

KVALIFIKATIONEN AF UDENLANDSKE ENHEDER – FORSØG PÅ SYSTEMATISERING AF NYERE PRAKSIS FRA PERIODEN 2013-2021

Af Jakob Bundgaard¹, Sofie Cecilie Friis² & Michael Tell³

Artiklen er den fjerde i rækken af artikler om subjekt kvalifikation⁴ og indeholder et forsøg på systematisering af nyere praksis fra perioden 2013-2021 på området for kvalifikation af udenlandske enheder i intern dansk skatteret. På trods af en righoldig praksis er der tale om et område, som fortsat giver udfordringer, og er præget af usikkerhed.

1. PROBLEMSTILLINGEN

Den skatteretlige kvalifikation af udenlandske juridiske enheder til brug for dansk skatteret har stor praktisk betydning. Den rette kvalifikation af udenlandske enheder er helt afgørende for fastlæggelsen af, hvilke pligter og rettigheder de pågældende enheder og investorerne kan ifalde.

Udgangspunktet for den danske skatteretlige kvalifikation findes i selskabsskattelovens (SEL) §§ 1 og 2 om henholdsvis fuld og begrænset skattepligt. Kun SEL § 1 indeholder kriterier til vurderingen af den skatteretlige kvalifikation. Metoden til at kvalificere udenlandske selskaber er af afgørende betydning for den endelige kvalifikation af de juridiske enheder og dermed afgørende for, hvordan den pågældende enhed endeligt beskattes. I lovgivningen er der ingen præcist formulerede retningslinjer, og hverken bemærkningerne til selskabsskatteloven eller cirk. nr. 136 af 7.11.1988 om selskabsskatteloven hjælper med den centrale afgrænsning af ikke-skattepligtige sammenslutninger over for selvstændige skatte-subjekter.

Overordnet er der tre mulige tilgange til problemet:

1. Overtage udlandets civilretlige kvalifikation
2. Overtage udlandets skatteretlige kvalifikation
3. Foretage en selvstændig dansk skatteretlig kvalifikation (lex fori).

I dansk skatteret har man valgt sidstnævnte løsning, som behandles nærmere i denne artikel.

Den selvstændige danske skatteretlige kvalifikation suppleres samtidig af hybrid mismatch værnsregler (SEL §§ 2C og 8C-E). Disse kan have betydning for den endelige subjekt kvalifikation, men behandles ikke nærmere i denne artikel, da disse udgør værnsregler og kun anvendes, hvis den danske subjekt kvalifikation adskiller sig fra den udenlandske subjekt kvalifikation. Hybrid mismatch værnsreglerne står således "på ryggen" af den almindelige danske skatteretlige kvalifikation, som er omdrejningspunktet for denne artikel.

2. DEN VALGTE LØSNING I DANSK SKATTERET

Baggrunden for, at man har valgt en lex fori-tilgang i dansk skatteret, beror bl.a. på et ligebehandlingshensyn og generel inspiration fra tysk ret, der er præget af retsformafhængighed og dermed civilretskonformitet.⁵ I denne sammenhæng er SEL § 1 helt central, da den bruges til at udlede nogle af de kriterier, skattemyndighederne træffer afgørelse på grundlag af.

Den gængse fremgangsmåde ved subjekt kvalifikation er først at konstatere, om det pågældende subjekt udgør et selvstændigt skatte-subjekt omfattet af SEL § 1, stk. 1. Såfremt sammenslutningen kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, bliver opgaven dernæst at indplacere subjektet efter bestemmelsens enkeltbestanddele og den deraf følgende beskatningskategori. Er der i stedet tale om en enhed, der ikke er omfattet af selskabsskatteloven (eller fondsbeskatningsloven), anses enheden for transparent – det såkaldte transparensprincip.

Lex fori-tilgangen medfører, at skattemyndighederne arbejder på case-by-case basis ved at foretage en samlet bedømmelse af det enkelte subjekt ud fra en række kriterier. Der foretages en realitetsfortolkning, hvor der ikke foretages en skarp afgrænsning imellem transparente og selvstændige enheder.⁶

3. KRITERIER OG NYESTE PRAKSIS

I dette afsnit er forsøgt foretaget en inddeling af kriterier dannet på baggrund af praksis i tre kategorier:

1. De mest anvendte kriterier i nyere praksis
2. De mindre anvendte kriterier
3. De sjældent anvendte kriterier.

Inddelingen er foretaget på denne måde, da det er svært at drage stærke konklusioner om, hvilke kriterier der er vigtigst, fordi det enkelte kriteriums vigtighed afhænger af den faktuelle baggrund i den enkelte sag og falder hele tiden tilbage på lex fori-tilgangen.⁷

På næste opslag ses en oversigt over fordelingen af afgørelser fra 2013 til i dag:

3.1 De mest anvendte kriterier

Kriterierne i denne gruppe drejer sig om:

- Vedtægter
- Hæftelsesform
- Organisatoriske forhold herunder ledelse og beføjelser

- Prinsipperne for indkomstanvendelse
- Øvrige karakteristika ved kapitalen
- Indskudskapital
- Indtræden og udtræden
- Fordeling af likvidationsprovenu
- Aflæggelse af regnskab

Der er i praksis blevet udviklet forskellige kriterier, som har været inddraget i den samlede bedømmelse af det omhandlende subjekt. Grundlæggende er det sammenslutningens virkemåde *de jure* og *de facto* og ikke den blotte benævnelse, der er afgørende for kvalifikationen af den givne sammenslutning.⁸

I praksis tager vurderingen ofte afsæt i den civilretlige kvalifikation af enheden. Dette følger bl.a. af SKM2017.604.SR, hvor Skatterådet påpegede, at "[i] udgangspunktet følger den skatteretlige kvalifikation af en enhed den civilretlige kvalifikation. Dvs. at hvis en enhed er organiseret i civilretlig selskabsform som en juridisk person med handleevne, retsevne og partsevne, vil den i udgangspunktet også anses for et selvstændigt skattesubjekt og omvendt."⁹ I SKM2016.248.SR indgik enhedens civilretlige handleevne med betydelig vægt i vurderingen. Skatterådet fandt, "[s]ærligt under hensyn til, at enheden ikke kan anses at have civilretlig handleevne, idet der ikke er selvstændige ledelsesorganer eller organer, der træder i stedet for [...] er det SKATs opfattelse, at den pågældende enhed i Rusland ikke kan anses for et selvstændigt skattesubjekt [...]". Det civilretlige faktum er således så at sige den platform, som den selvstændige skattemæssige vurdering foretages på.

Som eksempel kan nævnes, hvorvidt:

- enheden har en selvstændig "skal", dvs. om enheden kan påtage sig rettigheder og forpligtelser, og om enheden handler i eget navn og for egen regning/risiko
- investorerne ejer de underliggende aktiver
- aktiverne bliver ejet i sameje
- investorerne får medbestemmelse
- enheden har retsevne.

Hvorvidt enheden har den fornødne selvstændighed, dvs. om enheden kan påtage sig rettigheder og forpligtelser, og handler i eget navn og for egen regning, indgår i en del afgørelser, og såfremt det ikke er tilfældet, taler det imod selvstændig skattesubjektivitet. I SKM2017.723.SR fandt Skatterådet, at den irske CCF ikke kunne anses som et selvstændigt skattesubjekt. Skatterådet udtalte bl.a.: "Da den irske investeringsenhed desuden ikke kan påtage sig forpligtelser, er SKAT enig med repræsentanten i, at den pågældende enhed ikke er

organiseret som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk skatteret, jf. selskabsskattelovens § 1, idet den omhandlede irske investeringsenhed savner den for skatteretsevne fornødne selvstændighed."

Såfremt investorerne ejer de underliggende aktiver, aktiverne bliver ejet i sameje, eller at investorerne har medbestemmelse, taler dette også imod selvstændig skattesubjektivitet. I SKM2018.515.SR blev enheden kvalificeret som skattemæssig transparent, hvor der bl.a. blev lagt vægt på, at investorerne var medejere af fondens aktiver og indkomst. Ligeledes SKM2017.183.SR, hvor der bl.a. blev lagt vægt på, at investorerne fik medbestemmelse og medejerskab til de underliggende aktiver. I SKM2017.73.SR blev enheden anset som et selvstændigt skattesubjekt, bl.a. som følge af at investorerne ikke havde ejendomsret eller rådighed over selskabets aktiver.

3.1.1 Vedtægter

Et selskabs vedtægter er betydningsfulde, idet vedtægterne udgør grundlaget for og regulerer enheden, hvilket har indflydelse på, hvordan enheden skal kvalificeres. De retlige karakteristika, der udspringer af vedtægterne, har betydning for kvalifikationen af subjektet^{10, 11}, idet disse karakteristika giver en indikation af, hvilket dansk subjekt den pågældende enhed minder mest om.

Forhold, der har betydning for bedømmelsen, kan være kapitalforhold, ledelsesstruktur, tegningsregler mv. Derudover er det forhold, at der i det hele taget eksisterer vedtægter, betydningsfuldt, idet eksistensen af vedtægter skaber et indicium for, at enheden har en vis fasthed/er af mere selvstændig karakter.

Der er mange afgørelser, hvor eksistensen af vedtægter indgår som et kriterium i helhedsbedømmelsen. Som eksempler skal blot nævnes SKM2014.196.SR, SKM2016.6.SR, SKM2017.16.SR, SKM2018.596.SR og SKM2020.482.SR, hvor Skatterådet kom frem til, at enhederne skulle kvalificeres som selvstændige skattesubjekter, bl.a. på baggrund af det forhold at enhederne havde selvstændige vedtægter. Ligeledes bevirkede bl.a. fraværet af selvstændige vedtægter i SKM2014.13.SR, at enheden blev kvalificeret som en skattemæssigt transparent enhed.

Der ses imidlertid også afgørelser, hvor eksistensen af vedtægter ikke kan føre til selvstændig skattesubjektivitet, idet andre forhold i de konkrete situationer vægter tungere, jf. bl.a. SKM2019.522.SR, SKM2020.443.SR og SKM2021.149.SR. I afgørelserne påpeger Skatterådet dog direkte, at eksistens af vedtægter taler for selvstændig skattesubjektivitet. I SKM2019.522.SR anfører Skattestyrelsen, at de forhold, der kunne føre til, at selskabet skulle anses for at være et selvstændigt skattesubjekt – herunder vedtægter, regnskab, ledelse

► KVALIFIKATIONEN AF UDENLANDSKE ENHEDER – FORSØG PÅ SYSTEMATISERING AF NYERE PRAKSIS FRA PERIODEN 2013-2021

Vedtægter	Parternes benævnelse	Offentlig registrering eller anden form for anerkendelse	Kapitalgrundlag generelt/opsamling	Indskudskapital	Krav ved udtræden	Hæftelse	Deltagerantal	Indtræden og udtræden	Organisatoriske forhold, herunder ledelse og beføjelser
SKM2014.246.SR	SKM2018.254.SR	SKM2019.463.BR	SKM2014.246.SR	SKM2014.246.SR	SKM2014.620.SR	SKM2014.246.SR	SKM2018.254.SR	SKM2014.246.SR	SKM2014.246.SR
SKM2014.10.SR	SKM2017.712.SR	SKM2020.523.ØLR	SKM2014.620.SR	SKM2014.620.SR	SKM2019.123.SR	SKM2014.10.SR	SKM2017.184.SR	SKM2014.620.SR	SKM2014.620.SR
SKM2019.463.BR		SKM2014.620.SR	SKM2018.490.SR	SKM2020.535.SR	SKM2016.6.SR	SKM2019.463.BR	SKM2015.92.SR	SKM2018.490.SR	SKM2017.604.SR
SKM2014.620.SR			SKM2020.157.SR	SKM2019.123.SR	SKM2015.808.SR	SKM2020.523.ØLR	SKM2019.191.SR	SKM2020.157.SR	SKM2017.628.SR
SKM2020.157.SR			SKM2018.254.SR	SKM2018.515.SR	SKM2019.191.SR	SKM2014.620.SR	SKM2014.28.SR	SKM2019.123.SR	SKM2018.490.SR
SKM2019.123.SR			SKM2018.574.SR	SKM2017.16.SR	SKM2019.538.SR	SKM2020.157.SR	SKM2020.84.SR	SKM2018.254.SR	SKM2020.157.SR
SKM2021.149.SR			SKM2013.811.SR	SKM2015.92.SR	SKM2016.190.SR	SKM2019.123.SR		SKM2021.149.SR	SKM2019.123.SR
SKM2018.574.SR			SKM2018.596.SR	SKM2016.6.SR	SKM2017.681.SR	SKM2018.254.SR		SKM2018.574.SR	SKM2017.539.VLR
SKM2019.522.SR			SKM2017.16.SR	SKM2015.808.SR		SKM2021.149.SR		SKM2019.522.SR	SKM2018.254.SR
SKM2020.443.SR			SKM2019.567.SR	SKM2019.191.SR		SKM2018.574.SR		SKM2020.443.SR	SKM2021.149.SR
SKM2013.811.SR			SKM2015.92.SR	SKM2014.28.SR		SKM2019.522.SR		SKM2017.16.SR	SKM2018.574.SR
SKM2018.596.SR			SKM2014.28.SR	SKM2020.84.SR		SKM2020.443.SR		SKM2014.196.SR	SKM2019.522.SR
SKM2017.16.SR			SKM2017.712.SR	SKM2016.190.SR		SKM2013.811.SR		SKM2015.92.SR	SKM2020.443.SR
SKM2014.196.SR			SKM2020.84.SR	SKM2019.449.SR		SKM2018.596.SR		SKM2016.6.SR	SKM2013.811.SR
SKM2014.13.SR			SKM2019.449.SR	SKM2017.681.SR		SKM2014.797.SR		SKM2015.808.SR	SKM2018.515.SR
SKM2016.6.SR			SKM2017.681.SR	SKM2020.482.SR		SKM2017.16.SR		SKM2019.191.SR	SKM2018.596.SR
SKM2015.808.SR						SKM2018.90.SR		SKM2019.492.SR	SKM2017.16.SR
SKM2019.191.SR						SKM2019.567.SR		SKM2019.538.SR	SKM2017.184.SR
SKM2019.538.SR						SKM2014.196.SR		SKM2020.482.SR	SKM2014.13.SR
SKM2020.482.SR						SKM2015.92.SR		SKM2014.28.SR	SKM2016.248.SR
SKM2020.84.SR						SKM2016.6.SR		SKM2017.712.SR	SKM2015.92.SR
SKM2020.429.SR						SKM2015.808.SR		SKM2016.190.SR	SKM2016.6.SR
SKM2016.190.SR						SKM2021.73.SR		SKM2019.449.SR	SKM2015.808.SR
SKM2019.489.SR						SKM2021.72.SR		SKM2017.681.SR	SKM2021.73.SR
SKM2019.449.SR						SKM2019.191.SR		SKM2020.535.SR	SKM2021.72.SR
SKM2017.681.SR						SKM2019.492.SR		SKM2013.811.SR	SKM2019.191.SR
						SKM2019.538.SR		SKM2019.567.SR	SKM2019.492.SR
						SKM2020.482.SR		SKM2020.279.SR	SKM2019.538.SR
						SKM2014.28.SR			SKM2020.482.SR
						SKM2020.84.SR			SKM2014.28.SR
						SKM2020.429.SR			SKM2020.84.SR
						SKM2020.279.SR			SKM2020.429.SR
						SKM2016.190.SR			SKM2020.279.SR
						SKM2020.350.SR			SKM2019.449.SR
						SKM2020.222.SR			SKM2017.681.SR
						SKM2019.489.SR			SKM2019.489.SR
						SKM2019.449.SR			
						SKM2017.681.SR			

Grøn = ofte anvendt. Gul = mindre. Rosa = sjældent.

8	31	19	22	2	13	8	1	
Aktivitetsform, virkeområde og formål (struktur og virkemåde)	Principperne for indkomstanvendelsen	Fordeling af likvidationsprovenu	Betydning af regnskabsmæssig selvstændighed	UCITS	Afholdelse af GF	Udlandets kvalifikation af enheden	Opsamling	Andre direktiver
SKM2014.620.SR SKM2020.157.SR SKM2018.254.SR SKM2013.811.SR SKM2014.13.SR SKM2015.92.SR SKM2020.222.SR SKM2017.681.SR	SKM2014.246.SR SKM2014.620.SR SKM2020.157.SR SKM2019.123.SR SKM2018.254.SR SKM2021.149.SR SKM2018.574.SR SKM2019.522.SR SKM2020.443.SR SKM2013.811.SR SKM2018.596.SR SKM2017.16.SR SKM2018.90.SR SKM2021.72.SR SKM2019.492.SR SKM2017.16.SR SKM2019.538.SR SKM2020.482.SR SKM2014.13.SR SKM2016.6.SR SKM2015.808.SR SKM2021.73.SR SKM2021.72.SR SKM2019.191.SR SKM2019.538.SR SKM2020.482.SR SKM2014.28.SR SKM2017.712.SR SKM2020.84.SR SKM2020.429.SR SKM2020.279.SR SKM2016.190.SR SKM2019.489.SR SKM2019.449.SR SKM2017.681.SR	SKM2014.246.SR SKM2014.620.SR SKM2018.490.SR SKM2020.157.SR SKM2018.254.SR SKM2018.574.SR SKM2013.811.SR SKM2018.596.SR SKM2017.16.SR SKM2018.90.SR SKM2021.72.SR SKM2019.492.SR SKM2019.538.SR SKM2020.482.SR SKM2017.712.SR SKM2020.429.SR SKM2019.489.SR SKM2019.449.SR SKM2017.681.SR	SKM2014.246.SR SKM2014.620.SR SKM2020.157.SR SKM2019.123.SR SKM2021.149.SR SKM2018.574.SR SKM2019.522.SR SKM2020.443.SR SKM2018.515.SR SKM2018.596.SR SKM2017.16.SR SKM2015.92.SR SKM2019.492.SR SKM2014.28.SR SKM2019.449.SR SKM2017.681.SR SKM2015.808.SR SKM2019.191.SR SKM2019.492.SR SKM2019.538.SR SKM2014.28.SR SKM2016.190.SR SKM2019.489.SR SKM2019.449.SR SKM2017.681.SR SKM2020.482.SR	SKM2017.183.SR SKM2017.723.SR	SKM2014.246.SR SKM2014.620.SR SKM2020.157.SR SKM2018.574.SR SKM2013.811.SR SKM2018.515.SR SKM2018.596.SR SKM2017.16.SR SKM2015.92.SR SKM2019.492.SR SKM2014.28.SR SKM2019.449.SR SKM2017.681.SR	SKM2017.604.SR SKM2017.539.VLR SKM2016.248.SR SKM2019.191.SR SKM2019.538.SR SKM2020.279.SR SKM2020.429 SKM2018.515.SR	SKM2017.604.SR SKM2017.628.SR SKM2020.535.SR SKM2018.490.SR SKM2020.157.SR SKM2019.123.SR SKM2018.574.SR SKM2017.183.SR SKM2017.723.SR SKM2018.515.SR SKM2018.90.SR SKM2019.567.SR SKM2021.73.SR SKM2021.72.SR SKM2019.191.SR SKM2019.492.SR SKM2019.538.SR SKM2020.482.SR SKM2020.279.SR SKM2020.222.SR SKM2021.306.SR	SKM2014.797.SR

► KVALIFIKATIONEN AF UDENLANDSKE ENHEDER – FORSØG PÅ SYSTEMATISERING AF NYERE PRAKSIS FRA PERIODEN 2013-2021

og mulighed for udvidelse af medlemskredsen – i den konkrete sag ikke kunne føre til et andet resultat.

3.1.2 Hæftelsesform

Hæftelseskriteriet er formentlig det kriterium, som anvendes mest i Skatterådets praksis (i den gennemgåede praksis er det blevet anvendt i 38 forskellige bindende svar). Selskabsdeltagernes hæftelsesforhold over for tredjemand synes derved at spille en stor rolle ved bedømmelsen af skattesubjektivitet. Dette er formentlig ikke overraskende, herunder da det følger direkte af ordlyden til SEL § 1, stk. 1, nr. 2, at personlig hæftelse udelukker skattesubjektivitet efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2, jf. *”andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes i selskabet indskudte kapital [...]”*

At deltagernes hæftelse er begrænset, udelukker imidlertid ikke, at en sammenslutning fortsat kan blive kvalificeret som en skattemæssig transparent enhed, men generelt set taler en begrænset hæftelse for skattesubjektivitet, da det er et karakteristikum ved aktie- og anpartsselskaber, mens den ubegrænsede hæftelse er kendetegnet for bl.a. enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber og (til dels) kommanditselskaber.

Af de i alt 38 bindende svar, er der imidlertid tre bindende svar, SKM2014.28.SR, SKM2015.92.SR og SKM2017.681.SR, hvor den ovennævnte sammenhæng ikke bliver lagt til grund af Skatterådet.

SKM2014.28.SR vedrørte et Limited Liability Company i USA. Skatterådet lagde vægt på, at ingen af deltagerne hæftede personligt, hvortil Skatterådet påpegede, at dette talte for et selvstændigt skattesubjekt. De øvrige kriterier talte imidlertid i overvejende grad for, at der var tale om en transparent enhed. I den forbindelse blev der lagt vægt på, at der kun var en deltager i enheden, der blev ikke udstedt aktier, der gjaldt særlige regler for udvidelse af medlemskredsen, ved stiftelse blev der indskudt 1.000 USD, men der blev ført en særskilt kapitalkonto for det enkelte medlem, der var ingen selvstændige ledelsesorganer (enheden blev ledt af medlemmerne), der afholdtes ikke generalforsamling, overskud/underskud blev fordelt ift. ejerandel, der var indskrænkede muligheder for at udtræde inden for de første to år efter stiftelsen og endelig, at der ikke blev udarbejdet en årsrapport.

SKM2015.92.SR vedrørte et IBC-selskab på Seychellerne. Skatterådet udtalte, at selskabet på nogle områder lignede et dansk aktie- eller anpartsselskab, idet der udstedtes aktier, og der var begrænset hæftelse. Skatterådet fandt dog, at enheden havde karakter af en enkeltmandsvirksomhed eller lignende skattemæssig

transparent enhed, idet der ikke var krav om indskudskapital, der var indskrænkninger i adgangen til at overdrage aktierne, der var kun én deltager i enheden, og denne deltager udgjorde det eneste ledelsesorgan. Derudover var der ikke krav om, at der afholdtes generalforsamlinger, og enheden var ikke åben for offentligheden. Den begrænsede hæftelse kunne ikke opveje disse kriterier.

SKM2017.681.SR vedrørte både et PVC fra Liechtenstein og et NV på Curacao. Skatterådet udtalte følgende: *”I den foreliggende sag er det også SKATs opfattelse, at selvom der er begrænset hæftelse i B, er der ikke tale om en enhed, der svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab. Der er lagt vægt på ledelsesstrukturen og de organisatoriske forhold sammen med den manglende adgang til at udvide medlemskredsen og eksistensen af beneficiaries, der ikke er selskabsdeltagere.”*

Ud over disse tre bindende svar har begrænset hæftelse været medvirkende til at føre til selvstændig skattesubjektivitet, mens en ubegrænset hæftelse har ført til skattemæssig transparens. Det må derfor lægges til grund, at hæftelsesformen har en afgørende betydning for udfaldet; er der ubegrænset hæftelse, kan selvstændig skattesubjektivitet udelukkes på forhånd, og er der begrænset hæftelse, er der stor sandsynlighed for, at enheden vil blive kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt (men der må naturligvis også henses til de øvrige forhold).

3.1.3 Organisatoriske forhold herunder ledelse og beføjelser

I flere sager har organisatoriske forhold haft indflydelse på den danske skattemæssige kvalifikation af udenlandske subjekter. Klassiske eksempler på organisatoriske forhold er, hvordan ledelsesstrukturen er i subjektet, og hvilke beføjelser ledelsen er tillagt.

Praksis viser, at et kriterium vedrørende de organisatoriske forhold ikke i sig selv er afgørende. Enhedernes organisatoriske forhold kan dog tale for eller imod selvstændig skattesubjektivitet i den samlede vurdering. For selvstændige skattesubjekter, herunder aktie- og anpartsselskaber, er der selskabsretlige krav til den organisatoriske opbygning i enhederne, hvorfor eksistensen af en ledelse kan indgå som et moment, der taler for selvstændig skattesubjektivitet i den skattemæssige kvalifikation. Omvendt taler det mod skattesubjektivitet, hvis beslutningerne i en enhed træffes af deltagerne i fællesskab og/eller med enstemighed.¹²

SKM2014.620.SR vedrørte et Limited Liability Company indregistreret i Dubai, hvor Skatterådet efter en samlet konkret vurdering fandt, at selskabet skulle anses som et selvstændigt skattesubjekt, bl.a. under hensyntagen til, at der var særskilte ledelsesorganer. SKM2018.515.SR vedrørte en irsk fond, som blev kvalificeret som en

skattemæssig transparent enhed, bl.a. som følge af at der ikke var selvstændige ledelsesorganer. I SKM2014.28.SR blev det amerikanske Limited Liability Company ligeledes kvalificeret som en transparent enhed, idet der ikke var selvstændige ledelsesorganer, men derimod blev ledt af medlemmerne (som dog kunne delegerede sine ledelseskompetencer til en administrator/manager).

Kriteriet anvendes endnu mere direkte i SKM2016.248.SR. Afgørelsen omhandlede en russisk investeringsfond, som investerede i ejendomsprojekter i Rusland. Spørger ønskede svar på, hvorvidt et potentielt dansk selskab, som ønskede at investere i den russiske investeringsfond (ejerandel på over 50 %), ville blive skattepligtig af de udlodninger, som kom fra investeringsfonden. I den forbindelse tog Skatterådet stilling til, hvorvidt den russiske investeringsfond var omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Skatterådet udtalte følgende:

”Om ledelsesorganer for den pågældende enhed fremgår det af sagens oplysninger, at investeringsaktiviteterne i den russiske enhed varetages af et investeringsselskab. Dertil kommer, at investeringsselskabet alene i begrænset omfang kan foretage selvstændige beslutninger på vegne af enheden, idet alle væsentlige økonomiske transaktioner kræver godkendelse af en investeringskomité bestående af ejerne af investeringscertifikaterne.

Særligt under hensyn til, at enheden ikke kan anses at have civilretlig handleevne, idet der ikke er selvstændige ledelsesorganer eller organer, der træder i stedet for, jf. SKM2015.808.SR og SKM2016.98.SKAT, er det SKATs opfattelse, at den pågældende enhed i Rusland ikke kan anses for et selvstændigt skattesubjekt, der svarer til et selskab omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.”

Fraværet af ledelsesorganer får derfor i denne afgørelse en afgørende betydning for bedømmelsens udfald.

Ud over ovennævnte afgørelser er der en del yderligere afgørelser, hvor enheder med ledelsesorganer bliver kvalificeret som selvstændige skattesubjekter, og hvor fraværet af ledelsesorganer fører til skattemæssig transparens, men kriteriet indgår dog i en helhedsbedømmelse med øvrige kriterier.¹³

Der er imidlertid også en del afgørelser, hvor kriteriet indgår i helhedsbedømmelsen, men hvor kriteriet ikke har afgørende betydning, og hvor eksistensen af ledelsesorganer ikke er nok til en kvalifikation som et selvstændigt skattesubjekt. I SKM2021.149.SR fandt Skatterådet, at et hollandsk Cooperative var en skattemæssig transpa-

rent enhed. Skatterådet lagde særligt vægt på, at mindst en deltager hæftede ubegrænset, og at overskuddet kun delvist blev fordelt efter indskud. Hertil udtalte Skatterådet: *”De forhold, der kunne føre til, at Coopet skulle anses for at være et selvstændigt skattesubjekt – herunder [...] ledelse [...] – finder Skattestyrelsen i den konkrete sag ikke kan føre til et andet resultat.”* Samme argumentation findes bl.a. også i SKM2019.522.SR og SKM2020.443.SR.

Eksistensen af selvstændige ledelsesorganer taler for et selvstændigt skattesubjekt, mens fraværet af ledelsesorganer taler imod.

3.1.4 Principperne for indkomstanvendelse

Aktie- og anpartsselskaber har normalt til formål at skabe overskud, som skal tjene til forrentning af indskudskapitalen, og såfremt der sker udlodning af udbytte, vil det sædvanligvis ske i forhold til kapitalejernes indskud. Transparente enheder har derimod typisk til formål at varetage deltagernes økonomiske interesser, og overskud fordeles ofte efter indsats.¹⁴

En gennemgang af praksis viser i overensstemmelse med ovenstående, at der ofte lægges vægt på deling af overskuddet i den konkrete vurdering, og såfremt overskuddet fordeles på baggrund af den indskudte kapital, taler det ofte for selvstændig skattesubjektivitet, jf. eksempelvis SKM2015.808.SR, SKM2016.190.SR, SKM2017.16.SR, SKM2019.123.SR og SKM2020.482.SR, hvor alle enheder blev kvalificeret som selvstændige skattesubjekter. I SKM2021.149.SR blev enheden derimod kvalificeret som en skattetransparent enhed, hvor der bl.a. blev lagt særligt vægt på, at overskuddet kun delvist blev fordelt efter kapitalindskud. Det samme var tilfældet i SKM2019.522.SR, hvor der blev lagt vægt på, at overskud ikke fordeles efter indskud, men efter en særlig fordelingsnøgle.

Der er eksempler på, at enheder bliver kvalificeret som selvstændige skattesubjekter, på trods af, at fordeling af overskud ikke sker efter indskudskapital, jf. eksempelvis SKM2014.620.SR, hvor Skatterådet ikke fandt det afgørende, at selskabsdeltagerne modtog udbytte efter en nærmere fastsat fordelingsnøgle. Hertil bemærkede Skatterådet, at *”efter selskabsloven kan danske kapital-selskaber også have selskabskapital fordelt på forskellige kapitalklasser, med forskellige udbytterettigheder mv., jf. selskabslovens § 45 og § 46. Det er derfor ikke afgørende, at udlodningen eventuelt fordeles i et andet forhold end svarende til kapitalandel.”*

Der er også eksempler på, at enheder bliver kvalificeret som transparente i skattemæssig henseende, på trods af at fordeling af overskud sker på baggrund af indskud, jf. eksempelvis SKM2018.90.SR, hvor bl.a. den ubegrænsede hæftelse vægtede tungere i vurderingen.

► KVALIFIKATIONEN AF UDENLANDSKE ENHEDER – FORSØG PÅ SYSTEMATISERING AF NYERE PRAKSIS FRA PERIODEN 2013-2021

3.1.5 Øvrige karakteristika ved kapitalen

Ud over kriterierne vedrørende indskudskapital og hæftelse er der tillige generelle karakteristika ved kapitalen/kapitalgrundlaget, der indgår som kriterier i den konkrete vurdering af den skattemæssige kvalifikation. Der er bl.a. en del bindende svar, hvor det indgår i vurderingen, om enheden udsteder kapitalandele.

Som eksempel kan nævnes SKM2013.811.SR, SKM2014.620.SR, SKM2019.449.SR og SKM2020.84.SR, hvor alle enhederne blev anset som selvstændige skattesubjekter, og der bl.a. blev lagt vægt på, at der blev udstedt aktier. Modsat bl.a. SKM2017.712.SR, SKM2018.254.SR, SKM2019.567.SR og SKM2020.157.SR, som alle blev kvalificeret som skattemæssigt transparente enheder, bl.a. af den grund at der ikke blev udstedt aktier eller anparter.

Kriteriet om udstedelse af kapitalandele kan dog ikke stå alene. SKM2018.574.SR vedrørte et hollandsk Coop, som Skatterådet kvalificerede som et selvstændigt skattesubjekt. Skatterådet udtalte imidlertid: *"Det er Skattestyrelsens vurdering, at ovenstående forhold ligner forholdene for et dansk selskab. Den væsentlige forskel er efter Skattestyrelsens opfattelse, at Coop'et ikke udsteder anparter/aktier, men har medlemmer. Kapitalen i et Coop er således ikke formelt opdelt i kapitalandele, hvor en anpart giver ret til ejerskab til en del af selskabet. [...] Det forhold, at selskabet har medlemmer og ikke har opdelt kapitalen i kapitalandele, kan således ikke i sig selv føre til, at der ikke er tale om et selvstændigt skattesubjekt."* SKM2018.574.SR bekræfter imidlertid, at udstedelse af kapitalandele kan indgå som et kriterie i vurderingen, samt at det taler for selvstændig skattesubjektivitet. Ligeledes i SKM2015.92.SR, hvor Skatterådet udtalte, at selskabet på nogle områder lignede et dansk aktie- eller anpartsselskab, idet der udstedtes aktier, og der var begrænset hæftelse, men disse to kriterier kunne imidlertid ikke opveje de modsatrettede forhold i den konkrete sag.

Øvrige forhold, som indgår i vurderingen, er bl.a., om der til aktierne er tilknyttet stemmeret. Se bl.a. SKM2014.620.SR, SKM2018.596.SR, SKM2019.449.SR og SKM2020.84.SR, hvor der til aktierne var tilknyttet en stemmeret. Dette kriterie indgik i den konkrete vurdering, og alle enhederne blev anset som selvstændige skattesubjekter. Derudover er der i SKM2014.620.SR lagt vægt på registrering i ejerbogen.

3.1.6 Indskudskapital

Aktie- og anpartsselskaber er kendetegnet ved at have en selskabskapital på mindst 400.000 kr. hhv. 40.000 kr., hvorimod der intet kapitalkrav er til bl.a. enkeltmandsvirksomheder og interessent-

skaber. I den skattemæssige kvalifikation af en udenlandsk enhed kan det dermed tillægges betydning, om en virksomhed har en indskudskapital, da dette minder om et aktie- og anpartsselskab, og dermed på dette punkt kan tale for selvstændig skattesubjektivitet. Dette understøttes af praksis, da kriteriet om indskudskapital har indgået i den samlede konkrete vurdering af, hvorvidt et selskab kan anses for et selvstændigt skattesubjekt i en lang række afgørelser.¹⁵

Som eksempel kan nævnes SKM2015.92.SR. Sagen vedrørte spørger, som var bosiddende i – og fuldt skattepligtig til – Danmark. Spørger ejede bl.a. en sejlbåd beliggende i en havn på Seychellerne. Der blev indført nye regler på Seychellerne, som nødvendiggjorde, at spørger oprettede et IBC-selskab, som kunne stå som den formelle ejer af båden. Spørger ønskede derfor svar på, om spørger i skattemæssig henseende fortsat var den reelle ejer af båden. For at besvare dette vurderede Skatterådet, om IBC-selskabet var et selvstændigt skattesubjekt. Skatterådet fandt, at selskabet skulle anses som en skattemæssigt transparent enhed, hvor der i vurderingen bl.a. var lagt vægt på, at der ikke var krav om indskudskapital i IBC-selskabet. Modsat bl.a. SKM2019.123.SR, hvor Skatterådet kvalificerede enheden som et selvstændigt skattesubjekt, hvor der bl.a. blev lagt særlig vægt på, at der var krav om en indskudskapital.

3.1.7 Indtræden og udtræden

Selvstændige skattesubjekter er generelt kendetegnet ved, at der er mange deltagere, og at deltagerkredsen kan skifte, således at en deltager kan afløses af en ny deltager. Dette blev der også lagt vægt på i Tfs 1984.434, hvor der ligeledes blev lagt vægt på, om nye deltageres indtræden skete efter objektive kriterier, evt. om medlemsadgangen var helt fri, og om en deltagers udtræden var uden retlig betydning for sammenslutningen.¹⁶ Interessentselskaber er bl.a. som følge af hæftelsesformen, og det normalt tætte personlige samarbejde mellem interessenterne, kendetegnet ved, at indtræden af nye interessenter kun kan ske med samtykke fra samtlige andre interessenter, ligesom en overdragelse af interessentskabsandelen kræver samtykke.¹⁷ Et kriterie, som Skatterådet ofte lægger vægt på, er derfor deltagernes mulighed for ind- og udtræden af enheden, og en gennemgang af praksis viser, at mulighed for, at deltagerkredsen kan skifte, generelt set bevirker, at enhederne bliver kvalificeret som selvstændige skattesubjekter, dog sædvanligvis kombineret med tilstedeværelsen af øvrige kriterier.

Som eksempler kan nævnes SKM2014.246.SR, hvor Skatterådet fandt, at enheden kunne kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, bl.a. på grund af at deltagerkredsen kunne udvides. Omvendt fandt Skatterådet i SKM2017.712.SR, at enheden ikke kunne kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, idet der var begrænsninger i muligheden for at udvide medlemskredsen. I SKM2014.28.SR kunne den begrænsede hæftelse ikke opveje de øvrige forhold, som talte for skattemæssig transparens. Et af forholdene, der blev lagt vægt på, var bl.a., at der gjaldt særlige regler for udvidelse af medlemskredsen, og at der var indskrænkende muligheder for at udtræde inden for de første to år efter stiftelsen.

Der er imidlertid enkelte bindende svar, hvor mulighed for ind- og udtræden ikke var tilstrækkelig til, ikke at blive kvalificeret som en transparent enhed. Blandt andet kan SKM2021.149.SR nævnes, hvor Skatterådet efter en konkret vurdering fandt, at det hollandske cooperative var en skattemæssig transparent enhed. I den forbindelse blev der særligt lagt vægt på den ubegrænsede hæftelse, og at enhedens forpligtelser samt overskud kun delvist blev fordelt efter indskud. Skatterådet udtalte imidlertid følgende: *"De forhold, der kunne føre til, at Coopet skulle anses for at være et selvstændigt skattesubjekt – herunder vedtægter, regnskab, ledelse og mulighed for udvidelse af medlemskredsen – finder Skattestyrelsen i den konkrete sag ikke kan føre til et andet resultat."* Skatterådet udtaler dermed direkte, at mulighed for udvidelse af medlemskredsen taler for selvstændig skattesubjektivitet. Samme argumentation findes i SKM2019.522.SR og SKM2020.443.SR.

3.1.8 Fordeling af likvidationsprovenu

Et kriterium, som også indgår i en del afgørelser, er fordeling af likvidationsprovenuet ved en eventuel likvidation. Såfremt en likvidationsudlodning sker ift. deltagerens indskud, taler det for, at enheden udgør et selvstændigt skattesubjekt, jf. bl.a. SKM2018.574.SR, SKM2020.482.SR og SKM2021.72.SR. Heri indgik kriteriet i helhedsbedømmelsen, og alle enhederne blev kvalificeret som selvstændige skattesubjekter.

I denne sammenhæng er det også relevant at fremhæve SKM 2019.449.SR. I sagen ønskede spørger svar på, hvorvidt der kunne foretages en skattefri fusion af et antal selskaber, som alle var indregistrerede på Bahamas, men som var skattemæssigt hjemmehørende i Danmark og fuldt skattepligtige pga. ledelsens sæde. Hertil fastslog Skatterådet, at selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, har mulighed for at fusionere skattefrit, jf. FUL § 1, stk. 1. Skatterådet lagde vægt på en lang række kriterier, som alle talte for et

selvstændigt skattesubjekt, herunder bl.a. selvstændige vedtægter, begrænset hæftelse, at fordeling af overskud skete ift. den af medlemmerne indskudte kapital, at aktionærerne kunne sælge deres aktier mv. Skatterådet fandt, at selskaberne skulle anses som selvstændige skattesubjekter. Hertil anførte Skatterådet: *"Skattestyrelsen bemærker, at likvidator i tilfælde af likvidation af selskabet – med bemyndigelse i en beslutning fra medlemmerne – kan foretage en værdiansættelse og fordeling af selskabets aktiver mellem medlemmerne, som ikke nødvendigvis sker på baggrund af medlemmernes indskud. Dette ses dog i denne konkrete sag ikke at tale afgørende imod kvalifikationen af selskabet som omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2."* Denne udtalelse indikerer dermed, at såfremt et eventuelt likvidationsprovenu ikke fordeles på baggrund af deltagerens indskud, taler det imod selvstændig skattesubjektivitet.

I SKM2018.90.SR blev overskud og et eventuelt likvidationsprovenu fordelt på baggrund af deltagerens indskudte kapital, men enheden blev på trods af dette kvalificeret som en skattemæssigt transparent enhed. Dette skyldtes formentligt primært, at der som minimum var en ubegrænset hæftende deltager.

3.1.9 Aflæggelse af regnskab

Der er mange bindende svar, hvor Skatterådet i den skattemæssige kvalifikation har inddraget, hvorvidt enheden aflægger årsrapport/ udarbejder et selvstændigt regnskab.¹⁸ Såfremt der aflægges et særskilt regnskab, taler det for selvstændig skattesubjektivitet, jf. bl.a. SKM2014.246.SR. Skatterådet oplyste heri en række forhold, herunder bl.a. at der blev udarbejdet selvstændigt regnskab. Kriteriet indgår som en del af vurderingen og er ikke alene afgørende for udfaldet af den skattemæssige kvalifikation, jf. bl.a. SKM2021.149.SR, hvoraf det fremgår at *"De forhold, der kunne føre til, at Coopet skulle anses for at være et selvstændigt skattesubjekt – herunder vedtægter, regnskab, ledelse og mulighed for udvidelse af medlemskredsen – finder Skattestyrelsen i den konkrete sag ikke kan føre til et andet resultat."* Afgørelsen bekræfter dog kriteriets sammenhæng med den selvstændige skattesubjektivitet.

3.2 Mindre anvendte kriterier

Kriterierne i denne kategori vedrører:

- Afholdelse af generalforsamling
- Udlandets kvalifikation af enheden
- Krav ved udtræden
- Deltagerantal
- Virkemåde, struktur og formål.

► KVALIFIKATIONEN AF UDENLANDSKE ENHEDER – FORSØG PÅ SYSTEMATISERING AF NYERE PRAKSIS FRA PERIODEN 2013-2021

3.2.1 Afholdelse af generalforsamling

Danske selvstændige skattesubjekter er karakteriseret ved at have selvstændige ledelsesorganer og en rimelig klar ledelsesmæssig struktur (som behandlet ovenfor). Det indgår derfor som et moment i lex fori-vurderingen, om der afholdes generalforsamling for deltagerne (aktionærerne).

En gennemgang af praksis viser, at der generelt er en sammenhæng mellem krav om afholdelse af generalforsamling og den skattemæssige subjekt kvalifikation. I SKM2013.811.SR, SKM2014.246.SR, SKM2014.620.SR, SKM2017.16.SR, SKM2018.574.SR, SKM2018.596.SR og SKM2019.449.SR blev alle enheder kvalificeret som selvstændige skattesubjekter, og som et element i helhedsbedømmelsen lagde Skatterådet i alle afgørelserne vægt på, at der var krav om afholdelse af generalforsamling. Modsat enhederne i SKM2014.28.SR, SKM2015.92.SR og SKM2018.515.SR, som alle blev anset som skattemæssigt transparente, hvor Skatterådet bl.a. lagde vægt på, at der ikke var krav om afholdelse af generalforsamling. Sammenhængen illustreres desuden i SKM2017.681.SR, som vedrører den skattemæssige subjekt kvalifikation af to enheder i hhv. Liechtenstein og Curacao. Enheden i Liechtenstein blev kvalificeret som skattemæssig transparent, hvor Skatterådet i den konkrete vurdering bl.a. lagde vægt på følgende: "Det er SKATs opfattelse, at en række karakteristika ved enheden adskiller enheden fra aktie- og anpartselskaber. Det øverste selskabsorgan er ikke en generalforsamling, som i et selskab, men "The Holder of the Founder's Rights" – dvs. den, der har stifterens rettigheder." Enheden i Curacao blev derimod kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt, hvor et af momenterne, som indgik i vurderingen, bl.a. var, at der var særskilte organer i form af en generalforsamling og ledelse.

Krav om generalforsamling er dog ikke altid lig med selvstændig skattesubjektivitet. I SKM2020.157.SR blev det engelske LLC anset for skattemæssigt transparent. Der blev foretaget en konkret vurdering, hvor bl.a. en årlig afholdelse af "Members Meeting, hvor bl.a. årsregnskabet skal præsenteres og underskrives, samt at medlemmer af Senior Class-klassen er tildelt stemmeret, der kan udøves ved møderne", talte for et selvstændigt skattesubjekt. Dette samt øvrige momenter, som talte for selvstændig skattesubjektivitet, kunne imidlertid ikke opveje forholdene, som talte for skattemæssig transparens, som primært var den ubegrænsede hæftelse, og at enhedens organisatoriske form og virkemåde i høj grad var sammenlignelig med et dansk kommanditselskab.

I SKM2019.492.SR blev et tysk investeringsinstitut kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt, på trods af at der ikke blev afholdt ge-

neralforsamlinger. Skatterådet udtalte, at dette (og andre relevante forhold) talte imod, at enheden kunne anses som et selvstændigt skattesubjekt, men de øvrige kriterier indgik imidlertid med en større vægt i helhedsbedømmelsen.

3.2.2 Udlandets kvalifikation af subjektet

Generelt tillægges den udenlandske kvalifikation ikke (afgørende) betydning ved den danske kvalifikation af givne udenlandske enheder. Der er eksempler på enkelte afgørelser, hvor Skatterådet konkret forholder sig til spørgsmålet om den udenlandske kvalifikation. I SKM2017.604.SR udtalte Skatterådet: "SKAT er enig med repræsentanten i, at det ikke er bestemmende for kvalifikationen af, om enheden har skatteretsevne efter dansk skatteret, hvordan enheden skattemæssigt behandles efter udenlandske skatteregler." Ligeledes i SKM2016.248.SR, hvor det blev oplyst, at enheden i Rusland blev anset som en selvstændig juridisk enhed, men at den ikke var skattepligtig til Rusland. Skatterådet bemærkede hertil, at vurderingen af, hvorvidt enheden var et selvstændigt skattesubjekt, skulle foretages efter danske regler. Derudover SKM2019.538.SR, hvor Skatterådet ikke var enig i, at Skatterådets afgørelse, SKM2008.491.SR, var udtryk for, at Danmark er forpligtet til at acceptere den udenlandske kvalifikation af den udenlandske enhed efter intern dansk ret.¹⁹

SKM2018.515.SR tyder dog på, at udlandets kvalifikation af det givne subjekt måske kan indgå i helhedsbedømmelsen af enheden. SKM2018.515.SR vedrørte den skattemæssige kvalifikation af en irsk Common Contractual Fond (CCF), som ikke var en juridisk person efter irsk ret. Skatterådet fastslog, at danske værdipapirfonde som udgangspunkt anses for selvstændige skattesubjekter efter praksisændringen i SKM2016.6.SR, og at praksisændringen også gælder for udenlandske værdipapirfonde, hvortil Skatterådet bemærkede, at kvalifikationen af udenlandske fonde skal ske efter dansk ret. I vurderingen henviste Skatterådet til SKM2017.723.SR, som også vedrørte en irsk CCF, der dog blev kvalificeret som en transparent enhed efter dansk skatteret. Hertil udtalte Skatterådet: "H1 er ligeledes en Common Contractual Fund (CCF), som ikke er en juridisk person i henhold til irsk ret, og som ikke er undergivet irsk selskabsbeskatning. H1 er etableret ved aftale mellem H2 (Ireland) Limited (administrationsselskabet) og H3 (Ireland) Limited (deponenten). H1 har ingen indskudskapital, og H1 har ikke ledelsesorganer og afholder ikke generalforsamlinger. På den baggrund er det SKATs opfattelse, at H1 skal anses for en transparent enhed efter dansk skatteret." Det kunne derfor tyde på, at den udenlandske kvalifikation kan indgå som et element i helhedsbedømmelsen.

3.2.3 Krav ved udtræden

Aktie- og anpartsselskaber er kendetegnet ved, at udtrædende kapitalejere ikke har krav på en del af selskabets formue, samt at kapitalejernes udtræden er uden retlig betydning for selskabets beståen. Interessentskaber er derimod kendetegnet ved, at udtræden selskabsretligt betragtes som en opløsning og stiftelse af et nyt selskab.

I den skatteretlige kvalifikation af en udenlandsk enhed kan det derfor tale for, at selskabet skal betragtes som et selvstændigt skattemæssigt subjekt, hvis deltagerne/medlemmerne ikke har krav på en del af formuen ved udtræden, da dette kan indikere, at enheden har egen kapital. Omvendt kan det tale for, at enheden er skattemæssigt transparent, hvis deltagerne/medlemmerne har krav på en andel af formuen ved udtræden.²⁰

Der findes flere eksempler i praksis, hvor Skatterådet i bindende svar har lagt vægt på deltagerens krav ved udtræden. SKM2014.620.SR vedrørte et registreret selskab (LLC) i Dubai, hvor Skatterådet ikke kunne bekræfte, at selskabet efter danske skatteregler kunne anses som skattemæssigt transparent. Skatterådet kom frem til dette resultat på baggrund af en samlet konkret vurdering af en lang række fremsendte oplysninger, men ét af kriterierne, som indgik i vurderingen, var bl.a., at der i vedtægterne var fastsat bestemmelse om, hvad der skulle ske med formuen ved den enkelte deltagers udtræden mv.

Ligeledes SKM2019.538.SR, som vedrørte den skattemæssige kvalifikation af en tysk investeringsfond. Den tyske investeringsfond investerede i fast ejendom i Europa og overvejede at udvide ejendomsinvesteringerne til også at omfatte investering i fast ejendom i Danmark. Af denne grund ønskede spørger bekræftelse på, skattepligten vedrørende de erhvervede ejendomme alene påvilede fonden og ikke investorerne. Skatterådet fandt, at investeringsfonden kunne kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, hvor et af kriterierne, som der blev lagt vægt på, var, hvad der skulle ske med formuen ved den enkelte investors udtræden (indløsning).

3.2.4 Deltagerantal

En forholdsvis stor og evt. skiftende deltagerkreds kan tale for selvstændig skattesubjektivitet, idet et kendetegn ved aktie- og anpartsselskaber er, at aktierne/anparterne ofte er/kan være fordelt blandt en bred kreds af aktionærer/anpartshavere, mens andre skattemæssigt transparente enheder som enkeltmandsvirksomheder og interessentskaber ofte er kendetegnet ved at have en mindre ejer- kreds, hvorfor et lavt deltagerantal kan tale imod selvstændig skattemæssigt subjektivitet.

I SKM2015.92.SR fandt Skatterådet, at enheden var skattemæssigt transparent, da flere forhold bevirkede, at enheden havde karakter af en enkeltmandsvirksomhed eller lignende skattemæssigt transparent enhed. I den forbindelse blev der bl.a. lagt vægt på, at spørger var den eneste deltager i enheden. Ligeledes i SKM2014.28.SR, hvor Skatterådet fandt, at det amerikanske LLC skulle anses for en skattemæssigt transparent enhed. Et af forholdene blandt mange, som der blev lagt vægt på, var, at spørger var den eneste deltager i enheden. Omvendt blev det amerikanske LLC kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt i SKM2020.84.SR, idet der bl.a. blev lagt vægt på, at der var et stort antal selskabsdeltagere.²¹

3.2.5 Sammenslutningens virkemåde og struktur

I nogle afgørelser indgår sammenslutningens virkemåde, struktur og formål i kvalifikationen af enheden. Kriteriet siger dog ikke så meget i sig selv, da der ofte blot henvises til "selskabets struktur og virkemåde", hvorefter de mere konkrete forhold uddybes. Kriteriet henviser derfor mere bredt eller overordnet til subjektets generelle organisatoriske forhold, som enten kan tale for eller imod skattemæssigt transparent.

Kriteriet fremgår typisk i de afgørelser, hvor de ledelsesmæssige forhold, herunder ledelsens beføjelser, har været af afgørende betydning for kvalifikationen. Kriteriet lader til at blive brugt af skattemyndighederne som en sikkerhed for, at alle andre forhold, der ikke nødvendigvis har været fremhævet, alligevel indgår i helhedsbetragtningen. Begrebet kan derfor være med til at udvande andre kriteriers vigtighed i de tilfælde, hvor kriteriet indgår, fordi helhedsindtrykket har haft betydning for udfaldet.

Som eksempel kan nævnes SKM2015.92.SR, hvor Skatterådet fandt, at IBC-selskabet skulle anses for skattemæssigt transparent. Det fremgår heraf, at "Efter en samlet konkret vurdering af oplysningerne om selskabets struktur og virkemåde er det dog SKATs opfattelse, at IBC-selskabet ikke kan klassificeres som et selvstændigt skattesubjekt, men at enheden mere har karakter af en enkeltmandsvirksomhed eller lignende skattemæssigt transparent enhed. Der er lagt vægt på, at der ikke er krav om indskudskapital, at der vil være indskrænkninger i adgangen til at overdrage aktierne i selskabet, at spørger er den eneste deltager i enheden, at spørger udgør det eneste ledelsesorgan, at der ikke er krav om afholdelse af generalforsamling samt at enheden ikke er åben for offentligheden." Skatterådet udtalte, at selskabet på nogle områder lignede et dansk aktie- eller anpartsselskab, idet der udstedtes aktier, og der var begrænset hæftelse, men dette kunne imidlertid ikke opveje de øvrige

► KVALIFIKATIONEN AF UDENLANDSKE ENHEDER – FORSØG PÅ SYSTEMATISERING AF NYERE PRAKSIS FRA PERIODEN 2013-2021

kriterier. Med de specifikke kommentarer kan selskabets struktur og virkemåde således også blot udgøre en overordnet paraply eller samlebetegnelse for de konkrete kriterier.

3.3 De sjældent anvendte kriterier

Kriterierne i denne gruppe drejer sig om:

- Parternes benævnelse
- Offentlig registrering eller anden form for anerkendelse
- Omfattet af UCITS-direktivet
- Omfattet af øvrige direktiver.

3.3.1 Parternes benævnelse

I SKM2018.254.SR ønskede spørger bl.a. bekræftelse på, at den hollandske fond kunne anses for at være skattemæssigt transparent. I forbindelse med vurderingen påpegede Skatterådet, at "den blotte benævnelse ikke er afgørende for enhedens skattemæssige bedømmelse. I stedet skal der lægges vægt på sammenslutningen struktur og virkemåde." Det er altså enhedernes virkemåde *de jure* og *de facto* og ikke den blotte benævnelse, der er afgørende for kvalifikationen af enheden.²²

3.3.2 Offentlig registrering eller anden form for anerkendelse

Der følger ikke et registreringskrav af ordlyden til SEL § 1, stk. 1, nr. 2, hvorfor registreringskriteriet ikke kan tillægges afgørende betydning ved den skatteretlige kvalifikation af øvrige selskabstyper.²³ I nyere praksis findes imidlertid SKM2019.463.BR, som appelleret i SKM2020.523.ØLR, hvor der til en vis grad lagdes vægt på en form for anerkendelse af selskabet. I SKM2019.463.BR fandt byretten, at selskabet skulle anses for et selvstændigt skattesubjekt, bl.a. under hensyntagen til at selskabet var et *lovligt oprettet selskab* med begrænset hæftelse. I appelsagen vurderede Østre Landsret ligeledes, at selskabet var et selvstændigt skattesubjekt, bl.a. på baggrund af oplysningen om at selskabet var et lovligt oprettet selskab på Belize.

3.3.3 Omfattet af UCITS-direktivet

I en række afgørelser har Skatterådet lagt vægt på, om den pågældende enhed er omfattet af UCITS-direktivet (85/611/EØF). Det er i praksis flere gange blevet nævnt i helhedsbedømmelsen, at subjektet ikke var omfattet af UCITS.²⁴

I SKM.2011.738.SR ønskede det norske selskab C AB at oprette et dansk aktieselskab igennem datterselskabet B. Formålet med den nye enhed A var investering i værdipapirer igennem udenlandske transparente enheder. Spørgsmålet var herefter, om det danske ak-

tieselskab var et investeringsselskab omfattet af ABL § 19. Skatterådet nåede frem til, at der ikke var grundlag for at undtage selskabet fra at være et investeringsselskab.²⁵

Afgørelsen viser den totrinstest, der anvendes i dansk skatteret. Først kvalificerer man den pågældende enhed, og derefter undersøger man, om enheden, hvis den er et selvstændigt skattesubjekt, er omfattet af ABL § 19 og dermed reglerne om investeringsselskaber. I henhold til ABL § 19, stk. 2, nr. 1, er investeringsinstitutter omfattet af Rådets direktiv 85/611/EØF (UCITS) som følge heraf omfattet af ABL § 19 om investeringsselskaber, når betingelserne i bilag 1 til aktieavancebeskatningsloven er opfyldt. Tilsyneladende kan kriterier fra vurderingen af, om et selskab er omfattet af investeringsselskabsbegrebet i ABL § 19, inddrages i kvalifikationen af subjektet. Dette var i hvert fald tilfældet i SKM.2009.538.SR og SKM2010.13.SR om det franske FCPE, idet SKAT udtalte følgende: "SKAT finder, at FCPE'et i denne sag ikke kan anses for et selvstændigt skattesubjekt, henset til at FCPE'et ikke er omfattet af direktiv 85/611/EØF, ikke er åben for offentligheden, at der ikke afholdes generalforsamling i PCPE'et, at management selskabets ledelse af FCPE'et er kontrolleret af Tilsynsrådet."²⁶

Det forhold, at enheden ikke er omfattet af UCITS, synes altså at være en medvirkende faktor til ikke at kvalificere enheden som et selvstændigt skattesubjekt. SKATs ræsonnement synes at være, at når FCPE'et i forvejen ikke minder om et investeringsselskab, så styrker det SKATs vurdering, at betingelserne for at være omfattet af UCITS-direktivet ikke er opfyldt. Det forhold, at en enhed ikke er omfattet af UCITS, er dog ikke ensbetydende med, at enheden ikke er et selvstændigt skattesubjekt, fordi de andre betingelser om investeringsselskaber i ABL § 19 kan være opfyldt. Er enheden omfattet af UCITS, vil det være ensbetydende med, at enheden kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, fordi investeringsselskaber kvalificeres som selvstændige skattesubjekter.²⁷

Denne praksis synes fulgt op i nyere praksis.

I SKM2017.183.SR udtaltes: "For at være omfattet af nævnte praksisændring skal der være tale om en enhed, der organisatorisk svarer til en dansk værdipapirfond. Den omhandlede irske investeringssenhed (CCF) er omfattet af UCITS-direktivet, men er i modsætning til en dansk værdipapirfond en aftalebaseret enhed, hvor investorerne opnår medbestemmelse og medejerskab til de underliggende aktiver. Da den irske investeringssenhed desuden ikke kan påtage sig forpligtelser mv., er SKAT enig med repræsentanten i, at den pågældende enhed ikke er organiseret som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk skatteret, jf. selskabsskatteovens § 1, idet den omhandlede irske investeringssenhed savner den for skatteretsevne fornødne selvstændighed."

Og SKM.2017.723.SR: " For at være omfattet af den nævnte praksisændring skal der være tale om en enhed, der organisatorisk svarer til en dansk værdipapirfond. Den omhandlede irske investeringsenhed (CCF) er omfattet af UCITS-direktivet, men er i modsætning til en dansk værdipapirfond en aftalebaseret enhed, og investorerne er medejere af investeringsenhedens (CCF) aktiver og indkomst. Da den irske investeringsenhed desuden ikke kan påtage sig forpligtelser, er SKAT enig med repræsentanten i, at den pågældende enhed ikke er organiseret som et selvstændigt skattesubjekt efter dansk skatteret, jf. selskabsskattelovens § 1, idet den omhandlede irske investeringsenhed savner den for skatteretsevne fornødne selvstændighed."

3.3.5 Andre EU-direktiver

I SKM2014.797.SR skulle det bl.a. vurderes, om ejerandele i enheden var omfattet af aktieavancebeskatningsloven, hvorfor det i den forbindelse skulle undersøges, om den luxembourgiske enhed var et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret. Spørger argumenterer for, at enheden skulle anses som et selvstændigt skattesubjekt. Spørger fremhævede, at det efter praksis er anerkendt, at selskaber oplyst i bilaget til moder-/datterselskabsdirektivet er selskabslignende selskaber omfattet af selskabsskatteloven og aktieavancebeskatningsloven. Af listen fremgår bl.a. de selskaber, som efter luxembourgsk ret betegnes "société en commandite par actions". Den pågældende enhed var stiftet som et société en commandite par actions og fremgår dermed af listen til direktivet. Idet enheden fremgår af listen, var spørger af den opfattelse, at enheden skulle anses for at være et selvstændigt skattesubjekt svarende til et dansk aktie- eller anpartsselskab. Skatterådet var imidlertid ikke enig med spørger og fandt efter en samlet vurdering, at enheden ikke kunne anses for et selvstændigt skattesubjekt, hvor der bl.a. blev lagt vægt på, at the general partner hæftede ubegrænset. Skatterådet var enig med spørger i, at enheden fremgår af listen over selskaber i moder-/datterselskabsdirektivet (direktiv 2003/123/EF). Hertil udtalte Skatterådet dog: "Anvendelsesområdet for moder-/datterselskabsdirektivet har imidlertid betydning i relation til udbytter mellem selskaber i forskellige stater, og kan ikke anvendes til en intern skatteretlig kvalifikation af udenlandske enheder i andre relationer. Af SKM2012.347.SR fremgår det, at uanset om en enhed er omfattet af fusionsskattedirektivet, skal vurderingen af, om en udenlandsk enhed er at anse for et selvstændigt skattesubjekt, ske på baggrund af en konkret vurdering – efter danske regler – af den enkelte enhed, uanset at det fremgår af fusionsskattedirektivet, at en enhed er omfattet af direktivet."

Det er derfor tilsyneladende uden betydning for den skatteretlige kvalifikation, om en enhed er omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet og/eller fusionsskattedirektivet.

5. OPSUMMERING

Dette bidrag har tilvejebragt en systematisering af nyere praksis (2013-2021) vedrørende kvalifikationen af udenlandske enheder med henblik på at skabe overblik på dette praktisk vigtige område. En gennemgang af de seneste års praksis viser, at man i dansk skatteret fortsat har fastholdt *lex fori*-tilgangen med de samme kriterier, men dog med lidt flere nuancer og kriterier. Det er fortsat et vanskeligt område, som baseres på en konkret case-by-case vurdering, hvilket må være forklaringen bag det store antal afgørelser fra Skatterådet.

NOTER

- 1 Managing director, ph.d., CORIT Advisory, professor, Aalborg Universitet.
- 2 Assistant, CORIT Advisory.
- 3 Associate partner, ph.d., CORIT Advisory, lektor, CBS.
- 4 Jf. *Bundgaard* i Skat Udland 2002, p. 598 ff., *Bundgaard* i SR-Skat 2006/3, p. 223 ff. og *Bundgaard & Steffen Bonde Jensen* i Skat Udland, 2013 p. 343.
- 5 Jf. *Bundgaard* i Skat Udland 2002, p. 24.
- 6 Kravet om realitetsfortolkning følger af retspraksis.
- 7 Se bl.a. SKM2018.254.SR, hvor Skatterådet fastslår, at enkeltstående forhold ikke i sig selv kan begrunde, hvorvidt en enhed skal anses som et selvstændigt skattesubjekt/en skattemæssig transparent enhed, idet der skal foretages en konkret bedømmelse af enhedens organisatoriske forhold.
- 8 Jf. *Bundgaard* i Skat Udland 2002, p. 5. Se desuden SKM2018.254.SR, hvor Skatterådet påpeger, at enhedens blotte benævnelse ikke er afgørende for enhedens skattemæssige bedømmelse, men at der i stedet skal lægges vægt på enhedens struktur og virkemåde.
- 9 Se bl.a. også SKM2017.183.SR, SKM2017.184.SR, SKM2017.628.SR, SKM2017.723.SR, SKM2018.254.SR, SKM2018.490.SR, SKM2018.515.SR og SKM2019.492.SR.
- 10 SKM2007.317.SR, idet "det afgørende (er), hvilke retlige karakteristika der ved aftaler, vedtægter m.v. er tillagt sammenslutningen og dennes relationer til investorerne."

► KVALIFIKATIONEN AF UDENLANDSKE ENHEDER – FORSØG PÅ SYSTEMATISERING AF NYERE PRAKSIS FRA PERIODEN 2013-2021

- 11 Se også SKM2019.463.BR: "Ud fra sagens oplysninger, herunder at G1 ltd. var et lovligt oprettet selskab med begrænset hæftelse og indholdet i selskabets vedtægter, som det må antages, at driften er sket i overensstemmelse med, finder retten på det foreliggende grundlag og efter en samlet konkret vurdering, at selskabet skal anses for en selvstændig juridisk enhed, der er et selvstændigt skattesubjekt, jf. selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2."
- 12 *Bundgaard*, Skatteret & civilret, 2006, side 622 f.
- 13 Se bl.a. SKM2013.811.SR, SKM2014.246.SR, SKM2017.16.SR, SKM2018.574.SR, SKM2018.596.SR, SKM2020.84.SR og SKM2020.429.SR.
- 14 *Bundgaard*, Skatteret & civilret, 2006, side 624.
- 15 Se bl.a. SKM2014.246.SR, SKM2014.620.SR, SKM2015.92.SR, SKM2016.6.SR, SKM2017.16.SR, SKM2018.515.SR, SKM2019.123.SR og SKM2020.535.SR.
- 16 *Bundgaard* i Skatteret & civilret, 2006, side 621 f.
- 17 *Munch m.fl.*, Selskabsformerne, 2014, side 123 ff.
- 18 Se bl.a. SKM2015.808.SR, SKM2016.6.SR, SKM2016.190.SR, SKM2019.191.SR, SKM2019.492.SR og SKM2019.538.SR.
- 19 Se også SKM2017.539.VLR, SKM2019.191.SR, SKM2020.279.SR og SKM 2020.429.SR. Mange bindende svar indledes desuden med en generel vending om, at "Vurderingen foretages efter dansk ret, selvom der er tale om en udenlandsk enhed [...]"; jf. bl.a. SKM2021.72.SR og SKM2021.73.SR. I udarbejdelsen af skemaet/artiklen er der imidlertid ikke taget højde for disse generelle vendinger, men derimod kun afgørelser, hvor spørgsmålet behandles mere konkret.
- 20 *Bundgaard* i Skatteret & civilret, 2006, side 607 ff.
- 21 Se ligeledes bl.a. SKM2015.92.SR, SKM2017.184.SR, SKM2019.191.SR og SKM2019.492.SR.
- 22 Jf. *Bundgaard* i Skat Udland 2002, p. 5.
- 23 *Bundgaard* i Skatteret & civilret, 2006, side 604 f.
- 24 SKM2009.298.SR, SKM2009.538.SR, SKM2010.15.SR, SKM2012.61.SR, SKM2011.738.SR, SKM2010.13.SR og SKM2010.316.SR.
- 25 I SKM.2011.738 udtaler Skatterådet følgende: "Hovedformålet i A A/S er efter det oplyste således at foretage investering i værdipapirer m.v. via de udenlandske enheder, der investerer i aktier m.v., og hvor A A/S vil eje mindre end 10 pct. af kapitalen/andelen i de investerede enheder. Det er derfor Skatteministeriets opfattelse, at der er tale om virksomhed, der består i investering i værdipapirer m.v., samt at undtagelsen i aktieavancebeskatningslovens § 19, stk. 3 ikke finder anvendelse."
- 26 Jf. SKM.2009.538.SR, ad spørgsmål 3.
- 27 Der henvises til SKM2009.298.SR, spørgsmål 2, der bekræfter, at selskaber omfattet af UCITS-direktivet er investeringselskaber.