

Høringssvar

23. marts 2018

Høringssvar vedr. Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love (Justering af reglerne om fast driftssted ved investering via transparente enheder)

Skatteministeriet har den 23. februar 2018 sendt Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love i høring. Høringsfristen er angivet til den 23. marts 2018 og har bl.a. til formål at justere reglerne for, hvornår der udøves erhvervsmæssig virksomhed med fast driftssted i Danmark med henblik på at sikre, at Danmark er attraktivt at investere i for udenlandske investorer.

1. DVCAs overordnede bemærkninger

Indledningsvis vil DVCA takke Skatteministeriet for at få sendt lovforslaget i høring og samtidig rose de overordnede intentioner med forslaget: At skabe klare og enkle regler, så virksomheder og borgere ikke pålægges uhensigtsmæssige eller utilsigtede økonomiske eller administrative byrder. For DVCA er det således vigtigt at pointere, at stabile rammevilkår med en høj grad af forudsigelighed er af afgørende betydning i forhold til danske virksomheders mulighed for at kunne tiltrække sig risikovillig kapital fra udenlandske investorer og dermed fastholde konkurrenceevnen overfor udlandet.

I den kontekst finder vi det positivt, at man med dette lovforslag vil justere reglerne for, hvornår der udøves erhvervsmæssig virksomhed med fast driftssted i Danmark således, at det sikres, at Danmark er et attraktivt land at investere i for udenlandske investorer. På dette grundlag hilser DVCA lovforslaget velkomment, men vil samtidig benytte lejligheden til at kommentere på den del af lovforslaget, der vedrører justering af reglerne om fast driftssted, da det ønskede formål med lovforslaget ikke ses at blive tilgodeset således, som lovforslagets § 1, nr. 3 er formuleret.

2. Kommentarer til forslagens § 1, nr. 3 vedr. justering af reglerne om fast driftssted - erhvervsmæssig virksomhed:

Efter gældende ret er udenlandske selskaber og foreninger mv. begrænset skattepligtige til Danmark, hvis de udøver erhverv med fast driftssted her i landet.

Begrebet fast driftssted er ikke defineret i lovgivningen, men skal efter praksis fortolkes i overensstemmelse med OECD's modeloverenskomst (artikel 5 og 7), hvorefter en stat kun kan beskatte et ikke-hjemmehørende foretagendes fortjeneste, såfremt foretagendet driver *erhvervsvirksomhed* i kildestaten gennem et dér beliggende fast driftssted.

Heller ikke begrebet *erhvervsvirksomhed* er nærmere defineret – hverken i dansk skatteret eller i OECD's modeloverenskomst – hvilket i praksis gør fortolkningen af "fast driftssted" til en kompliceret øvelse. Ikke kun for de virksomheder, for hvem det er af afgørende betydning at kunne tiltrække udenlandske investorer. Også SKAT har gennem årene udviklet en svingende og uforudsigelig fortolkning af regelsættet, hvilket kompliceres yderligere af, at det til tider har krævet en årelang proces at få et bindende svar på området.

Retssikkerhedsmæssigt er det derfor positivt, at man med lovforslaget vil fjerne den retsusikkerhed og kompleksitet, som de nugældende regler giver anledning til og at man med lovforslaget vil sikre, at "udenlandske investorer, som investerer via transparente enheder såsom kommanditselskaber, ikke får fast driftssted i Danmark". Som lovforslaget er formuleret, vil man imidlertid ikke i praksis opnå det ønskede formål, hvilket begrundes i den fortolkning af "næringsbegrebet" og den "værnsregel", som lovforslaget ligger op til.

2.1. Næringsvirksomhed

Med lovforslaget ligger op til at indføre et nyt stk. 7 i SEL § 2, som har til formål at sikre, at passive investeringer i form af aktier, fordringer, gæld og finansielle kontrakter kun anses for udøvelse af erhverv i relation til fast driftsstedbestemmelsen, når aktiviteterne udgør "næringsvirksomhed" efter skatterettens traditionelle fortolkning. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

Virksomhed med investering i aktier og erhvervelse af fordringer, gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven anses kun for udøvelse af erhverv [...] når der foreligger næringsvirksomhed. Dette gælder dog ikke, såfremt en fysisk eller juridisk person, hvormed selskabet har en forbindelse som omhandlet i ligningslovens § 2, udøver erhvervsvirksomhed i Danmark, der står i forbindelse med den i 1. pkt. omhandlede virksomhed".

Af lovforslagets bemærkninger fremgår det, at bestemmelsen har som formål at sikre, at udenlandske investorers passive investeringer ikke i sig selv anses for erhvervsudøvelse, der kan indebære fast driftssted her i landet. Det er kun "næringsvirksomheden" der skal udløse fast driftssted, hvilket – ifølge Skatteministeriets bemærkninger – gælder uanset om investeringerne er foretaget alene eller sammen med andre fysiske og juridiske personer ved anvendelse af en enhed, der er skattemæssigt transparent.

Spørgsmålet om hvorvidt en investering skal anses for foretaget som led i næring eller ej, skal – ifølge bemærkningerne - afgøres efter de almindelige principper for fastlæggelsen af det skatteretlige næringsbegreb. Skatteministeriet påpeger i den forbindelse, at næring efter aktieavancebeskatningsloven kun foreligger, såfremt aktierne anses for anskaffet med henblik på at opnå fortjeneste ved videresalg, men henviser samtidig til praksis vedrørende venturevirksomheder, hvis aktivitet består i erhvervelse af aktier med henblik på udvikling af porteføljevirkomhederne og senere salg af aktierne. I betragtning af lovforslagets overordnede formål – at passive investeringer ikke i sig selv skal anses for at være erhvervsudøvelse – finder DVCA det hensigtsmæssigt med en præcisering af, at dette netop ikke betragtes som næring. (Samtidig bør man præcisere hvilken afgørelse, der menes på s. 49, idet SKM 2002.605 LSR ser ud til at handle om momspligt ved opbevaring af bohaver).

Af bemærkningerne fremgår derudover, at såfremt flere investerer i fællesskab via en skattemæssigt transparent enhed – fx via en kapital- eller venturefond – vil hver enkelt deltager skulle vurderes individuelt i forhold til, om deres investering sker som led i næring. Den praktiske konsekvens af, at hver enkelt investor vil skulle vurderes individuelt i forhold til, om de bedriver næring eller ej er, at lovforslaget ikke vil skabe den klarhed og forudsigelighed over regelsættet, som er dets overordnede formål. Nemlig at skabe klarhed om reglerne og sikre, at "udenlandske investorer, som investerer via transparente enheder såsom kommanditselskaber, ikke får fast driftssted i Danmark".

DVCA anerkender udfordringen i at skabe et klart og forudsigeligt regelsæt, som samtidig harmonerer med skatterettens grundlæggende principper om bl.a. transparente enheder. Alligevel er det værd at bemærke, at hvis man – som angivet i lovforslaget – ønsker at "fjerne den retsikkerhed og kompleksitet, som de nugældende regler kan give anledning til", herunder "sikre, at udenlandske investorer, som investerer via transparente enheder såsom kommanditselskaber, ikke får fast driftssted i Danmark", bør man udforme reglerne således, at næringsbegrebet ikke vurderes i forhold til hver enkelt bagvedliggende investor, men derimod i forhold til den danske virksomhed, som investeringen foregår i. På den måde vil man opnå den forudsigelighed og gennemsigtighed, som er formålet med lovforslaget og som er nødvendigt, hvis danske virksomheder skal kunne tiltrække sig udenlandske investeringer.

Alternativt bør lovforslaget suppleres med konkrete eksempler og formodningsregler for, hvornår udenlandske investorers investeringer i danske fonde ikke vil være omfattet af næringsbegrebet.

3. Værnsregel i SEL § 2, stk. 7, 2. pkt.

Lovforslaget indeholder derudover en værnsregel, jf. det nye stk. 7 i SEL § 2, at 1. pkt., som – med henvisning til LL § 2 – skal sikre, at køb og salg af aktier, fordringer, gæld og finansielle kontrakter også uden for næringstilfælde kan medføre fast driftssted her i landet, når aktiviteterne har forbindelse med erhvervsaktiviteter, der er i øvrigt skattepligtige i Danmark.

Henvisningen til LL § 2 indebærer imidlertid, at investorer i en kapitalfond som udgangspunkt vil blive anset for at have en sådan "interesseforbundethed" med selve porteføljeselskaberne ejet af kapitalfonden, når der er indgået en aftale om udøvelse af fællesbestemmende indflydelse, hvilket ofte er tilfældet. Da porteføljeselskaberne selvsagt kan have erhvervsaktiviteter, der er skattepligtige her i landet, vil en udenlandsk investor således alligevel risikere at få fast driftssted i Danmark qua sin investering, selv uden for næringstilfælde, jf. betænkning til L116 hvoraf fremgår:

"Når det skal bedømmes om en kapitalfond har bestemmende indflydelse i et selskab, medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem kapitalfonden har en aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse."

Det følger endvidere, at "Bestemmelsen medfører ikke, at selskabsdeltagerne indbyrdes er koncernforbundne. Bestemmelsen medfører alene, at selskabsdeltagerne anses for at have bestemmende indflydelse i det fællesejede selskab".

På dette grundlag foreslår DVCA, at det i det videre lovarbejde arbejdes med en værnsregel der ikke baserer sig på LL § 2."

Med venlig hilsen



Henriette Kinnunen
Adm. Direktør/CEO

dvca

Dansk Venturekapital- og Private Equity Forening / Danish Venture Capital & Private Equity Association