

Deloitte.

Deloitte

10. maj 2010

Agenda

1. Begrænset skattepligt af renter – Jens Wittendorff
2. Tynd kapitalisering: sikkerhedsstillelse og konsolidering – Jens Wittendorff
3. Fast driftssted efter agentreglen: Zimmer-dom og sag om private equity fund – Jens Wittendorff
4. Begrænset skattepligt: udbytter, beneficial owner, løbende ydelse – Jakob Bundgaard

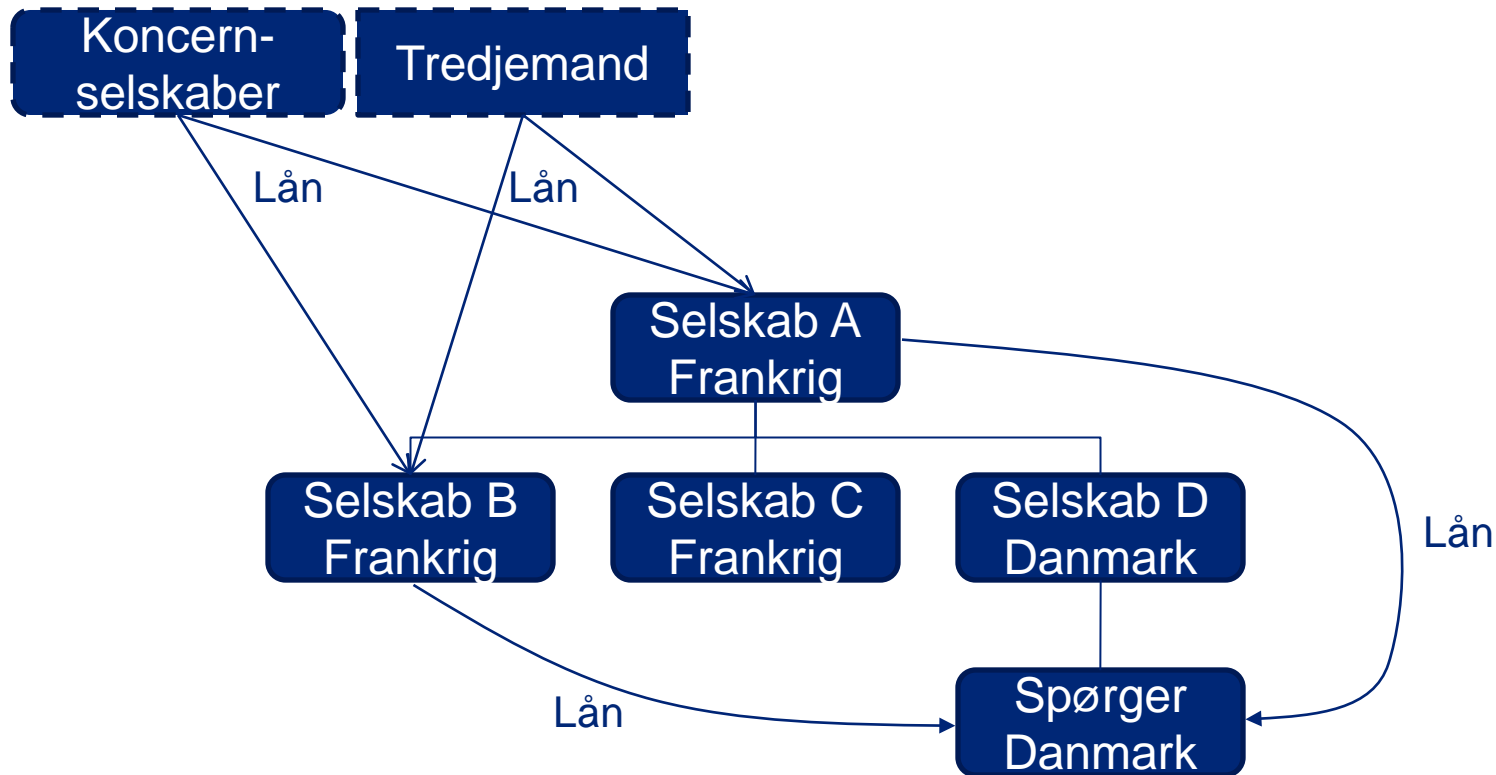
Begrænset skattepligt af renter

Jens Wittendorff

Begrænset skattepligt af renter – TfS 2010, 154 SR

- Begrænset skattepligt af renter for selskaber – SEL § 2, stk. 1, litra d) (L 119, 2003/04 og L 213 2006/07):
 - HR: Renter af kontrolleret gæld, jf. SKL § 3 B
 - U1: Fordring knyttet til PE i DK
 - U2: DK beskatning af renter nedsættes efter EU's rente/royalty direktiv
 - U3: DK beskatning af renter nedsættes efter DBO
 - U4: DK moderselskab har bestemmende indflydelse i kreditorselskabet
 - U5: Udenlandsk moderselskab har bestemmende indflydelse i kreditorselskabet, når moderselskabet er hjemmehørende i DBO-land, og kan undergives CFC-beskatning af renter i kreditorselskabet
 - U6: Udenlandsk beskatning af kreditorselskabet udgør mindst $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning + kreditorselskabet "ikke betaler renterne videre til et andet udenlandsk selskab mv., som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning"

Begrænset skattepligt af renter – TfS 2010, 154 SR



1. Skat på 34,43 % i Frankrig af renter
2. Selskab A og B optager lån hos både tredjemand og koncernselskaber
3. Beskatningen af tredjemand og koncernselskaber kan være lavere end $\frac{3}{4}$ af dansk beskatning

Begrænset skattepligt af renter – TfS 2010, 154 SR

- SKAT:

- Formålet med bestemmelsen er at undgå, at dansk beskatning nedsættes gennem rentebetalingen til finansielle selskaber i lavskattelande
- Formålet med Selskab A's og Selskab B's lånoptagelse har ikke været at kanalisere renter fra Spørgeren og videre uden dansk beskatning
- Lånoptagelsen er sket som led i den sædvanlige drift af Selskab A og Selskab B
- Ikke begrænset skattepligt af renteindtægter

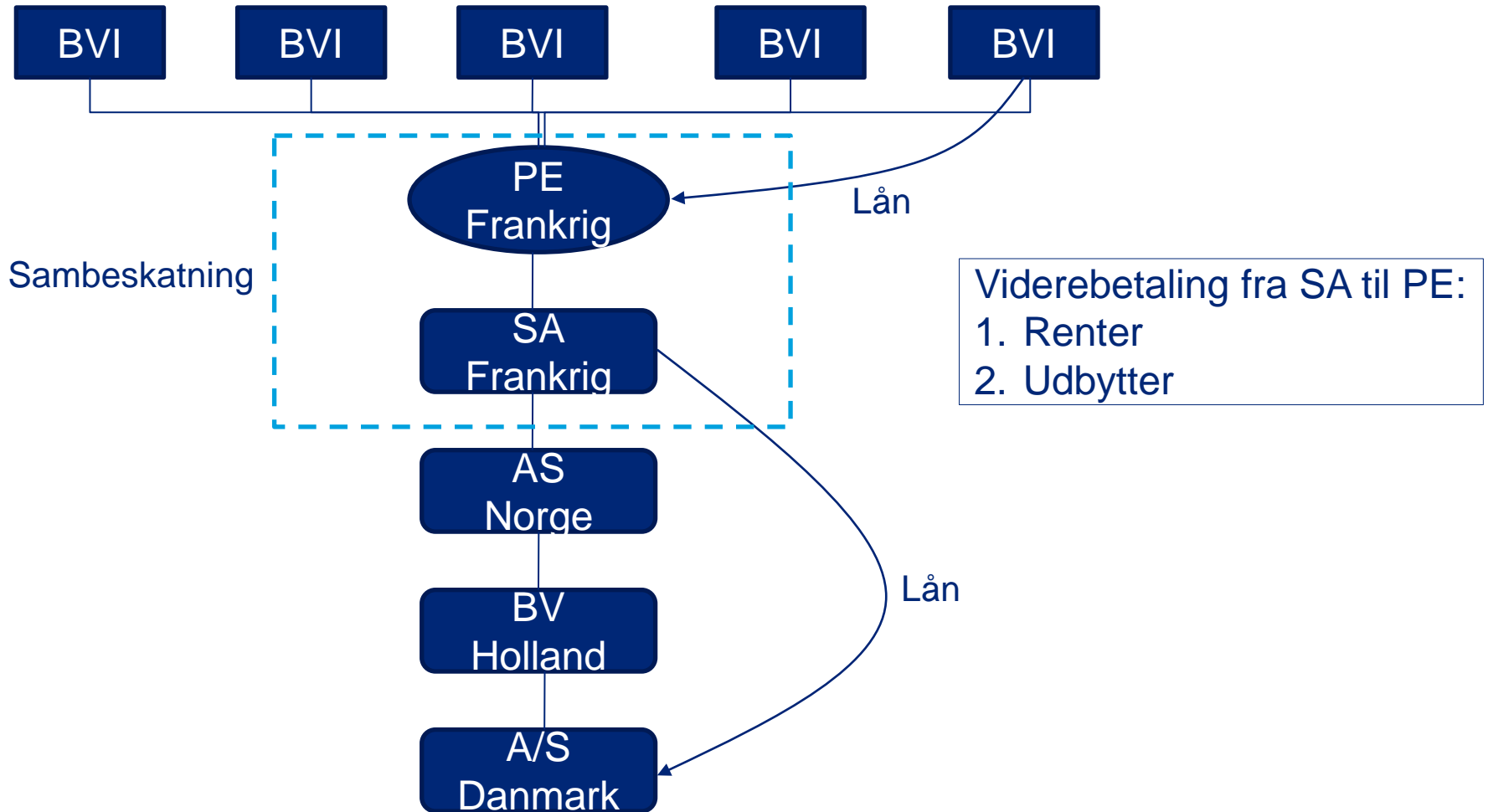
- Heroverfor står:

- Lovens ordlyd
- Ingen klare holdepunkter for et andet resultat i bemærkningerne
- Ultimative långiver opfylder både betingelsen om at være lavtbeskattede og finansielle selskaber

Begrænset skattepligt af renter – TfS 2010, 154 SR

- Skat på $\frac{3}{4}$ af den danske selskabsbeskatning:
 - Den faktiske beskatning er afgørende, dvs. mindst 18,75 % skat af renter, jf. L 213, bilag 26
 - Underskudsudnyttelse sidestilles med beskatning
- Viderebetaling som renter
 - Omfatter situation, hvor kreditor ”har fradrag for de renter, som det selv betaler til det andet udenlandske selskab i lavskattelandet”, jf. L 213, bilag 26
- Viderebetaling på anden vis
 - Hvis kreditor ”viderebetaler beløbet via udlodning, tilbagebetaling af lån eller lignende skal det vurderes, om den umiddelbare modtager er den rette indkomstmodtager (beneficial owner)”, jf. L 213, bilag 26

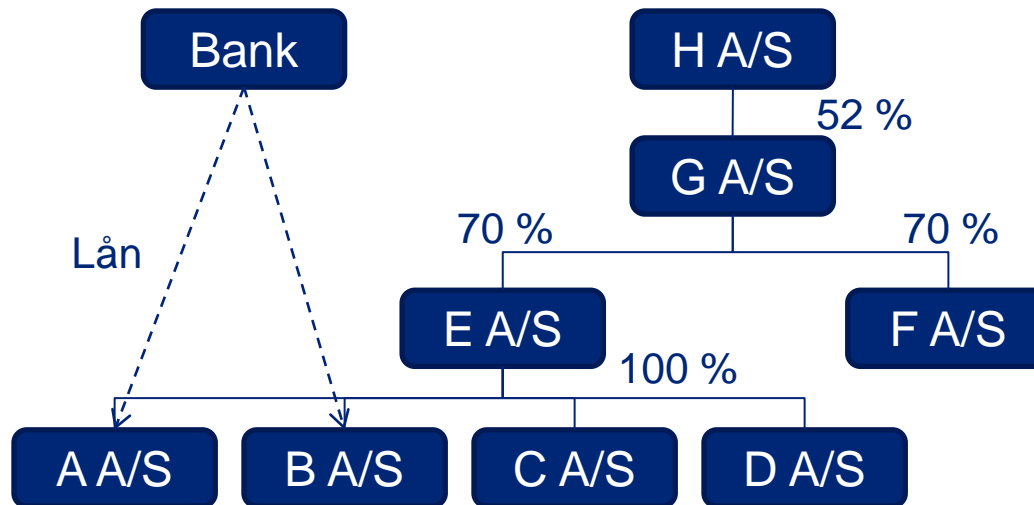
Begrænset skattepligt af renter – TfS 2010, 154 SR



Tynd kapitalisering: sikkerhedsstillelse og konsolidering

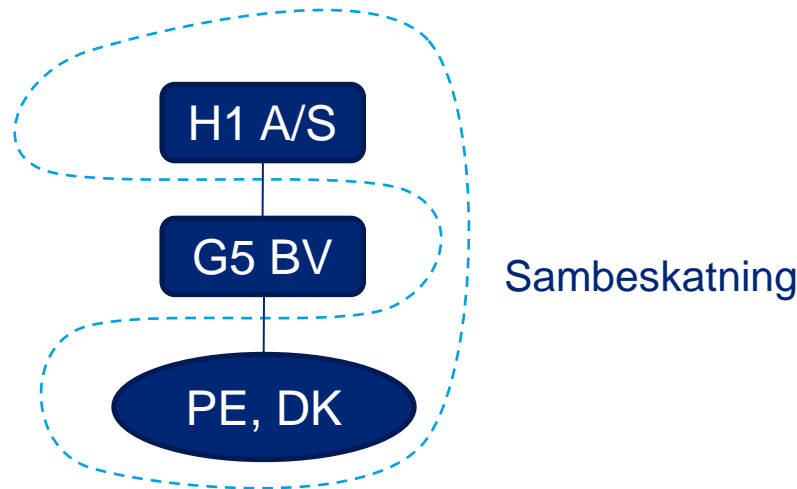
Jens Wittendorff

Sikkerhedsstillelse og konsolidering – TfS 2010, 127 SR



- Kontrolleret gæld i A og B er større end 10 mio., hvis banklån medregnes
- Bl.a. E og C har stillet sikkerhed over for banken
 - Lån fra tredjemand anses som kontrolleret gæld, når sikkerhed, jf. SEL § 11, stk. 1
- Skal sikkerhedsstillelsen elimineres efter SEL § 11, stk. 4?
 - Eliminering af aktier, fordringer og gæld mellem selskaberne
- SKAT
 - Konsolidering betyder, at selskaberne reelt betragtes som ét selskab
 - Ét og samme selskab har derfor optaget lån og stiller sikkerhed
 - Henset til formålet med loven omfatter ”gæld og fordringer” også sikkerhedsstillelse
 - Konsolideringskredsen omfattede G, E, A, B, C og D – hvad med F?

Konsolidering – SKM2010.270.LSR



- Konsolidering af danske selskaber, som er koncernforbundne uden inddragelse af bl.a. udenlandske aktionærer, jf. SEL § 11, stk. 4, 2. pkt.
- SKAT: Ikke konsolidering af H1 og PE
 - H1 og PE ikke koncernforbundne, hvis den udenlandske aktionær G5 udeholdes
 - Filialer behandles som selskaber, hvorfor begrebet ”udenlandsk aktionærer” omfatter udenlandske hovedkontorer, jf. SEL § 11, stk. 5
- LSR:
 - Skattesubjektet efter SEL § 2, stk. 1, litra a), er G5, ikke PE’et
 - G5 kan ikke anses for at være ”aktionær” i PE, da PE ikke er et selvstændigt skattesubjekt
 - Begrebet ”koncernforbundne selskaber” efter KGL § 4, stk. 2, omfatter både direkte og indirekte ejerskab
 - Konsolidering af H1 og PE

Fast driftssted efter agentreglen: Zimmer-dom og sag om private equity fund

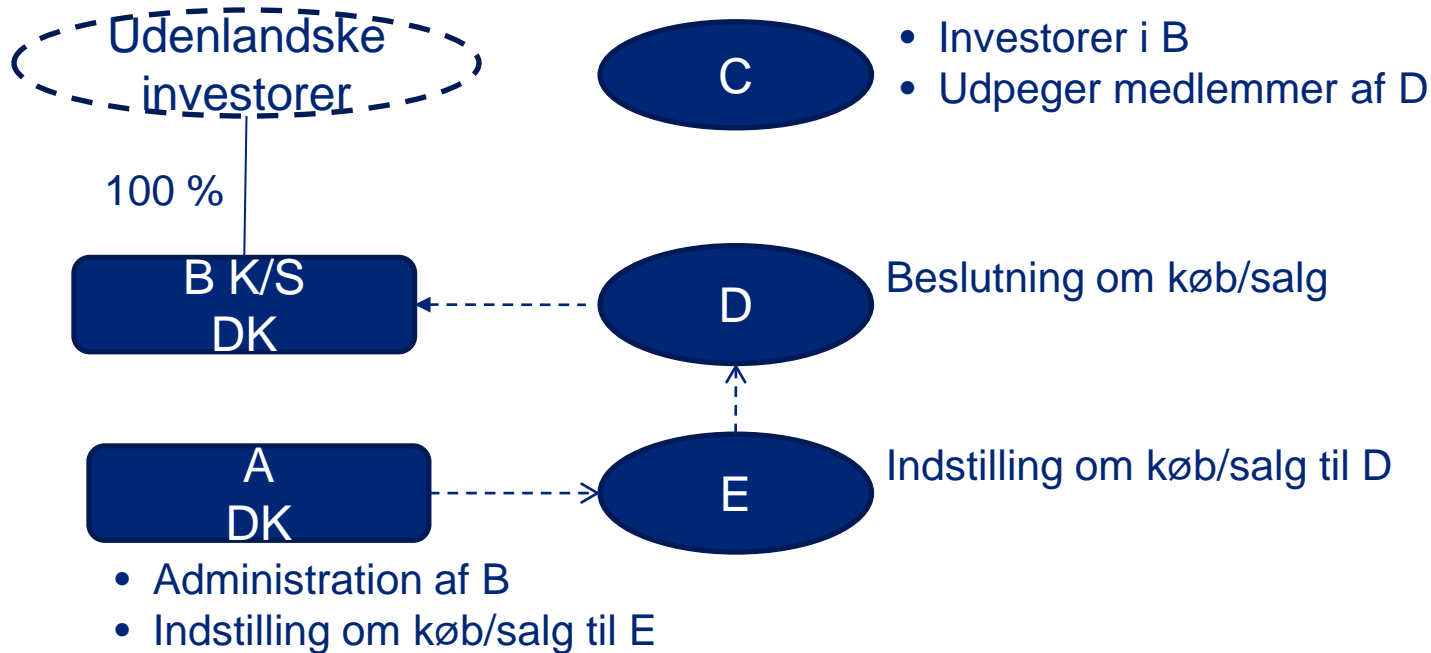
Jens Wittendorff

Fast driftssted efter agentreglen

Betingelser for fast driftssted efter agentreglen i artikel 5, stk. 5, i OECD modeloverenskomsten:

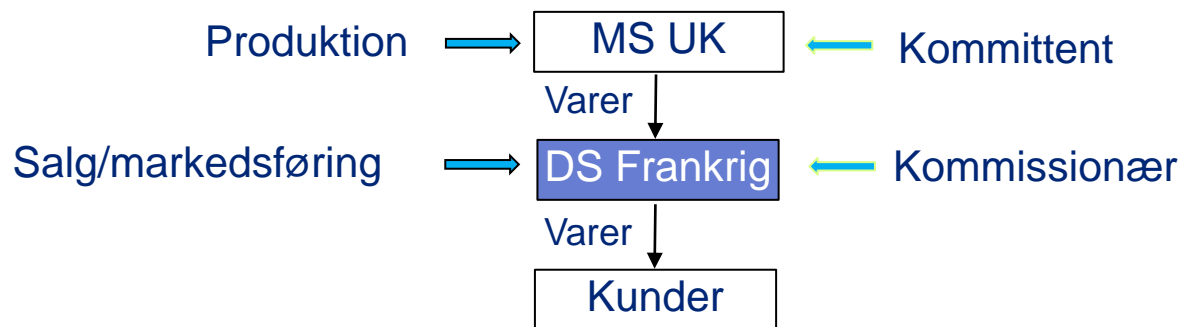
1. Agenten er afhængig af foretagendet
 - Juridisk eller økonomisk afhængig af foretagendet, eller
 - Handler uden for rammerne af sædvanlig virksomhed
2. Fuldmagt til at indgå aftaler i foretagendets navn vedrørende dets egentlige virksomhed
 - Omfatter aftaler, som en agent indgår i eget navn, hvis de er bindende for foretagendet
 - Kan omfatte aftaler, som rutinemæssigt godkendes af foretagendet
3. Agenten udnytter sædvanligvis fuldmagten
4. Aftaler vedrører foretagendets kerneforretningsaktivitet

SKM2010.257.SR



- A, E og D anset for at være uafhængige af B K/S
 - Ikke underlagt detaljerede instruktioner eller omfattende kontrol, dvs. ikke juridisk afhængige af B K/S
 - Kan ifalde almindeligt erstatningsansvar og bærer selv ansvaret for det udførte arbejde
 - Andre indkomstkilder, dvs. ikke økonomisk afhængige af B K/S
 - Udfører identiske opgaver for andre investeringsenheder, dvs. handler inden for rammerne af deres sædvanlige erhvervsvirksomhed
- Ikke PE
- Se tidligere TfS 2002, 15 LR

Zimmer Ltd. (Conseil d'Etat 2010)

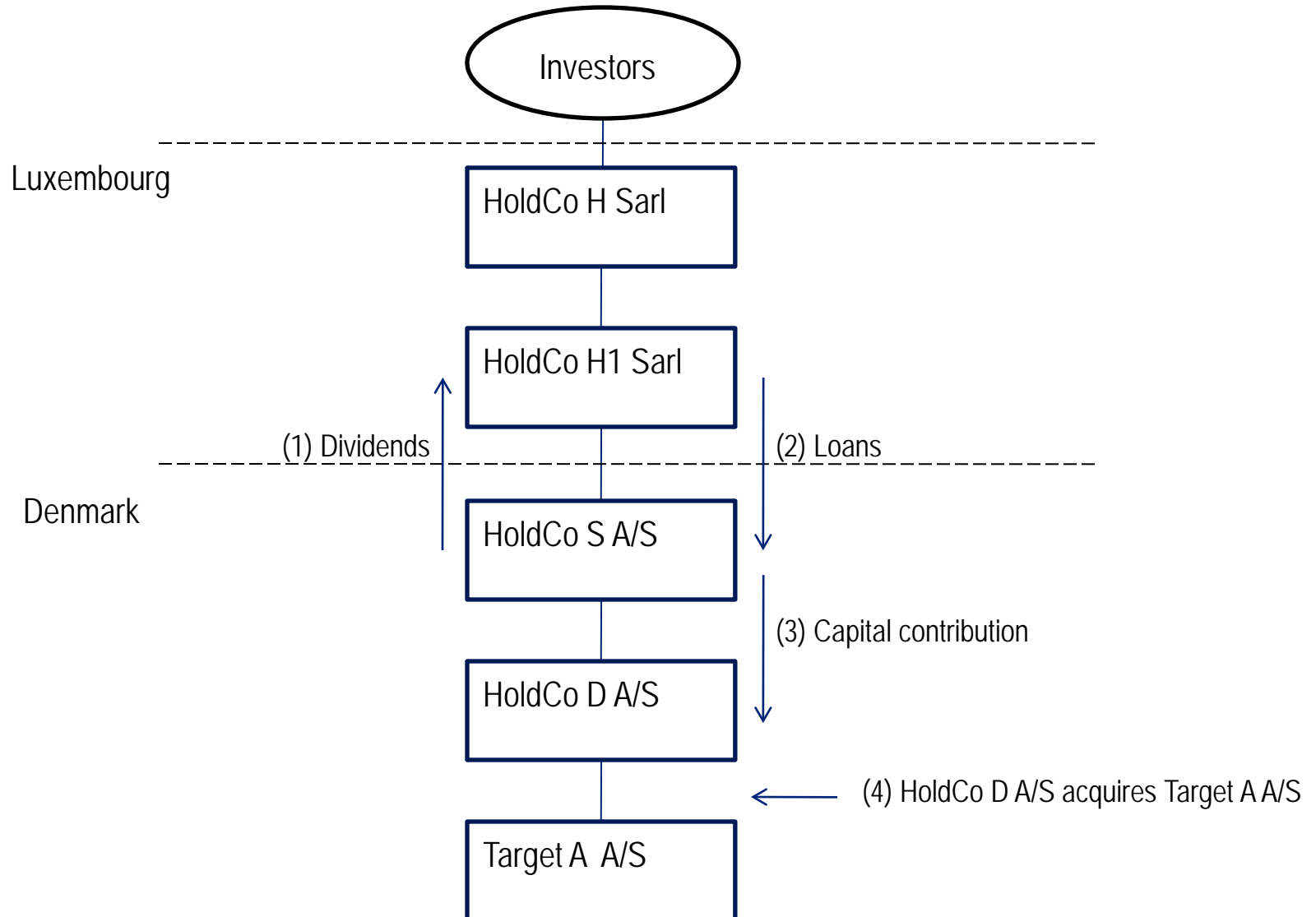


- Afhængig?
 - Instruktion/kontrol, én opdragsgiver og beskeden risiko qua TP-model
 - Afhængig
- Fuldmagt til at indgå bindende aftaler?
 - DS indgik bindende aftaler i eget navn og for MS regning
 - Aftaler ikke juridisk bindende for MS
- Ikke PE

Begrænset skattepligt: udbytter, beneficial owner, løbende ydelse

Jakob Bundgaard

Første afgørelse om beneficial ownership – SKM 2010.268 LSR



Første afgørelse om beneficial ownership – SKM 2010.268 LSR

Faktum

- Indeholdelsespligt for udbytteudlodning fra DK til et Lux S.a.r.l.
- Sædvanlig private equity-opkøbstruktur ved leveraged buy-out-transaktion
- Holdingselskaber havde som eneste aktivitet at eje og finansiere deres datterselskab
- De luxembourgske selskaber var registreret i Luxembourg og havde ikke ansatte
- Begge selskaber blev ledet af et Board of Managers, der var identisk i de to selskaber
- Den daglige administration mv. blev varetaget af kapitalfondenes administrations-selskaber, hvis opgaver blandt andet bestod i opbevaring og førelse af aktionærfortegnelser, bestyrelses- og generalforsamlingsreferater, fakturering, bogføring, udarbejdelse af regnskaber, afholdelse af møder og generalforsamlinger, kontakt til myndigheder mv.
- Straks strukturen var på plads blev der udloddet udbytte til moderselskabet H1 S.a.r.l.
- Efter udlodningen ydede H 1 S.a.r.l. to lån til S A/S (et konvertibelt og ikke traditionelt lån) som i alt svarede til hele det deklarerede udbytte
- Dvs: udbyttet blev IKKE kanaliseret videre til de bagvedliggende investorer

Første afgørelse om beneficial ownership – SKM 2010.268 LSR

LSR-afgørelse

- Landsskatterettens præmisser indledes med en generel beskrivelse af det passerede hændelsesforløb samt en generel beskrivelse af retsgrundlaget, herunder DBO
- Herefter udtaler flertallet (bestående af 3 medlemmer, herunder retsformanden), at bestemmelsen svarer til artikel 10 i OECD's modeloverenskomst
- LSR fremhæver kommentaren til modeloverenskomstens artikel 10, punkt 12 og rapporten fra Committee on Fiscal Affairs
- På denne baggrund udtales følgende:
 - *”...Som følge heraf anses udbyttmodtagere, der er agenter, mellemænd og "gennemstrømningselskaber" ikke for retmæssige ejere af udbyttet. For så vidt angår "gennemstrømningselskaber" er det dog en betingelse, at selskabet har meget snævre beføjelser, som, i relation til udbyttet, gør det til en "nullitet" eller administrator. Det forhold, at en udbyttmodtager har meget snævre beføjelser i relation til udbyttet, kan ikke i sig selv medføre, at det ikke er retmæssig ejer. Idet H1 S.a.r.l. ikke har viderekanaliseret det pågældende udbytte til dets moderselskab, H S.a.r.l. eller dets aktionærer, men i stedet har anvendt udbyttet til udlån til selskabet...[...].kan H1 S.a.r.l. ikke i relation til dette udbytte anses for et "gennemstrømningselskab". Under disse omstændigheder anses H1 S.a.r.l. for retmæssig ejer af udbyttet...”*

Første afgørelse om beneficial ownership – SKM 2010.268 LSR

- Herefter vendte Landsskatterettens flertal sig mod fortolkningen af moder-/datterselskabsdirektivet
- Utvivlsomt med rette konstaterede retten, at det følger af artikel 1, stk. 2, at direktivets fordele kan nægtes med hjemmel i national rets bestemmelser om hindring af svig og misbrug, og at dette, i en dansk kontekst i fraværet af generelle lovbestemmelser med dette sigte, skal ske efter retspraksis
- Herefter konkluderede retten:
 - *”...Da H1 S.a.r.l. anses for rette indkomstmottager af udbyttet, og da der ud fra realitetsbetragtninger ikke kan ske tilsidesættelse af de foretagne dispositioner, anses der ikke i dansk ret at være hjemmel til at nægte selskaberne de fordele, der følger af direktivet. Der kan blandt andet henvises til Højesterets domme af 30. oktober 2003 og 7. december 2006 offentliggjort i henholdsvis [SKM2003.482.HR](#) og [SKM2006.749.HR](#) samt til EF-Domstolens dom i sag C-321/05 (Hans Markus Kofoed) og Skatteministeriets kommentar offentliggjort i [SKM2007.843.DEP](#). Som følge heraf skal udbyttet i medfør af direktivets artikel 5 fritages for kildeskat...”*

Første afgørelse om beneficial ownership – SKM 2010.268 LSR

Vurdering

- Lille skridt nærmere en afklaring
- Forventet endelig stillingtagen i Højesteret
- Det konkrete udfald af kendelsen må anses som værende absolut korrekt, når der henses til, at den omhandlede udbytteudlodning ikke er kanaliseret videre til de ultimative ejere
- På dette punkt kan det undre, at SKAT har udvalgt netop denne sag til at være den første retningsgivende sag på området
- En forudsætning for at underkende ”gennemstrømningselskaber” som beneficial owner er, at selskabet har meget snævre beføjelser, som i relation til udbyttet, gør det til en ”nullitet” eller administrator
- Der skal mere til end snævre beføjelser, ex. retsforfølgning
- *Allerede fordi*’-afgørelse?
- *Dynamisk fortolkning*
- *Autonom fortolkning*
- Kendelsen reducerer den i rådgiverkredse megen fokusering på ”substans” i holding-selskaber
- Det interessante vedrørende M/D-direktivet er, på hvilket grundlag Landsskatteretten når sin konklusion om, at selskabet er rette indkomstmottager. Formuleringen ”da”?
- Lovindgreb?: ad modum høringsudkastet til L 202 fra 2009

Begrænset skattepligt af løbende ydelser mv. – TfS 2010.310 SR

- SEL § 2, stk. 1, litra a) og KSL § 2, stk. 1, nr. 4):
 - *”...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.”*
- Anvendelsesområde er uklart
- Hidtil fortolket til at omfatte earn-out (løbende ydelser) og bortforpagtning
- TfS 1989.38 H (KSL § 2 – andel af overskud ved salg af I/S)
- TfS 1995.865 LSR (KSL § 2 – bortforpagtning af virksomhed)
- TfS 2005.151 LR (KSL § 2 – vederlag for konkurrenceklausul og rådighedsbeløb til tidligere underleverandør)

Begrænset skattepligt af løbende ydelser mv. – TfS 2010.310 SR

- TfS 2010.310 SR:
 - Udbetalinger til udenlandske fysiske personer eller selskab bestod af 90 % af det årlige overskud i SMBA til garantimedlemmerne
 - Spørgsmålet er, om begrænset skattepligt forudsætter, at der er tale om fast driftssted
 - Skatterådet:
 - *Vederlag for sikkerhedsstillelse*
 - *Ikke et krav om, at begrænset skattepligt forudsætter, at modtageren er medejer eller tidligere medejer af den virksomhed, hvorfra ydelserne modtages*
 - *Fysisk og juridisk person begrænset skattepligtig af udbetalinger som modtages som garantimedlem i DK SMBA*
 - *Erhvervsindkomst efter DBO, art. 7 – derfor må DK frafalde beskatning, idet ikke fast driftssted*
- Se kritisk Henriksen i TfS 2010.304
 - Ikke udtryk for en opsamlingsbestemmelse, som reelt fanger alle betalinger fra DK til udenlandske modtagere
 - Kan ikke finde anvendelse, hvis der er tale om kapitalselskaber, men alene personselskaber

Begrænset skattepligt af løbende ydelser mv. – TfS 2010.310 SR

- Betydning for udbyttegivende gældsbreve (PPL)?
 - LV S.A.2.2.: ”...Bestemmelsen gælder eksempelvis de tilfælde, hvor et udenlandsk selskab som gengæld for ydede lån betinger sig en andel i overskuddet i den herværende virksomhed...”.
 - TfS 2010.304 SR: ydelse ikke anset for at være en rente eller kursgevinst
 - Det følger af praksis, at PPL-ydelser anses for at være kursgevinster – udelukket som erhvervsindkomst? Næppe noget reelt anvendelsesområde for udsagn i LV

Deloitte.

Deloitte Touche Tohmatsu

Deloitte er en betegnelse for Deloitte Touche Tohmatsu, der er en schweizisk organisation (Verein), og dets netværk af medlemsfirmaer. Hvert medlemsfirma udgør en separat og uafhængig juridisk enhed. Vi henviser til www.deloitte.com/about for en udførlig beskrivelse af den juridiske struktur i Deloitte Touche Tohmatsu og dets medlemsfirmaer.

© 2010 Deloitte Statsautoriseret Revisionsaktieselskab. Medlem af Deloitte Touche Tohmatsu