

Folketingets Skatteudvalg
Christiansborg
1240 København K

14. maj 2018

Henvendelse vedr. L237 - Justering af reglerne om fast driftssted ved investering via transparente enheder mv.

Skatteministeren har d. 2. maj 2018 fremsat L237, som FSR-danske revisorer kommenterede under høringen.

FSR har gennemgået det fremsatte lovforslag mv. og tillader os hermed at fremkomme med følgende bemærkninger hertil:

Fast driftssted

Det forekommer FSR, at en vigtig problemstilling er blevet overset. Som Skatteministeriet har beskrevet i lovforslaget, er udenlandske investorer efter de hidtidige regler i visse tilfælde blevet anset for at have fast driftssted i Danmark. Når den foreslåede ændring af fast driftssteds definitionen gennemføres, vil det faste driftssted, som disse udenlandske investorer har efter de nugældende regler, ophøre. Det må vel betyde, at aktiver og passiver skal anses for overført til udlandet efter SEL § 8, stk. 4, og dermed skal behandles som afstået til handelsværdien til et koncernforbundet selskab? Med andre ord kan den foreslåede lempelse – uanset at den er meget velkommen – bringe disse udenlandske investorer i en situation, der ikke forekommer helt rimelig. FSR hører gerne, hvorvidt Skatteministeriet har en løsning herpå, herunder eventuelt en henstandsordning med betaling af skatten?

FSR finder det tankevækkende, at det af flere af de høringssvar, der er blevet offentliggjort sammen med lovforslaget, fremgår, at de fleste antager, at når flere investorer i fællesskab investerer igennem et transparent enhed, da må vurderingen af, om der består et fast driftssted baserer sig på den transparente enheds aktiviteter. Heroverfor står så Skatteministeriets holdning om, at bedømmelsen af investorerne i den transparente enhed kan være forskellige, således at kun enkelte har fast driftssted. Det bedes bekræftet, at hvis den transparente enheds aktivitet ud fra en selvstændig betragtning må anses for næringsvirksomhed, har alle deltagerne vel utvivlsomt fast driftssted efter den nye regel.

FSR – danske revisorer
Kronprinsessegade 8
DK - 1306 København K

Telefon +45 3393 9191
fsr@fsr.dk
www.fsr.dk

CVR. 55 09 72 16
Danske Bank
Reg. 9541
Konto nr. 2500102295

Kan den transparente enheds aktivitet derimod ikke anses for næringsvirksomhed ud fra en selvstændig betragtning, må det være deltagernes øvrige aktiviteter (dvs. fast driftssted på andet grundlag eller tilfælde omfattet af den foreslåede værnregel i 2. pkt. i det foreslåede stk. 7), der medfører, at enkelte, men ikke alle, har fast driftssted. Skatteministeriet nævner i bemærkningerne, at inden værnreglen bliver aktuel, skal det vurderes, om de passive investeringer eventuelt skal allokere som anlægsaktier til et fast driftssted, som den udenlandske investor har på andet grundlag. Vil Skatteministeriet komme med nogle eksempler på, hvor det kan blive aktuelt?

Side 2

Skatteministeriet bedes bekræfte, at værnreglen i 2. pkt. i det foreslåede stk. 7 kun er aktuel, hvis den transparente enheds aktiviteter ikke ud fra en selvstændig betragtning kan anses for næringsvirksomhed?

Skatteministeriet bedes endvidere bekræfte, at en udenlandsk investor, der investerer i en transparent enhed, hvis virksomhed består i opkøb af porteføljeselskaber med henblik på udvikling af disse og et eventuelt salg af selskaberne efter en 5-7 år, ikke får fast driftssted i Danmark, hvis investorerne samtidig ejer aktierne i et dansk selskab, hvorigennem der drives næring med køb og salg af aktier? Når det forudsættes, at der ikke sker transaktioner mellem den transparente enhed og det danske næringsselskab, må konklusionen efter FSRs opfattelse være, at investeringen i den transparente enhed ikke udløser fast driftssted i Danmark.

Det fremgår af lovforslagets bemærkninger, at en aktivitet efter den foreslåede værnregel i 2. pkt. i den nye SEL § 2, stk. 7, kun udløser fast driftssted i Danmark, "såfremt de øvrige betingelser for fast driftssted er opfyldt". Der skal altså være et fast forretningssted, hvorigennem selskaber udøver erhvervsvirksomhed, før der kan statueres fast driftssted. Hvordan bedømmes dette, når værnreglen finder anvendelse? Skal bedømmelsen ske i forhold til, hvorfra den transparente enhed, som investoren har investeret igennem, udøver sin virksomhed, eller skal det bedømmes i forhold den erhvervsvirksomhed, som en anden fysisk eller juridisk person ejer, men som investeringsaktiviteterne anses for at være en integreret del af ifølge værnreglen?

Det erkendes i lovbemærkningerne, at den nye regel i SEL § 2, sk. 7, i relation til danske selskaber, der investerer igennem transparente udenlandske enheder, kan medføre, at de dobbeltbeskattes, fordi der efter udvidelsen ikke længere vil bestå et udenlandsk fast driftssted efter danske regler, der berettiger til

dobbeltbeskatningslempelse, selvom udlandet fortsat beskatter det faste driftssted. Skatteministeriet henviser til, at selskaberne enten må søge lempelse efter den gensidige aftaleprocedure, eller at selskaberne imødegår risikoen for dobbeltbeskatning ved at lade investeringerne i udlandet foregå gennem en juridisk enhed med ledelse i det pågældende udland.

Side 3

Sidstnævnte forslag kan kun være aktuelt i relation til aktiviteter, der etableres efter den nye regel er indført, idet eksisterende faste driftssteder ikke i alle tilfælde kan omdannes til et selskab uden at udløse afståelsesbeskatning i såvel Danmark som udlandet.

Det forekommer derfor FSR, at der – når også lovforslag L 207 tages i betragtning – er ret mange situationer med dobbeltbeskatning, som Skatteministeriet henviser til løsning efter dobbeltbeskatningsoverenskomsternes gensidige aftaleprocedure – dette til trods for, at metoden er langvarig, dyr og kan ende ud i, at der ikke nås til en løsning. Hertil kommer, at Danmark jo har opsagt dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med Frankrig og Spanien, hvilket helt udelukker en gensidig aftaleprocedure. I lyset af, at selskaber, der risikerer den her omhandlede dobbeltbeskatning, tidligere typisk har været omfattet af CFC-reglerne, hvoraf der netop er en regel om lempelse for dobbeltbeskatning, foreslår FSR Skatteministeriet, at der indføres en ny regel, der sikrer, at selskaberne, også efter den nye regel er indført, kan opnå lempelse. En sådan regel vil jo netop kunne indføres uden dansk provenutab og kan eventuelt begrænses til selskaber, der er undergivet CFC-beskatning før den nye regel i SEL § 2, stk. 7, får virkning. Skatteministeriet nævner, at det er en teoretisk risiko, men i så fald er der vel intet der taler imod at indføre en sådan lempelsesregel?

Der fremgår intet særskilt virkningstidspunkt af § 16 i det fremsatte lovforslag for det nye stk. 7 i SEL § 2, og den eneste angivelse er således, at reglen træder i kraft den 1. juli 2018. Bør det ikke indføres, at den nye regel har virkning for indkomståret 2018?

Tynd kapitalisering

Skatteministeriet angiver i høringsnotatet, jf. bilag 3 til lovforslaget, at konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4, samt 10 mio.kr. grænsen i SEL § 11, stk. 1, også skal gælde, når det skal vurderes, om det udenlandske debitorselskab ville have været begrænset efter reglerne om tynd kapitalisering, såfremt det havde været hjemmehørende i Danmark.

Skal dette forstås således, at det udenlandske debitorselskab skal konsolideres alene med øvrige selskaber hjemmehørende i samme land som debitorselskabet, eller skal det konsolideres ind i den danske tynd kapitaliseringsopgørelse? Og hvad med det udenlandske debitorselskabs eventuelle egne datterselskaber? Skal de medtages i konsolideringen – og er svaret det samme uanset, om de egne datterselskaber er hjemmehørende i samme land som debitorselskabet, eller i andre lande i forhold til debitorselskabets hjemland?

Hvis konsolideringen alene skal ske mellem de udenlandske selskaber, skal det da kun være mellem de selskaber i debitorselskabets hjemland, der kan anses for koncernforbundne, når der bortses fra det danske moderselskab eller fra det øverste selskab hjemmehørende i debitorselskabets hjemland?

Hvis et dansk moderselskab udelukkende har ét tysk debitor-datterselskab, der er fradragsbeskåret efter tysk skatteret, og som har tyske datter-datterselskaber, og der efter Skatteministeriets opfattelse skal foretages en konsolidering mellem de udenlandske selskaber, kan det føre til, at det udenlandske debitorselskab måske ikke skal anses for omfattet af de danske regler om tynd kapitalisering. Havde det udenlandske debitorselskab i stedet skulle behandles som et i Danmark hjemmehørende selskab, skal der derimod ikke ske konsolidering, fordi der kun er et overliggende dansk selskab. I sidstnævnte situation vil det danske moderselskab dermed kunne modtage renterne skattefrit, mens det ikke vil være tilfældet i den førstnævnte situation. Er Skatteministeriet ikke enig i, at det er den sidstnævnte situation, der er gældende, dvs. at det udenlandske debitorselskab skal konsolideres med de danske koncernselskaber, idet det er på denne måde, at det udenlandske selskab bedst ligestilles med et dansk selskab?

Generelt anmoder FSR om, at Skatteministeriet i koncernstrukturer med selskaber i forskellige lande opstiller eksempler på, hvordan konsolideringsreglen skal anvendes?

Tilsvarende problemstilling er aktuel i forhold til vurderingen af 10 mio.kr. grænsen – hvilke selskaber indgår i denne bedømmelse: De danske selskaber og det udenlandske debitorselskab, eller det udenlandske debitorselskab og de øvrige selskaber i samme udland?

Ifølge Skatteministeriets høringsnotat er det ydermere en betingelse for skattefriheden af renteindtægterne, at der i udlandet er sket en rentefradragsbegrænsning, der svarer til de danske tynd kapitaliseringsregler. FSR går ud fra, at Skatteministeriet er bekendt med, at rentefradragsbegrænsningsreglerne udformes på vidt forskellige måder i de enkelte lande, og at der derfor er stor sandsynlighed for, at de udenlandske regelsæt ikke helt svarer fuldstændigt overens med de danske tynd kapitaliseringsregler. En rigid opfattelse af, at den udenlandske begrænsningsregel skal svare nøjagtigt til en begrænsning efter tynd kapitaliseringsreglerne vil derfor medføre, at den nye rentefrihedsregel aldrig vil kunne anvendes, og Skatteministeriet vil i så fald være i gang med at indføre en tom regel for at imødekomme en afgørelse fra EU-domstolen. Det kan næppe være meningen.

FSR skal derfor bede Skatteministeriet komme med nogle brugbare kriterier for, hvornår den udenlandske rentefradragsbegrænsning vil opfylde betingelserne i en nye regel i SEL § 11, sk. 7?

SEL § 2 D

Om den sag, der er baggrunden for udvidelsen af reglerne, anføres følgende på side 19 i lovforslaget: *"I den konkrete sag var der tale om et selskab, der ønskede at overdrage sine porteføljeaktier og derefter via et søsterselskab delvist erhverve porteføljeaktierne i det selskab, aktierne var overdraget til (det erhvervende selskab)."*

Der tales altså så vidt ses om en situation, hvor søsterselskabet gennem et porteføljeselskab erhverver aktierne i det overtagne porteføljeselskab. FSR kan ikke helt se, hvordan en medtagelse af personkredsen i LL § 2, skal imødegå den situation. Efter LL § 2 er selskaber koncernforbundne, når de har den samme ejerkreds, og FSR er med på, at der består en koncernforbindelse til søsterselskabet. Men det er jo ikke søsterselskabet, der angives som køber af de overtagne aktier, men derimod et porteføljeselskab ejet af søsterselskabet. Dette købende porteføljeselskab synes ikke omfattet af LL § 2, og den foreslåede udvidelse synes således virkningsløs i forhold til den early warning-situation, der er beskrevet i lovforslagets bemærkninger?

FSR kan bedre forstå sagen, hvis der har været tale om, at samtlige aktier i porteføljeselskabet var blevet overdraget direkte til søsterselskabet. Hermed giver udvidelsen mening, idet det koncernforbundne selskabs (søsterselskabets)

aktiebesiddelse i det overtagne porteføljeselskab dermed skal tages med i betragtning, når det skal vurderes, om der efterfølgende består et ejerskab til det overtagne porteføljeselskab.

Side 6

Ifølge udvidelsen skal aktier ejet af fysiske eller juridiske personer, hvormed overdrageren har forbindelse som nævnt i LL § 2, også tages i betragtning, når det vurderes, om der fortsat består et ejerskab til det overtagne porteføljeselskab. FSR er ikke helt sikker på, hvordan denne udvidelse kommer til at virke.

Vil det medføre, at hvis en fader, der ejer et holdingselskab (A), overdrager holdingselskabets porteføljeaktier til et tomt (holding)selskab (B) ejet af hans søn, dvs. at der er tale om selskaber, hvor der efter LL § 2 består den samme bestemmende indflydelse på, og selskab B udelukkende betaler kontant for aktierne, da skal salgssummen for porteføljeaktierne behandles som udbytte til selskab A fra selskab B – dvs. et udbytte fra et helt udenforstående selskab, hvilket medfører, at 100 % af salgssummen/udbyttet bliver skattepligtig? Hvis det er tilfældet, er der tale om en voldsom begrænsning af reglen i ABL § 8, om at overdragelse af porteføljeaktier kan ske skattefrit.

Efter FSR's opfattelse er den foreslåede udvidelse så betragtelig, og den må antages at kunne føre til udbyttebeskatning i langt flere situationer, end det var formålet. Skatteministeriet nævner da også selv i høringsnotatet, jf. bilag 3 til lovforslaget, at det ikke kan afvises, at der vil kunne være tilfælde, hvor den foreslåede værnregel medfører udbyttebeskatning, som konkret kan forekomme utilsigtet. Samtidig anfører Skatteministeriet dog også, at det imidlertid vurderes, at det ikke er muligt at udforme værnreglen på sådan måde, at den opfylder sit formål og samtidig udelukkende indebærer beskatning af netop de tilfælde, som reglen er tænkt på. Det er FSR ikke enig i. Der vil således meget let kunne indsættes en dispensationsbestemmelse, hvorefter skatteyderen kan anmode skattemyndighederne om, at reglen i SEL § 2 D eller FUL § 9 ikke finder anvendelse, hvorefter Skattemyndighederne kan imødekomme anmodningen, hvis transaktionerne vurderes at være forretningsmæssigt begrundet (herunder begrundet i legitime generationsskifter). Det adskiller sig egentlig ikke fra de vurderinger, som skattemyndighederne allerede foretager efter fusionsatteloven og burde derfor uproblematisk kunne indføres. Når der består en sådan uproblematisk løsning, synes det urimeligt ikke at imødekomme skatteyderne i en situation, hvor beskatningsområdet jo anerkendes at være for bredt.

Der er ikke i lovforslaget fastsat et særskilt virkningstidspunkt for den foreslåede udvidelse af SEL § 2 D. FSR må således lægge til grund, at de nye regler først kan anvendes i forhold til aktieoverdragelser, der foretages per lovforslagets ikrafttrædelsestidspunkt, den 1. juli 2018? FSR's tvivl opstår, fordi værnsregler efter praksis ofte fastsættes til at få virkning per lovforslagets fremsættelse. FSR må gå ud fra, at de nye reglers anvendelse først fra 1. juli 2018 skyldes, at Skatteministeriet er af den opfattelse, at SKM 2016.16.HR. skal kunne anvendes i forhold til aktieoverdragelser foretaget før den 1. juli 2018?

Hertil må FSR erklære sig enig med de øvrige, der har afgivet hørings svar, jf. bilag 3 til lovforslaget, i, at angivelse af, at der med dommen SKM 2016.16.HR. (der står helt alene) er indført en "praksisskabt omgåelses klausul", der forekommer helt ubegrænset, retssikkerhedsmæssigt er en meget betænkelig vej at gå. Der er jo også offentliggjort domstolsafgørelser, der netop henviser til, at skatteplanlægning ikke altid er omgåelse. Dansk omgåelsespraksis har indtil nu hovedsagelig været baseret på en realitetsgrundsætning, der et eller andet sted har sin rod i, om der foreligger en art proformahandlinger. At gå herfra til at anvende en omgåelses klausul til at omkvalificere transaktioner, der reelt udføres og er omfattet af de gældende regler, er for FSR at se, at gå meget langt ud fra det, som dansk skattepraksis har anerkendt indtil dato. Skatteministeriet bedes derfor kort angive, hvornår der efter deres opfattelse er tale om lovlig skatteplanlægning henholdsvis skatteomgåelse.

Med venlig hilsen

Klaus Okholm
Næstformand for Skatteudvalget

Mette Bøgh Larsen
Skattechef