



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



FAGLIGHT NETVÆRK

3. september 2019

Agenda

- Nyheder:
 - Nyt fra EU – de svenske underskudssager

- Seneste afgørelser:
 - Beskatning af "gevinstmulighed" ved A/B-model
 - Ejeraftale – salg til 1 kr.
 - Fast driftssted
 - GAAR ved udlodning

- Digitale nyheder



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Nyheder

Overblik

- 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 Ruhestitz
 - 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
 - C-C-607/17 Memira Holding AB
 - C-608/17 Holmen AB
 - Afgrænsning af nationalt koncernbeskatnings-regime
 - C-418/07 Société Papillon
 - C-18/11 Philips Electronics
 - C-28/17 NN

Overblik

- Marks & Spencer doktrinen
 - Moderselskab med udenlandske datterselskaber/fast driftssted (EU/EØS) .
 - Adgang til modregning i medfør af indenlandsk group relief, men ikke grænseoverskrivende.
 - EUD:
 - Ikke proportionalt at nægte medregning
 - Hvis udenlandsk datter/fast driftssted 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.
 - Hvornår foreligger endelige tab?

De svenske underskudssager

- **C-608/17 *Holmen AB***
 - Holmen AB var moderselskab i en svensk koncern, som bl.a. ejede et datterselskab i Spanien, som selv ejede to spanske datterselskaber
 - Ét af disse spanske datter-datterselskaber havde et akkumuleret underskud på 140 mio. EUR
 - Det var muligt i Sverige at foretage underskudsudnyttelse, såfremt der bestod et endeligt underskud efter Marks & Spencer-doktrinen
 - dog kun med hensyn til et direkte ejet datterselskab hjemmehørende i en stat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS)
- **Problemstilling:**
 - 1) Forudsætter Marks & Spencer doktrinen at datterselskabet ejes direkte af moderselskabet?

De svenske underskudssager

- EU-domstolen fandt:
 - Der skal sondres mellem to situationer, henholdsvis en situation hvor:
 1. Datterselskabet og datter-datterselskabet er hjemmehørende i samme medlemsstat, og hvor.
 2. Datterselskabet og datter-datterselskabet ikke er hjemmehørende i samme medlemsstat.
 - Marks & Spencer doktrinen finder ikke anvendelse på et datter-datterselskab, medmindre samtlige mellemliggende selskaber er hjemmehørende i samme medlemsstat, som datter-datterselskabet

De svenske underskudssager

- **C-607/17 *Memira Holding AB***
 - Memira Holding AB var et svensk selskab, som bl.a. ejede et tysk underskudsgivende datterselskab.
 - Det tyske datterselskab havde et akkumuleret underskud på 7,6 mio. EUR.
 - Memira Holding AB overvejede at foretage en grænseoverskridende fusion af det tyske datterselskab ind i Memira Holding AB, hvorefter alle direkte og indirekte aktiviteter i Tyskland ville ophøre.
 - Det var ikke muligt i Tyskland at overføre underskud ved en tilsvarende rent tysk fusion.
- **Problemstilling:**
 - 1) Skal det ved bedømmelsen af, om et underskud er endeligt tages i betragtning, at i datterselskabsstaten gælder begrænsninger for muligheden for andre subjekter end underskudssubjektet selv for at opnå adgang til fradrag af underskuddet?
 - 2) Hvis en sådan begrænsning som omhandlet i spørgsmål 1 skal tages i betragtning, skal der da tages hensyn til, om der i den pågældende sag rent faktisk er et andet subjekt i datterselskabsstaten, som havde kunnet opnå fradrag for underskuddene, hvis dette havde været tilladt dér?

De svenske underskudssager

- EU-domstolen fandt:
 - At udnyttelsen af underskuddene er umulig – hvilket er en betingelse for at anse dem for endelige – kan udspringe af, om der kan tages hensyn hertil i forbindelse med senere skatteår af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne.
 - Underskud kan således ikke anses for endelige, hvis det fortsat er muligt at anvende disse underskud **økonomisk** ved at overføre dem til tredjepart.
 - Det kan ikke uden videre udelukkes, at en tredjepart skattemæssigt kan tage hensyn til datterselskabets underskud i sidstnævntes hjemstat, f.eks. som følge af en overdragelse af datterselskabet til en **pris**, som indbefatter værdien af den skattemæssige fordel, som retten til for fremtiden at fradrage underskud repræsenterer.
 - Den blotte omstændighed at lovgivningen i datterselskabsstaten ikke giver mulighed for at overføre underskud i tilfælde af fusion, er følgelig **ikke i sig selv tilstrækkelig** til at betragte datterselskabets underskud som endelige.
 - Ikke afgørende om den medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, ikke giver mulighed for at overføre et selskabs underskud til en anden skattepligtig person i tilfælde af fusion, når en sådan overførsel er mulig i tilfælde af fusion mellem hjemmehørende selskaber i den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

De svenske underskudssager

- EU-domstolen fandt:
 - Ift. spg. 2 fastsloges det, at de begrænsninger for overførsel af underskud gennem en fusion, som følger af lovgivningen i datterselskabets hjemstat, ikke er afgørende, så længe moderselskabet ikke har godtgjort, at det er umuligt at gøre det muligt for en tredjepart at tage hensyn til underskuddene, bl.a. efter en overdragelse, hvor prisen indbefatter underskuddenes skattemæssige værdi.
 - Hvis det omvendt **godtgøres at det er umuligt** at gøre det muligt for en tredjepart at tage hensyn til underskuddene - og såfremt de øvrige betingelser, der er anført i Marks & Spencer-dommens præmis 55 tillige er opfyldt - har skattemyndighederne pligt til at fastslå, at et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud er endelige, og at det som følge heraf er uforholdsmæssigt ikke at give moderselskabet mulighed for hos sig at tage hensyn til disse underskud.
 - Det er på den baggrund uden betydning for bedømmelsen af, hvorvidt underskud er endelige, om der i det underskudsgivende datterselskabs hjemstat findes andre enheder, hvortil datterselskabets underskud havde kunnet overføres inden for rammerne af en fusion, såfremt dette havde været muligt.

De svenske underskudssager

- *C-608/17 Holmen AB*
 - Efter spanske regler var muligt uden begrænsning at modregne underskud mellem de spanske selskaber.
 - Ligeledes kunne uudnyttede underskud uden tidsmæssig begrænsning fremføres og modregnes i fremtidige overskud, ligesom der i visse tilfælde var adgang til modregning i tidligere års overskud.
- Problemstilling:
 - 2) Skal et underskud også anses for at være endeligt for den del, der som følge af reglerne i datterselskabsstaten ikke har kunnet modregnes i overskud, som er opnået dér i et givent år, men i stedet kunne være blevet fremført for eventuelt at kunne fradrages i et efterfølgende år?
 - 3) Skal det ved bedømmelsen af, om et underskud er endeligt, tages i betragtning, at der efter reglerne i datterselskabsstaten er begrænsninger i muligheden for et andet subjekt end underskudssubjektet selv for at opnå adgang til fradrag af underskuddet?"
 - 4) Hvis en sådan begrænsning som omhandlet i spørgsmål 3 skal tages i betragtning, skal der da tages hensyn til, i hvilken udstrækning begrænsningen rent faktisk har medført, at en del af underskuddene ikke har kunnet modregnes i de overskud, som er opnået hos et andet subjekt?

De svenske underskudssager

- EU-domstolen fandt:
 - Ift. spg. 3: Underskud anses ikke for endelige, hvis det fortsat er muligt at anvende disse underskud **økonomisk** ved at overføre dem til tredjepart inden likvidationens afslutning.
 - Den blotte omstændighed, at lovgivningen i datterselskabsstaten ikke giver mulighed for at overføre underskud i likvidationsåret, er følgelig ikke i sig selv tilstrækkelig til at betragte datterselskabets eller datterdatterselskabets underskud som endelige, som det ligeledes var tilfældet i C-607/17 *Memira Holding AB*.
 - Ift. spg. 2 og 4: Restriktioner for overførsel af underskud, der følger af lovgivningen i datterselskabets hjemstat, er ikke afgørende, så længe moderselskabet ikke har godtgjort, at det ikke er umuligt for en tredjepart at anvende underskuddene, bl.a. efter en overdragelse, hvor prisen indbefatter underskuddenes skattemæssige værdi



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Seneste afgørelser

Beskatning af gevinstmulighed

- SKM2019.30.SR – faktum:
 - Et nystartet familieejet "investeringsselskab" havde et midlertidigt opstarts kapitalbehov og ekstern lånefinansiering var ikke en mulighed.
 - Man ønskede derfor at oprette en ny anpartsklasse med tegning til overkurs (19,2 mio. kr.).
 - Overkursen modsvarede af en ret til forlods udbytte svarende til overkursen tillagt markedsmæssig forrentning (6%).
 - Det centrale var om en sådan ny anpartsklasse medførte beskatning af de bagvedliggende aktionærer (udbytte, gave, afståelse).
- Skatterådets afgørelse:
 - Skatterådet fandt, at nytegningen af anparter i datterselskabet ikke skete til handelsværdien, da der ikke blev betalt en kompensation for den gevinstmulighed, der overgik til børnene.
 - Skatterådet fandt, at nytegningen af anparter havde en række skatte- og afgiftsmæssige konsekvenser, da nytegningen medførte overførsel af værdier fra forældrene til børnene.
 - Skatterådet kunne således IKKE bekræfte, at der IKKE ville ske beskatning af de bagvedliggende aktionærer.

Beskatning af gevinstmulighed

- Videre perspektiver
 - A/B modeller i generationsskifte - SKM 2019.371 SR
 - Låneforhold – banker og/eller forbundne parter?
 - Transfer pricing?
- LSR-sag verserer!!!

Ejeraftale - salg til 1. kr.

- LSR J.nr. 17-0227412 af 26. juni 2019:
 - Påklaget bindende svar
 - Kan et holdingselskabs salg af aktier i A/S sælges til de øvrige aktionærer for 1 kr. uden skattemæssige konsekvenser i det tilfælde, at det pågældende sælgende holdingselskabs eneanpartshaver afgår ved døden?
 - SKAT havde sagt "nej".
- Landskatterettens afgørelse:
 - JA!

Ejeraftale - salg til 1. kr.

- Landskatterettens begrundelse:
 - Der er henset til, at de påtænkte handler **ikke** vil blive omfattet af LL § 2.
 - De påtænkte handler vil ikke blive omfattet af LL § 2, stk. 1, nr. 1 og 2, da ingen af de 4 holdingselskaber udøver bestemmende indflydelse over de andre holdingselskaber.
 - De påtænkte handler vil heller ikke blive omfattet af LL § 2, stk. 1, nr. 3, da der hverken er samme kreds af selskabsdeltagere med bestemmende indflydelse, eller fælles ledelse i de 4 holdingselskaber.
 - De 4 holdingselskaber ansås heller ikke i øvrigt at være interesseforbundne.

Fast driftssted

- SKM2019.334.VLR
 - Sagens kerne: hvorvidt et litauiske selskab (H2) som følge af en samarbejdsaftale med et dansk selskab (H1 ApS) havde fast driftssted i Danmark
 - H2 har købt mink i Danmark.
 - H2 har brug for anlæg til mink, foder til mink samt pasning og tilsyn af minkene.
 - H1 ApS skal levere disse ydelser
 - Prisen for løsning af H1 ApS's opgaver udgør H1 ApS's faktiske omkostninger x 1,6.
 - H1 ApS fakturerer hver den sidste dag i måneden til H2
- Problemstillingen
 - Parterne er enige om, at H2 har fast forretningssted i Danmark i form af minkfarmen, som er ejet af H1 ApS, og at spørgsmålet i sagen er, om H2 "udøver virksomhed" i Danmark gennem dette faste forretningssted
 - Skatterådet "JA"
 - Landskatteretten "NEJ"

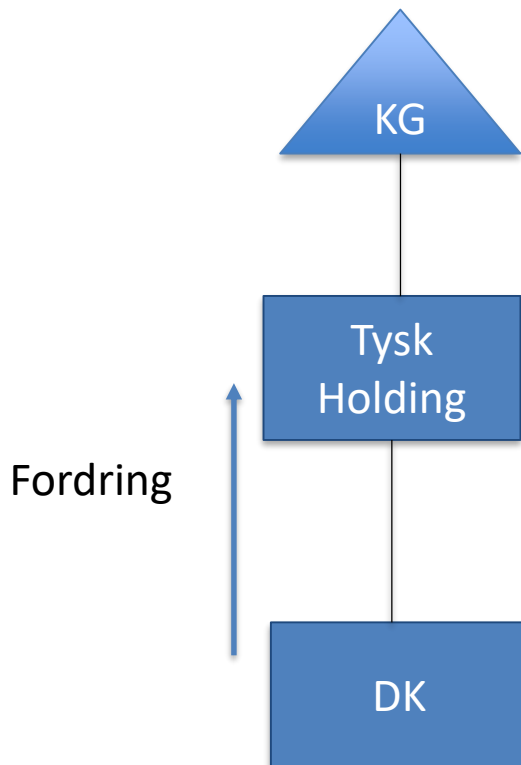
Fast driftssted

- VRL afgørelse og begrundelse:

- Det er hverken efter ordlyden af artikel 5, stk. 1, eller efter kommentarerne til bestemmelsen en forudsætning for etablering af fast driftssted, at det udenlandske foretagendes virksomhed udøves af foretagendets **eget personale** eller af andre **personer, der modtager instruktioner** fra foretagendet.
- På minkfarmene er minkene blevet opfostret, passet, aflivet og herfra fragtet til pelsningscentraler. H2'S virksomhed er at producere mink og at sælge avlsmink og minkskind, og produktionen af mink på minkfarmene i Danmark sker for H2'S økonomiske regning og risiko.
- En væsentlig aktivitet i den virksomhed, som udøves af H2, vil således efter aftalerne blive udøvet gennem det faste forretningssted på minkfarmene i Danmark, og H1 ApS vil efter samarbejdsaftalen fungere som **underleverandør** til H2'S virksomhed.
- H2'S virksomhed i Danmark udgør endvidere en så omfattende del af minkproduktionen, at der ikke er tale om virksomhed af udelukkende forberedende eller hjælpende karakter.
- På denne baggrund vil H2 få fast driftssted i Danmark, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, og artikel 5, stk. 1, i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Litauen.

Praksis om GAAR

SKM 2019.349 SR – Udlodning af fordring til Tysk holdingselskab



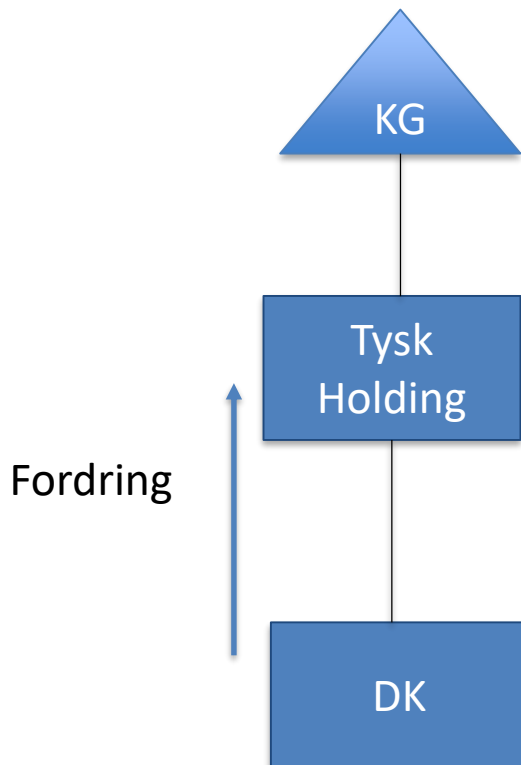
- Første afgørelse efter ny GAAR
- Begrænset skattepligt af udlodning in natura
- Holding = beneficial owner

GAAR testen fra SR

- *Arrangement?*
- *Skattefordel*
 - Frafald af dansk kildeskat iht M/D-direktivet
- *Væsentligste formål at opnå fordel som strider mod formålet og hensigten med skatteretten*
 - Oplyst formål at strømline koncern.
 - Samlet vurdering, at ét af de væsentligste formål er at opnå en skattemæssig fordel
 - Udlodning til beskyttet enhed i Tyskland og fremtidige udbytter fra overtagne datterselskab kan ske uden om DK.

Praksis om GAAR

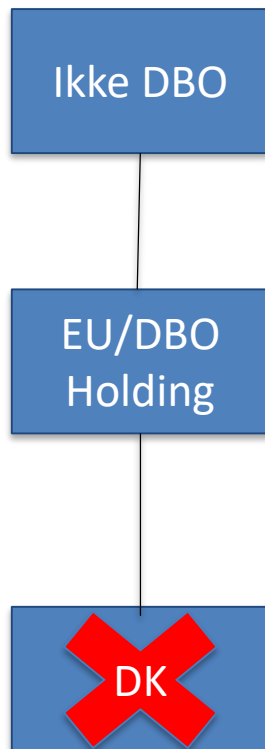
SKM 2019.349 SR – Udlodning af fordring til Tysk holdingselskab



- *Arrangementet ikke reelt*
 - Holdepunkter fra EUD beneficial ownership domme
 - Ansatte i Holding og disses arbejdsopgaver – etablering er reel, og der er velbegrundede årsager til at eje udenlandske aktier via holding
 - Vægt på ansvar for kontrol og styring og rådighed over kapitalen samt egne ansatte der udøver denne råden – løbende geninvestering af udloddet overskud fra D/S – understøtter de kommercielle årsager til at opretholde Holding.
- Kommentar: GAAR vurdering af almindelige udlodninger fra DK til tysk moderselskab – hvad kommer næst?

Praksis om GAAR

SKM 2019.413 SR: Likvidation af Dansk holdingselskab – Forudgående indsættelse af nyt holdingselskab i EU/DBO-land



- Dansk holding likvideres efter en intern omstrukturering – datterselskaber ejes herefter fra EU/DBO holding.
- Faktum ikke klart oplyst i referat (måske indgår trust og off-shoreselskaber)
- EU/DBO-holding er beneficial owner

GAAR testen fra SR

- *Arrangement*
 - Fjernelse af selskab i land, hvor DBO ikke finder anvendelse og indsættelse af Holding i EU/DBO-land
- *Skattefordel*
 - Tidligere ejer beliggende i land, hvor DBO ikke finder anvendelse – bagvedliggende ejer er tilsyneladende beliggende i ikke-DBO land
 - Fordel ved at indsætte selskab i EU-DBO stat.

Praksis om GAAR

SKM 2019.413 SR: Likvidation af Dansk holdingselskab – Forudgående indsættelse af nyt holdingselskab i EU/DBO-land

Ikke DBO

EU/DBO
Holding

DK

- *Væsentligste formål at opnå fordel som strider mod formålet og hensigten med skatteretten*
 - Hovedformål kan være, at indskyde Holding inden likvidation – dermed formål at udnytte M/D-direktiv eller DBO.
- *Arrangementet ikke reelt*
 - Simplificere koncernstruktur af strategiske og forretningsmæssige årsager.
 - Ikke uddybet eller dokumenteret.
 - Omkostningsbesparelser
 - Hvilke og hvorfor billigere med nyt Holdingselskab – omkostninger skal modregnes i besparelsen?
 - Der foreligger forretningsmæssige begrundelser for at anvende holding, men ikke hvorfor dette skal indskydes inden DK likvideres?
 - C-126/10 Foggia som princip: Den forretningsmæssige årsag skal være proportional i forhold til den opnåede skattefordel.
 - Mister skatteaktiv – men ingen driftsindtjening
- Konsekvens: Kildeskat på likvidationsudlodningen – som om sket til bagvedliggende aktionærer



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Digitale nyheder *New Taxing Rights*

Taxable presence: Pillar one

- **User Participation:** Active and engaged user base *versus* more traditional relationships with customers
 - Mainly social media platforms, search engines and online market places
- **Marketing Intangibles:** Brand and trade name are reflected as favorable attitudes in the minds of customers and customer data, relationships and customer lists all derived from activities targeted at local customers
- **Significant Economic Presence:** Revenue generated on a sustained basis + sustained interaction with a jurisdiction via digital technology and other automated means
 - User base and data; digital content derived from the jurisdiction; billing and collection in local currency; local form of payment; website in a local language; final delivery of goods to customers or provision of support services such as after-sales service or repairs and maintenance; sustained marketing and sales promotion activities to attract customers

Allocation of income: Pillar one

1. Modified residual profit split (MRPS) method

- Allocates a portion of an MNE's non-routine profit reflecting the value created in markets not recognized under the existing profit allocation

1. Determine total profit to be split

- E.g. accounting rules and pre-tax profit, adjustments (if any), on group-wide basis, identification of which entity's or entities' profit is subject to the new taxing right exercised

2. Remove routine profit, using current TP-rules or simplified proxies

- Mechanisms for local tax administrations to confirm the amount of non-routine profits

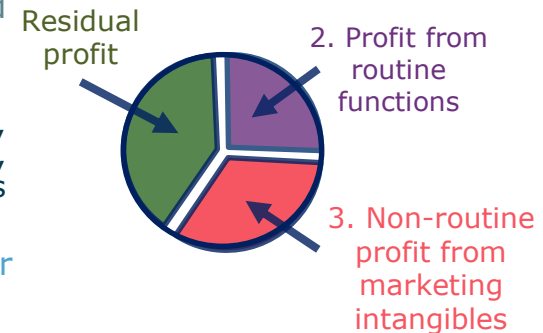
3. Determine the portion of the non-routine profit that is within the scope of the new taxing right, using current TP-rules or simplified proxies

- E.g. capitalized expenditures, projections of future income, fixed percentages of total non-routine income varying for different business lines

4. Allocate in-scope non-routine profit to relevant market jurisdictions, using an allocation key

- E.g. local revenue

1. Total Profit



4. Allocate a fraction of the profit

Allocation of income: Pillar one

2. Fractional apportionment method

- Allocates an amount of profits reflecting the value created in markets not recognized under the existing profit allocation – without distinguishing between routine and non-routine profit

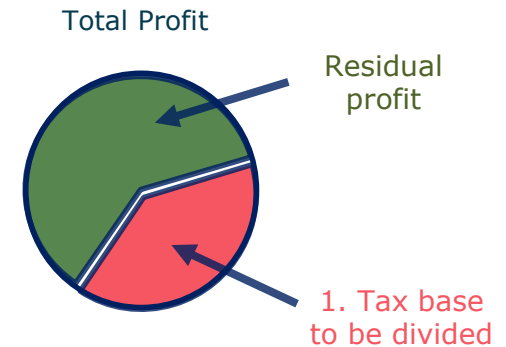
1. Determine the profit to be divided

- E.g. profit of the selling entity according to current TP-rules or by applying a global profit margin to local sales

2. Select an allocation key

- E.g. employees, assets, sales, and users

3. Apply this formula to allocate a fraction of the profit to the market jurisdictions



Allocation of income: Pillar one

3. Distribution-based approaches

- “Consistent” with the strong demand for simplicity and administrability as well as allocation of profits reflecting the value created in markets not recognized under the existing profit allocation
 - Specify a baseline profit in the market jurisdiction for marketing, distribution and user-related activities
 - Baseline profit could be modified based on the MNE group’s overall profitability, industry and market differences
 - Inspired by Johnson & Johnson’s response to the Public Consultation
 - Final allocation or possibility to re-evaluate under the current TP-rules
 - Higher return under traditional TP-principles to market jurisdictions e.g. where a local distribution company owns and controls all the risks for highly profitable marketing intangibles

Allocation of income: Pillar one

Comments

- Applies whether or not taxable presence under existing rules
- Determining allocation keys
 - Simplicity and risk of arbitrary allocation *versus* complexity and compliance costs
- Defining in-scope activities, assets, return and expenses
- Existing APAs should be respected for the duration of the APA-term
- Reducing risk of double taxation
- Applied to total Group, entity, geographical regions, business lines, or product
 - Thresholds (e.g. revenue) *versus* cliff-edge-effects
 - Loss-making total MNE, entity, geographical regions, business lines, or product
 - Similar/symmetrically to profit, “earn-out”, carry-forward of losses
- Taking into account the information MNEs already prepare
 - E.g. for TP, accounting, securities law, or other regulatory purposes

GloBE: Pillar two

Income inclusion rule

- Income of PEs and controlled entities is taxed if that income was subject to tax below a rate (fixed-%) Supplement to CFC-rules and switch-over-rule for PEs
 - If benefit from “harmful preferential regime”, the higher of parent’s CIT or fixed-%
 - Carve-outs: thresholds (turnover or profit), return on assets, specific industries
 - Tax base calculated according to parent/shareholder jurisdiction
 - Differences in e.g. carry forward losses and timing of recognition of income and expenses
 - Instead financial accounting standards

Tax on base eroding payments

- Denial of deduction or imposition of source-based taxation for certain payments unless that payment was subject to tax at or above min. rate
 - “undertaxed payments rule”
 - Payments in-scope
 - Determining whether a payment is “undertaxed”
 - Adjustments, e.g. gross amount or net income
 - Carve-outs: thresholds (turnover or profit), return on assets, specific industries
 - “subject to tax rule” that would only grant certain treaty benefits if the item of income was subject to tax at a min.

Coordination rule between the two GloBE rules



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

CORIT Advisory P/S

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

WWW.CORIT-ADVISORY.COM

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