



AALBORG UNIVERSITET



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



Overblik over nyere praksis vedrørende transfer pricing

Den 2. april 2019



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

INTRODUKTION OG HISTORIE

Transfer Pricing

- Hvor udspringer TP fra?
 - US, formentlig første MNE TP optimering ses i 1920'erne
 - 5471 rapportering (CbCr)
 - Første lovgivning i 1921 og 1928 i US
 - "True taxable income" – armslængde begrebet fødes
- Hvordan har TP udviklet sig?
 - Første lovgivning i 60'erne og armslængdebegrebet tager form
 - 1968 detaljeret TP lovgivning i US
 - 1979 OECD rapport "TP & MNE" (beskrivende)
 - 1984 overbygning og flere detaljer
 - Formaliserede krav begynder at dukker op i flere lande

Transfer Pricing

- Hvorfor og hvornår blev det tungt?
 - Finanskrisen og øget behov for fiskale indtægter.
 - Medier, politik og fairness (skat betales hvor indtægt skabes)
 - OECD – support fra G20 September 2013.
 - IFA 2013 i København – lille session omkring "BEPS".
 - Omfattende og implementeret med lysets hast.
 - 15 Actions
 - Fokus på MNE generelt og I/C transaktioner i særdeleshed.

Transfer Pricing – dansk kontekst

- Hvad blev konsekvensen?
 - Fokuseret indsats fra skattemyndighederne
 - Revision fokus på TP dokumentation
 - Andre rapporteringskrav som CbCr (NB, SKL § 47)
 - Skærpede dokumentationskrav

- Hvem skal udarbejde TP dokumentation?
 - Negativ afgrænsning, SKL § 40
 - Under 250 medarbejdere *og*
 - Balancesum under 125 MDKK *eller* omsætning under 250 mDKK
 - Relativt små virksomheder kan være omfattet
 - Ikke omfattet, blot opbevare skriftlig dokumentation for hvorledes koncerninterne priser og vilkår er fastsat for visse transaktioner (ikke EU/EØS/DBO lande).

Transfer Pricing – dansk kontekst

- Hvad skal TP dokumentationen indeholde?
 - BEK nr. 1297 af 31/10 2018 (1/1 2019)
 - Betragtninger og praktik
 - Master File (§ 4) & Local Files (§ 5)
 - Detaljerede lister i Bekendtgørelsen
 - Revision: “..dokumentation og materiale som anses som relevant..” (§ 6)
 - Ikke krav om BM studier, men kan anmodes (§ 7, fra SKL § 39, stk. 4) -> 2 til 3 mdr.
 - Funktioner og risici fordeling i koncernen
 - Gerne pædagogisk med illustrationer (f.eks. value chain)
 - SKL § 39, stk. 3
 - Færdig på selvangivelsestidspunktet - bevisbyrden
 - 60-dagesbrev fra Skattestyrelsen – nogle gange udfordrende timing
 - Sanktioner (SKL § 84)
 - 250.000 DKK pr selskab pr indkomstår + 10% af forhøjelsen
 - Halveres såfremt dokumentation udarbejdes i den fornødne kvalitet (SKM2018.564BR)

Transfer Pricing – dansk kontekst

- Spørgsmålet om skønsmæssig ansættelse
 - Skattestyrelsen kan foretage skønsmæssig ansættelse, såfremt selskabet ikke har udarbejdet *tilstrækkelig TP dokumentation* (SKL § 46).
 - Hvornår er dokumentation *kvalificeret mangelfuld* i et omfang, at Skattestyrelsen kan gå direkte til skønsmæssig ansættelse?
 - Praksis (erfaring):
 - Senere års tendens til at skride direkte til skønsmæssig ansættelse blot på baggrund af uenighed.
 - **Sag omkring Principal** og ERFA grupper
 - Praksis:
 - SKM2018.511.LSR
 - SKM2018.62.LSR
 - SKM2017.115.LSR
 - **Modsat:**
 - SKM2018.510.LSR, OG
 - SKM2019.136.HR (*Microsoft-dommen*)

Microsoft-dommen - SKM2019.136.HR

- Faktum
 - Honorering til MS Danmark for markedsføring af MS-produkter i Danmark fra MS Irland på armslængdevilkår (LL § 2)?
 - Kommission eller cost+ (højeste beløb), modellen ikke anfægtet.
 - Iflg. Skatteministeriet ikke armslængdevilkår, fordi kommission ikke tog højde for salg af MS-produkter i Danmark præinstalleret på Pc'er til slutbrugere i Danmark (grundlaget for beregningsmodellen).
 - Når Dell, Lenovo mv. sælger PC med præinstalleret MS styresystem skal MS Danmark honoreres for markedsføringsindsats.
- Skattestyrelsen
 - Fortolker den indgående serviceaftale således, at MS Danmark skal foretage markedsføring på vegne af MS' globale set-up.
 - Foretog derfor en skønsmæssig ansættelse af MS Danmarks indkomst, således at denne reflekterede vederlæggelse svarende til MS' samlede salg i Danmark, svarende til ca. mDKK 300 fordelt over indkomstårene 2004-2007.

Microsoft-dommen - SKM2019.136.HR

- Skatteministeriet
 - Anførte at skønsmæssig ansættelse kunne foretages, da
 - MS Danmark ikke har løftet bevisbyrden for TP dokumentationen forelå på selvangivelsestidspunktet (dagældende SKL § 3, stk. 8 – tidligere stk. 5 – nu afklaret ved SKL § 39, stk. 3 inklusive bevisbyrde).
 - Dokumentationen i sin helhed var kvalificeret mangelfuld som følge af manglende inddragelse af MS' øvrige afledte salg i Danmark.
 - Derudover anførte skatteministeriet, at MS Danmark ikke havde udfærdiget en sammenlignelighedsanalyse, hvorfor Skattestyrelsen på baggrund af TP-dokumentationen ikke var i stand til at udlede, hvorvidt MS Danmark havde handlet på armslængdevilkår.
- Sammenfattende fandt Skatteministeriet, at den ikke-rettidige udfærdigelse af TP-dokumentationen, og den mangelfulde natur, gav Skattestyrelsen ret til skønsmæssigt at ansætte selskabets indkomst.

Microsoft-dommen - SKM2019.136.HR

- Østre Landsret:
 - Landsretten gav Skatteministeriet medhold i, at TP-dokumentation skal foreligge senest på selvangivelsestidspunktet.
 - Dokumentationen var derfor ikke rettidigt udarbejdet.
 - Skattestyrelsen havde dog ikke rykket for TP-dokumentationen, og der var hverken varslet tvangsbøder eller bødepålæg, hvorfor *dette forhold* ikke kunne medføre, at Skattestyrelsen havde adgang til skønsmæssigt skatteansættelse.
 - Skattestyrelsen kunne ikke foretage en skønsmæssig ansættelse.
 - Skattestyrelsen havde ikke på noget tidspunkt krævet supplerende oplysninger.
 - Vanskeligt at finde sammenlignelige virksomheder til brug ved vurderingen af, om vederlæggelsen er sket på armslængde vilkår.
 - Sammenholdt med "*karakteren af den udarbejdede TP-dokumentation*", medførte dette, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag til at anse dokumentationen for kvalificeret mangelfuld.
 - Skattestyrelsen havde ikke godtgjort, at der ikke var handlet på armslængde vilkår.
 - MS Danmark udførte alene markedsføringsaktiviteter inden for rammerne af aftalen med MS Irland (fremme salget af MS-produkter i Danmark) og honoreres på baggrund af salget af MS licenser i Danmark.
 - Ikke grundlag for at antage at MS Danmark havde kontraktlig forpligtelse til, at markedsføre salg af PC med præinstalleret MS Software for PC-producenter (DELL, Lenovo mv.), eller burde modtage vederlag herfor (afledt effekt).
- MS Danmark blev frifundet.

Microsoft-dommen - SKM2019.136.HR

- Højesteret
 - TP-dokumentationen
 - Dagældende SKL § 3 B giver ikke belæg for, at antage at TP-dokumentationen skulle foreligge på selvangivelsestidspunktet (nu afklaret ved SKL § 39).
 - Dokumentationen var ikke kvalificeret mangelfuld – kan ikke sidestilles med manglende dokumentation.
 - Forhøjelsen (skønsmæssig ansættelse) er således alene begrundet i, at honoreringen ikke tager højde for salg af MS-produkter i Danmark som sker gennem præinstalleret software på PC solgt i Danmark (DELL mv.).
 - Det fremgår af TP-dokumentationen, at disse transaktioner ikke indgår i beregningsgrundlaget for honoreringen.
 - Derfor ingen adgang til skønsmæssig ansættelse som følge af mangelfuld dokumentation.
 - Skal være så mangelfuld, at det skal sidestilles med manglende dokumentation.
 - Giver ikke tilstrækkeligt grundlag for Skattestyrelsen for, at vurdere, om armslængdeprincippet er overholdt.
 - Mangler skal være *relevante og kvalificerede*.
 - *Dokumentationsnøden* nødvendiggør, at der *undtagelsesvis* udøves et skøn.

Microsoft-dommen - SKM2019.136.HR

- Højesteret
 - Honoreringen
 - NB: "Spørgsmålet er herefter, om Skatteministeriet har godtgjort, at honoreringen af MS Danmarks markedsføringsaktiviteter ikke skete på armslængdevilkår." – bevisbyrdefordelingen i TP-sager.
 - 3 dommere:
 - Ikke afgørende at MS Danmarks markedsføringsindsats var til gavn for andre selskaber i MS koncernen.
 - MS Danmark skulle maksimere markedet for alle MS-produkter i Danmark.
 - Indebar IKKE en forpligtelse til at markedsføre salg af PC med præinstalleret MS-software (solgt i USA til bl.a. Dell og Lenovo).
 - Finder det ikke sandsynliggjort, at MS Danmarks markedsføring havde effekt for salget af licenser i lande udenfor Danmark (USA), som oversteg betydningen af salget af pakkelicenser (grundlaget for honoreringen).
 - Derfor ikke godtgjort at honoreringen ikke var i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

Microsoft-dommen - SKM2019.136.HR

- Højesteret
 - Honoreringen (fortsat)
 - 2 dommere:
 - Finder det godtgjort, at MS Danmark har udført markedsføringsaktiviteter som omfatter præinstallerede MS-produkter på PC til slutbruger.
 - Burde være del af beregningsgrundlaget og derfor er honorering ikke på armslængdevilkår.
 - Om grundlaget for forhøjelsen (300 mDKK): hjemvises til fornyet behandling ved Skattestyrelsen, da den skønsmæssige ansættelse bl.a. ikke tager højde for den markedsføring som PC producenterne selv har udført overfor slutbrugeren.
 - Essensen i manglende adgang til skønsmæssig ansættelse.
 - Højesteret stadfæster Landsrettens dom.
 - Sagen udsprang af en multilateral fællesrevision.

Transfer Pricing ny sag med mange elementer

- SKM2019.88.ØLR
 - Tysk moder anvender dansk datters IPR.
 - Vederlaget (armslængde) afregnes med fradrag for indeholdte kildeskatter?
 - Korresponderende nedsættelse på 22 mDKK for 2002 til 2005 som er endelig kildeskat i Tysk moder.
 - Uomtvisteligt at datter er retmæssig ejer af IPR
 - Moder indgår licensaftaler med eksterne licenstagere
 - Eksterne licenstagere indeholdt kildeskat på licensbetaling
 - Aftalen: Datter skal modtage al royalty indkomst fra licenstagere og betale et administrationsgebyr til moder for håndtering (afregnes separat).
 - Samlet tab hos moder som følge af kildeskat

Transfer Pricing – SKM2019.88.ØLR

- SKM2019.88.ØLR
 - Moderselskabets rolle
 - Blot et formelt mellemed
 - Skabte ikke merværdi
 - Forestod administrative opgaver og blev aflønnet separat for dette
 - Derfor skal datterselskabet i Danmark modtage det fulde royaltybeløb uden fradrag af kildeskatter.
 - Det forhold at den valgte koncernstruktur medførte tab (kildeskatten, 22 mDKK) for moder i Tyskland, ændrer ikke noget da markedsprisen mellem uafhængige parter, vil være upåvirket heraf.

Transfer Pricing – SKM2019.88.ØLR

- SKM2019.88.ØLR
 - Tyske myndigheders afgørelse (2012) betydning for fastsættelse af armlængdeprisen:
 - Tysk afgørelse vedr. tilskud fra moder til datter (forhøjelse i Tyskland).
 - Revision 2002-2005: burde have taget højde for de indeholdte kildeskatter ved videreformidling af royalty til det danske selskab, idet dispositionen ellers ikke ville være i overensstemmelse med armlængdepricippet.
 - Det tyske selskab burde have dækket sit tab af, ved alene at videreformidle royalty net af kildeskatter.
 - Derfor forhøjelse svarende til kildeskat (tabet).
 - Derfor anmodning om korresponderende nedsættelse af indkomsten i Danmark.

Transfer Pricing – SKM2019.88.ØLR

- I Landsskatteretten
 - Skattestyrelsen afviser anmodning om korresponderende nedsættelse i relation til kildeskat:
 - "Det er ikke dokumenteret overfor SKAT, at netto royaltybetalingerne svarer til armslængdeværdien..."
 - "Koncernen kunne have valgt at indrette sig på den måde, at de pågældende royalties blev betalt direkte til rettighedshaver."
 - Skattestyrelsen har med rette nægtet at nedsætte den danske skattepligtige indkomst på kildeskat.
 - Lempelse udenfor behandling af sagen
 - Udeholdt handling fee

Transfer Pricing – SKM2019.88.ØLR

- Østre Landsrets afgørelse
 - Tysk moder et formelt mellemed
 - Ingen merværdiskabelse
 - Kun administrativt arbejde (honoreret)
 - Dansk datter skal modtage den fulde royalty.
 - Tysk afgørelse om tilskud som følge af videregivelse af bruttoroyalty uden betydning for fastsættelse af armslængdeprisen.
 - Lempelse for kildeskat ikke omfattet af afgørelsen.
- Skatteministeriet frifindes



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING



AALBORG UNIVERSITET

HENRIK GULDHAMMER NIELSEN

SENIOR DIRECTOR
M.SC.

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

WWW.CORIT-ADVISORY.COM

P: +45 20532373
E: HGN@CORIT.DK



AALBORG UNIVERSITET



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



Seneste udvikling i EU-skatteretten

Den 2. april 2019

Agenda

1. Fri bevægelighed (og underskudsudnyttelse)
2. Beneficial owner sagerne
3. ATA direktivet
4. Statsstøtte og skatteretten

EU - baggrund



Grænseoverskridende underskudsudnyttelse

- Nuværende regler om national og international sambeskatning fra 2005.
- Regler indført umiddelbart før *Marks & Spencer* afgørelsen.
- Nationale regler og *Marks & Spencer* doktrinen har på sin vis levet parallelt indtil *Bevola* afgørelsen.
- *Bevola* afgørelsen stadfæster *Marks & Spencer* doktrinen – også i en dansk kontekst.

Grænseoverskridende underskudsudnyttelse

- **Bevola afgørelsen stadfæster, at:**
 1. Grænseoverskridende underskudsudnyttelse i udgangspunktet skal være muligt indenfor EU/EØS på lige vilkår med rent national underskudsudnyttelse.
 2. Dog kan det i visse tilfælde retfærdiggøres at nægte skatteyderen grænseoverskridende underskudsudnyttelse, hvis der foreligger mulighed for dobbeltfradrag.

- **Det er derfor helt afgørende, at:**
 - Selskabet har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat med hensyn til:
 - Det pågældende skatteår,
 - Tidligere skatteår, og
 - Hvor der ikke er mulighed for at tage hensyn til disse underskud i datterselskabets hjemstat i forbindelse med senere skatteår hverken af selskabet selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet.
 - Den endelige karakter af underskud kan kun fastslås, hvis dette datterselskab ikke længere oppebærer indtægter i den medlemsstat, hvor det har hjemsted.
 - Så længe dette datterselskab fortsætter med at oppebære indtægter, selv minimale, eksisterer muligheden for, at de lidte underskud endnu kan modregnes i fremtidige overskud i den medlemsstat, hvor datterselskabet har hjemsted.

Grænseoverskridende underskudsudnyttelse

- Samspil med de danske regler om international sambeskatning.
 - Man kan jo "blot" tilvælge international sambeskatning.
- *Bevola* afgørelsen:
 - Hvis man fra år til år frit kunne fastlægge omfanget af sambeskatningen, ville det være til fare for såvel den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, som den i det danske skattesystem tilstræbte symmetri mellem kompetencen til at beskatte overskud og muligheden for at fradrage underskud.
 - Det skal imidlertid erindres, uden at der er behov for generelt at tage stilling til, hvorvidt de betingelser for international sambeskatning, er forholdsmæssige, at den forelæggende ret i det foreliggende tilfælde rejser spørgsmålet, om den i hovedsagen omhandlede forskellige behandling er nødvendig *i den særlige situation, hvor tabet i det ikke-hjemmehørende faste driftssted er endeligt.*

Grænseoverskridende underskudsudnyttelse

- 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?

Grænseoverskridende underskudsudnyttelse

- 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 selskabsskatteovens § 31, stk. 2, andet punktum, hvis koncernen godtgjorde, at modregningen i datterselskabets indkomst af underskuddet faktisk er umulig i den anden medlemsstat.

Beneficial owner sagerne

- Sager om kildeskat på udbytte og renter fra Danmark.
 - Udbytte: Udgangspunkt kildeskat
 - Skattepligten omfatter ikke udbytte af datterselskabsaktier, når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.
 - Renter: Udgangspunkt ikke kildeskat, medmindre kontrolleret gæld.
 - Skattepligten omfatter ikke renter, hvis beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter direktiv 2003/49/EF eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.
 - Dette gælder dog kun, hvis det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret som nævnt i dette direktiv, i en sammenhængende periode på mindst 1 år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge.
- Centrale spørgsmål var således om beskatningen skulle nedsættes/frafaldes efter direktiverne?

Beneficial owner sagerne

- AG Kokott
 - *"De ovenfor anførte spørgsmål omhandler i sidste ende alle den principielle **konflikt i skatteretten** mellem de skattepligtiges civilretlige handlefrihed og afværgelsen af civilretligt gyldige arrangementer, der alligevel under visse omstændigheder udgør misbrug.*
 - *Selv om denne problemstilling har eksisteret, siden den moderne skatteret blev opfundet, er **afgrænsningen af en lovlig fra en ulovlig skatteminimering stadig vanskelig.***
 - *Set i lyset af den **politisk opbragte stemning** mod visse globalt agerende koncerners skattepraksis er afgrænsningen ingen let opgave for Domstolen, hvis ikke **enhver skattereducerende adfærd** fra borgeres side skal risikere at blive anset for misbrug.*

Beneficial owner sagerne

- Udbytte-sagerne:
 - Intet eksplicit krav om beneficial owner.
 - *“Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af interne bestemmelser eller overenskomster, som er nødvendige for at hindre svig og misbrug”.*
- Temaer
 1. Enighed om at sådanne interne bestemmelser ikke var på plads, men tvivl om beneficial ownerkrav i DBO kunne være en sådan anti-misbrugsregel.....
 2. Tvivl om indholdet af misbrugsbegrebet samt bevisbyrde.
 3. Tvivl om generel forenelighed med EUF-traktaten.

Beneficial owner sagerne

- Rente-sagerne:
 - Eksplicit krav om beneficial owner
 - *...kun retmæssig ejer af renter eller royalties, hvis det modtager disse til eget brug og ikke som formidler...*
 - *“Dette direktiv udelukker ikke anvendelse af nationale eller overenskomstmæssigt fastsatte bestemmelser til bekæmpelse af svig eller misbrug.”*
- Temaer
 1. Begrebet “beneficial owner” og retsgrundlaget herfor i Danmark.
 2. Tvivl om indholdet af misbrugsbegrebet samt bevisbyrde.
 3. Tvivl om generel forenelighed med EUF-Traktaten.

ATA direktivet

- Skatteundgåelsesdirektivet
 - Formål:
 - *"Af hensyn til et velfungerende indre marked er det afgørende, at medlemsstaterne som minimum opfylder deres forpligtelser vedrørende BEPS, og at de mere generelt iværksætter tiltag til at bekæmpe metoder til skatteundgåelse og sikre en fair og effektiv beskatning i Unionen på en tilstrækkelig sammenhængende og koordineret måde."*
 - *"Det er nødvendigt at fastsætte regler for at øge det gennemsnitlige niveau af beskyttelse mod aggressiv skatteplanlægning i det indre marked."*
- Minimumsværnsregler for selskaber
 - Exitbeskatning
 - CFC beskatning
 - Hybrider
 - Rentefradragsbegrænsning
 - GAAR



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Statsstøtte og skatteretten



Fremtiden?

- EU-retten er dynamisk
- Det Indre Marked vs. klassisk international skatteret
- Nye forretningsmodeller vs. klassisk international skatteret





ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING



AALBORG UNIVERSITET

MICHAEL TELL

ASSOCIATE PARTNER
M.SC., PH.D.

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

WWW.CORIT-ADVISORY.COM

P: +45 40422299
E: MT@CORIT.DK



AALBORG UNIVERSITET



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



Taxable Presence in the Context of Digital Business Models

Inaugural lecture - 2 April 2019



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Agenda

1. Setting the scene
2. The PE concept in a nutshell
3. Assessment of digital business models
4. Findings



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

SETTING THE SCENE



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 physical 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



Tax Challenges

Overall challenge

- Digitalization impacts 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

- 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
- 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
- Sufficiency and application of current tax rules with respect to nexus?

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.....?
- Aim of this lecture:
- Present and analyze the currently applicable notion of a permanent establishment in the context of digital business models.
- To conclude whether there are major shortcomings in the current legislation.
- Contribution to the ongoing debate which in my view jump to conclusions before thorough analysis is carried out.
- No ambition to contribute to the debate on the policy design of a new nexus principle or allocation challenges arising from digital business models.



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

THE PE CONCEPT IN A NUTSHELL

The PE Concept in a nutshell

- International business income is taxable in the country of residence unless the enterprise has a permanent establishment (PE) in the market state (OECD model article 7 and 5).
- Main rule PE:
 - A fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.
- Exemptions:
 - the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods;
 - the maintenance of a stock of goods;
 - the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character.
 - Provided that such activity is of preparatory or auxiliary character.
- Agent PE:
 - Where a person is acting on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification.



The PE Concept in a nutshell

- A PE cannot exist in the absence of some degree of physical presence.
- E-commerce in the OECD Model commentary:
 - A website (data and software) does not in itself constitute tangible property - not a “place of business”.
 - The server = a piece of equipment having a physical location which may constitute a “place of business”.
 - Case-by-case assessment should be made to determine whether business of an enterprise is at the disposal and wholly or partly carried on through the equipment.
 - Many functions are auxiliary and preparatory (ensure communication lines, advertising, collection of data).
 - Hosting of a website by an Internet Service Provider (ISP) does not result in the server and its location being at the disposal of the enterprise doing business through the website.
 - An ISP is generally not an agent of the enterprise carrying on business through the web sites that are being hosted by the ISP.



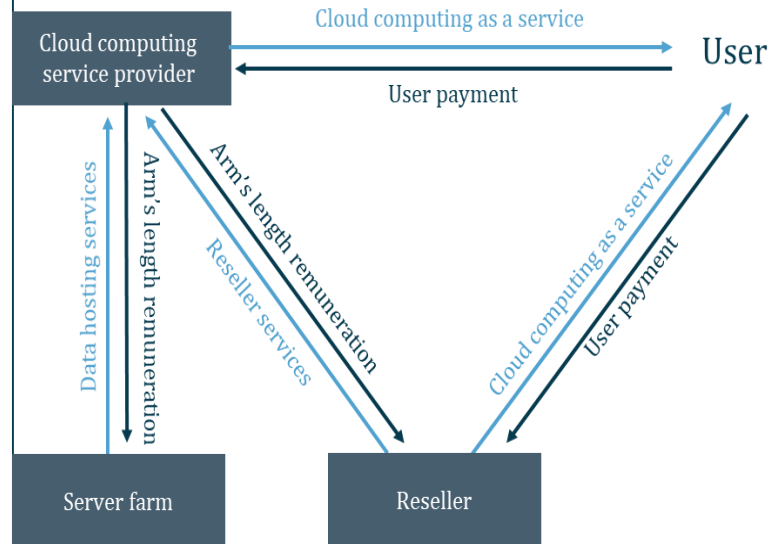
ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

ASSESSMENT OF DIGITAL BUSINESS MODELS

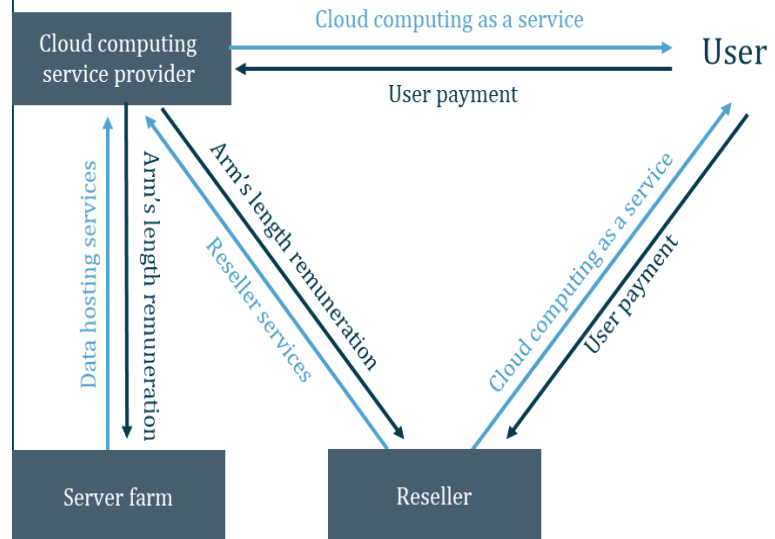
Cloud computing

- A cloud computing business provides a broad set of on-demand standardized and highly automated computing services to customers (IaaS, PaaS, SaaS).
- Customers can access the most recent technology as cloud devices are updated remotely.
- B2C market: cloud services are typically provided on a subscription basis or as a freemium model, generating revenue through advertising, sale of user data or sale of expanded services requiring payment.
- B2B market: cloud services are typically sold by subscription or pay-as-you-go.



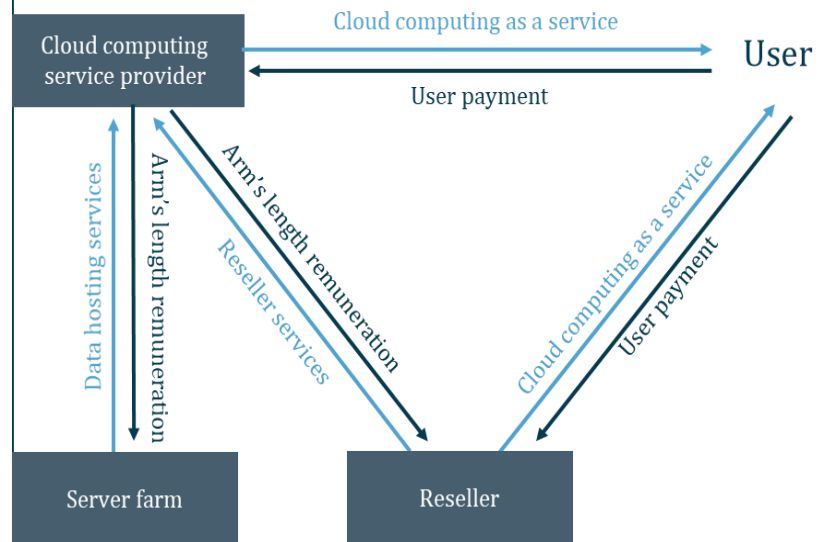
Cloud computing

- Do datacenters create a PE for CSP?
 - Servers may constitute a PE if fixed for a certain time.
 - Even if servers can function without any employees involved if the servers and computer equipment carry out essential business functions.
- What if owned by a subsidiary?
 - Local subsidiary of a digital MNE sets up a datacenter and allows the foreign parent company to use the datacenter for storage against arm's length remuneration.
 - The servers and the equipment will be used by the local subsidiary for the purpose of hosting web pages for the foreign parent entity.
- Case law
 - Denmark: SKM 2016.188 SR: No PE in Denmark
 - Canada: CRA 2012-0432141R3 E: No PE in Canada



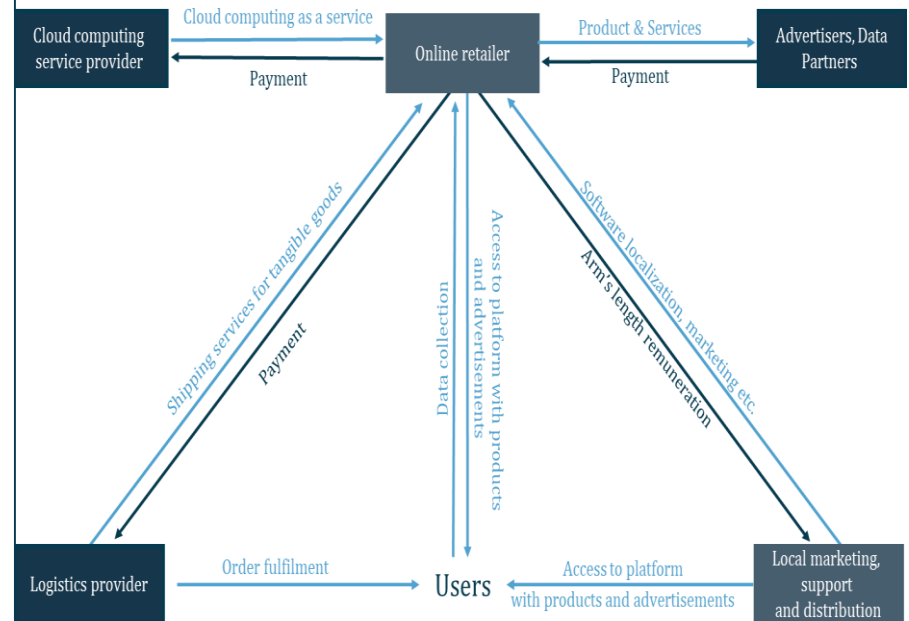
Cloud computing

- Does reseller create an agent PE for CSP?
 - PE requires: acting on behalf or playing a principal role leading to the conclusion of contracts. Will typically not include low risk distributors.
- Do users create a PE for the CSP?
- PE for User?
 - Website hosting facilities will not create a PE for the entity carrying on business through the website.



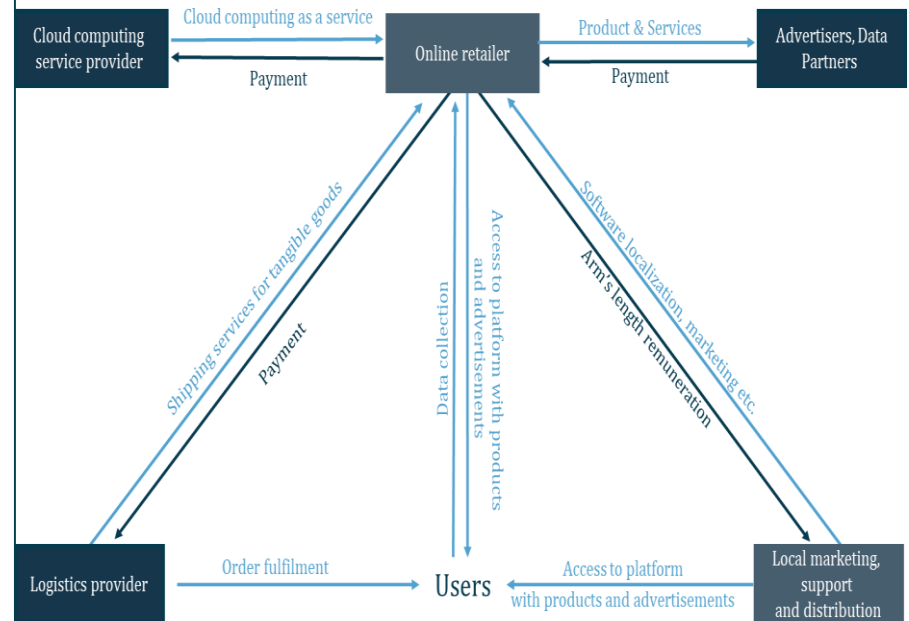
Online retailer

- Online retailer sells goods to final customers through an online store.
- The goods sold may be tangible (e.g., books) or intangible (e.g., digital downloads of music or software).
- Source of profit => mark-up on the sale of tangible and intangible goods to customers and sale of customer data.
- Examples of companies using this model are Amazon, Zalando and Ebay.



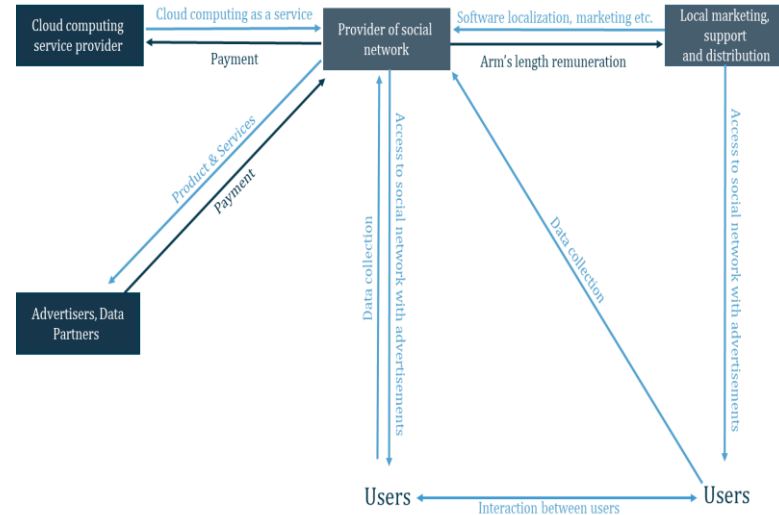
Online retailer

- Does the server/website constitute a PE for the provider of online retailer store?
 - Case-by-case analysis
 - Server at the disposal of the enterprise?
- Delivery through logistics centres (warehouses).
 - Pre-BEPS: “the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise”.
 - BEPS 7 – MLI art. 13: not exempt if warehousing and logistics is core activity.
 - Still no PE if not even a warehouse in the market/user state.
- Do users create a PE for the online retailer?
- Does Local marketing and support create an agent PE for retailer?
 - PE requires: acting on behalf or playing a leading role leading to the conclusion of contracts.
- PE for advertisers?



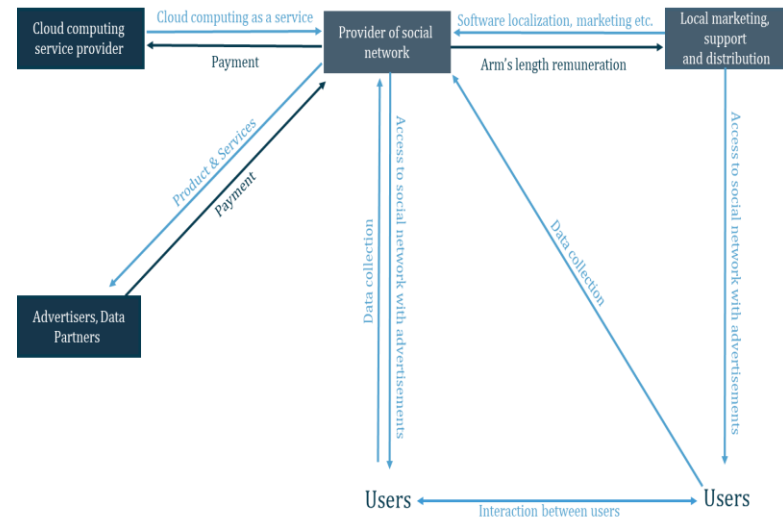
Social network

- Multi-sided platforms offering a free network for users and collect user data and provide advertising services.
- Examples of such business models are Facebook, LinkedIn, Snapchat, Nice, Kuaishou, Sina Weibo, Tencent Weibo, Twitter, and Qzone.



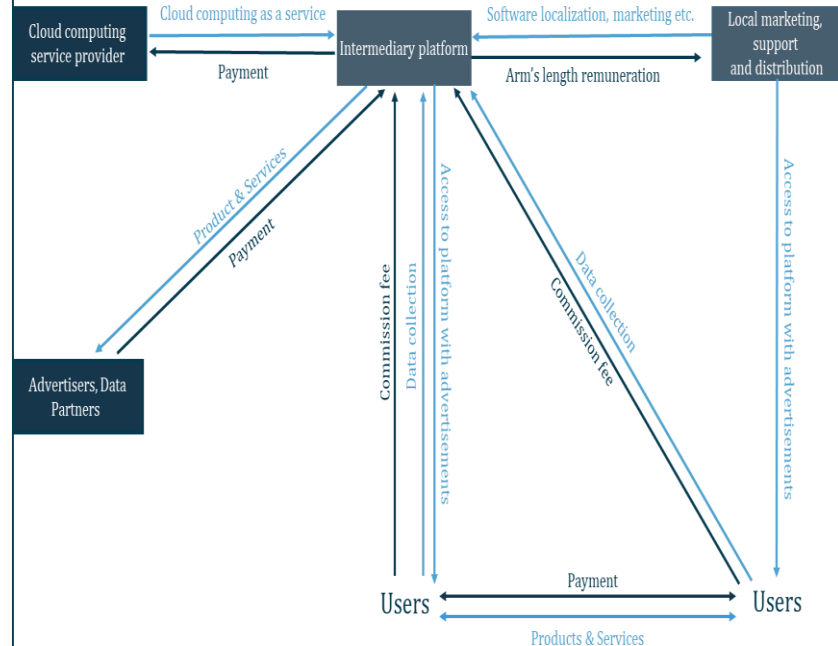
Social network

- Does the server/website constitute a PE for the provider the social network?
 - Case-by-case analysis
 - Server at the disposal of the enterprise?
- Do users create a PE for the social network provider?
- Does local marketing entity create an agent PE for CSP?
 - PE requires: acting on behalf or playing a leading role leading to the conclusion of contracts.
- PE for advertisers?



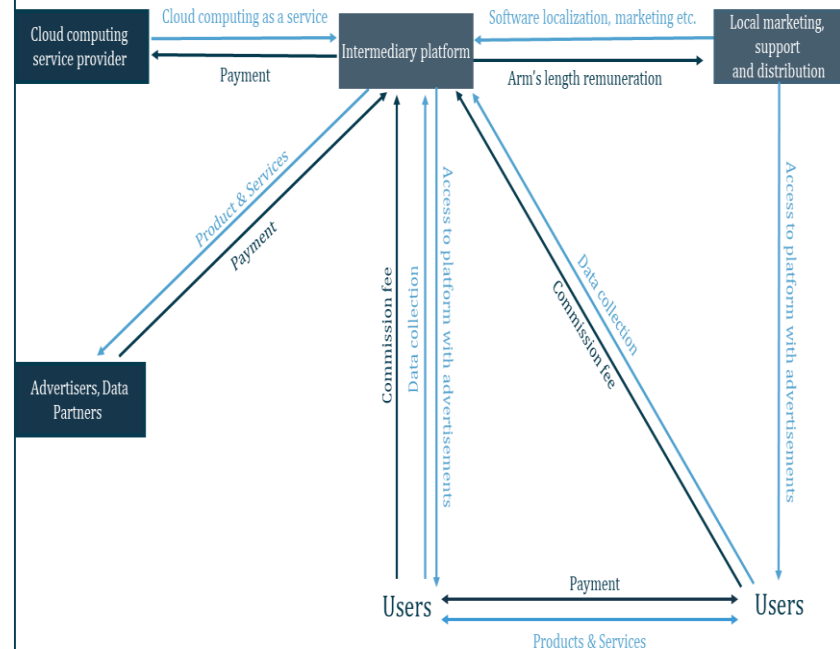
Intermediary platforms

- Business model: relies on a three-party relationship between the platform, the providing users and the buying users.
- Matching end-users using mediation technology by linking users of the network, as well as organize and facilitate the exchange between users, and ensure transaction quality using a review system.
- Primary source of revenue:
 - Commissions earned on transactions between the users
 - Sale of collected user data
 - Online advertising.
- Examples of such models are Airbnb and Uber.



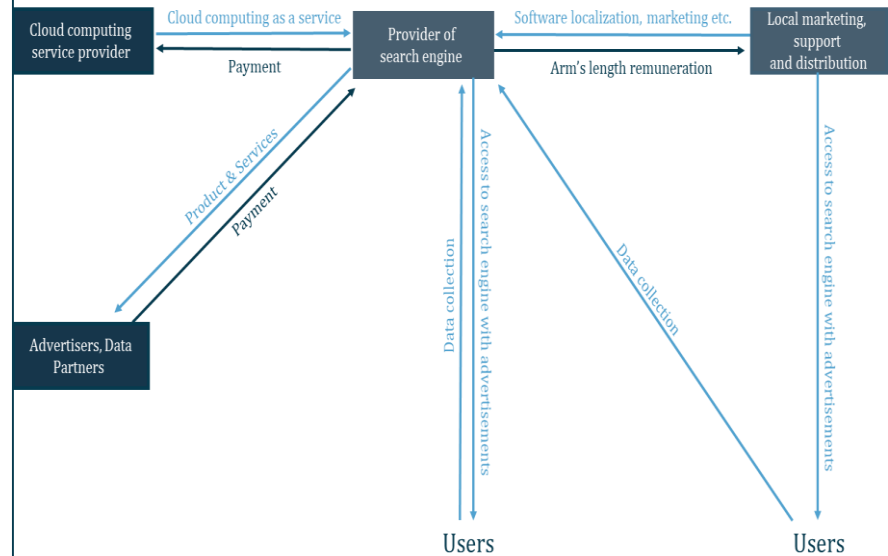
Intermediary platforms

- Does the server constitute a PE for the provider of intermediary platform?
 - Case-by-case analysis
 - Server at the disposal of the enterprise?
- Do users create a PE for the provider of intermediary platform?
- Does Local marketing and support create an agent PE for the intermediary platform?
 - PE requires: acting on behalf or playing a principal role leading to the conclusion of contracts.
- PE for advertisers?



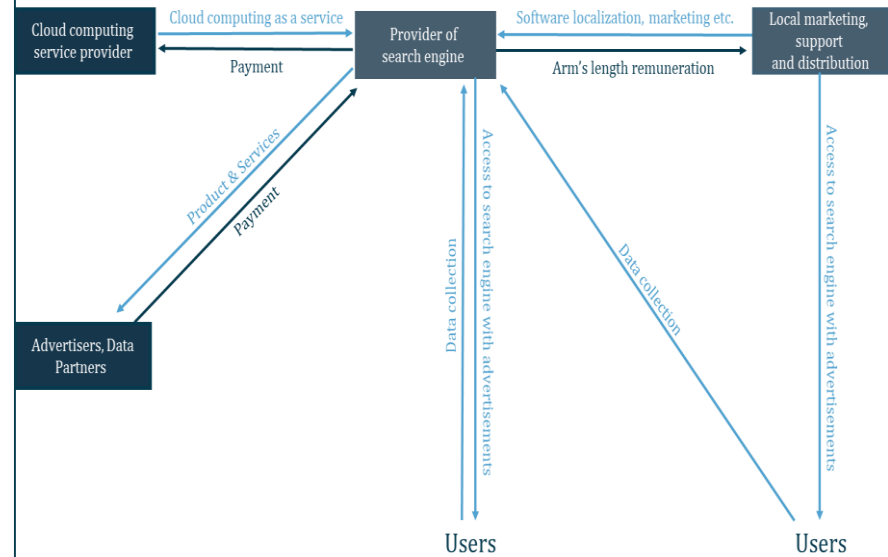
Search engine

- Search engines are internet-enabled value networks that provide web-based services typically for free.
- Generating revenues from targeted advertising and other monetization of user data.
- Examples of such business models are Google, Bing, Yahoo, Baidu and NetEase.



Search engine

- Does the server constitute a PE for the provider of the search engine?
 - Case-by-case analysis
 - Server at the disposal of the enterprise?
- Do users create a PE for the provider of the search engine?
- Does Local marketing and support create an agent PE for the provider of the search engine?
 - PE requires: acting on behalf or playing a leading role leading to the conclusion of contracts.
 - GOOGLE: support services to the local market: admin, promotion, marketing etc.
 - Customers engage with GOOGLE Ireland (subsidiary of US)
 - No local agent PE through local subsidiaries:
 - Challenged unsuccessfully in several countries, including France (Paris Administrative Tribunal 12. July 2017).
 - BEPS 7 – MLI art. 12: expansion of agent PE definition:
 - Doubtful whether actual impact on the GOOGLE business model.
 - Who plays the principal role leading to the conclusion of contracts and why?
 - A mere introducer?
- PE for advertisers?





ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING

FINDINGS

Findings

- Basis: Absence of physical presence generally lead to no taxable presence.
- The review has demonstrated that the PE analysis is more complex than seemingly assumed in the debate and at least requires concrete analysis of digital business models.
- PE's may occur within the digital space across business models:
 - Server of ISP - although can be avoided through subsidiary ownership
 - Server at the disposal
 - Warehouses constituting core business
 - Resellers, marketing, support functions may constitute an agent PE if playing a principal role leading to the conclusion of contracts
- PE is currently escaped:
 - Server not at the disposal (hosting – webpage, software, data storage etc.)
 - Users
 - Resellers, marketing and support if not constituting an agent
 - Advertisers
- Whether taxable nexus should occur or not depends on political views.
- On meaningful discussion if the issue of allocation of profits is handled simultaneously – opens the discussion of value creation which is highly sensitive and widely debated.
- EU proposal: Significant Digital Presence PE:
 - 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.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING



AALBORG UNIVERSITET

JAKOB BUNDGAARD

MANAGING DIRECTOR
PROFESSOR, HONORARY 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: jbu@law.aau.dk/
JB@CORIT.DK