

Udskriftsdato: mandag den 12. januar 2026

AFG nr 9888 af 20/10/2020 (Gældende)

Kommanditselskab - transparens - selvstændigt skattesubjekt - selskabsskattelovens § 2 C

Ministerium: Skatteministeriet

Journalnummer: 20-0762620

Kommanditselskab - transparens - selvstændigt skattesubjekt - selskabsskattelovens § 2 C

Sagen drejede sig om, hvorvidt en række danske kommanditselskaber var omfattet af selskabsskattelovens § 2 C.

Investorerne i kommanditselskaberne bestod af danske og udenlandske pensionskasser og øvrige institutionelle investorer samt professionelle investorer. Skatterådet bekræftede, at ingen af de tre selskaber var omfattet af bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2 C.

Skatterådsmøde 20. oktober 2020 - SKM2020. 453. SR

Offentliggjort i redigeret form.

Spørgsmål

1. Kan Skattestyrelsen bekræfte, at H2, ikke anses for omfattet af den nyaffattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2?
2. Kan Skattestyrelsen bekræfte, at H3, ikke anses for omfattet af den nyaffattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2?
3. Kan Skattestyrelsen bekræfte, at H4, ikke anses for omfattet af den nyaffattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2?

Svar

1. Ja
2. Ja
3. Ja

Beskrivelse af de faktiske forhold

1. Indledende bemærkninger

H1 har siden 20XX haft til formål "at drive virksomhed som forvalter af alternative investeringsfonde i overensstemmelse med Lov om Alternative Investeringsfonde m.v.". H1 forvalter fonde i alternative investeringer primært for danske investorer, der ønsker diversitet og en ekstern forvalter til at finde og forvalte disse investeringer primært inden for amerikansk og europæisk private equity (unoterede selskaber). I forbindelse hermed administrerer H1 en række investeringsenheder. Enhed X har haft final close, og er i gang med investeringsprocessen

1.1 H1

H1 blev grundlagt i 20XX med hovedkontor i København. H1 er som managementselskab og forvalter af investeringsmidler underlagt Finanstilsynet i henhold til lov om forvaltere af alternative investeringsfonde.

Enhed X er etableret som en fond hvilket indebærer, at enhed X investerer som investor i andre kapitalfonde.

Enhed X har siden etableringen samlet set rejst mere end EUR XX. i kapital, som er investeret i en række nordamerikanske og europæiske "buy-out" fonde, med fokus på investeringer i mikro, små og mellemstore virksomheder med et stærkt afkastpotentiale.

1.2 Enhed X

Enhed X er etableret som tre parallelle danske kommanditselskaber; H3 med eksponering mod europæiske kapitalfonde og H4 og H5 med eksponering mod amerikanske kapitalfonde. H3 investerer således ikke i samme aktiver som H4 og H5. Alle kommanditselskaberne har H6 som komplementar.

H5 investerer parallelt med H4. H5 har alene en dansk investor og behandles derfor ikke yderligere i det følgende.

Formålet med Enhed X er, at samle og sikre kapital fra investorer til investering i nordamerikanske og europæiske investeringer.

Som udgangspunkt investerer pensionskasser og andre institutionelle samt professionelle investorer kun direkte i unoterede selskaber, hvis selskabet har en vis størrelse, idet det er for omkostningstungt og for tidskrævende for disse investorer selv at forestå køb, salg og ejerskab af mindre og mellemstore unoterede virksomheder. Derfor foretrækker disse investorer kapitalfonde til denne type investeringer.

Investorbasen i H1's fonde består i overvejende grad af danske og udenlandske pensionskasser og øvrige institutionelle samt professionelle investorer. Alle investorer er som hovedregel uafhængige af hinanden.

1.2.1 Valget af et dansk kommanditselskab

For at undgå det, der i investormiljøet kaldes for "tax-leakages" - dvs. situationer, hvor samme indkomst beskattes to gange, er kapitalfonde i Danmark normalt struktureret som kommanditselskaber. Et dansk kommanditselskab har den fordel, at det efter danske skatteregler ikke underkastes selvstændig beskatning. Derimod sker beskatningen hos de bagvedliggende investorer, idet indkomsten tilhører disse. Porteføljeselskabets løbende overskud underkastes således selskabsbeskatning i det land, hvor porteføljeselskabet er hjemmehørende, og udlodninger og/eller kapitalgevinster beskattes hos den ultimative investor i det land, hvor denne er hjemmehørende.

En udenlandsk investor vil derfor som udgangspunkt blive beskattet i sit hjemland. Årsagen hertil er, at investoren udfører sine hovedaktiviteter i sit hjemland, og således alene er passiv i selve værdiskabelsesprocessen i regi af kommanditselskabet.

Beskatning på de "mellemliggende niveauer" vil for både danske og udenlandske investorer betyde en u hensigtsmæssig dobbeltbeskatning, og det vil i mange tilfælde gøre det vanskeligere at tiltrække (udenlandsk) kapital til danske kapitalfonde.

Det er derfor vigtigt for H1 at få afklaret spørgsmålet om, hvorvidt investorer, der måtte ønske at investere via H2 eller direkte gennem H3 samt H4, vil risikere, at henholdsvis H2, H3 og/eller H4 som følge af visse udenlandske investorers nationale kvalifikation af et dansk kommanditselskab måtte resultere i, at et af de danske kommanditselskaber beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.

2. Beskrivelse af strukturen

H3 og H4 er etableret med en række danske og udenlandske investorer, der som ovenfor nævnt overvejende består af pensionskasser og øvrige institutionelle investorer samt professionelle investorer.

K/S'erne består af en række kommanditister (investorerne) og en komplementar (H6). I henhold til kommanditselskabsaftalen er komplementaren tillagt de i selskabslovgivningen regulerede forvaltningsmæssige beføjelser. Det følger dog ligeledes, at komplementaren er pålagt at delegere visse af disse beføjelser til managementselskabet.

K/S'ernes øverste ledelsesorgan er generalforsamlingen. Alle kommanditister i K/S'erne har ret til at deltage i generalforsamlingerne og har ret til at stemme. Generalforsamlingen kan bl.a. vedtage at opsiges managementselskabet. Generalforsamlingen er ikke involveret i K/S'ernes investerings- og salgsbeslutninger.

Investerings- og salgsbeslutninger sker efter godkendelse af et uafhængigt Investment Board. Det uafhængige Investment Board består af X medlemmer med særlig branchekendskab, der er valgt på K/S'ernes generalforsamling. Den endelige godkendelse af henholdsvis investering og salg ligger hos komplementaren.

2.1. Investorerne

Investorbasen består, som nævnt ovenfor, i overvejende grad af danske og udenlandske pensionskasser og øvrige institutionelle investorer samt professionelle investorer. Alle investorer er som hovedregel uafhængige af hinanden.

Investorerne, investerer som udgangspunkt direkte i H3 og/eller H4, alt efter deres ønskede eksponering. Visse investorer investerer dog sammen eller indirekte via fund-of-funds/feeder strukturer eller særlige investorbestemte strukturer. Idet navnlig en række investorer fra X land kun ønsker eksponering mod én valuta, har managementselskabet valgt at etablere en såkaldt feeder-fond; H2, hvorigennem disse investorer investerer (mere herom nedenfor).

Investeringer, hvor udenlandske investorer således investerer sammen, udgør derfor alene henholdsvis X% og Y% af den samlede investorbase i henholdsvis H3 og H4 og vil altid udgøre væsentligt under 50% af den samlede investorbase.

2.1.2. Betydningen af, at visse investorer investerer sammen eller indirekte

Investorerne er alle (som hovedregel) uafhængige af hinanden og agerer således selvstændigt i relation til K/S'erne. Det fremgår dog af kommanditselskabsaftalerne for henholdsvis H3 og H4, at formålet med K/S'erne er at tilbyde investorerne eksponering mod investeringer i Europa og USA. De investeringer, der foretages af disse to K/S'er, er således udtryk for, at investorerne agerer sammen, og kommanditselskabsaftalen samt de ovenfor beskrevne forvaltningsorganer regulerer denne sammenvirkende aktivitet.

2.2. H3 og H4

Både H3 og H4 er struktureret som danske kommanditselskaber, med en struktur som beskrevet ovenfor. Investorbasen består i begge K/S'er af danske og udenlandske investorer, hvoraf hovedparten investerer direkte, og en mindre del investerer indirekte dvs. sammen eller indirekte via fund-of-funds/feeder strukturer eller særlige investorbestemte strukturer. Forskellen mellem de to K/S'er er eksponeringen mod henholdsvis europæiske og amerikanske investeringer.

2.3. H2

H2 er ligeledes struktureret som et dansk kommanditselskab. Investorbasen består dog alene af udenlandske investorer fra X-land og Y-land. H2 er stiftet grundet disse investorers ønsker om kun at få eksponering mod én valuta.

For alle ovennævnte K/S'er (jf. 2.2. og 2.3.) kan det lægges til grund, at mere end 50% af investorerne er uafhængige investorer primært pensionskasser, institutionelle og andre professionelle investorer, der alle er hjemmehørende i lande, hvor et dansk K/S kvalificeres som en skattemæssig transparent enhed. Disse investorer er skattemæssigt hjemmehørende indenfor EU, hvorfor det ligeledes kan lægges til grund, at investorerne ikke er omfattet af SEL § 2C, stk. 1, nr. 2 eller nr. 3. Det kan endvidere lægges til grund, at disse investorer ligeledes ejer mere end 50% af stemmerettighederne og retten til andel af overskud.

Det kan derudover lægges til grund, at under 11% af den tegnede kapital i alle ovennævnte K/S'er er tegnet af investorer, der er hjemmehørende i lande, hvor et dansk K/S kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt. Det kan endvidere lægges til grund, at disse investorer ligeledes ejer under 11% af stemmerettighederne og retten til andel af overskud i de enkelte K/S'er.

Endelig kan det lægges til grund, at H2 investerer direkte i både H3 og H4 og tegner sig for henholdsvis X% og Y% af kapitalen i de to K/S'er.

Strukturen kan illustreres som følger: [struktur udeladt]

Spørgers opfattelse og begrundelse

Bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2C blev indført i 2008 med Folketingets vedtagelse 12. juni 2008 af L 181 vedrørende forslag til lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love (konvertible obligationer, leasingbiler, skattemæssig selskabskvalifikation m.v.).

Bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2 C udsprang af et bindende svar fra Skatterådet offentliggjort på SKATs hjemmeside som SKM2008. 446 SR.

Det fremgår af bemærkningerne til L 181 at, at formålet med bestemmelsen var, at indregistrerede filialer af udenlandske virksomheder samt kommanditselskaber og andre transparente enheder, der er indregistreret, har ledelsens sæde eller har hjemsted her i landet, anses for at være selvstændige skattesubjekter og beskattes på samme måde som aktieselskaber, hvis hovedparten af de direkte ejere er hjemmehørende i stater, der anser kommanditselskabet for at være et selvstændigt skattesubjekt eller disse stater ikke udveksler oplysninger med Danmark.

Efter sin oprindelige affattelse - dvs. frem til 1. januar 2020 - skulle registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der var registreringspligtige, havde vedtægtsmæssigt hjemsted eller ledelsens sæde her i landet, beskattes efter reglerne for selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 2. Beskatningen fandt sted, hvis direkte ejere med mere end 50% af kapitalen eller med besiddelse af mere end 50% af stemmerettighederne var hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, på Færøerne eller i Grønland, hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt blev behandlet som et selvstændigt skattesubjekt, eller som ikke havde en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skulle frafaldes eller nedsættes, og som ikke var medlem af EU.

Bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2C, blev med Folketingets vedtagelse af L 28A 20. december 2018 ændret med virkning fra 1. januar 2020.

Det bemærkes, at L 28A oprindeligt blev fremsat 3. oktober 2018 som L28. I forbindelse med behandlingen af lovforslaget stod det dog som følge af en række kommentarer fremsat under høringsprocessen klart, at der var brug for en yderligere behandling af de foreslåede ændringer af CFC-reglerne i selskabsskattelovens § 32. Det oprindelige lovforslag blev derfor opdelt i to separate lovforslag; henholdsvis L 28A og L 28B.

1.2. Ændring af selskabsskattelovens § 2C

Folketinget vedtog som nævnt 20. december 2018 lov nr. 1726 af 27. december 2018 (L 28A), der gennemfører dele af skatteundgåelsesdirektivet i dansk ret.

Skatteundgåelsesdirektivet består af henholdsvis Rådets direktiv 2016/1164/EU af 12. juli 2016 vedrørende regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds funktion ("skatteundgåelsesdirektiv I") og Rådets direktiv 2017/952/EU af 29. maj 2017 om ændring af direktiv 2016/1164/EU for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande ("skatteundgåelsesdirektiv II") (herefter samlet "Direktivet"). Direktivet skal blandt andet sikre en harmoniseret gennemførelse i intern ret af OECD BEPS-aktion 2 (2015) "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements" (herefter "BEPS-rapporten").

Direktivet er et såkaldt minimumsdirektiv og direktivet er dermed ikke til hinder for anvendelsen af nationale eller aftalebaserede regler, der har til hensigt at sikre en højere grad af beskyttelse af de nationale skattebaser. Det overlades således til de enkelte lande at gennemføre reglernes indhold på den måde, der passer bedst til det enkelte lands skattesystem. Denne skønsbeføjelse, som medlemsstaterne inden for direktivets rammer råder over, afhænger dog af graden af præcision af direktivets bestemmelser.

I relation til selskabsskattelovens § 2C er der navnlig tale om en implementering af skatteundgåelsesdirektiv II art. 9a, der er baseret på anbefalinger fra OECD's BEPS-rapport om aktion 2 om "hybrid mismatch".

Om den indbyrdes relation mellem disse forskellige retskilder dvs. OECD's BEPS-rapport (aktion 2), skatteundgåelsesdirektivet (art. 9a) og dansk ret (SEL 2C), fremgår det af betragtning 28 i præamblen til skatteundgåelsesdirektiv II, at

"ved gennemførelsen af dette direktiv bør medlemsstaterne anvende de relevante forklaringer og eksempler i OECD's BEPS-rapport om aktion 2 som en kilde til illustration eller fortolkning, i det omfang de er i overensstemmelse med bestemmelserne i dette direktiv og EU-retten".

1.2.1. Den ny affattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2C

Med Folketingets vedtagelse af lov nr. 1726 af 27. december 2018 (L 28A) blev selskabsskattelovens § 2C ændret således, at kravet om, at de direkte ejere skulle besidde mere end 50% af kapitalen eller stemmerettighederne udgik. Reglens ordlyd blev i stedet justeret således, at reglen finder anvendelse, hvis en eller flere tilknyttede personer sammenlagt - direkte eller indirekte - besidder mindst 50% af kapitalen, stemmerne eller retten til andel af overskud. Det er desuden et krav, at de tilknyttede personer er

- 1) "hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt, eller*
- 2) er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, der ikke udveksler oplysninger med de danske myndigheder efter en DBO, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager, eller*
- 3) er direkte ejer og er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, som ikke har en DBO med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU".*

Den nye affattelse indebærer således en stramning af bestemmelsen, og det anføres da også i forarbejderne, at en større kreds af enheder eller filialer i Danmark vil blive omfattet af reglen.

Førstnævnte situation (jf. 1) omfattes af direktivets art. 9a, stk. 1. De to andre situationer er udtryk for danske særregler, der udvider anvendelsesområdet til enheder, der hverken er hybride enheder eller omvendt hybride enheder.

Bestemmelsen finder anvendelse på følgende enheder:

- Registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder
- Skattemæssigt transparente enheder (I/S, K/S, P/S mv.), der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde i Danmark

1.2.2. Tilknyttede personer

Efter den nye affattelse af bestemmelsen i selskabsskattelovens § 2C foreligger et "hybridt mismatch" dog alene, hvor det opstår mellem "tilknyttede personer". Dansk skatteret indeholder indtil flere forskellige begreber til afgrænsning af, hvornår flere skatteydere anses for at være interesseforbundne. Der kan fx nævnes LL § 2, stk. 1+2, LL § 2, stk. 3, SEL § 31C og ABL § 4, stk. 2.

Skatteundgåelsesdirektivet introducerer således endnu et nyt begreb i form af "tilknyttet person", og vurderingen af om en eller flere anses for at være sådanne "tilknyttede personer" skal ske efter den samtidig tilføjede definition fra Direktivet i selskabsskattelovens § 8C, stk. 1, nr. 17. Der vil herefter være tale om en tilknyttet person i følgende situationer:

- 1) *"Et selvstændigt skattesubjekt, hvori et andet selvstændigt skattesubjekt (subjektet) har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25% eller mere, eller hvorfra subjektet har ret til at modtage 25% eller mere af overskuddet*
- 2) *En fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt, som har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25% eller mere i subjektet eller har ret til at modtage 25% eller mere af subjektets overskud*
- 3) *Har en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt direkte eller indirekte indflydelse i subjektet og et eller flere selvstændige skattesubjekter på 25% eller mere, anses alle berørte enheder, herunder subjektet, for tilknyttede personer,*
- 4) *Agerer en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt sammen med en anden person eller et selvstændigt skattesubjekt, for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et subjekt, skal det selvstændige skattesubjekt henholdsvis personen hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt,*
- 5) *Ved en tilknyttet person forstås også et selvstændigt skattesubjekt, der er del af samme konsoliderede koncern i regnskabsmæssig henseende som subjektet, et selvstændigt skattesubjekt, hvor subjektet har en væsentlig indflydelse på ledelsen, eller et selvstændigt skattesubjekt, som har en væsentlig indflydelse på ledelsen af subjektet,"*

I relation til pkt. 1-3 bemærkes for en god ordens skyld, at ejerskabskravet er 50% ved hybride mismatch omfattet af stk. 1, nr. 1, litra b-e og g, § 2 C, stk. 1, og § 8 D, stk. 3.

Lovens definition af begrebet "tilknyttet person" fremstår imidlertid ikke i alle tilfælde klart, og uddybes beklageligvis ikke nærmere i hverken lovens forarbejder eller Direktivet. Definitionen var derfor også genstand for en del spørgsmål under lovbehandlingen. Særligt spørgsmålet om, hvad det indebærer at "agere sammen".

I sit høringssvar (Bilag 1 til L 28 2018/19, side 97 ff.) anmodede FSR således også Skatteministeriet om yderligere eksempler på, hvad der forstås ved at "agere sammen".

Skatteministeriet svarede hertil:

"I Rådets direktiv 2017/952/EU af 29. maj 2017 om ændring af skatteundgåelsesdirektivet er det i præambelens punkt 28 anført, at medlemsstaterne bør anvende de relevante forklaringer og eksempler i OECD's BEPS-rapport om action point 2 som kilde til illustration eller fortolkning, i det omfang de er i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivet og EU-retten.

I relation til at agere sammen indebærer det fx, at to fysiske personer anses for at agere sammen i relation til stemmerettigheder mv. i forhold til et selvstændigt skattesubjekt, hvis de er familiemæssigt relateret. Ligeledes vil fx uafhængige selvstændige skattesubjekter og fysiske personer blive anset for at agere sammen i forhold til et selvstændigt skattesubjekt, hvis deres stemmerettigheder mv. er administreret/forvaltet af fx en fond eller et managementselskab."

Svaret efterlader dog fortsat tvivl. Lovens forarbejder (bemærkningerne til § 1, nr. 9, om SEL § 8 C, stk. 1, nr. 17, i L 28 (2018/19)) gengiver i et vist omfang anbefalingerne fra OECD's BEPS-rapport, anbefaling 11.3, hvorefter personer anses for at "agere sammen" i følgende tilfælde:

- 1) Personerne er familiemedlemmer*
- 2) En person er forpligtet til eller kan forventes at agere i overensstemmelse med en anden persons instrukser*
- 3) Personerne har aftalt at agere sammen i relation til udøvelse af stemmerettigheder, økonomiske rettigheder og/eller ejendomsretten til aktierne mv., når aftalen kan have en væsentlig indflydelse på værdien af aktierne (gælder ikke for en standard selskabsaftale), eller*
- 4) Personerne har aftalt, at en tredje person kan agere på deres vegne i relation til deres aktier.*

Om sidstnævnte fremgår det af OECD's BEPS-rapport (pkt. 377) at;

"this element of the acting together test treats investors as acting together if their interests are managed by the same person or group of persons. This requirement would pick up a number of investors whose investments were managed under a common investment mandate or partners in an investment partnership".

Omfattet synes således at være investorer, hvis investering administreres af en tredjemand i henhold til et fælles investeringsmandat, og investorer, som investerer sammen gennem et investeringsselskab (I/S, K/S mv.), så længe dette ikke er en kollektiv investeringsenhed. Vi bemærker her, at kollektive investeringsenheder er undtaget, jf. selskabsskattelovens § 2C, stk. 2, hvorimod undtagelsen ikke gælder fx en Alternative Investeringsfond ("AIF").

I OECD's BEPS-rapport gives en række eksempler, der bl.a. illustrerer ovenfor nævnte pkt. 377. Rapportens eksempel 11.2 behandler en situation, hvor 4 partnere (A, B, C og D) investerer gennem et partnerselskab hjemmehørende i land B. Partnerselskabet ejer 40% af aktierne i A Co, der er hjemmehørende i land A.

I analysedelens pkt. 6 anføres følgende;

"In this case, the shares in A Co are held by a person that is treated as transparent under Country B law so that the shares in A Co, and the payments made under the financial instrument, are treated as made directly to the partners in accordance with their interest in the partnership. In this case where the ownership or control of the shares in A Co are managed by the partnership and where that management or control has a connection with the arrangement that has given rise to the mismatch (because both the equity interest and the financial instrument are held by the same person) each partner will be treated as

holding the shares of the other partners under the acting together test in Recommendation 11.3(d) and accordingly will be treated as holding sufficient shares in A Co to bring that partner within the scope of the related party rule."

Det følger således, at idet den enhed, de 4 partnere investerer igennem, muliggør en fælles kontrol eller ejerskab over de berørte aktier, da anses samtlige deltagere i partnerselskabet for direkte at eje hele den berørte kapital.

Skattestyrelsen nåede i det bindende svar offentliggjort som SKM2020. 35. SR til en tilsvarende konklusion og anførte at:

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

Uddybende vedrørende spørgsmål 1

I forhold til H2 kan det som nævnt ovenfor lægges til grund, at investorbasen alene består af udenlandske investorer fra X-land og Y-land. Investorerne fra X-land anser alle et danske K/S for en transparent enhed, hvorimod investorerne fra Y-land anser et dansk K/S for en ikke-transparent enhed.

Investorerne fra Y-land ejer samlet under 50% af stemmerettighederne, kapitalen og retten til overskud i H2.

Uanset at investorer, der er hjemmehørende i lande, der anser K/S'et for et selvstændigt skattesubjekt, ejer under 50% af stemmerettighederne, kapitalen og retten til andel af overskuddet, kan kommanditselskabet blive omfattet af selskabsskattelovens § 2 C. Dette synes efter vores opfattelse at være konsekvensen af § 8C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt. Situationen kan opstå, hvis nogle af disse investorer, der ejer under 50% og anser K/S'et for et selvstændigt skattesubjekt, anses for at agere sammen med andre, således at de sammenlagt anses for at eje mere end 50% af de samlede stemmerettigheder, kapitalen eller retten til andel af overskuddet.

Det fremgår således af reglen i selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt., at når personer, agerer sammen med andre personer, skal de berørte personer hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.

Spørgsmålet er derfor, om henholdsvis investorerne fra X-land og investorerne fra Y-land skal anses for at agere sammen i relation til H2. Det er efter vores opfattelse ikke tilfældet.

Spørgsmålet skal afklares i to relationer: (1) Agerer investorerne sammen i relation til K/S'et? - Dvs. anses investorerne for at agere sammen forud for deres indtræden i H2? og (2) agerer investorerne sammen i relation til K/S'ets underliggende investeringer? Dvs. bevirker selve kommanditselskabsaftalen, at investorerne agerer sammen? Sidstnævnte behandles nedenfor under "Uddybende vedrørende spørgsmål 2".

Agerer investorerne sammen i relation til H2?

Investorerne i H2 består for XX% vedkommende af en koncern fra X-land og for XX% vedkommende af uafhængige investorer. Koncernen fra X-land kan således, qua dette koncernforhold, principielt anses for at agere sammen i relation til investeringen i H2. Derimod kan koncernen fra X-land efter vores opfattelse

ikke anses for at agere sammen med de øvrige investorer, da disse skal anses for uafhængige både i forhold til hinanden og koncernen fra X-land.

Med henvisning til de ovenfor nævnte eksempler fra OECD's BEPS-rapport bør det forhold, at flere investorer investerer i et transparent selskab, efter vores vurdering, ikke føre til, at investorerne anses for at "agere sammen" i forhold til det pågældende K/S. Denne opfattelse er tillige bekræftet af Skattestyrelsen i det bindende svar offentliggjort som SKM2020. 35. SR. Det er således vores vurdering, at investorerne ikke bør anses for at agere sammen i relation til H2.

Da investorerne i H2 således ikke kan anses for at agere sammen i relation til H2, er det derfor vores vurdering, at H2, ikke skal anses for omfattet af den nyaffattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2. Spørgsmål 1 skal derfor besvares bekræftende.

Uddybende om spørgsmål 2

I forhold til H3 kan det som nævnt ovenfor lægges til grund, at investorbasen består af danske og udenlandske investorer. Hovedparten af investorerne investerer direkte i H3, og en mindre del af investorerne investerer indirekte. Herunder visse investorer, der investerer via H2 med X%.

Som nævnt ovenfor er det vores klare opfattelse, at det forhold, at flere investorer investerer i en transparent enhed, ikke i sig selv kan føre til, at investorerne anses for at agere sammen i forhold til pågældende K/S.

Spørgsmålet er dog, om det forhold, at en mindre del af investorerne investerer indirekte dvs., at de investerer sammen gennem en overliggende enhed eller de investerer via en investorbestemt struktur, medfører, at investorerne kan anses for at agere sammen, og dermed skal anses for at eje en større andel af H3.

Investerings gennem en overliggende enhed

Spørgsmålet i denne relation er, om selve kommanditselskabsaftalen vedrørende H2 bevirker, at investorerne agerer sammen i relation til H3.

Som refereret ovenfor bemærker Skattestyrelsen i det bindende svar offentliggjort som SKM2020. 35. SR, at hvis fx 10 investorer hver ejer 10% af ejerandelene i et dansk K/S (I), og 5 af disse 10 investorer har investeret via et fælles K/S (II), da vil disse 5 investorer anses for at agere sammen (via K/S (II)) i forhold til investeringer i K/S (I), jf. selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt., idet de må anses for at have indgået i et "arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør, at de agerer sammen".

I OECD BEPS-rapportens eksempel 11.2, pkt. 6 bemærker OECD at;

"In this case where the ownership or control of the shares in A Co are managed by the partnership and where that management or control has a connection with the arrangement that has given rise to the mismatch (because both the equity interest and the financial instrument are held by the same person) each partner will be treated as holding the shares of the other partners under the acting together test in Recommendation 11.3(d)".

Konsekvensen af ovenstående må efter vores vurdering være, at de investorer, der foretager deres investering i H3 gennem en overliggende enhed - i dette tilfælde et dansk K/S - anses for at agere sammen i relation til H3 qua kommanditselskabsaftalen i den overliggende enhed.

Investerings gennem en investorbestemt struktur

Visse investorer investerer tillige gennem en investorbestemt struktur, dvs. via en eller flere mellemliggende enheder. De investorbestemte investeringsstrukturer vil udgøre langt under 50% af de samlede investorer i H3, hvorfor spørgsmålet ikke behandles yderligere.

Omfattes H3 af selskabsskattelovens § 2C, stk. 1?

Reglen i selskabsskattelovens § 2C, stk. 1 består af en todelt test. Det vil sige, at to kumulative betingelser skal være opfyldt for, at en omkvalificering kan finde sted. Et K/S omkvalificeres således, hvis (1) en eller flere tilknyttede personer, jf. § 8 C, stk. 1, nr. 17, (2) sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet.

Da det forhold, at visse investorer foretager deres investering i H3 gennem en overliggende enhed, i dette tilfælde et dansk K/S, bevirker, at de anses for at agere sammen i relation til H2, bliver det relevant, om disse investorer sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i H3.

Som nævnt indledningsvist kan det lægges til grund, at ingen af de indirekte investorer ejer mere end 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i H3. H2 tegner sig således alene for en ejerandel på X% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i H3.

Da H2 samt de øvrige indirekte investorer hver for sig ikke ejer mere end 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i H3, er det således vores vurdering, at H3 ikke kan anses for omfattet af den nyaffattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2. Spørgsmål 2 skal derfor besvares bekræftende.

Uddybende om spørgsmål 3

I forhold til H4 kan det som nævnt ovenfor lægges til grund, at investorbasen består af danske og udenlandske investorer. Hovedparten af investorerne investerer direkte i H4, og en mindre del af investorerne investerer indirekte.

I lighed med spørgsmål 2 må det forhold, at investorerne foretager deres investering i H4 gennem en overliggende enhed - i dette tilfælde et dansk K/S - have som konsekvens, at investorerne anses for at agere sammen i relation til deres investering i H4 qua kommanditselskabsaftalen i det overliggende K/S.

Spørgsmålet bliver derfor igen, om de tilknyttede personer sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i H4.

Som nævnt indledningsvist kan det for H4 ligeledes lægges til grund, at ingen af de indirekte investorer ejer mere end 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i H4. H2 tegner sig således for en ejerandel på XX% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i H4.

Da H2 samt de øvrige indirekte investorer, hver for sig ikke ejer mere end 50% af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i H4, er det således vores vurdering, at H4, ikke kan anses for omfattet af den nyaffattede selskabsskattelovs § 2C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2. Spørgsmål 3 skal derfor besvares bekræftende.

Skattestyrelsens indstilling og begrundelse

Spørgsmål 1

Det ønskes bekræftet, at H2, ikke anses for omfattet af den nyaffattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2 C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.

Begrundelse

Kommanditselskaber anses i dansk skatteret ikke som selvstændige skattesubjekter. Kommanditselskaber er skattemæssigt transparente, og som udgangspunkt ikke selvstændigt skattepligtige til Danmark.

Det følger dog af selskabsskattelovens § 1, at skattepligten også påhviler transparente selskaber, der er omfattet af selskabsskattelovens § 2 C. I visse tilfælde kan kommanditselskaber dermed blive fuldt skattepligtige til Danmark.

Selskabsskattelovens § 2 C er ændret ved lov nr. 1726 af 27. december 2018 og den nye formulering har virkning fra 1. januar 2020. Det er fortolkningen af den nye formulering af selskabsskattelovens § 2 C, som Spørger ønsker afklaret.

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

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

(...)

Heraf følger, at skattemæssige transparente enheder, som eksempelvis kommanditselskaber, beskattes som selvstændige skattesubjekter, såfremt en eller flere tilknyttede personer, som sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50 procent af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet, er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, hvor kommanditselskabet behandles som et selvstændigt skattesubjekt.

Vurderingen af om en eller flere investorer anses som "tilknyttet person" skal ske efter definitionen i selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17.

Af selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, 6. pkt. følger, at ejerskabskravet for tilknyttede personer i forhold til selskabsskattelovens § 2 C er 50 procent eller mere.

Hvis en investor anses som "tilknyttet person" til andre investorer medregnes de tilknyttede personers ejerandele, jf. forarbejderne til selskabsskattelovens § 2 C i lov nr. 1726 af 27. december 2018, hvoraf fremgår, af bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser at *"Ved opgørelsen af ejerandelene, stemmerettighederne, kapitalen og retten til overskuddet, medregnes tilknyttede personers ejerandele."*

I overensstemmelse med ordlyden af selskabsskattelovens § 2 C, stk. 1 skal tilknyttede personers ejerandele, som udgangspunkt kun sammenlægges med andre tilknyttede personers ejerandele, når de tilknyttede personer er hjemmehørende i lande, hvor enheden behandles som et selvstændigt skattesubjekt eller de er omfattet af nr. 2 eller 3 i selskabsskattelovens § 2 C, stk. 1. Dog skal tilknyttede personers ejerandele sammenlægges, når de "agerer sammen", jf. nedenfor.

Af selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt. følger, at *"agerer en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt sammen med en anden person eller et selvstændigt skattesubjekt, for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et subjekt, skal det selvstændige skattesubjekt henholdsvis personen hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt."*

"Agere sammen" omfatter bl.a. tilfælde hvor *"fysiske personer og selvstændige skattesubjekter, der ejer en underordnet indflydelse i et selskab, indgår i et arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør, at de agerer sammen for at indgå i et hybridt mismatch arrangement for bare én af deltagerne"* endvidere følger det, af forarbejderne at *"hvis en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt agerer sammen med en anden person eller et selvstændigt skattesubjekt for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et subjekt, skal det selvstændige skattesubjekt henholdsvis personen hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt."*Jf. forarbejderne til § 8 C, stk. 1, nr. 17 (de almindelige bemærkninger).

Af Rådets direktiv 2017/952 af 29. maj 2017 om ændring af direktiv (EU) 2016/1164, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande følger af betragtning nr. 28, at *"Ved gennemførelsen af dette direktiv bør medlemsstaterne anvende de relevante forklaringer og eksempler i OECD's BEPS-rapport om aktion 2 som en kilde til illustration eller fortolkning, i det omfang de er i overensstemmelse med bestemmelserne i dette direktiv og EU-retten."*

I OECD's BEPS rapport "Neutralising the Effects om Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2" er givet et eksempel (11.2), hvor et partnerselskab, hjemmehørende i Land B har fire partnere A, B, C og D. Partnerselskabet ejer 40% af aktierne i A Co hjemmehørende i Land A.

Af rapporten følger, at *"The partners are treated as directly related to A Co because, in this case, each partner is treated as acting together with the other partners in respect of the partnership's substantial shareholding in A Co."*

Videre følger det af pkt. 6 i samme eksempel, at *"In this case where the ownership or control of the shares in A Co are managed by the partnership and where that management or control has a connection with the arrangement that has given rise to the mismatch (because both the equity interest and the financial instrument are held by the same person) each partner will be treated as holding the shares of the other partners under the acting together test in Recommendation 11.3(d) and accordingly will be treated as holding sufficient shares in A Co to bring that partner within the scope of the related party rule."*

I samme rapport eksempel 11.5 ejer et partnerselskab 80% af aktierne i A Co. Partnerselskabet er ejet af en række personer ("widely-held").

Af rapporten fremgår, at *"In this instance the partner that is a party to a hybrid financial instrument will be treated as related to A Co through the aggregation of interest rule in Recommendation 11.3(d). This will be the case even where it cannot be said that the partnership is acting together with all the other partners in respect of the mismatch in tax outcomes."*

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

Når investorerne anses for at agere sammen skal *"hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt."*

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

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

H2 er etableret som et dansk kommanditselskab. Investorerne i selskabet er hjemmehørende i X-land og Y-land. Det er oplyst, at mere end 50% af investorerne (målt på stemmerettigheder, kapital og retten til andel af overskud) er uafhængige investorer, der alle er hjemmehørende i lande, der kvalificerer et dansk K/S som en skattemæssig transparent enhed.

Derudover er det oplyst, at under XX% af den tegnede kapital i H2 (målt på stemmerettigheder, kapital og retten til andel af overskud) er tegnet af investorer, der er hjemmehørende i lande, hvor et dansk K/S kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt.

Uanset at investorer, der er hjemmehørende i lande, der anser K/S'et for et selvstændigt skattesubjekt, ejer under 50 procent af stemmerettighederne, kapitalen og retten til andel af overskuddet, kan kommanditselskabet blive omfattet af selskabsskattelovens § 2 C. Det vil være tilfældet hvis nogle af disse investorer anses for at agere sammen med andre, således at de sammenlagt anses for at eje mere end 50 procent af de samlede stemmerettigheder, kapitalen eller retten til andel af overskuddet.

Det skyldes reglen i selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt. Heraf fremgår, at når personer, agerer sammen med andre personer, skal de berørte personer hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.

Efter det oplyste investerer investorerne direkte i H2. Det forhold, at flere investorer investerer i et transparent selskab, kan som gennemgået ovenfor efter Skattestyrelsens vurdering ikke føre til at investorerne anses for at "agere sammen" i forhold til det pågældende K/S.

Det er også i overensstemmelse med Skatterådets fortolkning af selskabsskattelovens § 2 C som den er gældende med L 2018-12-27 nr. 1726. Se SKM2020. 35. SR.

Skattestyrelsen finder herefter ikke, at H2 er omfattet af selskabsskattelovens § 2 C, som den er gældende med lov nr. 1726 af 27. december 2018. H2 skal derfor ikke beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.

Indstilling

Skattestyrelsen indstiller, at spørgsmål 1 besvares med "ja".

Spørgsmål 2

Det ønskes bekræftet, at H3, ikke anses for omfattet af den nyaffattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.

Begrundelse

H3 er etableret som et dansk kommanditselskab. Det er oplyst, at investorerne i selskabet i overvejende grad består af danske og udenlandske pensionskasser og øvrige institutionelle investorer samt professionelle investorer. Alle investorer er som hovedregel uafhængige af hinanden.

Investorerne, investerer som udgangspunkt direkte i H3. Visse investorer investerer dog sammen via en såkaldt feeder-fond; H2. H2 ejer X% af H3.

Investorerne i H2 er både hjemmehørende i lande, der anser et dansk kommanditselskab som transparent og hjemmehørende i lande, der ikke anser et dansk kommanditselskab som transparent.

Det er oplyst, at mere end 50% af investorerne (målt på stemmerettigheder, kapital og retten til andel af overskud) er uafhængige investorer, der skattemæssigt er hjemmehørende i X-land, der kvalificerer et dansk K/S som en skattemæssig transparent enhed.

Derudover er det oplyst, at under XX% af den tegnede kapital i H2 (også målt på stemmerettigheder og retten til andel af overskud) er tegnet af investorer, der er hjemmehørende i Y-land, hvor et dansk K/S kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt.

Skattestyrelsen henviser til besvarelsen under spørgsmål 1.

Som gennemgået under spørgsmål 1 kan kommanditselskaber blive omfattet af selskabsskattelovens § 2 C uanset at investorer, der er hjemmehørende i lande, der anser K/S'et for et selvstændigt skattesubjekt, ejer under 50 procent af stemmerettighederne, kapitalen og retten til andel af overskuddet.

Det vil være tilfældet hvis nogle af disse investorer anses for at agere sammen med andre, således at de sammenlagt anses for at eje mere end 50 procent af de samlede stemmerettigheder, kapitalen eller retten til andel af overskuddet.

Det skyldes reglen i selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, 4. pkt. Heraf fremgår, at når personer, agerer sammen med andre personer, skal de berørte personer hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.

Af anbefaling 11.3 i OECD's BEPS rapport "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2" anses personer, der har aftalt, at en tredje person kan agere på deres vegne i relation deres aktier, for at agere sammen.

I pkt. 377 i rapporten er det uddybet hvad der menes hermed. Heraf fremgår "*This element of the acting together test treats investors as acting together if their interests are managed by the same person or group of persons. This requirement would pick up a number of investors whose investments were managed under a common investment mandate or partners in an investment partnership.*"

Det er Skattestyrelsens opfattelse, at investorer, der investerer sammen i et K/S via et overliggende K/S vil anses for at agere sammen i forhold til det underliggende K/S.

De investorer, der investerer i H3 via H2 vil således anses for at agere sammen og de berørte personer skal hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital H3.

Idet nogle af investorerne i H2 er hjemmehørende i lande, der anser et K/S for et selvstændigt skattesubjekt vil X% af investorerne i H3 (målt på ejerandelene) anses for at være hjemmehørende i et land, der anser et dansk kommanditselskab for et selvstændigt skattesubjekt.

Foruden de X% af investorerne er det oplyst, at under X% af de direkte investorer er hjemmehørende i lande, der anser et dansk K/S for et selvstændigt skattesubjekt.

Rådgiver har oplyst, at de investeringer, der foretages af H3 er udtryk for at investorerne agerer sammen og at der er indgået en kommanditselskabsaftale som regulerer denne sammenvirkende aktivitet.

Det forhold, at investorer investerer i samme transparente enhed og indgår aftaler svarende til sædvanlige aftaler mellem fælles ejere - normalt forekommende bestemmelser i ejeraftaler - indebærer ikke, at ejerne anses for at agere sammen i forhold til den transparente enhed.

Se også eksempel 11.4, pkt. 6 i BEPS rapporten, hvorefter fremgår: "*Shareholders' agreement is on standard terms 6. The right to buy C Co's shares at market value, as well as the drag along and tag along rights are relatively standard terms in a shareholders' agreement for a closely-held company. These types of provisions will not generally have a material impact on the value of the holder's equity interest and therefore should not be taken into account for the purposes of the acting together requirement.*" Skattestyrelsens understregning.

Herefter finder Skattestyrelsen ikke, at H3 er omfattet af selskabsskattelovens § 2 C, som den er gældende med lov nr. 1726 af 27. december 2018. H3 skal derfor ikke beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.

Indstilling

Skattestyrelsen indstiller, at spørgsmål 2 besvares med "ja".

Spørgsmål 3

Det ønskes bekræftet, at H4, ikke anses for omfattet af den nyaffattede bestemmelse i selskabsskattelovens § 2C, således som den er vedtaget med lov nr. 1726, af 27. december 2018 og dermed ikke skal beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.

Begrundelse

H4 er etableret som et dansk kommanditselskab. Det er oplyst, at investorerne i selskabet i overvejende grad består af danske og udenlandske pensionskasser og øvrige institutionelle investorer samt professionelle investorer. Alle investorer er som hovedregel uafhængige af hinanden.

Investorerne, investerer som udgangspunkt direkte i H4. Visse investorer investerer dog sammen via en såkaldt feeder-fond; H2. H2 ejer X% af H4.

Investorerne i H2 er både hjemmehørende i lande, der anser et dansk kommanditselskab som transparent og hjemmehørende i lande, der ikke anser et dansk kommanditselskab som transparent.

Det er oplyst, at mere end 50% af investorerne (målt på stemmerettigheder, kapital og retten til andel af overskud) er uafhængige investorer, der alle er hjemmehørende i lande, der kvalificerer et dansk K/S som en skattemæssig transparent enhed.

Derudover er det oplyst, at under XX% af den tegnede kapital i H4 (også målt på stemmerettigheder og retten til andel af overskud) er tegnet af investorer, der er hjemmehørende i lande, hvor et dansk K/S kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt.

Skattestyrelsen henviser til besvarelsen under spørgsmål 1 og 2.

De investorer, der investerer i H4 via H2 vil anses for at agere sammen og de berørte personer skal hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital H4.

Idet nogle af investorerne i H2 er hjemmehørende i lande, der anser et K/S for et selvstændigt skattesubjekt vil X% af investorerne i H4 (målt på ejerandel) anses for at være hjemmehørende i et land, der anser et dansk kommanditselskab for et selvstændigt skattesubjekt.

Foruden de X% af investorerne er det oplyst, at under X% af de direkte investorer er hjemmehørende i lande, der anser et dansk K/S for et selvstændigt skattesubjekt.

I lighed med besvarelsen af spørgsmål 2 finder Skattestyrelsen ikke, at investorer, der investerer i samme transparente enhed og indgår aftaler svarende til sædvanlige aftaler mellem fælles ejere - normalt forekommende bestemmelser i ejeraftaler -anses for at agere sammen i forhold til den transparente enhed.

Herefter finder Skattestyrelsen ikke, at H4 er omfattet af selskabsskattelovens § 2 C, som den er gældende med lov nr. 1726 af 27. december 2018. H3 skal derfor ikke beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.

Indstilling

Skattestyrelsen indstiller, at spørgsmål 3 besvares med "ja".

Skatterådets afgørelse og begrundelse

Skatterådet tiltræder Skattestyrelsens indstilling og begrundelse.

Lovgrundlag, forarbejder og praksis

Spørgsmål 1

Lovgrundlag

Selskabsskattelovens § 1

Skattepligt i henhold til denne lov påhviler følgende selskaber og foreninger mv., der er hjemmehørende her i landet:

- 1) indregistrerede aktieselskaber og anpartsselskaber,
- 2) andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens i selskabet indskudte kapital, selskaber omfattet af § 2 C og registrerede selskaber med begrænset ansvar,

(...)

Selskabsskattelovens § 2 C

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

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

2) er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, der ikke udveksler oplysninger med de danske myndigheder efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst, en anden international overenskomst eller konvention eller en administrativt indgået aftale om bistand i skattesager, eller

3) er direkte ejer og er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter kildeskatter på udbytter til selskaber skal frafaldes eller nedsættes, og som ikke er medlem af EU.

(...)

Selskabsskattelovens § 8 C

I §§ 8 D og 8 E forstås ved: (...)

17) Tilknyttet person: Et selvstændigt skattesubjekt, hvori et andet selvstændigt skattesubjekt (subjektet) har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25 pct. eller mere, eller hvorfra subjektet har ret til at modtage 25 pct. eller mere af overskuddet. Ved tilknyttet person forstås desuden en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt, som har direkte eller indirekte indflydelse i form af stemmerettigheder eller kapitalejerskab på 25 pct. eller mere i subjektet eller har ret til at modtage 25 pct. eller mere af subjektets overskud. Har en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt direkte eller indirekte indflydelse i subjektet og et eller flere selvstændige skattesubjekter på 25 pct. eller mere, anses alle berørte enheder, herunder subjektet, for tilknyttede personer. Agerer en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt sammen med en anden person eller et selvstændigt skattesubjekt, for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et subjekt, skal det selvstændige skattesubjekt henholdsvis personen hver især anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt. Ved en tilknyttet person forstås også et selvstændigt skattesubjekt, der er del af samme konsoliderede koncern i regnskabsmæssig henseende som subjektet, et selvstændigt skattesubjekt, hvor subjektet har en væsentlig indflydelse på ledelsen, eller et selvstændigt skattesubjekt, som har en væsentlig indflydelse på ledelsen af subjektet. Uanset 1.-3. pkt. er ejerskabskravet 50 pct. ved hybride mismatch omfattet af stk. 1, nr. 1, litra b-e og g, § 2 C, stk. 1, og § 8 D, stk. 3.

Forarbejder

Lovforslag nr. L 28, Folketinget 2018-19

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser Til § 1

(...)

Til nr. 3

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

Bestemmelsen omfatter både registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder.

Forskellig skattemæssig kvalifikation kan forekomme, hvis udlandet eksempelvis anser et dansk kommanditselskab for at være et selvstændigt skattesubjekt, hvorimod kommanditselskabet efter danske regler anses for at være en skattemæssigt transparent enhed. Uden værnsreglen vil dette kunne medføre, at kommanditselskabets indkomst hverken beskattes i Danmark eller i udlandet.

Udlandet vil således anse kommanditselskabets indkomst for at være skattepligtig til Danmark, mens Danmark vil anse indkomsten for at være skattepligtig i deltagernes hjemlande.

Når selskabsskattelovens § 2 C, stk. 1, finder anvendelse, bliver den transparente enhed beskattet som et selvstændigt skattesubjekt omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2. Dette indebærer, at enheden eller filialen anses for at være fuldt skattepligtig til Danmark i lighed med f.eks. et indregistreret aktieselskab. Det er dermed ikke længere deltagerne eller ejerne af enheden eller filialen, der beskattes af indkomsten, men der opgøres i stedet et selvstændigt beskatningsgrundlag for enheden eller filialen i Danmark.

En af betingelserne for omkvalificering efter selskabsskattelovens § 2 C, stk. 1, er, at direkte ejere med mere end 50 pct. af kapitalen eller med besiddelse af mere end 50 pct. af stemmerettighederne er hjemmehørende i udlandet.

Det foreslås, at selskabsskattelovens § 2 C, stk. 1, nyaffattes. Det foreslås, at registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder og skattemæssigt transparente enheder, der er registreringspligtige, har vedtægtsmæssigt hjemsted eller har ledelsens sæde her i landet, i visse tilfælde skal beskattes efter reglerne for selskaber omfattet af § 1, stk. 1, nr. 2.

Efter forslaget sker der omkvalificering, hvis en eller flere tilknyttede personer, jf. selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, som sammenlagt direkte eller indirekte ejer mindst 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet, opfylder en af de tre betingelser i de foreslåede selskabsskattelovens § 2 C, stk. 1, nr. 1-3.

Herved vil kredsen svare til den kreds, som anvendes i den foreslåede bestemmelse i selskabsskattelovens § 8 D om hybride mismatch, jf. definitionen af tilknyttede personer i den foreslåede bestemmelse selskabsskattelovens § 8 C, stk.

1, nr. 17.

Efter forslaget udvides ejerkredsen til som udgangspunkt at omfatte både direkte og indirekte ejerskab. Herved tages der højde for, at ejerandele kan være placeret i forskellige led i koncernstrukturen og i forskellige lande, hvorved den direkte kvalificerende ejerandel kan formindskes, samtidig med at den indirekte ejerandel fastholdes. Det bemærkes desuden, at den foreslåede ejerandel mindst skal udgøre 50 pct. i modsætning til tidligere, hvor der var krav om en ejerandel på mere end 50 pct. Ved opgørelsen af ejerandelene, stemmerettighederne, kapitalen og retten til overskuddet, medregnes tilknyttede personers ejerandele. Dvs., at bestemmelsen finder anvendelse, når personen eller selskabet sammen med en til flere tilknyttede personer ejer mindst 50 pct. af enten stemmerettighederne, kapitalen og retten til overskuddet i enheden henholdsvis filialen. Definitionen af, hvem der anses for tilknyttede personer, fremgår af den nye bestemmelse i selskabsskattelovens § 8 C, stk. 1, nr. 17, jf. lovforslagets § 1, nr. 9.

Udvidelsen af definitionen af den relevante ejerkreds vil bringe bestemmelsen i overensstemmelse med de minimumskrav, der følger af skatteundgåelsesdirektivet. Der er således tale om en direktivbestemt stramning af værnsreglen. Det foreslås i stk. 1, nr. 1, at der sker omkvalificering af den transparente enhed m.v., hvis den kvalificerende ejerkreds er hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, hvor enheden henholdsvis filialen skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt.

Til nr. 9 (...)

Af forslagets nr. 17, 4. pkt., følger, at hvis en fysisk person eller et selvstændigt skattesubjekt agerer sammen med en anden person eller et selvstændigt skattesubjekt for så vidt angår stemmerettigheder eller kapitalejerskab af et subjekt, skal det selvstændige skattesubjekt henholdsvis personen hver især

anses som indehaver af alle de berørte stemmerettigheder eller hele den berørte kapital i det pågældende subjekt.

Hvis eksempelvis en uafhængig fysisk person agerer sammen med en anden uafhængig fysisk person for så vidt angår stemmerettighederne i et selskab, så skal personerne hver især anses for indehaver af alle de berørte stemmerettigheder ved opgørelsen af den direkte og indirekte indflydelse i selskabet. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis den første person formelt overfører sine stemmerettigheder til den anden uafhængige person, men hvor den anden person dog udnytter stemmerettighederne under instruktion fra den første person.

Det gælder tilsvarende, hvis et selvstændigt skattesubjekt agerer sammen med en fysisk person eller et andet selvstændigt skattesubjekt.

Dette skal sikre, at forbindelsen som tilknyttet person ikke kan omgå ved, at f.eks. en fysisk person overfører stemmerettighederne i et selskab til en anden person, som dog fortsat agerer i overensstemmelse med den første persons ønsker og vilje for så vidt angår stemmerettighederne. Dette omfatter således også, hvor den direkte eller indirekte indflydelse indehaves af en fysisk persons nærtstående, idet de anses for at agere sammen. Ved nærtstående medregnes personens ægtefælle eller samlever, og dennes nærtstående.

Ved nærtstående medregnes endvidere personens søskende, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles i denne sammenhæng med ægte slægtskabsforhold. Agerer sammen omfatter endvidere tilfælde, hvor fysiske personer og selvstændige skattesubjekter, der ejer en underordnet indflydelse i et selskab, indgår i et arrangement eller en aftale, som i praksis muliggør, at de agerer sammen for at indgå i et hybridt mismatch arrangement for bare én af deltagerne.

RÅDETS DIREKTIV (EU) 2017/952 af 29. maj 2017 om ændring af direktiv (EU) 2016/1164, for så vidt angår hybride mismatch med tredjelande

(...)

(28) Ved gennemførelsen af dette direktiv bør medlemsstaterne anvende de relevante forklaringer og eksempler i OECD's BEPS-rapport om aktion 2 som en kilde til illustration eller fortolkning, i det omfang de er i overensstemmelse med bestemmelserne i dette direktiv og EU-retten

(...)

OECD's BEPS rapport "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2"

Example 11.2

Related parties and control groups - partners in a partnership

Facts

1. In the example illustrated in the figure below A, B, C and D are four partners in a partnership resident in Country B. All the decision in the partnership require unanimous vote. All the partners have the same voting rights and equal share in the profits of the partnership. The partnership is treated as tax transparent under the laws of Country B.

2. The partnership has a substantial shareholding in a company resident in Country A (A Co). The partnership lends money to A Co. The way this loan is taxed under Country A and B laws gives rise to a mismatch in tax outcomes.

Question

3. Whether the partners are related to A Co for the purposes of Recommendation 11?

Answer

4. The partners are treated as directly related to A Co because, in this case, each partner is treated as acting together with the other partners in respect of the partnership's substantial shareholding in A Co.

Analysis

The partner's indirect holding in A Co is insufficient to bring that partner within the related party rule

5. Although the partnership is transparent for tax purposes, it is treated as a person under the related party rules in Recommendation 11. The partnership holds 40% of the ordinary shares in A Co which will give the partnership 40% of the voting and equity interests in the company. This holding will be attributed equally to the partners in the partnership in proportion to their voting and value interest in the partnership. In this case, however, this leaves each partner with only a 10% indirect holding in A Co which is insufficient to bring that partner within the related party rules.

Each partner is treated as having a direct holding in A Co under the acting together test

6. In this case, the shares in A Co are held by a person that is treated as transparent under Country B law so that the shares in A Co, and the payments made under the financial instrument, are treated as made directly to the partners in accordance with their interest in the partnership. In this case where the ownership or control of the shares in A Co are managed by the partnership and where that management or control has a connection with the arrangement that has given rise to the mismatch (because both the equity interest and the financial instrument are held by the same person) each partner will be treated as holding the shares of the other partners under the acting together test in Recommendation 11.3(d) and accordingly will be treated as holding sufficient shares in A Co to bring that partner within the scope of the related party rule.

The partners are not related to each other

7. Although the partners are related to the partnership and to A Co they are not related to each other. There is no third person who holds at least a 25% investment in two or more partners nor can they be said to be in the same control group within the meaning of Recommendation 11.1(b).

Example 11.5

Acting together - rights or interests managed together by the same person/s

Facts

1. In the example illustrated in the figure below, a widely-held investment partnership provides additional financing to A Co, a company in which it already has an 80% holding. The terms of this loan agreement result in a mismatch in tax outcomes for one investor in that partnership.

2. The terms of the partnership agreement give the general partner the primary right to decide on the investments of the partnership. The general partner when making its decisions must act in good faith and

in the best interest of all the partners.

Question

1. Whether the partner is related to A Co through the aggregation of interests rule under Recommendation 11.3?

Answer

2. In this instance the partner that is a party to a hybrid financial instrument will be treated as related to A Co through the aggregation of interest rule in Recommendation 11.3(d). This will be the case even where it cannot be said that the partnership is acting together with all the other partners in respect of the mismatch in tax outcomes.

Analysis

3. Consistent with the analysis in Example 11.2, where the shares and debt are held by the same investment partnership the joint management or control of the equity interest will result in each partner being treated as holding the shares of the other partners under the acting together test in Recommendation 11.3(d).

4. The fact that the partnership is widely-held and otherwise meets the test for a CIV does not permit the partnership to rely on the exclusion to Recommendation 11.3(d) because that exception only applies to investors that are CIVs and not investors in a CIV.

Praksis

SKM2020. 35. SR

Sagen drejede sig om, hvorvidt en række danske kommanditselskaber var omfattet af selskabsskattelovens § 2 C, som gældende fra 1. januar 2020.

Skatterådet fandt ikke, at der var en eller flere tilknyttede personer, som sammenlagt direkte eller indirekte ejede mindst 50 pct. af stemmerettighederne, kapitalen eller retten til andel af overskuddet i kommanditselskaberne, og som var hjemmehørende i en eller flere fremmede stater, hvor kommanditselskaberne skattemæssigt behandles som et selvstændigt skattesubjekt.

Skatterådet bekræftede herefter i overensstemmelse med Spørgers ønske, at selskaberne ikke var omfattet af bestemmelsen. Selskaberne skulle derfor ikke beskattes efter reglerne for selvstændige skattesubjekter i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.

Spørgsmål 2

Lovgrundlag

Se under spørgsmål 1

Forarbejder

OECD's BEPS rapport "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2"

Chapter 11

Definitions of related persons, control group and acting together

(...)

The ownership or control of any such rights or interests are managed by the same person or group of persons

377. This element of the acting together test treats investors as acting together if their interests are managed by the same person or group of persons. This requirement would pick up a number of investors whose investments were managed under a common investment mandate or partners in an investment partnership.

378. This element of the acting together test contains an exception for investors that are collective investment vehicles where the nature of the investment mandate and the investment means that two funds under the common control of the same investment manager will not be treated as acting together if the circumstances in which they make the investment (including the terms of the investment mandate) mean that the funds should

Example 11.4

Acting together - aggregation of interests under a shareholders' agreement

Facts

1. In the example illustrated in the figure below A Co and a number of other investors, including C, hold together 100% of equity and voting rights in B Co. A Co is a majority shareholder with 40% holding and the other investors each own 5% of shares in B Co. The shareholders entered into a shareholders' agreement that provides the majority shareholder with a first right of refusal on any disposal of the shares and drag-along and tag-along provisions in the event that an offer is made for a majority of the shares in the company.

Transfer of the financial instrument

Hybrid financial instrument

2. B Co issues a financial instrument that is purchased from an unrelated third party by C (one of the minority shareholders). This instrument results in a hybrid mismatch giving rise to a D/Ni outcome.

Question

3. Whether the investors in B Co are acting together, within the sense of Recommendation 11.3(c) such that C should be treated as related to B Co.

Answer

4. Provisions that are commonly found in a shareholders agreement and that do not have a material impact on the value or control of the interests held by a shareholder will not be treated as common control agreements within the meaning of Recommendation 11.3(c).

5. If the shareholder's agreement does have a material impact on the value of C's shareholding, C will be treated as a related party under the acting together test in respect of the acquisition

of the financial instrument even if there is no link or connection between the shareholders' agreement and the transaction that gave rise to the hybrid mismatch.

Analysis

Shareholders' agreement is on standard terms

6. The right to buy C Co's shares at market value, as well as the drag along and tag along rights are relatively standard terms in a shareholders' agreement for a closely-held company. These types of provisions will not generally have a material impact on the value of the holder's equity interest and therefore should not be taken into account for the purposes of the acting together requirement.

No nexus required between transactions giving rise to the mismatch and the common control arrangement

7. The acting together test does not impose any definitional limits on the content of the common control arrangement and the acting together test can capture transactions between otherwise unrelated taxpayers even if the common control arrangement has not played any role in the transaction that has given rise to the mismatch. Thus, if the shareholders' agreement does have a material impact on the value of C's shareholding, C will be treated as a related party under the acting together test in respect of the acquisition of the financial instrument even if there is no link or connection between the shareholders' agreement and the transaction that gave rise to the hybrid mismatch.

Spørgsmål 3

Lovgrundlag

Se under spørgsmål 1.