

International Skatteret

FSR

2. December 2010

Jakob Bundgaard

Moalem Weitemeyer Bendtsen

Advokatpartnerselskab

1. Handlingsplan om MNE
2. Ny Lovgivning
 1. Udpluk fra L 84
 2. Skatteretlige konsekvenser af selskabsreformen
 3. Nyt om den manglende DBO med Frankrig
3. Ny praksis
 1. Kildeskat på renter
 2. Tynd kapitalisering
 3. Kvalifikation af US LLC
 4. LL § 5 G og EU-retten

- Skatteministeriets handlingsplan –Multinationale selskaber
- Optræk til mere "uvejr"
- Styrke indsatsen overfor selskaber med vedvarende skattemæssige underskud og nul-skattebetaling
- Servicecheck af selskabsskattelovgivningen
 - Særlig revisorpåtegning i selskaber med vedvarende underskud
 - Stramning af reglerne om fremførsel af underskud
 - Afskrivningsregler
 - Rentefradragsbegrænsning
 - Gennemstrømning af udbytter
 - Beneficial owner
 - Overdragelse af immaterielle aktiver til selskaber i lavskattelande

- Lovforslag nr. L 84 af 24.11. 2010 (Opfølgning på harmonisering af selskabers aktieafkastbeskatning mv.)

- Justering af mellemholdingselskabsreglen
 - Helejede holdingstrukturer undtages, dog med undtagelse af udenlandske mellemholdingselskaber beliggende i ikke-EU/DBO-lande
 - Bestemmelsen begrænses til datterselskabsaktionærer i mellemholdingselskabet
 - Præferenceaktier til selskabsaktionærer kan ikke anvendes i samspil med fysiske personers aktiebesiddelser.
 - Forpligtelse til indbetaling til MH af skatteværdien af andel af udbytte. Anses ikke som tilskud hos MH.

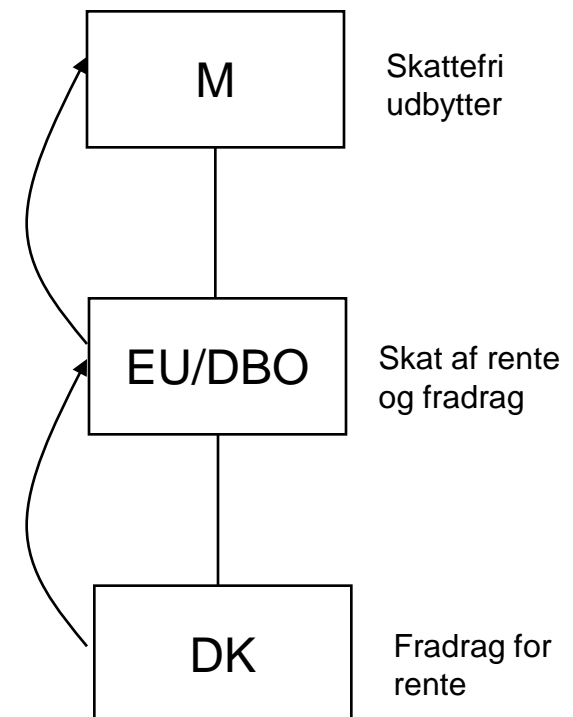
- Styrkelse af værneregler til sikring af dansk kildebeskatning
- Værn mod planlægning, hvorefter kildebeskatning af udbytter kan undgås ved at lade et dansk pengekasseelskab fusionere med et udenlandsk moderselskab.
- Ny FUL § 15, stk. 4
 - Udlodningen ved annulleringen af datterselskabsaktier i det indskydende selskab, beskattes som udbytte, når dette udbytte ikke skal frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.
 - Tilsvarende, hvis det modtagende selskab ejer mindre end 10% af aktiekapitalen i det indskydende selskab, men har bestemmende indflydelse, jf. LL § 2.
- Baggrunden er beskrevet i bemærkningerne til § 4 i L 84.
 - Skatterådet har i en afgørelse af 16. november 2010 fundet, at der ikke er hjemmel til, at fusionen kan føre til beskatning af »likvidationsprovenu« efter LL § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a.
 - Medfører, at der ikke sker beskatning af aktionærerne i det indskydende selskab, når aktionæren er hjemmehørende i udlandet.
 - Selskaber og personer, der er hjemmehørende i udlandet, er således ikke begrænset skattepligtige af gevinster og tab på aktier.
 - Uanset om reglerne om skattefri fusion anvendes med henblik på at omgå reglerne om kildebeskatning af udbytteudlodninger.

- **Eksempel, jf. bemærkningerne til § 4, nr. 5 i L 84:**

- *"...Selskabet X er hjemmehørende i et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Selskab X ejer selskabet Y, der er et selskab omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat efter både fusionsskattedirektivet og moder-/datterselskabsdirektivet. Selskab Y ejer det danske holdingselskab Z, som igen ejer driftsselskabet D. Der vil være dansk kildeskat på et udbytte fra selskab Z til selskab Y efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, når det forudsættes, at selskabet Y ikke er retmæssig ejer af udbyttet. Koncernen kan i stedet for at udlodde udbytte fra selskab Z til selskab Y lade de to selskaber fusionere ved en lodret fusion med selskab Y som modtagende selskab. I givet fald sker der ingen beskatning af den pengesum, der overføres til udlandet som led i fusionen – heller ikke selvom den reelt overføres til et land, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.*

- Kan arrangeres ved at have et dansk holdingselskab parat til hvert år, der skal udloddes udbytter.
- Intern bestemmelse, som er nødvendig for at hindre svig eller misbrug, jf. artikel 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet og artikel 15 i fusionsskattedirektivet.
- Der er ikke tale om en objektiveret misbrugsregel, idet der henvises tilbage til misbrugsbestemmelsen i direktivet.
- Indeholder ikke nogen klausul beneficial ownership – derfor alene en almindelig misbrugsvurdering ved anvendelsen af EU-mellemholdingselskaber

- Justering af eksisterende værnsregler til modvirkning af arbitrage
- SEL § 2 B, stk. 4,
 - Udvides til tilfælde, hvor skattereglerne i hjemstaten for den umiddelbare kreditor under et hybridt instrument ikke indebærer en behandling som egenkapital, men hvor den umiddelbare kreditor selv har gæld til et koncernforbundet selskab, for hvilket der er tale om indskud kapital (egenkapital).
 - Gælder selvom flere kreditorled.
 - Finder ikke anvendelse, hvis kildebeskatning skal frafaldes eller nedsættes i forhold til kreditor efter rente-/royaltydirektivet, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst.
 - Lovændringen er formentlig alene udtryk for, at den almindelige beneficial owner prøvelse nu tillige skal anvendes ved SEL § 2 B



- Ny SEL § 13, stk. 1, nr. 2
 - Ikke skattefrihed for udbytte, hvis et datterselskab på et lavere niveau har haft fradrag for udlodningen og ingen af udbytteudlodningerne i de mellemliggende niveauer har skullet frafalde eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet.
- Ny SEL § 2 A, stk. 3
 - Kun fradrag for renter og royalties til "blocker", hvis kildeskat skulle nedsættes eller frafalde efter rente-/royaltydirektivet eller DBO .

- **Nyt koncernbegreb**

- **Selskabsret:**

- Nyt koncernbegreb i SL §§ 5-7
- Skift fra formel til reelt koncernbegreb - fortolkes i overensstemmelse med IAS 27 og SIC 12.

- **Skatteret (sambeskatning mv.) - SEL § 31 C, stk. 1-7**

- »Et selskab, en fond, en trust eller en forening mv. (moderselskabet) udgør sammen med et eller flere datterselskaber en koncern. Et selskab kan kun have ét direkte moderselskab. Hvis flere selskaber opfylder et eller flere af kriterierne i stk. 2-6, er det alene det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over selskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab.
- Stk. 2. Bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger.
- Stk. 3. Bestemmende indflydelse i forhold til et datterselskab foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem et datterselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse.
- Stk. 4. Ejer et moderselskab ikke mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, foreligger der bestemmende indflydelse, hvis moderselskabet har
 - 1) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,
 - 2) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale,
 - 3) beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller
 - 4) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet.
- Stk. 5. Eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, herunder tegningsretter og køboptioner på kapitalandele, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et selskab har bestemmende indflydelse.
- Stk. 6. Ved opgørelsen af stemmerettigheder i et datterselskab ses der bort fra stemmerettigheder, som knytter sig til kapitalandele, der besiddes af datterselskabet selv eller dets datterselskaber.
- Stk. 7. Et selskab skal holdes ude af sambeskatningen, hvis der er fradraget eller vil kunne fradrages tab på fordringer mod selskabet efter kursgevinstlovens § 4, stk. 5, af et koncernforbundet selskab.«

- Væsentligste ændring er, at der kan foreligge en koncern, selvom moderselskabet ikke ejer kapitalandele i dattervirksomheden.
- Kan medføre betydelig ændringer, jf. *Engsig-Sørensen* i Den nye Selskabslov, 2009, p. 60.
- Betydning for de tilfælde, hvor der ikke hidtil har været etableret en sambeskatningskreds grundet det forhold, at der ikke samtidig var kapitalbesiddelse og bestemmende indflydelse.
 - Ses i private equity fonde
- Kan en person binde to 100%-ejede selskaber sammen ved at overdrage alle beføjelser til det ene selskab?

• Selskabsret

• Begrænset indbetaling af selskabskapitalen – SL § 33

- Kun krav om indbetaling af 25 % af selskabskapitalen med tillæg af en eventuel overkurs, dog en mindste indbetaling på 80.000 kr.
- Den tegnede kapital udestår som personlig fordring på tegneren, og kan indkaldes på anfordring.
- Fuld stemmeret på kapitalandele selvom en del heraf ikke er indbetalt (forudsat at restbetaling ikke er indkaldt).
- Udgør den manglende indbetaling en fordring/gæld?
 - Ja, jf. bemærkningerne til SL § 33: *"I stedet for fuld indbetaling, som kræves efter gældende ret, vil enten en del eller hele selskabskapitalen udestå som en personlig fordring på kapitalejeren"*.

- **Skatteret**

- Ændrer ikke på den skatteretlige behandling af kontantindskud og apportindskud
- Kan der opstå kursgevinst på gælden for sælger?
 - Udgør den manglende indbetaling en **fordring/gæld**?
 - Ja, jf. bemærkningerne til SL § 33: "*I stedet for fuld indbetaling, som kræves efter gældende ret, vil enten en del eller hele selskabskapitalen udestå som en personlig **fordring** på kapitalejeren*".
 - Tab på selskabskapital eller fordring?
 - Bem. til SL § 33: "*Selskabet kan afskrive fordringen i overensstemmelse med de gældende regler i skattelovgivningen*"
 - Nyt KGL § 24 A (L 84):
 - Gevinst og tab på sådanne fordringer medregnes ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.
 - Gælder generelt og går forud for koncernreglen i KGL § 4

– Afståelse af kapitalandel

- ABL uanset om kapital er fuldt indbetalt eller ej
- Anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum for kapitalandele, hvor kapitalen er delvist indbetalt
- L 202, 2009, Bilag 58, svar til Kromann Reumert:
 - *Det bemærkes, at muligheden for at lade en del af aktiekapitalen udestå som en personlig fordring på kapitalejeren indgår som en del af det af økonomi- og erhvervsministeren fremsatte forslag til en ny lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), jf. L 170. Der er ikke i den forbindelse sket ændringer i de skattemæssige regler. De skattemæssige konsekvenser af at udnytte den selskabsretlige mulighed vil derfor bero på en konkret ligningsmæssig vurdering af de gældende skattemæssige regler.*
 - *Jeg kan dog i den forbindelse henvise til min kommentar til det modtagne hørings svar fra Advokatanpartsselskabet Bent Stamer. I kommentaren redegøres der for, at det ikke vil have betydning for den skattemæssige kvalifikation af aktier som enten datterselskabsaktier eller porteføljeaktier, om aktiekapitalen er fuldt indbetalt, eller om den foreslåede selskabsretlige adgang til at lade en del af kapitalen udestå er udnyttet.*
- Derfor også betydning i forhold til andre ejerskabskrav, herunder kontrol, bestemmende indflydelse mv.

- Består der en fordring samtidig med at aktierne anses for anskaffet?
- Senest FSR's spm. til SKM til L 202, p. 20:
 - *"FSR beder SKM om at bekræfte, at både anskaffelsessum og – tidspunkt for aktierne skattemæssigt er upåvirket af, om der sker en fuld eller delvis indbetaling af den tegnede kapital?"*
- Skatteministeriets svar af 2.3. 2010, p. 53:
 - *"Det kan bekræftes, at anskaffelsessum- og tidspunkt ikke påvirkes af, om der er sket fuld indbetaling af den/de pågældende kapitalandele."*
- Ny ABL § 28 A (L 84)
 - Nedskrives en fordring på en kapitalejer vedrørende ikke indbetalt selskabskapital, nedsættes anskaffelsessummen for de aktier, der er tegnet i forbindelse med stiftelsen af fordringen, med et tilsvarende beløb.

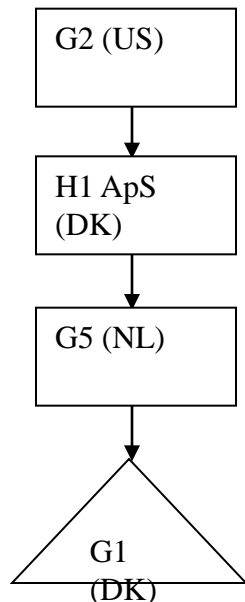
- Danmark har ophævet dobbeltbeskatningsaftalerne med Frankrig og Spanien (lov nr. 85 af 20. februar 2008) med virkning fra 1. januar 2009
- Baggrunden var at sikre dansk beskatning af pensionsudbetalinger til danske pensionister i Frankrig og Spanien
- Afledte konsekvenser for danske selskaber
- Uden dobbeltbeskatningsaftale afhænger beskatningen af interne regler i samspil med EU-retten
- Betalinger vedrørende renter, royalties og udbytter er i et vist omfang omfattet af EU-direktiverne
- Dog problemer med:
 - Snævert koncernbegreb i rente-/royaltydirektivet
 - Fransk kildeskat på 33,33 % på betalinger for service, udleje af udstyr og efter salgsservices til udenlandske selskaber i lande som Frankrig ikke har indgået en dobbeltbeskatningsaftale med
 - Brutto ctr. nettoberegning

- **Franske skattemyndigheder offentliggør retningslinjer (Instruction 14 B-2-10 af 2.8. 2010)**
- **Specifikke konsekvenser af ophævelsen**
 - Betaling for tjenesteydelser eller ydelser udført efter salg som udføres i Frankrig og leje af udstyr, der anvendes i Frankrig;
 - Kapitalindkomst fra salg af fast ejendom eller salg af aktier i ikke-børsnoterede selskaber, såfremt mere end 50 % af selskabets aktiver består af fast ejendom;
 - Kapitalindkomst fra salg af aktier i et fransk selskab, såfremt den begrænsede skattepligtiges aktiebeholdning har været større end 25 % indenfor de seneste fem år, og
 - Indtægter fra fast driftssted i Frankrig, såfremt der er tale om fast driftssted iht. franske regler (hvis der foreligger fast driftssted iht. franske regler, men ikke iht. danske regler, er der risiko for dobbeltbeskatning).
 - Noteudvekslingen af 28. februar 1930 mellem Danmark og Frankrig vedrørende luft- og søtransport atter får retsvirkning, som følge af ophævelsen af DBO'en. Under denne aftale er det kun den stat, hvori den faktiske ledelse befinder sig, der er tillagt beskatningsretten.
- **Løsninger til undgåelse af dobbeltbeskatning**
 - Ekstraordinær og midlertidig lempelsesmulighed.
 - Franske skatteydere (både personer og selskaber) og finder anvendelse på skat betalt på indkomst hidrørende fra Danmark, såfremt den pågældende skat svarer til den franske selskabs- eller personskat.
 - Lempelsen svarer til den kildeskat, som Danmark faktisk har indeholdt.
 - Dansk skatteyder kan under visse omstændigheder kræve tilbagebetaling for skat betalt i Frankrig, såfremt den tilsvarende lempelse ikke kan fradrages iht. danske regler, eller den betalte skat overstiger det skattepligtige beløb der ville blive beregnet, såfremt de franske skatteregler fandt anvendelse.

- Kildeskat på renter – SEL § 2, stk. 1, litra d) og H)
 - Selskabsdeltager – SKM 2010.240 SR
 - Mezzaninfond i LP form på Guernsey - der ydede warrantlån ikke anset for at være en selskabsdeltager
 - Derfor heller ikke relevant at undersøge om der forelå aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse.
 - Godskrivningskriteriet - Tilskrevne renter – TfS 2009.1104 LSR
 - Indeholdelespligt for renter tilskrevet kreditor på Isle of Man
 - Gentaget i SKM 2010.729 LSR vedrørende beneficial ownership til renter.
 - Viderebetaling – SKM 2010.20 SR
 - Betaling til Frankrig til indirekte moderselskab
 - Direktivet fandt ikke anvendelse
 - SR: formålsfortolkning vedrørende lavskattelande og ordinær drift.

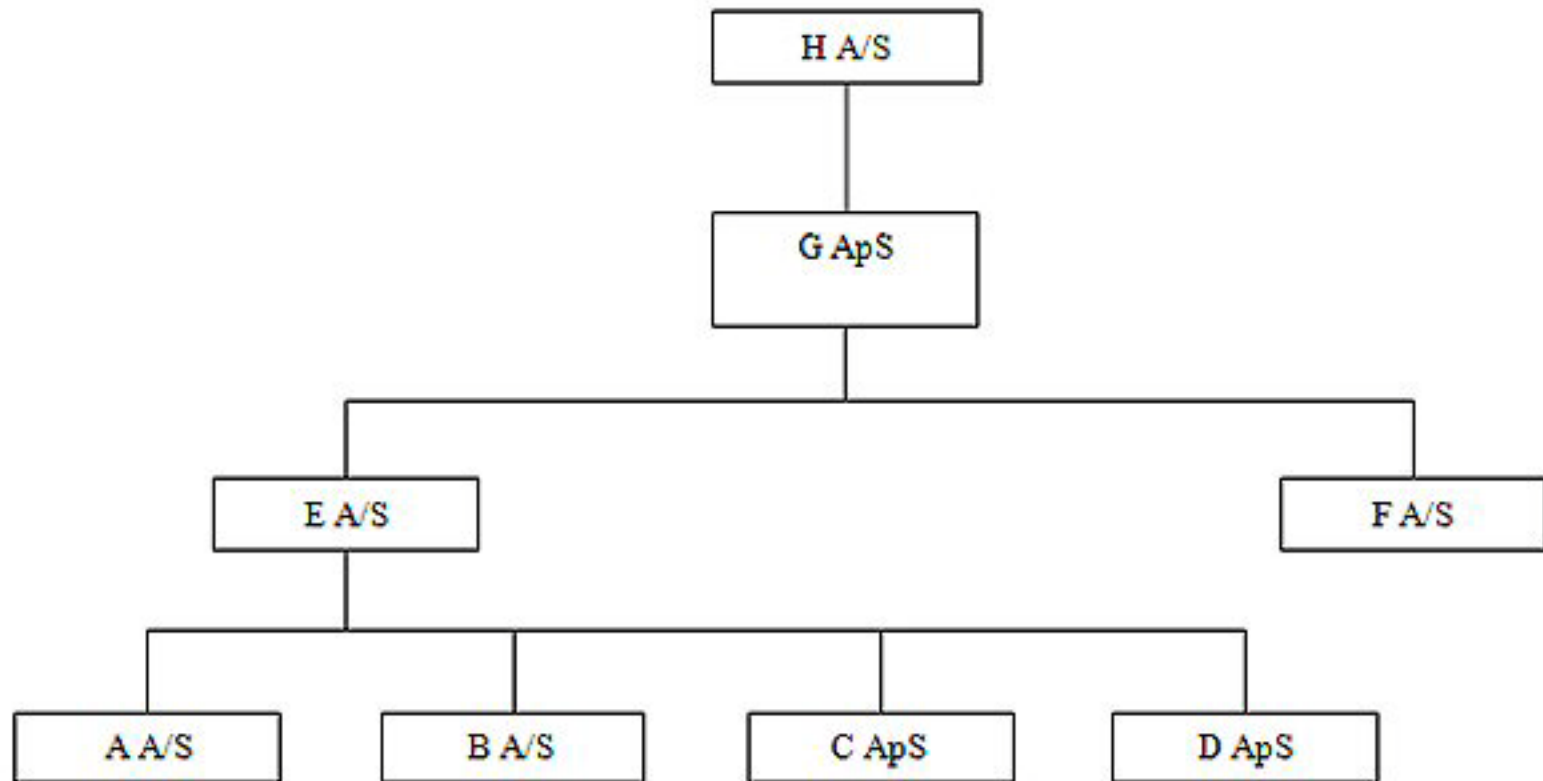
- Tynd kapitalisering - Konsolideringsreglen
 - Reglerne anvendes på konsolideret basis, dvs. samlet på alle danske koncernforbundne datterselskaber og faste driftssteder,
 - Konsolideringsreglen finder kun anvendelse på danske selskaber, der uden at inddrage udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab kan anses for at være koncernforbundne.
 - Formuleringen synes at indebære, at der helt skal bortses fra visse aktionærer, og i nogle tilfælde den kontrollerende aktionær, ved vurderingen af, om de danske selskaber er koncernforbundne, og dermed for vurderingen af, om der skal ske konsolidering af disse selskaber.
 - Ved danske koncerner er reglen formuleret således, at der skal foreligge koncernforbundne selskaber uden inddragelse af det ultimative danske moderselskab.
- Skatteministeren i supplerende svar til FSR vedr. L 119 (2004) :
 - *"...Bestemmelsen ændrer ikke på, hvilke selskaber, der anses for koncernforbundne, men regulerer alene, hvornår der skal ske konsolidering i forhold til en evt. fradragsbeskæring for renter i gældsforhold mellem enkelte koncernselskaber..."*.
 - *"...Bestemmelsen i § 11, stk. 4, 2. pkt., går derfor ud på at begrænse konsolideringsreglen i § 11, stk. 4, 1. pkt., således at den alene finder anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage udenlandske aktionærer kan anses for at være koncernforbundne. Det vil sige, at konsolideringen i den situation, hvor en udenlandsk koncern driver flere separate grene af sin virksomhed i Danmark gennem datterselskaber eller faste driftssteder, alene skal finde anvendelse inden for den enkelte virksomhedsgren..."*.

- Koncernoversigt: G1 (DK)H1 ApS (DK)G5 (NL)



- SKM 2010.270.LSR.
 - Sagen vedrørte det danske selskab H1 ApS og dets hollandske datterselskabs filial i Danmark G1
 - LSR: skattesubjektet er det hollandske selskab G5, og filialen udgør ikke et selvstændigt skattesubjekt.
 - LSR: det hollandske hovedkontor kunne ikke anses at være aktionær i filialen og dermed heller ikke omfattet af begrebet "udenlandske aktionærer".
 - Underkendte reguleringen, da H1 ApS og filialen skulle foretage en konsolideret opgørelse
 - Ejerskab via et udenlandsk selskab i givet fald heller ikke i sig selv, vil udelukke konsolidering efter SEL § 11, stk. 4
 - Formentlig konsolideret opgørelse i de enkelte grene af koncernen af de danske selskaber og faste driftssteder, uanset om der i de enkelte grene er indskudt mellemliggende udenlandske selskaber.

- SKM 2010.8 SR
 - Dansk koncern, hvori to danske udlånsvirksomheder henholdsvis A A/S og B A/S drev finansieringsvirksomhed med forbrugslån til primært forbrugere/privatpersoner. 52 % 100 % 70 %
 - A A/S og B A/S havde et samlet udlånsniveau på ca. kr. 600 mio., og finansieringen af selskabernes udlån var ydet af 2 banker.
 - Den ene bank (X bank) havde opnået sikkerhedsstillelse fra E A/S, C ApS og A A/S, hvilket som udgangspunkt defineres som kontrolleret gæld jf. SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.



- Skatterådet
 - H A/S holdes ude af konsolideringen.
 - G ApS, E A/S, A A/S, B A/S, C ApS og D ApS skal konsolideres
 - F A/S nævnes ikke – forkert!
 - Virksomhedsgren må forstås i sammenhæng af bestemmelsens ordlyd og henvisningen til KGL § 4, stk. 2, således at hele G ApS koncernen udgør en virksomhedsgren og derved skal konsolideres inkl. F A/S.
- Eliminering af sikkerhedsstillelse - SKM 2010.8SR
 - SKAT/Skatterådet fandt ud fra en formålsbetragtning, at det ikke har været hensigten, at sikkerhedsstillelser ikke skulle være omfattet af konsolideringsreglen.
 - Medførte at der ikke forelå hverken gæld eller sikkerhedsstillelse til H A/S, og SKAT fandt derfor, at betingelsen om kontrolleret gæld ikke var opfyldt på konsolideret basis.
 - Overraskende formålsfortolkning.

- Kvalifikation af US LLC – SKM 2010.654 SR
- Faktum
 - En fysisk person var bosat og skattemæssigt hjemhørende i USA og ejede 100 % af det i USA skattemæssigt hjemhørende LLC, der ejede 50 % af et dansk anpartsselskab.
 - I det konkrete tilfælde var hovedaktionæren i LLC et den eneste selskabsdeltager.
 - Der udstedtes ingen aktier eller andre beviser af enheden, og deltageren i selskabet hæftede ikke personligt.
 - Fastsat dato for LLC'ets opløsning og særlige begivenheder som udtræden, død eller konkurs ville medføre ophør af deltagelse i enheden.
 - LLC et kunne udlåne penge til dets selskabsdeltagere til dækning af skatter som følge af deltagelse i enheden, og der blev ikke udarbejdet et selvstændigt regnskab for LLC et.
- Skatterådet
 - LLC'et kunne kvalificeres som en transparent enhed, hvorefter hovedaktionæren i LLC'et skulle beskattes personligt af udbytte fra det danske ApS, da hovedaktionæren ansås for personligt at eje anparterne i ApS et.
 - Det eneste, der talte for at anse LLC et for et selvstændigt skattesubjekt, var, at deltageren ikke hæftede personligt. Herudover pegede de øvrige oplysninger i retning af at anse enheden for en skattemæssig transparent enhed.
 - I tråd med hidtidig praksis, som dog er kritiseret.

- Er LL § 5 G i strid med EU-retten?
 - ØLD af 22. November 2010.
 - I lyset af EU-domstolens om grænsoverskridende underskud (Marks & Spancer og Lidl) konkluderer Ø, at den danske bestemmelse ikke er i strid med EU-retten og at der ikke er grundlag for at indbringe dette spørgsmål for EU-domstolen
 - Særligt henset til risiko for dobbelt fradrag og muligheden for fradrag, hvis det godtgøres at der foreligger en endeligt tab.



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

Tel. 3377 9030

Mob. 3037 9630

Email: jbu@mwblaw.dk



Copenhagen Research Group on International Taxation

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