

Selskabsskattelovens § 2 C og omvendte hybride enheder i dansk selskabsskatteret

af RASMUS ANDERSEN FREDENSBORG og EMIL MUNDUS-PEDERSEN

Motivationen for afhandlingen består i at den øgede verdensøkonomi har givet selskaber bedre muligheder, for at udøve forretningsmæssig aktivitet på tværs af landegrænser. Dette har givet flere muligheder for at opnå en skattemæssig fordel, ved at spekulere i forskellige landes skatteregler. Den manglende harmonisering af nationale skatteregler, er siden forsøgt bekæmpet af OECD's BEPS-rapport og skatteundgåelsesdirektivet, som ligger til grund for den nye bestemmelse i SEL § 2 C, hvilket er afhandlingens omdrejningspunkt.

Afhandlingen indeholder en redegørelse for de almindelige regler for subjektiv skattepligt, samt en generel definition af traditionelle og omvendt hybride enheder. Dernæst vil betingelserne til forbindelseskravet i SEL § 2 C, blive analyseret og herefter belyst i noget af den administrative praksis, der indtil videre er udgivet på området. Herefter vil afhandlingen indeholde et afsnit med både de skattemæssige og regnskabsmæssige konsekvenser, som en omkvalificering kan have for de implicerede parter. Derudover inddrages et EU-retligt perspektiv, i et forsøg på at diskutere, hvorvidt SEL § 2 C, er forenelig med EU-retten og de frie bevægeligheder. Heraf, om der kan være tale om en over- eller fejlimplementering. Slutteligt forsøger afhandlingen at perspektivere de nuværende regler, til et alternativt forslag, der søger at opnå samme formål mere effektivt.

Indholdsfortegnelse

Abstract.....	3
1. Indledning	4
1.1. Problemformulering.....	5
1.2. Metodeafsnit	5
1.2.1. De nationalt funderede retskilder.....	5
1.2.1.1. Administrativ praksis og forskrifter.....	6
1.2.2. EU-retten.....	6
1.2.3. Forholdet til BEPS-projektet - herunder BEPS tiltag 2-rapporten.....	8
1.2.4. Økonomisk Metode.....	8
1.3. Afgrænsning.....	8
1.3.1. Juridisk afgrænsning	8
1.3.2. Økonomisk afgrænsning	9
2. Subjektiv skattepligt.....	9
2.1. Fuld og begrænset dansk skattepligt	10
2.1.1. Selvstændige skattesubjekter	10
2.1.2. Skattemæssige transparente enheder.....	12
2.1.2.1. Udenlandske enheder med filialer i Danmark.....	12
2.2. Hybride enheder.....	13

2.2.1. Hvad er en hybrid enhed?	13
2.2.2. Traditionelle hybride enheder	13
2.2.3. Omvendte hybride enheder	14
3. SEL § 2 C og skatteretlig omkvalificering af omvendte hybride enheder	15
3.1. Baggrunden for SEL § 2 C	15
3.2. Personelle anvendelsesområde for SEL § 2 C	17
3.3. Betingelser for omkvalifikation efter SEL § 2 C	18
3.3.1. Direkte og indirekte ejerskab	18
3.3.1.1. Direkte ejerskab	19
3.3.1.2. Indirekte ejerskab	20
3.3.2. "Agere sammen"	20
3.4. Administrativ praksis fra Skatterådet	21
3.4.1. SKM2020.35.SR	21
3.4.1.1. SKM2020.453.SR	24
3.4.2. SKM2021.216.SR	24
3.4.3. SKM2021.218.SR	27
3.5. Retsstillingen for SEL § 2 C	31
4. Konsekvenser ved omkvalificering efter SEL § 2 C	32
4.1. Skattemæssige konsekvenser	33
4.1.1. Mulighed for dobbeltbeskatning	33
4.1.1. Opgørelse af aktiver og passiver	33
4.1.2. Beskatning af ejerandele og udbytte fra enheden	34
4.1.3. Enhedens ophør	34
4.2. Regnskabsmæssige konsekvenser	34
4.2.1. Balancen	35
4.2.1.1. Anlægsaktiver	36
4.2.1.1.1. Materielle aktiver	36
4.2.1.1.2. Immaterielle aktiver	36
4.2.1.1.3. Finansielle aktiver	37
4.2.2. Værdien af det finansielle aktiv	38
4.2.2.1. Kostprismetoden	38
4.2.2.2. Dagsværdimetoden	38
4.2.2.3. Indre værdis metode	39
4.2.3. Justering af aktivets værdi	39
4.2.3.1. Nedskrivningstesten	40
4.2.4. Overordnet konsekvens	41

5. SEL § 2 C og foreneligheden med de frie bevægeligheder	41
5.1. SEL § 2 C's tilknytning til de frie bevægeligheder.....	41
5.2. TEUF artikel 49 samt diskriminations- og restriktionsforbuddet på området for direkte skatter	42
5.2.1. Direkte eller indirekte forskelsbehandling.....	44
5.2.2. Objektivt sammenlignelige situationer	45
5.2.3. Tvingende almene hensyn.....	46
5.2.3.1. Effektiv skattekontrol og værnsregler.....	47
5.2.3.2. Sammenhæng i beskatningsordningen og hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen	47
5.2.4. Proportionalitet	49
6. Perspektivering: Et alternativ til selskabsskattelovens § 2 C og omkvalificeringen af omvendte hybride enheder.....	51
7. Konklusion.....	53
Litteraturliste.....	55

Abstract

The thesis aims to investigate and explore the Danish corporate tax act § 2 C in the context of reverse hybrid entities. The thesis will examine its foundation, characteristics, and reach, along with its comparability with EU law. Under this focus, the consequences related to requalification inherent in the corporate tax act § 2 C, will be addressed from an accounting economics point of view. The thesis will therefore consist of an interdisciplinary approach. The interpretation of the paragraph will be supported by a wide range of different contributions, such as EU legislation, praxis from the European court of justice, recommendations from the OECD, and administrative praxis, which each entails its own interpretation values. The economics of the thesis will base its foundation on the descriptive positivist accounting approach.

First, the thesis will explain the broader aspects of subjective tax liability. The corporate tax act § 2 C concerns subjects of full- and limited tax liability. Therefore, the thesis describes what each taxation liability entails and when it's applicable for an entity. It furthermore clarified that a requalification of a reverse hybrid entity will classify it as an independent taxable entity instead of a tax transparent entity, and hereby make it subject to full Danish tax liability. The consequences hereof will be direct taxation of the reclassified entity and its income, instead of direct taxation for each of the participants in the entity. Because of the scope of the corporate tax act § 2 C, a distinction between traditional- and reverse hybrid entities is made, which concludes both as being subject to two different tax classifications in two separate jurisdictions, where the classification is either transparent or an independent taxable entity.

Furthermore, the thesis aims to determine and describe the different conditions of requalification of a reverse hybrid entity. The requalification consists of several conditions involving foreign investors in the reverse hybrid entity. These investors can be classified as “bad investors” if two certain conditions are met. Firstly, the “bad investors” will have to classify the entity as an independent tax subject in their jurisdiction, and secondly the “bad investors” must be labeled as affiliated persons of the entity. The thesis finds the basis of these two conditions to be vaguely explored in the administrative praxis, which can result in the relatively complex rules

in the corporate tax act § 2 C, which can be very difficult to interpret and predict from a practitioner's point of view. On this basis, the thesis explores the consequences a requalification of a Danish hybrid entity will entail from a tax and accounting-related point of view.

Lastly, the thesis seeks to evaluate the compatibility between the Danish corporate tax act § 2 C, and the freedom of establishment after TFEU article 49. It's hereby made probable, that the measure in the corporate tax act § 2 C goes beyond what is considered compatible with EU law, and will likely be the subject of scrutiny and must be amended with an exception for taxation, similar to the one held within the ATAD article 9 a. An alternative approach to dealing with hybrid mismatches is furthermore explored. The thesis finds that the current way of dealing with hybrid mismatches, and the alternative approach both entail positive and negative effects.

In the conclusion, the thesis finds that the subject of the Danish corporate tax act § 2 C and reverse hybrid entities can be described as a very complex area of corporate tax law. Due to its fairly new use after the implementation of the ATAD, it's still very much untouched in terms of the deeper nuances of the measure. Up until now, administrative praxis seems to be a very far-reaching interpretation of the measure, and it will be up to the European Court of Justice to decide how the legislation is to be perceived going forward.

1. Indledning

Selskabsskatteretten er i stigende grad blevet omdrejningspunktet for en øget bevågenhed, både på nationalt og internationalt plan, hvor sager om skatteunddragelse- og udnyttelse har bidraget til en større og mere vedvarende interesse, igennem mediernes tiltagende dækning. Verdensøkonomien giver selskaber og koncerner muligheden for at udøve sin erhvervsmæssige aktivitet på tværs af landegrænser, hvilket også kan indebære en skattemæssig fordel, ved at spekulere i en effektiv anvendelse af skattelovgivningen i de forskellige stater. Skatteplanlægning udføres blandt andet ved at multinationale koncerner plukker de mest fordelagtige skattemæssige betingelser, der er tilgængelige for dem. Herved mindsker de den samlede skattebetaling, eller i nogen situationer ifalder dobbelt ikke-beskatning af en pågældende indkomst.

Skatteplanlægning vil resultere i en udhuling af de pågældende staters skattegrundlag, hvoraf staterne går glip af ofte store summer i skatteindtægter. OECD estimerede i 2013, at den potentielle rækkevidde af problemet, kunne udgøre et tab på omkring 4-10% af de globale indkomstskatter for selskaber, som svarer til 100 til 240 millioner årligt.¹ Muligheden for selskabers skatteplanlægning skal ses som en konsekvens af den globale økonomi, og behøver i sig selv ikke at indebære noget fordækt. Det vil dog stadig kunne indebære u hensigtsmæssige skatteretlige problematikker for de involverede jurisdiktioner.

Tendensen har været stødt stigende i de senere år på baggrund af globalisering og digitalisering. For at bekæmpe den manglende harmonisering af nationale skatteregler og dermed udnyttelse af skattereglerne, så udviklede OECD og G20 i samarbejde med hinanden et projekt til at bekæmpe fænomenet, kaldet "Base Erosion and Profit Shifting" (BEPS). I 2015 udgav OECD en rapport for hver af de 15 tiltag. Rapporten om tiltag 2 omhandlede specifikt at neutralisere effekterne af hybride mismatch.

Efter fremlæggelse af BEPS-rapporten, tilkendegav EU, at de agtede at gennemføre tiltagene som et EU-direktiv for samtlige EU-lande. Som følge af dette, blev skatteundgåelsesdirektivet gennemført den 12. juli 2016. Direktivets artikel 9, der omfatter hybride mismatches, beskrev

¹ OECD, BEPS Project Explanatory statement, 2016, s. 4.

dog kun mismatches mellem medlemsstater, hvorfor skatteundgåelsesdirektivet den 27. maj 2017, blev ændret til også at indeholde tredjelande, for at opstille lige så effektive værnsregler som i BEPS tiltag 2-rapporten.

BEPS tiltag 2-rapporten og skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, forsøger at imødekomme den kvalifikationskonflikt der kan opstå, når flere stater behandler en enhed skattemæssigt forskelligt. Herved kan der opstå et omvendt hybridt mismatch og derigennem en situation, hvor der opnås dobbelt ikke-beskatning. Selskabsskattelovens § 2 C, som omhandler en omkvalificering af en transparent enhed til et selvstændigt skattesubjekt, blev indført ved lov nr. 530 af 17. juni 2008. Bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2 C er siden ændret med virkning fra den 1. januar 2020, for at implementere skatteundgåelsesdirektivet. Selskabsskattelovens § 2 C medfører, at hvis en række betingelser er opfyldt, så er det muligt at omkvalificere en dansk skattemæssige transparent enhed til et selvstændigt skattesubjekt, for at undgå en uhensigtsmæssig skatteplanlægning.

1.1. Problemformulering

Baggrunden for afhandlingen er selskabsskattelovens § 2 C og omvendte hybride enheder.

Afhandlingen ønsker at besvare følgende problemformulering:

”Formålet med afhandlingen er at analysere selskabsskattelovens § 2 C og omvendte hybride enheder. Dette gøres gennem en retsdogmatisk analyse, der analyserer gældende dansk skatteret, som også vil indeholde et EU-retsligt perspektiv. Afhandlingen tager udgangspunkt i de danske regler for subjektiv skattepligt, hvoraf forskellene mellem selvstændige skattesubjekter og skattemæssigt transparente enheder inddrages. Derudover undersøges betingelserne for den skatteretlige omkvalifikation efter selskabsskattelovens § 2 C, herunder særligt forbindelseskravet og hvornår investorer reelt set anses at være tilknyttede personer til enheden. De skatte- og regnskabsmæssige konsekvenser, der opstår som følge af en omkvalificering, efter selskabsskattelovens § 2 C, vil blive analyseret, med henblik på enheden og deltagerkredsen. Afhandlingen vil på baggrund af den forudgående analyse af omkvalificeringen, vurdere og analysere om den danske implementering af skatteundgåelsesdirektivets artikel 9a, er forenelig med EU-retten. Afslutningsvist vil afhandlingen perspektivere til et alternativ løsningsforslag til dobbelt ikke-beskatning og omvendte hybride enheder.”

1.2. Metodeafsnit

Udarbejdelsen af afhandlingen vil være med et tværfagligt fokus, igennem både et økonomisk og juridisk perspektiv. De selskabsskatteretlige regler, herunder selskabsskattelovens § 2 C², vil blive understøttet af regnskabsteoretiske overvejelser og principper.

1.2.1. De nationalt funderede retskilder

Den juridiske del af afhandlingen, vil bestræbe sig på at klarlægge gældende ret igennem den retsdogmatiske metode. Afhandlingens hovedfokus vil være SEL § 2 C, stk. 1. Bestemmelsen vedrører den situation, hvor registreringspligtige filialer og skattemæssigt transparente enheder med hjemmehør i Danmark, skal beskattes efter reglerne om selvstændige skattesubjekter, hvis visse betingelser er opfyldt.

Den juridiske besvarelse vil have sit udgangspunkt og fundament i de nationalt funderede retskilder, heraf selskabsskatteloven. Fortolkningen af lovbestemmelserne vil være med udgangspunkt i de forskellige bestemmelsers ordlyd, og subsidiære fortolkningsbidrag, såsom lovforarbejder og kommentarer. Domstolene tillægger lovens forarbejder en fortolkningsmæssig

² Vil herefter gå under forkortelsen SEL § 2 C.

værdi. Heraf kan nævnes lovforslag med tilhørende bemærkninger og udtalelser i det lovforberedende arbejder.³ Forarbejderne belyser nuancerne af de involverede lovbestemmelser, og kan bidrage til at danne et indblik i lovgivers bagvedliggende tanker og formål med reglen, hvis lovteksten fremstår uklar. Det skal samtidig bemærkes, at en fortolkning baseret på subsidiære fortolkningsbidrag, ikke vil kunne lægges til grund, hvis denne er i modstrid med lovens ordlyd og de øvrige primære fortolkningsbidrag.⁴

1.2.1.1. Administrativ praksis og forskrifter

Den juridiske analyse vil benytte sig af administrativ praksis baseret på afgørelser truffet af Skatterådet og Landsskatteretten. Lovhjemlen til beskatning er manifesteret i grundlovens § 43, men administrativ praksis spiller alligevel en betydelig rolle, ved fastlæggelsen af hvad der skal anses som værende gældende ret indenfor det skatteretlige område.⁵ En lang række spørgsmål omkring omvendte hybride enheder og SEL § 2 C vil ikke alene kunne besvares ud fra bestemmelsen i selskabsskatteloven. Derfor vil man med fordel kunne søge vejledning ved tvivlsspørgsmål i den offentliggjorte administrative praksis på området. Den administrative praksis er ikke bindende for domstolene, men domstolene vil alligevel lægge en betydelig vægt på forvaltningens praksis, herunder i særdeleshed Landskatteretskendelser, ved skatteretlige anliggender.⁶ Omvendt er domstolenes præjudikater bindende for Skatterådet og Landsskatteretten.⁷

Afhandlingen vil inddrage skatteretlige administrative forskrifter. Ved administrative forskrifter henvises der til styresignaler, cirkulærer, SKAT-meddelelser, samt indholdet i Den Juridiske Vejledning. Administrative forskrifter har samme retlige status som cirkulærer og rangerer derved under lov og bekendtgørelser i den retskildemæssige trinfølge.⁸ Den Juridiske Vejledning er udtryk for Skatteforvaltningens egen opfattelse og fortolkning af gældende ret og praksis. Den Juridiske Vejledning er derfor bindende for skatteforvaltningens medarbejdere, medmindre indholdet er i klar uoverensstemmelse, med en højere rangerende retskilde.⁹

Skatteyderne vil formelt set ikke kunne påberåbe sig indholdet i de administrative forskrifter direkte. Dog vil man med baggrund i lighedsgrundsætningen, indirekte kunne støtte ret på de administrative forskrifter, hvis disse ikke bestrides af en højere rangerende retskilde. Herved anskues de administrative forskrifter som en væsentlig kilde, til fortolkning på det skatteretlige område.¹⁰

1.2.2. EU-retten

SEL § 2 C er i dansk ret blevet implementeret på baggrund af skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a. Afhandlingen vil inddrage skatteundgåelsesdirektivet, samt andre kilder fra EU-retten, til at vurdere og diskutere samspillet med SEL § 2 C. Det følgende afsnit vil gennemgå de anvendte kilder fra EU-retten og deres fortolkningsværdi.

Grundlaget for EU-samarbejdet, er en række traktater indgået imellem medlemsstaterne, i deres egenskab af suveræne stater. Dette betyder dog ikke, at fortolkningen af EU-rettens juridiske kilder, tager afsæt i folkerettens regler om traktatretten. EU-retten adskiller sig fra folkeretten, ved at være en selvstændig retsdisciplin. At EU-retten er af en særlig retsorden, understreges

³ Jan Pedersen, Skatteretten 1, 2018, s. 117-118.

⁴ Ibid.

⁵ Jane Bolander, Lærebog om indkomstskat, 2021, s. 116 og 119.

⁶ Ibid.

⁷ Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat, 2017, s. 113.

⁸ SKM2014.489.SKAT

⁹ Den Juridiske Vejledning 2022-1 – Om Den Juridiske Vejledning – Bindene virkning

¹⁰ Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020, s. 25.

af flere afgørelser fra EU-Domstolen,¹¹ samt det faktum, at traktaterne har etableret omfattende overstatslige institutioner, hvis kompetencer giver mulighed for at lovgive med bindende virkning, og i visse tilfælde med direkte virkning i nationalret.¹²

I forlængelse af ovenstående vil afhandlingen have sit EU-retslige udgangspunkt i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF) som tilsammen udgør unionens forfatningsgrundlag.¹³ Traktaterne er kendetegnet ved en negativ harmonisering, hvoraf de ikke behøves at blive implementeret, eller på anden vis være nedfæstet i national lovgivning, for at have en retsligt bindende effekt for medlemslandene. Dette gør sig således gældende for EU-rettens traktatbestemmelser, herunder de traktatfastlagte frihedsrettigheder.¹⁴ Særligt etableringsfriheden i TEUF artikel 49 og diskriminations- og restriktionsforbuddet, vil blive gennemgået ved vurderingen af kompatibilitet mellem etableringsfriheden og SEL § 2 C.

TEUF artikel 49, er af EU-Domstolen, erklæret umiddelbart anvendelig, hvilket medfører at en borger eller en virksomhed, uanset eventuelle gennemførelsesforanstaltninger, kan påberåbe sig etableringsfriheden.¹⁵

TEUF forudsætter ikke, at der skal ske en harmonisering imellem medlemsstaterne på området for de direkte skatter. Samtidig skal retsakter, der omhandler direkte skatter vedtages enstemmigt.¹⁶ Derfor udgør skatteundgåelsesdirektivet et af de forholdsvist få vedtagne direktiver på området.¹⁷

Afhandlingen vil løbende anvende skatteundgåelsesdirektivet som fortolkningsbidrag, idet den nuværende version af SEL § 2 C, er implementeret på baggrund af skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a. Direktiver, skal som sekundære retsakter, ved positiv harmonisering, skulle implementeres i den nationale lovgivning, for at få indvirkning for medlemsstaternes skattesubjekter.¹⁸ Direktiverne er bindende for medlemsstaterne, med hensyn til direktivets formål. Ifølge TEUF art. 288, stk. 3, er det overladt til de nationale myndigheder at bestemme hvilken form, og med hvilke midler, direktivet skal gennemføres og implementeres i national ret.¹⁹

Det skal bemærkes, at skatteundgåelsesdirektivet er et minimumsdirektiv, hvoraf direktivet ikke er til hinder for anvendelsen af bestemmelser, der har til formål at sikre et højere beskyttelsesniveau, for det danske selskabsskattegrundlag, såfremt dette er i overensstemmelse med den øvrige EU-ret²⁰

Praksis fra EU-domstolen vil igennem afhandlingen blive anvendt til at belyse nuancerne, og anvendelsen af TEUF artikel 49. Der foreligger endnu ikke praksis fra EU-domstolen vedrørende skatteundgåelsesdirektivet artikel 9 a. Afgørelserne fra EU-domstolen vil herefter primært omhandle spørgsmål vedrørende traktatfortolkning, i relation til EU-skatteretten. EU-Domstolen fortolker retsakterne i lyset af EU-retten som et samlet hele, hvor der samtidig lægges vægt på EU-rettens nuværende udviklingstrin, og de bagvedliggende tanker og formål.²¹

¹¹ Se heraf Sag 26/62, *Van Gend en Loos* og Sag 6/64, *Costa mod ENEL*.

¹² Karsten Engsig Sørensen, EU-retten, 2014, s. 93-94.

¹³ Ibid. s. 94.

¹⁴ Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2018, s. 46.

¹⁵ Karsten Engsig Sørensen, EU-retten, 2014, s. 251.

¹⁶ Ibid. s. 841-842.

¹⁷ Ibid. s. 785.

¹⁸ Ibid. s. 97.

¹⁹ Ibid.

²⁰ FT 2019-2020, L 48, lovforslag som fremsat, s. 8.

²¹ Se Sag 283/81, *Cilfit v ministero della sanità*, præmis 18-20, samt Karsten Engsig Sørensen, EU-retten, 2014, s. 108.

Ved den konkrete regel benytter EU-Domstolen sig i væsentlig grad af formålsfortolkning, hvor formålet er at sikre den mest effektive opnåelse af målsætningen bag reglen. Afgørelser fra EU-Domstolens vil heraf være en meget vigtig retskilde i EU-retten.²²

1.2.3. Forholdet til BEPS-projektet - herunder BEPS tiltag 2-rapporten

Forarbejderne til direktivimplementeringen af SEL § 2 C, samt præambelen til skatteundgåelsesdirektivet, nævner OECD's samlede BEPS-projekt, som værende en kilde med betydelig fortolkningsmæssig og illustrativ værdi.²³ Afhandlingen vil heraf særligt inddrage OECD's BEPS tiltag 2-rapport "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements" som et bidrag til fortolkningen af SEL § 2 C.

Det er herefter nødvendigt at fastslå den kildemæssige fortolkningsværdi af OECD's BEPS tiltag 2-rapport. Ifølge OECD, skal anbefalingerne og kommentarerne vedrørende BEPS-tiltagene, anses som vejledende forslag til nationale regulatoriske foranstaltninger, der ikke binder de suveræne stater, der deltager i projektet. Anbefalingerne og vejledningerne har derfor karakter af at være "soft law", som kan indeholde en fortolkningsmæssig værdi, men ikke kan binde eller kræve en implementeringsforpligtigelse fra de suveræne deltagende stater.²⁴

1.2.4. Økonomisk Metode

Afhandlingens regnskabsøkonomiske indhold vil blive behandlet igennem deskriptive positivtiske regnskabsteorier. Disse vil blive anvendt for at beskrive, forklare og forudsige fænomener i den observerede regnskabspraksis på et så objektive grundlag som muligt.²⁵

Heraf vil overordnede regnskabsmetoder inddrages, hvorefter teori om aktivets klassificering vil danne grundlaget, for at belyse den efterfølgende regnskabsmæssige konsekvens for omkvalificering af en skattemæssig transparent enhed efter SEL § 2 C. Den regnskabsmæssige analyse af omkvalificeringen vil tage udgangspunkt i en konkret ejerstruktur behandlet igennem administrativ praksis.

Reglerne der anvendes, vil være med grundlag i årsregnskabsloven. IAS vil heraf blive benyttet i et begrænset omfang, når det kan anvendes som et fortolkningsbidrag til årsregnskabslovens regler.

1.3. Afgrænsning

1.3.1. Juridisk afgrænsning

Afhandlingens primære fokus vil være SEL § 2 C og omvendte hybride enheder. Hybride enheder vil i den traditionelle forstand, kun behandles indledningsvist, for at klargøre forskellen på traditionelle hybride enheder og omvendte hybride enheder. Traditionelle hybride enheder og potentielle mismatch situationer med disse, vil herefter ikke være genstand for en længere selvstændig analyse.

Afhandlingen vil ikke beskæftige sig med "linking-reglerne" i SEL § 8 D, stk. 1-4. Reglerne i SEL § 8 D har til formål at neutralisere hybride mismatch, ved at justere beskatningen i Danmark, til beskatningen i de kontraherende lande.²⁶ Det skal dog bemærkes, at SEL § 8 D, stk. 2 har betydning for omvendte hybride enheder i udlandet, og derfor ikke kan opsamles af SEL

²² Karsten Engsig Sørensen, EU-retten, 2014, s. 107 og 108.

²³ Se Rådets direktiv EU 2017/952, præambel 28, samt FT 2018-2019, Tillæg A, L 28, som fremsat.

²⁴ OECD (2016), BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports, pkt. 23 og 25.

²⁵ Jens O. Elling, Finansiell Rapportering, 2019, s. 36.

²⁶ Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020, s. 145.

§ 2 C, der finder anvendelse på en dansk omvendt hybrid enhed. Reglerne i § 8 D omhandler ikke situationer, hvor der skal omkvalificeres en omvendt hybrid enhed efter SEL § 2 C.

Grundet afhandlingens indgående fokus på omvendte hybride enheder, vil reglerne i selskabs-skattelovens § 2 C, stk. 1, nr. 2 og 3 ikke blive bearbejdet. Reglerne er indført, for at kunne værne sig imod situationer, hvor deltagerstaten ikke udveksler informationer eller har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.²⁷ Disse er ikke afhængige af, om der foreligger en omvendt hybrid enhed på samme måde som SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1. Når afhandlingen fremadrettet refererer til SEL § 2 C, vil det herved ikke omfatte SEL § 2 C, stk. 1, nr. 2 og 3, men være udelukkende målrettet SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1.

Ligeledes vil SEL § 2 C, stk. 2 om undtagelsen for kollektive investeringsinstrumenter ikke blive behandlet, idet denne bestemmelse ikke beskæftiger sig med selve omkvalifikationen efter SEL § 2 C, men er en undtagelse til den overordnede regel.

Udgangspunktet for analysen er omkvalificeringen af en omvendt hybrid enhed efter SEL § 2 C og de skatteretlige konsekvenser heraf. Afhandlingen vil ikke beskæftige sig med hvordan man på sigt, kan løse en evt. dobbeltbeskatning efterfølgende. En analyse og diskussion af brugen af dobbeltbeskatningsoverenskomster for at løse de skattemæssige problemstillinger en omkvalificering kan medbringe, vil herefter ikke blive behandlet i afhandlingen.

1.3.2. Økonomisk afgrænsning

Afhandlingens regnskabsteoretiske fokus vil være med udgangspunkt i ejerstrukturen i SKM2020.35.SR. Heraf vil vurderingen af aktivtype tage udgangspunkt i kapitalandele, selvom der upåagtet vil kunne tilknyttes andre former for aktiver til de involverede enheder. Andre former for aktiver vil herefter ikke blive behandlet videre.

Forskellene mellem præstationsorienteret- og formueorienteret regnskabsteori vil kun kort blive behandlet. Da den regnskabsmæssige gennemgang primært vil omhandle klassificeringen, samt værdiansættelsen af aktivtypen, vil den faglitterære debat imellem de to grundlæggende teoretiske overstrømninger ikke blive diskuteret nærmere.

Den regnskabsmæssige gennemgang vil tage udgangspunkt i årsregnskabsloven og dennes regler og principper. International Financial Reporting Standards (IFRS) vil derfor kun blive inddraget som fortolkningsbidrag til anvendelsen af årsregnskabsloven.

Hensatte forpligtelser og særligt udskudt skat vil ikke blive behandlet i opgaven, eftersom afhandlingen, samt de konkrete sager og eksempler, lægger op til at der er tale om kapitalandele i et finansielt aktiv. Dette er typisk ikke noget der afskrives på, udover en evt. goodwill, som heller ikke findes relevant i dette omfang, da investeringen i enheden typisk blot vil være for at binde ejerstrukturen sammen.

2. Subjektiv skattepligt

SEL § 2 C finder ifølge ordlyden anvendelse på registreringspligtige skattemæssige transparente enheder der har hjemsted i Danmark, samt registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder. Omfanget af omkvalificeringen efter SEL § 2 C vil herefter have betydning for både en begrænset og fuld dansk skattepligt. Afhandlingen vil derfor i afsnit 2.1. kort redegøre for den danske subjektive skattepligt for enheder og hvad denne i udgangspunktet indebærer. Afslutningsvist vil afsnit 2.2. redegøre for forskellen imellem omvendte- og traditionelle hybride enheder i dansk skatteret, inden omvendte hybride enheder bliver behandlet yderligere i afsnit 3.

²⁷ Ibid. s. 348-349.

2.1. Fuld og begrænset dansk skattepligt

Fuld skattepligt påhviler juridiske personer med hjemmehør i Danmark, som samtidig besidder en skatteretsevne jf. SEL § 1, stk. 1, herunder transparente enheder der omfattes af SEL § 2 C.

Hjemmehør til Danmark afhænger af, hvor selskabet er registreret eller hvor ledelsens hovedsæde befinder sig, jf. SEL § 1, stk. 6. Såfremt selskabet er registreret her i landet og der ikke er tale om personlig hæftelse, så vil selskabet være underlagt fuld skattepligt. Selv hvis selskabet ledes fra et andet land, så vil skattepligten stadig bestå i Danmark, hvis der foreligger den fornødne registrering.²⁸ Foreligger den nødvendige registrering ikke i Danmark, men selskabets hovedsæde er i Danmark, så ligger den fulde skattepligt også i Danmark. Det er ligegyldigt, hvor selskabet er registreret og hvor de angiver ledelsen er, hvis den faktiske og daglige ledelse foregår i Danmark.²⁹ Det afgørende moment, for selskabets ledelse, er den daglige drift. En direktion, der er underlagt en bestyrelse eller tilsynsråd, vil blive betegnet som selskabets ledelse, hvis det kan bevises at de står for de løbende beslutninger i den daglige drift. Modsat ledes selskabet af bestyrelsen, hvis de står for den daglige ledelse, flertallet er hjemmehørende i Danmark og møder afvikles i Danmark.³⁰

Der er som udgangspunkt intet dobbelt tilknytningskrav for registrering og ledelsens hovedsæde i Danmark. Derfor kan en enhed udgøre et selvstændigt skattesubjekt, både ved civilretligt at være dansk og derfor skal kvalificeres ved dansk ret, men også ved civilretligt at være udenlandsk og dermed kvalificeres igennem den udenlandske stats praksis.³¹ Disse situationer vil efterfølgende kunne løses ved en vurdering om skattemæssig hjemmehør, jf. OECD's Modeloverenskomsts artikel 4.

Såfremt enheden ikke er hjemmehørende i Danmark, så vil den som udgangspunkt heller ikke være omfattet af den fulde skattepligt. Hvis en sådan enhed eller filial af en udenlandsk enhed stadig realiserer indkomst fra Danmark, vil der i stedet foreligge begrænset skattepligt, jf. SEL § 2, stk. 1. Danmark vil derfor have mulighed for at beskatte som kildestat.

Den begrænsede skattepligt vil omfatte samtlige juridiske personer med skatteretsevne. Hvis enheden derfor er transparent iht. lovgivningen i etableringsstaten, så vil den stadig være begrænset skattepligtig i Danmark, hvis den efter dansk intern ret tillægges skatteretsevne. Tillægges den ikke selvstændig skatteretsevne i Danmark, så vil det være enhedens ejere der bliver begrænset skattepligtige.³²

2.1.1. Selvstændige skattesubjekter

Udover den generelle subjektive skattepligts anvendelsesområde, reguleres de forskellige enheders skattepligt i henholdsvis selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven. Reglerne bygger på neutralitetsprincippet, som siger at indkomst skal opgøres ens for fysiske personer og juridiske personer.³³ Det fremgår af SEL § 8, stk. 1, at den skattepligtige indkomst skal opgøres efter skattelovgivningens almindelige regler, for så vidt de efter deres indhold er anvendelige. Det er derfor som udgangspunkt ligegyldigt om den indkomstskabende aktivitet, udføres af en fysisk eller juridisk person.³⁴

Som nævnt i afsnit 2.1. er det afgørende for den fulde skattepligt, at enheden har skatteretsevne. Denne vurdering vil bero på om enheden kan placeres i de udtømmende regler i SEL § 1 og

²⁸ Jan Pedersen, Skatteretten 2, 2021, 297 og 298.

²⁹ Ibid. s. 298.

³⁰ SKM.2012.591.SR.

³¹ Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020, s. 50.

³² Ibid.

³³ Jan Pedersen, Skatteretten 2, s. 281.

³⁴ Ibid.

FBL § 1. Herefter gælder der forskellige beskatningsformer, alt efter hvad der karakteriserer det selvstændige skattesubjekt, eftersom de skatteretlige regler afhænger af selskabstypen. Det er derfor nødvendigt at specificere hvilken selskabstype der er tale om i den specifikke økonomiske enhed.³⁵

Da afhandlingen beskæftiger sig med SEL § 2 C og omvendte hybride enheder, vil der heraf kun redegøres for reglerne vedrørende selskabs- og personbeskatning.

Personbeskatning af selskabsdeltagerne omfatter situationer, hvor der er tale om en skattemæssigt transparent enhed. Dette omfatter oftest interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber.³⁶ Beskatningsformen behandles yderligere i afsnit 2.1.2. om skattemæssigt transparente enheder.

Selskabsbeskatningen gør sig gældende for kapitalselskaber, eftersom der ikke hæftes personligt. Det anvendes ofte i forbindelse med beskatning af aktie- og anpartsselskaber, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Her er det som udgangspunkt et krav, at enheden er registreret i aktieselskabsregistret. Hvis selskabet ikke er indregistreret, men deler samme karakteristika ved at der ikke hæftes personligt og at overskuddet fordeles ift. den indskudte kapital, så vil enheden også pålægges selskabsbeskatning, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Dette gælder imidlertid også i en omkvalificering af enheden gennem SEL § 2 C. Omkvalificeres enheden fra en skattemæssigt transparent enhed til et selvstændigt skattesubjekt, så vil enheden blive underlagt reglen i SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

Det kendetegner de juridiske personer, der er underlagt selskabsbeskatning, at de driver virksomhed med henblik på økonomisk overskud. Ligeledes, gælder det for selskabsbeskatningen, at den skal opgøres efter de almindelige skatteretlige regler, jf. SEL § 8.³⁷ Størstedelen af erhvervsvirksomheder er i dag kapitalselskaber, hvorfor selskabsbeskatningen er den mest betydningsfulde beskatningsform for juridiske personer.³⁸ Her vil selskaber blive beskattet efter reglen i SEL § 17, med en skatteprocent på 22% (2022).

For anvendelsen af person- eller selskabsbeskatning er det derfor nødvendigt at vurdere, hvordan selskabsretten definerer enheden. Er dette ikke muligt, så udfylder praksis i skatteretten nogle af de huller der har været i selskabsretten. Princippet om selskabsretlig aftalefrihed vil dog bestå.³⁹ Det vil sige, at deltagerne har fri mulighed for at vælge hvilken selskabsform, som enheden skal være.

De typiske momenter ved tillæggelse af skatteretsevne, vil i praksis være registrering, deltagere, deltagernes hæftelse, kapitalforhold, funktioner, de aftalte principper for indkomstanvendelse og en evt. fordeling af likvidationsprovenu osv.⁴⁰

Om en enhed er et selvstændigt skattesubjekt, vil ofte være op til en fortolkning i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 6. Bestemmelsen er en slags opsamlingsbestemmelse, der anvendes hvis enheden ikke lever op til nogen af de definerede selskabstyper i SEL § 1, stk. 1, nr. 1-5 c. Det er derfor vigtigt, at der kan foretages en klar afgrænsning mellem det selvstændige skattesubjekt og de skattemæssigt transparente enheder.

³⁵ Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat, 2017, s. 796.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid. s. 797.

³⁸ Jan Pedersen, Skatteretten 2, s. 286.

³⁹ Paul Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret, 2019, s. 17.

⁴⁰ Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat, s. 799.

Det følger af praksis, at bedømmelsen skal foretages ud fra hele enhedens karakter.⁴¹ En enhed kan eksempelvis godt være et selvstændigt skattesubjekt, selvom deltagerne hæfter personligt, hvis organisationen og kapitalen er de bærende kræfter. Er der derimod tale om mere beskeden kapital og de bærende kræfter er hos kvalifikationerne ved de enkelte deltagere, så vil der som udgangspunkt være tale om en transparent enhed. Hvis deltagerkredsen er stor og der er mulighed for frit at indtræde og udtræde af den, så vil det derimod karakterisere et selvstændigt skattesubjekt.⁴²

2.1.2. Skattemæssige transparente enheder

På baggrund af den aftaleretlige frihed, er det ikke muligt at lave en lige så udtømmende liste af skattemæssigt transparente enheder, som det er ved selvstændige skattesubjekter. Der skal i stedet fortolkes modsætningsvist af SEL § 1 og FBL § 1, at personselskaber ikke er tillagt skatteretsevne, og at de derfor skal behandles som skattemæssigt transparente. De vil blive betegnet som skattemæssigt transparente, da selskabsdeltagerne hæfter fuldstændig eller solidarisk, for selskabets økonomiske forpligtelser. Skattemæssigt vil de forskellige selskabsdeltagere blive beskattet personligt for selskabets indkomst. Det vil typisk blive fordelt ud fra den enkelte deltagers bidrag til personselskabet.⁴³

Hæftes der ikke solidarisk, men derimod pro rata, så er det ikke afgørende for afgrænsningen af begrebet. Enheden kan stadig anses som skattemæssigt transparent, hvis deltagerne blot hæfter personligt, for en andel af gælden. Såfremt kun nogle af deltagerne hæfter personligt, er det ikke nødvendigvis ensbetydende med at enheden skal betegnes som skattemæssigt transparent. Hvis deltagerne i et skattesubjekt iht. SEL § 1 og FBL § 1, har mulighed for at hæfte direkte, personligt og solidarisk for gælden, så hæftes der i princippet ligesom ved interessenter i et interessentskab, altså en skattemæssigt transparent enhed.⁴⁴ Derfor er hæftelsesform ikke nødvendigvis afgørende for kvalifikationen af enhedens skatteretsevne.

Den skattemæssige transparente enhed adskiller sig ved, at formålet med enheden skal være at varetage deltagerens personlige økonomiske interesser. Her kan formålet for selvstændige skattesubjekter være anderledes, ved f.eks. at fremme medlemmernes fælles interesser eller fremme almennyttige og ideelle formål, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 3, 3a, 4 og 6. Overskudsfordelingen er også forskellig. Her fordeles overskuddet typisk efter kapitalindsats og arbejdsindsats i de transparente enheder, hvorimod skattesubjekter fordeler overskuddet efter andre interesser end deltagerens egne økonomiske interesser. Med det sagt, så kræver det dog for en skattemæssigt transparent enhed, at deltagerne har en vis ejendomsret over formuen i selskabet. Hvis man i den transparente enhed ikke har deltagere med ejendomsret, så er der ingen der hæfter for selskabets gæld. Enheden vil derfor typisk blive tildelt skatteretsevne i stedet.⁴⁵

2.1.2.1. Udenlandske enheder med filialer i Danmark

Som nævnt i afsnit 2.1. vil SEL § 2 C anvendelsesområde inkludere filialer. Udenlandske selskaber med skatteretsevne i EU, kan drive den danske enhed som en filial, uden at skulle forpligte sig til at stifte virksomheden, jf. etableringsfriheden TEUF art. 49. Selskaber hjemmehørende i andre lande vil kun have muligheden for at drive enheden som filial i Danmark, hvis danske selskaber har samme mulighed i den anden stat, jf. selskabslovens § 345, stk. 2. En filial er en lokalt afgrænset del af virksomheden, der har egen ledelse og kompetence til at træffe forpligtende beslutninger for den lokale del af selskabet. Vælger det udenlandske selskab

⁴¹ Se LSR 1966.12.

⁴² Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat, s. 800.

⁴³ Jan Pedersen, Skatteretten 2, s. 290.

⁴⁴ Ibid. s. 888.

⁴⁵ Ibid. s. 888.

at oprette en filial, vil filialen i udgangspunktet derfor ikke opnå selvstændig skatteretsevne. Alle forpligtelser for filialen, vil som følge tilfalde det udenlandske selskab.

Der kan opstå en situation, hvor filialen alligevel vil kunne ifalde begrænset skattepligt, hvis det reelt set udgør et fast driftssted, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a. Et fast driftssted vil skulle kildeskatte og derved svare dansk selskabsskat i modsætning til en filial, men det faste driftssted vil fortsat behandles som skattemæssigt transparent. Eftersom begge klassificeringer af filialen vil udgøre en transparent enhed, så vil SEL § 2 C behandle dem begge ens, hvorfor fast driftssted ikke vil blive behandlet yderligere. SEL § 2 C vil dog omfatte filialer, uanfægtet om disse udgør et fast driftssted eller ej.

2.2. Hybride enheder

2.2.1. Hvad er en hybrid enhed?

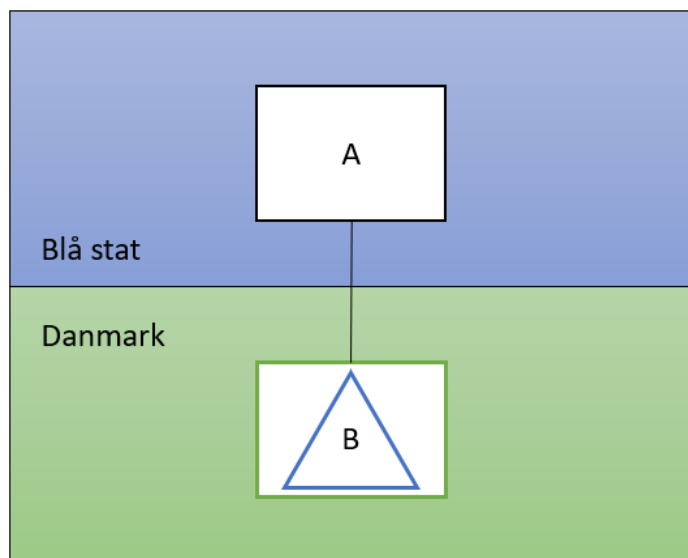
Ved en hybrid enhed forstås en enhed eller et arrangement, der betragtes som et skattepligtigt subjekt i henhold til lovgivningen i en jurisdiktion, og hvis indtægt eller udgift behandles som indtægt eller udgift for en eller flere andre personer i henhold til lovgivningen i en anden jurisdiktion, jf. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 9.

Det kan på baggrund af ovenstående definition udledes, at der er tale om en hybrid enhed, hvis et lands lovgivning kvalificerer enheden som et selvstændigt skattesubjekt, mens et andet lands lovgivning kvalificerer den samme enhed som skattemæssigt transparent.

En hybrid enhed kan således give anledning til et hybridt mismatch, hvoraf der opereres med hhv. traditionelle hybride enheder og omvendte hybride enheder.⁴⁶

2.2.2. Traditionelle hybride enheder

En traditionel hybrid enhed kan opstå, hvor en enhed er beliggende i Danmark som et selvstændigt skattesubjekt, men er en del af en udenlandsk koncern, hvor moderlandet anser enheden som skattemæssigt transparent. Det medfører, at den danske enheds indkomst skal inddrages i indkomsten i det udenlandske moderselskab.⁴⁷



Figur 1

⁴⁶ DJV – C.D.2.4.7.2.1.2. betalinger til en hybrid enhed.

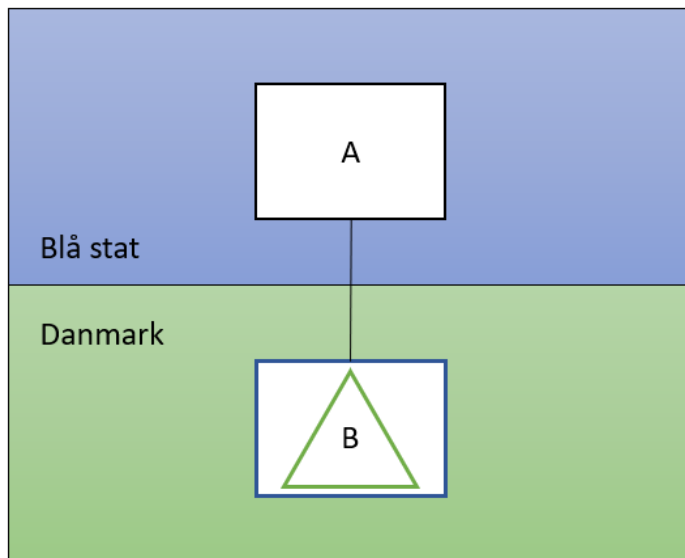
⁴⁷ Jan Pedersen, Skatteretten 2, s. 291 og 292.

Figur 1 illustrerer en traditionel hybrid enhed, hvor enheden A, er selvstændigt skattesubjekt i blå stat. Et selvstændigt skattesubjekt er illustreret ved en firkant, mens en skattemæssigt transparent enhed er illustreret med en trekant. A har etableret enheden B i Danmark. Blå stat kvalificerer B som en skattemæssig transparent enhed, mens Danmark kvalificerer B som selvstændigt skattesubjekt. Denne kvalifikationskonflikt konstituerer en traditionel hybrid enhed.

Det fremgår videre af figur 1, at A er eneejer af B, og blå stat kvalificerer B som en transparent enhed. Optjent indkomst i B vil derfor som udgangspunkt skulle beskattes i blå stat, da den skal medregnes i indkomsten for A. Hvis der er tale om flere ejere, så vil A blot blive anset som en deltager i deltagerkredsen af en transparent enhed, mens deltagere fra Danmark vil anses som almindelige kapitalejere af et selvstændigt skattesubjekt. Hvilket og hvordan det bliver beskattet, afhænger af de skatteregler der er i blå stat, da de vil være skattesubjekt for den indkomst der er optjent i B. Der kan derfor opstå situationer, hvor betalinger fra B til A ikke nødvendigvis vil være skattepligtige. Det kan eksempelvis være overførsler af overskud, underskud, renter, royalty osv.⁴⁸

2.2.3. Omvendte hybride enheder

Der foreligger en omvendt hybrid enhed, når staternes selskabskvalifikationer af enheden B er omvendte ift. de traditionelle hybride enheder. Dette illustreres ved figur 2:



Figur 2

Figur 2 opstiller samme scenarie som i Figur 1, hvor selskab A, etablerer enheden B i Danmark. Forskellen ligger i, at kvalifikationskonflikten er vendt om, så det nu er blå stat der kvalificerer B som selvstændigt skattesubjekt og Danmark kvalificerer B som en skattemæssig transparent enhed. På denne baggrund, kaldes enheden for en omvendt hybrid enhed.

I denne situation vil blå stat ikke kunne beskatte B's indkomst, da det ikke er muligt når de kvalificerer B som et selvstændigt skattesubjekt. Blå stat vil dog have mulighed for at beskatte en evt. overførsel af overskud fra B til A, som udbytteudlodning til en anden selskabsdeltager.⁴⁹ For Danmark, vil de anse A som skattesubjektet, da de er underlagt den fulde skattepligt for indkomsten i den transparente enhed. Danmark vil imidlertid, kunne beskatte A, hvis der er

⁴⁸ Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020 s. 43.

⁴⁹ Se princippet i SEL § 2 C, stk. 7.

tale om et fast driftssted og de derfor blot anser A som begrænset skattepligtige af den indkomst, der er optjent i B.

Omvendte hybride enheder risikerer at ifalde en skatteretlig omkvalificering, jf. SEL § 2 C. Heri vil et dansk skattemæssigt transparent personselskab eller filial kunne omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt, hvis der foreligger en kvalifikationskonflikt som i figur 2. Anvendelsen af SEL § 2 C, kræver blandt andet, at de tilknyttede personer til den omvendte hybride enhed besidder mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller har retten til mindst halvdelen af overskuddet. SEL § 2 C vil blive genstand for en selvstændig gennemgående analyse i afsnit 3.

3. SEL § 2 C og skatteretlig omkvalificering af omvendte hybride enheder

Nedenfor i afsnit 3.1., følger en redegørelse af baggrunden for SEL § 2 C. Herefter vil det personelle anvendelsesområde for SEL § 2 C kort blive behandlet i afsnit 3.2. I afsnit 3.3. vil forbindelseskravet i SEL § 2 C blive analyseret, for at klarlægge betingelserne for at bestemmelsen kan finde anvendelse. Herunder analyseres direkte og indirekte ejerskab, samt hvornår investorer "agerer sammen". I afsnit 3.4. følger en analyse af Skatterådets hidtidige praksis, hvor flere afgørelser med forskellige ejerstruktur inddrages, med det formål at belyse Skatterådets fortolkning, af de i afsnit 3.3. omtalte betingelser. Afsnit 3.5. vil forsøge at sammenholde og diskutere de foregående to afsnit, med henblik på at undersøge den nuværende retsstilling, samt hvordan retsstillingen kan blive udfordret fremadrettet.

3.1. Baggrunden for SEL § 2 C

SEL § 2 C blev første gang indført ved lov nr. 530 af 17. juni 2008. Forslaget til indførelsen blev allerede fremsat den 15. april 2008, hvor daværende Skatteminister, Kristian Jensen, kunne tilkendegive i Skatteudvalget, at baggrunden for bestemmelsen var en sag om bindende svar fra Skatterådet, vedrørende et amerikansk ejet kommanditselskab afsagt den 20. maj 2008. Ifølge Skatteministeren synliggjorde sagen at modstridende selskabsklassificeringer af kommanditselskaber kunne føre til skatteundgåelse.⁵⁰

I følgende afsnit vil SKM2008.446.SR blive gennemgået for at redegøre og illustrere den skattemæssige problematik der ligger bag ved SEL § 2 C.

SKM2008.446.SR omhandlede en situation hvor Skatterådet kunne bekræfte, at den amerikanske kommanditist og de amerikanske komplementarer i et dansk kommanditselskab ikke ville være begrænset skattepligtige til Danmark, ved at kommanditselskabet indgik en produktionsaftale med et produktionsselskab som var ejet af det danske kommanditselskab.

Kommanditselskabet havde sin registreringsadresse og sit vedtægtsmæssige hjemsted i Danmark, og var ejet af tre selskaber hjemmehørende i USA og ét selskab hjemmehørende i Danmark. Ét af de amerikanske selskaber var kommanditist, og de øvrige 3 selskaber, heriblandt det danske, var komplementarer. Fordelingen af ejerskab var 98% hos den amerikanske kommanditist, 0,5% hos begge amerikanske komplementarer, samt 1% hos den danske komplementar.

Det danske holdingselskab var stiftet som et anpartsselskab og blev i både USA og Danmark kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt. De 3 amerikanske selskaber blev ligeledes, ifølge amerikansk og dansk selskabsret, kvalificeret som selvstændige skattesubjekter.

Ejerkredsen påtænkte at oprette et anpartsselskab som produktionsselskab, hvori kommanditselskabet ville eje samtlige anparter. Dette selskab vil jf. dansk intern ret blive klassificeret som

⁵⁰ FT 2007-2008, 2. samling, L 181, bilag 9, samrådsspørgsmål A.

et selvstændigt skattesubjekt, men ville efter de amerikanske "check the box-regler" i USA blive anset som skattemæssigt transparent.

De amerikanske "check the box-regler" muliggjorde en fleksibel selskabsklassificering, for ikke-amerikanske enheder om, hvorvidt de skulle beskattes som et selvstændigt skattesubjekt eller som skattemæssigt transparent. Det ville derfor stå frit for de amerikanske koncerner at vælge hvordan udenlandske enheder skal kvalificeres.⁵¹

Anpartsselskabet vil herefter kunne klassificeres som en traditionel hybrid enhed, som behandlet i afsnit 2.2.2.

Det var tænkt, at kommanditselskabet ville eje samtlige de immaterielle rettigheder, i form af patenter og licenser mm., hvorefter anpartsselskabet som produktionsselskab skulle producere varer på kommanditselskabets vegne. Kommanditselskabet ville herved opnå fortjeneste fra produktionsselskabet, ved sidstnævntes brug af de immaterielle rettigheder.

Kommanditselskabet ville herefter ikke have nogen økonomisk aktivitet i Danmark, udover at råde over anparterne i produktionsselskabet, produkterne og de forskellige immaterielle rettigheder, som produktionsselskabet skulle benytte sig af. Ledelsen af begge selskaber ville herudover blive udført i USA.

Skatterådet fandt i overensstemmelse med spørger, at kommanditselskabet var skattemæssigt transparent iht. dansk intern ret. Herudover kunne Skatterådet ligeledes bekræfte, at kommanditselskabet på tidspunktet for det bindende svar ikke ville udgøre et fast driftssted, idet dette ikke kunne statueres ud fra domicil på kontorhotellet. Herudover var der ikke tale om at agentreglen fandt anvendelse og der forelå derfor ligeledes ikke et fast driftssted hos produktionsselskabet.

Skatterådet kunne på denne baggrund konstatere, at samtlige af de amerikanske selskabsdeltagere ikke ville være begrænset skattepligtige til Danmark, af indtægterne fra kommanditselskabet. Det var herefter alene det danske anpartsselskab der som selskabsdeltager ville blive beskattet af overskuddet i kommanditselskabet, da dette selskab alene var undergivet en dansk skattepligt jf. kommanditselskabets status som en transparent enhed. 99% af den potentielle indkomst vil herefter ikke være undergivet dansk beskatning, selvom indkomsten tydeligt vedrørte en aktivitet udført i Danmark.

Indkomsten fra kommanditselskabet ville ikke i USA blive beskattet hos de amerikanske selskabsdeltagere, før kommanditselskabet overførte de retmæssige beløb til deltagerne. Det samme gjorde sig gældende for produktionsselskabet, som grundet at USA kvalificerede denne som skattemæssig transparent, ville medføre at indkomsten skulle beskattes i kommanditselskabet ud fra amerikansk intern ret, og derved alene blev beskattet i Danmark, som et kvalificerede denne som et selvstændigt skattesubjekt.

Skatterådet gjorde i det bindende svar selv opmærksom på, at såfremt lovforslaget L 181 ville blive vedtaget, ville denne umiddelbart åbenlyse skattemæssige problematik blive forsøgt løst ved en skatteretlig omkvalifikation af skattemæssige transparente enheder.

På baggrund af SKM2008.446.SR, blev SEL § 2 C herefter konkretiseret ved Lov nr. 530 af 17. juni 2008. SEL § 2 C har yderligere været genstand for en ændring ved lov nr. 254 af 30. marts 2011, hvor anvendelsesområdet blev udvidet til adskillige lavbeskatningslande, som ikke før var omfattet.⁵²

⁵¹ Niels Josephsen, Double Dip og Check-the-Box.

⁵² FT 2010-2011, Tillæg A, L 84 som fremsat, afsnit 3.2.7.2.

I 2013 blev “*Base Erosion and Profit Shifting*” projektet lanceret af OECD med støtte fra G20 landene.⁵³ Baggrunden var et øget fokus på u hensigtsmæssige skatteplanlægning. Projektets overordnede formål var at imødekomme multinationale koncerners udnyttelse af de nationale skatteretlige forskelle til, at overføre skattepligtigt overskud på tværs af landegrænser. Herved kan skattegrundlaget eroderes i den stat, hvori den økonomiske aktivitet har fundet sted.⁵⁴ I 2015 udgav OECD BEPS-tiltag 2-rapporten, som blandt andet omhandlede hybride mismatch, herunder mismatch med omvendte hybride enheder.⁵⁵ På baggrund af BEPS-projektet vedtog Rådet for den Europæiske Union direktiv 2016/1164/EU, benævnt ATAD I og Rådets direktiv 2017/952/EU, benævnt ATAD II.⁵⁶ skatteundgåelsesdirektivets formål var at implementere vejledningerne og initiativerne i BEPS-projektet og herved skabe en harmoniseret minimumsbeskyttelse mod skatteundgåelse inden for det europæiske samarbejde.⁵⁷ BEPS-projektets initiativer vedrørende omvendte hybride enheder blev inkorporeret i skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a.

Ved lov nr. 1726 af 27. december 2018 blev SEL § 2 C ændret til den nuværende gældende version af bestemmelsen. Bestemmelsen havde virkning i dansk ret fra den 1. januar 2020.⁵⁸ Ifølge lovbemærkningerne var formålet med ændringen at implementere skatteundgåelsesdirektivet, heraf Rådets direktiv 2016/1164/EU og Rådets direktiv 2017/952/EU.⁵⁹

På baggrund af implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, indeholder SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1 følgende ordlyd:

“Registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i landet, beskattes efter reglerne for selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 2, hvis en eller flere tilknyttede personer, jf. § 8 C, stk. 1, nr. 17, som sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet,

1) er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt, eller (...)”

3.2. Personelle anvendelsesområde for SEL § 2 C

Inden de enkelte betingelser for omkvalificering efter SEL § 2 C analyseres, skal det først klarlægges hvilke enheder og juridiske subjekter bestemmelsen kan have indvirkning for. Som nævnt i afsnit 1.3.1. vil SEL § 2 C, stk. 2 og 3 ikke blive inddraget.

Som anført i afsnit 2., samt uddybet i forarbejderne til implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet,⁶⁰ finder bestemmelsen anvendelse for registreringspligtige filialer af selskaber med udenlandsk hjemmehør samt danske transparente enheder.

Ved skattemæssigt transparente enheder forstås juridiske personer, der efter danske skatteregler, ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt, jf. SEL § 2 C, stk. 3.

⁵³ OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013.

⁵⁴ Ibid. s. 5 og 13.

⁵⁵ OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, s. 11 og 63.

⁵⁶ ATAD I og ATAD II vil i afhandlingen være samlet under betegnelsen ”Skatteundgåelsesdirektivet”.

⁵⁷ Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020, s. 7.

⁵⁸ Se SKM2020.35.SR.

⁵⁹ FT 2018-2019, 1. samling, L 28 som fremsat, afsnit 1.1.

⁶⁰ FT 2007-2008, 2. samling, L 181, lovforslag som fremsat, bemærkninger til lovforslagets § 2, nr. 3, til stk. 1.

Det er nødvendigt at afgrænse yderligere i henhold til juridiske personer, der er skattemæssigt transparente efter SEL § 2 C, stk. 3. Efter forarbejderne til indførelsen af § 2 C i selskabsskatteloven skal denne afgrænsning ske på samme måde som i ligningslovens § 2, stk. 1, 2. pkt.⁶¹

Forarbejderne til ligningslovens § 2, stk. 1, 2 pkt., understreger at afgrænsningen til hvad der kan udgøre en juridisk person, der kvalificerer sig som en transparent enhed, skal foretages på baggrund af om enheden fremstår som et samlet hele i forhold til omverdenen. Eller modsat om enheden er karakteriseret ved uafhængige personer, der indgår i et sameje om et aktiv.⁶² Disse ikke vil være omfattet af ligningslovens § 2, stk. 1, 2.pkt og herved ikke falde under SEL § 2, stk. 3, og den dertilhørende definition som en juridisk person der kan karakteriseres skattemæssig transparent enhed.

Det skal herefter noteres, at afhandlingen fremadrettet vil benytte betegnelsen ”transparent enhed” om både filialer af udenlandske virksomheder og transparente enheder der er omfattet af SEL § 2, stk. 3 og derved SEL § 2, stk. 1, nr. 1.

3.3. Betingelser for omkvalifikation efter SEL § 2 C

På baggrund af ordlyden i SEL § 2 C vil der indgå to sammenhængende kriterier for en omkvalificering af en omvendt hybrid enhed. *For det første*, skal der være én eller flere deltagere der kan betegnes som ”*dårlige investorer*”.⁶³ ”*Dårlige investorer*“ er deltagere der er omfattet af SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1. Modsatningsvist vil man betegnes som ”*gode investorer*”, hvis man ikke er omfattet af betingelsen. For det andet skal de ”*dårlige investorer*“ udgøre tilknyttede personer til den transparente enhed og derigennem udgøre mindst 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet, jf. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, 6. pkt. Det vil derfor skulle vurderes, om hver enkelt deltager kan betegnes som en tilknyttet person til den transparente enhed i henhold til SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17.

Implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a i SEL § 2 C, har medført en del stramninger af de tidligere gældende regler. Forbindelseskravet blev indført, hvilket medfører at tilknyttede personers ejerandele skal medregnes de direkte investorer. Herved at indirekte ejerandele også skal medregnes de direkte ejerandele. Derudover, er der nu krav om mindst 50% ejerskab, i stedet for den tidligere bestemmelse med mere en 50%, og hvor retten til overskudsandele nu også medregnes. Det fremgår af SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, at deltagere ligeledes vil blive betragtet som tilknyttede personer, hvis deltageren er regnskabsmæssigt konsolideret med den transparente enhed, eller har en væsentlig indflydelse på ledelsen i den transparente enhed.

Det skal samtidig bemærkes, at en betingelse for omkvalifikation efter skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a er, at den hybride enheds pågældende indkomst ikke bliver beskattet i en anden jurisdiktion. Denne undtagelse er udeladt i SEL § 2 C og derfor i udgangspunktet ikke en betingelse for omkvalifikation efter SEL § 2, da skatteundgåelsesdirektivet som nævnt i afsnit 1.2.2. er et minimumsdirektiv. Denne udeladelse af en betingelse for omkvalifikation efter skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, vil blive behandlet nærmere i afsnit 4.1. og 5.

3.3.1. Direkte og indirekte ejerskab

I SEL § 2 C skal både direkte og indirekte ejerskab af kapital, stemmerettigheder og retten til andel af overskuddet medregnes, for så vidt angår SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1.

⁶¹ Ibid. bemærkninger til lovforslagets § 2, nr. 3, til stk. 2.

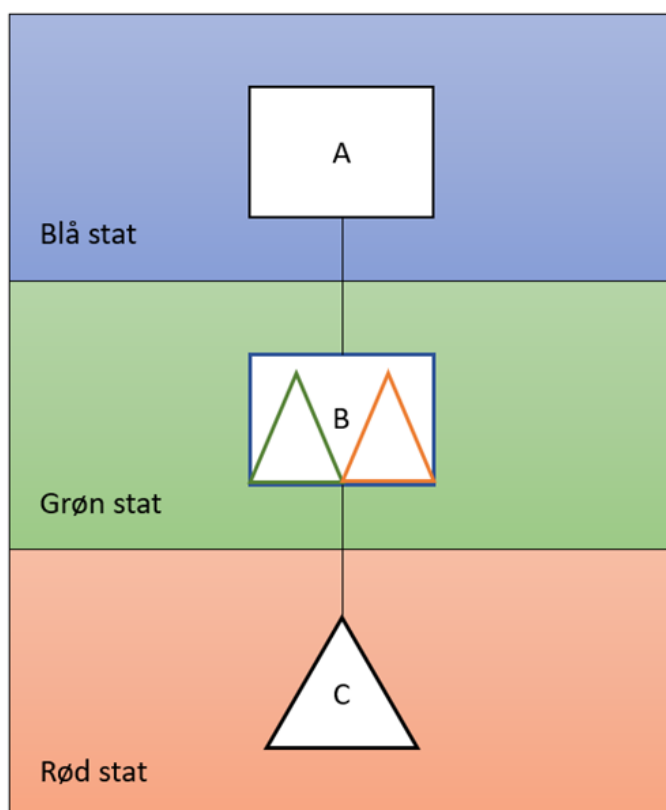
⁶² FT 2005-2006, Tillæg A, L 166, lovforslag som fremsat, bemærkninger til lovforslagets § 6, nr. 1 og 2.

⁶³ Begrebet vil blive anvendt om udenlandske selskabsdeltagere der kvalificere den skattemæssige transparente enhed som et selvstændigt skattesubjekt.

Direkte ejerskab omfatter tilfælde, hvor der personligt ejes kapitalandele, stemmerettigheder eller retten til andel af overskuddet. Disse ejes af investoren selv og kan direkte henvises til den pågældende enhed, som de er erhvervet i. Indirekte ejerskab er når en investor ejer kapitalandele, stemmerettigheder eller retten til en del af overskuddet, i et selskab igennem et eller flere selskaber. Man opnår derved en ejerandel af en enhed ved at have ejerskab over en anden enhed.

3.3.1.1. Direkte ejerskab

Direkte ejerskab omfatter en situation, hvor en investor i en struktur med parallelle enheder, direkte har ejerskab over en anden enhed, uden nogle led i mellem. Det fremgår endvidere af SEL § 2 C, stk. 9, at ved bedømmelsen af enhedens direkte ejere, så vil udenlandske transparente enheder eller filialer ikke anses for selvstændige skattesubjekter, hvis de ikke anses for at være selvstændige skattesubjekter i deres hjemland. Dette har en væsentlig effekt i bedømmelsen af direkte ejere i enheden. Et eksempel på dette er illustreret nedenstående i Figur 3:



Figur 3

I eksemplet kan vi se at der er tale om en omvendt hybrid enhed i grøn stat. Her har vi først og fremmest det selvstændige skattesubjekt, A, i moderstaten, der ejer den hybride enhed B. I og med der er tale om en omvendt hybrid enhed, så er B klassificeret som et selvstændigt skattesubjekt i blå stat og som skattemæssigt transparent i grøn stat. Eftersom den hybride enhed i sin hjemstat klassificeres som skattemæssigt transparent, så vil A som udgangspunkt også fungere som direkte ejer til den omvendt hybride enheds eventuelle underliggende transparente enheder, illustreret i eksemplet som C i rød stat. Det er dog kun gældende såfremt grøn stat klassificerer C som skattemæssigt transparent, og ikke er en del af EU. Er landet en del af EU, så vil skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, være implementeret og enheden vil i så fald ikke kunne være skattemæssig transparent, eftersom en omvendt hybrid enhed skal omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt efter det implementerede direktiv.

3.3.1.2. Indirekte ejerskab

Indirekte ejerskab omfatter imidlertid flere scenarier og kan være mere vanskeligt at anvende i praksis end den direkte form.⁶⁴ Ved indirekte ejerskab kan der opstå forskellige konstellationer af ejerstrukturer, der gør det afgørende at vurdere, hvorvidt en enhed er indirekte ejer af den omvendt hybride enhed.

Tager vi eksemplet med direkte ejerskab i Figur 3, så har vi en situation med tre enheder. Før havde vi en situation, hvor et selvstændigt skattesubjekt i stat A ejede den omvendt hybride enhed i stat B, som herefter ejede andelene af en transparent enhed i stat C. I dette eksempel, vil enheden B i stedet være et selvstændigt skattesubjekt, som det også er tilfældet for A. I så fald, vil A blive indirekte ejer af C, eftersom C er ejet af B, hvor A ejer alle kapitalandelene. I tilfælde som dette vil det blive relevant for SEL § 2 C, hvor A klassificerer C som et selvstændigt skattesubjekt, hvorimod C er klassificeret som skattemæssigt transparent af både B og C. SEL § 2 C, vil i dette tilfælde anse A som tilknyttet person til C, på vegne af det indirekte ejerskab, jf. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17. Enheden C skal derfor omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt, da A ejer alle kapitalandele i B og indirekte i C, hvortil både tilknytningskravet og 50% ejerskabskravet er opfyldt, jf. SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1.

Eksemplet er i sin form relativt forenklet, men afspejler den grundlæggende forståelse af hvad det vil sige at være en indirekte investor. I de fleste sager kan strukturen være mere kompleks og omfatte adskillige lag af enheder. Flere af disse situationer er behandlet af Skatterådet og vil blive yderligere blive analyseret i afsnit 3.4.

3.3.2. "Agere sammen"

Det fremgår af SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt., at hvis en "dårlig investor" ikke opfylder kravet om mindst 50 pct. stemmerettigheder, kapital eller retten til andel af overskuddet, så kan deltageren stadig udgøre en tilknyttet person, hvis der "ageres sammen" med andre deltagere. Deltagerne skal medregne hinandens andele, hvis de agerer sammen med deres ejerskab eller stemmerettigheder i den transparente enhed. Det vil sige, at de hver især vil anses for ejere af deres samlede ejerskab.

Skatteundgåelsesdirektivet definerer ikke nærmere begrebet. BEPS tiltag 2-rapporten angiver dog nogle eksempler, hvorved deltagere skal anses for at agere sammen.⁶⁵ Som tidligere nævnt i afsnit 1.2.3., er BEPS tiltag 2-rapporten et væsentligt fortolkningsbidrag. Det følger af BEPS tiltag 2-rapportens anbefaling 11, stk. 3, at deltagere i følgende tilfælde vil agere sammen:

- Personerne er familiemedlemmer,
- En person forpligter sig til at agere i overensstemmelse med en anden persons instrukser,
- Personerne aftaler at agere sammen, så de væsentligt kan påvirke værdien af aktierne, eller
- Personerne aftaler af at samme tredjemand skal varetage deres interesser som kapital-ejere.

Listen er ikke udtømmende, men giver et pejlemærke for hvad der skal anses som en adfærd, hvor man agerer sammen. Derudover er det nogle relativt generiske eksempler BEPS tiltag 2-rapporten opstiller ift. de strukturer der kan blive omfattet af SEL § 2 C, har der siden implementeringen været tvivl om hvordan begrebet "agerer sammen" skal tolkes.⁶⁶ Skatterådet har

⁶⁴ Se hertil afhandlingens afsnit 3.4.

⁶⁵ OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 2015, Anbefaling 11.3.

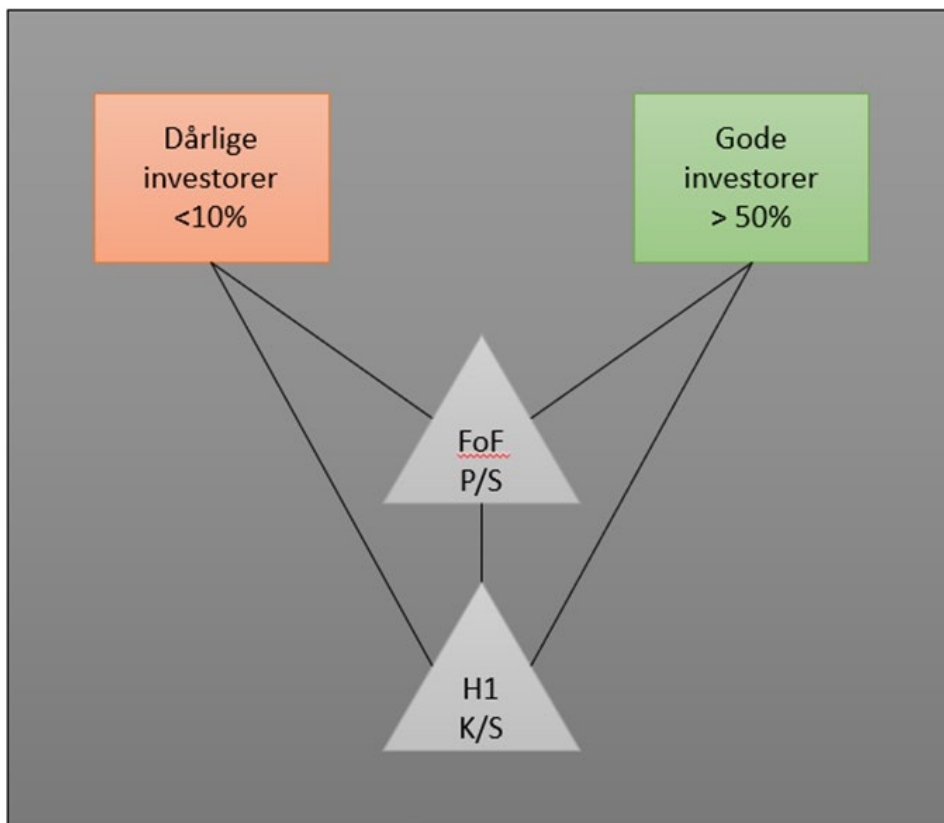
⁶⁶ Se afsnit 3.4.

afgivet deres fortolkning, men fortolkningsspørgsmålet er endnu ikke nået ud til domstolene, hverken nationalt eller i EU.

3.4. Administrativ praksis fra Skatterådet

3.4.1. SKM2020.35.SR

Første sag der blev forelagt Skatterådet var SKM2020.35.SR, som søgte at fastlægge, hvorvidt en række danske kommanditselskaber var omfattede af SEL § 2 C. Sagen omhandler det danske kommanditselskab H1, som har en række danske og udenlandske investorer. Derudover har H1 også aktiviteter i andre lande via underliggende selskaber. Sagen omhandler blot et enkelt lag af transparente enheder, da investorerne var i parallelle enheder. Ejerstrukturen er illustreret i Figur 4:



Figur 4

H1 drev virksomhed med investering i udenlandske porteføljeselskaber. Det fremgår, at størstedelen af investorerne var ”gode investorer”, der kom fra lande der kvalificerede H1 som skattemæssigt transparent. De ”dårlige investorer”, der kvalificerede H1 som selvstændigt skattesubjekt, udgjorde et mindretal på under 10%. Ligeledes havde et mindretal af investorerne heller ikke direkte investeret i H1, men derimod gjort det igennem et overliggende partnerselskab. Et såkaldt ”fund-of-funds”.

Det var derfor op til Skatterådet at afgøre om strukturen gav anledning til en omkvalificering til et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 2 C. Det skulle derfor vurderes, hvorvidt der for de dårlige investorer var tale om tilknyttede personer, der tilsammen enten direkte eller indirekte udgjorde mindst 50 pct. af kapitalen, stemmerettighederne eller retten til andel af overskuddet, jf. SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1.

Spørger anførte, at der ikke var nogen grund til at anse investorerne som tilknyttede personer, da der ikke var nogle interne forhold eller aftaler, og at de hermed ikke agerede sammen. Spørger fremlagde, at det eneste forhold mellem investorerne var deres investering i kommanditselskabet. Kommanditselskabsaftalen skulle derfor ikke kunne anvendes til at etablere en tilknytning mellem parterne, da den i så fald altid vil kunne tilknytte investorerne i kommanditselskaber.

Som følge af spørgers påstand om, at der ikke er tale om tilknyttede personer mellem de gode og dårlige investorer, så ville de dårlige investorer udgøre et mindretal i beregningen. Betingelsen om at mindst 50 pct. af kapitalen, stemmerettighederne eller retten til overskud skal besiddes af dårlige investorer er derfor ikke opfyldt, hvorfor kommanditselskabet ikke skal omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 2 C.

Skatterådet bekræfter i deres bindende svar, at kommanditselskabet ikke var omfattet af SEL § 2 C. Dette er på baggrund af, at der ikke var nok dårlige investorer til at opfylde 50%-kravet, medmindre disse kunne anses for at agere sammen med de gode investorer, så deres andele kunne lægges sammen. Der fandtes dog ikke tilstrækkeligt bevis for at de agerede sammen, udover at begge selskaber investerede direkte i det samme kommanditselskab. Dette kunne dog efter Skatterådets vurdering ikke føre til at investorerne skulle agere sammen.⁶⁷ Skatterådet bekræftede, at investorer der investerede igennem det overliggende partnerselskab, kan medføre at investorerne anses for at agere sammen, men at det i den konkrete sag er ligegyldigt, da investorenes andel er så lav, at selv hvis de blev lagt sammen, så ville der stadig være tale om et væsentligt mindretal.

Sagen omhandler en relativt simpel struktur, hvorfor det er vigtigt at kigge på fortolkningen i afgørelsen, frem for blot at vurdere om der er nået frem til det rigtige resultat. Det centrale i afgørelsen er vurderingen og fortolkningen af ”agerer sammen”. Det fremgår af afgørelsen, at Skatterådet finder at tilknyttede personer skal sammenlægge deres ejerandele, hvis de agerer sammen, jf. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4.pkt. Dette gjorde de med henvisning til forarbejderne til SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17:

”Hvis en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt agerer sammen med en anden person eller, et selvstændigt skattesubjekt for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et subjekt, skal det selvstændige skattesubjekt henholdsvis personen hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.”⁶⁸

Derudover henviser Skatterådet til BEPS tiltag 2-rapportens eksempel 11.2 og 11.5 som fortolkningsbidrag til hvornår parterne ”agerer sammen”. Dette anvendte Skatterådet til at lave deres eget eksempel for nærmere at illustrere deres fortolkning af begrebet. Eksemplet indeholdt følgende:

”Skattestyrelsen forstår bestemmelsen og forarbejderne, herunder eksemplerne i OECD’s rapport således, at hvis eksempelvis ti investorer hver ejer 10 procent af ejerandelene i et dansk K/S (I), og fem af disse ti investorer har investeret via et fælles K/S (II), da vil disse fem investorer anses for at agere sammen (via K/S (II)) i forhold til investeringer i K/S (I), jf. selskabskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt., idet de må anses for at have indgået i et ”arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør at de agerer sammen.”

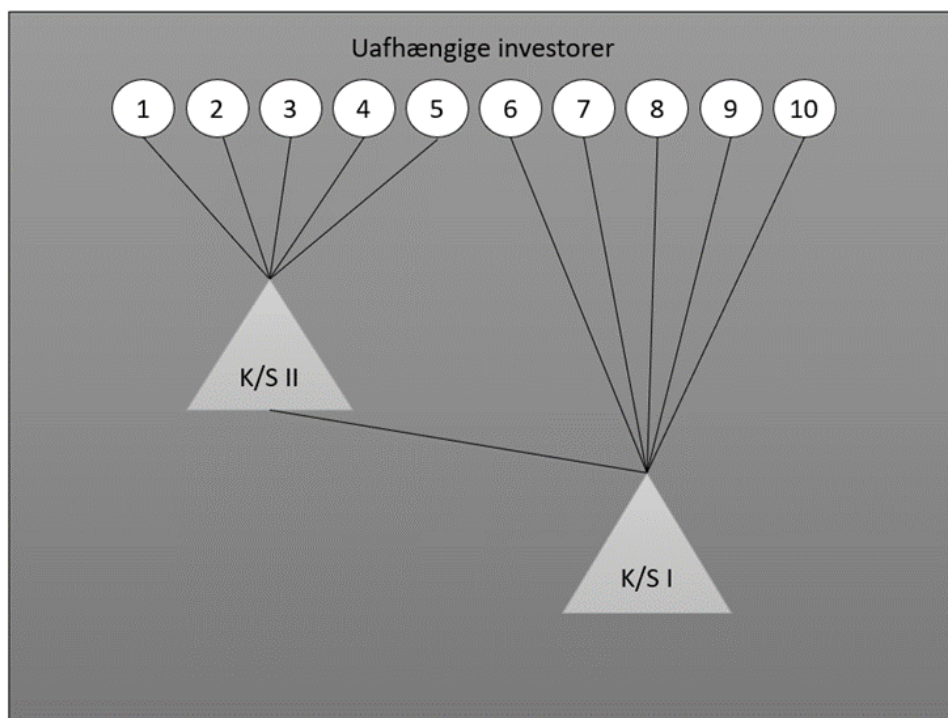
⁶⁷ Se Figur 5.

⁶⁸ FT 2018-2019, 1. samling, L 28, lovforslag som fremsat.

”Når investorerne anses for at agere sammen skal ”hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.” I relation til selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17 vil hver af de fem investorer, der agerer sammen via K/S II således blive anset for at eje ”hele den berørte kapital”, hvilke er de 50 procent ejerandele, som investorerne samlet ejer. Hvis én eller flere af disse investorer er hjemmehørende i en stat, der behandler K/S (I) som et selvstændigt skattesubjekt, vil K/S (I) også efter dansk ret beskattes som et selvstændigt skattesubjekt, jf. selskabsskattelovens § 2 C.”

”De øvrige fem investorer, der investerer direkte i K/S (I) kan efter Skattestyrelsens vurdering ikke anses for at ”agere sammen” i forhold til det K/S (I), når investorerne investerer direkte og ikke i øvrigt kan anses for tilknyttede personer på grund af koncernforhold, familieforhold eller lign. Disse investorer skal således alene anses for at eje deres reelle ejerandele på hver 10 procent.”

Skatterådets fortolkning er illustreret ved Figur 5:



Figur 5

Ved skatterådets fortolkning vil investorer der direkte investerer i et K/S, som udgangspunkt ikke anses for at ”agere sammen”, medmindre andre forhold taler for dette.⁶⁹ Derimod vil investorer der indirekte investerer i K/S’et igennem et overliggende personselskab, blive anset til at ”agere sammen”. Dårlige investorer vil derfor kunne ”smitte” gode investorer og opnå deres ejerandele, så ejerandele for både gode og dårlige investorer tæller for de dårlige investorers fulde ejerandel. Det kan derfor resultere i, at K/S’et skal omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt, selvom en væsentlig majoritet af investorerne kan betegnes som gode investorer.

Det er første afgørelse, hvor der fra skattemyndighederne fortolkes på forbindelseskravet og begrebet ”agerer sammen”. Sagens omstændigheder gav ikke anledning til en bredere behandling af forbindelseskravet, eftersom langt størstedelen af investorerne investerer direkte i K/S’et. Det er derimod kun en lille minoritet der investerer igennem et partnerselskab, hvor

⁶⁹ OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 2015, anbefaling 11.3.

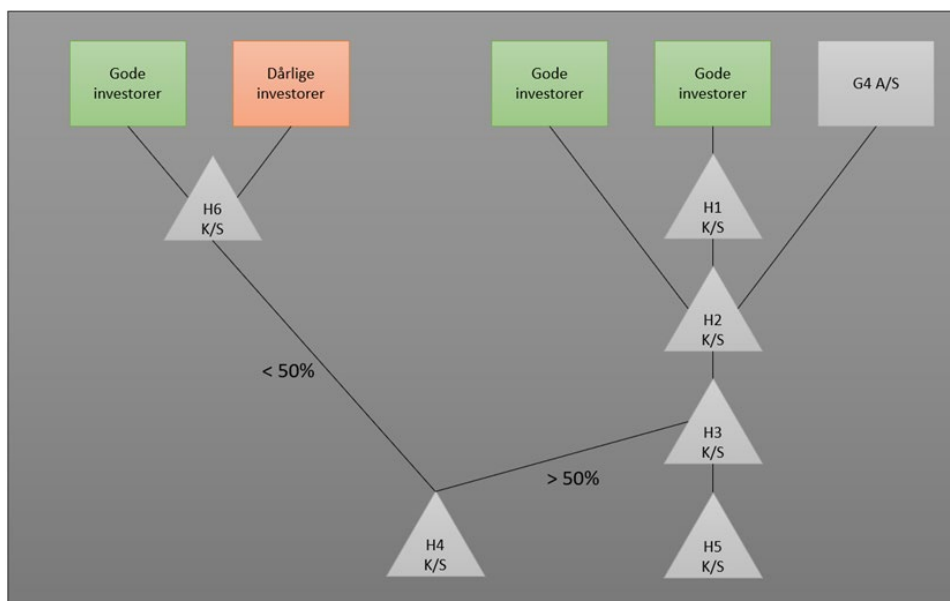
sammenlægning af ejerandele ikke ville overstige 50%-betingelsen uanset. Sagens afgørelse om ikke at skulle omkvalificere er derfor relativt klar, men dette havde formentlig ikke været tilfældet med en mere avanceret ejerstruktur med flere indirekte investorer, der derigennem kan smitte hinanden til at blive dårlige investorer iht. Skatterådets fortolkning.

3.4.1.1. SKM2020.453.SR

SKM2020.453.SR omhandlede ligeledes, hvorvidt investorer agerede sammen, da forbindelseskravet ellers ikke ville være opfyldt. De dårlige investorer havde blot en ejerandel på ca. 10%, hvorfor det var afgørende, at de dårlige investorer kunne smitte tilstrækkeligt gode investorer, ved at finde de agerede sammen. Skatterådet stadfæster deres fortolkning af begrebet og fandt igen, at investorer i det overliggende kommanditselskab agerede sammen og dermed skulle have sammenlagt deres ejerandele. Direkte investorer fandtes fortsat ikke at agere sammen. Eftersom de indirekte investorer i kommanditselskabet ikke oversteg 50% af kapitalen, stemmerettighederne eller retten til overskud, så er afgørelsen ligesom ved SKM2020.35.SR, at der ikke skal ske en omkvalificering. Igen var der tale om en lignende struktur, hvor der ikke var tale om flere lag af transparente enheder. Derfor bliver resultatet af afgørelsen ikke en omkvalificering efter SEL § 2 C. Den fortolkning Skattestyrelsen og Skatterådet har tilsluttet sig, om at dårlige investorer kan smitte gode investorer igennem indirekte investeringer, påvirkede ikke den endelige konklusion, da investorerne i sagen primært investerede direkte.

3.4.2. SKM2021.216.SR

SKM2021.216.SR omfatter en mere avanceret struktur med flere lag af transparente enheder. I sagen søger spørger at få besvaret, hvorvidt seks skattemæssigt transparente enheder var omfattet af selskabsskattelovens § 2 C, og derved skulle omkvalificeres til selvstændige skatte-subjekter. Strukturen i sagen er illustreret i Figur 6:



Figur 6

Meningen med strukturen var, at H2 skulle udbydes som et investeringsprodukt og derfor etableres som et kommanditselskab, for at undgå at investorerne rammes af en økonomisk dobbeltbeskatning. Både danske og udenlandske investorer ville herefter have mulighed for at investere i enheden. Danske investorer kunne investere direkte i H2, mens udenlandske investorer skulle investere igennem enten G4, som var et selvstændigt skattesubjekt, eller igennem H6,

som var en skattemæssigt transparent enhed. H2 er i den forbindelse ejet af de danske investorer, G4 og H1. H1 består af en Investment Manager og investerer som følge i H2, for at vise investorerne, at de tror på produktet. H2 er endvidere ejer af H3, som ejer H5.

H6 var som omtalt ejet af udenlandske investorer, heraf også investorer der var omfattet af SEL § 2 C's anvendelsesområde. Disse dårlige investorer ville dog ikke have indflydelse, eftersom det fremgår af sagens omstændigheder, at H6 aldrig ville kunne eje mere end 50% af den samlede kreds i de enkelte porteføljeselskaber.

Det fremgår at H2 og H6 var ledet af den samme Investment Manager, som så indstiller køb og salg af investeringsaktiver i begge kommanditselskaber. Disse indstillinger henvises til de selvstændige "Investment Committees", som er udvalgt af hvert kommanditselskab. Der forelå ingen aftale mellem de to Investment Committees om at træffe samme beslutning. Hvis de traf modstridende beslutninger om køb, så ville konsekvensen enten være, at blot det ene selskab gennemførte købet, enten selv eller med andre medinvestorer, eller at købet slet ikke gennemføres. For salg af aktiver vil modstridende beslutninger om godkendelse typisk medføre, at salget ikke gennemføres. Det er dog med forbehold, for at der ikke er lavet en aftale, hvor selskabet der ikke vil sælge, kan afkøbe det andet selskabs andel i et fælles investeringsaktiv.

I Skatterådets afgørelse fremgår det, at H1 ikke skal omkvalificeres i henhold til SEL § 2 C. H1 er ejet af et dansk aktieselskab, samt medarbejdere og direktører i Investment Manager. Der er tale om direkte investorer, der er hjemmehørende i Danmark og derfor kvalificerer enheden som en skattemæssigt transparent enhed, hvorfor der ikke opstår en kvalifikationskonflikt.

H2 var som tidligere nævnt ejet af G4, H1 og en række gode investorer. G4 var et dansk aktieselskab og var ejet af både udenlandske og danske investorer. Det fremgår ikke videre hvilken andel de besad, eller hvorvidt nogle af de udenlandske investorer var hjemmehørende i lande, hvor der ville opstå en kvalifikationskonflikt. I forhold til problematikken om, hvorvidt dårlige investorer i et overliggende selvstændigt skattesubjekt, ville være omfattet af SEL § 2 C's anvendelsesområde, henviste Skatterådet til bestemmelsens forarbejder for at lave en korrekt formålsfortolkning:

*"Selskabsskattelovens § 2 C har til formål at imødegå forskelle i den danske og udenlandske skattemæssige kvalifikation af enheder, som efter danske regler anses for at være transparente. Dette omfatter de såkaldte omvendt hybride mismatch."*⁷⁰

"I tilfælde, hvor alle direkte ejere, herunder ejere, der ejer via skattetransparente enheder, anser et dansk K/S for en transparent enhed, skal bestemmelsen således ikke finde anvendelse, idet der ikke opstår et mismatch vedrørende enheden."

Med den begrundelse, står det klart at skatterådet mener, at et overliggende selvstændigt skattesubjekt, der ikke er i kvalifikationskonflikt med de nationale regler, godt må have ejerskab af dårlige investorer. Det er derfor ikke relevant, om der er tale om dårlige investorer, hvis der er tale om indirekte ejerskab, foretaget gennem et overliggende selvstændigt skattesubjekt.

G4 ville derfor kvalificere H2 som skattemæssigt transparent, hvilket også var gældende for de gode investorer. H1 var som beskrevet ovenfor, udelukkende ejet af gode investorer, og ville som følge heraf kvalificere enheden som skattemæssigt transparent. H2 skal derfor ikke omkvalificeres, da der ikke opstod en kvalifikationskonflikt, eftersom alle ejere kvalificerede kommanditselskabet som skattemæssigt transparent.

⁷⁰ FT 2018-2019, Tillæg A, L 28 som fremsat, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 3.

H2 er direkte enejer af H3. Som følge af H2 udelukkende ejes af gode investorer vil det også medføre, at H3 ikke skal omkvalificeres. Ligeledes ejer H3 direkte H5. H1 og H2 er indirekte ejere, men er som tidligere nævnt, at betragte som gode investorer. Af den grund, vil H5 ikke skulle omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt.

H6 er som illustreret i figur 6, ejet af både gode og dårlige investorer. Som tidligere nævnt, ville de dårlige investorer dog aldrig kunne eje mere end 50% af kapitalen og stemmerettighederne. For så vidt denne påstand er korrekt, ville H6 primært være ejet af investorer der anser det som et selvstændigt skattesubjekt, medmindre tilknytningskravet kunne opfyldes ved at dårlige investorer agerede sammen med gode investorer, og derigennem opnå et flertal. Her henviste Skatterådet til deres tidligere fremførte eksempel på fortolkning af begrebet i figur 5, som de har anvendt i tidligere bindende svar.⁷¹ Derfor finder Skatterådet at investorerne ikke agerer sammen, da forholdene ikke taler for et sådant samarbejde, udover deres investering i den samme enhed, hvilket allerede af tidligere praksis fra Skatterådet, er fundet utilstrækkeligt til at agere sammen.⁷² Eftersom de dårlige investorer ikke kunne tilknyttes de andre parter i H6, så skulle der ikke foretages en omkvalificering efter SEL § 2 C, jf. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17.

H4 var direkte ejet af H6 og H3. Som tidligere oplyst, så er der ingen dårlige investorer i H3, ligesom H6 ikke vil have over 50% dårlige investorer heller. Derudover, fremgår det at H3 har en større ejerandel end H6, hvorfor der vil være en væsentlig majoritet af ejere, der anser enheden som skattemæssigt transparent. Skatterådet skulle derfor vurdere, hvorvidt denne minoritet af dårlige investorer, kunne anses som tilknyttede personer til enheden. Det krævede at de dårlige investorer kunne anses at agere sammen med en række gode investorer, således deres ejerandel kunne sammenlægges og derigennem opnå mindst halvdelen af ejerandelen. Skatterådet kiggede herefter på, at H2 og H6 havde den samme Investment Manager der reelt set varetog den daglige ledelse i begge enheder. Skatterådet henviste derfor til følgende fra OECD's BEPS tiltag 2-rapport:

"Af OECD's BEPS rapport action 2 "Neutralising the Effects of Hybrids Mismatch Arrangements" følger af afsnittet "The ownership or control of any such rights or interests are managed by the same person or group of persons" afsnit 377, at "This element of the acting together test treats investors as acting together if their interests are managed by the same person or group of persons. This requirement would pick up a number of investors whose investments were managed under a common investment mandate or partners in an investment partnership."

Skatterådet brugte denne fortolkning, til at indstille svar til spørger om en omkvalifikation skulle finde sted:

"Rådgiver har anført, at for at være omfattet af selskabsskattelovens § 2 C skal fælles agerenske i forhold til beslutninger, der normalt udøves på ejerniveau, og ikke blot i forhold fælles administrative eller forvaltningsmæssige beslutninger, der netop ikke er kendetegnet ved at involvere stemmerettigheder og kapitalejerskab. Ifølge rådgiver vil en Investment Manager, der ikke har mandat til at foretage investeringer og frasælge, ikke føre ikke til, at investorer agerer sammen. Skattestyrelsen er ikke enig i den fortolkning. H2 og H6 har indsat samme Investment Manager, der "selvstændigt og uden nogen instruktionsbeføjelser" varetager den daglige ledelse. Det er bl.a. Investment Manager, der foretager alle undersøgelser om fremtidige køb og salg af aktiv Y og herefter sender indstilling til hver Investment Committee"

⁷¹ Se SKM2020.35.SR og SKM2020.453.SR.

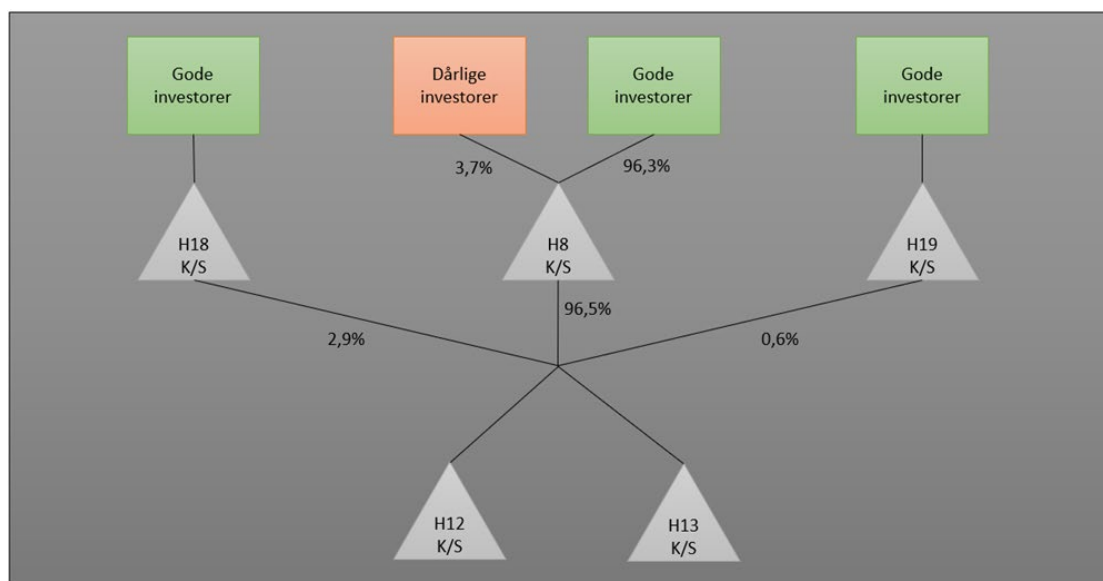
⁷² Se SKM2020.35.SR.

Det var derfor Skatterådets opfattelse, at eftersom H2 og H6 er underlagt den samme daglige ledelse hos deres fælles Investment Manager, så anses investorer i H2 og H6 for at agere sammen om deres fælles investering i H4. Eftersom det er oplyst, at der er dårlige investorer i H6, så vil de smitte de gode investorer i H2. Samtlige ejerandele af H4 vil som følge blive påvirket, da H2 ejer H3, og dermed har indirekte ejerskab over H4 sammen med H6. Det resulterede i, at 100% af ejerandelene i H4 nu var besat af dårlige investorer. På baggrund af, at de dårlige investorer i H6 er fundet til at være tilknyttet H4 og de efterfølgende besidder mere end 50% af kapitalen og stemmerettighederne, så fandt Skatterådet, at H4 skulle omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 2 C og 8 C, stk. 1, nr. 17.

Det kan afledes af Skatterådets afgørelse, at hvis to kommanditselskaber er underlagt den samme ledelse, så vil det resultere i at investorerne skal anses for at agere sammen. Det vil medføre, at enheder i en struktur med flere lag, kan risikere at være omfattet af SEL § 2 C, selvom de er direkte ejet af udelukkende gode investorer. Såfremt tilknytningskravet er opfyldt, så kræver det altså blot en enkelt dårlig investor, for at kunne smitte andre tilknyttede kommanditselskaber.

3.4.3. SKM2021.218.SR

SKM2021.218.SR omhandler en sag, hvor spørger var forvalter af investeringsfonde, og søgte bekræftelse om, hvorvidt to kommanditselskaber, der var mellemliggende i en ejerstruktur med flere lag, var omfattet af anvendelsesområdet for SEL § 2 C. De to kommanditselskaber, H12 og H13, er illustreret i ejerstrukturen som Figur 7:



Figur 7

Det fremgår af sagen, at H12 og H13 var nødvendig for ejerstrukturen af de samlede investeringsenheder. Begge enheder var oprettet med henblik på at binde strukturen sammen og ikke med spekulation i beskatningen. H12 og H13 var primært ejet af det overliggende kommanditselskab, H8, som med 96,5% af ejerandelen stod med majoriteten. Videre fremgår det af H8's ejerkreds, at den er sammensat af både gode og dårlige investorer. Den væsentlige majoritet af investorerne er gode, da kun ca. 3,7% af investorerne var hjemmehørende i lande, der kvalificerer danske kommanditselskaber som selvstændige skattesubjekter, jf. SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1. Den resterende del af H12 og H13's ejerkreds tilhører H18 og H19. De ejer med henholdsvis 2,9% og 0,6% kun en meget lille del af H12 og H13. Deres ejerkreds består udelukkende af gode investorer, der kvalificerer danske kommanditselskaber som skattemæssigt transparente, jf. SEL § 2 C, stk. 1, nr. 1.

Det bemærkes, at spørger tidligere har modtaget bindende svar i SKM2020.35.SR, som er analyseret i afsnit 3.4.1. Her modtog spørger et bekræftende svar på, at H8 ikke var omfattet af SEL § 2 C, og ønskede nu besvaret, hvorvidt de underliggende enheder, H12 og H13, heller ikke var omfattet af SEL § 2 C.

Spørger startede med at tage udgangspunkt i samme fortolkning af ordlyden i SEL § 2 C, som der var gjort i den tidligere sag SKM2020.35.SR. Heraf skulle bestemmelsen fortolkes således at der opstod to betingelser der skulle testes og opfyldes før enhederne, kunne omkvalificeres. Ved første betingelse skulle det testes, hvorvidt de dårlige investorer udgjorde tilknyttede personer til H12 og H13, eftersom de i bekræftende fald, ville smitte de gode investorer og medfører en sammenlægning af ejerandelene. Anden betingelse skulle så være at afklare, hvor store ejerandele, de dårlige investorer har opnået efter testen om tilknyttede personer. Ejerandelen skal som tidligere nævnt mindst være 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet, for at SEL § 2 C finder anvendelse.

Spørger var af den opfattelse, at ordlyden i SEL § 2 C ikke nødvendigvis førte videre til SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, og det derfor ikke ville være aktuelt i bedømmelsen af ejerandele, hvorvidt dårlige investorer agerede sammen med gode investorer. Det er på den baggrund, at spørger argumenterede for, at det var i strid med OECD's BEPS tiltag 2-rapport om hybride mismatch og skatteundgåelsesdirektivet, når der skal sammenlægges ejerandele mellem dårlige og gode investorer til vurdering af, om de samlet opfylder den anden betingelse om mindst 50% af kapital, stemmerettigheder eller retten til andel af overskuddet. Det ville ifølge spørger være i strid med det EU-retslige proportionalitetsprincip, at en meget lille andel af dårlige investorer kan smitte en hel ejerkreds af gode investorer, selvom de ikke har nogen kontrol og den mulige dobbelt ikke-beskatning vil være minimal, målt på enhedens samlede indkomst.

Skatterådet delte imidlertid ikke samme opfattelse som spørger. De var uenig i at H12 og H13 ikke var omfattet af SEL § 2 C. Det var med henvisning til ordlyden af SEL § 2 C og forarbejderne til lovforslaget,⁷³ at Skatterådet var af den opfattelse, at hensigten med bestemmelsen er at sammenlægningen af investorernes ejerandele, ikke blot gælder for første betingelse om tilknyttede personer, men at de sammenlagte ejerandele også skal indgå i bedømmelsen af den anden betingelse om 50% af kapital, stemmerettigheder og retten til overskud.

På baggrund af denne fortolkning anførte Skatterådet følgende:

”Uanset at investorer, der er hjemmehørende i lande, der anser K/S’et for et selvstændigt skattesubjekt, ejer under 50 procent af stemmerettighederne, kapitalen og retten til andel af overskuddet, kan kommanditselskabet blive omfattet af selskabsskattelovens § 2 C. Det vil være tilfældet hvis nogle af disse investorer anses for at agere sammen med andre, således at de sammenlagt anses for at eje mere end 50 procent af de samlede stemmerettigheder, kapitalen eller retten til andel af overskuddet. Det skyldes reglen i selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4 pkt. fortolket i overensstemmelse med forarbejderne til selskabsskattelovens, herunder eksemplerne og anbefalingerne i OECD’s BEPS-rapport ”Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2”. Heraf fremgår, at når personer, agerer sammen med andre personer, skal de berørte personer hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.”

Skatterådet bekræfter, at deres praksis om at sammenlægge ejerandele mellem gode og dårlige investorer, hvis det altså kan bevises at de agerer sammen. I det tilfælde vil det være hensigten at ejerandelen skal sammenlægges for både tilknyttede personer og til 50%-betingelsen. Skatterådet begrundede fortolkningen i reglen i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, som de mener SEL § 2 C

⁷³ FT 2018-2019, Tillæg A, L 28, som fremsat.

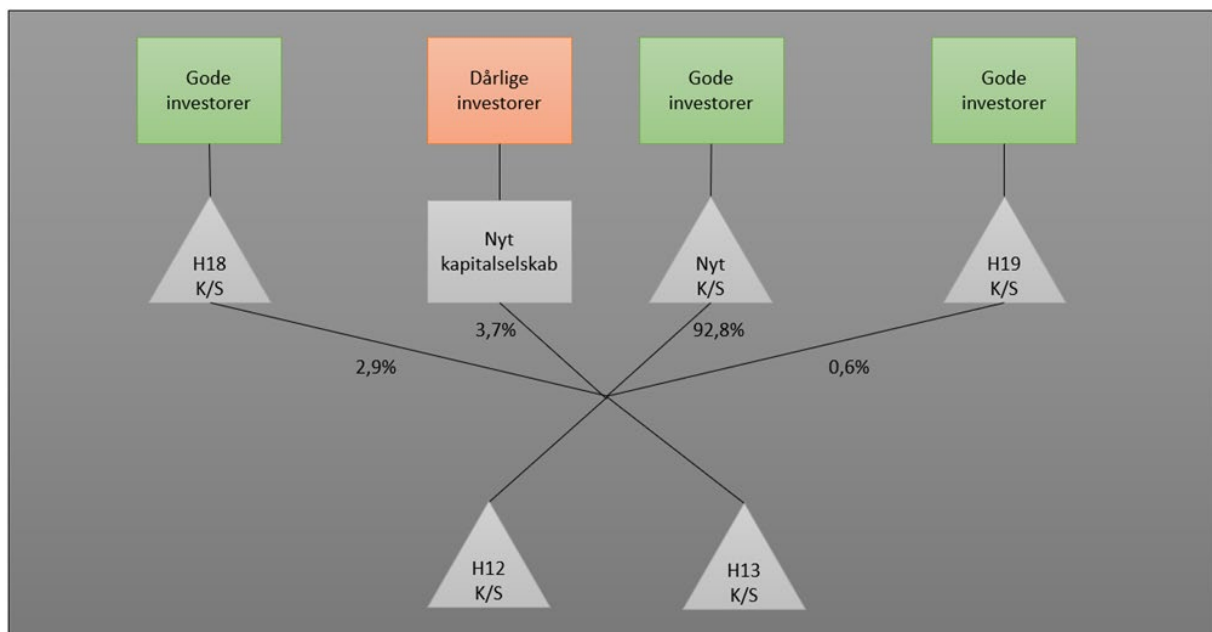
henviser til på ordlyden. Derudover afkræfter Skatterådet også, at denne praksis skulle være i uoverensstemmelse med de anbefalinger der ligger til grund for direktivet.

Til den konkrete sag anførte Skatterådet videre:

”I relation til H13 K/S og H12 K/S er 96,5% af ejerandelene i begge selskaber ejet af H8 K/S. Investorerne i H8 K/S vil i relation til H13 K/S og H12 K/S anses for at agere sammen (via H8 K/S), således at investorerne hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt. De ”dårlige” investorer, der er hjemmehørende i lande, der anser et K/S for et selvstændigt skattesubjekt, vil således ”smitte” de gode investorer. Herefter anses et K/S for 96,5% af ejerandelene i H13 K/S og H12 K/S for ejet af investorer, der er hjemmehørende i lande, der anser et dansk K/S for en selvstændig skattepligtig enhed.”

Skatterådet fandt at H8’s dårlige investorer agerede sammen med de gode investorer. Det vil på baggrund af den tidligere formålsfortolkning, medføre at ejerandelene skal sammenlægges, da investorerne er tilknyttede personer. Eftersom investorerne i H8 er indirekte investorer i både H12 og H13, så vil de dårlige investorer altså blive anset for at eje hele H8’s ejerandel på 96,5% af de underliggende H12 og H13. Som følge af ejerandelen, vil betingelsen om mindst 50% af kapitalen, stemmerettigheder og retten til andel af overskuddet også være opfyldt. Begge enheder vil derfor skulle omkvalificeres til selvstændige skattesubjekter, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Det må yderligere bemærkes, at Skatterådet igen henviser til deres eksempel i Figur 5 og som også danner grundlaget for den praksis der ligger i de andre bindende svar i dette afsnit.

Spørger havde stillet et opfølgende spørgsmål, såfremt Skatterådets svar til første spørgsmål var en omkvalificering. Spørgsmålet lød på om det igennem en ændring af ejerstrukturen var muligt at H12 og H13 ikke længere ville være omfattet af SEL § 2 C. Ændringen ville i hovedtræk bestå i at de gode investorer skulle investere i H12 og H13 igennem et kommanditselskab, mens de dårlige investorer skulle investere igennem et selvstændigt skattesubjekt, i stedet for at gøre det samlet igennem H8. Strukturen er illustreret i Figur 8:



Figur 8

Som evident i Figur 8, så ville spørger, i stedet for at investere igennem H8, investere igennem to AIV'er.⁷⁴ Ved at oprette to AIV'er ville det derfor være muligt at opsplitte de gode og dårlige investorer fra hinanden. De gode investorer vil som følge blive deltagere i et nyt kommanditselskab med hjemmehør i deres hjemmestat. De dårlige investorer, vil derimod blive kapital-ejere i et kapitalselskab. Selskabet vil derfor være et selvstændigt skattesubjekt, såfremt hjemlandets regler stemmer overens med de EU-retlige. Det vil herigennem være muligt for kapitalselskabet at kvalificere de underliggende enheder, H12 og H13, som skattemæssigt transparente.

Det var spørgers opfattelse at både SEL § 2 C, skatteundgåelsesdirektivet og OECD's BEPS tiltag 2-rapport havde til formål at hindre dobbelt ikke-beskatning fra indkomst, der er optjent i skattemæssigt transparente enheder. Spørger mente derfor ikke at H12 og H13 ville kunne være omfattet af SEL § 2 C i den nye ejerstruktur. Det ville i så fald betyde at 50%-betingelsen sidestilles, hvis der reelt set ikke kan opstå et scenarie for dobbelt ikke-beskatning.

Til spørgers fortolkning af SEL § 2 C, i henhold til skatteundgåelsesdirektivet og BEPS tiltag 2-rapporten anførte Skatterådet følgende:

"Artikel 9a i skatteundgåelsesdirektiv II har overskriften "Omvendte hybride mismatch". Bestemmelsen regulerer således hybride mismatch. Af artikelteksten fremgår det også direkte, at værnsreglen finder anvendelse hvis en eller flere tilknyttede ikkehjemmehørende enheder ejer andele i "en hybrid enhed." Af præambelens punkt 29 fremgår endvidere, at "reglerne om hybrid mismatch i artikel 9, stk. 1 og 2, finder kun anvendelse, i det omfang den situation, som involverer et skattesubjekt, giver anledning til mismatch." Det fremgår således klart at både skatteundgåelsesdirektivet og BEPS arbejde, at reglerne gælder for situationer, hvor der kan opstå et mismatch som følge af "hybride enheder." Uanset ordlyden af selskabsskattelovens § 2 C finder Skattestyrelsen, at bestemmelsen kun er tiltænkt at finde anvendelse i de tilfælde, hvor der er en hybrid enhed. Selskabsskatteloven § 2 C skal således fortolkes i lyset af BEPS-rapport action 2 "Neutralising the Effects of Hybrids Mismatch Arrangement" og skatteundgåelsesdirektivet."

Det var derfor Skatterådets opfattelse, at bestemmelsen i SEL § 2 C, skal fortolkes i sammenhæng med BEPS tiltag 2-rapporten og skatteundgåelsesdirektivet, selvom ordlyden er anderledes. Ordlyden i bestemmelsen for SEL § 2 C var i strid med direktivets regler om kun at gælde, hvor der er tale om hybride enheder, men skulle altså forstås i overensstemmelse med direktivets regler. Til det andet spørgsmål kunne Skatterådet besvare spørger bekræftende. Dårlige investorer der investerer igennem et overliggende selvstændigt skattesubjekt, vil ikke medføre at den underliggende transparente enhed omfattes af bestemmelsen i SEL § 2 C, eftersom der ikke er tale om et omvendt hybridt mismatch.

Til spørgsmålet anlagde Skatterådet følgende begrundelse:

"I tilfælde, hvor alle direkte ejere, herunder ejere, der ejer via skattetransparente enheder, anser et dansk K/S for en transparent enhed, skal bestemmelsen ikke finde anvendelse, idet der ikke opstår et mismatch vedrørende enheden. Efter omstruktureringen er alle investorer i H12 K/S og H13 K/S direkte hjemmehørende i lande, der anser et dansk kommanditselskab for en transparent enhed. H12 K/S og H13 K/S er således ikke hybride enheder – og der opstår ikke mismatch med forskellig kvalifikation af de danske K/S'er. Herefter kan Skattestyrelsen bekræfte, at H12 K/S og H13 K/S ophører med at være omfattet af selskabsskattelovens § 2 C, såfremt den påtænkte omstrukturering gennemføres."

⁷⁴ Alternative Investment Vehicle.

Sagen belyser derfor, hvor vigtig strukturen er for hele det koncernsetup der kan medføre hybride mismatch. Før omstruktureringen, medførte ejerstrukturen at H12 og H13 skulle omkvalificeres til et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 2 C. De gode og dårlige investorer investerede i samme overliggende transparente enhed, og derigennem fik sammenlagt deres ejerandele, hvilket var tilstrækkeligt til at omkvalificere. Spørgers opfølgende spørgsmål om en omstrukturering af ejerstrukturen, medførte at samme grundlæggende setup kunne undgå en omkvalificering af underliggende transparente enheder, hvis de adskilte de gode og dårlige investorer og placerede de dårlige investorer i et selvstændigt skattesubjekt. Derved ville der ikke være tale om et hybridt mismatch, da H12 og H13 ikke længere er hybride enheder.

3.5. Retsstillingen for SEL § 2 C

De forskellige sager indeholder alle et mindretal af dårlige investorer, og har derigennem nuanceret hvorvidt man alligevel kan være omfattet af SEL § 2 C. Det fremgår af SEL § 2 C, at enheden skal omkvalificeres hvis dårlige investorer er *"tilknyttede personer, jf. § 8 C, stk. 1, nr. 17, som sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet"*. Det fremgår dog ikke direkte af bestemmelsen i SEL § 2 C, eller for den sags skyld af skatteundgåelsesdirektivet, hvorvidt der er tale om to separate betingelser der skal testes og hvilken tilknytning de i så fald har til hinanden, når dårlige investorer er tilknyttede personer og der derefter skal vurderes om 50%-betingelsen er opfyldt.

Det kan særligt udledes af afgørelserne i SKM2021.216.SR og SKM2021.218.SR, at Skatterådets fortolkning af SEL § 2 C, indebærer at bestemmelsen skal forstås som toledet. Det skal derfor først vurderes om investorerne udgør tilknyttede personer til enheden efter SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17. Det skal herefter i andet led vurderes, hvorvidt der er dårlige investorer blandt de tilknyttede personer og om de sammenlagt ejer direkte eller indirekte 50% af kapitalen, stemmerettighederne eller retten til andel af overskuddet.

Det fremgår af praksis, at det særligt er forbindelseskravet der giver besvær, når reglen skal anvendes. Det står relativt klart, at den første betingelse om tilknyttede parter til den hybride enhed, i høj grad afhænger af fortolkningen af *"agerer sammen"*, som bestemmelsen i SEL § 2 C, henviser videre til SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17. Såfremt investorer agerer sammen, så bindes de sammen som tilknyttede personer og skal efter praksis i alle afgørelserne have deres andele sammenlagt. De sammenlagte ejerandele benyttes herefter i vurderingen af om anden betingelse med mindst 50% kapital, stemmerettigheder eller retten til andel af overskuddet, er opfyldt og derigennem skal foretages en omkvalifikation af enheden. Det forekommer naturligt at bestemmelsen skal fortolkes til at være toledet, da første betingelse om tilknyttede personer, vil være fuldstændig ligegyldig for reglen, hvis ikke det medførte, at de tilknyttede personer får sammenlagt deres ejerandele i vurderingen af 50%-betingelsen. I tilfælde af, at ejerandele ikke blev slået sammen for tilknyttede personer, ville 50%-betingelsen kunne stå alene i vurderingen af om enheden skal omkvalificeres.

Som det fremgår af den administrative praksis, så har tvivlen i forbindelse med hvornår investorer anses at *"agere sammen"* og derved indgå som tilknyttede personer til den hybride enhed. Der opstår næppe meget tvivl i tilfælde, hvor de dårlige investorer investerer direkte i enheden. Derimod er det i højere grad behandlet, når der foretages indirekte investeringer igennem overliggende enheder. Her har Skatterådet stået fast i deres fortolkning om, at de forskellige investorer, der netop foretager en indirekte investering i den hybride enhed, gennem et overliggende kommanditselskab, altid skal anses for at agere sammen. Denne fortolkning er illustreret i Figur 5 og er lagt til grund i alle afgørelserne. Det er altså fuldstændig uden betydning, hvorvidt de dårlige investorer reelt set overhovedet deltager eller har kompetence til at træffe ledelsesbeslutninger i det overliggende kommanditselskab. Skatterådets fortolkning kan derfor medføre

flere tilfælde, hvor en væsentlig minoritet af investorerne er dårlige, men stadig vil medføre en omkvalifikation til et selvstændigt skattesubjekt. Denne vidtrækkende fortolkning af hvornår investorerne ”agerer sammen”, betyder at det blot kræver en enkelt dårlig investor, for at smitte resten af deltagerkredsen i enheden. Fortolkningen er yderligere belyst i SKM2021.216.SR, hvor samme Investment Manager i to kommanditselskaber, betød at de skulle anses til at agere sammen, fordi de var underlagt den samme daglige ledelse.

Skatterådets praksis og fortolkning af begrebet ”agere sammen” er også i høj grad blevet kritiseret af flere forfattere, om at være for vidtrækkende og ikke i overensstemmelse med BEPS tiltag 2-rapportens anbefalinger og skatteundgåelsesdirektivet.⁷⁵ Afgørelserne i SKM2021.216.SR og SKM2021.218.SR er som følge også blevet anket til Landsskatteretten. Ud fra den vidtrækkende karakter og manglen på stillingtagen til de konkrete forhold i enhederne, så er det sandsynligt at praksis skal testes hos domstolene, da der på nuværende tidspunkt, er stor uenighed om Skatterådets praksis. Eftersom det er nye regler, der for nyligt er blevet implementeret, så er de endnu ikke testet ved domstolene, hverken i Danmark eller ved EU-Domstolen. Det må dog antages, at begrebet ”agerer sammen”, formentlig først vil være endeligt afklaret, når EU-Domstolen aflægger deres fortolkning af hvornår begrebet skal tilknytte de forskellige investorer til enheden.

Det bemærkes endvidere i afgørelsen af SKM2021.218.SR, at en relativt simpel omstrukturering af ejerstrukturen medførte, at de dårlige investorer ikke længere resulterede i at SEL § 2 C fandt anvendelse. Det fremgår af Skatterådets afgørelse, at eftersom de dårlige investorer ikke længere investerer gennem en transparent enhed, men derimod gennem et selvstændigt skattesubjekt, så kan SEL § 2 C, pr. definition ikke finde anvendelse, da der ikke opstår et hybridt mismatch. Selvom det formentlig ikke havde indflydelse på udfaldet af den konkrete afgørelse, at den indirekte investering ikke talte med, så åbner det alligevel muligheden for at undgå at blive omfattet af SEL § 2 C og skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a.

Af OECD’s anbefaling 11.3 – Acting together, punkt 361 fremgår det:

”A person that holds voting rights or equity interest in another person will be treated as holding a proportionate amount of the voting rights or equity interests held by that person.”

Spørgsmålet er om det i virkeligheden er i overensstemmelse med reglerne, at indirekte investering gennem et selvstændigt skattesubjekt ikke er omfattet. I så fald vil reglen om at indirekte investeringer også tælles med i ejerandelene kunne blive overflødig, da den i så fald nemt kan omgås, ved at ”slette” de dårlige investorers andele fra sammenlægningen af tilknyttede persons andele, da de ikke længere indgår som tilknyttede personer. Det fremgår ikke af anbefaling 11.3 fra OECD’s BEPS tiltag 2-rapport om indirekte investering, at det kun omhandler tilfælde, hvor den overliggende enhed er skattemæssigt transparent, ligesom det også fremgår af ordlyden til SEL § 2 C, at alt indirekte ejerskab skal tælle med. Det vil være afgørende for effektiviteten af direktivets regler og for hvordan ejerandele i fremtiden struktureres, hvordan praksis fremadrettet udformes af EU-Domstolen.

4. Konsekvenser ved omkvalificering efter SEL § 2 C

Følgende afsnit vil indeholde en gennemgang og analyse af de forskellige skatteretlige og regnskabsøkonomiske konsekvenser som en omkvalificering efter SEL § 2 C vil medbringe. I afsnit 4.1. vil de skatteretlige konsekvenser blive statueret, med fokus på muligheden for dobbeltbeskatning, opgørelsen af aktiver og passiver, beskatning af ejerandele og udbytte, samt enhedens

⁷⁵ Nicklas Ullum, Omkvalificering af transparente enheder efter selskabsskattelovens § 2 C, 2022, og Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020, s. 358, samt Michael Nørremark, Selskabsskattelovens § 2 C - den Omvendte Hybridregel, 2020.

ophør med at være omfattet af SEL § 2 C. Afsnit 4.2. beskriver de generelle regnskabsmæssige forhold ved et aktiv, og hvordan en investeringsenhed skal klassificeres som et aktiv i investorerens regnskab. Derudover vil det diskuteres hvilke konsekvenser en omkvalifikation vil have for aktivets værdi hos investorerne.

4.1. Skattemæssige konsekvenser

Såfremt betingelserne i SEL § 2 C, stk. 1, er opfyldt, så foretages der en omkvalifikation. Omkvalifikationen betyder at enheden er fuld skattepligtig til Danmark, da den fremadrettet skal behandles som et selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Den fulde skattepligt gælder også indkomsten i enheder, der før omkvalifikationen, var underlagt begrænset skattepligt. Skattepligten vil i det tilfælde påvirke enheden fremadrettet, frem for enhedens deltagere.⁷⁶ Omkvalificeringen medfører en række skattemæssige konsekvenser for enheden og dens deltagere ved opgørelsen af enhedens aktiver og passiver, deltagernes ejerandele, udbytteudlodning, samt enhedens evt. ophør med at være omfattet af SEL § 2 C, stk. 1.

4.1.1. Mulighed for dobbeltbeskatning

Det bemærkes, at der i SEL § 2 C, ikke fremgår andet end at enheden fremadrettet bliver underlagt fuld skattepligt i Danmark. Der kan derfor opstå en mulighed for at enheden bliver ramt af en økonomisk dobbeltbeskatning af deres indkomst. I en situation, hvor en enhed er omkvalificeret på baggrund af en majoritetssejer i en stat der kvalificerer enheden som et selvstændigt skattesubjekt, kan der også være andre medejere i andre stater, der kvalificerer enheden som skattemæssigt transparent. Såfremt majoritetssejeren opfylder betingelserne i SEL § 2 C, så omkvalificeres enheden til et selvstændigt skattesubjekt i Danmark, men vil fortsat blive kvalificeret som skattemæssigt transparent i de andre stater. Den danske enhed vil i det interne forhold med de andre stater betegnes som en traditionel hybrid enhed.

Det fremgår imidlertid af skatteundgåelsesdirektivets art. 9 a, at der i direktivet er indsat en sådan bestemmelse, der værner mod dobbeltbeskatning. Af bestemmelsen må der kun beskattes i det omfang der ikke beskattes på anden vis i begge stater, hvilket principielt ville betyde at Danmark ikke kunne beskatte den omkvalificerede enheds indkomst, hvis deltagerne allerede bliver beskattet. Eftersom skatteundgåelsesdirektivet er et minimumsdirektiv, så står det i princippet Danmark frit for at implementere en strengere bestemmelse i SEL § 2 C, end der er angivet i skatteundgåelsesdirektivet, så længe det er foreneligt med de frie bevægeligheder indenfor EU-retten.⁷⁷

4.1.1. Opgørelse af aktiver og passiver

I forbindelse med omkvalificering af enheden, så succederes deltagernes anskaffelsessummer, anskaffelsestidspunkter og afskrivninger over til enheden, jf. SEL § 2 C, stk. 5, 1. pkt. Som følge vil aktiverne og passiverne opgøres i enhedens skattepligtige indkomst, til den anskaffelsessum deltagerne har erhvervet dem til og det tidspunkt deltagerne har erhvervet dem. Grunden til aktiverne og passiverne skal succederes, er at de som udgangspunkt ikke anses for at være afstået på omkvalificeringstidspunktet, jf. SEL § 2 C, stk. 4, 1. pkt. Såfremt de ikke fremadrettet er omfattet af dansk beskatning, så vil de i stedet anses for afstået til handelsværdien på tidspunktet for omkvalificering, jf. SEL § 2 C, stk. 4, 2. pkt.

Der fastsættes ingen anskaffelsessum for goodwill og immaterielle rettigheder der omfattes af AL § 40. Dette gælder kun, såfremt de er oparbejdet af en eller flere deltagere i enheden, jf. SEL § 2 C, stk. 5, 2. pkt.

⁷⁶ Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020, s. 373.

⁷⁷ Se afsnit 5. for nærmere om SEL § 2 C's forenelighed med etableringsfriheden

Den fortjeneste der er opnået i forhold til anskaffelsessummen, kan højst medregnes med et beløb, der svarer til forskellen mellem salgssummen og handelsværdien på tidspunktet for inddragelse under dansk beskatning, jf. SEL § 2 C, stk. 5, 3. pkt.

Er der af deltagerne foretaget skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger i enheden, så skal disse anses at være foretaget af selskabet selv, jf. SEL § 2 C, stk. 5, 4. pkt. For tilsvarende afskrivningsberettigede aktiver finder SEL § 4 A, stk. 2 og 3, fortsat anvendelse, hvis de ikke allerede er underlagt dansk beskatning, jf. SEL § 2 C, stk. 5, 5. pkt.

Uanset reglen om succedering i SEL § 2 C, stk. 5, 1. pkt., så vil fordringer og gæld som udgangspunkt anses for at være erhvervet på tidspunktet for omkvalificering, og skal opgøres til kursværdien. Det gælder imidlertid dog kun i tilfælde, hvor deltagerne er fysiske personer, der ikke er underlagt dansk skattepligt ved tidspunktet for omkvalificering, jf. SEL § 2 C, stk. 5, 6. pkt.

Fortjeneste og tab ved næringsaktiver, værdipapirer og udbytter skal i forbindelse med omkvalificeringen antages som foretaget eller modtaget af enheden, og skal som følge medregnes i indkomsten, jf. SEL § 2 C, stk. 5, 7., 9. og 10. pkt. Værdipapirer medregnes kun ved anvendelse af lagerprincippet, da det kan medføre urealiseret fortjeneste eller tab.

4.1.2. Beskatning af ejerandele og udbytte fra enheden

Det fremgår af SEL § 2 C, stk. 6, at aktieavancebeskatningsloven finder anvendelse, når der bliver afstået ejerandele i en omkvalificeret enhed. Derfor skal gevinst og tab medregnes i den skattepligtige indkomst iht. reglerne i aktieavancebeskatningsloven. Ved en omkvalificeret enhed vil anskaffelsestidspunktet for erhvervelse af ejerandele være på omkvalificeringstidspunktet, ligesom det beløbsmæssigt skal anses for erhvervet til den skattemæssige værdi, af deltagerens andel af aktiver og passiver, jf. SEL § 2 C, stk. 6, 2. pkt.

Hvis der sker udlodninger til deltagerne i en omkvalificeret enhed, så skal dette beskattes som udbytteudlodninger, jf. SEL § 2 C, stk. 7. Hertil gælder de almindelige regler for udbytte, hvor betalinger til ejerkredsen, der ikke modsvares af en modydelse, skal behandles som udbytte og beskattes efter udbyttereglerne.

4.1.3. Enhedens ophør

Opfylder enheden ikke længere betingelserne i SEL § 2 C, så ophører enheden også med at være omfattet af bestemmelsen. I dette tilfælde, vil det skulle anses som likvidation af selskabet som selvstændigt skattesubjekt, jf. SEL § 2 C, stk. 8. De aktiver og passiver der ligger i enheden på tidspunktet for ophør, vil anses som solgt til handelsværdien på dette tidspunkt. Herefter vil investorerne blot anses for at eje aktiverne i den transparente enhed. Det fremgår af SEL § 2 C, stk. 8, 2. pkt., at LL § 16 A, stk. 3., finder anvendelse, hvorfor investorerens afståelse af kapitalandele skal anses som afstået til handelsværdi og beskattes som aktieavance.

4.2. Regnskabsmæssige konsekvenser

Som behandlet i afsnit 4.1. vil en omkvalifikation af en transparent enhed til et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 2 C, medføre at indkomstopgørelsen i Danmark ændres for enheden samt dens deltagere. I stedet for de enkelte deltagere i deres hjemstater, er det som udgangspunkt nu enheden i Danmark der beskattes af indkomsten.

Der bliver overordnet anvendt to forskellige regnskabsmodeller til at belyse det eksterne regnskab. Heraf den præstationsorienterede- og den formueorienterede regnskabsteori, hvis anvendelse vil have en betydning for værdiansættelse af aktiverne i enheden.⁷⁸ regnskabsteoriene

⁷⁸ Jens O. Elling, Finansiell Rapportering – teori og regulering, 2019, s. 42-43.

skal ses som to ekstremer inden for opfattelsen af fundamentet som den gældende regnskabspraksis bygger på. Udviklingen af den danske regnskabslovgivning har i højere grad udviklet sig til at være tilpasset den formueorienterede teori, hvorefter de danske regnskabsstandarder i højere grad følger de internationale standarder benævnt i IFRS.⁷⁹

Afsnittet vil tage udgangspunkt i den beskrevne ejerstruktur ved SKM.2020.35.SR i Figur 4, afsnit 3.4.1, men vil ikke tage hensyn til sagens afgørelse eller yderligere omstændigheder.

Den følgende gennemgang vil klassificere aktivtypen og dets værdi ud fra et formueorienteret regnskabsperspektiv. Fordelene ved den sammenkoblede ejerstruktur og den skattemæssigt transparente enheds aktiviteter i SKM.2020.35.SR, baseres på, at netop denne regnskabsmodel forsøger at give regnskabsbrugeren, i form af mulige investorer, et indblik i virksomhedens eksterne årsregnskab som en forudsigelse af fremtiden, hvorimod den præstationsorienterede ikke på samme måde opererer med fremtiden, men hvis balanceposter er såkaldte parkeringer af historiske data.⁸⁰

Grundtanken i den formueorienterede regnskabsteori er, at selskabet fungerer som et væksthuis for aktiver, hvoraf periodens overskud måles i balancen på grundlag af; nettoaktiver/egenkapital (ultimo) - nettoaktiver/egenkapital (primo) = overskud. Selve værdiestimeringen af aktivet der indgår i regnskabet, vil blive behandlet yderligere efter den regnskabsmæssige klassificering af førnævnte aktiv ved nedenstående gennemgang.⁸¹

4.2.1. Balancen

Balancen bruges til at belyse selskabets økonomiske situation, hvor den opgør aktiverne og passiverne, for at skabe et overblik over de værdier der ligger i selskab og hvordan de er finansieret, jf. årsregnskabsloven § 25.⁸² Balancen justeres ikke løbende, men vil typisk opgøres på et bestemt tidspunkt. Dette vil som udgangspunkt være på årsafslutningsdagen. Balancen skal indgå i selskabets årsregnskab sammen med resultatopgørelsen.

Selskabets passiver er den gæld der er opstået i selskabet, i forbindelse med finansieringen af aktiverne og øvrig indsamlet kapital. Passiverne deles op i egenkapital og forpligtelser. Egenkapital viser den kapital som ejerne har investeret fra start i virksomheden. Et evt. overført overskud der beholdes i virksomheden, vil også skulle indgå under egenkapital. Definitionen af forpligtelser fremgår af ÅRL's bilag 1 C, nr. 7, hvor forpligtelser er *"eksisterende pligter for virksomheden opstået som resultat af tidligere begivenheder, og hvis indfrielse forventes at medføre afståelse af fremtidige økonomiske fordele"*. Forpligtelser opgøres i hensatte forpligtelser og gældsforpligtelser. Hensatte forpligtelser, er hvor der er usikkerhed forbundet med forpligtelsen, i forbindelse med afviklingstidspunkt eller størrelse. Gældsforpligtelser opdeles i korte og lange, hvor gældsforpligtelsen vil være lang, såfremt den strækker sig udover ét regnskabsår, og omvendt for de korte gældsforpligtelser. Disse vil ikke blive behandlet yderligere i afsnittet.⁸³

Et aktiv er af ÅRL's bilag 1 C, nr. 1, defineret som *"ressourcer, som er under virksomhedens kontrol som et resultat af tidligere begivenheder, og hvorfra fremtidige økonomiske fordele forventes at tilflyde virksomheden"*. Aktiver vil derfor være værdien af alle de ejendele som er ejet af virksomheden og som virksomheden vil kunne omsætte til penge. Typiske eksempler på aktiver kan være driftsmidler, biler, fast ejendom, tilgodehavender, varelager, goodwill og

⁷⁹ Ibid. s. 203-204.

⁸⁰ Ibid. s. 208-210.

⁸¹ Ibid. s. 205-206.

⁸² Herefter ÅRL.

⁸³ Se afgrænsning i afsnit 1.3.2.

værdipapirer. Aktiver deles i balancen op i anlægsaktiver og omsætningsaktiver. Anlægsaktiver er aktiver der strækker længere end ét regnskabsår og skal opgøres til enten materielle, immaterielle eller finansielle anlægsaktiver. Omsætningsaktiver er aktiver der udsættes for en løbende ændring i værdi på kort sigt. De opdeles til varebeholdning, likvide midler, værdipapirer og tilgodehavender.⁸⁴

I en relativt simpel ejerstruktur som illustreret i Figur 4, hvor der fra investorer investeres i et kommanditselskab, som er en omvendt hybrid enhed, skal de ejede andele i enheden også opgøres som et aktiv for investorerne. En investering i en sådan enhed vil skulle klassificeres som et anlægsaktiv og ikke et omsætningsaktiv. Grunden til dette er den brugstid der vil være for aktivet. En investering i en sådan enhed, som beskrevet i Figur 4, vil alt andet lige, være med henblik på at holde på aktivet i en flerårig periode og vil derfor karakteriseres som et anlægsaktiv. Når et aktiv betegnes som et anlægsaktiv, så skal det vurderes, hvorvidt aktivet skal medregnes som et materielt aktiv, immaterielt aktiv eller et finansielt aktiv. For bedre at kunne klassificere enheden som aktiv, vil der i følgende afsnit blive beskrevet de forskellige anlægsaktivtyper.

4.2.1.1 Anlægsaktiver

4.2.1.1.1. Materielle aktiver

Materielle aktiver er det mest almindelige og mindst besværlige aktiv at opgøre, da den omhandler de fysiske og håndgribelige aktiver der er i enheden. Materielle aktiver defineres af IAS 16.6. som aktiver der både:

- *Bruges af virksomhedens i produktionen eller distributionen af varer og tjenesteydelser. Det gælder også selvom aktivet bruges til udlejningsformål eller administrative formål.*
- *Aktivet forventes at blive brugt i mere end en enkelt årsregnskabsperiode.*

Materielle anlægsaktiver opgøres som grunde og bygninger, produktionsanlæg og maskiner, andre anlæg, driftsmateriel og inventar, samt materielle anlægsaktiver under udførelse og forudbetalinger for materielle anlægsaktiver.⁸⁵ I praksis vil dette for de fleste virksomheder udgøre biler, maskiner, inventar, fast ejendom osv.

Ud fra disse forudsætninger er der ikke tilstrækkeligt grundlag til at fastsætte at en investering i en enhed som i Figur 4, vil skulle kvalificeres som et materielt aktiv. Investeringen vil, alt andet lige, være over en flerårig regnskabsperiode, men vil derimod ikke bruges af virksomheden til produktion eller distribution af varer og tjenesteydelser. I strukturer med en omvendt hybrid enhed, hvor der investeres i et kommanditselskab, vil der som udgangspunkt ikke være tale om produktionsselskaber eller lignende, men derimod en samling af investorer der foretager en porteføljeinvestering i enheden, som eksempelvis kunne være et ejendomsprojekt. Andelen i kommanditselskabet vil derfor ikke skulle klassificeres som et materielt aktiv.

4.2.1.1.2. Immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver er, modsat materielle aktiver, ikke de fysiske aktiver i selskabet, men de uhåndgribelige aktiver, der har værdi for selskabet og er under deres kontrol. Ligesom for materielle aktiver, skal det kunne anvendes til fremstilling eller distribution af varer og tjenesteydelser, udlejning eller administrative formål, men aktivet skal derimod være identificerbart, ikke-monetært og uden fysisk substans.⁸⁶ Ifølge ÅRL skal immaterielle aktiver opgøres i:

⁸⁴ Jens O. Elling, Finansiell Rapportering – teori og regulering, 2019, s. 248

⁸⁵ ÅRL bilag 2, anlægsaktiver, materielle aktiver.

⁸⁶ IAS 38.

- *Færdiggjorte udviklingsprojekter, herunder koncessioner, patenter, varemærker og lignende.*
- *Erhvervede patenter, licenser, varemærker samt lignende rettigheder.*
- *Goodwill.*
- *Udviklingsprojekter under udførelse og forudbetalinger for immaterielle anlægsaktiver.*⁸⁷

Immaterielle aktiver medregnes på balancen det øjeblik det skaber værdi for virksomheden. Hertil opgøres værdien af det immaterielle aktiv til kostprisen, inklusive de omkostninger der kan henføres til investeringen i aktivet.

Hvad angår immaterielle aktiver, så vil det bestemt være muligt at eje en enhed, hvori der består immaterielle rettigheder, der kan tilskrives en væsentlig værdi.⁸⁸ I vores situation, hvor vi håndterer en porteføljeinvestering igennem et kommanditselskab, vil det typisk ikke være gennem immaterielle aktiver, selvom dette er muligt. Immaterielle rettigheder giver eneretten til at udnytte en opfindelse eller et værk. Andre vil derfor som udgangspunkt ikke have mulighed for at kopiere det, hvorfor det også vil tillægge aktivet værdi. Disse rettigheder er vitale, når virksomheden skal ses som en investeringscase, men dette vil ofte blive gjort med henblik på at tilkoble virksomheden og udnytte rettigheden til at producere eller distribuere varer og tjenesteydelser, frem for at investere i en enhed, der samler en portefølje af investeringer.

4.2.1.1.3. Finansielle aktiver

Finansielle aktiver kan ud fra ÅRL bilag 1, C, nr. 6 betegnes som enten:

- *Likvider,*
- *Aftalt ret til at modtage likvider eller andre finansielle aktiver fra tredjemand,*
- *Aftalt ret til at udveksle finansielle aktiver eller forpligtelser med tredjemand på vilkår, der kan være gunstige, eller*
- *Ret over egenkapital i en anden virksomhed.*

Finansielle aktiver kan derfor i henhold til ovenstående, defineres som selskabets pengemæssige aktiviteter, som typisk er opstået i forbindelse med at der er foretaget investeringer. Eksempler på finansielle aktiver er bl.a. kapitalandele eller tilgodehavender i tilknyttede virksomheder, kapitalinteresser eller tilgodehavender ved kapitalinteresser, tilgodehavender hos virksomhedsdeltagere og ledelse, samt andre værdipapirer, kapitalandele eller tilgodehavender.⁸⁹

Indenfor dette område vil kapitalandele i de tilknyttede og associerede virksomheder være det mest nærliggende, da der er tale om en ejerstruktur som beskrevet i Figur 4, hvor investorer ejer kapitalandele af enheden. Forskellen på datterselskaber og associerede selskaber er i denne sammenhæng at datterselskaber medfører en ejerandel af stemmerettighederne på mindst 50%, hvorfor investorerne har bestemmende indflydelse, som de vil udnytte til at skabe et økonomisk afkast på.⁹⁰ Associerede virksomheder vil derimod typisk være hvor ejerandelen af stemmerettighederne ligger et sted mellem 20-50%, hvorfor investorerne ikke har bestemmende indflydelse, selvom de med den ejerandel stadig har en betydelig indflydelse.⁹¹

Det vil være nærliggende at klassificere enheden som et finansielt aktiv. Investering i finansielle aktiver, foretages ofte når der er tale om beholdninger til holdingselskaber. Modsat, så er

⁸⁷ ÅRL bilag 2, anlægsaktiver, immaterielle aktiver.

⁸⁸ Se SKM2008.446.SR.

⁸⁹ ÅRL bilag 2, anlægsaktiver, finansielle aktiver.

⁹⁰ IAS 27.

⁹¹ Jens O. Elling, Finansiell Rapportering - teori og regulering, 2019, s. 276.

det ikke lige så anvendt for operationelle selskaber der fremstiller eller distribuerer varer og tjenesteydelser, som ved materielle og immaterielle aktiver.⁹² Som vi har taget udgangspunkt i denne analyse, så er det en situation, hvor der bliver foretaget porteføljeinvesteringer, hvor målet er at holde ejerandele i investeringsenheder. Enheden skal derfor indgå i aktivsiden på balancen, som et finansielt anlægsaktiv.

4.2.2. Værdien af det finansielle aktiv

Der findes forskellige krav til at måle værdien af et finansielt aktiv. Kravene er forskellige alt efter om det er kapitalandele eller andre finansielle instrumenter. Denne besvarelse vil tage udgangspunkt i kapitalandele, da det er eksemplet der er opstillet i denne analyse. Der er som udgangspunkt tre metoder der anvendes til at opgøre værdien af kapitalandele. Kostprismetoden, dagsværdimetoden og den indre værdis metode.

4.2.2.1. Kostprismetoden

Kapitalandele skal som hovedregel indregnes i årsregnskabet efter kostprismetoden, for selskaber i virksomhedsklasse B, C og D. Det er op til virksomheden selv om denne metode vælges, men det er et krav at det medfører at regnskabet efterfølgende er retvisende for den økonomiske stilling i virksomheden. Kostprismetoden er nem at anvende, da den ikke kræver nogen løbende ændring af aktivets værdi. Hertil er der dog en pligt til at nedskrive til en lavere genindvindingsværdi.⁹³ Denne nedskrivningspligt kan opstå i forbindelse med dattervirksomheden eller den associerede virksomhed har ændrede regnskabsmæssige forudsætninger, der medfører en værdiforringelse, som eksempelvis et realiseret eller potentielt underskud i enheden. Nedskrives enhedens værdi, så skal den foretaget nedskrivning annulleres, hvis forudsætninger der lagde til grund for nedskrivningen, ikke længere finder sted.

Udbytter der udbetales fra en kostprisberegnet kapitalandel, skal indregnes i resultatopgørelsen for den overliggende enheds regnskab. Derfor vil udbytte der udloddes på baggrund af et årsregnskab, først medregnes i næste års regnskab. Udbyttet vil som udgangspunkt indgå under posten for finansielle indtægter i den overliggende enheds resultatopgørelse.⁹⁴

4.2.2.2. Dagsværdimetoden

Når der skal opgøres værdien af kapitalandele i dattervirksomheder eller associerede virksomheder, så er der to måder de kan indregnes på, når de opgøres til dagsværdi. De forskellige værdireguleringer der kommer, kan enten indregnes som dagsværdi over egenkapitalen, hvor værdireguleringen bliver bundet til en særskilt reserve under egenkapitalen, eller så kan det indregnes i resultatopgørelsen. Med henblik på det anvendte eksempel i Figur 4 og relevansen for afhandlingen, så vil det kun være relevant at behandle, når den måles over egenkapitalen.

Det fremgår af ÅRL bilag 1 D, nr. 2, at dagsværdien er det beløb, hvormed et aktiv kan udveksles eller en forpligtelse kan udlignes ved transaktioner mellem af hinanden uafhængige parter. Det vil medføre, at ejerne af kapitalandele, hele tiden skal kunne identificere og værdiansætte de aktiver og forpligtelser, der ligger i den enhed de har investeret i. Eftersom dette skal opgøres til dagsværdi, så kræver det flere ressourcer end ved eksempelvis kostprismetoden, særligt hvis der er tale om en unoteret enhed. Her skal der nås frem til en salgsværdi, om enten dette er værdien på et fungerende marked eller om det gøres ud fra en værdiansættelsesmetode, jf. ÅRL § 37, stk. 1, nr. 2-5. pkt.

⁹² Ibid.

⁹³ Jens O. Elling, Finansiell Rapportering - teori og regulering, 2019, s. 277.

⁹⁴ Ibid.

Første indregning foretages til kostprisen og vil herefter blive reguleret, så det stemmer overens med kapitalandelens dagsværdi. Såfremt dagsværdien fremadrettet måles til højere end kostprisen, så vil værdireguleringerne skulle indregnes på egenkapitalen. Selvom hovedreglen i ÅRL § 41, foreskriver, at dagsværdien skal indregnes på egenkapitalen, så vil værdireguleringerne iht. dagsværdien skulle indregnes i resultatopgørelsen, hvis dagsværdien er lavere end kostprisen. Den særskilte reserve på egenkapitalen kan derfor ikke blive negativ, og vil altid svare til det beløb som dagsværdien har oversteget kostprisen med.

4.2.2.3. Indre værdis metode

Selvom kostprismetoden skal anvendes som hovedregel, så kan indre værdis metoden vælges som et alternativ til at måle kapitalandelene. Helt grundlæggende, så svarer den indre værdi til aktiebesiddelsens andel af værdien af virksomhedens bogførte kapital.⁹⁵ Det vil sige, at det overliggende selskab til datterselskabet eller det associerede selskab, skal medregne enhedens resultat i resultatopgørelsen, svarende til deres ejerandel. Dette har medført at metoden formentlig er den mest anvendte i praksis, fordi den fører til det mest retvisende resultat, selvom den er mere besværlig at opføre.⁹⁶ Kostprisen for investeringen er udgangspunktet for metoden, hvor evt. goodwill vil være en del af kapitalandelens regnskabsmæssige værdi.⁹⁷

Når man først skal indregne efter metoden, så vil goodwill skulle indregnes som forskellen mellem købsprisen og den regnskabsmæssige indre værdi. Dette gælder naturligvis kun, såfremt købsprisen er højere end den bogførte indre værdi, men dette vil ofte være tilfældet.⁹⁸ Herefter måles kapitalandelens værdi løbende ud fra den overliggende enheds ejerandel af kommanditselskabet og den regnskabsmæssige værdi.⁹⁹

Eventuelle værdireguleringer, vil ikke kunne udbetales som udbytte til den overliggende enhed, da det skal låses på en særlig reserve under egenkapitalen. Dette er for at sikre, at investorer i den overliggende enhed, ikke kan realisere urealiserede indtægter fra deres kapitalandele.¹⁰⁰ Årets resultat og egenkapital skal gerne forblive identiske for koncernregnskabet og den overliggende enheds regnskab, når der anvendes den indre værdi metode.

4.2.3. Justering af aktivets værdi

I en situation, hvor reglerne i SEL § 2 C, finder anvendelse, vil der kunne opstå en situation, hvor det påvirker den reelle værdi af det finansielle aktiv. Dette er på baggrund af selskabsformen skattemæssigt ændrer sig fra en transparent enhed, til et selvstændigt skattesubjekt. Derfor kan det blive nødvendigt at foretage en nedskrivningstest, for at gøre et evt. tab op i aktivet. Generelt laves en nedskrivningstest på balancedagen, eller på et tidspunkt hvor en faktor taler for det. Her kan en række interne og eksterne indikatorer tages i betragtning, når det skal vurderes om der er sket en værdiforringelse. Ved nedskrivningsbehov, benyttes IAS 36, som fortolkningsbidrag til årsregnskabsloven. IAS 36 har oplistet eksempler på både interne og eksterne faktorer:

Interne faktorer:

- *Forældelse eller beskadigelse af aktivet.*
- *Betydelige ændringer i aktivets anvendelse eller forventede anvendelse, som har en negativ effekt på virksomheden.*

⁹⁵ Ibid. s. 278.

⁹⁶ Torben Johansen, "Fordeling af købspris for kapitalandele efter indre værdi metode".

⁹⁷ IAS 28.

⁹⁸ Torben Johansen, "Fordeling af købspris for kapitalandele efter indre værdi metode".

⁹⁹ Jens O. Elling, Finansiell Rapportering - teori og regulering, 2019, s. 278.

¹⁰⁰ Ibid.

- *Den interne rapportering indikerer, at aktivets økonomiske performance vil være ringere end forventet*

Eksterne faktorer:

- *Betydeligt større fald af aktivets markedsværdi end der kan forventes med tiden og ved brug*
- *En ændring der enten har fået betydelig effekt eller får betydelig effekt i nær fremtid for virksomheden. F.eks. på tekniske, markedsmæssige, økonomiske og lovgivningsmæssige områder.*
- *Stigende renteniveau der kan påvirke diskonteringsraten, der anvendes for beregning af aktivernes kapitalværdi.*
- *Den regnskabsmæssige værdi af virksomhedens nettoaktiver er højere end virksomhedens markedsværdi*

I en situation der omhandler en enhed der bliver omfattet af SEL § 2 C's anvendelsesområde, vil dette påvirke investorerne ift. at de ikke længere vil kunne styre hvor enhedens indkomst kan beskattes. Når der er tale om en transparent enhed, så beskattes enhedens indkomst hos investorerne. De kan derfor placere sig i et land, hvor beskatningen er fordelagtig. Hvis vi antager den omvendt hybride enhed ligger i Danmark, så vil den efterfølgende blive omfattet af de danske skatteregler, da enheden skal behandles som et selvstændigt skattesubjekt., jf. SEL § 2 C. Denne bestemmelse er en ekstern lovgivningsmæssig faktor, der går ind og påvirker værdien af det finansielle aktiv for investorerne, fordi enheden med stor sandsynlighed vil blive udsat for et væsentligt højere skattetryk og højere omkostninger. Såfremt den transparente enhed udgør et fast driftssted, så vil investorerne i forvejen være underlagt dansk begrænset skattepligt, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a. Dette vil imidlertid også medføre konsekvenser for investorerne, da de bl.a. ikke længere kan fradrage enhedens indkomst og skal betale udbytteskat ved udlodninger. Derfor vil reglen medføre, at der alt andet lige, vil ske en værdiforringelse af det finansielle aktiv og at der derfor skal ske en nedskrivningstest.

4.2.3.1. Nedskrivningstesten

På baggrund af det regnskabsteoretiske forsigtighedsprincip, så har man pligt til at foretage en nedskrivning, hvorimod en opskrivning er frivillig.¹⁰¹ Når der skal nedskrives til genindvindingsværdien, så nedskriver man til enten aktivets kapitalværdi eller salgsværdi, fratrukket alle salgsomkostninger. Der nedskrives fra den bogførte værdi til den højeste værdi af de to. Kapitalværdien skal måles ud fra en diskonteringsrate, hvor renten sættes ud fra markedsbestemte lignende aktiver. Er dette ikke muligt, så skønner man en diskonteringsrate der afspejler hvad en investor ville forvente ved at investere i aktivet.¹⁰²

Der skal kun nedskrives, hvis begge værdier er under den bogførte værdi. Den højeste af kapitalværdien og salgsværdien, vil være genindvindingsværdien. Disse nedskrivninger på baggrund af en værdiforringelse, skal indregnes i resultatopgørelsen. Den omvendte hybride enhed skal derfor som finansielt aktiv, nedskrives til genindvindingsværdien, for investorerne der har kapitalandele i enheden.

Skulle der ske en ændring af ejerstrukturen af investorer eller anvendelsesområdet for SEL § 2 C ændres, således at enheden ikke længere vil skulle behandles som et selvstændigt skattesubjekt, så skal der ske en tilbageførsel af den nedskrivning der tidligere blev foretaget. Derfor vil

¹⁰¹ Ibid. s. 270.

¹⁰² IAS 36.

det som et finansielt aktiv igen skulle opgøres til den fulde regnskabsmæssige værdi, som aktivet ville have haft uden nedskrivningen. Det er et krav, at en sådan tilbageførsel af en nedskrivning, skal ske via resultatopgørelsen, jf. ÅRL § 52.

4.2.4. Overordnet konsekvens

Det kan på den baggrund konkluderes, at der er tale om kapitalandele, der indregnes som et finansielt aktiv på balancen. Når enheden der er investeret i, bliver omfattet af reglen i SEL § 2 C, og dermed skal omkvalificeres, så vil ændringen af skattesubjektet fra investorernes hjemstat til Danmark også kunne medføre en påvirkning af aktivets værdi for investorerne. Når reglen i SEL § 2 C, finder anvendelse, betyder det at skattesubjektet fremadrettet vil flyttes fra investorens hjemland og så hen til Danmark. I de fleste tilfælde, vil dette medføre, at enheden bliver udsat for større skatteomkostninger, hvilket vil påvirke enhedens evt. overskud negativt. Denne værdiforringelse vil betyde, at der skal foretages en nedskrivning af aktivets værdi, da der som tidligere nævnt er en nedskrivningspligt.

Denne forringelse af værdien af at eje kapitalandele i enheder i Danmark, vil påvirke både gode og dårlige investorers investeringer i den danske enhed, men særligt gode investorer, som kvalificerer enheden som transparent, ligesom Danmark gør, da forudsætningerne for placeringen af skattesubjektet vil være anderledes end deres hjemstat. Det kan derfor få den afledte effekt, at det vil blive mindre attraktivt at investere i eller igennem danske enheder, eftersom skattesubjektet kan blive omkvalificeret og derigennem påvirke nogle af de forudsætninger der kan have lagt til grund for investeringen.

5. SEL § 2 C og foreneligheden med de frie bevægeligheder

Allerede ved den danske indførelse af SEL § 2 C ved lov nr. 530 af 17. juni 2008, var bestemmelsen genstand for en bekymring vedrørende foreneligheden med etableringsfriheden i TEUF artikel 49.¹⁰³ Denne antagelse har vist sig fortsat at være relevant efter ændringen af SEL § 2 C ved implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet.¹⁰⁴

Afhandlingen vil herefter, på baggrund af forudgående analyse og redegørelse af SEL § 2 C, i indeværende afsnit bestræbe sig på at analysere og diskutere, hvorvidt SEL § 2 C er forenelig med EU-retten og de frie bevægeligheder. Heraf mere specifikt om den danske implementering af skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, har medført en eventuel over- eller fejlimplementering. i Afsnit 5.1. vil det indledende vurderes, i hvilket omfang TEUF artikel 49 eller artikel 63 vil være den rette frihedsrettighed at anvende, ved en efterfølgende analyse af SEL § 2 C's forenelighed med EU-retten. Afsnit 5.2. vil herefter gennemgå og vurdere de forskellige trin i diskriminations- og restriktionstesten på området for de direkte skatter, sammenholdt med SEL § 2 C. Afslutningsvist, vil der foretages en helhedsvurdering af bestemmelsens forenelighed med etableringsfriheden.

5.1. SEL § 2 C's tilknytning til de frie bevægeligheder

EU-Domstolen har i sin tidligere praksis godkendt, at mere end én af de frie bevægeligheder kan finde anvendelse på den samme specifikke situation.¹⁰⁵ Denne opfattelse findes ikke at være repræsentativ for EU-Domstolens nyere praksis. Heri vil EU-Domstolen forsøge at statuere en "centre of gravity" tilgang, hvori én af de frie bevægeligheder vil have forrang, selvom flere frie bevægeligheder potentielt vil kunne finde anvendelse.¹⁰⁶

¹⁰³ Se Høringssvar fra Dansk Landbrug i FT 2007-2008, 2. samling, L 181, bilag 1, side 9-11, samt Søren Friis Hansen, Visse kommanditselskaber bliver skattesubjekter, 2008.

¹⁰⁴ Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020, s. 381.

¹⁰⁵ Ivan Lazarov i Pasquale Pistone, Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 2020, s. 71.

¹⁰⁶ Ibid.

Det skal derfor i indeværende afsnit vurderes, om SEL § 2 C hører under anvendelsesområdet for henholdsvis etableringsfriheden eller kapitalens frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 49 og 63. Det skal i denne anledning bemærkes, at udfaldet ikke vil have en markant effekt på gennemgangen af den senere analyse af diskriminations- og restriktionsforbuddet, idet EU-Domstolen til en vis grad har konvergeret deres analytiske tilgang til alle de frie bevægeligheder.¹⁰⁷ Dog vil udfaldet have betydning for det bredere personelle anvendelsesområde, for hvem der kan påberåbe sig den frie bevægelighed. Imens TEUF artikel 49 medfører rettigheder for medlemsstaterne inden for EU, fremgår det af TEUF artikel 63's ordlyd, at rettigheden indeholdt i bestemmelsen, ligeledes finder anvendelse for tredjelande, dvs. lande uden for EU-fællesskabet.

Anvendelsesområdet for TEUF artikel 49 og 63 findes i praksis at være nært beslægtede, hvoraf EU-Domstolen igennem sin praksis, har opstillet 3 overordnede kategorier, hvorpå en konkret national bestemmelse skal bedømmes, alt efter det principielle formål.¹⁰⁸ Særligt to af kategorierne vil herefter analyseres. *For det første* vil bestemmelsen ifalde en vurdering efter etableringsfriheden, såfremt det principielle formål relaterer sig til situationer, hvor en bestemmende indflydelse over et selskabs aktiviteter og beslutninger er formålet.¹⁰⁹ *For det andet* vil bestemmelsen ifalde en vurdering efter kapitalens frie bevægelighed, såfremt det principielle formål med bestemmelsen relaterer sig til passive porteføljeinvesteringer, såsom regler der regulerer udbyttebeskatninger.¹¹⁰

Det skal bemærkes, at SEL § 2 C indeholder elementer af begge kategorier. SEL § 2 C vil indirekte relatere sig til situationer, hvor der er tale om passive porteføljeinvesteringer i danske transparente enheder. Ligeledes fremgår det af SEL § 2 C's ordlyd, at bestemmelsen finder anvendelse, såfremt en tilknyttet person besidder mindst 50% af kapitalandelene, stemmerettighederne eller retten til overskuddet enten direkte eller indirekte. Det principielle formål og hvilke situationer SEL § 2 C henvender sig til, skal herefter vurderes. Der er ikke tilstrækkeligt belæg for at sige, at SEL § 2 C tager direkte sigte på situationer med passive porteføljeinvesteringer. Disse situationer vil kunne udledes indirekte af bestemmelsen, der har en afledt effekt på enheder, som benyttes til investeringsselskaber. På samme måde kan der argumenteres for, at SEL § 2 C, berører en masse afledte situationer, indirekte ved en omkvalifikation. Modsat fremgår det direkte af SEL § 2 C's ordlyd, at bestemmende indflydelse fra en tilknyttet person til enheden, enten direkte eller indirekte, er et afgørende kriterie for at bestemmelsen kan anvendes. Hvis ikke der er tale om mindst 50% sammenlagt "kontrol" finder det principielle formål med bestemmelsen ikke anvendelse.

Det findes derfor sandsynligt, at EU-Domstolen vil anvende TEUF artikel 49 ved en undersøgelse af foreneligheden af SEL § 2 C med EU-retten. Ved anvendelsen af TEUF artikel 49 vil de dårlige investorer beliggende i tredjelande, herefter i udgangspunktet ikke kunne påberåbe sig de traktatbaserede rettigheder om den frie bevægelighed.

5.2. TEUF artikel 49 samt diskriminations- og restriktionsforbuddet på området for direkte skatter

For at kunne vurdere SEL § 2 C's forenelighed med EU-retten, vil det følgende afsnit redegøre for baggrunden og anvendelsen af den traktatbaserede etableringsfrihed på området for direkte

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2018, s. 198.

¹⁰⁹ Se heraf C-382/16, *Hornbach-Baumarkt*, præmis 29, hvor 25% var nok til at statuere bestemmende indflydelse.

¹¹⁰ Peter J. Wattel, *European Tax Law*, 2018, s. 198-199.

skatter. Som behandlet i afsnit 1.2.2., er det overstatslige EU-samarbejde baseret på fundamentet i de to overordnede forfatningstraktater, TEU og TEUF. Etableringsfriheden tager sit afsæt i TEUF artikel 49.

TEUF art. 49 indeholder et; ”*Forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber ... indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed ... på de vilkår i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.*”¹¹¹

Som det fremgår af ovenstående uddrag af TEUF artikel 49, stk. 1 og 2, indgår der et eksplicit restriktions- og diskriminationsforbud i bestemmelsen. Ved forholdet mellem restriktions- og diskriminationsforbuddet skal det nævnes, at forbuddet mod restriktioner sædvanligvis vil have et bredere anvendelsesområde end forbuddet imod diskrimination. Diskriminationsforbuddet vil heraf kunne påberåbes, hvis der er tale om at personer eller selskaber, bliver behandlet anderledes på baggrund af nationalitet. Restriktionsforbuddet vil derimod finde anvendelse ved at tilsidesætte enhver bestemmelse, der har mulighed for at forhindre de frie bevægeligheder, medmindre bestemmelsen kan begrundes i tvingende almene hensyn.¹¹²

Samtidig skal det bemærkes, at EU-Domstolen benytter en tilpasset restriktionstest, ved vurderingen af en eventuel overtrædelse af diskriminations- og restriktionsforbuddet på området for de direkte skatter.¹¹³ På andre områder end ved de direkte skatter, er EU-Domstolen ved vurderingen af restriktionsforbuddet, gået fra prøvelse til en bredere anvendelse af en ”ren” restriktionstest. Dette findes ikke at være tilfældet på området for de direkte skatter. En sådan tilgang ville give anledning til en uoverskuelig mængde af problemer, vedrørende skattereglernes mulige hindring til det indre marked, eftersom en skatteretlig bestemmelse næsten altid vil have karakter af at være en hindring.¹¹⁴

Spørgsmålet bliver herefter, hvordan sammenspillet mellem diskriminations- og restriktionsforbuddet indeholdt i TEUF artikel 49, forholder sig i praksis på området for de direkte skatter. Anvendelsen af en diskriminations- og/eller restriktionstest ved området for direkte skatter, vil kunne betragtes som forholdsmæssig uklar, grundet EU-Domstolens brug af tvetydig terminologi i visse afgørelser på området, hvor der refereres til restriktioner fremfor diskrimination.¹¹⁵

Den nogle gange tvetydige brug af begreberne diskrimination og restriktion på området for direkte skatter er blevet konkretiseret og italesat af EU-Domstolen, samt Generaladvokat Pitruzzella forslag til afgørelse, i C-156/17, *Deka*. Heri blev en restriktion, af EU-Domstolen, analyseret på baggrund af komparabilitet efter diskriminationsforbuddet, og ikke efter restriktionens påvirkning af markedsadgangen som en restriktionstest normalt ville forholde sig til.¹¹⁶

Generaladvokat Pitruzzella var i sit forslag enig i ovenstående fremgangsmåde og forklarede at; ”... *Vurdering af en skat inden for rammerne af frihederne på det indre marked nødvendigvis gør en mere fleksibel tilgang, fordi anvendelsen af enhver form for skat principielt kan hindre*

¹¹¹ TEUF Artikel 49, stk. 1 og 2.

¹¹² Karsten Engsig Sørensen, EU-retten, 2014, s. 251.

¹¹³ Ibid. s. 786-787.

¹¹⁴ Ivan Lazarov i Pasquale Pistone, Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 2020, s. 74.

¹¹⁵ Se heraf C-319/02, *Manninen* og C-326/12, *Caster and Caster*, og Ivan Lazarov i Pasquale Pistone, Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 2020, s. 75.

¹¹⁶ Se C-156/17, *Deka*, præmis 73-83.

eller afskrække ... således at beskatningen i sig selv potentielt bevirker en restriktion ... imidlertid er det kun i tilfælde, hvor en skat hverken åbenbart eller skjult anvendes diskriminerende ... at der principielt ikke foreligger en relevant situation i EU-retlig forstand."¹¹⁷

På baggrund af ovenstående vil det herefter kunne udledes, at de frie bevægeligheder skal anses for at være genstand for et diskriminationsforbud, før der kan være tale om en restriktion ved vurderingen på området for de direkte skatter.¹¹⁸ Fremadrettet vil afhandlingen bruge "forskelsbehandling", som en samlet terminologi for den tilpassede vurdering efter en sammenholdt diskrimination- og restriktionstest på området for de direkte skatter.

EU-Domstolen benytter sig i sin praksis af en 4-trins test, hvor følgende elementer ved vurderingen indgår; direkte eller indirekte forskelsbehandling, objektivt sammenlignelige situationer, tvingende almene hensyn og proportionalitet.¹¹⁹

5.2.1. Direkte eller indirekte forskelsbehandling

Det skal vurderes om SEL § 2 C, enten direkte eller indirekte udgør en forskelsbehandling på baggrund af nationalitet.

Den skatteretlige kvalifikation for selskaber som enten skattemæssig transparent eller et selvstændigt skattesubjekt, er i udgangspunktet op til den enkelte medlemsstat at bestemme. Dette udgangspunkt følger af EU-Domstolens rationale i C-298/05, *Columbus Container Services*. Sagen vedrørte et belgisk etableret kommanditselskab, som grundet en tysk ejerkreds, via både selskab og privatpersoner, var genstand for en tysk beskatning, hvoraf Tyskland havde anvendt sin interne skattelovgivning for tyske personselskaber på kommanditselskabet, der var etableret i Belgien. EU-Domstolen statuerede, at der i denne situation ikke var tale om en forskelsbehandling, da selskabet ikke blev udsat for en skattemæssig ulempe, i forhold til personselskaber, der var etableret i Tyskland.¹²⁰

Det kan ud fra EU-Domstolens argumentation i C-298/05, *Columbus Container Services*, forudsættes, at Danmark gerne må benytte interne skatteregler på selskaber med hjemmehør i udlandet, så længe det er i overensstemmelse med behandlingen af selskaber med national hjemmehør.

Vedrørende SEL § 2 C finder den skatteretlige omkvalificering af en transparent enhed anvendelse, hvis de i udlandet hjemmehørende dårlige investorer, har den fornødne tilknytning til enheden, samt opfylder kravet om mindst 50% af kapitalen, stemmerettighederne eller andel af retten til overskuddet jf. afsnit 3.3. Bestemmelsen indeholdt i SEL § 2 C, har efter ordlyden også virkning for andre EU-medlemslande, som vil kunne udgøre "fremmede stater" efter bestemmelsen.

En eventuel direkte eller indirekte forskelsbehandling, i relation til SEL § 2 C, skal herefter vurderes og undersøges. En omkvalifikation efter SEL § 2 C, kan i princippet finde anvendelse, såfremt bare én af de udenlandske selskabsdeltagere har den fornødne forbindelse til enheden, og efter udenlandske skatteregler behandler enheden som et selvstændigt skattesubjekt. Herefter vil enheden skatteretligt behandles i Danmark, som et selvstændigt skattesubjekt, for samtlige af deltagerne i enheden, uafhængigt af hjemmehør. Modsat vil enheden, hvis selskabsdeltagerne i den transparente enhed udelukkende er danske, ikke være genstand for en omkvalifikation efter SEL § 2 C. Heraf er omkvalifikationen til dels afhængig af udenlandsk hjemmehør, og det er derfor ikke usandsynligt at EU-Domstolen i relation til SEL § 2 C, vil kunne statuere

¹¹⁷ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Pitruzzella i sag C-156/17 *Deka*, præmis 56-57.

¹¹⁸ Ivan Lazarov i Pasquale Pistone, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 2020, s. 75.

¹¹⁹ *Ibid.* s. 65.

¹²⁰ C-298/05, *Columbus Container Services*, præmis 13, 14, 39 og 41.

en direkte forskelsbehandling på baggrund af nationalitet. Ved overvejelserne om direkte- eller indirekte forskelsbehandling, forekommer forskelsbehandlingen forholdsvist eksplicit som direkte forskelsbehandling, idet denne selvsagt er indeholdt i bestemmelsens ordlyd, hvor det bærende kriterie for omkvalifikation til en vis grad er afhængig af selskabsdeltagernes hjemmehør.

Direkte forskelsbehandling vil foreligge såfremt en medlemsstat i sin lovgivning, underlægger personer og selskaber af udenlandsk nationalitet strengere regler end dem, der gælder for landets egne statsborgere og selskaber.¹²¹

5.2.2. Objektivt sammenlignelige situationer

Eftersom det ikke er usandsynligt, at EU-Domstolen kan statuere et vist element af forskelsbehandling i SEL § 2 C, vil EU-Domstolen herefter skulle forholde sig til, hvorvidt den førnævnte forskelsbehandling angår objektivt sammenlignelige situationer, og herved er usaglig. Der vil således ikke være tale om forskelsbehandling, hvis forskellige situationer behandles forskelligt. Omvendt vil forskelsbehandling foreligge, hvis udenlandske- og indenlandske statsborgere, bliver behandlet forskelligt på trods af at de befinder sig i en sammenlignelig situation.¹²² Heraf vil EU-Domstolen skulle undersøge om der konkret foreligger sammenlignelige situationer.

Ovenstående vurdering er dog i realiteten mere kompliceret. Det skal bemærkes, at EU-Domstolens praksis på området for objektivt sammenlignelige situationer, til tider kan antages at være uklar og mangle tilstrækkelig sammenhæng. EU-Domstolen vil ofte benytte en vurdering efter objektivt sammenlignelige situationer-rationalet, i samme vending som en vurdering efter de tvingende almene hensyn.¹²³ Disse er i udgangspunktet to forskellige "test" med hver deres momenter og formål. Herved kan der endnu ikke fastlægges klare og forudsigelige kriterier, angående den selvstændige analyse af, om der foreligger objektivt sammenlignelige situationer.¹²⁴

Førnævnte betragtning kan illustreres ved C-48/13, *Nordea Bank*. Sagen omhandlede fratrækning af underskud i dansk skattepligtig indkomst. Underskuddet stammede fra bankens faste driftsteder i Finland, Norge og Sverige. Grundet en omstrukturering i de faste driftsteder, foretog Skatteministeriet en genbeskatning af de underskud, der tidligere var blevet fratrukket.¹²⁵ Ved EU-Domstolens efterprøvelse af, om genbeskatningen var i strid med etableringsfriheden, benyttede EU-Domstolen sig af, hvad der må anses for at være en 2-trins test ved objektivt sammenlignelige situationer-analysen. Først, om den objektivt sammenlignelige situation er forskellig for udenlandske og indenlandske aktører, og dernæst, om den er begrundet i tvingende alment hensyn. I tillæg til vurderingen af objektivt sammenlignelige situationer, som i praksis udgør en 2-trinstest, benytter EU-Domstolen ligeledes en efterfølgende særskilt tvingende almen hensyn-test,¹²⁶ som vil blive gennemgået i afhandlingens afsnit 5.2.3.

På denne baggrund foretager EU-Domstolen essentielt den samme test om tvingende almene hensyn 2 gange. Først ved vurderingen af objektivt sammenlignelige situationer og dernæst som er en særskilt test om tvingende almene hensyn, der opfølges af en proportionalitetstest. Om dette er hensigtsmæssigt, kan diskuteres, som påpeget ved advokatgeneral Kokotts forslag til afgørelse i *Nordea Bank*-sagen.¹²⁷ Alt andet lige, vil EU-Domstolen dog typisk kigge på

¹²¹ Karsten Engsig Sørensen, EU-retten, 2017, s. 253.

¹²² Ibid. s. 258.

¹²³ Ivan Lazarov i Pasquale Pistone, Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 2020, s. 77.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ C-48/13, *Nordea Bank*, præmis 10-13.

¹²⁶ C-48/13, *Nordea Bank*, præmis 23-29.

¹²⁷ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Kokott i sag C-48/13, *Nordea Bank*, præmis 25-28.

formålet og hensigten med den nationale skattebestemmelse, når den skal vurdere, hvorvidt de situationer bestemmelsen vedrører, er objektivt sammenlignelig for udenlandske og hjemmehørende aktører.¹²⁸

Det skal bemærkes, at afhandlingen ikke vil behandle formålet og hensigten med SEL § 2 C i indeværende afsnit om objektive sammenlignelige situationer, men under afsnit 5.2.3. Der vil være tale om den samme vurdering, men som dog yderligere skal forholdes proportionalitetsprincippet i tvingende almene hensyn.

Vedrørende den umiddelbare konstaterede forskelsbehandling indeholdt i SEL § 2 C, skal det herefter vurderes, om hvorvidt der er tale om objektivt sammenlignelige situationer. Situationerne der vil være genstand for en efterprøvelse, kan opstilles således:

Situation 1; Deltageren er hjemmehørende i DK og DK kvalificerer enheden som skattemæssig transparent.

Situation 2; Deltageren er hjemmehørende i en EU-medlemsstat og den pågældende stat kvalificerer enheden som transparent.

Det findes ikke usandsynligt, at ovenstående situationer af EU-Domstolen, vil kunne anses som værende objektivt sammenlignelige, idet alt andet en deltagerens hjemmehør forbliver det samme.

En omkvalificering af den omvendte hybride enhed efter SEL § 2 C, vil have virkning for samtlige af deltagerne i enheden. I situation 1 finder SEL § 2 C, ikke anvendelse, idet deltagerne er hjemmehørende i DK. Derimod vil bestemmelsen finde anvendelse i situation 2, hvor en del af deltagerne er hjemmehørende i en EU-medlemsstat, som kvalificerer enheden som transparent. Det kan derfor ikke udelukkes, at EU-Domstolen på denne baggrund vil finde, at udenlandske selskabsdeltagere i ovenstående tilfælde med omkvalifikation efter SEL § 2 C vil blive behandlet anderledes på trods af, at begge befinder sig i en objektiv sammenlignelig situation.

5.2.3. Tvingende almene hensyn

Hvis EU-Domstolen finder, at der er tale om en forskelsbehandling, som samtidig vedrører objektivt sammenlignelige situationer, vil det herefter skulle vurderes, hvorvidt den statuerede forskelsbehandling kan begrundes ud fra tvingende almene hensyn.

En restriktion på baggrund af en forskelsbehandling vil under visse omstændigheder være foreneligt med etableringsfriheden i TEUF artikel 49. Hertil menes der hensyn, som tilstræber et højere og beskyttelsesværdigt formål, som vil kunne tilsidesætte de økonomiske fundamentale frihedsrettigheder. Disse overordnede formål er enten eksplicit formulerede i TEUF eller gradvist blevet udviklet af EU-Domstolen.¹²⁹ Da det som nævnt ikke er usandsynligt, at EU-Domstolen på baggrund af SEL § 2 C, vil kunne statuere en forskelsbehandling imellem objektivt sammenlignelige situationer, vil det herefter være op til Danmark, som medlemsstat, at kunne begrunde foranstaltningen på baggrund af tvingende almene hensyn.

EU-Domstolen vil generelt ikke acceptere et argument om, at det tvingende almene hensyn har til formål alene at sikre en effektiv beskatning på baggrund af frygten for at miste skatteprovenu. Derimod har EU-Domstolen tidligere fundet det acceptabelt, at tvingende almene hensyn ved EU-skatte retten kan begrundes ved sammenhæng i beskatningsordningen, visse aspekter

¹²⁸ Ivan Lazarov i Pasquale Pistone, Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 2020, s. 78.

¹²⁹ Ibid. s. 89.

af effektiv skattekontrol og værnsregler samt territorial-princippet og hensynet til fordeling af beskatningskompetencen.¹³⁰

Det skal herefter vurderes, hvorvidt SEL § 2 C vil kunne indeholdes i de førnævnte undtagelsesmuligheder om tvingende almene hensyn. Hvis dette er tilfældet, vil det herefter skulle vurderes, hvorvidt foranstaltningen samtidig overholder proportionalitetsprincippet.

5.2.3.1. Effektiv skattekontrol og værnsregler

EU-Domstolen stiller en række krav, for at acceptere værnsregler, der forskelsbehandler udenlandske statsborgere eller selskaber. Medlemsstaterne vil alene kunne anvende værnsregler der forskelsbehandler, såfremt disse alene griber ind over for rent kunstige arrangementer. Heraf, at medlemsstaterne ikke kan lave generelle indgreb, der også har mulighed for at ramme dispositioner, som ikke findes at være kunstige. Medlemsstaterne vil skulle forsøge at indrette reglerne, så de rammer så præcist som muligt.¹³¹

Hvad der kan konstituere et kunstigt arrangement, er blevet forsøgt præciseret igennem EU-Domstolens praksis. Særligt for selskaber ved etableringsfriheden skal C-196/04, *Cadbury Schweppes*, nævnes. Afgørelsen omhandlede britiske skatteregler for Cadbury Schweppes-koncernen, som blev påtvunget sambeskatning af koncernens, i udlandet beliggende datterselskaber. EU-Domstolen fandt, ved efterprøvelse af en eventuel begrænsning af etableringsfriheden at; ”*En national foranstaltning der begrænser etableringsfriheden, kan derimod være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning.*”¹³²

Ved kunstige arrangementer henviste EU-Domstolen i sagen ligeledes til såkaldte fiktive etableringer af selskaber, som forudsætter at selskaber ikke er en økonomisk realitet, men et postkasse- eller skærmselskab.¹³³

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, at SEL § 2 C vil have svært ved at opfylde ovenstående definition på et kunstigt arrangement. SEL § 2 C finder ikke anvendelse eller tager sigte efter skatteundgåelse ved et rent kunstigt arrangement, men vil have virkning for en omkvalificering af selskaber, baseret på rent objektive og reelle arrangementer. Der findes ligeledes ikke at være noget fiktivt forbundet med selskabskonstruktionerne, der er genstand for en mulig omkvalificering efter SEL § 2 C.

Herved findes det ikke sandsynligt at EU-Domstolen accepterer, at SEL § 2 C vil kunne begrundes i effektiv skattekontrol ved værnsregler og skatteundgåelse.

5.2.3.2. Sammenhæng i beskatningsordningen og hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen

EU-Domstolen har accepteret, at en restriktiv bestemmelse på området for de direkte skatter, kan begrundes med det formål at bevare en sammenhæng i beskatningsordningen, samt hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen. Der er i udgangspunktet tale om to selvstændige tvingende almene hensyn, men i praksis vil EU-Domstolen ofte benytte begge hensyn under én samlet vurdering.

Dette illustreres i C-388/14, *Timac Agro Deutschland*, præmis 47, hvoraf det fremgår: ”*Det skal indledningsvist bemærkes, at de krav, der er forbundet med den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen og med sammenhængen i skattesystemet, er sammenfaldende ...*

¹³⁰ Karsten Engsig Sørensen, EU-retten, 2014, s. 816, 824 og 832.

¹³¹ Ibid. s. 828.

¹³² C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 51.

¹³³ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, præmis 67-68.

endvidere er formålene om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og om forebyggelse af skatteunddragelse forbundne.”

Afhandlingen vil herefter analysere hensynet, til sammenhæng i beskatningsordningen, og hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen samlet.

EU-Domstolen har accepteret, at forskelsbehandlingen kan begrundes ud fra det tvingende alment hensyn, der er relateret til sammenhængen i beskatningsordningen.¹³⁴ Sammenhæng i beskatningsordningen har oftest været anvendt ved situationer, såsom C-48/13, *Nordea Bank*, hvor der har været indrømmet et fradrag og senere indført en genbeskatning herpå. En påberåbelse af sammenhæng i beskatningsordningen, vil i praksis kræve, at der er en tilstrækkelig direkte sammenhæng mellem en skattefordel og en fremtidig skatteopkrævning, der imødekommer fordelingen. Denne direkte sammenhæng har dog vist sig at være relativt vanskelig at påvise.¹³⁵

Det bemærkes, at SEL § 2 C ikke omfatter en situation vedrørende et fradrag og en senere genbeskatning, som den tidlige praksis på området.¹³⁶ Herefter skal det vurderes, om sammenhæng i beskatningsordningen vil kunne omfatte formålet og hensigten i SEL § 2 C, som et tvingende alment hensyn.

C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz*, omhandlede et tysk selskab og den skattemæssige behandling af underskud, fra selskabets faste driftssted beliggende i Østrig. Det tyske selskab havde opnået fradrag for underskuddet, som ved et senere overskud i det faste driftssted i Østrig blev genbeskattet i Tyskland. Heraf fandt EU-Domstolen, at der forelå en forskelsbehandling i forhold til reglerne for et fastdriftssted, der var beliggende i samme medlemsstat. EU-Domstolen fandt, at denne forskelsbehandling kunne begrundes med hensynet til sammenhæng i beskatningsordningen. Fradrag for underskud blev modsvaret af genbeskatning af underskuddet ved efterfølgende overskud. EU-Domstolen fandt således, at der var en direkte personlig og materiel sammenhæng mellem de to led i beskatningsmekanismen, og at ovenstående var udtryk for en logisk symmetri, hvoraf beskatningen blev tilpasset beskatningen i Østrig.¹³⁷

Ovenstående vurdering fra EU-Domstolen synes passende at benytte ved SEL § 2 C og omvendt hybride enheder. Det vil med fordel kunne påpeges, at omkvalifikationen af en omvendt hybrid enhed vil kunne begrundes i hensynet til sammenhæng i beskatningsordningen. SEL § 2 C vil kunne anses for at være et symmetrisk indgreb, der medfører en dansk beskatning i det tilfælde, hvor der er en chance for at enheden ikke undergives beskatning i én eller flere udenlandske selskabsdeltageres hjemmestater.

Ovenstående synspunkt kan yderligere begrundes i EU-Domstolen ræsonnement i C-28/17, *NN*. Sagen omhandlede en dansk koncern, som omfattede to svenske datterselskaber, der efter en sammenlægning, var genstand for en fradragsnægtelse efter danske regler, der begrænsede muligheden for at opnå et dobbelt fradrag. EU-Domstolen vurderede på denne baggrund, at undgåelsen af et dobbelt fradrag kunne udgøre et tvingende alment hensyn.¹³⁸

Ligeledes, er nødvendigheden for at anerkende et dobbeltfradrag som et tvingende alment hensyn, blevet anerkendt i generaladvokat C. Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse i C-28/17,

¹³⁴ Dette blev første gang statueret i sagerne C-204/90, *Bachmann*, og C-300/90, *Kommissionen mod Belgien*.

¹³⁵ Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 2014, s. 817, 822 og 823, samt Ivan Lazarov i Pasquale Pistone, *Introduction to the European Tax Law on Direct Taxation*, 2020, s. 90.

¹³⁶ Se heraf C-484/93, *Svensson og Gustavsson*, C-80/94, *Wielockx*, C-136/00, *Danner* og C-150/04, *Kommissionen mod Danmark*.

¹³⁷ C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz*, præmis 42 og 43.

¹³⁸ C-28/17, *NN*, præmis 42.

NN. Heri bemærkede generaladvokaten, at undgåelse af dobbeltfradrag førhen ikke har været et selvstændigt gyldigt tvingende alment hensyn, som Danmark ellers påberåbte på baggrund af Phillips-Electronics-dommen.¹³⁹ Generaladvokaten argumenterede herefter for, at det i lyset af BEPS-tiltagene og skatteundgåelsesdirektivet, var nødvendigt at modernisere fortolkningen af hvilke omstændighederne, der kunne anses for at være et tvingende alment hensyn. Heraf foreslog generaladvokaten, at undgåelse af dobbeltfradrag burde være et tvingende alment hensyn, også i de tilfælde, hvor der ikke er handlet svigagtigt, men hvor et dobbeltfradrag er resultatet af en kombineret anvendelse af forskellige skatteregler. Hertil benævner generaladvokaten bestemmelserne om hybride mismatch indeholdt i skatteundgåelsesdirektivets artikel 9, stk. 1, som et illustrativt eksempel.¹⁴⁰

Det forekommer herefter sandsynligt, at skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a om omvendte hybride mismatch vil kunne inkluderes i EU-Domstolens nyere praksis. Heri spiller BEPS-rapporterne og skatteundgåelsesdirektivet ved hybride mismatch en afgørende rolle for sammenhæng i beskatningsordningen ved at undgå et dobbelt fradrag. Det må derfor vurderes, at foranstaltningen i SEL § 2 C, har en realistisk mulighed for at kunne rummes under EU-Domstolens nyere praksis. Heraf, at SEL § 2 C vil kunne begrundes i hensynet til sammenhæng i beskatningsordningen efter EU-Domstolens rationale i C-28/17, *NN*. SEL § 2 C har, som skatteundgåelsesdirektivets artikel 9, stk. 1, til formål at imødekomme en situation hvori der foreligger et hybridt mismatch.

Der vil herved være en reel mulighed for, at EU-Domstolen vil kunne begrunde den umiddelbare forskelsbehandling indeholdt i SEL § 2 C, på baggrund af sammenhæng i beskatningsordningen.

5.2.4. Proportionalitet

Såfremt EU-Domstolen vurderer, at den umiddelbare forskelsbehandling i SEL § 2 C, kan begrundes i tvingende almene hensyn, vil foranstaltningen stadig skulle kunne rummes under proportionalitetsprincippet, for at være forenelig med etableringsfriheden efter TEUF artikel 49.

SEL § 2 C vil således kunne anses som proportionel, hvis bestemmelsen imødekommer to betingelser. *For det første* skal foranstaltningen være egnet til at sikre det højere formål som ønskes beskyttet, og *for det andet* må foranstaltningen ikke gå ud over hvad der er nødvendigt for at sikre dette mål. Disse to betingelser vil efterfølgende benævnes som egnetheds- og nødvendighedstestene.¹⁴¹ Egnethedstesten vil påkræve, at der kan statuere en klar og sammenhængende forbindelse imellem foranstaltningen og formålet.¹⁴²

SEL § 2 C medfører en skatteretlig omkvalificering af en omvendt hybrid enhed. Denne foranstaltning skal sikre, at den omvendte hybride enheds indkomst bliver beskattet, hvoraf det overordnede formål er at undgå dobbelt ikke-beskatning. Der kan på denne basis findes en klar og sammenhængende forbindelse mellem virkningen af SEL § 2 C og det overordnede formål som bestemmelsen forsøger at imødekomme.

Overholdelsen af nødvendighedstesten findes i praksis at være betydelig mere vanskelig at imødekomme end egnethedstesten. For at foranstaltningen skal være i overensstemmelse med

¹³⁹ Se C-18/11, *Phillips Electronics UK*.

¹⁴⁰ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Sánchez-Bordona i sag C-28/17, *NN*, præmis 63-74.

¹⁴¹ Ivan Lazarov i Pasquale Pistone, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*, 2020, s. 100.

¹⁴² *Ibid.*

proportionalitetsprincippet vil den skulle skræddersyes så effektivt som muligt, så den udelukkende rammer de tilfælde, der falder ind under rækkevidden af det tvingende almene hensyn.¹⁴³

Vedrørende rækkevidden af SEL § 2 C vil det herefter skulle vurderes, hvorvidt muligheden for en uhensigtsmæssig dobbeltbeskatning indeholdt i bestemmelsen, er i overensstemmelse med nødvendighedstesten. Selve muligheden for dobbeltbeskatningen opstår, som beskrevet i afsnit 4.1., ved udeladelsen af "I det omfang den pågældende indkomst ikke beskattes på anden vis", jf. skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, stk. 1. Vurderingen om foranstaltningen går udover sit formål, vil herefter blive vurderet på baggrund af udeladelsen af denne undtagelse til beskatning af enheden.

Som anført i afsnit 4.1. indeholder skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, stk. 1, en begrænsning i beskatningen af den omvendte hybride enhed, som bliver omkvalificeret, da etableringsstaten ikke skal beskatte indkomsten såfremt denne allerede er undergivet beskatning på anden vis. Denne forholdsvis tydelige undtagelse i beskatningsretten er ikke blevet indført i SEL § 2 C ved direktivimplementeringen. Herved vil Danmark skulle beskatte hele den omkvalificerede enheds indkomst, selvom denne beskattes i en anden medlemsstat. Der henvises til lovbemærkningerne ved implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet i SEL § 2 C¹⁴⁴, hvor formålet med reglerne om omvendte hybride enheder i bestemmelsen, er at undgå situationer, der kan medføre dobbelt-ikke beskatning af en skattemæssigt transparent enheds aktiviteter i Danmark. Ved udeblivelsen af førnævnte undtagelse til beskatning, foreligger der en reel mulighed for, at den omkvalificerede enheds indkomst bliver genstand for en uhensigtsmæssig dobbeltbeskatning, hvis en anden stat samtidig beskatter indkomsten. Som påpeget i afsnit 5.2.3., vil det tvingende almene hensyn, vedrørende bestemmelsen, kunne begrundes med sammenhæng i beskatningsordningen, ved at imødekomme problematikken ved hybride mismatch på tværs af landegrænser. Det findes ikke usandsynligt, at en manglende implementering af undtagelsen i skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, stk. 1, vil få EU-Domstolen til at vurdere SEL § 2 C til at gå videre end hvad formålet tilsiger, og derfor ikke overholde nødvendighedstesten.

Det kan herefter diskuteres, hvorvidt EU-Domstolen i nærværende situation, vil finde proportionalitetsprincippet overholdt i SEL § 2 C, såfremt EU-Domstolen indledningsvis finder, at der er tale om en forskelsbehandling, som er begrundet i et tvingende alment hensyn. Som anført i afhandlingens afsnit 1.3.2. er skatteundgåelsesdirektivet et minimumsdirektiv, hvoraf medlemsstaterne ikke er til hinder for at indføre regler med et bredere omfang og virke, end det som er gengivet i direktivet. Det vil derfor i udgangspunktet være inden for EU-retten rammer, når Danmark implementerer en regulering, der omfavner bredere end direktivet, på området for de direkte skatter. Det skal dog bemærkes, at uanset om implementeringen gengiver direktivet i sin helhed, eller er indsat med modifikationer, vil bestemmelsen skulle være forenelig med de frie bevægeligheder, såsom TEUF artikel 49.

SEL § 2 C har således muligheden for at ramme bredere end direktivet, ved at undlade at implementere undtagelsen til beskatningen af enhedens indkomst, så længe det er foreneligt med etableringsfriheden. Det findes dog overvejende sandsynligt, at den manglende implementering af undtagelsen til beskatningen af den omkvalificerede enheds indkomst, vil udgøre et tiltag der ikke er i overensstemmelse med hvad formålet tilsiger, og derfor ikke være forenelig med etableringsfriheden, jf. TEUF artikel 49. Såfremt EU-Domstolen vurderer SEL § 2 C til at være uforenelig med TEUF art. 49, vil bestemmelsen skulle gennemgå en ændring med

¹⁴³ Ibid. s. 101.

¹⁴⁴ FT 2018-2019, 1. samling, L 28 som fremsat, afsnit 1.1.

iværksættelse hurtigst muligt og med øjeblikkelig virkning.¹⁴⁵ Samtidig vil den eventuelle ændring, ifølge fast praksis fra EU-Domstolen, ikke være egnet til at udmønte sig i simple administrative forskrifter, men skal ændres ved bindende interne regler med samme karakter som de regler, de ændrer.¹⁴⁶ Hvis undtagelsen til beskatning efter skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a implementeres i SEL § 2 C, så vil det dog alt andet lige medføre en væsentlig administrativ byrde fremadrettet. Årsagen til den manglende implementering er fortsat henlagt til det uvisse, hvoraf det kan overvejes, hvorvidt muligheden for en uønsket administrativ byrde vil kunne lægges til grund.

Det kan afslutningsvist påpeges, at hvis EU-Domstolen vurderer ovenstående som en forskelsbehandling, der ikke imødekommer 4-trinseten og at foranstaltningen derved ikke er i overensstemmelse med etableringsfriheden i TEUF artikel 49, vil foranstaltningen i SEL § 2 C skulle ændres. Det nødvendige tiltag findes dog relativt simpelt at implementere, idet lovgiver burde indføre en passus, vedrørende undtagelsen til beskatning, benævnt i skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a, stk. 1, så indkomst undtages fra beskatning, hvis denne allerede beskattes andetsteds. På baggrund af denne ændring og af afsnittets analyse af bestemmelsens forenelighed med etableringsfriheden, vil SEL § 2 C have et bedre fundament for at imødekomme 4-trinseten, og dermed TEUF artikel 49.

6. Perspektivering: Et alternativ til selskabsskatteovens § 2 C og omkvalificeringen af omvendte hybride enheder.

Afhandlingen vil i afsnit 6, forsøge at perspektivere de nugældende regler i SEL § 2 C, om omvendte hybride enheder, til ét af de alternative forslag, der bestræber sig på at opnå det samme formål, samt belyse den forventede effekt af dette forslag. Heraf, vil en eventuelt dobbelt ikke-beskatning, ved et omvendt hybridt mismatch kunne forsøges undgået, ved at lade den skatteretlige kvalifikation af enheden, være bundet til den skatteretlige kvalifikation i den stat hvor enheden er stiftet.¹⁴⁷ Det alternative forslag gennemgået i indeværende afsnit vil herafter benævnes som koordinationsforslaget.

Det er igennem den juridiske litteratur blevet påpeget, at forebyggelsen af omvendte hybride mismatch igennem OECD's pragmatiske tilgang statueret i SEL § 2 C, ikke er den eneste måde, hvorpå hybride mismatch kan forsøges imødekommet.¹⁴⁸ I tillæg hertil argumenteres der for, at de alternative muligheder vil medføre en højere grad af simplicitet og sammenhæng, samt at lette den administrative byrde, ved håndhævelse af de alternative regler.¹⁴⁹ Fælles for de alternative tilgange til løsningen af de hybride mismatch er, at koordination af skattekvalifikationen af selskaber spiller en central rolle.

Som påpeget af Leopoldo Parada i *“Hybrid Entity Mismatches: Exploring three alternatives for Coordination”*, vil forslaget kunne udmønte sig i en reaktiv koordinationsregel med den følgende ordlyd: *“Where according to the rules of a State, a different tax characterization is given to the same entity, the tax characterization given to the entity by the State where the entity is legally and formally organized, shall be followed by the other State.”*¹⁵⁰

¹⁴⁵ Se C-334/94, *Kommissionen mod Frankrig*, præmis 31.

¹⁴⁶ Ibid. præmis 30.

¹⁴⁷ Leopoldo Parada, *Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination*, 2019, s. 42.

¹⁴⁸ Se Anne Sofie Højrup Bondegaard, *Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret*, 2020, s. 397, samt Leopoldo Parada, *Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination*, 2019, s. 24

¹⁴⁹ Leopoldo Parada, *Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination*, 2019, s. 24-25, samt Leopoldo Parada, *Double Non-Taxation and the Use of Hybrid Entities*, 2018, s. 403.

¹⁵⁰ Leopoldo Parada, *Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three alternatives for Coordination*, s. 42.

Staten hvor enheden er juridisk og formelt etableret, vil omtales som etableringsstaten. En koordination ved brug af etableringsstaten som referencepunkt, vil i teorien skulle imødekomme meget af den forvirring, de nugældende regler på området kan medføre. En koordination ved den alternative løsning vil i teorien ikke medføre store kvalifikationskonflikter. Samtidig vil koordinationsforslaget være en mere direkte tilgang til problematikken vedrørende hybride enheder, hvor forskelle i den skattemæssige kvalifikation, og gensidig anerkendelse af skatteretsevnen for andre staters enheder, vil blive det centrale element i reglen.¹⁵¹

Et illustrativt eksempel vil være ejerstrukturen fremvist i Figur 3 i afsnit 3.3.1. Situationen vil kunne fremlægges som følgende. En, i udgangspunktet, omvendt hybrid enhed (B), beliggende i grøn stat modtager en udbyttebetaling fra et datterselskab (C) beliggende i rød stat. Moderselskabet (A) beliggende i stat A ejer 100% af B. Enheden B er skattemæssigt transparent i grøn stat, men klassificeres som et selvstændigt skattesubjekt i blå og rød stat. Ved en gensidig anerkendelse af skatteretsevnen i etableringsstaten, vil det hybride mismatch allerede kunne forhindres inden det er opstået, da blå- og grøn stat ikke vil være i tvivl om hvordan enheden herefter skatteretligt skal klassificeres. A vil herfor anse betalingen som skattepligtig indkomst i blå stat på baggrund af etableringsstatens kvalifikationssuverænitet.

Man vil således kunne undgå den betydelige mængde af kompleksitet, som f.eks. forbindelseskravet indeholdt i SEL § 2 C kan medføre i praksis, som behandlet i afsnit 3.3. At overlade den skattemæssige kvalifikation til etableringsstaten findes at divergere substantielt fra metoden, hvorpå SEL § 2 C imødekommer et omvendt hybrid mismatch. Omkvalificering efter SEL § 2 C, er bygget op omkring et fundament af en beslægtet deltagerkreds, der enten direkte eller indirekte råder over mere end 50% af kapitalen, rettighederne eller retten til andel af overskuddet. Samtidig er omkvalificeringen afhængig af udenlandske investorer der klassificerer enheden som et selvstændigt skattesubjekt efter national lov, jf. SEL § 2 C stk. 1, nr. 1. Modsat vil koordinationsforslaget udelukkende anvende etableringsstatens skatteretlige kvalifikation af enheden.

At basere værnsreglen efter den skatteretlige kvalifikation i etableringsstaten, vil kunne betyde et afkald på skatteprovenu i konkrete tilfælde, hvor et dansk skattesubjekt deltager i en udenlandsk enhed, der ikke nødvendigvis anerkendes som et selvstændigt skattesubjekt i Danmark.¹⁵²

Den umiddelbare effekt af koordinationsforslaget, vil alt andet lige, være forholdsvist vidtgående og uoverskueligt at klarlægge igennem teorien. Koordinationsforslagets tilgang til den skattemæssige behandling af enheden, vil kunne være genstand for en skatteretlige kædereaktion. Heraf vil der være mulighed for at skabe et incitament for oprettelsen af enheder i stater, hvor beskatningen er mere favorabel fra et skatteplanlægningsperspektiv. Den afledte effekt vil være staters efterfølgende tiltag for at gøre staterne mere attraktive for bestemte virksomhedsformer.¹⁵³

Det skal bemærkes, at der foreligger visse vanskeligheder med en implementering af koordinationsforslagets regler om gensidig anerkendelse af etableringsstatens skatteretsevne. For at få den ønskede effekt, vil reglerne skulle implementeres uniformt og på verdensplan for at reducere kompleksiteten ved anvendelsen af reglerne, samt at nedbringe administrationsomkostningerne.¹⁵⁴ Reglen vil ikke være meget værd, hvis der blot sker en implementering i visse

¹⁵¹ Ibid. s. 43.

¹⁵² Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020, s. 397.

¹⁵³ Leopoldo Parada, Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination, 2019, s. 52.

¹⁵⁴ Ibid. s. 49.

stater, hvoraf den manglende koordination alt andet lige vil bidrage med en uoverskuelig administrativ byrde for de kontraherende stater, som vil have den modsatte virkning end det der i udgangspunktet var tiltænkt med alternativet.

Det er i den juridiske litteratur blevet forslået, at implementeringen af koordinationsforslaget vil være bedst egnet igennem folkeretligt soft law, ved anbefalinger ligesom OECD har fremlagt dem i deres BEPS-projekt.¹⁵⁵ Dette findes dog i realiteten at være vanskeligt at komme igennem med, idet koordinationsforslagets tilgang via koordination, ikke stemmer overens med OECD's konsekvensorienterede tilgang.¹⁵⁶ En anbefaling fremlagt af OECD findes derfor usandsynligt og vil på denne baggrund være vanskelig at komme igennem med på verdensplan. Det er ligeledes foreslået, at implementeringen kunne ske ved en overstatslig EU-lovgivning. Denne metode er dog allerede ufordelagtig med hensyn til anvendelsesområdet. En EU-adoptering vil ikke kunne garantere en global anvendelse af alternativet, hvoraf omfanget i bedste fald vil være begrænset til medlemsstaterne.¹⁵⁷

Behovet for et alternativ til SEL § 2 C kan således diskuteres, uden at det med tilstrækkeligt belæg kan konkluderes at der findes bedre løsninger til at imødekomme omvendte hybride mismatch end hvad foranstaltningen i SEL § 2 C allerede medfører. Samtidig vil koordinationsforslaget være vanskeligt at indføre i praksis, da det vil kræve en fundamental ændring i hvordan OECD og EU ser på koordination som det foretrukne middel imod hybride mismatch. Det skal afslutningsvist påpeges, at selvom der findes alternativer til SEL § 2 C, vil nødvendigheden af en komplet strukturel tilpasning af SEL § 2 C være op for debat.

7. Konklusion

Afhandlingens overordnede formål har været at analysere og diskutere SEL § 2 C og omvendte hybride enheder i dansk selskabsskatteret. En omvendt hybrid enhed, er en enhed der kvalificeres som skattemæssigt transparent i etableringsstaten og som et selvstændigt skattesubjekt i deltagerstaten. Normalt er det op til etableringsstaten at afgøre, hvordan en enhed skatteretligt skal klassificeres i denne stat. Anvendelsen af SEL § 2 C medfører, at Danmark som etableringsstat, vil skulle tilpasse den skatteretlige kvalifikation for enheden efter en deltagerstat, for at undgå dobbelt ikke-beskatning.

Det kan ud fra Skatterådets praksis konkluderes, at bestemmelsen i SEL § 2 C, skal forstås som en toleddet test. Det vil derfor være nødvendigt at vurdere hvilke investorer der reelt set udgør tilknyttede personer til enheden, hvorefter det skal vurderes om de tilknyttede personer, direkte eller indirekte ejer mindst 50% af kapitalen, stemmerrettighederne eller retten til andel af overskuddet.

Når der er dårlige investorer, der investerer i enheden, kan det blive afgørende, i hvilket omfang de kan tilknyttes resten af de gode investorer i enheden. Hvis en dårlig investor indgår som tilknyttet person, så vil den dårlige investor smitte de gode investorer som også udgør tilknyttede personer med den dårlige investor. De skal derfor have alle deres ejerandele lagt sammen som tilknyttede personer, når det skal vurderes om 50%-kravet for omkvalifikation er opfyldt.

Det afgørende for at tilknytte de dårlige investorer til de gode investorer, er om de agerer sammen, og derved vil udgøre tilknyttede personer. Det kan her konkluderes, at begrebet, ifølge Skatterådet, skal fortolkes således at investorers indirekte investering igennem en overliggende enhed, pr. definition vil medføre at de udgør tilknyttede personer, uanset deres deltagelse eller

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid.

beslutningskompetencer i enheden. En enkelt dårlig investor vil derfor smitte hele ejerkredsen der investerer igennem den samme enhed.

Som udgangspunkt, er de skattemæssige konsekvenser bredt behandlet i SEL § 2 C, stk. 5, hvor det bl.a. fremgår at anskaffelsessummer, anskaffelsestidspunkter og afskrivninger blot skal succederes videre fra deltagerne til enheden. Som det er blevet bemærket, så kan omkvalificeringen medføre, at den minoritet af gode investorer, der fortsat består i enheden, kan blive dobbeltbeskattet som følge af omkvalificeringen. Skatteundgåelsesdirektivet værner mod netop denne dobbeltbeskatning, men det fremgår ikke af SEL § 2 C, at der er indført noget værn for denne dobbeltbeskatning.

Regnskabsmæssigt skal enheden opgøres som et finansielt aktiv på balancen for investorerne. Når der sker en omkvalifikation, kan dette dog få en indvirkning på den efterfølgende værdi af dette aktiv. Når skattesubjektet flyttes fra en skattemæssigt fordelagtig stat til Danmark, så vil det alt andet lige medføre højere skatteomkostninger i enheden. Resulterer dette i en værdiforringelse, så er der pligt til at nedskrive aktivet. Det vil naturligvis ramme investorerne at aktivets værdi forringes, særligt de gode investorer. Reglen i SEL § 2 C, kan derfor få den konsekvens, at investorer vil være mere tilbøjelige til at se væk fra Danmark, når de etablerer en enhed.

Værnsreglen i SEL § 2 C medfører en begrundet anledning til at vurdere bestemmelsens forenelighed med de traktatbaserede frihedsrettigheder. På baggrund af EU-Domstolens praksis blev det først statueret, at SEL § 2 C først og fremmest skal vurderes ud fra etableringsfriheden indeholdt i TEUF artikel 49. Dette bevirker, at tredjelande, heriblandt "dårlige investorer", ikke vil kunne påberåbe sig en eventuel diskriminerende forskelsbehandling i SEL § 2 C efter TEUF artikel 63. Af analysen fremgår det, at etableringsfriheden på området for de direkte skatter, indeholder et modificeret diskriminations- og restriktionsforbud. Heraf argumenteres der for, at SEL § 2 C under visse situationer kan medføre en direkte forskelsbehandling, som omfatter objektive sammenlignelige situationer. Efterfølgende vurderes det til at være sandsynligt, at EU-Domstolen vil finde forskelsbehandlingen begrundet i hensynet til sammenhæng i beskatningsordningen som et tvingende alment hensyn. Imidlertid vil det tvingende almene hensyn skulle kunne rummes under proportionalitetsprincippet, hvoraf analysen finder, at dette vil være vanskeligt at komme igennem med, grundet udeladelsen af undtagelsen til beskatning, indeholdt i skatteundgåelsesdirektivets artikel 9 a. Det vil herefter være nødvendigt at tilpasse ordlyden i SEL § 2 C, til at omfatte undtagelsen til beskatning, for at SEL § 2 C vil kunne være forenelig med etableringsretten, jf. TEUF artikel 49.

I udgangspunktet medfører værnsreglen i SEL § 2 C, et effektivt redskab til at imødekomme situationer, hvor en klassifikationsforskel imellem deltagerstaterne, kan medføre en dobbelt ikke-beskatning. Afhandlingen har yderligere perspektiveret SEL § 2 C, til en alternativ løsning til de konflikter som omvendte hybride enheder kan medføre. Heraf vil en ensretning igennem af den skatteretlige kvalifikation af enheden igennem koordinationsforslaget medføre en mindre administrativ byrde, samt at gøre op med regelkompleksiteten indeholdt i SEL § 2 C. Om koordinationsforslaget i praksis vil være et bedre alternativ end SEL § 2 C, vil være henlagt til det uvisse. Dog skal påpeges, at en anerkendelse og anbefaling af koordinationsforslaget igennem OECD eller EU vil være forholdsvist usandsynligt, og samtidig være vanskeligt at effektuere på globalt plan.

Litteraturliste

Traktater

Traktaten om den Europæiske Union (TEU)

Traktaten om den Europæiske Unions funktionsområde (TEUF)

Direktiver

Rådets direktiv (EU) 2017/952 af 29. Maj 2017 om ændring af direktiv (EU) 2016/1164, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande (skatteundgåelsesdirektiv II)

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

National lovgivning

Lovbekendtgørelse 1953-05-06 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov (Grundloven)

Lovbekendtgørelse 2021-08-17 nr. 1735 om påligning af indkomstskat til staten (ligningsloven)

Lovbekendtgørelse 2021-02-22 nr. 251 Selskabsskatteloven

Lovbekendtgørelse 2019-08-08 nr. 838 Årsregnskabsloven

EU-Domstolen

C-156/17, *Deka*, 30. januar 2020

C-28/17, *NN*, 4. Juli 2018

C-382/16, *Hornbach-Bauermarkt*, 31. maj 2018

C-388/14, *Timac Agro Deutschland*, 7. december 2015

C-48/13, *Nordea Bank*, 17. juli 2014

C-326/12, *Caster and Caster*, 9. oktober 2014

C-18/11, *Phillips Electronics UK*, 6. september 2012

C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz*, 23. oktober 2008

C-298/05, *Columbus Container Services*, 6. december 2007

C-196/04, *Cadbury Schweppes*, 12. september 2006

C-150/04, *Kommissionen mod Danmark*, 30. januar 2007

C-319/02, *Manninen*, 7. september 2004

C-136/00, *Danner*, 3. oktober 2002

C-334/94, *Kommissionen mod Frankrig*, 7. marts 1996

C-80/94, *Wielockx*, 11. august 1995

C-484/93, *Svensson og Gustavsson*, 14. november 1995

C-300/90, *Kommissionen mod Belgien*, 28. januar 1992

C-204/90, *Bachmann*, 28. januar 1992

Sag 283/81, *Cilfit v ministero della Sanità*, 6. oktober 1982

Sag 6/64, *Costa mod ENEL*, 15. juli 1964

Sag 26/62, *Van Gend en Loos*, 5. februar 1963

Administrativ praksis

SKM2021.218.SR

SKM2021.216.SR

SKM2020.453.SR

SKM2020.35.SR

SKM2008.446.SR

LSR 1966.12

Styresignaler

SKM2014.489.SKAT

Øvrige kilder

Den Juridiske Vejledning 2022-1 - Om Den Juridiske Vejledning – Bindende virkning

Den Juridiske Vejledning 2022-1 - C.D.2.4.7.2.1.2 Betalinger til en hybrid enhed

Forslag til afgørelse

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat G. Pitruzzella, fremsat den 5. september 2019 i sag C-156/17, *Deka* (Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Pitruzzella i sag C-156/17, *Deka*)

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat C. Sánchez-Bordona, fremsat den 21. februar 2018 i sag C-28/17, *NN* (Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Sánchez-Bordona i sag C-28/17, *NN*)

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Kokott, fremsat den 13. marts 2014 i sag C-48/13, *Nordea Bank* (Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Kokott i sag C-48/13, *Nordea Bank*)

Bemærkninger til lovforslag

FT 2019-2020, Tillæg A, L 48, lovforslag som fremsat.

FT 2018-2019, 1. samling, L 28, lovforslag som fremsat.

FT 2010-2011, Tillæg A, L 84, lovforslag som fremsat.

FT 2007-2008, 2. samling, L 181, lovforslag som fremsat.

FT 2005-2006, Tillæg A, L 116, lovforslag som fremsat.

Bøger

Bolander, Jane, Madsen, Liselotte, Nørgaard Laursen, Anders, Langhave, Inge, Lærebog om indkomstskat 19. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2021 (Jane Bolander, Lærebog om indkomstskat, 2021)

Christian, Dieter, Lüdenbach, Norbert, IFRS Essentials, WILEY, 2013 (IAS)

Engsig Sørensen, Karsten, Runge Nielsen, Poul, Hartig Danielsen, Jens, EU-retten, 6. udgave, jurist og økonomiforbundets forlag, 2014 (Karsten Engsig Sørensen, EU-retten, 2014)

J. Wattel, Peter, Marres, Otto, Vermeulen, Hein, Terra/Wattel – European Tax Law, 7. udgave, Wolters Kluwer, 2018 (Peter J. Wattel, European Tax Law, 2018)

*Krüger Andersen, Paul, Krüger Andersen, Peter, **Aktie- og anpartsselskabsret: Kapitalselskaber**, 14. udgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2019 (Paul Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret, 2019)*

*Michelsen, Aage, Askholt, Steen, Bolander, Jane, Madsen, Liselotte, Nørgaard Laursen, Anders, Langhave Jeppesen, Inge, **Lærebog om indkomstskat**, 17. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2017 (Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat, 2017)*

*O. Elling, Jens, Kyhnavv-Andersen, Carsten, Kyhnavv-Andersen, Henrik, Kyhnavv-Andersen, Peter, **Finansiell Rapportering – teori og regulering**, 5. udgave, Gjellerup / Gads Forlag, 2019 (Jens O. Elling, Finansiell Rapportering, 2019)*

*Pedersen, Jan, Kerzel, Malene, Ferniss, Jane, Hedegaard Eriksen, Claus, **Skatteretten 1**, 8. udgave, Karnov Group Denmark, 2018 (Jan Pedersen, Skatteretten 1, 2018)*

*Pedersen, Jan, Kerzel, Malene, Ferniss, Jane, Hedegaard Eriksen, Claus, **Skatteretten 2**, 9. udgave, Karnov Group Denmark, 2021 (Jan Pedersen, Skatteretten 2, 2021)*

*Pistone, Pasquale, Schuch, Josef, Lang, Michael, **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**, 6. Udgave, Spiramus Press, 2020 (Pasquale Pistone, Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 2020)*

Artikler

*Friis Hansen, Søren, **SPO.2008.169: Visse kommanditselskaber bliver skattesubjekter – en kritisk analyse af forslaget til SEL § 2 C (L 181) med særligt henblik på dets betydning for danske kommanditselskaber**. (Søren Friis Hansen, Visse kommanditselskaber bliver skattesubjekter, 2008)*

*Johansen, Torben, **Depechen-artikel: Fordeling af købspris for kapitalandele efter indre værdis metode**, 2019 (Torben Johansen, Fordeling af købspris for kapitalandele efter indre værdis metode)*

*Josephsen, Niels, **SR.2000.291: Double Dip og Check-the-Box** (Niels Josephsen, Double Dip and Check-the-box)*

*Nørremark, Michael, Mitre Sinius-Clausen, Jon, **SR.2020.158: Selskabsskattelovens § 2 C – den Omvendte Hybridregel** (Michael Nørremark, Selskabsskattelovens § 2 C – den Omvendte Hybridregel, 2020)*

*Ullum, Nicklas, Guldmand Hansen, Jan, **RR.3.2022.26: Omkvalificering af transparente enheder efter selskabsskattelovens § 2 C** (Nicklas Ullum, Omkvalificering af transparente enheder efter selskabsskattelovens § 2 C, 2022)*

Publikationer og rapporter

*Højrup Bondegaard, Anne Sofie, **Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret**, Ph.d-afhandling, 2020 (Anne Sofie Højrup Bondegaard, Mismatch med hybride enheder i dansk skatteret, 2020)*

*Parada, Leopoldo, **Double non-taxation and the use of hybrid entities: an alternative approach in the new era of BEPS**, 2018, Series on International Taxation, Wolters Kluwer (Leopoldo Parada, Double non-taxation and the use of hybrid entities, 2018)*

*Parada, Leopoldo, **Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination**, 2019, Intertax issue 47, Wolters Kluwer. (Leopoldo Parada, Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination, 2019)*

OECD

*OECD (2013), **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**, OECD Publishing (OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013)*

OECD (2016), **BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. (OECD, BEPS Project Explanatory statement, 2016)

OECD (2015), **Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. (OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 2015)