



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



Fagligt netværk 20. april 2017



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

AGENDA

- Kort om US Tax Reform
- UK Mandatory Disclosure of Tax Strategies
- Hybrid Financial Instruments
- Seneste TP afgørelser



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

US Tax Reform



US Tax Reform Proposals

Provision	Current	Tax Reform Blueprint	Trump Tax Proposals
Border Adjustments	No provision	"Destination-based" approach	Not stated
CIT	35 %	20%	15%
General Income Tax Regime	Worldwide system	Territorial system	Not stated
Anti-base erosion regime (Subpart F)	Subpart F anti-deferral regime	Reduced	Not stated
Alternative Minimum Tax on corporations (AMT)	20 % on tentative minimum tax liability in excess of regular tax liability	Repeal the AMT	Repeal the AMT



US Tax Reform Proposals

Provision	Current	Tax Reform Blueprint	Trump Tax Proposals
Cost recovery and interest deduction	Deduction of investments over its applicable life . Interest s deductible as incurred.	Full expensing for investments. Interest expenses deductible against interest income.	Full expensing for manufacturing businesses on US territory but no interest deduction
R&D	Regular credit at 20% and alternative simplified credit at 14%	Additional credit to encourage R&D	Maintain R&D credit
Repatriation of overseas corporate profits	No provision	Not yet determined, but expected to be 8.75 on cash and 3.5% on non-cash assets	10% US income tax on foreign earnings



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

UK Mandatory Disclosure of Tax Strategies

Royal Assent of Finance (No. 2) Bill
2016.

Who needs to publish?

- Company, partnership, group or sub-group, which the previous tax year had a:
 - turnover above £200 million, *or*
 - balance sheet over £2 billion.
- The combined totals of all the relevant bodies for groups and sub-groups.
- This is separate to the OECD's CbCR.
 - A business not headed by a UK company, not meeting the threshold in its own right may still qualify if they satisfy the OECD's CbCR framework threshold of a global turnover of more than €750 million.
- Open-ended investment companies and investment trusts do not need to publish a tax strategy.

What to include in the tax strategy

- Explanation of any tax arrangements relevant to UK tax and how tax affairs are managed.
 - Don't need to include amounts of tax paid or commercially sensitive information.
- Tax risks linked to the size, complexity and any changes in the business.
 - Details on how business tax risk is managed.
 - A high level description of key roles and their responsibilities.
 - Information on the systems and controls in place to manage tax risk.
 - Details on the levels of oversight of the business's board and its involvement.
 - Whether the business's internal governance has rigid levels of acceptable tax risk.
 - If so, an explanation on how it is influenced by stakeholders.

What to include in the tax strategy?

- **Attitude to tax planning:**
 - Details of a code of conduct – if any.
 - Why external tax advice is used - if used.
 - Outline of tax planning motives and the importance of each to the tax strategy.
 - Group or sub-group should include the group's overall approach to structuring tax planning.
- **The business's approach to working with HMRC:**
 - How the business meets its requirement to work with HMRC
 - How the business work with HMRC on:
 - Current, future and past tax risks,
 - Tax events, and
 - Interpreting the law.
 - CRMs do not give any clearances in relation to publishing details of dealings with them.

Penalties

- Penalty will be imposed if:
 - The tax strategy is not published correctly (free of charge on the internet) and in time.
 - The tax strategy does not remain accessible free of charge until publication of the next strategy.
- Warning notice giving 30 days, however, any penalty will run from the first day the tax strategy was not published properly:
 - The first 6 months - up to £7,500.
 - 6 to 12 months - a further penalty of up to £7,500.
 - More than 12 months - £7,500 every additional month.
 - If your business is part of a group or sub-group the head will get the penalty.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Reaction?

- Timing: end of first financial year ending after 24 June 2016.
- How should companies react?



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Hybrid Financial Instruments

Agenda

- Emnet
- Skatteretlige udfordringer og komparativt overblik
- Eksempler
- Skattearbitrage
- Hybrid kernekapital
- Perspektivering

Emnet

- **Hvad er hybrid finansiering**
 - Ingen entydig terminologi
 - Karakteristik:
 - Finansieringsformer, der indeholder egenskaber fra såvel egenkapital som fremmedkapital
- **Stigende udbredelse**
- **Drivers**
 - Udvidelse af finansieringspaletten, kapitalomkostninger, rating, solvens (hybrid kernekapital), regnskab, finansiering af M&A, skat
- **Typiske elementer, som oftest kombineres i ét instrument**
 - Konverteringsret (begge parter), konverteringspligt, tegningsret, uendelig eller lang løbetid (perpetuals/super maturity), overskudsafhængigt afkast, udskydelse af afkast (renter), interest caps, efterstilling, indfrielse og rentebetaling mv. i aktier, forrang til udbytter og likvidationsprovenu.

Emnet

- **Arbejdshypoteser:**
 1. Øget behov for fleksible finansieringsmuligheder.
 - Derfor relevant at undersøge det skatteretlige klima for hybrid finansiering i national og international skatteret.
 2. Nuværende skattemæssige klima er ikke tilfredsstillende og hindrer til en vis grad udnyttelsen af de muligheder som finansiel innovation frembyder.
 3. Lovgiver kunne med fordel understøtte mulighederne for finansiel fleksibilitet frem for at modvirke samme.

Skatteretlige udfordringer

- Kvalifikation af instrument og afkastet heraf
 - KomPLICERES af:
 - Forskelle i national ret
 - Vanskelig og i vidt omfang uafklaret kvalifikation og behandling efter:
 - EU-skattedirektiverne og
 - dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.
- Periodisering, fradragsret m.v.
- Skatteplanlægning og arbitrage
 - Fradrag for egenkapitalinstrumenter, dobbelt fradrag, fradrag uden korresponderende beskatning, fradrag for tab ved virksomhedsetablering, skatteudskydelse, nedbringelse af kildeskatter
 - Muligheder udspringer af ikke neutral behandling af gæld og egenkapital og forskellig kvalifikation i forskellige lande

Komparativt overblik

- **Hovedregel i international kontekst:**
 - Udgangspunkt i almindelige skatteregler
 - Evt. suppleret af særlige regler for finansielle virksomheder eller særregler om arbitrage
- **Modif.: Visse lande har indført specifikke regler**
 - Australien (2002): forskellige kategorier af EK og FK.
 - Holland (2002, ophævet med reform i 2007): Ikke fradrag, hvis kapital faktisk fungerer som EK.
 - Belgien (2005) – Notional Interest Deduction (NID): Eliminerer forskellen mellem FK og EK ved at tillade fradrag for EK (risiko kapital).
 - UK (2005): Nægtelse af fradrag, hvis visse betingelser er opfyldt, herunder, hvis modtager ikke effektivt beskattes af indtægt og skattepligt ved modtagne betalinger, hvis visse betingelser er opfyldt, herunder fradrag hos betaler.
 - Tyskland (2007): Participation exemption i intern ret og DBO'er finder ikke anvendelse, hvis fradrag hos udenlandsk selskab.
 - Pre og post BEPS æra

Perpetual and super maturity debt instruments

- **Gæld med markant egenkapital præg (permanence)**
 - Særligt anvendt som hybrid kernekapital i den finansielle sektor og af enkelte større aktører (DONG, Vattenfall m.fl.)
- **Dansk skatteretlig behandling**
 - LL § 6 B og KGL § 1, stk. 6 sikrer gældsbehandling i finansielle virksomheder (hybrid kernekapital)
 - Udstedelser uden for anvendelsesområdet?
 - Omdiskuteret; SKM antager at der ikke er tale om gæld, mens Kammeradvokaten og litteraturen er uenige heri.
- **EU-direktiver**
 - Artikel 4, stk. 1 (d) giver eksplicit medlemsstaterne muligheden for at undlade at anvende direktivet for Perpetual og Super Maturity Debt.
 - Falder som udgangspunkt ikke under moder-/datterselskabsdirektivet
 - Formentlig kun omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, hvis faktisk behandlet som "distributed profit" i kildestaten.
- **Dobbeltbeskatningsoverenskomster**
 - Artikel 10 eller 11 i OECD-modellen?
 - Uklart hvilke kriterier der finder anvendelse: "the corporate rights test" eller "the debt claim test"?
 - Corporate rights test: Ikke udbytte.
 - Debt claim test: formentlig gæld.
 - Derfor formentlig rente efter artikel 11.

Profit Participating Loans

- Gæld med egenkapital karakteristika (udbyttegivende gældsbreve)
- Bredt anvendt i virksomhedshandler og andre situationer
- Dansk skatteretlig behandling
 - Gæld/fordring omfattet af kursgevinstloven (såvel udsteder som investor).
 - Som udgangspunkt vil en overskudsafhængig rente næppe falde under det snævre rentebegreb.
 - Overskudsafhængig rente på lån anses derfor i stedet for et kurstab/kursgevinst.
 - Opgørelse af kurstab medfører, at fradragsretten for udsteder reelt udskydes indtil faktisk indfrielse af lånet, hvis ikke lagerbeskatning.
- EU-direktiver
 - Artikel 4, stk. 1 (b) giver eksplicit medlemsstaterne muligheden for at undlade at anvende direktivet for profit participating loans.
 - Falder som udgangspunkt ikke under moder-/datterselskabsdirektivet
 - Formentlig kun omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, hvis faktisk behandlet som "distributed profits" i kildestaten.
- Dobbeltbeskatningsoverenskomster
 - Art. 10 eller art. 11 i OECD MBO?
 - Uklart hvilke kriterier der finder anvendelse: "the corporate rights test" eller "the debt claim test"?
 - Corporate rights test: Ikke udbytte, med mindre andre equity karakteristika opfyldes.
 - Debt claim test: formentlig gæld
 - Derfor formentlig rente efter artikel 11

Convertible bonds (optional and mandatory etc.)

- Gæld med karakteristika
- Gæld kombineret med en warrant
- Stor udbredelse med forskellig begrundelse
- Dansk skatteretlig behandling
 - Optional convertibles
 - Investor: Aktieavancebeskatning, dog uden mulighed for skattefrihed som datter- og koncernselskabsaktier.
 - Udsteder: gæld
 - Tidligere diskussion om begrebsdannelse er atter relevant siden 2008, jf. TfS 2003, 113 LR
 - Mandatory & reverse convertibles?
 - Uklart før 2005,
 - Omfattet af aktieavancebeskatningsloven fra 2005 til 2008
 - Atter uklart efter 2008.
 - Tidligere diskussion om warrant (tegningsret), option, terminskontrakt, fordring, aktie.....
 - LR har tidligere i ikke-offentliggjort praksis fattet sympati for synspunktet om, at der er tale om en tegningsret, hvor tegningsbeløbet er indbetalt på forhånd – dermed tilbage i ABL
 - TfS 2003.895 LR: Fransk ORA ikke en aktie
 - TfS 2009.67 SR: Anset for en fordring – men åbner for en konkret vurdering.

Convertible bonds (optional and mandatory etc.)

- **EU-direktiver**
 - Art. 4, stk. 1 (c) giver formentlig medlemsstaterne muligheden for at undlade at anvende direktivet for visse typer af konvertible obligationer.
 - Falder som udgangspunkt ikke under moder-/datterselskabsdirektivet
 - Formentlig kun omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, hvis faktisk behandlet som "distributed profits" i kildestaten.

- **Dobbeltbeskatningsoverenskomster**
 - Behandles generelt som renter i overensstemmelse med artikel 11 i OECD modellen.
 - Udbytteklassifikation kan ikke udelukkes for visse typer af mandatory convertibles.

Preference shares

- Aktier med gældskaraktetika
- Stor udbredelse med forskellig begrundelse
- Dansk skatteretlig behandling
 - Alt hvad der selskabsretligt kan konstrueres, skal formentlig anerkendes som aktiekapital i skatteretlig henseende.
 - Bemærkninger til Selskabsloven: meget bredt perspektiv.
 - Modif.: TfS 1985.324 LR (ikke anerkendt som udbytte – stemmeløse aktier, hvor udbyttet kunne beregnes på forhånd, akkumulerede udbytter skulle betales ved salg)
 - Eksempel: SKM 2010.448 SR (datterselskabsaktier uden udbytteret, stemmeret).
- EU-direktiver
 - Omfattet af moder-/datterselskabsdirektivet, som ikke skelner mellem forskellige former for aktiekapital.
 - Alene undtaget, hvis der sker en national omkvalificering eller hvis der foreligger svig- eller misbrug.
- Dobbeltbeskatningsoverenskomster
 - Klart udgangspunkt er udbytte (artikel 10 OECD MDBO).
 - Ændres formentlig, hvis der er tale om aktier med tilbagesalgsspligt, hvis ret til udbytte og likvidationsprovenu er elimineret.

Skattearbitrage

- Modvirkning af skattearbitrage er et nyt stort emne inden for international skatteret
- Danske værn
 - SEL § 2 B vedrørende indgående hybrid finansiering (2007)
 - SEL § 13 vedrørende udgående hybrid finansiering (2009)
- Andre lande med værn
 - UK, Tyskland
 - Stigende fokus i EU og OECD (BEPS/2014 ændring til Moder-/datterselskabsdirektiv/ATA-direktivet)
- EU-ret og dobbeltbeskatningsoverenskomster?

Hybrid Kernekapital

- Tendens
 - Ændring i regler om hybrid kernekapital
 - KOM(2008) 602
 - Ændring af EU-direktiver
 - Udviklet definitioner, der definerer hybrider, som anerkendes som oprindelig EK
 - Delvis imødeset med Bankpakke II
 - Basel III (større krav til egenkapital og Tier 1 kapital)
 - Skattemæssige overvejelser?
 - SKM 2009.67 SR tillader fradragsret uden ændret lovgivning
 - Betydning af konverteringsmulighed (pligt)?
 - Er der fradrag for alle typer hybrid kernekapital, som opfylder betingelserne under direktivet?
 - Sverige er gået i modsat retning og nægter fradrag for alle omfattede former.

Perspektivering

- Stor usikkerhed grundet
 - Nationale forskelle.
 - Uklar retsstilling efter intern ret.
 - Uklarhed med hensyn til anvendelsen af EU-direktiver.
 - Uklarhed med hensyn til anvendelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomster.
- Derfor for stor usikkerhed til at opnå fuldt udbytte af de muligheder der tilbydes gennem finansiel innovation.
- Dette kombineret med en vis tilbageholdenhed blandt danske virksomheder, som formentlig skyldes vanetænkning og tradition.
- Kunne vi stille os tilfredse?
 - Uforløst potentiale som kunne forbedre mulighederne for at opnå skræddersyet finansiering der i højere grad tilfredsstillende udsteder og investor.
 - Derfor forskningens opgave at tilvejebringe en samlet analyse af området i international skatteret og påpege uhensigtsmæssigheder, muligheder og reformforslag – en opgave som kræver jord under neglene.



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Seneste TP afgørelser

Seneste TP afgørelser

Forhøjelse af skattepligtig indkomst

- SKM 2016.436.LSR (skatteyder fik medhold)
- SKM 2017.187.LSR (skatteyder fik medhold – dissens)
- SKM 2017.115.LSR (skattyder fik medhold)

Bøde grundet for sen indsendelse/mangelfuld dokumentation

- SKM 2017.216.BR (bødepålæg)
- SKM 2017. 227.ØLR (bødepålæg)

SKM 2016.436.LSR

Transfer pricing forhøjelse for 2005 og 2006

- Kendelse fra 16/12-15 – offentliggjort 3/10-16
- SKATs afgørelse
 - Skønsmæssig forhøjelse grundet mangelfuld TP-dokumentation
- LSRs kendelse
 - Nedsætter SKATs afgørelse til 0
 - Selskabet har fremlagt så meget dokumentation, herunder sammenlignelighedsanalyser, at SKAT skal sandsynliggøre, at selskabets priser vedrørende de omhandlede IAA-aktiviteter ikke overholder armslængdeprincippet i ligningslovens § 2

SKM 2016.436.LSR

LSRs kendelse

- Var selskabets TP-dokumentation tilstrækkelig?
 - Mulighed for skøn ved manglende el. mangelfuld TP-dokumentation, jf. SKL § 5, stk. 3
 - Ja – selskabets TPD var efter LSRs opfattelse tilstrækkelig
 - Ingen sondring mellem oprindelig TPD og efterfølgende materiale
- Var SKATs forhøjelse tilstrækkeligt begrundet?
 - Nej – ej på tilstrækkeligvis dokumenteret, at selskabets sammenlignelighedsanalyse var behæftet med så store usikkerheder, at den ikke kunne lægges til grund og derfor ikke sandsynliggjort, at selskabets priser var i strid med AL-princippet
 - Konkret vurdering

SKM 2016.436.LSR

Relevante transaktioner

- Global koncern – konsulenttydelser
 - "Skalerbare, standardiserede processor, metoder og værktøjer samt specialiserede forretningsproces- og teknologikompetencer" – bygger på gruppens immaterielrettigheder og medarbejderekspertise
- IAA-aftale – International Assignment Agreement
 - Mulighed for at trække på medarbejdere på tværs af grænserne
 - Honorar baseret på TNMM (avance mark-up baseret på bruttoavance)
- Vikarbureau / specialiseret arbejdskraft – hvad gik diskussionen ud på?
 - Omkostninger
 - Sammenlignelige virksomheder

SKM 2017.187.LSR

Transfer pricing forhøjelse for 2006-2010

- Kendelse fra 16/12-15 – offentliggjort 13/3-17
- SKATs afgørelse
 - Skønsmæssig forhøjelse grundet mangelfuld TP-dokumentation
- LSRs kendelse
 - Selskabet har fremlagt så meget dokumentation, herunder sammenlignelighedsanalyser, at SKAT skal sandsynliggøre, at selskabets priser vedrørende de omhandlede transaktioner ikke overholder armslængdeprincippet i ligningslovens § 2 (enighed)
 - Nedsætter SKATs afgørelse til 0 (disens)

SKM 2017.187.LSR

LSR's retsmedlemmer er enige om følgende:

- Der er ikke hjemmel til at foretage korrektion efter SKL § 3B, stk. 8 (nu stk. 9)
- Selskabets TP-dokumentation var tilstrækkelig
 - Heller ikke bestridt af SKAT
- Selskabets anvendte metode (TNMM) og er den bedst anvendelige ved sammenlignelighedsanalysen
 - SKAT tog udgangspunkt i samme metode og har ikke foretaget en korrektion baseret på en anden metode
- Det lægges til grund, at SKAT er enig i selskabets valg af sammenlignelige selskaber
 - SKAT har ikke korrigeret eller kommenteret de i databaseundersøgelsen udvalgte selskaber

SKM 2017.187.LSR

LSRs kendelse (uenighed)

- Sammenlignelighedsanalysen - afskrivninger på goodwill skal ikke indgå som omkostning i selskabets driftsresultat
 - Regnskabsmæssig goodwill (913 mio) er opstået ved opkøb af selskab (forskellen mellem bogført egenkapital og prisen for selskabet) -> relateret til kapitalinteresser og har ingen driftsmæssig betydning
 - Ved fusion efter sammenlægningsmetoden overføres goodwill til det fortsættende selskab -> fortsat resultat af kapitalinteresser og ikke et udtryk for tilkøb af et driftsrelateret aktiv
 - -> har ikke betydning for driften og dermed omsætningen
- Der tages ikke stilling til, om omkostninger til IT-system i 2006 skal medtages, da selskabets resultat falder indenfor benchmark i begge tilfælde.

SKM 2017.115.LSR

Transfer pricing forhøjelse for 2006-2009

- Kendelse fra 15/12-16 – offentliggjort 24/2-17
- SKATs afgørelse
 - Skønsmæssig forhøjelse grundet mangelfuld TP-dokumentation
- LSRs kendelse
 - SKAT var berettiget til at foretage en skønsmæssig vurdering
 - SKATs skøn var i overensstemmelse med OECD TPG
 - Selskabet havde i tilstrækkelig grad godtgjort at SKATs skøn skulle ændres
 - Nedsætter SKATs afgørelse, men resulterer i samlet indkomstforhøjelse

SKM 2017.115.LSR

LSRs kendelse

- Selskabets TP-dokumentation var ikke tilstrækkelig
 - Dokumentationen for de relevante år havde væsentlige mangler
 - Lagt vægt på, at der manglede en sammenlignelighedsanalyse
 - Lagt vægt på, at selskabet ændrede TP metode og funktions- og riskobeskrivelserne i 2011 – også gældende for 2006-2009.

- Selskabets TP-metode kunne ikke godkendes
 - Allokering af indkomst til PE baseret på konkret omsætning i Land Y1 samt skønnet andel af de danske produktionsomkostninger, afholdt i Danmark
 - Da der ikke er produktion i Land Y1, er denne metode ikke i overensstemmelse med OECD TPG

SKM 2017.115.LSR

LSRs kendelse

- SKATs skønsmæssige vurdering skulle ændres
 - Selskabet har i tilstrækkelig grad godtgjort, at det faste driftssted har funktioner og risici der i højere grad er sammenlignelige med de selskaber i SKATs benchmark-analyse, der er placeret øverst i intervallet
 - Benchmark med 8 selskaber
 - 7 ud af 8 selskaber solgte byggematerialer til private kunder
 - De 7 byggemarkeder solgte også andre former for byggemateriale med lav avance
 - Den 8. virksomhed solgte tilsvarende produkt, men billigere og af lavere kvalitet
 - Rimelig aflønning (TNMM) 20,1% af driftsomkostninger – SKAT: mark-up på 14,4 % af driftsomkostningerne

SKM 2017.216.BR

Bødeudmåling for indkomstårene 2009-2012

- Dom fra 30/9-16 – offentliggjort 23/3-27 (prøvesag)
- Byrettens dom
 - Dokumentationens var ikke tilstrækkelig
 - Materialet ikke var opdateret siden 31/12-2007
 - Materialet indeholdte ikke de anførte bilag om koncernenes opbygning mv.
 - Tillægges ikke betydning at selskabet har korrespondance med SKAT inden udløb af de 60 dage
 - Selskabets revisor indsendte tilstrækkelig TP dokumentation 27/2-2014
 - Mangelende overholdelse anses for groft uagtsomt
- Bødeudmåling
 - 125.000 kr. pr. indkomstår, da egnet dokumentation efterfølgende er fremsendt
 - Bøden nedsættes til 250.000 kr., da tiltalte anses for at have samarbejdet og bidraget til fremskaffelse af oplysning til SKAT

SKM 2017.227.ØLR

Bødeudmåling for indkomstårene 2009-2012

- Dom fra 30/9-16 – offentliggjort 23/3-27 (prøvesag)
- Byrettens dom
 - Dokumentationskravene var ikke opfyldt
 - SKATS anmodning var blevet væk internt
 - Revisor fremsendte regnskabsoplysninger til SKAT før anmodningen herom (men efter fristen)
 - Mangelende overholdelse anses for groft uagtsomt
- Bødeudmåling
 - 125.000 kr. pr. indkomstår, svarende til de sparede omkostninger ved ikke at lave dokumentationen
 - Samlet bøde på 500.000kr., da ingen formilende eller skærpede omstændigheder
- Østre Landsrets dom
 - Nedsætter bøden til 250.000 kr., da der er tale om én overtrædelse vedrørende fire år



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

JAKOB BUNDGAARD

MANAGING DIRECTOR
HONORARY PROFESSOR, M.SC., PH.D

KATJA DYPPEL WEBER

ASSOCIATE PARTNER
ASSOCIATE PROFESSOR, M.SC., PH.D

CORIT ADVISORY P/S
LYNGBY HOVEDGADE 17, 2. SAL
2800 KONGENS LYNGBY
DENMARK

WWW.CORIT-ADVISORY.COM

P: +45 40 42 22 84
E: JB@CORIT.DK