

## 313

**Udbyttestrømme i koncernstrukturer med hybride selskaber**

*Af lektor, ph.d. CBS og partner, Jakob Bundgaard, Deloitte og senior konsulent Morten Reinholdt Nielsen, Deloitte*

**Med udgangspunkt i et nyligt afgivet bindende svar behandler artiklen visse spørgsmål i forhold til koncernstrukturer, hvor der indgår hybride selskaber.**

**Indledning**

Personsselskaber i grænseoverskridende strukturer medfører til tider forskellig kvalifikation af samme enhed i flere involverede jurisdiktioner. Et personsselskab kan eksempelvis anses for at være en skattepligtig enhed efter intern ret i ét land og samtidig anses for at være en skattemæssig transparent enhed efter intern ret i et andet land. Sædvanligvis benævnes sådanne: hybride enheder. Hybride enheder giver anledning til en række problemstillinger i den internationale skatteret, hvorfor emnet da også har tiltrukket sig ganske megen opmærksomhed internationalt.

Denne asymmetri kan derfor føre til situationer, hvor der umiddelbart vil være dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning.

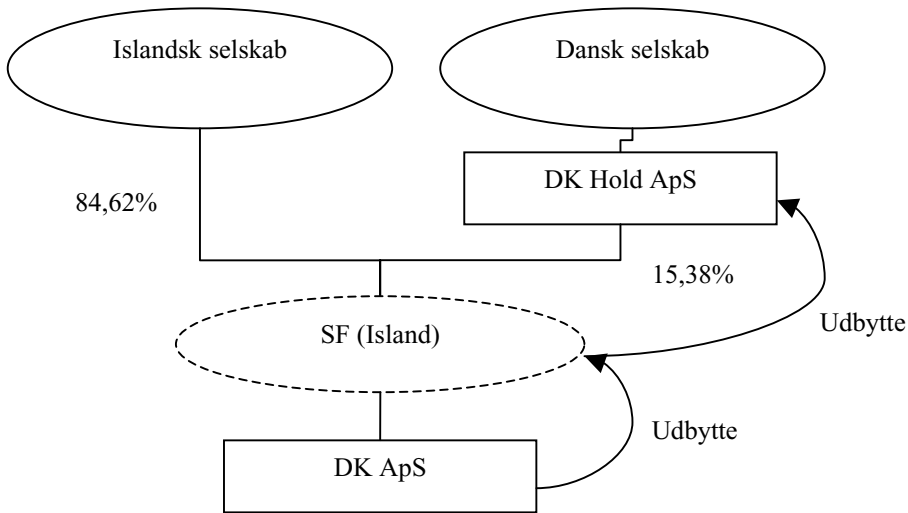
I Danmark har man fra lovgivers side indført SEL § 2 A og § 2 C med det formål at modvirke skattearbitrage gennem udnyttelse af asymmetrisk skattemæssig kvalifikation af selskaber. Disse regler sigter dog særligt mod de amerikanske check-the-box-regler.

Emnet er vanskeligt, idet løsningen af konkrete problemstillinger skal ske i krydsfeltet mellem intern ret og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.<sup>1</sup>

Denne artikel er baseret på et offentliggjort bindende svar af 20/5 2008 (SKM2008.491.SR (SU 2008, 280<sup>2</sup>)), hvor Skatterådet tog stilling til en række spørgsmål vedrørende udbyttestrømme til og fra hybride selskaber, som ikke i hidtidig praksis har været tilstrækkeligt belyst.

Baggrunden for sagen var, at et islandsk selskab ønskede at etablere sig i Danmark, hvor de danske konsulenter skulle indgå i ejerkredsen som partnere. Selskabsstrukturen skulle bestå af et dansk selskab (DK ApS), som ville være 100 pct. ejet af det islandske selskab, der er organiseret under en særlig islandsk selskabsform "Sameignarfélag" ("SF"). Denne selskabsform kan beskrives som en form for general partnership eller I/S. Fra en islandsk synsvinkel er et SF et selvstændigt skattesubjekt, der er undergivet en generel beskatning på 26 pct. af driftsindtægter samt 10 pct. af modtagne udbytter. I henhold til danske skatteregler vil et SF blive anset for at være en transparent enhed.

I sagen blev Skatterådet stillet en række spørgsmål, hvoraf de væsentligste vedrørte den skatteretlige behandling af udbytter betalt fra Danmark til den udenlandske hybride enhed samt den skatteretlige behandling af udbytter modtaget af danske selskabsaktionærer gennem den udenlandske hybride enhed. Yderligere blev også en problemstilling vedrørende den skatteretlige behandling af de øvrige driftsindtægter fra den udenlandske hybride enhed berørt. Nedenfor afdækkes disse spørgsmål enkeltvis.



### Udgående udbytter fra Danmark til en hybrid enhed ("Outbound")

Anmodningen om det bindende svar vedrørende den danske behandling af udbytter fra DK ApS til SF var begrundet i, at den eksisterende retspraksis ikke omhandlede den konkrete situation.

I henhold til SEL § 2, stk. 1, litra c, er udenlandske selskaber, der opbejærer udbytte fra et selskab beliggende i Danmark begrænset skattepligtige af denne indkomst, og udlodning af udbytte sker med indeholdelse af kildeskat på 28 pct. Skattepligten omfatter dog ikke udbytter, som opbevares af et selskab m.v., der ejer mindst 15 pct. [10 pct. fra 2009] af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken periode udlodningstidspunktet skal ligge. Det er en betingelse, at beskatningen af udbyttet skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor selskabet er hjemmehørende.

Skatteyderens argumentation i anmodningen om det bindende svar var baseret på en fortolkning af udbytteartiklen (art. 10, stk. 1 og stk. 3) i den Nordiske DBO. I henhold til denne artikel er Danmark ikke berettiget til at indeholde kilde-

skat på udbytteudlodninger til en "person" hjemmehørende i den anden kontraherende stat, hvis denne person er et "selskab", der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det selskab, som udbetaler udbyttet.

Det afgørende er derfor, om et SF kan kvalificeres som en "person" hjemmehørende i den anden kontraherende stat, og om et SF kan kvalificeres som et "selskab" i henhold til den Nordiske DBO.

De relevante dele af art. 10 er sålydende:

*"Stk. 1. Udbytte, som udbetales af et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, til en person, der er hjemmehørende i en anden kontraherende stat, kan beskattes i denne anden stat.*

*Stk. 3. Udbytte fra et selskab, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, til en person, der er hjemmehørende i en anden kontraherende stat, kan tillige beskattes i den kontraherende stat, hvori det selskab, der betaler udbyttet, er hjemmehørende i henhold til lovgivningen i denne stat, men hvis udbyttets retmæssige ejer er en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, må den skat, som pålignes, ikke overstige 15 pct. af udbyttets bruttobeløb. Sådant udbytte skal imidlertid være fritaget fra beskatning i den førstnævnte stat i tilfælde, hvor den retmæssige ejer af udbyttet er et selskab*

*(bortset fra personsammenslutninger og dødsboer), som direkte ejer mindst 10 pct. af kapitalen i det selskab, der udbetaler udbyttet.”*

Heraf fremgår, at Danmark som kildeland ikke kan indeholde kildeskat på udbytter, som betales til en “person”, der er “hjemmehørende” på Island, og såfremt denne person er et “selskab”, som direkte ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i DK ApS.

Først blev det bemærket, at den fællesnordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst finder anvendelse på personer, der er hjemmehørende i en eller flere af de kontraherende stater, jf. art. 1. Det skal således undersøges, om SF kan anses for at være en “person”, der er “hjemmehørende” på Island i henhold til overenskomsten. En “person” omfatter i medfør af art. 3, stk. 1(b) en fysisk person, et selskab og en personsammenslutning. Et “selskab” betyder en juridisk person eller anden sammenslutning, der i skattemæssig henseende behandles som en juridisk person, jf. art. 3, stk. 1(c), mens “personsammenslutninger” betyder sammenslutning, som ikke beskattes som selvstændigt skattesubjekt, jf. art. 3, stk. 1(d).

I art. 4 defineres udtrykket “en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat”, som enhver person, der i henhold til lovgivningen i denne stat er skattepligtig på grund af hjemsted, bopæl, ledelsens sæde eller ethvert andet lignende kriterium, og omfatter også denne stat, dens politiske underafdelinger, lokale myndigheder og offentlige institutioner. Der henvises efter ordlyden af art. 4 til intern ret på Island vedrørende dette spørgsmål, og dette gælder efter den almindelige opfattelse også ved anvendelse af overenskomsten i Danmark.<sup>3</sup>

På baggrund heraf var det skatteydernes opfattelse, at et SF skal anses for at være et “selskab”, som er hjemmehørende på Island, i overensstemmelse med art. 10, stk. 3, idet et SF på Island udgør et selvstændigt skattesubjekt.

Konsekvensen heraf er, at Danmark efter den fællesnordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke har beskatningsret til udbytter, som udloddes fra DK ApS til SF. Sådanne udbytter skal således være fritaget fra beskatning i Danmark.

Til støtte for konklusionen blev yderligere fremhævet OECD-kommentarer til modeloverenskomsten, som er fremkommet på baggrund af en rapport om partnerships. Det fremgår således nu direkte af kommentaren til art. 1, pkt. 5,<sup>4</sup> at:

*“5. I tilfælde, hvor et interessentskab behandles som et selskab eller beskattes på samme måde, er det en person, der er hjemmehørende i den kontraherende stat, der beskatter interessentskabet på det grundlag, der er nævnt i art. 4, stk. 1, og det er derfor berettiget til overenskomstens fordele...”*

I hidtidig dansk retspraksis og administrativ praksis er der ikke direkte taget stilling til den foreliggende problemstilling. Derimod er der i et antal tilfælde taget stilling til den overordnede problemstilling vedrørende overenskomstbeskyttelse af hybride selskaber (som er transparente i Danmark, men i udlandet udgør selvstændige skattesubjekter). Denne praksis vedrører dog danske investorers deltagelse i udenlandske personselskaber.

I TfS 1994, 301 LR (senere TfS 1995, 905 LSR) blev det anerkendt, at udbetalinger oppebåret af et dansk aktieselskab, i sin egenskab af kommanditist i et spansk kommanditselskab, kunne kvalificeres som udbytte omfattet af art. 10, stk. 3, af den dansk-spanske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

TfS 2003, 167 LSR har visse lighedspunkter med den foreliggende sag. I sagen kunne et US-moderselskab ikke undgå begrænset skattepligt af udbytter fra Danmark, idet udbytterne blev kanaliseret gennem et nederlandsk CV og herefter videre til USA. Danmark og Nederlandene anså CV’et for at være transparent, mens USA anså indkomsten for at være oppebåret af det nederlandske CV. Denne sag kan dog ikke bidrage direkte til afklaringen i den foreliggende sag, idet Landsskatterettens kendelse vedrører fortolkningen af den særlige værnsregel i art. 4, stk. 1, litra d, i den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

I TfS 2002, 913 LR blev der givet dansk creditlempelse for skatter betalt af svenske kommanditselskaber. Efter svensk ret anses sådanne kommanditselskaber for at være selvstændige

skattesubjekter. I denne forbindelse blev kommentarerne til OECD's modeloverenskomst tillagt stor betydning, herunder særligt pkt. 8.4. til art. 4 om lempelse på deltagerniveau i de tilfælde, hvor personselskaber anses for at være transparent i deltagerstaten. Det ville således være i tråd med denne afgørelse, hvis OECD's kommentarer til art. 1 bliver tillagt betydning i den omvendte situation, hvor Danmark er kildestat.

Direkte støtte for dette synspunkt fremgår endvidere af Tfs 2007, 605 SR. I denne sag deltog to danske kommanditselskaber i et fransk personselskab organiseret som et SNC (Sociétés en Nom Collectif). Skatterådet fandt, at der kunne gives creditlempelse for de danske kommanditselskaberne i Frankrig. Disse selskaber blev efter fransk ret anset for at udgøre selvstændige skattesubjekter. Det interessante i denne forbindelse er, at Skatterådet under henvisning til OECD's kommentarer til art. 1, pkt. 5 og 6, udtalte, at interessentskaber (forstået bredt som partnerships) skal være omfattet af overenskomstbeskyttelsen.

Der kan tillige hentes støtte i litteraturen for det synspunkt, at det er bindende for den anden stat ved anvendelse af overenskomsten, hvis en kontraherende stat behandler et personselskab som et selvstændigt skattesubjekt undergivet ubegrænset skattepligt. Der kan eksempelvis henvises til *Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst*, 2000, p. 182 f. Samme forfatter udtaler i *Skat Udland 2000*, 236:

*“...Såfremt et udenlandsk personselskab, som i sit domicilland anses for et selvstændigt skatteobjekt, i en anden overenskomststat (stat A) er beskyttet, jf. art. 1 i overenskomsten mellem denne stat og Danmark, skal Danmark som overenskomstens kildeland indrømme lempelse i overensstemmelse med denne overenskomst. Dette gælder også, selv om selskabsdeltageren er hjemmehørende i en anden stat (stat B) end personselskabet (stat A). Såfremt selskabsdeltageren er hjemmehørende i en stat (stat B), der beskatter efter et princip om skattemæssig transparens, er Danmark forpligtet at indrømme lem-*

*pelse efter den for skatteyderen mest gunstige overenskomst, jf. OECD's kommentarer til art. 1, pkt. 6.5.”*

Sammenfattende var det skatteyderens opfattelse, at Danmark ikke er berettiget til at opkræve kildeskat af udbytter betalt fra DK ApS til SF.

Indledningsvist bemærkede Skatterådet, at et SF-selskab ikke kvalificerer sig som et “selskab” i henhold til SEL § 2, stk. 1, litra c. Det afgørende i Skatterådets følgende vurdering var derfor, om et SF i henhold til den Nordiske DBO kunne kvalificere som et selskab og dermed være berettiget til overenskomstens fordele.

Skatterådets vurdering er hovedsagligt baseret på kommentarerne til OECD's modeloverenskomst art. 1, pkt. 5, hvor der er indarbejdet bestemmelser om overenskomstanvendelse for personselskaber på baggrund af OECD's partnership rapport fra 1999. Skatterådet konkluderede, at såfremt et personselskab behandles som et selskab eller beskattes på samme måde i den stat (i dette tilfælde Island), hvori personselskabet er organiseret, er Danmark forpligtet til at acceptere den islandske skattemæssige kvalifikation som et selvstændigt skattesubjekt, hvorefter SF i henhold til overenskomsten skal opfattes som et selskab.

Skatterådet bekræftede dermed, at der ikke vil indtræde begrænset skattepligt af eventuelle udbytteudlodninger fra DK ApS til SF.

Det bindende svar bekræfter dermed, at en hybrid selskabstype er berettiget til de fordele en dobbeltbeskatningsoverenskomst indeholder på trods af, at selskabet ud fra en intern dansk skattemæssig kvalifikation ikke vil blive kvalificeret som et “selskab”.

### **Indgående udbytter fra en hybrid enhed til Danmark (“Inbound”)**

Ved anmodningen om bindende svar ønskedes det ligeledes bekræftet, hvordan DK Hold ApS skattemæssigt skulle behandle udbytter fra DK ApS via SF.

Baggrunden for dette spørgsmål var ligeledes SF's kvalifikation som transparent enhed efter intern dansk ret.

Det fremgår af SEL § 13, stk. 1, nr. 2, at danske selskaber kan modtage udbytte skattefrit, hvis følgende betingelser er opfyldte:<sup>5</sup>

- Det danske selskab skal være omfattet af SEL § 1, stk. 1
- Det udbytteudloddende selskab skal være organiseret i selskabsform, der efter interne danske principper anses for at være et selvstændigt skattesubjekt
- Det modtagende selskab skal eje mindst 15 pct. [10 pct. fra 2009] af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab
- Ejerskabskravet skal være opfyldt i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken periode udbytteudlodningstidspunktet skal foreligge
- Yderligere er det en betingelse, at mindst ét af følgende punkter er opfyldt:
  - Det udbyttegivende selskab (datterselskabet) er hjemmehørende i Danmark, i en fremmed stat, der er medlem af EU eller EØS, på Færøerne eller i Grønland eller i en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark;
  - Hvis det udbyttegivende selskab (datterselskabet) deltager i en international sambeskatning efter SEL § 31 A, eller;
  - Hvis det udbyttmodtagende selskab, moderselskabet, selv direkte eller indirekte har bestemmende indflydelse i datterselskabet i medfør af SEL § 31 C.

Det var skatteydernes vurdering, at spørgsmålet om indgående udbytte til Danmark burde løses direkte på baggrund af intern dansk ret. Det var således skatteydernes opfattelse, at den skattemæssige kvalifikation af SF og dermed afledte ret til dobbeltbeskatningsbeskyttelse ikke skal påvirke fortolkningen af SEL § 13, stk. 1, nr. 2, idet denne bestemmelse ikke stiller krav om, at udbyttebetalingen er omfattet af en indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

I bemærkningerne til lov nr. 1375 af 20/12 2004 (L 27) udtales følgende om modtagelse af udbytter i Danmark fra udenlandske hybride selskaber:

*“...I nogle medlemsstater er f.eks. kommanditselskaber undergivet selskabsbeskatning. I Danmark anses kommanditselskaber for at være transparente i skattemæssig henseende. Ved beskatningen i Danmark anses et dansk selskab,*

*der har en andel på f.eks. 20 pct. i et kommanditselskab, ikke som et moderselskab. Udbytte fra kommanditselskabet til det danske selskab beskattes ikke. I stedet medregnes en til det danske selskabs andel af kommanditselskabets driftsresultat ved det danske selskabs indkomstopgørelse. Ved beregningen af det danske selskabs selskabsskat gives der lempelse for en til ejerandelen svarende andel af den selskabsskat, der er betalt i den stat, hvor kommanditselskabet er skattemæssigt hjemmehørende, efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og den pågældende stat, eller reglerne i den interne regel i ligningslovens § 33, stk. 1 og 2.*

*Udbytte, der tilfalder kommanditselskabet fra et udenlandsk datterselskab på lavere niveau, vil ved beskatningen hos det danske selskab være omfattet af reglerne i SEL § 13, stk. 1, nr. 2, om skattefrit udbytte eller eventuelt af de nye regler, jf. afsnit 2.2.2.4., om credit for den selskabsskat som datterselskabet og datterselskaber på lavere niveau har betalt.*

*Der vil derfor ikke være behov for at indføre nye regler, der specifikt omhandler de transparente selskaber, når disse er datterselskaber af danske selskaber. For så vidt angår udbytte, der tilfalder det transparente selskab fra et dansk datterselskab, henvises til afsnit 3.2.5..”*

Vurderet på dette grundlag opfyldes betingelserne hos DK Hold ApS for at kunne modtage skattefrie datterselskabsudbytter fra DK ApS, idet der ejes mere end 15 pct. af anparterne heri, og idet der er tale om udbyttebetalinger fra ét dansk selskab til et andet dansk selskab jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2.

Skatterådet bekræftede, at udbytter, som udloddes fra DK ApS via SF til DK Hold ApS, er skattefrie for holdingselskabet, idet betingelserne i SEL § 13, stk. 1, nr. 2, er opfyldte i den konkrete sag.

Skatterådet har med deres bekræftelse anerkendt, at indgående udbytter fra DK ApS via SF til DK Hold ApS anses for at være udloddet direkte fra DK ApS til DK Hold ApS. Der er med andre ord transparens for de indgående udbytter uanset den modsatte situation vedrørende udgående udbytter.

## Øvrige indtægter fra hybride enheder

Skatterådet blev endelig anmodet om at vurdere, hvordan øvrige indtægter fra det islandske selskab skattemæssigt skulle behandles hos de danske selskabsaktionærer.

Det var skatteyderes vurdering, at medejerskabet til selskabet på Island efter intern dansk ret udgør et fast driftssted, som er direkte undtaget fra dansk skattepligt i medfør af SEL § 8, stk. 2.

Afgørelsen af, om der foreligger et fast driftssted, sker alene efter intern dansk ret, og det er i den forbindelse irrelevant om Island kvalificerer aktiviteten på tilsvarende måde, jf. skatteministerens svar på spørgsmål 29 til L 121 (2004/05-2). Dette medfører, at bestemmelsen i SEL § 2, stk. 1(a), er afgørende ved bedømmelsen af, om der foreligger et fast driftssted i udlandet. Denne bestemmelse fortolkes dog sædvanligvis i lyset af art. 5 i OECD's modeloverenskomst. Det blev lagt til grund, at SF opfyldte disse betingelser og således efter dansk ret kan anses for i sig selv at udgøre et fast driftssted. Det synes ikke at ændre herved, at der i den foreliggende sag er tale om delvist medejerskab til selskabet. Det er således almindeligt anerkendt, at et dansk selskab kan have fast driftssted i udlandet gennem et deltagerbeskattet selskab, f.eks. et interessentskab.<sup>6</sup> Det er ikke en betingelse for at statuere et fast driftssted, at den pågældende selskabsdeltager aktivt deltager i selskabets aktivitet, idet også passiv deltagelse kan begrunde begrænset skattepligt efter SEL § 2, stk. 1(a), ud fra et fast driftsstedets betragtning.

I administrativ praksis ses der også i en fuldstændig parallel situation at være statueret fast driftssted i Danmark for en tysk advokat, der var interessent i et dansk advokatinteressentskab, jf. TfS 1999, 274 LR. Afgørelsen bekræfter synspunktet om, at aktiv deltagelse ikke er en forudsætning for at statuere fast driftssted efter interne danske regler. Den pågældende advokat blev anset for at være begrænset skattepligtig af en syvendedel af restoverskuddet i advokatfirmaet, dvs. af overskuddet (eksklusive overskuds- eller underskudsandel fra filialkontoret i Hamborg) efter fradrag af lønandele til de fem interessenter, der arbejdede i virksomheden i Danmark.

På denne baggrund må overskud optjent i SF anses for at vedrøre et fast driftssted på Island

for DK Hold ApS og dermed dansk beskatning uvedkommende. Det bemærkes herved, at Island i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomsten er tillagt beskatningsretten til erhvervsindkomst vedrørende et fast driftssted, jf. art. 7 i overenskomsten. Herved er samtlige betingelser for at anvende SEL § 8, stk. 2, opfyldte.

Det blev af skatteyder afslutningsvis anført, at der ikke er nogen modstrid mellem at anerkende SF som beskyttet person efter DBO og samtidig at anse deltagelse i SF for et fast driftssted, idet sidstnævnte alene er et spørgsmål om anvendelse af internretlige principper for at fastslå den geografiske udstrækning af beskatningen for indkomsten i DK Hold ApS.

Skatterådet anså SF for at være en transparent enhed efter intern dansk ret, hvilket som udgangspunkt bevirker, at en andel af indkomsten i SF, svarende til DK Hold ApS ejerandel, skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i holdingselskabet i Danmark, jf. TfS 2007, 605.

Skatterådet fandt dog, at det danske holdingselskabs deltagelse i SF skal anses at udgøre et fast driftssted, hvilket betyder, at DK Hold ApS ikke er skattepligtig i Danmark af indkomst optjent af det islandske selskab under forudsætning af, at der ikke vælges international sambeskatning, jf. SEL § 8, stk. 2.

Skatterådet har med svaret bekræftet, at deltagelse i en hybrid enhed ikke fører til skattepligtig indkomst i Danmark, da det hybride selskab udgør et fast driftssted i udlandet. Dette på trods af, at SF kvalificeres som en transparent enhed efter intern dansk ret.

## Noter

- 1) Vi har i denne forbindelse bevidst undladt at inddrage eventuelle EU-retlige problemstillinger vedrørende hybride selskaber.
- 2) Sagen er ført af forfatterne til denne artikel.
- 3) Jf. eksempelvis *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, p. 183.
- 4) Implementeret den 29/4 2000 som en del af "The 2000 Update to the Model Convention" baseret på appendiks I til rapporten "The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships".
- 5) Se Susanne Nørgaard & Steff Fløe Pedersen i SR.2007.0469 og Morten Reinholdt Nielsen i TfS 2008, 334 ART for en uddybende gennemgang af reglerne om skattefrit udbytte.

- 
- 6) Jf. eksempelvis *Jan Pedersen m.fl.: Skatteretten* 3, 4. udg. 2006, p. 374.