

INVESTERING I KAPITALFONDE KAN MEDFØRE FAST DRIFTSSTED FOR UDENLANDSKE DELTAGERE

Indledning

For udenlandske investorer vil det ofte være afgørende, at deres investeringer i danske kapitalfonde ikke medfører, at de pålægges dansk skattepligt. Det er derfor sædvanligt, at danske kapitalfonde struktureres som kommanditselskaber (K/S). De pågældende K/S'er foretager herefter forskellige investeringer.

Selskabsstrukturen omkring kapitalfondene etableres normalt med et dansk managementselskab og et dansk selskab som komplementar, mens de udenlandske investorer deltager som kommanditister. Da et K/S ikke er et selvstændigt skattesubjekt, er der mulighed for at sikre, at udenlandske investorer kun beskattes i deres hjemland. Dette forudsætter imidlertid, at den anvendte struktur ikke medfører fast driftssted i Danmark for de udenlandske investorer.

I 2013 fandt Skatterådet i forbindelse med en anmodning om et bindende svar, at udenlandske investorer i et dansk K/S i den konkrete sag ville have fast driftssted i Danmark¹. Afgørelsen er konkret begrundet med blandt andet direkte eller indirekte sammenfald i ejerkredsen i managementselskabet og i komplementaren samt væsentligt personsammenfald med hensyn til beslutningskompetencen for det pågældende K/S, dvs. kompetencen til at udarbejde, oprette, forvalte og styre investeringerne i K/S'et. Skatterådet lægger i den forbindelse vægt på, at det er de samme personer, der enten via managementselskabet eller komplementaren er aktiv i alle led af beslutningsprocesserne for investeringerne i K/S'et. Ligeledes medførte det forhold, at generalforsamlingen fast blev afholdt på managementselskabets adresse i sig selv fast driftssted. Uanset disse konkrete forhold vakte afgørelsen betydelig opsigt og usikkerhed.

Med en ny afgørelse² i 2014 i forbindelse med en anden anmodning om et bindende svar tilkendegav Skatterådet imidlertid klart, at anvendelse af K/S-strukturen ikke nødvendigvis vil medføre fast driftssted for udenlandske investorer. I den konkrete sag var det blandt andet af afgørende betydning, at beslutningskompetencen i K/S'et blev holdt adskilt fra managementselskabet, og at der således ikke var personsammenfald, som tilfældet var i 2013-afgørelsen. Endvidere lagde Skatterådet vægt på, at generalforsamlingen ikke blev afholdt på noget fast sted. Skatterådet fandt herefter, at der ikke i den nye sag ville være tale om fast driftssted for de udenlandske investorer.

De ovennævnte afgørelser viser, at det fortsat er muligt at tilrettelægge en K/S-struktur således, at udenlandske investorer opnår en hensigtsmæssig dansk skattemæssig behandling. Imidlertid viser afgørelserne også, at struktureringen af K/S'et er af afgørende betydning.

Af begge afgørelser fremgår en lang række momenter, der er af afgørende betydning ved vurderingen

¹ SKM2013.899.SR.

² SKM2014.632.SR.

af, om investering i et dansk K/S medfører dansk fast driftssted for de udenlandske investorer. Det er derfor af væsentlig betydning, at alle disse momenter nøje overvejes ved tilrettelæggelse af K/S-strukturer.

Afgørelserne, deres betydning og de pågældende momenter gennemgås i det følgende.

Retsgrundlaget

Visse udenlandske investorer underlægges begrænset skattepligt til Danmark, såfremt de (1) selv udøver erhverv med fast driftssted i Danmark eller (2) deltager i en erhvervsvirksomhed med dansk fast driftssted, jf. Selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a.

Bestemmelsen fortolkes som udgangspunkt efter OECD's modeloverenskomst³ og kommentaren hertil, jf. den juridiske vejledning⁴. Følgende krav skal herefter som udgangspunkt være opfyldt, for at der foreligger et fast driftssted:

- Der skal være tale om et "forretningssted" (f.eks. filialer, lokaler, areal eller lignende), og forretningsstedet skal være "fast", dvs. etableret et bestemt sted og have en vis varighed.
- Der skal udøves "erhvervsvirksomhed" gennem forretningsstedet, dvs. der skal foregå en eller anden form for erhvervsmæssig aktivitet eller drift fra forretningsstedet.

Herudover gælder den såkaldte agentregel⁵, hvorefter der kan statueres fast driftssted, såfremt en "afhængig" agent udøver virksomhed for foretagendet. I modsætning hertil medfører en "uafhængig" agent ikke fast driftssted.

Ved vurderingen af om der foreligger fast driftssted, vil der således både skulle foretages en vurdering i henhold til (1) hovedreglen og (2) agentreglen. Hvis blot ét af disse forhold er opfyldt, kan der statueres fast driftssted for det udenlandske selskab.

Praksis

I de to ovenstående afgørelser opregnes en række tidligere afgørelser af Skatterådet om K/S'er med lignende strukturer, hvor der ikke blev statueret fast driftssted⁶. Ligeledes henvises til en højesteretsdom. Disse afgørelser vil nedenfor kort blive gennemgået.

SKM2012.676.SR

Denne sag vedrørte et K/S, der investerede i opstartsvirksomheder. Beslutningskompetencen vedrørende køb og salg af porteføljeselskaber lå hos direktionen i det danske komplementarselskab, der ikke havde retlig eller faktisk råderet over et forretningssted i Danmark, ligesom komplementarselskabet ikke havde ansatte ud over direktionen. Direktionsmøderne blev ikke holdt på et fast forretningssted i Danmark.

³ Modeloverenskomstens art. 5, stk. 1.

⁴ Den juridiske vejledning 2013, C.F.8.2.2.5 Artikel 5: Fast driftssted.

⁵ Modeloverenskomstens art. 5, stk. 6.

⁶ SKM2013.899.SR, side 18 af 25.

Skatterådet fandt ikke, at kommanditselskabet havde fast driftssted i Danmark efter artikel 5, stk. 1 i modeloverenskomsten, idet K/S'et eller komplementarselskabet ikke havde et "forretningssted", der var "fast" i Danmark.

SKM2012.425.SR

En bank under tilsyn af Finanstilsynet udbød til institutionelle og professionelle kunder en investeringsmulighed i et K/S. K/S'ets formål var at yde lån mod sikkerhed og med garanti fra statslig garantistiller. Der var ikke anden aktivitet i K/S'et. K/S'et havde ikke ansatte eller rådighed over egne lokaler. Generalforsamlinger blev afholdt i Danmark. Komplementarselskabet udgjorde K/S'ets ledelse. Beslutningskompetence vedrørende ydelse af lån og andre væsentlige beslutninger blev uddelegeret til et investment board bestående af 3-8 personer, der blev udpeget af investorerne og komplementarselskabet i fællesskab. Investment boardet var alene underlagt K/S'ets vedtægter og strategi. Øvrige ledelsesmæssige funktioner, f.eks. regnskabsaflæggelse og indkaldelse til generalforsamling, blev varetaget af komplementarselskabet

I henhold til hovedreglen i modeloverenskomstens artikel 5, stk. 1 fandt Skatterådet ikke, at K/S havde fast driftssted i Danmark, idet K/S'et ikke havde et "forretningssted", der var "fast" i Danmark. Yderligere var medlemmerne af investment boardet ikke sammenfaldende med ejerkredsen i det pågældende K/S.

I henhold til agentreglen fandt Skatterådet, at investment boardet og rådgiver måtte betragtes som uafhængige parter efter OECD's modeloverenskomst artikel 5, stk. 6, idet disse enheder selv havde risikoen for det udførte arbejde, herunder det sædvanlige rådgiveransvar.

SKM2012.190.SR

Et managementselskab, der forvaltede flere fonde, skulle fungere som manager for et K/S, der skulle udbydes til udenlandske investorer. K/S'ets formål var at investere i danske virksomheder med en investeringshorisont på tre til seks år.

K/S'et havde ikke retlig eller faktisk rådighed over forretningslokaler i Danmark og var registreret med en c/o adresse hos et advokatfirma i Danmark. K/S havde ikke ansatte eller nogen bestyrelse i Danmark, men havde et investor board, som førte tilsyn med managementselskabet. Investor boardet havde intet fast sted at mødes. Generalforsamlinger afholdes én gang årligt i Danmark, hvor lokaliteten afhang af, hvad der var mest hensigtsmæssigt. Generalforsamlingen var ikke involveret i investerings- og salgsbeslutningerne. Beslutninger om køb og salg af selskaber blev truffet formelt af komplementaren efter indstilling fra en afdeling i managementselskabet, der havde indgået en aftale med K/S'et om at varetage den daglige forvaltning/drift af K/S'et. Komplementaren kunne ikke godkende en beslutning om køb eller salg af investeringer mv., uden at der forelå en indstilling fra afdelingen i managementselskabet.

I henhold til hovedreglen fandt Skatterådet ikke, at K/S'et havde fast driftssted i Danmark, idet K/S

ikke havde et "forretningssted", der var "fast" i Danmark. Yderligere fandt Skatterådet ikke, at der var personsammenfald mellem managementselskabet og ejerkredsen i det pågældende K/S.

I henhold til agentreglen fandt Skatterådet på baggrund af en konkret vurdering, at B A/S samt de øvrige forvaltnings- og beslutningsorganer måtte betragtes som uafhængige agenter i henhold til OECD's modeloverenskomst artikel 5, stk. 6, hvorfor Investorerne i A ikke fik fast driftssted i Danmark.

SKM2010.318.SR

Det i sagen omhandlede K/S var en Fund-of-funds, der henvendte sig til danske og udenlandske investorer. Det kunne ikke på forhånd fastlægges, hvilke investeringstyper K/S'et ville foretage. K/S'et havde ikke egne ansatte i Danmark og havde ikke retlig eller faktisk rådighed over forretningslokaler i Danmark. Generalforsamlingen var den øverste myndighed i K/S'et og havde sædvanlige generalforsamlingsbeføjelser.

Alle købs- og salgsbeslutninger blev truffet af et investment board på baggrund af anbefalinger fra et managementselskab, der havde indgået rådgivningsaftale med K/S'et herom. Investment boardet holdt fysiske møder på managementselskabets kontoradresse i Danmark, men lokaliteten ville afhænge af, hvad der var mest hensigtsmæssigt.

Komplementarselskabet var ejet af managementselskabet, der også var udbyder af K/S'et. Komplementarselskabet blev ledet af en bestyrelse, der blev sammensat af personer i managementselskabet. Komplementarselskabet varetog nogle få bestemte funktioner for K/S'et, f.eks. lovpligtige registreringer og valg af revisor. Managementselskabet kunne alene indgå bindende aftaler på vegne af K/S'et om interne anliggender, f.eks. advokat, revisor, etc.

Skatterådet bekræftede, at udenlandske investorer i K/S'et ikke fik fast driftssted i Danmark efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, idet K/S ikke havde et "forretningssted", der var "fast" i Danmark.

SKM2010.257.SR

Et K/S blev stiftet med det formål at være en investeringsenhed med danske og udenlandske investorer. K/S'et havde ikke retlig eller faktisk rådighed over forretningslokaler i Danmark, og havde c/o adresse hos et advokatfirma. K/S'et havde ingen ansatte i Danmark og ingen bestyrelse i Danmark. Generalforsamlinger afholdtes i Danmark, men lokaliteten ville afhænge af, hvad der var mest hensigtsmæssigt. Beslutninger om køb og salg blev truffet af et investor board efter indstilling fra et advisory board, der modtog indstillinger til investering fra manager. Investor boardet bestod af to personer, der blev udpeget af investorerne, men var ellers uafhængige af disse. Manageren kunne indgå bindende aftaler på vegne af K/S'et i det omfang, der er tale om interne anliggender, f.eks. med advokat, revisor samt oprette og lukke konti, selvangive mv. Manageren kunne afsættes af investorerne efter nærmere retningslinjer.

I henhold til hovedreglen fandt Skatterådet, at de udenlandske investorer i K/S'et ikke ville få fast driftssted i Danmark efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, idet K/S'et ikke havde et "forretningssted", der var "fast" i Danmark. For så vidt angår generalforsamlingen i K/S'et, som skulle afholdes i Danmark, var betingelsen om "fast" forretningssted ikke opfyldt, idet møderne ikke ville foregå et fast sted, men afhænge af, hvad der var mest hensigtsmæssigt.

I henhold til agentreglen fandt Skatterådet på baggrund af en konkret vurdering, at K/S'et samt de øvrige forvaltnings- og beslutningsorganer måtte betragtes som uafhængige agenter i henhold til OECD's modeloverenskomst artikel 5, stk. 6, hvorfor investorerne i K/S'et ikke fik fast driftssted i Danmark.

SKM2001.493.LR

Der blev stiftet et K/S med det formål at investere i danske biotekvirksomheder. K/S havde ikke egne ansatte og havde ikke retlig eller faktisk rådighed over forretningslokaler i Danmark. Bestyrelsesmøder og generalforsamling afholdtes i Danmark, men lokaliteten afhang af, hvad der konkret var mest hensigtsmæssigt. K/S'ets administrative rutinefunktioner, f.eks. bogføring, regnskab og rapportering, blev outsourcet til et managementselskab, der også var investeringsrådgiver for K/S'et. Managementselskabet havde ikke kompetence til at indgå bindende aftaler for K/S, bortset fra rutinefunktioner, f.eks. revisor og advokat.

Ligningsrådet fandt ikke, at de udenlandske investorer havde fast driftssted i Danmark, idet K/S'et alene havde til formål at erhverve anlægsaktier, og den udøvede aktivitet dermed ikke opfyldte betingelsen om, at der skal udøves erhverv fra et fast driftssted i Danmark.

TfS1996.532H

Sagen drejede sig om en fysisk person bosat i Schweiz, som var kommanditist i et dansk K/S. K/S'et blev administreret af danske advokater, hvoraf den ene var medejer i K/S'et.

Højesteret fastslog, at den fysiske person ikke havde fast driftssted i Danmark vedrørende K/S'et, idet personen deltog aktivt i forhold til ejendommens drift fra sin bopæl i Schweiz. Advokaterne var ikke afhængige agenter, idet de udøvede virksomhed, der er sædvanlig for ejendomsadministratorer, og i den forbindelse handlede inden for rammerne af deres sædvanlige forretningsvirksomhed.

Vurdering af om der foreligger et "forretningssted", og om dette er "fast"

Skatterådet anfører i SKM2013.899.SR, at såfremt generalforsamlingen i K/S'et *fast* afholdes på managementselskabets adresse, medfører dette i sig selv fast driftssted.

Såfremt dette ikke er tilfældet, skal der foretages en konkret vurdering af K/S'et. I den forbindelse anfører Skatterådet, at det er nødvendigt at inddrage de forskellige enheder, som indgår i strukturen, da strukturen er opbygget, således at beslutningskompetence, forhandlings- og monitoreringsopgaver samt administrative opgaver formelt er tillagt andre enheder i strukturen end K/S'et.

Ved bedømmelsen af K/S'et og de andre enheder i strukturen angiver Skatterådet følgende momenter, der konkret kan medføre, at et K/S har fast driftssted i Danmark.

Hvis K/S'et ikke har personale mv. i Danmark, og der således ikke allerede af denne grund kan statueres fast forretningssted, er det af afgørende betydning, om K/S'et reelt bliver ledet af ejerkredsen. Såfremt dette er tilfældet, og ejerkredsen har lokaler i Danmark, vil K/S'et blive anset for at have fast forretningssted i Danmark.

Ledelsen kan ske gennem et managementselskab og omfatter bl.a. opgaver af administration og forvaltningsmæssig karakter samt vedtagelse og gennemførelse af investeringer.

Ved vurdering af om K/S'et reelt ledes af ejerkredsen, anfører Skatterådet, at det tillægges afgørende betydning, om der er direkte eller indirekte sammenfald i ejerkredsen i managementselskabet og komplementaren. Endvidere tillægges det betydning, om der er personsammenfald i managementselskabet og komplementaren i forhold til de personer, som tillægges beslutningskompetencen for K/S'et.

Skatterådet fremfører i SKM2013.899.SR, at det pågældende K/S er udarbejdet, oprettet, forvaltet og styret af personer gennem managementselskabet og komplementaren, hvor der er væsentlige personsammenfald. Dermed er det Skatterådets opfattelse, at de samme personer er aktive i alle led af beslutningsprocesserne i strukturen. Dvs. de personer, der gennem komplementaren godkender og eksekverer alle investeringer i K/S'et, også gennem managementselskabet varetager investeringsprocessen og kapitalforvaltningen. Efter Skatterådets opfattelse ledes K/S'et reelt af komplementaren gennem managementselskabet. Henset hertil, og idet managementselskabet har lokaler og ansatte i Danmark, finder Skatterådet, at K/S'et har fast forretningssted beliggende i managementselskabets lokaler.

I SKM2014.632.SR fandt Skatterådet, at der er en afgørende forskel mellem det pågældende K/S og det i 2013-afgørelsen omhandlede K/S, idet beslutningskompetencen i det i 2014-afgørelsen omhandlede K/S var adskilt fra managementselskabet, og idet der ikke var personsammenfald mellem managementselskabet og K/S'et.

Vurdering af om der udøves erhvervsvirksomhed gennem forretningsstedet

Begrebet erhvervsvirksomhed skal forstås bredt og omfatter enhver form for erhvervsudøvelse.

Særligt på baggrund af den ovenfor omtalte afgørelse i SKM2001.493.LR har det tidligere været anført, at investering i anlægsaktier ikke udgør en "erhvervmæssig virksomhed". I 2013-afgørelsen vælger Skatterådet imidlertid at fortolke SKM2001.493.LR således, at denne alene tager stilling til, om der foreligger et fast forretningssted, men ikke om der udøves erhvervsvirksomhed fra dette. Skatterådets fortolkning er ligeledes i tråd med SKATs opfattelse af, at passive investorer kan blive begrænset skattepligtige pga. fast driftssted⁸.

I samme forbindelse bemærker Skatterådet i 2013-afgørelsen, at en evt. individuel næringsstatus hos en eller flere investorer kan have betydning ved en vurdering af erhvervmæssig virksomhed i relation

⁷ Den juridiske vejledning C.F.8.2.2.3.1.4.

⁸ Den juridiske vejledning C.D.1.2.2.

til fast driftsstedsvurderingen, såfremt K/S'et som sådant ikke kan anses for at drive erhvervmæssig virksomhed.

Henset til Skatterådets fortolkning og SKATs opfattelse kan det således ikke udelukkes, at investering i anlægsaktier kan medføre fast driftssted, såfremt de øvrige betingelser for at statuere dette i øvrigt er opfyldt.

Oversigt over de væsentligste momenter i vurderingen af hvorvidt der foreligger fast driftssted

Figur: Oversigt over de væsentligste momenter i vurderingen af, hvorvidt der foreligger fast driftssted

Taler <u>for</u> fast driftssted	Taler <u>imod</u> fast driftssted
K/S'et og/eller komplementaren har egen adresse, hvor den erhvervmæssige virksomhed drives.	Både K/S'et og komplementaren har c/o adresse hos en advokat eller lignende.
Generalforsamlingen for K/S'et afholdes på managementselskabets adresse.	Generalforsamlingen for K/S'et afholdes på forskellige adresser.
Bestyrelsesmøder i komplementaren afholdes på managementselskabets adresse.	Bestyrelsesmøder i komplementaren afholdes på forskellige adresser.
K/S'et har ansatte, direktion eller bestyrelse i Danmark, som udøver opgaver for K/S.	K/S'et har ingen ansatte, direktion og bestyrelse i Danmark.
Managementselskabet har beslutningskompetencen vedrørende K/S'ets investeringer.	Beslutningskompetencen holdes adskilt fra managementselskabet.
Direkte eller indirekte personsammenfald mellem ejerkredsen i managementselskabet og komplementaren.	Intet direkte eller indirekte personsammenfald mellem ejerkredsen i managementselskabet og komplementaren.
Direkte eller indirekte personsammenfald mellem de personer i managementselskabet og komplementaren, som tillægges beslutningskompetence for K/S'et.	Ingen direkte eller indirekte personsammenfald mellem de personer i managementselskabet og komplementaren, som tillægges beslutningskompetence for K/S'et.

Det må ligeledes vurderes, om managementselskabet kan anses for at være en "uafhængig agent", herunder om managementselskabet udfører tilsvarende opgaver for andre enheder, er uafhængigt i forhold til K/S'et, er omfattet af rådgiveransvar eller selv bærer driftsherrerisikoen og i øvrigt handler

inden for sin sædvanlige erhvervsvirksomheds rammer. Hvis managementselskabet ikke anses for at være en uafhængig agent, kan dette i sig selv føre til, at der statueres fast driftssted.

Vores vurdering af K/S-strukturen

I forbindelse med etableringen af et K/S er det af væsentlig betydning, at danske kapitalfonde er opmærksomme på strukturen i det pågældende K/S, særligt om SKAT vil anse K/S'et for at have fast driftssted i Danmark. Kapitalfondene bør særligt tage hensyn til ovenstående vurderingsmomenter i forbindelse med den endelige konstruktion af K/S'et. Yderligere kan der som følge af den nyeste praksis på området være behov for at tilpasse eksisterende K/S'er med henblik på at undgå fast driftssted i Danmark.

Konklusion

Det er med afgørelserne fastslået, at K/S-strukturen fortsat med fordel kan anvendes af udenlandske investorer, men at der samtidig stilles betydelig krav til de overvejelser, både kapitalfondene, investorer og rådgivere må gøre sig i forbindelse med etableringen heraf.

Etablering af K/S'et skal ske, således at det struktureres på en forretnings- og hensigtsmæssig måde, samt at der ikke etableres fast driftssted i Danmark.

Kapitalfondene kan bruge muligheden for at indhente et bindende svar fra SKAT for sikre, at der ikke etableres fast driftssted i Danmark ved en påtænkt K/S-struktur.

Ovenstående er ikke juridisk rådgivning, og Moalem Weitemeyer Bendtsen indestår ikke for, at indholdet af ovenstående er korrekt. Moalem Weitemeyer Bendtsen har med ovenstående ikke påtaget sig ansvar af nogen art som konsekvens af en læsers benyttelse af ovenstående som grundlag for beslutninger eller overvejelser.

Kontakt



Christian Bredtoft Guldmann, Partner

Tel. +45 33 77 90 69

Mob. +45 30 37 96 69

E-mail cbg@mwblaw.dk



Henning Hedegaard Thomsen , Advokat

Tel. +45 33 77 90 18

Mob. +45 30 37 96 18

E-mail hht@mwblaw.dk



Rasmus Albrechtsen , Advokatfuldmægtig

Tel. +45 33 77 90 48

Mob. +45 30 37 96 48

E-mail ral@mwblaw.dk