



FAGLIGT NETVÆRK

20. september 2023

ITR
WORLD TAX

TOP TIER
FIRM

2024

Løbende ydelser (Earn-Outs)

Niels Winther-Sørensen, Partner, professor, dr.jur, CORIT Advisory

Status på F&U fradrag

Daniel Rath, Associate, CORIT Advisory

Højesteret om kildeskat på udbytte og renter (Beneficial Ownership)

Niels Winther-Sørensen, Partner, professor, dr.jur, CORIT Advisory

Straffesagsvurdering for selskaber

Jakob Bundgaard, Managing director, Professor, Ph.D., CORIT Advisory

LØBENDE YDELSER (EARN-OUTS)

Virksomhedshandler

- Afståelsesbeskatning ved salg/køb af aktier
 - Beskatning af
 - danske fysiske personer
 - danske selskaber m.v.
 - udenlandske personer og selskaber
- Afståelsesbeskatning ved aktivhandler
 - Allokering af salgssum/købesum til enkelte aktiver
 - Beskatning af
 - danske fysiske personer
 - danske selskaber m.v.
 - udenlandske personer og selskaber
- Hvorfor behov for købesumsregulering eller løbende ydelser?
 - Usikkerhed, som knytter sig til forhold før aftaletidspunktet
 - Usikkerhed, som knytter sig til forhold mellem aftaletidspunktet (signing) og overtagelsestidspunktet (closing)
 - Usikkerhed, som knytter sig til forhold efter overtagelsestidspunktet
 - Fx fremtidig overskud/omsætning
 - Fx opnåelse af visse milestones

Den retlige baggrund for beskatningen af løbende ydelser før LL § 12 B

- Løbende indtægter
 - Statsskattelovens § 4, når retserhvervelse af de enkelte løbende ydelser
- Udgifter
 - Statsskattelovens § 6a
 - Forarbejderne til LL § 12 B er lidt (for) håndfaste
- Kapitalisering af værdien af løbende ydelser, som indgår som en del af afståelsessummen og anskaffelsessummen

Hovedreglen i LL § 12 B

- Kapitaliseret værdi indgår ved opgørelsen af salgssum/købesum
- Betingelser, jf. LL § 12 B, stk. 1:
 - helt eller delvist vederlag i en gensidigt bebyrdende aftale om overdragelse af et eller flere aktiver, og
 - der hersker usikkerhed om enten ydelsens varighed eller ydelsens årlige størrelse, når ydelsen løber ud over aftaleåret
- Kapitalisering af værdien af løbende ydelser, som indgår som en del af afståelsessummen og anskaffelsessummen
 - Kapitaliseringen skal foretages i forbindelse med indgåelsen af den gensidigt bebyrdende aftale.
 - Den af parterne foretagne kapitalisering er undergivet told- og skatteforvaltningens prøvelse
- Løbende ydelser indtil den kapitaliserede værdi (saldoen)
 - Ingen beskatning/intet fradrag, så længe saldoen er positiv

Hovedreglen i LL § 12 B

- Løbende ydelser, som overstiger den kapitaliserede værdi (=saldoen bliver negativ)
 - Beskatning af modtageren
 - Fradrag hos betaleren
 - Forarbejderne (resume af bl.a. Finansministeriets og Skatteministeriets medlemmers udtalelser i Generationsskifteudvalgets rapport):
 - "På samme måde som ved betaling med et gældsbrief bør køber ved betaling med en løbende ydelse have fradrag for dette ekstra beløb, der er udtryk for en forrentning, ligesom sælger bør beskattes af beløbet"
 - "De foreslåede regler **gælder også ved overdragelser, der ikke i sig selv er skatterelevante**. Det kan f.eks. være en overdragelse uden skattepligtig fortjeneste til udlandet eller til en andelsbeskattet forening. Eller det kan være en overdragelse uden fortjeneste eller genvundne afskrivninger af en fast ejendom, som er afskrevet af sælger, men som af køber anvendes til et ikke-afskrivningsberettiget formål. Forslaget indebærer ved en sådan overdragelse, at sælger beskattes af den betaling, han modtager for at vente på sit vederlag, ligesom køber har fradrag herfor. Sådan behandles renter også almindeligvis"

Hovedreglen i LL § 12 B

- Giver det hensigtsmæssige incitament(er)?, fx ved aktieoverdragelser, hvor
 - Køber og sælger begge er danske selskaber
 - Sælger er et dansk selskab, køber udenlandsk eller skattefritaget
 - Køber er et dansk selskab, sælger er udenlandsk eller skattefritaget

Hvornår er der tale om løbende ydelse omfattet af LL § 12 B?

- Cirkulære 2000-39 om lov nr. 386 af 2. juni 1999 (Lempelse af beskatningen af løbende ydelser og goodwill m.v.)
 - Som det fremgår af lovens definition på en løbende ydelse er det kun beløb, hvorom der hersker usikkerhed, der kan betegnes som en løbende ydelse. Såfremt der i aftalen er fastsat en tidsbegrænset årlig minimumsbetaling, er det beløbet derudover, der anses for at være den løbende ydelse. Selve minimumsbeløbet anses for at være afdrag på en fordring...
 - Går reguleringen ud på, at der i tillæg til betalingen af et kontantbeløb i aftaleåret, skal betales en procentdel af for eksempel overskuddet i ét eller flere efterfølgende år, udgør de overskudsafhængige beløb en løbende ydelse, hvis værdi skal kapitaliseres og beskattes i aftaleåret sammen med kontantvederlaget.
 - En reguleringsklausul om, at sælgeren i tilfælde af eksempelvis omsætningsnedgang, skal betale et beløb til køberen, dvs. at en del af det modtagne vederlag skal »tilbagebetales«, er ikke omfattet af reglerne i § 12 B.
 - Drejer det sig om, at der i aftalen tages forbehold for udefrakommende begivenheder, såsom miljø- eller skattekrav, vil der ikke være tale om en løbende ydelse. Den aftalte reguleringsbestemmelse i tilfælde af et sådant krav er ikke en berigtigelsesform.

Hvornår er der tale om løbende ydelse omfattet af LL § 12 B?

- Den Juridiske Vejledning 2023-2,
 - **”En enkelt efterfølgende regulering af afståelsessummen**
 - Ligningsrådet har afgjort, at **en enkelt efterfølgende regulering** af overdragelsessummen for en aktiepost, som i overdragelsesaftalen var aftalt til at kunne finde sted ved opfyldelse af visse betingelser, skulle beskattes som yderligere vederlag for afståelse af aktierne i stedet for som løbende ydelser efter LL § 12 B. Se SKM2003.78.LR.
 - I en tilsvarende sag om en enkelt efterfølgende regulering af et vederlag for afståelse af aktier, drejede spørgsmålet sig om, hvorvidt dette vederlag skulle beskattes som yderligere vederlag. I sagen ønskede aktionæren at udtræde af selskabet, og ifølge vilkårene for overdragelsen skulle afståelsessummen **reguleres for resultatet i afståelsesåret** i et datterselskab... Ligningsrådet lagde ved afgørelsen vægt på, at der kun skulle ske en enkelt efterregulering af overdragelsessummen, og fandt, at der ikke var tale om en løbende ydelse efter LL § 12 B. Dette gjaldt efter Ligningsrådets opfattelse, hvad enten efterreguleringen indtrådte i aftaleåret eller i et efterfølgende indkomstår. Ligningsrådet henviste til ordlyden i LL § 12 B, samt til at bestemmelsen havde til formål at lette erhvervslivets generationsskifter. Se SKM2003.457.LR.”
- Kritikken af Ligningsrådets afgørelser

Hvornår er der tale om løbende ydelse omfattet af LL § 12 B?

- Den Juridiske Vejledning 2023-2,
 - "Skatterådet har også taget stilling til spørgsmålet om en enkelt efterfølgende regulering i SKM2007.871.SR og SKM2011.41.SR, som også drejede sig om aktieafståelser."
- Landsskatterettens nyere (ikke offentliggjorte) afgørelse
 - Flere efterfølgende reguleringer af købesummen
 - Landsskatteretten:
 - "Det fremgår af ovenstående, at reguleringen ... allerede var defineret ..., og der udestod herefter blot, at xxx fastslog størrelsen... Det fremgår af samme aftale, at den pågældende regulering ... skal betales én gang..."
 - Den betaling ... er således udtryk for en købesumsregulering , hvis størrelse blev defineret i aftalen..., og som skulle erlægges én gang.... Betalingen er derfor ikke en løbende ydelse, hvorom der herskede usikkerhed om enten ydelsens varighed eller ydelsens årlige størrelse, jf. ligningslovens § 12 B.
 - Det ændrer ikke herpå, at der i aftalen ... også var fastsat andre reguleringer af overdragelsessummen, idet disse reguleringer vedrørte andre forhold i overdragelsesaftalen og ikke havde sammenhæng med den pågældende regulering ..."



STATUS PÅ F&U-FRADRAG

Forsøg og forskning omfatter:

- Anvendt forskning = *ny viden* → rettet mod praktisk anvendelse.
- Grundforskning = *ny viden* → ikke rettet mod praktisk anvendelse.
- Udviklingsarbejde = *kendt viden* anvendes til at frembringe *nye* eller *væsentligt forbedrede* materialer, produkter, *processer* m.v.
- Særligt forståelsen af "udviklingsarbejde" giver problemer i praksis.
 - Udviklingsarbejdet skal være af en "vis kvalificeret karakter".
- Samtidigt et krav at udgifter til F&U er afholdt i *tilknytning til den skattepligtiges erhverv*.
 - Hvorfor er det relevant?
 - Hvordan skal vi forstå betingelsen?
 - Betyder det et krav om et kommercielt formål? Ikke et abstrakt videnskabeligt formål?
 - Betyder det et krav om naturlig tilknytning?
 - Betyder det et krav om overdragelse i det frie marked? Og er det ensbetydende med et krav om salg?
 - Hvad er konsekvenserne?

Hvornår er noget tilstrækkeligt nyt? Hvad måles nyhedsværdi i forhold til?
Og hvornår foretages vurderingen?

Praksis opererer med mange forskellige målestokke og krav

Praksis viser, at virksomhederne bliver mødt med strenge krav

Objektiv, global nyhedsværdi + opfindeshøjde
○ Betyder det, at der kræves et patent?

Projekter skal afhjælpe hidtil uløste problemstillinger, være enestående og kunne anvendes i et hidtil ukendt felt.

Nyhedsværdi afhænger af den "faktiske udvikling i samfundet".

Nyhedsværdi måles mod "allerede kendt teknik".

Skal nyhedsværdi vurderes ud fra branche-, markeds-, koncept- eller produktbetragtninger?

Ikke egen produktportefølje, men derimod "markedet m.v.".

Der må ikke findes lignende produkter på markedet.

Ikke nok det er nyt ift. skattepligtige selv. Det udviklede skal være nyt og væsentligt forbedret (denne vurdering skal foretages ud fra om det udviklede allerede anvendes i skattepligtiges egen branche).

Hvor bredt ("geografisk") skal skatteyder skabe nyhedsværdi?

Ikke nok at være først i DK, hvis lignende koncepter eksisterer i udlandet.

Ikke nok at opnå samme fremskridt i DK som i DE, da ej nyt ift. branchen.

Virksomhederne skal derfor forvente at blive mødt med krav om, at der er skabt nyhedsværdi ud over Danmarks grænser.

Hvornår foretages vurderingen?

"Udviklingstidspunktet".

Hvad er de praktiske konsekvenser?

Virksomhederne skal orientere sig bredt.

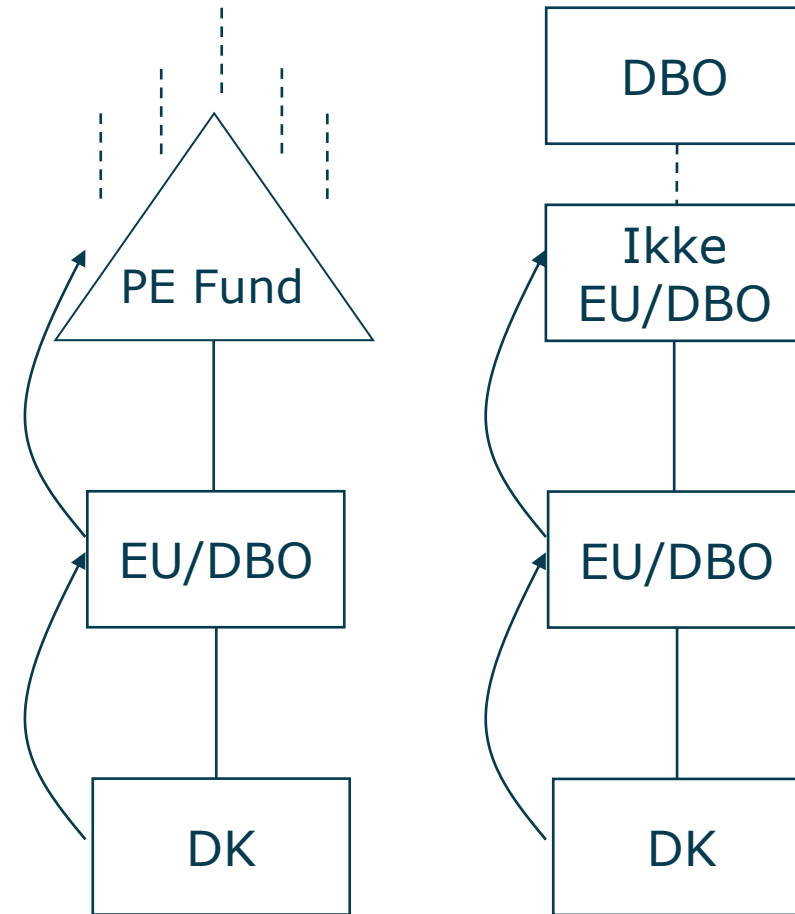
First across the finish line.

- Det er skatteyder, der har bevisbyrden.
- Skatteministeriet i SKM2021.579.BR:
 - *“Der er grund til at stille strenge krav til sagsøgtes bevis for, at udgifterne ikke blot har karakter af almindelige driftsomkostninger ifølge statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, men kan henføres til særreglen i ligningslovens § 8 B, stk. 1.”*
- Hvilke udfordringer ser vi i praksis?
 - Skatteyder mødes ofte med en tilgang, hvorefter skatteydere bevismidler anses som værende uden bevisværdi, og at skatteydere påstande og anbringender er udokumenterede.
 - Det er uklart/usikkert for skatteyder, hvilke retlige betingelser der skal bevises.
- Hvornår er bevisbyrden løftet?
- Hvordan bør man forsøge at løfte bevisbyrden?
- Fremtiden?
 - Mange sager – forhåbentlig gradvis afklaring på F&U-problematikkerne.
 - Generel opbakning til at gøre det forhøjede F&U-fradrag permanent.

HØJESTERET OM KILDESKAT PÅ UDBYTTE OG RENTER

(BENEFICIAL OWNER)

- Hvem er rette indkomstmottager efter intern dansk ret?
- Hvem er retmæssige ejer (beneficial owner)?
 - DBO
 - EU
 - Betydning i intern dansk skatteret?
- Misbrug
 - Selskab i ikke-DBO-land
 - Ultimative ejere i sædvanlige kapitalfondsstrukturer



EU-domstolens to domme fra 2019 (Sag C-116/16 m.fl. Og Sag C-118/16 m.fl.)

○ 6 sager blev behandlet samlet

- 2 sager om udbytteskat
- 4 sager om renteskat
 - Både sager med danske selskaber, der indirekte er ejet af kapitalfonde, og
 - Sager, hvor dansk selskab ultimativt er ejet af et US-selskab, men hvor der er et mellemliggende skattelyselskab
- Der findes et almindeligt EU-retligt princip om, at borgerne ikke må kunne påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug.
- En medlemsstat skal nægte at indrømme fordelene i EU-retlige bestemmelser, såfremt disse ikke er blevet påberåbt med henblik på at gennemføre målene med disse bestemmelser, men med henblik på at drage nytte af en EU-retlig fordel, selv om betingelserne for indrømmelse af denne fordel alene er opfyldt formelt.
- Dette gælder uanset direktiv indeholder adgang til at fastsætte nationale misbrugsregler

○ Højesteret har nu – stort set – givet Skatteministeriet fuldt medhold i alt

- SKM2023.251.HR (udbytter)
- SKM2023.398.HR (renter)
- U.2023.4403H - Højesterets dom fra den 30. juni 2023 - Heavy Transport Holding Denmark ApS (udbytter)

Højesterets praksis om gennemstrømningselskaber

○ Hvem er rette indkomstmottager?

- Det danske datterselskabs direkte moderselskab er begrænset skattepligtigt selskab og rette indkomstmottager
- Se fx U.2023.4403H (Højesterets dom 30. juni 2023):
 - "På denne baggrund tiltræder Højesteret, at **Heavy Transport Finance (Luxembourg) efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, er skattepligtig af udbyttet**, og at Heavy Transport Holding Denmark som følge heraf havde pligt til at indeholde skat af beløbet, jf. kildeskattelovens § 65, stk. 1."
- SKM2016.281.HR var speciel
 - Det fremgår af sagen, at RF Holding (DK) selv anså beslutningen af 8. juni 2006 for en udlodning af udbytte. ...
 - RF Holding har ikke godtgjort, at selskabet faktisk udloddede udbyttet til LMR Investments (Luxembourg), og lægger til grund, at **udbyttet blev ledt uden om dette selskab...**
 - Højesteret tiltræder herefter, at RF Holding (DK) ikke har godtgjort, at udbyttet er modtaget af et udenlandsk moderselskab, som opfyldte kravene til at fritage RF Holding for at indeholde udbytteskat.

○ Hvem er retmæssig ejer (beneficial owner)?

- Højesteret i SKM2023.251.HR:
 - Ikke forudsat i forarbejderne, at det skal forstås som "rette indkomstmottager" i intern dansk skatteret
 - Skal forstås "i lyset af OECD-modeloverenskomsten, herunder OECD's kommentarer fra 1977 om imødegåelse af misbrug."
 - I de reviderede kommentarer fra 2003 er dette uddybet og præciseret...

Højesterets praksis om gennemstrømningselskaber

- **Ultimative ejer beskyttet af DBO**
 - NetApp-sagen i SKM2023.251H
 - Spørgsmålet er, om det kan føre til et andet resultat, at NetApp Denmark - hvis moderselskabet på tidspunktet for udlodningen havde været NetApp USA og ikke NetApp Cypern - kunne have udloddet udbyttet til NetApp USA med den virkning, at udbyttet som følge af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og USA havde været fritaget for skattepligt.

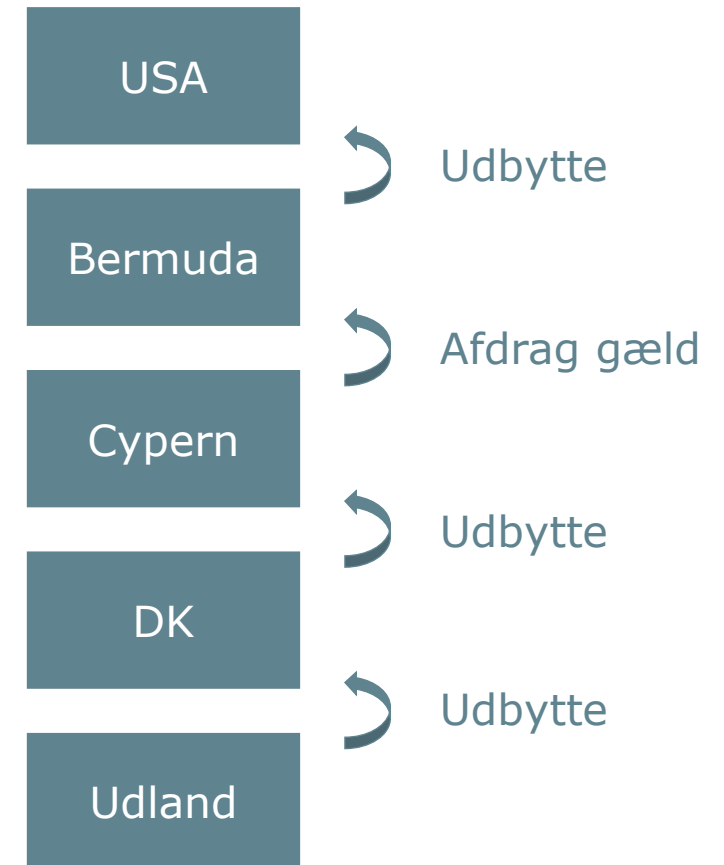
- **Højesteret henviser til EU-domstolens dom:**
 - Den omstændighed, at der findes en sådan overenskomst, kan således efter dommen ikke i sig selv udelukke, at der foreligger retsmisbrug
 - Det fremgår også, at når dette er sagt, kan det heller ikke udelukkes, såfremt der foreligger en situation, hvor udbyttet ville have været fritaget, hvis det var blevet udloddet direkte til det selskab, som har sit hjemsted i en tredjestat, at målet med koncernstrukturen ikke er udtryk for retsmisbrug.

- **Det afskar ikke muligheden for beskyttelse af ultimative ejer, at betalingerne skiftede karakter op gennem kæden af selskaber**

Højesterets praksis om gennemstrømningselskaber

- Højesteret om de konkrete udlodninger i NetApp-sagen (SKM2023.251H)
 - Der foreligger ikke nærmere oplysninger om baggrunden for, at det i 2005 blev besluttet at etablere en selskabsstruktur, hvorefter NetApp Cypern skulle stiftes som nyt moderselskab for NetApp Denmark - ... - i stedet for at gøre NetApp USA til moderselskab for NetApp Denmark... Der er herunder ikke fremlagt oplysninger om den rådgivning fra PwC, som efter X ' forklaring for Højesteret lå til grund for beslutningen.
 - Under disse omstændigheder må det efter Højesterets opfattelse kræve klare holdepunkter at antage, at der ikke ved udlodningen til NetApp Cypern ... forelå retsmisbrug efter direktivet.

- Højesteret om de konkrete udlodninger i NetApp-sagen (SKM2023.251H)
- Udbytte på 565.896.000 kr.
 - 28/9 2005 DK vedtager udbytte
 - 25/10 2005 modtager DK tilsvarende udbytte fra sit udenlandske datterselskab
 - 27/10 2005 udbetaler DK udbyttet til Cypern
 - 28/10 2005 Cypern overfører til Bermuda
 - Ikke som udbytte, men som betaling af gæld
 - 3/4 2006 overførsel af udbytte fra Bermuda til USA
- Højesteret:
 - Endelig beslutning om hjemtagning til NetApp USA blev først truffet den 22/3 2006
 - Udbyttebeløbet henstod forud for dette i NetApp Bermuda i ca. 5 måneder, hvor det blev investeret i obligationer, og
 - NetApp-koncernen kunne i denne periode frit kunne have besluttet at anvende udbyttet til andet end hjemtagelse til NetApp USA.



Højesterets praksis om gennemstrømningselskaber

- Højesteret om de konkrete udlodninger i NetApp-sagen (SKM2023.251H)
 - Udlodning på 92 mio. kr.
 - Højesteret fandt "det godtgjort, at udbyttet på ca. 92 mio. kr. fra NetApp Denmark var indeholdt i det udbytte på 550 mio. USD, som NetApp Bermuda den 3. april 2006 overførte til NetApp USA."
 - Højesteret fandt endvidere, "at den eneste retmæssige ejer af dette udbytte har været NetApp USA, hvor udbyttet også er blevet beskattet."
 - "Efter det anførte er udbyttet på ca. 92 mio. kr. **fritaget for beskatning efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, sammenholdt med den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst.** NetApp Denmark har derfor ikke været forpligtet til at indeholde udbytteskat efter kildeskattelovens § 65, stk. 1."
- Betydningen af, at NetApp USA ikke var rette indkomstmottager af udbyttet fra Danmark?
- Betydningen af, at DBO USA måske ikke siger 0% for datterselskabsudbytte?
 - SEL § 2, stk. 1, litra c: "Skattepligten omfatter ikke udbytte af datterselskabsaktier, ..., når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU .. eller **efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med ... den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.**"
 - Henvises der her til Cypern eller USA?
 - Mener Højesteret blot, at der så ikke er tale om retsmisbrug efter direktivet eller DBOen med Cypern?

Højesteret har kun taget stilling til "rene" gennemstrømningselskaber

- Udbytte eller renter til moderselskab i DBO-land med reel substans
 - SKAT har (i hvert fald tidligere) anlagt den fortolkning, at det afgørende var selve gennemstrømningen
 - Hvad, hvis der i forbindelse med køb af dansk koncern etableres nyt koncernmoderselskab i anden stat?
- Krav om faktisk beskatning af ultimativ ejer?
 - NetApp:
 - Højesteret fandt endvidere, "at den eneste retmæssige ejer af dette udbytte har været NetApp USA, hvor udbyttet også er blevet beskattet"
- "Gennemstrømning" af renter til betaling af ekstern gæld
- Likvidation af dansk selskab, som kun ejer aktier
 - Likvidation af danske selskab kan beskattes som udbytte, hvis udbytte ikke kunne modtages skattefrit
 - Likvidation vil kunne give mulighed for efterfølgende udlodninger uden om Danmark



STRAFFESAGSVURDERINGER

- Skattesvig er rykket op på agendaen hos Skattestyrelsen.
 - Konkret i form af en oplysning om, at sager overvejes at blive sendt til straffesagsvurdering
 - Gælder fejl, herunder rådgivers/revisors fejl, skønsmæssige vurderinger og ikke mindst fagligt vanskelige spørgsmål (evt. kvalifikationen af royalties eller tynd kapitalisering)
- Antallet af sager om skattesvig er mangedoblet
 - Årsager?
 - Statsrevisorernes Beretning 2021: Skatteministeriets behandling af straffesager
 - Servicemeddelelser?
- Kan opleves som pression og de fleste selskaber er ubekendte med den proces der iværksættes
 - Skattesvig er således ikke et emne der normalt indgår i den ordinære drift af en skatteafdeling
- Forsæt og grov uagtsomhed – forudsætning for ekstraordinær genoptagelse (SFL § 27)
 - I højere grad end tidligere foretages ekstraordinære ansættelser pga. forsæt eller grov uagtsomhed.

- Skattesvig forudsætter, at er udvist et bebrejdellesværdigt forhold i form af forsæt eller som udslag af grov *uagtsomhed*.
 - Ved uagtsomhed har gerningsmanden således tilsidesat de krav og pligter, der i den konkrete situation må stilles for god og ordentlig handlemåde.
 - Alene den "grove" uagtsomhed er omfattet, dvs. at der forelægger en "særlig bebrejdellesværdig" afvigelse fra den krævede handlemåde, mens simpel uagtsomhed ikke er tilstrækkelig.
- Der skal altid foretages en individuel vurdering af, om der i den konkrete sag forligger simpel uagtsomhed, grov uagtsomhed eller forsæt.
 - Af betydning er navnlig karakteren og indholdet af den lovgivning, som ikke er efterlevet.
 - Tilsidesættelse af enkle og velkendte bestemmelser anses i højere grad som udslag af grov uagtsomhed, i modsætning til overtrædelse af komplicerede og marginale bestemmelser.
- **Strategiske overvejelser**
 - Involvering af ledelse og juridisk afdeling?
 - Skal man acceptere udvidet genoptagelse og dermed mindst grov uagtsomhed?
 - Erkende egentlige fejl eller bekæmpe vurderingen af grov uagtsomhed?
 - Hvad betyder dette for en evt. straffesagsvurdering?



TAK FOR I DAG