

# Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD) i dansk ret

♦ Den 20. december 2018 vedtog Folketinget lovforslag L 28 A, jf. lov nr. 1726 af 27. december 2018, der bl.a. har til formål at implementere dele af det såkaldte *Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)* i dansk ret. Direktivet, der på dansk benævnes skatteundgåelsesdirektivet, har som konsekvens, at Danmark har været nødsaget til at justere en række af de allerede eksisterende værnsregler samt introducere en generel omgåelsesklausul. I denne artikel præsenteres og kommenteres de vigtigste ændringer. På baggrund heraf konkluderes det, at der generelt er tale om ganske betydelige ændringer, og at det især bliver interessant at se, hvordan skatteydere, myndigheder og domstole fremadrettet vil håndtere den generelle omgåelsesklausul i LL § 3, da bestemmelsens geografiske og subjektive anvendelsesområde er blevet væsentligt udvidet, og da bestemmelsens ordlyd efterlader en betydelig fortolkningsusikkerhed.

Af Peter Koerver Schmidt<sup>(1)</sup>, Jakob Bundgaard<sup>(2)</sup> og Michael Tell<sup>(3)</sup>

## 1. Indledning

Skatteundgåelsesdirektivet udgør et forsøg på en koordineret EU-tilgang til anbefalingerne i OECD's BEPS-projekt, og hovedformålet med reglerne i direktivet er at imødegå visse typer af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse, der negativt påvirker det indre marked, med henblik på at sikre, at selskaber kommer til at betale skat dér, hvor indkomsten genereres.<sup>(4)</sup> Direktivet er udtryk for minimumsregulering, idet direktivet ikke skal forhindre anvendelsen af nationale eller aftalebaserede regler, der har til hensigt at sikre en højere grad af beskyttelse af de nationale skattebaser.<sup>(5)</sup>

Skatteundgåelsesdirektivet er en udløber af den fempunktsplan, som Kommissionen offentliggjorde i juni 2015 og udgør en del af Kommissionens såkaldte *Anti-Tax Avoidance Package*.<sup>(6)</sup> Kernen i direktivet består af specifikke værnsregler (*specific anti-avoidance rules* – SAARs) om rentefradragsbegrænsning, exit-beskatning, CFC-beskatning og hybride mismatch samt en generel regel om bekæmpelse af misbrug (*general anti-abuse rule* – GAAR). I dansk ret findes der allerede sådanne værnsregler, og i lovforslaget foreslås de gældende regler justeret og i visse tilfælde suppleret med direktivets regler.<sup>(7)</sup>

Under lovbehandlingen har særligt de foreslåede justeringer af CFC-reglerne givet anledning til vanskeligheder. Blandt andet er det fra flere erhvervsorganisationers side med rette blevet fremført, at de foreslåede CFC-regler går videre, end hvad der efter direktivet er nødvendigt, og at reglerne vil medføre betydelige administrative byrder.<sup>(8)</sup> Især den foreslåede udvidelse vedrørende anden indkomst

fra immaterielle aktiver (såkaldte *embedded royalties*) påkaldte sig i den forbindelse kritik.<sup>(9)</sup>

Vanskelighederne medførte, at det oprindelige lovforslag (L 28) blev delt i to. Behandlingen af forholdene vedrørende CFC-beskatning blev derved udskudt til senere (L 28 B), således at ændringerne vedrørende rentefradragsbegrænsning, exitbeskatning, den generelle omgåelsesklausul og hybride mismatch kunne vedtages inden udgangen af 2018 (L 28 A).<sup>(10)</sup> I skrivende stund vides det ikke, hvornår L 28 B om ændring af CFC-reglerne vil blive færdigbehandlet, idet Skatteministeriet blot har oplyst, at der er behov for mere tid til at få afdækket virkningerne af de foreslåede regler, så det kan sikres, at de rammer som tilsigtet.<sup>(11)</sup> Dog står det klart, at Danmark dermed ikke evner at overholde tidsfristen for implementeringen af direktivets CFC-bestemmelse, da denne i direktivet er fastsat til 31. december 2018.

På den baggrund behandles i nærværende artikel udelukkende de ændringer, som blev vedtaget den 20. december 2018, dvs. ændringerne vedrørende rentefradragsbegrænsning, exit-beskatning, den generelle omgåelsesklausul og hybride mismatch (L 28 A). Vægten er lagt på at fremhæve de punkter, hvor implementeringen materielt ændrer dansk ret, samt på at identificere de forhold, som fremadrettet må forventes at få størst betydning for de omfattede skatteydere.<sup>(12)</sup> Den generelle omgåelsesklausul gives i den forbindelse særlig opmærksomhed. For en oversigt, se nedenfor.

FIGUR 1 (EGEN TILVIRKNING). HOVEDELEMENTER I L 28 A (2018/2019) ANGÅENDE IMPLEMENTERINGEN AF ATAD

Type værnsregel	ATAD-bestemmelse	OECD-rapport	Dansk bestemmelse	Ændringens indhold
Rentefradragsbegrænsning	Artikel 4	BEPS Action 4	SEL § 11 C	EBIT-reglen erstattes af en EBITDA-regel
Exit-beskatning	Artikel 5	n/a	SEL § 5, stk. 7, § 8, stk. 4 og 5, § 26 og § 27	Visse justeringer, bl.a. vedr. henstand og indgangsværdier
Generel omgåelsesklausul (GAAR)	Artikel 6	BEPS Action 6	LL § 3	Udvidelse af geografisk og subjektivt anvendelsesområde
Hybride mismatch	Artikel 9	BEPS Action 2	Ny SEL § 8 C og 8 D	SEL §§ 2 A og 2 B ophæves og anvendelsesområdet for LL 5 G indsnævreres

Type værnsregel	ATAD-bestemmelse	OECD-rapport	Dansk bestemmelse	Ændringens indhold
Omvendte hybride mismatch	Artikel 9a	BEPS Action 2	SEL § 2 C	Justering af SEL § 2 C
Mismatch mellem skattemæssige hjemsteder	Artikel 9b	BEPS Action 2	Ny SEL § 8 E	Modvirkning af dobbeltfradrag ved dobbeltdomicil

## 2. Rentefradragsbegrænsning

Danmark har i egen optik i mange år været på forkant med bekæmpelse af skatteundgåelse, herunder også i forhold til rentefradragsbegrænsningsregler.(13) Skatteundgåelsesdirektivets artikel 4 kræver nu, at alle medlemsstater nægter fradrag for renteudgifter mv., hvis visse nærmere betingelser er opfyldt. På trods af denne anledning til at forenkle og harmonisere de danske rentefradragsbegrænsningsregler til den internationale standard efter OECD's BEPS-projekt og skatteundgåelsesdirektivets artikel 4 har lovgiver ved den danske implementering tilstræbt at gennemføre så få ændringer af reglerne som muligt, uagtet at de danske rentefradragsbegrænsningsregler går videre end minimumsforpligtelsen i skatteundgåelsesdirektivet.(14)

Danmark vil således fremadrettet fortsat operere med tre rentefradragsbegrænsningsregler:

1. Tynd kapitalisering
2. Renteloft-regel
3. EBITDA-regel (ny)

Selskaber vil således fortsat ikke have fradrag for renteudgifter og kurstab på kontrolleret gæld, såfremt selskabets (koncernens) gæld, set i forhold til egenkapitalen, overstiger forholdet 4:1 ved udløbet af indkomståret efter reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11.

Selskaber vil ligeledes fortsat ikke have fradrag for nettofinansieringsudgifter, som overstiger selskabets aktivmasse multipliceret med standardrenten (2019: 2,7%) efter renteloftsreglen i SEL § 11 B. Nettofinansieringsudgifterne er defineret bredt og omfatter nettorenteudgifter, nettoprovisioner, nettotab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter, nettoleasingudgifter samt nettoaktieindkomst. Der vil dog altid være fradrag for nettofinansieringsudgifter op til grundbeløbet på 21,3 mio.kr.

Nyt er det, at den eksisterende EBIT-regel i SEL § 11 C afløses af en EBITDA-regel, som følge af implementeringen af skatteundgåelsesdirektivets artikel 4. Fremover vil selskaber og fonde således ikke have fradrag for såkaldte "overstigende låneomkostninger" ud over 30% af selskabets skattepligtige indkomst før overstigende låneomkostninger og afskrivninger

$$\text{Ny procentsats} = \frac{\text{Koncernens samlede nettofinansieringsudgifter}}{\text{Koncernens resultat før nettofinansieringsudgifter samt af- og nedskrivninger}}$$

Koncernselskaber har dermed efter *koncernreglen* i visse situationer mulighed for at anvende en højere EBITDA-grænse end 30%. Opgørelsen sker på baggrund af koncernens konsoliderede regnskab og derved ud fra de regnskabsmæssige opgørelser og værdier. Det betinges, at det konsoliderede årsregnskab er opgjort i overensstemmelse med regnskabsstandarden i årsregnskabsloven (kapitel 14 eller nævnt i årsregnskabslovens § 112, stk. 2, nr. 2), og at det er revideret af personer, der er godkendt i medfør af den

(EBITDA).(15) Selskaber, der indgår i en sambeskatning efter §§ 31 eller 31 A, skal opgøre EBITDA samt overstigende låneomkostninger samlet, hvilket ligeledes er tilfældet efter renteloftsreglen.(16)

Overstigende låneomkostninger defineres ligesom nettofinansieringsudgifterne i renteloftsreglen, dog uden medregning af nettoaktieindkomst, hvorved der altså fremadrettet opereres med forskellige begreber i rentefradragsbegrænsningsreglerne.(17) Den ændrede definition skal ses i lyset af skatteundgåelsesdirektivet, som definerer de overstigende låneomkostninger som det beløb, hvormed de fradragsberettigede låneomkostninger overstiger de skattepligtige *renteindtægter og anden økonomisk tilsvarende skattepligtig indkomst*. Derved synes det at være lovgivers vurdering, at det ikke er tilladt at medtage positiv aktieindkomst i opgørelsen af de overstigende låneomkostninger.(18) Lignende overvejelser synes ikke umiddelbart gjort i forhold til eksempelvis finansielle kontrakter, hvor både nettogevinst og nettotab fortsat indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifter (SEL § 11 B) og de overstigende låneomkostninger (SEL § 11 C).(19)

Fremadrettet vil der efter SEL § 11 C være fradrag for overstigende låneomkostninger op til et grundbeløb på 22.313.400 kr.(20) På trods af opfordringer til at afstemme grundbeløbene i renteloftsreglen (21.300.000 kr.) og EBITDA-reglen (22.313.400 kr.) vil der altså fremadrettet blive opereret med forskellige grundbeløb i rentefradragsbegrænsningsreglerne.(21)

Beskårne overstigende låneomkostninger kan fremføres til fradrag i efterfølgende indkomstår. Det fremgår specifikt af overgangsreglen i lovens § 8, stk. 11, at beskårne nettofinansieringsudgifter efter den gamle bestemmelse i SEL § 11 C kan fremføres til fradrag efter den nye SEL § 11 C. Nyt er det, at uudnyttet rentefradragskapacitet (EBITDA) kan fremføres i de fem efterfølgende indkomstår efter den nye SEL § 11 C.(22)

Særligt interessant er det ligeledes, at Danmark vælger at indføre den såkaldte *group ratio rule*, der på dansk kan benævnes *koncernreglen*.(23) Selskaber, der indgår i en koncern efter SEL § 31 C, kan således på baggrund af det konsoliderede koncernregnskab i stedet for procentsatsen på 30% anvende den procentsats, der fremkommer ved at benytte følgende formel:

nationale lovgivning, hvor koncernens ultimative moderselskab er hjemmehørende.

Den nye EBITDA-regel omfatter ikke finansielle selskaber, herunder visse forsikringselskaber, kreditinstitutter, pensionskasser mv.(24) Koncerner (efter SEL § 31 C) kan dog vælge, at de finansielle selskaber – med undtagelse af livforsikringselskaber – også skal inddrages under anvendelsen af EBITDA-reglen. Et sådant valg er bindende for moderselskabet i en periode på 10 år

(både til- og fravalg) og gælder samtlige finansielle selskaber i koncernen. Ved udløbet af den 10-årige periode kan en ny 10-årsperiode tilvælges, mens et manglende tilvalg vil medføre, at medregning af de finansielle selskaber tidligst kan tilvælges igen efter 10 indkomstår.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at Danmark har valgt ikke at benytte skatteundgåelsesdirektivets muligheder for at fritage selvstændige enheder (*stand-alone entities*), eksisterende lån (*grandfathering clause*) eller visse infrastrukturprojektlån (*public infrastructure*) fra EBITDA-reglens anvendelsesområde.

Samlet set vil implementeringen af direktivets artikel 4 medføre større forskellighed mellem de interne danske rentefradragsbegrænsningsregler, men dog for så vidt angår SEL § 11 C en større ensartethed i forhold til rentefradragsbegrænsningsreglerne i øvrige EU-lande.(25)

### 3. Exit-beskatning

Skatteundgåelsesdirektivets artikel 5 medfører, at alle EU-lande skal have regler om exitbeskatning af selskaber mv. fra 1. januar 2020. Exitbeskatning var ikke en del af OECD's BEPS projekt, men sådanne regler er altså alligevel fundet nødvendige i en EU-kontekst for at sikre, at medlemsstaterne opkræver skat af den økonomiske værdi af enhver kapitalgevinst, der er skabt på dens område.(26) Direktivet fastsætter således minimumskrav for exitbeskatningen, mens EU-Domstolens praksis omvendt sætter et øvre loft for, hvor streng exitbeskatningen kan være, herunder i forhold til henstand mv.(27)

Exit er kendetegnet ved, at en medlemsstat helt eller delvist mister retten eller evnen til at beskatte et skattesubjekt af urealiserede gevinster efter en fraflytning eller overførsel. Direktivets artikel 5 definerer følgende fire exit-situationer:

- Et selskab overfører aktiver fra sit hovedsæde til sit faste driftssted i en anden medlemsstat eller i et tredjeland, for så vidt som den medlemsstat, hvor hovedsædet er beliggende, på grund af overførslen ikke længere har ret til at beskatte de overførte aktiver.(28)
- Et selskab overfører aktiver fra sit faste driftssted i en medlemsstat til sit hovedsæde eller et andet fast driftssted i en anden medlemsstat eller i et tredjeland, for så vidt som den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende, på grund af overførslen ikke længere har ret til at beskatte de overførte aktiver.
- Et selskab flytter sit skattemæssige hjemsted til en anden medlemsstat eller til et tredjeland, med undtagelse af de aktiver der i praksis reelt forbliver knyttet til et fast driftssted i den første medlemsstat.(29)
- Et selskab overfører den virksomhed, som dets faste driftssted viderefører, fra en medlemsstat til en anden medlemsstat eller til et tredjeland, for så vidt som den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende, på grund af overførslen ikke længere har ret til at beskatte de overførte aktiver.(30)

Det følger af direktivets artikel 5, at medlemsstaterne i ovennævnte situationer skal sikre, at et selskab er skattepligtigt af et beløb svarende til markedsværdien af de overførte aktiver på aktivernes udflytningstidspunkt minus deres skattemæssige værdi. Formuleringen "er skattepligtig" i direktivet forekommer lidt upræcis, da det næppe kræves, at medlemsstaterne beskatter urealiserede gevinster på **alle** aktiver, herunder eksempelvis skattefri datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, men i stedet at aktiverne skal anses for afstået til markedsværdien. En sådan forståelse er også i tråd med præambelen til direktivet, hvoraf det fremgår, at exitskat har til formål at sikre, at en stat opkræver skat,

*selv om denne gevinst endnu ikke er blevet realiseret på udflytningstidspunktet, samt at retten til beskatning bør fastsættes på nationalt niveau.* Markedsværdien skal fastslås på grundlag af armslængdeprincippet og er defineret som det beløb, et aktiv kan handles for, eller for hvilket gensidige forpligtelser mellem villige, ikke-forbundne købere og sælgere kan opgøres i en direkte transaktion.(31)

Ovenstående betingelser og retsvirkninger synes allerede at følge af de danske regler om exitbeskatning i SEL § 5, stk. 7, og SEL § 8, stk. 4 og 5. De danske exit-beskatningsregler var således allerede i stor stil indrettet i overensstemmelse med direktivet, hvorfor kun mindre justeringer har været nødvendige, herunder i forhold til henstand efter SEL §§ 26 og 27.(32)

Det følger af direktivet, at der kan gives henstand med betaling af exitskat ved afdrag over fem år. Henstand er dog kun tilladt ved exit, som defineret ovenfor, til EU-lande eller til et tredjeland, som er part i EØS-aftalen og har indgået en aftale om gensidig bistand ved inddrivelse af skattekrav svarende til Rådets direktiv 2010/24/EU.(33) Dette er implementeret i Danmark ved en nyaffattelse af SEL § 26, stk. 1, 1. pkt. og SEL § 27, stk. 2-5, således at der fremadrettet kun ydes henstand ved exit til EU-lande samt EØS-landene Island og Norge. Liechtenstein omfattes ikke, grundet manglende aftale om gensidig bistand ved inddrivelse af skattekrav.(34)

Henstandsperioden nedsættes til maksimalt 5 år (minimumsafdrag på 1/5 årligt), og der er samtidig ikke længere krav om afdrag i takt med, at der oppebæres indtægter fra de udflyttede aktiver, som skulle have været medregnet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, hvis aktivet fortsat havde været omfattet af dansk beskatning. Den resterende henstandssaldo forfalder til betaling, såfremt:

- Aktiverne og passiverne afstås.
- Aktiverne og passiverne overføres til et hovedkontor eller et fast driftssted beliggende i et "ikke-henstandsberettiget" land.
- Selskabet eller foreningen mv. bliver skattemæssigt hjemmehørende, herunder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, i et "ikke-henstandsberettiget land", dog ikke i det omfang aktiverne og passiverne bliver tilknyttet et fast driftssted beliggende i et "henstandsberettiget land".
- Selskabet eller foreningen mv. opløses eller går konkurs.
- Selskabet eller foreningen mv. ikke opfylder sine forpligtelser til at afdrage på henstandsbeløbet og ikke bringer situationen i orden i løbet af 12 måneder.(35)

Adgangen til at vælge henstand gælder fortsat ikke for lagerbeskattede aktiver og passiver.(36)

Direktivet tillader, men kræver ikke, at medlemsstaterne kan opkræve renter af henstandssaldoen. Ligeledes kan medlemsstaterne kræve sikkerhedsstillelse, såfremt der er en påviselig og reel risiko for manglende inddrivelsesmulighed, og den skyldige skat ikke kan opkræves gennem et andet skattesubjekt (koncernselskab), som er skattemæssigt hjemmehørende i den pågældende medlemsstat.(37) I dansk sammenhæng har lovgiver holdt fast i, at henstandsbeløbet skal forrentes med en rentesats på 1 procentpoint over Nationalbankens diskonto, dog mindst med 3% p.a., mens der ikke i Danmark vil være krav om sikkerhedsstillelse.(38)

Sluttelig skal det bemærkes, at hvis aktiverne, det skattemæssige hjemsted eller den virksomhed, der videreføres af et fast driftssted, overføres eller flyttes til en anden medlemsstat (tilflytningssstaten), så skal denne anden medlemsstat anvende den værdi, der blev fastslået af den første medlemsstat (fraflytningssstaten), som den

skattemæssige indgangsværdi (step-up), medmindre denne ikke afspejler markedsværdien.(39) Der er ikke indført særlige tvistbilægelsesmekanismer til håndtering af uenighed herom, men tvistløsningsmulighederne er forbedret ved den samtidige implementering af direktivet om skattetvistbilægelse. Det følger fortsat af de danske skatteregler, at aktiver og passiver skal anses for erhvervet til handelsværdien på tilflytningstidspunktet eller tidspunktet for overførslen af aktiverne og passiverne.(40) Dog gælder det på nuværende tidspunkt i forhold til tilflytning, at der ikke skal fastsættes anskaffelsessum på goodwill eller andre immaterielle aktiver i det omfang, disse var oparbejdet af selskabet selv, samt at afskrivningsberettigede aktiver anses for erhvervet til den faktiske anskaffelsessum afskrevet maksimalt efter danske regler indtil tilflytningstidspunktet eller handelsværdien på tilflytningstidspunktet, såfremt denne er lavere.(41) Dette ændres, således at der nu også opnås step-up på goodwill og andre immaterielle aktiver og afskrivningsberettigede aktiver, såfremt flytningen har medført udenlandsk beskatning af eventuelle afskrivninger, gevinster og tab i overensstemmelse med direktivet.(42)

Samlet set har skatteundgåelsesdirektivets regler om exitbeskatning således kun givet anledning til visse ændringer af de danske exitsskatte regler for selskaber.

#### 4. Generel lovfæstet omgængelsesklause

Med henblik på at etablere så finmasket et net som muligt til hindring af skatteundgåelse indeholder skatteundgåelsesdirektivet tillige en generel værnsregel, dvs. en såkaldt GAAR (General Anti Abuse Rule), jf. direktivets artikel 6. Bestemmelsen skal supplere de øvrige specifikke bestemmelser, og skal finde anvendelse, hvor de specifikke regler ikke finder anvendelse.(43) Denne generelle omgængelsesklause har et potentielt bredt anvendelsesområde, som går videre end de grænser, EU-domstolen hidtil har opstillet, og indeholder derfor betydelige usikkerheder.(44)

Skatteundgåelsesdirektivets artikel 6 er ganske kort, og den danske implementering er sket i form af en nyaffattelse af LL § 3. I det væsentlige er bestemmelsen identisk med den tidligere GAAR fra moder-/datterselskabet, dog med de justeringer der følger af det bredere anvendelsesområde for GAAR'en i skatteundgåelsesdirektivet. Den danske implementering svarer dermed til ordlyden af direktivets artikel 6.

##### 4.1 RETSFØLGE

Konsekvensen, hvis bestemmelsen finder anvendelse, er, at skattepligtige selskaber og foreninger mv. ved indkomstopgørelsen og skatteberegningen skal se bort fra arrangementer eller serier af arrangementer.(45) Det følger endvidere, at GAAR'en kan medføre en bortseelse fra specifikke trin eller dele af et arrangement, uden at øvrige trin eller dele af et arrangement berøres.(46)

Når et arrangement er tilsidesat, opstår følgende spørgsmålet om, hvad der skal træde i stedet. Direktivet henviser i den forbindelse til national ret. I LL § 3, stk. 3, er dette implementeret således, at indkomstopgørelsen og skatteberegningen i stedet skal foretages på baggrund af det reelle arrangement eller den reelle serie af arrangementer. Det er højst uklart, hvad det reelle arrangement udgør og dermed, hvad det af skatteyderen valgte arrangement skal erstattes med.(47)

I forarbejderne angives ganske få retningslinjer. Det anføres dog, at en beskatning, der sker på baggrund af det reelle arrangement eller serie af arrangementer eksempelvis kan være, at anvendelsen påvirker, *hvem* der i realiteten modtager en betaling, *hvad* der modtages eller *på hvilket tidspunkt*, betalingen modtages.(48)

##### 4.2 RETSFAKTUM

I det store hele er rets faktum i den nye GAAR identisk med den hidtidige internationale GAAR i LL § 3. Det geografiske anvendelsesområde er dog ændret, således at bestemmelsen fremover også gælder for nationale danske forhold. Hertil kommer, at bestemmelsens subjektive anvendelsesområde er ændret, således at den fremover omfatter selskaber omfattet af SEL § 1 og 2 og fonde og foreninger omfattet af FBL § 1. Således gælder bestemmelsen også for udenlandske selskaber mv., som har fast driftssted i Danmark eller som er begrænset skattepligtige af udbytte-, rente-, eller royaltybetalinger. Endvidere er det eksplicit fremhævet, at bestemmelsen gælder for udenlandske selskaber, der deltager i en international samsbeskatning, eller som er omfattet af CFC-reglerne.(49) Hertil kommer, at GAAR'en finder anvendelse for kulbrintebeskattede selskaber, herunder såvel ved selskabsbeskatningen som efter særreglerne i kulbrintebeskatningsloven.(50)

Som en yderligere og klar udvidelse indebærer det nyindsatte stk. 4, at bestemmelsen også finder anvendelse for andre deltagere i arrangementerne eller serierne af arrangementer, når deltagerne er skattepligtige omfattet af KSL § 1 eller 2 (dvs. fysiske personer) eller dødsboskatte loven.

Der er ikke tiltænkt nogen materiel ændring i misbrugsvurderingen i forhold til den hidtidige bestemmelse,(51) og af direktivets artikel 6 såvel som af LL § 3, stk. 1, kan der udledes følgende fem kumulative betingelser, som belyses nærmere nedenfor.(52)

Der skal være tale om:

1. et arrangement eller serier af arrangementer,
2. der er tilrettelagt med det hovedformål eller med et af hovedformålene,
3. at opnå en skattefordel,
4. som virker mod indholdet af eller formålet med gældende skatteret, og
5. som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder.

Arrangementer eller serier af arrangementer betragtes som værende ikke-reelle i det omfang, de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

##### *Ad. 1. Arrangementer eller serier af arrangementer*

Der er næppe nogen tvivl om, at vendingen *ethvert arrangement eller enhver transaktion* skal fortolkes bredt og således omfatter enhver aftale, fælles forståelse, ordning, transaktion eller serie af transaktioner, uanset om de er retsgyldige eller ej.(53) Dette omfatter særligt enhver stiftelse, overdragelse, erhvervelse eller overførsel af indkomst, formue eller rettighed i relation til indkomstskabelsen. Vendingen omfatter endvidere arrangementer vedrørende etablering og kvalifikation. Et arrangement kan endvidere omfatte flere trin eller dele.

##### *Ad. 2. Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller med et af hovedformålene*

Denne betingelse kan anskues som det subjektive element i omgængelsesklause n. En umiddelbar læsning fører til, at det ikke kræves, at det eneste formål er at opnå en skattefordel. Endda kræves det ikke engang, at der er tale om, at skattefordelen udgør et *dominant, principal, essential* eller *main purpose*. I stedet synes det tilstrækkeligt, at blot et af hovedformålene er at opnå en skattefordel.(54) Der findes desværre ikke på nuværende tidspunkt nogen retningslinjer til brug for afgrænsningen mellem hovedformål og biformal.(55) Denne betingelse synes således at være let at opfylde for skatteforvaltningen.

### Ad. 3. At opnå en skattefordel

I praksis er dette kriterium centralt, idet det lader til, at det er heri skatteforvaltningen tager sit udgangspunkt for at konstatere, om der foreligger et misbrug. Her skal der særligt sikres en balance i, at en skattebesparelse ikke automatisk udtrykker noget ikke-reelt. Kriteriet omfatter formentlig også minoritetsaktionærer, som ikke selv har været vidende om en involvering i et omfattet skattemisbrug.

### Ad 4. Som virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten

Denne betingelse kan anskues som den objektive test i omgængelsesklausulen, hvilket synes at være inspireret af den traditionelle vurdering fra EU-domstolen vedrørende misbrugstilfælde.(56) Ved denne vurdering skal det således undersøges, om et givet resultat virker mod indholdet af eller formålet med skatteretten.

Skatteforvaltningen skal fortsat foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurderingen af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør et misbrug i strid med formålet og hensigten med skatteretten. I lyset af det bredere anvendelsesområde til at gælde hele indkomstskatteretten henvises der nu til formålet med skatteretten som helhed. Dette er selvsagt noget diffust. I bemærkningerne angives det om denne vurdering, at der herved vil skulle inddrages både *formål med den enkelte bestemmelse og de overordnede principper, som skattereglerne er baseret på.*(57) Det kunne tillige hævdes, at formålet skal forstås i lyset af de overordnede formål med skatteundgåelsesdirektivet, herunder at lade beskatningen ske, hvor værdien skabes.(58)

De, som følger skatteretten tæt, vil vide, at dansk skatteret kun i begrænset omfang er så teoretisk og principforankret som i visse andre lande. Dermed kan det blive vanskeligt at fremvise konkrete principper til brug for fortolkningen af LL § 3, og det er således en risiko, at det absolut væsentligste hensyn i skatteretten, nemlig provenuindbringelsen, kan påberåbes. Dermed vil ethvert arrangement, som reducerer skatteprovenu i forhold til andre mulige fremgangsmåder potentielt være i farezonen i forhold til LL § 3.

Skatteministeren har oplyst, at der ved *formål* naturligt må forstås det udtrykkelige formål, som en bestemt skatteregel har i henhold til bestemmelsens forarbejder. Endvidere har skatteministeren udtalt, at der vil kunne være tilfælde, hvor indrømmelse af en skattefordel kan hævdes ikke at ville *virke mod* det udtrykkelige formål bag reglen, men hvor det er mere naturligt at udtrykke det således, at skattefordelen vil virke mod reglens hensigt.(59)

### Ad 5. Som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder

Det sidste krav er, at arrangementet under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder skal anses som værende ikke reelt. I medfør af LL § 3, stk. 2, afgøres realiteten i et arrangement ved en vurdering af, om de enkelte trin eller dele af et arrangement er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, som afspejler den økonomiske virkelighed.

Et sådant realitetskrav er ukendt i den EU-retlige begrebsverden. I stedet har begrebet *kunstig (artificial)* hidtil spillet en betydelig rolle.(60)

Ved vurderingen af, om et arrangement er reelt, skal der tages hensyn til alle relevante forhold og omstændigheder, herunder den samlede koncerns forhold. Det tilkendegives klart, at skatteminimering ikke anses som en velbegrundet kommerciel årsag.(61) På den anden side er opnåelse af skattefordele ved opfyldelse af objektive kriterier heller ikke i sig selv et udtryk for misbrug af reglerne.(62) Der er tale om en vanskelig balance

mellem på den ene side det overordnede hensyn til at modvirke misbrug og på den anden side virksomhedernes mulighed for at indrette deres forhold og strukturer, som de ønsker.

## 4.3 KONKRETE NYE EKSEMPLER PÅ ANVENDELSESOMRÅDET

I forbindelse med lovbehandlingen er skatteministeren blevet forelagt nogle konkrete spørgsmål vedrørende anvendelsesområdet for LL § 3. Således har Advokatrådet i deres høringssvar bedt ministeren om at forholde sig til et konkret eksempel, hvor en skatteyder (hovedaktionær) ønsker at indskyde egenkapital i sit selskab, og dette gennemføres ved en formel selskabsretlig kapitalforhøjelse alene med henblik på at undgå en mulig tilskudsbeskatning ved en direkte kontooverførsel. Til dette svarede skatteministeren, at lovgivningen giver mulighed for at benytte forskellige måder til at indskyde kapital i et selskab, og at disse måder vil have forskellige skattemæssige virkninger. Baseret på Advokatrådets kortfattede beskrivelse er der ikke tale om, at hovedaktionæren misbruger reglerne blot ved at vælge den mest fordelagtige struktur til forretningsaktiviteten, og den skattemæssige virkning heraf er i overensstemmelse med skattereglernes formål og indhold.(63)

Under lovbehandlingen blev der yderligere fremhævet konkrete eksempler, som Skatteministeriet blev bedt om at forholde sig til:

1. Kan det lægges til grund, at dispositioner, som hidtil har været anerkendt af Skatterådet eller domstolene, ikke omfattes af LL § 3?(64)
2. Vil eksisterende holdingselskaber, der er etableret af fysiske personer som hovedaktionærer med det formål at opbevare skattefri udbytter på datterselskabsaktier og at foretage en passiv genplacering heraf, være omfattet af GAAR'en?(65)
3. Vil eksisterende holdingselskaber, der er etableret af fysiske personer som hovedaktionærer, med det formål at opnå nedsættelse af udbyttebeskatningen og at opnå skattefritagelse for avancer på noterede porteføljeaktier, være omfattet af GAAR'en?(66)
4. Vil en typisk *debt-push-down* struktur, hvor der etableres et dansk holdingselskab, der optager rentebærende gæld til overliggende aktionærer, som herefter via dansk sambeskatning udligner renteudgifterne med driftsindkomst fra den danske koncern, være omfattet?(67)
5. Vil en struktur, som hidtil fra været fritaget fra mellemholdingreglerne grundet en "god" majoritetsaktionær, være omfattet af bestemmelsen?(68)
6. Vil LL § 3 ændre den praksis, der er etableret med SKM2003.482.HR Overhold, om muligheden for at udnytte fremførte underskud, så længe man overholder særreglerne om udnyttelse af fremførte underskud i SEL § 12 D?(69)
7. Vil LL § 3 ændre den praksis der er kommet til udtryk i SKM2006.749.HR Finwill i det såkaldte elevatorkompleks?(70)
8. Kan en skattefri fusion, der opfylder betingelser i fusionsskatteloven, blive omfattet af bestemmelsen med den konsekvens, at fusionen bliver skattepligtig, og hvorledes kan en selskabsretligt gyldig fusion kunne blive anset for at være ikke-reel?(71)
9. Kan skattefri omstruktureringer uden tilladelse i medfør af det objektive system blive omfattet af LL § 3 med den konsekvens, at omstruktureringen bliver skattepligtig, og hvorledes kan en selskabsretligt gyldig spaltning, aktieombytning eller tilførsel af aktiver blive anset for at være ikke-reel?(72)

10. Kan et selskab, der vælger at tilbagebetale overskudslikviditet til sine aktionærer gennem tilbagekøb af egne aktier, blive omfattet af LL § 3, hvis denne transaktion er skattefri i modsætning til en udbytteudlodning, og hvorledes kan en sådan disposition anses for at være ikke-reel?
11. Vil en ombytning af aktier, som medfører at alle selskabsdeltagere kan modtage skattefri udbytter i modsætning til situationen før ombytningen, være omfattet af GAAR'en?(73)

Beklageligvis har skatteministeren ikke anerkendt det store behov for klare retningslinjer, som opstår i kølvandet på en GAAR, der er så fremmed for dansk ret, og som medfører stor usikkerhed. Ovenstående punkt 2-3 blev alene besvaret med, at der efter GAAR'en vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition, som også kan omfatte nationale forhold.(74) Konkret i forhold til anvendelsen af holdingselskaber blev det udtalt, at etablering af en given holdingstruktur ikke i sig selv kan medføre, at GAAR'en finder anvendelse. Dansk skatteret indeholder således ikke en forpligtelse til at udloede udbytter fra et selskab til privatsfæren og dermed til at lade udbyttet beskattes hos den fysiske person.(75) Det er således anerkendt, at aktionærerne kan vælge at lade kapitalen forblive i deres selskaber, herunder i et eventuelt holdingselskab.(76) Dog tages afslutningsvis det forbehold, at LL § 3 kan finde anvendelse, hvis det konkret måtte vise sig, at der er tale om et arrangement, som er tilrettelagt med det formål at opnå en uberettiget skattefordel.(77)

I forhold til spørgsmål 4 udtalte skatteministeren, at det ikke kan bekræftes, at GAAR'en ikke finder anvendelse, blot fordi der allerede eksisterer et værn til at imødegå udtynding af beskatningsgrundlaget med finansieringsomkostninger.(78) Tilsvarende bemærkede skatteministeren i forhold til spørgsmål 5, at det ikke udelukker en anvendelse af LL § 3, at mellemholdingsreglerne konkret ikke finder anvendelse.(79)

De fleste øvrige af ovenstående spørgsmål blev besvaret med, at der vil være tale om en konkret vurdering af den enkelte disposition, og at det således beror på en konkret bedømmelse, om dispositionen i det konkrete tilfælde må anses for at være tilrettelagt af velbegrundede årsager. Det udtales, at da tidligere afgørelser er foretaget på et andet grundlag, kan der derfor ikke siges noget generelt om, hvordan de konkrete situationer vil blive bedømt efter den nye GAAR.(80)

#### 4.4 BEVISBYRDE

Det er op til den enkelte medlemsstats skattemyndighed at vurdere, om et arrangement udgør misbrug.(81) Ved denne vurdering skal skattemyndigheden foretage en objektiv analyse og inddrage alle relevante faktiske forhold og omstændigheder samt overholde proportionalitetsprincippet. Endvidere skal skattemyndigheden påvise, at indrømmelse af en given fordel vil være i strid med skatterettens formål. Derudover skal medlemsstaternes skatteadministration både vurdere, om et arrangement i dets helhed er reelt, og vurdere, om de enkelte dele af arrangementet på standalone basis er reelle.(82) Først i det tilfælde, hvor skattemyndigheden løfter denne bevisbyrde, påhviler det den skattepligtige at godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.

#### 4.5 FORELÆGGELSE FOR SKATTERÅDET

Skatterådet får fornyede arbejdsopgaver som følge af LL § 3, stk. 7. Det fremgår heraf, at told- og skatteforvaltningen altid skal forelægge GAAR-sager for Skatterådet. Den almindelige frist for at træffe en afgørelse er forlænget med en måned, og anses for

brudt på det tidspunkt, hvor Skatteforvaltningens indstilling til afgørelse fremsendes til Skatterådet.

Det skal blive interessant at se, hvordan skatteydere, myndigheder og domstole vil håndtere den generelle omgængelses klausul i LL § 3, da bestemmelsens geografiske og subjektive anvendelsesområde er blevet væsentligt udvidet, og da bestemmelsens ordlyd efterlader en betydelig fortolkningsusikkerhed. Der vil utvivlsomt gå adskillige år før der vil eksistere tilstrækkelig retspraksis til, at retstilstanden er afklaret. Samtidig vil skattemyndighederne utvivlsomt teste rækkevidden heraf, med betydelig usikkerhed til følge.

### 5. Hybride mismatch

Skatteundgåelsesdirektivets art. 9, 9a og 9b indeholder regler, der skal hindre skatteplanlægning baseret på situationer, hvor landenes forskellige kvalifikation fører til såkaldte mismatch, dvs. kort fortalt situationer resulterende i fradrag uden medregning (*deduction no inclusion*), dobbelt fradrag (*double deduction*) eller dobbelt ikke-beskatning (*double non-taxation*). Førstnævnte artikel indeholder en generel regel om hybride mismatch, mens de to sidstnævnte udgør specialbestemmelser om henholdsvis omvendte hybride mismatch og mismatch mellem skattemæssige hjemsteder. Der er tale om ganske komplicerede og fyldige bestemmelser, der finder anvendelse, uanset om mismatchene opstår i relation til et andet EU-land eller et tredjeland.(83) På den baggrund er det i litteraturen blevet betvivlet, om alle medlemsstaterne på konsistent vis vil være i stand til at implementere disse vanskelige regler.(84) Endvidere er det blevet diskuteret, hvorvidt reglerne er fuldt ud i overensstemmelse med den primære EU-ret.(85)

Som bekendt har Danmark allerede haft regler om hybride mismatch i en årrække. Lovgiver har dog med rette fundet, at direktivets mismatchbestemmelser medfører et behov for ændringer af de eksisterende danske regler, da bestemmelserne i direktivet på nogle punkter er mere robuste, og da direktivets systematik er en anden.(86) Som en konsekvens af direktivets komplekse og fyldige regler, er også de nu vedtagne ændringer af dansk ret ganske omfattende. I det følgende gives derfor kun en kortere præsentation heraf.

Helt overordnet ophæves de eksisterende regler i SEL § 2 A og 2 B om henholdsvis hybride mismatch og hybride finansielle instrumenter, da disse erstattes af en ny og bredere bestemmelse i SEL § 8 D. Endvidere indsnævres anvendelsesområdet for LL § 5 G, stk. 1 om dobbeltfradrag, da de regulerede forhold fremover imødegås via SEL §§ 8 D og 8 E. Til gengæld bibeholdes SEL § 2 C om omvendte hybride mismatch, idet bestemmelsen dog justeres, så den svarer til artikel 9a i direktivet. Sidstnævnte indebærer bl.a., at en større kreds af enheder eller filialer i Danmark fremover vil blive omfattet af reglen, idet reglen efter den nye formulering som udgangspunkt finder anvendelse, hvis en eller flere tilknyttede personer sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet.

Den ny bestemmelse i SEL § 8 D, stk. 1, fastslår, at selskaber og foreninger mv. ikke har fradrag i det omfang, et hybridt mismatch fører til dobbelt fradrag. Dog gives fradrag, hvis Danmark er betalerens jurisdiktion, og fradraget nægtes i investorens jurisdiktion. Endvidere kan der foretages fradrag i såkaldt dobbelt medregnet indkomst.

*Hybridt mismatch, dobbelt fradrag og dobbelt medregnet indkomst* er blandt de begreber, som er udførligt defineret i en ny definitionsbestemmelse indsat som SEL § 8 C. I denne bestemmelses stk. 4 har lovgiver endvidere forsøgt at afgrænse de nye reglers anvendelsesområde for at sikre, at reglerne alene finder

anvendelse i situationer, hvor der er en væsentlig risiko for skatteundgåelse. Afgrænsningen indebærer, at reglerne kun finder anvendelse, hvis mismatchresultatet er opstået mellem tilknyttede personer, mellem et skattesubjekt og en tilknyttet person, mellem enheden og det faste driftssted, mellem to eller flere faste driftssteder af samme enhed eller i forbindelse med et struktureret arrangement.(87)

Af SEL § 8 D, stk. 2, 1. pkt. fremgår, at der ikke gives fradrag for betalinger i det omfang, et hybridt mismatch fører til fradrag uden medregning (reglen benævnes i BEPS-terminologi som *the primary rule*). Dette gælder dog ikke, hvis situationen er dækket af moder-/datterselskabsdirektivets særregel, hvorefter datterselskabsudbytte bliver skattepligtigt, såfremt datterselskabet har haft fradrag for udbyttebetalingen til moderselskabet.(88)

I SEL § 8 D, stk. 2, 2. pkt., fastslås det, at betalinger skal medregnes i det omfang, et hybridt mismatch ellers ville give anledning til fradrag uden medregning, når fradraget ikke nægtes i betalerens jurisdiktion (reglen benævnes i BEPS-terminologi som *the defensive rule*). Bestemmelsen finder således kun anvendelse, når jurisdiktionen, hvorfra betalingen sker, ikke har lignende regler til at neutralisere hybride mismatch ved at nægte fradrag.(89)

Reglerne om hybride mismatch gælder også såkaldte importerede hybride mismatch, jf. SEL § 8 D, stk. 3. Med andre ord gives ikke fradrag for betalinger i det omfang, en sådan betaling direkte eller indirekte finansierer fradragsberettigede udgifter, der giver anledning til et hybridt mismatch gennem en transaktion eller en række transaktioner mellem tilknyttede personer, eller som indgår som led i et struktureret arrangement.(90) Denne begrænsning gælder dog ikke, hvis en af de jurisdiktioner, der er involveret i transaktionerne eller rækken af transaktioner, har foretaget en tilsvarende justering i forbindelse med et sådant hybridt mismatch.

Endelig fremgår det af SEL § 8 D, stk. 4, at der ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal medregnes den indkomst, der ellers ville blive henført til et tilsidesat fast driftssted i udlandet i det omfang, et hybridt mismatch omhandler indkomst fra et tilsidesat fast driftssted.(91) Bestemmelsen finder anvendelse i de situationer, hvor Danmark mener, at et dansk selskab har et fast driftssted i et andet land, hvorfor indkomsten ikke beskattes i Danmark, mens det andet land mener, at der ikke er et fast driftssted, og at indkomsten derfor burde beskattes i Danmark (dobbelt ikke-beskatning).

En ny regel til håndtering af mismatch mellem skattemæssige hjemsteder indføres i SEL § 8 E. Reglen skal modvirke dobbelt fradrag i situationer, hvor et selskab har dobbelt domicil, og indebærer, at et selskab ikke har fradrag for betalinger, udgifter og tab, som er fradragsberettiget i begge jurisdiktioner i det omfang, den anden jurisdiktion giver mulighed for, at betalingerne mv.

modregnes i indkomst, der ikke er dobbelt medregnet indkomst, jf. stk. 1. Selvom indkomsten ikke er dobbelt medregnet, gives der dog fradrag, hvis den anden jurisdiktion er medlem af EU, og selskabet efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst anses for hjemmehørende i Danmark i det omfang, den anden jurisdiktion nægter fradrag for betalinger, udgifter og tab, jf. stk. 2. Med andre ord bibeholdes fradragsretten i Danmark, hvis det andet EU-land nægter fradraget.(92) Endelig indeholder stk. 3 en regel, som medfører, at selskaber, der er dobbelt sambeskattet, nægtes fradrag for betalinger, udgifter og tab i det omfang, den anden jurisdiktion giver mulighed for, at betalingerne mv. modregnes i indkomst, der ikke er dobbelt medregnet indkomst. Der er tale om en videreførelse af LL § 5 G, stk. 1, 2. pkt. med visse modifikationer.(93)

Samlet set må det konstateres, at de danske regler om hybride mismatches efter skatteundgåelsesdirektivets implementering fremstår ganske brede og komplekse. Til trods for sidstnævnte må det bifaldes, at lovgiver på dette felt har lagt sig tæt op ad direktivets regler, idet betragtningerne i direktivet og BEPS-rapporterne om hybride mismatch derved lettere vil kunne anvendes som kilde til fortolkning.(94)

## 6. Afsluttende bemærkninger

I relation til implementeringen af skatteundgåelsesdirektivet i dansk ret indebærer vedtagelsen af L 28 A (2018/19) ændringer angående reglerne om exit-beskatning, reglerne om rentefradragsbegrænsning, omgængelsesklausulen i LL § 3 samt reglerne om hybride mismatch. Hvad førstnævnte regler angår, er der tale om mindre justeringer, mens der for så vidt angår de tre sidstnævnte regler generelt er tale om ganske betydelige ændringer. Især bliver det interessant at se, hvordan skatteydere, myndigheder og domstole vil håndtere den generelle omgængelsesklausul i LL § 3, da bestemmelsens geografiske og subjektive anvendelsesområde er blevet væsentligt udvidet, og da bestemmelsens ordlyd efterlader en betydelig fortolkningsusikkerhed. Samtidig bliver det interessant at følge de øvrige medlemslandes implementering af skatteundgåelsesdirektivet, og kun tiden kan vise om forsøget på en koordineret EU-tilgang til anbefalingerne i OECD's BEPS-projekt bliver en succes.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at det naturligvis er utilfredsstillende, at Danmark ikke rettidigt når at implementere skatteundgåelsesdirektivets artikel 7 og 8 om CFC-beskatning. Imidlertid må det samtidig anses for positivt, at lovgiver tilsyneladende har taget de mange indvendinger fra virksomheder og brancheorganisationer alvorligt. Det skal således også blive interessant at se, hvordan L 28 B om ændring af CFC-reglerne kommer til at tage sig ud.

- (1) Ph.d., Academic Advisor, CORIT Advisory og lektor, Copenhagen Business School.
- (2) Ph.d., Managing Director, CORIT Advisory samt professor Aalborg Universitet og adjungeret professor Aarhus Universitet.
- (3) Ph.d., Associate Partner, CORIT Advisory.
- (4) Direktivet består i realiteten af to direktiver, jf. 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, samt Rådets direktiv (EU) 2017/952 af 29. maj 2017 om ændring af direktiv (EU) 2016/1164, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande.
- (5) For yderligere om skatteundgåelsesdirektivets tilblivelse og vedtagelse se J. Bundgaard og P. Koerver Schmidt, Kommissionens forslag til et Anti-Tax Avoidance Directive, SR-Skat, 2016, p. 151-163 og samme i Anti-Tax Avoidance Direktivet er nu en realitet – Nye værnsregler og flere tvister i vente i EU, SR-Skat, 2016, p. 383-389. Se endvidere A.P. Dourado, The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?, Intertax, 2016, p. 440-446, O.R. Hoor et al., EU Commission Releases Draft Directive on BEPS: A Critical Analysis from a Luxembourg Perspective, European Taxation, 2016, p. 192-197 samt A. Navarro et al., The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive – Some Preliminary Thoughts, EC Tax Review, 2016, p. 117-131.
- (6) Jf. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action, COM (2015) 302 final. Se endvidere Commission Recommendation on the implementation of measures against tax treaty abuse, C (2016) 271 final, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, COM(2016) 25 final, Communication From the Commission to the European Parliament and the Council on an External Strategy for Effective Taxation, COM 2016 24 final samt Commission Staff Working Document, SWD(2016) 6/2.
- (7) Jf. de almindelige bemærkninger til L 28 (2018/19), afsnit 1.1.
- (8) Jf. f.eks. henvendelse af 26. oktober 2018 fra FSR, L 28 (2018/19), bilag 2.
- (9) For yderligere om kritikken i høringsfasen se høringskemaet til L 28 (2018/19), bilag 1.
- (10) Loven træder som udgangspunkt i kraft den 1. januar 2019. Dog gælder det, at ændringerne af reglerne om rentefradragsbegrænsning har virkning for indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 2019 eller senere, at ændringerne af reglerne om hybride mismatch mv. har virkning fra og med den 1. januar 2020, og at ændringerne af reglerne om exitbeskatning har virkning for overførsel af aktiver og passiver, hvor overførslen sker den 1. januar 2020 eller senere.
- (11) Jf. Betænkning afgivet af Skatteudvalget den 13. december 2018, L 28 (2018/19).
- (12) Direktivet finder anvendelse på alle skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en eller flere medlemsstater, herunder faste driftssteder i en eller flere medlemsstater for enheder, der er skattemæssigt hjemmehørende i et tredjeland, jf. direktivets artikel 1.
- (13) Jf. de almindelige bemærkninger til L 28 (2018/19).
- (14) Jf. de almindelige bemærkninger til L 28 (2018/19), afsnit 7. Se også Implementeringsrådets anbefaling om bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse af 14. marts 2017. Se endvidere OECD/G20, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 Final Report, 2015.
- (15) Jf. SEL § 11 C, stk. 1. I den skattepligtige indkomst indgår ikke medregnet indkomst, grundet CFC-reglerne, samt nettokurstab, der ikke beskæres efter SEL § 11 B, stk. 1, 3. pkt.
- (16) Jf. SEL § 11 C, stk. 6.
- (17) Jf. SEL § 11 C, stk. 3.
- (18) Se også A. Schnitger & I. Zafrir, The Interest Limitation Rule i P. Pistone & D. Weber (red.), The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comrehensive Study, IBFD 2018, p. 273.
- (19) Dog undtages herfra i visse tilfælde gevinst og tab på kontrakter (terminkontrakter m.v.), som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter.
- (20) Jf. SEL § 11 C, stk. 2.
- (21) Se også ministerens svar til henvendelser fra Danske Advokater og FSR – danske revisorer, L 28 (2018/19), bilag 1. FSR foreslog bl.a. en nedsættelse af grundbeløbet til 22,3 mio.kr.
- (22) Jf. SEL § 11 C, stk. 4 og 5.
- (23) Jf. SEL § 11 C, stk. 7. Se også OECD/G20, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 Final Report, 2015, para. 115-154 samt A. Schnitger & I. Zafrir, The Interest Limitation Rule i P. Pistone & D. Weber (red.), The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comrehensive Study, IBFD 2018, p. 281.
- (24) Jf. SEL § 11 C, stk. 8, samt artikel 2, nr. 5, i skatteundgåelsesdirektivet.
- (25) Grækenland, Frankrig, Slovakiet, Slovenien og Spanien har alle fået Kommissionens godkendelse til at udskyde implementeringen af direktivets artikel 4, da disse medlemsstater har nationale målrettede regler, som er lige så effektive som reglen om begrænsning af rentebetalinger i artikel 4, jf. Meddelelse fra Kommissionen om foranstaltninger, der anses for lige så effektive som artikel 4 i direktivet om bekæmpelse af skatteundgåelse (2018/C 441/01) af 7.12.2018 samt Kommissionens Forslag til Rådets Direktiv om et fælles selskabsskattegrundlag COM(2016) 685 final af 25.10.2016.
- (26) Se også Meddelelse fra Kommissionen om Exitbeskatning og behovet for samordning af medlemsstaternes skattepolitik KOM(2006)825 af 19. december 2006.
- (27) Jf. bl.a. sag C-371/11 National Grid Indus BV, sag C-261/11 Kommissionen mod Danmark og sag C-164/12 DMC. Se endvidere M. Tell, Exit Taxation within the European Union/European Economic Area – After Commission v. Denmark (C-261/11), European Taxation, 2014, p. 47-55 samt H. Vermeulen, Entrepreneurial, Corporate and Asset Emigration in Exit Taxation in the ATAD i Rule i P. Pistone & D. Weber (red.), The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comrehensive Study, IBFD 2018, p. 291-293.
- (28) En overførsel af aktiver er en handling, hvorved en medlemsstat mister retten til at beskatte de overførte aktiver, mens aktiverne forbliver under det samme skattesubjekts retmæssige eller økonomiske ejerskab.
- (29) En flytning af skattemæssigt hjemsted er en handling, hvorved et skattesubjekt ophører med at være skattemæssigt hjemmehørende i en medlemsstat, idet det bliver skattemæssigt hjemmehørende i en anden medlemsstat eller i et tredjeland.
- (30) En flytning af en virksomhed, der videreføres af et fast driftssted er en handling, hvorved et skattesubjekt ophører med at have en skattepligtig tilstedeværelse i en medlemsstat og opnår en sådan tilstedeværelse i en anden medlemsstat eller et tredjeland, uden at skattesubjektet bliver skattemæssigt hjemmehørende i medlemsstaten eller tredjelandet
- (31) Jf. skatteundgåelsesdirektivets artikel 5, stk. 6 og i øvrigt også artikel 4, stk. 18, i Kommissionens Forslag til Rådets Direktiv om et fælles selskabsskattegrundlag, COM(2016) 685 final af 25.10.2016.
- (32) Danmark har ikke valgt at fritage aktiverne fra exitbeskatning, såfremt aktiverne inden for en periode på 12 måneder skal føres tilbage til den overførende enheds medlemsstat, for så vidt angår overførsler af aktiver i forbindelse med værdipapirfinansiering, aktiver stillet som sikkerhed, eller hvis overførslen af aktiver sker med henblik på at opfylde tilsynsmæssige kapitalkrav eller af hensyn til likviditetsstyring. Disse aktiver er ellers ikke omfattet af direktivets artikel 5, jf. artikel 5, stk. 7.
- (33) Jf. direktivets artikel 5, stk. 2.
- (34) Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 14, L 28 (2018/19).
- (35) Jf. SEL § 27, stk. 4, der implementerer direktivets artikel 5(4).
- (36) Jf. SEL § 26, stk. 1, 2. pkt.
- (37) Jf. direktivets artikel 5, stk. 3.
- (38) Jf. SEL § 27, stk. 7.



- (39) Det var ikke i det oprindelige forslag til direktivet muligt for tilflyttingsstaten at udfordre værdiansættelsen, men det er altså muligt efter den vedtagne artikel 5 i direktivet.
- (40) Jf. SEL § 4 A og SEL § 8, stk. 4.
- (41) Jf. SEL § 4 A, stk. 1 og 2.
- (42) Jf. lovens § 1, nr. 7 og 8, som ændrer henholdsvis SEL § 4 A, stk. 1, 2. pkt. og SEL § 4 A, stk. 2, 3. pkt.
- (43) GAAR'en gælder parallelt og uafhængigt af de øvrige værnsregler i dansk skatteret, jf. skatteministerens svar til Skatteudvalget som svar på spm. 17, 12. december 2018, p. 3.
- (44) Jf. eksempelvis F. de Wilde, *Is the ATAD's GAAR a Pandora's Box?* i P. Pistone & D. Weber (red.), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD 2018, p. 301 et seq.
- (45) Bortseelsen omfatter formentlig også juridiske personer, jf. F. de Wilde, *Is the ATAD's GAAR a Pandora's Box?* i P. Pistone & D. Weber (red.), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD 2018, p. 309.
- (46) Jf. bemærkningerne til § 4, nr. 1, L 28 (2018/19), p. 99.
- (47) Jf. eksempelvis F. de Wilde, *Is the ATAD's GAAR a Pandora's Box?* i P. Pistone & D. Weber (red.), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD 2018, p. 308 et seq., hvor det på p. 310 anføres, at "...The problem here is that there seems to be no readily available compass, other than existing legal fact patterns, by which to navigate for this purpose. There appears to be no consistent and properly thought out backstop approach available on which to base tax liability; in other words there is no "plan B...".
- (48) Jf. bemærkningerne til § 4, nr. 1, L 28 (2018/19), p. 100.
- (49) Jf. bemærkningerne til § 4, nr. 1, L 28 (2018/19), p. 99. Hermed fortsætter Skatteministeriet en efterhånden langvarig tradition med at hævde, at et CFC-selskab kan anses for at være omfattet af skattepligt i Danmark, selvom dette strengt taget ikke er korrekt, idet et CFC-selskabs indkomst nok beskattes i Danmark, mens selskabet ikke som sådant er skattepligtigt i Danmark, jf. også henvendelsen fra FSR – danske revisorer, dateret 29. juni 2018, p. 36.
- (50) Jf. bemærkningerne til § 4, nr. 1, L 28 (2018/19), p. 99.
- (51) Jf. bemærkningerne til § 4, nr. 1, L 28 (2018/19), p. 99.
- (52) Disse betingelser er allerede behandlet ganske grundigt i litteraturen, jf. eksempelvis F. Debelva & J. Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, *European Taxation*, 2015, p. 223-234, og J. Bundgaard, *Internationale omgørelses- og misbrugsklausuler i national skatteret* i J. Bundgaard et al. (red.), *Den Evige udfordring – omgørelse og misbrug i skatteretten*, ExTuto 2015, p. 239-279. LL § 3, stk. 1 er nu overfladisk behandlet i JV C.I.4.1.1 (2018-2).
- (53) Jf. eksempelvis F. Debelva & J. Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, *European Taxation*, 2015, p. 224, der udtaler, at det er sandsynligt, at vendingen skal forstås tilsvarende bredt.
- (54) Jf. eksempelvis F. Debelva & J. Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, *European Taxation*, 2015, p. 224, der henviser til paralleliteten til OECD's PPT-bestemmelse i denne henseende. For yderligere om PPT-bestemmelsen se OECD/G20, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6 – Final Report, 2015.
- (55) Jf. F. Debelva & J. Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, *European Taxation*, 2015, p. 225, fn. 18 og J. Bundgaard et al. (red.), *Den Evige udfordring – omgørelse og misbrug i skatteretten*, ExTuto 2015, p. 250.
- (56) Jf. eksempelvis F. Debelva & J. Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, *European Taxation*, 2015, p. 224.
- (57) Jf. bemærkningerne til § 4, nr. 1, L 28 (2018/19), p. 99. I svaret til Skatteudvalget på spørgsmål 16, 12. december 2018, p. 6 udtales det, at formålet med en given regel vil skulle fastlægges ud fra almindelig juridisk fortolkning herunder formålsfortolkning, bl.a. baseret på forarbejderne til den enkelte bestemmelse.
- (58) Jf. eksempelvis F. de Wilde, *Is the ATAD's GAAR a Pandora's Box?* i P. Pistone & D. Weber (red.), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD 2018, p. 315 et seq.
- (59) Jf. høringsskemaet til L 28 (2018/19), bilag 1, p. 64.
- (60) Jf. F. Debelva & J. Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, *European Taxation*, 2015, p. 227.
- (61) Jf. den generelle udtalelse p. 2 i Høringsskemaet til L 28. Se også Floris de Wilde: *Is the ATA's GAAR a Pandora's Box?*, i Pistone & Weber (red.): *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, 2018, p. 321, som tolker reglen således, at skatteminimering ikke kan anses som "valid".
- (62) Jf. høringsskemaet til L 28 (2018/19), bilag 1, p. 2.
- (63) Jf. høringsskemaet til L 28 (2018/19), bilag 1, p. 2.
- (64) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 29. november 2018, L 28 (2018/19), bilag 10.
- (65) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/19), bilag 5 (uddybet i bilag 20).
- (66) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/19), bilag 5.
- (67) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/19), bilag 5.
- (68) Jf. henvendelse fra KPMG Acor Tax af 31. oktober 2018, L 28 (2018/19), bilag 5.
- (69) Jf. henvendelse fra FSR – danske revisorer af 26. oktober 2018, L 28 (2018/19), bilag 2, p. 46.
- (70) Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 (2018/19), L 28 (2018/19), bilag 9, p. 1.
- (71) Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 (2018/19), L 28 (2018/19), bilag 9, p. 2.
- (72) Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 (2018/19), L 28 (2018/19), bilag 9, p. 2.
- (73) Jf. henvendelse fra Kromann Reumert af 28. november 2018, L 28 (2018/19), L 28 (2018/19), bilag 9, p. 4 med angivelse af et konkret eksempel.
- (74) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 17, 12. december 2018, L 28 (2018/19), p. 3.
- (75) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål. 4, 12. december 2018, L 28 (2018/19), p. 3.
- (76) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/19), p. 3.
- (77) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/19), p. 3.
- (78) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/19), p. 3.
- (79) Jf. svar til Skatteudvalget på spørgsmål 4, 12. december 2018, L 28 (2018/19), p. 3.
- (80) Jf. svar på spørgsmål 16 til Skatteudvalget, d. 12. december 2018, L 28 (2018/19), p. 3.
- (81) Jf. Rådet for Den Europæiske Union, dokument nr. 16435/14, Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU, 5. december 2014, bilag 1, præambelens pkt. 7.
- (82) Jf. Rådet for Den Europæiske Union, dokument nr. 16435/14, Forslag til Rådets direktiv om ændring af direktiv 2011/96/EU, 5. december 2014, bilag 1, præambelens pkt. 8.
- (83) For yderligere om direktivets mismatchbestemmelser se O. Popa, *Recent Measures to Counter Hybrid Mismatch Arrangements at the EU Level*, *European Taxation* 2017, p. 401-406. Se endvidere T. Balco, *ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive*, *European Taxation*, 2017, p. 127-136.
- (84) Jf. G.K. Fibbe & A.J.A. Stevens, *Hybrid Mismatches under the ATAD I and II*, *EC Tax Review*, 2017, p. 153-166.
- (85) Jf. R.M. Santos, *The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-inclusion Schemes in Third-Country Situations*, *Bulletin for International Taxation*, 2018, p. 506-518.
- (86) Jf. de almindelige bemærkninger til L 28 (2018/19), afsnit 2.5.2.

- (87)** Begrebet tilknyttet person er defineret i SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, og opererer med et krav om 25% eller mere af stemmer, kapital eller overskud. Begrebet struktureret arrangement henviser til situationer, hvor mismatchresultatet er prissat i vilkårene, eller et arrangement, der er udformet med henblik på at frembringe et hybridt mismatch, medmindre skattesubjektet eller en tilknyttet person ikke med rimelighed kunne forventes at være bekendt med det hybride mismatch og ikke får del i værdien af den skattefordel, der følger af det hybride mismatch, jf. SEL § 8 C, stk. 1, nr. 16.
- (88)** Med andre ord har reglerne, der følger af moder-/datterselskabsdirektivet og SEL § 13, stk. 1, nr. 2, 3. og 4. pkt., forrang for SEL § 8 D, stk. 2, 1. pkt.
- (89)** Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 9, L 28 (2018/19).
- (90)** Et illustrativt eksempel angives i lovbemærkningerne, jf. bemærkningerne til § 1, nr. 9, L 28 (2018/19). For yderligere om importerede mismatches se B. Peters, Imported Mismatches i P. Pistone & D. Weber (red.), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU – A Comprehensive Study*, IBFD 2018, p. 437-450.
- (91)** For yderligere om mismatch ved faste driftssteder se S. Pancham, Permanent Establishment Mismatches under ATAD II i i P. Pistone & D. Weber (red.), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU – A Comprehensive Study*, IBFD 2018, p. 419-436.
- (92)** Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 9, L 28 (2018/19).
- (93)** Modifikationen indebærer, at anvendelsesområdet udvides i forhold til den tidligere bestemmelse i LL § 5 G, så underskud i udenlandske selskaber, der er udnyttet i en lokal samskatning, ikke også kan fradrages i en dansk samskatning, jf. bemærkningerne til § 1, nr. 9, L 28 (2018/19). Udvidelsen skal ses som en reaktion på udfaldet af SKM2017.687.SR, hvor Skatterådet afgjorde, at et udenlandsk underskud kunne overføres til brug i et selskab i den danske internationale samskatning uden yderligere konsekvenser.
- (94)** Lovgiver har bevidst lagt sig tæt op ad direktivet ved implementeringen, jf. de almindelige bemærkninger til L 28 (2018/19), afsnit 2.5.2. Se i øvrigt OECD/G20, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 Final Rapport*, 2015 og OECD/G20, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, 2017.