

## Renteloftet og faste driftssteder i udlandet

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

Artiklen omhandler behandlingen af aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet i forhold til renteloftet i selskabsskattelovens (SEL) § 11 B. I artiklen argumenteres for, at den fremlagte fortolkning af skatteministeren ikke synes at have hjemmel i lov, samt at skatteministerens fortolkning ikke er forenelig med etableringsfriheden i art. 49 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TFEU). Det konkluderes, at aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet formentlig medgår i opgørelsen af aktivmassen efter [SEL § 11 B](#).

### 1. Indledning

Ved lov nr. 540 af 6/6 2007 indførtes renteloftet i [SEL § 11 B](#) med det formål at stoppe den såkaldte *udhuling* af selskabsskatterne ved aggressiv skatteplanlægning.<sup>1</sup> Der bestod et såkaldt *tag-selv-bord* for multinationale selskaber. Det anførtes, at:

*“Udenlandske selskaber (særligt kapitalfonde) køber op i Danmark, placerer omkostningerne i Danmark og placerer indtægterne i udlandet. Der har ikke hidtil været noget effektivt værn mod denne trafik, da den ikke bliver fanget af de gældende tynd kapitaliseringsregler.”*<sup>2</sup>

[SEL § 11 B](#) udtrykker det grundlæggende princip, at finansieringsudgifter bør fradrages ved de indkomsts-kabende aktiviteter. Det anførtes som et sundt princip, at der alene gives fradrag i forbindelse med erhvervelse af skattepligtige indtægter.<sup>3</sup>

[SEL § 11 B](#) baseres på en opgørelse af den skattemæssige værdi af selskabets indkomsts-kabende aktiver, som herefter multipliceres med en standardrente (2012: 3,5 pct.), hvilket udtrykker loftet for de maksimale finansieringsudgifter, der kan henføres til de indkomsts-kabende aktiver (renteloftet). Finansieringsudgifter herudover anses ikke for at vedrøre skabelsen af skattepligtig indkomst, hvorfor disse overskydende finansieringsudgifter fradragsbeskæres.

Ved opgørelsen af de indkomsts-kabende aktiver følger det ikke klart af [SEL § 11 B](#), hvorledes aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet skal håndteres. Det følger som bekendt af [SEL § 8](#), stk. 2, at indtægter, som vedrører et fast driftssted i udlandet, ikke medregnes til den skattepligtige indkomst i Danmark, medmindre kildelandet frafalder beskatningsretten efter international aftale med Danmark. Skatteministeren har i overensstemmelse hermed anført, at disse aktiver ikke medgår i opgørelsen af aktivmassen (renteloftet). Det vises i denne artikel, at hjemmelsgrundlaget til en sådan fortolkning synes spinkelt, ligesom det ikke er foreneligt med den primære EU-ret i forhold til faste driftssteder i andre medlemsstater (EU/EØS).

### 2. Aktivmassen og faste driftssteder i udlandet – intern ret

Det følger af [SEL § 11 B](#), stk. 5, at den skattemæssige værdi af selskabets aktiver opgøres ved indkomstårets udløb. Afskrivningsberettigede aktiver indgår i aktivmassen til den nedskrevne værdi, mens aktiver, der ikke er afskrivningsberettigede, indgår til anskaffelsessummen tillagt udgifter til forbedringer. Der er intet sted i ordlyden behandlet aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet.

FSR forespurgte derfor under det lovforberedende arbejde, om aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet skulle medregnes i aktivmassen som ikke-afskrivningsberettigede aktiver. Skatteministeren svarede herpå, at aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet kun medregnes i aktivopgørelsen, såfremt der er valgt international sambeskatning.<sup>4</sup> Det

anførtes, at:

*“Det er ikke hensigten, at der skal gives rentefradrag ved erhvervelse af faste driftssteder i udlandet. Efter de gældende regler tilsiger territorialprincippet, at renteudgifter til erhvervelse af et fast driftssted i udlandet placeres i tilknytning til de erhvervede aktiver og passiver, således at der som udgangspunkt ikke er fradrag for renteudgifterne i Danmark. Det er ikke hensigten at udvide adgangen til at opnå rentefradrag ved erhvervelse af udenlandsk virksomhed. Derfor medregnes erhvervelse af udenlandske filialer ikke ved opgørelsen af renteloftet.”<sup>5</sup>*

Det er uklart, hvor hjemlen til en sådan retstilstand skal findes. [SEL § 11 B](#) er som bekendt tavs vedrørende dette forhold, og da sådanne aktiver ikke er afskrivningsberettigede, synes aktiverne fortsat at skulle indgå i opgørelsen af aktivmassen til anskaffelsessummen tillagt udgifter til forbedringer. Intet andet følger af [SEL § 11 B](#). Skatteministerens udsagn må derfor formentlig støttes på anden regulering, enten alene eller i samspil hermed.

Skatteministerens udsagn skal potentielt ses i sammenhæng med [SEL § 8](#), stk. 2, 1. pkt., hvorefter indtægter og udgifter fra et fast driftssted i udlandet ikke medregnes til den skattepligtige indkomst. Indkomst, der optjenes i faste driftssteder i udlandet, medregnes således som udgangspunkt ikke i den danske indkomstopgørelse. [SEL § 8](#), stk. 2 vedrører dog udelukkende indtægter og udgifter, hvorved aktiver og passiver fortsat tilhører skattesubjektet i Danmark. Der er derved ikke heri hjemmel til at bortse fra disse i forhold til opgørelsen af aktivmassen. Derved kan en retstilstand, som skatteministeren argumenterer for, ikke støttes på [SEL § 8](#), stk. 2. Derimod medgår finansieringsindtægter og finansieringsudgifter ikke i udgangspunktet i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, som følge af at disse ikke er henholdsvis skattepligtige og fradragsberettigede i forhold til den danske indkomstopgørelse. Dog skal det bemærkes, at indtægter og udgifter medgår i den danske indkomstopgørelse, hvor kildestaten har frafaldet beskatningsretten efter den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst eller anden international aftale.<sup>6</sup> Det gælder således ikke undtagelsesfrit, at finansiering af disse aktiver ikke vedrører skabelsen af skattepligtig indkomst til Danmark.

Det følger samtidigt af [SEL § 8](#), stk. 4, at overførsel af aktiver og passiver, som efter overførslen ikke længere er omfattet af dansk beskatning, internt i selskabet til et fast driftssted eller et hovedkontor i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland, sidestilles med salg til koncernforbundet selskab til handelsværdien på overførselstidspunktet. Skatteministerens fortolkning støtter sig eventuelt på sammenhængen mellem [SEL § 8](#), stk. 4 og [SEL § 11 B](#), stk. 5, således at aktiver anses for afstået og derved ikke længere ejet af selskabet. Det må dog afvises. I modsætning til salg til et koncernforbundet selskab må selskabet fortsat civilretligt anses for at eje de overførte aktiver, og aktiverne allokere til udenlandske selskaber. [SEL § 8](#) synes på ingen måde i skatteretlig henseende at fravige dette, da [SEL § 8](#) udelukkende vedrører indkomstopgørelsen, ligesom [SEL § 8](#), stk. 4 indførtes med henblik på beskatning af aktiver, der ikke længere omfattes af dansk beskatning. Der synes derved ikke heri eller i samspil hermed hjemmel til ikke at indregne disse aktiver i opgørelse af aktivmassen efter [SEL § 11 B](#), hvorved disse fortsat må indgå i aktivmassen til anskaffelsessummen, som følge af [SEL § 11 B](#), stk. 5.

Der synes derved intet sted i [SEL § 11 B](#), [SEL § 8](#) eller i samspillet herimellem, at være hjemmel til at bortse fra aktiver allokere til udenlandske faste driftssteder. Skatteministeriets anlagte fortolkning følger udelukkende af bilag 26 til L 213 2006/2007, og det må anses for tvivlsomt, hvor skatteministeren finder hjemmel til en sådan fortolkning. Skatteministerens udtalelse synes udelukkende at være båret af det generelle formål med [SEL § 11 B](#), men det synes umådeligt svært at knytte skatteministerens fortolkning op på en konkret (formåls-)fortolkning af selve ordlyden af [SEL § 11 B](#), eventuelt i samspil med [SEL § 8](#). Der er simpelthen intet i ordlyden af [SEL § 11 B](#), der synes at kunne bære en sådan fortolkning som anlagt af skatteministeren.

Det er derfor samlet set særdeles tvivlsomt, om aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet kan nægtes indregnet i opgørelsen af aktivmassen. Ordlyden af [SEL § 11 B](#), stk. 5 synes ikke at støtte en sådan fortolkning. Ordlyden synes derimod klar, da det heraf fremgår, at aktiver, der ikke er afskrivningsberettigede, indgår med anskaffessummen tillagt udgifter til forbedringer, som FSR ligeledes henviste til.

Ydermere er den fremførte retstilstand af skatteministeren potentielt uforenelig med den primære EU-ret, som vist i de følgende afsnit.

### 3. EU-retten – den frie etableringsret

Direkte skatter henhører under medlemsstaternes kompetence, men de skal udøve denne kompetence under hensyn til de EU-retlige forpligtelser, herunder Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TFEU) og forpligtelser, der udspringer heraf.<sup>7</sup> Medlemsstaternes suverænitet indeholder bl.a. en adgang til at opstille regulering til hindring af skatteunddragelse efter en national vurdering,<sup>8</sup> og det er ikke en EU-retlig målsætning at opfordre til omgåelse af national ret.<sup>9</sup> Men national lovgivning må samtidig ikke hindre den fulde virkning og ensartede anvendelse af de traktatfæstede frihedsrettigheder.<sup>10</sup>

Det er flere gange gentaget i EU-Domstolens praksis, at:

*“I henhold til fast retspraksis er nationale bestemmelser, der finder anvendelse på det forhold, at en statsborger i den pågældende medlemsstat ejer en andel af kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat, der giver ham mulighed for at udøve en vis indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift, omfattet af det materielle anvendelsesområde for EF-traktatens bestemmelser om etableringsfriheden...”<sup>11</sup>*

Der følger af art. 49 og 54 TFEU en ret for selskaber til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder på de vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for selskaber hjemmehørende i værtslandet.<sup>12</sup> EU-Domstolen har samtidig gentagne gange fastslået, at hvis man anerkendte, at en værtsstat frit kunne gennemføre en forskellig behandling af et datterselskab alene på grund af, at dets moderselskab har hjemsted i en anden medlemsstat, ville art. 49 TFEU være indholdsløs.<sup>13</sup> Der følger ligeledes et forbud mod, at oprindelsesstaten lægger hindringer i vejen for udøvelsen af hjemmehørende selskabers etableringsfrihed i andre medlemsstater.<sup>14</sup>

Etableringsbegrebet fortolkes bredt og indebærer, at et selskab på en stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat.<sup>15</sup> En medlemsstat kan derved ikke opstille hindringer for statsborgere og selskaber, der arbejder med gevinst for øje, hverken i forhold til primære eller sekundære etableringer i en anden medlemsstat.<sup>16</sup>

Der indeholdes i art. 49 TFEU både et diskriminations- og restriktionsforbud. Der består heri et forbud mod direkte og indirekte diskrimination samt restriktioner.<sup>17</sup> En prøvelse efter diskriminationsforbuddet udgør en vurdering af, om der består en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, og herefter om en eventuel forskelsbehandling kan retfærdiggøres ud fra saglige hensyn.<sup>18</sup> Principielt lader direkte diskrimination sig kun retfærdiggøre ved de traktatfæstede hensyn, mens indirekte diskrimination kan retfærdiggøres ved både traktatfæstede hensyn samt de domstolsskabte hensyn (tvingende almene hensyn).<sup>19</sup> Restriktionsforbuddet indeholder en prøvelse af, om der består en hindring for udøvelsen af den frie bevægelighed, og herefter om en eventuel hindring kan retfærdiggøres ud fra traktatfæstede hensyn eller tvingende almene hensyn. Forskellen mellem indirekte diskrimination og en restriktion er i EU-Domstolens praksis uklar og synes uden central betydning i forhold til direkte skatter.<sup>20</sup> Det anføres, at man normalt vil nå

samme resultat, da EU-Domstolens praksis om restriktionsforbuddet har været det forhold, at en grænseoverskridende disposition behandles mindre gunstigt end en rent national disposition, og at EU-Domstolen i relation til diskriminationsforbuddet (indirekte diskrimination) har accepteret, at saglige hensyn kan begrunde en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer.<sup>21</sup>

Det er anført, at EU-Domstolen i alle afgjorte sager har identificeret et sammenligningsgrundlag for at vurdere de nationale regler. Såfremt der ikke har kunnet identificeres et sammenligningsgrundlag, har EU-Domstolen ikke fundet den nationale regulering uforenelig med etableringsfriheden.<sup>22</sup> Der skal således etableres et sammenlignelighedsgrundlag for at konstatere en ugunstig forskelsbehandling uforenelig med art. 49 TEUF.

En hindring for etableringsfriheden kan i visse tilfælde retfærdiggøres ved tvingende almene hensyn.<sup>23</sup> En sådan retfærdiggørelse er sket ved følgende hensyn:

- Hensynet til sammenhængen i skattesystemet<sup>24</sup>
- Hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen<sup>25</sup>
- Hensynet til at modvirke dobbeltfradrag af underskud<sup>26</sup>
- Hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse<sup>27</sup>
- Hensynet til territorial-princippet<sup>28</sup>
- Hensynet til en effektiv skattekontrol<sup>29</sup>
- Hensynet til en effektiv opkrævning af skat<sup>30</sup>

Det er dog ikke i sig selv nok, at formålet med en omtvistet foranstaltning kan henføres til et tvingende alment hensyn. Det betinges samtidig, at denne er egnet til at sikre virkeliggørelsen af formålet, hvilket omtales som egnethedstesten og anses som en del af proportionalitetsprincippet i bred forstand.<sup>31</sup>

Det betinges slutteligt, at foranstaltningen ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet, hvilket udgør proportionalitetsprincippet i snæver forstand, hvilket det i mange tilfælde overlades til den nationale domstol at vurdere.<sup>32</sup>

#### **4. EU-retten og faste driftssteder i udlandet**

Efter skatteministerens vurdering vil aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet kun indgå i aktivmassen efter [SEL § 11 B](#), såfremt der er valgt international sambeskatning.<sup>33</sup> I så fald vil eksempelvis aktiver allokeret til et fast driftssted i en anden medlemsstat, eksempelvis Tyskland, ikke medgå i opgørelsen af selskabets aktivmasse, mens samme aktiver ville indgå i aktivmassen, såfremt samme aktiviteter, dvs. det "*faste driftssted*", var beliggende i Danmark.<sup>34</sup> Dette synes betænkeligt.

##### **4.1. Restriktionstest**

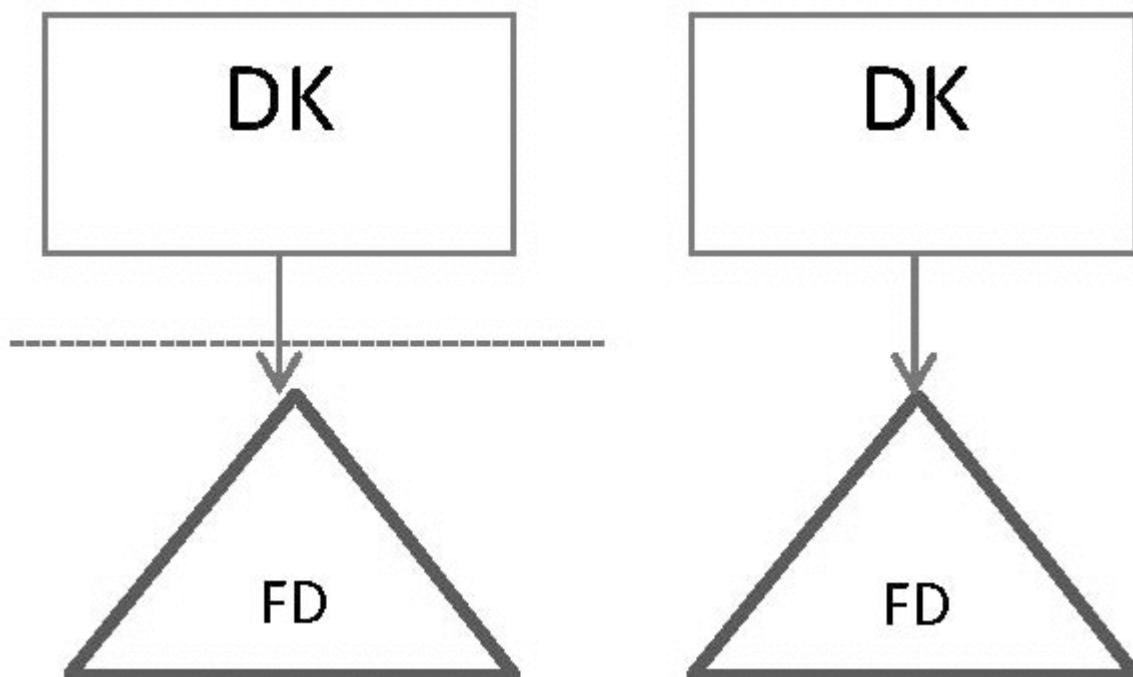
Det følger af EU-Domstolens praksis, at et selskab, der ønsker at etablere sig i udlandet ved et fast driftssted, har ret til samme behandling som ved etablering i samme form i oprindelseslandet.<sup>35</sup> Der skal foretages en sammenligning af samme etableringsform i henholdsvis oprindelsesstaten og værtsstaten, som følgende praksis fra EU-Domstolen dokumenterer:

I Amid [C-141/99 \(SU 2001, 148\)](#), der vedrørte et underskudsgivende belgisk selskab med et overskudsgivende fast driftssted i Luxembourg, anførte EU-Domstolen, at et selskab, som ikke har driftssteder uden for Belgien, og som lider et tab i et bestemt år, i skattemæssig

henseende er i en situation, som kan sammenlignes med et belgisk selskab med et driftssted i Luxembourg, som lider et tab i Belgien og opnår en fortjeneste i Luxembourg det samme år.<sup>36</sup> Der blev foretaget en sammenligning af et belgisk selskabs etablering af et fast driftssted i henholdsvis Belgien kontra Luxembourg. Det fandtes uforeneligt med etableringsfriheden i art. 49 TFEU, at hjemmehørende selskabers ret til at fremføre tab begrænsedes ved etablering af et fast driftssted i en anden medlemsstat, og der i det faste driftssted opgjordes en fortjeneste, hvori tabene kunne være modregnet, såfremt det faste driftssted var beliggende i oprindelsesstaten. Det fandtes ikke godtgjort, at situationerne var objektivt forskellige.<sup>37</sup>

Columbus Container [C-298/05 \(SU 2008, 94\)](#) vedrørte beskatningen i Tyskland af et personselskab beliggende i Belgien, der udgjorde et såkaldt koordinationscenter. Ved indkomst henført til sidstnævnte lempedes i Tyskland som udgangspunkt efter eksemptionsmetoden (med progressionsforbehold), men på grund af, at indkomsten primært udgjorde passiv indkomst, lempedes i stedet efter kreditmetoden. EU-Domstolen anførte, at etableringsfriheden forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af selskabers hjemsted, og at det stod fast, at den omtvistede tyske skattelovgivning ikke sondrede mellem beskatning af indtægter fra overskud i personselskaber, der er etableret i Tyskland, og beskatning af indtægter fra overskud i personselskaber etableret i en anden medlemsstat. Der foretoges en sammenligning af samme etableringsform i henholdsvis oprindelseslandet og værtslandet, hvorved der ikke bestod en restriktion. EU-Domstolen konkluderede, at selskaber som Columbus ikke udsættes for en skattemæssig ulempe i forhold til personselskaber, der er etableret i Tyskland.<sup>38</sup>

Efter skatteministerens vurdering følger det af [SEL § 11 B](#), stk. 5, at aktiver indgår til den skattemæssige værdi, mens aktiver allokeret til et fast driftssted i udlandet ikke indgår heri, medmindre der er valgt international sambeskatning efter [SEL § 31 A](#). Såfremt selskabet etablerer et fast driftssted i en anden medlemsstat, eksempelvis Tyskland, medfører det, at disse aktiver ikke indgår i selskabets aktivmasse, mens aktiver medgår i aktivmassen ved en etablering af samme aktiviteter ("fast driftssted") i Danmark.<sup>39</sup>



En grænseoverskridende etablering mindsker, i modsætning til en national etablering, selskabets renteloft. Det må efter EU-Domstolens praksis anses som en ugunstig behandling af grænseoverskridende etableringer og en hindring for udøvelse af

etableringsfriheden efter art. 49 TFEU.

#### 4.2 Retfærdiggørelse

Det anførtes bl.a. i hørings svar, at det foreslåede renteloft er i strid med i EU-retten, nærmere bestemt etableringsfriheden. Som svar herpå anførtes det, at efter regeringens opfattelse er forslaget i overensstemmelse med EU-retten. Der blev henvist til territorialprincippet og hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningsretten, som retfærdiggørende hensyn.<sup>40</sup> En sådan argumentation må dog afvises, da hensynet til territorialprincippet udelukkende er anvendt i forhold til værtsstaten og ikke oprindelsesstaten,<sup>41</sup> ligesom hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningsretten ikke synes anvendeligt, selvom der synes at bestå visse ligheder med overførsel af underskud fra faste driftssteder, som bl.a. behandles i Lidl Belgium [C-414/06](#), hvori hensynet blev tillagt vægt.

Lidl Belgium [C-414/06](#) ([SU 2008, 198](#)) vedrørte et tysk kommanditselskab med et underskudsgivende fast driftssted i Belgien, hvilket ønskedes fradraget i Tyskland. De tyske myndigheder nægtede en sådan overførsel med henvisning til, at Tyskland efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten lempede for indkomst for faste driftssteder efter eksemptionsmetoden. Det blev forelagt EU-Domstolen, om en sådan nægtelse var forenelig med etableringsfriheden i art. 49 TFEU. EU-Domstolen anførte, at en sådan nægtelse af overførsel af underskud fra et fast driftssted til hovedkontoret udgjorde en hindring for etableringsfriheden, men retfærdiggjordes ud fra:

1. Risikoen for dobbeltfradrag for underskud
2. En afbalancerende fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne<sup>42</sup>

Det skal i forhold til [SEL § 11 B](#) anføres, at der ikke foreligger risiko for dobbeltfradrag for underskud eller på nogen måde en omkostning.<sup>43</sup> Tilbage står hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. Hensynet til/opretholdelse af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kan nødvendiggøre kun at anvende værtsstatens regler, da en valgmulighed kan bringe en sådan afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare.<sup>44</sup> Hensynet er dog ikke hidtil i sig selv tilstrækkeligt til at retfærdiggøre en hindring af frihedsrettighederne.<sup>45</sup>

Hensynet er i flere sager anført i sammenhæng med hensynet til skatteunddragelse (misbrug). Misbrug anses som rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning, og særligt at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.<sup>46</sup> Misbrugsbegrebet omfatter derimod ikke den situation, hvor *udenlandske selskaber køber op i Danmark, placerer omkostningerne i Danmark og placerer indtægterne i udlandet*. Ligeledes omfatter misbrugsbegrebet heller ikke den situation, hvor indtægter og udgifter allokeres til faste driftssteder, da sådanne faste driftssteder per definition forudsætter et forretningssted, der er fast, og hvorfra der udøves en erhvervs mæssig aktivitet, og derved har økonomisk realitet. Der synes ikke at forelægge et misbrugshensyn i forhold til [SEL § 11 B](#). Hensynet til skatteunddragelse kan derved ikke anvendes alene eller sammen med hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.

I Bosal [C-168/01](#) ([SU 2003, 322](#)) anførtes ligeledes en række hensyn, herunder opretholdelse af sammenhængen i beskatningsordningen. Hensynet er sjældent i EU-Domstolens praksis tillagt betydning og består af fire betingelser:

- Skattefordelen og indgrebet vedrører samme subjekt
- Skattefordelen og indgrebet udspringer af samme retsforhold (direkte sammenhæng)
- Ingen dobbeltbeskatningsoverenskomst regulerer sammenhængen
- Indgrebet er proportionalt<sup>47</sup>

EU-Domstolen anførte i Bosal [C-168/01](#), at den direkte sammenhæng i beskatningsordningen tidligere er godkendt, hvor denne vedrørte én og samme skatteyder og vedrørte indrømmelsen af en skattemæssig fordel og kompensation herfor ved en skatteopkrævning inden for rammerne af samme beskatning. Det anførtes bl.a., at:

*“I modsætning til filialer eller driftssteder er moderselskaber og deres datterselskaber særskilte juridiske personer, der beskattes hver for sig, således at en direkte sammenhæng inden for samme beskatning ikke foreligger, og sammenhængen i beskatningsordningen ikke kan påberåbes.”<sup>48</sup>*

En sådan sammenhæng består i forhold til faste driftssteder, da der er tale om ét og samme skattesubjekt. Men der skal samtidig henses til de øvrige betingelser. Det er særdeles tvivlsomt, om skattefordelen og indgrebet kan anses for at udspringe af samme retsforhold. En sådan sammenhæng er flere gange blevet afvist af EU-Domstolen.<sup>49</sup>

I Deutsche Shell [C-293/06](#) ([SU 2008, 137](#)) der vedrørte et tysk selskab med fast driftssted i Italien, opstod et valutatab i forbindelse med tilbagebetaling af indskudskapital, og der nægtedes fradrag herfor i Tyskland grundet eksemptionslempelse.<sup>50</sup> Tyskland gjorde bl.a. hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen gældende. Det skete med henvisning til, at bortseelsen fra valutatabet var en naturlig konsekvens af, at der tilsvarende ville være bortset fra en valutagevinst. EU-Domstolen bemærkede, at hensynet kun kan tages til følge, såfremt det godtgøres, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning. Konkret fandt EU-Domstolen ingen direkte sammenhæng, hvorved hensynet ikke kunne tages til følge. Der må derfor forudsættes en særdeles nær sammenhæng.

Krankenheim Ruhesitz [C-157/07](#) ([SU 2009, 17](#)) vedrørte de tyske regler om genbeskatning af underskud fra et udenlandsk fast driftssted (Østrig).<sup>51</sup> Der fulgte i Tyskland en modregningsadgang af underskud opnået i faste driftssteder, hvor disse ikke kunne fremføres i det udenlandske faste driftssted. Da der senere opnåedes overskud i det faste driftssted, beskattedes disse først og fremmest i Østrig uden hensyn til de tidligere underskud, mens der i Tyskland blev foretaget genbeskatning af de tidligere fratrukne underskud op til overskuddet. Det var ikke en beskatning af overskuddet, men derimod en beskatning af tidligere fratrukne underskud. EU-Domstolen fandt, at medregningen af underskuddet ikke kan adskilles fra den forudgående hensyntagen til dette underskud i den konkrete sag og angives som et udtryk for en logisk symmetri. Der bestod en direkte personel og materiel sammenhæng mellem disse to led i beskatningsmekanismen, da medregningen udgjorde det logiske modstykke til det tidligere indrømmede fradrag. EU-Domstolen fandt, at genbeskatningen var begrundet i hensynet til at sikre sammenhængen i det tyske skattesystem og opfyldte proportionalitetsprincippet.

Skattefordelen kan i forhold til [SEL § 11 B](#) anføres at være det skattefrie afkast i Danmark fra disse aktiver, hvorfor der bortses fra de underliggende aktiver i opgørelsen af renteloftet. Der kan tilsvarende argumenteres for, at skattefordelen er, at nettofinansieringsudgifterne ikke indgår i opgørelsen efter [SEL § 11 B](#), stk. 4, hvilket udspringer af [SEL § 8](#), stk. 2.

Det er formentligt ikke tilfældet, at en bortseelse af afkastet fra aktiverne eller nettofinansieringsudgifterne kan begrunde en bortseelse af aktivet efter [SEL § 11 B](#), stk. 5, da der ikke synes at være den betingede nære sammenhæng, der udtrykkes i

EU-Domstolens praksis, eksempelvis i Deutsche Shell [C-293/06](#) og Krankenhaus Ruhezitz [C-157/07](#). Der skal samtidig henses til, at en sådan sammenhæng ikke har retfærdiggjort at bortse fra underskud i et fast driftssted, hvorved det må synes særdeles usandsynligt, at hensynet skulle retfærdiggøre at bortse fra aktiverne efter [SEL § 11 B](#), stk. 5. Det anførtes i øvrigt i Marks & Spencer C-446/03, der vedrørte overførsel af underskud, at overskud, der i udenlandske selskaber ikke beskattedes i Storbritannien, ikke i sig selv kan begrunde en begrænsning til at overføre underskud til kun at omfatte underskud fra hjemmehørende selskaber.<sup>52</sup> Der synes ikke grundlag for at lade et sådant argument retfærdiggøre en mindre fordelagtig behandling efter [SEL § 11 B](#), stk. 5 grundet faste driftssteder i andre medlemsstater.<sup>53</sup>

Samlet set består en forskelsbehandling af et skattesubjekt i Danmark, afhængigt af om dette etablerer et fast driftssted i en anden medlemsstat eller placerer samme aktiviteter i Danmark, da aktiverne allokeret til et fast driftssted i en anden medlemsstat ikke indgår i aktivmassen. En sådan forskelsbehandling synes ikke med udgangspunkt i EU-Domstolens nuværende praksis at kunne retfærdiggøres. Af denne grund kan en medregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre EU-/EØS-medlemsstater i aktivmassen formentlig ikke nægtes.

## 5. Konklusion

Det blev under lovarbejdet med lov nr. 540 af 6/6 2007 fremført af skatteministeren, at aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet ikke medgår i opgørelsen af aktivmassen efter [SEL § 11 B](#), medmindre der er valgt international sambeskatning. Det synes særdeles tvivlsomt, om en sådan fortolkning har hjemmel i lov.

Det følger af hovedreglen i [SEL § 11 B](#), stk. 5, at aktiver, der ikke er afskrivningsberettigede, indgår med anskaffelsessummen tillagt udgifter til forbedringer. Der er intet sted i ordlyden af [SEL § 11 B](#) specifikt behandlet aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet. Uagtet skatteministerens svar under lovarbejdet synes der ikke at være hjemmel i lov til at bortse fra disse aktiver, hvorved aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet formentlig medgår i opgørelsen af aktivmassen efter hovedreglen i [SEL § 11 B](#), dvs. til anskaffelsessummen tillagt udgifter til forbedringer, som det også blev fremført af FSR under lovarbejdet.

Samtidig synes den fremlagte fortolkning af skatteministeren ikke at være forenelig med den primære EU-ret. Der følger efter en sådan fortolkning en hindring for etablering af faste driftssteder i udlandet, da en sådan etablering behandles ugunstigt i forhold til etablering af samme aktiviteter i Danmark. Der findes ikke i den nuværende praksis fra EU-Domstolen støtte for en retfærdiggørelse af en sådan hindring.

Samlet set kan det konkluderes at der ikke synes hjemmel til ikke at indregne aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet i forhold til aktivmassen i [SEL § 11 B](#). Det omfatter under alle omstændigheder aktiver allokeret til faste driftssteder i andre EU-/EØS-medlemsstater, da en manglende indregning må anses for at udgøre en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TFEU.

## Noter

. Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006/2007.

Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006/2007. Det må anses for naturligt, at reglerne om tynd kapitalisering ikke *fanger* denne adfærd, da denne har et helt andet sigte.

. Se bilag 1 i L 213 2006/2007 samt de almindelige bemærkninger til L 23 2008/2009.



. Se bilag 15 og 26 til L 213 2006/2007.

Se bilag 19 til L 213 2006/2007. Det er desuden interessant, at det angives som ikke at være *hensigten at udvide adgangen til at opnå rentefradrag ved erhvervelse af udenlandsk virksomhed*. [SEL § 11 B](#) udgør en rentefradragsbegrænsningsregel, hvorved der ikke er tvivl om, at [SEL § 11 B](#) ikke har til formål at udvide fradragsadgangen. Problemstillingen er derimod, om [SEL § 11 B](#) begrænser selskabets fradragsret ved etablering af fast driftssted i udlandet.

Afgørende for, om de udenlandske støtteorganisationer er omfattet af "*anden international aftale*" i [SEL § 8](#), stk. 3, 3. pkt., er, om Danmark er medlem af den pågældende institution. Se eksempelvis [SKM2006.625.SR](#) ([SU 2006. 398](#)).

Se bl.a. Avoir Fiscal C-270/83 (ej bragt i SU, red.), Schumacker C-279/93 ([SU 1995. 95](#)), Wielockx C-80/94 ([SU 1995. 256](#)), Futura Participations C-250/95 ([SU 1997. 262](#)), Lankhorst-Hohorst [C-324/00](#) ([SU 2003. 12](#)), Marks & Spencer C-446/03 ([SU 2006. 17](#)), Cadbury Schweppes C-196/04 ([SU 2006. 333](#)), Thin Cap Group Litigation [C-524/04](#) ([SU 2007. 122](#)) og Columbus Container [C-298/05](#) ([SU 2008. 94](#)).

Det er anført, at medlemsstaterne har ret til at opstille egne misbrugsregler m.v., hvor kompetencen hertil ikke er overført til EU-niveau. Se *Weber*, Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms: A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance (2005), p. 170, 173 og 176.

Se *Weber*, Tax avoidance and the EC Treaty Freedoms: A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance (2005).

Se eksempelvis Pafitis C-441/93 (ej bragt i SU, red.), præmis 68, samt Maria Walcher C-201/01 (ej bragt i SU, red.), præmis 37.

Se Thin Cap Group Litigation [C-524/04](#), præmis 27. Se også Baars [C-251/98](#) ([SU 2000. 126](#)), præmis 22, X og Y C-436/00 ([SU 2003. 68](#)), præmis 37, samt Cadbury Schweppes C-196/04, præmis 31.

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.

Se eksempelvis Thin Cap Group Litigation [C-524/04](#), præmis 37, Marks & Spencer C-446/03, præmis 37, samt de forenede sager Metallgesellschaft og Hoechst C-397/98 og C-410/98 ([SU 2001. 103](#)), præmis 42.

. Se eksempelvis Marks & Spencer C-446/03, præmis 31.

Se Gebhard C-55/94 (ej bragt i SU, red.), præmis 25, samt Stauffer C-386/04 ([SU 2006. 332](#)), præmis 18. Se nærmere herom i *Terkilsen* (2010), p. 55 ff.

Der forudsættes ikke en faktisk etablering. Se Cadbury Schweppes C-196/04, præmis 54, samt Factortame C-221/89, præmis 20. Se nærmere herom i *Terkilsen*, Frit valg af etableringsform i EU-skatte retlig belysning (2010), p. 57 ff.

. Se eksempelvis *Neergaard og Nielsen*, EU-ret (6. udg. 2010), p. 296 ff.

- . Se eksempelvis *Neergaard og Nielsen* EU-ret (6. udg. 2010), p. 299 ff.
- . Se mere herom i *Neergaard og Nielsen* EU-ret (6. udg. 2010), p. 312 ff.
- Se hertil *Winther-Sørensen*, Det EU-retlige diskriminations- og restriktionsforbud i Skatteretten 3 (5. udg. 2009), p. 440, *Sørensen og Nielsen*, EU-retten (5. udg. 2010), p. 235 ff., samt *Sørensen* i [SU 2008, 84](#).
- Se hertil *Winther-Sørensen*, Det EU-retlige diskriminations- og restriktionsforbud i Skatteretten 3 (5. udg. 2009), p. 440, samt *Stokholm*, EU skatteret (2004), p. 456 ff.
- . Se *Terkilsen*, Frit valg af etableringsform i EU-skatte retlig belysning (2010), p. 83.
- . Se særligt C-55/64 Gebhard (Gebhard-testen).
- Se eksempelvis *Bachmann* C-204/90 ([SU 1992, 139](#)) samt Europa-Kommissionen mod Belgien C-300/90 (ej bragt i SU, red.).
- . Se eksempelvis *Marks & Spencer* C-446/03 samt *Oy AA* [C-231/05](#) ([SU 2007, 296](#)).
- Se eksempelvis *Marks & Spencer* C-446/03 samt *Lidl Belgium* [C-414/06](#) ([SU 2008, 198](#)).
- Se eksempelvis *Marks & Spencer* C-446/03, *Thin Cap Group Litigation* [C-524/04](#) samt *Oy AA* [C-231/05](#).
- . Se eksempelvis *Futura Participations* C-250/95 ([SU 1997, 262](#)).
- . Se eksempelvis *Futura Participations* C-250/95.
- . Se eksempelvis *FKP Scorpio Konzertproduktion* [C-290/04](#) ([SU 2006, 364](#)).
- Se eksempelvis *Thin Cap Group Litigation* [C-524/04](#), præmis 77, samt *Neergaard og Nielsen*, EU-ret (6. udg. 2010), p. 325.
- . Se *Neergaard og Nielsen*, EU-ret (6. udg. 2010), p. 325.
- Se bilag 15 og 26 til L 213 2006/2007. Det fremgår i en kommentar til [SEL § 11 B](#), stk. 6 af bilag 19 til L 213 2006/2007, at "*Det er ikke hensigten, at der skal gives rentefradrag ved erhvervelse af faste driftssteder i udlandet. Efter de gældende regler tilsiger territorialprincippet, at renteudgifter til erhvervelse af et fast driftssted i udlandet placeres i tilknytning til de erhvervede aktiver og passiver, således at der som udgangspunkt ikke er fradrag for renteudgifterne i Danmark. Det er ikke hensigten at udvide adgangen til at opnå rentefradrag ved erhvervelse af udenlandsk virksomhed. Derfor medregnes erhvervelse af udenlandske filialer ikke ved opgørelsen af renteloftet.*"
- . Der henvises til en etablering af samme aktiviteter i Danmark.
- Se også *Deutsche Schell* [C-293/06](#) ([SU 2008, 137](#)), *Lidl Belgium* [C-414/06](#), *Krankenheim Ruhesitz* [C-157/07](#) ([SU 2009, 17](#)) samt *TerraogWattel*, *European Tax Law* (5. udg. 2008), p. 55, *Hansen et al.*, *Sambeskatning 2011/12* (2011), p. 329 ff., og *Terkilsen*, Frit valg af etableringsform i EU-skatte retlig belysning (2010), p. 164.

. Se præmis 29.

. Se eksempelvis *Hinnekens* i *European Taxation* 2001, vol. 41 (6), p. 206 ff.

Se præmis 40. Det anførtes, at de eventuelle ugunstige virkninger er en følge af, at to medlemsstater udøver deres beskatningskompetence sideløbende med hinanden med henvisning til Kerckhaert og Morres [C-513/04 \(SU 2006, 394\)](#), præmis 20.

Der består ikke en forskelsbehandling, såfremt der er valgt international sambeskatning efter [SEL § 31 A](#). Det ændrer dog ikke ved, at der består en forskelsbehandling i andre tilfælde. Se i øvrigt om sambeskatningsreglerne og EU-retlig konformitet *Hansen et al.*, *Sambeskatning 2011/12* (2011), p. 291 ff., *Rønfeldt*, *Skatteværn og EU-frihed* (2010), p. 377 ff., samt *Vinther og Werlauff* i [SU 2005, 3](#) og *Winther-Sørensen* i [SU 2006, 3](#).

. Se bilag 1 i L 213 2006/2007.

. Se Bosal [C-168/01 \(SU 2003, 322\)](#), præmis 38.

Se Lidl Belgium [C-414/06](#), præmis 29-37, men også Marks & Spencer C-446/03, hvor disse hensyn første gang optrådte sammen.

. Se i denne retning Oy AA [C-231/05](#), præmis 57.

Se præmis 31 og 32. Der henvises til Marks & Spencer C-446/03 samt Oy AA [C-231/05](#).

Se Rewe Zentralfinanz C-347/04 (ej bragt i SU, red.), Amurta [C-379/05 \(SU 2008, 56\)](#) samt Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft [C-330/07 \(SU 2009, 15\)](#), som henvist hertil i *Winther-Sørensen*, *Det EU-retlige diskriminations- og restriktionsforbud i Skatteretten* 3 (5. udg. 2009), p. 500.

Se eksempelvis Marks & Spencer C-446/03, Thin Cap Group Litigation [C-524/04](#) samt Oy AA [C-231/05](#).

Se *Stokholm*, *EU Skatteret* (2004), p. 508 ff., *Winther-Sørensen*, *Det EU-retlige diskriminations- og restriktionsforbud i Skatteretten* 3 (5. udg. 2009), p. 495 ff., samt *Helminen*, *EU Tax Law – Direct Taxation* (3. udg. 2011), p. 131 ff.

. Se præmis 32.

Se eksempelvis Imperial Chemical C-264/96 ([SU 1998, 243](#)), Eurowings Luftverkehrs AG C-294/96 (ej bragt i SU, red.) samt de forenede sager Metallgesellschaft Hoechst C-97/98 og C-410/98. Se modsat *Krankenheim Ruhesitz* [C-157/07 \(SU 2009, 17\)](#) vedrørende genbeskatning af tidligere fradragte underskud.

. Afgørelsen er nærmere omtalt af *Meussen* i *European Taxation* 2009, vol. 49 (7), p. 361 ff.

Se mere herom i eksempelvis *Hey*, *Germany II: The Glaxo Welcome, STEKO, Ernst & Young and Krankenheim Ruhesitz Cases* i *ECJ – Recent Developments in Direct Taxation* 2008(2008), p. 191 ff., samt *Meussen* i *European Taxation* 2009, vol. 49 (7), p. 361 ff.

Se præmis 39. Afgørelsen er nærmere omtalt af *Lang* i *European Taxation* 2006, vol. 46 (2), p. 54 ff., *Hurk* i *Bulletin for International Taxation* 2006, vol. 60 (5), p. 178 samt *Winther-Sørensen* i [SU 2006, 3](#).

Det bemærkes i øvrigt, at hensynet til territorialprincippet bl.a. afvistes i Bosal [C-168/01](#), da dette udelukkende er anvendt i forhold til værtsstaten og ikke oprindelsesstaten. Se præmis 38.