

# EU-retten og danske rentebeskræningsregler

I artiklen analyseres rentebeskræningsreglerne i selskabsskattelovens (SEL) §§ 11 B og 11 C i lyset af den traktatfæstede etableringsfrihed i art. 49 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). I artiklen argumenteres for at dele af rentebeskræningsreglerne ikke synes forenelige med art. 49 TEUF, herunder de samlede opgørelser efter SEL § 11 B, stk. 8 og SEL § 11 C, stk. 2 samt den såkaldte karenperiode i SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt.(1)

Af Michael Tell, ph.d., Juridisk Institut, CBS, og CORIT Advisory P/S

Det konkluderes, at det formentlig ikke er foreneligt med art. 49 TEUF, at kun overskydende renteloft og EBIT-loft i danske datterselskaber kan modregnes i et dansk moderselskabs opgørelse af henholdsvis renteloftet og EBIT-loftet, mens en sådan modregning af overskydende renteloft og EBIT-loft fra udenlandske datterselskaber kun er mulig, såfremt selskaberne indgår i en international sambeskatning. Det synes potentielt at udgøre en hindring for danske selskabers udøvelse af etableringsfriheden i andre medlemsstater, hvorfor en sådan overførselsadgang formentlig også må udstrækkes til at omfatte datterselskaber hjemmehørende i andre medlemsstater.

Ydermere konkluderes det, at karenperioden i SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt., hvorefter aktiver, der er indskudt af udenlandske koncernforbundne enheder kun medregnes ved opgørelsen af renteloftet, i det omfang aktiverne forbliver i selskabet i mindst to år, medmindre der er valgt international sambeskatning, formentlig heller ikke er foreneligt med art. 49 TEUF, da dette udgør en forskelsbehandling og potentielt kan være en hindring for udenlandske selskabers etablering af datterselskaber i Danmark. En sådan karenperiode kan derfor formentlig ikke opretholdes i forhold til aktiver indskudt af selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater.

## 1. Indledning

I 2007 indførtes de nugældende rentebeskræningsregler i SEL § 11 B og 11 C, henholdsvis benævnt renteloftsreglen og EBIT-reglen. Formålet var at gøre selskabsbeskatningen mere robust og konkurrencedygtig, og havde bl.a. baggrund i rapporter fra Økonomi- og Erhvervsministeriet og SKAT.

Økonomi- og Erhvervsministeriet offentliggjorde den 14. november 2006 en analyse af kapitalfonde i Danmark, hvori en af konklusionerne var, at gældsætningen i de opkøbte virksomheder var steget og den effektive skattebetaling faldet. Samtidig gennemgik SKAT en række selskaber, der nylig var overtaget af kapitalfonde, og det anførtes at en række kapitalfonde foretog skatteplanlægning med en hidtil *uset aggressivitet* og i praksis ikke betalte dansk selskabsskat. Årsagen anførtes at være, at danske og udenlandske selskaber anvendte finansieringsstrukturer til at forøge udgifterne i Danmark, mens denne gældsætning finansierede aktiviteter i udlandet, som ikke skabte skattepligtig indkomst i Danmark. De grundlæggende årsager anførtes at være selskabsskattesatsen, og dermed størrelsen af rentefradraget mv., samt muligheden for skattefrit udbytte af datterselskabsaktier, hvorfor et kraftigt indgreb fandtes nødvendigt.(2) Mindre justeringer fandtes at være utilstrækkelige til at forhindre en gradvis udhuling af selskabsskatterne. Lovgiver ønskede således robuste regler til modvirkning heraf.

Robustheden af selskabsbeskatningen, herunder rentefradragsbeskræningsregler, må naturligvis også vurderes i forhold til de EU-retlige forpligtelser og særligt Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, da beskatningen ellers ikke kan opretholdes. Det kræver en analyse af forpligtelserne efter EUF-traktaten i forhold til renteloftsreglen i SEL § 11 B og EBIT-reglen i SEL § 11 C.

I det følgende gennemgås først etableringsfriheden i art. 49 i EUF-traktaten og herefter overordnet rentebeskræningsreglerne i SEL §§ 11

B og 11 C. Herefter analyseres udvalgte EU-retligt problematikker, der udspringer af rentebeskræningsreglerne med fokus på hindringer for danske selskabers etablering af datterselskaber i andre EU-medlemsstater samt etablering af danske datterselskaber af selskaber hjemmehørende i andre EU-medlemsstater. Det konkluderes, at robustheden og udstrækningen af rentebeskræningsreglerne formentlig markant begrænses, da disse ikke kan være til hinder for den traktatfæstede etableringsfrihed i art. 49 i EUF-traktaten.

## 2. EU-retten - den frie etableringsret i art. 49 TEUF

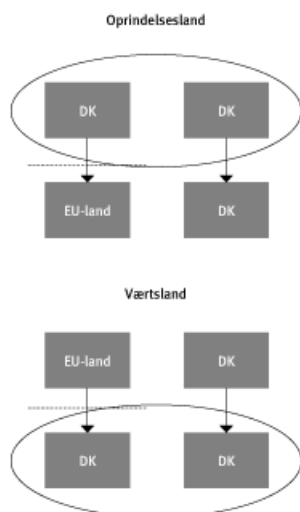
De direkte skatter er i modsætning til de indirekte skatter endnu ikke EU-retligt harmoniseret, selvom der senest med forslag til CCCTB-direktivet er taget visse skridt i denne retning.(3) De direkte skatter henhører fortsat til medlemsstaternes kompetence, dog således at denne kompetence skal udøves under hensyntagen til bl.a. EUF-traktaten.(4) National lovgivning kan således ikke være til hinder for den fulde virkning og ensartede anvendelse af frihedsrettighederne heri.

Det følger af art. 49 TEUF et forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere og selskaber(5) i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, herunder ved filialer eller datterselskaber. Der følger således en ret for selskaber til at udøve selvstændig virksomhed på de vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for selskaber hjemmehørende i værtslandet.(6) Det medfører eksempelvis, at en værststat ikke kan gennemføre en forskellig behandling af et datterselskab eller et fast driftssted alene på grund af, at dets moderselskab/hovedkontor har hjemsted i en anden medlemsstat.(7) men samtidigt også at oprindelsesstaten ikke kan lægge hindringer i vejen for udøvelsen af hjemmehørende selskabers etableringsfrihed i andre medlemsstater, eksempelvis ved etablering af datterselskaber.(8)

Hvad der udgør en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF, afgøres efter en diskriminationstest eller restriktionstest. En prøvelse efter diskriminationstesten udgør en vurdering af, om der består en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, mens restriktionstesten er bredere og udgør en vurdering af, om der består en hindring for udøvelsen af den frie bevægelighed. EU-domstolens praksis vedrørende direkte skatter er uklar i forhold til hvilken test, der skal anvendes, da der ofte retorisk synes anvendt en restriktionstest, mens der reelt foretages en vurdering af, om der består en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, og derved en diskriminationstest. *Terkilsen*(9) anfører at EU-Domstolen i alle afgjorte sager har identificeret et sammenligningsgrundlag for at vurdere de nationale regler, mens EU-Domstolen ikke har fundet den nationale regulering uforenelig med etableringsfriheden i de tilfælde, hvor der ikke kunne identificeres et sammenligningsgrundlag.

Det lægges derfor til grund, at en hindring for etableringsfriheden i art. 49 TEUF på EU-rettens nuværende udviklingstrin forudsætter en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, hvorved det gøres ugunstigt for et selskab hjemmehørende i en medlemsstat at etablere sig i en anden medlemsstat. Det omfatter både forhold i oprindelsesstaten og i værststaten. Der skal således i forhold til oprindelsesstaten sammenlignes med en etablering af samme aktiviteter i oprindelsessta-

ten i forhold til værtsstaten, mens der i forhold til værtsstaten skal sammenlignes mellem en etablering fra oprindelsesstaten i forhold til værtsstaten. Det kan illustreres som følger, hvor cirklen viser, hvilke situationer (selskaber) der skal sammenlignes:



For et større format klik her.

En eventuel forskelsbehandling kan efter EU-domstolens praksis retfærdiggøres ud fra de traktatfæstede hensyn eller de domstolsskabte saglige hensyn/tvingende almene hensyn. Principielt lader direkte diskrimination sig kun retfærdiggøre ved de traktatfæstede hensyn, mens indirekte diskrimination og en restriktion kan retfærdiggøres ved både traktatfæstede hensyn og de domstolsskabte hensyn (saglige hensyn/tvingende almene hensyn).(10) De traktatfæstede hensyn har indtil nu haft en ubetydelig rolle i forhold til de direkte skatter, mens de tvingende almene hensyn har haft en betydelig indflydelse ved retfærdiggørelse af hindringer for de traktatfæstede frihedsrettigheder. De tvingende almene hensyn omfatter bl.a.:

- Hensynet til sammenhængen i skattesystemet(11)
- Hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen(12)
- Hensynet til at modvirke dobbeltfradrag af underskud(13)
- Hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse(14)
- Hensynet til territorial-princippet(15)

Såfremt en hindring for etableringsfriheden søges retfærdiggjort ved tvingende almene hensyn, betinges det samtidigt, at den nationale regel er egnet til at sikre virkeliggørelsen af hensynet og ikke går ud over hvad der er nødvendigt. Der anvendes således en proportionalitetstest.(16)

### 3. Renteloftsreglen i SEL § 11 B og EBIT-reglen i SEL § 11 C

Rentebeskæringsreglerne indførtes begge ved lov nr. 540 af 6. juni 2007, og beskrives overordnet i det følgende.(17)

Det såkaldte renteloft i SEL § 11 B udtrykker et grundlæggende princip om, at finansieringsudgifter bør fradrages ved de indkomsts-kabende aktiviteter.(18) Reglen er baseret på en opgørelse af de maksimale fradragsberettigede finansieringsudgifter, der kan henføres til de indkomtskabende aktiver. Opgørelsen heraf er todelt.

Først skal den skattemæssige værdi af de indkomtskabende aktiver opgøres, som et udtryk for det maksimale finansieringsbehov. Dette sker overordnet ved en opgørelse af de afskrivningsberettigede aktiver til den nedskrevne værdi, mens aktiver, der ikke er afskrivningsberettigede, indgår med anskaffelsessummen tillagt udgifter til forbedringer.

I opgørelsen indgår ikke aktier mv. omfattet af aktieavancebeskatningsloven, fordringer og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven samt præmieobligationer og likvide midler.(19) Ydermere medregnes aktiver, der er indskudt af udenlandske koncernforbundne enheder, jf. SEL § 31 C, kun i det omfang aktiverne forbliver i selskabet i mindst to år, dog gælder denne karenperiode ikke såfremt koncernen har valgt international sambeskatning. Karenperioden omfatter ikke aktiver indskudt af danske koncernforbundne enheder.

For det andet foretages en kobling mellem det maksimale finansieringsbehov og de maksimale finansieringsudgifter. Dette sker ved en årlig fastsat standardrente, der beregnes på grundlag af et simpelt gennemsnit af den af Danmarks Nationalbank opgjorte kassekreditrente for ikke-finansielle selskaber i månederne juli, august og september forud for det til indkomståret svarende kalenderår. Denne udgør 3 pct. for indkomståret 2013. Standardrenten multipliceres med værdien af de indkomtskabende aktiver, som anført ovenfor, hvorved renteloftet opnås.

Nettofinansieringsudgifter udover renteloftet anses ikke for at vedrøre skabelsen af skattepligtig indkomst, hvorfor disse overskydende nettofinansieringsudgifter fradragsbeskæres. Dog er der altid fradrag for nettofinansieringsudgifter op til grundbeløbet på 21,3 mio.kr.

Det såkaldte EBIT-loft i SEL § 11 C er direkte knyttet til den skattepligtige indkomst, nærmere bestemt selskabets skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter (EBIT). Formålet er at hindre, at danske selskabers skattepligtige indkomst nedbringes med finansieringsudgifter, der ikke medgår til skabelsen af skattepligtige indtægter. EBIT-loftet udgør 80 pct. af selskabets EBIT, hvorefter nettofinansieringsudgifter herudover ikke anses for at have en sammenhæng med skabelsen af skattepligtige indtægter. Overskydende nettofinansieringsudgifter fradragsbeskæres, dog således at disse fremføres til følgende indkomstår. Der er altid fradrag for nettofinansieringsudgifter op til grundbeløbet på 21,3 mio.kr.

Både renteloftet og EBIT-loftet opgøres i udgangspunktet for hvert enkelt selskab. Dog følger det af SEL § 11 B, stk. 8 og SEL § 11 C, stk. 2, at selskaber, der indgår i en sambeskatning efter SEL § 31 eller § 31 A, skal opgøre koncernens nettofinansieringsudgifter, renteloftet og EBIT-loftet samlet. En sådan samlet opgørelse kan være fordelagtig, såfremt visse koncernselskaber individuelt har et overskydende renteloft eller EBIT-loft, mens andre koncernselskabers nettofinansieringsudgifter individuelt overstiger renteloftet eller EBIT-loftet. Men en sådan overførsel af overskydende renteloft eller EBIT-loft synes efter ordlyden kun at gælde i forholdet mellem danske koncernselskaber, grundet den obligatoriske sambeskatning, mens danske selskaber med udenlandske koncernselskaber kun kan overføre overskydende renteloft eller EBIT-loft herfra, såfremt disse indgår i en dansk sambeskatning efter SEL § 31 A.

Rentebeskæringsreglerne synes i samspil med den traktatfæstede etableringsfrihed som minimum at rejse følgende spørgsmål:

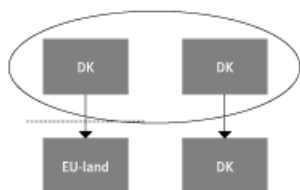
1. Om den manglende overførsel af overskydende renteloft og EBIT-loft fra udenlandske koncernselskaber kan hindre danske selskabers etablering af datterselskaber i andre medlemsstater, og derved ikke kan opretholdes.
2. Om anvendelsen af en karenperiode på aktiver indskudt af udenlandske koncernforbundne enheder kan hindre selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater i at etablere danske datterselskaber, og derved ikke kan opretholdes.

Dette analyseres i det følgende.

### 4. Rentebeskæringsreglerne og samlede opgørelser - SEL § 11 B, stk. 8 og SEL § 11 C, stk. 2

Som fremført ovenfor må det i forhold til etableringsfriheden i art. 49 TEUF analyseres, om der efter renteloftsreglen eller EBIT-reglen sker

en forskelsbehandling af sammenlignede situationer, således at det gøres mindre fordelagtigt for et dansk selskab (moderselskab) at etablere et datterselskab i en anden medlemsstat i forhold til at etablere et dansk datterselskab, og i givet fald om en sådan hindring for etableringsfriheden kan retfærdiggøres.



#### 4.1 Restriktionstest

Det følger af SEL § 11 B, stk. 8, at selskaber, der indgår i en sambeskatning efter SEL § 31 eller § 31 A, opgør koncernens nettofinansieringsudgifter og den skattemæssige værdi af aktiverne samlet. Ligeledes følger det af SEL § 11 C, stk. 2, at selskaber, der indgår i en sambeskatning, opgør den skattepligtige indkomst (EBIT) og nettofinansieringsudgifter samlet. Ved etablering af et dansk datterselskab vil dette automatisk indgå i en sambeskatning efter SEL § 31, hvorved dettes aktiver, EBIT og nettofinansieringsudgifter opgøres sammen med moderselskabet. Det betyder eksempelvis, at såfremt moderselskabet individuelt ellers skulle fradragsbeskæres efter SEL § 11 B eller SEL § 11 C, vil et overskydende renteloft eller EBIT-loft hos et dansk datterselskab reducere fradragsbeskæringen af moderselskabet.

Vælger det danske selskab i stedet at etablere et datterselskab i en anden medlemsstat, så vil dette ikke automatisk indgå i en sambeskatning efter SEL § 31 A, hvorved der ikke skal foretages en sådan samlet opgørelse af aktiverne, EBIT eller nettofinansieringsudgifterne. Det betyder, at såfremt moderselskabet fradragsbeskæres efter SEL § 11 B eller SEL § 11 C, så vil et overskydende renteloft eller EBIT-loft hos et udenlandsk helejet datterselskab ikke reducere fradragsbeskæringen af det danske moderselskab, som det er tilfældet ved et dansk datterselskab. Det må anses for at udgøre en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, og en hindring for etableringsfriheden, da det gøres mindre attraktivt for danske selskaber at etablere datterselskaber i andre medlemsstater fremfor i Danmark.

Det er samtidigt klart, at såfremt selskabet tilvælger international sambeskatning, vil der ikke længere bestå en forskelsbehandling, da datterselskabet så indgår i den samlede opgørelse efter SEL § 11 B, stk. 8 og SEL § 11 C, stk. 2. Det kan dog ikke føre til, at der ikke består en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, såfremt der ikke er valgt international sambeskatning, ligesom at det ikke kan betinges, at der tilvælges international sambeskatning, for at selskaberne bringes i en sammenlignelig situation. EU-domstolen har tidligere anført, at en national ordning, der begrænser etableringsfriheden, stadig er lige uforenelig med EU-retten, uanset om anvendelsen heraf er fakultativ.(20) Der kan således påvises en hindring for etableringsfriheden i art. 49 TEUF, hvorfor det skal undersøges, om en sådan hindring kan retfærdiggøres.

#### 4.2. Retfærdiggørende hensyn

En sådan hindring kan ikke opretholdes, medmindre denne kan begrundes i et eller flere retfærdiggørende hensyn, og der synes at bestå lighed med nægtelse af underskudsoverførsel, som behandlede af EU-domstolen i Marks & Spencer-dommen C-446/03.(21) EU-domstolen fandt, at det udgjorde en hindring for etableringsfriheden, at underskud fra indenlandske datterselskaber kunne modregnes i moderselskabets indkomstopgørelse, mens underskud fra udenlandske datterselskaber ikke kunne modregnes i moderselskabets indkomstopgørelse. EU-

domstolen fandt dog at en sådan hindring samlet kunne retfærdiggøres ved følgende hensyn:

1. Hensynet til at undgå dobbeltfradrag.
2. Hensynet til at undgå skatteunddragelse.
3. Hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen.

EU-domstolen fandt at disse tilsammen, men ikke alene, kunne retfærdiggøre førnævnte hindring for etableringsfriheden. De synes dog af nedennævnte grunde ikke at kunne retfærdiggøre den hindring for etableringsfriheden, der følger af henholdsvis SEL § 11 B og SEL § 11 C, hvorefter der nægtes overførsel af overskydende renteloft og EBIT-loft fra udenlandske datterselskaber.

*For det første* synes hensynet til at undgå dobbeltfradrag slet ikke til stede. Der er på ingen måde tale om udgifter, der potentielt udløser dobbeltfradrag, men derimod en situation der udelukkende vedrører fradrag for finansieringsudgifter i Danmark.

*For det andet* synes hensynet til at undgå skatteunddragelse ej heller til stede. Begrebet skatteunddragelse blev udvidet i

*Marks & Spencer*-dommen til også at omfatte organisering af underskud indenfor en koncern, således at dette bringes til fradrag, hvor værdien heraf er størst. Men en sådan situation og et sådant hensyn synes ikke at være til stede i forhold til SEL § 11 B og SEL § 11 C. Der er på ingen måde tale om en overførsel af underskud eller fradrag indenfor en koncern, men derimod opgørelsen af en maksimal fradragsret i et enkelt land - Danmark. Det kan ikke i sig selv anses som skatteunddragelse, at et dansk moderselskab etablerer et datterselskab i en anden medlemsstat eller at et dansk moderselskab gældsfinansierer etableringen af et datterselskab i en anden medlemsstat.

*For det tredje* synes hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen ligeledes ikke relevant i denne sammenhæng. I *Marks & Spencer*-dommen var hensynet relevant i samspil med skatteunddragelse, da der argumenteredes for en form for koncernorganisering i en form af *cherry picking*, der vilkårligt kunne forrykke balancen i fordelingen af beskatningskompetencen ved vilkårlig overførsel af underskud (skatteunddragelse). Der består ikke en sådan vilkårlighed eller *cherry picking* i hverken renteloftsreglen eller EBIT-reglen, som nævnt ovenfor. På trods af ligheder med problemstillingen i *Marks & Spencer*-dommen, synes ingen lighed med eventuelle retfærdiggørende hensyn.

Hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen berørtes ikke af EU-domstolen i *Marks & Spencer*-dom, men derimod uddybende i generaladvokatens forslag til afgørelse. Generaladvokaten afviste dog, at hensynet kunne retfærdiggøre en sådan hindring, som behandlet i sagen. Hensynet er derved fortsat båret af *Bachmann*-dommen C-204/90 og indskrænket ved *Wielockx*-dommen C-80/94. EU-domstolen har kun i ganske få tilfælde fundet den nødvendige direkte sammenhæng mellem de skattemæssige ulemper og fordele, således at hensynet til sammenhængen i skattesystemet kunne retfærdiggøre en hindring, herunder bl.a. ved genbeskatning af underskud.(22) Det betinges herafter, at:

1. Skattefordelen og indgrebet vedrører samme subjekt.
2. Skattefordelen og indgrebet udspringer af samme retsforhold.
3. Ingen dobbeltbeskatningsoverenskomst regulerer sammenhængen.(23)

Det er uklart hvad der i givet fald udgør "skattefordelen", herunder eksempelvis den "manglende" beskatning af udenlandske datterselskaber eller den "manglende" medregning af udenlandske datterselskabers overskydende nettofinansieringsudgifter eller indkomst generelt (sambeskatning). Anses skattefordelen for at være den manglende beskatning af udenlandske datterselskaber, vedrører skattefordelen og indgrebet ikke samme subjekt. Anses skattefordelen for at være den manglende overførsel af overskydende nettofinansieringsudgifter eller

indkomst generelt, opstår en parallel argumentation med *Marks & Spencer*-dommen vedrørende sambeskatning, hvori hensynet afvistes af generaladvokaten og slet ikke behandlede af EU-domstolen. Hensynet synes derfor ej heller at kunne retfærdiggøre en hindring for etableringsfriheden efter SEL §§ 11 B, stk. 8 og 11 C, stk. 2, hvilket tillige understøttes af *Bosal*-dommen C-168/01.

*Bosal*-dommen vedrørte de hollandske fradragsregler, hvorefter et moderselskab, der var skattepligtigt i Holland, kun havde ret til fradrag af finansieringsudgifter mv. i forbindelse med kapitalandele i datterselskaber, såfremt det pågældende datterselskabs overskud var skattepligtigt i Holland. Renteloftsreglen og EBIT-reglen skal netop sikre, at der kun gives fradrag for finansieringsudgifter, der vedrører skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark.

EU-domstolen fandt i *Bosal*-dommen, at en sådan fradragsbegrænsning, hvor der alene ydes fradrag for udgifter i forbindelse med et hollandsk moderselskabs kapitalandele i datterselskaber med hjemsted i andre medlemsstater, såfremt datterselskaberne indbringer skattepligtigt overskud i Holland, udgør en hindring for oprettelse af datterselskaber i andre medlemsstater. EU-domstolen anførte samtidig, at der ikke forelå nogen direkte sammenhæng mellem på den ene side indrømmelse af en skattemæssig fordel til et hollandsk moderselskab (retten til at fradrage udgifter i forbindelse med kapitalandele i datterselskaberne i deres skattepligtige overskud), og på den anden side beskatningen af datterselskaber. Hensynet til at bevare sammenhængen i beskatningsordningen kunne således ikke retfærdiggøre en sådan hindring, hvorfor en sådan fradragsbegrænsningsregel ikke var forenelig med EU-retten.

I lyset af *Bosal*-dommen og førnævnte praksis vedrørende hensynet til at bevare sammenhængen i beskatningsordningen, synes der ikke at kunne retfærdiggøres en nægtelse af overførsel af overskydende renteloft og EBIT-loft fra udenlandske datterselskaber, når dette tillades ved sammenlignede danske datterselskaber.

Det skal slutteligt bemærkes, at hensynet til territorial-princippet afvistes i *Bosal*-dommen og *Marks & Spencer*-dommen, og kun kan påberåbes af værtsstaten og ikke oprindelsesstaten.(24) Hensynet er således ikke relevant i denne sammenhæng, der vedrører en hindring i Danmark, som oprindelsesstat, for etablering af datterselskaber i andre medlemsstater.

### 4.3 Sammenfatning

Der synes, som vist ovenfor, at bestå en hindring for danske selskabers udøvelse af etableringsfriheden i art. 49 TEUF i andre medlemsstater. Ved etablering af udenlandske datterselskaber kan danske moderselskaber ikke medregne overskydende renteloft eller EBIT-loft, mens dette er tilfældet ved etablering af sammenlignelige danske datterselskaber. Det udgør en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, der gør det mindre attraktivt for danske selskaber at etablere datterselskaber i andre medlemsstater fremfor i Danmark. Der synes samtidig ikke støtte i den nuværende praksis fra EU-Domstolen til at retfærdiggøre en sådan hindring for udøvelse af etableringsfriheden.

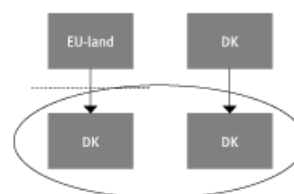
Det synes således ikke på baggrund af art. 49 TEUF muligt at nægte en overførsel af overskydende renteloft eller EBIT-loft fra datterselskaber hjemmehørende i andre medlemsstater efter SEL § 11 B, stk. 8 eller SEL § 11 C, stk. 2, såfremt dette kunne ske, hvis disse datterselskaber var hjemmehørende i Danmark. Dette udgør en markant udhuling af den ønskede robusthed og effekt af rentebeskræningsreglerne.

Slutteligt skal det påpeges, at en lignende problematik består i forhold til etablering af faste driftssteder i andre medlemsstater. Det er bl.a. nærmere behandlet i SU 2012.272, hvori det konkluderes, at aktiver allokere til faste driftssteder i udlandet formentlig medgår i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11 B, uagtet at skatteministeren udtalte anderledes under lovarbejdet.

## 5. Aktiver indskudt fra koncernselskaber i udlandet - SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt.

I opgørelsen af renteloftet efter SEL § 11 B, indgår aktiver, der er indskudt af ikke-hjemmehørende koncernforbundne enheder, jf. SEL § 31 C, kun i det omfang aktiverne forbliver i selskabet i mindst to år. Sådanne indskud af aktiver pålægges således en karenperiode på to år, medmindre koncernen har valgt international sambeskatning efter SEL § 31 A. Karenperioden omfatter derimod ikke aktiver indskudt af danske koncernforbundne enheder.(25)

Da der i karenperioden indgår et kontrolelement, som defineret i SEL § 31 C, skal den EU-retlige analyse foretages efter etableringsfriheden i art. 49 TEUF.(26) Det skal analyseres om det udgør en forskelsbehandling af sammenlignede situationer, således at det gøres mindre fordelagtigt for (moder-) selskaber i andre medlemsstater at etablere et dansk datterselskab i forhold til danske selskabers mulighed for at etablere et dansk datterselskab samt en sådan hindring i givet fald kan retfærdiggøres.



### 5.1 Restriktionstest

Et dansk selskab behandles forskelligt i forhold til renteloftet alt afhængigt af, om selskabets aktiver er indskudt af et moderselskab hjemmehørende i Danmark eller ej, som følge af karenperioden i SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt. Karenperioden omfatter, som nævnt ovenfor, kun aktiver indskudt af ikke-hjemmehørende koncernforbundne enheder, herunder moderselskaber. Såfremt sådanne aktiver ikke forbliver i selskabet i to år medgår disse ikke i opgørelsen af renteloftet, hvorved det danske selskab ikke i samme grad frit kan disponere over sådanne indskudte aktiver. Derved behandles det danske selskab ugunstigt alt afhængigt af, om indskuddet er sket fra udenlandske koncernforbundne enheder eller danske koncernforbundne enheder, hvilket kan hindre udenlandske selskabers etablering af danske datterselskaber.

Det skal bemærkes, at den samlede opgørelse af renteloftet på koncernniveau efter SEL § 11 B, stk. 8 medfører, at indskudte aktiver fra danske koncernforbundne selskaber allerede indgår i renteloftet, hvorfor der ikke foreligger et omgåelseshensyn af renteloftet ved indskud af aktiver fra danske koncernselskaber. Det bevirker dog *ikke*, at der *ikke* består en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer.

Ydermere bevirker det forhold, at omgåelseshensyn kun foreligger i grænseoverskridende transaktioner, *ikke* at regler, der kun anvendes på grænseoverskridende forhold, *ikke* udgør en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden ved at forskelsbehandle sammenlignelige situationer.(27) En sådan forskelsbehandling må i stedet retfærdiggøres i saglige hensyn eller tvingende almene hensyn, såfremt en sådan forskelsbehandling skal opretholdes.

### 5.2 Retfærdiggørelse

Det skal analyseres om en sådan forskelsbehandling, hvor en karenperiode udelukkende anvendes i forhold til udenlandske koncernforbundne enheder, kan retfærdiggøres i hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse. Der skal i den forbindelse henses til *Marks & Spencer*-dommen.

I *Marks & Spencer*-dommen anførte EU-domstolen, at muligheden for at overføre underskud indebærer en risiko for, at overførslerne af underskud bliver organiseret inden for en koncern mod de selskaber,

der har hjemsted i de medlemsstater, der anvender den højeste skattesats, og hvor skatteværdien af underskuddene derfor er størst,(28) og at udelukkelsen af overførsel af underskud fra udenlandske datterselskaber mindsker denne risiko.(29) En parallel synes at foreligge i forhold til karenperioden i SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt., da denne hindrer at aktiver fra udenlandske selskaber indskydes i dansk selskab umiddelbart forud for indkomstårets udløb og herefter tilbagetages fra det danske selskab, således at der undgås rentebeskatning efter renteloftsreglen. Det er som bekendt ikke en EU-retlig målsætning at opfordre eller medgå til omgåelse af national ret.(30) Men hensynet til skatteunddragelse kunne ikke i *Marks & Spencer*-dommen stå alene. Hensynet vurderedes sammen med hensynet til at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og risikoen for at dobbeltfradrag af underskud, sammen kunne retfærdiggøre en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden.(31)

Der må samtidig henses til *Oy AA*-dommen C-231/05. *Oy AA*-dommen vedrørte de finske regler om fradrag for koncernbidrag.(32) Et sådan fradrag blev udelukkende ydet, såfremt begge koncernselskaber, dvs. bidragsyder og bidragsmodtager, var hjemmehørende i Finland. EU-domstolen fandt at dette udgjorde en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF. EU-Domstolen anerkendte dog, at muligheden for at overføre skattepligtige indkomster fra et finsk datterselskab til et udenlandsk moderselskab indebar en risiko for, at der ved hjælp af rent kunstige arrangementer foretoges overførsler af indkomst til koncernselskaber underlagt de laveste skattesatser, i øvrigt i lighed med *Marks & Spencer*-dommen. EU-domstolen fandt derfor at en sådan hindring for udøvelsen af etableringsfriheden kunne retfærdiggøres i hensynet til at modvirke skatteunddragelsen og hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, og de finske regler fandtes ikke at gå udover, hvad der var nødvendigt.

Det skal i forhold til karenperioden i SEL § 11 B, stk. 5 anføres, at alene den omstændighed, at et udenlandsk moderselskab indskyder aktiver i et dansk datterselskab formentlig ikke i sig selv kan danne grundlag for at anse dette som skatteunddragelse eller bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen i fare.(33) I modsætning til *Oy AA*-dommen synes den umiddelbare mulighed for en vilkårlig fordeling af indkomsten mellem koncernselskaberne for fjern, da de aktiver, der indgår i aktivmassen, sjældent kan overdrages uden afståelsesbeskatning. Samtidig udgør overdragelsen af aktiverne ikke i sig selv en overførsel af skattepligtig indkomst.

Det synes samtidig betænkeligt alene at lade den tidsmæssige udstrækning afgøre, om der består et kunstigt arrangement eller ej, selvom det tidsmæssige aspekt naturligvis tjener som et relevant objektive kriterium i forhold til omgåelsesaspektet. Men det udelukker fortsat ikke, at der kan foreligge gode forretningsmæssige begrundelser (udover skattemæssige) for både indskuddet af aktiverne og afgang af aktiver.

Det kan i lighed med *Cadbury Schweppes*-dommen 196/04 anføres, at den omstændighed, at et ikke-hjemmehørende moderselskab indskyder aktiver i et datterselskab i en anden medlemsstat i en periode på under to år, formentlig ikke i sig selv kan danne grundlag for en generel formodning for, at der er tale om skatteunddragelse, og udgøre en grundelse for en regulering, som kræner en grundlæggende traktatfæstet frihed. I stedet kan en sådan regulering være begrundet i hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning og navnlig at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område. Det synes i forhold til SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt. vidtgående at opstille et objektive toårs-krav frem for en formodningsregel indeholdende en konkret vurdering af bl.a. de subjektive elementer, såfremt der er *mistanke* om

skatteunddragelse. Det må under alle omstændigheder anses for at gå ud over, hvad der kan anses for nødvendigt.

Det er derfor tvivlsomt om karenperioden er forenelig med art. 49 TEUF.

### 5.3 Sammenfatning

Der består, som vist ovenfor, i karenperioden SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt. en hindring for udenlandske selskabers udøvelse af etableringsfriheden i art. 49 TEUF i Danmark, ved at karenperioden udelukkende omfatter aktiver indskudt fra udenlandske koncernforbundne enheder. Derved pålægges datterselskaber af udenlandske moderselskaber en begrænset dispositionsfrihed i forhold til sådanne aktiver, som ikke pålægges sammenlignelige datterselskaber af danske moderselskaber. Det gøres derved mindre attraktivt for udenlandske selskaber i forhold til danske selskaber at etablere danske datterselskaber. Der synes samtidig formentlig ikke støtte i den nuværende praksis fra EU-Domstolen til at retfærdiggøre en sådan hindring for udøvelse af etableringsfriheden.

Der er derfor formentlig ikke på baggrund af art. 49 TEUF hjemmel til at opretholde en sådan karenperiode i SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt. i forhold til aktiver er indskudt af et koncernselskab hjemmehørende i en anden medlemsstat.(34)

## 6. Konklusion

I 2007 indførtes rentebeskatningsreglerne i SEL § 11 B og 11 C med det formål at gøre selskabsbeskatningen mere robust og konkurrence-dygtig, og derigennem undgå udflytning af skatteprovenu. Rentebeskatningsreglerne skal sikre at der kun gives fradrag for finansieringsudgifter, der vedrører skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark. Dette skaber visse udfordringer i forhold til EUF-traktaten, herunder etableringsfriheden i art. 49. Det gælder i forhold til de samlede opgørelser i henholdsvis SEL § 11 B, stk. 8 og SEL § 11 C, stk. 2, samt karenperioden i SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt.

Det kan konkluderes, at de samlede opgørelser i SEL § 11 B, stk. 8 og SEL § 11 C, stk. 2 kan udgøre en hindring for danske selskabers udøvelse af etableringsfriheden i art. 49 TEUF i andre medlemsstater, da danske selskaber ved etablering af udenlandske datterselskaber ikke kan medregne overskydende renteloft eller EBIT-loft, mens dette er tilfældet ved etablering af sammenlignelige danske datterselskaber. Samtidig synes en sådan hindring ikke at kunne retfærdiggøres i EU-domstolens nuværende praksis. Et dansk moderselskab kan derfor med henvisning til art. 49 TEUF formentlig ikke nægtes en overførsel af overskydende renteloft og EBIT-loft fra datterselskaber hjemmehørende i andre medlemsstater efter SEL § 11 B, stk. 8 eller SEL § 11 C, stk. 2, såfremt en sådan overførsel var mulig, hvis datterselskabet var hjemmehørende i Danmark.

Endvidere kan det konkluderes, at karenperioden i SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt., der udelukkende omfatter aktiver indskudt fra udenlandske koncernforbundne enheder, synes at udgøre en hindring for udøvelse af etableringsfriheden i art. 49 TEUF i forhold til udenlandske selskabers etableringer i Danmark. Danske datterselskaber af udenlandske selskaber pålægges en karenperiode på aktiver indskudt fra udenlandske koncernselskaber, hvorved det i forhold til danske selskaber af danske moderselskaber, gøres mindre attraktivt for udenlandske selskaber at etablere danske datterselskaber. Da en sådan forskelsbehandling af sammenlignelige situationer formentlig ej heller kan retfærdiggøres i EU-domstolens nuværende praksis, synes det ikke muligt at opretholde karenperioden i SEL § 11 B, stk. 5, 15. pkt. i sin nuværende udformning.

Samlet set synes rentebeskatningsreglerne i ovennævnte tilfælde for væsentlig begrænset af EUF-traktaten, hvorved lovgiver ikke synes at have opnået den ønskede robusthed af rentebeskatningsreglerne.

- (1) Se også Michael Tell i Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter (2012), der udgør forfatterens ph.d.-afhandling. Heri foretages en dybdegående analyse af rentebeskrivelsesreglerne i SEL §§ 11, 11 B og 11 C samt analyser af den EU-retlige konformitet heraf. Der består et vis overlap mellem de fremførte argumenter i artiklen og den nævnte bog.
- (2) Se de generelle bemærkninger til L 213 2006-07.
- (3) Se mere herom af Ben J.M. Terra og Peter J. Wattel i *European Tax Law* (2012), p. 797 ff., samt Jakob Bundgaard og Peter Koerver Schmidt i *Revision & Regnskabsvæsen* 2011/7, p. 42 og Jacob B. Pedersen og Thomas Rønfeldt i *SPO* 2011, 309.
- (4) Se eksempelvis Lankhorst-Hohorst-dommen C-324/00, Marks & Spencer-dommen C-446/03, Cadbury Schweppes-dommen C-196/04 og Thin Cap Group Litigation-dommen C-524/04.
- (5) Jf. art. 54 TEUF. Dette omfatter selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen.
- (6) Det betinges at selskabet er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og at det vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomheden er beliggende i en medlemsstat.
- (7) Se eksempelvis Thin Cap Group Litigation-dommen C-524/04 præmis 37, Marks & Spencer-dommen C-446/03 præmis 37 samt de forenede sager Metallgesellschaft og Hoechst C-397/98 og C-410/98 præmis 42.
- (8) Se eksempelvis Marks & Spencer-dommen C-446/03 præmis 31.
- (9) Se Lars Kjærgård Terkilsen i *Frit valg af etableringsform* (2011), p. 83.
- (10) Se mere herom af Ulla Neergaard og Ruth Nielsen i *EU ret* (2010), p. 312 ff.
- (11) Se eksempelvis Bachmann-dommen C-204/90.
- (12) Se eksempelvis Marks & Spencer-dommen C-446/03 samt Oy AA-dommen C-231/05.
- (13) Se eksempelvis Marks & Spencer-dommen C-446/03 samt Lidl Belgium-dommen C-414/06.
- (14) Se eksempelvis Marks & Spencer-dommen C-446/03, Thin Cap Group Litigation-dommen C-524/04 samt Oy AA-dommen C-231/05.
- (15) Se eksempelvis Futura Participations-dommen C-250/95.
- (16) Se eksempelvis Thin Cap Group Litigation-dommen C-524/04, præmis 77 samt Ulla Neergaard og Ruth Nielsen i *EU ret* (2010), p. 325.
- (17) For en nærmere gennemgang se Michael Tell i *Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter* (2012) samt Kim Wind Andersen i *Selskabers renter* (2010).
- (18) Se bilag I i L 213 2006-2007 samt de almindelige bemærkninger til L 23 2008-2009.
- (19) Dog medregnes til den skattemæssige værdi af selskabets aktiver 10 pct. (2013) af en samlet saldo for anskaffelsessummen for selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, som ikke indgår i sambeskatningen efter SEL § 11 B, stk. 6 og 12. Samtidig skal det bemærkes, at værdien af igangværende arbejder, næringsaktiver, varelagre og fordringer erhvervet ved salg af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varedebitorer mv.) indgår i aktivopgørelsen, i det omfang hvormed værdien overstiger værdien af gæld opstået ved køb af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varekreditorer mv.). Heri indgår dog alene lagerbeskattede næringsaktier. Slutteligt medgår i aktivopgørelsen også terminkontrakter mv., som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter. Se mere herom af Michael Tell i *Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter* (2012), p. 191 ff.
- (20) Se *Gielen* C-440/08, præmis 53.
- (21) Afgørelsen er nærmere omtalt af Michael Lang i *European Taxation* 2006, vol. 46 (2), p. 54 ff., Hans van den Hurk i *Bulletin for International Taxation* 2006, vol. 60 (5), p. 178 samt Niels Winther-Sørensen i *SU* 2006, 3.
- (22) Se *Krankenheimer Ruhesitz*-dommen C-157/07.
- (23) Se mere herom af Jeppe Rune Stokholm i *EU skatteret* (2004), p. 508 ff., Niels Winther-Sørensen i *Skatteretten* 3 (2009), p. 495 ff., Marjaana Helminen i *EU Tax Law - Direct Taxation* (2011), p. 131 ff. samt Ben J.M. Terra og Peter J. Wattel i *European Tax Law* (2012), p. 922 ff.
- (24) Se *Bosal*-dommen C-168/01 præmis 38. Se også forslag til afgørelse i *Marks & Spencer*-dommen C-446/03 præmis 75 samt afgørelsens præmis 40.
- (25) En lignende karenperiode var tidligere en del af reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, men denne omfatter nu indskud af egenkapital fra hele ejerkredsen og ikke kun fra udenlandske ejere.
- (26) Se eksempelvis *Thin Cap Group Litigation*-dommen C-524/04, præmis 28 ff. Det gælder desuagtet at der ikke i koncerndefinitionen i SEL § 31 C indgår et egentligt kapitalkrav heri. Se Lars Kjærgård Terkilsen i *Frit valg af etableringsform* (2011), p. 70, hvori det anføres at EU-Domstolens praksis har karakter af en meget konkret afvejning af adgangen til kontrol i selskaber.
- (27) Se eksempelvis *Thin Cap Group Litigation* C-524/04, præmis 60.
- (28) Se *Marks & Spencer*-dommen C-446/03, præmis 49.
- (29) Se *Marks & Spencer*-dommen C-446/03, præmis 50.
- (30) Se også Dennis Weber i *Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms: A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance* (2005), p. 177.
- (31) Se *Marks & Spencer*-dommen C-446/03, præmis 51.
- (32) Afgørelsen er nærmere omtalt af Marjaana Helminen i *European Taxation* 2007, vol. 47 (11), p. 490 ff.
- (33) Se i denne retning *Thin Cap Group Litigation* C-524/04 præmis 73 med henvisninger.
- (34) Se også Thomas Rønfeldt i *Skatteværn og EU-frihed* (2010), p. 458.