

Kommentarer til udvalgte afgørelser - Hjemmehørende i en kontraherende stat og begreberne “kollektiv investeringsinstitut” og “kollektivt investeringsinstrument” (SKM2021.219.SR)

Sidetæl: 9

Forfatter: Anders Nørgaard Laursen

Forfattere: Af professor, ph.d. Anders Nørgaard
Laursen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

Af professor, ph.d. Anders Nørgaard Laursen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

1. Det bindende svar

Det bindende svar omhandlede en nordisk ejendomsinvesteringsfond (herefter “investeringsfonden” eller “spørger”), som planlagde at oprette et dansk ejendomsselskab i form af et anpartsselskab (i det bindende svar kaldet “PropCo”). PropCo ville blive finansieret dels med egenkapital og dels med aktionærlån fra investeringsfonden samt eksterne banklån.

Det var hensigten, at PropCo skulle købe en erhvervsejendom i Danmark fra en tredjepart. Ejendommen skulle udlejes til sælgeren (sale and lease back-aftale). Det var endnu ikke besluttet, om investeringsfonden ville gennemføre investeringen alene eller sammen med en anden investor. Under alle omstændigheder ville investeringsfonden komme til at besidde mindst 10 pct. af kapitalen i PropCo, og der ville således være tale om datterselskabsaktier for investeringsfonden, jf. ABL § 4 A.

Investeringsfonden ønskede svar på følgende spørgsmål:

“Kan Skatterådet bekræfte, at Spørger (en nordisk ejendomsinvesteringsfond) ikke skal anses som skattepligtig til Danmark i relation til udbytte udloppet fra et dansk ejendomsselskab (ApS), jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c og den Nordiske Overenskomst, jf. BKI nr. 92 af 25/06/1997?”

Investeringsfonden ønskede ikke overraskende, at spørgsmålet blev besvaret bekræftende, hvilket også var Skattestyrelsens indstilling.

Skatterådet fulgte Skattestyrelsens indstilling.

1.1 Om investeringsfonden

Det blev om spørger oplyst, at der var tale om en nordisk ejendomsinvesteringsfond, som primært investerede i udlejningsejendomme i de nordiske lande, navnlig erhvervsejendomme. Investeringsfonden var etableret som en kontraktuel, alternativ investeringsfond med en uendelig løbetid i henhold til direktiv 2011/61/EU om forvaltere af alternative investeringsfonde.

Investeringsfondens investorer kunne på et hvilket som helst tidspunkt investere i eller udtræde af investeringsfonden, og investeringskredsen kunne således konstant ændre sig. Tegning og indløsning skete til en værdi, der afspejlede nettoværdien af investeringsfondens aktiver og passiver på tidspunktet for ind- og udtræden.

Investeringsfonden bestod af en pulje aktiver, der blev forvaltet af et managementselskab, som var skattemæssigt hjemmehørende i samme nordiske land som investeringsfonden. Managementselskabet repræsenterede og handlede på vegne af investeringsfonden og udøvede de rettigheder, der vedrørte aktiverne i investeringsfonden på vegne af investeringsfonden. Managementselskabet var en alternativ investeringsfondsforvalter som nævnt i direktivet om forvaltere af alternative investeringsfonde og var ansvarlig for investeringsstrategien og risikostyring i investeringsfonden. Managementselskabet var ejet af et selskab, der var noteret på Nasdaq OMX Nordic.

Investorerne i investeringsfonden bestod af fysiske personer samt selskabsinvestorer. Det fremgik i øvrigt, at investorerne var skattemæssigt hjemmehørende i EU/EØS-lande (i overvejende grad i samme nordiske land som investeringsfonden). Ingen af investorerne ejede mere end 10 pct. af investeringsfondens samlede andele. Det blev understreget, at investeringsfonden havde en uendelig løbetid, og at investorsammensætningen derfor løbende kunne ændres, men at det var forventningen, at fremtidige investorer også primært ville være skattemæssigt hjemmehørende i samme nordiske land som investeringsfonden.

Et helt centralt moment ved sagen var den skattemæssige behandling af investeringsfonden i dens hjemland. Det fremgik således, at investeringsfonden:

“... er skattepligtig i hjemlandet, der er et nordisk land, men er undtaget fra indkomstbeskatning efter særlige regler, der forudsætter, at Fonden udlodder mindst 75 procent af sin nettoprofit (fratrasket urealiserede kapitalgevinster) samt opfyldelse af andre særlige betingelser. Disse betingelser forventes opfyldt, og derfor vil Fonden være skattefritaget fra skat i hjemlandet. Fonden anses for skattemæssigt hjemmehørende i hjemlandet efter hjemlandets skatteregler, og det er muligt for Fonden at indhente en hjemstedserklæring fra hjemlandets skattemyndigheder.”

Der ville med andre ord være tale om en investeringsfond, som var subjektivt skattepligtig, men objektivt fritaget for skat. Den objektive fritagelse var dog betinget af, at investeringsfonden årligt udloddede mindst 75 pct. af sin årlige regnskabsmæssige nettoprofit (fratrasket urealiserede kapitalgevinster).

Om investorerne fremgik det, at såvel de fysiske personer som selskabsinvestorerne ville blive beskattet efter realisationsprincippet. I medfør af kravet om årlig udlodning fra investeringsfonden ville beskatning efter realisationsprincippet bevirke, at der årligt kom et beløb til beskatning, medmindre investeringsfonden havde leveret et negativt resultat. Investorerne ville løbende blive beskattet af afkast fra investeringsfonden i form af udlodninger, mens en gevinst ved afståelse af investeringsbeviset ville komme til beskatning på afståelsestidspunktet.

2. De retlige problemer i sagen

Det var forudsat, at investeringsfonden direkte skulle eje mindst 10 pct. af kapitalen i det danske anpartsselskab PropCo, og følgelig ville der være tale om datterselskabsaktier, jf. ABL § 4 A.

I medfør af SEL § 2, stk. 1, litra c, ville udbytte af datterselskabsaktierne være skattefrie, såfremt beskatningen af udbytter fra datterselskabet skulle frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96/EU eller efter den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

I den konkrete sag blev det alene undersøgt, om Danmark var forpligtet til at nedsætte beskatningen efter den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det fremgik ikke, hvorfor direktivets bestemmelser ikke fandt anvendelse.

Efter den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er kildelandets beskatningsret begrænset til 15 pct., såfremt *"... udbyttets retmæssige ejer er en person, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat"*.

Hvis investeringsfonden var en person, der var hjemmehørende i den anden kontraherende stat, ville Danmark som kildeland være forpligtet til at begrænse beskatningen af udbyttet til 15 pct. Sammenholdt med intern ret, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c, ville en sådan begrænsning være ensbetydende med, at udbyttet var skattefrit.

Skattefriheden var yderligere betinget af, at investeringsfonden var den retmæssige ejer af udbyttet, og at LL § 3 ikke fandt anvendelse. Begge disse betingelser blev opfyldt.

Jeg vil i det følgende begrænse mig til alene at behandle spørgsmålet om, hvorvidt investeringsfonden kunne betragtes som en hjemmehørende person.

2.1 Hjemmehørende person

I overenskomsten blev en hjemmehørende person defineret i art. 4, stk. 1, hvor følgende fremgår af 1. pkt.:

"Ved anvendelse af denne overenskomst betyder udtrykket "en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat" enhver person, som i henhold til lovgivningen i denne stat er skattepligtig der på grund af hjemsted, bopæl, ledelsens sæde eller ethvert andet lignende kriterium[.]".

Den citerede del svarer til art. 4, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst.

Om en person er hjemmehørende i en kontraherende stat afgøres efter art. 4, stk. 1, *"... i henhold til lovgivningen i denne stat"*, dvs. i henhold til intern ret, jf. nærmere nedenfor under 3.2.

Det fremgår af bestemmelsen, at den pågældende person skal være *"skattepligtig"* i en stat. Det er ikke i sig selv indlysende, hvad der ligger i ordet skattepligtig. Det følger imidlertid udtrykkeligt af bestemmelsens i dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 4, stk. 1, 2. pkt., litra a, at udtrykket ikke omfatter en person, *"... hvis skattepligt i denne stat er begrænset til indkomst fra kilder i denne stat[.]"*. Også dette er i overensstemmelse med OECD-modellens art. 4, stk. 1. Hermed er det klart, at begrænset skattepligtige personer ikke betragtes som "hjemmehørende". Modsætningsvis følger det, at den skattepligtige, der omtales i 1. pkt., sigter til personer, som er fuldt skattepligtige i en kontraherende stat, og som den pågældende stat dermed kan globalindkomstbeskatte.

Hvis en person er omfattet af fuld skattepligt i en af de kontraherende stater efter intern ret, vil personen således sædvanligvis også være hjemmehørende i den pågældende stat efter art. 4, stk. 1. Det er indregnet i den forbindelse, at en "person" i henhold til art. 4, stk. 1, omfatter såvel fysiske personer som selskaber, jf. art. 3, stk. 1, litra a og b. Selskaber, som er hjemmehørende i Danmark, jf. SEL § 1, vil således sædvanligvis også være hjemmehørende i Danmark efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. art. 4, stk. 1.

Hvad der egentlig ligger i betingelsen om, at en person skal være (fuldt) skattepligtig, jf. art. 4, stk. 1, 1. pkt., hersker der ikke fuldstændig enighed om. Uenigheden går på, om det er en betingelse, at den pågældende person skal være subjektivt skattepligtig som hjemmehørende til den pågældende stat, eller om det også er en betingelse, at personen er objektivt skattepligtig. Hvis sidstnævnte er tilfældet, vil eksempelvis objektivt skattefritagne selskaber, jf. SEL § 3, ikke være "hjemmehørende" i Danmark.

Det fremgår af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, at der ikke er enighed om spørgsmålet, men at "mange lande" anser det for tilstrækkeligt, at personen er subjektivt skattepligtig. Generelt synes dette da også at

være opfattelsen i litteraturen.

I dansk administrativ praksis er det ligeledes antagelsen, at der – som udgangspunkt – alene stilles krav om subjektiv skattepligt, jf. udtrykkeligt Den juridiske vejledning 2021-1 C.F.8.2.2.4.2.1.

“Enkelte lande har stillet spørgsmålstegn ved status for en juridisk person, der som udgangspunkt er hjemmehørende i et land, men er fritaget for beskatning i dette land. Er den juridiske person i så fald hjemmehørende i landet i modeloverenskomstens forstand? Se punkt 8.11-8.13 i kommentaren til modeloverenskomstens artikel 4. Det er den danske opfattelse, at den juridiske person også i dette tilfælde er hjemmehørende i landet i modeloverenskomstens forstand.”. (fremhævet her).

Et tilsvarende synspunkt er tilkendegivet af Skatteministeriets departement, jf. [TfS 2000, 394](#), og af Ligningsrådet i SKM2004.172.LR, jf. nærmere nedenfor.

I SKM2021.219.SR synes såvel spørger som Skattestyrelsen at kunne tilslutte sig dette udgangspunkt. Uenighed mellem parterne opstod imidlertid i forbindelse med, hvad der gælder for kollektive investeringsinstitutter/kollektive investeringsinstrumenter, herunder hvad der er omfattet af disse begreber.

2.2 Kollektive investeringsinstitutter og kollektive investeringsinstrumenter

Ved opdateringen af OECD's modeloverenskomst i 2010 blev der tilføjet en række kommentarer om behandlingen af “kollektive investeringsinstitutter”, jf. pkt. 6.8-6.39 i kommentarerne til art. 1 (disse punkter blev ved 2017-opdateringen omnummereret til pkt. 22-48). Tilføjelsen af disse kommentarer var baseret på rapporten *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles* (23. april 2010).

Et kollektivt investeringsinstitut er i henhold til kommentarerne til OECD's modeloverenskomst institutter, der:

1. har en større kreds af indskydere,
2. besidder en blandet portefølje af værdipapirer, og
3. som er underlagt bestemmelser om investorbekyttelse i det land, hvor instituttet er etableret.

De tre betingelser skal opfyldes kumulativt.

I kommentarerne og i den nævnte rapport redegøres der for, hvordan centrale problemstillinger vedr. kollektive investeringsinstitutter skal behandles, herunder navnlig om et kollektivt investeringsinstitut kan anses for at være en “person”, jf. art. 3, om instituttet kan være en “hjemmehørende” person, jf. art. 4, og om instituttet kan være “retmæssig ejer” af udbytter og renter jf. art. 10 og 11.

Det var i SKM2021.219.SR spørgers opfattelse, at investeringsfonden var et kollektivt investeringsinstitut, og at fortolkningen af de relevante bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, herunder art. 4, måtte ske med udgangspunkt i denne kvalifikation.

Skattestyrelsen var imidlertid uenig i opfattelsen af, at spørger var et kollektivt investeringsinstitut. Skattestyrelsen tilsluttede sig, at betingelse nr. 1 og nr. 3, var opfyldt, men delte ikke opfattelsen af, at betingelse nr. 2 var opfyldt. Det blev begrundet med, at spørger ikke blot investerede i værdipapirer, men også investerede i fast ejendom direkte.

Da der efter Skattestyrelsens opfattelse ikke var tale om et kollektivt *investeringsinstitut*, var der i stedet tale om et kollektivt *investeringsinstrument*, dvs. “grupper af små investorer, som slutter sig sammen og investerer i fællesskab”, jf. Den juridiske vejledning 2021-1 C.F.8.2.2.1.3.

Dette begreb, som var bredere end begrebet kollektivt investeringsinstitut, idet det også omfattede investeringer i andet end værdipapirer (konkret fast ejendom), virkede ifølge Skattestyrelsen som en opsamlingsbestemmelse i forhold til investeringsfonden. Følgelig måtte fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten ske med hensyntagen til denne kvalifikation.

Af særlig interesse var her følgende passus under overskriften "Udenlandske kollektive investeringsinstrumenter" i Den juridiske vejledning 2021-1 C.F.8.2.2.1.3:

"Det er danske regler der afgør, om et udenlandsk kollektivt investeringsinstrument er omfattet af overenskomsten.

I første række skal der lægges vægt på, om det udenlandske kollektive investeringsinstrument er et selvstændigt skattesubjekt i det land, hvor det er hjemmehørende. Hvis det er et selvstændigt skattesubjekt og rent faktisk betaler skat, opfylder det definitionen af et "selskab" i overenskomstens artikel 3. Dermed anses det også for en person i overenskomstens forstand." (fremhævet her)

Med henvisning til dette afsnit i Den juridiske vejledning gjorde Skattestyrelsen gældende, at det for kollektive investeringsinstrumenter var en forudsætning, at det pågældende instrument "rent faktisk betaler skat" i den stat, hvor det er hjemmehørende. Da spørger var fritaget for beskatning i hjemlandet, jf. under 1.1, var det derfor Skattestyrelsens umiddelbare opfattelse, at spørger ikke kunne betragtes som en "hjemmehørende person", og at udbyttet fra det danske PropCo derfor ville være skattepligtigt, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c.

Imidlertid fandt Skattestyrelsen:

Det er dog Skattestyrelsens opfattelse, at kravet om, at Spørger skal betale skat i hjemlandet for at kunne påberåbe sig overenskomstens bestemmelser, er uklart og tvetydigt formuleret i Den juridiske vejledning.

Dette blev begrundet med, at det pågældende afsnit i Den juridiske vejledning 2021-1, som omhandlede kollektive investeringsinstrumenter (C.F.8.2.2.1.3), vedrørte art. 3 om, hvorvidt et sådant instrument kunne anses for at være en "person", og ikke art. 4 om, hvorvidt instrumentet var hjemmehørende person i en kontraherende stat. Endvidere manglede der en beskrivelse af, at kravet ikke gjaldt for "kollektive investeringsinstitutter", som opfyldte de tre betingelser i pkt. 22 i kommentarerne til art. 1 i OECD's modeloverenskomst. Ifølge pkt. 26 kommentarerne til art. 1, anses kollektive investeringsinstitutter nemlig sædvanligvis for hjemmehørende uanset en evt. objektiv fritagelse for beskatning.

Da de særlige betingelser, der knyttede sig til kollektive investeringsinstrumenter, ikke fremgik klart og utvetydigt af Den juridiske vejledning 2021-1, og da det ikke var understreget tydeligt, at disse særlige betingelser ikke gjaldt for kollektive investeringsinstitutter, kunne betingelserne ikke håndhæves over for spørger. Skattestyrelsen indstillede derfor til – i overensstemmelse med spørgers ønske – at spørgsmålet blev besvaret med "ja".

Skattestyrelsen udtalte i den forbindelse, at synspunktet om, at det ikke var en betingelse, at der faktisk blev betalt skat, også fremgik af [TfS 2000, 394](#) og SKM2004.172.LR. Samtidig præciserede Skattestyrelsen, at de to afgørelser var baseret på en fortolkning af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, som ikke tog hensyn til senere tilkomne kommentarer om kollektive investeringsinstitutter.

Skatterådet tiltrådte uden videre Skattestyrelsens indstilling.

3. Kommentarer

3.1 Sondringen mellem kollektive investeringsinstitutter og kollektive investeringsinstrumenter

Der er af flere årsager tale om en opsigtsvækkende og vidtrækkende afgørelse, som på både det materielle og det formelle plan kalder på en række bemærkninger

På det materielle plan må det indledningsvis hævdes, at Skattestyrelsens sondring mellem kollektive investeringsinstitutter og kollektive investeringsinstrumenter forekommer noget søgt.

I afgørelsen henviste Skattestyrelsen til Den juridiske vejledning 2021-1 C.F.8.2.2.1.3. Det pågældende afsnit er en del af gennemgangen af OECD's modeloverenskomst i Den juridiske vejledning, nærmere bestemt gennemgangen af art. 1. Det forudgående afsnit (C.F.8.2.2.1.2) omhandler anvendelsen af overenskomsten på interessentskaber, og det efterfølgende afsnit (C.F.8.2.2.1.4) omhandler anvendelsen af overenskomsten på stater, offentlige myndigheder mv.

Den samme struktur (først omtale af interessentskaber, så kollektive investeringsinstitutter og endelig stater mv.) fandtes frem til 2017-opdateringen i kommentarerne til art. 1 i OECD's modeloverenskomst. Det er derfor meget nærliggende at tro, at afsnit C.F.8.2.2.1.3 i Den juridiske vejledning alene er en omskrivning af kommentarerne om kollektive investeringsinstitutter. En antagelse om, at det pågældende afsnit i Den juridiske vejledning slet ikke indeholder en særlig dansk regel, og at "kollektive investeringsinstrumenter" i virkeligheden blot er den oversættelse af OECD-modellens begreb "collective investment vehicle"/"organismes de placement collective", som anvendes af Skattestyrelsen i Den juridiske vejledning, ligger snublende nær. I det bindende svar forfægtede spørger en tilsvarende opfattelse.

For samme konklusion taler det forhold, at der i det pågældende afsnit i Den juridiske vejledning 2021-1 udtrykkeligt henvises til pkt. 22-48 i kommentarerne til art. 1 i OECD's modeloverenskomst om kollektive investeringsinstitutter.

Endvidere forekommer det ikke indlysende, at investeringsfonden ikke opfyldte betingelserne til at være et kollektivt investeringsinstitut. I afgørelsen var der enighed om, at investeringsfonden opfyldte betingelse nr. 1 og nr. 3 til at kunne være et kollektivt investeringsinstitut, men ikke betingelse nr. 2, som ifølge kommentarerne til OECD-modellens art. 1 er opfyldt, hvis der besiddes "... en blandet portefølje af værdipapirer", jf. ovenfor under 2.2.

Betingelse nr. 2 bristede ifølge Skattestyrelsen fordi, investeringsfonden ikke kun investerede i værdipapirer. Skattestyrelsens fortolkning af denne betingelse kan der sættes spørgsmålstegn ved. Det var et uomtvisteligt faktum, at spørger besad en blandet portefølje af værdipapirer, men at denne portefølje var suppleret med investeringer i andre aktiver, konkret fast ejendom.

Det er vel ikke uden videre givet, at betingelse nr. 2 skal fortolkes så snævert, at betingelsen kun kan opfyldes, hvis der *eksklusivt* investeres i værdipapirer. Baseret på SKM2021.219.SR må det imidlertid konstateres, at det er denne fortolkning, Skattestyrelsen nu har lagt sig fast på. Synspunktet er med opdateringen af Den juridiske vejledning til 2021-2 pr. 30. juni 2021 også udtrykt i vejledning, jf. afsnit C.F.8.2.2.1.3, hvor der direkte i brødteksten citeres fra SKM2021.219. SR.

3.2 Fortolkningen af begrebet hjemmehørende person

Et andet opsigtsvækkende forhold ved afgørelsen er Skattestyrelsens fortolkning af begrebet hjemmehørende person i dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 4, stk. 1. Navnlig synes Skattestyrelsens syn på samspillet mellem begrebet kollektive investeringsinstitutter, som er fastlagt i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, og kollektive investeringsinstrumenter, som (tilsyneladende) er et rent internretligt begreb, at give anledning til visse bemærkninger.

Skattestyrelsens argumentation er som følger.

Et kollektivt investeringsinstitut defineres i overensstemmelse med pkt. 22 i kommentarerne til art. 1 i OECD's modeloverenskomst.

Hvis den pågældende enhed opfylder betingelserne til at være et kollektivt investeringsinstitut, vil det være hjemmehørende i den stat, hvori det er etableret, hvis det er skattepligtigt i henhold til lovgivningen i denne stat på grund af hjemsted, bopæl, ledelsens sæde eller et andet lignende kriterium. Der stilles i den forbindelse alene krav om subjektiv skattepligt. Selvom det pågældende institut er objektivt fritaget, betragtes det fortsat som hjemmehørende i den anden stat og kan følgelig nyde overenskomstbeskyttelse. Dette anerkendes udtrykkeligt af Skattestyrelsen i SKM2021.219.SR.

Hvis den pågældende enhed ikke opfylder betingelserne til at være et kollektivt investeringsinstitut, men derimod til at være et kollektivt investeringsinstrument, gælder der imidlertid – ifølge Skattestyrelsen – noget helt andet. Skattestyrelsen udtalte i SKM2021.219.SR:

Udgangspunktet er, at det er skattepligtskriterierne (bopæl, ledelsens sæde m.fl.) i intern ret i en kontraherende stat, der er afgørende for, om en person kan anses for at være hjemmehørende i denne stat. Spørger kan derfor af hjemlandet anses for skattemæssigt hjemmehørende i henhold til de interne skatteregler i hjemlandet.

Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 4, stk. 1 stiller krav om både subjektiv og objektiv skattepligt, er et generelt fortolkningsspørgsmål, hvis løsning ikke kan anses at være overladt til intern ret i den anden stat. Fortolkningen af begrebet "skattepligtig" skal derfor ske efter de almindelige fortolkningsregler for dobbeltbeskatningsaftaler. Da fortolkningen af begrebet "skattepligtig" ikke følger af sammenhængen, skal fortolkningen i henhold til artikel 3, stk. 2, ske efter intern dansk skatteret. Se blandt andet artikel af Jens Wittendorf i SR.2001.125.

Det er særdeles vanskeligt at følge Skattestyrelsens ræsonnement på dette punkt. Det forfægtede synspunkt synes at forudsætte, at der skal foretages 2 vurderinger efter art. 4, stk. 1, 1. pkt.

Først skal det vurderes, om en given enhed anses for hjemmehørende i en kontraherende stat. Denne vurdering sker efter intern ret i den stat, som anser enheden for hjemmehørende, konkret i SKM2021.219. SR i det andet (uspecificerede) nordiske land.

Herefter skal det vurderes, om den pågældende enhed (investeringsfonden) er skattepligtig til denne stat. Denne vurdering indebærer en fortolkning af ordet "skattepligtig", idet det må afklares, om der blot kræves subjektiv skattepligt, eller om der kræves både subjektiv og objektiv skattepligt. Dette skal efter Skattestyrelsens opfattelse ske under anvendelse af fortolkningsreglen i art. 3, stk. 2, og da det ikke fremgår af sammenhængen, hvordan begrebet skal fortolkes, må det ske i overensstemmelse med intern ret i den stat, som konkret anvender overenskomsten (dvs. Danmark), jf. det såkaldte *lex fori*-princip.

Sædvanligvis vil Danmark tilslutte sig synspunktet om, at subjektiv skattepligt er tilstrækkelig, men når der er tale om kollektive investeringsinstrumenter, gælder der imidlertid det helt særlige, at disse skal være både subjektivt og objektivt skattepligtige, jf. Den juridiske vejledning 2021-1 C.F.8.2.2.1.3. Da investeringsfonden ikke opfyldte denne betingelse, fordi den var fritaget for beskatning i den anden stat, kunne investeringsfonden ikke anses for at være en hjemmehørende person i den anden kontraherende stat.

Der kan efter min opfattelse gøres flere indvendinger mod Skattestyrelsens fortolkning af art. 4, stk. 1.

For det første giver den tvedelte test, som Skattestyrelsen anvender, ikke nogen mening rent sprogligt. Til illustration heraf vil jeg igen citere OECD-modellens art. 4, stk. 1, 1. pkt.:

I denne overenskomst anvendes udtrykket "hjemmehørende i en af de kontraherende stater" på enhver person, som i henhold til lovgivningen i denne stat er skattepligtig der på grund af hjemsted, bopæl, ledelsens sæde eller et andet lignende kriterium.

Bestemmelsen har til formål at definere det overenskomstmæssige begreb "hjemmehørende i en af de kontraherende stater". Begrebet omfatter efter ordlyden enhver person, som i henhold til lovgivningen i en

kontraherende stat "...er skattepligtig der". Hele øvelsen går med andre ord ud på at få defineret, hvad ordet "skattepligtig" betyder. Det er dermed udelukket, at man – således som Skattestyrelsen hævder – først skal afgøre, om en person er hjemmehørende i en stat og derefter afgøre, om personen er skattepligtig i denne stat. Der er kun én test, nemlig om personen er skattepligtig eller ej.

For det andet må det hævdes, at der ikke er dækning for, at ordet "skattepligtig" skal fortolkes under anvendelse af *lex fori*-princippet, jf. art. 3, stk. 2.

Som anført under 2.1 må ordet "skattepligt" anvendes i betydningen "fuldt skattepligtig", og hjemmehørende personer er således dem, som den pågældende stat kan globalindkomstbeskatte. Fortolkningstvivilen knytter sig her til, om en person er fuldt skattepligtig og dermed "skattepligtig" i overenskomstens forstand, når personen er objektivt fritaget for beskatning.

Begrebet "skattepligtig" er ikke defineret i overenskomsten, og derfor må fortolkningstvivilen løses under anvendelse af dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 3, stk. 2, som materielt svarer til art. 3, stk. 2, i OECD's modeloverenskomst. Bestemmelsen lyder:

Ved en kontraherende stats anvendelse af overenskomsten skal til enhver tid ethvert udtryk, som ikke er defineret deri, medmindre andet følger af sammenhængen, tillægges den betydning, som det har på dette tidspunkt i henhold til denne stats lovgivning om de skatter, på hvilke overenskomsten finder anvendelse, og den betydning som udtrykket har i skattelovgivningen i denne stat skal gå forud for den betydning udtrykket måtte være tillagt i denne stats anden lovgivning.

Det er Skattestyrelsens grundlæggende holdning, at det ikke fremgår af sammenhængen, hvilken betydning begrebet "skattepligt" skal have, og at det derfor skal fortolkes efter intern ret (konkret i Danmark) i overensstemmelse med *lex fori*-princippet.

Jeg deler ikke denne opfattelse. Efter min opfattelse er der 2 måder, hvoraf der kan udledes en fortolkning af begrebet. En internretlig fortolkning under anvendelse af *lex fori*-princippet vil derfor ikke finde anvendelse.

Den ene måde er ved at se på selve teksten i art. 4, stk. 1, 1. pkt. Som fremhævet flere gange fremgår det, at en person er hjemmehørende, når personen er (fuldt) skattepligtig i henhold til lovgivningen i en af de kontraherende stater. I den forbindelse kan det med rimelighed hævdes, at hvis en person anses for omfattet af (fuld) skattepligt i en af de kontraherende stater, skal dette accepteres af den anden kontraherende stat. For dette resultat taler også, at en overenskomst indgås mellem suveræne stater, og at det derfor som udgangspunkt står den enkelte stat frit for, til hvem overenskomstens fordele skal udstrækkes. Denne suverænitet er dog begrænset af dels folkeretlige forpligtelser bl.a. til at efterleve og opfylde overenskomsten i god tro, dels af bestemmelser i selve overenskomsten, som begrænser de berettigede til overenskomstfordele, jf. eksempelvis limitation on benefits-klausulen i art. 29, stk. 1-8, i OECD's modeloverenskomst og i art. 7, stk. 8-17 i Det multilaterale instrument, samt "principle purpose-testen" i OECD-modellens art. 29, stk. 9, og art. 7, stk. 1, i Det multilaterale instrument.

Resultatet af denne fortolkningsmåde er, at hvis en person af en kontraherende stat anses for hjemmehørende i den pågældende stat, kan den anden stat ikke "censurere" i dette forhold ved at anlægge en anden fortolkning af begrebet skattepligtig.

Den anden måde er ved at fortolke begrebet skattepligt "autonomt", dvs. ved at udfinde en folkeretlig forståelse af begrebet; en "rigtig" fortolkning af begrebet om man vil, som bør accepteres af alle stater, netop fordi det er den korrekte fortolkning af begrebet. I international litteratur er det gjort gældende, at ordet "skattepligt" skal fortolkes således, at subjektivt skattepligt er tilstrækkeligt, og at objektivt skattefritagne personer derfor også kan være "skattepligtige" og dermed "hjemmehørende i en kontraherende stat". Det bemærkes i forlængelse heraf, at det er vanskeligt at læse pkt. 8.11 og 8.12 i kommentarerne til art. 4 i OECD's modeloverenskomst på anden måde, end at

dette også er udtryk for OECD's egen opfattelse. Endvidere er det klart, at det også – som udgangspunkt – er den måde, Danmark fortolker begrebet på, jf. ovenfor under 2.1.

Resultatet af denne fortolkningsmåde er som udgangspunkt det samme som den første fortolkningsmåde, nemlig at hvis en person af en kontraherende stat anses for hjemmehørende i den pågældende stat, må dette også accepteres af den anden kontraherende stat. En forskel kan imidlertid opstå, hvis den ene stat ikke accepterer, at begrebet "skattepligtig" også omfatter objektivt fritagne personer og dermed ikke anser disse personer for hjemmehørende. Her kan den anden stat så vælge – til trods for dette – at udstrække overenskomstens fordele til den pågældende person.

Om man hælder til den ene eller den anden fortolkning, må være en smagssag, idet resultatet i de fleste tilfælde vil være det samme. Der skal ikke på dette sted redegøres nærmere for de divergerende synspunkter. Under alle omstændigheder er det klart, at der kan udledes en fortolkning af begrebet skattepligtig af sammenhængen, og dermed er der ikke plads til en internretlig fortolkning under anvendelse af *lex fori*-princippet.

Det er da også meget vanskeligt at finde opbakning til Skattestyrelsens fortolkning. I SKM2021.219.SR henviste Skattestyrelsen til Jens Wittendorffs artikel i [SR-Skat 2001, s. 125 ff.](#), hvor Wittendorff ganske rigtigt forfægter et synspunkt om, at *lex fori*-princippet skal anvendes. Her er det dog vigtigt at være opmærksom på, at Wittendorff gør det pågældende synspunkt gældende under den forudsætning, at den internretlige (danske) fortolkning tilsiger, at der kun kan stilles krav om subjektiv skattepligt. Fortolkningen, som Wittendorff gør sig til talsmand for, vil derfor resultere i, at danske selskaber vil kunne opnå overenskomstbeskyttelse i situationer, hvor der er indgået en overenskomst med en stat, som stiller krav om såvel subjektiv som objektiv fortolkning. Dermed er Wittendorffs synspunkt materielt i overensstemmelse med det, jeg her har præsenteret som "den anden fortolkningsmåde".

Som en tredje og sidste indvending mod Skattestyrelsens forfægtede synspunkt skal der peges på, at det retlige grundlag for, at ordet skattepligtig lige præcis i forbindelse med kollektive investeringsinstrumenter skal fortolkes anderledes efter dansk ret, end hvad tilfældet ellers er, er temmelig spinkelt. Endvidere er det ikke klart, hvorfor der i forbindelse med kollektive investeringsinstrumenter overhovedet er behov for en divergerende fortolkning, herunder behovet for at behandle kollektive investeringsinstrumenter anderledes end kollektive investeringsinstitutter.

Som nævnt fastholdt Skattestyrelsen i SKM2021.219.SR, at Danmark som udgangspunkt (fortsat) tilslutter sig flertallet af lande, som anser den subjektive skattepligt for at være tilstrækkeligt, jf. art. 4, stk. 1. Afvigelsen, hvorefter der stilles krav om såvel subjektiv som objektiv skattepligt, finder kun anvendelse på udenlandske kollektive investeringsinstrumenter, jf. Den juridiske vejledning 2021-1 C.F.8.2.2.1.3. Det fremgår heraf:

Det er danske regler der afgør, om et udenlandsk kollektivt investeringsinstrument er omfattet af overenskomsten.

I første række skal der lægges vægt på, om det udenlandske kollektive investeringsinstrument er et selvstændigt skattesubjekt i det land, hvor det er hjemmehørende. Hvis det er et selvstændigt skattesubjekt og rent faktisk betaler skat, opfylder det definitionen af et "selskab" i overenskomstens artikel 3. Dermed anses det også for en person i overenskomstens forstand.

Hvis det udenlandske kollektive investeringsinstrument er skattemæssigt transparent, således at det er deltagerne og ikke det kollektive investeringsinstrument der beskattes, kan det godt være en person i overenskomstens forstand, men det opfylder ikke kravene til at være hjemmehørende ifølge overenskomsten artikel 4.

Det citerede afsnit fra Den juridiske vejledning 2021-1 synes på flere måder opsigtsvækkende.

Som det ses, fremgår det indledningsvis, at det er danske regler, som afgør, om et udenlandsk kollektivt investeringsinstrument er omfattet af overenskomsten. Det er ikke helt klart, hvad der menes hermed. Som allerede fremhævet flere gange er det intern ret i de kontraherende stater, som afgør, om et selskab er hjemmehørende, jf. art. 4. Det er således ikke – i hvert fald ikke umiddelbart – danske regler, som afgør, om et udenlandsk kollektivt

investeringsinstrument er omfattet af overenskomsten. Hvis den anden stat anser det kollektive investeringsinstrument for at være en hjemmehørende person, vil denne kvalifikation umiddelbart være afgørende. Middelbart må det dog have in mente, at hvis det pågældende instrument ikke kan anses for at være et selvstændigt skattesubjekt efter intern dansk ret, følger det af Højesterets dom i SKM2018.376.HR, at instrumentet ikke i sig selv nyder overenskomstbeskyttelse.

Herefter fremhæves det i det citerede afsnit, at der i første række skal lægges vægt på, om det udenlandske kollektive investeringsinstrument er et selvstændigt skattesubjekt i det land, hvor det er hjemmehørende. Dette udsagn modsiger det, der er udtrykt i den foregående sætning, nemlig at det er danske regler, der er afgørende.

Herefter hedder det, at hvis det kollektive investeringsinstrument er et selvstændigt skattesubjekt og rent faktisk betaler skat, opfylder det definitionen af et "selskab" i henhold til art. 3. Herimod må det indvendes, at der ikke findes støtte i art. 3, stk. 1, litra b, eller i kommentarerne dertil for et synspunkt om, at objektiv skattepligt skulle være en betingelse for at være et "selskab" i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Endvidere synes det pågældende afsnit at blande spørgsmålet om definitionen af et "selskab" sammen med spørgsmålet om, hvorvidt en person (og dermed også et selskab) er hjemmehørende i en kontraherende stat.

Baseret på disse betragtninger forekommer Den juridiske vejledning 2021-1 C.F.8.2.2.1.3 som et yderst spinkelt grundlag for at konstatere, at der gælder en helt særlig fortolkning af begrebet "skattepligt" i art. 4, stk. 1, når der er tale om et udenlandsk investeringsinstrument.

Dette synspunkt synes Skattestyrelsen da også at dele, jf. nærmere straks herunder, hvilket begrundede Skattestyrelsens indstilling til, at der blev afgivet et bindende svar i overensstemmelse med spørgers ønske.

3.3 Betydningen af udsagn i Den juridiske vejledning

Også på det formelle plan giver SKM2021.219.SR anledning til visse bemærkninger.

Som nævnt indledningsvis var det Skattestyrelsens indstilling, at der blev afgivet et bindende svar i overensstemmelse med spørgers opfattelse. Det fremgår imidlertid også udtrykkeligt, at spørgsmålet efter Skattestyrelsens opfattelse burde være blevet besvaret anderledes, men at udsagn i Den juridiske vejledning forhindrede Skattestyrelsen heri. Skattestyrelsen udtalte om betydningen af Den juridiske vejledning:

"Ovenstående medfører som udgangspunkt, at beskatning af udbytte fra Spørgers danske datterselskab til Spørger ikke burde frafaldes eller nedsættes efter den nordiske overenskomst.

Det er dog Skattestyrelsens opfattelse, at kravet om, at Spørger skal betale skat i hjemlandet for at kunne påberåbe sig overenskomstens bestemmelser, er uklart og tvetydigt formuleret i Den juridiske vejledning.

Artikel 3 i OECD modeloverenskomsten 2017 omhandler almindelige definitioner, såsom definitioner af selskab m.m. Artikel 4 i overenskomsten omhandler definitionen af "hjemmehørende i en kontraherende stat", herunder kravet om, at en person skal være skattepligtig.

I Den juridiske vejledning 2021-1 afsnit C.F.8.2.2.1.3, der omhandler kollektive investeringsinstitutter/investeringsinstrumenter, er der ved beskrivelsen af, at der til udenlandske kollektive investeringsinstitutter/investeringsinstrumenter stilles krav om, at de rent faktisk betaler skat, for at disse enheder kan være omfattet af overenskomsten, alene henvist til overenskomstens artikel 3, selv om skattepligten er omtalt i artikel 4.

Endvidere mangler der i Den juridiske vejledning en omtale af, at kravet om betaling af skat i hjemlandet ikke gælder for de kollektive investeringsinstrumenter, der opfylder betingelserne i punkt 22 i kommentaren til artikel 1 i modeloverenskomsten." (fremhævet her)

Om [TfS 2000, 394](#) og SKM2004.172.LR udtalte Skattestyrelsen, at de pågældende afgørelser:

*“... skal ses i lyset af, at OECD's definition af begrebet “kollektivt investeringsinstrument” først blev indarbejdet i kommentarerne til modeloverenskomsten i 2010, er det Skattestyrelsens opfattelse, at [TfS 2000, 394](#) [og SKM2004.172.LR] underbygger, at kravet om, at Spørger skal betale skat i hjemlandet for at kunne påberåbe sig overenskomstens bestemmelser, **er uklart og tvetydigt formuleret i Den juridiske vejledning**. Dette skyldes, at det fremgår af [TfS 2000, 394](#) [og SKM2004.172.LR], at Danmark klart tilhører flertalsgruppen i OECD, der mener, at en “person” kan anses for undergivet fuld skattepligt, selv om en sådan “person” rent faktisk ikke pålægges skat.” (fremhævet her)*

Samlet set var det således Skattestyrelsens opfattelse, at en korrekt fortolkning af overenskomsten burde have medført, at investeringsfonden ikke var hjemmehørende i den anden kontraherende stat, og at Danmark derfor ikke skulle nedsætte beskatningen af udbytte fra PropCo efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Dermed ville udbyttet være skattepligtigt for spørger, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. Idet der imidlertid ikke var klar støtte til Skattestyrelsens opfattelse i Den juridiske vejledning, måtte man strække våben og afgive en indstilling i overensstemmelse med spørgers ønske.

Det af Skattestyrelsen forfægtede synspunkt synes at være en nyskabelse i forhold til de betingelser, der sædvanligvis stilles for, at en skatteyder kan støtte ret på indholdet af Den juridiske vejledning.

Blandt betingelserne er således, at udsagn i Den juridiske vejledning, som skatteyderne ønsker at støtte ret på, skal være entydigt og uden forbehold. Spørgsmålet måtte derfor i første omgang være, om det fremgik entydigt og uden forbehold, at det *aldrig* var en betingelse, at der skulle være betalt skat i det land, hvor det kollektive investeringsinstrument var hjemmehørende. Det synes temmelig oplagt, at dette ikke var tilfældet. Tvært imod fremgik det jo direkte af afsnit C.F.8.2.2.1.3 i Den juridiske vejledning 2021-1, som Skattestyrelsen selv refererede til, at det for kollektive investeringsinstrumenter var en betingelse, at der var betalt skat i hjemlandet.

Når Skattestyrelsen indstillede til, at der blev afgivet et bindende svar i overensstemmelse med spørgers opfattelse, skyldtes det således ikke, at der var klar og entydig opbakning til spørgers opfattelse. Derimod skyldtes det tilsyneladende, at der ikke var klar og entydig opbakning til Skattestyrelsens eget synspunkt. Hermed er den sædvanlige test vendt på hovedet: der skal nu være klar og entydig opbakning til Skattestyrelsens synspunkt i Den juridiske vejledning.

Dette synspunkt er så meget desto mere opsigtsvækkende, fordi Skattestyrelsen jo på det materielle plan var nået frem til en fortolkning, der var i overensstemmelse med det (uklart) formulerede standpunkt i Den juridiske vejledning 2021-1. Det forhold, at der ikke var klar og entydig opbakning til Skattestyrelsens synspunkt, kunne altså ikke alene skabe rettigheder for spørger – det kunne endog fortrænge en (efter Skattestyrelsens opfattelse) korrekt fortolkning af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst, dvs. en trindhøjere retskilde.

Det bliver spændende at følge, om Skattestyrelsen også i fremtiden vil følge den linje for muligheden for at støtte ret på Den juridiske vejledning, der er lagt med SKM2021.219.SR. Et godt gæt er, at det næppe vil være tilfældet.

3.4 Ændring af Den juridiske vejledning og ændring af administrativ praksis

Afgørende i sagen blev, som der netop er redegjort for, at afsnit C.F.8.2.2.1.3 i Den juridiske vejledning 2021-1 var uklart formuleret. For at udbedre dette forhold er der gennemført ændringer af det pågældende afsnit samt afsnit C.F.8.2.2.4.2.1 (omhandlende art. 4) ved opdateringen af Den juridiske vejledning 2021-2 (gældende fra 30. juni 2021).

Det fremgår også af afsnit C.F.8.2.2.1.3 i Den juridiske vejledning 2021-2, at der med indarbejdelsen af SKM2021.219.SR er sket en afklaring af (administrativ) praksis. Der er dermed ingen tvivl om, at der vil blive administreret i overensstemmelsen med afgørelsen for fremtiden.

Noget andet er så, at den fortolkning, som lægges til grund af Skattestyrelsen, næppe er korrekt. Det må derfor forventes, at lignende sager også i fremtiden vil give anledning til tvister mellem skatteyderne og Skattestyrelsen.