

Udfordringer for holdingselskabsstrukturer

23. marts 2011

Jakob Bundgaard

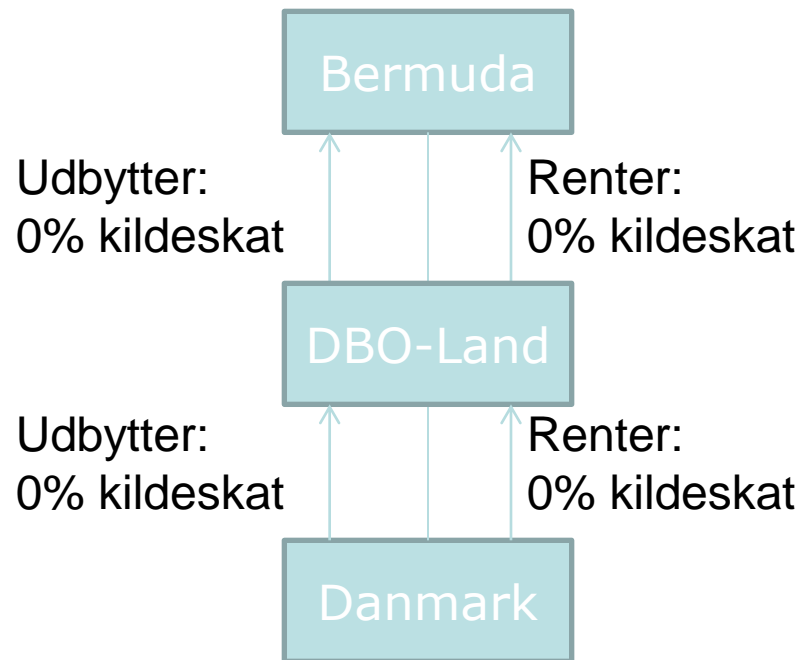
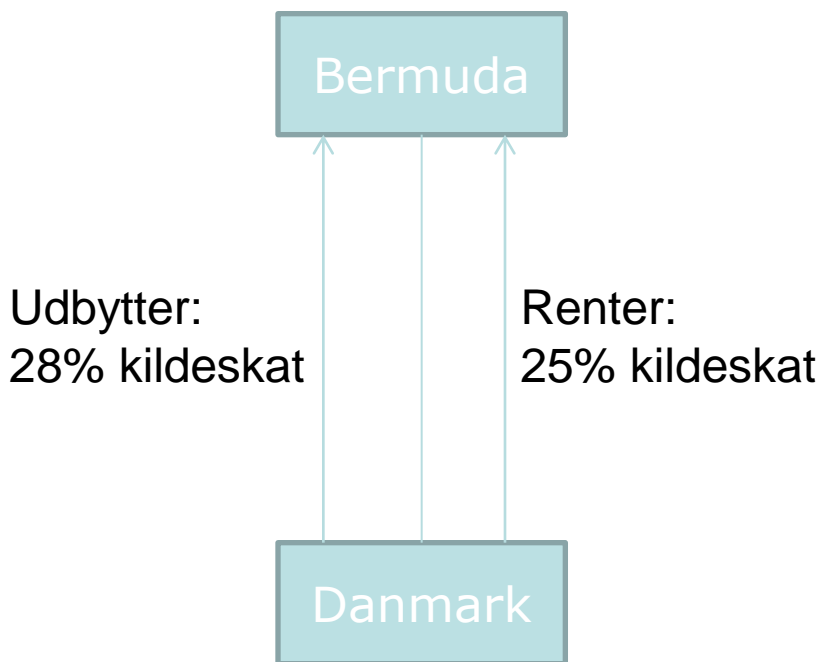
Moalem Weitemeyer Bendtsen

Advokatpartnerselskab

1. Beneficial ownership
2. Mellemløst selskab

1. Beneficial ownership

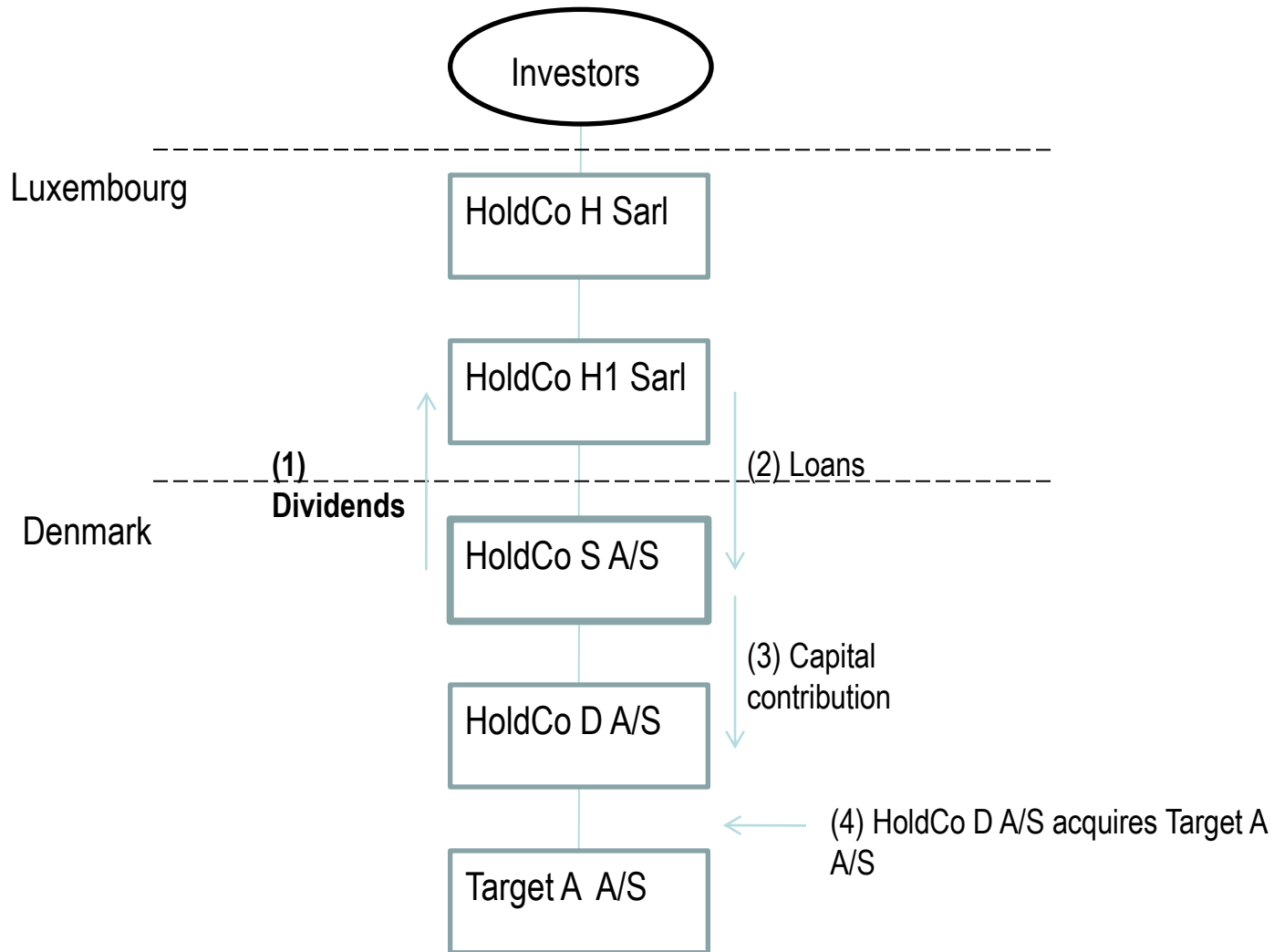
- Treaty shopping eller gennemstrømningselskaber



- Treaty shopping er et kendt fænomen i dansk skatteret
 - Før 1987 var Danmark som transitland for royalties
 - I 1987 blev der indført begrænset skattepligt på royalties
 - I 1998 blev Danmark transitlande for datterselskabsudbytter
 - I 2001 blev reglerne for datterselskabsudbytter strammet
- Fokus er nu på situationer, hvor Danmark er kildelandet
 - Udbytter blev i videre omfang gjort begrænset skattepligtige i 2001
 - Renter og kursgevinster blev gjort begrænset skattepligtige i 2004
- Det danske værn mod treaty shopping
 - Ingen regler i intern lovgivning
 - Ingen regler i DBO'erne bortset fra den dansk/amerikanske DBO
 - Ingen implementering af værnsregel efter EU-direktiver
- Begrænset skattepligt efter intern skatteret
 - Renter/udbytter: Ikke skattepligt, når beskatningen skal nedsættes efter EU direktiver eller DBO
 - Royalties: Ikke skattepligt, når beskatningen skal nedsættes efter EU direktiv

- SKAT har rejst sager om treaty shopping baseret på beneficial ownership
 - Hidrører fra common law, som sonderer mellem økonomisk og juridisk ejerskab
 - Indført i artikel 10, 11 og 12 i OECD's modeloverenskomst i 1977
 - Omstridt hvorfor det blev indsat i modeloverenskomsten
 - Anvendes i de fleste danske DBO'er, i rente/royalty direktivet, men ikke i moder-/datterselskabsdirektivet
- Begrebsindholdet højst usikkert:
 - 1977: "an nominee or an agent"
 - 2003: "a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties"
- Beneficial ownership-begrebet er ukendt i dansk ret
 - Teorien har traditionelt konkluderet, at den formelle juridisk ejer skulle behandles som beneficial owner
 - Skattemyndighederne synes at have delt denne retsopfattelse

- Skatteministerens nye fortolkning af beneficial ownership-begrebet
 1. Udenlandsk holdingselskab er som udgangspunkt beneficial owner
 2. Beneficial ownership synonym med en realitetsprøvelse eller princippet om rette indkomstmodtager
 3. Begrebet skal undergives en internretlig fortolkning
 4. Kun gennemstrømningselskab, hvis der faktisk kanaliseres en pengestrøm gennem holdingselskabet
 5. Der skal ses igennem et gennemstrømningselskab, hvorved et udbytte kan være fritaget for udbytteskat på baggrund af et bagvedliggende moderselskabs forhold
- SKAT og Kammeradvokaten argumenter under de igangværende sager stik i mod pkt. 2-5



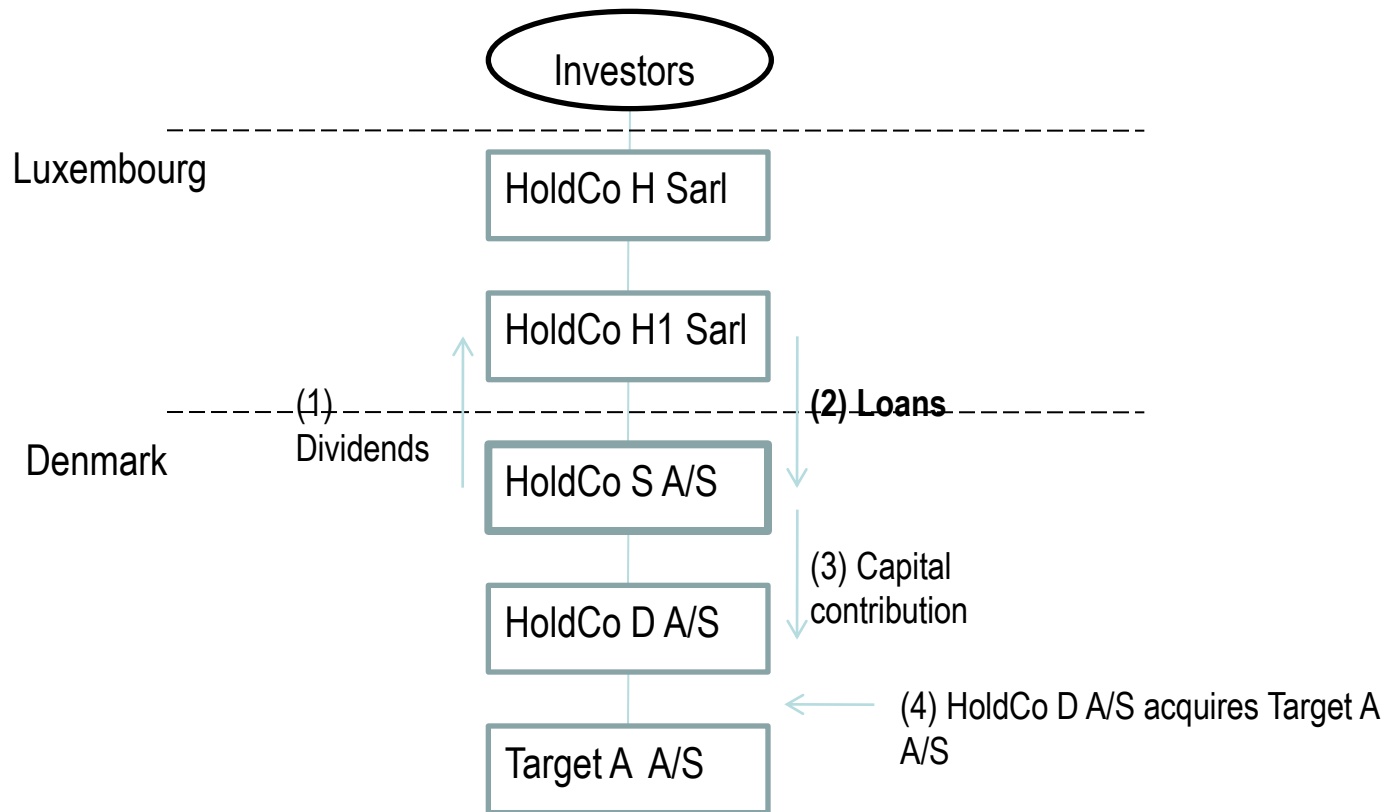
- SKAT

- Indeholdelsepligt i udbytter, da holdingselskab ikke beneficial owner efter DBO
- Autonom fortolkning af beneficial ownership-begrebet
- Dynamisk fortolkning på baggrund af 2003 kommentarer
- Holdingselskabet havde ingen aktiviteter og ingen selvstændig ret til at disponere over udbyttet
- Art. 1, stk. 2, i M/D direktiv kan anvendes på grundlag af EU-Domstolens retsmisbrugsbegreb, uanset at dette ikke er gennemført i dansk ret

- Skatteyderen

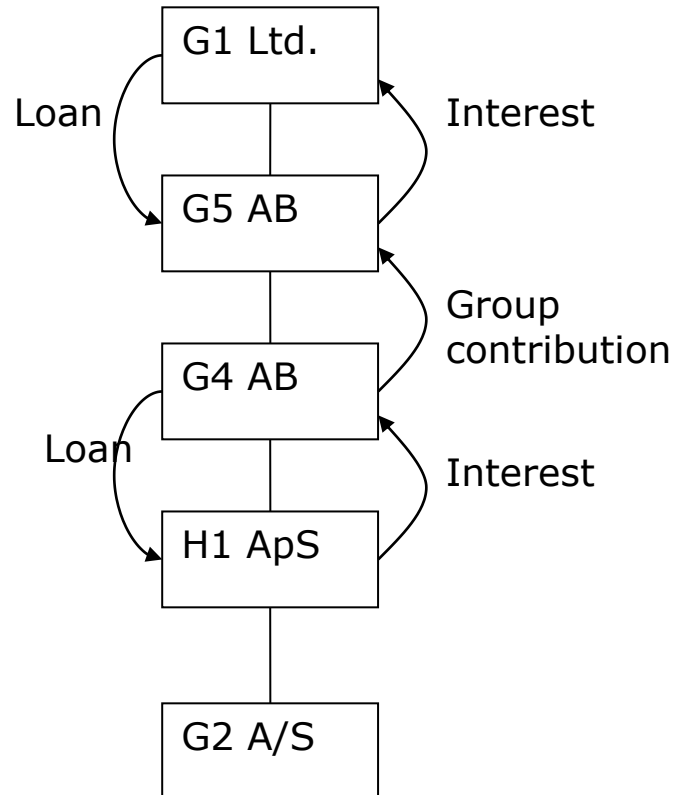
- Holdingselskabet var beneficial owner efter DBO
- Holdingselskabet krav på skattefritagelse efter moder-/datterselskabsdirektiv
- Afgørelsen udtryk for en skærpeelse af administrativ praksis
- Internretlig fortolkning af beneficial ownership-begrebet
- En autonom fortolkning skulle være statisk på basis af 1977 kommentarerne
- Holdingselskabet beneficial owner, da der ikke var sket en viderebetaling

- Landsskatterettens flertal
 - Autonom, dynamisk fortolkning af beneficial ownership-begrebet
 - Manglende viderebetaling = holdingselskabet var beneficial owner efter DBO
 - Udbyttet skattefrit efter moder-/datterselskabsdirektivet, da hverken princippet om rette indkomstmodtager eller en realitetsprøvelse kunne anvendes
 - Ikke skattepligt efter hverken DBO eller moder-/datterselskabsdirektivet
- Kommentarer
 - Resultatet kan tiltrædes, men begrundelse overraskende
 - Tradition for internretlig fortolkning, når resultatet ikke er relativt klart af en DBO
 - Beneficial ownership ikke defineret i DBO eller OECD's modeloverenskomst
 - OECD's kommentarer er meget upræcis
 - Begrebet fortolkes forskelligt i international retspraksis og teori
 - Resultatet af kommende sager afhænger bl.a. af:
 - Om indkomsten består i udbytter eller renter
 - Om holdingselskabet er hjemmehørende i EU eller ej
 - Om holdingselskabet har meget snævre beføjelser over indkomsten
 - Om indkomsten er viderebetalt
 - Er der udvist forsømmelighed efter KSL § 69



- HoldCo H1 beneficial owner, da der ikke var kanaliseret videre
- Beneficial owner i rente/royalty direktiv samme indhold som i DBO

- Faktum



- Landsskatteretten gav SKAT medhold.
- Landsskatteretten fandt, at G4 AB hverken i relation til dobbeltbeskatningsoverenskomsten eller i relation til direktivet, kunne anses for "beneficial owner".
- Vægt på den mellem de interesseforbundne parter faktisk tilrettelagte konstruktion, hvorefter G4 AB overfører de fra H1 ApS modtagne renteindtægter til G5 AB via de svenske regler om koncernbidrag, og fra G5 AB videre som renteudgifter med fradrag til G1 Ltd., med den virkning, at de af H1 ApS påhvillende rentebetalinger tilgår G1 Ltd. via de svenske selskaber.
- Udtalt, at på tidspunktet for konstruktionens etablering var Rådets direktiv af 1. juni 2003 (rente-/royaltydirektivet) vedtaget, og at det efter vedtagelsen heraf måtte det forventes, at der ville blive indført renteskat her i landet.
- Da koncernbidraget ville være fradragsberettiget for det indskydende selskab, medens der ville være skattepligt for det modtagende selskab, ville der ikke komme skattepligtig nettoindkomst af de samlede transaktioner til beskatning i de svenske selskaber, der således må anses som gennemstrømningsselskaber uden reelle beføjelser til/muligheder for at træffe afgørelse om disposition af de modtagne overførsler.
- At overførslerne mellem de svenske selskaber sker i form af koncernbidrag og ikke som rente er i den forbindelse uden betydning.
- G4 AB afslås derfor overenskomstens og/eller direktivets fordele om bortfald af den danske kildeskat.
- Ikke godtgjort, at betingelserne for bortfald af skattepligten i medfør af SEL § 2, stk. 1, litra d, sidste punktum var til stede, da det, jf. den svenske inkomstskattelagen 35 kap. 2 a m.v. § 1L, ikke kunne anses for godtgjort, at det svenske selskab, hvis det havde været kontrolleret eller under væsentlig indflydelse af et her i landet hjemmehørende selskab, ville have haft fradrag for koncernbidrag.

- Endnu mere usikkert at rådgive om den skattemæssige behandling af udbytte- og rentestrømme fra danske selskaber til udenlandske holdingselskaber.
- De centrale forhold der er udledt af kendelsen kan bruges til at give en indikation af, om Landsskatteretten vil anerkende et mellemholdingselskab som beneficial owner:
 - Om der er tale om interesseforbundne parter.
 - Om der er en vis automatik i viderebetalingen af renterne/udbytter og om der reelt ikke er anden mulighed end at lade betalingen passere videre i systemet.
 - Om der er tidsmæssigt sammenfald mellem betalingerne.
 - Om formålet med strukturen var at undgå dansk kildeskat.
 - Om der bliver betalt skat i udlandet af de modtagne betalinger.
 - Om der findes driftsmæssige aktiviteter, ansatte, kontor eller administration i holdingselskabet.

- Bindende svar? Se SKM 2011.47 SR, afvisning men centrale udsagn
 - De bagvedliggende ejere på forhånd eller "automatisk" har disponeret over beløbene,
 - Praktisk mulighed for at disponere på anden måde end fastlagt af ejerne,
 - Holdingselskabet i relation til de konkrete transaktioner anvendes for at muliggøre skatteunddragelse.
- Det oplyses, at bedømmelsen af det udbyttemodtagende EU-selskab efter Skatteministeriets opfattelse forudsætter *konkrete, faktuelle oplysninger* om bl.a.:
 - Aftaler om dispositionsret/råderet over udbyttebeløbet,
 - Hvornår og hvordan udbyttebeløbet forventes anvendt, herunder om det på forhånd - uanset at der ikke foreligger formelle aftaler herom - må anses for at ligge fast, at den formelle udbyttemodtager ikke har nogen mulighed for selvstændigt at disponere over beløbet,
 - Hvilke udgifter/krav der forventes betalt med udbyttebeløbet
 - EU-selskabets konkrete forretningsmæssige funktioner,
 - Begrundelse for EU-selskabets placering i et bestemt EU-land
 - Udbyttebeløbets størrelse,
 - Finansieringsforhold og
 - Ejerkredsens sammensætning og hjemsted på udlodningstidspunktet.

- Bindende svar er dog givet i SKM 2011.142 SR: ikke indeholdelsespligt ved udlodning af fordring: transaktionsbestemt konkret vurdering:
 - Tillagt vægt:
 - At fordring ophører ved konfusion ved udlodning til debitor
 - At det oprindelige lånebeløb er anvendt til køb af hollandsk selskab

2. Melleholdingelskaber

Moalem Weitemeyer Bendtsen

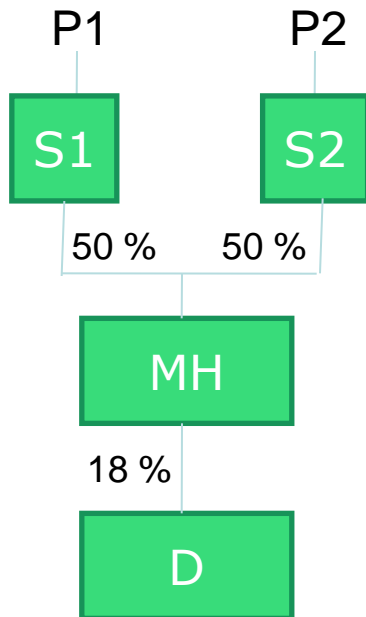
Advokatpartnerselskab

- Datterselskabs- og koncernselskabsaktier
 - Skattefri uanset ejertid (ABL § 8)
 - Harmoniserer beskatningen af aktieavancer og udbytter
- Porteføljeaktier
 - Gevinst og tab er skattepligtige uanset ejertid (ABL § 9)
 - Tab på lagerbeskattede PA fradrages løbende
 - Tab på realisationsbeskattede PA – kildeartsbegrænsning
 - Lagerbeskatning efter ABL § 23, stk. 2 (ABL § 23, stk. 5)
 - Både noterede og unoterede aktier
 - Baseret på handelsværdien
- Realisationsbeskatning (ABL § 23, stk. 6)
 - Unoterede porteføljeaktier
 - Valgmulighed (påkrævet handling er fortsat uklar)
 - Skal omfatte alle unoterede porteføljeaktier

- Værnsregel ('Juletræsregel')
 - Værnsregel som direkte modvirker tidligere rationaler i investeringsstrukturer om puljning af ejerskab
 - Datterselskabs- og koncernselskabsaktier anses i visse tilfælde for at være direkte ejet af danske selskabsaktionærer i moderselskabet
 - Rette indkomstmodtager af udbytter og aktieavancer forskellig civil- og skatteretligt
- Kumulative betingelser:
 1. MS primære funktion er at eje DSA og KSA,
 2. MS udøver ikke ¹reel økonomisk virksomhed vedr. ²aktiebesiddelsen,
 3. ¹Mere end 50 % af kapitalen i MS ejes, direkte/indirekte, af ²selskaber omfattet af SEL §§ 1 eller 2, stk. 1, litra a, der ikke ville kunne modtage ³skattefrie udbytter ved et direkte ejerskab af aktierne i det enkelte DS, og
 4. Aktierne i MS er ikke børsnoteret
- Stor usikkerhed om fortolkning af loven
- Skatteministeren besvarer FSR's spørgsmål den 2. marts 2010, jf. TfS 2010, 295 DEP

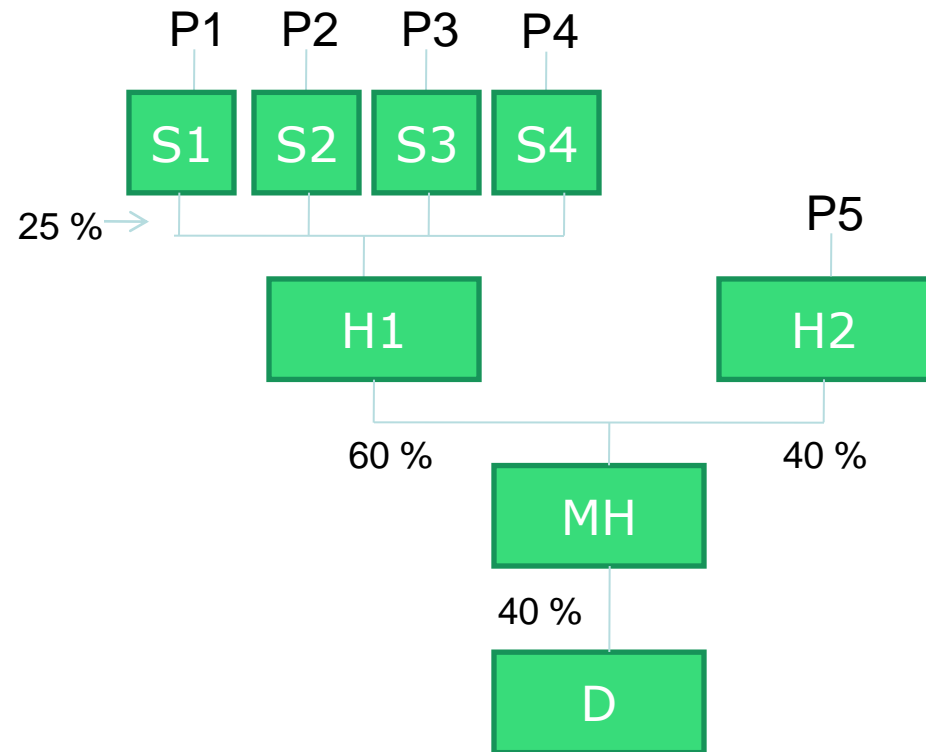
- Retsfølge:
 - Datterselskabs- og koncernselskabsaktier anses for at være ejet direkte af moderselskabets danske selskabsaktionærer og faste driftssteder af udenlandske selskaber
- Hvem påvirkes?
 - Øverste selskabsaktionærer, der umiddelbart opfylder kravene i ABL §§ 4 A og 4 B, anses direkte for at eje aktierne i DS (bilag 41, s. 9)
 - Omfatter ikke
 - » Danske og udenlandske fysiske personer,
 - » Danske PAL-pligtige, som ikke er SEL-pligtige, eller
 - » Udenlandske selskaber uden fast driftssted i DK

1. Klassisk juletræ



- S1 og S2 ejer indirekte 9 % og 100 % af MH
- Værnsregel,
MH-D: +
MH-S1/S2: ÷

2. Klassisk juletræ

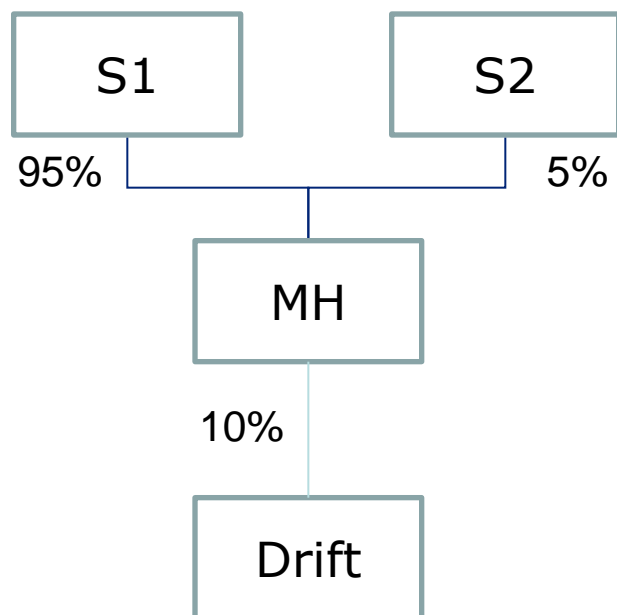


- S1-S4 ejer indirekte 6 % af D og 60 % af MH
- Værnsregel,
MH-D: + (også for H2)
H1-MH : ÷
H2-MH: ÷
S1/S4-H1: ÷

- Ændringer
 1. Porteføljeaktionærer i MH fritages (§ 4 A, stk. 3, 1. pkt)
 2. MH 100% ejerskab fritages (§ 4 A, stk. 3, nr. 3)
 3. Kildeskat skal indbetales til MH af selskabsaktionærene (§ 4 A, stk. 6)
 4. Værn mod opdeling af ejerskabet af MH mellem personlige aktionærer og selskabsaktionærer (§ 4 A, stk. 5)

- Præciseringer
 5. Reglen gælder både direkte og indirekte aktionærer i MH (§ 4 A, stk. 3, 1. pkt.)
 6. Reglen gælder for fonde og udenlandske selskaber, hvis indkomst beskattes i Danmark efter SEL §§ 31 A og 32 og LL § 16 H (§ 4 A, stk. 3, 1. pkt. og § 4 A, stk. 3, nr. 5)
 7. Mere end 50% af aktionærene i MH kan ikke modtage skattefri udbytter fra Drift ved et direkte ejerskab (§ 4 A, stk. 3, nr. 5)
 8. Kun de øverste selskabsaktionærer anses for direkte at eje Drift (§ 4 A, stk. 4)
 9. Tilskud skattefrit for MH, uanset at indkomsten fra Drift ikke udloddes til aktionærene (SEL § 31 D, stk. 6)

1. Porteføljeaktionærer i MH fritages



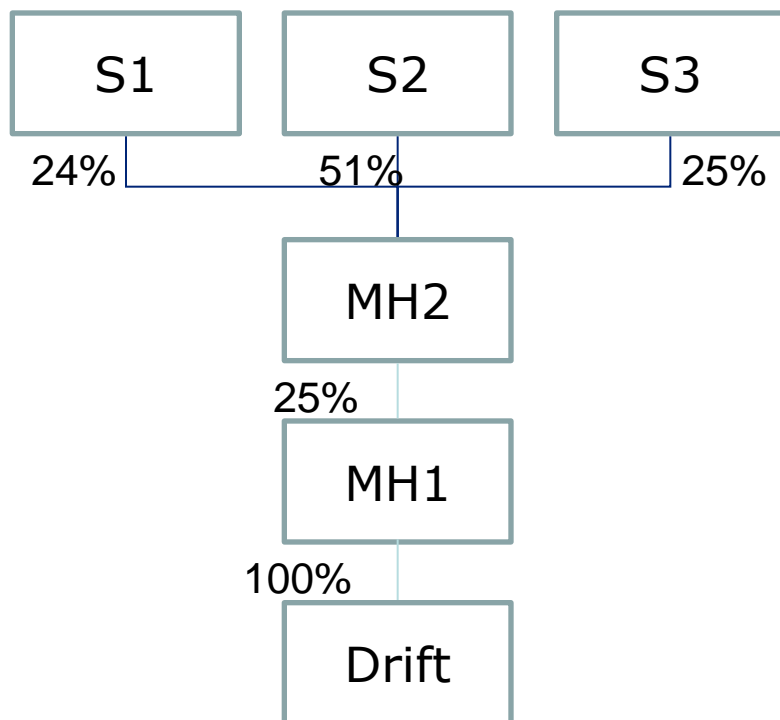
Gældende regler

ABL § 4 A finder anvendelse for både S1 og S2, da mere end 50% af MH er ejet af selskaber, som ejer mere end 10% i MH

Lovforslag

ABL § 4 A finder kun anvendelse for S1, da S2 ejer mindre end 10% i MH

2. MH 100% ejerskab fritages



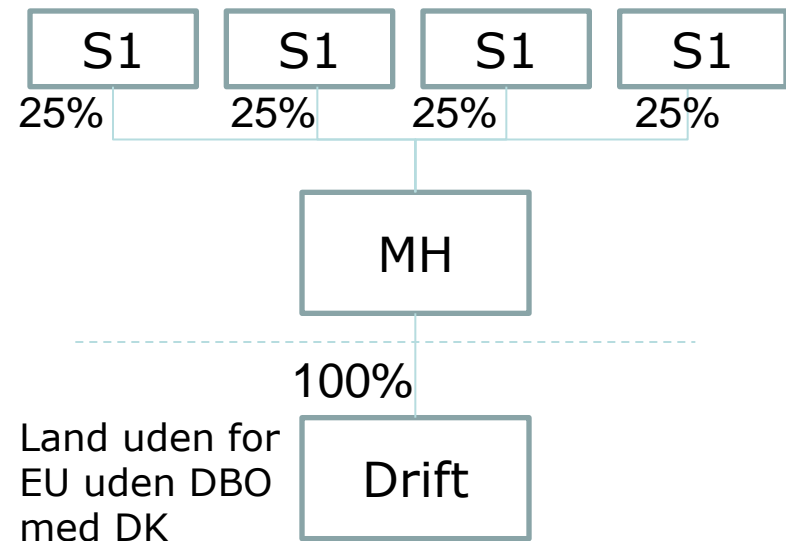
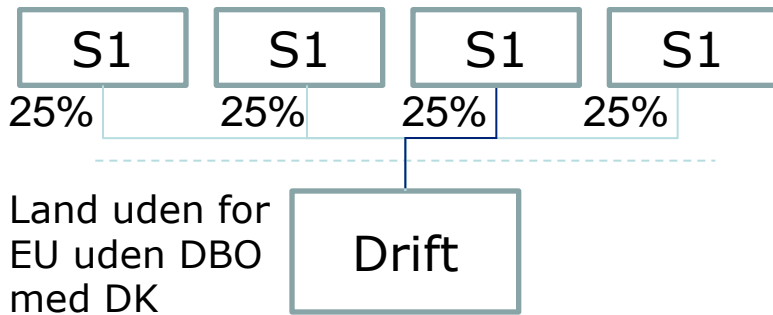
Gældende regler

MH1 er et MH

Lovforslag

MH1 er ikke et MH

2. MH 100% ejerskab fritages – og dog !



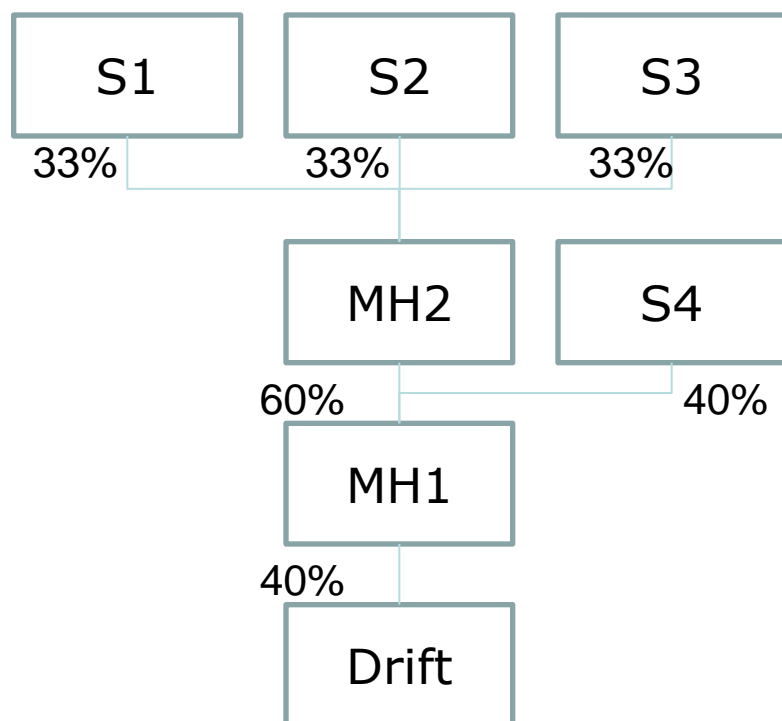
Gældende regler

Udbytter fra Drift skattepligtige for S1-S4

Lovforslag

Undtagelse for 100% ejerskab finder ikke anvendelse, når Drift er hjemmehørende i land uden for EU uden DBO med Danmark

3. Kildeskat skal indbetales til MH



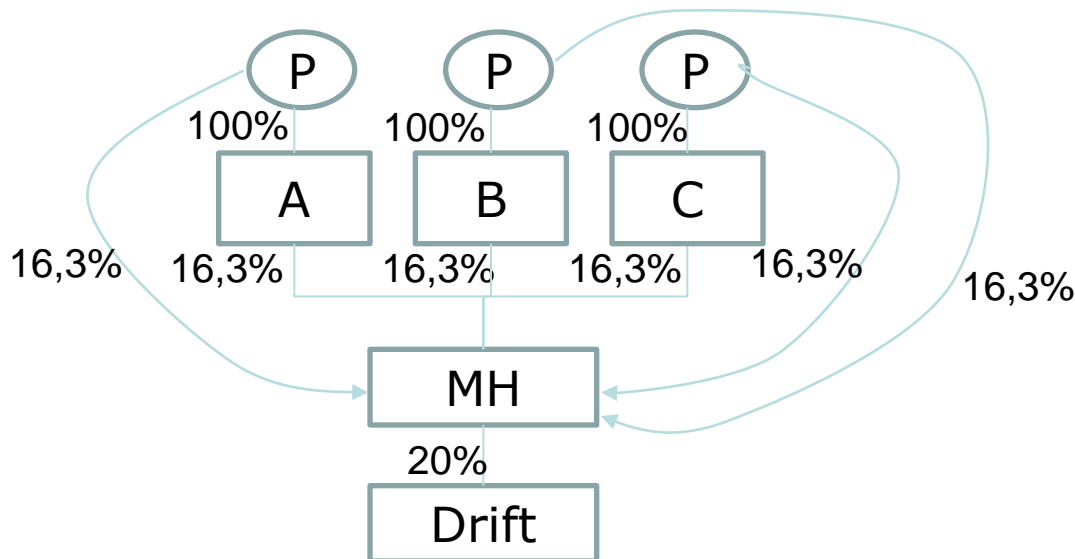
Gældende regler

- Ved udlodning af 100 fra Drift til MH1 skal der indeholdes 15 (25% af 60)
- S4 modtager kun 34 (40% af 85) frem for 40

Lovforslag

- S1, S2 og S3 skal betale et beløb til MH1 svarende til skatteværdien af deres andel af det udloddede udbytte
- MH1 har 100 (85+15), der kan udloddes til S4 og MH2

4. Værn mod opdeling af ejerskabet af MH mellem personlige aktionærer og selskabsaktionærer



Lovforslag

ABL § 4 A finder i anvendelse, da mere end 50% af MH er ejet af selskaber omfattet af SEL §§ 1, 31 A eller 32, eller LL § 16 H

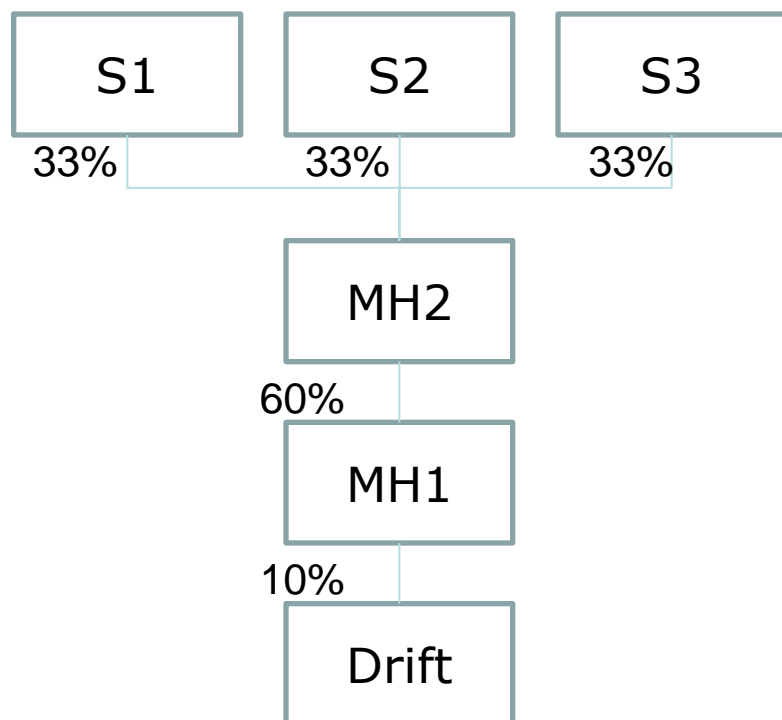
Gældende ret

ABL § 4 A finder ikke anvendelse, da MH ikke er ejet med mere end 50% af selskabsaktionærer

Lovforslag

- ABL § 4 A finder anvendelse, da der til selskabsaktionærernes aktier i MH skal medregnes aktier, som ejes af person, der har bestemmende indflydelse i selskabsaktionærerne m.v.
- Gælder kun, når aktier ejet af selskabsaktionærerne er tillagt udbyttepræference

5. Reglen gælder både direkte og indirekte aktionærer i MH



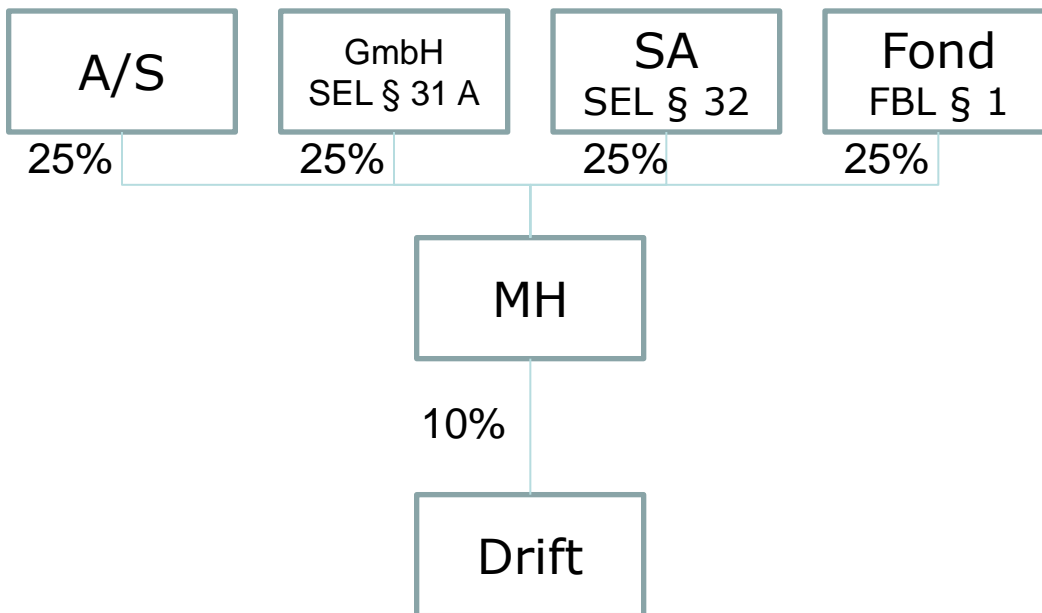
Gældende regler

- Ifølge lovens ordlyd skal aktier i Drift skal anses for ejet direkte af MH1's selskabsaktionærer, dvs. MH2

Lovforslag

- Aktier i Drift skal anses ejet af MH1's direkte og indirekte aktionærer

6. Fonde, international sambeskatning og CFC-beskatning



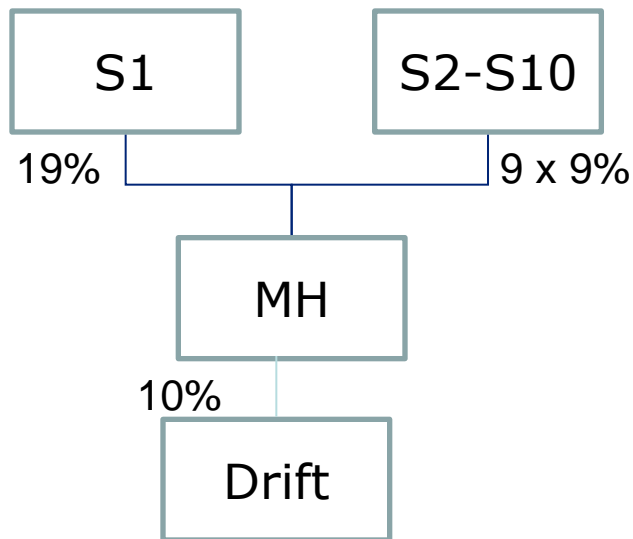
Gældende regler

Ifølge ordlyden finder ABL § 4 A ikke anvendelse, da mindre end 50% af MH er ejet af selskaber omfattet af SEL §§ 1 og 2, stk. 1, litra a)

Lovforslag

ABL § 4 A finder anvendelse, da mere end 50% af MH er ejet af aktionærer omfattet af SEL §§ 1, 31 A eller 32, FBL § 3 eller LL § 16 H

7. Mere end 50% af aktionærene i MH kan ikke modtage skattefri udbytter fra Drift ved et direkte ejerskab



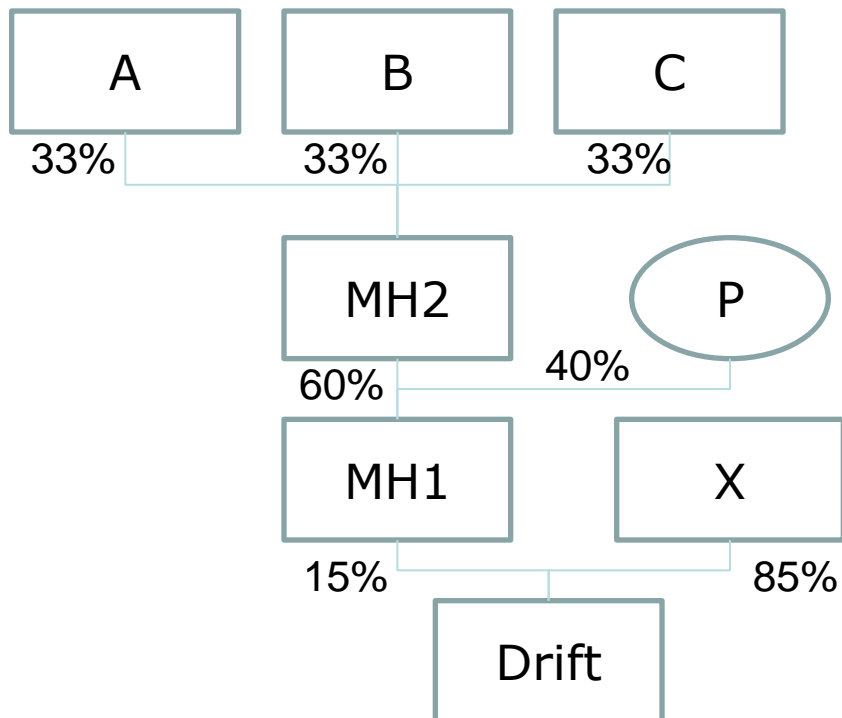
Gældende regler

Ifølge SKAT følger det implicit af § 4 A, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, når mindre end 50% af selskabsaktionærene i MH kan oppebære skattefri udbytter fra Drift

Lovforslag

§ 4 A finder ikke anvendelse, da mindre end 50% af MH ejes af selskaber, som kunne modtage skattefri udbytter fra Drift ved et direkte ejerskab

8. Kun de øverste aktionærer anses for direkte at eje Drift



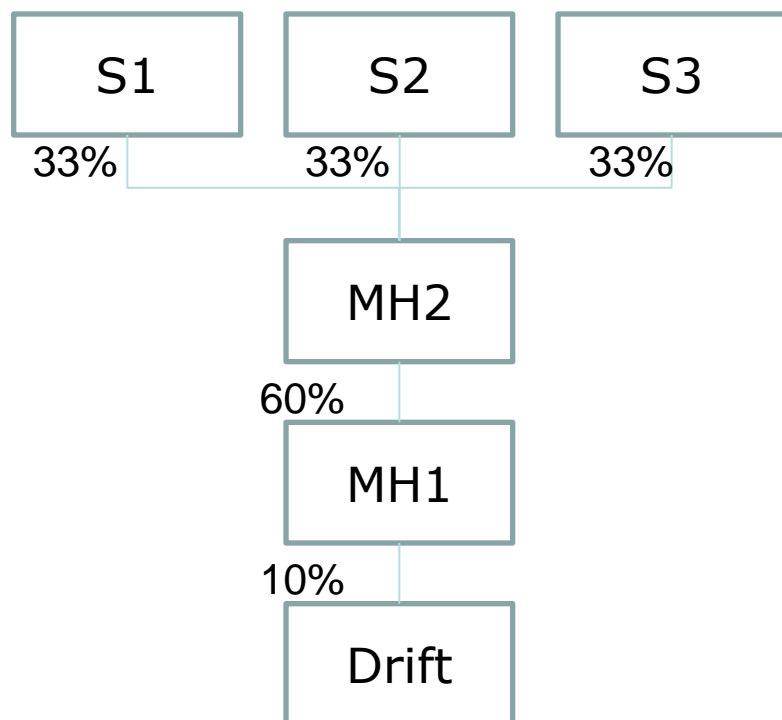
Gældende regler

Ifølge ordlyden skal 15% af aktierne i Drift anses for ejet af MH2

Lovforslag

Aktier skal anses for at være ejet af de øverste af flere mulige led af aktionærer, dvs. A-C

9. Tilskud skattefrit for MH, uanset at indkomsten fra Drift ikke udloddes til aktionærene



Gældende regler

- Udbytter udloddet fra Drift til MH1 skal skattemæssig allokere til S1-S3
- Skal MH1 anses for at have modtaget et skattepligtigt tilskud fra S1-S3?

Lovforslag

MH1 skattefrit af tilskud fra S1-S3

- Finanslovsforlig: Fritagelse for små og mellemstore selskaber
 - Investeringer i små og mellemstore selskaber fritages for ABL § 4 A
 - Små virksomheder
 - Under 50 ansatte, omsætning eller balance på højst EUR 10 mio.
 - Igangsætter-, opstarts- eller ekspansionsfasen
- Mellemstore virksomheder
 - Under 250 ansatte, omsætning på højst EUR 50 mio. og balance på højst EUR 43 mio.
 - Skal være i igangsætter- eller opstartsfasen
 - Må ikke afsætte varer eller tjenesteydelser ved kapitalforhøjelsen
 - Må ikke være overskudsgivende
- Kun nytegning af kapital
- Udarbejdes forretningsplan, exit-strategi og afrapporteres til EU
- Virkning for investeringer, der foretages efter juli 2011



Jakob Bundgaard
Partner, Cand.merc.(jur.), Ph.D.
Adjungeret professor

Tel. 3377 9030

Mob. 3037 9630

Email: jbu@mwblaw.dk



Copenhagen Research Group on International Taxation

- Tax Research for the Business Community - www.corit.dk

Moalem Weitemeyer Bendtsen

Advokatpartnerselskab