



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



EU-selskabsskatteret, digitalisering og nye forretningsmodeller

Skattestyrelsen, 31. oktober 2018

Agenda

1. EU-selskabsskatteret

- Overordnet indføring i EU-skatteretten
- Implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD)
- Temaer fra EU-domstolens praksis

2. Digitalisering og nye forretningsmodeller

- Overblik over nye digitalt baserede forretningsmodeller samt identifikation af de væsentligste skatteretlige udfordringer
- EU-Kommissionens initiativer
- Nationale tiltag



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Del 1



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Overordnet indføring i EU-skatteretten

Overblik

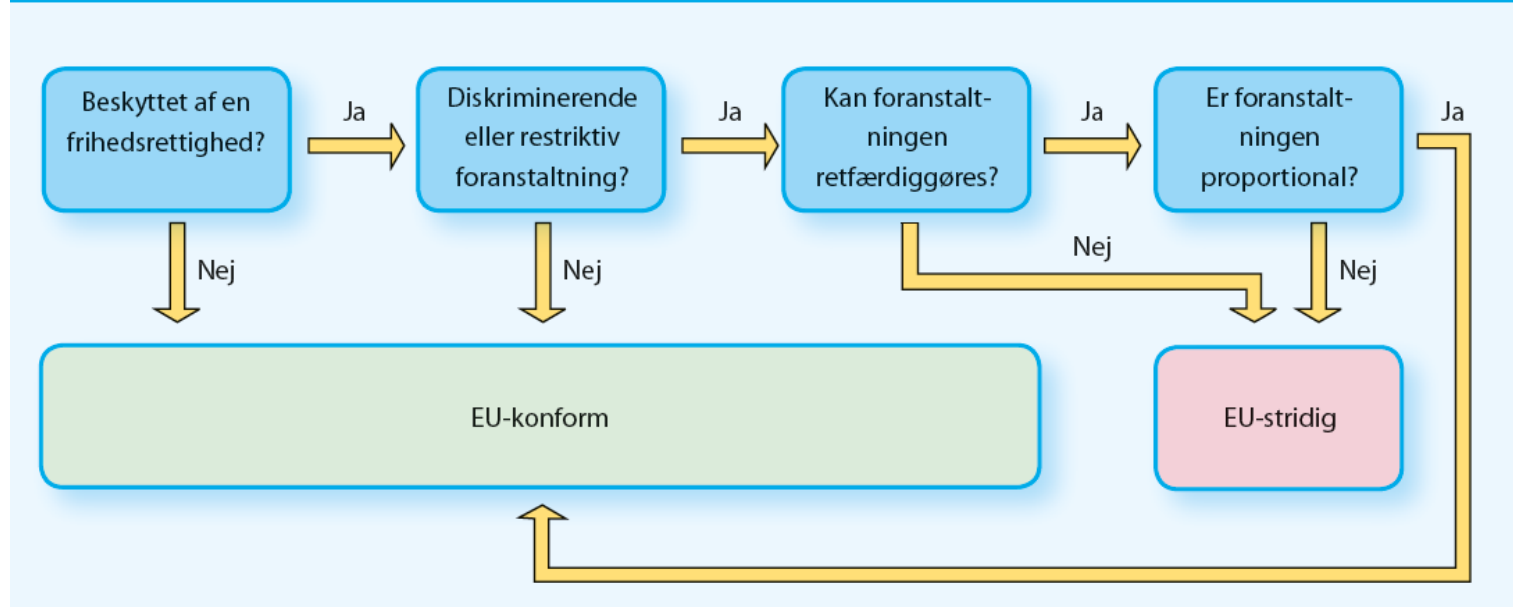
- EU-retten er vidtforgrenet og påvirker vores retssystem på mange måder
- Den primære EU-ret
 - "De fire økonomiske frihedsrettigheder"
 - Varer art. 34
 - Tjeneste ydelser art. 56
 - Personer (etablering art. 49 og arbejdskraft art. 56)
 - Kapital art. 63
 - Statsstøtte art. 107
- Den sekundære EU-ret
 - Moder-/datterselskabsdirektivet
 - Rente-/royaltydirektivet
 - Fusions-skattedirektivet
 - ATA direktivet
 - Tvistløsningsdirektivet
 - Direktiv om administrativt samarbejde
 - Oplysning om "tax rulings" (DAC 3)
 - Oplysning om "potentiel aggressiv skatteplanlægning" (DAC 6)
 - Inddrivelsesdirektivet
 - Moms
- Voldgiftskonventionen
- Adfærdskodeks for erhvervsbeskatning

EU-skatte retten som disiplin

- Traktaten vedrører ikke eksplicit skattespørgsmål
 - Men medlemsstater skal udøve deres kompetence i overensstemmelse med EUF Traktaten.
- EU-retten er en del af dansk ret og international skatteret, som har fået større og større betydning
 - Relevant for rådgivere og myndigheder.
- EUD "nedbryder" skattesystemer uden at erstatte (negativ harmonisering)
 - Regel for regel findes i strid med EU-retten.
 - Ikke megen vejledning til udformning af nye skattesystemer.
- EUD er dynamiske...
 - Ændret stil eller forelagte sager er af en anden karakter end de tidligere sager (2. og 3. generations lovgivning).

Bedømmelse af traktatkonformitet

Figur 7.1 Den EU-retlige test



Bedømmelse af EU-stridighed

- Proportionalitetsprincippet har stigende betydning og der stilles strenge krav til medlemsstaterne om at bevise, at hindringen ikke går videre end nødvendigt
 - Tre centrale afgørelser kan illustrere dette:
 1. *C-150/04, Kommissionen mod Danmark (Pensionsbeskatning)*
 - Eget til at opnå formålet → Sammenhængen i skattesystemet, skattekontrol og bekæmpelse af skatteunddragelse
 - Men ramte alle og dermed videre end nødvendigt
 2. *C-196/04, Cadbury Schweppes (CFC-beskatning)*
 - Eget til at opnå formålet → Afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen og bekæmpelse af skatteunddragelse
 - CFC-regler kun tilladt, hvis ej CFC-beskatning når økonomisk realitet
 - DK alternativ løsning i SEL § 32 og LL § 16 H
 3. *C-446/03, Marks & Spencer (Overførsel af udenlandsk underskud)*
 - Regler, der afskærer overførsel af udenlandsk underskud må ikke begrænse udnyttelsen, hvis det ikke-hjemmehørende datterselskab har udtømt alle muligheder for udnyttelse

Fremtiden?

- **Harmonisering og ensretning/koordination**
 - Kommissionen har fokus på koordineret lovgivning, der forbyder nationale foranstaltninger, som kan hæmme den fri konkurrence på det indre marked
 - Ulemper/hindringer, der hæmmer den frie bevægelighed
 - Fordele, særligt statsstøtte, der kan forvride konkurrencen
 - Relancering af CCCTB
 - En fælles skattebase for MNEs
 - (Konsolidering)
 - Formelallokering
 - Public CbCR
 - Større selskaber skal offentligt fremlægge land-for-land rapportering
 - Rente-/Royaltydirektivet
 - Medlemsstaterne bør ikke være forpligtet til at give royalties en favorabel behandling, hvis de ikke effektivt beskattes andetsteds i EU
 - Adfærdskodeks for erhvervsbeskatning
 - Kommissionen ønsker mandatet udvidet
 - Hurtigere og mere effektivt i tilfælde af skadelig skattekonkurrence



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

ATAD-implementeringen i dansk skatteret

Introduktion

- Lovforslag L 28 (2018/2019) af 3. oktober 2018 – Implementering af Skatteundgåelsesdirektivet (ATAD I & II) i dansk ret.
- ATAD kan ansues som en koordineret EU-respons på OECD's BEPS-projekt → Et minimum af beskyttelse i alle MS
- ATAD indeholder fem regler til imødegåelse af aggressiv skatteplanlægning og skatteundgåelse:
 1. Exitbeskatning
 2. Hybrid-regler
 3. Rentefradragsbegrænsning
 4. Omgåelsesklausul
 5. CFC-regler



Fokus

ATAD

- Forløb
 - Kommissionens 5-punktsplan fra juni 2015
 - Kommissions ATAD-forslag af 28. januar 2016
 - ATA Package
 - ATAD I vedtaget på Ecofin-mødet 12. juli 2016
 - "Switch-over-klausul" udgået og CFC-reglen ændret
 - ATAD II vedtaget på Ecofin-mødet 29. maj 2017
 - Regler om hybride mismatch
- Udover koordineret respons på BEPS-projektet har ATAD også bånd til (C)CCTB-harmoniseringsbestræbelserne

ATAD

- Anvendelsesområde, jf. art. 1
 - Alle skattesubjekter, som er selskabsskattepligtige i en eller flere medlemsstater,
 - Herunder faste driftssteder i en eller flere medlemsstater for enheder, der er skattemæssigt hjemmehørende i et tredjeland
- Definitioner, jf. art. 2
- Minimumsdirektiv, jf. art. 3
 - ATAD skal ikke forhindre anvendelsen af nationale eller aftalebaserede regler, der har til hensigt at sikre en højere grad af beskyttelse af de nationale skattebaser
 - Er subsidiaritets- og proportionalitetsprincipperne overholdt?
 - "Strikt" eller "pragmatisk" forståelse?
 - Fuld koordination ikke opnået

Exit-beskatning og hybride mismatch

- Exit-beskatning → Mindre tekniske justeringer
 - Henstandsperioden nedsættes fra 7 år til 5 år og kravet om afdrag i takt med at aktivets indkomstkabelse bortfalder
 - Indgangsværdi på immaterielle og afskrivningsberettigede aktiver ved hjemstedsflytning er handelsværdien, hvis tilsvarende beskatning er udløst i udlandet.
 - Virkning ved overførsler den 1. januar 2020 eller senere
- Hybride mismatch → Omfattende omskrivning/udvidelse
 - Reglerne justeres i overensstemmelse med systematikken og terminologien i direktivet.
 - SEL §§ 2A og 2B ophæves, og erstattes med §§ 8C-8E, mens § 2C justeres.
 - Virkning fra og med 1. januar 2020

Rentefradragsbegrænsning

- Nugældende regler

1. Tynd kapitalisering

- Kontrolleret gæld
- Solvensgraden (4:1)
- Renteudgifter og kurstab på gæld

2. Renteloft

- Aktivmassen (skatteværdi) ganget standardrente (2018: 2,9%)
- Nettofinansieringsudgifter

3. EBIT-regel

- 80% af skattepligtige indkomst før årets nettofinansieringsudgifter
- Nettofinansieringsudgifter

Rentefradragsbegrænsning

- **OECD action 4 - anbefaling**
 - 10-30% af EBITDA (earning-based)
 - Diskuterer asset-based approach
 - Bred definition af renteudgifter mv.
 - De minimis
 - Group ratio rule (option for +10%)
 - Carry forward
 - Eventuelle targeted rules

- **ATAD art. 4 - minimum**
 - 30% af EBITDA (earning-based)
 - Bred definition af renteudgifter mv.
 - De minimis på 3 mEUR
 - Group ratio rule
 - Carry forward

- **Implementeringsrådet**
 - *”Det anbefales, at alle tre danske rentefradragsbegrænsningsregler i SEL §§ 11, 11 B og 11 C, harmoniseres og forenkles, så de samlet implementerer direktivets regel om rentebegrænsning og ikke går længere. Implementeringsrådet er således enig med FSR - danske revisorer, der i deres høringssvar pegede på behovet for en grundlæggende revurdering og omskrivning af disse regler.”*

Rentefradragsbegrænsning

- **Fra 1. januar 2019**
 1. Tynd kapitalisering
 2. Renteloft
 3. EBITDA-regel
 - 80% af skattepligtige indkomst før årets afskrivninger og overstigende låneudgifter
 - Nyt grundbeløb på 22.313.400 kr.
 - Overstigende låneudgifter erstatter nettofinansieringsudgifter
 - Carry forward af EBITDA
 - Escape group clause

CFC-regler – Gældende ret

- SEL § 32 – CFC-regler for selskaber (FBL § 12 for fonde)
- CFC-beskatning efter SEL § 32 i hovedtræk
 - Kontrollerede datterselskabers indkomst skal medregnes hvis:

Formel 11.1

$$\text{Indkomstbetingelsen: } \frac{\text{CFC-indkomsten}}{\text{sammenligningsindkomsten}} > 50 \%$$

Formel 11.2

$$\text{Aktivbetingelsen: } \frac{\text{finansielle aktiver}}{\text{samlede aktiver}} > 10 \%$$

- Visse undtagelsesbestemmelser og dispensationsmuligheder
 - NB! Siden 2007 omfattes danske datterselskaber også

CFC-regler – ATAD art. 7 & 8

- **Grundbetingelser:**
 - Direkte/indirekte kapital-, stemme- eller profitandel > 50 %
 - Effektiv beskatning < 50 % af beskatningen i moderselskabets hjemland
- **Model A:**
 - Medregning af opregnede finansielle/mobile indkomsttyper
 - U1) < 1/3 af indkomsten udgøres af de opregnede indkomsttyper
 - U2) Enheden udøver væsentlig økonomisk aktivitet (i EU/EØS)
- **Model B:**
 - Kun medregning af indkomst fra ikke-reelle arrangementer
 - U1) Regnskabsmæssigt overskud \leq 750.000 EUR og ikke-driftsmæssige indtægter \leq 75.000 EUR
 - U2) Regnskabsmæssigt overskud \leq 10 % af driftsomkostningerne
- **Lempelsesbestemmelser:**
 - Lempelse ved udbytte, aktiesalg og lokal selskabsbeskatning

CFC-regler – Dansk implementering

- Lovforslag L 28 (2018/2019)
 - Lovgivers "strategi": At justere de gældende regler (mindst muligt)
 - Justeringer baseret på Model A i ATAD
 - Bredt anvendelsesområde fastholdes (også danske forhold)
- Justering af omfattede enheder ("datterselskaber")
 - Alle selvstændige skattesubjekter (også selvejende institutioner mv.)
- Justering af kontrolbetingelsen
 - Betingelsen opfyldt hvis moderselskabet selv, eller sammen med tilknyttede personer, direkte/indirekte har (ret til) >50 % af stemmer/kapital/overskud
 - "Ageren i fællesskab" med uafhængig part → Medregning
 - Tilknyttede personer:
 - Selvstændige subjekter, hvor moderselskabet ejer/har >25%
 - Fysiske personer og selvstændige skattesubjekter der ejer/har >25% i moderselskabet

CFC-regler – Dansk implementering

- Justering af indkomstbetingelsen
 - CFC-indkomsten $> 1/3$ af den samlede indkomst
 - Væsentlige ændringer til definitionen af CFC-indkomst → Voldsom kritik i høringsfasen
 - I udkastet lagt op til at ophæve "transparensreglen" og undtagelsen for driftsbetingede terminskontrakter mv.
 - Indkomst fra faktureringselskaber medregnes
 - Dvs. selskaber, hvis indkomst oppebæres ved salg af varer eller tjenesteydelser, der både er indkøbt fra og videresælges til tilknyttede personer, og som bidrager med ingen eller ringe økonomisk værdi

CFC-regler – Dansk implementering

- Justering af indkomstbetingelsen
 - Definitionen udvides med "anden indkomst" fra IP
 - Embedded royalties er nævnt kort i BEPS 3 og angår indkomst fra IP, der realiseres ved salg af varer eller tjenesteydelser → Det indlejrede royaltyafkast skal udskilles fra den samlede salgsindkomst på baggrund af armslængdebaseret vurdering
 - Kritik: Væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet da driftsaktive selskaber oftere vil blive omfattet og administrativt byrdefuldt
 - Indkomst foranlediget af egen F&U-aktivitet, efter det tidspunkt hvor moder blev moderselskab, skal ikke skal medregnes
 - For IP erhvervet eller oparbejdet inden datterselskabet blev en del af koncernen får moderselskabet et afskrivningsgrundlag svarende til den indirekte handelsværdi for datterselskabets IP når moderselskabet erhverver datterselskabet

CFC-regler – Dansk implementering

- Ophævelse af aktivbetingelsen
- Ophævelse af dispensationsmulighed
 - Men undtagelse for "finansielle institutioner" hvor mindre end 1/3 af CFC-indkomsten er "koncernintern"
- Indgangsværdier skal fastsættes til HV på det tidspunkt hvor moderselskabet blev moderselskab for koncernen
- Udvidelse vedr. "fiktiv afståelses-beskatning"
 - Alle CFC-selskabets aktiver og passiver omfattes
- Ny lempelsesbestemmelse
 - Skal forhindre dobbeltbeskatning, i situationer hvor moderselskabets aktier i CFC-selskabet anses for skattepligtige datterselskabsaktier

CFC-regler – Konklusioner

- Lovforslaget indebærer at anvendelsesområdet bliver (endnu) bredere
- "Minimumsjusteringer" foretrukket af lovgiver – reglerne skal stadig anvendes på rent danske forhold
- Benytter lejligheden til at foretage visse stramninger
- Ingen ændringer af lempelsesbestemmelsen for lokal skat
 - Dvs. fortsat ingen lempelse for "mellemliggende CFC-beskatning", hvilket strider mod BEPS-anbefalingerne
- Virkning for indkomstår der starter 1. januar 2019 eller senere



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Misbrug og Generally Applicable Anti-abuse Rule (GAAR)

Skatteplanlægning

- Baggrund
 - Stigende pres på grænserne for skatteplanlægning
 - Internationale tendenser – BEPS, ATAD etc.
 - Hjemlige tendenser: Stigende forsøg på at indsnævre mulighederne.
- Udgp: Intet forkert i skatteplanlægning
 - Undgå dobbeltbeskatning
 - Direkte muligheder i lovgivningen (fx afskrivninger)
 - Succession
 - International konkurrence i ETR
- Grænsen går ved illegitim skatteudnyttelse og skattesvig.

Udviklingen i EU retspraksis vedrørende misbrug

- Udgp.: Virksomheder og borgere kan ikke støtte ret på misbrug
- Desuden er det tilladt for EU MS at opstille en restriktion, idet denne kan tilgodese et behov for at imødegå misbrug og hvis denne i øvrigt er proportional.
- Problemet er så at fastslå, hvor grænsen går for misbrug?
- Men der har tidtil ikke være noget samlet EU værn mod misbrug.
 - ATAD
 - Relevant at forstå hidtidig praksis for at forstå fremtiden
- **Hidtidig retspraksis**
 - Sag C-196/04 Cadbury Schweppes:
 - Ikke I sig selv misbrug at drage fordel af lavere skat eller at etablere sig i udlandet.
 - Afgørende test: foreligger der en "reel etablering" (ikke Postkasse- eller skærmselskab)
 - Ikke accept af abstraktpræventive regler (objective formodningsregler) som ikke kun forhindrer misbrug.
 - Med mindre mulighed for at tilbagevise.

Udviklingen i EU retspraksis vedrørende misbrug

- C-524/04 Thin Cap GLO
 - UK regler om tynd kapitalisering
 - Omkvalificerer renter til udbytte (under nærmere omstændigheder)
 - Kun til udenlandske koncernforbundne kreditorer
 - Domstolen => en restriktion!
 - Begrundelse?
 - Hensynet til at forhindre misbrug
 - » UK regler ikke bundet op på særligt forhold mellem gæld/egenkapital, men bygger på en armlængdetest
 - » UK regler er egnede til at bekæmpe misbrug i form af kunstig indkomstoverflytning til medlemsstater med lavere beskatning
 - Proportionalitet – egnede regler; men nødvendige?
 1. Bygger på en armlængdetest
 - Fravigelse = formodning for misbrug
 2. Skatteyderen skal have adgang til at tilbagevise misbrugsformodning
 - Fremlægge forretningsmæssige årsager (fx sikring af selskabets overlevelse som i Lankhorst-Hohorst)
 3. Kun omkvalificering af renter, som overstiger hvad uafhængige parter ville have aftalt
 - Fradrag for en del af renterne
 - » Opfyldes betingelserne er reglerne proportionelle

Udviklingen i EU retspraksis vedrørende misbrug

Sag C-06/16 (Egiom)

- Fransk implementering af MD artikel 1(2): nægtelse af adgang til direktivet, hvis ultimativ moderselskab beliggende uden for EU
- EUD: Ikke i overensstemmelse med direktivet eller TFEU
 - Generelt formodningsregel
 - Uproportional
 - Kunne ikke retfærdiggøres

C-504/16 (Deister Holding) og C-613/16 (Juhler Holding)

- Tysk regel svarende til den franske.
- EStG § 50d (3): objective betingelser => hvis ikke skattyder kunne opfylde disse, så ikke adgang til nedsættelse eller refusion af tysk udbytteskat.
 - EUD: I strid med EU-retten at nægte fordele uden at give mulighed for at tilbagegive en sådan formodning.

Udviklingen i EU retspraksis vedrørende misbrug

Cadbury-Schweppes er fortsat afgørende :

- *“purely artificial arrangement, which does not reflect the economic reality”.*

Særligt om holdingselskaber:

- Holding aktiviteter indikerer ikke, at der er tale om misbrug.
- Der skal foretages en konkret vurdering, som vurderer *“organizational, economic and other features of the group to which the parent company belongs, and this structure and strategy of this group”.*

Skatteplanlægning i dansk ret

Dansk ret

- Anerkendes skatteplanlægning i dansk ret?
 - Klart ja!
 - Minimering af skat er acceptable del af erhvervsvirksomhed.
 - Skatteydere kan vælge mellem forskellige muligheder og er ikke forpligtede til at vælge den højst beskattede løsning.
- Omgåelsesklausul?
- Realitetsgrundsætning og læren om rette indkomstmodtager.

Skatteplanlægning i dansk ret

- Betydningen af, at transaktioner er skattemotiveret (forretningsmæssig begrundelse)
 - Udgp: Ikke relevant
 - Det ses i retspraksis, at SKAT har forsøgt at argumentere for, at et skattemotiv er tilstrækkeligt til at tilsidesætte en transaktion.
 - Ikke støtte i retspraksis som en enkeltstående kriterium. (fx SKM 2017.276 V).
 - Skattemotiv kan ikke føre til tilsidesættelse, men indgår i den samlede vurdering af dispositionen.
 - Skattebesparelsesmotiv intensiverer realitesprøvelsen.
 - Skattebesparelsesmotiv skaber en formodning for skatteundgåelse

Skatteplanlægning i dansk ret

- Opsummering af Højesterets tilgang:
 - Bona fide transaktion?
 - Hvis ja: Ikke anledning til yderligere prøvelse
 - Hvis nej: substans eller utilsigtet skattefordel?
 - Højesterets principper
 - Retssikkerhed, lighed, forudsigelighed og legalitet.
- Konkrete pejlemærker:
 - Legalitetsvejledningen (1998):
 - Restriktive bestemmelser kan ikke fortolkes ud over ordlyden eller klare forarbejder.
 - I fraværet af klar hjemmel er dette skats problem og ikke skatteydere.
 - Udtrykker resultatet rimelighed og alm. sund fornuft?

Skatteplanlægning i dansk ret

- Konkret acceptable situationer
 - Transaktioner mellem interesseforbundne parter.
 - Salg og genkøb af aktier med 2,5 måneders mellemrum – tabsfradrag anerkendt, idet reel risiko for værdisvigninger.
 - Etablering af selskaber i lavskattelande.
 - Dispositioner som er forankret i selskabsretlige formaliteter.
 - Udnyttelse skattemæssig underskud.

Skatteplanlægning i dansk ret

GAAR vs. SAAR:

- Anerkendt at skatteyder kan indrette sig efter eksisterende værnsregler.
- Afgørende er, at lovgiver har besluttet hvad der er acceptabelt og hvad der ikke er?
- Ikke grundlag for at indskrænke skatteydere manøvrerum yderligere:
 - [SKM 2003.482H Over Hold](#)
 - Fremførte underskud- kapitalforhøjelse i underskudsselskab med henblik på at skabe skattepligtig indkomst.
 - Højesteret: Acceptabel brug af de eksisterende regler om underskudsudnyttelse.
 - [SKM 2010.26 H Feri-lux](#)
 - Overførsel af reklameaktivitet indenfor koncern uden skriftlig aftale.
 - Delvis skattemotiveret og delvis forretningsmæssigt motiveret.
 - Anerkendt.

Skatteplanlægning i dansk ret

Nyere retspraksis

- SKM 2016.16H TAKS
 - Aktionærer i et Færøsk holdingselskab (no. 1), solgte alle deres aktier i no 1. til et nystiftet selskab (no. 2), som de ejede i samme forhold som no 1.
 - Fusion efter 1 år.
 - TAKS: betalingen = udbytte
 - Selskabet: betalingen = aktieavance.
- Højesteret:
 - (1) Ingen forretningsmæssig begrundelse for at etablere no 2. og overføre aktierne.
 - (2) Målet var at udlodde værdierne fra no. 1 uden egentlige ændringer i ejerskab
 - (3) ingen aktuelle planer om afvikling af gælden for no. 2.
 - Baseret på samlet vurdering: salg skulle behandles som udbytte og ikke som en skattefri aktieavance.
- Kommentar:
 - Flere tiltag fra SKM og SKAT på at bringe denne afgørelse i spil.
 - Vedrører færøsk ret.
 - Ingen SAAR på Færøerne
 - Klar situation med omgåelse.
 - => Begrænset værdi i dansk ret.



EU ATAD GAAR og OECD PPT

“1. For the purposes of calculating the corporate tax liability, a Member State shall ignore an arrangement or a series of arrangements which, having been put into place for the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of the applicable tax law, are not genuine having regard to all relevant facts and circumstances. An arrangement may comprise more than one step or part.

2. For the purposes of paragraph 1, an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality.

3. Where arrangements or a series thereof are ignored in accordance with paragraph 1, the tax liability shall be calculated in accordance with national law.”

“Notwithstanding the other provisions of the Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of any item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provision of this Convention.”

EU ATAD GAAR

- For første gang introduceres en reel GAAR som sigter mod ikke-reelle arrangementer i danske og internationale transaktioner.
 - Selskabsskat (+sambeskatning og CFC-beskatning), personskat, fondsskat, kulbrinteskatteloven
 - Gælder parallel med hidtidig praksis – men næppe samme indhold.
- Funktion: “to fill in gaps which should not affect the applicability of specific anti-abuse rules”
- Skal forelægges Skatterådet, inden den bringes i anvendelse, jf. forslag til ny LL § 3, stk. 7.
- Ordlyd er identisk med eksisterende LL § 3, stk. 1 – praksis må tillægges betydning fremadrettet.
- SKAT har fortsat bevisbyrden
- Fortolkning af EUD

EU ATAD GAAR

- SKAT skal foretage en objektiv analyse af ALLE relevante faktiske forhold og omstændigheder!
- Kumulative betingelser:
 - *Arrangement eller serier heraf.*
 - *Der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene (subjektiv)*
 - *At opnå en skattefordel (objektiv)*
 - *Som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og*
 - *Som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.*
- Retsvirkning:
 - Bortseelse fra arrangementerne i skattemæssig henseende
 - Hvad betyder dette?
 - Hvem, hvad og hvornår!

EU ATAD GAAR

- Arrangement eller serier heraf
 - Bredt defineret: transaction, plan, action, operation, agreement, understanding, promise, understanding or undertaking.

- Som er tilrettelagt med det hovedformål eller der som ét af hovedformålene har at opnå en skattefordel (subjektivt)
 - Ingen vejledning vedrørende hovedformål.
 - *"a given purpose is to be considered essential where any other purpose that is or could be attributed to the arrangement or series of arrangements appears at most negligible, in view of all the circumstances of the case."*
 - L 28:
 - *OK at vælge mest fordelagtige struktur til en forretningsaktivitet*
 - *Opfyldelse af objective kriterier er ikke udtryk for misbrug*

EU ATAD GAAR

- For at opnå en skattefordel (objektiv)
 - Formentlig anvendelse for selv minoritetsinvestorer.
 - Skattefordel: Sammenligning af betalbar skat med og uden arrangementet.
 - Opnåelsen af en skattefordel medfører ikke automatisk, at et arrangement ikke er reelt – skattyder har ret til at indrette sig effektivt.
 - Commission Recommendation on Aggressive Tax Planning:
 - *In determining whether an arrangement or series of arrangements has led to a tax benefit as referred to in point 4.2, national authorities are invited to compare the amount of tax due by a taxpayer, having regard to those arrangement(s), with the amount that the same taxpayer would owe under the same circumstances in the absence of the arrangement(s). In that context, it is useful to consider whether one or more of the following situations occur:*
 - *an amount is not included in the tax base;*
 - *the taxpayer benefits from a deduction;*
 - *a loss for tax purposes is incurred;*
 - *no withholding tax is due;*
 - *foreign tax is offset.*

EU ATAD GAAR

- Som virker mod formålet og hensigten med skatteretten.
 - Både formålet med den enkelte bestemmelse og de overordnede principper, som skatteretten er baseret på.
- “Reelle”
 - Hvis tilrettelagt af velbegrundende kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed
 - Præambel: “GAARs should be applied to arrangements that are not genuine: ***otherwise the taxpayer should have the right to choose the most efficient structure for its commercial affairs***”.
 - **Not genuine = artificial?**
 - Bør formentlig fortolkes i overensstemmelse med national praksis om substance over form og EU praksis om kunstige arrangementer.
 - Velbegrundende kommercielle årsager: Må være andet end rene skattemæssige fordele (Leur Bloem).



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

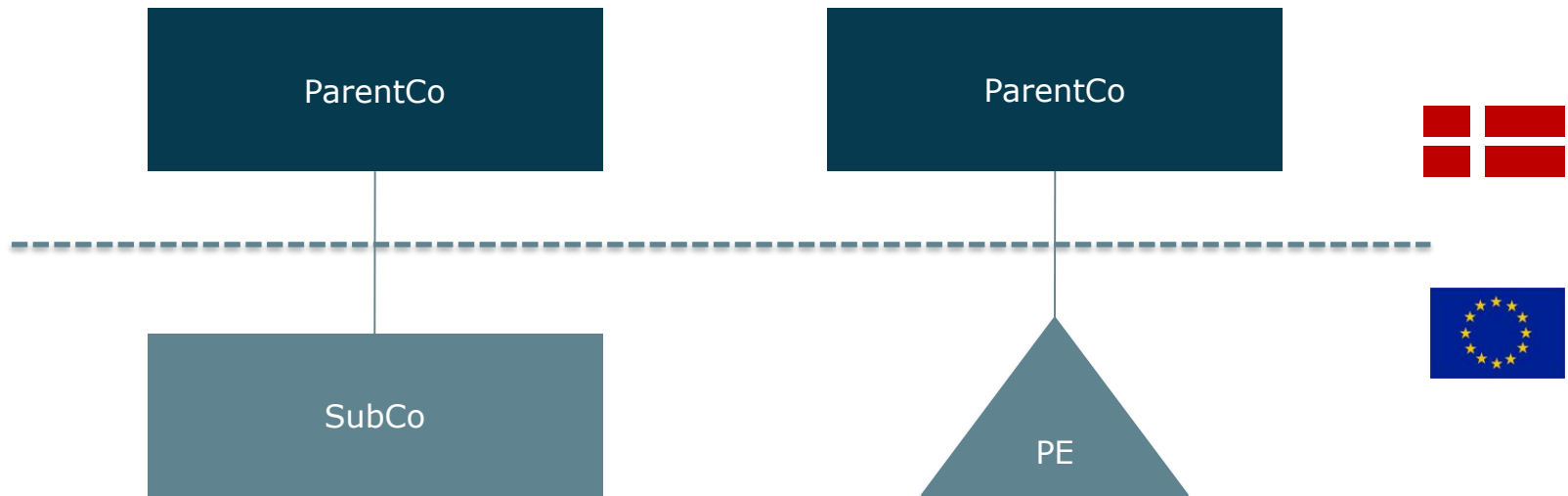
Temaer fra EU- domstolens praksis

Cross Border Losses

- Den grænseoverskridende behandling af underskud og tab udgør et kompliceret og aktuelt emne!
- Overblik over retsudviklingen
 - Grænseoverskydende underskudsudnyttelse
 - C-446/03 Marks & Spencer
 - C-231/05 OY AA
 - C-414/06 Lidl
 - C-157/07 Krankenhaus Ruhesitz
 - C-337/08 X Holding BV
 - C-123/11 A Oy
 - C-322/11 K
 - C-48/13 Nordea
 - C-172/13 "Marks & Spencer II"
 - C-650/16 Bevolo/Jens W. Trock
 - Afgrænsning af nationalt koncernbeskatnings-regime
 - C-418/07 Société Papiion
 - C-18/11 Philips Electronics
 - C-28/17 NN

Cross Border Losses

Hjemmehørende moderselskab har tabsgivende udenlandsk datterselskab eller fast driftssted



Cross Border Losses

- Marks & Spencer doktrinen
 - Moderselskab med udenlandske datterselskaber.
 - Adgang til modregning i medfør af indenlandsk group relief, men ikke grænseoverskrivende.
 - EUD:
 - Uproportionalt at nægte medregning
 - Hvis udenlandsk datter har udtømt alle de muligheder for udnyttelse der eksisterer i dets hjemstat, herunder i samme indkomstår, ved overførsel til tredjemand eller ved carry back, og
 - Hvis der ikke i senere år er mulighed for at udnytte underskuddet hos selskabet selv eller hos tredjemand.

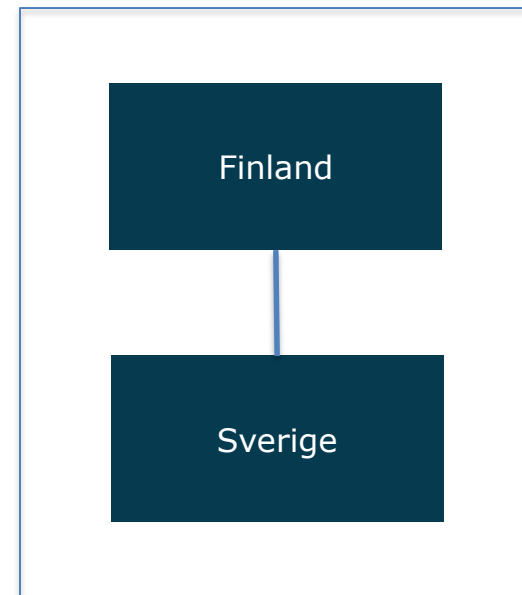
Cross Border Losses

- **Lidl-sagen**
 - PE i udlandet ejet gennem tysk KG.
 - Fradrag for underskud nægtet i Tyskland (anvender globalindkomstprincippet).
 - Det belgiske underskud var konkret faktisk udnyttet i Belgien i 2003.
 - Derfor var M&S testen vedrørende endelige tab ikke opfyldt.
- **K-sagen**
 - Fysisk person hjemmehørende i Finland led tab ved investering i fast ejendom i Frankrig.
 - Endelige tab?
 - Aldrig eksisteret en mulighed for udnyttelse i Frankrig, hvorfor Finland ikke skulle tvinges til at acceptere fradragsret.

Cross Border Losses

A OY

- Ikke fradrag i Finland for svenske underskud ved fusion.
- Generelt acceptabelt at nægte fradrag
- MEN:
 - Ikke desto mindre uforeneligt, hvis moderselskabet ikke har mulighed for at bevise, at datter har udtømt alle sine muligheder for at tage hensyn til dette underskud, og at der ikke foreligger en mulighed for udnyttelse for datter eller tredjemand i datters hjemstat.
- Må betyde, at muligheden for at fradrage endelige tab også foreligger i denne situation.



Fusion

Cross Border Losses

- Sag C-650/16 – Marks & Spencer II.
 - Faktum:
 - Kommissionen nedlagde påstand om, at UK har fastsat betingelser, der i praksis gør det så godt som umuligt at opnå denne type lempelse.
 - UK regler opstiller et krav om, at det ikke-hjemmehørende selskab har udtømt mulighederne for at tage hensyn til underskud i det skatteår, hvor underskuddet er opstået, og i tidligere skatteår, og at der ikke foreligger nogen mulighed for at tage hensyn til underskuddet i senere skatteår.
 - EU-Domstolen:
 - Kommissionen gør gældende at det er så godt som umuligt at opnå koncernlempelse, da det i praksis kun vil ske i to situationer,
 - Når lovgivningen i den stat, hvor det pågældende datterselskab har hjemsted, ikke foreskriver nogen mulighed for fremførsel af underskud,
 - Når dette datterselskab træder i likvidation inden afslutningen af det skatteår, hvor underskuddet er lidt.
 - Domstolen
 - Den første situation, som er anført af Kommissionen, er uden relevans.
 - Den anden anførte situation bemærkes det, at Kommissionen ikke har godtgjort rigtigheden af sin påstand. Bestemmelsen opstiller under ingen omstændigheder noget krav om, at det pågældende datterselskab afvikles inden afslutningen af det skatteår, hvor underskuddet er lidt. UK har endda fremlagt et konkret eksempel.
 - *" På denne baggrund skal det første klagepunkt forkastes, for så vidt som det er baseret på en tilsidesættelse af artikel 49 TEUF"*

Cross Border Losses

- Sag C-650/16 – Dansk selskabs fradrag i den skattepligtige indkomst for endeligt underskud realiseret i finsk filial.
 - Faktum:
 - Det danske selskab A/S Bevola har bl.a. en finsk filial (SEL § 8, stk. 2).
 - I 2009 lukkede Bevola den finske filial.
 - Ved lukningen blev realiseret et endeligt tab på DKK 2,8 millioner.
 - Selskabet ønskede derfor at inddrage tabet i den danske beskatning, således at det danske selskabs skattepligtige indkomst blev nedsat svarende til det realiserede tab.
 - Østre Landsrets præjudicielle spørgsmål:
 - *"Er TEUF artikel 49 til hinder for en national beskatningsordning som den i hovedsagen omhandlede, der medfører at der er mulighed for fradrag for tab i indenlandske filialer, mens der ikke er mulighed for fradrag for tab i filialer beliggende i andre medlemsstater, heller ikke under betingelser svarende til [ECJs] dom i [Marks & Spencer], præmis 55-56, medmindre koncernen har valgt international sambeskatning?"*

Cross Border Losses

- EU-domstolen:
 - Fællestræk eksisterer mellem nærværende sag og M&S-sagen, om end:
 - M&S-sagen vedrørte realiseret tab i et datterselskab, modsat i en filial i nærværende sag.
 - Det er ikke udelukket at opnå fradrag for tabet i Danmark, som i stedet kræver at selskabet vælger international sambeskatning.
 - M&S-doktrinen om endelig tab finder analog anvendelse på faste driftssteder
 - Et tab får endelig karakter, når alle muligheder for at fradrage dette tab i kildestaten er udtømt og der ikke længere oppebæres nogen som helst indtægt fra dette driftssted i kildestaten, således at der ikke længere er nogen mulighed for, at der kan tages hensyn til det nævnte underskud i den nævnte medlemsstat.
 - EU-domstolen fandt det ikke nødvendigt/relevant at inddrage muligheden for tilvalg af international sambeskatning, i en situation hvor tabet i det ikke-hjemmehørende faste driftssted er endeligt.

Cross Border Losses

- Hvornår foreligger endelige tab?
 - Faktiske og retlige omstændigheder
 - Nedlukning af datterselskaber/filialer
 - Fejlslagne investeringer/etableringer
 - Salg af udenlandske aktiviteter
 - Fusion m.v.
 - Carry forward udløber
 - Andet?

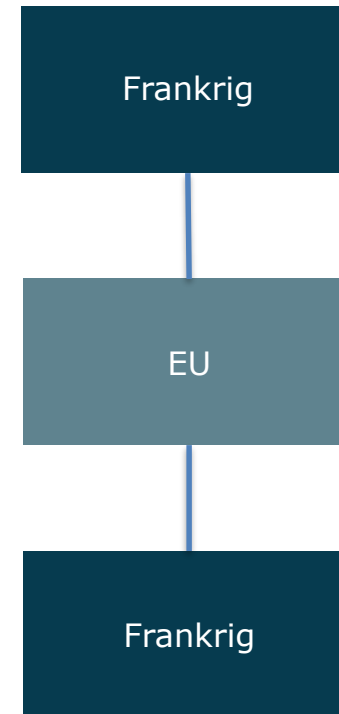
Genbeskatning

- Der er ikke hidtil taget direkte stilling til genbeskatningsregler.
 - Næppe problematisk med selve eksistensen heraf.
- Krankenheim
 - Særlig form for genbeskatning accepteret.
 - Når overskud i PE og ikke mulighed for carry forward og DBO tillægger PE-stat beskatningsret.
- Nordea
 - Omhandler dagældende danske regler om genbeskatning af underskud i faste driftssteder (LL § 33 D).
 - Restriktion (begrænsning af etableringsfriheden)
 - Ikke begrundet i tvingende almene hensyn.
 - Endelig tab testen vurderes således ikke.

Sambeskatningskreds

Papillon

- Sambeskatning nægtet hvor franske datterselskaber, når de var ejet umiddelbart af moderselskab i andet EU-land, men sambeskatning tilladt, hvis ejet via Frankrig.
- Forsøget retfærdiggjort i hensynet til sammenhængen til ordningen og dobbelt fradrag, men ikke proportional, da skatteyderen ikke havde mulighed for at tilbagevise risikoen for dobbeltfradrag.

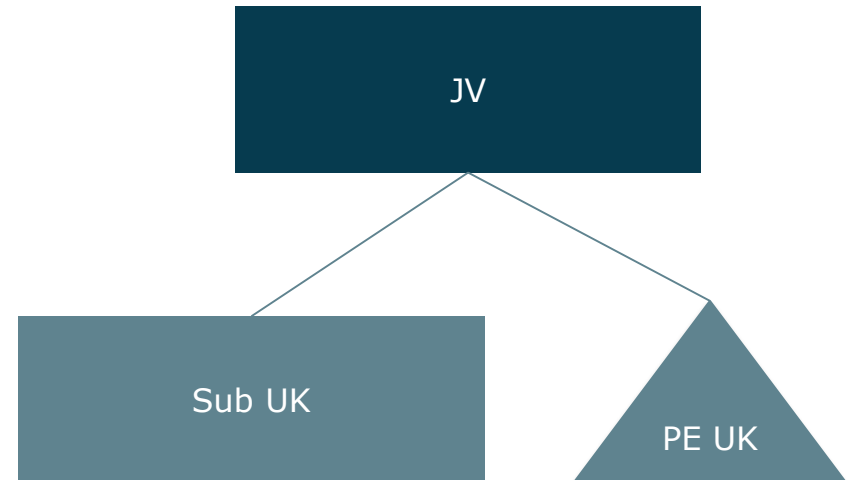


Sambeskatningskreds

Philips Electronics

- Overførsel af underskud mellem faste driftssteder og datterselskaber i samme land
- Ikke muligt i UK
- Muligt i NL at medregne
- Udgør en begrænsning i etableringsfriheden

- Saglig begrundelse
 - Forhindre dobbelt anvendelse af underskud
 - Sikre afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen



Sambeskatningskreds

- Sag C-28/17 – Dansk koncerns mulighed for at fradrage underskud opstået i dansk filial af svensk koncernselskab.
 - Faktum:
 - Tab opstået i dansk filial som følge af koncernens omstrukturering.
 - Koncernen var sambeskattet i Danmark, hvor tabet ønskedes fradraget.
 - SKAT fandt ikke, at svensk lovgivning forhindrede fradrag af det pågældende tab, hvorfor der var tale om et fradragsberettiget tab i Sverige.
 - Østre Landsrets spørgsmål:
 - Kan [ECJs] afgørelse i Philips Electronics-afgørelsen anvendes på det pågældende spørgsmål?
 - Hvis nej, udgør nægtelsen af fradragsret for det omhandlede tab så en restriktion, jf. TEUF art. 49?
 - Kan en sådan restriktion retfærdiggøres af hensynet til undgåelse af dobbeltfradrag og/eller hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetence?
 - Er en sådan restriktion proportionel?

Sambeskatningskreds

- EU-domstolen:

- SEL § 31, stk. 2, andet punktum, går ud over, hvad der er nødvendigt for at forhindre dobbelt fradrag af underskud i det tilfælde, hvor en koncern fratages enhver mulighed for at fradrage underskud i en hjemmehørende filial.
 - I hovedsagen skyldes underskuddet imidlertid sammenlægningen af to danske filialer i koncernen og sidstnævntes valg – som er berettiget i henhold til svensk ret – af at lade denne fusion behandle skattemæssigt i Sverige som en i Sverige skattefri omstrukturering af aktiviteter. Dette har den konsekvens, at modregningen af underskuddet i det svenske datterselskabs indkomst i praksis ikke vil være mulig.
- Proportionalitetsprincippet er derimod overholdt, hvis det er tilladt at modregne underskuddet i det ikke-hjemmehørende datterselskabs hjemmehørende faste driftssted i den danske koncerns indkomst som en undtagelse fra reglen i selskabsskattelovens § 31, stk. 2, andet punktum, hvis koncernen godtgjorde, at modregningen i datterselskabets indkomst af underskuddet faktisk er umulig i den anden medlemsstat.

Rentefradragsbegrænsning

- C-324/00 Lankhorst-Hohost
 - Tyske regler om tynd kapitalisering
 - Tysk selskabs renteudgifter til koncernforbundet hollandsk moderselskab
 - Reelt kun anvendelig på udenlandske koncernforbundne kreditorer
 - Omkvalificering af renter til udbytte (dermed intet fradrag)
 - Domstolen
 - Restriktion => muligheden for at fratække renter afhænger af kreditorselskabets hjemsted
 - Begrundet i hensynet til at bekæmpe misbrug i form tynd kapitalisering?
 - Nej!
 - » Lavere skatteprovenu i Tyskland ikke en (anerkendt) begrundelse
 - » Abstraktpræventive værnsregler (gæld/egenkapital 3:1); udelukker ikke kun tilfælde af misbrug
 - » Konkret intet misbrug, lånet ydet for at sikre selskabets overlevelse
- Konsekvens af Lankhorst-Hohorst i dansk ret
 - SEL § 11 udvides til rent nationale koncerner og skattefrihed indføres for fradragsbeskårne renteindtægter

Rentefradragsbegrænsning

- C-593/14 Masco/Damixa
 - Renter fra tysk datterselskab til dansk moderselskab
 - Rentebeskrivelse af tyske D/S efter tyske regler; renterne beskattes hos dansk M/S

 - Domstolen => en restriktion
 - Renter fra dansk D/S, som var blevet beskåret efter danske regler beskattes ikke hos M/S, jf. SEL § 11, stk. 6

 - Restriktion ikke at behandle renter fra udenlandsk D/S på samme måde
 - ... hvis rentefradraget hypotetisk ville være blevet beskåret efter SEL § 11

- Konsekvenser
 - Ny SEL § 11, stk. 7
 - Ikke beskatning af renter fra udenlandsk D/S, hvis
 1. Hypotetisk rentefradragsbeskrivelse af D/S efter danske regler
 2. Rentebeskrivelse efter udenlandske regler, som svarer til de danske

 - Genoptagelse
 - Afventer styresignal

Rentefradragsbegrænsning

- Ikke direkte taget stilling til renteloftsreglen eller EBIT(DA)-reglen
- Udvalgt praksis
 - C-168/01 Bosal
 - Nægtelse af fradrag for finansieringsudgifter vedr. kapitalandele i udenlandske selskaber, der ikke beskattedes i Holland
 - C-350/11 Argenta Spaarbank
 - Nægtelse af NID fradrag vedr. fast driftssted i Holland (exemptionslempelse)
 - *Den i hovedsagen omhandlede lovgivning kræver dermed alene, at eventuel indkomst, der opnås i nævnte faste driftssted, kan beskattes i Belgien, men tildelingen af den pågældende fordel er hverken betinget af, at indkomsten rent faktisk realiseres, eller at den rent faktisk beskattes. Den omhandlede ordning tillader følgelig en situation, hvor der tages hensyn til aktiver knyttet til et fast driftssted ved beregningen af det fradrag, der anvendes på det selskab, som det faste driftssted tilhører, når dette faste driftssteds indkomst kan beskattes i Belgien, men det ikke har genereret nogen indkomst.*
 - I strid med EU-retten ikke at tage aktiver i udenlandske faste driftssteder i betragtning ved beregning af "fradrag for risikovillig kapital".
 - C-459/18 Argenta Spaarbank II (pending)

CFC-beskatning

- EU-retlig vurdering
 - Den væsentligste afgørelse er fortsat Cadbury Schweppes (C-196/04)
 - Siden 2007 er der formel neutralitet mellem inden- og udenlandske situationer.
 - Forskelsbehandling – ja både vertikalt og horisontalt?
 - Moders skattetilsvær stiger ved etablering af udenlandsk datter, hvis skattesats er lavere i udlandet.
 - » Skyldes creditlempelsen og ikke at der foreligger obligatorisk national sambeskatning.
 - » Ikke støtte for at anse koncernen som en enhed.
 - Adgang til tilvalg af international sambeskatning...

CFC-beskatning

- **Retfærdiggørelse?**
 - Misbrug: Sigter mod rent kunstige arrangementer
 - Reel økonomisk etablering.
- **Egnethed og proportionalitet**
 - Egnede
 - Ikke proportionale, idet CFC-beskatning alene er accepteret i rent kunstige tilfælde
- **Konsekvens**
 - Uvirksomhed i konkrete tilfælde, hvor der kan påvises en forskelsbehandling.
 - De danske regler burde indeholde et subjektivt element – eventuelt i form af en dispensationsmulighed ved "reel økonomisk etablering".

Kildeskatter

- Beskatning af ikke-hjemmehørende samt indeholdelse
 - C-290/04 Scorpio
 - C-446/04 FII
 - C-35/11 FII(2)
 - C-342/10 Kommissionen mod Finland
 - C-18/15 Brisal
 - C-480/16 Fidelity Funds
- Konsekvenser
 - Intet grundlag for forskellige skattesatser/forskellig beskatning, hvis objektiv sammenlignelige situationer
 - Indeholdelse og derved likviditetsbelastning må konkret vurderes



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Del 2



Defining the Digital Economy

From “the digital economy” to the “digitalization of the economy”

Characteristics of digital business models and digital enterprises

- Significant investments and the need for scalability
- Cross-jurisdictional scale-without-mass (heavily involved in economic life without significant presence)
- Reliance on intangibles (software and algorithms)
- Reliance on data, user participation and network effects (i.e. decisions by users may have a direct impact on the benefit received by other users)
- No consensus on the contribution to value creation



Defining the Digital Economy

Examples of “highly digitalized businesses”

- Online retailer model (Amazon, Zalando, Alibaba)
- Social media model (Facebook, Xing)
- Subscription model (Netflix, Spotify)
- Collaborate platform model (AirBnb, Uber)

Digitalization goes far beyond.....

- Cloud computing
- 3D-printing
- Blockchain technology, crypto currencies, ICOs
- Web-sales
- Virtual organizations
- Etc.



Tax Challenges

Overall challenge

- Digitalization may impact all parts of the economy
- The rise of the internet tests many traditional tax principles
- Tax legislation continue to focus primarily on the physical world and have yet to address many of the challenges posed by this new world

Concrete topics to consider

- Sufficiency and application of current tax rules with respect to nexus?
- Data (valuation, nexus, profit allocation and qualification)
- Qualification of income related to digital business models
- Does the digitalization increase the risk of BEPS?
- Impact on automation and AI on the workforce
- Impact of 3D printing and augmented reality on value chains
- Real time tax compliance through big data and analytics
- Impact of online platforms on the changing taxable status of economics actors – standard labor contracts to self employed (OECD report 2019)

Tax Challenges

Well known example: Google

- Business model: Internet advertisement and service provider
- Local Google entities provide support services to the local market, e.g. technical support, administration, promotion, marketing
- Customers conclude contracts with Google Ireland (subsidiary of Google US)
- Local Google entities do not constitute agent PEs and are remunerated based on a cost-plus service fee
- Challenged – without success – by several countries inter alia France (Paris Administrative Tribunal 12 July 2017)
- BEPS 7 (MLI Art. 12): Expanding the definition of an agent PE to also include activities leading to the conclusion of contracts
- Questionable whether the changes affects the Google model



Tax Challenges

Well known example: Digital intermediary platforms

- Business Model: Relies on a three-party relationship between the platform, the providing users and the buying users. The platform creates value by matching end-users through mediation technology. Users of the platform share personal goods or provides services on a peer-to-peer basis via the platform for a fee.
- Uber as an example: Matching of drivers and passengers so that they can complete a ride on a pay-as-you-go basis
- Generally, no taxable nexus (PE) established in user jurisdictions.
- A subsidiary in the Netherlands processes the worldwide payments for all Uber-rides.
- Even though Uber has established subsidiaries in a number of countries, these subsidiaries do normally not attract a lot of taxable income, as they only provide low-risk support services that generally are remunerated on a cost plus-basis



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Tax Challenges

The OECD, the EU, MSs and a number of other countries agree that there is a problem!

- Well, is there?
- And if so: Is there a burning platform.....?

What is the impact of OECD's BEPS project and the US tax reforms and when can these effects be measured?

International Reform Proposals

OECD activities

- BEPS # 1 highlights possible solutions – without recommendations:
 - Significant Economic Presence: SEP PE, Virtual PE, Digital PE etc.
 - Withholding tax on digital transactions
 - Equalization levy

- Comprehensive draft OECD report March 2018
 - Main conclusion:
 - *“These issues raise very complex technical questions, and there are also different views among the more than 110 members of the Inclusive Framework on the question of whether and to what extent these features of highly digitalized business models and digitalization more generally should result in changes to the international tax rules.”*
 - Next step?



International Reform Proposals

OECD activities (continued)

- Implementation and impact of the BEPS package
 - Preventing the artificial avoidance of PE (Action 7)
 - Transfer pricing in line with value creation (Actions 8-10)
 - Strengthen CFC rules – include sales income generated from the use of underlying IP (embedded royalties)
 - Early indications
 - Digitalized MNEs have started changing their trade structures based on remote sales models to local resellers
 - Shift from remuneration based on cost to remuneration based on sales
 - Conclusion of contracts through local distribution activity
 - will not solve the broader challenges.....

International Reform Proposals

EU activities

- Talinn Summit sept. 2017: COM(2017)547 final
 - *“The underlying principle for corporate tax is that profits should be taxed where value is created. However, in a digitalized world, it is not always very clear what the value is, how to measure it, or where it is created?”*, p. 7.
- Two key tax policy challenges are identified:
 - Where to tax? (nexus)
 - What to tax? (value creation)
- The Digital Tax Package presented 21 March 2018
 - The comprehensive solution
 - Recommendation
 - Directive proposal on Significant Digital Presence
 - The interim solution
 - Directive proposal on a Digital Services Tax

Significant Digital Presence PE

- Applies to corporate entities within the EU or elsewhere
 - Exemption: Entities resident in third country treaty states
 - Unless the tax treaty contains similar concepts
- A PE shall be taken to exist if a significant digital presence exists through which a business is wholly or partly carried on
- Definition of “significant digital presence”
 - If the business carried on through it consists wholly or partly of the supply of digital services through a digital interface
 - One or more of the following conditions are met:
 - Revenues in MS exceeds EUR 7M
 - Number of users in MS exceeds 100,000
 - Number of business contracts for the supply of any such digital service in that tax period exceeds 3,000

Where to tax?

Under the proposed new rules, companies would have to pay tax in each Member State where they have a significant digital presence reaching **one** of the following thresholds:



Revenues from supplying digital services exceeding €7 million



Number of users exceeding 100,000



Number of online business contracts exceeding 3,000





Significant Digital Presence PE

- Digital services:

- Services delivered over the internet or an electronic network and the nature of which renders their supply essentially automated and involving minimal human intervention, and impossible to ensure in the absence of information technology

- Digital interface:

- Any software, including a website or a part thereof and applications, including mobile applications accessible by users

- Revenue in MS:

- All proceeds of sale and of other transactions net of VAT and other taxes and duties.
- The MS' share shall be determined in proportion to the number of times that devices are used in a tax period by users located anywhere in the world to access the digital intermediary platform

- Users in MS:

- A user shall be deemed to be located in a MS if the user uses a device in that MS in the tax period to access the service
- shall be determined by reference to the Internet Protocol (IP) address of the devices or, if more accurately, any other method of geolocation.

Significant Digital Presence PE

- Allocation of profits to a SDPPE
 - Based on functional analysis (functions, risks and assets)
 - Take into account economically significant activities performed by such presence through a digital interface
 - Due account shall be taken of the economically significant activities performed which are relevant to development, enhancement, maintenance, protection and exploitation (DEMPE) of the enterprise's IP
 - Profit split shall be used (splitting factors mentioned)

What to tax?

The attribution of profit will take into account the market values of:



Profits from user data

(e.g. placement of advertising)



Services connecting users

(e.g. online marketplace, platforms for "sharing economy")



Other digital services

(e.g. subscription to streaming services)



The Digital Services Tax

An interim tax of 3% on revenues made from three main types of services, where the main value is created through user participation.



... and provided by businesses with:



The Digital Services Tax

Targeted solution

- Directive on levy on digital revenue (Digital Services Tax)
- "Interim measure"?
- "Revenues":
 - Services supplied for consideration consisting in:
 - Advertisement space targeted at users of interface
 - Services supplied for consideration consisting in making available of digital platforms/marketplaces to users (intermediation services) – (Airbnb, Uber)
 - The valorization of user data or sale of user data (aiming at Facebook, Google AdWords, Twitter, Instagram, "free" Spotify)
 - Outside the scope: supply of digital content/solutions for customers
 - Media, streaming, online gaming, IT solutions, cloud services and fintech

The Digital Services Tax

Targeted solution (continued)

- Conditions:
 - Supply of digital services
 - Exceeding the following threshold:
 - Global revenue exceeding 750 mEUR
 - Annual revenue from the supply of digital services exceeding 50 mEUR within the EU by entity
- Cross border and domestically
- Taxation where user value is created
 - Advertisement = where the advertisement is shown, i.e. "where the eyeballs are"
 - Digital platforms = where device is used and contract concluded and as backup account opened with device in MS
 - Data: where data is generated (use of device)
- Rate: 3% - deductible in CIT

Political status?



SDP & DST Directive Proposals

Conclusions

Significant Digital Presence

- Not without merit – addresses a political need and enables user-jurisdictions to tax (parts of) the profits generated.
- Interpretive uncertainties, not sufficiently clear and targeted.
- Difficulties with respect to allocation of profits.
- Will it be possible to re-negotiate tax treaties with third countries?

Digital Services Tax

- A blunt tool, which do not ensure a level playing field as the 'taxable persons' have different profit margins and are based on different business models.
- Ring-fences certain industries/businesses.
- Not in line with the fundamental ability-to-pay principle (e.g. taxation of loss-making companies).
- Multiple and burdensome obligations are imposed on the taxable persons.
- Does the DST actually fall outside the scope of tax treaties?
- How should "mixed" services be handled?
- Is an IP address a credible proxy for user location?

Unilateral Measures

Alternative application of PE threshold

- India (SEP), Israel (SEP), Slovak Republic (expanded definition of fixed place of business for certain digital platforms), Austria, Indonesia, Thailand, Turkey
- Service PE (disputed) – Saudi Arabia and India

Withholding taxes

- Proposals in UK, Thailand

Turnover taxes

- India: Equalization levy (6% on payments to foreign entities for advertisement services)
- Italian web tax (3% on intangible digital products)
- Hungary: Advertisement tax
- France: tax on online and physical distribution of audio-visual content

Specific regimes targeting large MNEs

- UK Diverted Profits Tax (DPT)
- Australian: Multijurisdictional Anti Avoidance Law (MAAL)
- US: Base Erosion and anti-abuse tax (BEAT)
- Proposed in New Zealand

- 11 EU MSs have planned unilateral measures
- Impact of such uncoordinated initiatives?

Outro on Value Creation

Taxation and value creation

- Is there a difference between value creation in digital business models and other business models?
- Market value:
 - Is value created by consumption compared to R&D, innovation and production?
 - Tax policy – at least *not* in line with the previous perception of value creation
 - Isn't consumption taxed through the VAT-system?
- Data:
 - Does the collection of data create value?
 - Does value come from human innovation (significant people functions) or "data mining"?
 - Value is created when data is collected systematically, analyzed and used to incentivize user activity:
 - Which data is collected?
 - Systems for the collection and storage of data
 - Development of analytic tools
 - Use of analytic results to take business decisions, which creates value



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

CORIT Advisory

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

WWW.CORIT-ADVISORY.COM