action Point 2. These recommendations were used as an inspiration for the new EU directives 2016/1164/EU and 2017/952/EU. They were published in 2016 and 2017 with rules that should be implemented in domestic law concerning hybrid mismatches. Therefore the Danish government proposed L 28 as a substitute for the existing rules because L 28 should more aligned with the EU directives and the BEPS-project compared to the existing rules. Since L 28 is an outcome from the EU directives it is not necessarily aligned correctly with the BEPS-project since the BEPS-project and EU could have different approaches.

The scope of this report is concerning hybrid mismatches and how the Danish corporate tax law is in the process of implementing the changes in L 28 with the purpose of making the Danish rules in corporate tax law regarding hybrid mismatches aligned with the EU directives and the international project – Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The purpose of this thesis is to analyze the alignment between L 28 and the BEPS-project and furthermore look at the existing sections in the Danish corporate law that concerns hybrid mismatches to see if they could have been used instead of L 28. Therefore an analysis of how L 28 is aligned with the BEPS-project is necessary to determine how the Danish corporate tax law will contribute to the collaboration with other states that incorporates the BEPS-project in their own domestic law. The analysis shows that L 28 is more or less aligned with the BEPS-project and

also determines that the L 28 is more aligned than the existing rules in the Danish corporate tax law would be.

1. Abstract	3
2. Indledende afsnit	7
2.1. <i>Indledning</i>	7
2.2. <i>Begrundelse for valg af emne</i>	10
2.3. <i>Problemformulering</i>	10
2.4. <i>Kritik af valg af emne</i>	11
2.5. <i>Metode</i>	11
2.6. <i>Afgrænsning</i>	12
2.7. <i>Fremgangsmåde</i>	13
3. Teori	14
3.1. <i>BEPS-projektet</i>	14
3.1.1. Fradrag, men ingen indregning	15
3.1.1.1. Anbefaling 1	16
3.1.1.2. Anbefaling 4	17
3.1.2. Dobbelt fradrag	18
3.1.2.1. Anbefaling 6	19
3.1.3. Indirekte fradrag og ingen medregning	20
3.1.3.1. Anbefaling 8	20
3.2. <i>EU-direktiverne</i>	21
3.2.1. Direktiv 2016/1164/EU	22
3.2.2. Direktiv 2017/952/EU	23
3.3. <i>Gældende danske værneregler imod hybride mismatches</i>	26
3.3.1. Baggrunden for de danske værneregler imod hybride mismatches	27
3.3.2. SEL § 2 A om hybride selskaber	27
3.3.2.1. De omfattede subjekter	29
3.3.2.2. Forskellig kvalifikation	29
3.3.2.3. Ejerne er hjemmehørende i et EU-, EØS- eller DBO-land	29
3.3.3. SEL § 2 B om hybrid finansiering	30
3.3.3.1. Debtors danske skattepligt	32
3.3.3.2. Selskabets gældsforhold	32
3.3.3.3. Gælden skal være til interesseforbunden part eller bestemmende indflydelse	32
3.3.3.4. Gældsinstrumentet defineret som egenkapital	33
3.3.4. SEL § 2 C om hybride transparente enheder	33
3.3.4.1. Selskabsdeltagerne skal være hjemmehørende i Danmark	34
3.3.4.2. Selskabet udgør et fast driftssted i Danmark	34
3.3.4.3. Indkomsten er på anden vis omfattet af begrænset skattepligt	34
3.3.4.4. De omfattede subjekter	36
3.3.4.5. Udenlandsk kontrol	36
3.3.4.6. Hybrid enhed eller ingen DBO	37
3.4. <i>Lovforslag L28</i>	37
3.4.1. Relevante eksisterende bestemmelser, der ophæves	37
3.4.2. SEL § 8 C	38
3.4.3. SEL § 8 D	39
3.4.4. SEL § 8 E	40
4. Analyse	41
4.1. <i>BEPS sammenholdt med EU-direktiverne 2016/1164/EU & 2017/952/EU</i>	42
4.1.1. Overordnet indholdsmæssig sammenligning	42
4.1.1.1. Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget	42
4.1.1.2. Dobbelt fradrag	44
4.1.1.3. Indirekte dobbelt fradrag	45
4.2. <i>BEPS i forhold til gældende dansk ret</i>	47

4.2.1.	Overordnet indholdsmæssig sammenligning	47
4.2.1.1.	Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget	47
4.2.1.2.	Dobbelt fradrag	48
4.2.1.3.	Indirekte dobbelt fradrag	49
4.3.	<i>BEPS til L 28</i>	51
4.3.1.	Overordnet indholdsmæssig sammenligning	51
4.3.1.1.	Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget	51
4.3.1.2.	Dobbelt fradrag	52
4.3.1.3.	Indirekte dobbelt fradrag	53
4.4.	<i>Direktiver til gældende dansk ret</i>	54
4.4.1.	Overordnet indholdsmæssig sammenligning	54
4.4.1.1.	Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget	54
4.4.1.2.	Dobbelt fradrag	55
4.4.1.3.	Omvendte hybride mismatches	56
4.4.1.4.	Hjemmehørende i to stater	56
4.5.	<i>EU-direktiver til L28</i>	58
4.5.1.	Overordnet indholdsmæssig sammenligning	58
4.5.1.1.	Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget	58
4.5.1.2.	Dobbelt fradrag	59
4.5.1.3.	Omvendte hybride mismatches	59
4.5.1.4.	Hjemmehørende i to stater	60
4.6.	<i>Gældende dansk ret til L 28</i>	60
4.6.1.	Overordnet indholdsmæssig sammenligning	60
4.6.1.1.	Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget	61
4.6.1.2.	Dobbelt fradrag	61
4.6.1.3.	Omvendte hybride mismatch	62
5.	Konklusion	63
6.	Perspektivering	65
7.	Litteraturliste	66
7.1.	<i>Bøger</i>	66
7.2.	<i>Artikler</i>	66
7.3.	<i>Hjemmesider</i>	67
7.4.	<i>Andet</i>	67

2. Indledende afsnit

2.1. Indledning

I en verden, der bliver mere og mere globaliseret, forekommer det naturligt, at virksomheder foretager forretningsaktivitet på tværs af landegrænser (Bundgaard, 2007, s. 554). Da de respektive staters nationale skattelovgivning ikke er totalharmoniseret (Schmidt, Tell og Weber, 2015, s. 15) og skat samtidig anses for at være en omkostning for de fleste virksomheder, vil der derfor ofte være et incitament for at nedbringe denne omkostning (Bundgaard, 2007, s. 554). For at foretage denne skatteminimering kan virksomheder derfor benytte sig af skatteplanlægning.

Årsagen til, at der ikke er sket en harmonisering blandt de nationale skatteregler skyldes, at beslutningskompetencen tildeles nationalstaterne og der dermed sker en naturlig differentiering mellem staternes skatteregler. Som en konsekvens af, at de nationale skattesystemer ikke er totalharmoniseret, kan transaktioner eller skattesubjekter blive kvalificeret på forskellig vis, afhængig af den nationale skattelovgivning. Forekommer der landemæssigt tværgående aktivitet, kan det medføre en situation, hvor samme aktivitet kvalificeres på to forskellige måder i de respektive stater. Det kan resultere i, at begge stater mener de besidder beskatningsretten til samme betaling. Dette betegnes som en kvalifikationskonflikt.

En kvalifikationskonflikt kan have forskellige konsekvenser, hvoraf der er to typer man specielt sigter mod at prøve at forhindre. Dette er dobbeltbeskatning eller dobbelt ikkebeskatning (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s: 21). Virksomheder interesserede i omkostningsminimering af skat, vil heraf kunne overveje at benytte to stater, som indbyrdes skaber en kvalifikationskonflikt af en bestemt type betaling, hvormed der medføres en dobbelt ikkebeskatning. Det skal bemærkes at denne situation, i udgangspunktet, er i overensstemmelse med gældende ret, hvorved det kategoriseres som skattetænkning/skatteplanlægning, eftersom der ikke sker lovbrud.

Disse kvalifikationskonflikter prøves afhjulpnet igennem EU-direktiver samt overenskomster aftalt mellem to stater, også kaldet dobbeltbeskatningsoverenskomster (herefter benævnt

DBO'er). Disse fastslår allokering af beskatningskompetencen i forskellige situationer. Konsekvensen af disse samt de differentierede skatteregler er, at internationale virksomheder får blikket rettet mod konstellationer, hvor der placeres indkomst i lande med lav beskatning, hvilket kunne være et resultat af hybride mismatches. Dette anses dog ikke som formålet med direktiverne og DBO'erne, hvorfor man prøver forskellige initiativer på internationalt plan.

Det skal bemærkes, at førnævnte form for skatteplanlægning ikke strider imod den pågældende skattelovgivning hos de implicerede lande. Som eksempel på en form for skatteplanlægning, kan nævnes hybride mismatches. Disse udnytter en differentieret kvalificering af indkomsten hos de respektive indblandede stater, til eksempelvis at opnå fradrag i den ene stat samtidig med, at man kan opnå skattefri indkomst i en anden. Et af de initiativer som OECD er lavet med henblik på at stoppe denne form for skatteplanlægning, er gennemførelsen af en handlingsplan kaldet Base Erosion and Profit Shifting (herefter benævnt BEPS). Denne er en handlingsplan, der består af 15 arbejds punkter. Formålet med denne handlingsplan er at stoppe aggressiv skatteplanlægning.

OECD er en organisation, som har til formål at fremme økonomisk vækst samt beskæftigelse i de 35 lande, der er medlem af organisationen. Derudover samarbejder OECD med over 100 andre lande (Om OECD). Igennem OECD har medlemslandene mulighed for at udveksle erfaringer, fælles problemstillinger samt koordinere national og international politik på fælles interesseområder. OECD har blandt andet udarbejdet den såkaldte modeloverenskomst, som de fleste DBO'er er udarbejdet ud fra (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 23). Modeloverenskomsten vil ikke blive berørt yderligere i projektet, da denne ikke falder inden for problemformuleringen og afhandlingens formål, da modeloverenskomsten vedrører udarbejdelsen af DBO'er og dermed ikke påvirker nationale skattebestemmelser.

EU har valgt at støtte op om denne handlingsplan fra BEPS-projektet og har derfor, med udgangspunkt i BEPS, valgt at udfærdige to skatteunddragelsesdirektiver, 2016/1164/EU og 2017/952/EU. Tidligere har EU's incitament for at bidrage til samarbejdet, vedrørende skatteret, været at sikre virksomheder og borgere imod dobbeltbeskatning, da dette udgør en handelshindring og samtidig kan virke hæmmende for økonomisk vækst i det indre marked (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 280). Samarbejdet mellem EU og OECD har dog i senere år

drejet sig om, at sikre, at borgere og virksomheder ikke kan minimere eller undgå beskatning ved at udnytte den manglende harmonisering af de nationale skatteregler (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 280). Udover de to førnævnte direktiver har EU-Kommissionen også udstedt en henstilling vedrørende aggressiv skatteplanlægning i 2012 ((C2012)8806 final)). Derudover er der tilføjet ændringer til moder-datterselskabsdirektivet og emnet har været på agendaen hos Europa-Parlamentet samt Rådet (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 282). Der vil ikke blive sat yderligere fokus på ((C2012)8806 final)) og ændringer til moder-datterselskabsdirektivet. Dette skyldes, at disse ikke påvirker national skattelovgivning, hvorfor disse ikke falder inden for afhandlingens problemstilling.

EU-retten har sit grundlag i traktater, som er indgået af medlemsstater (Sørensen, Nielsen & Danielsen, 2014, s. 32). På trods af dette, overlades det ikke til medlemsstaterne alene at implementere traktater og retsakter i national ret. Dette skyldes, at EU-retten opstiller konkrete krav til medlemsstaterne i forbindelse med gennemførelsen (Sørensen, Nielsen & Danielsen, 2014, s. 24) af disse traktater. Traktaten om Den Europæiske Funktionsmåde (TEUF) opstiller i art. 288 en liste over de vigtigste typer af retsakter som institutionerne kan udstede. Disse bliver betegnet som afledte eller sekundære retsregler. Disse bliver opdelt i:

- 1) **Forordninger.** Disse er almengyldige, hvilket betyder, at de er bindende i alle enkeltheder samt gælder umiddelbart i hver medlemsstat. Dette skal forstås så, at medlemsstater ikke har noget valg om at ændre i forordningen, men skal implementere den, som den er.
- 2) **Direktiver.** Disse benyttes, når der udstedes et bestemt mål, som er bindende for hver medlemsstat det er rettet til, og det er op til den enkelte medlemsstat at inkorporere dette i national lovgivning. Medlemsstaten kan derfor vælge at bygge ovenpå direktivet og betragte det som en minimumsimplementering.
- 3) **Afgørelser.** De er bindende for alle medlemsstater, medmindre at de angiver hvilke medlemsstater, den er rettet imod, så er den kun bindende for disse

(Sørensen, Nielsen & Danielsen, 2014, s. 83)

Dette betyder, at medlemsstaterne, heriblandt Danmark, skal implementere de førnævnte direktiver i dansk ret, som et minimumsdirektiv. Dette har resulteret i et dansk lovforslag, L 28, som på dette tidspunkt har været igennem 1. behandling. Ud fra dette kan det udledes

hvordan L 28 fastsætter disse direktivers implementering. Danmark har dog siden 2004 været en stat, der har været på forkant med hybride mismatches. Op til dette lovforslag, har der allerede eksisteret bestemmelser i de danske skatteregler, som har fungeret som værneregler mod hybride enheder. Disse bestemmelser optræder i selskabsskatteloven (herefter benævnt SEL) og vil blive beskrevet senere i afhandlingen. Det skal bemærkes, at de eksisterende værneregler med det nye lovforslag L28 enten ophører eller bliver ændret.

2.2. Begrundelse for valg af emne

Der har igennem de senere år været et større samfundsmæssige fokus samt højaktuelle problemstillinger, som har krævet, at der skulle løsninger til at bekæmpe skatteunddragelse (Bundgaard, 2007, s. 554). Dette har skabt flere internationale tiltag, herunder BEPS projektet. Jeg mener, at det er et emne med stor aktualitet, specielt i forbindelse med en undersøgelse af, hvordan processen vedrørende disse problemstillinger bliver løst. Det medfører en relevans for en vurdering af forskelle og ligheder mellem de forskellige løsninger, der er fremsat til at bekæmpe skatteunddragelse. Denne afhandling vil derfor forsøge at klarlægge hvorledes det danske lovforslag L 28 lever op til BEPS-projektets indhold samt hvordan det også lever op til de to EU-direktiver. Afhandlingen vil derfor tage udgangspunkt i nedenstående problemformulering.

2.3. Problemformulering

Afhandlingens formål er at analysere hvordan det danske lovforslag L28 efterlever BEPS-projektets anbefalinger vedrørende hybride mismatches. For at understøtte denne problemformulering og samtidig udgøre afhandlingens fundament vil nedenstående problemstillinger søges besvaret:

1. Hvordan stemmer selskabsskattelovens (herefter benævnt SEL) værneregler overens med BEPS-projektets afsnit vedrørende hybride mismatches og kunne man have beholdt de eksisterende værneregler?
2. Hvordan lever det danske lovforslag L28 op til direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU?

3. Er direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU på linje med BEPS?

2.4. Kritik af valg af emne

Afhandlingens emne omfatter EU-direktiver, det dansk lovforslag L28 samt BEPS anbefalinger, som er forholdsvis nye. Dette betyder derfor, at man ikke kender det endelige resultat af implementeringerne i dansk ret samt hvorledes der vil blive fortolket på disse nye bestemmelser. Derfor kan de konklusioner, jeg udleder i denne afhandlingen vise sig at være uoverensstemmende med de konklusioner, der forekommer fra den fremtidige implementeringen samt fortolkning af lovforslaget. Den viden og argumentation, der vil blive benyttet i opgaven, vil derfor være i tråd med det grundlag, der er oplyst på nuværende tidspunkt og dermed ikke tage stilling til fremtidig fortolkning.

2.5. Metode

I dette speciale vil den retsdogmatiske metode blive anvendt. Denne metode bliver anvendt til at systematisere, beskrive og analysere gældende ret inden for det relevante retsområde, hvilket i dette tilfælde, er hybride finansieringsinstrumenter (Hansen, 2014, s. 203). Da denne metode kan benyttes til at besvare problemformuleringen ved at klarlægge og analysere forskelle mellem L 28, de danske værneregler i SEL, BEPS-projektet samt EU direktiverne findes den yderst relevant for denne afhandling, Her vil opgaven starte med et teori afsnit, hvor der bliver systematiseret og beskrevet de enkelte løsninger mod hybride mismatches, der henholdsvis løses af OECD, EU samt Danmark. Disse løsninger vil herefter blive analyseret med henblik på at udlede forskelle samt bevæggrundene bag disse forskelle.

Der vil derfor blive benyttet både internationale samt nationale retskilder. Til SEL samt L 28 vil der, i mindre grad, blive benyttet lovens relevante forarbejder. Dette gøres for at skabe en bedre forståelse af bl.a. omfanget af betingelserne i de enkelte værneregler. I forhold til EU direktiverne vil disse blive benyttet som retskilde, hvor præambelen også benyttes til at udlede relevant fortolkning og derfor også besidder høj retskildemæssig værdi. Derudover anvendes BEPS-projektet, hvor der er fokus på Action Point 2s anbefalinger og kommentarer. Da anbefalingerne er soft law, kan de, som udgangspunkt, ikke tillægges høj retskildemæssig værdi. Da den politiske tekst til L 28 samt EU-direktiverne dog henviser til disse anbefalinger,

kan de alligevel tillægges en væsentlig værdi (Hansen, 2014, s. 232). Der vil igennem bearbejdningen af denne afhandlings undersøgelsesområder blive benyttet faglitteratur herunder undervisningsmateriale samt faglitterære artikler til at opnå den nødvendige teori til videre behandling. Disse kan naturligvis ikke kategoriseres som retskilder.

2.6. Afgrænsning

Afhandlingens problemformulering tager udgangspunkt i de danske værnsregler imod hybride mismatches, BEPS-projektet, EU-direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU samt lovforslag L 28, hvorfor de vil blive gennemgået. Afhandlingens primære fokus er på hybride mismatches, hvilket gør, at der derfor er et overordnet fokus på kvalifikationskonflikter. Der vil derfor ikke være fokus på allokeringkonflikter. Det skal bemærkes, at de danske værnsregler kun vil omhandle SEL §§ 2 A, 2 B og 2 C, som skal danne grundlag for den teori, der omhandler eksisterende værnsregler. Det vil derfor være disse som skal diskuteres i forhold til BEPS-projektets anbefalinger. Dette betyder samtidig at der ikke vil blive lagt yderligere fokus på andre tiltag mod hybride mismatches i den eksisterende lovgivning. Der vil dog blive tillagt et mindre fokus på Ligningslovens (herefter benævnt LL) § 2 med det formål at begrunde de betingelser, som skal være opfyldt, for at kunne benytte værnsreglerne.

I behandlingen af BEPS-projektet, vil der ikke blive bearbejdet andre af OECDs tiltag end Action Point 2, da dette afsnit er det eneste, som er rettet mod hybride mismatches. Der vil heller ikke blive behandlet OECDs modeloverenskomst, da der ikke bliver lagt fokus på DBO'er. I forhold til EU-retten, vil der kort blive redegjort for denne, men fokus vil være på de førromtalte EU-direktiver. I direktiverne vil der kun blive fokuseret på artikel 9, artikel 9a og artikel 9b, som alle vedrører hybride mismatches. Dette inkluderer også de relevante præambler, som relaterer til førnævnte artikler. Slutteligt vil der i projektet blive behandlet det danske lovforslag L 28. Der vil i L 28 kun blive taget stilling til den politiske tekst vedrørende hybride mismatches samt de foreslåede bestemmelser i SEL §§ 8 C, 8 D og 8 E.

Det skal slutteligt bemærkes at områder som CFC beskatning, tynd kapitalisering samt andre områder inden for skatteplanlægning ikke vil blive behandlet grundet specialets

omfangsmæssige begrænsninger. Derudover vil offentliggjort materiale efter den 25. marts 2019 ikke blive medtaget.

2.7. Fremgangsmåde

Afhandlingens første del er et indledende afsnit, hvis formål er at skabe fundament for den nødvendige og grundlæggende viden om de aktører og forhold, der senere vil behandles i afhandlingen. Det indledende afsnit vil fastlægge rammerne for projektet, hvordan projektet skal bearbejdes og med hvilken metode bearbejdningen skal ske. Der vil herefter følge en teoretisk gennemgang af BEPS-projektet, EU-direktiverne, de danske værneregler i SEL samt lovforslag L 28. Ud fra disse vil der udledes de løsninger og anbefalinger, som er rettet mod hybride mismatches, der skal viderebehandles i den analyserende del af afhandlingen. Der vil også i det teoretiske afsnit blive fremvist eksempler med det formål at lette forståelsen af løsningerne ved beskrivende samt illustrative eksempler. Den analyserende del vil tage udgangspunkt i de løsninger, der udledes af teori afsnittet og heraf foretage en sammenligning af disse løsninger. Formålet vil her være at udlede forskelle i løsningerne og diskutere bevæggrundene bag disse forskelle. Strukturen i analyseafsnittet vil følge inspirationskilden, hvorfor der i første del af analysen vil tages udgangspunkt i BEPS-projektets Action Point 2 løsninger. Disse løsninger vil heraf sammenlignes med EU-direktiverne, gældende værneregler og herefter L 28. Efterfølgende vil EU-direktiverne blive sammenholdt med værnereglerne og L 28. Slutteligt vil de gældende værneregler blive sammenlignet med L 28. Der vil efter analysen komme en konklusion, der præsenterer de resultater, som er udledt af afhandlingen. Konklusionen vil være efterfulgt af en perspektivering, som i korte træk vurderer de faldgruber løsningerne ikke tager højde for.

Årsagen til denne rækkefølge, i både teori- og analyseafsnittet, skal begrundes i inspirationskilden, som starter i BEPS-projektet. Dette projekt bliver heraf benyttet til inspiration af udarbejdelsen af EU-direktiverne. Disse EU-direktiver skal herefter implementeres i Danmark i form af L 28, hvorfor det også er relevant at overveje, hvorvidt de eksisterende værneregler ville være dækkende for implementeringen af disse direktiver fremfor at skulle fremlægge L 28.

3. Teori

Dette teori-afsnit vil være opdelt i fire hovedafsnit, som vil danne fundament for den videre bearbejdning i afhandlingen. Først vil et udsnit af BEPS anbefalingerne, der omhandler Action Point 2, blive gennemgået herefter. Herefter gennemgås EU-direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU. Derefter vil der redegøres for de eksisterende danske værnsregler mod hybride mismatches og slutteligt vil lovforslag L 28 blive gennemgået. Denne struktur skal være med til at skabe et mere overskueligt overblik over de løsninger som nedenstående enheder præsenterer. Formålet med teori-afsnittet er derfor at skabe en forståelse af de enkelte enheders bevæggrunde for at udarbejde nedenstående løsninger. Yderligere er et formål at opnå forståelse for, hvordan disse løsninger vil fungere i en given situation. Den opnåede viden igennem dette afsnit skal anvendes til senere bearbejdning af analyseafsnittet.

3.1. BEPS-projektet

BEPS-projektet blev præsenteret i 2013 og blev herefter lavet til en reel "action plan" i 2015 (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 281). BEPS-projektet er et internationalt og skatteretligt projekt, som er udarbejdet af OECD samt G20 landene. Formålet er, som tidligere beskrevet, at bekæmpe selskabers udnyttelse af huller i national skattegrundlag (About the Inclusive Framework on BEPS). De 15 handlingspunkter som BEPS-projektet består af omfatter eksempelvis kvalifikation af faste driftssteder, skadelig skattekonkurrence og løsning af dobbeltbeskatningskonflikter (About the Inclusive Framework on BEPS). Denne afhandlings fokus er på hybride mismatches, hvorfor fokus på BEPS-projektet alene vil være rettet mod Action Point 2. Formålet med Action Point 2 er at sikre, at de skattemæssige fordele, der opstår ved brug af hybride mismatches, bliver neutraliseret. Action Point 2 indeholder to dele, hvor del et omhandler de anbefalinger, der kan implementeres i national lovgivning med det formål at neutralisere hybride mismatches. Del to indeholder anbefalinger til ændringer i OECDs modeloverenskomst.

Da det er anbefalinger fra OECD, skal det bemærkes, at disse ikke er bindende for medlemsstaterne. Det medfører, at anbefalingerne kun kan betragtes som soft law. Det skal dog bemærkes, at projektet er udarbejdet på baggrund af enighed blandt OECDs medlemsstater (OECD, 2015, s. 3). Anbefalingerne har en bred definition og

fortolkningsmulighederne er mange, hvorfor at de kan benyttes af alle stater, der ønsker at implementere dem. I situationer vedrørende grænseoverskridende betalinger, hvor kun den ene kontraherende stat har implementeret anbefalingerne, er anbefalingerne stadig udformet således, at der kan sikres symmetrisk beskatning. Dette skyldes at anbefalingerne har en primær regel, hvis begge stater benytter anbefalingerne, og en sekundær regel, hvis kun den ene stat anvender anbefalingerne.

Jeg vil i dette afsnit fokusere på del et, som er anbefalinger til nationale skattelovgivninger. Denne afgrænsning skyldes, at afhandlingens fokus er på hvordan disse anbefalinger søges implementeret i national ret, og dermed ikke hvordan DBO'er søges ændret. Anbefalingerne i del et omhandler tre forskellige situationer, som skabes grundet hybride mismatches. De tre situationer er følgende:

- 1) Der sker fradrag, men ingen indregning i beskatningsgrundlaget i den anden stat
- 2) Der opstår en situation hvor der er sker dobbelt fradrag
- 3) Der er en situation, hvor der opstår indirekte dobbelt fradrag

(OECD, 2015, s. 20)

Nedenfor vil der redegøres for anbefalingerne til disse tre situationer. Der vil i hver anbefaling blive givet et eksempel på en af ovenstående situationer og hvordan anbefalingen neutraliserer denne hybride mismatch.

3.1.1. Fradrag, men ingen indregning

Betalinger, som er et resultat af hybride finansielle instrumenter samt hybride enheder, kan resultere i, at der sker fradrag men ingen indregning i den kontraherende stats beskatningsgrundlag (OECD, 2015, s. 17). Overordnet er den primære regel i anbefalingen fra Action Point 2, at der skal nægtes fradrag i den stat, hvor betalingen kommer fra, hvis den kontraherende stat, hvor betalingen modtages, ikke medregner indkomsten i beskatningsgrundlaget. Den sekundære regel benyttes hvis staten hvor betalingen kommer fra, vælger ikke at neutralisere den hybride mismatch ved at nægte fradraget. Den sekundære regel anbefaler, at den kontraherende stat, hvori enheden modtager betalingen, skal inkludere denne i indkomsten. De specifikke anbefalinger 1 til 5 er målrettet situationer, hvor der sker

fradrag, men ingen indregning. Jeg vil, i nedenstående afsnit, redegøre for nogle af de fem anbefalinger.

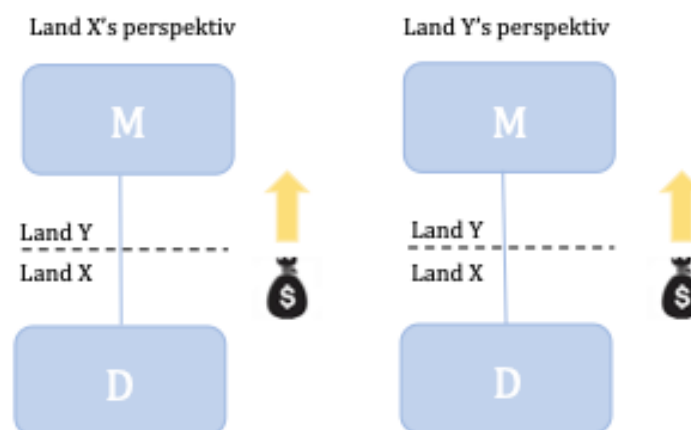
3.1.1.1. Anbefaling 1

Anbefaling 1 omhandler tre forskellige typer situationer. Disse tre er følgende:

- 1) Når ydelsen bliver behandlet som gæld, egenkapital eller derivater i national skattelovgivning, som kendes som finansielle instrumenter.
- 2) Når der sker overførsel af et finansielt instrument, der behandles forskelligt i de nationale love, hvor det resulterer i, at det finansielle instrument bliver behandlet, som hvis det omfattede mere end en skatteyder, som kaldes for hybride overførsler.
- 3) Når der sker en overførsel af et finansielt instrument, hvor betalingen er en modydelse til afkast eller forrentning af egenkapitalen af det overførte aktiv. Forskelle på skattebehandlingen af betalingen og det underliggende aktiv gør, at der undermineres integritet af reglen for hybride finansieringsinstrumenter. Disse kaldes for substituerbar betalinger.

(OECD, 2015, s. 25)

Et eksempel på hybride overførsler, som beskrevet i 2. situation, samt den anbefalende løsning vil blive gennemgået nedenfor med en illustration.



(Egen tilvirkning)

I denne situation er begge stater indforstået med, at der sker en overførsel af et finansielt instrument fra selskab M til selskab D. Land X og Y har dog forskellige vurderinger af, hvem der har ejendomsretten til betalingerne på det finansielle instrument. Land X mener, at ejendomsretten tilhører den, der overfører instrumentet, mens land Y mener, at ejendomsretten tilhører modtageren af instrumentet. Denne situation kan resultere i, at der sker fradrag uden beskatning i det kontraherende land hvis land X behandler betalingen i forbindelse med instruments afkast, som fradragsberettiget udgift, mens land Y behandler samme betaling om skattefrit afkast og derfor ikke medregner det i beskatningsgrundlaget.

Anbefalingens primære regel og den forsvarsregel, der benyttes i situationer hvor en af de kontraherende parter ikke følger BEPS er som følgende:

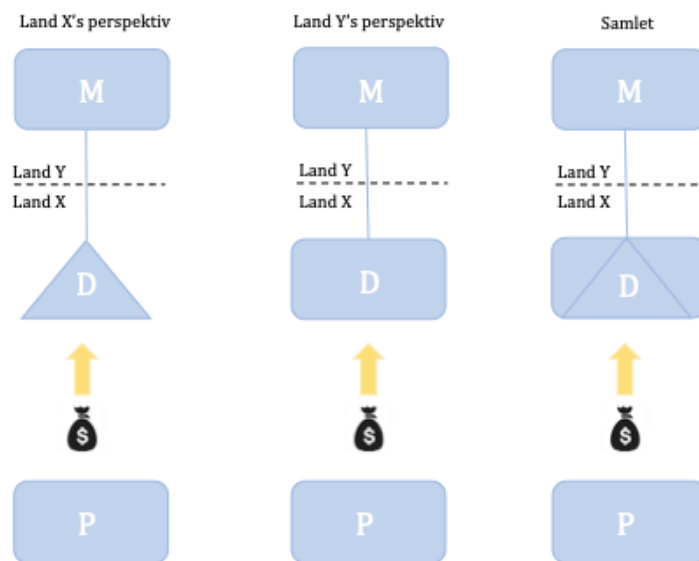
- a) *"The payer jurisdiction will deny a deduction for such payment to the extent it gives to a D/NI outcome"*
- b) *"If the payer jurisdiction does not neutralise the mismatch then the payee jurisdiction will require such a payment to be included in ordinary income to the extent the payment gives rise to a D/NI outcome"*

(OECD, 2015, s. 23)

Dette betyder i ovenstående eksempel, at hvis begge lande følger BEPS, skal land X, som tidligere gav fradrag, nægte dette, hvis resultatet er et fradrag uden beskatning. Hvis land X ikke følger BEPS anbefalinger, kan land Y derfor bruge BEPS' anbefaling og dermed inkludere betalingen i indkomsten.

3.1.1.2. Anbefaling 4

Anbefaling 4 foreslår hvordan der neutraliseres omvendte hybride mismatches (OECD, 2015, s. 55). Anbefalingen henvender sig kun til betalinger, der er lavet til omvendte hybrider. En omvendt hybrid er, når et selskab behandles som transparent i etableringsstaten, men anses som et selvstændigt skattesubjekt af den skattelovgivning i den kontraherende stat. Dette skaber en situation, hvor der kan ske en betaling til et omvendt hybridt selskab, som skaber fradrag, men ingen indregning. Se nedenstående eksempel.



(Egen tilvirkning)

I denne situation er der selskab M, som er moderselskab til datterselskabet D. I land Y bliver selskab D anset som værende et selvstændigt skattesubjekt. I land X betegnes selskab D som værende transparent. I denne situation laver selskab P en rentebetaling til selskab D. Selskab P kan hermed få fradrag for sin ydelse til selskab D, men da land X ikke betegner selskab D som værende selvstændigt skattesubjekt, bliver denne rentebetaling ikke medregnet i selskab Ds indkomst i land X. Da land Y anser selskab D som værende et selvstændigt skattesubjekt, vælger land Y heller ikke at medtage rentebetalingen i selskab Ms samlede beskatningsgrundlag. OECDs anbefaling 4 siger således: *"In respect of a payment made to a reverse hybrid that results in a hybrid mismatch the payer jurisdiction should apply a rule that will deny a deduction for such payment to the extent it gives rise to a D/NI outcome."* (OECD, 2015, s. 55). Dette betyder altså, at land X, hvor betalingen er sket, skal nægte selskab P fradrag for betalingen, hvis denne betaling giver anledning til en situation, hvor der sker fradrag men ingen medregning.

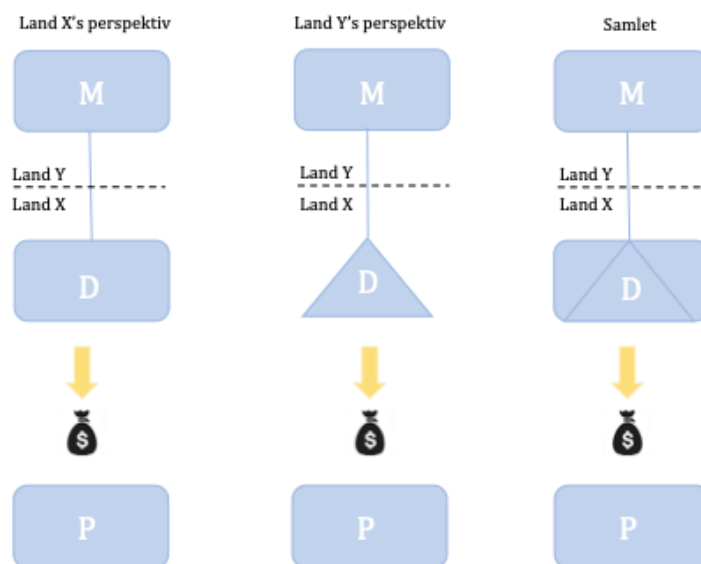
3.1.2. Dobbelt fradrag

Betalinger fra hybride enheder kan, i nogle situationer, resultere i, at der sker dobbelt fradrag (OECD, 2015, s. 17). BEPS Action Point 2 anbefaler, at den stat, hvor enhedens moderselskab er hjemmehørende, skal nægte fradrag. Hvis dette fradrag ikke bliver nægtet i denne

domicilstat, vil den kontraherende stat, hvor fradraget også gør sig gældende, have muligheden for at nægte fradraget. Specifikke anbefalinger vedrørende dobbelt fradrag er oplyst i anbefaling 6 og 7.

3.1.2.1. Anbefaling 6

Anbefaling 6 omhandler den situation, hvor der sker fradrag for samme betaling i to forskellige stater. Anbefaling 6s primære anbefaling er, at staten, hvor enheden er hjemmehørende, skal nægte fradraget. Et eksempel på denne situation ses nedenfor.



(Egen tilvirkning)

I denne situation er der moderselskab M i land Y og datterselskab D er beliggende i land X. Land Y anser selskab D som værende en transparent virksomhed, mens land X betegner selskab D som et selvstændigt skattesubjekt. I denne situation foretager selskab D en betaling til selskab P, som også er beliggende i land X. Dette gør, at selskab D kan opnå fradrag for denne udgift i land X samt, at selskab M opnår fradrag for samme betaling i land Y. OECD anbefaling 6 indeholder både en primær og sekundær regel. Den primære regel er således:

- a) *"The parent jurisdiction will deny the duplicate deduction for such payment to the extent it gives rise to a DD outcome."*

(OECD, 2015, s. 67)

Dette betyder, at hvis både land X og Y giver fradrag for denne betaling til selskab P, så skal land Y, som er det land hvor selskab M er hjemmehørende, nægte fradrag for denne betaling.

Hvis land Y ikke følger OECD's anbefalinger, skal der i stedet benyttes anbefaling 6s forsvarsregel, som lyder følgende:

b) *"If the parent jurisdiction does not neutralise the mismatch, the payer jurisdiction will deny the deduction for such payment to the extent it gives rise to a DD outcome."*

(OECD, 2015, s. 67)

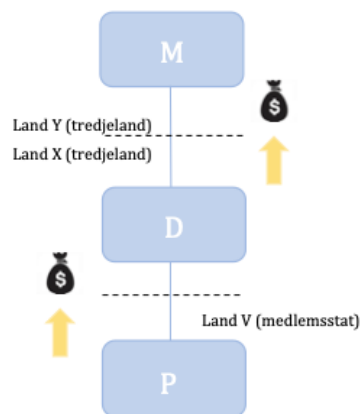
Hvis land X vælger at følge denne anbefaling betyder det, at land X skal nægte fradrag for betalingen til selskab P, hvis denne betaling giver anledning til en dobbeltfradragssituation.

3.1.3. Indirekte fradrag og ingen medregning

Når der allerede eksisterer et hybridt mismatch på tværs af to lande, hvor der ikke er effektive regler imod denne hybride mismatch, kan den hybride mismatch opnå endnu større effekt ved indtræde i en tredje jurisdiktion igennem et almindeligt lån. Action Point 2 anbefaler, at betalingsstaten nægter fradrag for betalingen, hvis modtageren udligner denne beskatning ved et separat hybrid mismatch. BEPS har lavet specifikke anbefalinger, som skal neutralisere den situation, hvor der sker indirekte fradrag og ingen medregning, i anbefaling 8.

3.1.3.1. Anbefaling 8

Anbefaling 8 løser situationen ved, at betalingsstaten implementerer en regel, som sikrer, at der bliver nægtet fradrag for en importeret mismatchbetaling. En importeret mismatchbetaling, er en fradragsberettiget betaling, som er lavet til en modtager i en stat, der ikke har hybride mismatch regler. Et eksempel på denne situation bliver illustreret nedenfor.



(Egen tilvirkning)

I denne situation bliver der i koncernen bestående af selskab M og selskab D, indsat et selskab i Land V, som kaldes selskab P. I denne situation sker der en rentebetaling fra selskab P til selskab D. Denne rentebetaling giver selskab P et fradrag, mens selskab D bliver beskattet af denne rentebetaling. Der er dog en tilsvarende rentebetaling til selskab M fra selskab D, som vedrører et overskudsafhængigt lån. Den rentebetaling selskab D bliver beskattet af, bliver derfor udlignet af fradraget fra rentebetalingen til selskab M, når land Y behandler betalingen fra selskab D til selskab M som skattefrit udbytte, altså et hybridt finansielt instrument. Anbefaling 8 angiver følgende: *"The payer jurisdiction should apply a rule that denies a deduction for any imported mismatch payment to the extent the payee treats that payment as set-off against a hybrid deduction in the payee jurisdiction."* (OECD, 2015, s. 83). Dette betyder, at land V skal nægte fradrag for den rentebetaling, som selskab P betaler til selskab D, hvis selskab D behandler betalingen som modregning til et hybridt fradrag i land X.

Den bearbejdning og viden der er udledt af dette afsnit vedrørende BEPS-projektets anbefalinger, vil først blive diskuteret i analyseafsnittet. Anbefalingerne vil derfor ikke blive behandlet yderligere i dette teoriafsnit.

3.2. EU-direktiverne

I dette afsnit vil der blive gennemgået de to direktiver, som skal implementeres i dansk skatteret igennem lovforslaget L 28. Nedenstående direktiver er EU-Kommissionens forsøg på

at implementere BEPS-projektets anbefalinger i national lovgivning. Formålet er her at sikre, at visse typer af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse, der negativt påvirker det indre marked, bliver neutraliseret. Det er med henblik på, at selskaberne betaler skat til den stat, hvor indkomsten genereres (Bundgaard & Schmidt, 2016, s. 383).

3.2.1. Direktiv 2016/1164/EU

Formålet med direktiv 2016/1164/EU er at styrke det indre marked overfor metoder til at opnå skatteundgåelse. Direktivet finder anvendelse på alle typer skattesubjekter, der er skattepligtige i en eller flere medlemsstater. Det indebærer også faste driftssteder, som er beliggende i en eller flere medlemsstater, men hvor enheden er skattemæssigt hjemmehørende i et tredjeland (2016/1164/EU, s. 5).

Direktivet er opbygget omkring fem værnsregler, som omhandler:

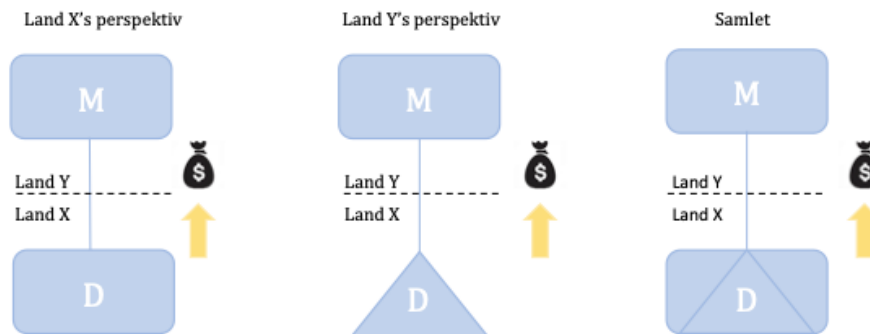
- 1) Rentefradragsbegrænsning, der er beskrevet i artikel 4
- 2) Exit-beskatning, der er beskrevet i artikel 5
- 3) En generel værnsregel i artikel 6, som handler om bekæmpelse af misbrug
- 4) CFC-regler, der beskrives i artikel 7 og 8
- 5) Hybride mismatches i artikel 9

(2016/1164/EU)

Grundet afhandlingens fokus vil der ikke blive yderligere redegjort for de første fire værnsregler, grundet manglende relevans til hybride mismatches. Derfor vil fokus kun være på artikel 9.

Som nævnt ovenfor, indeholder direktivet en artikel 9, der skal modvirke hybride mismatches. Artiklen er todelt, hvor første del omhandler de situationer med hybride mismatches, som resulterer i dobbelt fradrag. Her er løsningen, at fradraget kun skal gives til den medlemsstat, hvor betalingen stammer fra (2016/1164/EU, s. 13). Dette vil på nuværende tidspunkt ikke uddybes nærmere, men behandles senere i afhandlingen. Anden del af artikel 9 indeholder nr. 2, som omhandler de situationer, hvor hybride mismatches resulterer i fradrag i den ene stat, men ingen beskatning i den kontraherende stat. Løsningen i

artikel 9, nr. 2, er, at staten som yder et fradrag, skal nægte dette, hvis der ikke sker beskatning i den kontraherende stat (2016/1164/EU, s. 13). Et eksempel på artikel 9, nr. 2, kan ses nedenfor.



(Egen tilvirkning)

I denne situation anser land X både selskab M og selskab D som to selvstændige skattesubjekter. Land Y betragter selskab D som en transparent enhed og derfor selskab M og selskab D som et samlet skattesubjekt. Når der så sker en rentebetaling fra selskab D til selskab M, får selskab D fradrag i land X, mens land Y ikke anser det som en rentebetaling. I stedet anses det som en intern betaling, hvorfor betalingen ikke bliver indregnet i selskab M's beskatningsgrundlag. Derfor opstår der en situation, hvor selskab D får fradrag i land X, mens betalingen ikke bliver beskattet hos selskab M i land Y. Ved at benytte artikel 9, nr. 2 bliver denne situation neutraliseret ved, at den stat der yder fradrag (i dette tilfælde land X), skal nægte dette, hvis der ikke sker beskatning i land Y.

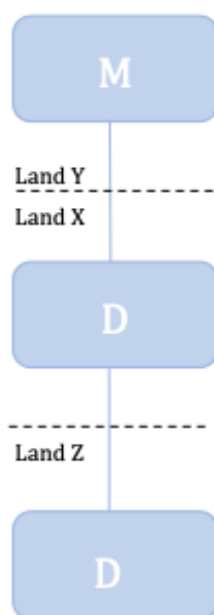
Der bliver i direktivets anvendelsesområde nævnt, at dette også gøres gældende i forbindelse med faste driftssteder i lande uden for EU. Det nævnes dog også i præamblen nr. 13, at der bør være yderligere regler vedrørende hybride mismatches mellem medlemslande og tredjelande samt andre typer hybride mismatches, såsom dem, der omfatter faste driftssteder (2016/1164/EU, s. 4).

3.2.2. Direktiv 2017/952/EU

Formålet med direktiv 2017/952/EU er ligeledes at styrke det indre marked imod hybride mismatches. Direktivet søger at kunne neutralisere de hybride mismatches, hvor minimum en af de kontraherende stater er en medlemsstat af EU. Udover at dette direktiv udvider det territoriale område til også at inkludere lande uden for EU, bliver området for hybride mismatches også udvidet til at inkludere enheder, som behandles som transparente enheder af en medlemsstat (2017/952/EU, s. 5). I dette direktiv bliver flere løsninger på hybride mismatches konkretiseret. Nogle af disse vil blive nævnt nedenfor.

Hvis et hybrid mismatch resulterer i dobbelt fradrag, skal fradraget blive underkendt i den stat, hvor enheden er etableret. Hvis fradraget ikke bliver underkendt i denne medlemsstat, skal fradraget nægtes i den kontraherende stat (2017/952/EU, s. 8). Så udviklingen i dette direktiv gør, at det ikke er kun medlemsstaten, hvor betalingen sker, der kan nægte fradrag, men nu får den kontraherende stat også muligheden efterfølgende.

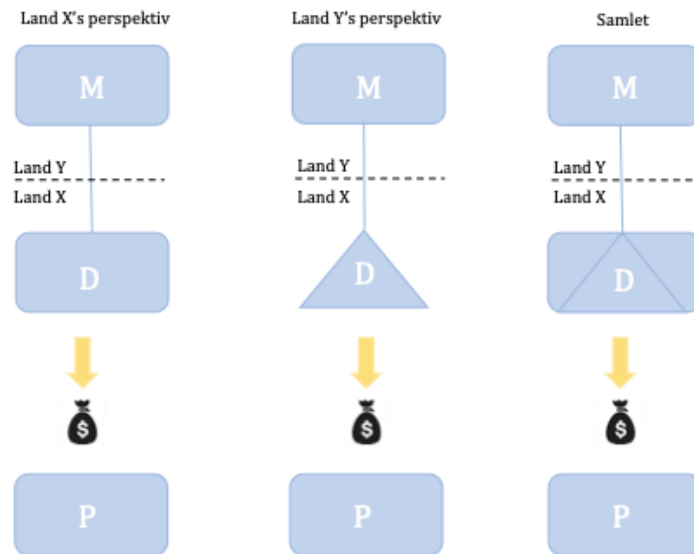
Situationen hvor der er sker fradrag, men ingen beskatning er behandlet i direktiv 2016/1164/EU. Situationen er også behandlet i dette direktiv, hvor der gives tilladelse til, at den stat hvor enheden er hjemmehørende får tilladelse til at indregne et beløb af samme størrelse som betalingen, i beskatningsgrundlaget, hvis betalingsstaten ikke nægter fradrag (2017/952/EU, s. 8). Derudover indsætter direktiv 2017/952/EU også en supplerende artikel 9 a vedrørende omvendte hybride mismatches i 2016/1164/EU. Dette betyder, at en hybrid enhed, (hvor 50 % eller mere ejes af en ikke-hjemmehørende enhed), der er registreret eller etableret i en medlemsstat, og derudover er beliggende i en eller flere stater, hvor den bliver behandlet som et selvstændigt skattesubjekt, vil blive anset som hjemmehørende i den pågældende medlemsstat. Undtagelsen hertil er, hvis det er en investeringsfond eller institut, som besidder en diversificeret portefølje af værdipapirer. Dette begrundes i, at den er underlagt regler for investorbeskyttelse i etableringslandet (2017/952/EU, s. 9). I dette eksempel illustreres hvordan artikel 9 a foregår i praksis.



(Egen tilvirkning)

Selskab M ejer 50 % eller mere af selskab D. Selskab M hjemmehørende i land Y, som ikke er en medlemsstat. Selskab D betragtes som en hybrid enhed, som er etableret i land X, der er en medlemsstat. Selskab D er også beliggende i land Z, hvor det bliver anset som værende et selvstændigt skattesubjekt. Ifølge artikel 9 a, vil selskab D i land X derfor blive anset som værende hjemmehørende i land X. Dette gør at selskab Ds indkomst der sker i land X, vil blive beskattet i denne medlemsstat, som et selvstændigt skattesubjekt.

Udover 9 a, bliver der også tilføjet en artikel 9 b i 2016/1164/EU. Denne artikel omhandler mismatch mellem skattemæssige hjemsteder. Hvis et skattesubjekt er skattemæssigt hjemmehørende i to eller flere stater, og opnår et fradrag i begge stater, giver artikel 9 b hjemmel til skattesubjektets medlemsstat skal nægte fradrag, hvis den kontraherende stat giver mulighed for dobbelt fradrag. Hvis begge stater er medlemsstater, skal den medlemsstat, hvor skattesubjektet ikke er hjemmehørende, jævnfør DBO'en mellem de to stater, nægte fradrag. Et eksempel på denne situation vil tage udgangspunkt i samme eksempel som brugt i anbefaling 6 under afsnittet 3.1.2.1.



(Egen tilvirkning)

I denne situation anser land Y selskab D som en transparent enhed, mens land X anser selskab D som værende et selvstændigt skattesubjekt. Dette betyder, at selskab D er skattemæssigt hjemmehørende i to stater. Hvis der dermed sker en betaling til selskab P, vil det betyde, at både land Y og X vil give fradrag for denne betaling. Derfor tilføjer artikel 9 b, at hvis ovenstående situation opstår, så skal den stat, der er medlem af EU nægte fradrag. Hvis både land Y og land X er medlemsstater, skal den stat, hvor selskab D ikke er hjemmehørende, jf. DBO'en mellem land Y og land X, nægte fradrag.

Dette afsnit har givet et indblik i, hvordan EU-direktiverne benytter BEPS-projektets anbefalinger og hvordan EU-direktiverne selv har udledt løsninger til hybride mismatches. Disse EU-direktiver vil ikke blive benyttet yderligere i dette afsnit og behandles senere i afhandlingen.

3.3. Gældende danske værnsregler imod hybride mismatches

Danmark har i flere år haft en række nationale værnsregler, for at forhindre, at der sker skattetænkning, hvor man vælger at benytte hybride mismatches med det formål, at udnytte kvalifikationskonflikter. Kendetegnende for disse værnsregler er, at de løser kvalifikationskonflikter ved, at den danske kvalifikation vil blive afhængig af den udenlandske

kvalifikation (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 404). Disse værnsregler vil i det nedenstående blive redegjort for. Jeg vil under de enkelte afsnit redegøre for de betingelser, der skal være opfyldt, før værnsreglerne kan gøres gældende. Fælles for alle værnsregler er, at selskabet skal være omfattet af dansk skattepligt i SEL § 1.

3.3.1. Baggrunden for de danske værnsregler imod hybride mismatches

Hybride mismatches er over en længere årrække blevet mere udbredt, da verden er blevet mere globaliseret og antallet af udfordringer for virksomheders aktiviteter på tværs af landegrænser, er blevet minimale (Bundgaard, 2007, s. 554). Det har Danmark valgt, i 2004, at reagere på og fik derfor implementeret nationale værnsregler. Formål med dette var at modvirke udnyttelse af kvalifikationskonflikter, der kan opstå af landes forskelligartet kvalifikation af aktivitet og skattesubjekter (Bundgaard, 2007, s. 554).

3.3.2. SEL § 2 A om hybride selskaber

Som nævnt i indledningen kan der opstå kvalifikationskonflikter, da de nationale skatteregler ikke er totalharmoniseret på tværs af landegrænser. En konsekvens af dette kan være, at der opstår situationer, hvor et selskab efter dansk skatteret vil opfylde kravene for at blive anset som et selvstændigt skattesubjekt, mens samme selskab efter udenlandsk skatteret anses for at være en transparent enhed. Denne type selskab kaldes et hybridt selskab (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s: 404). Ved nedenstående eksempel kan ses en situation, der kan opstå ved et hybridt selskab. Her kan ske fradrag for betaling i den ene stat samtidig med, at denne betaling ikke indregnes i beskatningsgrundlaget i den anden stat.

Moderselskabet (M) er hjemmehørende i USA og ejer det danske anpartsselskab (D). M har benyttet sig af de amerikanske regler vedrørende check-the-box, så selskab D dermed anses som være en transparent enhed i USA. I Danmark anses selskab D dog stadig for at være et selvstændigt skattesubjekt (Schmidt, Tell & Weber, 2015, eksempel: 12.6, s. 405). Det illustreres på følgende måde:



(Kilde: Schmidt, Tell & Weber, 2015, eksempel: 12.6, s. 405)

I ovenstående illustration anser Danmark både selskab M og selskab D som to selvstændige skattesubjekter, mens USA betragter selskab M og selskab D som et skattesubjekt. Det har stor betydning for den skattemæssige behandling af pengestrømmene mellem selskab M og selskab D. Der vil her kunne opstå en situation, hvor Danmark yder fradrag for betalingen, mens samme betaling ikke beskattes i USA, da M og D anses for samme skattesubjekt (Schmidt, Tell & Weber, 2015, eksempel: 12.6, s. 405). Det skal her bemærkes hvordan problematikken er sket grundet check-the-box-reglerne i USA. Disse regler vil jeg ikke redegøre yderligere for, grundet manglende relevans til den resterende del af afhandlingen. Det skal dog kort beskrives for bedre forståelse af eksemplet, at funktionen af disse check-the-box regler gør, at en hjemmehørende skatteyder i USA selv kan afgøre om bestemte udenlandske enheder skal kunne kvalificeres som selvstændige skattesubjekter eller transparente enheder (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s: 404). Dette er med til øge risikoen for at der opstår et hybridt selskab. Denne situation søges løst ved at benytte SEL § 2 A. Denne bestemmelse skaber en omkvalificering af selskabet, fra at være et selvstændigt skattesubjekt til en transparent enhed, der stemmer overens med den udenlandske kvalifikation. Denne omkvalificering kræver dog tre betingelser opfyldt (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 405).

- 1) Det er en nødvendighed for at kunne benytte SEL § 2 A, at det omhandlende subjekt er oplyst i SEL § 2 A, stk. 1-3
- 2) Derudover skal der være en relevant kvalifikationskonflikt før SEL § 2 A bliver relevant

3) Slutteligt skal selskabsdeltagerne, som udgangspunkt, være hjemmehørende i enten EU-lande eller EØS-lande. Det skal her bemærkes, at selskabsdeltagerne ikke behøver at være hjemmehørende i EU/EØS-lande, hvis den kontraherende stat er en stat som Danmark har indgået en DBO med

(Schmidt, Tell & Weber, 2015, s: 405)

Disse tre betingelser vil blive uddybet nedenfor. Hvis disse tre betingelser bliver opfyldt, vil dette resultere i, at selskabet vil blive anset som en transparent enhed efter dansk skatteret, jf. SEL § 2 A, stk. 1-3. Dette vil ske fra det tidspunkt, hvor de ovennævnte betingelser bliver opfyldt (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 406).

3.3.2.1. De omfattede subjekter

De subjekter, der er omfattet af den første betingelse, er selskaber, der er fuldt skattepligtige til Danmark efter SEL § 1. Derudover omfattes også selskaber, der er begrænset skattepligtige til Danmark efter SEL § 2 (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 405).

3.3.2.2. Forskellig kvalifikation

Der skal, som nævnt i 2. betingelse, ske forskellig kvalifikation af et selskab i den fremmede stat og i Danmark. Den fremmede stat skal skattemæssigt behandle selskabet som en transparent enhed, mens selskabet anses for værende et selvstændigt skattesubjekt i Danmark (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 405).

3.3.2.3. Ejere er hjemmehørende i et EU-, EØS- eller DBO-land

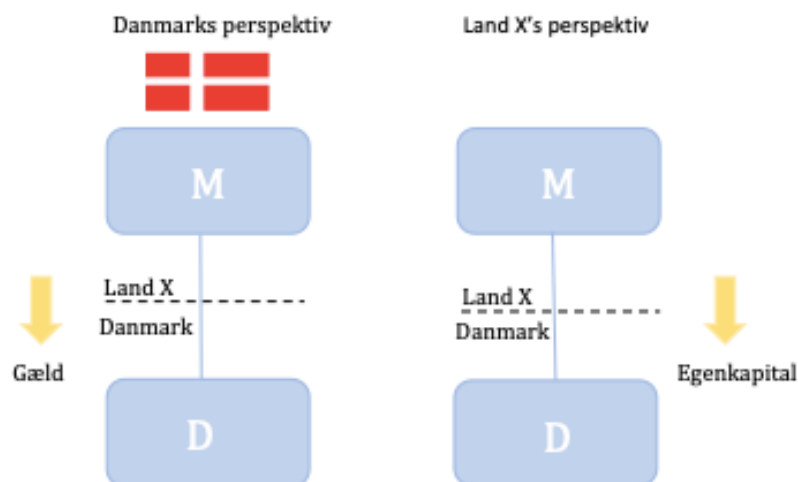
Det er yderligere sidste betingelse, at ejerne skal være hjemmehørende i en fremmed stat, som stadig skal være en medlemsstat af EU, EØS eller et land, som har indgået en DBO med Danmark. Hvis dette ikke er tilfældet, finder SEL § 2 A ikke anvendelse, da Danmark i stedet har mulighed for at tildele kildeskat, hvilket løser situationen, hvor der sker fradrag men ingen medregning (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 405).

Hvis disse betingelser er opfyldt, vil der som beskrevet ovenfor, blive benyttet SEL § 2 A og derved vil selskab D blive omdannet til en transparent enhed.

3.3.3. SEL § 2 B om hybrid finansiering

En anden type kvalifikationskonflikt kan opstå, når et finansielt instrument i et land skattemæssigt behandles som egenkapital, mens samme instrument i en kontraherende stat anses som værende gæld. Denne kvalifikation af enten gæld eller egenkapital vil være en udfordring, da nogle typer finansielle instrumenter indeholder elementer, som er kendetegnende for både egenkapital og gæld. Eksempler på finansielle instrumenter, der kan være udfordrende at kvalificere er lån med uendelig løbetid, konvertible lån og overskudsafhængige lån (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s: 409).

Det er af stor betydning at kvalificere det hybride finansieringsinstrument korrekt, da et finansielt instrument kvalificeret som gæld, kan gøre afkastet til fradragsberettiget renter. Hvis det derimod kvalificeres som egenkapital, vil dette afkast kunne udgøre skattefrit udbytte for modtageren (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 409). Konsekvensen er, at betaleren kan opnå fradrag for rentebetaling, da det opfattes som gæld i betalingsstaten samtidig med, at modtageren opnår skattefri betaling, da denne anses som værende et udbytte. Denne situation ender altså ud med, at der gives fradrag i det ene land og opnås skattefrihed i det andet. Dette illustreres ved nedenstående eksempel.



(Kilde: Schmidt, Tell & Weber, 2015, eksempel: 12.8, s. 411)

I denne illustration ses et moderselskab (M), som er hjemmehørende i land X, som ejer et dansk anpartsselskab (D). Her skabes et finansieringsinstrument, hvilket Danmark anser som gæld samtidig med, at samme finansieringsinstrument i land X kvalificeres som værende et indskud af egenkapital. Denne situation kan medføre, at betalinger fra selskab D til selskab M fra et dansk perspektiv, anses som værende fradragsberettigede renter, mens selvsamme betalinger potentielt kan anses for værende skattefrit udbytte i land X (Schmidt, Tell & Weber, 2015, eksempel: 12.8, s. 411).

Den danske skatteret har en værnsregel i SEL § 2 B, hvis formål er at sikre en symmetrisk skatteretlig behandling, og dermed undgå, at Danmark giver fradrag for renteudgifter, mens betalingen anses for værende skattefrit udbytte for udenlandsk modtager (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 410). SEL § 2 B vedrører kun situationer, der omhandler hybride finansieringsinstrumenter, hvor et udenlandsk selskab, som er kreditor, indskyder kapital i et kontraherende selskab, som er hjemmehørende i Danmark. Derudover skal det bemærkes, at eventuelle rentebetalinger samt kurstab på gælden også vil blive omkvalificeret og dermed blive betegnet som udbytteudlodninger, jf. SEL § 2 B, stk. 2. Dette gør, at selskabet ikke opnår fradrag for disse betalinger. Desuden kan betalingerne blive pålagt udbyttekildeskat efter SEL § 2, stk. 1, litra c (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 412). Der findes ikke i intern dansk skatteret hjemmel til at kunne omkvalificere betalinger, som i Danmark karakteriseres som udbytte (Michelsen, Askholt, Bolander, Engsig, Madsen, Laursen & Jeppesen, 2015, s. 319).

Måden hvorpå SEL § 2 B løser kvalifikationskonflikten er ved, at Danmark ændrer kvalifikation af finansieringsinstrumentet fra at være gæld til at blive egenkapital. Dette resulterer i betalinger, der, ifølge dansk ret, ikke betragtes som fradragsberettigede udbytteudlodninger (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 410). Der er fire kumulative betingelser, som skal være opfyldt før, at denne omkvalificering kan ske. Disse er følgende:

- 1) Subjektet skal være omfattet af dansk skattepligt, jf. SEL § 1
- 2) Selskabet "(...) har gæld el.lign. (...)" (citat fra SEL § 2 B, stk. 1)
- 3) Gælden skal kunne henføres til person eller selskab, som har bestemmende indflydelse over selskabet, eller selskaberne er koncernforbundne, jf. LL § 2
- 4) Gældsinstrumentet skal behandles forskelligt i de kontraherende landes skatteregler

(Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 410)

Disse betingelser vil blive gennemgået i nedenstående afsnit.

3.3.3.1. Debitors danske skattepligt

Første betingelse for at bestemmelsen SEL § 2 B, stk. 1 finder anvendelse er kravet om dansk skattepligt. Der bliver i SEL § 2 B, stk. 1 ikke givet en konkret definition af hvilke selskaber der omfattes af bestemmelsen. Der bliver i stedet henvist til SEL § 1, som angiver at enheder, som udgangspunkt, skal være hjemmehørende i Danmark for at være omfattet af dansk skattepligtigt. Det skal her bemærkes, at udenlandske selskaber med ledelsens sæde i Danmark er omfattet, jf. SEL § 1, stk. 6.

3.3.3.2. Selskabets gældsforhold

Anden betingelse for, at bestemmelsen bliver opfyldt er, at selskabet skal have gæld. En reel definition af gæld kan ikke findes i selve SEL § 2 B, stk. 1, men skal i stedet findes i lovens forarbejder og noter, hvor definitionen er bredt formuleret. Udtrykket gæld skal derfor forstås som *"(...) det omfatter alle former for finansiering, som skattemæssigt behandles på samme måde som gæld, dvs. Fradrag for rentebetalinger og/eller kurstab (...)"* (SEL § 2 B, stk. 1, note 81).

3.3.3.3. Gælden skal være til interesseforbunden part eller bestemmende indflydelse

Den tredje betingelse for at SEL § 2 B bliver opfyldt er, at der skal være en forbindelse mellem de implicerede parter og derfor omfattet af armslængdeprincippet i LL § 2. Den forbindelse skal være begrundet i bestemmende indflydelse over selskabet, der skal betale gælden eller at de kontraherende selskaber er koncernforbundne, jf. LL § 2.

I LL § 2 fastsættes, hvem der er omfattet af armslængdeprincippet, som er følgende:

- 1) *"hvorover fysiske eller juridiske personer udøver en bestemmende indflydelse*
- 2) *der udøver en bestemmende indflydelse over juridiske personer*
- 3) *der er koncernforbundet med en juridisk person*
- 4) *der har et fast driftssted beliggende i udlandet*
- 5) *der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark, eller*

6) *der er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med kulbrintetilknyttet virksomhed omfattet af kulbrinteskattelovens § 21, stk. 1 eller 4.*"

Definitionen af juridiske personer ses i LL § 2, stk. 1, nr. 1 og 3, hvor selskaber og foreninger m.v., som ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt efter danske skatteret, sidestilles med selvstændigt skattesubjekter, hvis forholdet er reguleret i selskabsretlige regler, selskabsaftale eller en foreningsvedtægt.

Definitionen af hvornår der er bestemmende indflydelse, jf. LL § 2 nr. 1, fastslås i LL § 2, stk. 2 som følgende: *"Ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 % af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 % af stemmerne".* I forhold til definitionen af LL § 2, nr. 3, ses denne i LL § 2, stk. 3: *"Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller hvor der er fælles ledelse".*

3.3.3.4. Gældsinstrumentet defineret som egenkapital

Den sidste betingelse, der skal være opfyldt, for at SEL § 2 B kan anvendes er, at gældsinstrumentet skal kvalificeres forskelligt i de kontraherende stater. Gældsinstrumentet skal altså behandles som indskudt kapital efter de udenlandske regler i den stat, hvor investoren er hjemmehørende samtidig med, at samme gældsinstrument behandles som gæld efter danske skatteregler. Denne kvalifikationskonflikt kan opstå, hvis lånet har karakteristika, der kan forveksles i de kontraherende stater fra at være lån til egenkapital. Et lån uden fastlagt tilbagebetalingstidspunkt, altså et uendeligt lån eller et lån, hvor afkastet bliver beregnet med udgangspunkt i låntagers profit, vil være svære at kvalificere i intern ret. Det kan resultere i en kvalifikationskonflikt og dermed udgøre et hybridt finansielt instrument (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 412).

3.3.4. SEL § 2 C om hybride transparente enheder

Ifølge dansk skattelovgivning vil et kommanditselskab (personselskab) ikke være et selvstændigt skattesubjekt (Michelsen, Askholt, Bolander, Engsig, Madsen, Laursen & Jeppesen, 2015, s. 1083). Dette betyder dermed, at denne type selskab anses for at være en

skattemæssigt transparent enhed. Det betyder, at selskabsdeltagerne og ikke selve selskabet, beskattes af indkomsten i selskabet (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 407). Det har den konsekvens, at indkomsten oppebåret i det pågældende selskab kun kan beskattes i Danmark, hvis en af følgende tre situationer finder sted:

- 1) Danmark vil have beskatningsret til indkomsten hvis selskabsdeltagerne er hjemmehørende i Danmark
- 2) Hvis det pågældende selskab udgør et fast driftssted i Danmark
- 3) Hvis indkomsten på anden vis bliver omfattet af begrænset skattepligt

(Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 407)

Disse situationer vil blive uddybet kort nedenfor.

3.3.4.1. Selskabsdeltagerne skal være hjemmehørende i Danmark

Hvis selskabsdeltagerne er fysiske personer, anses disse for værende hjemmehørende i Danmark hvis tilknytningskriterierne i KSL § 1, stk. 1, nr. 1-4 er opfyldt. Disse kriterier er bl.a. bopæl i Danmark og hvis dette ikke er opfyldt, så skal personen opholde sig i Danmark i mindst seks sammenhængende måneder (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 38).

3.3.4.2. Selskabet udgør et fast driftssted i Danmark

Definitionen af et fast driftssted er et forretningssted, hvor foretagendes virksomhed helt eller delvist udøves igennem dette (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 160). Der er tre betingelser, der, ifølge art. 5, stk. 1 i OECD's modeloverenskomst, skal være opfyldt for, at der foreligger et fast driftssted. Det skal være et forretningssted, hvor der altså eksempelvis er maskiner og udstyr. Derudover skal det være fast, både geografisk og tidsmæssigt. Slutteligt skal der udøves virksomhed igennem det faste forretningssted.

3.3.4.3. Indkomsten er på anden vis omfattet af begrænset skattepligt

For at fysiske personer og selskaber skal kunne anses for værende begrænset skattepligtige, skal der være en tilstrækkelig tilknytning til Danmark. Reglerne om begrænset skattepligt for fysiske personer findes i KSL § 2, mens begrænset skattepligt for selskaber er i SEL § 2. Disse paragraffer oplister udtømmende de indkomst kategorier, der medfører begrænset skattepligt (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 53). Den problematiske situation opstår, når et

kommanditselskab efter dansk skatteret ikke anses som et selvstændigt skattesubjekt, samtidig med at selskabet efter udenlandsk skatteret anses for værende et selvstændigt skattesubjekt, og dermed heller ikke beskattes i udlandet. Dette kaldes derfor en hybrid transparent enhed eller en omvendt hybrid og konsekvensen er, at der opstår dobbelt ikke-beskatning (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s: 407). Nedenstående illustration fremviser et eksempel på førnævnte situation, hvor der igen tages udgangspunkt i at de amerikanske check-the-box regler benyttes.



(Kilde: Schmidt, Tell & Weber, 2015, eksempel: 12.7, s. 407)

I ovenstående illustration er moderselskabet (M) hjemmehørende i USA og det ejer et kommanditselskab (D) i Danmark. Selskab M har benyttet de amerikanske check-the-box regler, så selskab D bør have karakter af et selvstændigt skattesubjekt efter amerikansk skatteret. Selskab D er fortsat anset som værende en transparent enhed jævnfør dansk skatteret (Schmidt, Tell & Weber, 2015, eksempel: 12.7, s. 407). Da der her opstår en kvalifikationskonflikt, vil denne have stor betydning for den skattemæssige behandling af pengestrømmen. Medmindre selskab M er omfattet af begrænset skattepligt, jf. SEL § 2, vil betalingen ikke vil blive beskattet i Danmark. Hvis betalingen samtidig ikke bliver beskattet i USA grundet kvalifikationen i USA som et selvstændigt skattesubjekt, vil der først ske beskatning i USA, når denne indkomst hjemtages til USA og herefter udloddes som udbytte (Schmidt, Tell & Weber, 2015, eksempel: 12.7, s. 407). Den danske værnsregel mod denne situation er SEL § 2 C. Den har til formål at modarbejde den situation, hvor der sker dobbelt ikke-beskatning. Ved at benytte SEL § 2 C vil Danmark ændre selskabets status fra en transparent enhed, til blive anset som værende et selvstændigt skattesubjekt. Det betyder, at

Danmark opnår beskatningskompetence til den indkomst, der hidrører fra selskabet (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 408).

Der er, ligesom ved SEL §§ 2 A og 2 B, tre betingelser, der skal være opfyldt, før SEL § 2 C kan benyttes. Disse er følgende:

- 1) Først skal subjektet være oplyst i SEL § 2 C
- 2) Derudover skal mere end 50 % af kapitalen eller mere end 50 % af stemmerettighederne besiddes af udenlandske ejere
- 3) Subjektet skal være en hybrid enhed, altså kvalificeres forskelligt i de kontraherende stater eller, at de udenlandske stater ikke er medlem af EU og heller ikke har indgået en DBO med Danmark, hvor denne omhandler, at udbyttebeskatningen nedsættes eller frafalder

(Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 409)

Hvis disse betingelser bliver opfyldt, vil den transparente enhed efter dansk skatteret blive behandlet som et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2, jf. SEL § 2 C, stk. 1. Dette betyder, at enheden bliver beskattet som et selvstændigt skattesubjekt. Ovenstående betingelser vil blive uddybet nedenfor.

3.3.4.4. De omfattede subjekter

De omfattede transparente enheder, der potentielt kan blive omkvalificeret, opremses i SEL § 2 C, stk. 1 og 3. Det omfatter filialer af udenlandske selskaber eller transparente enheder, som er registreringspligtige i Danmark, har hjemsted ifølge vedtægterne i Danmark eller har ledelsens sæde i Danmark. Det bemærkes her, at venturefonde, der kun investerer i aktier, ikke omfattes af SEL § 2 C (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 408).

3.3.4.5. Udenlandsk kontrol

Mere end 50 % af kapitalen eller af stemmerettighederne skal direkte besiddes af ejere, som er hjemmehørende i fremmede stater. Det skal her bemærkes, at der ikke er noget krav om, at ejerne er koncernforbundne parter. Dette betyder, at det kan være uafhængige selskaber eller

personer, som tilsammen ejer mere end 50 % af den transparente enhed, så længe de er hjemmehørende i en fremmed stat (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 408).

3.3.4.6. Hybrid enhed eller ingen DBO

Sidste betingelse, der skal være opfyldt før der kan ske omkvalificering er, at de direkte ejere er hjemmehørende i en eller flere lande, hvor samme transparente enhed anses for værende et selvstændigt skattesubjekt. Resultatet af dette vil derfor være en hybrid enhed. Hvis dette ikke er tilfældet, vil betingelsen stadig være opfyldt, hvis disse fremmede stater ikke er medlemsstater i EU og ikke har en DBO med Danmark (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. 409). Hvis ovenstående betingelser er opfyldt, vil dette medføre, at SEL § 2 C kan benyttes. Det resulterer i, at Danmark vil anse enheden for at være et selvstændigt skattesubjekt i overensstemmelse med det amerikanske perspektiv.

3.4. Lovforslag L28

De førnævnte EU-direktiver er lavet med henblik på at støtte BEPS-projektet og sikre det indre marked. Dette har resulteret i de to direktiver (2016/1164/EU) og (2017/952/EU), som er behandlet ovenfor. I henhold til EU-retten er Danmark forpligtiget til at implementere disse førnævnte direktiver som minimumsregler i dansk skatteret. Dette har resulteret i, at Skatteministeriet d. 03. oktober 2018 fremsatte lovforslag L 28, som skal fastsætte hvordan direktiverne bliver implementeret i dansk skatteret. Jeg vil i det nedenstående afsnit gennemgå de vigtigste paragraffer i L 28, der vedrører hybride mismatches samt redegøre for de eksisterende bestemmelser, der vil blive ophævet eller ændret heraf.

3.4.1. Relevante eksisterende bestemmelser, der ophæves

Helt overordnet bliver de eksisterende bestemmelser SEL § 2 A og SEL § 2 B ophævet. SEL § 2 A og B bliver opdelt, så definitionen af et hybridt mismatch, herunder også hybridt finansielt instrument, vil blive oplyst i den foreslåede bestemmelse SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra a-g. Definitionen af de enkelte hybride mismatches vil danne grundlag for den værnsregel, der er foreslået i SEL § 8 D. Det er en bredere bestemmelse, som dækker flere situationer, hvor der er hybrid mismatch. Både SEL § 8 C og SEL § 8 D vil blive redegjort for i de kommende afsnit.

Den eksisterende SEL § 2 C vil blive beholdt, hvor bestemmelsen dog bliver justeret, så den svarer mere til direktiv 2017/952/EU vedrørende artikel 9 a. Dette betyder, at bestemmelsen også dækker tilknyttede personer, som indirekte ejer sammenlagt 50 % af stemmerettigheder, kapitalandele eller retten til andel af overskuddet. Dette resultere i, at en større kreds af enheder og filialer i Danmark vil blive omfattet af reglen.

3.4.2. SEL § 8 C

SEL § 8 C vil blive benyttet med det formål at definere de begreber, som danner grundlag for benyttelsen af de foreslåede regler SEL §§ 8 D og 8 E. Formålet er at imødegå hybride mismatches og fungere som værnsregler. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra a-g skal indføres og bruges til at afklare, hvorvidt en situation omhandler et hybridt mismatch.

- SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra a vil definere, hvorvidt der opstår en situation, som omhandler et hybridt finansielt instrument
- SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra b vil søge at afklare hvorvidt betalinger til hybride enheder finder sted, hvor der sker fradrag uden indregning
- SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra c angiver et hybridt mismatch i den situation, hvor der sker en betaling til et selskab, der har et eller flere driftssteder, og denne betaling resulterer i fradrag samt ingen medregning i den kontraherende stat
- I SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra d beskrives, hvordan en situation omhandler hybrid mismatch, hvis en betaling resulterer i fradrag uden medregning grundet en tilsidesættelse af et fast driftssted
- Den foreslåede bestemmelse i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra e omhandler den situation, hvor en betaling, der er foretaget af en hybrid enhed giver fradrag uden beskatning i kontraherende stat, fordi at der ikke er national lovhjemmel til at beskatte betalingen
- SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra f fastsætter den situation, hvor der opstår et hybridt mismatch grundet en fikseret intern betaling mellem enheden og sit faste driftssted eller mellem to eller flere faste driftssteder inden for samme enhed, som sikrer et fradrag i en stat og ingen indregning i den kontraherende stat, grundet en manglende juridisk hjemmel til beskatning af denne betaling. Fikseret betaling vil blive gennemgået efter SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra a-g.

- I SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra g omhandler situationen vedrørende hybride mismatches, ved at der sker dobbelt fradrag af samme betaling, udgift eller tab

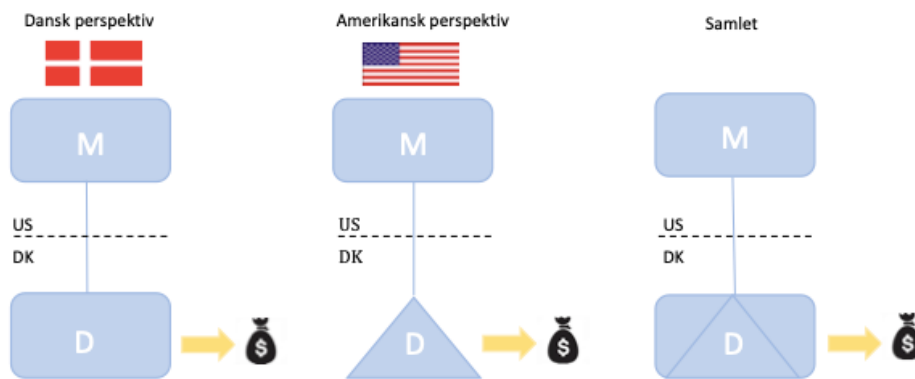
SEL § 8 C, stk. 4 er en foreslået bestemmelse, der skal fungere som en positiv afgrænsning af, hvornår der er tale om et hybridt mismatch. Ifølge SEL § 8 C, stk. 4 er der kun tale om et hybridt mismatch hvis dette mismatch opstår mellem følgende parter:

- Mellem tilknyttede personer
- Mellem et skattesubjekt og en tilknyttet person
- Mellem enheden og et fast driftssted
- Mellem to eller flere faste driftssteder fra samme enhed eller hvis der er en forbindelse med et struktureret arrangement.

Et eksempel på et hybridt mismatch vil være, når et moderselskab i land Y har et datterselskab i land X, og der her sker en betaling, som kategoriseres forskelligt i land Y og land X, hvilket skaber en kvalifikationskonflikt. Der er her opstået et mismatch mellem enheden (moderselskabet) og det faste driftssted (datterselskabet), hvorfor der er tale om et hybridt mismatch, jf. SEL § 8 C, stk. 4 (L28, 2018, s. 60).

3.4.3. SEL § 8 D

SEL § 8 D er foreslået som en værnsregel, hvis formål er, at udjævne hybride mismatches skattemæssigt og sikre en symmetrisk beskatning ved hybride mismatch arrangementer (L 28, s. 67). Et hybridt mismatch, som er omfattet af de foreslåede situationer i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 1, litra a-g, skal skattemæssigt neutraliseres ved at benytte SEL § 8 D. Der foreslås i SEL § 8 D, stk. 1, regler der vedrører situationer med dobbelt fradrag. Se eksempel nedenfor.



(Egen tilvirkning)

I dette eksempel er moderselskabet (M) hjemmehørende i USA, og ejer det danske anpartsselskab (D). I dette eksempel anser Danmark selskab D som værende et selvstændigt skattesubjekt, mens det i USA anses for værende en transparent enhed. Dette betyder, at en udgift, der går ud af selskab D resulterer i et fradrag i det danske beskatningsgrundlag. Samme udgift optræder dog også i det amerikanske beskatningsgrundlag, hvilket samlet skaber et dobbelt fradrag. Løsningen på ovenstående dobbeltfradrag bliver foreslået i SEL § 8 D, stk. 1, nr. 1. SEL § 8 D, stk. 1, 1 pkt. foreslår, at selskaber samt foreninger ikke kan opnå fradrag i Danmark, hvis der opstår et hybridt mismatch, som resulterer i, at der sker dobbelt fradrag af samme betaling i to lande. Der er dog foreslået en undtagelse i SEL § 8 D, stk. 1, 2. pkt., hvor der gives fradrag, hvis Danmark er betalerens jurisdiktion, og fradraget samtidig nægtes i investorens jurisdiktion. Da fradraget allerede bliver nægtet i investorens jurisdiktion, vil der ikke kunne ske nægtet fradrag i Danmark også.

I SEL § 8 D, stk. 2 foreslås regler mod et hybridt mismatch, som fører til fradrag uden medregning i den kontraherende stat. Løsningen på disse situationer er, at selskaber og foreninger, mv. ikke kan opnå fradrag for betalinger, hvis et hybridt mismatch resulterer i at denne betaling ikke inddrages i medregningen af beskatningsgrundlaget i den kontraherende stat.

3.4.4. SEL § 8 E

Der foreslås i SEL §§ 8 E, stk. 1 og stk. 2 regler, der omhandler dobbelt skattemæssigt hjemsted. I SEL § 8 E, stk. 1 foreslås en regel, der skal modvirke mismatch, hvor et selskab

anses for værende skattemæssigt hjemmehørende i to eller flere lande. Denne skal sikre, at der ikke sker dobbelt fradrag grundet dobbelt hjemsted.

SEL § 8 E, stk. 1, 1. pkt., foreslår, at selskaber, foreninger mv., der også er skattemæssigt hjemmehørende i et andet land end Danmark, ikke kan opnå fradrag i Danmark for de betalinger, udgifter og tab, som er fradragsberettiget i begge jurisdiktioner. Dette kræver dog, at det andet land giver mulighed for, at betalingerne kan opnå fradrag i indkomst, der ikke er medregnet i begge staters beskatningsgrundlag.

Et eksempel på ovenstående situation kunne være, at selskab D er indregistreret i Danmark, hvorfor Danmark anser selskab D for hjemmehørende i Danmark. Der er dog samtidig land X, der anser selskab D for værende hjemmehørende i land X, grundet ledelsens sæde er placeret her. Denne situation giver anledning til dobbelt fradrag, hvor SEL § 8 E, stk. 1, 1.pkt. kan benyttes. I SEL § 8 E, stk. 2 er der dog en undtagelse til ovenstående foreslåede regel. Ifølge SEL § 8 E, stk. 2, kan der foretages fradrag, hvis det andet land er et EU-land og selskabet anses for at være hjemmehørende i Danmark ifølge en DBO mellem Danmark og det pågældende EU-land. Resultatet her vil derfor være, at fradraget bliver nægtet i det andet EU-land, men stadig accepteret i Danmark.

Ovenstående bearbejdning i teoriafsnittet har fremvist de løsninger, der udspringer fra BEPS-projektet, EU-direktiverne, de eksisterende danske værnsregler samt det danske lovforslag L 28. Disse løsninger vil nu danne grundlag for en yderligere analyse af forskelle og ligheder samt hvorfor disse eventuelle forskelle opstår.

4. Analyse

Der vil, med udgangspunkt i ovenstående teoriafsnit, blive foretaget en analyse, hvis formål er at undersøge hvordan afhandlingens problemformulering bliver besvaret. Dette gøres ved, at inddrage den udledte teori fra ovenstående afsnit og ud fra denne viden oplyse de forskelle, der kan være mellem BEPS anbefalinger, EU-direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU, og den gældende samt kommende nationale danske skatteret. Der forsøges i dette afsnit at klarlægge de eventuelle forskelle, der måtte være i løsninger fra ovenstående teori, for herefter at kunne give en vurdering af, hvorfor disse forskelle er opstået. Disse vurderinger vil

være baseret på egen viden, og medmindre der er oplyst en kilde, vil disse være understøttet af ovenstående teoriafsnit. Der vil, i de situationer hvor der er forskellige løsninger i mellem førnævnte parter, blive givet et eksempel samt illustration, med det formål at skabe en lettere forståelse af, hvordan disse forskelle kommer til udtryk.

4.1. BEPS sammenholdt med EU-direktiverne 2016/1164/EU & 2017/952/EU

4.1.1. Overordnet indholdsmæssig sammenligning

Som redegjort for i teorien, omhandler BEPS Action Point 2 tre forskellige situationer der skyldes hybride mismatches. Disse tre situationer vil blive brugt som udgangspunkt i nedenstående afsnit, hvortil de inspirerede artikler fra direktiverne vil blive sammenlignet, med det formål at udlede forskelle og uligheder.

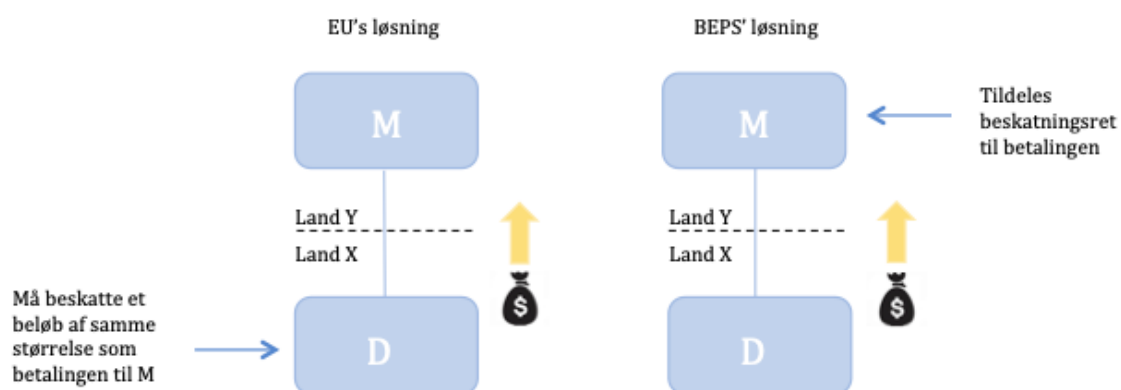
4.1.1.1. Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget

OECD anbefaler en primær regel og en sekundær regel i situationer, hvor der sker fradrag, men ingen medregning i indkomsten. Den primære regel er, at der nægtes fradrag i den stat, hvor betalingen kommer fra. Den sekundære regel benyttes hvis staten, hvor betalingen kommer fra, vælger ikke at neutralisere den hybride mismatch og derved ikke nægter fradraget. Denne sekundære regel tildeler den kontraherende stat, hvori enheden modtager betalingen, hjemmel til at inkludere denne betaling i indkomsten og dermed medregning i beskatningsgrundlaget.

EU-direktiverne angiver i artikel 9, at i de situationer hvor der er sket fradrag men ingen beskatning i den kontraherende stat, skal dette løses ved, at betalingsstaten kan nægte fradrag for betalingen. Hvis betalingsstaten ikke nægter fradrag, får den stat, hvor enheden er hjemmehørende, tilladelse til at indregne et beløb af samme størrelse som betalingen, i beskatningsgrundlaget.

Umiddelbart er der vedrørende ovenstående situation ikke stor forskel på BEPS-projektet og EU-direktiverne. Både BEPS Action Point 2 samt direktiverne har samme primære regel. I forhold til den sekundære regel er der forskel i hvordan anbefalingerne samt direktiverne

behandler dette. Det betyder, at der, ifølge direktiverne, kan ske en situation, hvor en stat vælger ikke at nægte selskabet fradrag for betaling, men hvis dette selskab er hjemmehørende i denne stat, så skal staten i stedet indregne et beløb af samme størrelse i beskatningsgrundlaget. Det modsatte sker i anbefalingerne fra BEPS, hvor det er den modsatte stat, der får beskatningsret til betalingen. Denne forskel i den sekundære regel forsøges illustreret i nedenstående eksempel.



(Egen tilvirkning)

Som ovenstående illustration viser, må land X beskattes et beløb af samme størrelse som betalingen, ifølge direktivernes løsning. Ifølge BEPS' anbefalinger tildeles beskatningsret til land Y, der må medtage betalingen i selskab M's beskatningsgrundlag. Dette betyder altså, at der opstår en beskatningsret i begge løsninger, men det er forskellige stater der må beskattes. I direktivernes løsning sikres der uanset valg af primær eller sekundær regel, at medlemsstaten opnår en mere gunstig situation end den kontraherende stat, da medlemsstaten enten må nægte fradrag eller i stedet forøge beskatningsgrundlaget. Formålet for EU-Kommissionen med denne mere gunstige situation for medlemsstaten kan være, at der automatisk vil ske en indirekte styrkelse af det indre markeds konkurrenceevne, hvis medlemsstaterne har en større statskasse. Denne styrkelse af medlemsstatens situation er der ikke samme fokus på ved OECD's løsning. Denne løsning optræder mere neutral, hvor der i stedet for at blive

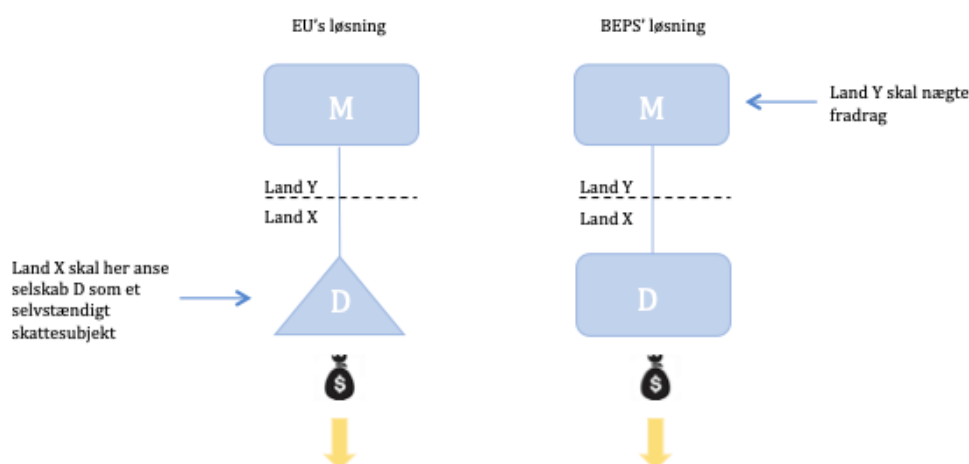
skelnet mellem medlemsstat og den kontraherende stat, opdeles i betalingsstat og modtagende stat.

4.1.1.2. Dobbelt fradrag

I forhold til situationen hvor der sker dobbelt fradrag, anbefaler BEPS Action Point 2 en primær regel samt en sekundær regel. Den primære regel er, at den stat, hvor enhedens moderselskab er hjemmehørende, skal nægte fradrag. Hvis dette fradrag ikke bliver nægtet i den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende, kan den sekundære regel benyttes. Den angiver, at den kontraherende stat, hvor fradraget også gør sig gældende, har muligheden for at nægte fradrag.

Direktiverne omhandler også situationen, hvor der sker dobbelt fradrag i de kontraherende stater. De løser situationen ved, at den medlemsstat hvor betalingen sker, kan nægte fradrag, og hvis denne stat vælger ikke at nægte fradrag, kan den kontraherende medlemsstat vælge at nægte fradrag i stedet.

Denne forskel mellem BEPS-projektets anbefalinger og direktiverne er større, sammenlignet med situationen, hvor der sker fradrag men ingen medregning. Hvor direktiverne mener at betalingsstaten skal nægte fradrag, mener BEPS-projektet, at det er enhedens moderselskab, der får kompetencen til dette. Dette illustreres i nedenstående eksempel.



(Egen tilvirkning)

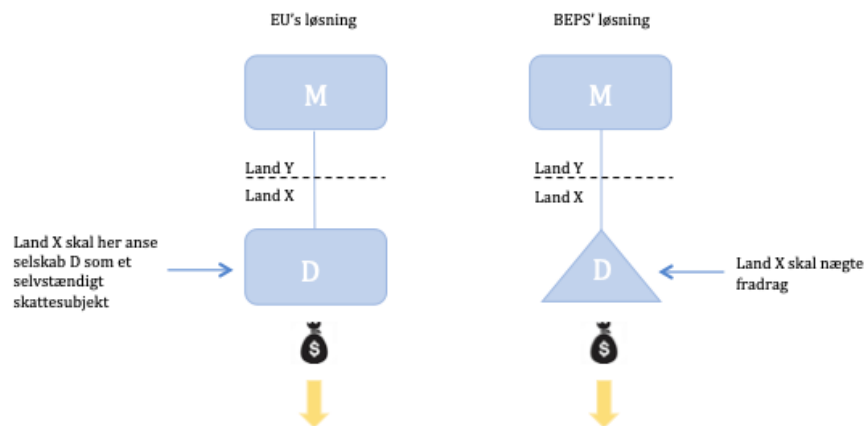
Som ovenstående illustration viser, må land X, ifølge direktiverne nægte fradrag, mens det er land Y der må nægte fradraget, ifølge BEPS' anbefalinger. For at opsummere betyder dette altså, at begge løsninger bygger på, at hvis der sker dobbelt fradrag, så skal den ene stat nægte. Forskellen ligger derfor i, hvilken stat, der skal nægte fradraget. De mulige årsager er som i ovenstående afsnit forårsaget af forskellige interesser. EU-Kommissionen har et ønske om at styrke det indre marked, hvilket sker ved, at medlemsstaten har muligheden for at nægte fradrag. Ved at have muligheden for at nægte fradrag, vil den pågældende medlemsstat opleve en mere gunstig økonomisk situation. OECDs formål er, som nævnt tidligere i afhandlingen, at sikre overskuddet bliver henført til den stat hvor den økonomiske aktivitet og vækst er skabt. Derfor ser man i ovenstående løsning, at tildelingen af hjemlen til nægtelse af fradrag, sker hos den stat hvor enhedens moderselskab er hjemmehørende. Dette stemmer overens med, at udgiften skal henføres til den stat, hvor udgiften er skabt. I dette tilfælde er det den betalendes stat og derfor bør staten hvor moderselskabet er hjemmehørende ikke give fradrag for denne udgift.

4.1.1.3. Indirekte dobbelt fradrag

OECDs anbefaling 4 forholder sig også til situationen hvor der opstår omvendte hybride mismatches. Anbefaling 4's løsning er, at det land hvor betalingen er sket, skal nægte fradrag for betalingen.

Direktiverne forholder sig også til situationen med omvendte hybride mismatches. Direktiverne løser situationen ved, at disse hybride enheder bliver konverteret til et selvstændigt skattesubjekt i den medlemsstat, hvor enheden er etableret.

I disse løsninger sker der en forskel i håndteringen af situationen, da OECD's anbefaling 4 angiver, at en stat skal nægte fradrag, mens direktiverne løser situationen ved, at enheden skal anses som et selvstændigt skattesubjekt i etableringsstaten. Dette illustreres ved nedenstående eksempel.



I dette eksempel vælger land X at omkvalificere selskab D til et selvstændigt skattesubjekt, jævnfør direktiverne. BEPS anbefaler i stedet, at betalingsstaten, som i dette eksempel er land X, skal nægte fradrag. Omkvalificeringen betyder at når selskab D bliver et selvstændigt skattesubjekt, vil land X skulle yde fradrag for en betaling, mens land Y derfor skal nægte fradrag. Her ses det igen, hvordan direktiverne sikrer, at land X, som er en medlemsstat, sikrer sig det fremtidige beskatningsgrundlag for selskab D. På trods af at skulle yde et fradrag for betalingen, må det forudsættes, at beskatningsgrundlaget er højere end fradragsgrundlaget i selskab D. Dette vil sikre en økonomisk gunstig situation for land X, hvilket formentlig vil resultere i højere aktivitet inden for det indre markeds konkurrence. I forhold til OECDs løsning bliver der fokuseret på at hvis der opstår en transparent enhed, skal den økonomiske aktivitet henføres til moderselskabet (i ovenstående tilfælde selskab M). Her skal moderselskabets domicilstat (land Y) yde fradrag for betalingen, mens land X skal nægte fradrag. Dette stemmer overens med BEPS' formål med anbefalingerne, da overskuddet skal henføres til den stat, hvor den økonomiske vækst stammer fra. Hvis selskabet derfor anses for værende transparent, bør denne økonomiske vækst stamme fra selskab M.

For at opsummere dette afsnit ses det tydeligt, hvordan forskelle i løsningerne formentlig skyldes forskellige interesser. Det fremgår tidligere i afhandlingen, at EU-Kommissionen ønsker, at medlemsstaterne skal enten sikre et beskatningsgrundlag eller have muligheden for at nægte fradrag. Årsagen til dette er, at der er stor interesse for, at det indre markeds konkurrenceevne ikke svækkes. Formålet med BEPS er generelt at sikre, at der sker beskatning i den korrekte stat upåagtet om det er inden for EU eller i tredjelande.

I forbindelse med at implementere BEPS' anbefalinger, skal det påpeges, som skrevet tidligere i afhandlingen, at disse anbefalinger er soft law, og ikke bindende for de lande, der er tilknyttet OECD. Anbefalingerne er dog udarbejdet på baggrund af enighed mellem OECD's medlemslande, som nævnt i teorien, hvorfor det må forventes at blive implementeret i samtlige medlemslande. Som tidligere beskrevet er anbefalingerne også formuleret bredt, med det formål at kunne dække forskellige typer af medlemslande, hvor selv situationer, med kun en stat, der har benyttet anbefalingerne, stadig kan skabe symmetrisk beskatning, ved hjælp af de sekundære regler.

4.2. BEPS i forhold til gældende dansk ret

4.2.1. Overordnet indholdsmæssig sammenligning

I dette afsnit vil der igen blive fokuseret på de tre situationer, som BEPS-projektet Action Point 2 henvender sig til, som det blev i ovenstående afsnit.

4.2.1.1. Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget

OECD anbefaler to måder at håndtere situationer på, hvor der sker fradrag, men ingen medregning i indkomsten: Den primære og den sekundære metode. Den primære metode går ud på, at der nægtes fradrag i den stat, hvor betalingen kommer fra. Den sekundære metode benyttes, hvis staten hvor betalingen kommer fra, vælger ikke at benytte den primære metode og derved ikke nægter fradraget. Den sekundære metode gør, at den kontraherende stat, hvori enheden modtager betalingen, inkluderer denne i indkomsten.

Ved at benytte gældende dansk ret, anvendes SEL § 2 A til at håndtere hybride mismatches, hvor der sker fradrag, men ingen medregning i beskatningsgrundlaget. Løsningen er, at der sker en omkvalificering af skattesubjektet, så det stemmer overens med den kontraherende stats fortolkning af enheden, såfremt de tre betingelser nævnt i afsnittet "3.3.2. SEL § 2 A om hybride selskaber" er opfyldt. Resultatet af at benytte SEL § 2 A er, at fradraget dermed bliver nægtet.

Resultatet på disse to løsninger er derfor det samme, hvor der bliver nægtet fradrag i betalingsstaten, men måden hvorpå man ender med dette resultat er dog forskellig. Anbefalingerne omkvalificerer ikke enheden, men tildeler i stedet retten til at nægte fradrag i betalingsstaten. Gældende dansk ret omkvalificerer i stedet enheden, hvis betingelserne er opfyldt, så betalingsstaten på samme måde ender med at nægte fradrag. Denne omkvalificering sker dog kun, hvis de betingelser, der skal til for at opfylde SEL § 2 A, er opfyldt. Disse betingelser er, som oplistet i afsnit "3.3.2. SEL § 2 A om hybride selskaber", at selskabet skal være oplistet i SEL § 2 A, stk. 1-3, der skal være en kvalifikationskonflikt samt at den fremmede stat skal være hjemmehørende i et EU-, EØS-land eller en stat som Danmark har en DBO med. Forskellen er derfor, at OECD ikke kræver disse førnævnte betingelser før at der skal nægtes fradrag i betalingsstaten. At der ikke kræves disse betingelser opfyldt medfører også, at BEPS' anbefalinger må anses for værende mere vidtgående sammenlignet med de danske værnsregler. Dette skyldes, at anbefalingerne også kan omhandle andre situationer, hvor den fremmede stat ikke behøver at være medlem af EU eller EØS og ikke nødvendigvis behøver have en DBO med Danmark, som er en af betingelserne for at kunne benytte SEL § 2 A.

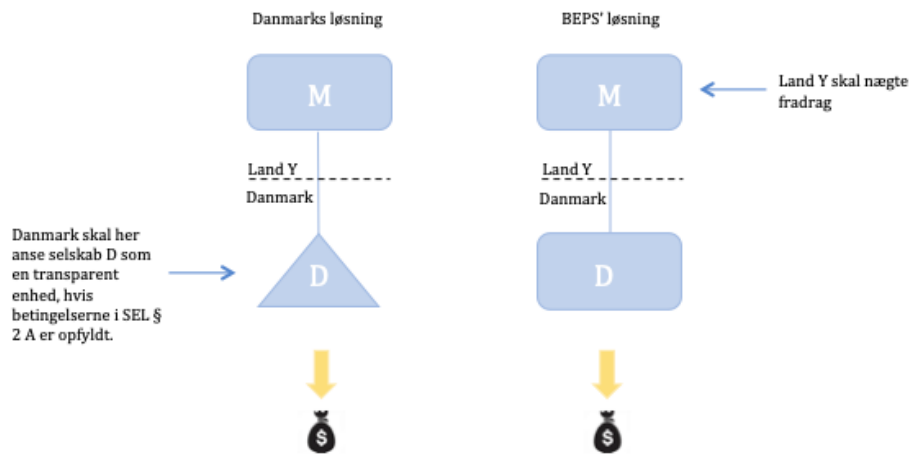
4.2.1.2. Dobbelt fradrag

I forhold til situationen hvor der sker dobbelt fradrag, anbefaler BEPS Action Point 2 en primær regel samt en sekundær regel. Den primære regel gør, at den stat, hvor enhedens moderselskab er hjemmehørende, skal nægte fradrag. Hvis dette fradrag ikke bliver nægtet i moderselskabets domicilstat, kan den sekundære regel benyttes. Det medfører, at den kontraherende stat, hvor fradraget også gør sig gældende, har muligheden for at nægte fradrag.

I gældende dansk ret benyttes igen SEL § 2 A for at løse denne situation. Der vil ske en omkvalificering af enheden, såfremt tre betingelser er opfyldt. Resultatet af denne omkvalificering gør, at enheden bliver anset for en transparent enhed fremfor et selvstændigt skattesubjekt og derfor ikke kan gives fradrag i Danmark.

Disse løsninger resulterer i to forskellige resultater. Anbefalingerne tildeler staten hvor moderselskabet ret til at nægte fradrag, mens den gældende danske ret omkvalificerer

enheden, så den bliver behandlet som en transparent enhed. Det resulterer i, at Danmark kan nægte fradrag, hvilket illustreres nedenfor.



(Egen tilvirkning)

I dette eksempel vælger Danmark at omkvalificere selskab D til en transparent enhed, hvis SEL § 2 A er opfyldt ifølge dansk gældende ret. I BEPS-projektets anbefaling løses situationen ved, at land Y skal nægte selskab M fradrag for betalingen. BEPS' løsning stemmer overens med hvad BEPS' formål med anbefalingerne er, da overskuddet skal henføres til den stat, hvor den økonomiske vækst stammer fra. Da anbefalingen omhandler, at land Y skal nægte fradrag, må det derfor betyde, at selskab D skal anses for værende et selvstændigt skattesubjekt, hvilket dermed også betyder, at det er herfra at betalingen sker. At Danmarks værnsregler resulterer i, at selskab D skal omkvalificeres til en transparent enhed, skyldes territorialprincippet, hvorfor at Danmark ikke kan have en bestemmelse, der afgør hvorledes land Y skal anse enheden. Derfor er Danmarks mulighed for at undgå denne situation, at ændre på sit eget fradraggrundlag. Hvis der kigges på selve fremgangsmåden fremfor resultatet, som er diskuteret ovenfor, kan det udledes, at værnsreglerne benytter samme omkvalificering, som i ovenstående afsnit. Dette betyder samtidig, at forskellen her er, at anbefalingerne er mere vidtgående, da betingelserne for benyttelse af SEL § 2 A ikke behøves at være opfyldt for at anbefalingerne finder sted.

4.2.1.3. Indirekte dobbelt fradrag

OECDs anbefaling 4 forholder sig til situationer, hvor der opstår omvendte hybride mismatches. Anbefaling 4's løsning er, at det land, hvor betalingen er sket, skal nægte fradrag for betalingen.

Den danske bestemmelse, der anvendes i forbindelse med indirekte dobbelt fradrag, er SEL § 2 C. Denne bestemmelse ændrer selskabets status fra transparent enhed, til et selvstændigt skattesubjekt, hvilket resulterer i, at Danmark opnår beskatningskompetencen til den indkomst, der hidrører fra selskabet. Dette kræver selvfølgelig opfyldelse af de nævnte betingelser i afsnit "3.3.4. SEL § 2 C om hybride transparente enheder". Disse er, at enheden skal være oplyst i SEL § 2 C, mere end 50 % af kapitalen eller stemmerettighederne skal være ejet af udenlandske ejere og enheden skal være hybrid, hvor den udenlandske stat ikke må medlem af EU eller have en DBO med Danmark.

Forskellen er her, som i afsnit "4.2.1.1. Fradrag, men ingen medregning", at resultatet er det samme, men det er metoden hvorpå man opnår løsningen, som er forskellig. Den gældende danske ret skaber en omkvalificering af enheden, mens anbefalingen fra OECD løser situationen ved, at der anbefales hjemmel til nægtelse af fradrag. Derfor er resultatet, som nævnt, det samme, da Danmark, igennem omkvalificeringen, anser enheden som et selvstændigt skattesubjekt, og når fradraget derfor opstår, vil Danmark kunne nægte dette. Dette stemmer overens med OECD's anbefaling til denne situation om at betalingsstaten skal nægte fradrag. OECD inddrager dog ikke de betingelser, som i gældende dansk ret, hvilket gør, at det er elementer, som ikke er relevante ifølge OECD.

Som nævnt i de to ovenstående afsnit er vejen frem til resultaterne interessant. De danske værnsregler skal have opfyldt betingelser før de kan benyttes, hvor anbefalingerne finder anvendelse uanset eksempelvis specifikke koncernforhold. Dette betyder også at anbefalingerne er mere vidtgående og kan benyttes på flere situationer. Det skal også her bemærkes, at anbefalingerne skal henvende sig til flere forskellige stater, som ikke nødvendigvis har eksisterende værnsregler, hvorfor de er målrettet flere situationer.

Ved en opsummering af dette afsnit, kan det udledes, at de danske værnsregler har haft fokus på at omkvalificere enheden, så der var overensstemmelse med den kvalificering, enheden

har i den kontraherende stat. Dette tager anbefalingerne ikke på samme måde stilling til, da der her i stedet elimineres en fradragsret. Derfor er anbefalingerne også mere vidtgående sammenlignet med de danske værnsregler, og de omfatter flere situationer, da de ikke skal opfylde en række betingelser, før de kan benyttes. Dette betyder også, at for den enkelte enhed, vil BEPS' anbefalinger optræde som mere skærpende end de danske værnsregler. Dette skyldes, at BEPS' interesse er at sikre beskatningen sker i den stat, hvor den økonomiske aktivitet er gældende, hvorimod de danske værnsregler er med til at sikre, at Danmark ikke bliver sat i en ugunstig situation.

I forbindelse med implementering af BEPS' anbefalinger, må det understreges, at disse anbefalinger er soft law, og ikke bindende for lande at følge. Anbefalingerne er dog udarbejdet på baggrund af enighed mellem OECD's medlemslande, som nævnt i teorien, hvorfor det må forventes at blive implementeret i samtlige medlemslande. Som tidligere beskrevet er anbefalingerne også formuleret bredt, med det formål at kunne dække forskellige typer af medlemslande, hvor selv situationer, med kun en stat, der har benyttet anbefalinger, stadig kan skabe symmetrisk beskatning, ved hjælp af de sekundære regler. Implementeringen af de danske værnsregler skete, som beskrevet, i 2004 og har fungeret som gældende ret for enheder, som er omfattet af SEL § 1.

4.3. BEPS til L 28

4.3.1. Overordnet indholdsmæssig sammenligning

I dette afsnit vil der benyttes samme struktur, hvor der tages udgangspunkt i de situationer som BEPS anbefalingerne tager stilling til.

4.3.1.1. Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget

OECD Action Point 2 anbefaler en primær regel og en sekundær regel til situationer, hvor der sker fradrag, men ingen medregning i indkomsten. Den primære regel gør, at der nægtes fradrag i den stat, hvor betalingen kommer fra. Den sekundære regel benyttes hvis staten hvor betalingen kommer fra, vælger ikke at neutralisere den hybride mismatch og derved ikke nægter fradraget. I denne situation skal den kontraherende stat, hvori enheden modtager betalingen inkludere denne i indkomsten.

I det danske lovforslag L28, skal situationen først være omfattet af SEL 8 C, stk. 1, nr. 1, a-g. Hvis dette er tilfældet, er der i SEL § 8 D, stk. 2 foreslået regler mod et hybridt mismatch, som resulterer i fradrag uden medregning i den kontraherende stat. Løsningen på disse situationer er, at selskaber og foreninger, mv. ikke kan opnå fradrag for betalinger.

Der er derfor overensstemmelse mellem OECDs primære regel og SEL § 8 D, stk. 2, hvor den samme løsning er, at betalingsstaten, som i L28 er Danmark, skal nægte fradrag. Den sekundære regel er ikke relevant i denne sammenhæng.

4.3.1.2. Dobbelt fradrag

I forhold til situationen hvor der sker dobbelt fradrag, anbefaler BEPS Action Point 2 en primær regel samt en sekundær regel. Den primære regel er, at den stat, hvor enhedens moderselskab er hjemmehørende, skal nægte fradrag. Hvis dette fradrag ikke bliver nægtet i moderselskabets domicilstat, kan den sekundære regel benyttes. Den resulterer i, at den kontraherende stat, hvor fradraget også gør sig gældende, har muligheden for at nægte dette fradrag.

I det danske lovforslag L 28, er løsningen på dobbelt fradrag foreslået i SEL § 8 D, stk. 1, nr. 1. I SEL § 8 D, stk. 1, nr. 1 er løsningen, at selskaber samt foreninger ikke kan opnå fradrag i Danmark, hvis der opstår et hybridt mismatch, som resulterer i, at der sker dobbelt fradrag af samme betaling i to lande.

Vedrørende dobbelt fradrag er der ligheder i løsningerne. Hvor BEPS anbefalingens primære regel er, at moderselskabets stat skal nægte fradrag, vil det være samme resultat i Danmark, hvis moderselskabet er beliggende i Danmark. Hvis det derimod er et fast driftssted i Danmark, og moderselskabet er beliggende i et andet land, vil den danske bestemmelse ikke stemme overens med BEPS's anbefaling vedrørende dobbelt fradrag. Undtagelsen hertil er dog hvis den kontraherende stat, hvor moderselskabet er beliggende vælger ikke at nægte fradrag, hvorfor anbefalingens sekundære regel vil kunne benyttes. Hvis den sekundære regel i BEPS's anbefaling benyttes, og Danmark anses som værende kildeland, vil der igen være overensstemmelse.

4.3.1.3. Indirekte dobbelt fradrag

OECDs anbefaling 4 forholder sig til situationen hvor der opstår omvendte hybride mismatches. Anbefaling 4's løsning er, at det land, hvor betalingen er sket, skal nægte det fradrag for betalingen.

Det danske lovforslag har beholdt SEL § 2 C, dog med en udvidelse, som gør, at en større kreds af enheder og filialer i Danmark vil blive omfattet af reglen. Dette betyder, at de bestemmelser, som er redegjort for i afsnit "3.3.4. SEL § 2 C om hybride transparente enheder", finder anvendelse. Hvis disse bestemmelser er opfyldt, vil det resultere i, at den transparente enhed bliver omkvalificeret til et selvstændigt skattesubjekt i Danmark.

Som nævnt i ovenstående afsnit "4.2.1.3. Indirekte dobbelt fradrag" vedrørende en sammenligning mellem BEPS og gældende ret, er resultatet det samme i denne situation. Forskellen er, at der i dansk ret sker en omkvalificering, hvor BEPS anbefalingerne, i stedet, angiver hvem der bør have kompetencen til at nægte fradrag eller medtage betaling i beskatningsgrundlaget. Som beskrevet tidligere, har anbefalingerne den funktion, at de eliminerer et fradrag, hvor L 28 i stedet omkvalificerer enheden. Dette betyder også, at anbefalingerne finder anvendelse på situationer, hvor SEL § 2 C ikke finder anvendelse, da der ikke er noget krav om at anbefalingerne skal opfylde samme betingelser. Årsagen til at anbefalingerne er mere vidtgående skal ses i forhold til de skal dække mange lande og der derfor er et behov for at anbefalingerne er formuleret bredt nok til at kunne dække situationer i eksempelvis tredjelande. At SEL § 2 C forbliver en bestemmelse der omkvalificerer enheden fremfor at følge BEPS' anbefaling vedrørende samme situation, skyldes direktiverne, som i samme situation også vælger at der skal ske omkvalificering, hvilket binder det danske lovforslag, eftersom direktiverne skal implementeres i dansk lovgivning. Samtidig kan det vurderes, hvorvidt at det ville være mere gunstigt for Danmark at SEL § 2 C sikrer, at enheden kan anses for værende et selvstændigt skattesubjekt i Danmark, da der formentlig vil være et større beskatningsgrundlag end fradragsgrundlag.

For at opsummere på dette afsnit, må det vurderes, at L 28, i høj grad, stemmer overens med BEPS-projektet. Der er i situationer, hvor der sker indirekte dobbelt fradrag to forskellige løsninger. Dette begrundes i, at L 28 skal implementere direktiverne, hvorved denne løsning stammer fra. Derudover skal det også pointeres, at Danmark ikke kan overskride territorialprincippet og derfor kun kan ændre på egen håndtering af enheden, hvilket kunne være med til at begrunde hvorfor der sker en anden løsning end anbefalingerne.

Det kan i denne forbindelse også vurderes, hvorvidt det er naturligt, at der sker ændring i de danske bestemmelser og at der kommer et lovforslag L 28 fremfor at beholde de eksisterende værnsregler. Ud fra ovenstående sammenligning må det vurderes, at L 28 stemmer bedre overens med BEPS-projektet, hvor L 28 ikke kræver betingelser opfyldt på samme måde som de eksisterende værnsregler, hvis man ser bort fra SEL § 2 C. At L 28 ikke kræver samme betingelser opfyldt, skal begrundes i ønsket om at have samme vidtgående effekt som BEPS-projektet. Selve implementering af L28 vedrørende hybride mismatches vil ske i SEL, hvilket gør, at dette omfatter selskaber nævnt i SEL § 1. Da L28 læner sig meget op af direktiverne, vil det have den positive effekt, at det gøres nemmere at anvende direktiverne som kilde til fortolkningsspørgsmål, der måtte opstå i fremtiden.

4.4. Direktiver til gældende dansk ret

4.4.1. Overordnet indholdsmæssig sammenligning

Dette afsnit vil forsøge at afklare forskelle fra direktiverne til gældende dansk ret. Dette betyder, at i stedet for de tidligere tre situationer udledt af BEPS Action Point 2 anbefalingerne, vil det være de fire situationer, der behandles i direktivernes afsnit vedrørende hybride mismatches.

4.4.1.1. Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget

Som beskrevet i teorien, behandler direktiverne situationen, hvor der sker fradrag, men ingen beskatning i den kontraherende stat. Direktiverne løser dette ved at give tilladelse til, at betalingsstaten kan nægte fradrag. Hvis betalingsstaten vælger, ikke at nægte fradraget, får den staten, hvor enheden er hjemmehørende, tilladelse til at indregne et beløb af samme størrelse som betalingen, i beskatningsgrundlaget.

I gældende dansk ret, angiver SEL § 2 A håndteringen af hybride mismatches, hvor der sker fradrag men ingen medregning. Løsningen er her, at der sker en omkvalificering af skattesubjekt, så det stemmer overens med den kontraherende stats fortolkning af enheden, såfremt de tre betingelser er opfyldt og fradraget dermed bliver nægtet.

Der opstår her en forskel i løsningerne, da direktiverne udsteder hjemmel til nægtelse af fradrag, men de danske bestemmelser skaber en omkvalificering af samme enhed, som resulterer i, at enheden anses i overensstemmelse med den kontraherende stat. Selve resultatet af både direktiverne samt den danske gældende ret, kan godt ende ens, da omkvalificeringen gør, at enheden, som tidligere blev anset for værende et selvstændigt skattesubjekt, ændres til at være en transparent enhed og fradraget dermed nægtes, som i direktiverne. At de danske værnsregler kræver denne omkvalificering, mens direktiverne blot eliminerer en beskatnings- eller fradragsret, antyder at de danske værnsregler er mere komplekse end direktiverne. Som beskrevet i afsnittene vedrørende BEPS sammenlignet med gældende ret, er omkvalificeringen mere lempelig for enheden sammenlignet med direktiverne, da betingelserne for at opfylde omkvalificering ikke kræves i direktiverne, og de dermed er mere vidtgående.

4.4.1.2. Dobbelt fradrag

Som beskrevet tidligere, omhandler direktiverne også situationen, hvor et hybridt mismatch resulterer i dobbelt fradrag. Her er løsningen, at fradraget bliver underkendt i enhedens medlemsstat. Hvis fradraget ikke bliver underkendt i denne medlemsstat, skal fradraget nægtes i den kontraherende stat.

Ved dobbelt fradrag vil SEL § 2 A blive brugt til at tilpasse situationen. Her vil der ske en omkvalificering af enheden, såfremt de tre betingelser er opfyldt. Når omkvalificeringen sker vil det gøre, at enheden vil blive anset for at være en transparent enhed fremfor et selvstændigt skattesubjekt. Dette vil resultere i, at der ikke gives fradrag i Danmark.

Der vil i denne situation ikke være forskel på resultatet mellem direktiverne og de danske værneregler. Forskellen vil optræde i hvordan løsningen sker, da den danske værneregel vil omkvalificere, mens direktiverne vil eliminere den fradragsret i den medlemsstat, hvor enheden er oprettet. Derfor skal det igen bemærkes hvordan de danske værneregler kræver visse betingelser opfyldt før denne løsning kan benyttes, hvor direktiverne er mere vidtgående og derfor finder anvendelse oftere.

4.4.1.3. Omvendte hybride mismatches

I Direktiv 2017/952/EU omfattes omvendte hybride mismatches også. Løsningen er her, at omvendte hybride mismatches bliver anset som hjemmehørende i den medlemsstat, hvor de anses for værende et selvstændigt skattesubjekt. Resultatet af dette er, at enhedens indkomst vil blive beskattet i denne medlemsstat.

Den danske værneregel mod denne situation, er SEL § 2 C, hvor løsningen er, at ændre selskabets status fra en transparent enhed til blive anset som værende et selvstændigt skattesubjekt. Det betyder, at Danmark opnår beskatningskompetencen til den indkomst, der hidrører fra selskabet. Dette skal selvfølgelig ske gennem opfyldelse af de nævnte betingelser i afsnittet "3.3.4. SEL § 2 C om hybride transparente enheder".

Der er derfor, vedrørende situationen med omvendte hybride mismatches, stor lighed mellem direktivet og SEL § 2 C. Her sker en indirekte omkvalificering igennem direktiverne, eftersom denne enhed vil ændre status til værende et selvstændigt skattesubjekt. At der sker en omkvalificering i direktiverne er formentlig en af årsagerne til at man har valgt at beholde SEL § 2 C som værneregel i det nye lovforslag L28. Her følger bestemmelsen også udvidelsen og omfatter indirekte ejere, hvilket er i overensstemmelse med direktiverne.

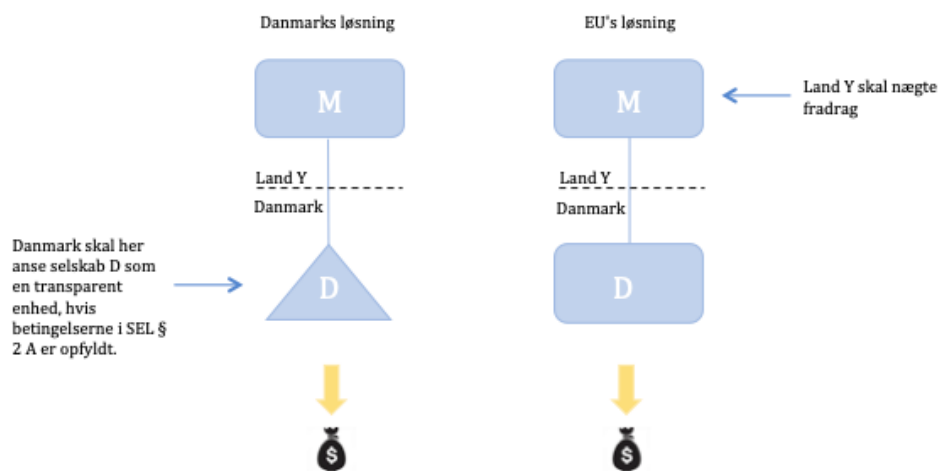
4.4.1.4. Hjemmehørende i to stater

Direktiverne tager også stilling til situationen, hvor der sker mismatch, fordi at enheden er skattemæssigt hjemmehørende i to stater. Løsningen er her, at den stat, som er medlemsstat

af EU, skal nægte fradrag. Hvis begge stater er medlemsstater, skal den medlemsstat, hvor skattesubjektet ikke er hjemmehørende, jævnfør DBO'en mellem de to stater, nægte fradrag.

I denne situation vil den danske værnsregel SEL § 2 A blive benyttet med det formål at omkvalificere enheden fra at være et selvstændigt skattesubjekt, til en transparent enhed, hvor der ikke gives fradrag i Danmark.

Forskellen er her, at ifølge direktiverne skal medlemsstaten gives hjemmel til at nægte fradrag, og hvis begge stater er medlemsstater, skal det være den stat hvor enheden ikke er hjemmehørende jævnfør DBO'en. Ifølge de gældende danske bestemmelser, vil det være Danmark der skal nægte fradrag. Dette illustreres i nedenstående eksempel.



(Egen tilvirkning)

I dette tilfælde er både Danmark og land Y medlemsstater. Derfor skal der ifølge direktiverne gives hjemmel til nægtelse af fradrag til den stat, hvor selskab D ikke er hjemmehørende jævnfør DBO'en. Hvis Danmark ifølge DBO'en er den stat hvor selskab D er hjemmehørende, betyder det, at land Y skal nægte fradrag. Ifølge SEL § 2 A skal selskab D omkvalificeres til en transparent enhed, hvilket betyder, at Danmark skal nægte fradrag, hvilket er en anden løsning sammenlignet med direktiverne.

Dette er et resultat af, at Danmark kun kan lovgive efter territorialprincippet, hvilket kan være en del af forklaringen for forskellen i løsningerne mellem direktiverne og SEL § 2 A. Her

har Danmark kun mulighed for at tilpasse sig den kontraherende stats kvalifikation. Det skal dog bemærkes, at ovenstående eksempel kan resultere i, at direktiverne og SEL § 2 A, ender i samme resultat, hvis DBO'en angiver, at Danmark er den stat hvor enheden ikke er hjemmehørende.

For at opsummere på dette afsnit adskiller de danske værneregler sig fra direktiverne, da værnereglerne omhandler at der sker omkvalificering, mens direktiverne går direkte ind og eliminere et fradrag. Dette gør, at direktiverne fremstår mere vidtgående, da disse ikke kræver opfyldelse af samme betingelser, før de kan benyttes. Der er eksempelvis i betingelserne for omkvalificering efter SEL § 2 A, et krav om, at der skal være koncernforbundne selskaber. Dette kræver direktiverne ikke, hvorfor direktiverne kan benyttes i flere situationer end SEL § 2 A og direktiverne derfor kan anses for værende skærpende for enheden. Da Danmark er medlem af EU, resulterer dette også i, at direktiverne ønsker at sikre det indre markeds konkurrence, hvorfor værnereglerne og direktiverne typisk ender i samme resultat, da interesserne er ens i forbindelse med at skabe så gunstig en skatteposition som mulig. Hvis scenariet var omvendt, og Danmark ikke var medlem af EU, ville der derfor være flere løsninger, hvor der var forskelle i resultaterne.

4.5. EU-direktiver til L28

4.5.1. Overordnet indholdsmæssig sammenligning

I dette afsnit vil der, som i afsnit "4.4. Direktiver til gældende dansk ret" blive opstillet sammenligningspunkter efter de fire situationer, behandlet i direktiverne.

4.5.1.1. Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget

Som nævnt ovenfor, behandler direktiverne situationen, hvor der sker fradrag men ingen beskatning i den kontraherende stat. Direktivernes løsning er at give hjemmel til, at betalingsstaten nægter fradraget. Hvis betalingsstaten vælger, ikke at gøre dette, får den stat, hvor enheden er hjemmehørende, tilladelse til at indregne et beløb af samme størrelse som betalingen, i beskatningsgrundlaget.

I SEL § 8 D, stk. 2 foreslås regler mod et hybridt mismatch, som fører til fradrag uden medregning i den kontraherende stat. Løsningen på disse situationer er, at selskaber og foreninger, mv. ikke kan opnå fradrag for betalinger, hvis et hybridt mismatch resulterer i fradrag uden medregning i indkomst i den kontraherende stat.

I dette situation er der ingen forskelle mellem løsningen i direktiverne sammenlignet med bestemmelsen i L28.

4.5.1.2. Dobbelt fradrag

Som beskrevet tidligere, omhandler direktiverne også situationen, hvor et hybridt mismatch resulterer i dobbelt fradrag. Her er løsningen, at fradraget bliver underkendt i enhedens hjemmehørende medlemsstat og hvis fradraget ikke bliver underkendt i denne medlemsstat, skal fradraget nægtes i den kontraherende stat.

I det danske lovforslag L 28, er løsningen på dobbelt fradrag foreslået i SEL § 8 D, stk. 1, nr. 1. I SEL § 8 D, stk. 1, 1. pkt. er løsningen, at selskaber samt foreninger ikke kan opnå fradrag i Danmark, hvis der opstår et hybridt mismatch, som resulterer i, at der sker dobbelt fradrag af samme betaling i to lande.

I denne situation er løsningerne forholdsvis ens. Dog er situationen, hvis enheden ikke er hjemmehørende i Danmark, men moderselskabet i stedet er, at løsningerne er forskellige. Her ville direktiverne give hjemmen til at nægte fradrag til den kontraherende stat, hvor L 28 automatisk ville give den til Danmark. Årsagen til denne forskel skal ses i lyset af, at Danmark kun kan lovgive inden for egen juridiske jurisdiktion ifølge territorialprincippet.

4.5.1.3. Omvendte hybride mismatches

Direktiverne omfatter også omvendte hybride mismatches. Løsningen er her, at omvendte hybride mismatches skal anses for værende hjemmehørende i den medlemsstat, hvor de anses for et selvstændigt skattesubjekt.

L28 har, som nævnt tidligere i afhandlingen, beholdt den allerede eksisterende bestemmelse SEL § 2 C, der dog bliver udvidet til også at gælde en større kreds af enheder og filialer i

Danmark. Dette betyder, at de bestemmelser, som er redegjort for i afsnit "2.1.2. Den gældende SEL § 2 C", finder anvendelse. Hvis disse bestemmelser er opfyldt, vil det resultere i, at den transparente enhed bliver omkvalificeret til et selvstændigt skattesubjekt i Danmark. Der er derfor ingen forskelle mellem direktiverne og det nye lovforslag L 28 omkring situationen hvor der er omvendte hybride mismatches.

4.5.1.4. Hjemmehørende i to stater

Direktiverne forholder sig til, når der sker mismatch, fordi at enheden er skattemæssigt hjemmehørende i to stater. Løsningen er, at den stat, som er medlemsstat af EU, må nægte fradrag. Hvis begge stater er medlemsstater, skal den medlemsstat, hvor skattesubjektet ikke er hjemmehørende, jævnfør DBO'en mellem de to stater, nægte fradrag.

I SEL § 8 E, stk. 1, 1. pkt., fastslås, at selskaber, foreninger mv., der også er skattemæssigt hjemmehørende i et andet land end Danmark, ikke kan opnå fradrag i Danmark, hvis der sker fradrag for samme betaling i det kontraherende land. I SEL § 8 E, stk. 2 er der dog en undtagelse til ovenstående foreslåede regel. Ifølge SEL § 8 E, stk. 2, kan der foretages fradrag, hvis det andet land er et EU-land og selskabet anses for at være hjemmehørende i Danmark ifølge en DBO mellem Danmark og det pågældende EU-land. Resultatet her vil derfor være at fradraget bliver nægtet i det andet EU-land.

I forhold til denne situation er der ingen forskelle mellem direktiverne og det nye lovforslag L 28.

For at opsummere dette afsnit er der altså stor lighed mellem direktiverne og L 28. Dette skyldes, at L 28 er skabt ud fra direktiverne og derfor er resultatet af implementeringen af direktiverne.

4.6. Gældende dansk ret til L 28

4.6.1. Overordnet indholdsmæssig sammenligning

I dette afsnit vil der blive lavet en sammenligning mellem den gældende danske ret vedrørende hybride mismatches og det nye lovforslag L28 vedrørende hybride mismatches.

Sammenligningen vil blive fokuseret omkring de fire situationer, der udgjorde direktiverne og som er lovforslagets fundament.

4.6.1.1. Fradrag, uden medregning i beskatningsgrundlaget

SEL § 8 D, stk. 2 omhandler regler mod et hybridt mismatch, som fører til fradrag uden medregning i den kontraherende stat. Løsningen på disse situationer er, at selskaber og foreninger mv. ikke kan opnå fradrag for betalinger i Danmark.

I gældende dansk ret benyttes SEL § 2 A til situationer, der omhandler hybride mismatches, hvor der sker fradrag, men ingen medregning i beskatningsgrundlaget. Løsningen er her, at der sker en omkvalificering af skattesubjekt, så det stemmer overens med den kontraherende stats fortolkning af enheden og fradraget dermed bliver nægtet i Danmark.

I denne situation, vil resultatet af L 28 og gældende ret ved benyttelse af SEL § 2 A være, at der nægtes fradrag i Danmark. Man kunne derfor fristes til at undre sig over, hvorfor der var et behov for at ændre i de danske værnsregler. Vejen til resultatet er dog forskellig i de to måder at løse situationen på. Det er tydeligt, at L 28 er en implementering af direktiverne eftersom der her ikke sker en omkvalificering, men i stedet en eliminering af fradraget, hvilket er overensstemmende med direktiverne samt BEPS-projektets anbefalinger. Modsat L 28 foretager SEL § 2 A en omkvalificering, så længe betingelserne herfor er opfyldt. At L 28 ikke behøver opfylde betingelser for at blive benyttet, betyder også, at L 28 kan bruges i flere situationer end SEL § 2 A. Dette betyder samtidig, at den enkelte enhed vil anse L 28 for værende skærpende sammenlignet med SEL § 2 A, da der i samme omfang ikke kræves lige så meget for, at der kan opstå en skærpende effekt for enheden.

4.6.1.2. Dobbelt fradrag

I det danske lovforslag L 28, er løsningen på dobbelt fradrag foreslået i SEL § 8 D, stk. 1, nr. 1. Løsningen er, at selskaber samt foreninger ikke kan opnå fradrag i Danmark, hvis der opstår et hybridt mismatch, som resulterer i, at der sker dobbelt fradrag af samme betaling i to lande.

I gældende dansk ret, vil der benyttes SEL § 2 A til at løse sådan en situation. Løsningen er her, at der sker en omkvalificering af skattesubjekt, så det stemmer overens med den kontraherende stats fortolkning af enheden, såfremt de tre betingelser er opfyldt og fradraget dermed bliver nægtet.

Resultatet i denne situation er igen ens mellem L 28 og de danske værnsregler. Der sker her en omkvalificering ved at benytte værnsreglerne, mens L 28 eliminerer fradraget i Danmark uden at kræve betingelser opfyldt. Samme argumentation kan igen benyttes, da L 28 ikke er lige så kompleks som SEL § 2 A. Selvom resultaterne er ens, ender L 28 som værende mere opdateret og dækkende i forhold til direktiverne, da direktiverne er lige så vidtgående som L 28.

4.6.1.3. Omvendte hybride mismatch

Som beskrevet i projektet benytter L28 den allerede eksisterende bestemmelse SEL § 2 C, der dog bliver udvidet til også at gælde en større kreds af enheder og filialer i Danmark. Derfor er forskellen på gældende ret og lovforslaget, at SEL § 2 C i L 28 indebærer indirekte ejere, der også indirekte kan eje mere end 50 % af stemmerettigheder og/eller kapital. Her vises det igen, hvordan L 28 udvider mængden af omfattede situationer. Denne udvidelse sker i henhold til direktiverne, men stemmer overens med resten af L 28s mere udvidende omfang.

For at opsummere på dette afsnit fremgår det, at resultaterne i de pågældende situationer hvor de eksisterende værnsregler kan gøres gældende, er ens med L 28. L 28 er dog mere udvidende og benytter ikke samme omkvalificering som værnsreglerne benytter. Dette gør, at L 28 ikke fremstår kompleks på samme måde som de eksisterende værnsregler, da der ikke skal tages højde for opfyldelse af samme betingelser.

I forhold til selve analysen er der nu belyst de nødvendige forskelle og ligheder for behandlingen af afhandlingens konklusion. Det er blevet bearbejdet hvorvidt der er forskelle mellem de eksisterende værnsregler og hvorvidt der har været et behov for L 28 i den danske skattelovgivning, som ville kunne stemme mere overens med direktiverne og BEPS-projektet. Samtidig er transformationen fra anbefalingerne ud til direktiverne, der er lavet til L 28, blevet belyst, så det kan vurderes og konkluderes, hvor og hvorfor forskelle opstår.

5. Konklusion

På baggrund af afhandlingens bearbejdning af BEPS-projektet Action Point 2 vedrørende hybride mismatches, EU-direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU, de danske værnregler §§ 2 A, 2 B og 2 C samt det danske lovforslag L 28 kan konkluderes følgende:

Hybride mismatches har mulighed for at opstå, da de nationale skatteregler ikke er totalharmoniseret, hvilket kan resultere i kvalifikationskonflikter. Dette er en konsekvens af, at verden bliver mere og mere globaliseret, hvor forretninger går på tværs af landegrænser. Dette problem har BEPS-projektet forsøgt at håndtere i sin Action Point 2, der omhandler anbefalinger til at løse situationer med hybride mismatches. Det resulterer i, at der sker fradrag, men ingen medregning i kontraherende stats beskatningsgrundlag, dobbelt fradrag, eller indirekte dobbelt fradrag. Disse anbefalinger har EU-Kommissionen valgt at støtte og derfor udstedt to direktiver, som er inspireret af anbefalingerne. Dette medfører, at der skal ske en implementering i dansk ret af direktiverne, hvilket har resulteret i lovforslag L 28. Afhandlingen har derfor haft til mål at undersøge hvorledes L 28 efterlever BEPS anbefalingerne vedrørende hybride mismatches. Dette skulle ske med understøttelse fra problemstillingerne, som omhandler hvordan selskabsskattelovens værnregler stemmer overens med BEPS projektet, hvordan L28 lever op til direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU, samt om direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU er på linje med BEPS.

På baggrund af analysen kan det konkluderes, at der er forskelle og ligheder mellem de danske værnregler og BEPS-projektet. Bestemmelserne og anbefalingerne har samme formål, som går ud på at sikre, at der sker symmetrisk beskatning. Måden hvorpå dette formål opfyldes sker dog via forskellige løsninger, hvor eksempelvis nægtelse af fradrag gives til modsatte stater. Bestemmelserne sikrer formålet ved, at der sker en omkvalificering af enheden, så den stemmer overens med den kontraherende stats betragtning af enheden, mens anbefalingerne blot anbefaler hvilken stat, der skal have hjemmel til enten at nægte fradrag eller modtage beskatningsretten. Resultatet af værnreglerne og anbefalingerne er ens, med undtagelse af situationen hvor der sker dobbelt fradrag. At en omkvalificering sker i værnreglerne og ikke i anbefalingerne gør, at værnreglerne vurderes mere komplekse end BEPS' anbefalinger, herunder at værnreglerne kun kan benyttes hvis de omfattede selskaber

er koncernforbundne, hvilket ikke er inddraget i BEPS-anbefalingerne. At værnreglerne kræver, at de omfattede selskaber er koncernforbundne må samtidig antyde, at BEPS-anbefalingerne er mere vidtgående og omfatter flere konstruktioner end kun koncernforbundne selskaber. Værnsreglerne og anbefalingerne har, udover formålet, også tilfælles, at de kræver grænseoverskridende informationsdeling, da der er behov for kendskab til den kontraherende stats kvalifikation af enheden. Derfor kan de danske værnregler og BEPS' anbefalinger vedrørende hybride mismatches konkluderes at være overensstemmende i mindre grad, hvor at de danske værnregler er komplekse, mens BEPS-anbefalingerne er mere vidtgående.

Det kan ydermere konkluderes, at der er minimale forskelle mellem det danske lovforslag L 28 og direktiverne. Den eneste forskel, udledt af analysen, er når der sker dobbelt fradrag, i det tilfælde, hvor moderselskabet er hjemmehørende i Danmark. Der skal, som nævnt tidligere i afhandlingen, tages forbehold for den endelige implementering, og L 28 derfor stadig kan blive ændret i et mindre omfang. På trods af ovenstående forskel vedrørende dobbelt fradrag, må det konkluderes, at L 28 lever op til at implementere direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU korrekt.

I forhold til hvordan direktiverne 2016/1164/EU og 2017/952/EU lever op til BEPS anbefalingerne, er der forskelle og ligheder. Direktiverne og BEPS har overordnet samme formål, da begge forsøger at udhule de skattemæssige huller, som opstår grundet kvalifikationskonflikter. EU-Kommissionens reelle formål med direktiverne er dog at sikre, at det indre markeds konkurrenceevne ikke svækkes af skatteplanlægning, hvorfor også flere af direktivernes løsninger adskiller sig fra BEPS' anbefalinger i forhold til hvem der skal have fradragsretten eller beskatningsretten ved et hybridt mismatch. Derfor bærer direktiverne også præg af, at interesserne er i mindre grad forskellige i forhold til anbefalingerne. Derudover ses det også, at direktiverne igennem inspirationen fra BEPS ender med at lovgive på et område, som omfatter fast driftssted i tredjelande, der altså ikke er medlem af EU, hvilket gør, at der kan stilles spørgsmålstegn ved, hvordan territorialprincippet opfyldes her. Det er dog på nuværende tidspunkt ikke muligt at vurdere, hvad denne overskridelse af territorialprincippet vil betyde.

Endeligt må det, i forbindelse med at besvare afhandlingens problemformulering, vurderes hvorvidt det danske lovforslag L 28 er i overensstemmelse med BEPS-projektet. L 28 er blevet lavet på baggrund af implementeringen af direktiverne, hvorfor det tidligere er konkluderet, at direktiverne og L 28, i høj grad, stemmer overens. Derfor bør L 28, i udgangspunktet, også stemme overens med BEPS' anbefalinger. Der er dog enkelte forskelle mellem L 28 og BEPS-anbefalingerne. L 28 har stadig SEL § 2 C, som henvender sig til omvendte hybride mismatches, som i de nuværende værnsregler omkvalificerer enheden. SEL § 2 C er dog blevet udvidet til også at dække indirekte ejere, hvilket er i tråd med BEPS-anbefalingernes mere vidtgående træk sammenlignet med de danske værnsregler. Udover SEL § 2 C løser de nye bestemmelser i L 28 ikke hybride mismatches ved at omkvalificere enheden, men eliminerer eller tildeler beskatnings- og fradragsret på samme måde som BEPS-projektets anbefalinger.

Det må afslutningsvis konkluderes, at L 28 efterlever BEPS-projektets anbefalinger i høj grad. Det er tydeligt igennem afhandlingens bearbejdning, at der har været et behov for at være i stand til at harmonisere de nationale skatteregler i højere grad end de har været indtil BEPS-projektet blev udgivet. Derfor har det også været naturligt at vurdere, hvorvidt de eksisterende værnsregler har kunne efterleve de krav, direktiverne har sat til nationale værnsregler, og i særdeleshed om værnsreglerne har efterlevet BEPS-anbefalingerne på tilstrækkelig vis. Det er konkluderet ovenfor, at disse værnsregler i mindre grad efterlever BEPS-anbefalingerne, hvorfor det nye L 28 er et stort skridt tættere på at være harmoniseret BEPS-anbefalingerne.

6. Perspektivering

Afhandlings resultat er, at lovforslaget L 28 efterlever BEPS-projektet i høj grad. Et væsentligt element i forbindelse med at kunne benytte L 28, BEPS-projektets anbefalinger samt direktiverne er, at vide hvornår der opstår en kvalifikationskonflikt. Det er en nødvendighed, at staterne har et overblik over hvordan samme enhed bliver anset i den kontraherende stat, hvorfor at grænseoverskridende informationsdeling er nødvendigt for at kunne benytte løsningerne korrekt. Det kan overvejes, hvorvidt dette kan være et problem, hvis der ikke kommer efterfølgende regler vedrørende dette, i form af et direktiv eller yderligere anbefalinger i BEPS-projektet. Dette ville være en mulighed til en eventuel anderledes

afhandling, som omhandlede en vurdering af det nuværende informationsniveau på tværs af landegrænser, for at afhjælpe skatteplanlægning.

I forlængelse af afhandlingens emne har det også været en nødvendighed at overveje, hvorvidt BEPS-projektets anbefalinger skal tolkes som værende proaktive i forhold til skatteplanlægning, der indebærer hybride mismatches eller om anbefalingerne bærer præg af at være løsninger, der har det formål at lukke allerede udforskede huller i skattelovgivningen. Det må vurderes, at skat altid vil være en faktor, som visse skatteyder ønsker at få sænket, hvorfor det må anses som værende svært at arbejde præventivt i forhold til at få lukket alle huller i skattelovgivningen, der kan give anledning til skatteplanlægning.

7. Litteraturliste

7.1. Bøger

- Schmidt, P. K., Tell, M., Weber, K. D., (2015): International skatteret – i et dansk perspektiv. Hans Reitzels Forlag. → (Schmidt, Tell & Weber, 2015, s. ??)
- Michelsen, A., Askholt, S., Bolander, J., Engsig, J., Madsen, L., Laursen, A.N., Jeppesen, I.L., (2015): Lærebog om indkomst skat. Jurist- og Økonomforbundets Forlag → (Michelsen, Askholt, Bolander, Engsig, Madsen, Laursen & Jeppesen, 2015, s. ???).
- Sørensen, K. E., Nielsen, P. R., Danielsen, J. H., (2014): Uddrag af EU-retten. Jurist- og Økonomforbundets Forlag → (Sørensen, Nielsen & Danielsen, 2014, s. ??)
- Hansen, C. M., (2014): Retsvidenskabsteori. Jurist- og Økonomforbundets Forlag

7.2. Artikler

- Bundgaard, J., (2007): skattearbitrage & korrespondensprincip – Omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter

- Bundgaard, J., Schmidt, P., K., (2016): Anti-tax avoidance direktivet er nu en realitet – nye værnsregler og flere tvister i vente i EU (SR-SKAT 6/2016).

7.3. Hjemmesider

- <https://www2.deloitte.com/dk/da/pages/tax/articles/nye-regler-paa-hybride-mismatch.html>
 - Nye regler på hybride mismatch – eksisterende regler i SEL § 2 A – B udfases og 2 C udvides
- <https://uvm.dk/internationalt-arbejde/internationale-undersogelser/om-oecd>
 - Om OECD
- <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>
 - About the Inclusive Framework on BEPS

7.4. Andet

- OECD, (2017): Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2: 2015 Final Report. OECD Publishing, Paris.
- Rådets direktiv, (2016): 2016/1164/EU - om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion.
- Rådets direktiv, (2017): 2017/952/EU - om ændring af direktiv (EU) 2016/1164, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande
- Folketinget L 28, (2018): Forslag til Lov om ændring af selskabsskatteloven, lov om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud (EF-voldgiftskonventionen), momsloven og forskellige andre love. Folketingstidende

Ordoptælling

Statistik:

Sider	68
Ord	18.920
Tegn (ingen mellemrum)	106.003
Tegn (med mellemrum)	124.783
Afsnit	477
Linjer	2.010

Medtag fodnoter og slutnoter

OK