

Hybride finansieringsinstrumenter

En analyse af hybride finansieringsinstrumenter og SEL § 2 B samt overensstemmelsen med BEPS action 2

af ANDREAS MEINECHE ANDERSEN

Specialet tager udgangspunkt i en analyse af selskabsskattelovens (herefter SEL) § 2 B, som behandler indgående hybride finansieringsinstrumenter. Analysen danner grundlag for en yderligere analyse af overensstemmelsen mellem SEL § 2 B samt det nyligt lanceret BEPS projekts action 2 omkring neutralisering af hybride mismatches. I den sekundære analyse inddrages ligeledes EU Kommissionen forslåede Anti Tax Avoidance direktiv (herefter ATA direktivet). Ud fra specialets analyser kan en definition af begrebet hybride finansieringsinstrumenter udledes som værende, finansielle instrumenter der i et land skattemæssigt behandles som egenkapital, og i et andet behandles som gæld. Dette kan blandt andet medføre muligheden for dobbelt ikke-beskatning hos en international koncern ved udstedelse af lån til et datterselskab placeret i et andet land. For at undgå brug af sådanne arrangementer til brug for skattearbitrage søger SEL § 2 B, at sikre opretholdelsen af en symmetrisk beskatning internationalt. I en situation hvor et dansk selskab har gæld til et udenlandsk selskab og hvor gælden hos det udenlandske selskab betragtes som egenkapital, medfører SEL § 2 B at gælden hos det danske selskab ligeledes skal anses som egenkapital. Dette medfører, at eventuelle kurstab og rentebetalinger betragtes som udbyttelodninger. Herved undgås muligheden for dobbelt ikke-beskatning i form af fradrag hos det danske selskab for rentebetalingerne af et lån samtidig med at disse betalinger ikke vil blive inkluderet i det udenlandske selskabs skattepligtige indkomst, da de anses at udgøre datterselskabsudbytte. En af de mest diskuterede problemstillinger i forbindelse med fremgangsmåden i SEL § 2 B er retsvirkningen af bestemmelsen, som medfører en egentlig omkvalificering af transaktionen, hvilket også får betydning i forbindelse med øvrige skattemæssige sammenhænge, blandt andet tynd kapitaliseringsreglerne. Samtidig har metoden med, at der bliver taget udgangspunkt i et andet lands kvalifikation af transaktionen som herefter lægges til grund for det danske kvalifikation ligeledes været genstand for en del diskussion. Fremgangsmåden i forslaget fra BEPS action 2 bygger i stedet for en egentlig omkvalificering af transaktionen blot på en simpel fradragsnægtelse, hvis det kan udledes at transaktionen ellers vil medføre en situation med dobbelt ikke-beskatning. Hvis fremgangsmåden efter BEPS action 2 kan anses som fyldestgørende i forbindelse med bekæmpelse af skattearbitrage ved brug af hybride finansieringsinstrumenter, vil SEL § 2 B potentielt kunne anses som i uoverensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Samtidig vil forskellen i de to bestemmelers fremgangsmåde medføre nødvendighed for en fremtidig ændring af SEL § 2 B.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	3
FORORD	4
FORKORTELSER.....	4
1. EMNE OG AFGRÆNSNING.....	5
1.1. INDLEDNING	5
1.2. BEGRUNDELSE FOR VALG AF EMNE	5
1.3. PROBLEMFOMULERING	5
1.4. AFGRÆNSNING AF EMNE	6
2. METODE OG SYSTEMATIK.....	6
2.1. RETSKILDER	7
2.2. STRUKTUR.....	7
2.2.1. <i>Begreber</i>	7
2.3. KILDEKRITIK	8
3. HYBRIDE FINANSIERINGSINSTRUMENTER.....	8
3.1. HYBRID FINANSIERING OG KVALIFIKATIONSKONFLIKTER	8
3.1.1. <i>Hybride situationer</i>	10
4. GÆLDENDE RET.....	10
4.1. BETINGELSERNE FOR ANVENDELSEN AF SEL § 2 B	12
4.1.1. <i>Udsteders danske skattepligt</i>	13
4.1.2. <i>Gældsforholdet</i>	13
4.1.3. <i>Person eller selskab med bestemmende indflydelse</i>	14
4.1.4. <i>Gældsinstrumentet som egenkapital</i>	15
4.2. HJEMMEL TIL NÆGTELSE AF FRADRAG FOR RENTER.....	16
4.3. DANMARK I ROLLEN SOM SKATTERETLIG POLITIMAND.....	16
4.4. DEN OMVENDTE SITUATION	17
4.5. FORHOLDET TIL DOBBELTBESKATNINGSOVERENSKOMSTERNE.....	18
5. BEPS.....	19
5.1. DET OVERORDNEDE PROJEKT	19
5.2. BEPS ACTION 2	20
5.2.1. <i>Struktur og udgangspunkt</i>	21
5.2.2. <i>Anbefalingernes forholdsregler</i>	21
5.3. ANBEFALING 1.....	22
5.3.1. <i>Anbefalingens begreber</i>	23
5.3.2. <i>Anbefalingens anvendelsesområde</i>	24
5.3.3. <i>Underliggende koncernled</i>	25
5.3.4. <i>Det hybride udgangspunkt</i>	25
5.3.5. <i>Korrespondensprincippet</i>	25
5.4. IMPLEMENTERING OG RETSKILDEVÆRDI	26
6. ANTI-TAX AVOIDANCE DIREKTIVET	26
6.1. ATA DIREKTIVETS ART. 10	27
7. EN SAMMENLIGNING AF SEL § 2 B, BEPS ACT. 2 OG ATA DIREKTIVET	28
7.1. RETSVIRKNING	28
7.2. ANVENDELSESOMRÅDE.....	29
7.2.1. <i>Geografisk</i>	29
7.2.2. <i>Koncernmæssigt</i>	30
7.3. GENSIDIG INFORMATIONSDELING	30
7.4. DEFINITIONER.....	31

8. DE SAMFUNDSØKONOMISKE BETYDNINGER OG KONSEKVENSER.....	31
8.1. SKATTESYSTEMET OG SKATTEPLANLÆGNING	32
9. SELSKABSSKATTENS KONSEKVENSER	34
9.1. SELSKABSSKATTENS BETYDNING	35
9.2. DEN MEST FORVRIDENDE SKAT.....	36
9.3. FINANSIERING AF INVESTERINGER - LÅN KONTRA EGENKAPITAL	37
9.3.1. <i>Skattemæssig ligestilling</i>	38
9.3.2. <i>Fradrag for forrentning af egenkapital</i>	38
9.3.3. <i>Neutralisering af incitamenterne bag hybride finansieringsinstrumenter</i>	39
9.4. SELSKABSSKATTENS PROVENU.....	39
9.5. EN SELSKABSSKATTESATS PÅ NUL	40
9.5.1. <i>Selskabsskatten og de hybride finansielle instrumenter</i>	41
10. KONKLUSION	42
11. PERSPEKTIVERING	44
12. LITTERATURLISTE.....	45

Abstract

This thesis concerns hybrid financial instruments and the Danish corporate tax law section 2 B. The purpose is to analyse the accordance between the corporate tax law section 2 B and the recently issued international project - Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Furthermore, the analysis includes the European Commissions' proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive. Likewise, a socio-economic analysis of the Danish corporate tax is made with focus on the possibility to eliminate the corporate tax.

The development of national tax rules may not have kept pace with the constantly changing international business environment. Hybrid financial instruments is a great example hereof. As they by a different characterisation in domestic laws produces a tax benefit in a cross border arrangement. In this way financial instruments can be used for tax arbitrage. The rules and recommendations in SEL § 2 B, BEPS act. 2 and the Anti-Tax Avoidance Directive all have the same purpose – to eliminate hybrid mismatches by introducing rules linking the tax treatment of a cross border transaction in one jurisdiction to the treatment in the other jurisdiction. A potential and well-known consequence of such a mismatch is an outcome of a deduction in the jurisdiction of the payer while the payment isn't included in taxable income in the jurisdiction of the payee – a D/Ni outcome.

Yet the problem is both how to successfully achieve such linking rules and still keep the reach of the rules within the principle of proportionality. This is particular relevant to discuss in the terms SEL § 2 B where the legal effect is a potential reclassifying of the characterisation of the instrument. Contrary to BEPS which only recommends a refusal of deduction or require the payment included in the taxable income if it is deductible in the contrary jurisdiction. As a third option the Anti-Tax Avoidance Directive neutralise mismatches by linking the characterisation of the payment in the jurisdiction of the payee with the characterisation in jurisdiction of the payer. Compared to BEPS - the Danish SEL § 2 B is deemed to maybe go beyond the principle proportionality if BEPS act. 2 is confirmed to neutralize the mismatches by only denying deduction or demand inclusion. Furthermore, a question could exist on how jurisdictions confirm the tax treatment in the contrary jurisdiction. It could possibly be easy for member states – but surely a bigger challenge when concerning third country arrangements.

Mismatch arrangements are concluded to take advantage of differences in domestic law and in the end use it to achieve overall tax benefits. Not surprisingly this affects the total yield nationally as well as internationally. Therefore, a discussion of the corporate tax is made – with no corporate tax there would be no incentive for companies to use tax planning and tax arbitrage. Furthermore, some economist states corporate tax as the most distorted tax. That is why a socio-economic analysis of the corporate tax is made.

Forord

Dette speciale er udarbejdet med henblik på erhvervelse af graden Cand.merc.(jur.) ved Aarhus School of Business and Social Sciences, Aarhus Universitet.

Specialet behandler et af skatterettens aktuelle og komplekse emner: Hybride finansieringsinstrumenter. Det forudsættes derfor, at læseren har en vis almen juridisk- og økonomisk viden. Specialet tager afsæt i dansk og international skatteret samt samfundsøkonomi på et nationalt såvel som internationalt plan.

Materiale offentliggjort efter den 31. maj 2016 er ikke medtaget.

Aarhus, den 31. maj 2016
Andreas Meineche Andersen

Forkortelser

Oversigt over forkortelser anvendt i afhandlingen:

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (Erodering af skattebasen og overførsel af overskud)
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
D/NI	Deduction/No Inclusion (En situation hvor en betaling medfører fradrag i en stat samtidig med, at betalingen ikke inkluderes i den skattepligtige indkomst i den anden stat)
KSL	Kildeskatteloven
KGL	Kursgevinstloven
L	Lovforslag
LBKG	Lovbekendtgørelse
LL	Ligningsloven
MDBO	OECD's Modeloverenskomst for dobbeltbeskatningsoverenskomster
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisationen for økonomisk samarbejde og udvikling)
SEL	Selskabsskatteloven
SL	Statsskatteloven
TEUF	Traktaten for Den Europæiske Unions Funktionsmåde

1. Emne og afgrænsning

I dette speciale undersøges de danske skatteregler vedrørende hybride finansieringsinstrumenter og deres overensstemmelse med anbefalingerne i det internationale BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) projekt. Der tages udgangspunkt i selskabsskattelovens § 2 B, BEPS projektets action 2 omkring hybride mismatch arrangementer samt EU Kommissionens Anti-Tax Avoidance Directive.

1.1. Indledning

I mange år har verdens lande været fokuseret på udvikling af egne nationale skatteregler. Alt sammen med intention om, at værne om eget skatteprovenu samt egen velfærdsstat. Alt i mens, at internationale koncerner omvendt udnytter de individuelle landes nationale skatteregler på tværs af grænser. På grund af manglende samarbejde, overensstemmelse og hensyn til hinandens nationale lovgivninger, kan internationale koncerner opnå flere forskellige former for skattefordele. Vel at bemærke er, at de skabte skattefordele sker i fuld overensstemmelse med den gældende skattelovgivning hos de implicerede lande. Som eksempel herpå kan nævnes hybride finansieringsinstrumenter. Disse instrumenter er netop kendetegnet som genstand for en sådan forskelligartet skatteretlig kvalifikation hos de implicerede stater i en grænseoverskridende transaktion. En del af essensen hos disse instrumenter er samtidig også, at de som udgangspunkt kan betragtes som i overensstemmelse med de nationalt gældende skatteregler. Hybride finansieringsinstrumenter er derved blevet endnu en udfordring i forbindelse med den internationale kamp mod skatteplanlægning og skattearbitrage. Dette er samtidigt en af grundene til, at hybride finansieringsinstrumenter og de afledte kvalifikationskonflikter er blevet genstand for et af BEPS initiativets 15 arbejdspunkter. Ydermere har EU Kommissionen pr januar 2016 fremsat forslag til et Anti-Tax Avoidance Direktiv, hvori værneregler imod hybride finansieringsinstrumenter også udgør et væsentlig omfang. Danmark har dog allerede, før overvejelserne i både BEPS og Anti-Tax Avoidance direktivet, indført en bestemmelse de danske skatteregler til værn mod hybride finansieringsinstrumenter. Denne værnregel findes i selskabsskattelovens § 2 B. Det er en analyse af nærværende bestemmelse, samt dens overensstemmelse med tiltagene fra henholdsvis både BEPS initiativet samt Anti-Tax Avoidance direktivet, som vil danne grundlag for dette speciale.

1.2. Begrundelse for valg af emne

Den stigende samfundsmæssige interesse samt det internationale ønske om at bekæmpe skatteunddragelse og samtidig opnå en fair beskatning, har medført en strøm af nye internationale tiltag. Samtidig optræder endnu kun et beskedent omfang af systematiske analyser og perspektiveringer af disse i forhold til hybride finansieringsinstrumenter. Hvorfor den hovedsagelige begrundelse for valg af område må bero på emnets yderste relevans samt et ønske om bidrag til den faglige, og ikke mindst den skatteretlige diskussion.

1.3. Problemformulering

Formålet med denne afhandling er, at foretage en analyse af selskabsskattelovens § 2 B og dens overensstemmelse med BEPS projektets action 2 om neutralisering af hybride mismatch. Sekundært analyseres selskabers brug af hybride finansieringsinstrumenter samt de samfundsøkonomiske konsekvenser heraf.

Til at underbygge teorien og samtidig udgøre afhandlingens fundament, søges følgende underspørgsmål besvaret:

- Hvordan defineres hybride finansieringsinstrumenter ifølge SEL § 2 B?
- Er SEL § 2 B i overensstemmelse med anbefalingerne fra BEPS Action 2 i forhold til bekæmpelse af kvalifikationskonflikter?
- Hvilken betydning har selskabsskatten for det nationale samfund?

1.4. Afgrænsning af emne

Grundet specialets omfangsmæssige begrænsninger lægges følgende afgrænsning til grund:

Da en udtømmende gennemgang af hybride finansieringsinstrumenter ikke er mulig, indeholder dette speciale ikke nærmere overvejelser om den skattemæssige behandling af hybrid finansiering uden for tilfælde af koncernintern skattearbitrage omfattet af SEL § 2 B. Der afgrænses derfor positivt til udelukkende, at analysere hybride finansielle instrumenter, hvilke kan kategoriseres som enten gæld eller egenkapital. Emnets sammenspil med EU-retten, herunder moder/datterselskabsdirektivet og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne behandles kun perifert, og vil ikke indgå yderligere i specialets analyse eller diskussion. Der afgrænses ligeledes fra en gennemgang af de fremsatte BEPS forslag til ændring af modeloverenskomsten samt de indgåede DBO'er. Samme afgrænsning gælder for analyse og diskussion af retskildehierarkiet mellem de internationale tiltag. Ydermere vil en gennemgang af långivers potentielle begrænset skattepligt til Danmark samt begrebet retmæssige ejer ikke være omfattet.

Ligeså afgrænses der fra undersøgelse af reglerne for transfer pricing, CFC beskatning samt reglerne til begrænsning af rentefradragsret og tynd kapitalisering i SEL §§ 11, 11 B og 11 C. Samtidig afgrænses der fra en analyse af koncerninterne tilskud i SEL § 31 D samt kildeskat i forbindelse med de hybride finansieringsinstrumenter. Slutteligt afgrænses der fra en analyse af implementeringen af BEPS.

2. Metode og systematik

Specialets primære analyse foretages med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode til at systematisere, beskrive og fortolke samt analysere gældende ret.¹ Retsdogmatikken anvendes til, at analyser overensstemmelsen af SEL § 2 B og forslagene fra BEPS action 2. Til at opfylde kravet omkring specialets tværfaglighed samt en sammenkobling mellem jura og økonomi anvendes retsøkonomi som supplement til den retsdogmatiske analyse til, at forklare økonomiske konsekvenser og implikationer af konkrete regler. Den stigende globalisering og vækst sætter ofte fokus på økonomiske forhold, hvilket medfører, at der stilles flere økonomiske krav i den juridiske verden. Dermed opstår både behov og grundlag for de økonomiske analyser af retten (retsøkonomi).² Ydermere tager den samfundsøkonomiske analyse karakter af en retspolitisk analyse til at forklare selskabsskattens betydning for samfundet.³

Det skal imidlertid understreges, at specialet ikke har til formål at udlede de lege ferenda. Men udelukkende, at analysere og diskutere gældende national ret (de lege lata) og dens overensstemmelse med anbefalingerne fra BEPS. Ydermere skal det tilføjes, at den retspolitiske analyse ligeledes ikke tilsigter, at udlede den perfekte selskabsbeskatning men udelukke at opstille en diskussion af dens nuværende udformning og betydningerne heraf. Den samfundsøkonomiske analyse sker med afsæt i et paradigme om økonomisk efficiens.

¹ Tvarnø m.fl., 2014, *Retskilder og Retsteorier*, s. 30

² *Ibid.*: s. 485

³ *Ibid.*: s. 484

2.1. Retskilder

Indkomstbeskatning er i Danmark nationalt funderet og reguleres derfor af de danske retskilders omfattende lovgivning med tilhørende bekendtgørelser, administrative forskrifter m.v. Indkomstbeskatningens nationale karakter er dog fraveget i forbindelse med EU-retten, hvor der foreligger hjemmel til en direktivbaseret EU-harmonisering af indkomstskatten, navnlig selskabsskattebeskatningen.⁴ Skatteretlige problemstillinger med karakter af internationale aspekter reguleres derved af følgende tre regelsæt; intern dansk skatteret, dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og EU-retten.⁵ De mange retskilder og regelproducenter, som findes i forbindelse med dansk skatteret, kan vanskeliggøre søgen på gældende ret.⁶

Specialets analyse tager udgangspunkt i den danske selskabsskatte-lovs § 2 B, med inddragelse af andre relevante retskilder fra den danske skatteret, blandt andet i forbindelse med definering af begreber. Til analysen af konsensus mellem den nuværende udformning af SEL § 2 B og de nyligt introducerede anbefalinger fra BEPS, tages der primært afsæt i rapporten *BEPS Action 2 - Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Final Report* (herefter rapporten).

Der er undervejs i specialets fodnoter henvist til litteratur, artikler og lovforarbejder, hvortil der kan findes uddybende oplysninger herom i litteraturlisten.

2.2. Struktur

Specialet vil indledningsvist redegøre for den skatteretlige problemstilling i forbindelse med hybride finansieringsinstrumenter. Dette vil blive efterfulgt af en analyse og diskussion af SEL § 2 B med henblik på, at fastsætte gældende national ret. Hvorefter at analysen efterfølgende tager udgangspunkt i de fremsatte anbefalinger fra BEPS. Dernæst udledes en analyse og diskussion af overensstemmelsen mellem SEL § 2 B og BEPS anbefalingerne. Herefter foretages en relevant analyse af de hybride finansieringsinstrumenters samt selskabsskattens samfundsøkonomiske betydning. Dette er med henblik på opfyldelsen af specialets krav om tværfaglighed. Heraf diskuteres desuden konsekvenserne ved en mulig afskaffelse af selskabsskatten. Afslutningsvist udledes en samlet konklusion af specialets analyser samt en dertilhørende relevant perspektivering.

2.2.1. Begreber

”Hybrid mismatch arrangements” og ”hybrid mismatches” oversættes med ”hybride kvalifikationskonflikter”. Alle tre udtryk anvendes løbende gennem specialet, hvilket bidrager til variation samt en afvekslende læsning. Ved brug af begrebet ”arrangementer” henvises udelukkende i specialet til arrangementer indeholdende hybride finansieringsinstrumenter. Begreberne ”lande” og ”stater” anses for at have samme betydning og anvendes skiftevis gennem afhandlingen for ligeledes at sikre et alsidigt samt afvekslende udgangspunkt.

Til beskrivelse af OECD og G20 landenes projekt Base Erosion and Profit Shifting, benyttes forkortelsen BEPS. Oversættelsen af projektets titel vil være ”udhuling af skattegrundlaget og overførsel af overskud”. Alternativt benyttes oversættelsen ”Erodering af skattebasen og flytning af profit uden den indkomstskabende aktivitet”. I forbindelse med gennemgang og analyse af forslagene fra BEPS rapporten, vil begreberne ”regler”, ”anbefalinger” og ”forslag” blive brugt løbende. Det er dog vigtigt, at bemærke BEPS rapportens forslag udelukkende

⁴ *Ibid.*

⁵ Michelsen, SR.1996.183, s. 1-2

⁶ *Ibid.*

udgør anbefalinger til efterfølgende implementering i national lov. Der er derfor ikke tale om retslige bindende regler førhen, at anbefalingerne er implementeret nationalt.

2.3. Kildekritik

Det kan i forbindelse med analysens udarbejdelse kritiseres, at der i væsentligt omfang primært kun inddrages litteratur af adjungeret professor, Jakob Bundgaard, i forbindelse med analysen af SEL § 2 B. Det kan i øvrigt kritiseres, at analysen af BEPS act. 2 udelukkende bærer præg af synspunkter fremsat i rapporten. Hertil kan dog tilføjes, at sådanne synspunkter endnu er udledt i bred forstand, hvilket formentlig bundes i en lancering af BEPS act. 2 rapporten under et halvt år forud for udarbejdelsen af dette speciale.

3. Hybride finansieringsinstrumenter

Følgende afsnit tager udgangspunkt i de skatteretlige problemstillinger foranlediget af hybride finansieringsinstrumenter. Der vil indledningsvist blive redegjort kort, for hvad begrebet indebærer, hvorefter en definition af øvrige relevante begreber søges klarlagt.

3.1. Hybrid finansiering og kvalifikationskonflikter

Den skatteretlige kvalifikation af selskaber og deres aktiviteter må antages at være et af den internationale såvel som nationale skatterets grundlæggende områder. En korrekt kvalifikation af både transaktioner og skattesubjekter må siges at være af afgørende betydning, når det kommer til beskatningsretten. Ved behandling af indtægter og udgifter er det skatteretlige udgangspunkt en symmetrisk beskatning. For udgifter betyder det således et fradrag for det betalende skattesubjekt, hvilket modsvares af en beskatning hos det modtagende skattesubjekt.⁷

Ved aktiviteter på tværs af landegrænser kan staters forskellige kvalifikation af transaktioner såvel som juridiske enheder, medføre et brist til ovenstående symmetri. En sådan afvigelse i to eller flere staters kvalifikation af samme enhed eller transaktion, betegnes som en *kvalifikationskonflikt*. Konsekvenserne af en eventuel kvalifikationskonflikt kan være mange. Dem man som udgangspunkt tilsigter at forhindre, er når konflikten medfører enten dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning. Problemstillingen omkring hybride mismatches har længe været kendt som et stigende problem inden for den internationale skatteret.

Aage Michelsen begrunder det øgede antal af kvalifikationskonflikter i den internationale skatteret med den stigende grad af internationalisering blandt de grænseoverskridende virksomhedsetableringer og kapitalbevægelser.⁸ Det er med tiden blevet nemmere og samtidig mere almindeligt for større virksomheder at etablere koncernstrukturer på tværs af grænser, og som en konsekvens heraf følger den stigende risiko for kvalifikationskonflikter. Som tidligere nævnt, udmærker kvalifikationskonflikter sig inden for flere områder. De kan både opstå i situationer, der omhandler kvalifikation af et skattesubjekt lige såvel som blot en konkret finansiel transaktion, hvor denne afhandling tager udgangspunkt i sidstnævnte. Om selskabers finansiering, som er genstand for en forskelligartede kvalifikation i de pågældende stater, bruges begrebet ”*hybrid finansiering*”. Alligevel synes en entydig juridiske definition af begrebet hybride finansieringsinstrumenter endnu ikke at kunne siges at eksistere. Jakob Bundgaard har i artiklen ”*Hybrid finansiering og international skatteret*” forsøgt overordnet at definere, hvad der forstås ved begrebet. Han tager udgangspunkt i virksomheders to grund-

⁷ Bolander & Madsen, UfR.2014B.385, s. 1

⁸ Michelsen, SREV.2007.5.9, s. 1

læggende finansieringsmuligheder, egenkapital og fremmede kapital, hvor hybride finansieringsinstrumenter skal ses som en finansieringsform beliggende i mellem de to yderpunkter.⁹ ”Selv om der ikke er tale om nogen entydig terminologi, kan hybrid finansiering siges at dække over finansieringsinstrumenter, som indeholder karakteristika fra såvel gæld som egenkapital.”¹⁰ Citatet henleder både til en nærmere definition af begrebet, samtidig med en henvisning til at problemet netop ligger i karakteriseringen som enten gæld eller egenkapital. Bundgaard fremhæver problemstillingen ved karakteriseringen med fremstilling af muligheden for, at der både kan være tale om et gældsinstrument som indeholder karakteristika af egenkapital, og omvendt.¹¹

I et hørings svar i forbindelse med indførelsen af SEL § 2 B, bad Dansk Industri (herefter DI) den daværende skatteminister om en uddybende definition af begrebet, da de anså det nødvendigt i forhold til tydeligt at kunne trække en grænse mellem hybride finansielle instrumenter og ”normale” finansielle instrumenter. Hertil svarede ministeren blot; ”Det er ikke muligt at angive en mere præcis definition af hybride finansieringsinstrumenter, når det pågældende hul skal lukkes effektivt.”¹² Herved begrundede ministeren, at bestemmelsen som værnregel har til formål at forhindre spekulation i mismatch mellem landes forskellige definitioner af begreberne gæld og egenkapital. Ydermere begrundes det, at en mere klar definition blot ville kunne udnyttes yderligere og hindre en effektiv hullukning. Peter Koerver Schmidt definerer hybride finansieringsinstrumenter ud fra følgende; ”Ved hybride finansieringsinstrumenter forstås i denne sammenhæng finansielle instrumenter, der i et land skattemæssigt behandles som egenkapital, og i et andet behandles som gæld.”¹³ Ovenstående definition er samtidig i tråd med definitionen fremstillet af Jens Wittendorff i bogen ”Skatteretten 3”.¹⁴ Ud fra et mere internationalt aspekt tages følgende i betragtning;

*”A hybrid transfer is any arrangement to transfer a financial instrument where, as a consequence of the economics of the transaction and the way it is structured, the laws of two jurisdictions take opposing views on who is the owner of the underlying return on the transferred asset.”*¹⁵

Ovenstående citat fremkommer i OECD rapporten om BEPS act. 2, ”Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements”, hvilken også anses som værende det endelige rapport i forbindelse med behandling af problemstillingen om hybride kvalifikationskonflikter. Citatet fremstiller OECD’s definition af en hybrid overførsel, hvilket defineres som overførsel hvor to stater modsat af hinanden antager, hvem der er ejeren af den underliggende tilbagebetaling i forbindelse med det overførte aktiv. I specialets omhandlende situationer vil det som udgangspunkt være et beløb overført fra et moderselskab til et datterselskab, og hvori det tilbagebetalt element vil udgøre enten renter eller udbytte. Det er netop kvalifikationen af sådanne renter kontra udbytte, som er et af hovedpunkterne ved kvalifikationskonflikterne, da kvalifikationen har afgørende betydning for, hvem der har beskatningsretten og derved opnår skatteprovenuet.

⁹ Bundgaard, SU.2006.391, s. 1

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² Citat, Skatteudvalget, L 110, Bilag 2, s. 8

¹³ Citat, Schmidt m.fl., 2015, *International Skatteret i et dansk perspektiv*, s. 409

¹⁴ Winther-Sørensen et al, 2013, *Skatteretten 3*, s. 318

¹⁵ Citat, OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2 - Final Report, s. 26. (Herefter: OECD (2015), Action 2 - Final Report)

3.1.1. Hybride situationer

Der vil i det efterfølgende blive belyst en række af de situationer, hvori hybride finansieringsinstrumenter opstår og bliver anvendt. Listen for eksempler på anvendelse og udnyttelse af landenes nationale og lovgivningsmæssige kvalifikationer er lang. Der vil derfor kun blive taget udgangspunkt i nogle af de mest gængse og hyppigst forekomne. Anbefalingerne fra det internationale BEPS projekt sigter mod 3 udfald i forbindelse med betalinger foretaget under et hybrid mismatch arrangement:¹⁶

- I. Betalinger der giver anledning til en situation med fradrag/ikke inkludering (D/NI).¹⁷ Situationer hvorved betalingen er fradragsberettigede for betaler og samtidig ikke er inkluderet i modtageren indkomsts opgørelse.
- II. Betalinger der giver anledning til en situation med dobbelt fradrag (DD).¹⁸ Situationer hvor betalingen resulterer i dobbelt fradrag for den samme betaling.
- III. Betalinger der giver anledning til en situation med indirekte fradrag/ikke inkludering (indirect D/NI).¹⁹ Situationer hvori betalingen efter betalers nationale lov er fradragsberettigede, og samtidig hos modtageren er udlignet af et fradrag fra et hybrid mismatch arrangement.²⁰

Herved illustreres effekten af selskabers benyttelse af hybride finansieringsinstrumenter. Hvoraf den skattemæssige fordel udledes at være enten dobbelt fradrag eller dobbelt ikke-beskatning. Både BEPS projektet samt de økonomiske effekt af ovenstående situationerne vil blive gennemgået nærmere i senere afsnit. Det efterfølgende afsnit vil i stedet kigge nærmere på gældende dansk ret inden for området for hybride finansieringsinstrumenter.

4. Gældende ret

Til fastsættelsen af gældende national ret tages der udgangspunkt i LBKG 2015-05-20 nr. 680 som er gældende selskabsskattelov (herefter SEL). Loven regulerer beskatning af selskaber, fonde og foreninger m.v. omfattet af den danske skattepligt. Inden for området for hybride finansielle instrumenter har man ved lov 2007-04-18 nr. 344 indsat følgende i SEL § 2 B:

”§ 2 B. Hvis et selskab eller en forening m.v. som nævnt i § 1 har gæld el.lign. til en person eller et selskab, som er hjemmehørende i udlandet, og fordringen m.v. efter udenlandske skatteregler anses for at være indskudt kapital, anses gælden m.v. ligeledes for at være egenkapital ved den danske indkomstopgørelse. 1. pkt. finder kun anvendelse, hvis den udenlandske person eller det udenlandske selskab har bestemmende indflydelse over selskabet, eller hvis selskaberne er koncernforbundne, jf. ligningslovens § 2.

Stk. 2. *Kvalifikation efter stk. 1 medfører, at selskabets rentebetalinger og kurstab anses for at være udbytteudlodninger.*

Stk. 3. *Stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse på selskaber omfattet af § 2, stk. 1, litra a og b.*²¹

¹⁶ *Ibid.*: s. 16

¹⁷ Eng.: Deduction / no inclusion (D/NI)

¹⁸ Eng.: Double deduction (DD)

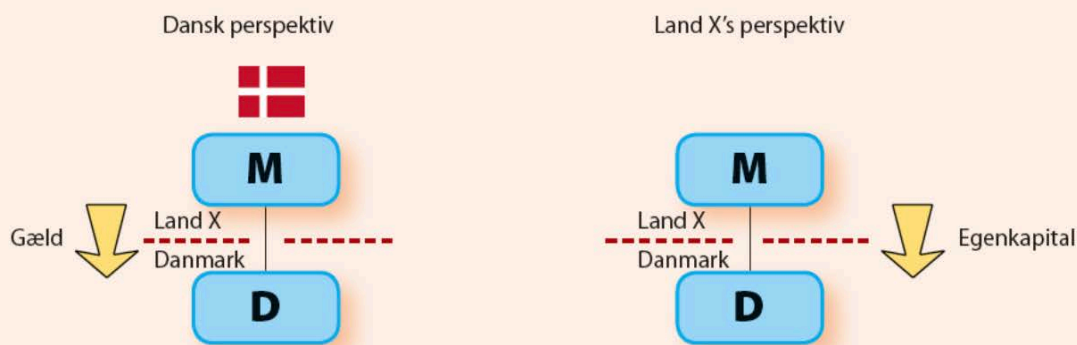
¹⁹ Eng.: Indirect deduction / no inclusion (indirect D/NI)

²⁰ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 17

²¹ Citat, SEL § 2 B, stk. 1-3

Bestemmelsen medfører, at såfremt de fremsatte betingelser er opfyldt, omkvalificeres gælden således, at den ved den danske indkomstopgørelse og efter de danske skatteregler vil blive betragtet som egenkapital. Omkvalifikationen gør, at rentebetalinger samt eventuelle kurs- tab vil blive anset som udbytteudlodninger. Et eksempel herpå ses illustreret i nedenstående figur.

Et moderselskab M, der er hjemmehørende i Land X, ejer et dansk anpartsselskab D. Der består mellem M og D et finansierings- instrument, som i Danmark anses for at udgøre gæld, mens finansieringsinstrumentet i Land X anses for at udgøre et indskud af egenkapital. Det kan illustreres som følger:



Denne kvalifikationskonflikt kan medføre, at betalinger fra D til M i Danmark potentielt udgør fradragsberettigede renter, mens betalingerne i Land X potentielt betragtes som skattefrit udbytte.

Kilde: Schmidt *et al.*, 2015, *International Skatteret i et dansk perspektiv*, Eksempel 12.8, s. 411.

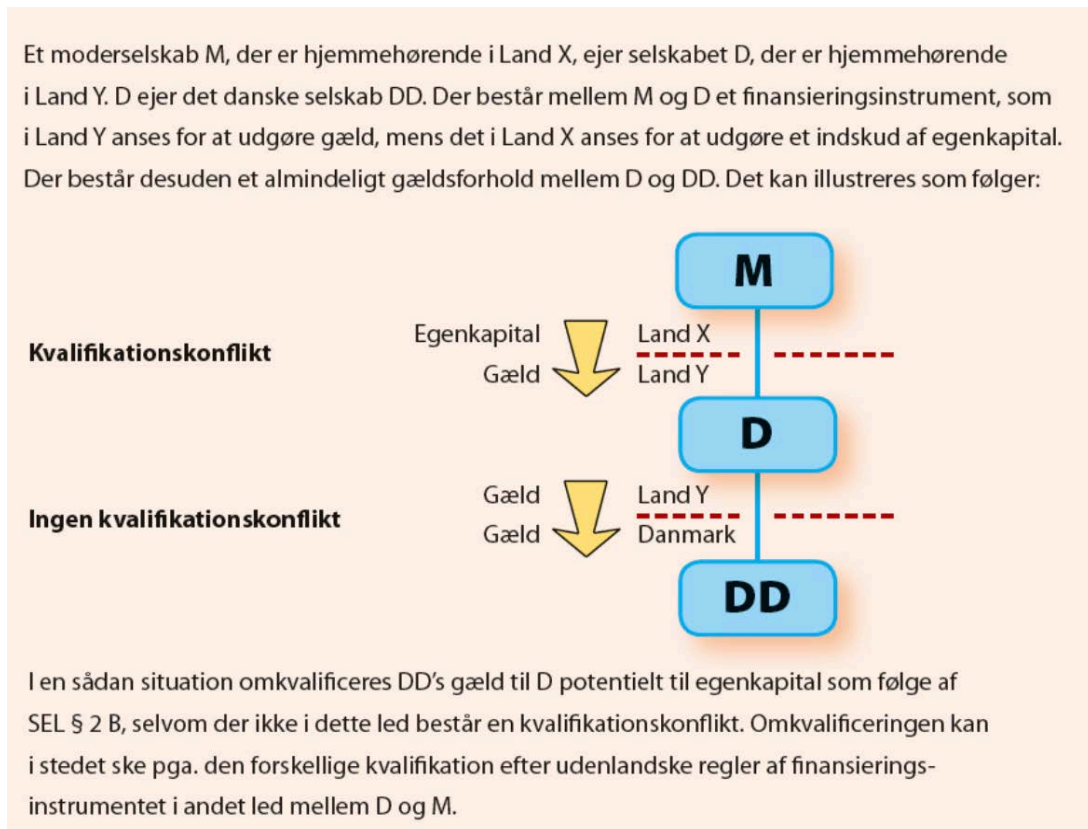
Figuren tydeliggør en situation af en af de tidligere nævnte konsekvenser ved hybride finansieringsinstrumenter, fradrag/ikke inkludering (D/NI). Resultatet er samtidig en form af dobbelt ikke-beskatning og er derved en afvigelse i forhold til udgangspunktet om en symmetrisk beskatning. Det er derfor i et forsøg på opretholdelsen heraf, at SEL § 2 B går ind og omkvalificerer gælden således, at den i stedet anses som egenkapital. Dette medfører samtidigt at eventuelle rentebetalinger ligeledes omkvalificeres til skattepligtige udbytteudlodninger. Ved senere undersøgelser forekom det dog muligt at omgå SEL § 2 B ved blot at indføre yderligere kreditorled. Dette forsøgte man derfor at undgå i 2011 ved indførelse af følgende i SEL § 2 B, stk. 4 ved lov 2011-03-30 nr. 254:

*”Stk. 4. Stk. 1-3 finder tilsvarende anvendelse, selv om der efter udenlandske skatteregler er tale om en fordring for kreditor, i det omfang kreditor selv har gæld til et koncernforbundet selskab, for hvilket der er tale om indskudt kapital. 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse, selv om der måtte være flere kreditorled. 1. pkt. finder ikke anvendelse, hvis kildebeskatning skal frafalde eller nedsættes i forhold til kreditor efter direktiv 2003/49/EF om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor den udenlandske kreditor er hjemmehørende.”*²²

Paragraffens stk. 4 sætter hermed en stopper for udnyttelse af muligheden for indførelse af et eller flere ekstra kreditorled. Der kan eksempelvis være tale om en fordring for kreditor i udlandet, jævnfør udenlandske skatteregler. En sådan kvalifikation kan skyldes, at den uden-

²² Citat, SEL § 2 B, stk. 4

landske kreditor selv har gæld til et koncernforbundet selskab. Derved kan betragtningen mellem gæld og egenkapital være foretaget på et andet koncernniveau. Et eksempel herpå ses illustreret i nedenstående figur.



Kilde: Schmidt *et al*, 2015, International Skatteret i et dansk perspektiv, Eksempel 12.9, s. 412.

Figuren illustrerer hvordan indførslen af et ekstra led mellem det oprindelige indskydende selskab i udlandet og det modtagende danske selskab påvirker kvalifikationskonflikten til at opnå en asymmetrisk beskatning. Udgangspunktet er et almindeligt gældsforhold mellem det ekstra indskudte selskab og det modtagende selskab i Danmark. Da det ekstra indskudte selskab selv har gæld til et andet koncernforbundet selskab, er der tale om en almindelig fordring. Samtidig foregår egenkapitals betragtningen et eller flere led længere ude i koncernforholdet. Men for at undgå en sådan omgåelse har SEL § 2 B virkning, selvom der er indskudt et eller flere led, så længe fordringen længere ude i koncernforholdet betragtes som indskudt kapital, jf. SEL § 2 B, stk. 4. Bestemmelsen i SEL § 2 B finder dog ikke anvendelse, hvis kildebeskatning skal nedsættes eller helt frafalder efter rente/royalty direktivet eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst (herefter DBO) i den stat, hvori den udenlandske kreditor er hjemmehørende, jf. SEL § 2 B, stk. 4, 3. pkt.

4.1. Betingelserne for anvendelsen af SEL § 2 B

Grundtanken bag hele bestemmelsen i SEL § 2 B er som anført, at rentefradragsretten for et dansk debtorselskab skal forudsættes af en rentebeskatning hos det udenlandske kreditorselskab. Bestemmelsen er derfor en værnregel, som medfører begrænsninger til rentefradragsret, hvis betalingen i udlandet anses som indskudt kapital. Teknisk sker begrænsningen ved, at gælden også i intern dansk ret omkvalificeres til indskudt kapital. Herved anses selskabets rentebetalinger og kurstab som udbytteudlodninger, hvorved der ikke kan opnås fradrag. Omkvalifikationen har også betydning i relation til den udenlandske person/selskab, da betalingerne både ud fra de danske skatteregler og ved anvendelsen af DBO'erne skal anses som

udlodning af udbytte.²³ Forholdet til DBO'erne vil ikke være genstand for nærmere analyse i nærværende speciale. Forud for anvendelsen af SEL § 2 B foreligger en række kumulative betingelser, som alle skal være opfyldt:

1. At selskabet er omfattet af dansk skattepligt
2. At selskabet "(...) har gæld el. lign. (...)"²⁴
3. At gælden er til en person eller selskab, som har bestemmende indflydelse
4. At gældsinstrumentet behandles som egenkapital i investors hjemmehørende stat

Disse betingelser vil i det nedenstående være genstand for en nærmere analyse.

4.1.1. Udsteders danske skattepligt

Bestemmelsens stk. 1 giver ikke nogen nærmere konkret og udtømmende definition af, hvilke selskaber der omfattes af bestemmelsen. I stedet henvises til SEL § 1. Det forudsættes her, at læseren er bekendt med kredsen af skattepligtige heraf. I stedet kan der rejses spørgsmål om, hvor vidt selskaber omfattet af CFC-reglerne kan anses for omfattet af bestemmelsen. Denne situation stiller Bundgaard ligeledes spørgsmål ved i hans artikel SU.2007.237. Han konkluderer dog, at det må være op til skattemyndighederne at foretage en videre fortolkning og i sidste ende at komme med den endelig konklusion. Det kan ud fra en klar ordlydsfortolkning af bestemmelsens stk. 3, bekræftes at den tillige omfatter udenlandske selskabers faste driftsteder samt faste ejendomme i Danmark, jf. SEL § 2 B, stk. 3.

4.1.2. Gældsforholdet

Anden betingelse til opfyldelse for bestemmelsens anvendelse er kravet om et etableret gældsforhold. Defineringen af gæld er i både lovens forarbejder og noter bredt formuleret. Udtrykket skal dermed forstås som at; "(...) *det omfatter alle former for finansiering, som skattemæssigt behandles på samme måde som gæld, dvs. fradrag for rentebetalinger og/eller kurstab (...)*".²⁵ Bundgaard understreger, at der skal tages udgangspunkt i de almindelige internetslige principper, og at en definerings dermed kan antages at skal være i overensstemmelse med kursgevinstlovens definerings.²⁶ Heraf kan det afgørende udledes som en "*reel retlig forpligtelse til at tilbagebetale et beløb til en anden part (kreditor)*".²⁷ I SEL § 11, stk. 2 omkring fradragsbegrænsning, i forbindelse med blandt andet tynd kapitalisering, henvises direkte til kursgevinstlovens (herefter KGL) definerings af gældsbegrebet.²⁸ Ud fra en analogi betragtning og ønsket om et bred definerings, må definitionen i SEL § 2 B derfor kunne siges at være i overensstemmelse hermed. En nærmere diskussion af en definerings af en henholdsvis skatteretlige kontra civilretlige definition, vil ikke blive nærmere uddybet, da målet blot synes at være udgangspunktet om en definerings så bred som muligt. Samtidig kan diskussionen blive begrænset af den forudsætning, at der endnu ikke findes praksis, hvorved definerings foretages forskelligt.²⁹ Hvorfor diskussionen derfor må siges udelukkende at foreligge ud fra et teoretisk synspunkt.

²³ Winther-Sørensen *et al*, 2013, *Skatteretten 3*, s. 318

²⁴ Citat, SEL § 2 B, stk. 1

²⁵ Citat, *Ibid.*: § 2 B, stk. 1, note 93

²⁶ Bundgaard, SU.2007.237, s. 556

²⁷ *Ibid.*, s. 556. Se også Hansen & Stokholm, SU.2008.269, s. 10

²⁸ KGL § 11, stk. 2. Se også Winther-Sørensen *et al*, 2013, *Skatteretten 3*, s. 371

²⁹ Hansen & Stokholm, SU.2008.269, s. 10

4.1.3. Person eller selskab med bestemmende indflydelse

En yderligere betingelse for bestemmelsens anvendelse er kravet om en vis forbindelse mellem transaktionens implicerede parter. Bestemmelsens stk. 1, 2. pkt. understreger dette gennem krav om bestemmende indflydelse, eller at de pågældende selskaber er koncernforbundet med henvisning til ligningslovens (herefter LL) § 2. I forbindelse med en udledning af en definition af først nævnte begreb, kan der henvises til Wittendorffs formulering heraf;

”Ved »bestemmende indflydelse« i LL § 2, stk. 1, nr. 1 og 2, 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, jf. LL § 2, stk. 2, 1. pkt.”³⁰

Wittendorff understreger samtidigt, at det ikke er selve den faktiske udøvelse af den bestemmende indflydelse, men derimod at bestemmelsen skal baseres på en de jure-kontrol, hvor det er selve den skattepligtiges ret til at udøve den bestemmende indflydelse. Alternativt til bestemmende indflydelse, stiller bestemmelsen krav om at de pågældende selskaber skal være koncernforbundne. Hertil henvises til LL § 2 hvori begrebet defineres. LL § 2, stk. 3 bruger udtrykket koncernforbudne juridiske personer og definerer det med selskaber hvori at det er den samme kreds af selskabsdeltagere, som har den bestemmende indflydelse, jf. LL § 2, stk. 3, 1. led. Som alternativ kan det være en situation af selskaber, hvori der er en fælles ledelse, jf. LL § 2, stk. 3, 2. led. Werlauff beskriver situationen med fælles ledelse som selskaber i ”*personalunion*”.³¹ I begge tilfælde af koncernforbundne juridiske personer har selskaberne nogen højerestående selskaber over sig til at etablere koncernforbindelsen. Dette betragtes som i overensstemmelse med principperne bag SEL § 2 B, hvor det antages, at det udstedende selskab er højerestående end det kapitalmodtagende selskab, eksempelvis fra et moderselskab til et datterselskab. Ud fra ovenstående kan derved konkluderes, at selskaber kan være koncernforbundne både ud fra, at hvis samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse i begge selskaber og derved ejer direkte eller indirekte mere end 50% af aktiekapitalen eller af stemmerne i begge selskaber.³² Ligeledes kan selskaber være koncernforbundne, hvis de har en fælles ledelse, dette krav er uanset, at stemme- og kapitalandele ejes af indbyrdes uafhængige personer. Ved en ordlydsfortolkning af SEL § 2 B, stk. 1, fremgår det, at den udenlandske udsteder enten kan være et selskab eller en person. Bundgaard opstiller i SU.2007.237 muligheden for diskussion af, om transparente enheder kan anses som omfattet af bestemmelsen. Ud fra en videre fortolkning af den daværende skatteministers udtalelse om, at det afgørende er, om den transparente enhed har bestemmende indflydelse, må det kunne tolkes som ministerens holdning, at transparente enheder skal anses som omfattet.³³ Hertil sætter Bundgaard i stedet spørgsmålstegn og konkluderer, at den endelige diskussion henholdsvis må ligge i om begrebet ”*selskab*” i SEL § 2 B og begrebet ”*juridiske person*” i LL § 2, kan efter skatteretten opfattes som identiske. Bundgaard når ikke frem til en endelig konklusion heraf, men konkluderer i stedet at lovgivers uensartede begrebsanvendelse udgør en vis retsusikkerhed.³⁴

³⁰ Winther-Sørensen *et al*, 2013, *Skatteretten 3*, s. 405

³¹ Werlauff, SR.2011.24, s. 4

³² Winther-Sørensen *et al*, 2013, *Skatteretten 3*, s. 411

³³ Skatteudvalget, 2007, *L 110 Bilag 2*, s. 9. Se også *Ibid.*: Bundgaard, s. 557

³⁴ *Ibid.*: Bundgaard, s. 558

4.1.4. Gældsinstrumentet som egenkapital

Sidste forudsætning for bestemmelsens anvendelse er betingelsen om, at udsteders hjemland skal betragte fordringen som indskudt kapital. En opfyldelse af dette medfører en korresponderende betragtning ved indkomstopgørelsen for det danske selskab, hvori fordringen ligeledes vil blive betragtet som egenkapital. Hvorefter at udbetalingerne fra det danske selskaber til det udstedende udenlandske selskab, vil blive behandlet som udbytte i stedet for rentebetalinger, jf. SEL § 2 B, stk. 2. Fremgangsmåden har imidlertid været genstand for megen diskussion, da der stilles spørgsmål ved udfordringen i, at skulle udfylde den danske selvangivelse ud fra en kvalifikation foretaget i og af anden stats skattelovgivning. Her kan der blandt andet henvises til DI's høringssvar i forbindelse med L 110 til forslag om ændring af selskabsskatteoven og indførelse af SEL § 2 B m.v.³⁵

”For at udarbejde en korrekt dansk selvangivelse, skal man sætte sig ind i skattelovgivningen i udlandet. Det er udlandets skatteregler, der styrer den skattemæssige behandling af en gæld i Danmark, dog kun hvis der opnås fradrag. Dette betyder principielt, at man skal kende de udenlandske skatteregler i alle de lande, som man kan risikere at skulle redegøre for efter ovenstående”³⁶

DI's høringssvar blev kommenteret af skatteministeren med følgende kommentar;

”Der er tale om et gældsforhold over for et koncernforbundet selskab. Det synes derfor ikke overstigelet at undersøge, hvordan dette selskab beskattes af indkomsten. Desuden vil omkvalifikation kunne undgås ved ikke at anvende hybride instrumenter.”³⁷

Samme spørgsmål er fremsat i høringssvar fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (herefter FSR) i bilag 10 til L 110, dog med en yderligere henvisning til, at forslaget strider mod et skatteevneprincip.^{38,39} Dette har ministeren ikke kommenteret, men gengiver i stedet samme svar som fremsat over DI. Bundgaard pointerer, at det relevante i forhold til denne betingelse vil være en nærmere undersøgelse af, hvad der forstås ved ”udenlandske skatteregler”. Derigennem henviser han til problemstillingen omkring staters forskellige kvalificering af, hvad der forstås som værende egenkapital. Begrebet egenkapital anvendes dog ikke i almindelighed i forbindelse med den danske skatteret, med undtagelse af få tilfælde.⁴⁰ Her kan primært nævnes SEL § 11 og reglerne om tynd kapitalisering, hvor begrebet defineres som en opgørelse ved indkomstårets udløb som værdien af aktiver opgjort til handelsværdien med fradrag for gæld, jf. SEL § 11, stk. 3. En nærmere analyse af begrebet anses som uden for omfanget af dette speciale. Der kan dog henvises den daværende skatteministers udtalelse om, at en omkvalificering efter reglerne i SEL § 2 B medfører, at gælden også i forhold til øvrige skatteregler skal anses som egenkapital, her henvises eksplicit til reglerne om tynd kapitalisering.⁴¹ Tilsvarende kan det direkte udledes af ministerens kommentar til et høringssvar fra DI, at konvertible obligationer skal anses som omfattet af reglerne, så længe at obli-

³⁵ Skatteudvalget, 2007, L 110 Bilag 2, s. 9

³⁶ Citat, *ibid.*

³⁷ Citat, *ibid.*

³⁸ Skatteevneprincippet – Man beskattes i overensstemmelse med ens økonomiske ydeevne. Ligeledes beskattes man ikke, af indtægter man ikke har haft, og man beskattes først når man har indtægterne til rådighed. Se Loft, 2015, *Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat*, s. 42

³⁹ Skatteudvalget, 2007, L 110B Bilag 10, s. 3

⁴⁰ Bundgaard, SU.2007.237, s. 560

⁴¹ Skatteudvalget, 2007, L 110B Bilag 2, s. 4

gationerne efter udenlandske regler kategoriseres som egenkapital.⁴² Bundgaard fremhæver også synspunktet om muligheden for staters kvalificering af afkast for bestemte finansielle instrumenter som udbytte, selvom instrumentet ikke har karakter af eller behandles generelt som indskudt kapital/egenkapital.

*”Der synes ikke at være hjemmel til at håndhæve et dobbelt positivt krav fra de danske skattemyndigheders side om gældsklassifikation og rentebeskatning hos den udenlandske investor, for ikke at der skal ske omkvalifikation af renter til udbytter hos den danske udsteder. En sådan fortolkning ville føre til en automatisk omkvalifikation af rentebetalinger til investorer hjemmehørende i visse skattefrie zoner eller konkret skattefritagne investorer, hvis de øvrige betingelser for at anvende SEL § 2 B var opfyldte.”*⁴³

Omvendt skal bestemmelsen i stedet forstås som et ”negativt krav”, hvorved instrumentet ikke efter udenlandsk ret må behandles som egenkapital, hvis det samtidig efter danske regler behandles som gæld.⁴⁴

4.2. Hjemmel til nægtelse af fradrag for renter

Efter ovenstående analyse af forudsætningerne for bestemmelsens anvendelse søges det i dette afsnit at udlede hjemlen i dansk ret til, at nægte betaleren fradragsret for rentebetalingerne og i stedet omkvalificere betalingen til udbytte. Hjemlen til at fradrage renter optræder som udgangspunkt i statsskattelovens (herefter SSL) § 6 litra e. I noterne hertil anføres kravet om, at der skal foreligge en renteforpligtelse i juridisk forstand, jf. *SL § 6, stk. 1, litra e*, note 32. Det vil sige, at renteforpligtelsen påhviler debitor direkte, og at der er tale om rente i sædvanlig forstand.⁴⁵ Dette skal forstås som; ”*vederlag for udlån af en kapital, der løbende beregnes som en procentdel af den til enhver tid værende restgæld.*”⁴⁶ I forhold til SEL § 2 B, kan der være en relevant tvist om hvorvidt retten til fradrag efter statsskatteloven, i en situation hvor renten fortolkes som udbytte i en udenlandsk modtagers stat. Hertil kan tilføjes, at SL §§ 4-6 formentlig skal fortolkes således at en reducere af rentefradragsretten kræver en særskilt hjemmel i skattelovgivningen. Dette antages uanset muligheden for asymmetri ved, at modtageren af renteindtægter ikke bliver beskattet.⁴⁷ Dette konkluderes ud fra Bundgaards henvisning til *Hemmingsen i SkatteOrientering 1982*, hvor det udtrykkes at indkomst fra kapital kun skal beskattes en gang hos kreditor under anvendelse af et nettoprincip, som samtidig medfører fradragsret hos debitor.⁴⁸

4.3. Danmark i rollen som skatteretlig politimand

Det overordnede formål med bestemmelsen i SEL § 2 B er, at sikre Danmark ikke tillader fradrag for en betaling, af hvilken modtager beskattes af. Dette fremhæves i kommentaren til SEL § 2 B, stk. 1.:

⁴² Skatteudvalget, 2007, *L 110B Bilag 10*, s. 8

⁴³ Citat, Bundgaard, SU.2007.237, s. 559

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *SL § 6, stk. 1, litra e*, note 32

⁴⁶ Citat, *SL § 6, stk. 1, litra e*, note 32

⁴⁷ Citat, Bundgaard, SU.2007.237, s. 556

⁴⁸ *Ibid.*: s. 555

*”Bestemmelsen skal forhindre, at Danmark giver fradrag for en rentebetaling mv., når modtageren ikke beskattes heraf, fordi betalingen efter udenlandske regler anses for at være datterselskabsudbytte.”*⁴⁹

Hertil henviser Bundgaard til bestemmelsens harmoni ”korrespondensprincippet”.⁵⁰ Efter som at SEL § 2 B benytter sig af et princip om, at rentefradragsretten efter dansk ret indirekte er betinget af en modsvarende beskatning hos modtageren i anden stat. Til dette fremhæver Bundgaard påstanden om Danmark i rollen som ”skatteretlig politimand”⁵¹ ved, at påtage en *unilateral skattekordinerede* rolle.⁵² Problemstillingen i anvendelsen af anden stats udgangspunkt har ligeledes været genstand for diskussion i professor, lic.jur. Søren Friis Hansens artikel SPO.2004.415 omhandlende SEL § 2 A.⁵³

*”På dette sted skal blot bemærkes, at det er uhørt, at det kriterium, der anvendes i dansk ret ved fastlæggelse af hvorledes et dansk selskab i skattemæssig henseende skal kvalificeres, er kvalifikationen i en - ikke nærmere angiven fremmed stat. En sådan lovgivningsteknik er uholdbar, allerede fordi det jo kunne forekomme, at andre stater brugte samme teknik.”*⁵⁴

I citatet fremstilles kriteriet i SEL § 2 A om at tage udgangspunkt i kontraherende stats kvalifikation som uhørt og potentiel uholdbar. Kriteriet kan imidlertid relateres til princippet i SEL § 2 B, hvor der ligeledes tages udgangspunkt i transaktionens kvalifikation hos den udenlandske modtagers stat. DI fremlagde i et høringssvar problemstillingen om nødvendigheden for, at skulle kende til de udenlandske skatteregler i de pågældende lande, ville være nødvendigt efter bestemmelsens forskrifter. I ministerens svar påpeges blot, at da der er tale om koncernforbundne selskaber, burde det ikke være uoverstigeligt at selskabet skal beskattes. Ligeledes fremsætter ministeren den mulighed, at omkvalifikation og derved nærmere undersøgelse kan undgås ved blot, at undlade anvendelsen hybride instrumenter.⁵⁵

4.4. Den omvendte situation

SEL § 2 B regulerer situationer med hybride finansieringsinstrumenter, hvor et udenlandsk selskab (kreditor) indskyder kapital i et selskab (debitor) hjemmehørende i Danmark. Anses betalingen i udlandet for at være indskudt kapital, omkvalificeres betalingen efter SEL § 2 B til også, at være indskudt kapital i Danmark og betalingerne fra debitor til kreditor betragtes som ikke-fradragsberettigede udbytte. Bestemmelsen finder imidlertid ikke anvendelse for den omvendte situation, hvor et finansielt instrument hos en udenlandsk debitor anses som gæld og betalingerne betragtes som fradragsberettigede renter samtidig med, at instrumentet hos kreditor i Danmark anses som indskudt kapital og betalingerne som skattefrit udbytte. Modsat situationen hvor SEL § 2 B omkvalificere betalingerne, hvis gælden efter udenlandske regler anses som indskudt kapital, findes der i intern dansk skatteret ikke hjemmel til omkvalificering af betalinger, som internt i Danmark betragtes som udbytte.⁵⁶

⁴⁹ Citat, SEL § 2 B, stk. 1, note 93

⁵⁰ Bundgaard, SU.2007.237, s. 555

⁵¹ Begreb anvendt af Bundgaard. *Ibid.*

⁵² *Ibid.*: s. 555

⁵³ Hansen, SPO.2004.415

⁵⁴ Citat, *Ibid.*: s. 2.

⁵⁵ Skatteudvalget, 2007, L 110B Bilag 2, s. 9

⁵⁶ Winther-Sørensen *et al*, 2013, *Skatteretten* 3, s. 319

Det er dog heller ikke muligt efter de danske regler at opnå skattefrihed på datterselskabsudbytte, hvis det udloddende selskab har haft fradrag for udbetaling af udbyttet, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2, 3. pkt. Bestemmelsen blev i 2015 omformuleret som følge af en ændring i moder/datterselskabsdirektivet.⁵⁷ Hvertill udbyttebetalinger i forbindelse med datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier til danske moderselskaber er underlagt dansk skattepligt, i det omfang betalingerne er fradragsberettigede i hjemlandet for udbetalinger.⁵⁸ Det bekræftes ligeledes i noterne til SEL § 13, stk.1, nr. 2, at reglen ikke er begrænset til mismatch situationer, hvori staten for det udbetalende selskab anser betalingen for en rentebetaling, mens Danmark betragter betalingen som en udbyttebetaling. Bestemmelsen kunne imidlertid, ligesom SEL § 2 B, fraviges ved indførsel af et ekstra selskab mellem det udbyttegivende og modtagne selskab, dette ville umiddelbart medføre, at det udbyttegivende selskab derved ikke har fradrag for udbetalingen.⁵⁹ Fradraget vil i stedet opnås længere nede i koncernen.⁶⁰ Denne omgåelse er imidlertid undvejet ved indførsel af ændringsloven, L 2011 nr. 254, samme lov som medførte indførslen af SEL § 2 B, stk. 4, hvilken ligeledes har til formål at begrænse omgåelse af hovedreglen gennem indføring af ekstra led mellem det udbetalende og det modtagne selskab.

Betingelserne for at danske selskaber samt udenlandske selskabers faste driftssteder kan modtage skattefrit udbytte behandles ikke yderligere i dette speciale. Det samme gælder definition af datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier og porteføljeaktier efter aktieavancebeskatningslovens §§ 4 A, 4 B og 4 C. Det kan dog udledes af ovenstående, at SEL § 13, stk. 1, nr. 2 sikrer en symmetrisk beskatning i situationer, hvor udbytte modtages af selskaber hjemmehørende i Danmark. Bestemmelsen ses derfor, som den der regulerer den omvendte situation i forhold til SEL § 2 B. Eftersom situationen omhandler en forskelligartet behandling af udbytter ved grænseoverskridende transaktioner, kan udbytterne, med tanke på hybride finansieringsinstrumenter, betegnes hybride udbytter.⁶¹ Bestemmelsen i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 tager, ligesom SEL § 2 B, udgangspunkt i et korrespondensprincip eftersom, at skattefrihed forudsættes af en fradragsnægtelse hos det udenlandske selskab. Der må derfor formodes en vis sammenhæng mellem fradragsretten og udbytteudlodningen for at kunne nægte skattefrihed efter SEL § 13.⁶² Der kræves derfor, ligesom i SEL § 2 B, en vis størrelse af informationsdeling for at kunne bekræfte det udenlandske behandling og kvalifikation af instrumentet. Det skal dog fortsat understreges at specialets udgangspunkt udgør hybride finansieringsinstrumenter i omfattet af SEL § 2 B.

4.5. Forholdet til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne

Reglerne i SEL § 2 B udgør en af de danske værnsregler, der skal modvirke de kvalifikationskonflikter, som kan opstå i sammenspillet mellem flere landes forskellige skattesystemer. Bestemmelsen kendetegnes derfor med et krav om, at den udelukkende finder anvendelse ved grænseoverskridende arrangementer. Derved forekommer det naturligt at skulle foretage visse EU-retlige betragtninger. Dette kan blandt andet være i forhold til Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) og direktiverne. Et eksempel herpå kan være betragtningerne om den frie bevægelighed, hvortil TEUF foreskriver, at nationale skatteregler ikke må være til hinder herfor. Det potentielle EU-retlige problem kan foreligge i en for-

⁵⁷ SEL § 13, stk. 1, nr. 2, 3. pkt. er omformuleret ved L 2015 nr. 202

⁵⁸ SEL § 13, stk. 1, nr. 2, note 371

⁵⁹ L 2011-03-30, nr. 254, punkt 24, note 63

⁶⁰ Schmidt *et al*, 2015, *International Skatteret i et dansk perspektiv*, s. 413

⁶¹ *Ibid.*: s. 412-413

⁶² *Ibid.*: s. 414

skelsbehandling af henholdsvis nationale og grænseoverskridende koncernforhold. Eftersom at værnereglen i SEL § 2 B udelukkende finder anvendelse i grænseoverskridende koncernforhold kan konsekvensen være, at sådanne koncernforhold stilles ringere i form af for eksempel fradragsnægtelse. En diskussion heraf kan blandt andet være relevant i forhold til TEUF art. 49 om etableringsfrihed. Dog skal det fremhæves, at en hindring af etableringsfriheden formentlig ikke vil kunne retfærdiggøres eftersom udnyttelsen af en kvalifikationskonflikt, som stammer fra medlemsstaterne forskellige skattesystemer, formentlig ikke udgør skatteunddragelse efter EU-Domstolens praksis.⁶³

Yderligere analyse af forholdet til EU-retten vil på grund af omfangsmæssige begrænsninger ikke blive foretaget. I forhold til de indgåede DBO'er kan der henvises til en udtømmende definition af begrebet renter i OECD's modeloverenskomst art. 11, stk. 3. En omkvalifikation efter SEL § 2 B vil ikke have betydning for en kvalifikation efter en DBO, da denne fortsat vil finde anvendelse. I forhold til udbytter defineret i art. 10, stk. 3 i Modeloverenskomsten, henvises der til intern ret i staten for udbetalere. Efter SEL § 2 B vil det derfor være en henvisning til udbytter efter dansk intern ret, der finder anvendelse. Ligeledes ses det, at en omkvalifikation af gæld efter SEL § 2 B også i forbindelse med DBO'erne, skal betragtes som udlodning af udbytte. Det kan derfor udledes, at Modeloverenskomstens kvalifikationer ikke har yderligere betydninger for bestemmelsen i SEL § 2 B.⁶⁴

5. BEPS

Efter en gennemgang af SEL § 2 B og den danske retsstilling i forhold til hybride finansielle instrumenter, vil afhandlingen i det nedenstående foretage en analyse af BEPS action 2. Analysen har til formål, at analysere rapportens anbefalinger⁶⁵ til neutralisering af hybride mismatch arrangementer. Disse vil efterfølgende blive analyseret i forhold SEL § 2 B.

5.1. Det overordnede projekt

Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) er et stort internationalt og skatteretligt projekt udført af OECD og G20 landene i samarbejde. Projektets formål er, som titlen oversat antyder, at bekæmpe selskabers udhuling af skattegrundlaget og flytning af profit. Samtidig er projektet første gang nogensinde inden for skatteområdet, hvorpå OECD og G20 på lige fod har samarbejdet om et fælles projekt. Udover samtlige af OECD's medlemslande samt G20 landene, har 80 ikke-medlemslande bidraget med input.⁶⁶ På G20 lederes møde i Mexico, i juni 2012 gav man for første gang sit klare udtryk overfor den nødvendige bekæmpelse samt udgåelse af udhuling af staternes beskatning og overførsel af overskud til lavt beskattede stater (base erosion and profit shifting)⁶⁷. I 2013 tilsluttede samtlige af G20 lederne sig så endelig til OECD's ambitiøse plan og de 15 fremsatte handlingspunkter.⁶⁸ De 15 handlingspunkter omfatter blandt andet kvalifikation af faste driftssteder, transfer pricing dokumentation, skadelig skattekonkurrence og løsning af dobbeltbeskatningskonflikter. Omfanget af problemerne samt nødvendigheden for et projekt som BEPS har gennem projektets undersøgelser vist sig at være overraskende stort.

⁶³ *Ibid.*: s. 417

⁶⁴ *Ibid.*: s. 419

⁶⁵ Eng.: Recommendations

⁶⁶ www.oecd.org/ctp/beps-about.htm, tilgået den 24/02-2016

⁶⁷ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, s. 14

⁶⁸ OECD (2015), *Explanatory Statement*, s. 4

Det estimeres af rapporterne udarbejdet siden 2013, at tabet af indtægter fra den globale selskabsskat, Corporate Income Tax (CIT), estimeres til at være et sted mellem 100 og 240 milliarder dollars om året, svarende til mellem 4% og 10% af de samlede globale indtægter for selskabsskat. Tabene skyldes en række forskellige årsager som blandt andet aggressiv skatteplanlægning og det internationale sammenspil, eller mangel på samme, mellem de nationale skatteregler. Derudover skyldes de store tab manglende transparens og koordinering på tværs af landegrænser. I tidens globaliserede økonomi er de enkelte lande nødt til at samarbejde samt afholde sig fra brug af skadelige skattepraksis for at modvirke selskabers undgåelse af beskatning og samtidig sikre et overensstemmende internationalt miljø, hvori det er muligt både at tiltrække og opretholde investeringer.

Formålet med BEPS er både at undgå dobbeltbeskatning af virksomheder, idet at det vil kræve mere kapital fra virksomhederne samtidig med at det kan afskrække dem fra at investere, og at bekæmpe dobbelt ikke-beskatning, da det omvendt skaber en unfair konkurrence på det indre marked. Undgåelse af dobbeltbeskatning har længe været et mål for OECD's arbejde, men i nyere tid er der nu også kommet fokus på neutralisering af selskabers muligheder for dobbelt ikke-beskatning.⁶⁹ Projektets udarbejdelse oprinder fra samarbejdet mellem OECD og G20, men intentionerne til resultater er langt mere vidtrækkende. Problemet omkring selskabers udhuling af skattegrundlag samt flytning af profit (BEPS) er et problem for både udviklingslandene som for OECD, G20 og de mere industrialiserede lande.⁷⁰ Hos udviklingslandene er konsekvensen en begrænsning i deres muligheder for at sikre langsigtede økonomisk vækst. Siden begyndelsen af BEPS projektet i 2012, er der blevet udarbejdet et omfattende antal af undersøgelser og resultater. Det store arbejde har resulteret i, at OECD allerede har udgivet færdige rapporter for nogle af de 15 handlingspunkter. Heriblandt kan nævnes området for de hybride finansieringsinstrumenter. Her konkluderes det blandt andet, at de nuværende regler ikke har udviklet sig i takt med udviklingen af virksomhedernes internationalisering. Den manglende udvikling ses blandt andet på området for immaterielle aktiver og udviklingen af den digitale økonomi. Eksempelvis er det i dag muligt for virksomheder at være stærkt involverede i en stats økonomiske samfund ved, at have forrentning med kunderne i denne stat gennem internettet, men uden at være skattepligtig tilstede i den pågældende stat.⁷¹ Det er situationer som disse, hvor kvalificering og placering af selskab, transaktion og retmæssige ejer skaber potentielle uoverensstemmelser i den internationale skatteret.

5.2. BEPS action 2

Den 5. oktober 2015 offentliggjorde OECD den endelige rapport for Action 2, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (herefter act. 2).⁷² Rapporten er en efterfølger og samtidig en afløser for den tidligere udgivende rapport, som var en del af de første resultater i forbindelse med projektet. Projektets formål om, at øge symmetri i beskatningen af selskaber på internationalt plan skal på området for de hybride finansieringsinstrumenter nås gennem anbefalinger til udformning og opdatering af de nationale skattelovgivninger, samt udvikling og opdatering af overenskomsterne landene imellem. Anbefalingernes formål tilsigter, at neutralisere de skattemæssigt fordelagtige effekter ved brug af hybride finansielle arrangementer.⁷³

⁶⁹ Bolander & Madsen, UfR.2014B.385, s. 389

⁷⁰ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, s. 8

⁷¹ OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, s. 7

⁷² <http://www.oecd.org/ctp/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm>, tilgået den 23/03-2016

⁷³ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 11

5.2.1. Struktur og udgangspunkt

Rapportens udgangspunkt er delt op i to, hvor del 1 overordnet har fokus på anbefalinger til udformning og opdatering af national lov. Udover at del 2 komplementerer del 1, omhandler del 2 anbefalinger til udformning og opdatering af overenskomster landene imellem, her henvises især til OECD's Modeloverenskomst og de indgåede DBO'er. Del 1 af rapporten kommer således med en række anbefalinger til regler, der skal neutralisere mismatch situationer som opstår ved brug af hybride finansieringsinstrumenter eller betalinger i forbindelse hermed. Anbefalingerne tager udgangspunkt i, at tilpasse den skattemæssige kvalificering af et instrument eller enhed med den kvalificering, der er foretaget i modpartens stat, en såkaldt "*linking-regel*". Reglerne er samtidig udformet således, at det ikke påvirker virksomhedernes kommercielle resultater.⁷⁴ Del 2 behandler den del af act. 2, som skal sikre hybride enheder og finansieringsinstrumenter ikke anvendes til selskabers opnåelse af uberettigede skattefordele gennem udnyttelse af eksisterende overenskomster. Samtidig har del 2 fokus på, at overenskomsterne ikke skal være til hindre for anvendelsen af anbefalingerne til ændring af national lov, som forslåede i del 1.⁷⁵

Ud fra afhandlingens omfangsmæssige begrænsninger er det udelukkede rapportens del 1 omkring anbefalinger til implementering i national ret, som vil danne grundlag for nedenstående analyse. Ligeledes tages der ved analysen alene udgangspunkt i rapportens anbefaling 1, eftersom at det er den primære regel i forbindelse med hybride finansielle instrumenter. Det skal dog tilføjes at BEPS act. 2 anbefaling 1, også nævnt i rapporten som "*The Hybride Financial Instrument Rule*" (herefter reglen for hybride finansielle instrumenter), blot er en af rapportens anbefalinger til neutralisering af hybride mismatches. Derudover kan der blandt andet henvises til anbefaling 4 også kaldet "*reverse hybrid rule*", som omhandler situationer hvor en person, der af en investor betragtes som et selvstændigt skattesubjekt i investorens stat og samtidig som transparent i etableringsstaten. Ligeledes er der anbefaling 3 også kaldet "*disregarded hybrid payments rule*", som behandler situationer hvor en betaling er fradragsberettiget i betalers stat og ignoreret/ikke genkendt i modtagerens stat. Heraf kan det konkluderes, at BEPS act. 2 består af en række anbefalinger, som hver især regulerer forskellige situationer. Men samtidig har anbefalingerne dog en vis sammenhæng og rækkefølge, hvor anbefaling 1 reglen for hybride finansielle instrumenter betragtes som den øverste, og derved den man først tager afsæt i.⁷⁶ Heraf kan udledes en form for hierarki anbefalingerne imellem. Rapportens angivne forslag er som udgangspunkt fremsat som regler, men skal i rapporten anses som anbefalinger til implementering i national lov. Grundet nationale lovgivningers forskellighed internationalt, vil det for OECD være en enorm og nærmest umulig opgave, at fremsætte konkrete regler, som vil kunne implementeres direkte i samtlige nationale lovgivninger. Rapporten opstiller derfor i stedet anbefalinger, som ud fra brede definitioner af relevante begreber og som med nationale tilpasninger, kan implementeres og virke internationalt.

5.2.2. Anbefalingernes forholdsregler

BEPS rapporten opstiller nogle generelle forholdsregler for hvilke finansielle instrumenter, og hvornår et mismatch kan siges at være relevant i forhold til rapportens udgangspunkt. Eksempelvis kan gevinster og tab i forbindelse med udenlandske valutaudsving give anledning til uoverensstemmelse i internationale skattesager. Men da en sådan uoverensstemmelse skyldes selve måling af værdien og ikke selve karakteriseringen, vil sådanne forhold ikke

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*: s. 12

⁷⁶ *Ibid.*: s. 96

blive anset som relevant i forhold til anbefalingerne om neutralisering af hybride mismatch situationer. Et af problemerne ligger i, at selskaberne i langt de fleste tilfælde overholder de nationale love i de pågældende lande, og at uoverensstemmelserne derfor bunder i de nationale lovgivningers udformning og forskellighed. Mismatch situationer kan som sagt opstå i en bred forstand og i mange forskellige udgaver, men den primære fokus i rapporten er situationer, hvori overensstemmelsen og oftest derved fordelens opståen, er afhængig af et hybrid element til at skabe en situation hvori en skattemæssig fordel opstår.⁷⁷ De nationale lovgivningers forskellighed medvirker også til, at rapporten ikke har i sinde at definere og redegøre for alle de situationer, hvori grænseoverskridende finansielle instrumenter medføre mismatches. I stedet er fokus på at skabe overensstemmelse på behandlingen af de grænseoverskridende finansielle instrumenter således, at beløb, der betragtes som finansieringsudgifter i udsteders hjemland, inddrages i den ordinære indkomst i modtagers hjemland. Rapporten anbefaler blandt andet, at et finansielt instrument skal anses som hybrid, når en betaling i forbindelse hermed giver anledning til uoverensstemmelse i den skattemæssige behandling, og at uoverensstemmelsen derved kan tillægges vilkårene for instrumentet.⁷⁸

5.3. Anbefaling 1

Reglen for hybride finansielle instrumenter i anbefaling 1 har som udgangspunkt til formål, at neutralisere et mismatch i det omfang, at en betaling resulterer i en situation, hvorfra betaleren har fradragsret og, at betalingen samtidig ikke inkluderes i modtagerens ordinære indkomst (D/NI situation).⁷⁹ Anbefalingens struktur består af en primær regel⁸⁰ hvori udgangspunktet er, at begge parter anvender BEPS og en modregel/forsvarsregel⁸¹ til situationer, hvori en af de involverede parter i arrangementet ikke følger BEPS. I nedenstående citat ses rapportens formulering af både den primære regel og modreglen;

”a) The payer jurisdiction will deny a deduction for such payment to the extent it gives rise to a D/NI outcome.

b) If the payer jurisdiction does not neutralise the mismatch then the payee jurisdiction will require such payment to be included in ordinary income to the extent the payment gives rise to a D/NI outcome.”⁸²

Af citatet kan det udledes at den primære regel (a) fastsætter, at staten, hvori betaler er hjemmehørende, skal nægte fradrag for betalinger, som giver anledning til en D/NI situation. Hvis betalers stat ikke neutraliserer et sådan mismatch, skal modtagers stat i tilfælde af, at betalingen giver anledning til en D/NI situation, kræve betalingen inkluderet i modtagers skattepligtige indkomst, jf. Anbefaling 1, stk. 1, litra b. Anbefalingen skal som udgangspunkt anvendes ved 3 forskellige finansielle arrangementer.

- a. Arrangementer der behandles som gæld, egenkapital eller derivater under national lov, også kendt som ”finansielle instrumenter”.
- b. Arrangementer i forbindelse med overførsel af finansielle instrumenter, hvor en forskellig national skattemæssig behandling medfører, at det finansielle in-

⁷⁷ *Ibid.*: s. 18

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 23

⁸⁰ Eng.: Primary rule

⁸¹ Eng.: Defensive rule

⁸² Citat, OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 23

strument anses som ejet af mere end en skattepligtig person. Disse arrangementer er også kaldet ”hybride overførsler”.⁸³

- c. Arrangementer i forbindelse med finansielle instrumenter hvor en betaling foretages som kompensation for afkast eller forrentning af egenkapitalen på det overførte aktiv. Hvor forskelle i den skattemæssige behandling i domicilstaterne på betalingen og det underliggende aktiv har den nettoeffekt, at underminere integriteten af reglen for hybride finansielle instrumenter. Disse arrangementer betegnes som ”substitute payments”.⁸⁴

Heraf kan det udledes, at anbefalingen bør finde anvendelse på betalinger i forbindelse med finansielle instrumenter, hvilke resulterer i et hybrid mismatch. Ligeledes gælder det for betalinger i forbindelse med arrangementer, som har til formål at overføre et finansielt instrument og betaling i forbindelse hermed, udgør et beløb, som ses svarende til forrentning eller rentebetaling af egenkapital eller finansiering på det underliggende instrument (substitute payment). I forhold til tidsmæssige forskelle i anerkendelsen af en betaling foretaget under et hybrid finansielt arrangement tilskyndes det i rapporten, at sådanne forhold ikke skal give anledning til et D/NI udfald. Dette er gældende så længe, at den skattepligtige over for skattemyndighederne kan give tilfredsstillende bevis for, at betalingen vil blive inkluderet i den skattepligtige indkomst inden for rimelig tid.⁸⁵

5.3.1. Anbefalingens begreber

For efterfølgende at kunne sikre en valid sammenligning mellem SEL § 2 B og de relevante BEPS anbefalinger, er definering af anvendte begreber i forhold til begge emner af fundamental karakter. Begrebet ”*finansielt instrument*” defineres i rapporten som arrangementer, der behandles som gæld, egenkapital eller derivater under national lovgivning i både udsteders og modtagers domicilstat, jf. anbefaling 1, stk. 2, litra a. Samtidig er der krav om, at det finansielle instrument skal indeholde en hybrid overførsel. En ”*hybrid overførsel*” kategoriseres efter rapporten, som en aftale indgået mellem en skattepligtig person og en anden person om at overføre et finansielt instrument, hvor ejerskabet af det overførte aktiv skaber et mismatch i mellem de pågældende stater. Mismatchet opstår fordi, at de pågældende stater anser ejerskabet af aktivet forskelligt. Dette uddybes nærmere i nedenstående citat:

”A hybrid transfer includes any arrangement to transfer a financial instrument entered into by a taxpayer with another person where:

- i. the taxpayer is the owner of the transferred asset and the rights of the counterparty in respect of that asset are treated as obligations of the taxpayer; and*
- ii. under the laws of the counterparty jurisdiction, the counterparty is the owner of the transferred asset and the rights of the taxpayer in respect of that asset are treated as obligations of the counterparty.”⁸⁶*

Hertil kan tilføjes, at ejerskab af et aktiv til disse formål inkluderer alle regler, der resulterer i, at den skattepligtige bliver beskattet af de tilsvarende pengestrømme⁸⁷ fra aktivet.⁸⁸ Selvom det ud fra rapporten kan opfattes som om, at OECD ønsker de involverede staters regler for

⁸³ Eng.: Hybrid transfer

⁸⁴ OECD (2015), Action 2 - Final Report Report, s. 25

⁸⁵ *Ibid.*: s. 23-24

⁸⁶ Citat, *ibid.*: s. 23

⁸⁷ Eng.: Cash-flows

⁸⁸ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 23

beskatning af finansielle instrumenter udvidet til, at muliggøre beskatning af et hvert arrangement der udmønter sig i en betaling, som kan henføres til finansiering eller egenkapital, kan det bekræftes, at det skal være op til den enkelte stat, at beslutte hvilke typer af arrangementer der skal falde under definitionen af finansielle instrumenter.⁸⁹

5.3.2. Anbefalingens anvendelsesområde

Anvendelsesområdet for anbefaling 1 afgrænses til kun, at være i forbindelse med betalinger til relaterede personer⁹⁰ eller betalinger foretaget under struktureret/koordineret arrangementer⁹¹ jf. anbefaling 1, stk. 4. Definitionen af relaterede personer og struktureret arrangementer er vigtig, da det er med til at definere, hvilke personer der burde omfattes af en eventuel regel, og skal ses i forhold til betingelserne i SEL § 2 B om bestemmende indflydelse eller at selskaberne skal være koncernforbundne. To personer anses som relaterede, hvis de begge er del af samme kontrolgruppe⁹², eller hvis den ene har et ejerskab på 25% eller mere af den anden, eller at en tredje person har et ejerskab på 25% eller mere i begge, jf. anbefaling 11, stk. 1, litra a. Ved samme kontrolgruppe forstås enten;

- i. at de er regnskabsmæssigt konsolideret
- ii. at den ene har effektiv kontrol over den anden, eller at en tredje person har den effektive kontrol over begge
- iii. at den ene har 50% eller mere ejerskab over den anden, eller en tredje person har 50% eller mere ejerskab over dem begge
- iv. at de kan blive anset som associerede foretagender⁹³ efter OECD's Modeloverenskomst artikel 9⁹⁴

Kravet for relaterede personer, som begrænser anvendelsesområdet for Anbefaling 1, skal ses i forhold til SEL § 2 B, hvor kravet for bestemmende indflydelse er direkte eller indirekte ejerskab af 50% eller mere af enten aktiekapital eller stemmerettighederne i det pågældende selskab. Herudfra kan det konkluderes at OECD ønsker anvendelse af et bredere sæt af betingelser i forhold til personer omfattet af anbefalingerne, eftersom at kravet om ejerskab kan være helt ned til 25%. Dette kan tolkes som et mål om at omfatte flest mulige men stadigvæk inden for rimelighedens grænser, da et etableret ejerskab alligevel skal udgøre mindst 25%. Definitionen af ejerskab vurderes som svarende til de danske regler, da det er ejerskab af kapitalandele eller stemmerettigheder, jf. anbefaling 12, stk. 1.⁹⁵ Samme analoge betragtning kan antages i forhold til begrebet ”samme kontrolgruppe”, som tilsvarende til enten bestemmende indflydelse eller koncernforbundne parter. Dette er ud fra at både ejerskab over 50% samt effektiv kontrol, er svarende til betingelsen om bestemmende indflydelse og kravet om konsolideret efter regnskabsmæssige formål. Alternativt er, betingelsen ved omfattet af Modeloverenskomstens art. 9 svarende til koncernforbundne partner, eksempelvis gennem en fælles ledelse. Den anden afgrænsning af anvendelsesområdet for anbefalingen er betalinger foretaget under ”struktureret arrangementer”. Dette begreb defineres i anbefaling 10, som alle arrangementer hvori det hybride mismatch er prissat i vilkårene for arrangementet eller, at fakta og omstændighederne af arrangementet indikerer, at arrangementet har til formål at skabe et mismatch, jf. anbefaling 10, stk. 1.

⁸⁹ *Ibid.*: s. 25

⁹⁰ Eng.: Related person

⁹¹ Eng.: Structured arrangement

⁹² Eng.: Control group

⁹³ Eng.: associated enterprises

⁹⁴ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 113

⁹⁵ *Ibid.*: s. 114

5.3.3. Underliggende concernled

Ligesom SEL § 2 B, er der i forbindelse med BEPS anbefalingerne også taget højde for en mulig omgåelse ved indskydelse af yderligere underliggende concernled i forbindelse med transaktionen. Et sådan forhold reguleres i BEPS af anbefaling 8, ”*the imported mismatch rule*”. Anbefalingen omhandler situationer, hvor arrangementet består af et mellemlid, hvori skattepligten for betalingen kan sættes op imod et fradrag for betalingen til den oprindelige investor.⁹⁶ Det vil sige, at mellemlid i princippet er udsat for 2 mismatch situationer. 1) mellem investor og mellemlid, 2) mellem udsteder/betalingsmodtager og mellemlid. Anbefalingen vil ikke være genstand for yderligere analyse. Det kan derimod blot udledes, at BEPS act. 2 også tager højde for brug af yderligere og underliggende concernled.

5.3.4. Det hybride udgangspunkt

Ved enten at nægte betaleren fradrag eller omvendt kræve indtægten hos modtageren inkluderet i indkomstopgørelsen er anbefaling 1 med til, at sikre en symmetrisk beskatning internationalt. Anbefalingen er som udgangspunkt målrettet de hybride finansieringsinstrumenter, som er blevet gennemgået i det ovenstående. Men det er endnu ikke klarlagt, hvilke egenskaber der gør det finansielle instrument ”hybrid”. Som tidligere nævnt kan det være en kompliceret opgave, eftersom at forskellen hvorpå de forskellige stater nationale lovgivninger tolker problemet, gør det til en kæmpe opgave og derefter nærmest umuligt efterfølgende, at give et bud herpå, som samtidig ville kunne implementeres i alle stater. Samtidig kan en mere simpel grund være, at man ikke ønsker at give en yderligere præcisering, eftersom dette efterfølgende vil kunne udnyttes til at finde nye måder at omgå reglerne på. Her kan henvises til den danske skatteminister, som i forbindelse med indførslen af SEL § B ikke ønskede at udvide definitionen af hybride finansieringsinstrumenter yderligere af blandt andet frygt for selskabers videre søgen efter nye huller.⁹⁷ Ud fra rapporten kan det udledes, at hensigten er at flytte fokus fra, at det er typen af hybride instrumenter, som skal afgøre den skattemæssige behandling. Fokus skal derimod være på det mismatch, som betalingerne i forbindelse med instrumentet skaber. Det vil sige, at det afgørende i stedet skal ligge i, om mismatchet kan henføres til forskellene i den måde, hvorpå instrumentet beskattes i staterne for betaler og modtager.⁹⁸ Derved er det selve betalingerne, som er udgangspunktet for vurderingen. Hertil kan tilføjes at det også er selve betalingerne i forbindelse med arrangementet, som SEL § 2 B ønsker at ”kontrollere” og derefter muligvis omkvalificere.

5.3.5. Korrespondensprincippet

I afsnittet om SEL § 2 B henvises til udgangspunktet om et korrespondensprincip. Princippet bygger på intentionen om, at den ene stats kvalifikation og behandling af den pågældende transaktion skal korrespondere med kvalifikation og behandling i modpartens stat. Ligeledes kan princippet betragtes som i overensstemmelse med ønsket om en neutral beskatning, her kan henvises til det tidligere nævnte princip om en symmetrisk beskatning. Anbefaling 1 i BEPS act. 2 bygger på to muligheder til at opnå en symmetrisk beskatning. Anbefaling 1 A tager udgangspunkt i at skattemyndigheden i kildelandet bør nægte fradrag for selskabets udgift, hvis den pågældende transaktion skaber en situation af fradrag/ikke inkludering i den skattepligtige indkomst (D/NI). Anbefalingens effekt ses blandt andet i forbindelse med fradragsnægtelse for renteudgifter. Den øvrige mulighed i anbefaling 1 B, også kaldet forsvars-

⁹⁶ *Ibid.*: s. 83

⁹⁷ Skatteudvalget, 2007, *L 110B Bilag 2*, s. 8

⁹⁸ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 25

reglen, er at modtagers stat (domicilstaten) inkluderer indtægten/transaktionen i den skattepligtige indkomst. Forsvarsreglen skal dog kun benyttes i tilfælde af, at kildestaten vælger ikke at nægte fradrag for betalingen og derved ikke får neutraliseret kvalifikationskonflikten. Korrespondensprincippet kan herved udledes også, at være gældende i forbindelse med BEPS act. 1 anbefaling 1. Reglen kan ligeledes kategoriseres som en linking-regel, da der tages udgangspunkt i instrumentets behandling i modpartens stat.⁹⁹

5.4. Implementering og retskildeværdi

Eftersom at BEPS projektet er ikke retlig bindende, kan det udelukkende kunne betragtes som ”soft law”. Det må dog forventes at projektet implementeres i samtlige medlemslande, eftersom forslaget er udarbejdet på baggrund af enighed.¹⁰⁰ Der er dog visse områder, hvorpå medlemslandene allerede har forpligtet sig til at implementere en række minimumsstandarder. Dette gælder blandt andet områderne for misbrug af DBO’er (treaty shopping), skadelig skattekonkurrence og informationsdeling¹⁰¹ i forbindelse med transfer pricing.¹⁰² Anbefalingerne i act. 2 kan som udgangspunkt anvendes af alle, som vælger at implementere dem. Samtidig gør udformningen af anbefalingerne, at selv i situationer, hvor kun den ene stat i grænseoverskridende transaktion har implementeret reglerne, kan der alligevel skabes en symmetrisk beskatning. Dette skyldes forsvarsreglen, som træder i kraft i situationer, hvor reglerne ikke bliver brugt eller ikke er implementeret i den anden stat.

6. Anti-Tax Avoidance direktivet

Den 28. januar 2016 fremsatte EU Kommissionen forslag om et Anti-Tax Avoidance directive (herefter ATA direktivet). Medlemsstaternes Indgåelse af direktivet skal ses som endnu en vigtig del af Kommissionens pakke til bekæmpelse af skatteunddragelse.¹⁰³ Direktivets formål er at;

”(..) sikre balance mellem behovet for en vis ensartethed i implementeringen af BEPS-resultaterne i hele EU og medlemsstaternes behov for at tilpasse de særlige kendetegn ved deres skattesystemer til disse nye regler.”¹⁰⁴

Intentionen er, at ATA direktivet skal komplementere og styrke implementeringen af udvalgte BEPS anbefalinger i medlemslandenes nationale regler. Der er derfor ikke tale om et helt nyt regelsæt, derimod et juridisk bindende mål/forholdsregler som skal underbygge BEPS og dets implementering.¹⁰⁵ EU Kommissionen ønsker derved, at medlemslandene sætter et godt eksempel i den internationale ”tax good governance”.¹⁰⁶ Omfanget af direktivet er noget mindre end BEPS projektet og fastlægger således regler indenfor specifikke områder til bekæmpelse af skatteunddragelse der direkte påvirker det indre marked. Områderne er: Fradrag for rentebetalinger, exitbeskatning, en ”switch over-klausul”, en generel anti-misbrugsregel,

⁹⁹ *Ibid.*: s. 11.

¹⁰⁰ OECD (2015), *Explanatory Statement*, s. 6

¹⁰¹ Eng.: Country-by-Country Reporting

¹⁰² OECD (2015), *Explanatory Statement*, s. 6

¹⁰³ Europa Kommissionen, COM(2016) 26 final, *Forslag om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde*, s. 3 (herefter: EU Kommissionen, COM(2016) 26 final, ATA Direktiv.

¹⁰⁴ Citat, *ibid.*: s. 4

¹⁰⁵ Q&A og fakta omkring direktivet, dets formål og forhold til BEPS. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_en.htm

¹⁰⁶ *Ibid.*

bidrag til CFC-regler samt en ramme for håndtering af hybride mismatch.¹⁰⁷ For denne afhandlings vedkommende vil der udelukkende blive taget udgangspunkt i sidst nævnte.

6.1. ATA direktivets art. 10

Forslag til håndtering af hybride mismatch findes i direktivets art. 10. Artiklen er konstrueret således at 1. del regulerer kvalifikationskonflikter i forbindelse med hybride enheder, mens 2. del regulerer hybride finansielle instrumenter. Et hybridt instrument defineres i artiklen som en situation hvori to medlemsstater retlig kvalificerer samme betaling forskelligt, jf. art. 10, 2. del. For en effektiv bekæmpelse af et sådan mismatch fastslår artiklen, at den retlige kvalificering af instrumentet i den medlemsstat hvorfra betalingen stammer ligeledes skal gælde i modtagers medlemsstat, jf. art. 10, 2. del.¹⁰⁸ Hensigten er, at direktivet skal dække så bredt som mulig og søger derfor at omfatte samtlige skattesubjekter, som er underlagt selskabsskat i en af medlemsstaterne.¹⁰⁹ Det brede anvendelsesområde bekræftes blandt andet i, at direktivet udelukkende fokuserer på virkningen af, at der eksisterer et hybridt instrument. Der forudsættes derfor ikke nødvendighed om, at der skal foreligge bestemte typer af hybride instrumenter. Her kan blandt andet nævnes et debt/equity hybrid, som er den mest udbredte type og samtidig også den, som er udgangspunktet for den danske SEL § 2 B's anvendelsesområde.¹¹⁰ ATA direktivet ønsker at sikre forbedring af det indre markeds modstandsevne overfor grænseoverskridende metoder til skatteunddragelse. Samtidig argumenteres at en sådan forbedring ikke kan opfyldes gennem medlemsstaters individuelle tiltag. Da sådanne individuelle tiltag kombineret med forskellighederne i medlemsstaternes skattesystemer bidrager til en yderligere fragmentering af det indre marked på området for indirekte beskatning.¹¹¹ Til opfyldelsen af direktivets krav og for samtidig sikring af overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, går direktivet ikke videre, end hvad der er nødvendigt. Dette tydeliggøres ud fra en bestemmelse om, at direktivet ikke må være til hinder for anvendelsen af hverken nationale eller overenskomstbaserede bestemmelser som sikre højere beskyttelsesniveau af det nationale selskabsskattegrundlag, jf. ATA direktivets art. 3. For området om hybride finansieringsinstrumenter, bygger direktivets art. 10 ligesom BEPS anbefaling 1 på et princip om en linking-regel da der i direktivet tages udgangspunkt i kildestatens behandling af instrumentet. ATA-direktivet påvirkning og relation til BEPS projektet vil blive gennemgået i det efterfølgende afsnit, sammen med en analyse af overensstemmelsen med SEL § 2 B. Internationalt set har Werner Haslehner sat spørgsmålstegn ved, hvorfor reglen udelukkes adresseres til situationer internt i EU.¹¹² Dette besvares med en henvisning til udfordringen i at binde ikke-medlemslande. Samtidig fremhæves, at en konsekvent implementering blandt medlemslandene vil yde et stærkt incitament til dernæst, at gøre det til en international standard.¹¹³

¹⁰⁷ EU Kommissionen, COM(2016) 26 final , ATA Direktiv, s. 3

¹⁰⁸ *Ibid.*: s. 10

¹⁰⁹ *Ibid.*: s. 4

¹¹⁰ Bundgaard & Schmidt, SR.2016.151, s. 160

¹¹¹ EU Kommissionen, COM(2016) 26 final , ATA Direktivet, s. 15

¹¹² Haslehner, Werner, 2016, *The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Comments*, s. 6

¹¹³ *Ibid.*

7. En sammenligning af SEL § 2 B, BEPS act. 2 og ATA direktivet

Dette afsnit har til hensigt, at foretage en sammenligning af SEL § 2 B og BEPS act. 2. Formålet er at analysere overensstemmelsen mellem de to bestemmelser og den samtidige overensstemmelse med Kommissionens ATA direktivs art. 10. Formålet er dog ikke, at udlede den mest optimale metode, men i stedet at søge bestemmelsernes individuelle retsvirkning og konsekvenserne heraf. Samtidig vil der ikke blive foretaget en nærmere analyse af bestemmelsernes overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Dette er dog ikke inden for rammerne af dette speciale og må derfor være op til en eventuel anden afhandling at konkludere herpå.

7.1. Retsvirkning

Selvom de 3 bestemmelser kan anses som genstand for samme overordnet formål, er der alligevel en vis afvigelse i deres individuelle retsvirkning. Bestemmelserne har alle til formål, at sikre en symmetrisk beskatning i forbindelse med hybride finansieringsinstrumenter. Den primære problemstilling udgør den kvalifikationskonflikt, som opstår ved forskelle i den måde, hvorpå staternes nationale lovgivninger kvalificerer et bestemt instrument eller transaktion. Dette betragtes ud fra, at konsekvenserne ved en anvendelse af SEL § 2 B, som tidligere udledt, resulterer i en decideret omkvalificering af selve betalingens skattemæssige behandling. Her henvises til omkvalificeringen fra gæld til egenkapital. Denne omkvalificering har siden bestemmelsens indførelse været genstand for megen diskussion.¹¹⁴

Alternativt til SEL § 2 B foreslår BEPS act. 2 anbefaling 1 som udgangspunkt, at betalers stat skal nægte fradrag i tilfælde af, at betalingen ikke inkluderes i modtagers skattepligtige indkomst. Ydermere foreslås det, at hvis fradragsnægtelsen ikke sker i betalers stat, skal national lovgivning i staten for betalingens modtager sikre betalingens inkludering i den skattepligtige indkomst. Efter metoden fra BEPS ses det udelukkende at være selve *konsekvensen* af betalingen, der påvirkes. Modsat SEL § 2 B hvor selve betalingen omkvalificeres. Omkvalifikation efter SEL § 2 B sker i princippet af 2 omgange. 1) Først omkvalificeres den långivende betaling fra at være gæld til at betragtes som egenkapital. 2) Betalingen, der før ville have været at betragte som en rentebetaling, betragtes nu i stedet som udbytte, qua omkvalificering af den første betaling fra gæld til egenkapital. Retsvirkningen af bestemmelsen får derfor yderligere rækkende konsekvenser end blot fradragsnægtelse. Påstanden herom skal ses ud fra skatteministerens bekræftelse af, at en omkvalifikation efter SEL § 2 B også er gældende i forhold til for eksempel tynd kapitalisering.

Endeligt skal retsvirkningen af ATA direktivets art. 10 anses som en tredje metode til, at sikre en symmetrisk beskatning i forbindelse med hybride finansieringsinstrumenter. Princippet bag art. 10 indebærer, at modtagerstaten anerkender den retslige kvalificering af det hybride instrument foretaget i staten, hvorfra betalingen stammer. Den store forskel i retsvirkningen af bestemmelserne ses i mellem SEL § 2 B og de to mere internationale bestemmelser, henholdsvis BEPS act. 2 anbefaling 1 og ATA-direktivets art. 10. Udgangspunktet hos de internationale forslag indebærer udelukkende intentionen om eliminering af fradragsretten. Dette kan udledes eksplicit af formuleringen i BEPS mens, at det i ATA direktivets art. 10 ses i intentionen om, at benytte kvalifikationen i betalers stat og derved opnå en symmetrisk beskatning. Der kan på baggrund af ovenstående derfor stilles spørgsmål til rækkevidden af SEL § 2 B, og om en komplet omkvalificering kan anses som nødvendig. Heraf kan udledes

¹¹⁴ Se bl.a. Bundgaard, SU.2007.237

en mulig uoverensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Dette spørgsmål skal dog være op til en eventuel anden afhandling at gennemgå yderligere.

7.2. Anvendelsesområde

Udgangspunktet i både SEL § 2 B, BEPS act. 2 anbefaling 1 og ATA-direktivets art. 10 er, at de udelukkende regulerer dispositioner som resulterer i en situation af fradrag/ikke inkludering (D/NI). I forhold til SEL § 2 B kan dette udledes af noterne til paragraffen hvoraf formålet anføres som en forhindring for, at Danmark tildeler fradrag for en rentebetaling, hvoraf modtageren ikke beskattes.¹¹⁵ Ved BEPS act. 2 anbefaling 1 kan det udledes direkte af anbefalingerne, at kravet for anvendelsen er et udfald af en D/NI situation. I ATA direktivets art. 10 ses ligeledes af bestemmelsens formulering, hvori der direkte henvises til en sådan situation. Derved kan udgangspunktet for de tre regler antages at være i overensstemmelse. Omvendt må selve anvendelsesområdet for de tre bestemmelser siges at afvige væsentligt fra hinanden. Både SEL § 2 B og BEPS act. 2 anbefaling 1 foreligger der krav om en vis forbindelse mellem de pågældende to parter. Kravene varierer fra 25% i henhold til BEPS's formuleringer og op til 50% efter kravene i forhold til betingelserne for anvendelse af SEL § 2 B. Set i forhold hertil, er ATA-direktivets intentioner at omfatte samtlige situationer, som resulterer i en situation af fradrag, modsvaret af en ikke-inkludering i den skattepligtige indkomst. Der fastsættes i direktivet udelukkende krav om, at de pågældende skattesubjekter skal være underlagt selskabsskat i en eller flere medlemsstater, jf. art. 1. Samtidig henviser direktivets art. 10 udelukkende til forskellen i den retlige kvalificering af det hybride instrument, hvor den medførende effekt er en D/NI situation. Dermed kan det udledes at SEL § 2 B fastsætter de mest omfattende krav i forhold til anvendelsesområdet. Dette er efterfulgt af BEPS act. 2, hvori der ligeledes foreligger krav om et vis koncernforhold. I modsætning hertil stilles der i ATA-direktivets art. 10 udelukkende krav om, at de pågældende parter begge skal være underlagt selskabsskat i en eller flere medlemsstater.

7.2.1. Geografisk

Ud over det juridiske anvendelsesområde, ses de 3 bestemmelser også at differentierer på området for deres geografiske anvendelse. SEL § 2 B er en national bestemmelse udelukkende indført i dansk skatteret. Den geografiske anvendelse er dog ikke begrænset hertil, eftersom bestemmelsen alene sætter krav om, at den udenlandske investor skal være *"en person eller selskab, som er hjemmehørende i udlandet"*.¹¹⁶ Heraf kan det udledes, at bestemmelsen også ville finde anvendelse i situationer, hvor investor er bosat udenfor EU. Det kan dog samtidig udledes, at bestemmelsen kun finder anvendelse i forbindelse med indgående gældsinstrumenter med en udenlandsk investor og en dansk udsteder. Dette gør sig primært også gældende i forbindelse med ATA direktivets art. 10. Eftersom direktivet er udstedt af EU Kommissionen til implementering i medlemslandene, er det også alene disse lande, direktivet angår. Samtidig kan anvendelsesområdet udledes eksplicit af direktivets art. 1 til udelukkende, at omfatte skattesubjekter underlagt selskabsskat i en eller flere medlemsstater. Der kan dog argumenteres for, at direktivet finder anvendelse i en situation, hvorved betalingsmodtagerens stat har status af en medlemsstat.¹¹⁷ Derved kan det udledes, at bestemmelsen finder anvendelse for både indgående og udgående gældsinstrumenter, så længe begge transaktionens parter har status af medlemsstater. Ved transaktioner med stater uden for EU vil bestemmelsen udelukkende have effekt ved indgående gældsinstrumenter. Det skal dog tilføjes,

¹¹⁵ jf. SEL § 2 B, note 93.

¹¹⁶ Citat, SEL § 2 B, stk. 1, 1. pkt.

¹¹⁷ Bundgaard & Schmidt, SR.2016.151, s. 160

at direktivets præambel bekræfter nødvendigheden for yderligere undersøgelser i forhold til situationen omkring forholdet til tredjelande, jf. direktivets præambel pkt. (11). Tilsvarende ATA direktivet er BEPS act. 2 primært også udarbejdet med henblik på anvendelse i et udvalg af lande, her henledes direkte til OECD's medlemslande. Anbefalingerne kan dog som udgangspunkt bruges af alle lande, som vælger at implementere dem. Samtidig gør udformningen af reglerne, at så længe blot en af transaktionens parter har implementeret anbefalingerne, vil et eventuelt mismatch kunne neutraliseres af enten den primære regel eller forsvarsreglen.

7.2.2. Koncernmæssigt

En tydelig begrænsning i ATA-direktivets art. 10 er anvendelsesmulighederne i forhold til en koncernstruktur, hvori det hybride mismatch sker ved brug af yderligere koncernled. Denne undgåelsesmetode har SEL § 2 B lukket for gennem indførsel af bestemmelsens stk. 4. Heri nævnes regleres eksplicite anvendelse selvom der er indsat yderligere kreditorled. Det kan dog udledes af tidligere analyse, at ATA direktivets art. 10 ikke finder anvendelse ved indførsel af yderligere koncernled. En sådan manglende regulering af situationer med mismatch opstået i underliggende koncernled, udgøre en klar begrænsning i forhold til ATA direktivets art. 10's praktiske betydning.¹¹⁸ Ud fra afsnittet omkring BEPS act. 2 kan det udledes, at BEPS anbefalingerne tilmed finder anvendelse ved brug af yderligere kreditorled. Heraf kan det udledes udelukkende, at være ATA direktivet der indeholder væsentlige begrænsninger, hvad angår regleres praktiske anvendelse.

7.3. Gensidig informationsdeling

Ud over de 3 bestemmelsers afvigelser ved både anvendelsesområde og retsvirkning, kan der desuden udledes forskelle i deres forudsætninger for anvendelse. Her henledes til det niveau af informationer de pågældende medlemsstater har behov for til, at kunne anvende bestemmelsen. Der kan blandt andet henvises til SEL § 2 B, hvor omkvalificering fra gæld til egenkapital forudsættes af, at betalers stat kvalificerer betalingen som egenkapital. Er dette ikke tilfældet hos den udenlandske kreditor, finder SEL § 2 B ikke anvendelse. Dermed må det antages, at bestemmelsen forudsætter en vis informationsudveksling med staten, hvorfra betalingen stammer. Hertil skal tilføjes den tidligere skatteministers synspunkt om, at denne informationsudveksling omkring betalingens kvalifikation i udlandet, ikke bør give problemer eftersom, at parterne har en vis koncernsammenhæng. Dog kan der stilles spørgsmål ved skatteadministrationens forudsætninger for at få sådanne oplysninger eftersom, at skatteadministrationen må siges at være den endelige kontrolinstans. Dette spørgsmål vil dog ikke blive yderligere berørt. Det må dog endeligt konstateres, at SEL § 2 B forudsætter en vis form for information af betalingens kvalifikation i den udenlandske stat. Samme betragtning gør sig gældende i forbindelse med ATA direktivet. Her henvises til direktivets udgangspunkt om, at kildestatens kvalifikation af betalingen er den, som skal anvendes i modtagerstaten. Derved må der også her forudsættes et vis informationsniveau mellem transaktionens pågældende stater. Informationen antages dog alt andet lige at være nemmere at fremskaffe i forbindelse med ATA direktivet, eftersom at det udelukkende er gældende blandt EU's medlemslande. Behovet for udveksling af information gør sig dog også gældende i forbindelse med anbefalingerne fra BEPS act. 2.¹¹⁹ Rapporten henviser til, at den nødvendige information til udveksling som udgangspunkt vil være specifik for hvert selskab. Samtidig ser rapporten

¹¹⁸ Se også Bundgaard & Koerver Schmidt, SR.2016.151, s. 160-161

¹¹⁹ Harris, 2014, *Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s. 29

mulighed for at informationsudvekslingen kan ske gennem allerede eksisterende instrumenter, som er indgåede af de deltagende lande. Her henvises blandt andet til Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, Double Tax Conventions og Tax Information Exchange Agreements.¹²⁰ Ud fra ovenstående må derfor konkluderes, at det er et eksisterende behov for grænseoverskridende udveksling af information gældende generelt for alle 3 bestemmelser. Yderligere diskussion, af hvor udveksling af information kan betragtes som den mest simple, vil ikke blive foretaget.

7.4. Definitioner

I ovenstående er der foretaget en sammenligning af de 3 bestemmelsers individuelle retsvirkning og anvendelsesområde. Dette afsnit vil derimod søge en overensstemmelse af de underliggende formaliteter af mere praktisk karakter. Dette gælder blandt andet BEPS projektets målsætning om, at de fremtidige og nationalt implementerede regler skal fremstå både klart og tydeligt, men også simpelt formuleret. Således at de så nemt og enkelt som muligt kan anvendes af både skattepligtige og skatteadministrationer opererende i forskellige jurisdiktioner. En sådan transparens vil gøre det nemmere for multinationale selskaber og andre grænseoverskridende investorer at anvende og fortolke reglerne, hvilket potentielt kan reducere både transaktions risici samt ”compliance costs” for skatteyderne.¹²¹ Der er imidlertid ingen af de 3 bestemmelser, hvoraf der kan udledes en klar og udtømmende definition hybride finansieringsinstrumenter. Begrundelsen var som tidligere nævnt fra lovgivers side i Danmark, begrundet i ønsket om en effektiv hullukning samt konsekvenserne for, at en mere præcis definition vil give anledning til yderligere spekulationsmuligheder. Omvendt må manglen af en klar definition ses problematisk, da det omvendt kan skabe tvivlsspørgsmål om reglerens omfang. Dette kan blandt andet øge udfordringerne hos relevante selskaber i form af, at skulle gennemskue reglerne i forhold til konkrete dispositioner. Dette kan ses som direkte modsvarende til den anførte målsætning fra BEPS om transparens, hvor det udelukkende tilskyndes af BEPS, at staterne via reglerne til neutralisering af hybride mismatch, nationalt sikre reglerens anvendelse for flest mulige arrangementer, som resulterer i et afkast fra enten fremmed- eller egenkapital.¹²² Anbefalingerne fra BEPS er derfor ikke et udtryk for et forsøg på, at standardisere kategoriseringen af hybride finansieringsinstrumenter. Tværtimod henvises der til, at ved tvivlssituationer og situationer, hvor betaling af afkast fra enten fremmed- eller egenkapital, faktisk er en del af en anden betaling, som er af en anden karakter, skal det være op til den enkelte stat, at beslutte hvornår og i hvilket omfang betalingen er sket under et finansielt arrangement.¹²³

8. De samfundsøkonomiske betydninger og konsekvenser

Efter gennemgang af den juridiske analyse, vil specialet i det efterfølgende se på de samfundsøkonomiske betydninger af selskabsskatten. Afsnittet vil komme i berøring med det danske skattesystem, selskabers skatteplanlægning og ligeledes se nærmere på de hybride finansieringsinstrumenters forhold hertil. Ovenstående analyser kan bekræfte området for de hybride finansieringsinstrumenter som forbundet med stor kompleksitet. Dette kan både udledes af de svært komplicerede forhold, at skulle udlede hvilke finansieringsstrukturere, der omfattes, samt hvordan landene nationalt kategoriserer hvilke instrumenter, der er omfattet. Landene har som udgangspunkt udelukkende mål om, at neutralisere selskabers udnyttelse af

¹²⁰ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 102

¹²¹ *Ibid.*: s. 98

¹²² *Ibid.*: s. 36

¹²³ *Ibid.*

skattebasen og i stedet opnå skatteprovenu, hvor det er muligt og tilmed reglernes formål. Men en del af kompleksiteten ved de hybride finansieringsinstrumenter er netop, at visse skatteydere blot drager fordel af instrumenters forskellige kvalifikation i staternes skattelovgivning.¹²⁴ Derved kan skattelovgivningen betragtes som overholdt i de implicerede lande, og de grænseoverskridende arrangementer anses dermed som udgangspunkt i fuld overensstemmelse med nationale skatteregler. Dette gør det svært, at udlede hvem der potentielt har lidt et provenutab, og om en tabs betragtning overhovedet kan formodes.¹²⁵ Afhandlingen vil i nedenstående afsnit forsøge at redegøre for, hvordan virksomheders anvendelse af tiltag som hybride finansieringsinstrumenter kan påvirke samfundsøkonomien. Samtidig vil der være fokus på selskabsskatten, rationalet bag og dens konsekvenser.

8.1. Skattesystemet og skatteplanlægning

Retten til at udskrive skatter kan betragtes som en af de mest fundamentale rettigheder, et land har i forhold dets borgere. Til skatteudskrivningsretten hører naturligvis også retten til selv at indrette og fastsætte hvad, hvordan og hvor meget, der skal beskattes. Skatteudskrivningsretten omtales også som den fiskale autonomi.¹²⁶ Samtidig kan der perspektiveres til stater individuelle ret til at indrette og disponere over egen velfærdsstat, hvortil dimensionering af eget skattesystem ses som en tilhørende nødvendighed. Skattesystemer er lige såvel som stater politik og prioriteringer vidt forskellige. Men der er alligevel visse hovedpunkter, som kan antages ud fra et overordnet synspunkt.

”Fra en skatteøkonomisk synsvinkel har skattesystemet tre hovedfunktioner: 1) At tilvejebringe et offentligt provenu; 2) At bidrage til at korrigere svigt i markedets funktionsmåde, og 3) At bidrage til opfyldelse af samfundets fordelingspolitiske målsætninger.”¹²⁷

Citatet illustrerer stater mål om, at skabe et offentligt provenu gennem skatteudskrivelser. Hvordan provenuet fordeles, og hvilke politiske mål og hensigter der udgør udgangspunktet i de enkelte stater, kan være ligeså forskellige, som deres skattesystemer hver især. Peter Loft understreger ligeledes, det stigende behov for de nationale skattesystemers internationale tilpasning. Tidligere var fokus rettet mod optimering af det nationale marked, og andre landes opkrævninger var af mindre interesse.¹²⁸ Modsat i dag, er verdens lande tvunget til at have en international indgangsvinkel, hvorfor flere og flere lande indgår bilaterale aftaler. De bilaterale aftaler, som de dobbeltbeskatningsoverenskomster (herefter DBO'er) hvilke Danmark har indgået med lande som USA, Brasilien, Belgien og Luxembourg, har til formål at undgå dobbeltbeskatning.¹²⁹ På verdensplan antages der at være indgået mere end 2.000 DBO'er.¹³⁰ Til undgåelse af dobbeltbeskatning nationalt eksisterer reglerne om exemption og credit i forbindelse med udenlandske skatter. Som udgangspunkt forsøger lande individuelt udelukkende, at optimere egne skattesystemer, således at skatteydere, der handler på tværs af landegrænser, undgår dobbeltbeskatning, og derved lettere kan opretholde den nødvendige konkurrencedygtighed. Alligevel evner flere både personer og selskaber, at finde huller og udnytte de nationale skattesystemers forskelligheder, således at den samlede skattebetaling minimeres. Kombineret med at mange af de internationale koncerner ofte er i kontakt med flere forskellige

¹²⁴ Schmidt & Bundgaard, SU.2015.38, s. 1

¹²⁵ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 15

¹²⁶ Loft, 2015, Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat, s. 103

¹²⁷ Sørensen, 2003, Statsskatteloven i skatteøkonomiske belysning, s. 5-6

¹²⁸ Loft, 2015, Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat, s. 103-104

¹²⁹ <http://www.skm.dk/love/internationalt/dobbelbeskatningsoverenskomster>, tilgængeligt den 21/04

¹³⁰ Schmidt & Bundgaard, SU.2015.38, s. 1

skattesystemer, kan skatteplanlægning ligefrem argumenteres som en nødvendighed. For større virksomheder er løbende underretning af aktionærer og resten af omverden ofte af afgørende betydning for at kunne støtte, opretholde og redegøre ansvarligt for virksomhedens aktuelle værdi. Disse antagelser støtter op om virksomheders behov for skatteplanlægning, for at kunne holde virksomheden ajour og samtidig afspejle og dokumentere konsekvenser og gevinster af langsigtede strategier. Skatteplanlægning kategoriseres oftest som skattetænkning og lovlige skatteudnyttelse.¹³¹ For som udgangspunkt kan der ikke være noget odiøst i at varetage koncernens interesser, hvilket også må siges at indebære en optimering af koncernens skattemæssige situation. Men som skatteadministration i de pågældende stater kan kvalifikation af koncernernes skatteudnyttende dispositioner være en udfordring.

”Skatteudnyttelser kendetegnes ved at udgøre et »gråt område«, hvor en kvalifikation af skatteudnyttelsen som (lovlige) skattetænkning, (ulovlig) skatteunddragelse eller (strafbar) skattesvig ikke er åbenbar.”¹³²

I citatet af Jan Pedersen bekræftes skatteudnyttelse at være i en zone, hvor der kan skelnes mellem lovlige og ulovlige skatteudnyttelse, alt afhængig af hvilken af de fremsatte kategorier en eventuel disposition vil kunne henføres til. Men eftersom at lovgivningen i forbindelse med hybride finansieringsinstrumenter betragtes som overholdt, skal benyttelsen heraf ses som lovlige skatteplanlægning. Hertil kan tilføjes definitionen af begrebet ”*aggressiv skatteplanlægning*” som blandt OECD har forsøgt, at udlede i forbindelse med tidligere tiltag omkring bekæmpelse af selskabers undgåelse af selskabsskat.¹³³ EU Kommissionen har i forbindelse med tidligere arbejde defineret begrebet ud fra følgende; ”(...) *taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability.*”¹³⁴ Anvendelsen af aggressiv skatteplanlægning ses, at resultere i enten dobbelt fradrag eller dobbelt ikke-beskatning. I forbindelse med hybrid finansiering er det sidst nævnte resultat, som gør sig gældende. Udgangspunktet ved begrebet ”*aggressiv skatteplanlægning*” er ligesom hos de hybride finansieringsinstrumenter, at de gældende nationale regler kan betragtes som overholdt. Der kan derfor stilles spørgsmål ved begrebets juridiske betydning. Dette udledes også af Schmidt i hans artikel, TfS.2015.238.

”(...) begrebet aggressiv skatteplanlægning aktuelt ikke fremstår som et skarptskåret juridisk begreb, men snarere må betegnes som et politisk koncept, der udover at omfatte egentlig skatteundgåelse og visse former for skatteplanlægning, også skal ses som en opfordring til udvikling af nye/ændrede regler og en fælles international indsats.”¹³⁵

Hertil kan tilføjes at udgangspunktet for skatteplanlægning, skal ses som i overensstemmelse med gældende lovgivning – men i strid med lovgivningens formål eller ånd. Nok har de skatteudnyttende dispositioner ikke været tiltænkt i forbindelse med udarbejdelse af lovgivningen, men ikke desto mindre kan de betragtes som lovlige. Dispositionens mulige gennemførelse vil derfor i stedet kunne hævdes som resultat af en manglende beskatningshjemmel eller lovens samlede udformning.¹³⁶ Omvendt kan Kommissionen og OECD’s brede og uklare definition af begrebet skatteplanlægning, henlede til eksistensen af en vis form for acceptabel

¹³¹ Schmidt *et al.*, 2015, *International Skatteret i et dansk perspektiv*, s. 271

¹³² Citat, Pedersen *et al.*, 2015, *Skatteretten 1*, s. 114

¹³³ Se blandt andet arbejdet foretaget i forbindelse med Forum on Tax Administration

¹³⁴ Citat, Bundgaard, 2016, *Understanding the EU Anti Tax Avoidance*, s. 2

¹³⁵ Citat, Schmidt, TfS.2015.238, s. 4

¹³⁶ Feldthusen, SPO.2010.181, s.3. Se også, Schmidt, TfS.2015.238, s. 5

skatteplanlægning.^{137,138} Udover at skatteplanlægning må kunne anses som decideret nødvendig i forhold til, at undgå international dobbeltbeskatning ved grænseoverskridende transaktioner kan en almindelig form for skatteplanlægning også påstås, at have en gavnlig samfundsøkonomisk effekt. Schmidt fremhæver en række eksempler på, at den danske skattelovgivning understøtter almindelig/acceptabel skatteplanlægning.

*”Her kan bl.a. nævnes valgfriheden i afskrivningstakt i henhold til visse af afskrivningslovens bestemmelser, mulighederne for at vælge mellem realisations- og lagerbeskatning i aktieavancebeskatningsloven og kursgevinstloven og muligheden for at vælge international sambeskatning efter SEL § 31 A for blot at nævne nogle.”*¹³⁹

Ud over, at citatet understreger nogle af de lovgivningsmæssige instrumenter, som lovligt kan udnyttes til skatteplanlægning, kan eksemplerne samtidig påstås at styrke virksomhedernes investeringsincitament. Herved ender vi tilbage til diskussionen om den eksisterende skattekonkurrence mellem de nationale stater med henblik på, at tiltrække de multinationale selskabers placering og investeringer. Ud fra ovenstående analyse og diskussion kan der udledes et eksisterende spændingsfelt mellem staters nationale ønske om, at bevare og tiltrække nye investeringer mod selskabers interesse i, at opnå højst mulige afkast og de bedst mulige vilkår for virksomhedens drift - alt sammen kortet ned til prioritering og valg mellem overholdelse af lovgivningsmæssige, etiske og moralske forpligtelser. *”We are not accusing you of being illegal. We are accusing you of being immoral.”*¹⁴⁰ Citat af Margaret Hodge, formand for den britiske Public Accounts Committee, i forbindelse med høring af de tre amerikanske selskaber Starbucks, Amazon og Google. Alle tre selskaber var under mistanke for bevidst at kanalisere overskud ud af Storbritannien ved brug af komplekse regnskabs- og skattemæssige strategier.¹⁴¹ Citat illustrerer problemstillingen ved selskabers brug skatteoptimerende dispositioner til lovligt, at opnå store skattemæssige fordele. Ovenstående afsnit spejler udviklingen i skattesystemet som en konsekvens af den stigende internationalisering og virksomheder skatteoptimerende dispositioner som sættes i forhold til lovgivers komplicerede og konkurrenceprægede beskatningskompetence. Det efterfølgende afsnit vil kigge nærmere på betydningen og konsekvenserne af den nationale selskabsskat.

9. Selskabsskattens konsekvenser

Debatten om en verden med fuld harmonisering af skattesystemer har længe været genstand for diskussion. Men BEPS synes at udgøre et stort skridt i den (rigtige) retning. Af afhandlingens tidligere diskussioner kan det udledes, at forskellene blandt landenes skattesystemer og interesse gør en sådan harmonisering til mere end blot en stor udfordring. Muligheden for virkeliggørelsen af et sådan projekt vil ikke blive diskuteret yderligere i denne afhandling. Fokus rettes i stedet mod skatteneutralitet og selskabsskattens forvriddende effekter. En fuld harmonisering af skattesystemer vil blandt andet indebære skatteneutralitet. Det vil sige, at en beskatning ikke påvirker borger eller selskabers beslutninger om for eksempel placering af

¹³⁷ Eng.: appropriate tax planning

¹³⁸ Schmidt, TfS.2015.238, s. 2-3

¹³⁹ Citat, *Ibid.*: s. 3

¹⁴⁰ Schmidt *et al.*, 2015, *International Skatteret i et dansk perspektiv*, s. 270. Se også <http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/tax/9673358/Starbucks-Amazon-and-Google-accused-of-being-immoral.html>, tilgået den 18/04.

¹⁴¹ Panayi, 2015, *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?*, s. 546. Se også <http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/tax/9673358/Starbucks-Amazon-and-Google-accused-of-being-immoral.html>, tilgået den 18/04.

investeringer. Skatteneutralitet vil omvendt også kunne opnås hvis ingen stater pålagde skatter. Men eftersom skattebetalinger er nødvendige for statens finansiering af velfærdssystemer samt indretning heraf, vurderes dette ikke som en mulighed. Alternativet er en harmonisering af skattesystemet kombineret med regler, som er umulige at omgå.¹⁴² I en skatteneutral verden vil borgere og virksomheder placere deres investeringer, der hvor de kan opnå det højeste afkast. Dette vil afstedkomme en perfekt allokering af kapital og vil i sidste ende kunne føre til en samlet velfærdsgevinst landene imellem.¹⁴³ Men på grund af forskelle i landenes nuværende regler samt udformninger heraf, drejes skatteydernes investeringsincitamer over på, hvor investeringen er mest fordelagtig, især skattemæssigt.¹⁴⁴

9.1. Selskabsskattens betydning

I et samfundsøkonomisk perspektiv kan selskabsskatten anses som en slags brugerbetaling, for de tjenester og den infrastruktur som det offentlige stiller til rådighed. Antagelsen om selskabsskatten som brugerbetaling kan ses i sammenhæng med udtrykket ”*license to operate*”. Betragtningerne bag ”*license to operate*” handler om, at selskabet skylder staten sin eksistens, og at forholdet mellem selskab og stat skal betragtes gensidigt. For selskabets vedkommende ligger forpligtelsen i skattebetalingerne.¹⁴⁵ Staten stiller ved selskabets registrering, et retssystem til rådighed og ret til begrænset hæftelse, derved må selskabsbeskatning alt andet end lige kunne betragtes som fair.¹⁴⁶ Ud over regulering af en slags brugerbetaling, kan selskabsskatteloven ses som en sikring mod at personskatteydere ikke blot udnytter muligheden for akkumulering af kapitalafkast i et selskab. Derved ville de kunne opnå en likviditetsfordel ved udskydelse af beskatningen, indtil afkastet tages ud og beskattes som udbytte eller kursgevinst.¹⁴⁷ Selskabsskatten kan herved både betragtes som et instrument til at agere bagstopper for den personlige indkomstskat, men også som selskabers måde at kompensere for og bidrage til de privilegier staten stiller til rådighed. Udgangspunktet for opkrævning af selskabsskatten er et overvejende kildelandsprincip, men alligevel tager flere lande heriblandt Danmark, sig forbehold til at opkræve skatten efter globalindkomstprincippet. Det vil sige at moderselskaber nationalt beskattes af indkomst fra deres udenlandske datterselskaber, beskatning finder dog først sted, når den tages hjem til moderselskabet i form af udbytte. Omvendt har flere lande alligevel indført skattefrihed for udbytte på udenlandske datterselskaber, her kan blandt andet henvises til den danske regel i SEL § 13, stk. 1, og opkrævningen leder derved tilbage til et overvejende princip om national opkrævning. Staters indførsel af disse regler og selskabers opfyldelse heraf, fører derfor til en øget fokus på et lands effektive selskabsskattesats, når det gælder selskaber og deres investeringsincitamer.¹⁴⁸ Udledt af slutrapporten fra den af regeringen nedsatte og uafhængige produktivitetskommission, betyder det blandt andet, at en høj selskabsskattesats vil tilskynde selskaber til at placere deres investering udenlandsk frem for i indlandet. Produktivitetskommissionen bekræfter ud fra både egen og andre analyser, at den effektive selskabsskattesats har en synlig effekt på internationale virksomheders investeringer.¹⁴⁹ Da Danmark normalt anses for at have en forholdsvis høj selskabsskattesats og tilmed en høj effektiv selskabsskattesats, set i forhold til gennem-

¹⁴² Schmidt *et al*, 2015, *International Skatteret i et dansk perspektiv*, s. 286.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Stiglitz, 2014, *Reforming Taxation to Promote Growth and Equity*, s. 9.

¹⁴⁵ Schmidt *et al*, 2015, *International Skatteret i et dansk perspektiv*, s. 283.

¹⁴⁶ *Ibid.*: s. 284

¹⁴⁷ Produktivitetskommissionen, 2014, *Skat og produktivitet*, s. 17

¹⁴⁸ Den effektive selskabsskattesats viser den gennemsnitlige selskabsskat per tjent krone. Det tages således hensyn til landes forskellige opgørelse af indkomst, fradragsmuligheder, afskrivninger og forskellige satser.

¹⁴⁹ Produktivitetskommissionen, 2014, *Skat og produktivitet*, s. 17

snittet i EU, tager Danmark afstand fra positionen, som et attraktivt investeringsland og tiltrækning af udenlandsk kapital.¹⁵⁰ Hertil skal dog tilføjes, at Danmarks nedsættelse af selskabsskattesatsen har medført et øget investeringsniveau, og det forventes at stige yderligere i forbindelse med håb om konjunkturforbedringer og en yderligere nedsættelse af selskabsskattesatsen til 22% her i 2016.¹⁵¹

I kontrast til Produktivitetskommissionens resultater har CEPOS fremsat påstand om, at en analyse af sammenhængen mellem udenlandske investeringer og den danske selskabsskattesats ikke nødvendigvis resulterer i et retvisende billede. Dette tager udgangspunkt i en analyse af sammenhængen mellem selskabsskattesatsen og selskabernes pålagte skattebyrde. Dertil begrundes det med uvisheden om skattetæknings potentielle indflydelse, samt at skattebasen for selskaber som udgangspunkt er blevet udvidet over tid.¹⁵² CEPOS har i stedet, i en økonomisk analyse, kunne påvise en positiv effekt på jobskabelsen i Danmark fra udenlandske investeringer ud fra en nedsættelse af selskabsskattesatsen. Af analysen kan konkluderes, hvad der svarer til en årlig stigning på mellem 11%-18% i jobskabelsen fra udenlandske investeringer, ud for hvert procent point selskabsskatten nedsættes.¹⁵³

9.2. Den mest forvridende skat

Af Produktivitetskommissionens slutrapport fra 2014 kan selskabsskatten udledes, at være den skat som har mest skadelig effekt på væksten, set i forhold til de resterende danske beskatningsinstrumenter.¹⁵⁴ Et eksempel herpå er afkast fra et selskab i form af aktieudbytte, hvilket i princippet er underlagt en dobbeltbeskatning, eftersom at overskud først beskattes som selskabsindkomst og derefter hos aktionæren i form af udbytteskat. Selvom skatten af udbytte er lavere end andre skatter, er dobbeltbeskatningen stadig eksisterende.¹⁵⁵ Endnu en af skattens forvridende effekter er antagelsen om, at der ved en høj selskabsskattesats er risiko for, at den høje sats i sidste ende vil blive betalt af den almindelige lønmodtager. Dette udledes ud fra, at det afgørende i en investeringsbeslutning er afkastet efter skat. Hvis selskabsskatten i Danmark er højere end i udlandet, vil en investering i udenlandske aktier derved bedre kunne betale sig. Et resultat af udenlandske selskabers nemmere adgang til risikovillig kapital er, at de i udlandet har nemmere ved at investere i nye metoder og nyt udstyr. Konsekvensen i Danmark er, at man er nødsaget til at foretage sænkninger i lønningsniveauet for, at kunne opretholde konkurrencedygtigheden over for de udenlandske konkurrenter. Dermed kan en høj selskabsskattesats påstås at være finansieret af de almindelige lønmodtagere kontra selskabet og dets aktionærer. Produktivitetskommissionens konklusion er derved at en høj selskabsskattesats svækker produktiviteten, og at en stor del af skattebyrden dermed pålægges lønmodtagerne gennem en lavere realløn.¹⁵⁶

Den amerikanske økonom Laurence Kotlikoff beskriver tesen om, at selskabsskatten i sidste ende falder på lønmodtagerne frem for kapitalejerne som rimelig simpel.¹⁵⁷ Lønmodtagere arbejdende i et land er forholdsvist immobile ud fra antagelsen om, at de sjældent søger arbejde udenlandsk. Modsat kapital investeret nationalt som har nemmere ved at trækkes tilba-

¹⁵⁰ Skatteministeriet, 2015, *En større del af selskaberne betaler selskabsskat i Danmark*, s. 4-5

¹⁵¹ *Ibid.*: s. 3

¹⁵² CEPOS, 2014, *Lavere selskabsskat skaber flere jobs fra udenlandske investeringer*, s. 10.

¹⁵³ *Ibid.*: s. 8

¹⁵⁴ Produktivitetskommissionen, 2014, *Det handler om velstand og velfærd*, s. 116-117. Se også OECD, 2009, *Economic Policy Reforms: Going for Growth 2009*, s. 3

¹⁵⁵ Loft, 2015, *Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat*, s. 139

¹⁵⁶ Produktivitetskommissionen, 2014, *Skat og produktivitet*, s. 15

¹⁵⁷ Kotlikoff *et al.*, 2013, *Simulating the Elimination of the U.S Corporate Income Tax*, s. 2

ge og i stedet investeres i et andet land. En sådan kapitalflugt efterlader lønmodtagere og deres arbejde tilbage i landet, med et resultat af faldende arbejds efterspørgsel og i sidste ende lavere reallønninger for dem som lykkedes i at beholde deres job.¹⁵⁸

En overensstemmende konklusion kan ligeledes udledes fra en analyse af den danske skattepolitik foretaget af CEPOS.¹⁵⁹ Heri begrundes sammenhængen mellem selskabsskattens position som den mest produktivitetshæmmende skat og lønmodtagernes finansiering af skatten gennem lavere realløn, ud fra antagelsen om kapitalapparatets påvirkning på produktiviteten. En differentiering i afkast efter skat, vil som tidligere antaget, bevirke at selskaber placerer deres mobile kapital i det land med det højeste afkast efter skat. Flere investeringer bidrager til et øget kapitalapparat og størrelsen af apparatet produktiviteten og dermed størrelsen af lønnen. En lav selskabsskat vil derfor kunne øge investeringerne og det samlede kapitalapparat, hvilket øger produktiviteten fra arbejdskraften og samtidig udlede en stigning i virksomhedernes efterspørgsel for arbejdskraft. I sidste ende vil dette aflede en positiv effekt på lønningerne.¹⁶⁰ En følgeslutning af ovenstående diskussion er en konklusion af, at en lavere selskabsskat vil kunne tiltrække flere investeringer, øge kapitalapparatet og i sidste ende lønningerne.

En lavere selskabsskat må derfor ligeledes siges, at minimere den selskabsskattelige forvridding af lønmodtagernes finansiering af en høj selskabsskattesats. Samtidig skal det tillægges, at udenlandske såvel som danske investeringsvalg i sidste ende antages, at blive foretaget ud fra flere parametre end blot den isolerede selskabsskattesats. Hertil kan tilføjes vurderingen af muligheder for finansiering, afsætning, kvalificeret arbejdskraft, infrastruktur og ligeledes et stabilt politisk miljø. Som modstykke til ovenstående kan nævnes synspunktet, fra den Nobelpris vindende økonom Stiglitz, om manglende belæg for antagelsen om en lavere selskabsskat påvirker investeringer og dermed væksten.¹⁶¹ Stiglitz ser i stedet at et skattesystem, som fremmer investering og jobskabelse, består af en forskelsbehandling i dem som investerer i landet, og dem som ikke gør. Det vil sige et system, hvor selskaber som ikke investerer er underlagt højere beskatning end selskaber, som gør. Hertil skal dog bemærkes visse udfordringer i forbindelse med indførslen af et sådan system, da forskelsbehandling kan lede til visse problemer, blandt andet i forhold til EU-retten.

9.3. Finansiering af investeringer - lån kontra egenkapital

Ud over selskabsskattens forvriddende effekt på virksomhedernes placering af investeringer, kan en yderligere forvriddende effekt ses i sondringen mellem lånefinansiering kontra egenkapitalfinansiering. Hvor lånefinansiering medfører fradrag for renteudgiften i det skattepligtige overskud, findes der ikke tilsvarende mulighed for fradrag ved omkostningerne til fremskaffelse af finansiering gennem egenkapital. Præferencen for brug af lånefinansiering kan medføre en højere gældskvote, end hvad der er optimalt. Selskaberne kan herved ende med at blive mere sårbare over for konjunkturedgange samtidig med, at fokus flyttes fra langsigtede strategi og udvikling til kortsigtet likviditetsstyring og servicering af gælden.¹⁶² Tilmed skal det tilføjes, at det normalt ikke er store og velkonsolideret selskaber, der har problemer med at opnå lånefinansiering, men derimod oftest de mindre opstartsvirksomheder. Dette medfø-

¹⁵⁸ *Ibid.*: s. 3

¹⁵⁹ Brøns-Petersen, 2015, *Skattepolitikken før og efter valget*.

¹⁶⁰ *Ibid.*: s. 6-7

¹⁶¹ Stiglitz, 2014, *Reforming Taxation to Promote Growth and Equity*, s. 9-10

¹⁶² Produktivitetskommissionen, 2014, *Det handler om velstand og velfærd*, s. 121

rer, at dem der relativt set har det største behov for finansiering gennem tilskud og investeringer, er henvist til den skattemæssigt dyreste finansieringsform.¹⁶³

9.3.1. Skattemæssig ligestilling

Produktivitetskommissionen har to konkrete forslag til at modvirke en sådan forskelsbehandling. Forslagene omhandler mulighed for enten, at ophæve selskabernes ret til at fradrage deres renteudgifter eller omvendt at tillade selskaberne at fradrage, hvad der svarer til en normal forrentning af deres egenkapital. Sidstnævnte vil stemme overens med den måde, hvorpå de kan fradrag renten af deres gæld.¹⁶⁴ Ophævelse af rentefradragsretten vil øge kapitalomkostningerne ved gældsfinansiering væsentligt, og potentielt skabe store problemer for virksomheder med en høj gæld. Af hensyn til opretholdelsen af symmetri i skattesystemet og undgåelse af en eventuel dobbeltbeskatning, bør man overveje enten at nedsætte, eller måske helt fjerne, beskatningen af aktie- og renteindtægter hos personskatteydere. Dette skyldes at den underliggende indkomst allerede vil være beskattet i selskabet. Ydermere kan det tillægges, at en ophævelse af rentebeskatning og rentefradrag vil medføre væsentlige udfordringer for beskatning af banker, eftersom deres indtægter i væsentligt omfang består af forskellen mellem renteindtægter og -udgifter. En ophævelse af rentefradragsretten kan derved konkluderes at være et omfattende tiltag, hvilket vil kræve ændringer af yderligere bestemmelser og samtidig medføre store overgangsproblemer.¹⁶⁵ Endnu ingen lande har ophævet selskabers rentefradragsret i fuldt omfang, men flere lande, som blandt andet Danmark, har indført begrænsninger i selskabers muligheder for at fradrage renteudgifter til hinder for misbrug heraf.¹⁶⁶ Et yderligere synspunkt er, at en ophævelse af rentefradragsretten som udgangspunkt vil resultere i en udvidelse af skattebasen, hvilket i sidste ende kunne medvirke til sænkning af selskabsskatten.

9.3.2. Fradrag for forrentning af egenkapital

Det andet forslag om indførelse af et egenkapitalfradrag i selskabsbeskatningen, vil være en anden mulighed til at opnå skattemæssigt ligestilling af gæld og egenkapital. Selve udførelsen kunne være en mulighed for fradrag af en nærmere fastsat og normal rente af egenkapitalen, lige såvel som renter på gæld kan fradrages. Produktivitetskommissionen foreslår, for begrænsning af det medførende provenutab, at fradraget begrænses til udelukkende at gælde for nyinvesteringer.¹⁶⁷ Et sådant tiltag vil på lige fod med ovenstående forslag medføre afklaring af en række væsentlige skattetekniske forhold forud for indførelsen. I et spørgsmål fra 2008 til den daværende skatteminister, Kristian Jensen, om de provenumæssige konsekvenser ved indførelsen af egenkapitalforrentning, bekræftes omfanget af fradraget til udelukkende at bør gælde nyinvesteringer.¹⁶⁸ Samtidig understreges nødvendigheden for indførelse af en række værnsregler, i forbindelse med etablering af selskabers ret til at fradrage en forrentning af deres egenkapital. De nødvendige værnsregler skal blandt andet hindre selskabers forsøg på at omkvalificere eksisterende kapital til nyinvesteret kapital, og ligeledes mod, at en højt beskattet lønindkomst kan omdannes til en lavere beskattet selskabsindkomst. I svaret fra den daværende skatteminister er en beregning af den provenumæssige betydning ved indførelse af

¹⁶³ Loft, 2015, *Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat*, s. 140

¹⁶⁴ Produktivitetskommissionen, 2014, *Det handler om velstand og velfærd*, s. 122

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Se blandt andet SEL § 11.

¹⁶⁷ Produktivitetskommissionen, 2014, *Det handler om velstand og velfærd*, s. 122. Se også Skatteudvalget, 2008, SAU, Alm. del, Spm. 126.

¹⁶⁸ *Ibid.*, Skatteudvalget, s. 1

egenkapitalfradrag forsøgt beregnet. Regnestykket er foretaget ud fra en lang række antagelser, da en konkret analyse vil kræve en forholdsvis dybdegående analyse af mange af de omfattede selskabers regnskaber. Beregningerne viser med udgangspunkt i 2009 niveau et årligt provenutab på mellem 22,5-29 mia. kr. ud fra en forrentning på mellem 5%-7%.¹⁶⁹ Fradraget vil medføre et væsentligt fald i selskabsskattebetalingerne, hvilket i stedet resulterer i et stigende overskud efter skat, som i sidste ende vil skabe en stigning i udbytter og avancer hos aktionærene. Dermed vil der ske et tydeligt fald i provenuet fra selskabsskatten, og en provenustigning fra andre skatter og afgifter vil i stedet indtræde. Den formodede provenustigning vil dog ikke fuldt ud kunne opveje faldet i skattens provenu. Afslutningsvist pointeres det, at fradraget i sidste ende vil ses som en lempelse af selskabsskatten, og at et sådan tiltag vil fra andre lande betragtes som et offensivt tiltag i den internationale skattekonkurrence. Hvis ønsket i sidste ende er en nedsættelse af selskabsbeskatningen, vurderes det ud fra ministerens svar og beregninger, at gevinsten ved direkte nedsættelse af selskabsskattesatsen, alt andet end lige vil være større end resultatet ved indførsel af fradrag for forrentning af egenkapitalen.¹⁷⁰

9.3.3. Neutralisering af incitamenterne bag hybride finansieringsinstrumenter

En yderligere positiv indflydelse ved ophævelse af selskabers rentefradragsret, vil være en afskaffelse af selskabers incitament til at foretage dispositioner indeholdende hybride finansielle instrumenter, med selskaber placeret i Danmark. SEL § 2 B er som tidligere nævnt en værnsregel mod selskabers udhuling af den danske skattebase. Bestemmelsen omkvalificerer gæld til egenkapital med det resultat, at rentebetalingen og den indebærende fradragsret omdannes til et skattepligtigt udbytte. Bestemmelsen modvirker derved selskabers incitament til at foretage dispositioner, som er skattemæssigt favorabel. Ved ophævelse af rentefradragsretten i Danmark fjernes mulighederne og dermed incitamenterne til forsøg på at skabe en disposition med resultat af en gunstig skattemæssig situation, for eksempel ved brug af hybride finansieringsinstrumenter. En indførsel af fradrag for forrentning af egenkapital, vil imidlertid ikke resultere i nogen ændringer i forbindelse med selskabers incitament til yderligere brug af hybride finansieringsinstrumenter. Men alligevel vil et fradrag for forrentning af egenkapital potentielt give anledning for selskaber til, at iværksætte nye tiltag af dispositioner med formål om at opnå en skattemæssig fordel, som blandt andet dobbelt ikke-beskatning.

9.4. Selskabsskattens provenu

Efter en diskussion af selskabsskatten og dens samfundsøkonomiske forvridende effekter, vil der i nedenstående afsnit blive kigget nærmere på muligheden for en potentiel afskaffelse af skatten. Samlet set udgør den danske selskabsskat i 2016 cirka 5% eller 49 mia. kr. af de samlede skatter og afgifter.¹⁷¹ Til sammenligning udgør personskatter omkring 53% eller 485 mia. kr., mens moms og lønsumsafgifter cirka udgør 22% eller 203 mia. kr.¹⁷² Med en procentvis fordeling med blot 5% af de samlede skatter og afgifter afledt fra selskabsskatten, øges lysten til at stille spørgsmålet: *Hvad vil provenutabet udgøre på kort og længere sigt ved en fuld afskaffelse af selskabsskatten?* Spørgsmålet er imidlertid blevet stille af Liberal Alliances, Anders Samuelsen tilbage i 2010, til den daværende skatteminister Troels Lund Poul-

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Skatteministeriet, 2015, *Skattestrukturen 1983-2016*, s.1

¹⁷² *Ibid.*

sen.¹⁷³ Spørgsmålet blev stillet i en kombination med spørgsmålet om provenutabet ved en samtidig afskaffelse af aktieavancebeskatningen, således at aktieafkast beskattes som almindelig personindkomst. Svaret indledes naturligt nok med en del antagelser og forbehold, eftersom en komplet beskrivelse af konsekvenserne af en reform i en sådan størrelsesorden er forbundet med betydelig usikkerhed, blandt andet fra ændringer i adfærdseffekterne. Skatteministeren besvarer spørgsmålet med følgende konklusion;

”Forslaget om en omlægning af aktieindkomstbeskatningen og en afskaffelse af selskabsskatten kan med nogen usikkerhed skønnes at medføre et provenutab for staten på i størrelsesordenen 35-40 mia. kr. opgjort i varig virkning. Opgjort i 2010-niveau kan provenutabet skønnes at udgøre ca. 30 mia. kr.”¹⁷⁴

Af citatet kan udledes et provenutab med et omfang på 30-40 mia. kr. Forskellen mellem den forventede varige virkning og virkningen opgjort i 2010-niveau, ligger i forskellen på det lavere skattegrundlag i 2010, set i forhold til det anslåede selskabsskattegrundlag og provenu på længere sigt. Et resultat af en lignende undersøgelse med udgangspunkt i nutidens selskabsskatteniveau på 22% kontra de 25% tilbage i 2010, antages at give et anderledes resultat, men vil ikke blive gennemgået yderligere.

Slutteligt kan der af ministerens svar udledes flere samfundsøkonomiske og provenumæssige påvirkninger, som er i overensstemmelse med de tidligere gennemgåede fra CEPOS og Produktivitetskommissionen. Her kan blandt andet nævnes en stigning i investeringsomfanget og et derfra øget kapitalapparatet og bedre reallønninger. Yderligere tilføjes en mulig provenustigning fra et øget skattegrundlag, ud fra antagelsen om dansk ejede selskaber kan spare en samlet skat ved beskatning af yderligere indkomst i Danmark. Dermed reduceres udflytning af indkomst, og skattegrundlaget udvides.¹⁷⁵ En total afskaffelse af selskabsskatten vil ligeledes afstedkomme en reducere af de administrative byrder hos både SKAT såvel som hos selskaberne.

9.5. En selskabsskattesats på nul

Den internationale skattekonkurrence er flere gange blevet betegnet som et internationalt ”*race to the bottom*”.¹⁷⁶ Skattekonkurrence eller ej, så kan der alligevel være fordele for lande i hele verden ved at erstatte selskabsskatten med personskat og moms.¹⁷⁷ En sådan omfordeling argumenteres af Kotlikoff som en løsning med gevinster, især på den lange bane. Analysen tager udgangspunkt i USA, men undersøger samtidig konsekvenserne for en afskaffelse af selskabsskatten i 5 andre verdensregioner; USA, Europa, Indonesien, Japan og Kina. Resultatet er et beskedent tab for den eksisterende yngre generation, men en betydelig gevinst for den ældre generation og de yngre generationer fremadrettet.¹⁷⁸

”While we find no Laffer Curve, switching from corporate- to higher wage-taxation does produce something quite remarkable – a Pareto improvement with no required additional compensation mechanism.”¹⁷⁹

¹⁷³ Skatteudvalget, 2010, *SAU alm. del, Spm. 593*

¹⁷⁴ Citat, *Ibid.*: s. 6

¹⁷⁵ *Ibid.*: s. 5

¹⁷⁶ Loft, 2015, *Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat*, s. 138

¹⁷⁷ Brøns-Petersen, 2015, *Skattepolitikken før og efter valget*, s. 7. Se også Kotlikoff *et al*, 2013, *Simulating the Elimination of the U.S Corporate Income Tax*.

¹⁷⁸ *Ibid.*: Kotlikoff, s. 7

¹⁷⁹ Citat, *ibid.*: s 3

Citatet illustrerer Kotlikoff's konklusioner ved at erstatte selskabsskatten med yderligere beskatning af lønmodtagere. En Pareto forbedring¹⁸⁰ henviser til Vilfredo Paretos velfærds-kriterie "(...) *no one can be made better off without making someone else worse off.*"¹⁸¹ Derved kan det udledes, at Kotlikoff's resultater er en samlet forbedring for alle parter, uden at skulle inddrage yderligere ændringer. Ud fra ovenstående diskussion og analyse af selskabsskatten kan den konkluderes til i Danmark, at udgøre en relativ lille del af det samlede provenu samtidig med at satsen har været faldende de seneste år, og halveret siden 1980'erne.¹⁸²

*"Det vil skabe flere udenlandske investeringer og dermed også flere arbejdspladser i Danmark. Jeg tror derfor også, vi er på vej til en global afskaffelse af selskabsskatten. Det er bare et spørgsmål om, hvor hurtigt det kommer til at gå."*¹⁸³

Citatet kommer fra den tidligere direktør i Skatteministeriet og nu analysechef hos CEPOS, Otto Brøns-Petersen, i forbindelse med et spørgsmål om afskaffelse af selskabsskatten i Danmark. Citatet ses som i overensstemmelse med den ovenstående diskussion af selskabsskatten og dens betydninger. Produktivitetskommissionen afslutter deres rapport om produktivitet og skat med en anbefaling til Danmark om konsekvent, at forsøge på at holde niveauet for selskabsbeskatning under niveauet for vore nabolande.¹⁸⁴ Om selskabsskatten forsøges at holdes på et forholdsvist lavt niveau eller om den helt afskaffes, er en svær forudsigelse og kan i sidste ende kun være op til politikerne og dermed lovgiver. Det kan dog ud fra ovenstående analyser utvetydigt konkluderes, at udformning af et instrument som selskabsskatten er præget af mange vidt forskellige holdninger. Herved kan det ligeledes udledes både, at være en udfordring at skulle analysere selskabsskatten isoleret set samtidig med, at området som udgangspunkt er politisk sammenspil.

9.5.1. Selskabsskatten og de hybride finansielle instrumenter

Der kan vist ikke længere herske tvivl om tilstedeværelsen af en stigende internationalisering og dens del af ansvaret for, at gøre de nationale skatteregler yderligere kompliceret. Det samme gør sig gældende for de hybride finansielle instrumenter, hvilke betragtes som et centralt emne i den internationale skatteplanlægning.¹⁸⁵ Om det fra virksomhedernes side er med forsæt at udnytte nationale skattesystemer, eller om det blot er en del af en skatteoptimerende strategi, må være op til myndighederne at afgøre. Som udgangspunkt er det udelukkende de moralske og etiske aspekter, som virksomheden risikerer at stå på mål for offentligt. Til vurderingen heraf kan de hybride mismatches negative påvirkning på effektiviteten, markedets gennemsigtighed og retfærdighed samt konkurrencen.¹⁸⁶

"Der er jo fx ingen tvivl om, at skattereglerne bliver sværere at finde ud af, når nogle på tværs af landegrænser begynder at handle med avancerede og til lejligheden konstruerede finansielle instrumenter, hvis navn siger de færreste noget som

¹⁸⁰ Eng.: Pareto improvement

¹⁸¹ Zerbe, 2001, *Economic Efficiency in Law and Economics*, s. 3

¹⁸² <http://www.computerworld.dk/art/232721/tidligere-skattedirekt-r-lad-droppe-selskabsskatten-i-danmark-engang-for-alle?> tilgået den 04/05-2016

¹⁸³ Citat, *Ibid.*: s. 3

¹⁸⁴ Produktivitetskommissionen, 2014, *Skat og produktivitet*, s. 30

¹⁸⁵ Bundgaard, 2016, *Understanding the EU Anti Tax Avoidance Package*, s. 1. Se også Bundgaard, SU.2006.391, s. 960

¹⁸⁶ OECD (2015), Action 2 - Final Report, s. 15

*helst. Det gør de ikke for at kaste grus i skattemaskineriet, men fordi transaktionen tjener et konkret formål.*¹⁸⁷

Citatet illustrerer Peter Lofts synspunkt på, at virksomhedernes brug af hybrid finansiering skal anses rationelt og som en del af et konkret formål. Uanset, så bør og skal skattelovgivningen kunne give svar på hvordan en hver situation skal beskattes. Det kan gøres ved at, fortolke eksisterende lovgivning eller også er lovgiver nødsaget til at tilføje en yderligere lovbestemmelse til den i forvejen omfangsrige skattelovgivning. Begge situationer er med til at øge reglernes kompleksitet.¹⁸⁸

*”Uanset hvor omhyggeligt skattelovgivningen bliver udformet, herunder speciallovgivningen til bekæmpelse af skatteomgåelse, og uanset at skatteretten besinder sig og frigør sig for uhensigtsmæssige civilretlige kvalifikationer, vil der altid blive tilfælde tilbage, hvor omgåelse kan foretages, uden at der iht. gældende ret er mulighed for korrektiv indskriden.”*¹⁸⁹

Herved afspejler Aage Michelsen lovgivers udfordringer i altid at være på forkant. Omvendt bekræfter det spørgsmålet om muligheden for konstant, at kunne sikre sig mod enhver form for skatteunddragelse, bevidst eller ej. Ligeledes bør sådanne betragtninger også inkludere overvejelser om de økonomiske omkostninger herved. Dertil skal tilføjes eventuelle problemstillinger ved kategorisering af henholdsvis skatteoptimering, skatteunddragelse eller skatte-svig. Slutteligt må spørgsmålet derfor i stedet være, om man ikke blot skal leve med, at systemet ikke altid kan være 100% effektivt?¹⁹⁰

10. Konklusion

På baggrund af specialets analyser af hybride finansieringsinstrumenter, SEL § 2 B og overensstemmelsen med anbefalingerne i BEPS act. 2 og ATA direktivets art. 10, samt instrumenternes og selskabsskattens samfundsøkonomiske betydning, kan følgende konklusion udledes:

Hybride finansieringsinstrumenter er i takt med globaliseringen samt selskabers etableringer på tværs af grænser blevet et stigende problemfelt inden for den internationale skatteret. Netop det grænseoverskridende element udledes, at udgør en stor del af udfordringerne, da det er kvalifikationskonflikterne afledt af den forskelligartet kvalifikation nationalt, som afstedkommer en potentiel skattefordel (D/NI). Omvendt er udfordringerne for lovgiver, at brugen af hybride finansieringsinstrumenter som udgangspunkt anses som inden for rammerne af national lov. Hvorfor hybrid finansiering også bekræftes som en metode til skattearbitrage, da den asymmetriske kvalifikation ofte resulterer i en skattefordel for den samlede koncern.

Selvom problemet synes at være internationalt anerkendt, synes der endnu ikke definitivt, at kunne bekræftes en fast skatteretlig definition af begrebet ”hybride finansieringsinstrumenter”. Analysen bekræfter dog en definition af ”hybrid finansiering”, som arrangementer bestående af grænseoverskridende finansielle instrumenter, hvilke er genstand for en forskelligartede kvalifikationsmæssig behandling i de transaktionens vedkommende stater. Ligeledes bekræftes instrumenternes kvalifikationsmæssige udfordringer ved, at de både har karakter-

¹⁸⁷ Citat, Loft, 2015, *Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat*, s. 228

¹⁸⁸ *Ibid.*: s. 228

¹⁸⁹ Citat, Michelsen, SPO.1984.96, s. 1

¹⁹⁰ *Ibid.*

træk af henholdsvis gældsinstrumenter såvel som egenkapitalinstrumenter. Samtidig er det netop disse kvalifikationsmæssige udfordringer, der i sidste ende skaber de skattemæssige fordele som blandt andet dobbelt-ikke beskatning. Det synes derfor af specialets analyse, at kunne udledes en definition af hybride finansieringsinstrumenter som finansielle instrumenter, der behandles skattemæssigt forskelligt i to eller flere af de i transaktionen involverede stater.

Specialet har dog udelukkede lagt vægt på finansielle instrumenter med karaktertræk af gæld og egenkapital, hvilket ligeledes gør sig gældende i SEL § 2 B. Bestemmelsen er et nationalt forsøg på at skabe en symmetrisk beskatning og samtidig sikre, at der ikke opnås utilsigtede skattefordele. En sådan symmetrisk beskatning anses også opnået ved anvendelse af anbefalingerne i BEPS act. 2, hvorfor bestemmelserne som udgangspunkt betragtes overensstemmende.

Rent skatteteknisk ses dog en afvigelse i bestemmelsernes retsvirkning. Her henledes til omkvalifikationen efter SEL § 2 B kontra blot en eliminering af fradragsretten efter BEPS. Det kan derfor yderligere konkluderes, at hvis BEPS betragtes som funktionel i praksis henseende, udledes BEPS som bedst formålstjenlig. Dette bygger på rækkevidende af SEL § 2 B, hvilken konkluderes noget mere vidtrækkende og kompleks end principperne bag BEPS. Hertil skal tilføjes betragtningerne om en eventuel uoverensstemmelse med proportionalitetsprincippet, hvis BEPS kan bekræftes som fyldestgørende til formålet om sikring af en symmetrisk beskatning af grænseoverskridende transaktioner.

Bestemmelserne deler, udover samme formål, ligeledes et fælles krav/behov for en grænseoverskridende informationsdeling. Dette konkluderes ud fra deres anvendelse af korrespondensprincippet i form af *linking* regler, hvilket er gældende for alle 3 bestemmelser. Her henvises til kendskabet af kvalifikationen i modpartens stat, hvilket ligeledes er en forudsætning for alle 3 bestemmelser. Det skal dog bemærkes at kravet ved BEPS og ATA direktivet er information om udfaldet af transaktionen – fradrag, beskatning eller skattefrihed. I forhold til SEL § 2 B er kravet den skattemæssige behandling – udbytte eller egenkapital. Herved antages kravet i SEL § 2 B at udgøre en større udfordring end hos de øvrige bestemmelser.

Endeligt kan bestemmelserne i SEL § 2 B og BEPS konkluderes at være overensstemmende i mindre omfang. Derudover anses ATA direktivet også at være overensstemmende. Direktivets art. 10 bærer dog tydelige præg af et forbehold for yderligere overvejelser både i forhold til den praktiske samt geografiske anvendelse. Bestemmelsen bekræftes dog som et fornuftigt indledende skridt mod implementeringen af BEPS.

Specialets økonomiske analyse og diskussion bekræfter konsekvenserne af den stigende internationalisering som et behov for en opdatering af skattesystemerne. Samtidig sættes virksomhedernes skatteoptimerende dispositioner i forhold til lovgivers konkurrenceprægede beskatningskompetence. Hertil kan konkluderes at selskabsskatteloven isoleret set har visse betydelige forvridende effekter. Dette ses blandt andet i differentiering ved valg af fremmedfinansiering kontra egenkapitalfinansiering. Hertil diskuteres to løsningsforslag i form af enten, at ophæve selskabers ret til at fradrage renteudgifter eller omvendt at tillade et fradrag af hvad, der svarer til en normal forrentning af deres egenkapital. Af hensyn til provenumæssige realiteter samt symmetri i forhold til personskatteydere, har sidstnævnte været genstand for størst diskussion. Løsningsforslaget ses dog fortsat at kræve en del både skattetekniske samt hensynsmæssige overvejelser.

Ydermere konkluderes det, at hvis ønsket blot er at lempe selskabsskatten, vil en direkte lempelse heraf være af større effekt og samtidig noget nemmere at udføre. Derfor er en potentiel ophævelse af selskabsskatten diskuteret. Effekten heraf, er yderst diskutabel, og kan samlet set udledes som styret af politiske formål og intentioner. Samtidig kan det konkluderes at samfundsøkonomien afhænger af skattebetalinger, men at selskabsskatten i Danmark isoleret set udledes at udgør en mindre del af det samlede provenu. Men den kan alligevel udledes som et stort politisk aktiv.

Politik er dog af mindre betydning, når det kommer til ønsket om at eliminere de skattemæssige fordele ved hybrid finansiering. Hvorfor tiltag som BEPS anses nødvendige. Området konkluderes som yderst komplekst med mange udfordringer og hensyn, nationalt som internationalt. Der er ingen tvivl om, at der netop lige nu er stor fokus på den internationale skat-scene, og at det fremtidige arbejde med BEPS bliver yderst interessant at følge. Ligeledes bliver det for bestemmelsen i SEL § 2 B som, på baggrund af ovenstående analyse, konkluderes at være uforenelige med BEPS.

Afslutningsvist kan det på baggrund af ovenstående diskussion og analyse konkluderes at SEL § 2 B udelukkende i mindre omfang stemmer overens med BEPS act. 2. Dette begrundes ud fra afvigelsen i bestemmelsernes retsvirkning. Samtidig konkluderes det at bestemmelsen i sin nuværende form, set ud fra den fremtidige implementering af BEPS, må ses nødsaget til ændringer.

11. Perspektivering

Resultatet af ovenstående analyse er en mindre overensstemmelse mellem SEL § 2 B og BEPS act. 2 anbefaling 1. Den mindre overensstemmelse begrundes med forskellen i retsvirkningen af bestemmelserne. Dette kan udledes af at retsvirkningen af SEL § 2 B betragtes ikke proportionelt med formålet, hvis retsvirkningen af BEPS anbefalingen ses at kunne opfylde formålet. Sidstnævnte må dog være op til en eventuel anden afhandling af foretage en vurdering af.

Samme konklusion udledes af overensstemmelsen mellem SEL § 2 B og ATA direktivets art. 10. Dog med behov for yderligere overvejelser i forbindelse ATA direktivets udformning. Her henvises til både de geografiske samt praktiske anvendelsesmuligheder. Direktivet er dog endnu ikke vedtaget hvorfor ændringer kan forekomme.

Der skal ikke herske tvivl om at området, for neutralisering af skattemæssige fordele ved hybride finansieringsinstrumenter, er under udvikling, både nationalt og internationalt. Men eftersom udfordringerne bunder i en uoverensstemmelse af flere nationale lovgivninger, må arbejdet siges at være særdeles kompleks. Det skal dog ikke afvises at en optagelse af arbejdet omkring for eksempel CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base) ville kunne bidrage yderligere til arbejdet mod kvalifikationskonflikter afledt af hybride finansieringsinstrumenter.

I forhold til en komplet analyse af afhandlingens område vil det være nødvendigt at inddrage de yderligere anbefalinger fra BEPS del 1 og 2. Dette har dog ikke være muligt i dette speciale ud fra de omfangsmæssige begrænsninger. Yderligere, konkluderes det at være relevant også at inddrage arbejdet fra BEPS act. 2, i forhold til anbefalingerne for de eksisterende bilaterale overenskomster.

Afslutningsvist skal det bemærkes at skat formentlig altid vil være en diskutabel faktor, primært ført af politiske ønsker og mål. Samtidig vil der altid eksistere skatteydere med intentioner om mindske at deres skattebetaling. Hvorfor en endelig afskaffelse af muligheder for skattearbitrage gennem brug af hybride finansieringsinstrumenter med stor sandsynlighed blot medfører prøvelse af nye dispositioner. Det endelige spørgsmål for dette speciale skal derfor være, om der ikke altid vil eksistere former for skattearbitrage – moralsk forkert eller ej.

12. Litteraturliste

Lov, bekendtgørelser og lovforarbejder:

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

L 110B Bilag 10, 2007, Skatteudvalget.

L 110B Bilag 2, 2007, Skatteudvalget, 18. januar.

LBKG 2015-05-20 nr. 680, Selskabsskatteloven

LBKG 2015-09-07 nr. 1081, Ligningsloven

LBKG 2016-01-29 nr. 117, Kildeskatteloven

Lov 1922-04-10 nr. 149, Statsskatteloven

Skatteudvalget, 2008, *SAU alm. del, Spm. 126*, 3. december 2008.

Skatteudvalget, 2010, *SAU alm. del, Spm. 593*, 12. oktober 2010.

Ændringslov: L 2011-03-30 nr. 254, Ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love (Opfølgning på harmoniseringen af selskabers aktieafkastbeskatning m.v.)

Bøger:

Loft, Peter, 2015, *Behøver det at være så indviklet? – refleksioner over skat*, 1. udgave, 1. oplag, Gyldendal.

Pedersen, Jan m.fl., 2015, *Skatteretten 1*, 7. udgave, 1. oplag, Karnov Group.

Schmidt, Peter Koerver m.fl., 2015, *International Skatteret i et dansk perspektiv*, 1. udgave, 1. oplag, Hans Reitzels Forlag.

Tvarnø, Christina D. m.fl., 2014, *Retskilder og Retsteorier*, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Winther-Sørensen, Niels m.fl., 2013, *Skatteretten 3*, 6. udgave, Karnov Group.

Zerbe, Richard O., 2001, *Economic Efficiency in Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Limited.

Publikationer:

Bolander, Jane, og Liselotte Madsen, 2014, *National og global beskyttelse mod skattespekulation ved brug af hybride selskaber*, UfR.2014B.385, Ugeskrift for retsvæsen.

Brøns-Petersen, Otto, 2015, *Skattepolitikken før og efter valget*, CEPOS arbejdspapir nr. 31.

Bundgaard, Jakob og Peter Koerver Schmidt, 2016, *Kommissionens forslag til et anti-tax avoidance directive*, SR.2016.151, SR Skat.

- Bundgaard, Jakob, 2006, *Hybrid finansiering og international skatteret*, SU.2006.391, Skat Udland.
- Bundgaard, Jakob, 2007, *Skattearbitrage & korrespondensprincip – Omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter*, SU.2007.237, Skat Udland.
- Bundgaard, Jakob, 2016, *Understanding the EU Anti Tax Avoidance Package – Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators*, Kluwer International Tax Blog, 23.februar 2016.
- CEPOS, 2014, *Lavere selskabsskat skaber flere jobs fra udenlandske investeringer*, CEPOS analysenotat april 2014.
- Deloitte, 2014, *Base Erosion Profit Shifting (BEPS) The Impact on Funds*, Department of Economic and Social Affairs.
- Feldthusen, Rasmus Kristian, 2010, *Bæredygtig skat - Om virksomheders økonomiske fingeraftryk*, SPO.2010.181, Skattepolitisk Oversigt.
- Hansen, Søren Friis, 2004, *SEL § 2 A; Det sorte hul - Om selskabsskattelovens § 2 A og gældende fællesskabsret*, SPO.2004.415, Skattepolitisk Oversigt.
- Hansen, Søren Friis, og Jeppe R. Stokholm, 2008, *IFA Nationalrapport 2008: Nye tendenser i den skattemæssige behandling af rentebetalingen mellem selskaber*, SU.2008.269, Skat Udland.
- Harris, Peter, 2014, *Neutralizing Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, United Nations - Department of Economic and Social Affairs
- Haslehner, Werner, 2016, *The Commission Proposal for an Anti-BEPS Directive: Some Preliminary Comments*, Kluwer International Tax Blog, 5. februar 2016.
- Kotlikoff, Laurence J. m.fl., 2013, *Simulating the Elimination of the U.S Corporate Income Tax*, Working Paper 19757, National Bureau of Economic Research.
- Loft, Peter, 1999, *EU-regulering kontra National regulering - hvad vi kan vente*, SR.1999.174, SR Skat
- Michelsen, Aage, 1984, *Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten?*, SPO.1984.96, Skattepolitisk Oversigt
- Michelsen, Aage, 1996, *Retskildepolycentri i skatteretten*, SR.1996.183, SR Skat
- Michelsen, Aage, 2007, *Kvalifikationsproblemer i den internationale skatteret*, SREV2007.5.9, Skattereviseoren
- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing
- OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing
- OECD (2015), *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing
- OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final*
- Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.
- OECD, 2009, *Economic Policy Reforms: Going for Growth 2009 - Sammendrag på dansk*, OECD.
- Panayi, Christiana, 2015, *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?*, INTERTAX, årgang 43, udgave 10, Kluwer Law International BV.
- Produktivitetskommissionen, 2014, *Det handler om velstand og velfærd*, Slutrapport.

Produktivitetskommissionen, 2014, *Skat og produktivitet*, Baggrundsrapport.

Schmidt, Peter Koerver, 2015, *Når multinationale selskaber skal betale en fair andel i skat – en balanceakt i krydsfeltet mellem skatteret og corporate social responsibility*, TfS.2015.238, Tidsskrift for Skatter og Afgifter.

Schmidt, Peter Koerver, og Jakob Bundgaard, 2015, *Ensretning i den internationale skatteret – Om muligheden for indførelse af CCCTB i lyset af Luxleaks*, SU.2015.38, Skat Udland.

Skatteministeriet, 2015, *En større del af selskaberne betaler selskabsskat i Danmark*, Skatteøkonomisk analyse, Skatteministeriet.

Skatteministeriet, 2015, *Skattestrukturen 1983-2016*, Generel skattestatistik, Skatteministeriet.

Steenholdt, Søren, 2013, *Anti check-the-box-reglen i SEL § 2 A og dobbeltbeskatningsoverenskomsten med USA*, SU.2013.126, Skat Udland.

Stiglitz, Joseph E., 2014, *Reforming Taxation to Promote Growth and Equity*, Roosevelt Institute.

Sørensen, Peter Birch, 2003, *Statsskatteloven i skatteøkonomiske belysning*, EPRU-analyse nr. 21, offentliggjort i SR-SKAT om Statsskattelovens 100 års Jubilæum.

Werlauff, Erik, 2011, *Bestemmende indflydelse og “fælles bestemmende indflydelse” - om kontrolbegrebet ved “kontrollerede transaktioner”*, SR.2011.24, SR Skat.

Websider:

<http://www.oecd.org/about/>, tilgået den 24/02-2016

<http://www.oecd.org/g20/about.htm>, tilgået den 24/02-2016

<http://www.llett.dk/viden/faglige-nyheder/faglige-nyheder-2015/indfoerelse-af-international-omgaaelsesklausul>, tilgået den 04/04-2016.

<http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/banksandfinance/9727048/Starbucks-to-start-paying-more-UK-tax-Kris-Engskov-speech-in-full.html>, tilgået den 18/04-2016.

<http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/tax/9673358/Starbucks-Amazon-and-Google-accused-of-being-immoral.html>, tilgået den 18/04-2016.

<http://www.skm.dk/love/internationalt/dobbeltbeskatningsoverenskomster>, tilgået den 21/04-2016.

<http://www.computerworld.dk/art/232721/tidligere-skattedirekt-r-lad-droppe-selskabsskatten-i-danmark-en-gang-for-alle?>, tilgået den 04/05-2016.

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_en.htm, tilgået den 25/02-2016.

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_en.htm, tilgået den 06/05-2016.