

Artikler

343

Kvalifikationen af udenlandske enheder – forsøg på systematisering af nyere praksis

Af Jakob Bundgaard, ph.d., managing director, CORIT Advisory P/S, adjungeret professor, Aarhus Universitet og Steffen Bonde Jensen, Associate, CORIT Advisory P/S

Artiklen er en opfølgning på to tidligere artikler om subjektkvalifikation, og indeholder et forsøg på at systematisere nyere praksis.

1. Problemstillingen¹

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

Udgangspunktet for den skatteretlige kvalifikation findes i SEL §§ 1 og 2 om henholdsvis ubegrænset 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 CIR nr. 136 af 7/11 1988 om selskabsskatteloven hjælper med den centrale afgrænsning af ikke-skattepligtige sammenslutninger over for selvstændige skattesubjekter. Overordnet er der 3 mulige løsninger til problemet:

1. Overtage udlandets civilretlige kvalifikation.

2. Overtage udlandets skatteretlige kvalifikation eller.
3. Foretage en selvstændig internskatteretlig kvalifikation (lex fori).

I dansk skatteret har man valgt sidstnævnte løsning, der lægger sig meget op af løsningen i tysk skatteret.

2. Den valgte løsning i dansk skatteret

Baggrunden for, at man har valgt en lex fori-tilgang i dansk skatteret beror blandt andet på et ligebehandlingshensyn og generel inspiration fra tysk ret, der er præget af retsformafhængighed og dermed civilretskonformitet.² I denne sammenhæng er SEL § 1 helt central, da den bruges som et udtræk af nogle af de kriterier, skattemyndighederne træffer afgørelse på grundlag af. Metodisk er et godt udgangspunkt for kvalifikationen en negativ afgrænsning af sammenslutninger, hvor sammenslutninger, der ikke er omfattet af selskabs- eller fondsbeskatningsloven, anses for transparente enheder – det såkaldte transparensprincip.

Den gængse fremgangsmåde ved subjektkvalifikation er først at konstatere, om det pågældende subjekt udgør et selvstændigt skattesubjekt 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.

Skattemyndighedernes valg af en lex fori-tilgang 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.³

Denne artikel har særligt fokus på nyere tendenser i praksis. Det er vigtigt indledningsvis at bemærke, at der ikke i de seneste år er offentliggjort væsentlige præjudikater, som ændrer eller præciserer retstilstanden i nævneværdig grad. Det er samtidig centralt at bemærke, at kvalifikationen af udenlandske enheder sker ved en konkret vurdering, baseret på de faktiske forhold i den konkrete situation. Denne praktiske vurdering skal ske i overensstemmelse med de kriterier, der kan udledes af hidtidig praksis. I særlige tilfælde kan det forekomme, at der i praksis allerede er taget stilling til den præcise retsform, som skatteyderen er konfronteret med. I mangel heraf er øvrig praksis afgørende. Det vil dog høre til de sjældne tilfælde, at der er tilstrækkeligt sammen-

fald i faktum til, at tidligere praksis kan få direkte betydning. De centrale præjudikater er således fortsat afgørende. Som de fortsat mest centrale afgørelser kan fortsat fremhæves TfS 1999, 419 H, TfS 1997, 611 V, TfS 2001, 371 V, TfS 1997, 287 Ø, TfS 1997, 288 Ø samt SpO 1967.339 Ø. Uagtet, at disse afgørelser vedrører interne danske forhold, er det jo netop de interne danske kriterier, som tillige skal anvendes i kvalifikationen af udenlandske enheder.

3. Kriterier og nyeste praksis

I dette afsnit er forsøgt foretaget en inddeling af kriterier dannet på baggrund af praksis i 3 kategorier: De mest anvendte kriterier i nyere praksis, de mindre anvendte kriterier og de sjældent anvendte kriterier. Inddelingen er foretaget på denne måde, fordi 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 hele tiden falder tilbage på lex fori-tilgangen.

Nedenfor ses en oversigt over fordelingen af afgørelser fra 2007 til i dag, der danner baggrund for opdelingen af afgørelserne i 3 kategorier:

Kriterier for afgørelsens udfald						
Organisatoriske forhold	Hæftelsesform	Deling af overskud	Vedtægter	Virkemåde og struktur	UCITS	Kapitalens tilknytning
TfS 2010, 359	TfS 2008, 1260	TfS 2008, 486	TfS 2010, 742	TfS 2007, 670	TfS 2009, 986	TfS 2011, 270
TfS 2009, 405	TfS 2010, 539	TfS 2009, 282	TfS 2012, 296	TfS 2012, 766	TfS 2010, 155	TfS 2009, 986
TfS 2007, 670	TfS 2009, 405	TfS 2009, 657	TfS 2010, 310	TfS 2012, 358	TfS 2012, 188	TfS 2010, 280
TfS 2010, 155	TfS 2010, 155	TfS 2010, 310	TfS 2008, 486	TfS 2011, 992	TfS 2011, 959	TfS 2012, 115
TfS 2008, 486	TfS 2011, 791	TfS 2012, 358	TfS 2013, 338	TfS 2009, 986	TfS 2009, 298	TfS 2011, 977
TfS 2009, 657	TfS 2008, 486	TfS 2012, 766	TfS 2013, 503	TfS 2011, 753	TfS 2010, 280	TfS 2008, 1010

TfS 2011, 90	TfS 2012, 296	TfS 2007, 670	TfS 2012, 766	TfS 2011, 90	TfS 2010, 742	TfS 2011, 753
TfS 2011, 270	TfS 2009, 298	TfS 2012, 235	TfS 2013, 267			
TfS 2013, 338	TfS 2009, 777	TfS 2012, 265				
TfS 2009, 986	TfS 2010, 310	TfS 2012, 296				
TfS 2010, 280	TfS 2011, 90	TfS 2013, 267				
TfS 2012, 235	TfS 2012, 766	TfS 2013, 338				
TfS 2012, 265	TfS 2013, 267					
TfS 2012, 115	TfS 2013, 338					
TfS 2011,977	TfS 2013, 503					
TfS 2008, 1010						
TfS 2011, 753						
TfS 2013, 267						
18	15	12	8	7	7	7

Opgørelsen af afgørelser dækker SKATs offentliggjorte for årene 2007-2013 dd.

3.1 De mest anvendte kriterier

Kriterierne i denne gruppe drejer sig om:

- Vedtægter.
- Hæftelsesform.
- Organisatoriske forhold herunder ledelse og beføjelser.
- Sammenslutningens virkemåde og struktur.
- Omfattet af UCITS-direktivet (85/611/EØF).
- Deling af overskud.

Der er i praksis blevet udviklet forskellige kriterier, som har været inddraget i den samlede bedømmelse af det omhandlede 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.⁴ De tungest vejende kriterier i bedømmelserne er ofte hæftelsesformen⁵ og organisatoriske forhold.⁶

3.1.1 Skrevne vedtægter

Et selskabs vedtægter er betydningsfulde, idet vedtægterne grundlægger og former enheden, hvilket har indflydelse på, hvordan enheden skal kvalificeres. De retlige karakteristika, der udspringer af vedtægterne, har betydning for kvalifikationen af subjektet,⁷ 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, ledelsesstrukturen, 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 er af mere selvstændig karakter.⁸ I otte nyere afgørelser har vedtægterne indgået i den samlede bedømmelse af den givne enhed.⁹ I de fleste afgørelser har Skatterådet lagt vægt på eksistensen af vedtægter, vedtægternes fordeling af overskud ved likvidation, organisatoriske forhold i henhold til vedtægterne, hæftelsesforhold efter vedtægterne og virksomhedsudøvelsens formål. Vedtægterne danner altså i mange afgørelser grundlaget for de efterfølgende kriterier.

Til illustration for vedtægterne som kriterium kan nævnes TfS 2012, 296 om kvalifikationen af en luxembourgsk investeringsenhed, SICAF SIF. Sagen handlede om nystiftelsen af en Specialised Investment Fund (SIF), hvis formål ifølge vedtægterne var at investere i ikke-noterede aktier i SMV'er. Skatterådet nåede frem til, at subjektet efter dansk skatteret var et selvstændigt skatteobjekt, men ikke et investeringselskab omfattet af ABL § 19. Selskabet havde derfor mulighed for at modtage udbytte fra danske selskaber uden at være skattepligtig i Danmark af udbyttet, såfremt kravene til beneficial owner i de enkelte tilfælde var opfyldt. Af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 følger det, at et af SKATs vurderingskriterier er, om der er selvstændige vedtægter. Dette kriterium blev i sagen lagt til grund, ligesom en samlet vurdering af de resterende kriterier blev lagt til grund for afgørelsen med følgende udtalelse:

“Skatteministeriet finder efter en samlet konkret vurdering, at enheden, (...) kan kvalificeres som (et subjekt) svarende til et dansk aktie- eller an-

*partsselskab, og således er omfattet af selskabs-skattelovens § 1, stk. 1, nr. 2.”*¹⁰

3.1.2 Hæftelsesform

Fra år 2007 til dato har der været 13 afgørelser, hvor hæftelsesformen har indgået som kriterium for afgørelsen. I TfS 2008, 1260 og TfS 2011, 791 var hæftelsesformen af afgørende betydning for udfaldet.

TfS 2008, 1260 omhandlede 2 bulgarske enheder, Komanditno Druzhestvo (KD) og Komanditno Druzhestvo s Aktzii (KDA). I den første enhed, KD'et, hæftede en eller flere deltagere direkte og ubegrænset over for enhedens kreditorer, og allerede derfor faldt enheden uden for SEL § 1, stk. 1, nr. 2 og blev i stedet anset for en transparent enhed, selvom enheden efter bulgarsk skatteret var at anse for et selvstændigt skatteobjekt.¹¹ KDA'et (Partnership Limited by Shares¹²) var lidt mere kompleks, idet denne enhed generelt mindede om et K/S, men adskilte sig på 2 punkter:

- (i) Et krav om mindst 3 begrænset hæftende deltagere, hvor kommanditister er begrænset hæftende kun for aktiekapitalen, stemmeretigheder tilfalder kun kommanditister, overskud fordeles pro rata efter ejerskab, og
- (ii) aktier kan kun overføres til tredjemand efter godkendelse fra samtlige aktionærer.

På trods af disse karakteristika slog Skatterådet ud fra en samlet vurdering og en sammenligning med den daværende ASL § 173, stk. 7 fast, at enheden mest af alt mindede om et partnerselskab.

Begrundelsen i TfS 2011, 974 minder meget om ovenstående afgørelse. Sagen drejede sig om en dansk skattepligtig, der ønskede at investere i et italiensk kommanditselskab, Societa in accomandita semplice (S.a.S), i forbindelse med investering i solcelleanlæg. Selskabet var indregistreret som et s.r.l., der stort set svarer til et dansk ApS, men ønskede i forbindelse med investeringerne i solcelleanlæg at omregistrere sig til et S.a.S. Med henvisning til opsamlingsbestemmelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 6 og TfS 2008, 1260 nåede Skatterådet frem til, at det italienske selskab ved omdannelse til et S.a.S ikke var omfat-

tet af SEL § 1 ,stk. 1, nr. 2, fordi en af deltagerne hæftede direkte og ubegrænset. Selskabet kunne heller ikke sidestilles med andre enheder i SEL § 1 ,stk. 1, og blev derfor sidestillet med et kommanditselskab.

I begge afgørelser forudsatte Skatterådet, at mindst 50 pct. af aktiekapitalen og stemmerettighederne var besiddet af selskaber eller personer hjemmehørende i Danmark, da selskaberne efter SEL § 2C ellers beskattes efter reglerne for selskaber.

I afgørelserne TfS 2009, 405, TfS 2009, 282, TfS 2009, 657, TfS 2010, 354, TfS 2012, 296 og TfS 2013, 503 ses eksempler på, at hæftelsesformen indgår i den samlede vurdering af kvalifikationen af den pågældende enhed. Kriteriet bliver her af underordnet betydning sammenlignet med ovennævnte afgørelser. Til illustration er TfS 2009, 405 ,der omhandlede et offshore selskab hjemmehørende i Dubai ejet af et dansk moderselskab. Offshore selskabet ønskede at investere i byggeprojekter, hvilket i opstartsperioden krævede kapital fra det danske moderselskab enten i form af kapitalindskud eller et lån. Skatterådet lagde vægt på, at der var indskudt kapital, kapitalandelene gav ret til udbytte og var frit omsættelige, der afholdtes generalforsamling ledet af en direktion med beføjelser til at træffe beslutninger, ligesom det fremgik af vedtægterne, at offshore selskaber *“has the capacity and rights and privileges of a natural person”*.¹³

Det sidste argument, der indgik i den samlede vurdering, var den begrænsede hæftelsesform. Samlet vurderedes selskabet til at være omfattet af SEL § 1 ,stk. 1, nr. 2 og omfattet af ABL § 1 .

Det er grundlæggende vanskeligt at formulere faste rammer for, hvor stor betydning hæftelsesformen har, da den skatteretlige kvalifikation af det pågældende subjekt beror på en konkret vurdering. Til illustration ses TfS 2010, 310 ,der handlede om stiftelsen af et SMBA, hvor det forhold, at garantimedlemmerne hver især hæftede for op til 100.000 kr. af selskabets gæld, var uden betydning for, at selskabet skulle kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 1 ,stk. 1, nr. 2. Samtidigt bemærkede Skatterådet, at den blotte betegnelse af selskabet som et SMBA er uden betydning.

3.1.3 Organisatoriske forhold herunder ledelse og beføjelser

I utallige sager har organisatoriske forhold haft indflydelse på kvalifikationen af udenlandske subjekter, hvilket medfører, at de organisatoriske forhold har stor betydning for subjektets karakteristika de facto og dermed lex fori-vurderingen. Klassiske eksempler på organisatoriske forhold er, hvordan ledelsesstrukturen er i subjektet og hvilke beføjelser, den eventuelle ledelse er tillagt. Andre forhold, der i de sidste år har været vurderet i den administrative praksis, er:

- Adgang til at udvide deltagerkredsen.
- Afholdelse af generalforsamling.
- Åbenhed for offentligheden.

I flere afgørelser har mere end ét af kriterierne spillet ind på bedømmelsen, og den røde tråd i gennemgangen af kriterierne bliver derfor de enkelte afgørelser. Der er 3 grupper af helt centrale afgørelser for de organisatoriske forhold: Den første gruppe af afgørelser drejer sig om franske fonde, Fond Commun de Placemant à Risques (FCPR) og Fond Commun de Placement d'Entreprise (FCPE) i TfS 2007, 670, TfS 2009, 986 og TfS 2010, 280. Den anden gruppe drejer sig om et amerikansk LLC i afgørelserne TfS 2011, 90 og TfS 2011, 992 ,og den tredje gruppe omhandler kvalifikationen af S-corporation i TfS 2012, 358 og TfS 2012, 766 .

TfS 2007, 670 behandler et investeringsforetagende, et fransk FCPR, som ejede værdipapirer og depoter. Denne type enheder stiftes af en Societe de Gestion (manager) og en Depositaire (kontoførende), hvor manageren har eneansvaret for ledelsen af FCPR'et, og Depositaire forvalter enhedens aktiver efter instruks fra manageren.

Den omhandlede enhed administreredes af et administrationselskab og var kun åbent for kvalificerede investorer, hvor kravene var bestemt efter fransk ret. Enheden faldt uden for UCITS-direktivet (85/611/EØF) fordi den ikke var en selvstændig juridisk person og var efter fransk ret transparent. På trods af, at ejerne hæftede ubegrænset, lagde Skatterådet kortfattet til grund, at investeringsforetagendet ud fra dets virkemåde og struktur var en transparent enhed. Derudover

slog Skatterådet fast, at alene fraværet af selvstændige ledelsesorganer var tilstrækkeligt til at kvalificere FCPR'et som en transparent enhed.

På tilsvarende måde blev det slået fast i TfS 2009, 986 og TfS 2010, 280, at FCPE'erne var transparente enheder. De bindende svar omhandlede medarbejders investering i et FCPE, der fungerede som en medarbejderfond med dertilhørende medarbejderaktier i medarbejdernes moderselskab. Medarbejderfonden var ledet af et managementselskab bestående af et tilsynsråd med 6 repræsentanter for medarbejderne og 6 repræsentanter for moderselskabet. Tilsynsrådet varetog alle de ledelsesmæssige herunder strategiske beslutninger. Skatterådet anså derfor medarbejderfonden for transparent på grund af fraværet af ledelsesorganer. Desuden indgik det i begrundelsen, at

- (i) FCPE'et ikke var omfattet af UCITS-direktivet (85/611/EØF).
- (ii) FCPE'et ikke var åben for offentligheden.
- (iii) At der ikke afholdtes generalforsamling i FCPE'et.

I afgørelserne blev det desuden slået fast, at et vigtigt element i medarbejderfondsstrukturen var, at medarbejdernes andele ikke kunne overdrages til tredjemand, da de var båndlagt i indtil 5 år.

Som et udspring af afgørelserne om franske medarbejderfonde blev der i TfS 2012, 235 og TfS 2012, 265 taget stilling til kvalifikationen af en italiensk investeringsfond (X-fonden). Sagen vedrørte et dansk P/S, hvis formål var at investere i solcelleanlæg igennem andele i en italiensk ejendomsfond. Z-fonden, der var en Closed-End Real Estate Mutual Investment Umbrella Hedge Fund kvalificeres efter italiensk ret som en transparent enhed. Af det faktum følger det, at Z-fonden og dermed X-fonden havde karaktertræk svarende til en Real Estate Investment Trust (REIT), hvoraf det af OECDs modeloverenskomst pkt. 67.1 følger, at enheden er transparent, idet deltagerne beskattes på investorniveau.

Med henvisning til TfS 2007, 670 nåede Skatterådet frem til, at X-fonden skulle anses for en transparent enhed på grund af den civile retlige

behandling og det forhold, at overskuddet skulle udbetales til investorerne i henhold til vedtægterne. Af stor betydning var de organisatoriske forhold, idet fonden var konstrueret som en enhed uden selvstændigt ledelsesorgan, hvor beslutningskompetencen var uddelegeret til et administrationsselskab.

TfS 2011, 90 og TfS 2011, 992 omhandler danske selskaber, der ejede andele i et amerikansk LLC, og i denne sammenhæng ønskedes den skatteretlige kvalifikation af det amerikanske LLC klarlagt. Skatterådet opridsede, at kvalifikationen beror på en samlet konkret bedømmelse af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, hvor enheden ud fra dets virkemåde og struktur samt fraværet af ledelsesorganer udgjorde en transparent enhed på trods af, at deltagerne hæftede begrænset. Begrundelsen og resultatet minder meget om udfaldet i TfS 2007, 670.

TfS 2012, 358 og TfS 2012, 766 drejer sig om kvalifikationen af selskabsformen S-corporation. Denne type selskaber minder langt hen ad vejen om et C-corporation, hvor forskellen er, at C-corp. kun kan oprettes af amerikanske statsborgere, et S-corp. kan maksimalt bestå af 75 deltagere, og der er en begrænsning i muligheden for at etablere forskellige aktieklasser. I de to afgørelser blev S-corp. ud fra en konkret vurdering af enhedens virkemåde og struktur kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt, modsat amerikansk ret, der kvalificerer S-corp. som en transparent enhed. Fælles for de to S-corp's og af betydning for udfaldet var, at overskuddet i de to enheder fordeltes på baggrund af ejerandel/indskudt kapital, der aflagdes årligt regnskab, der var selvstændige vedtægter og begrænset hæftelse. Et vægtigt kriterium i TfS 2012, 358 var desuden, at der afholdtes bestyrelsesmøder.

Af andre sager omhandlede fraværet af selvstændige ledelsesorganer kan nævnes TfS 2010, 155 og TfS 2011, 182.

3.1.4 Sammenslutningens virkemåde og struktur

Et kriterium, der i de seneste afgørelser om kvalifikation af selskaber og fonde har fået større betydning, er sammenslutningens virkemåde og formål. I 7 afgørelser har skattemyndighederne

på baggrund af subjektets virkemåde og struktur kvalificeret selskab.¹⁴ Afgørelserne har centreret sig omkring kvalifikationen af LLC'er, S-corporations og fonde, især de franske medarbejderfonde, som det også ses oven for i afsnit 3.1.3. Kriteriet siger ikke i sig selv særlig meget, idet det lægger sig meget tæt op ad den fremgangsmåde, som skattemyndighederne bruger i alle dets afgørelser om subjektkvalifikation. Forskellen er, at begreberne virkemåde og struktur henviser til subjektets generelle organisatoriske forhold. Som eksempel kan ses TfS 2011, 90, hvor skattemyndighederne udtalte, at:

“Der er her lagt vægt på oplysningerne vedr. enhedens struktur og virkemåde.”

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.

3.1.5 Omfattet af UCITS-direktivet (85/611/EØF)

I en række afgørelser har Skatterådet lagt vægt på, om den pågældende enhed er omfattet af UCITS-direktivet (85/611/EØF). Det er i den seneste praksis flere gange blevet nævnt i helhedsbedømmelsen, at subjektet ikke var omfattet af UCITS-direktivet.¹⁵ I nærværende afsnit behandles de mest centrale af afgørelserne.

I TfS 2011, 959 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 aktieselskab 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.¹⁶

I TfS 2013, 503 om kvalifikationen af en zambisk enhed nåede Skatterådet frem til, at den zambiske enhed mindede mest om et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 1, stk. 1. Skatterådet lagde vægt på, at der afholdtes generalforsamling, deltagerne havde stemmeret i forhold til ejerandel, og investorerne hæftede proratarisk for selskabets gæld.

Afgørelserne viser den to-trinset, 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 UCITS-direktiv (85/611/EØF), og som følge heraf omfattet af ABL § 19 om investeringsselskaber, når betingelserne i ABL bilag 1 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 TfS 2009, 986 og TfS 2010, 280 om det franske FCPE, idet SKAT udtaler 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/EØR, ikke er åben for offentligheden, at der ikke afholdes generalforsamling i PCPE’et, at management selskabets ledelse af FCPE’et er kontrolleret af Tilsynsrådet”.¹⁷

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 lader ud fra afgørelsen til 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-direktivet, 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-direktivet vil det være ensbetydende med, at enheden kvalificeres

som et selvstændigt skattesubjekt, fordi investeringselskaber kvalificeres som selvstændige skattesubjekter.¹⁸

3.1.6 Deling af overskud

I en lang række afgørelser har deling af overskuddet indgået i den samlede konkrete vurdering.¹⁹ Temaet for afgørelserne har været, at kriteriet kun har haft underordnet betydning. I TfS 2008, 486 nævnte SKAT det f.eks. som et kriterium: “*deling af egenkapital efter indskud*”, og i TfS 2009, 657 var der forhold i vedtægterne, der talte imod:

- fordeling af både overskud og af likvidationsprovenu foretages på grundlag af omsætningen (kooperativ virksomhed) og
- ingen fordeling af overskud finder sted i forhold til kapitalindskuddet.

På trods af dette blev enheden kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt, fordi andre kriterier vejede tungere.

TfS 2010, 310 omhandlede kvalifikationen af et SMBA, hvor to udenlandske selskaber påtænkte at blive garantimedlemmer i det danske SMBA. Subjektet mindede på mange punkter om et klassisk SMBA med selvstændige vedtægter, begrænset hæftelse og en daglig ledelse. 90 pct. af overskuddet blev fordelt ligeligt mellem medlemmerne, hvilket bestyrkede, at enheden blev kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt.

3.2 Mindre anvendte kriterier

Kriterierne i denne kategori vedrører:

- Afholdelse af generalforsamling.
- Udlandets kvalifikation af enheden.

3.2.1 Afholdelse af generalforsamling

Danske selvstændige skattesubjekter er karakteriseret ved at have selvstændige ledelsesorganer og en rimelig klar ledelsesmæssig struktur. Det indgår derfor som et moment i lex fori-vurderingen, om der afholdes generalforsamling, hvilket er bestemt i vedtægterne. TfS 2009, 405 omhandlede ledelsens sæde og subjektkvalifikation af et offshore selskab i Dubai. Skatterådet lagde

i afgørelsen særligt vægt på ledelsens beføjelser og det forhold, at beføjelserne blev bestemt på generalforsamlingen. Selve det forhold, at der blev afholdt generalforsamling, indgik også som et (om end mindre vigtigt) moment i den samlede bedømmelse af enheden, der blev kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt.

I TfS 2007, 670, TfS 2009, 986 og TfS 2010, 280 afholdtes der ikke generalforsamling, ligesom enhederne ikke var åbne for offentligheden, hvilket bestyrkede, at enheden skulle kvalificeres som transparent. Der var således et generelt fravær af ledelsesorganer, hvilket minder mest om strukturen i transparente selskaber. Her indgik ikke-afholdelse af generalforsamling igen som et moment af mindre tungtvejende karakter.

3.2.2 Udlandets kvalifikation af subjektet

Generelt tillægges den udenlandske kvalifikation ikke afgørende betydning ved den danske kvalifikation af givne udenlandske enheder. Eksempler herpå ses ved en række afgørelser om amerikanske LLC'er i TfS 2011, 90, TfS 2011, 992 og TfS 2013, 338. I de administrative afgørelser lader det til, at USA's kvalifikation af LLC'erne ikke vægtede meget i den samlede konkrete bedømmelse.

I TfS 2012, 358 og TfS 2012, 766 indgår udlandets kvalifikation af det givne subjekt dog i helhedsbedømmelsen af enheden. I de 2 afgørelser valgte Skatterådet at kvalificere 2 amerikanske S-corporations som selvstændige skattesubjekter ud fra en konkret vurdering på trods af, at man i amerikansk ret anser enheden for at være transparent.

I SKM2013.582.SR var SKATs afgørelse betinget af Polen og Cyperns kvalifikation af et dansk K/S. Sagen omhandlede et investeringsarrangement, hvor et dansk K/S igennem et cypriotisk holdingselskab ønskede at investere i projekter i Polen. Det danske K/S var på baggrund af dets registrering i Danmark et K/S efter dansk ret og dermed ikke skattepligtigt i Danmark, men skattefriheden afhang af, at Polen og Cypern ligeledes anså K/S'et for at være en transparent enhed, idet K/S'et ellers risikerede at blive fanget af værnreglen i SEL § 2 C, der omkvalificerer enheden i forhold til dens skattepligt. Der henvi-

ses desuden til TfS 2012, 740 for en uddybning af registrerings- og hovedsædekriteriet.

3.3 De sjældent anvendte kriterier

Kriterierne i denne gruppe drejer sig om:

- Parternes benævnelse.
- Aflæggelse af årsrapport.
- Kapitalens karakteristika.

Af underordnet betydning er parternes benævnelse, da det er subjektets virkemåde, der har den endelige betydning for kvalifikationen.²⁰

3.2.1 Parternes benævnelse

I den tidligere omtalte TfS 2010, 310 slog Skatterådet fast, at

“Selskabet er benævnt som et selskab med begrænset ansvar. Denne blotte betegnelse er dog ikke afgørende for den skatteretlige kvalifikation.”

Og tilsvarende i TfS 2007, 670:

“ved vurderingen af dennes skatteretssubjektivitet (er det) af underordnet betydning for den skatteretlige kvalificering af sammenslutningen, at denne betegnes som “et fælles ejerskab” eller et “sameje”. Derimod er det afgørende, hvilke retlige karakteristika der ved aftaler, vedtægter m.v. er tillagt sammenslutningen og dennes relationer til investorerne.”

Det er altså enhedernes virkemåde *de jure* og *de facto* og ikke den blotte benævnelse, der er afgørende for kvalifikationen af enheden.²¹

3.2.2 Aflæggelse af årsrapport

I 2 afgørelser har Skatterådet inddraget, hvorvidt enheden aflægger årsrapport, men i begge afgørelser har der været en række andre momenter, som må anses for at have været vigtigere for udfaldet.²² I TfS 2009, 657 om kvalifikationen af et FCPE var der 6 andre momenter herunder fordeling af overskud og hæftelsesform, som generelt har haft større betydning for udfaldene i andre af de undersøgte administrative afgørelser.

3.2.3 kapitalens karakteristika

TfS 2010, 280 omhandlede kvalifikationen af en fransk medarbejderfond oprettet som et FCPE. Enheden fungerede på den måde, at medarbejderne opnåede andele (“units”) i fonden igennem arbejdsgiverindbetalt løn, som skulle fungere som en form for pensionsopsparing. Det forhold, at andelene og dermed udbyttet fra andelene tilkom de pensionerede medarbejdere, var af væsentlig betydning for kvalifikationen, idet SKAT udtrykte følgende:

“Der er således tale om en fond, der udelukkende ejer aktier i moderselskabet, og som kun medarbejdere i koncernen kan få andele (units) i.”²³

Dette havde betydning for bedømmelsen af enhedens virkemåde og struktur, og kapitalens karakteristika kan på den måde have væsentlig indflydelse på lex fori-vurderingen.

4. Opsummering

Dette bidrag har tilvejebragt en systematisering af nyere praksis vedrørende kvalifikation af udenlandske enheder med henblik på at skabe overblik på dette praktisk vigtige område. På baggrund af detaljeret kendskab til praksis synes det muligt at navigere og dermed at forudsige udfaldet af en kvalifikation af udenlandske enheder. En gennemgang af de seneste års praksis viser, at man i dansk skatteret har fastholdt lex fori-tilgangen med dets fordele og ulemper. Tilgangen skaber fleksibilitet for skattemyndighederne, men skaber retsikkerhed og behov for at søge bindende svar hos SKAT for at imødegå denne usikkerhed.

Oversigt over retspraksis vedrørende kvalifikation af udenlandske selskaber				
Selskaber				
Land	Selskabstype	Selvstændigt skatte-subjekt	Afgørelser	Noter
Bulgarien	Komanditno Druzhestvo (KD)	Nej	TfS 2008, 1260	Efter det oplyste hæftede en eller flere deltagere direkte og ubegrænset, hvorved selskabet ikke omfattedes af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, hvilket i øvrigt ikke ændredes ved at det efter intern bulgarsk ret ansås som et selvstændigt skattesubjekt, og i øvrigt som en transparent enhed i civilretligt. I stedet fandtes KD'et at have lighed med et dansk kommanditselskab, hvor en eller flere af deltagerne (komplementarerne) hæfter personligt, uden begrænsning og, for så vidt de er flere, solidarisk for virksomhedens forpligtelser, mens en eller flere deltagere (kommanditisterne) hæfter begrænset for virksomhedens forpligtelser.
	Komanditno Druzhestvo s Aktsii (KDA)	Nej	TfS 2008, 1260	I samme afgørelse tog Skatterådet stilling til om et Komanditno Druzhestvo s Aktsii (Partnership Limited by Shares) var et selvstændigt skattesubjekt. Efter bulgarsk ret var enheden et kommanditselskab på aktier, der ikke kunne bestå af færre end 3 kommanditister, og civilretligt anses enheden for at være et selvstændigt skattesubjekt. Generelt mindede enheden om et K/S, men adskilte sig dog på 2 punkter: (i) krav om mindst 3 begrænset hæftende deltagere, hvor kommanditister er begrænset hæftende kun for aktiekapitalen, stemmerettigheder kun tilfalder kommanditister og overskud fordeles pro rata efter ejerskab og (ii) aktier kan kun overføres til tredjemand efter godkendelse fra samtlige aktionærer. Ud fra en samlet bedømmelse og en sammenligning af ASL § 173, stk. 7 nåede Skatterådet frem til, at hæftelsesformen og enheden i øvrigt mindede mest om en transparent enhed.
Cayman Islands	Mutual Fund	Ja	TfS 2010, 539	Spørger havde investeret i Class C-andele i et selskab, Commodity Index Fund. På baggrund af at ingen af deltagerne hæftede personligt for selskabets forpligtelser, selskabet fordelte overskud i forhold til den af deltagerne indskudte kapital, der var selvstændige vedtægter, og selskabsorganer kunne handle med bindende virkning for de medlemmer, der ikke var i ledelsen, nåede Skatterådet frem til, at fonden kvalificerede sig som et selskab omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

Dubai	Et "Limited" selskab	Ja	TfS 2009, 405	Ud fra en konkret vurdering nåede Skatterådet frem til, at offshore selskabet "B ltd." kunne sidestilles med et dansk aktie- eller anpartsselskab, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Ved vurderingen blev der lagt vægt på, at selskabet var opdelt i andele, der afholdtes generalforsamling, selskabet blev ledet af en bestyrelse, der havde beføjelser til at handle udadtil på selskabets vegne, selskabet blev beskrevet som en selvstændig juridisk enhed, der blev aflagt årsregnskaber, og selskabsdeltagerne hæftede begrænset. Derudover fandt Skatterådet, at selskabet ikke havde nærmeste tilknytning til Danmark, men til Dubai jf. SEL § 1, stk. 6.
Frankrig	Fond Commun de Placemant à Risques (FCPR)	Nej	TfS 2007, 670	Skatterådet fandt, at sammenslutningens virkemåde og struktur medførte, at FCPR'et ikke udgjorde et selvstændigt skatteretligt subjekt, og bemærkede slutteligt, at alene fraværet af selvstændige ledelsesorganer i FCPR'et medførte, at dette ikke udgjorde et selvstændigt skattesubjekt. Ledelsen varetoges alene af et administrationselskab, som på vegne af FCPR'et indgik alle kontrakter og i øvrigt repræsenterede investorerne i alle forhold, ligesom investorerne ikke afholdte generalforsamlinger eller andre møder, hvor sammenslutningens investorer kunne træffe ledelsesmæssige beslutninger.
	Fond Commun de Placemant d'Entreprise (FCPE)	Nej	TfS 2009, 986, TfS 2010, 280	Med henvisning til TfS 2007, 670 fandt Skatterådet i TfS 2009, 986 ligeledes, at et FCPE ikke udgjorde et selvstændigt skattesubjekt, men i stedet en transparent enhed. Skatterådet lagde vægt på at: (i) FCPE'et ikke var omfattet af UCITS-direktivet (85/611/EØF) (ii) FCPE'et ikke var åben for offentligheden, (iii) at der ikke afholdtes generalforsamling i FCPE'et (iv) At management selskabets ledelse af FCPE'et var kontrolleret af Tilsynsrådet, som består af repræsentanter for medarbejderne og moderselskabet. I TfS 2010, 280 fandt Skatterådet, at FCPE'et var opbygget på samme måde og med samme formål, som i TfS 2009, 986. Der var tale om en fond, der udelukkende ejede aktier i moderselskabet, og som kun medarbejdere i koncernen kunne få andele i. FCPE's aktiver administreredes af et managementselskab, der var under kontrol af et tilsynsråd. FCPE'et var derfor ligeledes transparent efter danske skatteret.
	Societes en Nom Collectif	Nej	TfS 2007, 605	Sagen omhandlede, hvorvidt 2 danske kommanditselskaber kunne opnå lempelse efter danske regler. Baggrunden herfor var, at kommanditisterne efter franske regler kunne vælge at blive kvalificeret som selvstændige skattesubjekter omfattet af de franske skatteregler. Skatterådet fandt i forlængelse heraf, at det af OECDs modeloverenskomst af 15/7 2005 og hidtidig praksis følger, at danske kommanditselskaber kan indrømmes lempelse ved skat pålagt enheden i udlandet, når Danmark er domicilland for interessentskabet.

	Société Civile Immobilière (SCI)	Nej	TfS 2013, 338	Med henvisning til TfS 2008, 4 lagde Skatterådet til grund, at det franske SCI var en transparent enhed henset til, at den enkelte deltager hæftede personligt og solidarisk for subjektet, enhedens levetid var begrænset til 99 år, der var kun en direktør og ingen bestyrelse til at lede sammenslutningen og begrænsning er i adgangen til at udskifte deltagerne i sammenslutningen.
Holland	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (B.V. - aktieselskabs-lignende)	Ja	TfS 2012, 425	Skatterådet fandt, at et hollandsk B.V. efter en aktieombytning, hvor selskabet ændredes fra et coöperatieve G.U.A. (der kvalificeredes som et selvstændigt skattesubjekt) til et B.V. stadigvæk var at anse for at være et selvstændigt skattesubjekt.
	Coöperatieve G.U.A. (anpartsselskabs-lignende)	Ja	TfS 2012, 425	Skatterådet henviser i afgørelsen til et bindende svar foretaget i 2007, hvor rådet nåede frem til, at det pågældende coöperatieve G.U.A. ud fra en konkret vurdering blev anset for et selvstændigt skattesubjekt omfattet af fusionsdirektivet (Dir. 2009/133/EF) og dermed ABL § 36 om aktieombytning.
	Fonds voor gemene rekening (FGR)	Nej	TfS 2010, 155, TfS 2011, 182	Skatterådet fandt i TfS 2010, 155, at FGR'et efter dansk ret hverken udgør en selvstændig juridisk person eller et selvstændigt skattesubjekt. Der lagdes vægt på (i) FGR'et ikke havde nogen juridisk personlighed, men reelt blot administrationsaftale over en pulje af aktiver. FGR'et kunne derfor ikke indgå i retshandler, og alle transaktioner med aktiverne i FGR'et blev indgået af "custodia"n i eget navn, men for indskyders regning og risiko. (ii) Hæftelsen gik i visse tilfælde udover de oprindeligt indskudte, således der ikke fuldt ud betød begrænset hæftelse overfor tredjemand. (iii) FGR'et havde ingen ledelsesmæssige organer. (iv) Andelene i FGR'et var ikke frit omsættelige. (v) FGR'et var ikke omfattet af UCITS-direktivet. Det følger ydermere af TfS 2011, 182, at de kompetente myndigheder i Danmark og Holland er enige om, at en lukket FGR skal anses for at være skattemæssigt transparent. Der kan formentligt ikke sluttes modsætningsvis herfra.
Italien	Società in accomandita semplice (S.a.S)	Nej	TfS 2011, 791	Skatterådet fandt i TfS 2011, 791, at det italienske S.a.S kan sidestilles med et dansk kommanditselskab og skal anses for skattemæssigt transparent, da komplementaren (Accomandatario) hæftede direkte og ubegrænset for selskabets forpligtelser og kommanditisten (Accomandante) alene hæftede inden for rammerne af den indbetalte kapital. Da én af deltagerne hæftede direkte og ubegrænset var der ikke grundlag for at kvalificere selskabet som et selvstændigt skattesubjekt i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 2, ligesom S.a.S'et ikke kunne sidestilles med andre selskaber eller foreninger, som nævnt i SEL § 1.

	Italiensk enhed	Nej	TfS 2013, 267	<p>Sagen omhandler en italiensk enhed, der investerer i solcelleanlæg med danske aktionærer (2 A/S'ere og et P/S). Ved vurderingen af om enheden var et selvstændigt skattesubjekt efter SEL § 1, stk. 1, nr 2 blev følgende lagt til grund:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) kapitalejerne hæfter begrænset i henhold til vedtægterne, (ii) fordelingen sker i henhold til kapitalejernes indskud både ved udlodning og ved opløsning, (iii) et administrationselskab forestår investeringer, (iv) udlodningens størrelse fastsættes af administrationselskabet, men udgør som hovedregel min. 90 pct. af de frie egenkapitalreserver, (v) der udstedes units (vi) der er lavet selvstændige vedtægter (vii) der er bestemmelser omkring særskilte organer i vedtægterne i henhold til vedtægterne omkring Advisory Committee på 5 medlemmer, som udpeges af generalforsamlingen (Unitholders Meeting) (viii) fonden er closed-ended med en maximal varighed på 21 år <p>Skatterådet udtalte, at kriterierne ikke i sig selv er tilstrækkelige til at kvalificere enheden som transparent, men i og med at enheden administreres af et management company, der administrerer/forvalter selskabet, styrkede det udfaldet af den konkrete vurdering. Endvidere blev der lagt vægt på den civile retlige behandling af enheden i Italien, og enheden blev således sidestillet med en transparent enhed.</p> <p>Afgørelsen indeholder desuden en opsummering af tidligere afgørelser om fonde; det drejer sig om TfS 2004, 341, TfS 2007, 670, TfS 2009, 657 og TfS 2012, 265.</p>
Jersey	Jersey Private Company Limited by Shares	Ja	TfS 2008, 486	<p>Sagen drejede sig om, hvorvidt det pågældende subjekt kunne foretage en aktieombytning uden SKATs godkendelse fra anparter i et ApS til et Jersey Private Company Limited by Shares. Afgørende herfor var kvalifikationen af det pågældende subjekt, fordi ABL § 36 A vedrører selskaber. Ud fra en konkret vurdering blev den udenlandske enhed kvalificeret som et selvstændigt subjekt svarende til et dansk ApS eller A/S, fordi (i) der var tale om et selskab med begrænset hæftelse, (ii) selskabet havde selvstændige vedtægter, (iii) der var mulighed for udvidelse af deltagerkredsen, og (IV) der var krav om deling af egenkapital efter indskud i tilfælde af likvidation.</p>
	Close-ended investment company Ltd.	Ja	TfS 2009, 282	<p>Selskabet var under Jersey-lovgivningen et "exempted company" og dermed ikke indkomstskattepligtig på Jersey. Da ingen af deltagerne hæftede personligt, da et likvidationsprovenu i tilfælde af likvidation fordeles efter kapitalandele, og eftersom kapitalandelene gav ret til udbytte, blev enheden kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt.</p>

Luxembourg	SICAF SIF	Ja	TfS 2012, 296	Ud fra en konkret vurdering blev SICAF SIF'en kvalificeret som et selvstændigt skattesubjekt. Selskabet skulle stiftes som et selskab med fast kapital tilvejebragt ved udstedelse af aktier. Til aktierne ville der være knyttet stemme- og udbytteret, hvor indskyderne hæftede med deres indskud. Skatterådet lagde grundlæggende vægt på selskabets vedtægter og hensigten med dets virksomhedsudøvelse, men en række andre momenter, der taler for og imod, er opridset i afgørelsen. SICAF'en blev sidestillet med et dansk ApS eller A/S. Skatterådet gjorde det desuden klart, at rådet herved ikke tog stilling til de sub-fonde, der var tilknyttet SICAF'en.
	Fonds commun de placement (FCPE)	Ja	TfS 2009, 657	FCPE'et blev kvalificeret som en selvstændig skattesubjekt, fordi, (i) der var begrænset hæftelse, (ii) overskud blev fordelt i forhold til investorenes indskudte kapital, (iii) ved likvidation fordeltes provenu efter indskudt kapital, (IV) der udstedtes certifikater til investorerne, (V) certifikaterne havde samme rettigheder og var omsættelige, (VI) der var regler for, hvad der skete med kapitalen ved en deltagers udtræden og FCPE'et aflagde årsrapport. Desuden henviste Skatterådet til (TfS 2004, 341), hvis forhold havde mange ligheder med denne sag.
	Fonds commun de placement (FCP)	Nej	TfS 2012, 188	Skatterådet bemærkede i TfS 2012, 188, at udgangspunktet er, at de skatteretlige regler lægger sig op af de civilretlige regler. Det medfører, at såfremt en enhed efter dansk civilret anses for en transparent enhed, så vil enheden også skatteretligt blive anset for en transparent enhed. Da investeringsfonde civilretligt, ifølge rapporten, ikke er selvstændige retssubjekter, men en transparent enhed, kan de ikke blive anset som et selvstændigt skattesubjekt, men vil skattemæssigt blive anset for en transparent enhed. Ved en konkret kvalifikation af en udenlandsk enhed, som er omfattet af UCITS-direktivet, skal kvalifikationen fortsat foretages efter dansk ret for at fastslå den skattemæssige behandling i Danmark. Skatteministeriet bemærker særligt, at UCITS-direktivet både omfatter enheder som er selvstændige juridiske enheder og transparente enheder.
Malta	Private exempt limited company	Ja	TfS 2011, 304	Skatterådet foretog en konkret vurdering af, om et holdingselskab (private exempt limited company) var skattepligtig i Danmark efter SEL § 1, stk. 6 om ledelsens sæde. Der henvistes i denne sammenhæng til cirkulære nr. 82 af 29/05 1997, pkt. 2.1.1. De afgørende kriterier var, 1) at holdingselskabets direktør var hjemmehørende og havde fysisk arbejde på Malta, 2) at direktionmøder blev afholdt på Malta og 3) holdingselskabets investeringsstrategi for driftsaktiviteter var rettet mod forhold sandsynliggjort at ske fra Malta.

Norge	Aktieselskab (AS)	Ja	TfS 2011, 959	Skatterådet fandt, at et norsk AB ikke var et UCITS efter ABL § 19, stk. 2, nr. 1. Til gengæld opfyldte selskabet betingelserne i ABL § 19, stk. 2, nr. 2 og kunne derfor kvalificeres som et investeringsselskab omfattet af ABL § 19. Skatterådet pointerede desuden, at der herved ikke havde taget stilling til den skatteretlige kvalifikation af de selskaber, som investeringsselskabet foretog dets investeringer igennem.
Polen	Spółka Komandytowa (kommanditselskab)	Nej	TfS 2010, 22	Skatterådet stiller i afgørelsen ikke tvivl ved, om Spółka Komandytowa er en transparent enhed i Polen, men tager ikke direkte stilling til kvalifikationen af enheden efter danske regler, men lader til implicit at anse enheden for et kommanditselskab og dermed transparent efter danske regler.
Spanien	Sociedad Con Responsabilidad Limitada (SL - anpartsselskab)	Ja	TfS 2012, 505	Skatterådet afgjorde kortfattet, at et spansk SL kan sidestilles med et anpartsselskab, hvorfor denne selskabsform anses for et selvstændigt skattesubjekt efter danske regler. Selskabet var derfor omfattet af SEL § 2, stk. 1 litra, jf. § 1, stk. 1.
Storbritannien	“Umbrella company”	Ja	TfS 2009, 777	H1 er et “umbrella company” med variabel kapital og begrænset ansvar etableret i England og Wales. Det er organiseret med forskellige aktieklasser, der hver især udgør en forening med egne investeringer. Investor tegner aktier i den enkelte aktieklasser og er kun berettiget til at modtage afkast fra denne. H1 er et investeringsselskab for kollektiv investering i værdipapirer, et UCITS efter Rådets direktiv 85/611/EØF (UCITS-direktivet) og dermed et selvstændigt skattesubjekt.
Sverige	EFT fonde	Ja	TfS 2010, 742	SEL § 1, stk. 1, nr. 2 kunne finde anvendelse ved vurderingen af, om to svenske fonde (EXACT Bear og EXACT Bull), der beskattedes efter svensk lovgivning, var selvstændige skattesubjekter. Fondene var begge non-UCITS fonde og kollektive investeringsfonde. Ud fra en konkret vurdering af det oplyste (bl.a. vedtægterne) foretaget med afsæt i Ligningsvejledningen S.A.1.2 var fondene selvstændige skattesubjekter. Den tredje fond, EXACT Derivat Bear, var en UCITS fond omfattet af ABL § 19. Der blev ikke taget nærmere stilling til fondens skatteretlige kvalifikation.
	Danske kommanditselskaber i Sverige	Nej	TfS 2002, 913	Efter svensk ret kvalificeres udenlandske (og dermed danske) kommanditselskaber som selvstændige skattesubjekter. Spørger ønskede derfor creditlempelse for skat betalt i Sverige, hvilke blev imødekommet med hjemmel i LL § 33.

Thailand	SMBA	Ja	TfS 2010, 310	Spørger ønskede at oprette et dansk SMBA med hjemsted i Danmark bestående af garantikapital og aktiekapital. Kvalifikationen af subjektet blev foretaget efter SEL § 1, stk. 1, nr. 2. SMBA'et var karakteriseret ved selvstændige vedtægter, hvor ingen af deltagerne hæftede personligt med en daglig ledelse. Vedtægterne gav adgang til at udvide medlemskredsen, og vedtægterne tog stilling til kapitalen ved likvidation. Det var således underordnet, at selskabsdeltagerne hæftede for op til 100.000 kr. af subjektets gæld samt, at 90 pct. af overskuddet fordeltes ligeligt imellem garantimedlemmerne. Enheden var derfor at anse for et selvstændigt skattesubjekt.
Tyskland	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	Ja	TfS 2012, 188	I afgørelsens spørgsmål 7 slog Skatterådet kortfattet fast, at et GmbH i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 2 ikke er en transparent enhed, men et selvstændigt skattesubjekt hverken efter danske eller tyske regler, fordi GmbH'et minder om et dansk selvstændigt skattesubjekt.
	Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)	Nej	TfS 2012, 83	Skatterådet opstillede en liste over forhold, der taler for og imod kvalifikationen af en udenlandsk enhed som et selvstændigt skattesubjekt efter danske regler (omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2). I sagen sondrede Skatterådet mellem et partnerselskab og et kommanditselskab, hvor partnerselskabet adskiller sig ved, at selskabskapitalen skal følge de regler, der svarer til reglerne for ApS, og A/S'ere, partnerselskabet skal have en fast kapital og en struktur svarende til et aktieselskabs. Skatterådet vurderede herefter, at KGaA'et svarede til et dansk partnerselskab, som dermed var en transparent enhed.
	Contractual Trust Agreement (CTA)	Nej	TfS 2012, 188	Skatterådet havde ikke tidligere taget stilling til kvalifikationen af et CTA, der fungerer således, at arbejdsgivere har mulighed for at akkumulere pensionsmidler til arbejdstagere i en Contractual Trust Agreement (CTA), hvis formål bl.a. er at sikre pensionsmidlerne imod kreditorforfølgning. Pengene overføres uigenkaldeligt til et forvaltningsselskab, der overtager det juridiske ejerskab, men hvor arbejdsgiver fortsat har det økonomiske ejerskab over fonden. Forvaltningsselskabet (Trustee) garanterer arbejdstagerne pensionsudbetalingerne i tilfælde af arbejdsgivers manglende betalingsevne. Skatterådet konkluderede, at CTA'et ikke kan sammenlignes med andre fondsstrukturer, men måtte ud fra en konkret vurdering være at anse for en transparent enhed, bl.a. henset til investeringsenhedens bestemte formål, det økonomiske ejerskab og medarbejdernes uigenkaldelige ret til afkastet.

USA	Limited Liability Company (LLC)	Nej	TfS 2000, 752 LR, TfS 2011, 90, TfS 2011, 992 og TfS 2013, 338	<p>TfS 2000, 752 LR danner grundlag for de efterfølgende afgørelser. I sagen blev LLC'et ikke anset for et selvstændigt skattesubjekt, men for en aktieinvestering jf. PAL § 8. Opfattelsen er i strid med Jens Wittendorffs opfattelse i SR-Skat 2001, s. 133 f. Skatterådet nåede frem til resultatet ud fra en konkret vurdering af investorenes tilknytning og indflydelse i LLC'et samt ledelsens beføjelser, enhedens struktur og virkemåde. I TfS 2011, 992 tog Skatterådet stilling til, om et LLC kunne kvalificeres som et skattesubjekt omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 eller 6. Til den konkrete vurdering af nr. 6 tog rådet udgangspunkt i den juridiske vejledning C.D.1.1.12 og TfS 1984, 434 DEP, der opregner kendetegnede karakteristika for enheder omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6. I overensstemmelse med TfS 2011, 90 kvalificerede Skatterådet LLC'et som en transparent enhed, fordi dens karakteristika ud fra en samlet vurdering mindede mest om et dansk partnerselskab, interessentskab eller kommanditselskab. I TfS 2011, 90 udtalte Skatterådet endvidere, at begrænset hæftelse pegede imod et selvstændigt skattesubjekt, hvorimod fraværet af selvstændige ledelsesorganer var et stærkt argument imod et selvstændigt skattesubjekt, hvilket da også blev udfaldet af afgørelsen.</p> <p>Med henvisning til TfS 2000, 752, TfS 2011, 90 og TfS 2011, 992 hvor alle LLC'er blev kvalificeret som transparente enheder, nåede SKAT frem til samme resultat i TfS 2013, 338, hvor enheden på baggrund af følgende kriterier blev kvalificeret som en transparent enhed; der er ikke mulighed for at udvide ejerkredsen til mere end 22 deltagere, én deltager hæfter ubegrænset, fordeling af overskud ved likvidation foretages forholdsmæssigt på baggrund af ejerandele, selskabet ledes af en manager som eneste organ, der afholdes generalforsamling, og enheden minder om et sameje eller kommanditselskab.</p>
	S corporation	Ja	TfS 2012, 358 og TfS 2012, 766	<p>Med henvisning til afgørelserne TfS 2000, 752 LR, TfS 2011, 90 og TfS 2011, 992 nåede Skatterådet i TfS 2012, 358 ud fra en vurdering af selskabets virkemåde, vedtægter og oplysninger i øvrigt frem til, at subjektet skulle kvalificeres som en selvstændig skattepligtig enhed efter danske regler. Denne opfattelse er i strid med amerikansk ret, der kvalificerer selskabet som en transparent enhed. Med direkte henvisning til TfS 2012, 358 nåede Skatterådet frem til samme resultat i TfS 2012, 766 ud for en konkret vurdering. Følgende forhold var af betydning: (i) selskabet ejedes 100 pct. af den pågældende, (ii) der udstedtes selskabsbeviser, som var omsættelige, (iii) stemmeret var tilknyttet beviserne, (IV) indskudskapitalen var lille med kun en aktieklasse, (V) selskabets ledelse bestod kun af den pågældende person, som foretoges fra den pågældendes bopæl, (VI) selskabsdeltagerne havde ret til overskudsandel og udbytte, som blev besluttet på generalforsamlingen, (VII) regnskabsåret bestemtes af selskabsdeltageren, (VIII) selskabet havde selvstændige vedtægter, (VIII) udgangspunktet var begrænset hæftelse, (IX) der var begrænsning i antallet af aktionærer og (X) enheden behandledes som en transparent enhed i USA.</p>

	Dansk investerings-selskab	Ja	TfS 2008, 823	Spørger ønskede svar på, om etablering af en investeringsforening med begrænset ansvar, som skulle operere i USA med investering i livsforsikringspolicer, efter dansk ret ville blive kvalificeret som et investeringselskab. Ud fra en konkret vurdering fandt Skatterådet, at ordlyden af ABL § 19, stk. 2, nr. 2 er så bred, at de omhandlede livsforsikringspolicer var omfattet. Endvidere styrkede det Skatterådets resultat, at enhedens vedtægter ville indeholde en bestemmelse om indløsningsret, hvilket opfyldt kravet om, at andelene i enheden skulle tilbagekøbes på ihændehaverens forlangende af enheden.
--	----------------------------	----	---------------	---

Fonde				
Land	Selskabstype	Selvstændigt skatte-subjekt	Afgørelser	Noter
Cypern	Trust	Ja	TfS 2011, 270	Skatterådet fandt, at vurderingen af om en enhed er en fond/trust afhænger af, om kapitalen er definitivt og effektivt udskilt fra stifterens formue. En vigtig del af vurderingen af de 2 kumulerede betingelser er, hvorvidt enheden har en selvstændig bestyrelse/administration, da et sådant ledelsesorgan sikrer stifterens uafhængighed. Da enheden var stiftet på en sådan måde, at enhedens kapital var uigenkaldeligt og definitivt adskilt fra stifterens private formue, ligesom enheden ansås for at være administreret af et uafhængigt ledelsesorgan, kunne enheden sidestilles med en dansk familiefond, der efter danske regler anses for et selvstændigt skattesubjekt. Da familiefonden var beliggende på Cypern, stilledes der efterfølgende særligt strenge krav til stifterens dokumentation af, at der ikke var tale om en proforma-aftale.
Frankrig	Fond Commun de Placemant à Risques (FCPR)	Nej	TfS 2007, 670	Afgørelsen fastslår, at det er underordnet for det skatteretlige kvalificering efter dansk ret, om enheden betegnes som "et fælles ejerskab" eller et "sameje". Til gengæld var det afgørende, hvilke retlige karakteristika, der ved aftaler, vedtægter m.v. var tillagt sammenslutningen og dennes relationer til investorerne. Centrale karakteristika var bl.a. deltagernes hæftelsesforhold, kapitalforhold, deltagerkredsen og sammenslutningens forbindelse med deltagerkredsen, kriterier for ind- og udtræden, retten til overskud eller likvidationsoverskud. En begrænset hæftelsesform er i øvrigt en væsentlig indikation for, at enheden er et selvstændigt skattesubjekt. FCPR'et ansås ud fra dets virkemåde og struktur ikke for et selvstændigt skattesubjekt og alene på baggrund af fraværet af ledelsesorganer i enheden var tilstrækkeligt til ikke at anse enheden for et selvstændigt skattesubjekt.

	Fond Commun de Placement d'Entreprise (FCPE)	Nej	TfS 2009, 986, TfS 2010, 280	I TfS 2009, 986 afgjorde Skatterådet, at et FCPE var en transparent enhed med henvisning til TfS 2007, 670 og med vægt lagt på, at FCPE'et ikke var omfattet af UCITS-direktivet (85/611/EØF), ikke var åben for offentligheden, at der ikke afholdtes generalforsamling, og management-selskabets ledelse var kontrolleret af et tilsynsråd bestående af medlemmer fra enhedens moderselskab og medarbejderrepræsentanter. Selskabet måtte desuden kun eje aktier i moderselskabet og units (ejerandele) var båndlagt i 5 år. I TfS 2010, 280 blev FCPE'et ligeledes anset for en transparent enhed med direkte hjemmel i TfS 2009, 986, fordi enheden var opbygget på samme måde og med samme formål som det omhandlede FCPE i TfS 2009, 986.
Italien	Sub-funds	Nej	TfS 2012, 235 og TfS 2012, 265	Skatterådet slog i TfS 2012, 235 og TfS 2012, 265 indledende fast, at det er op til dansk ret at afgøre kvalifikationen af et subjekt. Med henvisning til TfS 2004, 341, TfS 2007, 670 og TfS 2009, 657 og den juridiske vejledning C.D.1.1.3 nåede Skatterådet ud fra en konkret vurdering frem til, at den pågældende sub-fund var en transparent enhed. De afgørende, kumulerede momenter for bedømmelsen var, at overskuddet udbetaltes til investorerne i henhold til vedtægterne, fraværet af et selvstændigt ledelsesorgan i X-fonden (sub-fund), hvor væsentlige beslutninger blev truffet af et administrationselskab samt beskrivelsen af den civile retlige behandling af X-fonden.
Jersey	Trust	Nej	TfS 2012, 115	Afgørelsen opstiller SKATs fremgangsmåde ved lex fori-vurderingen af trusts. Der findes ikke en generel definition af, hvordan en trust kvalificeres, men der foretages en konkret vurdering af, om kapitalen i den enkelte trust er definitivt og endeligt udskilt. Hvis betingelserne er opfyldt, vil trusten kunne kvalificeres som enten en fond eller båndlagt kapital med rentenydelsesret. Skatteretligt kvalificeres båndlagt kapital ikke som et selvstændigt skattesubjekt. For fondes vedkommende eksisterer der ikke en fast definition af begrebet i dansk ret, men det beror på en vurdering af kapitalens varighed og uigenkaldelige udskillelse fra stifterens formue til bestemte formål, hvor kapitalen er underlagt en selvstændig ledelse uafhængig af stifteren. Der skelnes mellem en "fixed trust" og en "discretionary trust", hvor forskellen på de 2 er tildelingen af rettigheder over trustens kapital. I den omhandlede trusts tilfælde var kapitalen i trusten uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue, fordi stifteren ikke kunne erklære kapitalen tilbagegivet til sig, ligesom stifteren ikke kunne befale trustens ophør. I tilfælde af de begunstigedes død tilfalder midlerne begunstigedes efterlevende, men de begunstige er ligeledes bemyndiget til at bestemme, hvem midlerne skal tilfalde. På baggrund heraf nåede Skatterådet til det resultat, at der var tale om båndlagt kapital, der i kapitalejer B's tilfælde skattemæssigt kunne kvalificeres som en transparent enhed.

Liechtenstein	“Foundation”	Nej	TfS 2011, 977	Skatterådet foretog en vurdering af, om enheden kunne kategoriseres som en fond. Inden vurderingen slog Skatterådet fast, at der ikke findes nogen fast definition af fondsbegrebet, men vurderingen foretages ud fra en konkret vurdering af den pågældende kapital reelle, effektive og uigenkaldelige adskillelse fra stifterens formue herunder varigheden af de 3 kriterier. Enheden blev ud fra kriterierne ikke kategoriseret som en fond bl.a. fordi stifterens ægtefælle var indsat som begunstiget, ligesom det af vedtægterne fremgik, at stifteren havde adgang til at blive medlem i bestyrelsen og dermed få indflydelse på fordelingen af enhedens kapital. Derfor kunne enheden ikke sidestilles med en dansk fond og kunne som følge heraf ikke anses for et selvstændigt skattesubjekt. Enhedens kapital kunne heller ikke anses for at være båndlagt kapital efter danske regler, fordi der ikke var den fornødne adskillelse mellem stifter og kapitalen. Beskatningen skulle derfor henføres til stifteren, der ikke var fuldt skattepligtig i Danmark.
	Privat fond	Nej	TfS 2008, 1010	Privat fond omhandlende arv og ydelse af et lån til A, der blev anset for “anden begunstiget”, hvor fonden fra Liechtenstein (G1 Stiftung) ikke ansås for et selvstændigt skattesubjekt, idet fondens midler ikke var effektivt og uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue i årene 1991-1996. Lånet blev således ikke anset for at være ydet af fonden, men af stifterne, fordi fonden ikke var et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret.
New Zealand	Trust	Nej	TfS 2011, 753	I TfS 2011, 753 gentog Skatterådet, at for at en enhed kan anses for en fond eller båndlagt kapital med rentenydelsesret, skal formuen være endeligt, effektivt og uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formuesfære, ligesom stifteren ikke blot formelt, men også reelt ikke skulle kunne influere på formuens fordeling mv., hvilket faktisk ikke var tilfældet i den givne sag. Stifteren havde tidligere indsendt et bindende svar og havde herefter tilpasset fondens vedtægter, hvilken fremgangsmåde herefter blev afvist af Skatterådet med den begrundelse, at stifteren havde indflydelse på den faktiske ledelse af det ellers uafhængige ledelsesorgan. Fordi ledelsesorganet ikke var uafhængigt af stifter, kunne enheden heller ikke kvalificeres som en selvstændig kapitalenhed i form af båndlagt kapital.

Noter

1. Jf. Bundgaard i SU 2002, p. 598 ff. og Bundgaard i SR-Skat 2006/3, p. 223 ff.
2. Jf. Bundgaard i SU 2002, p. 24.
3. Kravet om realitetsfortolkning følger af retspraksis. Se desuden Bundgaard i SU 2002, vedtægter, p. 5.
4. Jf. Bundgaard i Skat Udland 2002, p. 5. Se desuden TfS 2007, 670 ,hvor Skatterådet påpeger, at det er de retlige karakteristika og ikke den blotte benævnelse, der har betydning for kvalifikationen.
5. Der henvises til gennemgangen i afsnit 3.1.2.
6. Der henvises til gennemgangen i afsnit 3.1.3.
7. Jf. TfS 2007, 670 ,idet "det afgørende (er), hvilke retlige karakteristika der ved aftaler, vedtægter m.v. er tillagt sammenslutningen og dennes relationer til investorerne."
8. Se til illustration TfS 2008, 486 ,TfS 2010, 539 og TfS 2013, 267 .
9. TfS 2010, 742 ,TfS 2012, 296 ,TfS 2010, 310 ,TfS 2008, 486 ,TfS 2010, 774 ,TfS 2012, 766 ,TfS 2013, 267 og TfS 2013, 503 .
10. Jf. TfS 2012, 296 ,Skatteministeriets indstilling og begrundelse, spørgsmål 1.
11. Civilretligt blev enheden dog behandlet som en transparent enhed, se TfS 2008, 1260 ,ad spørgsmål 2.
12. Der henvises til kapitel 15 i den bulgarske Commercial Law.
13. TfS 2009, 405 ,ad spørgsmål 1.
14. TfS 2007, 670 ,TfS 2012, 766 ,TfS 2012, 358 ,TfS 2011, 992 ,TfS 2009, 986 ,TfS 2011, 753 og TfS 2011, 90 .
15. TfS 2009, 657 ,TfS 2009, 986 ,TfS 2010, 155 ,TfS 2012, 188 ,TfS 2011, 959 ,TfS 2010, 280 og TfS 2010, 742 .
16. I TfS 2011, 959 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."
17. Jf. TfS 2009, 986 ,ad spørgsmål 3.
18. Der henvises til TfS 2009, 657 ,spørgsmål 2, der bekræfter, at selskaber omfattet af UCITS-direktivet er investeringselskaber.
19. TfS 2008, 486 ,TfS 2009, 282 ,TfS 2009, 657 ,TfS 2010, 310 ,TfS 2012, 358 ,TfS 2012, 766 ,TfS 2007, 670 ,TfS 2012, 235 ,TfS 2012, 265 ,TfS 2012, 296 ,TfS 2013, 267 og TfS 2013, 338 .
20. Der henvises til TfS 2010, 310 om kvalifikationen af et dansk SMBA.
21. Jf. Bundgaard i SU 2002, p. 5.
22. TfS 2009, 657 og TfS 2009, 405 .
23. Der henvises til TfS 2010, 280 ,ad. Spørgsmål 1 og 4.