

Danske selskabers etablering i USA

- Skatteretlige aspekter

INDHOLDSFORTEGNELSE

Forord.....	s. 9
1 Indledning	s. 11
2 Begrebet ”Internationale skatteretlige regler”	s. 15
2.1 Indledning	s. 15
2.2 De interne udlandskatteretlige regler	s. 16
2.3 Dobbeltbeskatningsoverenskomsten.....	s. 16
2.4 Samspillet med de almindelige selskabsskatteretlige regler.....	s. 18
3 De amerikanske og danske regler om subjektiv skattepligt	s. 20
3.1 Indledning	s. 20
3.2 De amerikanske regler om subjektiv skattepligt for selskaber	s. 21
3.2.1 Selskaber der anses for ubegrænset skattepligtige til USA	s. 21
3.2.1.1 Indenlandske selskaber (”Domestic Corporations”)..	s. 21
3.2.1.2 Sondring mellem indenlandske selskaber og udenlandske selskaber (”Foreign Corporations”)	s. 22
3.2.1.3 Sondring mellem selskaber (”Corporations”) og juri- diske enheder der ikke er selvstændige skatteenheder (”Partnerships”).....	s. 24
3.2.1.4 Kvalifikation som ”Partnership” eller som ”Corporation”.....	s. 28
3.2.2 Selskaber der anses for begrænset skattepligtige til USA	s. 36
3.2.2.1 Udenlandske selskaber (”Foreign Corporations”)	s. 36
3.2.2.2 Sondring mellem udenlandske selskaber og indenlandske selskaber (”Domestic Corporations”) ..	s. 41
3.2.2.3 Sondring mellem selskaber (”Corporations”) og juri- diske enheder der ikke er selvstændige skatteenheder (”Partnerships”)	s. 42

3.2.2.4	Kvalifikation som "Partnership" eller som "Corporation"	s. 43
3.3	De danske regler om subjektiv skattepligt for selskaber	s. 47
3.3.1	Selskaber, der anses for ubegrænset skattepligtige til Danmark	s. 47
3.3.1.1	Selskaber hjemmehørende i Danmark	s. 47
3.3.1.2	Sondring mellem selskaber hjemmehørende i Danmark og udenlandske selskaber.....	s. 49
3.3.1.3	Sondring mellem "selskaber" og juridiske enheder der ikke er selvstændige skattesubjekter ("Personsselskaber").....	s. 54
3.3.1.4	Kvalifikation som "selskab" eller som "personsselskab"	s. 57
3.3.2	Selskaber der anses for begrænset skattepligtige til Danmark	s. 59
4	Dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler om fordeling af beskatningsretten til indkomster, og lempelse af dobbeltbeskatning	s. 62
4.1	Indledning	s. 62
4.2	Dobbeltbeskatningsoverenskomstens grundprincipper	s. 63
4.2.1	Dobbeltbeskatningsoverenskomstens lempelsesmetoder	s. 63
4.2.2	Begrebet "Skattemæssigt hjemsted"	s. 64
4.2.3	Fordeling af beskatningsret og lempelse af dobbeltbeskatning	s. 66
4.2.3.1	Indkomst optjent i hjemstedslandet	s. 66
4.2.3.2	Indkomst optjent i det andet land (kildelandet)	s. 66
4.3	Dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler af særlig relevans for danske selskaber der har foretaget etablering i USA	s. 67
4.3.1	Indkomst af fast ejendom.....	s. 68
4.3.2	Fortjeneste ved drift af erhvervsvirksomhed (fast driftssted) .	s. 68
4.3.3	Fortjeneste ved skibs- og luftfart	s. 71

4.3.4	Indkomst opstået ved samhandel mellem forbundne virksomheder.....	s. 71
4.3.5	Udbytte.....	s. 72
4.3.6	Renter.....	s. 73
4.3.7	Royalties.....	s. 74
4.3.8	Kapitalgevinster	s. 74
5	Etablering af virksomhed i USA via stiftelse af datterselskab. ("Corporation")	s. 76
5.1	Indledning	s. 76
5.2	Skattemæssige konsekvenser i "det rene tilfælde"	s. 78
5.2.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 79
5.2.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 81
5.2.3	Ingen dobbeltbeskatning	s. 81
5.3	Eksempel: Datterselskab har salgsaktiviteter i Danmark uden involvering af moderselskab, dansk forretningssted i øvrigt eller fast her virkende personale	s.82
5.3.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s.82
5.3.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 83
5.3.3	Ingen dobbeltbeskatning	s. 84
5.4	Eksempel: Datterselskab har salgsaktiviteter i Danmark under involvering af moderselskab	s. 84
5.4.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 85
5.4.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 85
5.4.3	afværgelse af dobbeltbeskatning.....	s.87
5.5	Eksempel: Datterselskabet har salgsaktiviteter uden for USA i øvrigt	s. 88
5.6	Eksempel: Moderselskab sælger direkte til USA uden involvering af datterselskab.....	s. 88
5.7	Eksempel: Moderselskab sælger direkte til USA under involvering af datterselskab.....	s. 89

5.7.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 90
5.7.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 91
5.7.3	Afværgelse af dobbeltbeskatning.....	s. 92
5.8	Eksempel: Datterselskab ledes fra Danmark	s. 92
5.8.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 93
5.8.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 93
5.8.3	Afværgelse af dobbeltbeskatning.....	s. 95
6	Etablering i USA på anden vis end via stiftelse af datterselskab.....	s. 97
6.1	Indledning	s. 97
6.2	Eksport til USA – Ingen salgsrepræsentation, ingen fysisk etablering.....	s. 99
6.2.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 99
6.2.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 99
6.2.3	Ingen dobbeltbeskatning	s. 99
6.3	Eksport til USA – Ingen salgsrepræsentation, men fast forretningssted af hjælpende karakter.....	s. 100
6.3.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 100
6.3.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 101
6.3.3	Ingen dobbeltbeskatning	s. 101
6.4	Distributør	s. 101
6.4.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 102
6.4.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 102
6.4.3	Ingen dobbeltbeskatning	s. 102
6.5	Handelsagent (uden fuldmagt til indgåelse af aftaler)	s. 103
6.5.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 103
6.5.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 104
6.5.3	Ingen dobbeltbeskatning	s. 104
6.6	Fastvirkende fuldmægtig	s. 104
6.6.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 104
6.6.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 105

6.6.3	Afværgelse af dobbeltbeskatning.....	s. 105
6.7	Filial	s. 106
6.7.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 106
6.7.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 107
6.7.3	Afværgelse af dobbeltbeskatning.....	s. 107
6.8	”Partnership”	s. 108
6.8.1	Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret	s. 108
6.8.2	Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret	s. 110
6.8.3	Afværgelse af dobbeltbeskatning.....	s. 110
6.9	’Limited Liability Company’ (LLC).....	s. 113
6.10	Joint Venture	s. 114
7	Principper for drift af datterselskab	s. 116
7.1	Indledning	s. 116
7.2	Kapitalisering af datterselskab – Finansiering af datterselskabets drift	s. 118
7.2.1.	Indledning	s. 118
7.2.2	Moderselskabets indskud af egenkapital (tegning af aktier). s.	119
7.2.3	Moderselskabets ydelse af, eller kautionering for lån.....	s. 120
7.2.4	Moderselskabets ydelse af driftstilskud til datterselskabet... s.	123
7.3	Samhandel og økonomisk samkvem mellem moder- og datterselskab skal ske på markedsvilkår (Transfer Pricing korektion)	s. 125
7.3.1	Indledning	s. 125
7.3.2	De amerikanske Transfer Pricing regler	s. 127
7.3.2.1	Transfer Pricing reglernes retsgrundlag.....	s. 127
7.3.2.2.	Skattemyndighedernes retsmidler – Korrektions- adgang, bøder, dokumentationskrav	s. 128
7.3.2.3	Arms Length pris findes ved sammenligning med tilsvarende eller lignende transaktioner	s. 130

7.3.2.4	Transfer Pricing metoder	s. 132
7.3.2.5	Transfer Pricing metoder ved køb og salg af varer	s. 133
7.3.2.6	Transfer Pricing metoder ved leje og leasing af materielle rettigheder	s. 137
7.3.2.7	Transfer Pricing metoder ved overdragelse af immaterielle rettigheder	s. 137
7.3.2.8	Transfer Pricing metoder ved levering af tjenesteydelser.....	s. 139
7.3.2.9	Transfer Pricing metoder ved ydelse af lån	s. 140
7.3.3	De danske Transfer Pricing regler	s. 141
7.3.3.1	Retsgrundlag	s. 141
7.3.3.2	Skattemyndighedernes retsmidler – Korrektionsadgang, dokumentationskrav	s. 143
7.3.3.3	Transfer Pricing metoder	s. 145
7.3.4	Afværgelse af dobbeltbeskatning.....	s. 148
7.4	Principper for drift af filial og for deltagelse i Partnerships (transparente enheder).....	s. 151
8	Sambeskatning	s. 153
8.1	Indledning	s. 153
8.2	Frivillig sambeskatning.....	s. 154
8.3	Tvungen sambeskatning.....	s. 157
9	Beskatning af udbytte.....	s. 160
9.1	Indledning	s. 160
9.2	Beskatning efter amerikansk ret.....	s. 161
9.3	Beskatning efter dansk ret.....	s. 161
9.4	Dobbeltbeskatningsoverenskomstens beskatningsbegrænsende effekt	s. 163
9.5	De amerikanske regler om filialbeskatning (Branch Profits Tax)	s. 164

10	Likvidationsbeskatning	s. 165
10.1	Indledning	s. 165
10.2	Beskatning ved likvidation af datterselskab	s. 166
10.3	Beskatning ved ophør af virksomhed i filialregi eller af virksomhed via deltagelse i en transparent enhed.....	s. 167
	LITTERATURLISTE	s. 171

FORORD

Denne rapport retter sig mod beslutningstagere i, og rådgivere for, danske anparts- og aktieselskaber der overvejer etablering, er i gang med etablering eller har gennemført etablering i USA. Det er håbet, at rapporten kan medvirke til at bibringe overblik over de udvalgte centrale problemstillinger, og således vil virke fremmende for beslutningen hvorvidt, og i givet fald hvordan etablering i USA bør iværksættes og videre tilrettelægges. Målsætningen er at medvirke til at skabe et solidt grundlag for danske selskabers aktiviteter på det amerikanske marked, og dermed med at bidrage til deres succes.

Rapporten vil først og fremmest beskrive de skattemæssige konsekvenser af danske selskabers etablering af virksomhed via datterselskaber, men vil tillige berøre etablering af virksomhed på anden vis.

Den i rapporten indeholdte beskrivelse vil inddrage reglerne om beskatning efter amerikansk ret, reglerne om beskatning efter dansk ret, såvel som samspillet mellem disse regelsæt. Denne komparative indgangsvinkel giver selvsagt rapporten en langt større nytte-værdi for læserne, end hvis rapporten alene tilstræbte at beskrive den skattemæssige retsstilling efter amerikansk ret.

Rapporten er skrevet for såvel ikke-jurister som jurister. For at lette læsningen er henvisninger til amerikansk sprogbrug, lovtekster, samt juridisk litteratur hovedsagelig anført i fodnoterne. Undtagelse herfra gøres dog, hvor anvendelsen af den gængse amerikanske terminologi skønnes at være fremmende for beskrivelsen af den behandlede problemstilling.

Rapporten er skrevet af advokat, LL.M. Mogens D. Vestergaard under medvirken af advokat, LL.M., Ph.D. Finn Martensen. Finn Martensen driver advokatvirksomhed i både USA og Danmark, og Mogens D. Vestergaard er ansat på advokatkontoret.

Advokatkontoret driver virksomhed fra følgende adresser:

Martensen Wright, LLP
112 J Street, Second Floor,
Sacramento, CA 95814
Telefon: (916) 448 9088
Telefax: (916) 448 9084
E-mail: info@usa-eurolaw.com

Advokat Finn Martensen c/o
Norsker & Jacoby, advokater
Kvæsthusgade 3,
1251 København K
Telefon: 33 11 08 85
Telefax: 33 93 75 30
E-mail: fm@norsker-jacoby.dk

1 Indledning

Når danske selskaber etablerer sig i udlandet med et udenlandsk datterselskab, en udenlandsk filial, et udenlandsk fast driftssted eller lignende, opstår der, udover til Danmark, tilknytning for virksomheden til etableringslandet.

I konsekvens af, at selskabet i kraft af etableringen får tilknytning til etableringslandet opstår spørgsmål om hvilke skattemæssige konsekvenser denne tilknytning til etableringslandet får. Der opstår herunder spørgsmål om i hvilket omfang der skal betales skat til etableringslandet, i hvilket omfang der skal betales skat til Danmark af indkomsten optjent i etableringslandet, og i hvilket omfang dobbeltbeskatning afbødes hvis selskabets tilknytning til de to lande indebærer, at der skal betales skat af samme indkomst flere steder

Denne rapport har til hensigt at beskrive sådanne skattemæssige konsekvenser af danske aktie- og anpartsselskabers etablering i USA.

Rapporten beskriver først og fremmest de skattemæssige konsekvenser af etablering via datterselskaber i den til aktie- og anpartsselskaber parallelle amerikanske selskabsform – ”Corporations”. Hovedvægten er lagt på beskrivelse af reglerne om etablering via ”Corporations”, idet dette ikke alene er den mest sædvanlige etableringsform for udenlandske selskaber, men tillige oftest er den anbefalelsesværdige¹ etableringsform. Dette gælder ikke mindst af skattemæssige årsager².

Rapporten vil dog tillige berøre de skattemæssige konsekvenser af en række øvrige etableringsformer, herunder andre selskabstyper samt filialer. Dette, dels med henblik at sammenligne de skattemæssige konsekvenser af sådanne etableringsformer, sammenholdt

¹ Der henvises til Udenrigsministeriets varerapporter, Produktansvar i USA, (2. udgave januar 1999) og Etablerings- og kontraktforhold i USA (juni 1996).

² Om de skattemæssige konsekvenser af datterselskabsetablering sammenholdt med andre former for etablering henvises til afsnit 5 nedenfor.

med etablering ved stiftelse af et selskab, dels idet forretningsmæssige forhold fra tid til anden kan tilsi­ge at etablering skal ske på anden vis end ved stiftelse af et datterselskab.

Betegnelsen ”datterselskaber” vil i rapporten, alene blive anvendt som betegnelse for ”Corporations”.

Den i rapporten indeholdte beskrivelse vil inddrage reglerne om beskatning efter amerikansk ret, reglerne om beskatning efter dansk ret, såvel som samspillet mellem disse regelsæt.

Rapporten tilstræber således, set med det danske selskabs briller, at tilvejebringe et indtryk af de skattemæssige konsekvenser af etableringen, og den herefter følgende drift.

Retsreglerne, der særligt regulerer den rapporten omhandlede problemstilling, benævnes i den juridiske teori ”*international skatteret*”.

Ved amerikansk, dansk eller et hvilket som helst andet lands internationale skatteret forstås de retsregler der regulerer en skatteyd­ers skattebetaling i situationer hvor skatteyderen udover tilknytning til det pågældende land, har tilknytning til et eller flere andre lande³. Problemstillingen omfatter herunder om der overhovedet er pligt til skattebetaling til det pågældende land, og i givet fald i hvilket omfang der er pligt til skattebetaling.

Retsreglerne af særlig betydning for belysningen af den rapporten omhandlede problemstilling er således de amerikanske såvel som de danske internationale skatteretlige regler.

Det skal allerede her understreges, at de internationale skatteretlige regler udgør en integreret bestanddel af de almindelige skatteretlige regler, for selskabers vedkommende de almindelige selskabsskatteretlige regler. Når en skatteyd­ers principielle skattepligt er

³ Se hertil eksempelvis Aage Michelsen, *International Skatteret*, 2. udgave, 1996, s. 20.

For en tilsvarende amerikansk definition, se eksempelvis Charles H. Gustavson m.fl., *Taxation of International Transactions*, 1997 s. 1.

fastslået, fastlægges omfanget af skattepligten i samspil mellem de internationale skatteretlige regler og de almindelige skatteretlige regler.

Begrebet "*international skatteret*" beskrives nærmere nedenfor i afsnit 2. I denne forbindelse gives en oversigt over de af begrebet omfattede regelsæt, og dermed over regelsættene der regulerer den rapporten omhandlede problemstilling. Tillige beskrives her de internationale skatteretlige reglers samspil med de almindelige amerikanske og danske skatteretlige regler.

Nedenfor i afsnit 3 og 4 beskrives de amerikanske og danske regler om "*subjektiv skattepligt*", og de i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA indeholdte regler om "fordeling af beskatningsretten til indkomster og lempelse af dobbeltbeskatning. Disse regler, beskrives indledningsvist idet de er helt centrale for anvendelsen af det samlede system af regler samlet under betegnelsen "*international skatteret*", og således er helt centrale for fastlæggelsen af danske selskabers skattemæssige position i forbindelse med etablering i USA.

I afsnittene 5 og 6 beskrives, under anvendelse af de under 3 og 4 beskrevne regler om subjektiv skattepligt og fordeling af beskatningsretten, de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering i USA ved stiftelse af et datterselskab (afsnit 5, og til sammenligning ved etablering i USA på anden vis (afsnit 6).

I afsnit 7 beskrives de almindelige principper for drift af datterselskaber, som tilsiges af såvel amerikanske som danske internationale skatteretlige såvel som selskabsskatteretlige regler.

I afsnit 8 beskrives de danske regler om sambeskatning af moder- og datterselskaber. Sambeskatning, der som begreb også kendes under amerikansk ret, sker såvel under amerikansk som dansk ret per definition hos moderselskabet. Da rapportens formål er at beskrive de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af datterselskab i USA inddrages således alene de danske sambeskatningsregler.

I Afsnit 9 beskrives reglerne om beskatning af udbytte udloddet fra det amerikanske datterselskab til det danske moderselskab.

Den i rapporten indeholdte fremstilling af de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af datterselskab i USA afrundes i afsnit 10 med en beskrivelse af de skattemæssige konsekvenser af etableringens ophør ved likvidation af datterselskabet.

2 **Begrebet ”Internationale skatteretlige regler”**

2.1 **Indledning**

Ved et lands internationale skatteretlige regler forstås, som beskrevet ovenfor, de retsregler som regulerer en skatteydere, det være sig et selskabs, en persons, en fonds, et dødsbos, etc. skattebetaling i situationer hvor skatteyderen, udover tilknytning til det pågældende land, har tilknytning til et eller flere andre lande.

Den af rapporten omfattede problemstilling er som beskrevet ovenfor afgrænset til danske selskabers etablering i USA.

De internationale skatteretlige regler af relevans for problemstillingen i denne rapport er således den del af de amerikanske og danske internationale skatteretlige regler der regulerer selskaber med tilknytning til flere lande.

Retsreglerne omfattet af betegnelsen ”internationale skatteretlige regler” består dels af intern (dansk respektive amerikansk) udlandsskatteret jfr. herom nedenfor under afsnit 2.2, dels af den mellem Danmark og USA til enhver tid gældende dobbeltbeskatningsoverenskomst, og de hertil knyttede folkeretlige principper, herunder fortolkningsprincipper, jfr. herom nedenfor under afsnit 2.3.

Rapportens hensigt, en beskrivelse af de skattemæssige konsekvenser af danske selskabers etablering i USA kan ikke opfyldes alene ved en beskrivelse af de to landes snævert internationale skatteretlige regler. Dette skyldes, at disse reglers virkninger afhænger af samspillet med de almindelige selskabsskatteretlige regler. Dette samspil beskrives nedenfor i afsnit 2.4.

2.2 De interne udlandsskatteretlige regler

Et lands "Interne udlandsskatteretlige regler" består for det første af reglerne om subjektiv skattepligt hvorved forstås spørgsmålet om hvorvidt en skatteyder, her et selskab, anses for skattepligtig (og fradragsberettiget) til det pågældende land, enten ubegrænset skattepligtig eller begrænset skattepligtig for så vidt specifikke indkomstkategorier. De amerikanske og danske regler om subjektiv skattepligt beskrives nedenfor i afsnit 3.

Betegnelsen "*Interne udlandsskatteretlige regler*" omfatter herudover en række lempelsesregler som fritager den skattepligtige, her et selskab, helt eller delvist, for beskatning af nærmere opregnede udenlandske indkomster, navnlig med henblik på undgåelse af dobbeltbeskatning. De interne lempelsesregler er således at betegne som en implementering af, men herudover tillige i en række tilfælde som et supplement til de med andre stater indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, jfr. straks nedenfor i afsnit 2.3.

Betegnelsen "*Interne udlandsskatteretlige regler*" omfatter endelig en residualmængde af retsregler, der på forskellig vis i samspil med almindelige beskatningsregler påvirker eller regulerer opgørelsen og beskatningen af skatteyderens, altså selskabets indkomst med international tilknytning.

2.3. Dobbeltbeskatningsoverenskomsten

Danmark og USA undertegnede den 19. august 1999 en ny dobbeltbeskatningsoverenskomst til afløsning af den hidtil gældende dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1948.

Den nye dobbeltbeskatningsoverenskomst betegnes i sin helhed "*Overenskomst mellem Danmark og Amerikas Forenede Stater*". Anvendelse af betegnelsen "dobbeltbeskatningsoverenskomsten" vil i rapporten, hvor andet ikke fremgår af sammenhængen, skulle forstås som en henvisning hertil.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten trådte i kraft ved de to landes udveksling af ratifikationsnoter den 31. marts 2000.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten får for en del af bestemmelsernes vedkommende virkning fra 1. maj 2000, og for resten af bestemmelsernes vedkommende fra 1. januar 2001⁴. Dog kan en skatteyder på begæring få udsat anvendelsen af den nye overenskomst med et år, såfremt retsstillingen efter den gamle overenskomst må vurderes at være gunstigere⁵.

De i dobbeltbeskatningsoverenskomsten indeholdte bestemmelser af betydning for den af rapporten omfattede problemstilling består for det første af en række regler om fordelingen af beskatningsretten de to stater imellem til indkomstkategorier af relevans for erhvervsvirksomheder¹. I nær sammenhæng hermed indeholdes bestemmelser der foreskriver hvorledes den stat der har afgivet beskatningsretten til en indkomst skal lempe en eventuel foreskrevet beskatning heraf, i henhold til de interne regler om subjektiv skattepligt, over for den pågældende skatteborger. Disse regler beskrives nærmere nedenfor i afsnit 3.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten viderefører i vidt omfang reglerne og principperne indeholdt i, eller i retspraksis udledt fra, den gamle overenskomst fra 1948, og indebærer således ikke en dramatisk ændring af retstilstanden.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten er langt mere omfattende end den gamle overenskomst og er således præget af en langt højere detaljeringsgrad end den gamle overenskomst. Henset hertil, og henset til at dobbeltbeskatningsoverenskomsten i vidt omfang, i modsætning til den gamle overenskomst, følger OECD-modeloverenskomstens gennemprøvede systematik og definitioner, er det forventningen at den væsentligste landvinding

⁴ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 29 stk. 2.

⁵ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 29 stk. 4.

ved gennemførelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomsten vil være at retstilstanden klargøres på en række punkter⁶.

Af særlig interesse for danske selskaber som har, eller overvejer etablering af datterselskab i USA må fremhæves, at omfanget af USA's beskatningsret til udbytte hjemtaget fra datterselskabet begrænses⁷.

Yderligere må af særlig interesse for danske selskaber som har, eller overvejer etablering af, filial el. lignende fremhæves at dobbeltbeskatningsoverenskomsten i modsætning til den gamle overenskomst klargør i hvilket omfang USA udover almindelig indkomstbeskatning af filialens indtægter kan opkræve den såkaldte "*branch profits tax*". Herved forstås en kildebeskatning svarende til kildebeskatningen af udenlandske selskabers hjemtagelse af udbytter fra amerikanske datterselskaber⁸.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten omfatter alene danske og føderale amerikanske indkomstskatter.⁹ Dobbeltbeskatningsoverenskomsten omfatter således ikke indkomstskatter som måtte opkræves af de enkelte amerikanske stater¹⁰. Dobbeltbeskatningsoverenskomsten omfatter heller ikke arbejdsgivers andel af de danske og amerikanske socialskatter. Et dansk selskab der foretager etablering af virksomhed i USA skal selvsagt være opmærksom på dette forhold i forbindelse med analysen af de skattemæssige konsekvenser af etableringen.

2.4 Samspillet med de almindelige selskabsskatteretlige regler

De skattemæssige konsekvenser af danske selskabers etablering i USA kan som nævnt ikke belyses alene ved en beskrivelse af de to landes internationale skatteretlige regler,

⁶ Der henvises til bemærkningerne til lovforslaget til gennemførelse af dobbeltbeskatningsoverenskomsten (L 84 af 3. november 1999).

⁷ Jfr. herom nedenfor afsnit 9.

⁸ Jfr. herom nedenfor afsnit 5 og 9.

⁹ Jfr. således modsætningsvis dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 2.

¹⁰ Den statslige beskatning af selskaber varierer betydeligt fra stat til stat. Nogle amerikanske stater opkræver således slet ikke selskabsskat, hvorimod andre stater opkræver en betydelig selskabsskat i tillæg til de føderale skatter.

som beskrevet ovenfor under 2.2 og 2.3, idet disse reglers virkninger afhænger af samspillet med de almindelige indenlandske selskabsskatteretlige regler.

De internationale skatteretlige regler udgør som nævnt en integreret bestanddel af de almindelige skatteretlige regler.

Ved anvendelse af de to landes regler om subjektiv skattepligt, her reglerne om subjektiv skattepligt for selskaber, fastslås hvorvidt et selskab er skattepligtigt til det pågældende land af en indkomst. Når det således er fastslået at selskabet er skattepligtigt af indkomsten anvendes de almindelige selskabsskatteretlige regler til fastlæggelse af omfanget af skattepligten. Den herved fremkomne beskatning kan dog bortfalde eller reguleres af dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler om fordeling af beskatningsretten, dobbeltbeskatningsoverenskomstens eller interne amerikanske eller danske lempelsesregler, eller andre regler der påvirker eller regulerer indkomst med international tilknytning.

Sagt med andre ord afgøres det ved hjælp af de internationale skatteretlige regler i hvilket omfang de almindelige indenlandske selskabsskatteretlige regler finder anvendelse.

3 De amerikanske og danske regler om subjektiv skattepligt

3.1 Indledning

De interne amerikanske og danske regler om subjektiv skattepligt¹¹ regulerer som nævnt ovenfor problemstillingen, i hvilket omfang selskaber med tilknytning til USA respektive Danmark anses for skattepligtige hertil.

Disse regler er af grundlæggende betydning for fastlæggelsen af den skattemæssige position i koncerner med selskaber og aktiviteter både i USA og Danmark.

De amerikanske og danske regler om subjektiv skattepligt vil straks nedenfor i afsnit 3.2 og 3.3 blive beskrevet generelt.

Reglerne om subjektiv skattepligt vil herefter i afsnittene 5 og 6, sammen med de øvrige internationale skatteretlige regler, og i samspil med de almindelige danske og amerikanske selskabsskatteretlige regler blive anvendt i beskrivelsen af de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af de forskellige muligheder et dansk selskab har for etablering i USA.

Vi har valgt først at beskrive reglerne om subjektiv skattepligt generelt for herefter at belyse reglernes betydning som grundkomponent i fastlæggelsen af de skattemæssige konsekvenser af etablering i USA. Hertil kommer, at et forudgående kendskab til reglerne om subjektiv skattepligt er fremmede for forståelsen af den retsanvendelse der fører frem til de i afsnittene 5 og 6 beskrevne grundlæggende skattemæssige konsekvenser af danske selskabers etablering i USA

Ud fra tilsvarende betragtninger foretages efterfølgende i afsnit 4 en kort generel beskrivelse af den anden grundkomponent i fastlæggelsen af de skattemæssige konsekvenser af

¹¹ På engelsk "Taxing jurisdiction".

etablering i USA – dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler om fordeling af beskatningsretten til indkomster og lempelse af dobbeltbeskatning.

Såvel efter amerikansk som efter dansk ret vil en række retssubjekter anses for at have en sådan tilknytning til USA respektive Danmark, at de anses for skattepligtige hertil af hele deres indkomst, uanset indkomstens art, og uanset hvorfra i verden den er optjent¹². Sådanne retssubjekter betegnes som ”ubegrænset skattepligtige”¹³ til det pågældende land.

Andre retssubjekter med løsere tilknytning til USA respektive Danmark anses efter begge staters ret for skattepligtige, til USA respektive Danmark af visse indkomster med tilknytning til det pågældende land¹⁴. Sådanne retssubjekter betegnes som ”begrænset skattepligtige”¹⁵ til de pågældende land.

De i de efterfølgende afsnit 3.2 og 3.3 indeholdte beskrivelser af de amerikanske henholdsvis de danske regler om subjektiv skattepligt vil være inddelt efter denne terminologiske sontring.

3.2 De amerikanske regler om subjektiv skattepligt for selskaber

3.2.1 Selskaber der anses for ubegrænset skattepligtige til USA

3.2.1.1 Indenlandske selskaber (”Domestic Corporations”)

De føderale amerikanske regler om subjektiv skattepligt for selskaber er indeholdt i ”Internal Revenue Code”¹⁶. Reference til ”Internal Revenue Code” vil i denne rapport nedenfor ske ved anvendelse af forkortelsen ”IRC”.

¹² En sådan udstrækning af skattepligten benævnes i dansk terminologi ”globalindkomstprincippet”.

¹³ Det siges om sådanne retssubjekter i amerikansk terminologi, at “The US asserts world wide taxing jurisdiction.”

¹⁴ Der tales her i dansk terminologi om beskatning efter ”teritorialprincippet”

¹⁵ Det siges i amerikansk terminologi om sådanne retssubjekter at de er “subject to US tax on the basis of the US source of their income”

¹⁶ IRC med tilhørende ”regulations” (bekendtgørelser) rummer hele den føderale amerikanske skattelovgivning. Al ny skattelovgivning bliver således, i forbindelse med vedtagelsen heraf, indarbejdet i IRC. Som

Det er IRC's bogstavelige udgangspunkt at ethvert selskab¹⁷, udenlandsk eller indenlandsk, er skattepligtigt til USA af hele dets globale skattepligtige indkomst¹⁸.

Dette udgangspunkt modificeres dog for så vidt udenlandske selskaber, idet det fastslås¹⁹, at de almindelige beskatningsregler kun finder anvendelse for sådanne selskaber idet omfang dette følger af visse regler om begrænset skattepligt²⁰. Reglerne om begrænset skattepligt gennemgås straks nedenfor i afsnit 3.2.2.

Det må således fastslås, at kun indenlandske selskaber er omfattet af reglerne om ubegrænset skattepligt til USA.

3.2.1.2 Sondring mellem indenlandske selskaber og udenlandske selskaber ("Foreign Corporations")

IRC indeholder et sæt afgrænsningsregler, der fastslår hvornår et selskab i skattemæssig henseende anses for indenlandsk, og hvornår selskabet i skattemæssig henseende anses for udenlandsk. Det fastslås således, at et selskab anses for indenlandsk når det er stiftet eller organiseret efter amerikansk ret²¹.

Udenlandske selskaber defineres negativt ved modsætningsslutning herfra, idet det fastslås, at selskaber der ikke er indenlandske er udenlandske²².

videre udtryk for denne retstradition skal nævnes at IRC på sin side indgår som en del af United States Code, der således rummer al føderal amerikansk lovgivning. IRC's fulde titel er således: "*United States Code Title 26 – Internal Revenue Code*".

¹⁷ Jfr. således IRC section 11(a) hvoraf fremgår at : "A tax is hereby imposed for each taxable year on the taxable income of every corporation"

¹⁸ "Taxable Income" udledes som en reguleret størrelse af "Gross Income", der i IRC section 61(a) defineres således "Except as otherwise provided in this subtitle gross income means all income from whatever source derived..."

¹⁹ Jfr. således IRC section 11(d) hvor det fastslås at "In the case of foreign corporations the taxes imposed by subsection (a) and section 55 shall apply only as provided by section 882."

²⁰ Jfr. således IRC section 882. Udover reglerne i section 882 findes regler om begrænset skattepligt i IRC section 881. Dette regelsæt henviser imidlertid ikke til de almindelige beskatningsregler men pålægger udenlandske selskaber en kildebeskatning på 30% af visse indkomsttyper.

²¹ Jfr. således IRC section 7701(a)(4).

²² Jfr. således IRC section 7701(a)(5).

Selskabers nationalitet fastslås således i IRC udelukkende efter det såkaldte registrerings- eller inkorporationskriterium²³.

Et selskab stiftet og registreret i en amerikansk stat vil således anses for ubegrænset skattepligtigt til USA efter globalindkomstprincippet selv om selskabet ikke måtte have anden tilknytning til USA end registreringen i et statsligt selskabsregister og en c/o adresse. Hvis et selskab eksempelvis er stiftet og registreret i USA vil det anses for skattepligtigt til USA efter globalindkomstprincippet, selv om alle i personkredsen der ejer og leder selskabet er bosiddende i Danmark, selv om alle ledelsesbeslutninger træffes i Danmark, og selvom selskabet ikke måtte have nogen aktivitetsmæssig tilknytning til USA²⁴.

De i et lands regler om subjektiv skattepligt indeholdte principper for fastlæggelse af selskabers nationalitet, og dermed fastlæggelse af til hvilket land et selskab er ubegrænset skattepligtigt efter globalindkomstprincippet, må ikke forveksles med den parallelle civilretlige (international privatretlige) problemstilling, hvilket lands selskabsstatut (selskabslovgivning) et selskab med aktiviteter i flere lande er underlagt.

USA anvender også i international privatretlig henseende det rene inkorporationskriterium. Et selskab stiftet og registreret i USA anses for et amerikansk selskab, og er således

²³ Det er et gennemgående karakteristika ved reglerne om subjektiv skattepligt i de langt de fleste industrialiserede lande, at nationalt hjemmehørende selskaber beskattes efter globalindkomstprincippet, hvorimod udenlandske selskaber er skattepligtige efter territorialprincippet. Der er derimod betydelige forskelle på efter hvilke kriterier de enkelte industrialiserede lande afgør om et selskab er nationalt hjemmehørende. Selskabers nationalitet i skatteretlig henseende kan principielt enten fastslås efter inkorporationskriteriet, efter hovedsædekriteriet eller ved enhver tænkelig kombination af de to kriterier. Såfremt et land alene bestemmer selskabets nationalitet ud fra hovedsædekriteriet, vil et selskab anses for hjemmehørende i det pågældende land, hvis selskabets ledelse har hjemsted der. Såfremt et selskab udover til USA har tilknytning til et land der anvender et fra inkorporationskriteriet afvigende kriterium kan situationen således forekomme, at selskabet anses for ubegrænset skattepligtigt til begge disse stater efter globalindkomstprincippet. Omvendt kan situationen også forekomme, at selskabet ikke anses for hjemmehørende i nogen af de to stater, men kun er begrænset skattepligtigt til begge stater efter territorialprincippet. Samspillet mellem to landes regler om afgørelse af selskabers nationalitet kan fra tid til anden medføre uheldige utilsigtede skattemæssige konsekvenser lige som selskaber selvsagt fra tid til anden vil kunne spekulere i dette samspil, jfr. således Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, s. 67.

²⁴ Jfr. således Charles H. Gustavson m.fl., Taxation of International Transactions, 1997, s. 45. Om de danske regler om kvalifikation af selskabers nationalitet henvises til afsnit 3.3.1. Om dobbeltbeskatningsoverenskomstens afhjælpning af konflikter opstået som følge af amerikanske og danske reglers forskellige kvalifikation af selskabers nationalitet henvises til afsnittene 4, og 5 nedenfor.

underlagt kravene i registreringsstatens selskabslovgivning. Som modstykke hertil nyder selskabet i enhver henseende privilegier og retsbeskyttelse som et amerikansk selskab²⁵.

3.2.1.3 Sondring mellem selskaber ("Corporations") og juridiske enheder der ikke er selvstændige skattesubjekter ("Partnerships")

Efter amerikansk ret, lige som i øvrigt efter dansk ret hersker der en udstrakt grad selskabsretlig aftalefrihed. Det er således i vidt omfang muligt at etablere og deltage i virksomhed via ulovregulerede, skræddersyede enheder, der i varierende grad civilretligt (selskabsretligt) betragtes som selvstændige juridiske personer.

Hertil kommer, at lovgivningen i de enkelte amerikanske stater undertiden hjemler mulighed for at udøve virksomhed i juridiske enheder med karakteristika der afviger væsentligt fra den klassiske "Corporation", selskabsbeskatningens kernesubjekt.

Da der således civilretligt er mulighed for udøvelse af virksomhed i juridiske enheder i mangfoldige varianter, er der selvsagt behov for et regelsæt der afgrænser hvilke juridiske enheder der betragtes som selvstændige skattesubjekter, og således beskattes som selskaber, og hvilke juridiske enheder der anses for skattemæssigt transparente. Ved en transparent enhed forstås, at enheden ikke er genstand for selvstændig beskatning, idet den i enheden optjente indkomst beskattes direkte hos enhedens ejere.

²⁵ Denne rene amerikanske anvendelse af inkorporationskriteriet både i international skatteretlig og i international privatretlig henseende står i modsætning til retsstillingen i de europæiske lande hvor hovedsædekriteriet, både i international skatteretlig og international privatretlig henseende, i vekslende omfang anvendes i stedet for, eller i kombination med inkorporationskriteriet. Jfr. således Mette Neville, Juristen 1997, s. 146 ff. Fastlæggelsen af et ensartet EU-retligt nationalitetskriterium er genstand for intens debat i forbindelse med bestræbelserne på harmonisering af EU-landenes selskabslovgivning, dels i forbindelse med den stadige udvikling af retspraksis vedrørende Romtraktatens regler om fri etableringsret. Se herom Erik Werlauff, UfR B 1999 s. 163 ff., der argumenterer for synspunktet, at EU-domstolens afgørelse C-212/97 af 9. marts 1999 (Centros dommen) lægger grundstenen til en praksis der i international privatretlig henseende gør op med hovedsædekriteriet som stridende mod Romtraktatens regler om selskabers frie etableringsret. EU-domstolen har tidligere fastslået at Rom-traktatens regler om den frie etableringsret ikke forhindrer medlemsstaternes anvendelse af hovedsædekriteriet i international skatteretlig henseende, jfr.

IRC indeholder et sæt afgrænsningsregler, der fastslår hvilke juridiske personer, der omfattes af reglerne om subjektiv skattepligt for selskaber.

Reglerne om subjektiv skattepligt for selskaber omfatter efter dette afgrænsningsregelsæt²⁶ først og fremmest Indenlandske eller udenlandske "Corporations" i snæver forstand som dette begreb anvendes i gængs selskabsretlig terminologi²⁷, altså selskaber hvis ejerkapital er inddelt i aktier²⁸, hvor selskabsdeltagerne hæfter begrænset med deres kapitalindskud, hvis eksistens beror på registrering i et offentligt selskabsregister, og som er underlagt en omfangsrig offentlig regulering. Herudover anses indenlandske og udenlandske "Associations"²⁹, såkaldte "Joint stock companies"³⁰ og forsikringsselskaber for omfattet af de amerikanske regler om subjektiv skattepligt for selskaber³¹.

Ovenfor under 3.2.1.1. fastslås, at kun selskaber der i skattemæssig henseende betragtes som indenlandske er omfattet af reglerne om ubegrænset skattepligt. Kombineret med det i nærværende afsnit 2.1.2. anførte kan kredsen af juridiske personer omfattet af reglerne om ubegrænset skattepligt til USA således afgrænses til indenlandske "Corporations" i snæver selskabsretlig forstand, samt indenlandske såkaldte "Associations", indenlandske såkaldte Joint-stock companies samt indenlandske forsikringsselskaber".

Juridiske personer der ikke anses for selvstændige skattesubjekter betegnes i IRC som "Partnerships"³².

således EU- domstolens afgørelse 81/87 af 27. september 1988 (Daily Mail dommen). Se endvidere afsnit 3.3.1. om de danske regler om kvalifikation af selskabers nationalitet.

²⁶ afgrænsningsreglerne findes i IRC 7701(a)(2) hvor begrebet "Partnership" defineres, og i IRC 7701(a)(3) hvor begrebet "Corporation" defineres.

²⁷ Se hertil Black's Law Dictionary, sixth edition, s. 340.

²⁸ I amerikansk terminologi "shares".

²⁹ Associations defineres i Black's Law Dictionary, sixth edition, s. 121 som "The act of a number of persons in uniting together for a special purpose or business".

³⁰ Joint-Stock companies defineres i Black's Law Dictionary, sixth edition, s. 839 som: "An unincorporated business enterprise with ownership interests represented by shares of stock".

³¹ Jfr. således IRC section 7701(a)(3).

³² Jfr. således IRC section 7701(a)(2), der fastslår: "The term "partnership" includes a syndicate, group, pool, joint Venture or other incorporated organisation through or by means of which any business or financial operation or venture is carried on, and which is not within the meaning of this title a trust or estate or a corporation...". I anvendt selskabsretlig terminologi kan et "Partnership" sidestilles med et dansk "interessentskab". Skatteretligt har betegnelsen imidlertid en bredere betydning, idet betegnelsen opsamler juridiske personer der ikke kan betegnes som "Corporations", Trusts eller estates (fonde og boer).

I konsekvens af at et "Partnership" ikke i skattemæssig henseende betragtes som et selskab, og således ikke er genstand for selvstændig selskabsbeskatning, anses deltagerne heri (partnerne) for direkte skattepligtige til USA af interessentskabets indtægter, forholdsmæssigt svarende til deres ejerandel³³. Et "Partnership" betragtes således i skattemæssig henseende blot som et instrument til opgørelse og fordeling af den skattepligtige indkomst som parterne har optjent ved deres fælles drift af virksomhed³⁴.

Den klassiske tankegang der ligger til grund for den forskellige behandling af disse to grupper af juridiske enheder, "Partnerships og Corporations", er at den skattemæssige behandling skal afspejle virkelighedens verden, således at den der bærer den økonomiske risiko ved den af enheden drevne virksomheds drift anses for beskatningssubjekt i relation til den af enheden oppebårne indkomst. Heri ligger at den pågældende skal beskattes af enhedens indtægter, såvel som at denne kan fratække udgifterne til drift af den af enheden drevne virksomhed.

"Corporations" er således karakteriseret ved at være autonome juridiske personer der alene bærer risikoen for virksomhed der drives i disses regi. Deltagerne i en "Corporation" (aktionærene) indskyder deres investering i selskabet ved tegning af aktier, og samtidig hermed indbetaling til selskabet af tegningsbeløbet. Aktionærene kan selvsagt miste deres investering hvis selskabet går dårligt, men hæfter ikke, i deres egenskab af aktionærer, for selskabets forpligtelser, og kan således ikke mødes med krav fra selskabets kreditorer som følge af selskabets virksomhed. Da selskabet, og ikke aktionærene, således bærer den økonomiske risiko ved selskabets virksomheds drift, ville det således ikke afspejle virkeligheden om aktionæren skulle beskattes direkte af selskabets indkomst, endsi- gende have ret til fradrag for selskabets driftsudgifter.

³³ "Partnerships" betragtes således i amerikansk terminologi for "flow through entities". I dansk juridisk terminologi betegnes sådanne enheder under tiden "transparente" selskaber, jfr. således Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, side 121.

³⁴ Paul R. McDaniel and Hugh J. Ault, "Introduction to United States International Taxation", fourth revised edition, 1998, side 27, anfører således "The Partnership itself is treated as an accounting entity for purposes of computing the partnership's entity or loss which is then apportioned to its partners".

”Partnerships” er heroverfor karakteriseret ved, at deltagerne hæfter direkte (begrænset eller ubegrænset) for selskabets forpligtelser. Da deltagerne bærer den direkte risiko for virksomhedens drift, og således, i fællesskab, driver direkte økonomisk virksomhed er det udtryk for en afspejling af virkelighedens verden, at deltagerne anses for direkte skattepligtige af virksomhedens indtægter, såvel som direkte fradragsberettigede for virksomhedens udgifter.

En dansk virksomhed der foretager etablering i USA må være opmærksom på om den enhed man foretager etablering i skatteretligt betragtes som en ”Corporation” eller som et ”Partnership”

Et dansk selskab der etablerer virksomhed i USA som deltager i et ”Partnership” bliver anset for deltager i den af ”Partnership’et” drevne virksomhed, og bliver således anses for amerikansk skattesubjekt for dets forholdsmæssige andel af den amerikanske enheds indkomst³⁵.

Etablerer et dansk selskab omvendt virksomhed i USA ved deltagelse i et amerikansk selskab (En ”Corporation”), anses denne enhed som beskrevet ovenfor for et selvstændigt amerikansk skattesubjekt. Det danske selskab vil således i denne situation ikke blive anset for amerikansk skattesubjekt af indkomst optjent i den amerikanske enheds regi.

Det er således af stor betydning for de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering i USA om etableringen sker i en enhed der har status af et selvstændigt skattesubjekt, eller om etablering sker i en transparent enhed, altså en enhed der ikke har status af et selvstændigt amerikansk skattesubjekt³⁶.

³⁵ Jfr. straks nedenfor under afsnit 3.2.2. om ”Selskaber der anses for begrænset skattepligtige til USA.

³⁶ Problemstillingen vil blive behandlet nærmere nedenfor i afsnit 5 og 6, hvor den indgår som et centralt led i beskrivelsen af de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af de forskellige foreliggende muligheder for etablering i USA.

3.2.1.4 Kvalifikation som "Partnership" eller som "Corporation"

Fra tid til anden kan der opstå tvivl om hvorvidt en etableret, ubestridt indenlandsk, amerikansk juridisk enhed efter IRC skal kvalificeres som en "Corporation" eller som et "Partnership", eller med andre ord hvorvidt enheden er at betragte som et selvstændigt skattesubjekt eller som en transparent enhed.

Denne kvalifikationstvív opstår idet IRC ikke rummer en entydig og udtømmende omregning af de typer af enheder der kvalificerer som "Corporations" respektive "Partnerships"³⁷.

Tankegangen der traditionelt ligger til grund for denne ufuldstændige opregning af enheder der betragtes som "Corporations" henholdsvis "Partnerships" i skattemæssig henseende er, at det ikke bør være muligt at misbruge den selskabsretlige aftalefrihed, f.eks. til at etablere en juridisk enhed hvor deltagerne uden at bære en driftsmæssig risiko har mulighed for at opnå fradrag for udgifterne til drift af enhedens virksomhed. Det bør med andre ord ikke være muligt at undgå selskabsbeskatning ved at etablere en enhed der har alle selskabets karakteristika, men som ikke falder inden for en snæver opregning af typer af enheder der er underlagt selskabsbeskatning.

IRC's regler om afgrænsning af selskabsbeskatningens udstrækning som beskrevet ovenstående under 3.2.1.3 må således nødvendigvis suppleres af udfyldende regeldannelse, det være sig ved skattemyndighedernes udstedelse af administrative forskrifter og ved dannelse af praksis, hos skattemyndighederne, såvel som ved domstolene.

Indtil 1. januar 1997 gjaldt et administrativt regelsæt³⁸ der fastslog at en enhed skulle underlægges selskabsbeskatning når mindst 3 ud af 4 opregnede karakteristika³⁹ forelå.

³⁷ IRC 7701(a)(3) udvider som nævnt begrebet "Corporation" i forhold til civilrettens klare afgrænsning af begrebet, således at også såkaldte "Associations" og såkaldte "Joint Stock companies" omfattes. Disse betegnelser defineres ikke i IRC, ligesom der ikke foreligger en entydig civilretlig afgrænsning af disse betegnelser anvendelsesområde.

Disse karakteristika, der alle vægtes ligeligt var som følger:

- 1) ubegrænset levetid⁴⁰,
- 2) centraliseret ledelse⁴¹,
- 3) begrænset hæftelse⁴²,
- 4) ejerandelene er frit overdragelige⁴³.

Med virkning fra 1. januar 1997 indførtes et nyt administrativt regelsæt der radikalt ændrede de gældende kvalifikationsregler⁴⁴.

Grundprincippet i de nye kvalifikationsregler er at en udtømmende opregnet kerne af typer af juridiske enheder obligatorisk beskattes som ”Corporations”.

Deltagere i alle andre typer af juridiske enheder har mulighed for at vælge⁴⁵ om man vil lade enheden beskattes som ’Corporation’⁴⁶ eller om man vil anse enheden for et ”Partnership” i skattemæssig henseende, og altså således transparent. For det tilfælde deltagerne ikke af egen drift over for skattemyndighederne foretager en kvalifikation af enheden indeholder kvalifikationsreglerne tillige et udfyldende regelsæt.

Hvor omgåelse af IRC’s afgrænsningsregler tidligere blev imødegået ved at underlægge enheden en ”lakmusprøve”, indrømmer man således nu i vidt omfang deltagerne i erhvervsdrivende juridiske enheder frit valg mellem at lade sig beskattes som personligt er-

³⁸ Dette regelsæt benævnes nu ”Prior Reg § 301.7701.

³⁹ Efter amerikansk terminologi ”Corporate Characteristics”.

⁴⁰ Efter amerikansk terminologi ”Continuity of life”.

⁴¹ Efter amerikansk terminologi ”Centralization of management”.

⁴² Efter amerikansk terminologi ”Limited liability”.

⁴³ Efter amerikansk terminologi ”Free transferability of interests”.

⁴⁴ Dette regelsæt betegnes Reg 301.7701. Se generelt herom ”International Taxation, Corporate and Individual”, Phillip F. Postlewaite, 2000, s. 23-8 – 23-16.

⁴⁵ Kvalifikationsreglerne betegnes af denne årsag populært ”The Check the Box Rules”.

⁴⁶ Indkomstbeskatning af deltagerne sker således først når disse trækker opsparat overskud ud af virksomheden.

hvervsdrivende deltager i et personselskab, eller at lade enheden beskattes som selvstændigt skattesubjekt⁴⁷.

Vejen for gennemførelsen af dette særdeles liberale regelsæt blev banet, idet der med virkning fra 12. maj 1994 indførtes et administrativt regelsæt der opstiller detaljerede regler for skattemyndighedernes beføjelser til at underkende og tilsætte ”Partnership” konstruktioner. Hensynet til at forhindre omgåelse af IRC’s afgrænsningsregler varetages således via disse misbrugsregler⁴⁸.

Kvalifikationsreglernes udtømmende opregning af de typer af indenlandske juridiske enheder der obligatorisk beskattes som ”Corporations” omfatter⁴⁹:

- 1) Forretningsenheder oprettet i henhold til føderal eller statslig lovgivning, hvis loven betegner enheden som ”Corporated”, som en ”Corporation”, ”Body Corporate” eller ”Body Politic”.
- 2) Forretningsenheder oprettet i henhold til statslig lovgivning, hvis loven betegner enheden som en ”Joint-stock company”, eller som en ”Joint-stock association”.
- 3) Forsikringsselskaber.
- 4) Visse forretningsenheder der driver bankvirksomhed i henhold til statslig tilladelse⁵⁰.
- 5) Forretningsenheder ejet af en stat, eller en statslig forvaltningsenhed.

⁴⁷ Tilsvarende åbner kvalifikationsreglerne mulighed for at en personligt drevet virksomhed, såvel som et selskabs filial kan undergives selvstændig selskabsbeskatning. Kvalifikationsreglerne rummer således som et delelement et regelsæt svarende til den danske virksomhedsskatteordning. Valgfriheden udstrækkes dog i ”The Check the Box rules” i langt videre omfang end i den danske virksomhedsskatteordning, idet reglerne i sidstnævnte alene kan anvendes af enkeltpersoner.

⁴⁸ Regelsættet benævnes ”The Anti-abuse Regulation”, Reg. 1.701-2(b). Skattemyndighederne kan i medfør heraf tilsidesætte eller ændre indkomstopgørelser baseret på skatteyderens påberåbelse af deltagelse i et ”Partnership”, hvor indkomstopgørelsen ikke afspejler de reelle indkomstforhold, og således må betragtes som skatteomgåelse. Skattemyndighederne vil antageligvis med hjemmel heri kunne tilsidesætte en ”Partnership” konstruktion, med den konsekvens at deltagerne i en forretningsenhed ikke vil kunne fratække enhedens underskud i deltageres øvrige indkomst, idet omfang dette underskud ikke afspejler at deltagerne ved deltagelse i virksomheden har løbet en personlig driftsmæssig risiko. Se hertil den danske afgørelse TfS 1996.71 LR.

⁴⁹ Jfr. således Reg. 301.7701-2(b)(1),(3),(4),(5),(6),(7), cfr. Reg. 301.7701-3.

⁵⁰ Reg 301.7701-2(b)(5) har en ordlyd som følger: ”A State-chartered business entity conducting banking activities, if any of its deposits are insured under the Federal Deposit Insurance Act, as amended 12 U.S.C. 1811 et seq., or a similar federal statute.”

De her nævnte typer af juridiske enheder, der obligatorisk er underlagt selskabsbeskatning, er alle indenlandske amerikanske enheder, og således ubegrænset skattepligtige til USA af deres globalindkomst.

Herudover opregner kvalifikationsreglerne en række typer af enheder, underlagt obligatorisk selskabsbeskatning, der anses for hjemmehørende i 80 forskellige udenlandske jurisdiktioner⁵¹. Reglerne om subjektiv skattepligt for sådanne selskaber gennemgås nedenfor under 3.2.2. om ”Selskaber der anses for begrænset skattepligtige til USA.

Forretningsenheder (”Business Entities”⁵²) der ikke omfattes af den ovenstående udtømmende opregning af enheder der obligatorisk er underlagt selskabsbeskatning benævnes ”Eligible entities”⁵³.

Som betegnelsen antyder, er deltagere i sådanne forretningsdrivende enheder tillagt ret til at vælge om man vil lade enheden beskattes som ”Corporation”⁵⁴ eller om enheden skal beskattes som ”Partnership”, med den konsekvens at deltagerne beskattes direkte af deres andel af enhedens indtægter.

Hvis der ikke foretages et aktivt valg, der meddeles skattemyndighederne på behørig vis, betragtes en indenlandsk ”Eligible entity” skattemæssigt som et ”Partnership”⁵⁵.

⁵¹ Jfr. således Reg. 301.7701-2(b)(8).

⁵² Betegnelsen ”Business Entity” forudsætter, at deltagerne driver en fælles virksomhed, der er egnet til, og har til formål at generere et økonomisk overskud. Deltagere i fællesskaber der alene har til formål at dele omkostningerne til en investering eller udgift til fælles gavn – et såkaldt ”Cost-sharing arrangement” har ikke mulighed for at ophøje dette fællesskab til et selvstændigt skattesubjekt, jfr. således Reg. 301.7701-1(a)(2).

⁵³ Jfr. således Reg. 301.7701-3(a).

⁵⁴ En ”Eligible Entity” der har valgt at lade sig beskattes som selskab benævnes en ”Association”, jfr. Reg. 301.7701-3(a). Associations opregnes i Reg 301.7701-2(b) blandt de 8 typer af enheder der er underlagt selskabsbeskatning, jfr. således Reg. 301.7701-2(b)(2).

⁵⁵ Jfr. således udfyldningsreglen Reg. 301.7701-3(b)(i). Tilsvarende gælder som udfyldningsregel at der ses bort fra en forretningsenhed, med kun en ejer, hvis ikke skattemyndighederne behørigt underrettes om at enheden ønskes undergivet selvstændig selskabsbeskatning. Personer der driver personlig virksomhed – ”Sole Proprietorship” - skal således foretage et aktivt valg hvis han ønsker virksomheden undergivet selvstændig selskabsbeskatning. Tilsvarende skal selskaber foretage et aktivt valg hvis man ønsker en filial undergivet selvstændig selskabsbeskatning. Se endvidere nedenfor i afsnit 3.2.2.3. om den udfyldende regel for de udenlandske begrænset skattepligtige selskaber der betragtes som ”Eligible entities”.

Hvis en "Eligible entity" ønskes omkvalificeret fra "Partnership" til "Corporation" eller omvendt, eller hvis en nystiftet "Eligible entity" ønskes kvalificeret som en "Corporation" skal enhedens indehavere indsende en udfyldt formular til det lokale IRS service center⁵⁶. Den indsendte formular skal tillige indsendes sammen med enhedens eller alternativt enhedens ejeres selvangivelser i året hvori valget af "selskabsbeskatning" sker⁵⁷.

Hvis anden dato ikke er angivet i den indsendte formular, får valget af omkvalificering virkning fra datoen hvor ansøgningen registreres hos skattemyndighederne⁵⁸.

Hvis det angives i den indsendte formular, er det muligt at fremskynde selskabsbeskatningens påbegyndelse til indtil 75 dage før ansøgningen registreres hos skattemyndighederne. Tilsvarende er det muligt at indsende formularen med angivelse af at selskabsbeskatningen først ønskes påbegyndt indtil 12 måneder efter begæringens registrering⁵⁹.

Når først deltagerne har indsendt begæring om ændring af enhedens kvalifikation, kan valget tidligst omgøres 60 måneder efter begæringens registrering. I det tilfælde mere end 50 % af ejerandelene i enheden efter at tilvalget er sket overdrages til en person eller et selskab der ikke var deltager i enheden på tidspunktet for omkvalificeringens indsendelse kan skattemyndighederne dog give tilladelse til omkvalifikation fra dette tidspunkt⁶⁰.

Som tidligere nævnt hersker der i USA, som det også er tilfældet i Danmark, en udstrakt selskabsretlig aftalefrihed.

De ovenfor beskrevne regler om valgfrihed for "Eligible entities" kan således teoretisk påberåbes af deltagere i fælles forretningsenheder i utallige varianter. I det praktiske juridiske og forretningsmæssige juridiske liv kan de juridiske enheder for hvilke valgfriheden rent faktisk anvendes, afgrænses til enheder der selskabsretligt betegnes: "Part-

⁵⁶ Jfr. således Reg. 301.7701(c)(1)(i).

⁵⁷ Jfr. således Reg. 301.7701(c)(1)(ii).

⁵⁸ Jfr. således Reg. 301.7701(c)(1)(iii), 1. pkt..

⁵⁹ Jfr. således Reg. 301.7701(c)(1)(iii), 2. pkt.

⁶⁰ Jfr. således 301.7701(c)(1)(iv).

nerships” ("Limited" såvel som "Unlimited")⁶¹ og såkaldte "Limited Liability Companies" (forkortes L.L.C.)⁶². Dette idet disse selskabstyper er så rummelige at de, sammen med muligheden for at etablere drift af virksomhed via en "Corporation" stort set dækker et hvert tænkeligt praktisk behov for selskabsretlig valgfrihed..

Hertil kommer, at drift af virksomhed via en enhed der ligger uden for disse almindeligt anvendte rammer sædvanligvis vil støde på så mange praktiske vanskeligheder, herunder i form af skepsis fra medkontrahtenter, offentlige myndigheder og medarbejdere, at forsøg på etablering af sådanne sædvanligvis opgives allerede qua disse overvejelser⁶³.

Som nævnt ovenfor under 3.2.1.3 er det af stor betydning for de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering i USA om etableringen sker i en enhed der har status af et selvstændigt skattesubjekt, eller om etablering sker i en transparent enhed, altså en enhed der ikke har status af et selvstændigt amerikansk skattesubjekt.

De nye liberale kvalifikationsregler skærper yderligere nødvendigheden af at det danske selskab der overvejer investering i USA er sig bevidst om karakteren af den enhed man overvejer at indgå som deltager i.

Et dansk selskab der er overvejer etablering i USA som deltager i et amerikansk interessentskab sammen med amerikanske deltagere kan således ikke som en given selvfølge, som det ville forventes ud fra et kendskab til dansk skatteretlig tankegang, være sikker på at de amerikanske skattemyndigheder betragter denne enhed som en transparent enhed. Det danske selskab kan i konsekvens heraf ikke være sikker på at det danske selskab efter de amerikanske regler betragtes som direkte skattepligtig af enhedens indkomst,

⁶¹ På dansk interessentskaber og komanditselskaber.

⁶² En L.L.C. er en "hybrid", der ikke kendes i dansk selskabsret. En L.L.C. kombinerer egenskaberne ved en "Corporation" - deltagernes begrænsede hæftelse – med egenskaberne ved et "Partnership" - muligheden for skattemæssig transparens.

⁶³ Jfr. således Phillip F. Postlewaite, "International Taxation, Corporate and Individual", 2000, pg. 23-13, hvor anføres: "In substance this limits the election to those entities which are partnerships or limited liability companies".

med deraf følgende forholdsmæssig skattepligt af enhedens indtægter, og adgang til at fratække enhedens udgifter.

Inden investering foretages må det således afklares hvilken beskatningsform der er valgt, eller sammen med de øvrige partnere overvejes hvilken beskatningsform der ønskes valgt.

Analysen af hvorledes den enhed der investeres i kvalificeres, og de skattemæssige konsekvenser heraf kan ikke indskrænke sig til de amerikanske skattemyndigheders kvalifikation af enheden efter amerikansk ret.

Af lige så stor betydning for de samlede skattemæssige konsekvenser for det danske selskabs etablering i USA via deltagelse i en amerikansk enhed er således de danske skattemyndigheders kvalifikation af den pågældende amerikansk enhed.

De danske kvalifikationsregler, der nærmere behandles neden for under 3.3.1.4. vil ofte, ikke mindst efter de nye liberale amerikanske reglers indførelse føre til et andet resultat end den amerikanske kvalifikation.

Såfremt de amerikanske og de danske kvalifikationsregler fører til forskellige resultater opstår situationen, at den samme indkomst – en indkomst optjent i enhedens regi - af de to lande beskattes hos to forskellige juridiske enheder.

Såfremt de amerikanske skattemyndigheder således betragter enheden som en ”Corporation”, hvorimod de danske skattemyndigheder betragter enheden som en transparent enhed, vil en indkomst optjent i enhedens regi således beskattes to gange. Indkomsten vil i USA beskattes hos enheden, idet enheden anses for et selvstændigt skattesubjekt. Den samme indkomst vil i Danmark blive beskattet hos den danske deltager i enheden, idet enheden jo ikke anses for et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret.

Der foreligger herved ikke juridisk, men økonomisk dobbeltbeskatning, det vil sige hvor to forskellige juridiske enheder beskattes af samme indkomst. Dobbeltbeskatning i en situation som den her skitserede vil således ikke kunne løses, hverken af reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, eller af de interne danske og amerikanske lempelsesregler. Dette idet disse regler alene vedrører imødegåelse af juridisk dobbeltbeskatning, d.v.s. hvor den samme juridiske enhed beskattes to gange af den samme indkomst⁶⁴.

I konsekvens af, at en indkomst optjent i enhedens regi af de to lande beskattes hos to forskellige juridiske enheder, er der selvsagt, som modstykke hertil, i hvert fald teoretisk mulighed for, at to forskellige enheder kan opnå fradragsret for samme udgift.

Det er selvsagt interessant for den "eventyrlystne" investor f.eks. at søge anvendelse af kvalifikationsreglerne på en sådan måde, at der opnås en dobbelt rentefradragsret, der rent faktisk kan udnyttes til neutralisering af to forskellige juridiske enheders indtægter⁶⁵.

For det typiske danske selskab, der overvejer ordinær forretningsmæssig etablering i USA, må det imidlertid anbefales, at etablering sker i et gennemprøvet regi således, at usikkerhed om selskabets/koncernens samlede skattemæssige position undgås.

Den generelle anbefaling er således, også ud fra skattemæssige betragtninger, hvor særlige forretningsmæssige forhold ikke tilsiger andet, at etablering i USA bør ske via stiftelse af en "Corporation".

⁶⁴ Der henvises til afsnit 4 nedenfor om "Dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler om fordeling af beskatningsretten og imødegåelse af dobbeltbeskatning".

⁶⁵ Ved etablering den modsatte vej over Atlanten er de liberale amerikanske kvalifikationsregler således i praksis set anvendt som instrument til finansiering af amerikanske selskabers finansiering af overtagelse af danske selskaber. De amerikanske Kvalifikationsregler kan således efter omstændighederne udnyttes ved erhvervelse af det danske "target" selskab via et dansk anpartsselskab som holdingselskab. Dette idet et dansk anpartsselskab er i følge Regulation 301.7701-2(b)(8), i modsætning til et dansk aktieselskab, ikke er opregnet på listen over selskaber der obligatorisk betragtes som "corporations". Et dansk anpartsselskab er således efter amerikansk ret en "eligible entity" for hvilken status som transparent enhed kan tilvælges efter Regulation 301.7701-3. Det er således muligt for det amerikanske moderselskab at få fradrag i dets amerikanske skat for anpartsselskabets renteudgifter. Samtidig kan under visse omstændigheder anpartsselskabet efter dansk ret udnytte fradragsretten for samme renteudgifter til fradrag i det sambeskattede "target" selskabs indkomst.

Hvis dette af forretningsmæssige årsager ikke kan lade sig gøre, eller hvis ”eventyrlyst” drager den danske investor mod mere uprøvede modeller, herunder ved anvendelse af de liberale amerikanske kvalifikationsregler, bør der i hvert enkelt tilfælde, søges rådgivning for, så godt som muligt, at søge afdækket de skattemæssige konsekvenser og risici ved den på gældende etablering.

3.2.2 Selskaber der anses for begrænset skattepligtige til USA

3.2.2.1 Udenlandske selskaber (”Foreign Corporations”)

Som nævnt ovenfor under afsnit 3.2.1.1. er udenlandske selskaber skattepligtige til USA, i det omfang de har indtægter, der omfattes af de amerikanske regler om begrænset skattepligt.

Udenlandske selskaber kan ifalde begrænset skattepligt til USA, dels af indkomst oppebåret som aktiv udøver af erhvervsvirksomhed⁶⁶, dels af indkomst oppebåret af indtægter fra passive investeringer i USA⁶⁷.

Udenlandske selskaber, der aktivt udøver erhvervsvirksomhed i USA anses for skattepligtige til USA af indkomst herfra, hvis de i lovens forstand anses for at udøve ”Trade and Business within The United States” (handelsvirksomhed og erhvervsaktiviteter i USA)⁶⁸.

Det nærmere indhold af begrebet ”Trade and Business within The United States” defineres ikke i loven.

⁶⁶ Hjemmel hertil findes i IRC Section 882.

⁶⁷ Hjemmel hertil findes i IRC Section 881.

⁶⁸ Hjemmel hertil findes i IRC Section 882 (1) der har følgende ordlyd: ”A foreign Corporation engaged in , Trade and Business within The United States during the taxable year shall be taxable as provided in section 11, 55, 59A or 1201(a) on it’s taxable income which is effectively connected with the conduct of a trade or business within The United States.”

Det er fast antaget i den juridiske teori, at der i hvert fald skal foreligge kommerciel aktivitet af et vist omfang og af en vis varighed, for at et udenlandsk selskab anses for omfattet af bestemmelsen⁶⁹.

De eksisterende retspraksis er navnlig koncentreret om, hvornår salgsaktiviteter og investeringsmæssige aktiviteter begrundes, at der udøves "Trade and Business within The United States". Retspraksis vedrørende produktionsmæssige aktiviteter er særdeles sparsomme. Dette skyldes, at produktionsmæssige aktiviteter nærmest per definition er udtryk for udøvelse af "Trade and Business within The United States".

For så vidt selskaber med hjemsted i lande med hvilke USA, som tilfældet er med Danmark, har en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er den praktiske interesse koncentreret om at fastslå, hvornår der foreligger "permanent establishment" eller på dansk "et fast driftssted". Årsagen hertil er, at dette begreb som det anvendes i USA's dobbeltbeskatningsoverenskomster antages at være snævrere end begrebet udøvelse af "Trade and Business within The United States"⁷⁰, som det anvendes i USA's interne skattelovgivning.

Sagt med andre ord; har et udenlandsk selskab "et fast driftssted i USA" antages det udenlandske selskab uden videre at udøve "Trade and Business within the United States".

Hvis et selskab udøver "Trade and Business within the United States" der ikke udgør "et fast driftssted" i den gældende dobbeltbeskatningsoverenskomst forstand, vil USA efter de fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster, herunder den gældende dobbeltbeskatnings-

⁶⁹ Se hertil f.eks. Phillip F. Postlewaite, "International Taxation, Corporate and Individual" 2000, pg. 18-4, hvor anføres: "...no trade or business arose, when a foreign person had an insignificant physical presence in the United States, such as maintaining a barebones office or using an office for merely ministerial or collection function. Se endvidere Charles H. Gustavson m.fl. Taxation of International Transactions, 1997 side 113, der anfører: "As applied to foreign persons a US trade or business will be found to exist if there are regular continuous and considerable business activities in this county. Isolated or sporadic transactions will not usually be construed as the conduct of a trade of business."

⁷⁰ Se hertil Poul R. McDaniel and Hugu J. Ault, Introduction to United States International Taxation, Fourth Revised edition 1998, side 50, hvor anføres: "The Trade or Business concept is broader than the permanent establishment rules and therefore a foreign individual Corporation can often be engaged in a trade of business in the US and still be found not to maintain a permanent establishment there".

overenskomst mellem Danmark og USA, være afskåret fra at udøve sin interne hjemmel til at beskatte indkomsten.

Hvis derimod aktiviteten anses for at udgøre et ”fast driftssted”, vil USA i vidt omfang kunne håndhæve sin interne hjemmel til beskatning.

Se nedenfor i afsnit 4 om dobbeltbeskatningsoverenskomstens definition af begrebet ”fast driftssted”. Se endvidere nedenfor i afsnit 6 om begrebets anvendelse i forbindelse med danske selskabers etablering i USA på anden vis end ved stiftelse af datterselskab.

Når det er fastslået, at et udenlandsk selskab er skattepligtigt til USA som aktiv udøver af erhvervsaktivitet som netop beskrevet, må det overvejes, hvilke indkomster der nærmere omfattes af denne skattepligt.

IRC fastslår, at udenlandske selskaber, der er skattepligtige som aktive udøvere af erhvervsvirksomhed i USA, beskattes af indkomst som anses for ”effectively connected” med udøvelsen af ”Trade and Business within The United States”. Udenlandske selskabers indkomst skal med andre ord, for at være omfattet af skattepligten efter denne bestemmelse være tilknyttet den aktive udøvelse af erhvervsvirksomhed i USA⁷¹

Loven indeholder en ganske detaljeret definition af, hvad der forstås ved indkomst, de er ”effectively connected”⁷²

Det fastslås således, at der for så vidt en række særlige opregnede indkomstarter hidrørende fra amerikanske kilder, skal foretages en konkret vurdering af, om disse indtægter har tilknytning til det udenlandske selskabs aktive udøvelse af erhvervsvirksomhed.

⁷¹ Jfr. således section 882(a) (2), der har en ordlyd som følger: ”In determining taxable income for purposes of paragraph (1) gross income includes only gross income which is effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States.”

⁷² Jfr. således IRC section 864 (c).

Denne konkrete vurdering skal blandt andet foretages for så vidt angår kapitalgevinster, renter og udbytter. Det udenlandske selskabs kapitalinvesteringer kan på den ene side tænkes at være foretaget med midler optjent via det udenlandske selskabs aktive udøvelse af erhvervsvirksomhed i USA eller være foretaget af det udenlandske selskab til støtte for den aktive udøvelse af erhvervsvirksomhed i USA. I disse tilfælde, vil indkomst affødt heraf, være tilknyttet den aktive udøvelse af erhvervsvirksomhed. Det kan omvendt tænkes, at de nævnte indkomst hidrører fra investeringer foretaget af det udenlandske selskab, som et led i dets almindelige porteføljepleje uden tilknytning til de aktive erhvervsudøvelse. I denne situation vil sådanne indkomster ikke være omfattet regelsættet om udenlandske selskabers skattepligt af indkomst optjent ved aktiv erhvervsudøvelse i USA.

Alle andre typer indkomst oppebåret fra Amerikanske kilder af udenlandske selskaber, der er skattepligtige som aktive udøvere af erhvervsvirksomhed i USA, anses uden videre for omfattet af skattepligten.

Udover indkomster fra amerikanske kilder vil enkelte indkomster fra udenlandske kilder forbundet med en aktiv udøvelse af erhvervsvirksomhed i USA tillige efter omstændighederne være omfattet af skattepligten til USA. Et eksempel herpå kan være en amerikansk filial af et udenlandsk selskabs salg af varer til Mexico. Denne problemstilling vil blive berørt nærmere nedenfor i afsnit 6, hvor de skattemæssige konsekvenser ved etablering i USA på anden vis end ved stiftelse af datterselskab behandles.

Udenlandske selskaber, der er begrænset skattepligtige som udøvere af aktiv erhvervsvirksomhed i USA, beskattes af sådan indkomst på samme måde som amerikanske selskaber⁷³.

Den amerikanske selskabsskat er progressiv, og indebærer en marginalbeskatning af selskabet på indtil 35 %⁷⁴.

⁷³ Se hertil section 882 (a) og section 882 (a) (2), der indeholder henvisninger til lovens almindelige bestemmelser om beregning af indkomst skat for selskaber.

⁷⁴ Jfr. således IRC section 11 (b).

Ud over betaling af almindelig indkomstskat, er udenlandske selskaber, der oppebærer indtægter ved aktiv udøvelse af erhvervsvirksomhed, underlagt den såkaldte "branch profits tax", der som udgangspunkt udgør 30 % af de beløb der hjemtages fra det udenlandske selskabs virksomhed i USA⁷⁵.

Udenlandske selskaber, der aktivt udøver erhvervsvirksomhed i USA sidestilles således skattemæssigt med udenlandske selskaber med amerikanske datterselskaber, idet disse som udgangspunkt beskattes med 30 % af udbytter, der hjemtages fra USA. Se herom straks nedenfor om udenlandske selskabers skattepligt af passiv investeringsindkomst.

USA's dobbeltbeskatningsoverenskomster afskærer ofte USA fra at opkræve udbytte-skatten såvel som "branch profits" skatten fuldt ud. Dette gælder også dobbeltbeskatningsindkomsten med Danmark. Reglerne herom vil blive behandlet nærmere nedenfor i afsnittene 5 og 6 og i afsnit 9.

Udenlandske selskaber er skattepligtige af visse typer indkomst (passiv investeringsindkomst), selvom denne indkomst ikke er "effectively connected" (forbundet med) det udenlandske selskabs aktive udøvelse af erhvervsvirksomhed i USA⁷⁶.

Udenlandske selskaber, der slet ikke er skattepligtige som aktive udøvere af erhvervsvirksomhed i USA, kan således i ifalde skattepligt til USA efter denne bestemmelse af en række nærmere opregnede indkomster fra amerikanske kilder.

Tilsvarende kan et selskab, som nævnt ovenfor, der aktivt udøver erhvervsvirksomhed i USA, men som tillige oppebærer indkomst fra en kilde i USA, der ikke har tilknytning til den aktive udøvelse af erhvervsvirksomhed være skattepligtig af indkomsten efter denne bestemmelse.

⁷⁵ Jfr. således IRC section 884.

⁷⁶ Jfr. således IRC section 881

Eksempler på indkomster, der er skattepligtige til USA efter denne bestemmelse, er renter og udbytter. Derimod er kapitalgevinster ved salg af amerikanske værdipapirer ikke skattepligtige, hvis ikke salget har tilknytning til aktiv udøvelse af erhvervsvirksomhed i USA.

Indkomst, der er skattepligtig efter denne bestemmelse beskattes som udgangspunkt med en bruttoskat på 30 %. Som imidlertid nævnt ovenfor begrænser USA's dobbeltbeskatningsoverenskomster i vidt omfang USA's håndhævelse af denne bestemmelse.

3.2.2.2 Sondring mellem udenlandske selskaber og indenlandske selskaber ("Domestic Corporations")

Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.1.2. anses et selskab efter amerikansk ret for indenlandsk, når der er stiftet eller organiseret efter amerikansk ret⁷⁷.

Som ligeledes nævnt ovenfor under 3.2.1.2. nævnt ovenfor under 3.2.1.2. anses et selskab efter amerikansk ret for udenlandsk, når det ikke opfylder kriterierne for at kunne karakteriseres som et indenlandsk selskab⁷⁸.

Et selskab anses således efter amerikansk ret i skattemæssig henseende for indenlandsk, når selskabet er registeret i en amerikansk stat eller organiseret efter amerikansk ret. I alle andre henseender vil selskabet anses for udenlandsk.

Et dansk aktie- eller anpartsselskab vil således i skattemæssig henseende efter amerikansk ret blive anset for et udenlandsk selskab. Da USA i bedømmelsen af, om et selskab må karakteriseres som indenlandsk eller udenlandsk alene lægger vægt på, hvor selskabet er registeret eller organiseret vil et dansk aktie- eller anpartsselskab således i enhver situation blive anset for et udenlandsk selskab. Det gælder uanset, at selskabet i det hele måt-

⁷⁷ Jfr. således IRC section 7701 (a) (4).

⁷⁸ Jfr. således IRC section 7701 (a) (5).

te være ledet af en i USA bosiddende bestyrelse og direktion og uanset, at selskabet udelukkende måtte have aktiver og aktiviteter i USA.

Et sådant selskab vil undertiden heller ikke efter dansk ret i skattemæssig henseende blive betragtet som et dansk selskab, jfr. herom nedenfor i afsnit 3.3.1.

3.2.2.3 Sondring mellem selskaber ("Cooperations") og juridiske enheder, der ikke er selvstændige skattesubjekter ("Partnerships")

IRC opdeler også udenlandske juridiske enheder, der er underlagt (begrænset) skattepligt til USA i "Corporations" altså enheder, der er selvstændige skattesubjekter og i "Partnerships" altså enheder, der er skattemæssigt transparente. IRC's almindelige definition af begreberne "Partnerships" og "Corporations"⁷⁹ udstrækkes således også til at gælde udenlandske juridiske enheder⁸⁰.

Med andre ord afhænger den amerikanske skattemæssige behandling af en udenlandsk juridisk enhed, der har indtægter, der er skattepligtige til USA således af, om enheden efter amerikansk ret betragtes som en "corporation" - et selvstændigt skattesubjekt eller som et "Partnership" - en transparent enhed.

Indehaverne af en dansk juridisk enhed der foretager etablering i USA ved deltagelse i en amerikansk juridisk enhed, bør således udover overvejelsen af, hvorledes den amerikanske juridiske enhed behandles tillige sørge for at afklare, hvorledes den danske juridiske enhed behandles efter amerikansk ret.

Hvis en dansk juridisk enhed således deltager i et amerikansk "Partnership", må det med andre ord afklares, om den danske juridiske enhed efter amerikansk ret anses for et selvstændigt skattesubjekt eller om skattepligten for den danske juridiske enheds andel af det

⁷⁹ Jfr. således IRC sections 7701 (a) (2) og 7701 (a) (3).

⁸⁰ Jfr. således IRC section 7701 (a) (5), hvoraf fremgår: "the term "foreign" when applied to a corporation or partnership means a corporations of partnership which is not domestic."

amerikanske "Partnership's" indtægter påhviler ejerne af den danske juridiske enhed direkte.

Se straks nedenfor i afsnit 3.2.2.4. om reglerne i henhold til hvilke det afgøres om udenlandsk juridiske enheder efter amerikansk ret i skattemæssig henseende kvalificeres "Corporations" eller som "Partnerships".

3.2.2.4 Kvalifikation som "Partnership" eller som "Corporation"

Det ovenfor i afsnit 3.2.1.4. beskrevne generelle administrative regelsæt om kvalifikation af juridiske enheder som "Corporations", eller som "Partnerships", indeholder også regler specifikt vedrørende udenlandske juridiske enheder⁸¹.

Som tilfældet er med indenlandske juridiske enheder, opregner kvalifikationsreglerne en række typer af udenlandske juridiske enheder, der er underlagt obligatorisk selskabsbeskatning.

Kvalifikationsreglerne indeholder således en konkret opregning af juridiske enheder, hjemmehørende i 80 forskellige udenlandske jurisdiktioner, som de amerikanske skattemyndigheder har gennemgået og fundet, at de har sådan en karakteristika, at de må underlægges obligatorisk beskatning som "Corporations"⁸².

På listen over udenlandske juridiske enheder, der er underlagt obligatorisk selskabsbeskatning, ses danske aktieselskaber, hvorimod danske anpartsselskaber ikke er opregnet på listen.

Udenlandske juridiske enheder, der ikke omfattes af den i kvalifikationsreglerne indeholdte udtømmende opregning af udenlandske enheder, der er underlagt obligatorisk sel-

⁸¹ Kvalifikationsreglerne indeholdes i 26 CFR Reg. 301.7701-1, 26 CFR Reg. 301.7701-2 samt 26 CFR Reg. 301.7701-3.

⁸² Jfr. således Reg. 301.7701-2 (b) (8).

skabsbeskatning, benævnes som tilfældet er med indenlandske juridiske enheder omfattet af reglerne om valgfrihed for "Eligible entities"⁸³.

Som betegnelsen antyder, er deltagerne i sådanne udenlandske forretningsdrivende enheder tillagt ret til at vælge, om man vil lade enheden beskattes som "Corporation"⁸⁴, eller om enheden skal beskattes som "Partnership" med den konsekvens, at deltagerne beskattes direkte af deres andel af den udenlandske enheds indtægter og tilsvarende har direkte fradragsret for den udenlandske enheds til USA fradragsberettigede udgifter.

Hvis der ikke foretages et aktivt valg, der meddeles skattemyndighederne på behørig vis, betragtes en udenlandsk "Eligible entity" skattemæssigt som et "Partnership", hvis det har to eller flere deltagere, og hvis mindst een af deltagerne har ubegrænset hæftelse. Hvis alle deltagerne i selskabet har begrænset hæftelse, betragtes den udenlandske enhed med mindre andet valg foretages i amerikansk skattemæssig henseende som en "Corporation"⁸⁵.

Hvis en udenlandsk "Eligible entity" ønskes omkvalificeret fra "Partnership" til "Corporation" eller omvendt, eller hvis en nystiftet udenlandsk "Eligible entity" ønskes kvalificeret som en "Corporation", skal den udenlandske enheds indehavere indsende en udfyldt formular til de amerikanske skattemyndigheder på samme måde som indenlandske "Eligible entities" efter proceduren som nærmere beskrevet ovenfor i afsnit 3.2.1.4.

Også for udenlandske "Eligible entities" gælder, at når først deltagerne har indsendt begæring om ændring af enhedens kvalifikation, kan valget tidligst omgøres 60 måneder efter begæringens registrering⁸⁶.

⁸³ Jfr. således Reg. 301.7701-03 (a).

⁸⁴ Også en udenlandsk "eligible entity" der har valgt at lade sig beskattes som selskab benævnes en "association", jfr. således Reg. 301.7701-3 (a). Associations opregnes i Reg. 301.7701-2 (b) blandt de 8 typer af enheder, der er underlagt selskabsbeskatning, jfr. således reg. 301.7701-2 (b) (2).

⁸⁵ Jfr. således udfyldningsreglen reg. 301.7701-3 (b) (2) (I) der har følgende ordlyd "Except as provided in paragraph (b) (3) of this section unless the entity elects otherwise a foreign eligible entity is (a) a partnership, if it has two or more members and at least one member there is not have limited liability; (b) an association if all members have limited liability; or (c) disregarded as an entity separate from its owner if it has a single owner that does not have limited liability".

⁸⁶ Jfr. således Reg. 301.7701 (c) (1) (IV) .

Danske juridiske enheder der overvejer at etablere sig i USA, som deltager i et amerikansk "Partnership", bør i analysen af de skattemæssige konsekvenser af en sådan etablering have deres status efter kvalifikationsreglerne for øje.

Som beskrevet ovenfor er retsstillingen klar for danske aktieselskaber, idet denne selskabstype er medtaget på listen over udenlandske juridiske enheder, der obligatorisk undergives beskatning "Corporations". Danske aktieselskaber betragtes altså utvivlsomt efter amerikansk skatteret på samme måde som efter dansk skatteret, nemlig som selvstændige skattesubjekter.

For alle andre typer af danske juridiske enheder er der grund til større agtpågivenhed.

Anpartsselskaber vil eksempelvis i henhold til de ovenfor beskrevne udfyldende regler, hvis et aktivt valg ikke foretages i udgangspunktet af de amerikanske skattemyndigheder, bliver betragtet som en "Corporation", idet alle deltagere hæfter begrænset. Såfremt en eller flere af anpartshaverne imidlertid har påtaget sig beløbsubegrænset kaution på selskabets forpligtelse overfor en eller flere af selskabets kreditorer, kan synspunktet imidlertid fremføres, at ikke alle selskabets deltager hæfter begrænset.

Det kan således ikke udelukkes, at de amerikanske myndigheder i denne situation vil anfægte et sådant anpartsselskabs status som "Corporation".

Hvis anpartsselskabets anpartshavere har påtaget sig en sådan vidtgående hæftelse for selskabets forpligtelser, må det således anbefales, at der overfor de amerikanske skattemyndigheder foretages et aktivt tilvalg af status som "Corporation" for derved at sikre, at anpartsselskabet får samme skatteretlige status i USA og i Danmark.

Såfremt de amerikanske skattemyndigheder i den ovenfor beskrevne situation måtte vælge at betragte det danske anpartsselskab som en transparent enhed, står anpartsselskabet således i en situation, hvor de to landes skattemyndigheder vil beskatte den samme ind-

komst hos to forskellige juridiske enheder. De danske skattemyndigheder vil selvsagt beskattede indkomst optjent i anpartsselskabets regi hos anpartsselskabet, hvorimod de amerikanske skattemyndigheder, der jo betragter anpartsselskabet som transparent, vil beskattede indkomst optjent anpartsselskabets regi direkte hos anpartsselskabets deltagere.

Den her beskrevne situation, betegnes ”økonomisk dobbeltbeskatning”, og afværges ikke, hverken efter intern amerikansk ret, eller intern dansk ret eller efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Situationen bør således undgås ved foretagelse af det ovenfor nævnte aktive tilvalg af status, som ”Corporation” i USA.

Modstykket til at anpartshaverne i et dansk anpartsselskab bliver direkte skattepligtige af selskabets til USA’s skattepligtige indtægter, hvis skattemæssig status som ”Partnership” tilvælges eller foreligger efter kvalifikationsreglerne er selvsagt, at anpartshaverne tillige personligt kan få fradrag for de i USA fradragsberettigede udgifter til selskabets drift.

For en umiddelbar betragtning forekommer det selvsagt besnærende, at der herved opnås adgang til fradragsret for den samme driftsudgift hos to forskellige juridiske enheder – i Danmark hos anpartsselskabet, og i USA hos anpartsselskabets deltagere. Med i billedet, når sådan en mulighed overvejes i forbindelse med etablering i USA, som deltager i et ”Partnerships” hører imidlertid som beskrevet ovenfor, at status efter kvalifikationsreglerne når tilvalg en gang er foretaget, første kan ændres efter 60 måneder.

Spekulation i opnåelse af dobbelt fradragsret ved anvendelse af forskellige danske og amerikanske kvalifikationsregler, må således som generel regel frarådes, idet den dobbelte fradragsret så snart det amerikanske ”Partnership” begynder at give overskud, afløses af en uafhjælpelig økonomisk dobbeltbeskatning.

Den ”eventyrlystne” investor, der desuagtet ønsker at forsøge sig med en sådan spekulation, bør selvsagt træde særdeles varsomt.

3.3 De danske regler om subjektiv skattepligt for selskaber

3.3.1 Selskaber der er ubegrænset skattepligtige til Danmark

3.3.1.1 Selskaber hjemmehørende i Danmark

De danske regler om subjektiv skattepligt for selskaber indeholdes i selskabsskatteloven.

Det fastslås i selskabsskatteloven, at kredsen af retssubjekter, der er underlagt ubegrænset skattepligt til Danmark er selskaber hjemmehørende i Danmark⁸⁷.

⁸⁷ Jfr. således selskabsskattelovens § 1. stk 1. der har følgende ordlyd: ”Skattepligt i henhold til denne lov påhviler her i landet hjemmehørende:

- 1) indregistrerede aktieselskaber,
- 2) andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som for-deler overskuddet i forhold til deltagerens i selskabet indskudte kapital,
 - 2 a) sparekasser, andelskasser, sammenslutninger af andelskasser efter kapitel 4 D i lov om banker og sparekasser m.v. og foreninger oprettet i henhold til § 52 k i lov om banker og sparekasser m.v.,
 - 2 b) Post Danmark,
 - 2 c) Værdipapircentralen,
 - 2 d) DSB,
- 3) andelsforeninger, det vil i denne lov sige foreninger, hvis formål er at fremme mindst 10 medlemmers fælles erhvervmæssige interesser gennem deres deltagelse i foreningens virksomhed som aftagere, leve-randører eller på anden lignende måde, hvis omsætning med ikke-medlemmer ikke væsentligt eller længe-revarende overskrider 25 pct. af den samlede omsætning, og som - bortset fra normal forrentning af en ind-betalt medlemskapital - anvender den stedfundne omsætning med medlemmerne som grundlag for udlod-ning til disse,
 - 3 a) brugsforeninger, hvis formål er at fremme medlemmernes fælles interesser gennem deres deltagelse i foreningens virksomhed som aftagere, hvis leverancer anvendes helt eller delvis til medlemmernes eller medlemsforeningernes medlemmers private forbrug, og som - bortset fra normal forrentning af en indbetalt medlemskapital - ved udlodninger til medlemmer, eventuelt efter brugsforeningens bestemmelse kun til personlige medlemmer, anvender den stedfundne omsætning med de pågældende medlemmer som grund-lag for udlodning til disse, eller som ved opløsning i stedet vælger at foretage udlodning til gavn for brugs-foreningsbevægelsen eller til fremme af almene forbrugerinteresser efter tilladelse fra Ligningsrådet, og som ikke er omfattet af nr. 3,
 - 4) foreninger, hvis formål er at fremme medlemmernes fælles erhvervmæssige interesser gennem deres deltagelse i foreningens virksomhed som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde, og som ikke er omfattet af nr. 2, 3 eller 3 a,
 - 5) gensidige forsikringsforeninger, der ikke er omfattet af kapitel 21 i lov om forsikringsvirksomhed, medmindre den gensidige forsikringsforening udelukkende driver sygeforsikringsvirksomhed og skattemi-nisteren har truffet bestemmelse om, at den pågældende forsikringsforening er omfattet af nr. 6, samt sel-skaber, foreninger m.v., der er opstået ved ændring af en gensidig forsikringsforening, efter at denne har overdraget sin forsikringsvirksomhed, jf. § 14 d i fusionsskatteloven, og som ikke er omfattet af nr. 1, nr. 2 eller fondsbeskatningsloven,

Selskaber, der efter selskabsskatteloven anses for hjemmehørende i Danmark er underlagt ubegrænset skattepligt til Danmark efter globalindkomstprincippet⁸⁸.

Herunder vil et dansk selskab således være skattepligtigt til Danmark af indkomst, som det måtte have optjent i USA.

Såfremt det danske selskab måtte have foretaget etablering i USA via en enhed, der efter dansk ret må anses for skattemæssigt transparent (det vil sige at enheden ikke er et selvstændigt skattesubjekt) vil indkomsten optjent i denne enheds regi anses for omfattet af det danske selskabs globalindkomst og vil således være at betragte som skattepligtigt i Danmark.

Såfremt den i USA etablerede enhed derimod efter dansk skatteret anses for en selvstændig juridisk enhed vil indkomst optjent i denne enheds regi derimod ikke indgå i det danske selskabs globalindkomst.

Udstrækningen af det danske selskabs globalindkomst afhænger således af, om den etablerede amerikanske enhed efter dansk ret kvalificeres som et selvstændigt skattesubjekt eller som en skattemæssigt transparent enhed.

Der henvises til afsnit 3.3.1.4 nedenfor om de danske kvalifikationsregler.

5 a) investeringsforeninger, der udsteder omsættelige beviser for medlemmernes indskud. Udloddende investeringsforeninger, jf. ligningslovens § 16 C, stk. 1, omfattes dog af nr. 6,

5 b) institutter godkendt i henhold til realkreditloven, der ikke er omfattet af nr. 1, fonde og foreninger som nævnt i realkreditlovens § 69, stk. 1 og 2, Kreditforeningen af Kommuner i Danmark, Landsbankernes Reallånefond, Dansk Landbrugs Realkreditfond, Danmarks Skibskreditfond og Dansk Eksportfinansieringsfond,

6) andre foreninger, korporationer, stiftelser, legater og selvejende institutioner, jf. dog § 3, for så vidt foreningen m.v. ikke er omfattet af fondsbeskatningsloven. Skattepligten omfatter alene indtægt ved erhvervmæssig virksomhed samt fortjeneste eller tab ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af formuegoder, der har eller har haft tilknytning til den erhvervmæssige virksomhed.”

⁸⁸ Jfr. således selskabsskattelovens § 8, hvori det fastslås, at selskabers skattepligtige indkomst opgøres efter skattelovgivningens almindelige regler. Den generelle hjemmel til opgørelse af skattepligtig indkomst efter globalindkomstprincippet også for selskaber findes således i statsskattelovens § 4, der har følgende ordlyd: ”Som skattepligtig indkomst betragtes med de i det følgende fastsatte undtagelser og begrænsninger den skattepligtiges samlede årsindtægter, hvad enten de hidrører her fra landet eller ikke, bestående i penge eller formuegoder af pengeværdi, således f.eks.:...”

3.3.1.2 Sondring mellem selskaber hjemmehørende i Danmark og udenlandske selskaber

Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.1.2 fastslås selskabers nationalitet efter amerikansk ret alene efter indkorporationskriteriet (registreringskriteriet) – altså efter, hvor selskabet er registreret.

Også efter dansk ret fastslås selskabers nationalitet i udgangspunktet efter indkorporationskriteriet.

Det fastslås således indledningsvis udtrykkeligt i selskabsskatteloven, at ubegrænset skattepligt til Danmark påhviler ”her i landet hjemmehørende indregistrerede aktieselskaber”⁸⁹.

Indkorporationskriteriet suppleres imidlertid efter dansk ret af det såkaldte hovedsædekriterium⁹⁰.

Konsekvensen af, at der efter dansk ret gælder et hovedsædekriterium som supplement til indkorporationskriteriet er for det første, at selskaber stiftet og registreret i udlan-

⁸⁹ Jfr. således selskabsskattelovens § 1. stk. 1 nr. 1. Denne lovbestemmelse gælder efter ordlyden kun aktieselskaber, men udstrækkes også til anpartsselskaber, jfr. således anpartsselskabslovens § 83.

⁹⁰ Hjemmel til beskatning af selskaber registreret i udlandet eller stiftet i henhold til udenlandsk ret som ubegrænset skattepligtige selskaber findes i selskabsskattelovens § 1. stk. 6, der har følgende ordlyd: ”Selskaber og foreninger m.v. omfattet af stk. 1, nr. 2-6, anses for hjemmehørende her i landet, hvis ledelsen har sæde her i landet. Dette gælder, uanset hvor selskabet eller foreningen m.v. eventuelt er indregistreret. Bestemmelsen i 1. og 2. pkt. finder dog ikke anvendelse på et selskab eller en forening m.v., som er omfattet af fuld skattepligt i en fremmed stat efter denne stats skatteregler, hvis Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomst med den pågældende stat medfører, at Danmark skal lempe dobbeltbeskatning af indkomst fra et fast driftssted i den pågældende stat ved at nedsætte den danske skat af denne indkomst med et større beløb end det beløb, der er betalt i skat af denne indkomst i den pågældende stat.”

Hjemmel til at behandle selskaber, registreret i Danmark eller stiftet i henhold til Dansk ret som et udenlandsk selskab findes i selskabsskattelovens § 5, stk. 7, der har følgende ordlyd: ”Hvis et selskab eller en forening m.v. ophører med at være skattepligtig efter § 1, fordi ledelsens sæde flyttes til udlandet, Grønland eller Færøerne, eller hvis et selskab eller en forening m.v. efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, Grønland eller Færøerne, anses aktiver og passiver, som ikke efter ledelsens fraflytning fortsat er omfattet af dansk beskatning, for afhændet på fraflytningstidspunktet. Salgssummen ansættes til handelsværdien på fraflytningstidspunktet. Den skattepligtige fortjeneste nedsættes med beløb genbeskattet efter ligningslovens § 33 D, stk. 5.”

det efter omstændighederne anses for underlagt fuld skattepligt til Danmark, såfremt selskabets ledelse har hovedsæde her.

Hvis eksempelvis et dansk selskab stifter et amerikansk datterselskab vil dette selskab efter dansk ret anses for hjemmehørende i Danmark, hvis selskabet ledes fra Danmark og ikke har anden fysisk tilstedeværelse i USA end en postboksadresse.

En sådan situation kan i praksis tænkes at forekomme hvor et dansk selskab har etableret et ubemandet amerikansk datterselskab, som instrument for foretagelse af langdistance-salg af varer eller tjenesteydelser, f.eks. via Internettet⁹¹.

Fra administrativ praksis kan nævnes, at det er blevet fastslået af Landsskatteretten, at et Canadisk indregistreret selskab, der drev rejefiskeri i canadisk farvand ikke var fuldt skattepligtig til Danmark efter Selskabsskattelovens § 1. stk. 6. De ultimative ejere af det danske selskab var bosiddende i Danmark, og det blev langt til grund, at en række direktionsbeslutninger blev foretaget her.

Selskabets bestyrelsesmøder blev derimod holdt i Canada, ligesom en række daglige væsentlige driftsbeslutninger blev truffet ombord på skibet. Hertil kommer, at bogføring og skattebetaling for mandskab o.s.v. foregik fra selskabets administrationskontor i Canada.⁹²

Det antages i den juridiske teori, at et selskab antages at have hovedsæde der, hvor den reelle daglige ledelse har sit daglige sæde⁹³.

Det må således som et tungt vejende udgangspunkt antages, at et selskab har hovedsæde der hvor direktionen har sit daglige sæde.

⁹¹ Jfr. således Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, side 70.

⁹² Jfr. således Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, side 69, hvor der henvises til Landsskatterettens afgørelse TfS 1996, 257 LR.

Hvis et dansk selskab stifter et amerikansk datterselskab og indsætter en direktion bosiddende i Danmark må det således fastslås, at der er en betydelig risiko for, at et sådant selskab i dansk skatteret vil anses for ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

Det må endvidere fastslås, at såfremt selskabet har en amerikansk bosiddende direktion af navn, vil der tillige være risiko for, at de danske skattemyndigheder vil anse selskabet for fuldt skattepligtigt til Danmark, hvor forholdet er det, at de daglige ledelsesbeslutninger i væsentligt omfang træffes af de danske ejere.

I forlængelse heraf skal nævnes, at dansk ejede udenlandske holdingselskaber, hvor der ikke pågår aktiviteter og således ikke tages daglige ledelsesbeslutninger er i særlig risiko for at blive underlagt ubegrænset danske skattepligt⁹⁴.

Såfremt et dansk selskab i forbindelse med etableringen af virksomhed i USA stifter et mellemliggende amerikansk holdingselskab, der skal eje et eller flere amerikanske driftselskaber, bør de skattemæssige konsekvenser heraf nøje analyseres på forhånd, eventuelt ved indhentelse af en bindende forhåndsbesked.

Såfremt denne konstruktion vælges, bør der for at modvirke en risiko for, at det amerikanske holdingselskab anses for hjemmehørende i Danmark i selskabsskatteovens forstand, indsættes en direktion, bestående af en eller flere i USA bosiddende personer, ligesom der bør ansættes en bestyrelse også med deltagelse af en eller flere i USA bosiddende personer.

Hertil kommer, at selskabets bestyrelsesmøder bør afholdes i USA.

Såfremt et amerikansk datterselskab anses for hjemmehørende i Danmark i selskabsskatteovens forstand, opstår situationen, at selskabet bliver ubegrænset skattepligtigt til såvel

⁹³ Se hertil for eksempel Erik Warlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, s. 69. Se endvidere Aage Michelsen, International Skatteret, 2. udgave, 1996, s.152.

⁹⁴ Jfr. således Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, side 70, hvor der henvises til Landsskatterettens afgørelse TfS 1998, 334 LR.

USA som Danmark. Der opstår herved dobbeltbeskatning, hvorfor situationen bør undgås.

Dette gælder ikke mindst henset til, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten kun foreskriver en vag og uforpligtende løsning på sådanne dobbeltbeskatningsproblemer⁹⁵. Problemstillingen behandles tillige nedenfor i afsnit 4 om de i dobbeltbeskatningsoverenskomsten indeholdte regler om fordeling af beskatningsretten til indkomster samt nedenfor i afsnit 5 om etablering i USA via stiftelse af et datterselskab.

Ud over den netop beskrevne situation – et i udlandet stiftet selskabs underlæggelse af ubegrænset skattepligt til Danmark, kan selskabsskattelovens anvendelse af hovedsædekriteriet som supplement til indkorporationskriteriet tillige bevirke, at et i Danmark registreret aktie- eller anpartsselskab ikke anses for fuldt skattepligtigt til Danmark, hvis selskabets reelle daglige ledelse ikke er placeret i Danmark.

De skattemæssige konsekvenser ved at etablere et dansk holdingselskab, i en situation, hvor selskabet ikke har danske ejere, bør således altid analyseres nøje⁹⁶.

Som nævnt ovenfor under 3.2.1.2 må de i reglerne om subjektiv skattepligt indeholdte for fastlæggelse af selskabers nationalitet, og dermed fastlæggelse af, til hvilket land et selskab er ubegrænset skattepligtigt efter globalindkomstprincippet, ikke forveksles med den parallelle civile (international private) problemstilling, hvilket lands selskabstatut (selskabslovgivning) et selskab med aktiviteter i flere lande er underlagt.

Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.1.2 anvender USA såvel i international skatteretlig henseende som i international private retlig henseende et rent inkorporationskriterium.

⁹⁵ Se hertil dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 4, stk. 3.

⁹⁶ Den her anførte opfordring har stor praktisk relevans, idet de nye danske regler (vedtaget ved lov nr. 1026 af 23. december 1998) om skattefri oppebærelse af udbytter fra udenlandske datterselskaber, såvel om skattefri udlodning af udbytte til udenlandske aktionærer har gjort det attraktivt for internationale koncerner at etablere mellemliggende regionale holdningselskaber i Danmark. Muligheden for med sikkerhed at opnå

Danmark anvender også i international privatretlig henseende indkorporationskriteriet. Anvendelsen sker dog ikke så konsekvent og sikkert som efter amerikansk ret⁹⁷.

de her skitserede skattemæssige fordele forudsætter selvsagt, at holdingselskabet kan anses for hjemmehørende i Danmark i henhold til det her beskrevne hovedsædekriterium.

⁹⁷ Mette Neville anfører i Juristen 1997 side 146 ff., at det normalt efter dansk ret selskabsretligt er problemfrit at flytte ledelsens sæde til Danmark. Et i USA stiftet selskab vil således i udgangspunktet forblive anerkendt i dansk ret som et amerikansk selskab, hvis selskabet flytter sin ledelse til Danmark. Mette Neville antager dog, at såkaldte pseudo-selskaber registreret i udlandet med det formål at omgå de danske krav til registrering af aktie- eller anpartskapital, vil blive underkendt. Til støtte her for anfører hun dommen ØLD af 8. september 1995 (Centros sagen), hvor Landsretten nåede frem til at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen berettiget havde nægtet at registrere en dansk filial af et engelsk selskab. Dette ud fra begrundelsen, at selskabet ikke havde nogen aktiviteter i England og således alene var etableret for at omgå de danske kapitalkrav. Denne afgørelse er dog sidenhen, under anken af Landsrettens dom til Højesteret, blevet omgjort af EU-domstolen (EU-domstolens afgørelse C-212/97 af 9. marts 1999) der af Højesteret fik sagen forelagt til præjudiciel vurdering. EU-domstolen begrundede afgørelsen med, at Rom-traktatens regler om fri etableringsret forbyder mellemstaterne at forhindre et selskab lovligt indregistreret i et andet EU-land at etablere filial i det pågældende land. Udgangspunktet at et udenlandsk selskab problemfrit i selskabsretlig henseende kan flytte dets hovedsæde til Danmark understøttes således af denne dom. Det må dog understreges, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og de danske domstole ikke er forpligtet til at lade præjudikatet fastsat i Centros-dommen udstrække til selskaber med hjemsted uden for EU. Det kan således næppe antages, at et amerikansk "pseudo-selskab", altså et selskab uden aktiviteter i USA kan få registreret en dansk filial, med henblik på udøvelse af aktiviteter i Danmark..

Hvor det bortset fra rene pseudo-selskaber ligger fast, at et udenlandsk selskab efter dansk ret under bevarelse af sin identitet kan flytte sin ledelse til Danmark, er det ifølge Mette Neville, anførte sted, mere uklart, om et dansk aktieselskab kan flytte dets ledelses sæde til udlandet. Som argument imod at en sådan flytning af ledelsens sæde kan ske under bevarelse af selskabets identitet som et dansk selskab må anføres, at aktieselskabslovens § 4 stk. 1 nr. 2 foreskriver at aktieselskaber skal have sit hjemsted i en dansk kommune. Ud fra en historisk analyse må bestemmelsen forstås således, at ledelsens sæde skal være på selskabets vedtægtsbestemte hjemsted. Denne fortolkning begrundes med, at selskabets interessegrupper bør kunne komme i kontakt med selskabet. Som argument til støtte for at indkorporationsteorien bør anvendes konsekvent således, at danske selskaber selskabsretligt kan flytte ledelsen til udlandet, anføres at en formålsfortolkning tilsiger, at hensynet til selskabets tilgængelighed overfor omverdenen kan opnås på mindre indgribende vis, nemlig ved at det må kræves, at selskabet skal have et bemandet kontor på dets vedtægtsbestemte hjemsted. Som et yderligere argument til støtte for denne fortolkning må henvises til Erik Werlauff, UfR B 1999, side 153 ff., der argumenterer for synspunktet, at Centros-dommen, som refereret ovenfor lægger grundstenen til en praksis, der i international privatretlig henseende gør op med hovedsædekriteriet, som stridende mod Rom-traktatens regler om selskabers frie etableringsret. Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.1.2 har EU-domstolen tidligere fastslået, at Rom-traktatens regler om den frie etableringsret ikke forhindrer medlemsstaternes anvendelse af hovedsædekriteriet i international skatteretlig henseende, jfr. således EU-domstolens afgørelse 81/87 af 27. september 1998 (Daily Mail -dommen).

I forlængelse af det ovenfor i note 95 anførte, bør også de netop beskrevne internationale privatretlige problemstillinger inddrages i analysen af hvorvidt en international koncern med fordel kan foretage etablering af et mellemliggende holding datterselskab i Danmark med henblik på at udnytte de danske regler om skattefri oppebærelse af udbytter fra udenlandske datterselskaber, såvel om skattefri udlodning af udbytte til udenlandske Moderselskaber.

3.3.1.3 Sondring mellem ”selskaber” og juridiske enheder der ikke er selvstændige skattesubjekter (”personsselskaber”)

Også i dansk ret sondres mellem erhvervsdrivende juridiske enheder, der har status af selvstændige skattesubjekter og enheder, der er skattemæssigt transparente.

De af selskabsbeskatning omfattede retssubjekter opregnes i selskabsskatteoven som citeret ovenfor⁹⁸.

De juridiske enheder der ikke er underlagt selskabsbeskatning benævnes i den juridiske teori sædvanligvis ”personsselskaber”⁹⁹.

Personsselskaberne, hvoriblandt navnlig hører interessentskaber og kommanditselskaber, nævnes ikke i skattelovgivningen. Dette er udtryk for at ikke personsselskabets, men derimod personsselskabets deltagere betragtes som skattesubjekter i henseende til personsselskabets aktiviteter¹⁰⁰.

Den klassiske tankegang der ligger til grund for den forskellige behandling af disse to grupper af juridiske enheder, selskaber og personsselskaber er helt på linje med den ovenfor i amerikansk ret beskrevne sondring mellem ”*Partnerships og Corporations*”¹⁰¹, at den skattemæssige behandling skal afspejle virkelighedens verden, således at den der bærer den økonomiske risiko ved den af enheden drevne virksomheds drift anses for beskatningssubjekt i relation til den af enheden oppebårne indkomst. Heri ligger at den pågældende skal beskattes af enhedens indtægter, såvel som at denne kan fratække udgifterne til drift af den af enheden drevne virksomhed¹⁰².

⁹⁸ De af selskabsbeskatning omfattede retssubjekter opregnes i selskabsskatteovens § 1 som citeret ovenfor. Herunder opregnes blandt andet aktieselskaber, anpartsselskaber jfr. således anpartsselskabslovens § 83, samt andre selskaber i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens i selskabet indskudte kapital.

⁹⁹ Se hertil for eksempel Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave 1999, s. 121.

¹⁰⁰ Se hertil for eksempel Erik Werlauff, anførte sted.

¹⁰¹ Se afsnit 3.2.1.3.

¹⁰² Se hertil for eksempel Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave 1999, s. 121.

”Selskaber” er således karakteriseret ved at være autonome juridiske personer der alene bærer risikoen for virksomhed der drives i disse regi. Deltagerne i et ”selskab” (aktionærerne) indskyder deres investering i selskabet ved tegning af aktier, og samtidig hermed indbetaling til selskabet af tegningsbeløbet. Aktionærerne kan selvsagt miste deres investering hvis selskabet går dårligt, men hæfter ikke, i deres egenskab af aktionærer, for selskabets forpligtelser, og kan således ikke mødes med krav fra selskabets kreditorer som følge af selskabets virksomhed. Da selskabet, og ikke aktionærerne, således bærer den økonomiske risiko ved selskabets virksomheds drift, ville det således ikke afspejle virkeligheden om aktionæren skulle beskattes direkte af selskabets indkomst, endsige have ret til fradrag for selskabets driftsudgifter.

”Personelselskaber” er heroverfor karakteriseret ved, at deltagerne hæfter direkte (begrænset eller ubegrænset) for selskabets forpligtelser. Da deltagerne bærer den direkte risiko for virksomhedens drift, og således, i fællesskab, driver direkte økonomisk virksomhed er det udtryk for en afspejling af virkelighedens verden, at deltagerne anses for direkte skattepligtige af virksomhedens indtægter, såvel som direkte fradragsberettigede for virksomhedens udgifter.

Som tilfældet er efter amerikansk ret, hersker der også efter dansk ret en udstrakt grad af selskabsretlig aftalefrihed. Det er således i vidt omfang muligt at etablere og deltage i virksomhed via ulovregulerede, skræddersyede enheder, der i varierende grad civilretligt (selskabsretligt) betragtes som selvstændige juridiske personer.

Da der således civilretligt er mulighed for udøvelse af virksomhed i juridiske enheder i mangfoldige varianter, er der selvsagt behov for et regelsæt, der afgrænser hvilke juridiske enheder der betragtes som selvstændige skattesubjekter, og således beskattes som selskaber, og hvilke juridiske enheder der anses for skattemæssigt transparente. Ved en transparent enhed forstås, at enheden ikke er genstand for selvstændig beskatning, idet den i enheden optjente indkomst beskattes direkte hos enhedens ejere.

Princippet om selskabsretlig aftalefrihed, såvel som det netop ovenfor beskrevne princip om, at den skattemæssige behandling af juridiske enheder skal afspejle virkeligheden nødvendiggør en fleksibel afgrænsning af kredsen af juridiske enheder der er underlagt selskabsbeskatning.

Ud over aktie- og anpartsselskaber og en række en andre specifikt opregnede typer af juridiske enheder fastslår selskabsskatteloven, da også at tillige ”andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes i selskabet indskudte kapital” er underlagt selskabsbeskatning¹⁰³.

Hvis princippet om, at den skattemæssige behandling af juridiske enheder skal afspejle virkeligheden skal efterleves, er det, set i lyset af denne fleksible afgrænsning af hvilke juridiske enheder der omfattes af selskabsbeskatning, tillige nødvendigt for skattemyndighederne at have adgang til, i tvivlstilfælde at foretage kvalifikation af en juridisk enhed, der ikke henhører under en af de i selskabsskatteloven udtrykkeligt opregnede kategorier af selskabstyper. Skattemyndighedernes adgang til at foretage en sådan kvalifikation behandles nedenfor i afsnit 3.3.1.4.

En dansk juridisk enhed der foretager etablering af virksomhed i USA bør i analysen af de samlede skattemæssige konsekvenser have sig den danske skatteretlige sondring mellem selskaber og personselskaber for øje.

Det giver sig selv, at det som et led i denne analyse indledningsvis bør afklares om de danske skattemyndigheder betragter den danske forretningsenhed som et selskab eller som et personselskab.

Nok så vigtigt er det at holde sig for øje, at den danske sondring mellem selskaber og personselskaber, og den hertil knyttede adgang for skattemyndighederne til at foretage skat-

¹⁰³ Jfr. således kildeskattelovens § 1 stk. 1 nr. 2.

temæssig kvalifikation, også udstrækkes til den etablerede amerikanske forretningsenhed¹⁰⁴.

Den danske skatteretlige kvalifikation af den etablerede amerikanske enhed er således afgørende for udstrækningen af det danske selskabs globalindkomst, jfr. således ovenfor i afsnit 3.3.1.1.

Såfremt den etablerede amerikanske enhed efter de danske kvalifikationsregler må betragtes som et selskab beskattes den af enheden optjente indkomst ikke hos det danske selskab. Såfremt den etablerede amerikanske enhed derimod efter de danske kvalifikationsregler betragtes som et personselskab beskattes den af enheden optjente indkomst hos det danske selskab.

3.3.1.4 Kvalifikation som ”selskab” eller som ”personselskab”

Det er almindeligt antaget i den juridiske teori, administrativ praksis samt i retspraksis, at skattemyndighederne efter omstændighederne kan foretage en skatteretlig kvalifikation af en juridisk enhed, der afviger fra den kvalifikation, som den juridiske enheds deltagere skattemæssigt har lagt til grund.

Skattemyndighederne kan således omgøre den af den juridiske enheds deltagere foretagne kvalifikation af enhedens karakter som ”selskab” eller som ”personselskab” hvis denne kvalifikation afviger fra det ovenfor i afsnit 3.3.1.3. beskrevne princip om at den skattemæssige kvalifikation af en juridisk enhed skal afspejle virkelighedens verden¹⁰⁵.

Såfremt deltagerne i en juridisk enhed eksempelvis har kvalificeret denne som et personselskab, f.eks. et kommanditselskab, og således har fratrukket selskabets driftudgifter

¹⁰⁴ Jfr. herom nedenfor i afsnit 3.3.1.4.

¹⁰⁵ Grundsætningen, der giver skattemyndighederne adgang til at foretage omkvalifikation af selskaber er et særligt udtryk for den almindelige skatteretlige realitetsgrundsætning, der giver skattemyndighederne adgang til at tilsidesætte dispositioner der ikke kan antages at være forretningsmæssigt begrundede, men som alene må anses for skattemæssigt dikteret. Se hertil for eksempel Erik Werlauff, selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, side 125.

skattemæssigt, kan skattemyndighederne efter omstændighederne omkvalificere enheden til et selskab med begrænset ansvar, således at deltagerne afskæres fra at fratække selskabets driftsunderskud, hvis realiteten er at deltagerne ikke har løbet en reel driftsmæssig risiko, men arrangementet alene eller i det væsentligste må antages at have skullet tjene formålet at nedbringe deltagerens personlige skat¹⁰⁶.

Skattemyndighedernes adgang til at foretage skattemæssig kvalifikation af en erhvervsdrivende juridisk enhed er af overordentligt stor betydning for danske virksomheder der overvejer etablering af virksomhed i USA via deltagelse i en amerikansk juridisk enhed.

Det antages af de danske skattemyndigheder, med støtte i retspraksis, og i den juridiske teori, at kvalifikation af udenlandske juridiske enheder, hvori danske virksomheder indgår som deltagere sker efter dansk ret¹⁰⁷.

Den danske skattemæssige behandling af et dansk selskabs deltagelse i en amerikansk erhvervsdrivende juridisk enhed afhænger således af hvorledes de danske skattemyndigheder kvalificerer den amerikanske juridiske enhed.

Hvis den amerikanske juridiske enhed således opfylder de i dansk ret anerkendte karakteristika for et selskab, vil den blive behandlet som et sådant i dansk skattemæssig henseende.

Indtægter optjent i enhedens regi vil således ikke være omfattet af det danske selskabs skattepligt.

Hvis den amerikanske juridiske enhed omvendt har karakteristika som et dansk person-selskab vil den blive behandlet som et sådant i dansk skattemæssig henseende.

Som beskrevet ovenfor i afsnit 3.2.1.4 vil en forskellig dansk og amerikansk kvalifikation af den amerikanske juridiske enhed efter omstændighederne medføre at der foreligger

¹⁰⁶ Jfr. således TFS 1998.201 Ø.

¹⁰⁷ Se hertil for eksempel Erik Werlauff, selskabsret, 3. udgave, 1999, side 125.

økonomisk dobbeltbeskatning – altså at indkomst optjent i den amerikanske enheds regi af de to lande beskattes hos to forskellige juridiske enheder.

Denne form for dobbeltbeskatning afværges som tidligere nævnt, når den først er indtrådt ikke hverken af de danske eller amerikanske lempelsesregler, eller af lempelsesreglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Situationen må således forebygges ved forudgående analyse før det danske selskab indtræder som deltager i en amerikansk erhvervsdrivende juridisk enhed.

De danske og amerikanske kvalifikationsregler bør således have en central placering i de skattemæssige overvejelser om hvordan et dansk selskab skal foretage etablering af virksomhed i USA.

3.3.2 Selskaber der anses for begrænset skattepligtige til Danmark

Da sigtet med denne rapport er at beskrive de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af virksomhed i USA må de danske regler om begrænset skattepligtige selskaber selvsagt træde i baggrunden i forhold til de ovenfor beskrevne amerikanske regler om ubegrænset såvel som begrænset skattepligtige selskaber og de netop beskrevne danske regler om ubegrænset skattepligtige selskaber.

Regelsættet bør dog kort nævnes i sammenhængen, dels for at komplettere den parallelle fremstilling af de amerikanske og danske regler om subjektiv skattepligt, dels ud fra den betragtning, at reglerne om begrænset skattepligt kan få betydning hvis det amerikanske datterselskab, som det fra tid til anden ses, tillige har aktiviteter i Danmark.

Det fastslås i selskabsskatteloven, at selskaber hjemmehørende i udlandet, er (begrænset) skattepligtige af en række udtrykkeligt opregnede indkomsttyper¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Selskabsskattelovens § 2 stk. 1 har følgende ordlyd: ”Pligt til at svare indkomstskat til staten påhviler endvidere personer, der ikke omfattes af bestemmelserne i § 1, og dødsboer, der behandles i udlandet, jf. dødsboskattelovens § 1, stk. 3, for så vidt de pågældende personer eller dødsboer

Såfremt en indkomst, der tilfalder et udenlandsk selskab ikke er omfattet af selskabsskatelovens udtømmende opregning, er indkomsten ikke skattepligtig til Danmark.

Hvis et dansk selskabs amerikanske datterselskab har aktiviteter i Danmark vil der være hjemmel til beskatning heraf hvis det må antages, at dette selskab har et fast driftssted i Danmark¹⁰⁹.

Den blotte omstændighed, at det amerikanske datterselskab sælger varer eller tjenesteydelser i Danmark begrundes selvsagt ikke at der foreligger et dansk fast driftssted.

-
- a) oppebærer indkomst af den i § 43, stk. 1, nævnte art for virksomhed udført her i landet. Det er uden betydning for skattepligten, om retten til indkomsten eller ydelsen er erhvervet efter ophør af virksomheden her i landet. Virksomhed udført her i landet omfatter også arbejde udført om bord på et luftfartøj med hjemsted her i landet. Et luftfartøj, som har hjemsted på Færøerne, i Grønland eller i udlandet, og som uden besætning overtages til befragtning af et dansk luftfartsselskab, sidestilles med et luftfartøj med hjemsted her i landet. Et luftfartøj med hjemsted her i landet, som uden besætning overtages til befragtning af et udenlandsk luftfartsselskab, anses ikke som luftfartøj med hjemsted her i landet,
- b) oppebærer indkomst her fra landet, der i medfør af § 43, stk. 2, litra a)-g) og litra i), skal henregnes til A-indkomst,
- c) oppebærer indkomst hidrørende fra virksomhed udført her i landet, der i medfør af § 43, stk. 2, litra h), skal henregnes til A-indkomst,
- d) udøver et erhverv med fast driftssted her i landet, jf. dog stk. 9. Skattepligten omfatter udøvelse af erhverv med fast driftssted her i landet eller deltagelse i en erhvervsvirksomhed med fast driftssted her. Skattepligten omfatter endvidere indkomst i form af løbende ydelser hidrørende fra en sådan virksomhed eller fra afståelsen af en sådan virksomhed, når ydelserne ikke er udbytte, afdrag på et tilgodehavende, renter eller royalties. Skattepligten omfatter desuden bortforpagtning af en sådan virksomhed. Skattepligten omfatter endvidere fortjeneste eller tab ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af formuegoder, der er knyttet til en sådan virksomhed. Bygge, anlægs- eller monteringsarbejde anses for at udgøre et fast driftssted fra første dag,
- e) ejer fast ejendom her i landet eller nyder indtægter af samme eller af her i landet oprettet familiefideikommiss (jf. lov nr. 139 af 1. maj 1954 § 2, stk. 1), herunder kapital båndlagt i overensstemmelse med reglerne i § 4 i lov nr. 563 af 4. oktober 1919 eller i § 6 i lov nr. 139 af 1. maj 1954. Skattepligten omfatter endvidere fortjeneste ved afståelse af fast ejendom omfattet af ejendomsavancebeskatningsloven eller afskrivningslovens § 21,
- f) oppebærer udbytte omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1, bortset fra udlodninger fra obligationsbaserede investeringsforeninger som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 2 d, stk. 2, eller oppebærer afståelsessummer omfattet af ligningslovens § 16 B,
- g) (ophævet),
- h) oppebærer renter fra kilder her i landet som nævnt i stk. 5, idet udlodninger fra obligationsbaserede investeringsforeninger som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 2 d, stk. 2, her sidestilles med renter,
- i) oppebærer royalty hidrørende fra kilder her i landet, jf. § 65 c, stk. 4,
- j) oppebærer indkomst af den i § 43, stk. 1, nævnte art for arbejde udført om bord på skib med hjemsted her i landet. Med skib med hjemsted her i landet sidestilles skib, der har hjemsted på Færøerne, i Grønland eller i udlandet, såfremt det uden besætning overtages til befragtning af dansk rederi. Skib med hjemsted her i landet, som uden besætning overtages til befragtning af udenlandsk rederi, anses ikke for et skib med hjemsted her i landet.”

¹⁰⁹ Jfr. således selskabsskatelovens § 2 stk. 1 litra a).

Hvis imidlertid moderselskabet eksempelvis stiller personale til rådighed i forbindelse med salget af sådanne varer og tjenesteydelser, eller hvis det amerikanske datterselskabs personale i forbindelse med midlertidige ophold i Danmark med henblik på sådant salg vil der ofte herved være grundlag for at fastslå at der foreligger et fast dansk driftssted.

Det amerikanske datterselskab vil herved efter reglerne i selskabsskatteloven være skattepligtigt til Danmark af indkomsten ved salget i Danmark¹¹⁰.

¹¹⁰ En forudsætning for, at kunne håndhæve denne beskatningsret efter de interne danske regler er, at Danmark ikke i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten har fraskrevet sig retten til at beskatte en sådan indkomst. Da imidlertid såvel dobbeltbeskatningsoverenskomstens som selskabsskattelovens § 2's definition af et "fast driftssted" fortolkes i overensstemmelse med OECD-modeloverenskomsten vil situationen således næppe forekomme, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten afskærer Danmark fra at anvende sin interne hjemmel til at beskatte et amerikansk selskabs faste driftssted i Danmark.

4 Dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler om fordeling af beskatningsretten til indkomster, og lempelse af dobbeltbeskatning

4.1 Indledning

Såfremt et dansk selskab, efter reglerne om subjektiv skattepligt som beskrevet ovenfor i afsnit 3, anses for skattepligtig af den samme indkomst til såvel USA som Danmark, opstår der herved en dobbeltbeskatningsproblematik.

Såfremt en sådan problematik opstår må dobbeltbeskatning søges afværget efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Som nævnt ovenfor i afsnit 3 udgør de her beskrevne amerikanske og danske regler om subjektiv skattepligt et grundkomponent i fastlæggelsen af de skattemæssige konsekvenser af etablering i USA.

Som ligeledes nævnt i afsnit 3 udgør dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler om fordeling af beskatningsretten til indkomster mellem de to lande og de hertil knyttede regler om lempelse af dobbeltbeskatning, det andet grundkomponent i fastlæggelsen af de skattemæssige konsekvenser ved etablering i USA.

For at betone reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten som et sådant grundkomponent har vi i dette afsnit valgt at beskrive dennes grundprincipper generelt.

Som et supplerende formål med afsnittet må fremhæves at et forudgående kendskab også til dette grundelement er fremmede for forståelsen af den retsanvendelse der fører frem til de i afsnittene 5 og 6 beskrevne grundlæggende konsekvenser af danske selskabers etablering i USA.

Ud over en beskrivelse af dobbeltbeskatningsoverenskomstens grundprincipper foretages tillige i afsnittet en opregning af de af dobbeltbeskatningsoverenskomstens konkrete be-

stemmelser om fordeling af beskatningsret og lempelse af dobbeltbeskatning der har særlig relevans for belysningen af de skattemæssige konsekvenser af danske selskabers etablering i USA. Dette for at tilvejebringe et overblik over dobbeltbeskatningsoverenskomstens anvendelsesområde.

4.2 Dobbeltbeskatningsoverenskomstens grundprincipper

4.2.1 Dobbeltbeskatningsoverenskomstens lempelsesmetoder

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten opererer med 3 forskellige metoder hvorefter USA henholdsvis Danmark, med henblik på undgåelse af dobbeltbeskatning, kan pålægges at lempe den beskatning som foreskrives efter de to landes interne regler om subjektiv skattepligt¹¹¹:

1. Dobbeltbeskatning foreskrives først og fremmest i en række tilfælde afværget ved, at et af de to lande påbydes totalt at afstå fra beskatning af en indkomst selv om der måtte være hjemmel hertil efter landets interne regler om subjektiv skattepligt.
2. Dobbeltbeskatning foreskrives i en række andre tilfælde afværget ved at et land nok er tillagt ret til at anvende en beskatningshjemmel som findes i landets interne skattelovgivning, men kun mod indrømmelse af lempelse af skatten med den skat der er betalt til det andet land. Lempelsen maksimeres dog af den del af den beregnede skat der falder på den del af indkomsten der er optjent i det andet land. Der tales i sådanne tilfælde terminologisk om lempelse efter credit- metoden.¹¹²
3. Endelig afstår Danmark i enkelte situationer fra at foretage beskatning af en indkomst, men forbeholder sig samtidig at medregne indkomsten i det samlede beskatningsgrundlag med deraf følgende progressivitetsvirkning for den resterende

¹¹¹ De tre lempelsesmetoder er almindeligt kendte, og ses almindeligt anvendt såvel i Danmarks og USAs øvrige dobbeltbeskatningsoverenskomster som i de to landes interne lovgivning.

¹¹² Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 23.

skattepligtige indkomst. Der tales i sådanne tilfælde terminologisk om lempelse efter eksemptionsmetoden. Eksemptionsmetoden anvendes kun i begrænset omfang i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, og ses ikke anvendt på indkomster af født af danske selskabers etablering i USA¹¹³.

4.2.2 Begrebet ”Skattemæssigt hjemsted”

Førend dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler om fordeling af beskatningsret og afværgelse af dobbeltbeskatning kan anvendes må det afgøres hvilket af de to lande der i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand er den pågældende persons skattemæssige hjemsted. Dette idet reglerne om for deling af beskatningsret og afværgelse af dobbeltbeskatning for hver enkelt type af indkomst forudsætter at det ene af de to lande er udpeget som den pågældende skatteydere skattemæssige hjemsted.

Det land der i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand anses for det skattemæssige hjemsted benævnes i denne rapport tillige som hjemstedslandet.

Særligt for så vidt angår selskaber (juridiske personer) anses, efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten, det land hvortil selskabet anses for ubegrænset skattepligtigt på grund af registrering, hjemsted eller placering af ledelsens sæde for det det skattemæssige hjemsted¹¹⁴.

Såfremt selskabet efter denne regel anses for at have skattemæssigt hjemsted begge steder fastslår dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at det skal søges afgjort ved gensidig aftale mellem de to landes skattemyndigheder, hvilket land der skal anses for hjemstedsland i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand¹¹⁵.

¹¹³ Jfr. således særligt dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 23 stk. 3 litra C. Se endvidere bemærkningerne til lovforslaget til dobbeltbeskatningsoverenskomstens gennemførelse i dansk ret - L 84 af 3. november 1999.

¹¹⁴ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 4.1.

¹¹⁵ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 4.3.

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.3. er dobbeltbeskatningsoverenskomsten opbygget med udgangspunkt i OECDs modeloverenskomst, og følger således i vidt omfang dobbeltbeskatningsoverenskomstens principper.

I relation til spørgsmålet om fastlæggelsen af det skattemæssige hjemsted for selskaber har der imidlertid ikke kunnet opnås enighed mellem Danmark og USA om at følge modeloverenskomstens løsning.

Modeloverenskomsten foreskriver, at i situationen hvor to kontraherende lande betragter sig som skattemæssigt hjemsted for et selskab, skal selskabet anses for hjemmehørende der hvor selskabets virkelige ledelse er hjemmehørende¹¹⁶.

Det må antages, at årsagen til, at der ikke har kunne opnås enighed om anvendelse af modeloverenskomstens løsning på dette punkt skyldes USA's modvilje mod, at fravige en ren anvendelse af inkorporationskriteret (registreringskriteriet), der såvel skatteretligt som i selskabsretlig forstand anvendes rent i fastlæggelsen af selskabers nationalitet¹¹⁷.

I situationen hvor såvel USA som Danmark betragter sig som skattemæssigt hjemsted i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand foreligger der således ikke sikre forskrifter for hvordan, dobbeltbeskatning kan afværges.

En sådan situation vil praktisk kunne forekomme i situationen hvor et selskab registreres i USA, men hvor ledelsen i det hele har sæde i Danmark, og hvor selskabets aktiviteter har sit udgangspunkt i Danmark¹¹⁸.

Som følge af den beskrevne usikre retstilstand, og risiko for uafhjælpelig økonomisk dobbeltbeskatning må det således anbefales at danske selskabers etablering af datterselskab tilrettelægges så der ikke er tvivl om hvilket land der anses for hjemstedsland.

¹¹⁶ Jfr. således modeloverenskomstens artikel 4.3.

¹¹⁷ Se hertil afsnit 3.2.1.2 ovenfor.

4.2.3 Fordeling af beskatningsret og lempelse af dobbeltbeskatning

4.2.3.1 Indkomst optjent i hjemstedslandet

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten tildeler uden undtagelse hjemstedslandet eksklusiv beskatningsret til indkomst der stammer fra kilder i hjemstedslandet¹¹⁹.

Det land der ikke anses for hjemstedslandet vil således være afskåret fra at udøve beskatningsretten til sådan indkomst¹²⁰.

Da det andet land således traktatmæssigt har afskåret sig fra at udnytte beskatningsretten til den pågældende indkomst undgås dobbeltbeskatning herved, idet indkomsten alene beskattes efter hjemstedslandets almindelige regler.

4.2.3.2 Indkomst optjent i det andet land (kildelandet)

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten tildeler det andet land den primære beskatningsret til en række typer af indkomst der stammer fra kilder i dette land¹²¹. Dette land vil i denne rapport blive betegnet kildelandet.

Hjemstedslandet er i dobbeltbeskatningsoverenskomsten tildelt en supplerende beskatningsret til sådanne indkomster.¹²²

¹¹⁸ Danmark vil i en sådan situation globalindkomstbeskatte efter reglerne om det supplerende hovedsædekriterium, jfr. således selskabsskattelovens § 1 stk.6. Se afsnit 3.2.1.2 og 3.3.1.2 ovenfor, såvel som afsnit 4 nedenfor for mere uddybende eksempler herpå.

¹¹⁹ Princippet er ikke fastslået på centralt sted, men gentages i hver af dobbeltbeskatningsoverenskomstens bestemmelser om fordeling af beskatningsret og lempelse af dobbeltbeskatning for hver enkelt type af indkomst. Hertil kommer, at det udtrykkeligt fastslås i dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 21 at princippet tillige udstrækkes til at gælde indkomsttyper der ikke måtte være opregnet blandt dobbeltbeskatningsoverenskomstens øvrige bestemmelser.

¹²⁰ Formuleringen anvendes således gennemgående, at indkomsten ”kun kan beskattes” i den stat hvor den pågældende er hjemmehørende.

¹²¹ Formuleringen anvendes således gennemgående, at indkomsten ”kan beskattes” i den stat hvor den pågældende er hjemmehørende.

Heri ligger, at hjemstedsslandet nok kan foretage beskatning af en sådan indkomst efter denne stats sædvanlige regler, men kun mod lempelse af skatten svarende til den skat der er betalt til kildelandet. Lempelsen maksimeres dog af den del af den i hjemstedsslandet beregnede skat der falder på den del af indkomsten der er optjent i kildelandet. Der lempes med andre ord efter credit-metoden.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt samlet kan beskattes omtrent svarende til niveauet i det af de to lande der beskatter indkomsten hårdest.

4.3 Dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler af særlig relevans for danske selskaber der har foretaget etablering i USA

For at tilvejebringe læseren et overblik over dobbeltbeskatningsoverenskomstens indhold og anvendelsesområde foretages her en summarisk opregning af de af dobbeltbeskatningsoverenskomstens bestemmelser der vedrører beskatningsretten til, og lempelse af dobbeltbeskatning af indkomster, der kan tænkes affødt af et dansk selskabs etablering af virksomhed i USA.

¹²² Hjemlen hertil findes for USA's vedkommende i dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 23 stk. 1, der i uddrag har følgende ordlyd: "I overensstemmelse med bestemmelserne og under hensyntagen til begrænsningerne i De Forenede Staters lovgivning (som denne måtte blive ændret fra tid til anden uden forandringer i dens generelle principper) skal De Forenede Stater indrømme en person, der er hjemmehørende i eller statsborger i De Forenede Stater et nedslag i De Forenede Staters skat af indkomst:

- a) med et beløb svarende til den indkomstskat, der er betalt eller skyldig til Danmark af eller på vegne af en sådan hjemmehørende person eller statsborger: og
- b) i tilfælde hvor et selskab, der er hjemmehørende i De Forenede Stater, ejer mindst 10 pct. af de stemmeberettigede aktier i et selskab, der er hjemmehørende i Danmark, og hvorfra det modtager udbytte, med et beløb svarende til den indkomstskat, der er betalt eller skyldig til Danmark af eller på vegne af den, der betaler udbyttet, for så vidt angår den fortjeneste, hvoraf udbyttet er betalt...."

Hjemlen findes for Danmarks vedkommende i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 23 stk. 3, der i uddrag har følgende ordlyd: "For så vidt angår Danmark skal dobbeltbeskatning ophæves på følgende måde:

- a) I tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i Danmark, opbeholder indkomst, som ifølge bestemmelserne i denne overenskomst kan beskattes i De Forenede Stater, skal Danmark indrømme fradrag i den pågældende persons skat på indkomst med et beløb svarende til den indkomstskat, som er betalt i De Forenede Stater;
- b) fradraget skal imidlertid ikke i noget tilfælde kunne overstige den del af indkomstskatten beregnet inden fradraget er givet, der kan henføres til den indkomst, som kan beskattes i De Forenede Stater;..."

Adskillige af de her opregnede bestemmelser, men ikke dem alle, vil blive beskrevet nærmere i de efterfølgende afsnit hvor dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler vil indgå i beskrivelsen af de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af etablering i USA.

4.3.1 Indkomst af fast ejendom¹²³

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver, at det land, hvori en fast ejendom er beliggende, har ret til at foretage kildelandsbeskatning af indtægter der oppebæres af den faste ejendom, selv om ejendommens ejer har skattemæssigt hjemsted i det andet land.

Hvis et dansk selskab direkte ejer fast ejendom i USA, vil USA således, som kildeland, have den primære beskatningsret til indtægter der oppebæres af ejendommen.

Danmark vil af sådan indkomst, som hjemstedsland have ret til at foretage supplerende beskatning mod indrømmelse af credit-lempelse.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt samlet kan beskattes omtrent svarende til niveauet i det af de to lande der konkret beskatter indkomsten hårdest.

4.3.2 Fortjeneste ved drift af erhvervsvirksomhed (fast driftssted)¹²⁴

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver, at det land, hvori en erhvervsvirksomheds faste driftssted er beliggende, har ret til at foretage kildelandsbeskatning af indtægterne der oppebæres af det faste driftssted. Dette selv om erhvervsvirksomheden, der ejer det faste driftssted har skattemæssigt hjemsted i det andet land.

¹²³ Bestemmelsen herom findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 6.

¹²⁴ Bestemmelsen herom findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 7.

Hvis et dansk selskab opretter et fast driftssted i USA, vil USA således, som kildeland, have den primære beskatningsret til indtægter der oppebæres af driftsstedet.

Danmark vil af sådan indkomst, som hjemstedsland have ret til at foretage supplerende beskatning mod indrømmelse af credit-lempelse.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt samlet kan beskattes omtrent svarende til niveauet i det af de to lande, der konkret beskatter indkomsten hårdest.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten indeholder en definition af hvad der nærmere forstås ved et fast driftssted¹²⁵.

Ved et fast driftssted forstås herefter: 'et fast forretningssted gennem hvilket et foretagendes virksomhed udøves helt eller delvis'.

Det fastslås at begrebet navnlig omfatter: Et sted hvorfra et foretagende ledes; en filial; et kontor; en fabrik; et værksted; og en mine, en olie eller gaskilde, et stenbrud eller ethvert andet sted hvor naturforekomster udvindes.

Som en modifikation til det her anførte fastslår dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at opretholdelsen af et fast forretningssted udelukkende med henblik på at udøve virksomhed af forberedende eller hjælpende karakter ikke anses for et fast driftssted.

Et dansk selskabs Opretholdelse af et fast forretningssted udelukkende for at foretage indkøb af varer eller indsamle oplysninger for selskabet, eller med henblik på udnyttelse som lager- eller indkøbslokale vil således ikke i sig selv konstituere et fast driftssted.

¹²⁵ Bestemmelsen findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 5.

Særligt vedrørende byggepladser monteringsarbejder og lignende fastslås, at sådanne kun udgør faste driftssteder såfremt disse vedvarer, eller virksomheden vedvarer i mere end 12 måneder.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver specifikt, at hvis en virksomhed med skattemæssigt hjemsted i et af de to lande har en fast virkende repræsentant i det andet land, der tillige har fuldmagt til at indgå aftaler i virksomhedens navn vil virksomheden herved blive anset for at have et fast driftssted i det andet land. Det her anførte gælder dog ikke hvis fuldmægtigen anses for at være en uafhængig mægler, kommissionær eller lignende.

Hvis således eksempelvis et dansk selskab har en fastansat sælger eller en fast engageret handelsagent der fast rejser rundt i USA og virker for salg af selskabets produkter, og denne sælger eller agent tillige har bemyndigelse til at afslutte handler på selskabets vegne vil selskabet herved anses for at have et fast driftssted i USA.

Endelig foreskriver dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at den omstændighed at et selskab i et land kontrolleres af et selskab i det andet land, ikke i sig selv indebærer at det ene selskab anses for at udgøre et fast driftssted for det andet selskab.

Hvis eksempelvis et dansk selskab har et datterselskab i USA, vil eksistensen af dette datterselskab ikke i sig selv udgøre et fast driftssted for det danske selskab.

Bestemmelserne om ”fast driftssted” vil blive berørt adskillige steder nedenfor i afsnit 5 og 6, idet disse er af central betydning for fastlæggelsen af de skattemæssige konsekvenser ved etablering i et andet land på anden vis end ved stiftelse af datterselskab.

4.3.3 Fortjeneste ved skibs- og luftfart¹²⁶

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver, at indkomst optjent af en virksomhed med skattemæssigt hjemsted i et af de to lande ved skibs- og luftfart i international trafik kun kan beskattes i virksomhedens hjemstedsland.

Hvis et dansk rederi eller luftfartsselskab således som et led i dets virksomhed anløber amerikanske havne eller lufthavne vil indkomsten herved alene kunne beskattes i Danmark, idet det udtrykkeligt er fastslået at USA, på trods af indkomstens nære tilknytning til USA, ikke er tillagt kildelandsbeskatning.

Dobbeltbeskatning undgås således, idet der alene sker dansk beskatning af indkomsten.

4.3.4 Indkomst opstået ved samhandel mellem forbundne virksomheder¹²⁷

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten fastslår, at hvert af de to lande har ret til¹²⁸ at foretage forhøjelse af en til landet skattepligtig virksomheds indkomstansættelse, og i konsekvens heraf dens skatteansættelse, hvis den pågældende virksomhed med en forbundet virksomhed har handlet på vilkår der er mindre gunstige for virksomheden end hvis der havde været handlet på markedsvilkår.

Hvis eksempelvis et dansk selskab har solgt varer til et amerikansk datterselskab til en pris der ligger under markedsprisen, tillader dobbeltbeskatningsoverenskomsten således, at de danske skattemyndigheder forhøjer (foretager Transfer Pricing regulering af) det danske selskabs indkomst med den fortjeneste der kunne have været opnået hvis varen var blevet solgt til datterselskabet til markedspris.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten fastslår endvidere, at hvis et lands foretagelse af en sådan regulering af et selskabs indkomst indebærer, at der sker beskatning af den samme

¹²⁶ Bestemmelsen findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 8.

¹²⁷ Bestemmelsen findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 9.

¹²⁸ Det her anførte forudsætter, at der er hjemmel hertil efter landets interne regler.

indkomst, dels hos virksomheden, dels hos den forbundne virksomhed (der beskattes af det andet land), skal de to kontraherende lande søge at opnå enighed om hvorledes denne økonomiske dobbeltbeskatning skal undgås¹²⁹.

Hvis eksempelvis det ovennævnte selskabs amerikanske datterselskab videresælger varen på markedsmæssige vilkår realiseres herved en skattepligtig fortjeneste der er tilsvarende større end hvis datterselskabet havde købt varen til markedspris. Den samme fortjeneste beskattes således både hos selskabet og hos datterselskabet.

Da dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke klart foreskriver hvordan en sådan økonomisk dobbeltbeskatning skal afværges risikerer en koncern, der har fået foretaget en sådan indkomstregulering let at blive taget som gidsel i tilfælde af uenighed mellem de amerikanske og de danske skattemyndigheder.

Situationen bør således undgås ved planlægning af den interne concernsamhandel.

Problemstillingen vil blive drøftet nærmere neden for i afsnit 7.

4.3.5 Udbytte¹³⁰

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver, at det land, hvori et selskab er beliggende har ret til at foretage kildelandsbeskatning af udbytte udbetalt til en aktionær med skattemæssigt hjemsted i det andet land.

¹²⁹ Dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 9 stk. 2 har en ordlyd som følger: "I tilfælde, hvor en kontraherende stat til fortjenesten i et foretagende i denne stat medregner og i overensstemmelse hermed beskatter fortjeneste, som et foretagende i den anden kontraherende stat er blevet beskattet af i denne anden stat, og den anden kontraherende stat er enig i, at den således medregnede fortjeneste er fortjeneste, som ville være tilfaldet foretagendet i den førstnævnte stat, hvis vilkårene mellem de to foretagender havde været de samme, som ville være aftalt mellem uafhængige foretagender, skal denne anden stat foretage en dertil svarende justering af det skattebeløb, som er beregnet dér af fortjenesten. Ved fastsættelsen af en sådan justering skal der tages hensyn til de øvrige bestemmelser i denne overenskomst, og de kompetente myndigheder i de kontraherende stater skal om nødvendigt rådføre sig med hinanden."

¹³⁰ Bestemmelsen findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10.

Beskatningsretten er dog begrænset således, at kildelandet kun må beskatte udbyttet med indtil 5% hvis udbyttedtageren er et selskab der ejer mindst 10% af aktiekapitalen i det selskab der udbetaler udbyttet.

Hvis udbyttedtageren ikke er et selskab der ejer mindst 10% af aktiekapitalen i det udbytteudbetalende selskab må kildelandet beskattes med indtil 15%.

Hjemstedsstaten har ret til at foretage supplerende beskatning mod ydelse af creditlempelse.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet beskatningen maksimalt samlet kan beskattes med den ovennævnte procentsats; eller alternativt, hvis denne procentsats er højere, med en procentsats svarende til hjemstedsstatens beskatningsniveau for en sådan indkomst.

Bestemmelsen anvendes, og behandles nærmere nedenfor i afsnit 9 om beskatning af udbytte udbetalt fra et amerikansk datterselskab til et dansk moderselskab.

4.3.6 Renter¹³¹

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver, at renter der hidrører fra et af de to lande som den altovervejende hovedregel kun kan beskattes af rentemodtagerens hjemstedsland¹³². Dobbeltbeskatningsoverenskomsten hjemler således, som den alt overvejende hovedregel, ikke adgang til kildelandsbeskatning.

Hvis et dansk selskab således modtager renter af et indestående i et amerikansk pengeinstitut, eller hvis et dansk selskab modtager renter af et lån ydet til en amerikansk debitor vil USA således sædvanligvis være afskåret fra at foretage beskatning heraf¹³³.

¹³¹ Bestemmelsen findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11.

¹³² Som nævnt ovenfor i afsnit 2.3 omfatter dobbeltbeskatningsoverenskomsten for så vidt angår de amerikanske ret, alene de føderale indkomstskatter. dobbeltbeskatningsoverenskomsten hindrer således ikke at renteindtægter kan beskattes af den amerikanske stat hvorfra renten stammer.

¹³³ Såfremt fordringen kan henføres til et fast driftssted vil renterne dog skulle beskattes i USA som en del af driftsstedets indkomst.

Dobbeltbeskatning undgås således, idet der alene sker dansk beskatning af indkomsten.

4.3.7 Royalties¹³⁴

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver, at royalty betalinger, der hidrører fra et af de to lande som hovedregel kun kan beskattes af royalty-modtagerens hjemstedsland¹³⁵.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten hjemler således, som den alt overvejende hovedregel, ikke adgang til kildelandsbeskatning.

Hvis et dansk selskab således modtager royalty betalinger fra en amerikansk licenstagere vil USA sædvanligvis være afskåret fra at foretage beskatning heraf¹³⁶.

Dobbeltbeskatning undgås således, idet der alene sker dansk beskatning af indkomsten.

4.3.8 Kapitalgevinster¹³⁷

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver, at det land, hvori en erhvervsvirksomheds faste driftssted eller faste ejendom er beliggende, har ret til at foretage kildelandsbeskatning af gevinst opnået ved salg aktiver der kan henføres til det faste driftssted eller ved salg af den faste ejendom. Dette selv om erhvervsvirksomheden, der ejer det faste driftssted eller den faste ejendom har skattemæssigt hjemsted i det andet land¹³⁸.

¹³⁴ Bestemmelsen findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 12.

¹³⁵ Som nævnt ovenfor i afsnit 2.3 omfatter dobbeltbeskatningsoverenskomsten for så vidt angår de amerikanske ret, alene de føderale indkomstskatter. dobbeltbeskatningsoverenskomsten hindrer således ikke at royalty betalinger kan beskattes af den amerikanske stat hvorfra betalingerne stammer.

¹³⁶ Såfremt royalty betalingen kan henføres til et fast driftssted i USA vil den modtagne royalty dog skulle beskattes i USA som en del af driftsstedets indkomst.

¹³⁷ Bestemmelsen findes i dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 13.

¹³⁸ Dobbeltbeskatningsoverenskomsten indeholder i tillæg hertil en specialbestemmelse, der fastslår, at det land hvori en borerig m.v. har været anvendt til efterforskning af olie kan foretage beskatning af genvundne afskrivninger i tilfælde af i tilfælde hvor boreriggen m.v. anses for afhændet.

Hvis et dansk selskab sælger aktiver der kan henføres til virksomhedens faste driftssted i USA eller sælger en fast ejendom man hidtil har ejet i USA, vil USA således, som kilde-land, have den primære beskatningsret til gevinst opnået herved..

Danmark vil af sådan indkomst, som hjemstedsland have ret til at foretage supplerende beskatning mod indrømmelse af credit-lempelse.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt samlet kan beskattes omtrent svarende til niveauet i det af de to lande, der konkret beskatter indkomsten hårdest.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten foreskriver, at gevinst opnået, ved salg af alle øvrige aktiver¹³⁹, ejet af en virksomhed med skattemæssigt hjemsted i et af de to lande kun kan beskattes i virksomhedens hjemstedsland.

Hvis et dansk selskab således eksempelvis sælger aktier i et amerikansk selskab, vil USA være afskåret fra at beskatte den herved opståede avance, idet det udtrykkeligt er fastslået, at USA, på trods af indkomstens nære tilknytning til USA, ikke er tillagt kildelandsbeskatning.

Dobbeltbeskatning undgås således, idet der alene sker dansk beskatning af indkomsten.

Dobbeltbeskatningsoverenskomstens bestemmelser om beskatningsretten til, og afværgelse af dobbeltbeskatning af kapitalgevinster vil blive inddraget i afsnit 10 nedenfor, hvor beskrives de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs afvikling af en i USA etableret virksomhed.

¹³⁹ Herunder gevinst ved salg af skibe, fly m.v., der har været anvendt i international trafik.

5 Etablering af virksomhed i USA via stiftelse af datterselskab ("Corporation")

5.1 Indledning

I dette afsnit beskrives de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering og drift af et amerikansk datterselskab – en "Corporation".

De grundlæggende skattemæssige konsekvenser af en sådan etablering fastlægges under anvendelse af de ovenfor i afsnit 2 til 4 beskrevne amerikanske og danske internationale skatteretlige regler i samspil med de to landes almindelige regler om beskatning af selskaber.

Som nævnt adskillige gange ovenfor, er det vores generelle anbefaling at et dansk selskabs etablering i USA, hvor ikke særlige forretningsmæssige forhold tilsiger en anden etableringsform, bør ske via stiftelse af et selskab.

Denne anbefaling gives ikke mindst ud fra den skattemæssige og ikke mindst skattemæssigt administrative betragtning, at udenlandske selskabers stiftelse og efterfølgende drift af et amerikansk selskab, i modsætning til andre etableringsformer, er detaljeret lovreguleret og nøje gennemprøvet i rets- og administrativ praksis.

De skattemæssige konsekvenser af etablering i USA via stiftelse af et amerikansk selskab er således for en generel betragtning præget af en stor grad af forudberegnelighed.

Udsagnet om at den grundlæggende skattemæssige retsstilling er præget af en stor grad af forudberegnelighed dækker i hvert tilfælde fuldt ud det klassiske "rene tilfælde", der kan karakteriseres ved følgende:

- 1) Det oprettede amerikanske datterselskab, drives som en autonom selvstændig virksomhed med lokalt bosiddende fast bemanning og lokalt bosiddende daglig ledelse.
- 2) Det amerikanske datterselskab er etableret, eventuelt sammen med et eller flere andre koncerndatterselskaber, med det begrænsede formål, at varetage koncernens interesser og aktiviteter i USA. Datterselskabet har således ikke aktiviteter uden for USA.
- 3) Det amerikanske datterselskab er 100% ejet af det danske selskab.
- 4) Koncernens aktiviteter og interesser i USA varetages alene af et eller flere amerikanske datterselskaber, og koncernens danske moderselskab eller eventuelle danske datterselskaber har således ikke direkte aktiviteter i USA.

De grundlæggende skattemæssige konsekvenser af etablering af virksomhed i USA i det klassiske "rene tilfælde" vil blive beskrevet straks nedenfor i afsnit 5.2.

Det ses ganske ofte, at amerikanske datterselskaber af danske selskaber har karakteristika der på et eller flere punkter afviger fra "det rene tilfælde".

Dette kan skyldes, at det amerikanske datterselskab, eventuelt i en overgangsperiode (i etableringsfasen) i væsentligt omfang ledes fra moderselskabets hovedsæde i Danmark eller, at man af forretningsmæssige årsager på et eller flere punkter har indrettet sig på anden vis.

I afsnit 5.3 til 5.8 nedenfor beskrives de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af etablering i USA, i en række eksempler hvor det danske datterselskab er indrettet med karakteristika, der ikke er fuldt ud overensstemmende med "det rene tilfælde", som beskrevet ovenfor.

De grundlæggende skattemæssige konsekvenser der behandles i dette afsnit vil være koncentreret om beskatningen af den indkomst der løbende indtjenes af den danske koncern, enten af det danske moderselskab eller af det amerikanske datterselskab, via aktiviteter i USA.

Fra beskrivelsen af de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af etablering af datterselskab i USA har vi valgt at udskille problemstillingen om det danske moderselskabs (frivillige eller tvungne) sambeskatning med det danske moderselskab.

Reglerne om frivillig og tvungen sambeskatning vil således blive gennemgået nedenfor i afsnit 8. Vi har valgt at gennemgå reglerne om denne særlige beskatning af det danske moderselskab særskilt, idet det danske moderselskabs beskatning såvel som dets adgang til at fratække udgifter herved udvides i forhold til hvad der følger af reglerne om subjektiv skattepligt som beskrevet ovenfor i afsnit 3.

For at opnå et dækkende billede af de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af virksomhed i USA bør tillige tages i betragtning beskatningen af det udbytte der hjemtages af det danske moderselskab, samt de skattemæssige konsekvenser af en eventuel likvidation af selskabet.

Disse problemstillinger vil blive behandlet særskilt neden for i afsnittene 9 og 10.

5.2 Skattemæssige konsekvenser i ”det rene tilfælde”

Her beskrives de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af et datterselskab i USA i ”det rene tilfælde” hvorved som beskrevet ovenfor i denne rapport forstås:

- 1) Det oprettede amerikanske datterselskab, drives som en autonom selvstændig virksomhed med lokalt bosiddende fast bemanding og lokalt bosiddende daglig ledelse.

- 2) Det amerikanske datterselskab er etableret, eventuelt sammen med et eller flere andre koncerndatterselskaber, med det begrænsede formål, at varetage koncernens interesser og aktiviteter i USA. Datterselskabet har således ikke aktiviteter uden for USA.
- 3) Det amerikanske datterselskab er 100% ejet af det danske selskab.
- 4) Koncernens aktiviteter og interesser i USA varetages alene af et eller flere amerikanske datterselskaber, og koncernens danske moderselskab eller eventuelle danske datterselskaber har således ikke direkte aktiviteter i USA.

5.2.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Som beskrevet ovenfor i afsnit 3.2 er selskaber stiftet i USA ubegrænset skattepligtige til USA af hele deres indkomst. Dette gælder uanset hvor indkomsten er optjent.

Et amerikansk datterselskab af et dansk selskab vil således være skattepligtigt til USA af hele den indkomst der optjenes i selskabets regi.

Den amerikanske føderale indkomstskat for selskaber fastsættes efter en progressiv skala. Beskatningen udgør i henhold til denne skala mellem 15% og 35% af nettoindkomsten¹⁴⁰.

I tillæg til den føderale indkomstskat skal der i visse stater betales en statslig indkomstskat. Den statslige indkomstskat kan være betydelig. Således udgør denne i staten Californien omkring 9% af den skattepligtige indkomst.

Statslig indkomstskat skal, hvis en sådan opkræves, typisk betales til den stat, hvori erhvervsaktiviteterne foregår. Hvis der således sker etablering af et selskab i en stat, hvor der ikke skal betales statsskat (for eksempel staten Washington) og erhvervsaktiviteten udføres i Californien, skal der ske betaling af californisk indkomstskat.

¹⁴⁰ Jfr. således IRC section 11.

Afhængigt af, i hvilken stat erhvervsaktiviteterne finder sted, kan der hermed blive tale om en marginal selskabsbeskatning i USA, der væsentligt overstiger niveauet i Danmark.¹⁴¹

I det omfang selskabet har en negativ indkomst (et skattemæssigt underskud), kan denne negative indkomst tilbageføres til fradrag i de to forudgående regnskabsårs indkomst¹⁴².

Hvis det skattemæssige underskud ikke udtømmes ved denne tilbageførsel kan den resterende del heraf fremføres til dækning i de efterfølgende 20 års underskud¹⁴³.

Mulighederne for tilbage- og fremførsel af underskud vedrørende statsskat varierer fra stat til stat.

I tillæg til føderal og statslig indkomstskat opkræver visse kommuner og byer lokale skatter. Disse skatter varierer stærkt fra område til område og kan være væsentlige. Som følge af det lige anførte, bør de lokale skattemæssige forhold altid undersøges nøje inden der tages stilling til, med hvilken geografisk beliggenhed selskabet etableres, ikke blot i henseende til i hvilken stat etableringen sker, men tillige indenfor hvilket geografisk område af staten dette sker.

Skat betalt til såvel statslige som lokale myndigheder kan fradrages i selskabets skattepligtige indkomst i forbindelse med beregningen af de føderale skatter¹⁴⁴.

¹⁴¹ Den danske selskabsskat er for tiden 32% af den skattemæssige indkomst, jfr. således .selskabsskatteovens § 17.

¹⁴² Der tales i amerikansk terminologi om "Carry Back". Hjemlen hertil findes i IRC section 172(b)(1)(A)(i).

¹⁴³ Der tales i amerikansk terminologi om "Carry Forward". Hjemlen hertil findes i IRC section 172(b)(1)(A)(ii).

¹⁴⁴ Jfr. således IRC section 164.

5.2.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Datterselskabet vil efter de i afsnit 3.3 ovenfor beskrevne danske regler om subjektiv skattepligt blive anset for hjemmehørende i udlandet, idet selskabet er registreret i USA og har en i USA bosiddende ledelse.

Datterselskabet vil således ikke være underlagt de danske regler om subjektiv skattepligt.

Da datterselskabet tillige ikke forudsættes at have aktiviteter i Danmark vil det heller ikke være skattepligtigt til Danmark efter reglerne om begrænset skattepligt.

Som nævnt ovenfor i afsnit 3.3 vil en amerikansk "Corporation" efter de danske kvalifikationsregler være at betragte som et selvstændigt skattesubjekt.

Indkomst optjent i det amerikanske datterselskabs regi vil således ikke være omfattet af det danske selskabs globalindkomst, og vil således som hovedregel ikke skulle indkomstbeskattes hos moderselskabet.

Det her anførte modificeres dog af reglerne om sambeskatning, hvor indkomst optjent af datterselskabet i visse tilfælde påbydes inddraget i opgørelsen af moderselskabets indkomst, og hvor underskud oparbejdet i datterselskabets regi under visse betingelser kan fradrages i moderselskabets indkomst. Der henvises til afsnit 8 neden for hvor de danske regler om frivillig og tvungen sambeskatning vil blive gennemgået.

5.2.3 Ingen dobbeltbeskatning

Da der, som fastslået ovenfor i afsnit 5.2.2, i "det rene tilfælde" ikke sker dansk beskatning af løbende indkomst optjent i datterselskabets regi, vil den løbende indkomst således alene være underlagt amerikansk selskabsbeskatning.

Der opstår således i denne situation ikke noget dobbeltbeskatningsproblem.

5.3 Eksempel: Datterselskab har salgsaktiviteter i Danmark uden involvering af moderselskab, dansk forretningssted i øvrigt, eller fast her virkende personale

Såfremt det antages, at datterselskabet til forskel fra ”det rene tilfælde” har salgsaktiviteter i Danmark (men uden involvering af moderselskab, dansk forretningssted i øvrigt, eller fast her virkende personale) foreligger der en koncern der karakteriseres ved følgende:

- 1) Det oprettede amerikanske datterselskab, drives som en autonom selvstændig virksomhed med lokalt bosiddende fast bemanning og lokalt bosiddende daglig ledelse.
- 2) Det amerikanske datterselskab har, udover i USA, tillige salgsaktiviteter i Danmark.. Disse salgsaktiviteter sker uden involvering af det danske moderselskab, uden dansk forretningssted i øvrigt, og uden fastvirkende salgspersonale i Danmark.
- 3) Det amerikanske datterselskab er 100% ejet af det danske selskab.
- 4) Koncernens aktiviteter og interesser i USA varetages alene af et eller flere amerikanske datterselskaber, og koncernens danske moderselskab eller eventuelle danske datterselskaber har således ikke direkte aktiviteter i USA.

5.3.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Som beskrevet ovenfor i afsnit 3.2 er selskaber stiftet i USA ubegrænset skattepligtige til USA af hele deres globale indkomst. Det vil med andre ord sige af enhver indkomst, uanset hvor indkomsten er optjent.

Et amerikansk datterselskab af et dansk selskab vil således være skattepligtigt til USA af hele den indkomst der optjenes i selskabets regi.

Herunder vil datterselskabet således tillige være skattepligtigt til USA af den indkomst der optjenes ved salg af datterselskabets produkter i Danmark.

5.3.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Datterselskabet vil, som nævnt ovenfor i afsnit 5.2, efter de danske regler om subjektiv skattepligt blive anset for et selskab med hjemsted i udlandet.

Datterselskabet vil således ikke være underlagt de danske regler om subjektiv skattepligt.

Da datterselskabet tillige efter de danske kvalifikationsregler vil anses for at været et selvstændigt skattesubjekt vil datterselskabets indkomst tillige i udgangspunktet ikke skulle beskattes hos moderselskabet.

Da datterselskabet forudsættes at have aktiviteter ved salg til Danmark må det overvejes om selskabet vil være skattepligtigt til Danmark efter reglerne om begrænset skattepligt.

Det fremgår af selskabsskatteloven, at Selskaber med hjemsted i udlandet, der har aktiviteter i Danmark vil anses for begrænset skattepligtige til Danmark af indkomst optjent herved, idet omfang indkomsten anses for at have tilknytning til et selskabet tilhørende fast driftssted i Danmark¹⁴⁵.

Det antages at selskabsskattelovens definition af begrebet ”fast driftssted” skal fortolkes i overensstemmelse med OECD modeloverenskomstens anvendelse af begrebet¹⁴⁶.

Da dobbeltbeskatningsoverenskomstens definition i vidt omfang bygger på OECD modellens principper¹⁴⁷ skal spørgsmålet om hvorvidt der foreligger et fast driftssted således afgøres ud fra de ovenfor i afsnit 4.3.2. skitserede principper.

¹⁴⁵ Jfr. således selskabsskattelovens § 2 stk. 1 litra a).

¹⁴⁶ Se hertil Erik Werlauf, Selskabsskatteret, 3. udgave 1999, s. 107.

Da datterselskabets salgsaktiviteter i Danmark sker uden involvering af det danske moderselskab, uden dansk forretningssted i øvrigt, og uden fastvirkende salgspersonale i Danmark, må det uden videre fastslås, at datterselskabet ikke har et fast driftssted i Danmark, og at salget således ikke udløser dansk beskatning.

Det må i denne forbindelse fremhæves, at dobbeltbeskatningsoverenskomsten fastslår, at selve den omstændighed, at datterselskabet har et koncernforbundet selskab i Danmark, ikke konstituerer et fast driftssted for datterselskabet¹⁴⁸.

5.3.3 Ingen dobbeltbeskatning

Da der, som i de ovenfor beskrevne eksempler ikke sker dansk beskatning af løbende indkomst optjent i datterselskabets regi, vil den løbende indkomst således alene være underlagt amerikansk selskabsbeskatning.

Der opstår således heller ikke i denne situation noget dobbeltbeskatningsproblem.

5.4 Eksempel: Datterselskab har salgsaktiviteter i Danmark under involvering af moderselskab

Såfremt det antages, at datterselskabet har salgsaktiviteter i Danmark under involvering af det danske moderselskab foreligger der et selskab der karakteriseres ved følgende:

- 1) Det oprettede amerikanske datterselskab, drives som en autonom selvstændig virksomhed med lokalt bosiddende fast bemanding og lokalt bosiddende daglig ledelse.
- 2) Det amerikanske datterselskab har, udover i USA, tillige salgsaktiviteter i Danmark.. Disse salgsaktiviteter sker under involvering af det danske moderselskab.

¹⁴⁷ Se hertil bemærkningerne til lovforslaget til dobbeltbeskatningsoverenskomstens gennemførelse i dansk ret på side 38.

¹⁴⁸ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 5 stk. 7.

- 3) Det amerikanske datterselskab er 100% ejet af det danske selskab.
- 4) Koncernens aktiviteter og interesser i USA varetages alene af et eller flere amerikanske datterselskaber, og koncernens danske moderselskab eller eventuelle danske datterselskaber har således ikke direkte aktiviteter i USA.

5.4.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Selskaber stiftet i USA er som nævnt ovenfor ubegrænset skattepligtige til USA af hele deres globale indkomst.

Herunder vil datterselskabet således være skattepligtigt til USA af den indkomst der op-tjenes ved salg af datterselskabets produkter i Danmark.

5.4.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Datterselskabet vil, som beskrevet i eksemplerne ovenfor ikke være underlagt de danske regler om ubegrænset skattepligt.

Da datterselskabet tillige efter de danske kvalifikationsregler vil anses for at været et selvstændigt skattesubjekt vil datterselskabets indkomst, som beskrevet i eksemplerne ovenfor, tillige i udgangspunktet ikke skulle beskattes hos moderselskabet.

Da imidlertid datterselskabets aktiviteter ved salg til Danmark, sker under involvering af moderselskabet, må det overvejes om datterselskabet vil være skattepligtigt til Danmark efter selskabsskattelovens regler om begrænset skattepligt.

Som nævnt ovenfor i afsnit 5.3.2 fremgår det af selskabsskatteloven, at Selskaber med hjemsted i udlandet, der har aktiviteter i Danmark vil anses for begrænset skattepligtige

til Danmark af indkomst optjent herved, idet omfang indkomsten anses for at have tilknytning til et selskabet tilhørende fast driftssted i Danmark¹⁴⁹.

Da selskabsskattelovens definition af begrebet ”fast driftssted”, skal fortolkes i overensstemmelse med OECD modeloverenskomstens anvendelse af begrebet¹⁵⁰, og da dobbeltbeskatningsoverenskomstens definition i vidt omfang bygger på OECD modellens principper¹⁵¹ skal spørgsmålet om hvorvidt der foreligger et fast driftssted således, som nævnt ovenfor i afsnit 5.3.2 afdømmes ud fra dobbeltbeskatningsoverenskomstens principper.

Spørgsmålet om hvorvidt det danske moderselskabs involvering i det amerikanske datterselskabs salg af produkter til Danmark konstituerer et fast driftssted afhænger selvsagt af omfanget af denne involvering.

Såfremt det antages, at moderselskabets personale fast virker for salg i Danmark af datterselskabets produkter, og samtidig er bemyndiget til at afslutte salgsaftaler på datterselskabets vegne vil dette utvivlsomt bevirke, at datterselskabet har et fast driftssted.

Tilsvarende vil der utvivlsomt foreligge et fast driftssted hvis det amerikanske datterselskabs salgspersonale på jævnlig basis besøger Danmark, og her med udgangspunkt i moderselskabets kontor indgår salgsaftaler på datterselskabets vegne.

Omvendt vil det ikke konstituere dansk skattepligt for det amerikanske datterselskab, hvis man i forbindelse med moderselskabets lokaliteter opretholder et dansk lager, og i et vist omfang modtager praktisk hjælp fra moderselskabets personale til håndteringen af lageret.

For en generel betragtning må anføres, at jo mere intensivt det amerikanske datterselskab lader sine aktiviteter i Danmark være afhængig af det danske moderselskabs personale og

¹⁴⁹ Jfr. således selskabsskattelovens § 2 stk. 1 litra a).

¹⁵⁰ Se hertil Erik Werlauf, Selskabsskatteret, 3. udgave 1999, s. 107.

¹⁵¹ Se hertil bemærkningerne til lovforslaget til dobbeltbeskatningsoverenskomstens gennemførelse i dansk ret på side 38.

faciliteter, jo større er risikoen for at involveringen af moderselskabet vil begrunde dansk skattepligt af aktiviteterne i Danmark.

Såfremt et amerikansk datterselskab af et dansk selskab således påtænker, at iværksætte salgsaktiviteter i Danmark under involvering af moderselskabet og dets faciliteter i videre udstrækning end blot praktisk hjælp i begrænset omfang, må det således gøre sig klart at denne involvering kan begrunde, at der foreligger begrænset dansk skattepligt.

De skattemæssige konsekvenser af en sådan involvering bør således afklares inden påbegyndelsen, eventuelt ved at spørgsmålet forelægges de danske skattemyndigheder.

5.4.3 Afværgelse af dobbeltbeskatning

Såfremt det danske moderselskabs involvering i det amerikanske datterselskabs danske salgsaktiviteter måtte begrunde, at datterselskabet anses for begrænset skattepligtigt til Danmark for indkomst oppebåret herved, opstår der herved en dobbeltbeskatningsproblematik.

Dette idet denne indkomst som nævnt ovenfor under 5.4.1 tillige beskattes efter amerikansk ret som omfattet af det amerikanske datterselskabs ubegrænsede skattepligt til USA.

Dobbeltbeskatning af indkomsten må herefter afværges efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Danmark vil i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten anses for kildeland i henseende til den pågældende indkomst optjent af det danske faste driftssted, og vil således have den primære beskatningsret til indkomsten¹⁵².

USA vil som datterselskabets hjemstedsland have ret til at foretage supplerende beskatning mod indrømmelse af credit-lempelse.

¹⁵² jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 7.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt kan beskattes omtrent svarende til det danske eller det amerikanske beskatningsniveau, alt efter hvilket land der måtte beskatte indkomsten højest..

5.5 Eksempel: Datterselskabet har salgsaktiviteter uden for USA i øvrigt

Såfremt det antages, at datterselskabet har salgsaktiviteter uden for USA i øvrigt, vil også indkomst oppebåret herved selvsagt være skattepligtigt til USA. Dette idet selskabet som ubegrænset skattepligtigt til USA.

Da indkomsten ved datterselskabets salgsaktiviteter uden for Danmark er optjent i en juridisk enhed, der i dansk ret anerkendes som et fra moderskabet dansk skattesubjekt vil denne indkomst, ikke skulle beskattes hos moderselskabet.

Da datterselskabet er hjemmehørende i udlandet, og da indkomsten ikke har tilknytning til et dansk fast driftssted vil heller ikke datterselskabet blive undergivet dansk beskatning af indkomsten.

Der opstår således ikke i denne situation dobbeltbeskatning i forholdet mellem Danmark og USA.

5.6 Eksempel: Moderselskab sælger direkte til USA uden involvering af datterselskab

Indkomst som moderselskabet oppebærer ved salg direkte til USA vil skulle beskattes i Danmark, da moderselskabet er ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

Hvis moderselskabet har salgsaktiviteter i USA, uden at datterselskabet herved involveres optår der ikke begrænset skattepligt til USA af en sådan indkomst.

Dette skyldes, at indkomsten ikke kan henføres til et moderselskab tilhørende fast driftssted i USA.

Det bør i denne forbindelse erindres, at den omstændighed, at moderselskabet har et koncernforbundet selskab i USA efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke i sig selv konstituerer et fast driftssted¹⁵³.

Da indkomsten således alene beskattes i Danmark opstår der således ikke noget dobbeltbeskatningsproblem.

5.7 Eksempel: Moderselskab sælger direkte til USA under involvering af datterselskab

Såfremt det antages, at moderselskabet har salgsaktiviteter i USA under involvering af det amerikanske datterselskab foreligger der et koncern der karakteriseres ved følgende:

- 1) Det oprettede amerikanske datterselskab, drives som en autonom selvstændig virksomhed med lokalt bosiddende fast bemanding og lokalt bosiddende daglig ledelse.
- 2) Det amerikanske datterselskab har kun aktiviteter i USA.
- 3) Det amerikanske datterselskab er 100% ejet af det danske selskab.
- 4) Koncernens aktiviteter og interesser i USA varetages dels af det amerikanske datterselskab dels via det danske moderskabs direkte aktiviteter i USA. Moderselskabets direkte aktiviteter i USA understøttes af datterselskabet

¹⁵³ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 5 stk. 7.

5.7.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Selskaber stiftet i USA er som nævnt ovenfor skattepligtige til USA som selvstændige skattesubjekter.

Den indkomst der optjenes i USA via datterselskabets aktiviteter beskattes således i USA hos datterselskabet.

Indkomst optjent af Moderselskabet ved salg af produkter direkte til USA under involvering af datterselskabet vil være skattepligtig til USA hvis datterselskabets involvering i sådanne aktiviteter er af en sådan karakter, at der må antages at foreligge et fast driftssted i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand¹⁵⁴.

Problemstillingen er således fuldt ud parallel med den ovenfor i afsnit 5.4 beskrevne modsatte situation om datterselskabets begrænsede skattepligt til Danmark i det tilfælde Moderselskabet måtte udgøre et dansk fast driftssted for datterselskabet.

Spørgsmålet om hvorvidt det amerikanske datterselskabs involvering i det danske moderselskabs salg af produkter til USA konstituerer et fast driftssted afhænger således også her af omfanget af denne involvering.

Såfremt det antages, at datterselskabets personale fast virker for salg i USA af moderselskabets produkter, og samtidig er bemyndiget til at afslutte salgsaftaler på moderselskabets vegne vil dette utvivlsomt bevirke, at moderselskabet har et fast driftssted.

¹⁵⁴ Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.2 vil et udenlandsk selskab efter intern amerikansk ret i princippet anses for skattepligtigt til USA hvis det anses for at udøve Trade and Business within the United States, jfr. således IRC section 882(1). Som ligeledes nævnt har begrebet "fast driftssted" i dobbeltbeskatningsoverenskomsten en snævrere udstrækning end IRC's begreb "Trade and Business within the United States". Den praktiske interesse er således koncentreret om, hvorvidt det danske selskab har et "fast driftssted" i USA i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, idet USA ellers ikke vil kunne udnytte en eventuel intern beskatningsret efter "Trade and Business within the United States" kriteriet.

Tilsvarende vil der utvivlsomt foreligge et fast driftssted hvis det danske moderselskabs salgspersonale på jævnlig basis besøger USA, og her med udgangspunkt i moderselskabets kontor indgår salgsaftaler på datterselskabets vegne.

Omvendt vil det ikke konstituere amerikansk skattepligt for det danske moderselskab, hvis man i forbindelse med moderselskabets lokaliteter opretholder et amerikansk lager, og i et vist omfang modtager praktisk hjælp fra datterselskabets personale til håndteringen af lageret.

For en generel betragtning må anføres, at jo mere intensivt det danske moderselskab lader sine direkte aktiviteter i USA være afhængige af det amerikanske datterselskabs personale og faciliteter, jo større er risikoen for at involveringen af datterselskabet vil begrunde amerikansk skattepligt af aktiviteterne i USA.

Såfremt et dansk moderselskab således påtænker at iværksætte direkte salgsaktiviteter i USA, under involvering af et her etableret datterselskab og dets faciliteter, i videre udstrækning end blot praktisk hjælp i begrænset omfang, må det således gøre sig klart, at denne involvering kan begrunde, at der foreligger begrænset amerikansk skattepligt.

De skattemæssige konsekvenser af en sådan involvering bør således søges belyst inden påbegyndelsen.

Såfremt det danske selskab anes for at have et fast driftssted i USA, vil det herefter blive underlagt en beskatning af den indkomst der kan henføres til driftsstedet svarende til hvis indkomsten var optjent af et selskab med hjemsted i USA¹⁵⁵.

5.7.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Indkomst som moderselskabet oppebærer ved salg direkte til USA vil skulle beskattes i Danmark, da moderselskabet er ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

¹⁵⁵ Se hertil afsnit 3.2.2. ovenfor.

5.7.3 Afværgelse af dobbeltbeskatning

Såfremt det amerikanske datterselskabs involvering i det danske moderselskabs direkte amerikanske salgsaktiviteter måtte begrunde at moderselskabet anses for begrænset skattepligtigt til USA for indkomst oppebåret herved, opstår der en dobbeltbeskatningsproblematik.

Dette idet denne indkomst tillige beskattes efter dansk ret som omfattet af det danske moderselskabs ubegrænsede skattepligt til Danmark.

Dobbeltbeskatning af indkomsten må herefter afværges efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

USA vil i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten anses for kildeland i henseende til den pågældende indkomst optjent af det danske faste driftssted, og vil således have den primære beskatningsret til indkomsten¹⁵⁶.

Danmark vil som selskabets hjemstedsland have ret til at foretage supplerende beskatning mod indrømmelse af credit-lempelse.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt kan beskattes omtrent svarende til det enten det amerikanske eller det danske beskatningsniveau, alt efter hvilket land der måtte beskatte indkomsten højest..

5.8 Eksempel: Datterselskab ledes fra Danmark

Såfremt det til forskel fra det "rene tilfælde" antages at det danske selskabs amerikanske datterselskab ledes fra Danmark fremkommer en situation der karakteriseres ved følgende :

¹⁵⁶ jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 7.

- 1) Det oprettede amerikanske datterselskab, ledes fra Danmark.
- 2) Det amerikanske datterselskab er etableret, eventuelt sammen med et eller flere andre koncerndatterselskaber, med det begrænsede formål, at varetage koncernens interesser og aktiviteter i USA. Datterselskabet har således ikke aktiviteter uden for USA.
- 3) Det amerikanske datterselskab er 100% ejet af det danske selskab.
- 4) Koncernens aktiviteter og interesser i USA varetages alene af et eller flere amerikanske datterselskaber, og koncernens danske moderselskab eller eventuelle danske datterselskaber har således ikke direkte aktiviteter i USA.

5.8.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Selskaber stiftet i USA er som nævnt ovenfor ubegrænset skattepligtige til USA af hele deres globale indkomst.

Herunder vil datterselskabet således være skattepligtigt til USA af den indkomst der op-tjenes ved salg af datterselskabets produkter. Det her anførte gælder uanfægtet af den om-stændighed, at selskabet ledes fra Danmark.

5.8.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Som beskrevet ovenfor i afsnit 3.3.1 gælder efter dansk ret, som supplement til registre-ringskriteriet et hovedsædekriterium.

Udenlandske selskaber vil herefter anses for hjemmehørende i Danmark, såfremt selska-bets ledelse har sæde her.

Det klareste eksempel på, at amerikansk selskab er underlagt fuld skattepligt til Danmark vil selvsagt være situationen hvor dette selskab ikke har anden tilstedeværelse i USA end en c/o adresse i den amerikanske stat hvori selskabet er registreret, og hvor alle selskabets aktiviteter ledes fra Danmark og foregår med udgangspunkt fra Danmark.

Også selskaber registreret i USA, der har foretaget en fysisk etablering her – det være sig med bemandet kontor, lager, produktionsapparat, eller sågar med samtlige de nævnte faciliteter - risikerer at blive anset for hjemmehørende i Danmark, hvis selskabet ledes herfra.

En sådan situation ses fra tid til anden i nystiftede datterselskaber indtil der er opbygget en bæredygtig amerikansk organisation. Problemet kan tillige opstå i situationen hvor koncernledelsen i Danmark ønsker, at holde datterselskabets personale i ”meget stram snor”

Som beskrevet ovenfor i afsnit 3.3.1 antages det i den juridiske teori at der ved selskabets ledelse forstås selskabets reelle daglige ledelse.

Ved selskabets reelle daglige ledelse vil, med mindre tungtvejende argumenter, begrundet i de reelle forhold taler imod, forstås selskabets direktion

Såfremt datterselskabets direktion er bosiddende i Danmark, og træffer de daglige ledelsesbeslutninger her, typisk fra moderselskabets hovedkvarter, vil selskabet således anses for hjemmehørende i Danmark.

Såfremt selskabet imidlertid ikke reelt ledes af den registrerede direktør vil det være de reelle forhold der afgør hvor selskabets ledelse anses for at have sæde. Hvis således eksempelvis medlemmerne af datterselskabets bestyrelse, eller moderselskabets hovedaktionær der, fra selskabets hovedsæde i Danmark i vidt omfang træffer de daglige ledelsesbeslutninger, risikeres det således, at den daglige ledelse anses for at udgå herfra.

Den omvendte situation kan selvsagt også forekomme, at selskabets reelle daglige ledelse anses fra at udgå fra selskabets i USA ansatte ”bestyrer”, idet den registrerede i Danmark bosatte direktør ikke reelt træffer daglige ledelsesbeslutninger.

Som nævnt ovenfor i afsnit 3.3.1 er ikke mindst dansk ejede udenlandske holdingselskaber i risiko for at blive underlagt ubegrænset dansk skattepligt.

Dette skyldes, at der ikke her pågår aktiviteter eller træffes daglige ledelsesbeslutninger. Det vil således, med mindre det modsatte kan sandsynliggøres, være nærliggende for skattemyndighederne at antage, at de få beslutninger der træffes, træffes fra holdingselskabets ejers hjemsted.

5.8.3 Afværgelse af dobbeltbeskatning

Såfremt det amerikanske datterselskabs ledelse efter de interne danske regler anses for at have sæde i Danmark, opstår der et dobbeltbeskatningsproblem. Dette idet begge lande efter deres respektive interne regler anser datterselskabet for ubegrænset skattepligtigt, og således anser sig berettigede til at beskatte datterselskabets globalindkomst.

Som beskrevet ovenfor i afsnit 4.2.2 foreskriver dobbeltbeskatningsoverenskomsten som løsning på en sådan opstået situation, blot at de to landes kompetente myndigheder skal søge at afgøre spørgsmålet, og bestemme hvorledes dobbeltbeskatningsoverenskomsten konkret skal anvendes.

Såfremt en sådan situation opstår må datterselskabets retsstilling betegnes som særdeles usikker.

Det risikeres således, at de to lande først efter meget langstrakte forhandlinger opnår enighed, eller i værste fald slet ikke er i stand til at opnå enighed. I sidst nævnte situation foreligger der således et tilfælde af dobbeltbeskatning, der ikke kan løses¹⁵⁷.

Det må på baggrund heraf, som tidligere nævnt, anbefales, at danske selskabers etablering af amerikanske datterselskaber nøje tilrettelægges så der ikke er tvivl om hvilket land, der anses for hjemstedsland. Herunder må det således overvejes at søge en sådan tvivl afklaret ved indhentelse af en bindende forhåndsbesked fra de danske skattemyndigheder.

Som nævnt ovenfor i afsnit 5.8.2 er det her beskrevne dobbeltbeskatningsproblem ikke mindst aktuelt når et dansk selskab i forbindelse med etableringen af virksomhed i USA stifter et mellemliggende amerikansk holdingselskab, der skal eje et eller flere datterselskaber.

Med henblik på at søge at modvirke, at sådanne selskaber anses for ubegrænset skattepligtige til Danmark, bør der således blandt direktionsmedlemmerne udnævnes en eller flere personer med bopæl i USA, ligesom beslutninger vedrørende selskabets drift bør træffes på direktionmøder i USA.

¹⁵⁷ Den almindelige hjemmel til credit-lempelse i intern dansk ret, jfr. således ligningslovens § 33 stk. 1, der gælder som supplement til dobbeltbeskatningsoverenskomstens lempelsesregler, finder ikke anvendelse. Det fremgår således af ligningslovens § 33 stk. 2 at "Såfremt der med den fremmede stat, med Grønland eller med Færøerne er indgået en overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning, skal der dog ikke gives fradrag for et større skattebeløb end det, som denne stat, Grønland eller Færøerne efter overenskomsten har et ubetinget krav på at oppebære.". Dette idet Danmark jo netop her bestrider, at USA har krav på beskatningsretten til indkomsten.

6 Etablering i USA på anden vis end via stiftelse af datterselskab

6.1 Indledning

Ovenfor i afsnit 5 beskrives de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af virksomhed i USA ved stiftelse af datterselskab.

Her beskrives her de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af virksomhed på anden vis end ved stiftelse af datterselskab.

De grundlæggende skattemæssige konsekvenser af en sådan etablering fastlægges under anvendelse af de ovenfor i afsnit 2 til 4 beskrevne amerikanske og danske internationale skatteretlige regler i samspil med de to landes almindelige regler om beskatning af selskaber.

Som nævnt adskillige gange ovenfor, er det vores generelle anbefaling at et dansk selskabs etablering i USA, hvor ikke særlige forretningsmæssige forhold tilsiger en anden etableringsform, bør ske via stiftelse af et selskab.

Denne anbefaling gives ikke mindst ud fra den skattemæssige og ikke mindst skattemæssigt administrative betragtning, at udenlandske selskabers stiftelse og efterfølgende drift af et amerikansk selskab er detaljeret lovreguleret og nøje gennemprøvet i retspraksis.

Vi anser dog ikke desto mindre en beskrivelse af de skattemæssige konsekvenser på anden vis for at være af stor vigtighed.

Dette for det første med henblik på at kunne sammenligne de skattemæssige konsekvenser af de forskellige former for etablering.

Hertil kommer, at forretningsmæssige forhold kan tilsige at det danske selskab vælger at foretage etablering af virksomhed på anden vis end via stiftelse af et amerikansk datterselskab.

Som eksempel på sådanne forretningsmæssige forhold, kan nævnes, at det danske selskab kun ønsker, at iværksætte aktiviteter i USA i et så begrænset omfang, at der ikke herved opstår skattepligt til USA.

Som et andet eksempel på sådanne forretningsmæssige forhold kan nævnes, at selskabet ønsker at indtræde som deltager i en virksomhed, som samarbejdspartnerne har valgt at drive i et andet regi end via stiftelse af selskab.

I afsnit 6.2 – 6.10 nedenfor beskrives de skattemæssige konsekvenser af forskellige former for etablering. Der startes med en beskrivelse af helt ekstensive aktiviteter der ikke begrunder skattepligt til USA, og afsluttes med en beskrivelse af de skattemæssige konsekvenser af forskellige etableringsformer der kan danne rammerne for drift af virksomhed af samme intensitet som den der kan drives i et selskabs regi.

De grundlæggende skattemæssige konsekvenser der behandles i dette afsnit vil være koncentreret om beskatningen af den indkomst der løbende indtjenes af den danske koncern, enten af det danske moderselskab eller af den etablerede amerikanske forretningsenhed, via aktiviteter i USA.

For at opnå et dækkende billede af de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af virksomhed i USA, på anden vis end via stiftelse af et datterselskab, bør tillige tages i betragtning beskatningen af det optjente overskud der løbende hjemtages af det danske selskab¹⁵⁸, samt de skattemæssige konsekvenser af en eventuel likvidation af forretningsenheden.

¹⁵⁸ Den her nævnte beskatning, benævnes ”Branch Profits Tax”. Denne beskatning svarer nøje til den udbyttebeskatning der pålægges udenlandske aktionærer i amerikanske selskaber.

Disse problemstillinger vil blive behandlet særskilt neden for i afsnittene 9 og 10.

6.2 Eksport til USA – Ingen salgsrepræsentation, ingen fysisk etablering

Et dansk selskab kan tænkes at eksportere varer direkte til USA uden nogen lokal salgsrepræsentation, og uden nogen form for fysisk etablering..

Dette kan for eksempel rent praktisk være tilfældet hvis selskabets produkter annonceres via fagtidsskrifter og lignende medier eller via Internettet, og de amerikanske kunder på baggrund heraf giver ordrer direkte til selskabet i Danmark.

6.2.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Selskabet vil ikke være skattepligtigt til USA af indkomst der optjenes ved sådanne aktiviteter. Dette, idet aktiviteterne hverken er af en sådan karakter, at de kan begrunde et fast driftssted i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, eller er af en sådan karakter, at de efter intern amerikansk ret kan anses for ”effectively connected with Trade and Business within the United States”.

6.2.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Indkomst som selskabet oppebærer ved salg direkte til USA vil skulle beskattes i Danmark, da selskabet er ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

6.2.3 Ingen dobbeltbeskatning

Da der ikke sker amerikansk beskatning af indkomst der optjenes af et dansk selskab ved dets salg af produkter til USA, i situationen hvor selskabet ikke har salgsrepræsentation eller fysisk etablering her, vil den løbende indkomst optjent herved alene være underlagt dansk beskatning.

Der opstår således i denne situation ikke noget dobbeltbeskatningsproblem.

6.3 Eksport til USA – Ingen salgsrepræsentation, men fast forretningssted af hjælpende karakter

Et dansk selskab der eksporterer sine varer til USA, uden at have en lokal salgsrepræsentation kan tænkes at have etableret et fast forretningssted i USA med henblik på hjælp til praktisk afvikling af de ordrer som amerikanske kunder afgiver overfor selskabets hovedkontor i Danmark.

Dette kan for eksempel rent praktisk være tilfældet hvis selskabets ovenfor i afsnit 62 beskrevne virksomhed understøttes af et bemandet lager i USA, der forestår udleveringen af de varer som selskabets danske hovedkontor modtager bestilling på.

6.3.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Det fastslås i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at en virksomhed hjemmehørende i et lands opretholdelse af et fast driftssted i det andet land ”udelukkende med henblik på udøvelse af virksomhed af forberedende eller hjælpende karakter”, ikke begrunder et fast driftssted¹⁵⁹.

Det fastslås endvidere i dobbeltbeskatningsoverenskomsten specifikt, at en virksomhed hjemmehørende i et lands opretholdelse af et varelager i det andet land ”udelukkende med henblik på oplagring, udstilling eller udlevering” ikke begrunder et fast driftssted¹⁶⁰.

Det må antages, at det danske selskabs opretholdelse af et lager i USA, udelukkende med henblik på udlevering af de varer, som selskabets danske hovedkontor modtager bestilling på fra amerikanske kunder, er omfattet af de ovenfor beskrevne bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

¹⁵⁹ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomsten artikel 6.4 e).

¹⁶⁰ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 6.4 b).

Det danske selskabs varelager udgør således ikke et ”fast driftssted i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, hvorfor USA, efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten, ikke vil kunne udnytte en eventuel hjemmel til at foretage beskatning efter intern amerikansk ret¹⁶¹.

6.3.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Indkomst som selskabet oppebærer ved salg direkte til USA vil skulle beskattes i Danmark, da selskabet er ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

6.3.3 Ingen dobbeltbeskatning

Da der ikke sker amerikansk beskatning af indkomst der optjenes af et dansk selskab ved dets salg af produkter til USA, i situationen hvor selskabet ikke har salgsrepræsentation i USA, men dog opretholder et varelager her, vil den løbende indkomst optjent herved alene være underlagt dansk beskatning.

Der opstår således i denne situation ikke noget dobbeltbeskatningsproblem.

6.4 Distributør

Det danske selskab kan vælge at markedsføre sine produkter i USA ved at antage en fast distributør (forhandler).

¹⁶¹ Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.2 vil et udenlandsk selskab efter intern amerikansk ret i princippet anses for skattepligtigt til USA hvis det anses for at udøve Trade and Business within the United States, jfr. således IRC section 882(1). Som ligeledes nævnt har begrebet ”fast driftssted” i som dobbeltbeskatningsoverenskomsten en snævrere udstrækning end IRC’s begreb ”Trade and Business within the United States”. Den praktiske interesse er således koncentreret om, hvorvidt det danske selskab har et ”fast driftssted” i USA i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, idet USA ellers ikke vil kunne udnytte en eventuel intern beskatningsret efter ”Trade and Business within the United States” kriteriet.

Et distributørforhold kendetegnes ved at distributøren køber leverandørens (her, det danske selskabs) produkter, og herefter i eget navn markedsfører og videresælger disse produkter med fortjeneste.

6.4.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Selskabet vil ikke være skattepligtigt til USA af indkomst der optjenes ved salg af produkter til en fast distributør.

Dette skyldes at distributøren er en uafhængig forretningspart der køber selskabets produkter i eget navn og for egen regning.

Da distributøren således udelukkende handler på egne og ikke på selskabets vegne har selskabets aktiviteter i USA hverken en sådan karakter, at de kan begrunde et fast driftssted i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, eller en sådan karakter, at de efter intern amerikansk ret kan anses for "effectively connected with Trade and Business within the United States".

6.4.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Indkomst som selskabet oppebærer ved salg til den amerikanske distributør vil skulle beskattes i Danmark, da selskabet er ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

6.4.3 Ingen dobbeltbeskatning

Da der ikke sker amerikansk beskatning af indkomst der optjenes af et dansk selskab ved dets salg af produkter til sin amerikanske distributør, vil den løbende indkomst optjent herved alene være underlagt dansk beskatning.

Der opstår således i denne situation ikke noget dobbeltbeskatningsproblem.

6.5 Handelsagent (uden fuldmagt til indgåelse af aftaler)

Som et alternativ til at antage en distributør kan det danske selskab kan vælge at markedsføre sine produkter i USA ved at antage en handelsagent..

En handelsagent har til opgave, i agentgivers navn og for agentgivers regning, at virke for salg af og indhente tilbud på agentgivers (her selskabets) produkter, og overlader herefter disse til Agenturgivers accept.

Handelsagenten køber således ikke produkterne af selskabet med henblik på videresalg, idet disse sælges direkte af agenturgiver til de amerikanske kunder. Handelsagenten aflønnes ved at modtage provision af de tilbud han henter hjem til agenturgiver.

Handelsagenten har ikke, med mindre det er udtrykkeligt aftalt, fuldmagt til at acceptere de tilbud der indhentes fra de amerikanske kunder.

6.5.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Det kan modsætningsvis udledes af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at en handelsagent, der ikke har fuldmagt til at indgå aftaler på agenturgivers vegne ikke udgør ”et fast driftssted” i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand¹⁶².

USA vil således i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke kunne udnytte en eventuel ret til beskatning der måtte være i henhold til intern amerikansk ret¹⁶³.

¹⁶² Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomsten artikel 5 stk. 5 modsætningsvis.

¹⁶³ Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.2 vil et udenlandsk selskab efter intern amerikansk ret i princippet anses for skattepligtigt til USA hvis det anses for at udøve Trade and Business within the United States, jfr. således IRC section 882(1). Som ligeledes nævnt har begrebet ”fast driftssted” i som dobbeltbeskatningsoverenskomsten en snævrere udstrækning end IRC’s begreb ”Trade and Business within the United States”. Den praktiske interesse er således koncentreret om, hvorvidt det danske selskab har et ”fast driftssted” i USA i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, idet USA ellers ikke vil kunne udnytte en eventuel intern beskatningsret efter ”Trade and Business within the United States” kriteriet.

6.5.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Indkomst som selskabet oppebærer ved salg til amerikanske kunder, formidlet via en antaget handelsagent vil skulle beskattes i Danmark, da selskabet er ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

6.5.3 Ingen dobbeltbeskatning

Da der ikke sker amerikansk beskatning af indkomst der optjenes af et dansk selskab ved dets salg af produkter til amerikanske kunder formidlet via en antaget handelsagent, vil den løbende indkomst optjent herved alene være underlagt dansk beskatning.

Der opstår således i denne situation ikke noget dobbeltbeskatningsproblem.

6.6 Fastvirkende fuldmægtig

Handelsagenter ses fra tid til anden at være tildelt fuldmagt til at acceptere de tilbud der indhentes til agenturgiver, eller med andre ord - til at afslutte aftaler på agenturgivers vegne.

En markedsføringsform der, i skattemæssig henseende er helt parallel hermed, er situationen hvor en eller flere af det danske selskabs fastansatte salgsmedarbejdere med salgsfuldmagt er bosiddende i USA og fast rejser rundt i USA, med henblik på at indgå aftaler om afsætning af selskabets produkter.

6.6.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Det fremgår udtrykkeligt af dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at hvis en virksomhed med hjemsted i et af de to lande har antaget en person i den anden stat, der ikke er en uafhængig repræsentant, og som fast handler på en virksomheds vegne med fuldmagt til

at indgå aftaler for virksomheden, vil virksomheden anses for at have et fast driftssted i den anden stat.

Hvis det danske selskab således har en eller flere fastvirkende fuldmægtige i USA, det være sig handelsagenter med fuldmagt, eller fastansatte salgsmedarbejdere med fuldmagt, vil der således foreligge et fast driftssted i USA¹⁶⁴.

USA vil således kunne udnytte hjemlen i intern ret til at foretage beskatning af den indkomst som selskabet oppebærer ved det af fuldmægtigen skabte salg¹⁶⁵.

Det danske selskab vil herefter blive underlagt en beskatning af indkomsten svarende til hvis indkomsten var optjent af et selskab med hjemsted i USA¹⁶⁶.

6.6.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Indkomst som selskabet oppebærer ved salg til amerikanske kunder, afsluttet via en fastvirkende fuldmægtig vil skulle beskattes i Danmark, da selskabet er ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

6.6.3 Afværgelse af dobbeltbeskatning

Indkomst optjent af et dansk selskab ved salg til USA via her fast virkende fuldmægtige vil som beskrevet ovenfor, efter de to landes interne regler, anses for skattepligtig til begge stater.

¹⁶⁴ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomsten artikel 5 stk. 5.

¹⁶⁵ Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.2 vil et udenlandsk selskab efter intern amerikansk ret i princippet anses for skattepligtigt til USA hvis det anses for at udøve Trade and Business within the United States, jfr. således IRC section 882(1).. Som ligeledes nævnt har begrebet ”fast driftssted” i som dobbeltbeskatningsoverenskomsten en snævrere udstrækning end IRC’s begreb ”Trade and Business within the United States”. Den praktiske interesse er således koncentreret om, hvorvidt det danske selskab har et ”fast driftssted” i USA i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, idet USA ellers ikke vil kunne udnytte en eventuel intern beskatningsret efter ”Trade and Business within the United States” kriteriet.

¹⁶⁶ Se hertil afsnit 3.2.2 ovenfor.

Der opstår herved en dobbeltbeskatningsproblematik.

Dobbeltbeskatning må herefter løses efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

USA vil i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten anses for kildeland i henseende til den pågældende indkomst optjent af det danske faste driftssted, og vil således have den primære beskatningsret til indkomsten¹⁶⁷.

Danmark vil som selskabets hjemstedsland have ret til at foretage supplerende beskatning mod indrømmelse af credit-lempe.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt kan beskattes om-trent svarende til det enten det amerikanske eller det danske beskatningsniveau, alt efter hvilket land der måtte beskatte indkomsten højest..

6.7 Filial

Hvis der ønskes foretaget en mere intensiv etablering i USA end blot antagelsen af en forhandler, en handelsagent eller en fastvirkende fuldmægtig kan det danske selskab, som et alternativ til etableringen af et datterselskab oprette en registreret amerikansk filial (et afdelingskontor).

6.7.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

Det fastslås udtrykkeligt i dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at en filial anses for at ud-gøre et fast driftssted.

Det kan således uden videre fastslås, at USA har ret til at udnytte hjemlen i intern ret til at beskatte indtægter, der kan henføres til et udenlandsk selskabs amerikanske filial¹⁶⁸.

¹⁶⁷ jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 7.

¹⁶⁸ Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.2 vil et udenlandsk selskab efter intern amerikansk ret i princippet anses for skattepligtigt til USA hvis det anses for at udøve Trade and Business within the United States, jfr. såle-

Et dansk selskab, der opretter en filial i USA, vil således være skattepligtig til USA, af den indkomst der kan henføres til filialen.

Det danske selskab vil herefter blive underlagt en beskatning af indkomsten optjent i filialen svarende til et amerikansk selskab med samme indkomstniveau¹⁶⁹.

6.7.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

Indkomst optjent af selskabet, som kan henføres til den amerikanske filial i Danmark, da selskabet er ubegrænset skattepligtigt til Danmark.

6.7.3 Afværgelse af dobbeltbeskatning

Indkomst optjent af et dansk selskab, som kan henføres til dets amerikanske filial, vil som beskrevet ovenfor, efter de to landes interne regler, anses for skattepligtigt til begge stater.

Der opstår herved en dobbeltbeskatningsproblematik.

Dobbeltbeskatning må herefter afværges efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

USA vil i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten anses for kildeland i henseende til den pågældende indkomst optjent af det danske selskabs amerikanske faste driftssted, og vil således have den primære beskatningsret til indkomsten¹⁷⁰.

des IRC section 882(1). Som ligeledes nævnt har begrebet ”fast driftssted” i som dobbeltbeskatningsoverenskomsten en snævrere udstrækning end IRC’s begreb ”Trade and Business within the United States”. Den praktiske interesse er således koncentreret om, hvorvidt det danske selskab har et ”fast driftssted” i USA i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, idet USA ellers ikke vil kunne udnytte en eventuel intern beskatningsret efter ”Trade and Business within the United States” kriteriet.

¹⁶⁹ Se hertil afsnit 3.2.2 ovenfor.

¹⁷⁰ jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 7.

Danmark vil som selskabets hjemstedsland have ret til at foretage supplerende beskatning mod indrømmelse af credit-lempelse.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt kan beskattes omtrent svarende til det enten det amerikanske eller det danske beskatningsniveau, alt efter hvilket land der måtte beskatte indkomsten højest..

6.8 "Partnership"

Såfremt selskabet ønsker, at foretage etablering af virksomhed i USA i samarbejde med andre (det være sig med amerikanske eller danske samarbejdspartnere, eller med samarbejdspartnere der har hjemsted andet steds), kan det, som alternativ til oprettelsen af et fælles selskab, overvejes at etablere et "Partnership".

Betegnelsen "Partnership", omfatter i almindelig amerikansk selskabsretlig sprogbrug begrebet "General Partnership:", såvel som begrebet "Limited Partnership".

Begrebet et "General Partnership" svarer nøje til den danske juridiske enhedstype, "et interessentskab". Begrebet et "Limited Partnership" svarer tilsvarende nøje til den danske juridiske enhedstype, et "kommanditselskab".

6.8.1 Skattemæssige konsekvenser efter amerikansk ret

I følge de amerikanske kvalifikationsregler¹⁷¹ vil et Partnership anses for en skattemæssigt transparent enhed, med mindre deltagerne overfor skattemyndighederne aktivt har tilkendegivet at man ønsker at være underlagt selskabsbeskatning.

Såfremt det danske selskab og dets partnere ikke har foretaget et sådant aktivt tilvalg, vil "Partnership'et" således blive betragtet som en transparent enhed.

¹⁷¹ Se hertil afsnit 3.2 ovenfor.

Deltagerne anses således som direkte udøvere af erhvervsvirksomhed, for så vidt deres forholdsmæssige andel af den virksomhed der drives i "Partnership'ets" regi.

Forudsat at "Partnership'et" driver en virksomhed i USA, der kan anses for at udgøre et fast driftssted i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand – for eksempel "Partnership'ets" hovedkontor, kontor iøvrigt, fabrik, værksted eller lignende – vil det danske selskab således være skattepligtigt til USA efter de interne amerikanske regler om begrænset skattepligt¹⁷².

Selskabets skattepligt til USA vil omfatte en andel af den af "Partnership'et" optjente indkomst, forholdsmæssigt svarende til selskabets ejerandel af "Partnership'et".

Det danske selskab vil herefter blive underlagt en beskatning af dets forholdsmæssige andel af indkomsten optjent i "Partnership'ets" regi, svarende til et amerikansk selskab med samme indkomstniveau¹⁷³.

Deltagerne i Partnership'et kan, som beskrevet ovenfor i alternativt, ved aktiv tilkendegivelse overfor skattemyndighederne vælge at lade enheden beskattes som et selskab.

Såfremt dette sker, vil den indkomst, der optjenes af enheden skulle beskattes af enheden.

Selskabet og dets øvrige partnere anses herefter ikke for aktive udøvere af den erhvervsvirksomhed der drives i enhedens regi, og vil således kun beskattes af det udbytte der hjemtages fra enheden.

¹⁷² Som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.2 vil et udenlandsk selskab efter intern amerikansk ret i princippet anses for skattepligtigt til USA hvis det anses for at udøve Trade and Business within the United States, jfr. således IRC section 882(1). Som ligeledes nævnt har begrebet "fast driftssted" i som dobbeltbeskatningsoverenskomsten en snævrere udstrækning end IRC's begreb "Trade and Business within the United States". Den praktiske interesse er således koncentreret om, hvorvidt det danske selskab har et "fast driftssted" i USA i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand, idet USA ellers ikke vil kunne udnytte en eventuel intern beskatningsret efter "Trade and Business within the United States" kriteriet.

¹⁷³ Se hertil afsnit 3.2.2. ovenfor.

I tilfælde hvor "Partnership'et" er organiseret så det ikke løber nogen erhvervmæssig risiko, er der risiko for, at "Partnership'et" under alle omstændigheder skal beskattes som et selskab. Dette skyldes, at skattemyndighederne via de særlige misbrugsregler har adgang til at underkende og tilsidesætte en "Partnership" konstruktion, hvis den ikke afspejler realiteternes verden¹⁷⁴.

6.8.2 Skattemæssige konsekvenser efter dansk ret

I følge de danske kvalifikationsregler¹⁷⁵ vil et amerikansk Partnership, der civilretligt har karakteristika der nøje svarer til et dansk interessentskab eller kommanditselskab anses for en skattemæssigt transparent enhed. Det her anførte gælder uden undtagelser, idet der ikke i dansk ret er en adgang for interessentskaber og kommanditselskaber til at lade sig selskabsbeskatte.

Et dansk selskab, der deltager i et amerikansk "Partnership" anses således af de danske skattemyndigheder som direkte udøver af erhvervsvirksomhed i USA, for så vidt selskabets forholdsmæssige andel af den virksomhed der drives i "Partnership'ets" regi.

Det danske selskab, der er ubegrænset skattepligtigt til Danmark, vil således være underlagt dansk beskatning af dets forholdsmæssige andel af den indkomst der optjenes i "Partnership'ets" regi.

6.8.3 Afværgelse af dobbeltbeskatning

Et dansk selskab, der deltager i et amerikansk "Partnership", der ikke har valgt at lade sig selskabsbeskatte i USA vil, som beskrevet ovenfor, efter de to landes interne regler anses for skattepligtig til begge stater af deres forholdsmæssige andel af den indkomst der løbende optjenes i Partnership'ets regi.

¹⁷⁴ Jfr. således Reg. 1.701-2(b), og ovenfor i afsnit 3.2.1.4.

¹⁷⁵ Se hertil afsnit 3.3 ovenfor.

Der opstår herved en dobbeltbeskatningsproblematik.

Dobbeltbeskatning må herefter afværges efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

USA vil i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten anses for kildeland i henseende til det danske selskabs forholdsmæssige andel af indkomsten optjent i "Partnership'ets" regi, idet "Partnerskabets" forretningsfaciliteter antages at udgøre et fast driftssted for det danske selskab. USA vil således have den primære beskatningsret til indkomsten. Det her anførte forudsætter selvsagt, som beskrevet ovenfor i afsnit 6.8.1 at "Partnership'et" driver en virksomhed i USA der kan begrunde et fast driftssted i dobbeltbeskatningsoverenskomstens forstand ¹⁷⁶.

Danmark vil som selskabets hjemstedsland have ret til at foretage supplerende beskatning mod indrømmelse af credit-lempe.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet indkomsten således maksimalt kan beskattes omtrent svarende til det enten det amerikanske eller det danske beskatningsniveau, alt efter hvilket land der måtte beskatte indkomsten højest.

I stedet for at deltage direkte i det amerikanske "Partnership", og derefter overfor skattemyndighederne påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomstens lempelsesregler, kan det danske selskab som alternativ hertil vælge at deltage i "Partnership'et" via et etableret mellemliggende amerikansk datterselskab.

Det her anførte skal ses i forlængelse af vores generelle anbefaling om, at et dansk selskabs etablering i USA, hvor ikke særlige forretningsmæssige forhold tilsiger en anden etableringsform, bør ske via stiftelse af et selskab, jfr. således ovenfor i afsnit 5.1.

¹⁷⁶ jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 7.

Herved undgås det element af uberegnelighed der, grundet manglende lovregulering og manglende praksis, opstår når et udenlandsk selskab driver direkte virksomhed i USA.

Etableringen af et amerikansk datterselskab der skal stå for deltagelsen i Partnership'et kan således afværge retsusikkerhed og efter omstændighederne betydelige administrative vanskeligheder.

Såfremt det danske selskab vælger at lade etablere et amerikansk datterselskab med henblik på deltagelsen i "Partnership'et", vil det herefter være et i USA hjemmehørende selskab, der deltager i Partnership'et, og således bliver skattepligtig af en forholdsmæssig del af den indkomst der optjenes i selskabet.

Berøringsfladen mellem de to skattesystemer begrænses således mest muligt, idet det danske selskab herefter alene vil være skattepligtig (til USA) af det udbytte der modtages fra det amerikanske datterselskab. Dobbeltbeskatning undgås herved.

Såfremt et dansk selskab, deltager i et amerikansk "Partnership", hvor selskabsdeltagerne har valgt at lade "Partnership'et" selskabsbeskatte i USA, eller hvis skattemyndighederne med hjemmel i misbrugsreglerne måtte have omkvalificeret "Partnership'et" til et selskab vil, som beskrevet ovenfor, vil den samme indkomst blive beskattet hos en juridisk enhed i USA – "Partnership'et", og hos en anden juridisk enhed i Danmark – selskabet.

Herved opstår en dobbeltbeskatningsproblematik – "økonomisk dobbeltbeskatning", der ikke kan løses hverken efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller efter de interne amerikanske eller danske regler. Lempelsesreglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten vedrører, som tidligere nævnt, kun "juridisk dobbeltbeskatning", altså situationen hvor de to lande beskatter den samme indkomst hos den samme juridiske enhed.

Vores generelle anbefaling gælder hvor der foreligger risiko for økonomisk dobbeltbeskatning således her så meget desto mere, idet sådan dobbeltbeskatning alene kan fore-

bygges ved at det danske selskab etablerer et mellemliggende amerikansk datterselskab der skal indtræde som deltager i "Partnership'et".

6.9 "Limited Liability Company" (LLC.)

Såfremt selskabet ønsker at foretage etablering af virksomhed i USA i samarbejde med andre (det være sig med amerikanske eller danske samarbejdspartnere, eller med samarbejdspartnere der har hjemsted andet steds), kan det, som alternativ til oprettelsen af et fælles selskab eller et "Partnership" overvejes at etablere et LLC.

De fleste amerikanske stater har gennemført lovgivning om såkaldte "Limited Liability Companies". (LLC). Et LLC er karakteriseret ved, at deltagerne i denne selskabsform ikke hæfter personligt ubegrænset, men at enheden ikke selvstændigt beskattes.

Konstruktionen er med andre ord den, at deltagerne hæftelsesmæssigt stilles som aktionærer i et selskab og skattemæssigt stilles som deltagere i et Partnership. Det her anførte gælder med mindre deltagerne har valgt at lade LLC'et selskabsbeskatte.

I relation til den skattemæssige behandling af LLC'et efter amerikansk ret henvises således til det ovenfor i afsnit 6.8.1 anførte.

Det er derimod usikkert hvorledes et LLC vil blive behandlet efter dansk ret.

Det skyldes, at LLC'et er en selskabstype (en hybrid) , der hverken kendes i dansk ret eller udtrykkeligt reguleres i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Det er således usikkert hvorledes de danske skattemyndigheder vil kvalificere et LLC.

Vores anbefaling om, at det danske selskab der ønsker at deltage i en amerikansk forretningsenhed bør lade dette ske via et amerikansk datterselskab gælder således her så meget desto mere.

Hvis et dansk selskab insisterer på at ville deltage direkte i et LLC anbefales det at der indhentes en bindende forhåndsbesked fra de danske skattemyndigheder om hvorledes man vil kvalificere LLC'et.

6.10 Joint Venture

Et samarbejde mellem to eller flere virksomheder betegnes ofte som et "Joint Venture". Der findes ingen specifik juridisk definition for et joint venture, idet et sådant samarbejde "blot" er karakteriseret ved, at visse forretningsmæssige forhold er til stede. "Joint Venture begrebet" er særdeles bredt, og karakteriseres i USA som et erhvervsforetagende, hvor to eller flere af hinanden uafhængige virksomheder, i fælles forventning om opnåelse af profit, har allokeret aktiver til et fællesejet foretagende, over hvilket de deltagende virksomheder har ret til at udøve kontrol – eller ledelsesbeføjelser. Denne brede definition dækker snart set enhver situation, hvor to eller flere virksomheder går sammen om et fælles projekt.

Den amerikanske skattemæssige behandling af et "Joint Venture" samarbejde afhænger af hvilken underliggende etableringsform parterne har valgt at samarbejde i.

Efter amerikansk terminologi kan "Joint Ventures" foreligge enten som "Equity" eller "Contract" "Joint Ventures".

Ved "Equity Joint Ventures" forstås samarbejder, hvor samarbejdet drives inden for rammerne af en egentlig "Joint Venture" enhed, for eksempel et selskab eller et "Limited" eller "General Partnership".

Joint Venture samarbejdet beskattes i givet fald i overensstemmelse med reglerne om drift af virksomhed i sådanne enheder.

Enhver af de virksomhedsformer, der er behandlet ovenfor i afsnit 5 og 6 kan tjene som baggrund for et Joint Venture samarbejde.

Ved "Contract Joint Ventures" forstås som samarbejder, der alene baserer sig på en aftale om samarbejde mellem de deltagende virksomheder, uden at der aftales etablering af en formaliseret underliggende forretningsenhed..

Med mindre deltagerne i et sådant samarbejde overfor skattemyndighederne aktivt tilkendegiver at man ønsker at samarbejdet skal selskabsbeskattes, vil sådanne "Contract Joint Ventures" skattemæssigt blive behandlet som "General Partnerships"¹⁷⁷.

Også den danske skattemæssige behandling af et "Joint Venture" samarbejde afhænger af i hvilket underliggende regi samarbejdet sker, og af hvorledes dette regi må kvalificeres efter de danske kvalifikationsregler.

I forlængelse af det i afsnit 6.8 og 6.9 anførte, er det vores generelle anbefaling at lade "Joint Venture" aktiviteterne ske, enten i form af et amerikansk selskab, hvori de enkelte "Joint Venture" deltagere er aktionærer, eller – hvis en af de øvrige former anvendes – da lade et amerikansk datterselskab af det danske selskab deltage som partner i Joint Venture aktiviteterne.

Denne anbefaling dækker alle situationer, hvor "Joint Venture" etableres med henblik på udførelse af egentlige forretningsaktiviteter så som salg eller produktion. Hvis der derimod er tale om en meget begrænset "Joint Venture" aktivitet, eksempelvis et forskningsprojekt, som ikke forventes at give indtægt, kan "Joint Venture" hensigtsmæssigt etableres via parternes blotte aftale og altså uden etablering af en "Joint Venture" enhed.

¹⁷⁷ jfr. således Regulation 301. 7701-3 og afsnit 3.2 ovenfor.

7 Principper for drift af datterselskab

7.1 Indledning

Ovenfor i afsnit 5 beskrev vi, under anvendelse af de danske og amerikanske regler om subjektiv skattepligt og dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler om fordeling af beskatningsret og lempelse af dobbeltbeskatning, de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af datterselskab i USA.

Det blev her fremhævet som centralt under amerikansk såvel som dansk ret, at der med etablering af et datterselskab skabes en fra moderselskabet adskilt juridisk person.

Den omstændighed, at et datterselskab betragtes som en fra moderselskabet uafhængig juridisk person indebærer, at moderselskabet ikke uden skattemæssige konsekvenser for begge parter kan overføre økonomiske midler til datterselskabet.

Moderselskabet må således også inddrage en analyse af de skattemæssige konsekvenser i beslutningsprocessen når det planlægges hvorledes datterselskabet skal kapitaliseres, og hvorledes dets drift skal finansieres. De skattemæssige konsekvenser af den valgte kapitalisering af datterselskabet og den valgte finansiering af datterselskabets drift beskrives nedenfor i afsnit 7.2.

Den omstændighed at datterselskabet er en selvstændig juridisk person indebærer tillige at samhandel og økonomisk samkvem i øvrigt mellem moder- og datterselskab skal ske på samme vilkår som de vilkår hvorunder to uafhængige parter ville have handlet. De nærmere regler om principperne for samhandel og økonomisk samkvem mellem moder- og datterselskab beskrives nedenfor i afsnit 7.3.

De nedenfor i afsnit 7.2 og 7.3 beskrevne amerikanske og danske regler indgår som et led i, for begge landes vedkommende, omfattende regelsæt til imødegåelse af indkomstforvridning mellem juridiske enheder¹⁷⁸.

Det er vigtigt indledningsvis at holde sig for øje at regelsættene til imødegåelse af indkomstforvridning tjener to formål.

For det første tjener regelsættene, som indikeret ovenfor, det formål at forhindre vilkårlig kanalisering af indkomst over ”juridiske grænser”. Det bør således ikke være muligt vilkårligt at overføre midler eller indkomst fra et selskab underlagt lovgivningens maksimale beskatning til et selskab, der f.eks. via et oparbejdet underskud har en gunstig skatteposition.

Nok så afgørende er at regelsættene tjener formålet at forhindre vilkårlig kanalisering af indkomst over ”geografiske grænser”. Skattemyndighederne i såvel Danmark og USA, som i de fleste andre industrialiserede lande vogter således over deres respektive jurisdiktions beskatningsgrundlag med henblik på at hindre udvanding heraf. De amerikanske respektive de danske regler til imødegåelse af indkomstforvridning søger således at hindre, at den indkomst der reelt optjenes i internationale koncerners nationale datterselskaber kanaliseres over i koncernens selskaber i andre lande, og at der således mistes beskatningsprovenu¹⁷⁹.

¹⁷⁸ De amerikanske regler til imødegåelse af indkomstforvridning bygger på den i retspraksis udviklede såkaldte ”Sham” (humbug) doktrin, der i speciel form er kodificeret i adskillige bestemmelser i IRC og de tilhørende regulations. Se herom for eksempel Phillip F. Postlewaite, ”International Taxation, Corporate and Individual”, 2000, side 83. De danske regler til imødegåelse af indkomstforvridning bygger på den i retspraksis udviklede ”realitetsgrundsætning. Også den danske realitetsgrundsætning er i speciel form kodificeret og præciseret i adskillige lovbestemmelser. Se herom f.eks. Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, side 329, eller Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 2, 3. udgave, 2000, side 364. Det er vigtigt at holde sig disse bagved liggende principper for øje i anvendelsen af de mange specielle retsregler omfattet af regelsættene til imødegåelse af indkomstforvridning. Dette idet de bagved liggende principper skal holdes for øje i fortolkningen af de kodificerede regelsæt, dels af skattemyndighederne kan påberåbes selvstændigt med henblik på at tilsidesætte dispositioner der ikke måtte kunne være omfattet af de udtrykkelige lovregler.

¹⁷⁹ Se for amerikansk rets vedkommende for eksempel Paul R. McDaniel and Hugh J. Ault, ”Introduction to United States International Taxation”, Fourth revised edition, 1998, side 140. Se for dansk rets vedkom-

Den omstændighed at et væsentligt formål med regelsættene til imødegåelse af indkomstforvriddning er at sikre staternes beskatningsgrundlag indebærer at reglerne beskrevet i afsnit 7.2 og 7.3 vedrørende principperne for drift af datterselskaber i vidt omfang kan overføres til filialer af danske selskaber og til danske selskabers deltagelse i amerikansk skattemæssigt transparente forretningsenheder. Koncernindkomsten krydser i disse tilfælde ikke juridiske, men nok geografiske grænser. Reglernes anvendelse i forhold til danske selskaber med filialer i USA eller som deltagere i skattemæssigt transparente forretningsenheder behandles kort nedenfor i afsnit 7.4.

7.2 Kapitalisering af datterselskab – Finansiering af datterselskabets drift

7.2.1 Indledning

Straks når det danske selskabs datterselskab i USA påbegynder sin virksomhed vil der opstå behov for kapital til driften af datterselskabets virksomhed.

Datterselskabets kapitalbehov kan principielt tænkes dækket, enten ved

- moderselskabets indskud af egenkapital (tegning af aktier),
- moderselskabets ydelse af, eller kautionering for lån, eller ved
- moderselskabets ydelse af driftstilskud til datterselskabet.

I det følgende gennemgås de skattemæssige konsekvenser af de her opregnede finansieringsformer.

mende for eksempel Henrik Gam m.fl., *International Beskatning*, 2000, s. 93. Se endvidere Ria Falk, *Transfer Pricing*, 1997, s. 135.

7.2.2 Moderselskabets indskud af egenkapital (tegning af aktier)

Det gælder, såvel i amerikansk ret, som i dansk ret, at nytegning af aktiekapital i et selskab ved kontant indskud ikke har umiddelbare skattemæssige konsekvenser for hverken selskab eller aktionær¹⁸⁰.

Datterselskabet vil således ikke i USA blive anset for skattepligtigt af moderselskabets kapitalindskud, lige som moderselskabet i Danmark ikke vil have fradragsret for kapitalindskuddet.

Moderselskabets hjemtagne udbytte er skattepligtigt til USA og beskattes med 5%¹⁸¹. Det danske moderselskabs hjemtagne udbytte vil derimod ikke blive beskattet af Danmark¹⁸².

Det af det amerikanske datterselskab udbetalte udbytte kan ikke fradrages i datterselskabets indkomst.

Det indskudte kapitalbeløb vil, efter amerikansk som efter dansk ret danne grundlag for beregning af en eventuel kapitalgevinstbeskatning ved et eventuelt senere salg af aktierne¹⁸³.

¹⁸⁰ Jfr. således for amerikansk rets vedkommende Paul R. MacDaniel og Hugh J. Ault, *Introduction to United States International Taxation*, Forth revised edition, 1998, side 15, og til IRC section 351. Der henvises for dansk rets vedkommende til Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. *Skatteretten* 2, 3. udgave, 2000, side 462, og til principperne i statsskattelovens §§ 4-6.

¹⁸¹ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 10. Det her anførte forudsætter at moderselskabet ejer mindst 10 % af aktierne i det amerikanske datterselskab.

¹⁸² Jfr. således selskabsskattelovens § 13 stk. 1 nr. 2. Det her anførte forudsætter at moderselskabet ejer mindst 25 % af aktierne i det amerikanske datterselskab.

¹⁸³ Et dansk selskab vil kun i særlige situationer være skattepligtigt af avancen ved salg af aktierne i et amerikansk datterselskab. Avancen vil kun være skattepligtig til USA hvis den er ejet af et fast driftssted det danske selskab har her, og således er ”effectively connected with trade and business within the United States”, Jfr. således IRC, sections §§ 881 og 882. Avancen vil kun være skattepligtig til Danmark såfremt selskabet har ejet aktierne i det amerikanske datterselskab i mindre end 3 år, jfr. således aktieavancebeskatningslovens § 4 stk. 6.

7.2.3 Moderselskabets ydelse af, eller kautionering for lån

Moderselskabet kan vælge at lade datterselskabets virksomhed finansiere, helt eller delvist ved at yde lån til datterselskabet, eller ved at stille sikkerhed så datterselskabet kan optage lån hos tredjemand.

Hvis lånet er ydet af det danske moderselskab vil dette være skattepligtigt til Danmark af de oppebårne renter¹⁸⁴.

Renter som datterselskabet betaler af lånet til moderselskabet eller tredjemand kan i udgangspunktet, i modsætning til udbytter udbetalt til moderselskabet, fratrækkes i dets amerikanske indkomst¹⁸⁵. Finansiering via moderselskabets lån til datterselskabet er af denne årsag, sammenholdt med at ydelsen af et koncernlån udgør en mindre endegyldig kapitalbinding, traditionelt blevet betragtet som et gunstigt alternativ til finansiering via indskud af aktiekapital.

Rentefradragsretten er imidlertid, som et led i bestræbelserne på at bekæmpe indkomstforvridding, i en række henseender begrænset for så vidt gæld optaget af amerikanske datterselskaber hos udenlandske moderselskaber, eller via disses sikkerhedsstillelse.

Rentefradragsretten begrænses for det første via reglerne om såkaldt tynd kapitalisering.

Reglerne om tynd kapitalisering består for det første af den i praksis udviklede ”Thin Capitalization Doctrine”, nu kodificeret i IRC¹⁸⁶. Efter doktrinen om tynd kapitalisering har skattemyndighederne efter omstændighederne adgang til at omkvalificere et koncerninternt lån, til indskudskapital i skattemæssig henseende, således at datterselskabets til moderselskabet betalte renter skattemæssigt behandles som udbytte. Denne hjemmel til omkvalificering er udviklet med henblik på at kunne modvirke indkomstforvridding i

¹⁸⁴ Jfr. således Statsskattelovens § 4.

¹⁸⁵ Jfr. således IRC section 163.

¹⁸⁶ jfr. således IRC section 385.

form af et markant misforhold mellem datterselskabets indskudskapital og datterselskabets gæld til moderselskabet.

De amerikanske regler om tynd kapitalisering består herudover i de såkaldte regler om "Earnings Stripping"¹⁸⁷, der på et mere objektive grundlag forfølger samme formål som den ovenfor nævnte "Thin Capitalization Doctrine", at modvirke indkomstforvridding i form af et misforhold mellem datterselskabets indskudskapital og datterselskabets gæld til moderselskabet

De amerikanske regler om tynd kapitalisering finder anvendelse på koncerner hvor det udenlandske moderselskab har skattemæssigt hjemsted i et land der, som tilfældet er med Danmark, har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med USA der hjemler moderselskabet skattefrihed af renter oppebåret fra amerikanske kilder¹⁸⁸.

Et amerikansk datterselskab af et dansk selskab vil som hovedregel få sin rentefradragsret beskåret efter reglerne om tynd kapitalisering når 1) dets samlede gæld i forhold til egenkapitalen overstiger ratioet 1,5:1, og 2) dets samlede renteudgifter overstiger 50% af selskabets skattepligtige indkomst i det pågældende år.

Rentefradragsretten beskæres i givet fald med enten renterne af gælden til moderselskabet, herunder den gæld moderselskabet har stillet sikkerhed for, eller med de samlede renteudgifter, fratrukket 50% af selskabets overskud, men tillagt overskydende rente overført fra tidligere år, hvilket af de to beløb der måtte være mindst.

Rentefradragsretten beskæres tillige af de såkaldte "Transfer Pricing" regler, der beskrives generelt nedenfor i afsnit 7.3¹⁸⁹.

¹⁸⁷ jfr. således IRC section 163(j). Se om Earnings Stripping reglerne Marc M. Levey m.fl., US Taxation of Foreign Controlled Businesses, 1998, Chapter 6. Se tillige Henrik Gam m.fl., International Beskatning, 2000, s. 120.

¹⁸⁸ Dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 11 afskærer således USA fra at foretage den rentekildebeskatning der ellers hjemles i IRC section 881.

¹⁸⁹ Transfer Pricing Reglerne indeholdes i IRC Section 482 med tilhørende regulations.

Transfer Pricing reglerne hjemler skattemyndighederne ret til at nægte datterselskabet fradrag for den del af renteudgifterne til Moderselskabet der overstiger hvad der anses for betaling på markedsvilkår – på ”Arms Length” vilkår.

Herudover hjemler Transfer Pricing reglerne skattemyndighederne ret til at nægte fradrag for rentebetaling fra det amerikanske datterselskab til det danske moderselskab, der ikke kan antages at hidrøre fra reel gæld (”Bona Fide Indebtedness”). Hvis ikke renteindbetalingen antages at hidrøre fra reel gæld, vil fradrag således blive nægtet selvom den betalte rente ligger inden for rammerne af hvad der accepteres for rentebetaling på markedsvilkår¹⁹⁰.

På baggrund af de ovenfor beskrevne regelsæt må det fastslås, at såfremt det danske moderselskab ønsker at lade koncerninterne lån indgå i finansieringen af det amerikanske datterselskabs drift, bør dette ske i fornuftig balance med en finansiering af driften via indskud af aktiekapital i selskabet.

I forlængelse heraf skal det bemærkes, at den traditionelle analyse, at finansiering via moderselskabets lån til datterselskabet udgør et gunstigt alternativ til finansiering via indskud af aktiekapital kun i nogen grad har gyldighed efter at Danmark med virkning fra 1. januar 1999 indførte skattefrihed fra udbytte modtaget fra udenlandske datterselskaber¹⁹¹, og efter at USAs ret til kildebeskatning af danske udbytter efter dobbeltbeskatningsoverenskomstens ikrafttræden pr. 1.maj 2000¹⁹² for en lang række danske moderselskaber er blevet nedsat fra 15% til den nuværende beskatningsprocent på 5%¹⁹³. Med den nuværende samlede amerikanske og danske udbyttebeskatning på blot 5% vil finansiering via lån således alt andet lige ikke udgøre et gunstigt alternativ til finansiering via indskud af egenkapital for så vidt amerikanske datterselskaber med lav indkomst¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Jfr. således Reg 1.482-2(a)(1).

¹⁹¹ Se hertil lov nr. 1026 af 23. december 1998 omtalt ovenfor i afsnit 3.3.1.2.

¹⁹² Se hertil afsnit 2.3 ovenfor.

¹⁹³ I følge den tidligere dobbeltbeskatningsoverenskomst kunne USA foretage kildebeskatning af udbytte på op til 15% bortset fra i selskaber der var ejet med mindst 95% af det danske moderselskab.

¹⁹⁴ Dette skyldes den progressive amerikanske beskatning af selskaber. Selskaber med en indkomst på under \$ 75.000 er således underlagt en beskatning på 25%. Moderselskabet vil således beskattes af renteindtægterne med dansk selskabsbeskatning på 32%, hvorimod koncernen kun opnår et fradrag for dattersel-

Det må således vurderes under konkret hensyntagen til selskabets indtjeningsforhold, om interne koncernlån skattemæssigt med fordel kan anvendes i finansieringen af datterselskabet

7.2.4 Moderselskabets ydelse af driftstilskud til datterselskabet

Finansiering af datterselskabers drift ses ofte i praksis gennemført ved moderselskabets ydelse af driftstilskud til et underskudsgivende datterselskab.

Såfremt et amerikansk datterselskab modtager driftstilskud fra dets danske moderselskab vil det være skattepligtigt til USA af et beløb svarende til driftstilskuddet¹⁹⁵.

Henset til, at datterselskaber, i situationen hvor moderselskaber nødsages til at yde driftstilskud, typisk giver underskud, kan det anføres at denne konsekvens er til at leve med.

Heroverfor må anføres, at datterselskabet, i og med at det må indtægtsføre det modtagne driftstilskud, mister retten til at fremføre skattemæssigt underskud til bedre tider for et beløb svarende til driftstilskuddet.

Hvad der imidlertid ofte af danske koncerner opleves som en nok så byrdefuld konsekvens af den valgte finansieringsform, er at moderselskaber kun i meget begrænset omfang indrømmes ret til fradrag for sådanne driftstilskud ydet datterselskabet.

Den her beskrevne retstilstand udledes ud fra den grundlæggende konsekvens af et selskabs etablering af et datterselskab. Der er herved etableret en fra moderselskabet adskilt juridisk enhed. En udgift der kan henføres til datterselskabets drift kan således ikke uden videre fratrækkes som udgift hos moderselskabet, idet moderselskabet alene har ret til at fradrage udgifter der vedrører dets egen drift¹⁹⁶.

skabets renteudgifter med en skatteværdi af 25%. Da renteindtægterne i denne situation netto beskattes med 7%, ville selskabet have stået sig bedre ved at indskyde egenkapital og hjemtage udbytte, der i koncernen samlet beskattes med 5%.

¹⁹⁵ Jfr. således IRC section 61.

Den nugældende retstilstand er udviklet i retspraksis, og bygger på en streng fortolkning af reglerne om ret til fradrag for driftsudgifter, og af princippet om, at moder- og datterselskab er to adskilte juridiske enheder. Domstolene har anlagt den beskrevne strenge fortolkning ud fra hensynet til at imødegå indkomstforvridning¹⁹⁷.

Efter retspraksis er det afgørende for moderselskabets fradragsret om tilskuddet til datterselskabet har en sådan direkte tilknytning til driften af moderselskabets egen virksomhed, eller om drift tilskuddet må godkendes, eller om driftstilskuddet må betragtes som pleje af moderselskabets aktionærinteresser. I sidstnævnte tilfælde behandles moderselskabet skattemæssigt på samme måde som hvis det havde indskudt kapital i datterselskabet ved tegning af aktier – der gives ikke fradragsret¹⁹⁸.

Fra retspraksis kan nævnes en Vestre Landsretsdom fra 1993, i henhold til hvilken et dansk moderselskab blev indrømmet fradragsret for udgifter det havde afholdt i henhold til en aftale det havde indgået med datterselskabet om at dække 75% af datterselskabets omkostninger i dets første leveår. Godkendelsen af udgiften som en driftsomkostning begrundedes med at den var afholdt for at fremme moderselskabets omsætning efter en kraftig nedgang i den eksport moderselskabet tidligere havde haft til England. Da det danske selskab endvidere ikke fandtes at tilsinde kapitalopsamling i det engelske datterselskab, og da det engelske selskab alene måtte handle med moderselskabet fandtes tilskuddet at være et sådant naturligt led i moderselskabets virksomhed, at det kunne fratækkes¹⁹⁹.

Fra praksis kan som en afgang der går i den modsatte retning nævnes en Østre Landsretsdom fra 1996, i henhold til hvilken et tilskud som et dansk moderselskab havde ydet dets datterselskaber i Norge og Sverige. Tilskuddene blev anset for kapitaltilførsel til dat-

¹⁹⁶ Cfr. således statsskattelovens § 6.

¹⁹⁷ Jfr. således Erik Werlauff, selskabsskatteret, 3. udgave, s. 206, hvor anføres at ”Praksis herom er ganske restriktiv, idet den skal sikre, at fradrag for driftstab i et selskab ikke vilkårligt kan flyttes fra selskabet til aktionærene gennem tilskud, tab på kautionsregreskrav m.v”.

¹⁹⁸ Se hertil Erik Werlauff, selskabsskatteret, 3. udgave, s. 207.

¹⁹⁹ Jfr. således afgørelsen TfS 1993 nr. 457 VLD. Dommen refereres i Lida Hulgaard mfl., Lærebog om indkomstskat, Bind 2, 7. udgave, 1995s. 219.

tterselskaberne, navnlig fordi tilskuddene ikke modsvarer en særlig indsats for datterselskaberne til fremme af markedsføringen af moderselskabets produkter²⁰⁰.

Som illustreret af de to ovennævnte afgørelser, er det undertiden hårfine grænser der skiller anerkendelsen og nægtelsen af fradragsret.

Henset til den retlige usikkerhed forbundet med ydelse af driftstilskud, må det således for en generel betragtning frarådes at et dansk selskab finansierer det amerikanske datterselskabs drift ved ydelse af driftstilskud.

Den fordel for moderselskabet, der jages ved ydelsen af driftstilskuddet, fradragsret, kan mere adækvat opnås ved at moderselskabet lader sig sambeskatte med datterselskabet²⁰¹.

Hertil kommer, at datterselskabet, hvis det finansieres via kapitalindskud og lån, undgår at blive sat i skat af beløb svarende til de ydede tilskud, og således undgår at få begrænset retten til at fremføre underskud til dækning i efterfølgende års indkomst.

7.3 Samhandel og økonomisk samkvem mellem moder- og datterselskab skal ske på markedsvilkår (Transfer Pricing korektion)

7.3.1 Indledning

Som nævnt ovenfor i afsnit 7.1 indebærer den omstændighed, at datterselskabet er en selvstændig juridisk person at samhandel og økonomisk samkvem i øvrigt mellem moder- og datterselskab skal ske på samme vilkår som de vilkår hvorunder to uafhængige parter ville have handlet – på ”Arms Length” vilkår.

Som ligeledes nævnt ovenfor må det haves for øje, at princippet om at interesseforbundne parter skal handle på Arms Length vilkår, og at skattemyndighederne, hvis dette ikke v-

²⁰⁰ Jfr. således afgørelsen TfS 1996.282 Ø. Dommen refereres i Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 2, 3. udgave, 2000, side 462.

²⁰¹ De danske regler om sambeskatning beskrives nedenfor i afsnit 8.

ser sig at være tilfældet, kan foretage korrektion af de to forbundne parter skattepligtige indkomst og skatteansættelse, såvel efter amerikansk som efter dansk ret er et specielt udtryk for almindeligt gældende retsgrundsætninger der hjemler skattemyndighederne mulighed for at imødegå indkomstforvridning.

Arms Length princippet håndhæves, såvel i amerikansk som i dansk ret via de såkaldte ”Transfer Pricing” regler.

Begrebet Transfer Pricing bruges som et udtryk for den interne afregningspris der anvendes ved (navnlig grænseoverskridende) transaktioner mellem interesseforbundne parter²⁰².

Transfer Pricing reglernes formål er således nærmere at fastslå i hvilket omfang Transfer Pricing mellem interesseforbundne parter sker på Arms Length vilkår, og hvis det ikke findes at være tilfældet, hvorledes skattemyndighederne skal foretage korrektion af de involverede parter indkomst- og skatteansættelse.

Nedenfor i afsnit 7.3.2 gennemgås først de amerikanske Transfer Pricing regler, set fra en dansk koncerns synsvinkel. Hernæst gennemgås i afsnit 7.3.3 de danske Transfer Pricing regler.

Endelig drøftes i afsnit 7.3.4 mulighederne for afværgelse af den dobbeltbeskatning der opstår i situationen hvor de amerikanske eller de danske myndigheder har foretaget en Transfer Pricing korrektion som det andet land ikke er enig i.

²⁰² Se hertil Henrik Gam m.fl., International Beskatning, 2000, s. 93.

7.3.2 De amerikanske Transfer Pricing regler

7.3.2.1 Transfer Pricing reglernes retsgrundlag

Den grundlæggende hjemmel for de amerikanske skattemyndigheder til foretagelse af Transfer Pricing korrektion er udtrykkeligt lovfæstet i IRC²⁰³.

Skattemyndighederne hjemles her en vid adgang til at allokere og omfordele indkomst mellem koncernforbundne virksomheder²⁰⁴.

Det udledes af lovbestemmelsens ordlyd, at amerikanske skatteydere i spørgsmål om Transfer Pricing korrektion er underlagt omvendt bevisbyrde. Hvis skattemyndighederne tilkendegiver, at de anvendte afregningspriser i en koncernintern samhandel ikke er udtryk for Arms Length er det herefter op til skatteyderne at dokumentere, at det modsatte rent faktisk er tilfældet.

Skattemyndighederne har på baggrund af lovhjemlen i IRC udstedt et omfattende sæt Regulations med detaljerede retningslinier for hvorledes hjemlen til foretagelse af Transfer Pricing regulering nærmere skal administreres²⁰⁵.

Skattemyndighederne har som supplement til foretagelse af korrektion af de koncerninterne parters indkomst udtrykkelig hjemmel i IRC til at sanktionere prissætning i koncernintern samhandel med bøder, hvis denne der ikke sker på Arms Length vilkår²⁰⁶.

²⁰³ Jfr. således IRC Section 482.

²⁰⁴ Det fastslås således at: "...The Secretary may distribute, apportion gross income deductions, credits or allowances between or among such organizations, trades or businesses, if he determines that such distribution, apportionment or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes OR clearly to reflect the income of any of such organizations, trades or businesses....".

²⁰⁵ Jfr. således Reg. 1.482-1 til Reg. 1.482-7. Se for en detaljeret beskrivelse af reglerne for eksempel Philip F. Postlewaite, "International Taxation, Corporate and Individual", 2000, chapter 22.

²⁰⁶ Hjemlen hertil findes i IRC section 6662. Se herom Marc M. Levey m.fl., US Taxation of Foreign Controlled Businesses, 1998, s. 11-26 – 11-35.

Skattemyndighedernes mulighed for håndhævelse af de materielle Transfer Pricing regler understøttes af en række særskilt lovfæstede formelle Transfer Pricing regler der foreskriver omfattende dokumentationspligt for ikke mindst internationale koncerner²⁰⁷.

Hovedtrækkene i de administrative forskrifter om Transfer Pricing regulering, vil blive gennemgået straks nedenfor i afsnit 7.3.2.2 til 7.3.2.7. Med mindre andet udtrykkeligt fremføres vil de her beskrevne regler således kunne henføres til disse forskrifter. De særskilt lovfæstede regler om bødesanktionering og dokumentationskrav vil dog tillige blive uddybende beskrevet i afsnit 7.3.2.2 straks nedenfor.

7.3.2.2 Skattemyndighedernes retsmidler – Korrektionsadgang, bøder, dokumentationskrav

Såfremt det findes, at der i et koncernforhold ikke er handlet på Arms Length vilkår vil skattemyndighederne have hjemmel til at foretage indkomstkorrektion hos de i transaktionen involverede parter.

Skattemyndighedernes indkomstkorrektion består først og fremmest i en forhøjelse af det begunstigede koncernselskabs indkomst. Der tales her om primær korrektion (the "Primary Adjustment"). Skattemyndighederne foretager i konsekvens af indkomstforhøjelsen hos den begunstigede part en tilsvarende reduktion af indkomsten hos den anden part. der tales her om korresponderende korrektion ("Corresponding Adjustment").

Parterne i den koncerninterne transaktion er pålagt pligt til, men er altså også tillagt ret til, at bringe koncernens indkomstforhold i overensstemmelse med skattemyndighedernes korrektion. Der tales her om overensstemmende korrektion (the "Conforming Adjustment"). En sådan overensstemmende korrektion kan ske ved at parterne justerer deres indbyrdes mellemregningskonto.

²⁰⁷ Reglerne om internationale koncerners dokumentationspligt findes navnlig i IRC sections 6038A og 6662.

Skattemyndighederne har som supplement til foretagelse af korrektion af de koncerninterne parters indkomst udtrykkelig hjemmel i IRC til at sanktionere prissætning i koncernintern samhandel med bøder, hvis denne der ikke sker på Arms Length vilkår²⁰⁸.

Hvis en prissætning i intern samhandel, der afviger fra Arms Length vilkår, efter disse regler kan betegnes som "Substantial Valuation Mistatement" pålægges således en bøde på 20% af den for lavt angivne skat.. Der foreligger "Substantial Valuation Mistatement", hvis en vare sælges til under halvdelen af Arms Length prisen eller til det dobbelte af Arms Length prisen. Der foreligger tillige "Substantial Valuation Mistatement" hvis den af skattemyndighederne foretagne priskorrektion overstiger det mindre beløb af \$5.000.000, eller 10% af skatteyderens bruttoomsætning ("Gross Receipts")

Hvis en prissætning i intern samhandel, der afviger fra Arms Length vilkår, efter disse regler kan betegnes som "Gross Valuation Mistatement" pålægges således en bøde på 40% af den for lavt angivne skat.. Der foreligger "Gross Valuation Mistatement", hvis en vare sælges til under en fjerdedel af Arms Length prisen eller til det firedobbelte af Arms Length prisen. Der foreligger tillige "Substantial Valuation Mistatement" hvis den af skattemyndighederne foretagne priskorrektion overstiger det mindre beløb af \$5.000.000, eller 20% af skatteyderens bruttoomsætning ("Gross Receipts")

Endelig har skattemyndighederne udtrykkelig hjemmel i IRC til at udstede bøder svarende til 75% af den for lavt angivne skat, hvis forholdet må betegnes som skattesvig ("fraud")²⁰⁹.

Skattemyndighedernes muligheder for håndhævelse af Transfer Pricing reglerne understøttes af en omfattende pligt for ikke mindst internationale koncerner til at kunne dokumentere på hvilke vilkår der handles mellem koncernselskaberne internt, og til at kunne dokumentere, at disse vilkår er udtryk for Arms Length.. Særligt skal fremhæves at koncernforbundne selskaber, hvis de vil undgå risikoen for at ifalde de netop beskrevne bød-

²⁰⁸ Hjemlen hertil findes i IRC section 6662. Se herom Marc M. Levey m.fl., US Taxation of Foreign Controlled Businesses, 1998, s. 11-26 – 11-35.

²⁰⁹ Hjemlen hertil findes i IRC section 6663.

der skal kunne fremvise en sådan dokumentation senest 30 dage efter skattemyndighedernes pålæg herom til enhver tid²¹⁰.

7.3.2.3 Arms Length pris findes ved sammenligning med tilsvarende eller lignende transaktioner

Det er afgørende for forståelsen af de tekniske regler til foretagelse af Transfer Pricing korrektion, der beskrives i de efterfølgende afsnit at holde sig for øje, at analysen af om en koncernintern transaktion sker til Arms Length pris sker ved at sammenligne denne med tilsvarende eller lignende transaktioner mellem uafhængige parter.

Den sammenlignelige transaktion kan være en transaktion mellem det ene af de to koncernforbundne selskaber og en uafhængig tredjepart. Hvis der ikke kan påvises sammenlignelige transaktioner hvori en af de to koncernforbundne parter deltager, må der søges sammenligning med transaktioner mellem to uafhængige tredjeparter.

Den udfundne transaktion kan efter omstændighederne have så stor lighed med den koncerninterne transaktion at en umiddelbar sammenligning vil kunne foretages. I nutidens sofistikerede økonomi, der er pæget af et mangfoldigt udbud af varer og tjenesteydelser vil der dog ofte forekomme transaktioner der ikke kan sammenlignes med fuldstændigt tilsvarende transaktioner.

Hvis der ikke som sammenligningsgrundlag kan påvises en ukontrolleret fuldstændigt tilsvarende transaktion må Arms Length prisen således søges udfundet ved sammenligning med ukontrollerede lignende transaktioner. En transaktion der nok ligner den koncerninterne transaktion men som ikke er fuldstændigt tilsvarende kan anvendes som sammenligningsgrundlag hvis der på betryggende vis kan korrigeres for de faktorer hvorved transaktionerne adskiller sig fra hinanden.

²¹⁰ Reglerne om internationale koncerners dokumentationspligt findes navnlig i IRC sections 6038A og 6662. De ganske byrdefulde regler om dokumentationspligt er via særlige de minimus regler lempet for mindre koncerner.

I vurderingen af om en koncernintern transaktion er sammenlignelig med en transaktion mellem uafhængige parter indgår samtlige faktorer der er egnede til at påvirke prissætningen eller fortjenesten for den ydelse der indgår i transaktionen.

Skattemyndighedernes retningslinier opstiller imidlertid 5 faktorer, der relaterer sig dels til selve transaktionerne, dels til driften af de virksomheder som deltager i transaktionerne. Disse faktorer indgår fast i sammenligningsvurderingen:

1. Sammenligning af Parternes funktioner

Her fokuseres på hvilke funktioner der udøves af hvilke parter i transaktionerne. Der ses således eksempelvis på hvem der forestår forskning og udvikling; produktdesign og teknisk konstruktion; produktion og processtyring; marketing og distribution samt generelle administrative funktioner.

2. Sammenligning af risici

Her fokuseres på hvilke risici der bæres af hvilke parter i transaktionerne. Der ses således eksempelvis på hvem der bærer risikoen for prisudsving på markedet; hvem der bærer risikoen for den forudgående forskning og udvikling af produktet; hvem der bærer risikoen for at ifalde produktansvar; risikoen for valutakursudsving; og debitorernes betalingsdygtighed.

3. Kontraktsvilkår

Her fokuseres på hvilke generelle kontraktsvilkår der gælder mellem parterne i de sammenlignede transaktioner. Der ses således på betalingsformer; aftagne mængder; betalings- og finansieringsvilkår, givne garantier; aftalens varighed; og mulighed for opsigelse af kontrakten.

4. Overordnede markedsøkonomiske vilkår

Her fokuseres på hvilke markedsvilkår parterne i de sammenlignede transaktioner opererer under. der ses således på det geografiske markeds sammenlignelighed; hvert markeds størrelse og sofistisering; de sammenlignede parterers markedsandele, konkurrencevilkårene på markedet; konjunkturerne i parternes brancher på de sammenlignede markeder..

5. De overdragne varer og serviceydelser

Den sidst opregnede, men mest basale af de fem faktorer der fast indgår i sammenlignelighedsvurderingen fokuserer på hvilke faktorer; varer og/eller tjenesteydelser der nærmere indgår i de sammenlignede transaktioner. Der ses således eksempelvis på om der sammen med en leveret vare eller tjenesteydelse medfølger ret til anvendelse af værdifulde immaterielle aktiver.

7.3.2.4 Transfer Pricing metoder

Skattemyndighedernes forskrifter foreskriver at Arms Length prisen skal udfindes ved anvendelse af en eller flere blandt en række opregnede Transfer Pricing metoder. Disse metoder bygger alle på den netop ovenfor beskrevne analyse af sammenlignelighed mellem en koncernintern transaktion, og en transaktion mellem uafhængige parter.

De opregnede Transfer Pricing Metoder varierer afhængigt af hvilken type ydelse der indgår i de sammenlignede transaktioner. De anvendelige metoder vil, ydelsestype for ydelsestype, blive gennemgået nedenfor i afsnit 7.2.3.5 til 7.2.3.9. De fem ydelsestyper er: Køb og salg af varer; leje og leasing af materielle aktiver, overdragelse af immaterielle rettigheder; tjenesteydelser, ydelse af lån.

Skattemyndighedernes forskrifter opstiller ikke en generel prioritering af de anvendelige Transfer Pricing metoder inden for hver enkelt kategori af ydelsestyper. Derimod fore-

skrives, at der i hvert enkelt tilfælde skal anvendes den metode som bedst og mest pålideligt udtrykker Arms Length. Den her anførte grundsætning benævnes ”The Best Method Rule”.

Den bedste metode vil i hvert enkelt tilfælde være den metode, der understøttes af det mest komplette og præcise datamateriale, som reflekterer de mest sammenlignelige transaktioner, og som kræver den mindste grad af justeringer for at gøre transaktionerne sammenlignelige.

Anvendelsen af den bedste metode vil fra tid til anden resultere i, at der afdækkes sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter til varierende priser. I sådanne situationer kan de forbundne selskabers transfer priser variere inden for prisdifferencen mellem den højeste og den laveste udfundne pris. Der tale i sådanne tilfælde om et ”Arms Length range”.

7.3.2.5 Transfer Pricing metoder ved køb og salg af varer

Skattemyndighedernes forskrifter foreskriver 6 metoder til fastlæggelse af Arms Length prisen ved køb og salg af varer. Disse metoder er først og fremmest: 1) ”The Comparable Uncontrolled Price (CUP) Method,” 2) ”The Resale Price Method”, og 3) ”The Cost Plus Method”. Disse tre metoder udgør til sammen de oprindelige transaktionsbaserede metoder. Hertil kommer de sidenhen udviklede profitbaserede metoder der består af 4) ”The Comparable Profits (CPM) Method”, og 5) ”The Profit Split Metod”.. Endelig foreskrives opsamlingskategorien 6) ”Unspecified Method” der er det smidige element i opregningen af Transfer Pricing metoderne. Herved åbnes der mulighed for at den enkelte skatteydende koncern kan dokumentere, at ingen af de 5 øvrige metoder udmunder i sikre udtryk for Arms Length prisen, og at den valgte særlige metode er et mere sikkert udtryk for Arms Length prisen.

Ved anvendelse af de transaktionsbaserede metoder findes Arms Length prisen ved at sammenligne den koncerninterne transaktion med tilsvarende eller lignende enkeltrans-

aktioner mellem uafhængige parter. Dette skal ses i modsætning til de profitbaserede metoder hvor Arms Length prisen for den koncerninterne transaktion udledes på baggrund af sammenligning med profitmarginen i virksomheder der foretager tilsvarende eller lignende transaktioner med uafhængige parter.

Ved anvendelse af "The CUP Method" sammenlignes prisen på de varer, der handles internt i et koncernforhold med prisen på tilsvarende varer der handles mellem uafhængige parter. Hvis den sælgende koncernpart tillige afsætter tilsvarende varer til uafhængige parter, og på samme vilkår, under hensyntagen til de ovenfor opregnede sammenlignelighedsfaktorer, vil dette salg kunne anvendes som sammenligningsgrundlag. Tilsvarende vil den købende koncernparts køb af tilsvarende varer på samme vilkår kunne anvendes som sammenligningsgrundlag. Hvis ingen af de koncerninterne parter handler på sammenlignelige vilkår må der søges indhentet oplysninger om helt eksterne tilsvarende transaktioner hvor ingen af parterne deltager. Skattemyndighedernes forskrifter indeholder som nævnt ikke en generel prioritering af Transfer Pricing metoderne. Det fremgår imidlertid desuagtet, at CUP metoden er den foretrukne, når denne er anvendelig. Dette begrundes med at CUP metoden, der bygger på direkte sammenligning af priserne på varer i den kontrollerede transaktion med priserne på tilsvarende varer i den ukontrollerede transaktion, er det meste objektive og direkte vej til Arms Length prisen. CUP metodens styrke er imidlertid også dens svaghed. Den direkte anvendelse af salgsprisen i de udfundne ukontrollerede transaktioner som udtryk for Arms Length prisen forudsætter, at den kontrollerede transaktion og de udfundne sammenlignelige ukontrollerede transaktioner er identiske, eller dog så tilsvarende, at et sikkert udtryk for sammenlignelighed kan tilvejebringes ved foretagelse af enkelte justeringer. Hvis et sådant sikkert udtryk for sammenlignelighed ikke kan tilvejebringes må CUP metoden forkastes.

Ved anvendelse af "The Resale Price Method" fastslås indledningsvis den pris hvortil et produkt der er købt hos en koncernforbundet virksomhed bliver solgt til en uafhængig tredjemand. Denne videresalgspris bliver herefter reduceret med en rimelig bruttoavance ("an appropriate gross profit"). Herved fremkommer Arms Length prisen i den interne transaktion. Den rimelige bruttoavance findes ved sammenligning med den bruttoavance

den videresælgende part beregner sig i uafhængige usammenlignelige transaktioner. I sammenligningen med uafhængige transaktioner, når "Resale Price" metoden anvendes, er det afgørende at fordelingen af parternes funktioner i den uafhængige transaktion er tilsvarende, eller efter justering kan sammenlignes med parternes funktioner i den koncerninterne transaktion. Derimod forudsætter metoden ikke på samme måde som CUP metoden, at varerne, der indgår i transaktionen skal være i alt væsentligt tilsvarende. Det kræves blot at varerne i alt væsentligt er af samme art. Metoden er derfor ofte anvendelig som alternativ til CUP metoden hvor der ikke kan påvises uafhængige transaktioner der involverer identiske varer, men hvor der kan påvises uafhængige transaktioner der involverer varer af samme art, og hvor der kan påvises samme funktionsopdeling som i den koncerninterne transaktion. Grundet fokuseringen på opdelingen af parternes funktioner i de sammenlignede transaktioner, er "Resale Price" metoden navnlig anvendelig i forhandlerforhold, hvor den koncerninterne erhverver af varerne ikke foretager forarbejdning, men blot videresælger varerne.

Ved anvendelsen af "Cost Plus" metoden tages udgangspunkt i de omkostninger som en virksomhed afholder i forbindelse med levering af varer til en koncernforbundet virksomhed. Dette beløb opskrives, når Arms Length prisen skal fastlægges, med en rimelig bruttoavance ("an appropriate gross profit"), som udfindes ved sammenligning med de bruttoavancer der oppebæres i tilsvarende ukontrollerede transaktioner. Metoden er navnlig anvendelig i situationen hvor en virksomhed leverer halvfabrikata der indgår i en koncernforbundet virksomheds videre forarbejdning. Som ved de ovenfor beskrevne metoder er det afgørende for "Cost Plus" metodens anvendelse, at der kan findes troværdige sammenlignelige uafhængige transaktioner. Det ideelle sammenligningsgrundlag fås hvis virksomheden leverer de samme halvfabrikata til uafhængige tredjemænd. Hvis dette ikke er tilfældet må der søges oplysninger om bruttoavancer ved ukontrollerede transaktioner der er sammenlignelige eller på betryggende vis kan gøres sammenlignelige ved justering for gennemskuelige forskelle i funktioner.

Ved anvendelse af CPM metoden, der er en af de to anerkendte profitbaserede metoder, sammenlignes den generelle indtjening hos den testede koncernforbundne virksomhed

med den generelle indtjening hos en sammenlignelig ukontrolleret virksomhed. Dette skal ses i forhold til de tre ovenfor beskrevne transaktionsbaserede metoder hvor sammenlignes priser og bruttoavancer i enkeltransaktioner. Hvis den testede virksomhed således kan påvise at dens generelle indtjeningsnøgletal ligger på niveau med sammenlignelige ukontrollerede virksomheder, antages dens koncerninterne samhandel således at ske på Arms Length vilkår. Metoden har fået betydelig udbredelse ved intern samhandel i rent amerikanske koncerner. Dette idet metoden der bygger på sammenligning af objektive målbare nøgletal ofte anses for at give det mest pålidelige resultat. Metoden skal dog anvendes med stor varsomhed i koncernintern samhandel mellem et dansk moderselskab og dets amerikanske datterselskaber, idet OECD's Transfer Pricing Guidelines der er implementeret i dansk ret ikke anerkender CPM metoden som et pålideligt udtryk for koncernintern samhandel på Arms Length vilkår. Dette skyldes at CPM metoden helt fjerner fokus fra den konkrete transaktion, hvis Arms Length pris det jo er hele formålet med Transfer Pricing reglerne at udfinde . Se hertil afsnit 7.3.3 nedenfor om de danske Transfer Pricing regler.

Ved anvendelse af "Profit Split" metoden tages udgangspunkt i den samlede fortjeneste koncernen opnår i en transaktion ved det endelige salg til tredjemand. Fortjenesten fordeles herefter internt mellem koncernselskaberne der deltager i transaktionen ved sammenligning af den fordeling af den samlede fortjeneste der finder i stedet i mellem uafhængige virksomheder der samarbejder om levering af tilsvarende ydelser. Hvis der således kan påvises en fordeling af fortjeneste mellem de koncerninterne selskaber der i fællesskab deltager i en transaktion, der svarer til den fordeling af fortjeneste der finder sted mellem uafhængige parter der i fællesskab bidrager til en sammenlignelig transaktion, anses de koncerninterne parter således for at have handlet på Arms Length vilkår. Når Profit Split metoden anvendes er det afgørende, at de sammenlignede uafhængige bidragsydere til tilsvarende transaktioner opererer inden for sammenlignelige brancher, producerer sammenlignelige produkter og serviceydelser under anvendelse af et sammenligneligt produktionsapparat. Det er tillige afgørende at de sammenlignede uafhængige bidragsydere til en sammenlignelig transaktion har en intern funktionsfordeling der tilsvarende de testede koncerninterne parter.

Hvis en af de koncerninterne parter yder et unikt bidrag til en koncernintern transaktion, hvor parternes bidrag i øvrigt er sammenlignelige med uafhængige parterers bidrag i tilsvarende transaktioner kan en variant af "Profit Split" metoden, den såkaldte "Residual Profit Split" metode anvendes. Her foretages en fordeling af fortjenesten mellem parterne i to tempi. Først fordeles den del af fortjenesten mellem parterne der kan tilskrives sædvanlige bidrag ("Routine Contributions") svarende til bidrag ydet af parterne i sammenlignelige transaktioner. Herefter allokeres den resterende yderligere fortjeneste til den part der har ydet det usædvanlige bidrag. Som et eksempel på metodens anvendelse kan nævnes en koncernintern parts licens til anvendelse af et patent der ejes af et andet koncernselskab. Hvis licenstagere med succes videreudvikler patentet vil dette berettige at der tilskrives dette selskab en højere andel af den samlede fortjeneste end den der tilskrives ellers sammenlignelige licenstagere der blot har henholdt sig til udnyttelse af det eksisterende patent som det er.

7.3.2.6 Transfer Pricing ved leje og leasing af materielle aktiver

Det fastslås udtrykkeligt i skattemyndighedernes forskrifter, at der kan foretages transfer pricing korrektion ved leje og leasing af materielle aktiver (løsøre såvel som fast ejendom) hvis ikke sådan leje eller leasing sker på Arms Length vilkår. Arms Length prisen defineres som den pris uafhængige parter ville have betalt for et tilsvarende lejemål under tilsvarende omstændigheder.

7.3.2.7 Transfer Pricing metoder ved overdragelse af immaterielle rettigheder

Skattemyndighedernes forskrifter foreskriver, at 4 af de seks metoder der kan anvendes ved køb og salg af varer, tillige kan anvendes ved fastlæggelse af Arms Length prisen ved overdragelse af immaterielle rettigheder (immaterielle aktiver). Disse metoder er først og fremmest: 1) "The Comparable Uncontrolled Price (CUP) Method", der er den eneste af de transaktionsbaserede metoder der er fundet anvendelig ved overdragelse af immateri-

elle rettigheder. Herudover foreskrives at de profitbaserede metoder kan anvendes: 2) ”The Comparable Profits (CPM) Method”, og 3) ”The Profit Split Method”. Endelig foreskrives opsamlingskategorien 4) ”Unspecified Methods” der, som ved køb og salg af varer, er det smidige element i opregningen af Transfer Pricing metoderne. Herved åbnes der mulighed for at den enkelte skatteydende koncern kan dokumentere, at ingen af de 3 øvrige metoder udmunder i sikre udtryk for Arms Length prisen, og at den valgte særlige metode er et mere sikkert udtryk for Arms Length prisen.

I situationer hvor flere koncernforbundne selskaber har bidraget til udviklingen af en immateriel rettighed, må det, forinden de 4 Transfer Pricing metoder kan anvendes, afgøres hvilket af de involverede koncernselskaber der anses for ejer af den pågældende rettighed. Hvis rettigheden bygger på en formel offentlig registrering, f.eks. et registreret varemærke eller et patent, vil det selskab der er registreret som indehaver af rettigheden anses for ejer også i skattemæssig forstand. Hvis den immaterielle rettighed ikke bygger på registrering, f.eks. know-how, vil det selskab der har båret den største del af udviklingsomkostningerne, og i sidste instans den endelige økonomiske risiko ved udviklingen af det immaterielle aktiv anses for ejer. Når det er fastslået hvilket af koncernselskaberne der anses for ejer af det immaterielle aktiv i skattemæssig henseende skal en eller flere af de fire anerkendte Transfer Pricing metoder herefter anvendes til at fastslå den Arms Length pris de øvrige koncernselskaber skal betale for brug af det immaterielle aktiv. Det koncernselskab der anses for ejer af det immaterielle aktiv skal omvendt betale Arms Length priser for de bidrag til udviklingen af det immaterielle aktiver som de andre koncernselskaber har ydet. Det være sig for eksempel i form af lån af faciliteter, i form af tjenesteydelser, eller i form af immaterielle aktiver stillet til rådighed for videreudvikling. Størrelsen af ejerselskabets betaling for disse bidrag fastsættes efter Transfer Pricing reglerne for hver enkelt af disse ydelsestyper.

Koncernselskaber der i fællesskab udvikler immaterielle rettigheder kan imødegå skattemyndighedernes Transfer Pricing Regulering efter de ovenfor beskrevne regler ved at oprette en såkaldt ”Bona Fide Cost Sharing Agreement”, altså en skriftlig aftale, hvorefter hvert selskab forpligter sig til at bære en forholdsmæssig del af omkostningerne. Den

påtagne omkostningsandel skal svare til den forholdsmæssige del af brugsretten til det udviklede immaterielle aktiv der skal tilkomme selskabet.

Skattemyndighedernes forskrifter indeholder en særlig regulering af situationen hvor et materielt aktiv købes eller sælges med en indbygget immateriel ret ("Imbedded intangibles"), f.eks. en vare der sælges under et velkendt varemærke. Det foreskrives om denne hyppigt forekommende situation, at der ikke anses for at være ske en overdragelse af immaterielle rettigheder, hvis erhververen blot opnår ret til at videresælge varen, men ikke til at udnytte den immaterielle rettighed iøvrigt. Hvis der derimod opnås en videregående ret til selvstændig udnyttelse af det immaterielle aktiv skal der ske særskilt prissætning af den overdragne vare og af den overdragne immaterielle rettigheder efter de Transfer Pricing regler der er gældende for de to typer af aktiver.

7.3.2.8 Transfer Pricing metoder ved levering af tjenesteydelser

Det fastslås udtrykkeligt i skattemyndighedernes forskrifter, at der kan foretages Transfer Pricing korrektion ved et selskabs levering af tjenesteydelser til et andet koncernforbundet selskab hvis ikke disse er leveret på Arms Length vilkår. Arms Length prisen defineres som den pris som det selskab der leverede tjenesteydelsen ville have afkrævet en uafhængig aftager af den samme tjenesteydelse under tilsvarende omstændigheder. Forskrifterne præciserer denne standard, idet der gælder en formodningsregel om at Arms Length prisen svarer til det tjenesteydende selskabs omkostninger ved at levere ydelsen. Den her anførte formodning gælder dog ikke hvis den leverede tjenesteydelse udgør en integreret del af det tjenesteydende selskabs virksomhed. I sådanne tilfælde skal prisen selv sagt udover dækning af omkostninger afspejle en passende fortjeneste til det tjenesteydende selskab.

Skattemyndighedernes forskrifter indeholder en særlig regulering af situationen hvor der ydes en accessorisk tjenesteydelse sammen med sammen med salg, udlejning eller på anden måde overdragelse af materielle eller immaterielle aktiver. Det foreskrives om denne hyppigt forekommende situation, at der ikke skal ske særskilt prissætning af tjenesteydel-

sen hvis den er snævert forbundet med, og af underordnet betydning i forhold til det leverede aktiv. Der vil eksempelvis således typisk ikke skulle ske særskilt prissætning ved sælgers demonstration og vejledning af køber, i forbindelse med købers ibrugtagning af det af sælger leverede produkt.

Hvis der derimod servicen overstiger et sådant rent accessorisk niveau vil der skulle ske særskilt prissætning af det overdragne materielle eller immaterielle aktiv efter de Transfer Pricing regler der er gældende for de respektive typer af ydelser.

7.3.2.9 Transfer Pricing metoder ved ydelse af lån

Det fastslås udtrykkeligt i skattemyndighedernes forskrifter, at der kan foretages Transfer Pricing korrektion ved et selskabs ydelse af lån til et andet koncernforbundet selskab hvis ikke lånet er ydet på Arms Length vilkår. Arms Length renten defineres som den rente der ville have være afkrævet for et tilsvarende lån under tilsvarende omstændigheder mellem uafhængige parter på tidspunktet for lånets ydelse.

Forskrifterne uddyber denne standard, blandt andet i henseende til tidspunktet for forretningsperiodens påbegyndelse, og i henseende til forretningsprocenten. Det fastslås således, at et lån, for at anses for ydet på Arms Length vilkår, skal forrentes fra tidspunktet for lånets ydelse. Som undtagelse hertil gælder, at der i sædvanlig forretningsmæssigt betonet koncernintern samhandel indrømmes en 3 mdr.'s rentefri periode. Ligeledes kan branchekutymere tilsige, at en rentefri periode indrømmes i koncernintern samhandel i samme omfang som tilsvarende samhandel mellem uafhængige parter.

Koncernforbundne parter kan i visse situationer yde lån indbyrdes uden at skattemyndighederne kan foretage Transfer Pricing korrektion, hvis lånet ydes til såkaldte "Safe Haven Interest Rates". "Safe Haven Interest Rates" foreligger hvis lånet ydes til en rente der ligger mellem 100% og 130% af den amerikanske forbundsbanks officielle rente "The Applicable Federal Rate" på tidspunktet for Lånets ydelse. Der gælder en række indskrænkninger i anvendelsen af reglerne om "Safe Haven Interest Rates". Af særlig relevans for

koncerner med et dansk moderselskab må fremhæves, at reglerne ikke findes anvendelse hvis det koncerninterne lån er ydet i en anden valuta end USD.

7.3.3 De danske Transfer Pricing regler

7.3.3.1 Retsgrundlag

Den grundlæggende hjemmel i dansk ret til foretagelse af Transfer Pricing korrektion, herunder i internationale transaktioner, er udtrykkeligt lovfæstet²¹¹.

De danske skattemyndigheder har med hjemmel i dette regelsæt, i lighed med de amerikanske skattemyndigheder, en vid adgang til at allokere og omfordele indkomst mellem koncernforbundne virksomheder²¹².

²¹¹ Hjemlen til foretagelse af Transfer Pricing korrektion udledes oprindeligt af den skatteretlige realitetsgrundsætning og af statsskattelovens §§ 4-6. Statsskattelovens §§ 4-6 fastslår at der skal ske beskatning af næringsindtægter, henholdsvis hjemler fradrag for driftsomkostninger. Disse bestemmelser er blevet fortolket således at der skal ske beskatning alle næringsindtægter, samtidig med at der kun gives fradrag for ægte driftsomkostninger. Herudover er der traditionelt udledt speciel hjemmel til beskatning af aktionærer, der begunstiges via samhandel med datterselskab efter reglerne om maskeret udlodning i LL § 16A. Med virkning fra 1. januar 1999 blev der, via en ændring af ligningslovens § 2, indført udtrykkelig generel hjemmel for skattemyndighederne til foretagelse af Transfer Pricing korrektion. Nært beslægtet med Transfer Pricing regelkomplekset er tillige den med virkning fra samme tidspunkt indførte renteafskæringsregel i selskabsskattelovens § 11. I henhold til denne bestemmelse begrænses danske selskabers fradrag for renteudgifter af gæld til koncernforbundne udenlandske selskaber (kontrolleret gæld), i tilfælde af tynd kapitalisering hos det danske beskatningssubjekt. Bestemmelsen er alene praktisk relevant hvor det tyndt kapitaliserede danske selskab er datterselskab af udenlandsk koncern, og vil således ikke blive gennemgået i denne rapport, der fokuserer på danske selskabers etablering af datterselskab i USA. Derimod vil de tilsvarende amerikanske regler om tynd kapitalisering (Earnings Stripping) være relevante for den danske koncern der etablerer datterselskab i USA. Se om disse regler ovenfor i afsnit 7.2 om kapitalisering af det danske datterselskab.

²¹² Ligningslovens § 2 har således følgende ordlyd: "Skattepligtige, der

- 1) kontrolleres af fysiske eller juridiske personer eller
- 2) kontrollerer juridiske personer eller
- 3) er koncernforbundet med en juridisk person eller
- 4) har et fast driftssted beliggende i udlandet eller
- 5) er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark,

skal ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst anvende priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med ovennævnte fysiske og juridiske personer og faste driftssteder (kontrollerede transaktioner) i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter.

Stk. 2. Ved kontrol forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder som nævnt i § 32, stk. 1, 2. og 3. pkt. i selskabsskatteloven, og § 16 H, stk. 1, 2.-5. pkt., dog således at der direkte eller indirekte skal ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne. Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer.

Reglerne der giver de danske skattemyndigheder adgang til at foretage Transfer Pricing korrektion (de materielle Transfer Pricing regler) suppleres af et regelsæt der foreskriver, at danske selskaber der indgår i internationale koncerner, til hver en tid skal kunne dokumentere at der handles på Arms Length vilkår (de formelle Transfer Pricing regler)²¹³.

Danske skatteydere er ikke, som amerikanske skatteydere, underlagt omvendt bevisbyrde. Det er således i udgangspunktet de danske skattemyndigheder der skal godtøre, at der ikke er handlet på Arms Length vilkår førend Transfer Pricing korrektion kan foretages. Dog må fremhæves, at de seneste års skærpelse af de materielle såvel som de formelle Transfer Pricing regler i betydelig grad har styrket skattemyndighedernes muligheder for at gennemføre Transfer Pricing korrektion²¹⁴.

Hovedtrækkene i de danske Transfer Pricing regler vil blive beskrevet i afsnit 7.3.3.2 og 7.3.3.3 straks nedenfor.

Stk. 3. En juridisk eller fysisk person anses for udenlandsk, hvis personen er hjemmehørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland, herunder efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Stk. 4. Ved ændringer i ansættelsen af den skattepligtige indkomst i henhold til stk. 1, kan den skattepligtige undgå yderligere følgeændringer (sekundære justeringer) ved at forpligte sig til betaling i overensstemmelse med de i stk. 1 anvendte priser og vilkår. 1. pkt. finder alene anvendelse for en kontrolleret transaktion omfattet af skattekontrollovens § 3 B, såfremt den pågældende udenlandske skattemyndighed foretager en beskatning, der er i overensstemmelse med de priser og vilkår, der er lagt til grund ved ansættelsen af den skattepligtige indkomst i henhold til stk. 1”.

²¹³ Hjemlen findes i skattekontrollovens § 3B, der trådte i kraft pr. 1. januar 1999, vedtaget ved lov nr. 131 af 25. februar. Samme lov henviser i bemærkningerne til OECD's Transfer Pricing Guideline, der således gælder som udfyldende retskilde i forbindelse med anvendelsen af skattekontrollovens § 3B.

²¹⁴ Med indførelsen af ligningslovens § 2 i dens nuværende udformning er det således udtrykkeligt fastslået at skattemyndighederne kan foretage Transfer Pricing regulering når blot det påvises, at der mellem to koncernforbundne parter ikke er handlet på Arms Length vilkår. Herved skærpes retsstillingen navnlig i henseende til skattemyndighedernes adgang til at foretage rentefiksering mellem interesseforbundne parter, i det det forinden ved højesteretsdommen Tfs 1998 199 H var blevet fastslået at tilsidesættelse af rentefrihed mellem interesseforbundne parter kun kunne foretages hvis det godtgøres, at aftalen om rentefrihed var indgået med henblik på omgåelse af skattelovgivningen. Se hertil Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, s. 360-361 og Henrik Gam m.fl., International Beskatning, 2000, s. 112. Også indførelsen af skattekontrollovens § 3B er udtryk for en betydelig skærpelse af Transfer Pricing lovgivningen. Før indførelsen af § 3B kunne skattemyndighederne ikke pålægge internationale koncerner at udlevere dokumentation for at der mellem koncernselskaberne er handlet på Arms Length vilkår. Se hertil Henrik Gam m.fl., International Beskatning, 2000, s. 105, der referer højesteretsdommen Tfs 1988 292 H, hvor det end ikke

7.3.3.2 Skattemyndighedernes retsmidler – Korrektionsadgang, dokumentationskrav

Såfremt det findes, at der i et koncernforhold ikke er handlet på Arms Length vilkår vil skattemyndighederne have hjemmel til at foretage indkomstkorrektion hos de i transaktionen involverede parter²¹⁵.

Skattemyndighedernes indkomstkorrektion består først og fremmest i en forhøjelse af det begunstigede koncernselskabs indkomst. Der tales her om primær korrektion. Skattemyndighederne foretager i konsekvens af indkomstforhøjelsen hos den begunstigede part en tilsvarende reduktion af indkomsten hos den anden part. Der tales her om korresponderende korrektion.

Parterne i den koncerninterne transaktion er ikke, som efter de amerikanske regler pålagt pligt til, at bringe koncerns indkomstforhold i overensstemmelse med skattemyndigheders korrektion (overensstemmende korrektion). Det begunstigende selskab (f.eks. det selskab der har leveret varer til det begunstigede koncernselskab til en pris lavere end Arms Length prisen) beskattes således, efter skattemyndighedernes foretagelse af den primære og den korresponderende korrektion af den indkomst som selskabet ville have haft hvis der var blevet handlet på Arms Length vilkår. Til gengæld reduceres det begunstigede selskabs skattepligtige indkomst som følge af den korresponderende korrektion. Det begunstigede selskab står således efter foretagelsen af den primære og den tilknyttede korresponderende korrektion tilbage med en ubeskattet berigelse.

En tilsidesættelse af de danske Transfer Pricing regler medfører ikke som en overtrædelse af de amerikanske Transfer Pricing regler bødestraf²¹⁶. De danske skattemyndigheder har derimod, i modsætning til de amerikanske skattemyndigheder hjemmel til at foretage såkaldt sekundær korrektion. Ved foretagelse af en sekundær korrektion forstås, at skatte-

bevismæssigt kom oliekoncernen BP til skade, at man nægtede at udlevere dokumentation for fastlæggelsen af de interne transfer priser.

²¹⁵ Hjemlen til indkomstkorrektion findes først og fremmest i ligningslovens § 2.

myndighederne forhøjer det begunstige selskabs indkomst med den berigelse selskabet har modtaget (f.eks. i form af at have købt varer til en pris lavere en Arms Length prisen). Sagt med andre ord forhøjes det begunstige selskabs indkomst med et beløb svarende til indkomstnedsættelsen som følge af den korresponderende korrektion.

Resultatet af den sekundære korrektion er således, at koncernens samlede indkomst forhøjes i forhold til situationen hvor man fra starten handlede til Arms Length priser internt, idet den samme indkomst beskattes hos det begunstige såvel som hos det begunstige selskab. De koncerninterne parter har dog mulighed for at undgå den sekundære korrektion, og den deraf følgende dobbeltbeskatning ved at forpligte sig til betaling i overensstemmelse med den af skattemyndighederne fastlagte Arms Length pris²¹⁷. Koncerner gives således mulighed for, og incitament til, at foretage en overensstemmende korrektion af de involverede koncernselskabers faktiske indkomst.

Reglerne der giver de danske skattemyndigheder adgang til at foretage Transfer Pricing korrektion suppleres af et regelsæt der foreskriver, at danske selskaber der indgår i internationale koncerner, er underlagt en omfattende pligt til at dokumentere ovenfor skattemyndighederne at de priser der handles til internt i koncernen er udtryk for Arms Length²¹⁸.

Det foreskrives således, at et dansk selskab, der indgår i internationale koncerner, i selvangivelsen skal afgive oplysninger om art og omfang af handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med udenlandske selskaber i koncernen. Hertil kommer, at et sådant selskab skal udfærdige og opbevare skriftlig dokumentation for, hvorledes priser og vilkår er fastsat for de kontrollerede transaktioner. Den skriftlige dokumentation skal på skat-

²¹⁶ Det anførte gælder selvsagt forudsat at overtrædelsen af Transfer Pricing reglerne ikke er af en sådan grov karakter, at der realiseres et bødeansvar efter de almindelige skattestrafferetlige regler.

²¹⁷ Jfr. således ligningslovens § 2 stk. 4. Adgangen for koncerner med koncernselskaber uden for Danmark til foretagelse af en sådan justering af deres indbyrdes transaktioner forudsætter, at også skattemyndighederne i det udenlandske koncernselskabs hjemland foretager beskatning på baggrund af de justerende Arms Length Priser.

²¹⁸ Hjemlen findes i skattekontrollovens § 3B, der trådte i kraft pr. 1. januar 1999, vedtaget ved lov nr. 131 af 25. februar 1998. Samme lov henviser i bemærkningerne til OECD's Transfer Pricing Guideline, der således gælder som udfyldende retskilde i forbindelse med anvendelsen af skattekontrollovens § 3B.

temyndighedens begæring forelægges denne, og skal være af en sådan art at den kan danne grundlag for en vurdering af om der er handlet på Arms Length vilkår.

Såfremt et selskab, der indgår i en international koncern, tilsidesætter den her beskrevne dokumentationspligt er skattemyndighederne tillagt ret til, skønsmæssigt, at ændre selskabets indkomstopgørelse, med henblik på at denne skal afspejle at der internt i koncernen anvendes transfer priser på Arms Length vilkår²¹⁹.

7.3.3.3 Transfer Pricing Metoder

I afsnit 7.3.2.2 ovenfor beskrives reglerne, der hjemler skattemyndighedernes adgang til at foretage indkomstkorrigeering, hvor der i en international koncern ikke er handlet på Arms Length vilkår (den materielle Transfer Pricing lovgivning), såvel som reglerne virksomhedernes pligt til at dokumentere, at der er handlet på Arms Length vilkår (den formelle Transfer Pricing lovgivning).

Hverken den beskrevne materielle eller den beskrevne formelle lovgivning foreskriver udtrykkeligt hvorledes den Arms Length standard der henvises til nærmere skal udfyldes²²⁰.

Bemærkningerne til lov nr. 131 af 25. februar 1998, der indføjede de ovenfor beskrevne formelle Transfer Pricing regler i skattekontrolloven, såvel som bemærkningerne til lov nr. 432 af 26. juni 1998, der indføjede de ovenfor beskrevne materielle Transfer Pricing regler i ligningsloven, refererer imidlertid udførligt OECD's Transfer Pricing Guideline, der opregner en række Transfer Pricing Metoder der må anses for acceptable i samhandel mellem medlemslandene. OECD's Transfer Pricing Guideline har således fået karakter af en dansk retskilde. De heri beskrevne Transfer Pricing metoder til udfindelse af Arms Length prisen, kan og skal således anvendes af de internationale koncerner som udgangs-

²¹⁹ Hjemlen findes i skattekontrollovens § 3B stk. 5, jfr. skattekontrollovens § 5 stk. 3.

²²⁰ Såvel ligningslovens § 2 som skattekontrollovens § 3B foreskriver således blot at koncerninterne parter skal handle på vilkår i overensstemmelse med hvad der kunne have været opnået hvis der havde været handlet mellem uafhængige parter.

punkt for deres dokumentation af at koncernintern samhandel sker på markedsvilkår. Ligeledes kan og skal skattemyndighederne anvende Transfer Pricing metoderne der beskrives i OECD's Transfer Pricing Guidelines som udgangspunkt for foretagelsen af Transfer Pricing korrektion²²¹.

OECD's Transfer Pricing Guidelines opstiller 5 hovedmetoder for prisfastsættelse. Metoderne kan principielt anvendes uanset om der er tale om køb af varer, tjenesteydelser eller likviditet(lån)²²².

De fem metoder er først og fremmest: 1) "The Comparable Uncontrolled Price (CUP)" Method, 2) "The Resale Price Method", og 3) "The Cost Plus Method". Disse tre metoder udgør til sammen de oprindelige transaktionsbaserede metoder. Metoderne er indarbejdet under inspiration af de amerikanske regler, idet USA har været foregangsland i indførelsen af den moderne Transfer Pricing lovgivning. De tre opregnede transaktionsbaserede metoder svarer således til de tilsvarende amerikanske, beskrevet ovenfor i afsnit 7.3.2.

Her til kommer 4) den profit baserede "Profit Split" metode der ligeledes svarer til den tilsvarende amerikanske metode beskrevet ovenfor i afsnit 7.3.2.

De to regelsæts veje skilles imidlertid med OECD's Transfer Pricing Guidelines afvisning af den anden anerkendte amerikanske profitbaserede metode – "Comparable Profits Method". Metoden anses ikke i OECD regi som et pålideligt udtryk for, at koncernintern samhandel sker på Arms Length vilkår. Dette skyldes at CPM metoden helt fjerner fokus fra den konkrete transaktion, hvis Arms Length pris det jo er hele formålet med Transfer Pricing reglerne at udfinde, og i stedet fokuserer på at sammenligne indtjeningen i den testede koncernforbundne virksomhed med indtjeningen i tilsvarende virksomheder. Se om den amerikanske CPM metode ovenfor i afsnit 7.3.2.

²²¹ Jfr. således Henrik Gam m.fl., International Beskatning, 2000, s. 96. Se endvidere for en udførlig beskrivelse af OECD's Transfer Pricing guidelines Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, s. 383-384, Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 3, 3. udgave, 2000, kap. 10, Ria Falk, Transfer Pricing, 1997.

I stedet for den forkastede CPM metode har OECD anbefalet 5) ”Transactional Net Margin” metoden (TNNM metoden). Ved TNNM metoden sammenlignes nøgletal der afspejler nettofortjenesten hos den testede koncernforbundne virksomhed i enkelttransaktioner med nøgletal der afspejler nettofortjenesten ved uafhængige sammenlignelige transaktioner. Da sammenlignelighedsanalysen både ved CPM metoden og TNNM metoden begge sker ved at sammenholde de sammenlignede virksomheders nøgletal for nettofortjenesten (generel nettofortjeneste, henholdsvis nettofortjenesten ved enkelttransaktioner), vil der i praksis ikke være stor forskel på anvendelsen af de to metoder²²³.

I lighed med de amerikanske skattemyndigheders forskrifter opstiller OECD’s Transfer Pricing Guidelines ikke en generel prioritering af de anvendelige Transfer Pricing metoder. Derimod foreskrives, som efter de amerikanske regler, at der i hvert enkelt tilfælde skal anvendes den metode som bedst og mest pålideligt udtrykker Arms Length. Den her anførte grundsætning benævnes også i OECD’s Transfer Pricing Guidelines ”The Best Method Rule”.

Den bedste metode vil i hvert enkelt tilfælde være den metode der understøttes af det mest komplette og præcise datamateriale, som reflekterer de mest sammenlignelige transaktioner, og som kræver den mindste grad af justeringer for at gøre transaktionerne sammenlignelige.

Anvendelsen af den bedste metode vil fra tid til anden resultere i, at der afdækkes sammenlignelige transaktioner mellem uafhængige parter til varierende priser. I sådanne situationer kan de forbundne selskabers transfer priser variere inden for prisintervallet mellem den højeste og den laveste udfundne pris. Også efter OECD’s Transfer Pricing Guidelines anerkendes et sådant ”Arms Length range”.

²²² I tillæg til beskrivelsen af de generelle Transfer Pricing metoder indeholder OECD’s Guidelines special rapporter om særlige brancher og funktioner og emneområder, så som den finansielle sektor, immaterielle rettigheder og serviceydelser.

²²³ Se hertil Henrik Gam m.fl., International Beskatning, 2000 s.102.

På samme måde som i de amerikanske regler anerkender OECD's Transfer Pricing Guidelines "Unspecified Methods" (andre metoder) der er det smidige element i opregningen af Transfer Pricing metoderne. Herved åbnes der mulighed for at den enkelte skatteydende koncern kan dokumentere, at ingen af de 5 øvrige metoder udmunder i sikre udtryk for Arms Length prisen, og at den valgte særlige metode er et mere sikkert udtryk for Arms Length prisen.

7.3.4 Afværgelse af dobbeltbeskatning

Såfremt der er grundlag for, at de amerikanske eller de danske skattemyndigheder i koncernintern samhandel mellem et dansk selskab og dets amerikanske datterselskab kan foretage Transfer Pricing korrektion efter det på gældende lands interne regler, som beskrevet i afsnit 7.3.2 og 7.3.3 ovenfor, er der betydelig risiko for, at der herved sker økonomisk dobbeltbeskatning, eller med andre ord, at den samme indkomst beskattes hos begge koncernselskaber.

Denne risiko for økonomisk dobbeltbeskatning opstår, idet de involverede koncernforbundne selskaber ikke er underlagt den samme skattemæssige jurisdiktion. Den skattemyndighed der måtte forhøje et koncernforbundet selskabs indkomst ved en primær korrektion kan således ikke uden videre ved korresponderende korrektion tilsvarende nedsætte den skattepligtige indkomst for koncernselskabet hjemmehørende i det andet land²²⁴.

Dobbeltbeskatning ved indkomstkorrektion af transaktioner mellem amerikanske og danske koncernforbundne selskaber søges imødegået i dobbeltbeskatningsoverenskomsten²²⁵

²²⁴ Som beskrevet ovenfor i afsnit 7.3.2 er der endvidere i USA, uafhængigt af om der foreligger et internationalt koncernforhold eller ej, risiko for at der opstår økonomisk dobbeltbeskatning i forbindelse med skattemyndighederne foretagelse af indkomstkorrektion, idet koncerninterne fravigelser af Arms Length princippet sanktioneres med bøde. Som beskrevet ovenfor i afsnit 7.3.3 er der endvidere i Danmark, uafhængigt af om der foreligger en internationalt koncernforhold eller ej, risiko for at der opstår økonomisk dobbeltbeskatning i forbindelse med skattemyndighederne foretagelse af indkomstkorrektion, idet koncerninterne fravigelser af Arms Length princippet kan sanktioneres ved foretagelse af en sekundær korrektion.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten fastslår, som beskrevet ovenfor i afsnit 4.3.4, at hvert af de to lande har ret til at foretage forhøjelse af en til landet skattepligtig virksomheds indkomstansættelse, og i konsekvens heraf dens skatteansættelse, hvis den pågældende virksomhed med en forbundet virksomhed har handlet på vilkår der er mindre gunstige for virksomheden end hvis der havde været handlet på markedsvilkår.

Hvis eksempelvis et dansk selskab har solgt varer til et amerikansk datterselskab til en pris der ligger under markedsprisen, tillader dobbeltbeskatningsoverenskomsten således, at de danske skattemyndigheder forhøjer det danske selskabs indkomst med den fortjeneste der kunne have været opnået hvis varen var blevet solgt til datterselskabet til markedspris.

Dobbeltbeskatningsoverenskomsten fastslår endvidere, at hvis et lands foretagelse af en sådan regulering af et selskabs indkomst indebærer, at der sker beskatning af den samme indkomst, dels hos virksomheden, dels hos den forbundne virksomhed (der beskattes af det andet land), skal de to kontraherende lande søge at opnå enighed om hvorledes denne økonomiske dobbeltbeskatning skal undgås.

Hvis eksempelvis det ovennævnte selskabs amerikanske datterselskab videresælger varen på markedsmæssige vilkår realiseres herved en skattepligtig fortjeneste der er tilsvarende større end hvis datterselskabet havde købt varen til markedspris. Den samme fortjeneste beskattes således både hos selskabet og hos datterselskabet.

Da dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke klart foreskriver hvordan en sådan økonomisk dobbeltbeskatning skal afværges risikerer en koncern, der har fået foretaget en sådan indkomstregulering let at blive taget som gidsel i tilfælde af uenighed mellem de amerikanske og de danske skattemyndigheder, der hver især har en åbenbar interesse i, og i praksis med stor ildhu forfølger beskyttelsen af eget beskatningsgrundlag.

²²⁵ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 9 og ovenfor i afsnit 4.3.4.

Dobbeltbeskatning må således søges undgået ved omhyggelig planlægning af afregningspriserne i den koncerninterne samhandel.

Som et led i denne planlægning bør det således ved analyse af de amerikanske såvel som de danske skattemyndigheders praksis sikres, at de valgte afregningspriser efter amerikansk som dansk ret accepteres som acceptable udtryk for Arms Length. Ligeledes bør de to landes respektive regler om tilvejebringelse af dokumentation for, at de anvendte afregningspriser er udtryk for Arms Length selvsagt til hver en tid nøje iagttages.

Det fremgår af det ovenfor under 7.3.2 og 7.3.3 anførte, at der i vidt omfang er sammenfald mellem de Transfer Pricing metoder der anerkendes i Danmark, respektive i USA. Denne omstændighed må imidlertid ikke foranledige den danske koncern med datterselskab i USA til at tro, at de danske myndigheders godkendelse af de anvendte koncerninterne samhandelspriser som udtryk for Arms Length uden videre indebærer, at de anvendte samhandelspriser anerkendes som udtryk for Arms Length efter amerikansk ret. Dette selv om den anvendte Transfer Pricing metode anerkendes efter begge landes ret. Dette skyldes at såvel de i USA som de i Danmark anerkendte Transfer Pricing metoder, som beskrevet ovenfor i afsnit 7.3.2 og 7.3.3, er bredt beskrevne principper der forudsætter en konkret udfyldning som er undergivet en individuel fortolkning²²⁶. Også i situationen hvor de anvendte samhandelspriser er fastsat under anvendelse af en Transfer Pricing metode, der anerkendes af såvel de amerikanske som de danske skattemyndigheder er det således påkrævet med en nøje analyse af begge landes skattemyndigheders praksis.

Såvel efter amerikansk som efter dansk ret er der i et vist omfang mulighed for at opnå et forudgående tilsagn fra skattemyndighederne om, at de anvendte koncerninterne samhandelspriser anses som udtryk for Arms Length. Det må i forbindelse med planlægningen af koncernens interne afregningspriser overvejes i hvilket omfang det konkret må anses for muligt og hensigtsmæssigt at indhente en sådan forhåndsgodkendelse fra myndighederne²²⁷.

²²⁶ Se hertil Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 3, 3. udgave, 2000, s. 335.

²²⁷ I amerikansk ret hjemles således mulighed for at indgå en såkaldt Advance Pricing Agreement med skattemyndighederne. Se om APA proceduren Marc M. Levey m.fl., US Taxation of Foreign Controlled Busi-

7.4 Principper for drift af filial, og for deltagelse i Partnerships (transparente enheder)

Som nævnt ovenfor i afsnit 7.1 hviler de ovenfor i afsnit 7.2 og 7.3 beskrevne principper for drift af datterselskab på den omstændighed, at moderselskabet og datterselskabet er adskilte juridiske personer.

Hvis et dansk selskab vælger at foretage etablering i USA ved at oprette en filial eller ved at indtræde som deltager i et amerikansk Partnership (interessentskab, kommanditselskab mv.) er der derimod ikke, hverken efter amerikansk eller dansk ret etableret en fra det danske selskab adskilt juridisk enhed.

For en umiddelbar betragtning vil efterlevelsen af de ovenfor i afsnit 7.2 og 7.3 beskrevne principper således være overflødige, idet dispositioner foretaget indenfor samme juridiske enhed efter almindelige juridiske principper er skattemyndighederne uvedkommende. Dette er da også det principielle og historiske udgangspunkt.

I overensstemmelse med dette udgangspunkt gælder at det danske selskab uden videre vil kunne få fradrag i sin danske indkomst for driftstilskud ydet til filialens drift, idet filialens virksomhed anses for en integreret del af selskabets øvrige virksomhed²²⁸.

Efter det principielle og historiske udgangspunkt burde tillige Transfer Pricing reglerne, som beskrevet ovenfor i afsnit 7.3 samt reglerne om tynd kapitalisering (Earnings Stripping), som beskrevet ovenfor i afsnit 7.2.3, være uvedkommende i forholdet mellem et selskab og dets filial. Dette idet den forskydning af indkomst, der måtte ske ved samhan-

nesses, 1998, s. 7-122 – 7-132. Indgåelse af APA agreements er en langvarig proces, er omkostningskrævende, (både i gebyrer til skattemyndighederne, og i sælærer til rådgiverne, og vil af disse årsager sædvanligvis navnlig være relevant for koncerner af en betydelig størrelse. I dansk ret vil den almindelige hjemmel til indhentelse af bindende forhåndsbesked i skattestyrelseslovens § 20A i princippet kunne anvendes. Bestemmelsen har dog ikke hidtil været anvendt til dette formål. Se hertil Henrik Gam m.fl., International beskatning, 2000, s. 111.

²²⁸ Diskussionen i afsnit 7.2.4 om det danske moderselskabs ydelse af driftstilskud til sit amerikanske datterselskab er således ikke relevant i forholdet mellem det danske selskab og dets amerikanske filial.

del, der afviger fra markedsvilkår, eller ved at pålægge filialen en uforholdsmæssigt stor rentebyrde, alene er en forskydning af indkomst internt i samme juridiske enhed.

Da imidlertid, som beskrevet i afsnit 7.1, et væsentligt formål med Transfer Pricing reglerne og reglerne om tynd kapitalisering er at sikre, at USAs henholdsvis Danmarks beskatningsgrundlag ikke udhules er disse regelsæts anvendelsesområde udstrakt til også at gælde forholdet mellem selskab og filial.

Det danske selskab kan således ikke vilkårligt eliminere en amerikansk skattebetaling ved at pålægge filialen en uforholdsmæssig rentebyrde²²⁹.

Det danske selskab kan tillige ikke vilkårligt eliminere en amerikansk skattebetaling ved at pålægge filialen afregningspriser der afviger fra markedsvilkår²³⁰.

²²⁹ De amerikanske regler om tynd kapitalisering af datterselskaber finder ikke anvendelse direkte. Reglen om beskæring af rentefradragsret for filialer findes i Reg. § 1.882-5 hvoraf fremgår at et udenlandsk selskabs amerikanske filial ikke kan få rentefradragsret for et beløb der er større end filialens forholdsmæssige andel af selskabets globale renteudgifter. Bestemmelsen indebærer et betydeligt administrativt arbejde for at udenlandske selskaber i forbindelse med indleveringen af skatteregnskabet for deres amerikanske filialer. Se om bestemmelsen Marc M. Levey m.fl., *US Taxation of Foreign Controlled Businesses*, 1998, s. 2-62 – 2-74.

²³⁰ Den almindelige hjemmel til foretagelse af Transfer Pricing korrektion, såvel i amerikansk som dansk ret, omfatter tillige samhandel mellem et selskab og dets udenlandske filialer. Se hertil IRC section 482, samt ligningslovens § 2.

8 Sambeskatning

8.1 Indledning

Ovenfor i afsnit 5 blev beskrevet de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af datterselskab i USA, der umiddelbart følger af den omstændighed at et moderselskab og dets datterselskab efter reglerne om subjektiv skattepligt, som beskrevet ovenfor i afsnit 3 udgør to selvstændige beskatningsenheder.

Den omstændighed at moder- og datterselskab udgør to selvstændige beskatningsenheder indebærer, at der som udgangspunkt er vandtætte skodder mellem de to selskabers indkomst. En indkomst optjent i det ene selskab vil således som udgangspunkt ikke influere på skattebetalingen i det andet selskab.

Dette udgangspunkt modificeres efter såvel amerikansk som dansk ret af regler om sambeskatning af moderselskaber og datterselskaber.

Ved sambeskatning forstås pr. definition at et datterselskabs indkomst inddrages ved opgørelsen af et moderselskabs skattebetaling. Reglerne om sambeskatning påvirker således i udgangspunktet ikke datterselskabets skattebetaling, men alene moderselskabets. Da sigtet med denne rapport er at beskrive de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af datterselskab i USA, er det relevante regelsæt således de danske regler om sambeskatning. En eventuel sambeskatning af indkomst optjent i det danske moderselskab og det amerikanske datterselskab vil således ske via en indregning af datterselskabets indkomst i moderselskabets skattebetaling til Danmark efter de i selskabsskatte-loven indeholdte regler herom.

Begrebet sambeskatning dækker for det første over regelsættet om ”frivillig sambeskatning”. Dette regelsæt er i sin grundsubstans udtryk for en lempelse af koncernbeskatningen, i forhold til hvad der ville følge af de almindelige regler om subjektiv skattepligt. Dette idet moderselskabet ved at lade sig sambeskatte med dets datterselskaber opnår mu-

lighed for at fradrage driftsudgifter og underskud oparbejdet i datterselskabet, som ellers ville være moderselskabet uvedkommende²³¹. Reglerne om frivillig sambeskatning vil blive beskevet straks nedenfor i afsnit 8.2.

Begrebet sambeskatning dækker tillige over regelsættet om ”tvungen sambeskatning”. Dette regelsæt er et udtryk for en skærpelse af koncernbeskatningen i forhold til hvad der ville følge af de almindelige regler om subjektiv skattepligt. Reglerne, der har til formål at beskytte det danske beskatningsgrundlag, forskriver således, at danske moderselskaber i visse situationer har pligt til at lade sig sambeskatte med udenlandske datterselskaber. Herved dæmmes op for danske moderselskabers mulighed for at udskyde beskatning af koncernindkomst optjent af datterselskaber i lande med lav beskatning²³². Reglerne om tvungen sambeskatning vil blive beskrevet neden for i afsnit 8.3.

8.2 Frivillig sambeskatning

Et dansk moderselskab har ofte mulighed for at lade sig sambeskatte med sit amerikanske datterselskab efter selskabsskattelovens regler om frivillig sambeskatning²³³.

De væsentligste betingelser, der skal opfyldes for at opnå tilladelse hertil, er at datterselskabet skal være 100% ejet, og at selskaberne skal have samme regnskabsår²³⁴.

²³¹ Se hertil ovenfor afsnit 7.2.4.

²³² Uden reglerne om tvungen sambeskatning, og de særlige regler i selskabsskattelovens § 13 stk. 1 nr. 2, 3. pkt. der hindrer hjemtagelse af skattefrit udbytte fra visse datterselskaber i lavskattelande ville moderselskabet således kunne udskyde dansk beskatning af datterselskabsindkomsten indtil selskabets aktionærer måtte få denne udloddet som udbytte.

²³³ Reglerne herom findes i Selskabsskattelovens § 31. Tilladelse til sambeskatning skal herefter meddeles af Ligningsrådet. I ligningsrådets administrative praksis er opstillet en række vilkår for tilladelse udover de i loven udtrykkeligt opregnede. Ligningsrådets praksis beskrives i det til enhver til gældende sambeskatningscirkulære. Se for en beskrivelse fx. Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, s. 320 - 325. Se endvidere Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 2, 3. udgave, 2000, s. 356 – 362 og Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 3, 3. udgave, 2000, s. 304 – 312.

²³⁴ Bestemmelsen om 100% ejerskab modificeres i det omfang der foreligger lovkrav om lokale aktionærer i det pågældende udenlandske datterselskabs hjemland USA opstiller ikke sådanne lovkrav. Betingelsen om ens regnskabsår i moder- og datterselskab modificeres i i regnskabsårene for datterselskabets stiftelse eller likvidation.

Ved at lade sig sambeskatte med datterselskabet, vil moderselskabet kunne fradrage underskud oparbejdet i datterselskabet, efter sambeskatningens indtræden. Såfremt det forventes, at datterselskabet efter etableringen giver underskud i en årrække, er det således relevant for moderselskabet at overveje at ansøge om tilladelse til en sådan sambeskatning.

Det må understreges, at den herved opnåede reduktion af moderselskabets skat er en skatteudskydelse, og ikke en skattebesparelse. Moderselskabet genbeskattes således af fratrukket underskud hos datterselskabet. Denne genbeskatning sker enten i takt med at Moderselskabet skatteansættes af senere opståede overskud i datterselskabet, eller i forbindelse med et begæret ophør af sambeskatningen, for så vidt der på dette tidspunkt foreligger fratrukket underskud der ikke er genbeskattet af tidligere års overskud²³⁵.

Overskud i datterselskabet beskattes, hvis sambeskatning vælges, i moderselskabet med den sædvanlige danske selskabsskatteprocent, altså 32%.

Der gives dog, i den for moderselskabet beregnede skat af Datterselskabets overskud, moderselskabet fradrag (credit-lempelse) for skat, som datterselskabet har betalt til USA af overskuddet²³⁶. Moderselskabet vil således kun ifalde skat af datterselskabets overskud, idet omfang den danske beskatning af overskuddet er højere end den amerikanske beskatning.

Hvis den danske beskatning af overskuddet ville være højere end den amerikanske, såfremt overskuddet var optjent i Danmark, foretages således supplerende beskatning indtil en samlet beskatning svarende til det danske beskatningsniveau indtræder. Sambeskatning bevirker i denne situation, at koncernens indkomst underlægges en højere samlet beskatning end hvis Moderselskabet ikke havde begæret selskaberne sambeskattet.

²³⁵ Jfr. således ligningslovens § 33E.

²³⁶ Jfr. således ligningslovens § 33 stk. 6.

Et dansk selskab, der har valgt at lade sig sambeskatte med dets amerikanske datterselskab opnår således (så længe sambeskatningen består) en skattemæssig retsstilling omtrent som havde man etableret en filial²³⁷.

Hvis den amerikanske beskatning af overskuddet i Datterselskabet generelt kunne fastslås at være højere end den danske beskatning af et sådant overskud ville der risikofrit kunne vælges sambeskatning, idet der ikke i denne situation ville udløses supplerende beskatning.

Den amerikanske selskabsbeskatning er progressivt stigende i takt med stigningen i selskabets indtjening. Indkomst under 50.000,00 \$ beskattes således med 15%, indkomst mellem \$50.000,00 og \$75.000,00 beskattes således med 25%, hvorimod indkomst over \$75.000,00 beskattes med 35%²³⁸.

Henset til den progressive amerikanske selskabsbeskatning, der starter på et lavere niveau end den danske beskatning på 32%, og slutter på et niveau der er højere end den danske beskatning, og henset til forskelle i danske og amerikanske fradragregler, kræver det således på en nøje konkret vurdering af Datterselskabets forventede indtjening og fradragmuligheder, at fastslå hvilket lands beskatning der må forventes at være den højeste.

Tilsvarende beror det på en nøje konkret vurdering af disse forhold, såvel som af Moderselskabets konkrete skattemæssige situation, om Moderselskabet bør søge om tilladelse til sambeskatning eller ej.

Som en generel tommelfingerregel kan det dog fastslås, at sambeskatning vil være fordelagtigt hvis der foreligger en begrundet forventning om, at Datterselskabet vil give underskud i en årrække. Når datterselskabet begynder at give overskud kan koncernen her-

²³⁷ Se om beskatningen af filialer ovenfor i afsnit 6.7.

²³⁸ Jfr. IRC section 11. I tillæg til de føderale skatter betales som tidligere nævnt ofte tillige, og i varierende grad statslig selskabsskat.

efter lade datterselskabet udtræde af sambeskatningen efter, at der er sket genbeskatning af det opsparede underskud²³⁹.

8.3 Tvungen Sambeskatning

Danske moderselskaber pålægges under visse omstændigheder tvungen sambeskatning med disses udenlandske datterselskaber efter selskabsskattelovens regler om tvungen sambeskatning²⁴⁰.

Dobbeltbeskatning pålægges når følgende betingelser foreligger: 1) Det danske selskab ejer, direkte eller indirekte mere end 25% af aktiekapitalen i det udenlandske datterselskab eller alternativt, direkte eller indirekte, ejer mere end 50% af stemmerne i datterselskabet; 2) datterselskabets virksomhed i væsentlig grad er af finansiel karakter; 3) datterselskabets afkast beskattes i væsentlig grad lavere end efter danske regler.

Overskud i datterselskabet beskattes, når betingelserne for pålæggelse af tvungen sambeskatning er opfyldt, i moderselskabet med den sædvanlige danske selskabsskatteprocent, altså 32%. Den pligtige danske skat lempes med den til udlandet betalte skat efter credit metoden på samme måde som ved frivillig sambeskatning som beskrevet ovenfor i afsnit 8.2²⁴¹.

Underskud oparbejdet i datterselskabet kan ikke efter reglerne om tvungen sambeskatning fradrages i den for moderselskabet pligtige skat, men vil alene kunne fremføres til fradrag i senere års skattepligtige indkomst²⁴². Hvis betingelserne for opnåelse af tilladel-

²³⁹ Opmærksomheden skal henledes på, at tilladelse til fornyet sambeskatning sædvanligvis ikke gives for så vidt datterselskaber der een gang er udtrådt af sambeskatning. Dette forhold bør selvsagt inddrages i overvejelserne om anvendelse af reglerne om frivillig sambeskatning.

²⁴⁰ Reglerne herom findes i Selskabsskattelovens § 32. Se fx. Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, s. 325 - 327. Se endvidere Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl., Skatteretten 2, 2000, s. 356 - 362 og Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl., Skatteretten 3, 2000, s. 317 - 324.

²⁴¹ Hjemlen til indrømmelse af credit lempelse er som ved frivillig sambeskatning ligningslovens § 33 stk.

6.

²⁴² Jfr. således selskabsskattelovens § 32 stk. 5.

se til frivillig sambeskatning samtidig er opfyldt vil fuld fradragsret dog kunne opnås ved at ansøge om tilladelse til at anvende dette regelsæt i stedet²⁴³.

Formålet med reglerne om tvungen sambeskatning er at beskytte det danske beskatningsgrundlag mod udvanding ved at danske selskaber henlægger deres finansielle aktiviteter²⁴⁴ til datterselskaber i lavskattelande, og således på ubestemt tid udskyder dansk beskatning heraf²⁴⁵.

Det antages i den juridiske teori, at der ved lavskattelande i selskabsskattelovens forstand forstås lande med en selskabsskatteprocent på ca. 24% eller derunder²⁴⁶. Det antages, at der i vurderingen om et land anses for et lavskatteland skal tages hensyn til landets generelle beskatningsniveau såvel som til den skat som selskabets indkomst konkret vil blive pålagt²⁴⁷.

Henset til at amerikanske selskabers indkomst beskattes ned til 15% kan det ikke udelukkes at reglerne om tvungen sambeskatning vil kunne finde anvendelse for moderselskaber med datterselskab i USA. Opmærksomheden skal dog henledes på at den føderale amerikanske marginale selskabsbeskatning allerede ved en indkomst på \$ 75.000 overstiger den danske²⁴⁸. Henset til at også datterselskabets hjemlands generelle selskabsbeskatningsniveau indgår i vurderingen taler meget således for at USA ikke anses for et lavskatteland i selskabsskattelovens forstand.

Idet omfang USA måtte anses for et lavskatteland for selskaber med små indkomster, vil reglerne om tvungen sambeskatning dog, grundet den lave beløbsgrænse for indtræden af

²⁴³ Jfr. således selskabsskattelovens § 32 stk. 11.

²⁴⁴ Indtægter ved finansielle aktiviteter kan for eksempel være renter, udbytter, kursgevinster, indtægter ved finansiell leasing samt royalties. Grunden til, at man fra lovgivers side har valgt at opstille regler om tvungen sambeskatning særligt ved finansielle aktiviteter er, at sådanne aktiviteter er lette at flytte, og således i særlig grad er mål for placering i lande med særligt gunstige skatteregler.

²⁴⁵ Uden reglerne om tvungen sambeskatning, og de særlige regler i selskabsskattelovens § 13 stk. 1 nr. 2, 3. pkt. der hindrer hjemtagelse af skattefrit udbytte fra visse datterselskaber i lavskattelande ville moderselskabet således kunne udskyde dansk beskatning af datterselskabsindkomsten indtil selskabets aktionærer måtte få denne udloddet som udbytte.

²⁴⁶ Se hertil Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, s. 326.

²⁴⁷ Se hertil Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 3, 3. udgave, 2000, s. 320.

²⁴⁸ I tillæg her til kommer, alt efter selskabets hjemstedsstat, statslige selskabsskatter.

marginalbeskatning højere end den danske selskabsskatning, kun have begrænset praktisk betydning.

9 Beskatning af udbytte

9.1 Indledning

I dette afsnit beskrives de amerikanske og danske regler om beskatning af det udbytte som det danske moderselskab løbende måtte hjemtage af indkomst fra det amerikanske datterselskab.

Ovenfor i afsnit 5 blev beskrevet de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af datterselskab i USA, der umiddelbart følger af den omstændighed at et moderselskab og dets datterselskab efter reglerne om subjektiv skattepligt, som beskrevet ovenfor i afsnit 3 udgør to selvstændige beskatningsenheder. Beskatningen af den indkomst der løbende optjenes i koncernen via datterselskabets virksomhed i USA efter disse sædvanlige principper suppleres af de danske regler om sambeskatning af koncernselskaber beskrevet ovenfor i afsnit 8.

I det omfang det danske moderselskab beskattes af udbytte når det hjemtages fra det amerikanske datterselskab sker der en yderligere beskatning af den i datterselskabet løbende optjente indkomst, der allerede en gang er blevet beskattet efter de ovenfor beskrevne regler. De amerikanske og danske regler om beskatning i tilfælde af udlodning af udbytte påvirker således også de skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af virksomhed i USA ved stiftelse af datterselskab, og vil således blive beskrevet i afsnit 9.2 til 9.4 nedenfor.

Med henblik på at hindre omgåelse af de amerikanske udbyttebeskatningsregler, og for herved at beskytte det amerikanske beskatningsgrundlag gælder i amerikansk ret særlige såkaldte filialbeskatningsregler ("Branch Profits" Tax). "Branch Profits" skatten, pålægger udenlandske selskaber som driver virksomhed i USA via en filial, eller via deltagelse i en skattemæssigt transparent forretningsenhed en beskatning svarende til den for selskaber gældende udbyttebeskatning. Herved tilstræbes, at udenlandske selskaber stilles skattemæssigt ens, hvad en disses virksomhed i USA drives via et datterselskab, eller via en

skattemæssigt transparent forretningsenhed. Reglerne om "Branch Profits" beskatning vil kort blive beskrevet nedenfor i afsnit 9.5.

9.2 Beskatning efter amerikansk ret

Udlodning af udbytte fra amerikanske datterselskaber til udenlandske moderselskaber kildebeskattes efter de interne amerikanske regler generelt med en bruttoskat på 30%²⁴⁹. Beskatningen sker efter de særlige regler om begrænset skattepligt af passiv investeringsindkomst, der gælder idet omfang aktierne ikke besiddes som led i (er "Effectively Connected" med) det danske selskabs direkte udøvelse af erhvervsvirksomhed i USA (for eksempel besiddes som led i selskabets deltagelse i et Partnership. Se herom ovenfor i afsnit 3.2.2.

USAs ret til at foretage en sådan kildebeskatning hos et dansk selskab er dog begrænset af dobbeltbeskatningsoverenskomstens regler, i henhold til hvilke USAs ret til at foretage kildebeskatning af udbytter er begrænset. Se herom nedenfor i afsnit 9.4.

9.3 Beskatning efter dansk ret

Et dansk selskabs modtagelse af udbytte fra udenlandske datterselskaber vil som udgangspunkt ikke være underlagt beskatning i Danmark, da udbyttebetalinger fra almindelige salgs- og driftsdatterselskaber til disse moderselskaber generelt er skattefrie²⁵⁰.

For at være omfattet af reglerne om ret til modtagelse af skattefrit udbytte fra udenlandske selskaber (selskaber af aktie- eller anpartsselskabstypen) skal følgende tre betingelser være opfyldt: 1) Moderselskabet 1) skal have ejet mindst 25% af aktierne i det udenlandske selskab; 2) aktierne skal på udlodningstidspunktet have været ejet i mindst et år; 3) datterselskabet må ikke være omfattet af de særlige regler om aktieavancebeskatning af

²⁴⁹ Jfr. således IRC § 881(a).

²⁵⁰ Jfr. således selskabsskattelovens § 13.

aktier i selskaber i lavskattelände, der i væsentlig grad driver virksomhed af finansiel karakter²⁵¹.

Henset til at amerikanske selskabers indkomst beskattes ned til 15% kan det, som nævnt ovenfor i afsnit 8.3 ikke udelukkes, at de særlige regler om beskatning af selskaber med hjemsted i lavskattelände vil kunne finde anvendelse for moderselskaber med datterselskab i USA. Opmærksomheden skal dog henledes på at den føderale amerikanske selskabsskat allerede ved en indkomst på \$ 75.000 overstiger den danske²⁵². Henset til at også datterselskabets hjemlands generelle beskatningsniveau indgår i vurderingen taler meget således for at USA ikke anses for et lavskatteland i selskabsskattelovens forstand.

Idet omfang USA måtte anses for et lavskatteland for selskaber med små indkomster, vil de særlige regler beskatning af finansielle datterselskaber i lavskattelände dog, grundet den lave beløbsgrænse for indtræden af marginalbeskatning højere end den danske selskabsskatning, kun have begrænset praktisk betydning.

Det må således i hvert fald fastslås, at et dansk selskab med datterselskab i USA som alt-overvejende praktiske ikke vil være skattepligtigt af udbytte hjemtaget fra det amerikanske datterselskab.

²⁵¹ Reglerne findes i aktieavancebeskatningslovens § 2a. Den af bestemmelsen potentielle omfattede kreds af aktier, aktier i selskaber i lavskattelände der i væsentlig grad driver virksomhed af finansiel karakter afgrænses på samme måde som kredsen af selskaber der er undergivet tvungen sambeskatning, jfr. selskabsskattelovens § 32. De særlige regler om beskatning af selskaber i lavskattelände, som driver finansiel virksomhed skal fortolkes i indbyrdes sammenhæng. Formålet med regelsættene er at beskytte det danske beskatningsgrundlag mod danske selskabers henlæggelse af finansielle aktiviteter til lavskattelände. Fra tidspunktet hvor selskaberne falder ind under reglerne om tvungen sambeskatning i selskabsskattelovens § 32 varetages hensynet til beskyttelse af beskatningsgrundlaget herved. De særlige regler om aktieavancebeskatning ved salg af aktier i sådanne selskaber i aktieavancebeskatningslovens § 2a, og derved også reglerne om beskatning af udbytte udloddet i sådanne selskaber jfr. selskabsskattelovens § 13 stk. 1 nr. 2 sidste pkt. finder således ikke anvendelse hvis det selskab der har udstedt aktierne uafbrudt siden aktiernes erhvervelse eller i en sammenhængende periode på mindst 3 år forud for afståelsen har været tvunget sambeskattet med det danske moderselskab, jfr. således aktieavancebeskatningslovens § 2a stk. 6.

²⁵² I tillæg her til kommer, alt efter selskabets hjemstedsstat, statslige selskabsskatter.

9.4 Dobbeltbeskatningsoverenskomstens beskatningsbegrænsende effekt

Som nævnt ovenfor i afsnit 4 foreskriver dobbeltbeskatningsoverenskomsten, at det land, hvori et selskab er beliggende har ret til at foretage kildelandsbeskatning af udbytte udbetalt til en aktionær med skattemæssigt hjemsted i det andet land²⁵³.

Beskatningsretten er dog begrænset således, at kildelandet kun må beskatte udbyttet med indtil 5% hvis udbyttedtageren er et selskab der ejer mindst 10% af aktiekapitalen i det selskab der udbetaler udbyttet.

Hvis udbyttedtageren ikke er et selskab der ejer mindst 10% af aktiekapitalen i det udbytteudbetalende selskab må kildelandet beskattes med indtil 15%.

Hjemstedsstaten har ret til at foretage supplerende beskatning mod ydelse af creditlempelse.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet beskatningen maksimalt samlet kan beskattes med den ovennævnte procentsats; eller alternativt, hvis denne procentsats er højere, med en procentsats svarende til hjemstedsstatens beskatningsniveau for en sådan indkomst.

Det danske selskab vil efter intern amerikansk ret være skattepligtigt af udbytte hjemtaget fra dets amerikanske datterselskab med 30%

Forudsat det danske selskab har ejet mindst 25% af aktierne i det amerikanske selskab i mere end et år, og således efter dansk ret vil have ret til at hjemtage skattefrit udbytte²⁵⁴, vil udlodning til det danske selskab herfra således kun blive beskattet med 5%.

²⁵³ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 10.

²⁵⁴ Forudsat selskabet ikke er omfattet af de særlige regler om beskatning af finansselskaber i finansielle lavskattelande.

9.5 De amerikanske regler om filialbeskatning (Branch Profits Tax)

Som nævnt i afsnit 9.1 gælder der, for at hindre omgåelse af de amerikanske udbyttebeskatningsregler, og for herved at beskytte det amerikanske beskatningsgrundlag efter amerikansk ret, særlige såkaldte filialbeskatningsregler, den såkaldte "Branch Profits" skat²⁵⁵.

"Branch Profits" skatten, pålægger udenlandske selskaber, som driver virksomhed i USA via en filial, eller via deltagelse i en skattemæssigt transparent forretningsenhed en beskatning svarende til den for selskaber gældende udbyttebeskatning. Herved tilstræbes, at udenlandske selskaber stilles skattemæssigt ens, hvad enten disses virksomhed i USA drives via et datterselskab, eller via en skattemæssigt transparent forretningsenhed.

"Branch Profits" skatten beregnes i udgangspunktet med en bruttoskat på 30% af den transparente forretningsenheds overskud²⁵⁶ efter skat ("The Dividend Equivalent amount").

Herved opnås samme skattemæssige retsstilling som hvis et udenlandsk selskabs amerikanske datterselskab hvert år udlodder hele det optjente overskud til moderselskabet.

Et udenlandsk moderselskab har selvsagt mulighed for at udskyde udbyttebeskatningen ved at vente med at hjemtage udbytte.

Da Branch Profits beskatningen tilstræber at ligestille et udenlandsk selskabs drift af virksomhed i USA via en transparent enhed med et udenlandsk selskabs drift af virksomhed i USA via et datterselskab hjemles transparente enheder tilsvarende mulighed for at udskyde "Branch Profits" skatten indtil overskuddet hjemtages. "Branch Profits" beskat-

²⁵⁵ Jfr. således IRC section 884(a)

²⁵⁶ Da det udenlandske selskab via den transparente forretningsenhed driver aktiv erhvervsvirksomhed ("Income effectively connected with a trade or business within the United States") beskattes denne indkomst på samme måde som indkomst optjent af et amerikansk selskab, jfr. således IRC section 882(a). Se herom f.eks. Paul R. McDaniel and Hugh J. Ault, "Introduction to United States International Taxation", Fourth revised edition, 1998, s. 69 – 72.

ningen kan således undgås ved at det hvert år overfor skattemyndighederne dokumenteres at overskuddet geninvesteres (beholdes) i den transparente forretningsenhed.

Resultatet er således her, som i de fleste øvrige henseender, at amerikanske datterselskaber og transparente forretningsenheder beskattes tilnærmelsesvis ens. I praksis vil drift af filialer og andre transparente forretningsenheder dog også på dette punkt være forbundet med en større grad af retsikkerhed, og et større omfang af administration.

USAs ret til at opkræve "Branch Profits" skat er i dobbeltbeskatningsoverenskomsten begrænset til 5 %.²⁵⁷. Et dansk selskab der driver virksomhed i USA via en transparent forretningsenhed "Branch Profits" beskattes således omtrent svarende til den udbyttebeskatning det ville have været pålagt, hvis det havde drevet virksomhed i USA via et amerikansk datterselskab, der har været ejet med mindst 25% af aktierne i mere end et år, og som ikke er underlagt den særlige beskatning af finansielle datterselskaber i lavskattelande. Se hertil ovenfor i afsnit 9.4

10 Likvidationsbeskatning

10.1 Indledning

I dette afsnit beskrives kort de amerikanske og danske regler om beskatning i tilfælde af likvidation af det danske selskabs amerikanske datterselskab.

Ovenfor i afsnit 5 blev beskrevet de grundlæggende skattemæssige konsekvenser af et dansk selskabs etablering af datterselskab i USA, der umiddelbart følger af den omstændighed at et moderselskab og dets datterselskab efter reglerne om subjektiv skattepligt, som beskrevet ovenfor i afsnit 3 udgør to selvstændige beskatningsenheder. Beskatningen af den indkomst der løbende optjenes i koncernen via datterselskabets virksomhed i USA efter disse sædvanlige principper suppleres af de danske regler om sambeskatning af kon-

²⁵⁷ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 10 stk. 9.

cernselskaber beskrevet ovenfor i afsnit 8, såvel som af reglerne om beskatning af hjemtaget udbytte som beskrevet ovenfor i afsnit 9.

For at komplettere beskrivelsen af beskatningen af indkomst optjent ved et dansk selskab aktiviteter i USA via dets amerikanske datterselskab beskrives herefter i afsnit 10.2 kort de grundlæggende amerikanske og danske principper for beskatning i tilfælde af datterselskabets likvidation. Tillige beskrives i afsnit 10.3 til sammenligning de grundlæggende amerikanske og danske principper for beskatning i tilfælde af et dansk selskabs ophør af virksomhed i USA drevet som en filial eller som deltager i en transparent forretningsenhed.

10.2 Beskatning ved likvidation af datterselskab

Indtægter oppebåret af et amerikansk selskab i forbindelse med afviklingen af dets virksomhed, herunder ved salg af dets varelager, inventar, anlægsaktiver etc. vil blive beskattet som indtægter hos datterselskabet efter lovgivningens almindelige regler²⁵⁸.

Når datterselskabet har afhændet dets aktiver, og skatteregnskabet for dets sidste indkomstperiode er godkendt af skattemyndighederne kan datterselskabet likvideres.

Et moderselskabs likvidation af dets amerikanske datterselskab, kan efter amerikansk ret, såfremt det ejes med mindst 80% i udgangspunktet ske skattefrit for det amerikanske selskab såvel som for dets hovedaktionær²⁵⁹. Udenlandske moderselskaber er imidlertid undtaget fra denne adgang til koncernintern omstrukturering²⁶⁰. Et dansk moderselskabs indlevering af aktierne i datterselskabet mod udbetaling af likvidationsprovenu vil således blive sidestillet med et salg af aktierne²⁶¹. Med mindre det danske selskab besad aktierne som et led i udøvelsen af ”Trade and Business within the United States, f.eks. som et led i deltagelse i et ”Partnership”, vil kapitalgevinsten opnået herved blive betragtet som pas-

²⁵⁸ Datterselskabet har således pligt til at indlevere selvangivelse for indkomst optjent i perioden helt indtil dets endelige likvidation, jfr. således forudsætningsvis IRC section 443(a)(2).

²⁵⁹ Jfr. således IRC section 332 og 337.

²⁶⁰ Jfr. således IRC section 367(e)(2).

siv investeringsindkomst, der ikke er omfattet af moderselskabets begrænsede skattepligt til USA²⁶². Et amerikansk datterselskabs udbetaling af likviditetsprovenu til det danske moderselskab vil således i udgangspunktet ikke få skattemæssige konsekvenser i USA. Såfremt det danske selskab som en del af likvidationsprovenuet modtager driftsaktiver som hidtil har tilhørt datterselskabet vil datterselskabet dog blive avancebeskattet såvel som beskattet af eventuelle konstaterede genvundne afskivninger²⁶³ (det beløb hvormed aktivets handelsværdi²⁶⁴ på likvidationstidspunktet overstiger den skattemæssigt nedskrevne værdi).

Det danske selskab vil i forbindelse med likvidationen af det amerikanske datterselskab blive beskattet i Danmark af det modtagne likvidationsprovenu efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven. Aktionærer anses således skattemæssigt i forbindelse med likvidation for at have afstået deres aktiebesiddelser²⁶⁵.

Selskaber indrømmes i aktieavancebeskatningsloven som altovervejende hovedregel skattefrihed i forbindelse med afståelse af aktier på et tidspunkt der ligger mere end tre år efter erhvervelsen af aktierne. Et dansk selskab, der modtager provenu i forbindelse med likvidationen af dets amerikanske datterselskab vil således ikke blive beskattet heraf såfremt likvidationen sker på et tidspunkt der ligger mindst 3 år efter stiftelsen af selskabet²⁶⁶.

10.3 Beskatning ved ophør af virksomhed i filialregi eller af virksomhed via deltagelse i en transparent forretningsenhed

Indtægter oppebåret af et dansk selskab via dets amerikanske filial eller dets deltagelse i en amerikansk transparent forretningsenhed (interessentskab, komanditselskab, etc) i for-

²⁶¹ Jfr. således IRC section 331.

²⁶² Jfr. således modsætningsvis IRC section 881(a) og ovenfor i afsnit 3.2.2.

²⁶³ Jfr. således section 367, der ved udlodning af driftsaktiver til udenlandske moderselskaber gælder som undtagelse til bestemmelsen i IRC section 337, der i udgangspunktet foreskriver skattefrihed også for konstaterede genvundne afskrivninger..

²⁶⁴ Betegnelsen "The fair market value" anvendes.

²⁶⁵ Jfr. således aktieavancebeskatningslovens § 1 stk. 3.

²⁶⁶ Jfr. således aktieavancebeskatningslovens § 4 stk. 6.

bindelse med afviklingen af filialens eller forretningsenhedens virksomhed, herunder avancer og genvundne afskrivninger ved salg af dens varelager, inventar, anlægsaktiver etc. vil blive beskattet som indtægter hos filialen eller forretningsenheden efter lovgivningens almindelige regler²⁶⁷.

Efter realisationen af filialens eller forretningsenhedens aktiver i forbindelse med ophør af dens virksomhed vil det realiserede kontante provenu, efter betaling af eventuel avancebeskatning realiseret ved salg af virksomhedens aktiver, i udgangspunktet kunne hjemtages af det danske selskab uden, at der indtræder amerikansk beskatning, hverken hos den amerikanske filial eller forretningsenhed eller det danske selskab²⁶⁸. Dog vil der ske avancebeskatning af et dansk selskab der deltager i en amerikansk transparent forretningsenhed i det omfang det modtagne likvidationsprovenu overstiger selskabets "Basis"²⁶⁹ i forretningsenheden (oprindeligt kapitalindsud i tillæg til ikke hævede andele af forretningsenhedens overskud efter skat).

Såfremt det danske selskab som en et led i afviklingen af den amerikanske filial eller forretningsenhed hjemtager driftsaktiver som hidtil har været anvendt i filialen eller forretningsenheden vil der, i modsætning til situationen ved likvidation af datterselskab som beskrevet ovenfor ikke ske umiddelbar beskatning af eventuelle konstaterede kapitalgevinster eller genvundne afskrivninger²⁷⁰.

²⁶⁷ Filialen eller forretningsenheden har således pligt til at indlevere selvangivelse for indkomst optjent i perioden helt indtil virksomhedens endelige ophør, jfr. således forudsætningsvis IRC section 443(a)(2).

²⁶⁸ Retsstillingen ved afvikling af filial eller en transparent forretningsenhed er således i udgangspunktet tilsvarende udgangspunktet ved likvidation af et amerikansk selskab. I modsætning til ved selskaber, hvor denne retstilling er udtrykkeligt lovhjemlet i IRC section 332, følger dette resultat i tilfælde af afvikling af filial eller en transparent forretningsenhed af den omstændighed at det ved salget af aktiverne indbragte provenu forbliver inden for den samme skattesubjekt – det danske selskab. Det tilstræbte lighed i beskatningen af selskaber på den ene side, og filialer og transparente forretningsenheder på den anden side betones af at påløbet "Branch profits" skat, udskudt ved geninvestering bortfalder i tilfælde af udenlandske selskabers totale ophør af virksomhed i USA, jfr. således ovenfor i afsnit 9. Denne retstilstand korresponderer med at udenlandske hovedaktioner i amerikanske datterselskaber ikke udbyttebeskattes af ikke hævet udbytte. Se hertil Paul R. McDaniel and Hugh J. Ault, "Introduction to United States International Taxation", Fourth revised edition, 1998, s.71.

²⁶⁹ Jfr. således Marc M. Levey m.fl., US Taxation of Foreign Controlled Businesses, 1998, s. 2-100. Reglen motives af at der herved konstateres en ikke hidtil beskattet avance ved salg af filialens eller forretningsenhedens aktiver til tredjemand.

²⁷⁰ Section 367 finder således ikke anvendelse i tilfælde hvor udenlandske selskaber der driver direkte erhvervsvirksomhed i USA overfører aktiver fra afdelingen i USA til selskabets hovedsæde eller afdelinger uden for USA. Jfr. således Phillip F. Postlewaite, "International Taxation, Corporate and Individual", 2000,

Også efter dansk ret indtræder der kapitalgevinstbeskatning eller beskatning af genvundne afskrivninger i forbindelse med afhændelse af aktiver til tredjemand, der hidtil har været anvendt i et dansk selskabs amerikanske filial eller i en transparent amerikansk forretningsenhed hvori selskabet deltager. Der udløses ikke beskatning ved overførsel af filialens aktiver til hovedsædet i Danmark eller til andre filialer selskabet måtte have²⁷¹. Derimod udløses der kapitalgevinstbeskatning efter dansk ret i det tilfælde hvor et dansk selskab, der deltager i en transparent forretningsenhed hjemtager aktiver, der hidtil har været anvendt i forretningsenhedens virksomhed²⁷².

Efter realisationen af filialens eller forretningsenhedens aktiver i forbindelse med ophør af dens virksomhed vil det realiserede kontante provenu, efter betaling af eventuel avancebeskatning realiseret ved salg af virksomhedens aktiver, kunne hjemtages af det danske selskab uden, at der herved indtræder yderligere dansk beskatning²⁷³.

Såfremt der i forbindelse med afviklingen af filialens eller forretningsenhedens aktiver efter de ovenfor beskrevne regler såvel efter amerikansk som dansk ret sker avancebeskatning efter de ovenfor beskrevne regler opstår der en dobbeltbeskatningsproblematik der må løses efter reglerne i dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Heraf følger, at det land, hvori en erhvervsvirksomheds faste driftssted er beliggende, har ret til at foretage kildelandsbeskatning af gevinst opnået ved salg aktiver der kan henføres

s.10-5. Se tillige særligt om deltagelse i transparente forretningsenheder, Marc M. Levey m.fl., *US Taxation of Foreign Controlled Businesses*, 1998, 2100. En senere gevinst ved salg af aktiver hvorpå der tidligere har været foretaget amerikanske skattemæssige afskrivninger vil dog være skattepligtig til USA idet en sådan indkomst anses for at stamme fra en amerikansk kilde, jfr. således section 865(c).

²⁷¹ Dette ud fra betragtningen at der ikke sker overdragelse af sådanne aktiver, men blot omallokering inden for samme juridiske enhed.

²⁷² Dette idet transparente forretningsenheders aktiver efter dansk ret anses for ejet af interessenterne i sam-eje, således, at hver deltager ejer en ideel andel af hvert aktiv. En deltagers overtagelse af et aktiv der hidtil har været anvendt i forretningsenheden indebærer således, de øvrige deltagere overdrager deres andele af det pågældende aktiv til den erhvervende deltager. Se hertil Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. *Skatteretten* 1, 3. udgave, 2000 s. 426.

²⁷³ Dette ud fra betragtningen, at det tiloversblevne provenu efter at beskatning af realiserede avancer har fundet forbliver inden for samme skattesubjekt, der løbende er blevet indkomst beskattet af den i filialen eller forretningsenheden generede formue.

til det faste driftssted. Dette selv om erhvervsvirksomheden, der ejer det faste driftssted eller den faste ejendom har skattemæssigt hjemsted i det andet land²⁷⁴.

USA har således den primære beskatningsret til at foretage avancebeskatning i forbindelse med salg af aktiver, der hidtil har været anvendt af virksomhed drevet af det danske selskabs amerikanske filial eller af den amerikanske transparente forretningsenhed hvori det danske selskab har deltaget. Danmark kan som selskabets hjemstedsland foretage supplerende beskatning mod ydelse af creditlempelse²⁷⁵.

Dobbeltbeskatning undgås herved, idet selskabet i konsekvens heraf samlet beskattes svarende til niveauet i det af de to lande der beskatter indkomsten hårdest.

²⁷⁴ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 13 stk. 3.

²⁷⁵ Jfr. således dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 23 stk. 3.

LITTERATURLISTE:

Black's Law Dictionary, sixth edition

Ria Falk, Transfer Pricing, 1997

Henrik Gam m.fl., International Beskatning, 2000

Charles H. Gustavson m.fl., Taxation of International Transactions, 1997

Lida Hulgaard mfl., Lærebog om indkomstskat, Bind 2, 7. udgave, 1995

Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 1, 3. udgave, 2000

Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 2, 3. udgave, 2000

Jens Olav Engholm Jakobsen m.fl. Skatteretten 3, 3. udgave, 2000

Marc M. Levey m.fl., US Taxation of Foreign Controlled Businesses, 1998

Aage Michelsen, International Skatteret, 2. udgave, 1996

Mette Neville, Juristen 1997, s. 146 ff.

Paul R. McDaniel and Hugh J. Ault, "Introduction to United States International Taxation", Fourth revised edition, 1998

Phillip F. Postlewaite, "International Taxation, Corporate and Individual", 2000

Udenrigsministeriets varerapporter, Produktansvar i USA, (2. udgave januar 1999) og Etablerings- og kontraktforhold i USA (juni 1996)

Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999

Erik Werlauff, UfR B 1999 s. 163 ff

