

## En ulykke kommer sjældent alene

- Risikoen ved det faste driftssted for udenlandske investorer

Af Erik Banner-Voigt, partner, Deloitte og Jesper Anker Hansen, Deloitte.

### 1. Indledning

Det siges, at ulykker sjældent kommer alene. Det kan meget vel også blive ubehagelig virkelighed for udenlandske deltagere i danske kapitalfonde. Først kom udbytter betalt til udenlandske ejere i SKATs søgelys, herefter renterne. Spørgsmålet er om SKAT næste gang vil beskatte udenlandske investorers kapitalgevinster ved kapitalfondens salg af porteføljeselskaber.

De fleste har nok bemærket, at de danske skattemyndigheder de seneste år har haft stor fokus på kapitalfonde og kapitalfondsejede danske selskaber. Pressen kan jævnligt berette om store sager mellem SKAT og kapitalfondene/kapitalfondsejede selskaber.

Endvidere udsendte Skatteministeriet 1. april i år en meddelelse hvoraf det fremgik, at ”SKAT har sendt afgørelser og forslag til afgørelser ud med krav om, at der bliver betalt kildeskatt af indtjeningen på udbytter og renter, til i alt 16 multinationale koncerner, hvoraf flere er kapitalfondsejede. Det samlede beløb udgør omkring 19 mia. kr. i betalinger af udbytter og renter, hvoraf kildeskatten udgør mellem 25 og 30 procent.”

Hertil kommer en lang række lovstramninger på skatteområdet, som mere eller mindre direkte er adresseret på kapitalfonde og kapitalfondsejede selskaber, f.eks. rentefradragsbegrænsningsregler, regler om beskatning af carried interest, mellemholdingregel mv.

Det er således næppe overdrevet at påstå, at der blæser kolde vinde i skatteklimaet for kapitalfonde i Danmark. Af samme grund bør der fra fondsmanagernes og rådgivernes side iagttages den allerstørste forsigtighed, når fondens opbygning og pengestrømme skal struktureres.

### Hvem pålægges skat i en kapitalfond?

Grundtanken bag strukturen i en kapitalfond er typisk, at porteføljeselskabet og de endelige investorer betaler skat. Det vil sige, at der sker en løbende beskatning af porteføljeselskabets overskud i form af selskabsbeskatning i det land, hvor selskabet er hjemmehørende. Ved udlodninger eller ved et salg af porteføljeselskaberne beskattes den ultimative investor i det land, hvor denne er hjemmehørende. Al anden beskatning – herunder især fremmede kildeskatter – er u hensigtsmæssig og betragtes som unødigt ”skattelæk” eller tax ”leakage”.

Af denne grund konstrueres kapitalfonde som oftest som kommanditselskaber, da kommanditselskaber har to karaktertræk, der er fordelagtige i denne sammenhæng.

For det første hæfter investor som kommanditist alene med den tilsagte kapital, og for det andet er et kommanditselskab skattemæssigt transparent, hvilket vil sige, at det ikke underkastes selvstændig beskatning. I stedet ”ses der igennem” kommanditselskabet, og indkomsten heri anses i stedet for indvundet af de bagvedliggende deltagere i forhold til disses ejerandel. Er investor ikke hjemmehørende i

fondens hjemland, beskattes investor som udgangspunkt ikke i fondens hjemland. På denne måde springes der skattemæssigt ”et led over”, og der aflejres ikke yderligere skat i fondens hjemland.

I langt de fleste tilfælde er denne fremgangsmåde den optimale. Men det bør have i baghovedet, at transparensen samtidigt eksponerer de udenlandske investorer for andre skatterisici herunder begrænset skattepligt til Danmark i form af fast driftssted.

De nævnte sager i Skatteministeriets meddelelse vedrører alle udbytte- og rentebetalinger fra danske selskaber som eventuelt via en kapitalfond betales til udenlandske modtagere. SKAT påstår, at betingelserne for at lade disse betalinger være skattefrie ikke er opfyldt, således at der burde være indeholdt dansk kildeskat på udbytte- og rentebetalingerne. Beskatningen begrundes med, at de (reelle) udenlandske modtagere skal betragtes som begrænsede skattepligtige til Danmark. Det vil sige, at der skal betales skat til Danmark af de pågældende rente- og udbyttebetalinger.

Vurderer SKAT, at en dansk kapitalfond udgør et fast driftssted på vegne af de udenlandske investorer anses de udenlandske investorer for at være begrænset skattepligtige til Danmark. Men her er det ikke alene de løbende rente- og udbyttebetalinger, der er i ”farezonen”, men også selve avancen ved afståelse af investeringerne.

### **Hvad er konsekvensen af, at der statueres fast driftssted?**

Hvis der statueres fast driftssted for de udenlandske investorer, bliver de begrænset skattepligtige til Danmark efter selskabsskattelovens § 2, stk. litra a. Denne skattepligt omfatter indkomst erhvervet fra erhvervsvirksomhed udøvet gennem det faste driftssted.

Dette betyder, at de udenlandske investorer bliver pålagt en forpligtelse til årligt at indsende en selvangivelse til de danske skattemyndigheder med opgørelse af den skattepligtige indkomst erhvervet via det faste driftssted. Dette er sig selv administrativt upraktisk og medfører uundgåeligt yderligere omkostninger til revisor mv.

Hvad værre er, beskattes også indkomst, der kan allokeres til det faste driftssted i et pågældende land, hvor det faste driftssted er hjemmehørende. Dette gælder uanset om den juridiske struktur i det pågældende land i øvrigt er skattemæssigt transparent som eksempelvis et kommanditselskab.

Risikoen for, at der statueres fast driftssted for udenlandske deltagere i en dansk kapitalfond, har ikke tidligere fyldt meget i den skatteretlige litteratur eller i den daglige rådgivning. Dette skyldes, at spørgsmålet om fast driftssted for de udenlandske investorer i en dansk kapitalfond kun havde begrænset betydning.

I forbindelse med vedtagelsen af skattereformen blev den begrænsede skattepligt for faste driftssteder udvidet til at omfatte alle gevinster, tab og udbytter på selskabets aktier, når afkastet vedrører det faste driftssted. Efter de tidligere gældende regler var der kun begrænset skattepligt af næringsaktier og aktier i selskaber, der havde til formål at fremme aktionærernes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse som aftagere m.m.

Samtidig blev reglerne for aktieavancebeskatning ændret således, at skattefri afståelse af aktier efter en ejertid på tre år blev erstattet af en opdeling af aktietyper, hvor bl.a. gevinst og tab ved salg af porteføljeaktier (grundlæggende set aktier, hvor der ejes mindre end 10 % af aktiekapitalen, og hvor der ikke er koncernforbindelse med selskabet, der ejes aktier i) skulle medregnes i den skattepligtige indkomst.

Ved at sammenholde disse to regelsæt tegner der sig et billede af et skattemæssigt stærkt u hensigtsmæssigt scenarium:

En udenlandsk investor i en dansk kapitalfond får statueret fast driftssted i Danmark som følge af sin deltagelse i fonden. De underliggende aktieinvesteringer henføres til det faste driftssted. Den bagvedliggende investors ejerandel i den underliggende porteføljeselskab er på under 10 %. Den udenlandske investor skal herefter årligt indsende selvangivelse i Danmark, og avancen ved afståelsen af aktierne vil nu pludseligt være omfattet af dansk beskatning på 25 %.

### **Hvornår er der et fast driftssted?**

Fast driftsstedsbegrebet udspringer af et af de mest centrale spørgsmål i international skatteret:

Hvem har beskatningsretten til fortjeneste fra en erhvervmæssig virksomhed?

Den stat, hvor virksomheden er hjemmehørende (domicilstaten), eller den stat, hvor den konkrete fortjeneste stammer fra (kildestaten)?

Der er almen opbakning (i hvert fald i den vestlige verden) til det synspunkt, at det som udgangspunkt er domicilstaten, der har beskatningsretten. Medmindre, at det pågældende foretagende skal betragtes som deltagende i det økonomiske liv i kildestaten *i en sådan grad*, at det ud fra en rimelighedsbetragtning er kildestaten, der bør have beskatningsretten til fortjenesten.

For at undgå ren anarki vedrørende vurderingen af, hvornår et udenlandsk foretagende kan betragtes som deltagende i en sådan grad i det økonomiske liv i kildestaten, er der i international skatteret udviklet en definition herfor således, at et udenlandsk foretagende kan betragtes som deltagende i det økonomiske liv i kildestaten i *en sådan grad*, at kildestaten får beskatningsretten til fortjenesten fra de pågældende aktiviteter, hvis foretagende kan siges at have et *fast* driftssted i kildestaten.

### **Hovedreglen for hvornår der er et fast driftssted**

I dansk skatteret fortolkes begrebet ”fast driftssted” i overensstemmelse med den internationale standard som anbefalet af OECD i dennes modeloverenskomst.

Udgangspunktet for, hvornår der kan statueres et fast driftssted, er således, at der skal være tale om et fast forretningssted, hvor et foretagendes virksomhed helt eller delvist udføres.

Mere uddybende skal følgende betingelser som udgangspunkt være til stede, før der kan statueres et fast driftssted:

- Der skal kunne påvises en eksistens af et ”forretningssted”, det vil sige indretninger såsom lokaler eller i visse tilfælde maskineri eller udstyr;
- Endvidere skal dette forretningssted skal være ”fast”, dvs. det skal være etableret på et givet sted med en vis grad af varighed;
- Endeligt skal der kunne konstateres en virksomhedsudøvelse for foretagedet gennem det faste driftssted. Det vil sædvanligvis sige, at personer, som på den ene eller anden måde er afhængig af foretagedet(personale), udfører foretagedets virksomhed i den stat, hvor det faste sted er beliggende.

Grundlæggende tages der sigte på den situation, hvor et foretagende har en fast og virksomhedsudøvende tilstedeværelse i en anden stat, således at foretagendet kan siges at have permanent etableret sig i den anden stat.

Det er dog en betingelse, at aktiviteten ikke er af ren bagatelagtig karakter i forhold til foretagendes primære virksomhed. Aktiviteten må således ikke alene være af ”forberedende eller hjælpende karakter”.

### **Agentreglen**

Er ovennævnte betingelser ikke opfyldt, kan der dog alligevel statueres fast driftssted, hvis den såkaldte ”agentregel” finder anvendelse. Agentreglen er en undtagelsesregel til hovedreglen, hvorefter der kræves en tilstedeværelse, før der kan statueres fast driftssted. Et foretagende kan efter agentreglen få fast driftssted i Danmark, uagtet at dette ikke råder over et forretningssted her i landet. Dette kan ske ved, at der i Danmark er en person, der har fuldmagt til at indgå aftaler i foretagendets navn. Det er dog en betingelse, at personen sædvanligvis udøver denne fuldmagt.

Essensen af denne regel er, at man ikke skal kunne omgå hovedreglen ved at placere en ”stråmand” i Danmark og udøve sin virksomhed gennem en sådan repræsentant.

Det er dog en betingelse, at der er tale om en repræsentant, der er ”juridisk og økonomisk afhængig” af det udenlandske foretagende. En uafhængig agent vil således ikke kunne statuere fast driftssted. Den uafhængige agent skal endvidere handle inden for rammerne af sin sædvanlige erhvervsvirksomhed, når fuldmagten udøves.

Der kan ikke gives en eksakt definition af, hvornår en repræsentant er afhængig eller ej. Dette må afgøres konkret. De kriterier, der indgår i denne vurdering er blandt andet en vurdering af om foretagendet har instruktionsbeføjelse over repræsentanten, bærer driftsherrerisikoen eller har mulighed for at føre kontrol med repræsentanten. Et andet væsentligt moment er antallet af hvervgivere. Hvis repræsentanten alene har én hvervgiver i hele sin virksomheds levetid eller i en længere tidsperiode, så taler dette også for, at repræsentanten skal betragtes som afhængig af det udenlandske foretagende.

### **Konkret for kapitalfonde**

Da en kapitalfond typisk ikke har egne ansatte, vil risikoen for fast driftssted for de udenlandske deltagere efter hovedreglen, som udgangspunkt være begrænset. Dette ændres selvsagt, hvis fonden rent faktisk har ansatte. Men typisk er aktiviteten som bekendt udlagt til managementselskabet.

Der hvor risikoen for fast driftssted typisk opstår, er efter agentreglen. Deltagerne i en fond vil typisk ikke selv tage stilling til og beslutte om de enkelte investeringer skal købes eller sælges. Denne beslutningskompetence er overlagt til managementselskabet eller et investor board. Disse personer vil således opfylde grundbetingelserne for, at der kan statueres fast driftssted efter agentreglen, da de 1) har fuldmagt til at indgå bindende aftaler på fondens (og dermed deltagerne) vegne, og de 2) vil udøve denne fuldmagt sædvanligvis, når der foretages beslutninger om køb og salg af porteføljeselskaberne. Hvis disse personer også er juridisk og økonomisk afhængige af fonden, kan der statueres fast driftssted for de udenlandske deltagere.

Det er derfor af afgørende betydning, at fonden struktureres på en sådan måde, at hverken investorboard, Managementselskabet eller andre med fuldmagt til at binde fonden er juridisk og økonomisk afhængige af fonden, samt at fuldmagtshaver handler inden for rammerne af sin sædvanlige erhvervsvirksomhed.

Skatterådet, SKATs øverste organ, har i to sager, senest i SKM2010.318.SR taget stilling til forespørgelser om hvorvidt et managementselskab og et investorboard i to konkrete fondsstrukturer kunne statuere fast driftssted efter agentreglen for de udenlandske deltager i en dansk kapitalfond. Skatterådet fandt efter en konkret vurdering, at dette ikke var tilfældet henset til bl.a. at:

- Fuldmagtshaver ikke var underlagt detaljerede instruktioner eller omfattende kontrol vedrørende beslutninger om køb og salg, da der alene var fastlagt en overordnet investeringspolitik.
- Beslutningen om, hvad, der skulle investeres i alene blev truffet af fuldmagtshaverne, idet fonden havde entret med disse på baggrund af deres erfaring og dygtighed.
- Der var videre henset til, at vederlaget for at være medlem af investorboardet var fast og relativt beskedent, hvorfor medlemmerne således ikke kunnen siges at være økonomisk afhængige af fonden.
- Derudover var der henset til, at de (fuldmagtshaverne) ved udførelsen af deres opgaver ville kunne ifalde sædvanligt erstatningsansvar.
- Endelig var der henset til, at de var udvalgt på baggrund af deres erfaring og dygtighed indenfor de pågældende investeringer, hvilket indebærer, at de efter omstændighederne måtte antages at handle inden for rammerne af deres sædvanlige erhvervsvirksomhed/erhvervsfunktioner.
- Videre var der henset til, at fuldmagtshaver efter det oplyste havde andre kunder/hvervgivere, og kunne således ikke siges at være økonomisk afhængig af fuldmagtsgiver (fonden).
- Derudover var der henset til, at fuldmagtshavere måtte anses for selv at bære risikoen for det udførte arbejde, herunder det sædvanlige rådgiveransvar mv.
- Endelig var der henset til, at de igennem en årrække, havde udført og fortsat udfører identiske opgaver for en anden investeringsenhed samt en række danske og udenlandske institutionelle investorers individuelle investeringer, at de måtte således antages at handle inden for rammerne af deres sædvanlige erhvervsvirksomhed.

Det ses, at der er en lang række faldgruber mht. kontrol, instruktionsbeføjelse, fuldmagtshavers andre aktiviteter, indkomstforhold mv. Det anbefales derfor stærkt, at strukturen altid gennemgås nøje, og der tages højde for at undgå alle forhold, der kunne pege i retning af en afhængighed af fuldmagtsgiver hos fuldmagtshaver. Der skal med andre ord være vandtætte skotter mellem disse to, hvis man vil være sikker på at undgå ubehagelige overraskelser.

## **Afslutning**

Det er u hensigtsmæssigt, at udenlandske investorer potentielt kan blive begrænset skattepligtige til Danmark ved at investere via en dansk kapitalfond. Det er u hensigtsmæssigt af flere grund.

For det første er det relativt nemt at investere i danske virksomheder via udenlandske kapitalfonde, idet kapital er let flytbart. Herved taber Danmark arbejdspladser og kontrol med kapitalfondene.

For det andet er det paradoksalt de nystartede kapitalfonde, hvor managementselskabet kun rådgiver en kapitalfond, hvor der er størst risiko for at udenlandske investorer får fast driftssted i Danmark.

For det tredje kan den blotte risiko for, at udenlandske investorer kan få fast driftssted i Danmark via kapitalfonden medføre, at udenlandsk kapital søger uden om danske kapitalfonde og derved også uden om danske virksomheder.

Sammenholdes dette med, at det potentielle skatteprovenu er lig nul, hvis der skulle danne sig en praksis, hvorefter udenlandske investorer fik fast driftssted i Danmark ved investering via kapitalfonde, bør der vedtages en lovregel, hvorefter kapitalfonde og disses managementselskaber ikke kan udgøre et fast driftssted for kapitalfondens udenlandske investorer.

En sådan lovregel vil skabe klarhed og fjerne enhver tvivl i relation til spørgsmålet om fast driftssted og kan uden, at det koster skatteprovenu gøre danske kapitalfonde og dermed typisk også investering i danske virksomheder mere attraktive.

Indtil en sådan lovregel indføres må det på det kraftigste anbefales, at både kommende og eksisterende fondsstrukturer tager højde for risikoen for, at der kan statueres fast driftssted. De to første ulykker er allerede indtruffet i form af slagsmålene med SKAT om begrænset skattepligt af renter og udbytter. Der er ingen grund til at sidde passivt og afvente den tredje.