

## Renteloftet og faste driftssteder i udlandet – i lyset af Argenta, C-350/11

af Michael Tell, ph.d., adjunkt ved Juridisk Institut, CBS, og Senior Associate hos CORIT Advisory P/S

I min tidligere artikel om renteloftet og faste driftssteder i udlandet i Skat Udland ([SU 2012, 272](#)) argumenteres for, at det ikke er foreneligt med etableringsfriheden i art. 49 TFEU at nægte medregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre EU-/EØS-lande i renteloftet efter [SEL § 11 B](#). I denne artikel fremlægges yderligere argumenter herfor, som følge af EU-Domstolens afgørelse i Argenta, [C-350/11](#) ([SU 2013, 276](#)), hvori EU-Domstolen fandt det uforeneligt med art. 49 TFEU, at der i de belgiske NID-fradragsregler ikke medregnes nettoværdien af aktiverne i faste driftssteder, der er beliggende i andre EU-/EØS-lande. Det må derfor fortsat konkluderes, at aktiver allokeret til faste driftssteder i andre EU-/EØS-lande også kan medgå i opgørelsen af aktivmassen efter [SEL § 11 B](#), stk. 5, uagtet at skatteministeren tidligere har benægtet dette.

### 1. Indledning

Renteloftsreglen i [SEL § 11 B](#) indførtes i 2007, som et indgreb mod såkaldt aggressiv skatteplanlægning. Grundtanken i [SEL § 11 B](#) er, at selskaber kun har fradrag for nettofinansieringsudgifter på gæld, der vedrører aktiver, som skaber skattepligtig indkomst (driftsaktiver).<sup>1</sup> I opgørelsen af disse aktiver er der ikke direkte i ordlyden af [SEL § 11 B](#) taget stilling til, om aktiver allokeret til et fast driftssted i udlandet medregnes eller ej.

FSR forespurgte under det lovforberedende arbejde, om aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet skulle medregnes i aktivmassen som ikke-afskrivningsberettigede aktiver. Skatteministeren svarede, at aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet kun medregnes i aktivopgørelsen, såfremt der er valgt international sambeskatning.<sup>2</sup> Begrundelsen var at det ikke var hensigten, at der skal gives rentefradrag ved erhvervelse af faste driftssteder i udlandet.<sup>3</sup> Som tidligere anført i [SU 2012, 272](#) synes der ikke i [SEL § 11 B](#) hjemmel til en sådan fortolkning, da ordlyden synes at understøtte en medregning som ikke-afskrivningsberettigede aktiver. Ligeledes synes en sådan fortolkning uforeneligt med art. 49 TFEU, som senest illustreret ved EU-Domstolens afgørelse i Argenta-sagen.

### 2. Argenta, C-350/11

Sagen vedrørte de belgiske *Notional Interest Deduction*-regler.<sup>4</sup> Det fulgte og følger fortsat af NID-reglerne, at belgiske selskaber opnår et fradrag beregnet som en procentdel (2014: maksimalt 2.742 pct.) af selskabets egenkapital ved slutningen af forrige indkomstår. Selskabets egenkapital skulle dog ved beregning af NID-fradraget nedsættes med nettoværdien af aktiver, der var tilknyttet faste driftssteder, hvis indkomsten var fritaget fra beskatning efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Denne reduktion af egenkapitalen og NID-fradraget var omdrejningspunktet i sagen.

Det belgiske selskab Argenta Spaarbank NV havde et fast driftssted i Nederlandene, hvorfor de belgiske skattemyndigheder ved opgørelsen af NID-fradraget ikke medregnede nettoaktiverne allokeret til det faste driftssted i Nederlandene. Argenta Spaarbank NV anlagde sag og gjorde gældende, at en sådan manglende indregning udgjorde en hindring for etableringsfriheden i art. 49 TFEU.

Det var i sagen ubestridt, at der i NID-reglen bestod en forskelsbehandling mellem aktiver knyttet til et fast driftssted, der er beliggende i en anden medlemsstat end Belgien, og hvis overskud ikke kan beskattes i Belgien, og aktiver knyttet til et fast driftssted, der er beliggende i Belgien.<sup>5</sup> Aktiver tilknyttet driftssteder i en anden medlemsstat end Belgien indgik ikke i beregningen af NID-fradraget, hvorimod aktiver tilknyttet faste driftssteder i Belgien indgik i beregningen af NID-fradraget.<sup>6</sup> Det er således kun selskaber med aktiver tilknyttet faste driftssteder i Belgien, der opnår en skattemæssig fordel med et større NID-fradrag, mens selskaber med aktiver tilknyttet faste driftssteder i andre medlemsstater (DBO-lande) ikke opnår samme skattemæssige fordel, da NID-fradraget reduceres.<sup>7</sup> En sådan ufordelagtig behandling fandtes at udgøre en hindring for etableringsfriheden.<sup>8</sup>

EU-Domstolen anførte herefter, at en hindring for etableringsfriheden kun kan være tilladt, hvis den er begrundet i tvingende almene hensyn, samt egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende

mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det.<sup>9</sup> Den belgiske regering påberåbte følgende to hensyn i forening:<sup>10</sup>

- hensynet til at sikre sammenhængen i det belgiske skattesystem
- hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne

Den belgiske regering gjorde gældende, at de belgiske regler var fuldstændig symmetriske, da der var en direkte sammenhæng mellem den skattemæssige fordel, dvs. NID-fradraget, og beskatningen af overskud genereret af aktiverne. EU-Domstolen fandt ikke, at der var en sådan direkte sammenhæng, da medregning i opgørelsen af NID-fradraget alene var betinget af, at Belgien kunne beskatte en eventuel indkomst. NID-fradraget var således hverken betinget af, at indkomsten rent faktisk realiseredes, eller at indkomsten rent faktisk beskattedes.<sup>11</sup> EU-Domstolen fandt derfor ikke, at den manglende indregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater kunne begrundes i hensynet til at sikre sammenhængen i den nationale beskatningsordning.<sup>12</sup>

Den belgiske regering gjorde samtidig gældende, at Belgien ved at nægte at tage hensyn til aktiver knyttet til et fast driftssted, som var beliggende i en anden medlemsstat, blot udøvede sin beskatningskompetence under overholdelse af territorialprincippet og i overensstemmelse med fordelingen af beskatningskompetencen, således som den fulgte af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Belgien og Nederlandene. Den belgiske regering hævdede således, at det var op til Nederlandene og ikke Belgien at yde fradrag, der er knyttet til aktiver allokeret til et fast driftssted i Nederlandene.<sup>13</sup> EU-Domstolen fandt dog, at den omstændighed, at man i en dobbeltbeskatningsoverenskomst har vedtaget, at det overskud, der kan henføres til et fast driftssted beliggende i den anden medlemsstat, kun kan beskattes i den anden medlemsstat, ikke systematisk kan begrunde enhver nægtelse af en skattemæssig fordel til et selskab, der har hjemsted i denne første medlemsstat, og har et fast driftssted i den anden medlemsstat.<sup>14</sup> I modsat fald ville en sådan nægtelse kunne begrunde en forskelsbehandling alene på grund af, at et selskab beliggende i en medlemsstat udøver grænseoverskridende aktivitet, som ikke kan generere skatteindtægter for medlemsstaten.<sup>15</sup> Ydermere anførte EU-Domstolen, at et tilsvarende NID-fradrag til selskaber med faste driftssteder i andre medlemsstater, hverken undergraver udøvelsen af beskatningsretten for medlemsstaten, hvori selskabet er hjemmehørende, eller beskatningsretten for medlemsstaten, hvori det faste driftssted er beliggende, og samtidig på ingen måde medfører en overførsel af indkomst, der normalt beskattes i en af disse medlemsstater.<sup>16</sup> Hensynet kunne derfor ikke begrunde en manglende indregning af aktiverne i opgørelsen af NID-fradraget.

På baggrund af ovenstående konkluderede EU-Domstolen derfor, at det var uforeneligt med art. 49 TFEU ikke at medregne nettoværdien af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater ved opgørelsen af NID-fradraget.<sup>17</sup> Konklusionen har ikke alene betydning for de belgiske NID-regler, men ligeledes for den danske renteloftsregel, hvorefter nettoværdien af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater nægtes indregnet i aktivmassen efter [SEL § 11 B](#), stk. 5.

### 3. Renteloftsreglen i lyset af Argenta-sagen

Der har lige siden indførelsen af [SEL § 11 B](#) ved lov nr. 540 af 6/6 2007 været tvivl om, hvorledes aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet skal håndteres i forhold til aktivmassen i [SEL § 11 B](#). Det følger, som tidligere nævnt, af bilag 26 til L 213 2006-07, at sådanne aktiver efter skatteministerens vurdering ikke medregnes i aktivmassen, medmindre selskabet har valgt international sambeskatning efter [SEL § 31 A](#), mens at det af ordlyden af bestemmelsen synes at fremgå, at aktiver skal medregnes som ikke-afskrivningsberettigede aktiver.

Hvis man lægger skatteministerens fortolkning til grund skal aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet kun medregnes, såfremt selskabet har valgt at indgå i international sambeskatning efter [SEL § 31 A](#). Konsekvensen af skatteministerens fortolkning er, at såfremt et dansk selskab etablerer et fast driftssted i en anden medlemsstat, medfører det at disse aktiver ikke indgår i selskabets aktivmasse efter [SEL § 11 B](#), stk. 5, mens den nøjagtig samme etablering blot i Danmark medfører at aktiverne medgår i aktivmassen. Det gøres således mindre fordelagtigt for danske selskaber at etablere aktiviteter i andre medlemsstater end i Danmark, hvilket må anses for at udgøre en hindring af etableringsfriheden efter art. 49 TFEU.

Det understøttes nu også af Argenta-sagen. Et selskab, der havde et fast driftssted i en anden

medlemsstat end i Belgien, havde et reduceret NID-fradrag, hvilket EU-Domstolen fandt at udgøre en ulempe for selskabet.<sup>18</sup> EU-Domstolen understregede samtidig, at denne ulempe alene fulgte af belgisk lovgivning om at nægte at tage hensyn til aktiver allokeret til de faste driftssteder, og altså ikke flere medlemsstatsers samtidige udøvelse af deres beskatningskompetence.<sup>19</sup> EU-Domstolen konkluderede derfor, at en sådan ufordelig behandling kunne afholde et belgisk selskab fra at udøve sin virksomhed gennem et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat end i Belgien og udgør en hindring, som i princippet er forbudt i henhold til traktatens bestemmelser om etableringsfrihed.<sup>20</sup> Samme politiske beslutning er truffet i Danmark, hvorefter aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater nægtes medregnet i renteloftet efter [SEL § 11 B](#), stk. 5, hvilket i lyset af Argenta-sagen fortsat må anses for at udgøre en hindring for etableringsfriheden.

Ydermere synes en sådan hindring for etableringsfriheden ikke at kunne retfærdiggøres. Skatteministeren konkluderede under lovarbejdet, at [SEL § 11 B](#) er foreneligt med EU-retten og henviste til territorialprincippet og hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningsretten, således at hvis koncernen har fravalgt international sambeskatning, så beskattes koncernen af aktiviteterne i Danmark og har kun fradrag for finansieringen af disse aktiviteter. Hvis koncernen har valgt international sambeskatning, så beskattes koncernen af dens globale aktiviteter og har fradrag for finansieringen af de globale aktiviteter. I [SU 2012, 272](#) modargumenteredes mod en sådan konklusion, ligesom at skatteministerens konklusion må afvises efter Argenta-sagen, hvori den belgiske regering havde gjort gældende, at Belgien blot udøvede sin beskatningskompetence under overholdelse af territorialprincippet og i overensstemmelse med fordelingen af beskatningskompetencen.

EU-Domstolen anførte i Argenta-sagen, at den omstændighed, at en medlemsstat efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke kan udøve sin beskatningskompetence vedrørende overskud, der kan henføres til faste driftssteder, ikke systematisk kan begrunde enhver nægtelse en skattemæssig fordel til det selskab, der har hjemsted i en medlemsstat og har et fast driftssted i en anden medlemsstat.<sup>21</sup> En medlemsstat kan ikke forskelsbehandle et selskab alene på grund af, at selskabet har en grænseoverskridende aktivitet, som ikke kan genererer skatteindtægter i medlemsstaten.<sup>22</sup> Derved kan det heller ikke i forhold til [SEL § 11 B](#), stk. 5 retfærdiggøres at nægte indregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet med henvisning til, at Danmark ikke vil eller kan beskatte indkomsten herfra efter [SEL § 8](#), stk. 2 eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

EU-Domstolen anerkendte dog samtidig i Argenta-sagen nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, hvilket kan anerkendes, når den pågældende ordning har til formål at hindre adfærd, som kan gøre indgreb i en medlemsstats ret til at udøve sin beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dens område.<sup>23</sup> Men som både generaladvokaten og EU-Domstolen anførte i sagen, så undergraver den omstændighed, at der tildeles en skattemæssig fordel til et selskab med et fast driftssted i en anden medlemsstat, hverken retten for den medlemsstat, hvor selskabet har hjemsted, eller retten for den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende, til at udøve deres beskatningskompetence i forhold til de aktiviteter, der gennemføres på deres område, og det medfører ikke overførsel af indkomst, der normalt beskattes i en af disse medlemsstater.<sup>24</sup> Derved kan det heller ikke i forhold til [SEL § 11 B](#) retfærdiggøres at nægte selskaber i Danmark den skattemæssige fordel det udgør at indregne aktiver allokeret til faste driftssteder i EU-/EØS-lande med henvisning til, at det ville udgøre et indgreb i udøvelsen af Danmarks beskatningskompetence.

Slutteligt skal det også bemærkes, at EU-Domstolen i Argenta-sagen fandt, at da NID-fradraget hverken var betinget af, at indkomsten rent faktisk realiseredes, eller at indkomsten rent faktisk beskattedes, bestod der ikke den nødvendige direkte sammenhæng mellem fradragsnægtelsen (reduceret NID-fradrag) og beskatningen af indkomst fra faste driftssteder i udlandet.<sup>25</sup> EU-Domstolen fandt derfor, at den manglende indregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater heller ikke kunne begrundes i hensynet til at sikre sammenhængen i den nationale beskatningsordning.<sup>26</sup> En sådan argumentation kan derfor heller ikke retfærdiggøre en manglende indregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i forhold til [SEL § 11 B](#), stk. 5.

EU-Domstolens afgørelse i Argenta-sagen understøtter derved, at den forskelsbehandling, der følger af skatteministerens fortolkning af [SEL § 11 B](#), stk. 5, hvorefter et dansk selskab forskelsbehandles alt efter, om selskabet etablerer et fast driftssted i et EU-/EØS-land eller etablerer samme aktiviteter i Danmark, ikke kan retfærdiggøres. Derfor må aktiver allokeret til faste driftssteder i andre EU-/EØS-lande medregnes i aktivmassen efter [SEL § 11 B](#), stk. 5.

## 4. Konklusion

I min tidligere artikel om renteloftet og faste driftssteder i udlandet i Skat Udland ([SU 2012, 272](#)) argumenteres for, at det ikke er foreneligt med etableringsfriheden i art. 49 TFEU at nægte medregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre EU-/EØS-lande i renteloftet efter [SEL § 11 B](#).<sup>27</sup> Den konklusion understøttes nu af EU-Domstolens afgørelse i Argenta-sagen, hvori EU-Domstolen ikke fandt det foreneligt med art. 49 TEUF at nægte en skattemæssig fordel til selskaber med faste driftssteder i EU-/EØS-lande i forhold til selskaber med samme aktiviteter ("fast driftssted") i samme medlemsstat, som selskabet er hjemmehørende. Det må derfor fortsat konkluderes, at aktiver allokeret til faste driftssteder i andre EU-/EØS-lande også kan medgå i opgørelsen af aktivmassen efter [SEL § 11 B](#), stk. 5, da en manglende indregning udgør en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TFEU.

## Noter

1. Se bilag 1 i L 213 2006-07 samt de almindelige bemærkninger til L 23 2008-09.
2. Se bilag 15 og 26 til L 213 2006-07.
3. Se bilag 19 til L 213 2006-07.

Se også Luc de Broe, "The ECJ's Judgment in Argenta: Narrow Interpretation of "The Preservation of the Balanced Allocation of Taxing Rights between Member States". A Headache for Designers of Tax Incentives in the Union" (2013) 22 EC Tax Review, Issue 5, side 210–212.

5. Se præmis 22.
6. Se præmis 23.
7. Se præmis 24 og 25.
8. Se præmis 34.
9. Se præmis 35.
10. Se præmis 36.
11. Se præmis 47.
12. Se præmis 49.
13. Se præmis 39 og 40.
14. Se præmis 51.
15. Se præmis 52.
16. Se præmis 55.
17. Se præmis 59.
18. Se præmis 32.
19. Se præmis 33.
20. Se præmis 34.
21. Se præmis 51.

22. Se præmis 52.

23. Se præmis 53.

24. Se præmis 55.

25. Se præmis 47.

26. Se præmis 49.

Se også Michael Tell, *Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter*, Jurist- og Økonomforlaget 27. (2012), p. 350 ff. Heri behandles også andre EU-retlige problematikker i forhold til [SEL §§ 11](#), 11 B og 11 C.