

Finansrådet
Att.: Neel Frederikke Gronemann
Finanssektorens Hus
Amaliegade 7
DK-1256 København K

ADVOKATFIRMA
SUNDKROGSGADE 5
DK-2100 KØBENHAVN Ø
TEL. +45 70 12 12 11
FAX. +45 70 12 13 11
DIR. +45 38 77 43 47
HSL@KROMANNREUMERT.COM

ANSVARLIG PARTNER:
ARNE MØLLIN OTTOSEN

16. april 2012
J.nr. 1017252 HSL/HSL
DOK.NR. 16427918-17

LOVFORSLAG NR. L 95 - ENKLERE BESKATNING AF UDLODNINGER FRA INVESTERINGSFORENINGER MV.

Finansrådet har under høringen vedrørende ovennævnte påpeget, at såfremt administrationen af udenlandske investeringsinstitutter med hjemsted i forskellige EU-lande samles i et dansk administrationselskab (investeringsforvaltningsselskab), vil dette evt. kunne resultere i at disse udenlandske investeringsinstitutter på grund af reglerne om "ledelsens sæde" inddrages under dansk beskatning, jf. selskabsskattelovens § 1, stk. 6 (Finansrådets høringssvar af 4. januar 2012, s. 7f).

Finansrådet har i forlængelse af det indleverede høringssvar bedt om vores supplerende vurdering af spørgsmålet, jf. hertil det følgende.

1. BAGGRUND

Fra 1. juli 2011 har UCITS IV-direktivet (Rådets direktiv 2009/65/EF af 13. juli 2009) givet nye muligheder for at administrere og markedsføre europæiske investeringsinstitutter på tværs af landegrænser i EU. Lovforslag nr. L 95 skal ses i sammenhæng hermed.

Det betyder bl.a., at mange danske udbydere af investeringsprodukter fremadrettet kan vælge at administrere også deres internationale investeringsprodukter og -aktiviteter fra Danmark. Dette vil til gavn for Danmark og dansk økonomi skabe og fastholde arbejdspladser i Danmark, ligesom det vil give stordriftsfordele og øvrige synergier og øge konkurrenceevnen for danske udbydere.

I en række europæiske lande - herunder Danmark - anses et selskab for skatteretligt hjemmehørende i det land, hvor ledelsen har sit sæde. I Danmark følger dette af selskabsskatteloven § 1, stk. 6, hvorefter

"... selskaber og foreninger m.v. [...] anses for hjemmehørende her i landet, hvis ledelsen har sæde her i landet. Dette gælder, uanset hvor selskabet eller foreningen mv. eventuelt er indregistreret. [...]"

Afhængig af kvalifikationen af den udenlandske enhed, kan der tillige eller alternativt blive tale om, at den udenlandske enhed eller dennes deltagere anses for at have fast driftssted i Danmark, jf. selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra a) og kildeskatteloven § 2, stk. 1, nr. 4).

Disse skatteregler i sammenhæng med de øgede muligheder for administration på tværs af landegrænserne kan som påpeget i Finansrådets høringsvar give anledning til usikkerhed om skattepligten for udenlandske investeringsinstitutter, som ønsker at gøre brug af muligheden for at lade sig administrere i Danmark.

Finansrådet har i et høringsindlæg af 4. januar 2012, gjort opmærksom på, at det vil være stærkt hæmmende for mulighederne for at danske og udenlandske udbydere af investeringsprodukter reelt gør brug af UCITS-direktivets muligheder for at administrere også deres internationale investeringsprodukter og -aktiviteter fra Danmark, såfremt der ikke foreligger sikkerhed for den skatteretlige behandling af en sådan administration.

2. LOVFORSLAGETS BEMÆRKNINGER MV.

Med henblik på at undgå at danske og udenlandske udbydere af investeringsprodukter ikke ønsker at gøre brug af muligheden for at foretage administration fra Danmark bør der derfor, som ligeledes foreslået af Finansrådet i nævnte høringsindlæg optimalt i loven indarbejdes en specifik bestemmelse, hvorefter udenlandske investeringsinstitutter, der er registeret som hjemmehørende i et andet EU-land og er omfattet af UCITS-direktivet, positivt undtages fra inddragelse under dansk beskatning efter selskabsskattelovens § 1, stk. 6, og ikke anses for at have fast driftssted i Danmark, alene fordi de administreres af et dansk hjemmehørende administrationsselskab inden for rammerne givet i UCITS IV-direktivet, jf. beskrivelsen nedenfor.

Denne tilgang er valgt i en række andre EU-lande, men det kan konstateres, at der ikke i det offentliggjorte lovforslag er indføjet nogen specifik regulering som anført. I stedet har Skatteministeriet valgt at kommentere den skatteretlige problemstilling i bemærkningerne.

Den konkrete udformning af bemærkningerne kan imidlertid give anledning til nogen usikkerhed, idet det i bemærkningerne angives, at der "normalt" ikke vil ske inddragelse under dansk beskatning efter kriterierne om ledelsen sæde eller fast driftssted, men at dette i øvrigt vil bero på en vurdering efter kriterierne fastlagt af OECD.

Vi har nedenfor redegjort for vores opfattelse af retstilstanden.

3. SKATTEPLIGT TIL DANMARK

Ifølge UCITS direktivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/65/EF) kan et UCITS- investeringsinstitut således etableres på en eller flere af følgende måder:

- i. ifølge aftale (investeringsfonde administreret af administrationsselskaber),
- ii. som trusts (unit trusts), eller
- iii. i henhold til vedtægter (investeringselskab).

Udenlandske investeringsinstitutter omfattet af UCITS-direktivet vil ofte have en struktur, så de efter dansk skatteret kvalificeres som selvstændige skattesubjekter.

For så vidt angår denne gruppe af udenlandske investeringsinstitutter er det derfor relevant at overveje, om administration af sådanne investeringsinstitutter i Danmark kan medføre, at de anses for at

- have ledelsens sæde i Danmark (nedenfor under punkt 3.1), eller
- have fast driftssted i Danmark (nedenfor under punkt 3.2).

For så vidt angår udenlandske investeringsinstitutter som eventuelt måtte blive anset for ikke at være selvstændige skattesubjekter efter dansk ret, vil det dog alene være relevant at overveje, om administration af sådanne investeringsinstitutter i Danmark kan medføre, at der opstår fast driftssted i Danmark (nedenfor under punkt 3.2)

3.1 Ledelsens sæde

I henhold til selskabsskattelovens § 1, stk. 6, anses selskaber og foreninger mv., der ikke er registreret i Danmark, for fuldt skattepligtige til Danmark, såfremt selskabet mv. har ledelsens sæde her i landet. Dette gælder, uanset hvor selskabet eller foreningen mv. eventuelt er indregistreret.

I SKATs juridiske vejledning 2012-1 afsnit C.D.1.1.1.3. og cirkulære om international beskatning nr. 82 af 29/5 1997 anføres det, at afgørelsen af, om et selskabs ledelse har sæde her i landet, beror på en konkret vurdering af de faktiske forhold i forbindelse med beslutningstagningen i selskabet. Ved denne vurdering lægges ifølge praksis først og fremmest vægt på den daglige ledelse af selskabet. Selskabet vil derfor ofte blive

anset for hjemmehørende i Danmark, når direktionen har sæde eller når selskabets hovedsæde er beliggende her i landet.

Der findes ikke i loven, forarbejderne til loven eller i ovennævnte cirkulære en konkretisering af, hvilke beslutninger der anses for at være forbundet med den daglige ledelse, men ifølge praksis og selskabslovens regulering af direktionens opgaver kan den daglige ledelse f.eks. bestå i (i) fastlæggelse af forretningsgangsbeskrivelser mv., herunder for selskabets bogføring (ii) indgåelse af diverse sædvanlige aftaler, herunder med leverandører, kunder mv. (iii) kommunikation med offentlige myndigheder og andre udestående, (iv) ansættelse og afskedigelse af personale, (v) markedsføringsarbejde osv. osv.

Såfremt udenlandske investeringsinstitutter anses for fuldt skattepligtige til Danmark, vil de typisk omfattes af reglerne om investeringselskaber i aktieavancebeskatningslovens § 19, medmindre betingelserne for at blive beskattet som en udloddende investeringsforening er opfyldt. I begge tilfælde vil der som udgangspunkt skulle indeholdes kildeskat i Danmark med 27% af eventuelle udlodninger/minimumsudlodninger.

3.2 Fast driftssted

Den evt. begrænsede skattepligt for danske faste driftssteder af udenlandske investeringsinstitutter følger af selskabsskatteloven § 2, stk. 1, litra a). I henhold til praksis afgøres det efter principperne i OECD Modeloverenskomsten artikel 5, om der foreligger et fast driftssted i Danmark.

Da det udenlandske investeringsinstitut ikke vil have rådighed over lokaler i Danmark og dermed ikke have noget forretningssted eller have ansatte og dermed ikke udøve virksomhed, vil der normalt ikke efter disse principper være fast driftssted, jf. bl.a. SKM2010.257.SR., SKM2010.318.SR og senest SKM2012.190.SR.

Dette betyder tillige, at der ikke vil være fast driftssted efter bestemmelsen i artikel 5, stk. 1, litra a, om "et sted, hvorfra foretagendet ledes", da der ikke foreligger noget fast forretningssted.

Der kan imidlertid foreligge fast driftssted efter "agentreglen" i artikel 5, stk. 5, såfremt det udenlandske investeringsinstitut har en agent i Danmark, og agenten har og udøver en fuldmagt til at indgå aftaler i det udenlandske investeringsinstituts navn.

Dette gælder dog ikke, såfremt der er tale om en "uafhængig agent", der handler inden for rammerne af sin sædvanlige forretningsvirksomhed. I kommentarerne til artikel 5 i OECD Modeloverenskomsten, punkt 38.3 (juli 2010) anføres bl.a. følgende om uafhængige agenter:

"En uafhængig agent vil typisk være ansvarlig over for sin fuldmagtsgiver for resultaterne af sit arbejde, men ikke være underlagt nogen særlig kontrol med hensyn til den måde, på hvilken arbejdet udføres. Han vil ikke være undergivet detaljerede instrukser fra fuldmagtsgiveren med hensyn til udførelsen af arbejdet. Det faktum, at fuldmagtsgiveren stoler på agentens særlige dygtighed og viden, indikerer dennes uafhængighed".

Såfremt det udenlandske investeringsinstitut ikke kan kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt, jf. ovenfor, og der findes at foreligge et dansk fast driftssted, kan den enkelte deltager i den udenlandske enhed anses for at have fast driftssted i Danmark, jf. kildeskatteloven § 2, stk. 1, nr. 4).

4. ADMINISTRATION I DANMARK

4.1 Administrationsydelser

Såfremt administrationen af investeringsinstitutter med hjemsted i andre EU-lande end Danmark foretages af et dansk administrationselskab, vil denne administration typisk bestå i, at det udenlandske investeringsinstitut til det danske administrationselskab uddelegerer en række opgaver, som nærmere specificeres i en administrationsaftale eller tilsvarende. Alternativt kan administrationen være beskrevet i det udenlandske investeringsinstituts vedtægter mv.

Inden for administrationsaftalens rammer vil det danske administrationselskab normalt være bemyndiget til på diskretionær basis at forvalte og investere det udenlandske investeringsinstituts portefølje. Det udenlandske investeringsinstituts bestyrelse/direktion vil oftest kunne give generelle instruktioner til det danske administrationselskab vedrørende administrationen og investeringerne og vil kunne opsigse eller ophæve administrationsaftalen, men vil ikke have nogen instruktionsbeføjelse som sådan over for administrationselskabet.

UCITS IV-direktivet definerer i artikel 2, stk. 1, litra b) et "administrationselskab" som "et selskab, hvis almindelige virksomhed er administration af investeringsinstitutter i form af investeringsfonde eller investeringselskaber (kollektiv porteføljeforvaltning for investeringsinstitutter)."

Det følger af direktivets artikel 6, stk. 2, at administrationselskabets virksomhed alene må bestå i administration af investeringsinstitutter godkendt i henhold til UCITS IV-direktivet samt af visse andre kollektive investeringsforetagender samt investeringsporteføljer.

Direktivet oplister i bilag II, jf. artikel 6, stk. 2, de opgaver, som administration af investeringsinstitutter omfatter:

- Investeringsforvaltning

- Administration:
 - a) Juridisk bistand og regnskabstjenester i forbindelse med fondsforvaltning
 - b) Kunde forespørgsler
 - c) Værdi- og prisfastsættelse (herunder selvangivelser)
 - d) Kontrol med overholdelse af lovgivning
 - e) Ajourføring af deltagerregister
 - f) Udlodning af overskud
 - g) Emission og indløsning af andele
 - h) Kontraktetablering (herunder udstedelse af beviser)
 - i) Registrering
- Markedsføring.

4.2 Vurdering af potentiel skattepligt til Danmark

4.2.1 Ledelsens sæde

Det er vores vurdering, at der næppe efter reglen om ledelsens sæde vil indtræde fuld skattepligt til Danmark som følge af, at der sker administration fra Danmark af udenlandske investeringsinstitutter inden for de rammer, der er beskrevet ovenfor i punkt 4.1.

Dette skyldes, at de udenlandske investeringsinstitutter ikke vil have deres hovedsæde beliggende i Danmark, ligesom de vil have en ledelse mv., som er registreret og udøves i hjemlandet, jf. dog nedenfor om investeringsinstitutter, som ikke har egne ledelsesorganer. Den tilknytning som de udenlandske investeringsinstitutter vil have til Danmark i form af de indgåede administrationsaftaler, vil ikke strukturelt og funktionelt have sammenhæng med den daglige ledelse, og administrationsydelserne som beskrevet ovenfor vil normalt ikke udgøre ledelsesydelser i den forstand, som selskabsskatte-loven § 1, stk. 6, forudsætter.

Administrationsaftalen vil derfor efter vores opfattelse næppe føre til, at det udenlandske investeringsinstitut kan anses for at have ledelsens sæde i Danmark. Der kan illustrerende henvises til bl.a. TfS 2000,209 LSR og et ikke offentliggjort bindende svar (SKATs j.nr. 08-029410).

Afhængig af de konkrete ydelser leveret af administrationsselskabet, henholdsvis den konkrete ledelsesstruktur i det udenlandske investeringsinstitut, kan det dog ikke ganske udelukkes, at der vil kunne foreligge ledelsens sæde i Danmark.

Med hensyn til ledelsesstrukturen i det udenlandske investeringsinstitut, så eksisterer der en række udenlandske enheder, som ikke har egne ledelsesorganer i form af direktion, bestyrelse og generalforsamling, f.eks. en svensk värdepapper fund, en norsk aktiefond eller obligationsfond samt finske investeringsinstitutter. Såvel norske, svenske

som finske investeringsinstitutter skal ifølge national lovgivning stiftes i henhold til aftale på nærmere bestemte vilkår inden for rammerne af UCITS IV-direktivet.

Selvom sådanne norske, svenske og finske investeringsinstitutter ikke har egne ledelsesorganer behandles de alligevel som selvstændige skattesubjekter efter selskabsskatteoven i den nationale lovgivning. Svenske og finske investeringsinstitutter er efter lokale regler direkte fritaget for skat af deres indkomst og formue, mens norske investeringsinstitutter er skattepligtige af deres indkomst og formue efter særlige norske regler.

Det kan overvejes, om fraværet af egne ledelsesorganer i hjemlandet medfører usikkerhed om, hvorvidt der vil indtræde fuld skattepligt til Danmark efter reglen om ledelsens sæde, såfremt der foretages administration fra Danmark indenfor de rammer, der er beskrevet ovenfor i punkt 4.1. Såfremt den pågældende enhed ikke anses for et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret, følger det af bemærkningerne nedenfor under punkt 4.2.2, at det pågældende investeringsinstitut efter vores opfattelse ikke skal anses for at have et fast driftssted i Danmark.

Det er vores vurdering, at fraværet af egne ledelsesorganer i hjemlandet ikke har betydning for den danske vurdering af, om der indtræder fuld skattepligt til Danmark, idet den tilknytning, som de udenlandske investeringsinstitutter vil have til Danmark i form af administrationen fra Danmark inden for de rammer, der er beskrevet ovenfor i punkt 4.1, som nævnt ikke strukturelt og funktionelt vil have sammenhæng med den daglige ledelse, og administrationsydelse som beskrevet ovenfor vil ikke udgøre ledelsesydelser i den forstand, som selskabsskatteoven § 1, stk. 6, forudsætter.

Administrationsydelse skifter således ikke karakter afhængig af den nærmere struktur af det udenlandske investeringsinstitut og bliver således hverken mere eller mindre til "ledelsesydelser" som følge af ledelsesstrukturen i hjemlandet.

Det skal bemærkes, at de pågældende enheder vil være registreret og under tilsyn af den lokale tilsynsmyndighed og undergivet den civile retlige regulering i den nationale lovgivning. Dette gælder således uanset, at de måtte blive administreret af et dansk investeringsforvaltningsselskab.

Det skal ligeledes bemærkes, at der ikke opstår et "retstomt rum" for disse enheder som følge af, at administrationen fra Danmark ikke medfører, at det udenlandske investeringsinstitut inddrages under dansk beskatning. F.eks. Sverige og Finland har således i forbindelse med implementeringen af UCITS IV-direktivet gennemført ændringer i deres nationale skattelovgivning, som tager højde for, at investeringsinstitutter med hjemsted i disse lande fremover kan administreres af udenlandske administrationselskaber. I de to landes skattelovgivning er det således fastsat, at udenlandske administrationselskaber - på helt samme måde, som hvis investeringsinstitutterne var admi-

nistreret af lokale administrationsselskaber - er forpligtede til at foretage skatteindberetning og afregne skatter mv. til de lokale skattemyndigheder. De pågældende investeringsinstitutter vil således fortsat på alle punkter blive anset for skattemæssigt hjemmehørende i de pågældende lande, selvom de har et dansk administrationsselskab.

Endelig skal det nævnes, at det vil være med til at sikre Danmarks overholdelse af EU-retten, såfremt UCITS IV-direktivet implementeres i dansk ret på en sådan måde, at der er sikkerhed for, at skattereglerne ikke lægger hindringer i vejen for, at et dansk administrationsselskab kan administrere udenlandske investeringsinstitutter uden at disse af den årsag bliver inddraget under dansk beskatning. Dette gælder selvsagt uanset om investeringsinstituttet har egne ledelsesorganer i hjemlandet, eller om dette ikke er tilfældet.

4.2.2 Fast driftssted

Allerede fordi det udenlandske investeringsinstitut ikke vil have noget fast forretningssted i Danmark, vil der ikke efter hovedreglen være fast driftssted i Danmark.

Der kunne derimod foreligge et fast driftssted i Danmark i henhold til agentreglen, men som anført under punkt 3.2 foreligger der ikke et fast driftssted, såfremt der er tale om en uafhængig repræsentant, som handler inden for rammerne af sin sædvanlige forretningsvirksomhed.

Administrationsselskabets virksomhed vil være professionel portefølje- og formueforvaltning samt relaterede administrative ydelser som disse opregnes i bilag II til UCITS IV-direktivet, jf. ovenfor. Denne virksomhed vil udøves for en flerhed af hvervgivere, og administrationsselskabet vil ikke være underlagt nogen instruktionsbeføjelse som sådan fra den enkelte hvervgiver (men vil naturligvis skulle agere inden for de rammer, der er fastlagt i den til enhver tid gældende administrationsaftale).

Det er vores opfattelse, at det danske administrationsselskab normalt vil skulle anses for at handle inden for rammerne af sin sædvanlige forretningsvirksomhed, og at administrationsforhold inden for de rammer, som følger af UCITS IV-direktivet, ikke medfører fast driftssted for det udenlandske investeringsinstitut, jf. hertil bl.a.

SKM2010.257.SR, SKM2010.318.SR og senest SKM2012.190.SR samt det i punkt 4.2.1 nævnte bindende svar.

---ooOoo---

Vi er naturligvis gerne til rådighed for nærmere drøftelse.

Med venlig hilsen
Kromann Reumert

Arne Møllin Ottosen