CBS COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL
HANDELSHØJSKOLEN

Fradragsbeskæring af selskabers finansieringsudgifter

En skatteretlig analyse af SEL §§ 11, 11B og 11C

Tell, Michael

Document Version
Final published version

Publication date:
2012

License
CC BY-NC-ND

Citation for published version (APA):
Tell, M. (2012). *Fradragsbeskæring af selskabers finansieringsudgifter: En skatteretlig analyse af SEL §§ 11, 11B og 11C*. Copenhagen Business School [Phd]. Ph.d. Serie No. 11.2012

Link to publication in CBS Research Portal

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us (research.lib@cbs.dk) providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 04. Jul. 2025

COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL
HANDELSHØJSKOLEN
SOLBJERG PLADS 3
DK-2000 FREDERIKSBERG
DANMARK

www.cbs.dk

ISSN 0906-6934

Print ISBN: 978-87-92842-48-0
Online ISBN: 978-87-92842-49-7

Fradragsbeskæring af selskabers finansieringsudgifter

Ph.d. Serie 11.2012

Copenhagen Business School
HANDELSHØJSKOLEN

Fradragsbeskæring af selskabers finansieringsudgifter

En skatteretlig analyse af SEL §§ 11, 11B og 11C

Michael Tell

Ph.d. skolen LIMAC
Program for Jura

Ph.d. Serie 11.2012

Michael Tell

Fradragsbeskæring af selskabers finansieringsudgifter

- *En skatteretlig analyse af SEL §§ 11, 11B og 11C*

Ph.d.-afhandling
Copenhagen Research Group on International Taxation
Juridisk Institut
Copenhagen Business School
December 2011

Michael Tell
Fradragsbeskæring af selskabers finansieringsudgifter
En skatteretlig analyse af SEL §§ 11, 11B og 11C

1. udgave 2012
Ph.d. Serie 11.2012

© Forfatter

ISSN 0906-6934

Print ISBN: 978-87-92842-48-0
Online ISBN: 978-87-92842-49-7

Ph.d.-skolen LIMAC er knyttet til forskningsmiljøer inden for sprog, kulturelle studier, kommunikation, jura, informatik, regnskab og revision samt ledelsesteknologi.

Alle rettigheder forbeholdes.
Kopiering fra denne bog må kun finde sted på institutioner, der har indgået aftale med COPY-DAN, og kun inden for de i aftalen nævnte rammer. Undtaget herfra er korte uddrag til anmeldelse.

Forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
AFSL	Afskrivningsloven
Cirk.	Cirkulære
FBL	Fondsbeskatningsloven
DEP	Meddelelse fra Skatteministeriet
EBIT	Earnings Before Interest and Taxes
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
H	Højesterets afgørelse
IFA	International Fiscal Association
JUS	Juridisk Ugebrev Skat
KULBR	Kulbrinteskatteloven
KGL	Kursgevinstloven
KSL	Kildeskatteloven
LFV	Lov om Finansiel Virksomhed
LL	Ligningsloven
LR	Ligningsrådet afgørelse
LSR	Landskatterettens afgørelse
LV	Ligningsvejledningen
PAL	Pensionsafkastbeskatningsloven
SEL	Selskabsskatteloven
SL	Statsskatteloven
SPO	Skattepolitisk Oversigt
SR	Skatterådets afgørelse
SSL	Selskabsloven
SU	Skat Udland

TfS	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
TEU	Traktaten om Den Europæiske Union
TEUF	Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UfS	Ugeskrift for Skat
V	Venstre Landsrets afgørelse
VSL	Virksomhedsskatteloven
Ø	Østre Landsrets afgørelse
ÅRL	Årsregnskabsloven

KAPITEL 1 INTRODUKTION 11

1.1 INDLEDNING 11
1.2 EMNEBESKRIVELSE 11
1.3 AFHANDLINGENS FORMÅL 14
1.4 TEORETISKE OG METODISKE OVERVEJELSER 15
1.5 AFGRÆNSNINGER 18
1.6 DISPOSITION 19

KAPITEL 2 SELSKABSFINANSIERINGEN OG SELSKABSBESKATNINGEN 21

2.1 INDLEDNING 21
2.2 VALGET MELLEM EGENKAPITAL OG FREMMEDKAPITAL 21
2.2.1 EGENKAPITAL 21
2.2.1.1 Afkast fra egenkapitalen 22
2.2.2 FREMMEDKAPITAL 24
2.2.2.1 Afkast fra fremmedkapitalen 25
2.3 SELSKABSFINANSIERINGEN OG RENTEFRADRAGSBEGRÆNSNINGSREGLERNE 27
2.4 FINANSIERINGSTEORETISK PERSPEKTIV 29
2.5 AFSLUTNING 31

KAPITEL 3 TYND KAPITALISERING 32

3.1 INDLEDNING 32
3.1.1 BEGREBET TYND KAPITALISERING 33
3.1.2 RETSPOLITISKE HENSYN 34
3.2 KVALIFIKATION AF DEBITOR (LÅNTAGER) 35
3.3 KVALIFIKATION AF KREDITOR (LÅNGIVER) 37
3.3.1 JURIDISK PERSON 38
3.3.2 TRANSPARENTE ENHEDER 39
3.4 KONTROLLERET GÆLD 40
3.4.1 BESTEMMENDE INDFLYDELSE 41
3.4.1.1 Medregning af ejerandel og stemmerettigheder efter LL § 2, stk. 2.-6. pkt. 45
3.4.2 KONCERNFORBUNDNE JURIDISKE PERSONER 47
3.4.2.1 Samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse 47
3.4.2.2 Fælles ledelse 48
3.4.3 FAST DRIFTSSTED I DANMARK 49
3.4.4 INTERNATIONALT PERSPEKTIV 49
3.5 KONTROLLERET GÆLD - SIKKERHEDSSTILLELSE 51
3.5.1 DEN KONTROLLERENDE EJERKREDS ELLER HERMED KONCERNFORBUNDNE SELSKABER 52
3.5.2 DIREKTE ELLER INDIREKTE SIKKERHED 53
3.5.3 FAST DRIFTSSTED I DANMARK 55

3.6 10 MIO. KRONERS GRÆNSEN **56**
3.7 SOLVENSKRAVET **57**
3.7.1 OPGØRELSE AF GÆLDEN 57
3.7.1.1 Gæld, der ikke forfalder på et forud aftalt tidspunkt 58
3.7.1.2 Løbende ydelser omfattet af LL § 12B 59
3.7.1.3 Skattegæld 60
3.7.1.4 Konvertible obligationer 61
3.7.1.5 Hybride finansieringsformer 62
3.7.2 GÆLDENS VÆRDI 62
3.7.3 OPGØRELSE AF EGENKAPITALEN 63
3.7.4 EGENKAPITALENS VÆRDI 64
3.7.4.1 Fast ejendom 65
3.7.4.2 Aktier, anparter og andre kapitalandele 66
3.7.4.3 Fordringer, konvertible obligationer, finansielle kontrakter m.v. 68
3.7.4.4 Maskiner, inventar og lignende driftsmidler 69
3.7.4.5 Varelagre 69
3.7.4.6 Goodwill 69
3.7.4.6.1 TSS-cirkulære nr. 2000-10 af 28. marts 2000 70
3.7.4.6.2 SKATs Vejledning af 21. august 2009 71
3.7.4.7 Andre immaterielle aktiver 71
3.7.4.8 Indestående i interessentskaber 71
3.7.4.9 Helhedsværdiansættelse 72
3.7.4.10 Karensperioden 73
3.7.5 FAST DRIFTSSTED I DANMARK 76
3.7.6 INTERNATIONALT PERSPEKTIV 77
3.8 SANKTIONEN **80**
3.8.1 DEN UFORHOLDSMÆSSIGE GÆLD 81
3.8.2 FRADRAGSBESKÆRINGEN 81
3.8.3 INTERNATIONALT PERSPEKTIV 84
3.9 ÅRMSLÆNGDEUNDTAGELSEN **85**
3.9.1 DOKUMENTATIONSKRAVETS NIVEAU 85
3.9.2 DOKUMENTATIONSKRAVETS INDHOLD 86
3.9.2.1 Uafhængige parter 86
3.9.2.2 Lignende finansiering 87
3.9.3 REFERENCETIDSPUNKTET 90
3.9.4 RETSVIRKNING OG ANVENDELSE 91
3.9.5 PRAKSIS VEDRØRENDE SEL § 11, STK. 1, 5. PKT. 91
3.9.6 FAST DRIFTSSTED I DANMARK 94
3.10 PRIORITERING AF FRADRAGSBESKÆRINGEN **95**
3.10.1 SKATTEFRIHED – LÅNGIVER 97
3.10.2 FRADRAGSBESKÆRINGEN OG KILDESKAT 98
3.11 KONSOLIDERINGSREGLEN **98**
3.11.1 KONSOLIDERINGSKREDSEN 99

3.11.2 KONSOLIDERET OPGØRELSE 109
3.11.3 ARMSLÆNGDEUNDTAGELSEN 111
3.11.4 FORDELING OG PRIORITERING AF FRADRAGSBESKÆRINGEN 111
3.12 SAMSPILLET MELLEM LL § 2 OG SEL § 11 112
3.12.1 RÆKKEFØLGE 112
3.13 AFSLUTNING 114

KAPITEL 4 RENTELOFTET 117

4.1 INDLEDNING 117
4.1.1 BAGGRUND 117
4.1.2 RETSPOLITISKE HENSYN 120
4.1.3 BEGREBET RENTELOFT 121
4.2 SUBJEKTERNE 122
4.2.1 DE OMFATTEDE SUBJEKTER 122
4.2.2 DE IKKE-OMFATTEDE SELSKABER M.V. 124
4.3 NETTOFINANSIERINGSUDGIFTERNE 125
4.3.1 SEL § 11B, STK. 4, NR. 1 – RENTEINDTÆGTER OG RENTEUDGIFTER 126
4.3.2 SEL § 11B, STK. 4, NR. 2 – PROVISIONER SOM DEFINERET I LL § 8, STK. 3 128
4.3.3 SEL § 11B, STK. 4, NR. 3 – KURSGEVINSTER OG KURSTAB 129
4.3.3.1 Hovedreglen – SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 1. pkt. 129
4.3.3.2 Varekreditorer og varedebitorer – SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 2. pkt. 131
4.3.3.3 Fordringer m.v. – SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 3. pkt. 131
4.3.3.4 Finansielle kontrakter 132
4.3.3.4.1 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt. 133
4.3.3.4.2 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt. 133
4.3.3.4.3 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt. 136
4.3.3.4.4 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt. 137
4.3.4 SEL § 11B, STK. 4, NR. 4 – LEASING 139
4.3.5 SEL § 11B, STK. 4, NR. 5 – AKTIEAVANCER, AKTIETAB OG UDBYTTER 141
4.3.6 SEL § 11B, STK. 4, NR. 6 – CFC-BESKATNING OG SKYGGEGENBESKATNING 142
4.4 RENTELOFTET 142
4.4.1 GRUNDBELØBET 143
4.4.2 STANDARDRENTEN 144
4.4.3 AKTIVMASSEN 145
4.4.3.1 Igangværende arbejde for fremmedregning 147
4.4.3.2 Igangværende arbejder, næringsaktiver, varelagre samt varedebitorer m.v. og varekreditorer m.v. 147
4.4.3.3 Terminskontrakter m.v. 148
4.4.3.4 Finansiel leasing 150
4.4.3.5 Skattemæssige underskud 151
4.4.3.6 Faste driftssteder og fast ejendom i udlandet 153
4.4.3.7 Immaterielle aktiver 154

4.4.3.8 Løbende ydelser 155
4.4.3.9 Tonnagebeskattede aktiver 157
4.4.3.10 Karensperioden 157
4.4.4 REDUKTION AF AKTIVMASSEN OG GRUNDBELØBET 160
4.5 AKTIVMASSEN OG AKTIER 160
4.5.1 SALDOFØRENDE SELSKAB 161
4.5.1.1 Eksisterende saldo 161
4.5.1.2 Vedhængende saldo eller ej 162
4.5.1.3 Vedhængende saldo – bortfald eller succession 163
4.5.2 SALDOTILGANG 166
4.5.2.1 Tilgangskriterier 166
4.5.2.2 Tilgangsbeløbet 168
4.5.2.3 Aktier erhvervet før indkomståret 2007 172
4.5.3 KONCERNINTERNE OVERDRAGELSER OG KAPITALFORHØJELSER 173
4.5.4 NYSTIFTELSE AF SELSKABER 174
4.5.5 KAPITALFORHØJELSER I KONCERNFORBUNDNE SELSKABER MED HENBLIK PÅ OPKØB AF AKTIER M.V. 175
4.5.6 REDUKTION AF SALDOEN 178
4.5.6.1 Nr. 1 – Aktier i danske selskaber, faste driftssteder og fast ejendom i Danmark 179
4.5.6.2 Nr. 2 – Udlejningsejendomme, kontanter, værdipapirer og lign. 180
4.5.6.3 Nr. 3 – Efterfølgende erhvervelser 182
4.5.6.4 Nr. 4 – Afståelse af aktier 185
4.5.6.5 Nr. 5 – Efterfølgende afståelser af virksomhed 188
4.5.6.6 Nr. 6 – Udlodninger 189
4.5.6.7 Nr. 7 – Udlodninger af udbyttepræferenceaktier 190
4.5.6.8 Nr. 8 – Tilskud 191
4.5.7 INDREGNING AF ANSKAFFELSESSUMMER OG REDUKTIONER 193
4.5.8 EN POSITIV ELLER NEGATIV SALDO 195
4.5.9 AFVIKLING AF SALDOORDNINGEN 196
4.6 SANKTIONEN 197
4.7 SAMLET OPGØRELSE FOR SAMBESKATTEDE SELSKABER 201
4.7.1 FORDELING AF FRADRAGSBESKÆRING 203
4.8 SALDI EFTER SEL § 11B 204
4.8.1 AD 1. IKKE-BESKÅRNE NETTOKURSTAB PÅ FORDRINGER 204
4.8.2 AD. 2. UREALISEREDE KURSGEVINSTER PÅ RENTESWAPS 206
4.8.3 AD 3. UDNYTTEDE AKTIETAB 206
4.8.4 AD. 4 BESKÅRNE KURSTAB PÅ GÆLD OG FINANSIELLE KONTRAKTER 207
4.8.5 AD. 5. BESKÅRNE UREALISEREDE KURSTAB PÅ RENTESWAPS 209
4.8.6 AD. 6 DIREKTE EJEDE AKTIER I IKKE-SAMBESKATTEDE KONCERNFORBUNDNE SELSKABER 209
4.8.7 AD. 7. SEL § 11B, STK. 6 NR. 6 KONTRA SEL § 11B, STK. 6, NR. 2, 4 OG 5. 210
4.8.8 AD. 8. AKTIVER OG KARENSPERIODEN 210
4.9 INTERNATIONALT PERSPEKTIV 211
4.10 AFSLUTNING 211

KAPITEL 5 EBIT-LOFTET 214

5.1 INDLEDNING 214
5.2 BAGGRUND OG RETSPOLITISKE HENSYN 215
5.3 SUBJEKTERNE 215
5.4 NETTOFINANSIERINGSUDGIFTERNE 216
5.5 EBIT-LOFTET 218
5.6 GRUNDBELØBET 222
5.7 SANKTIONEN 223
5.8 SAMLET OPGØRELSE FOR SAMBESKATTEDE SELSKABER 224
5.9 SALDOOVERFØRSEL OG OPHØR 228
5.10 SAMSPIL MELLEM RENTEFRADRAGSBEGRÆNSNINGSREGLERNE 230
5.11 INTERNATIONALT PERSPEKTIV 237
5.11.1 EBITDA-REGULERING - ITALIEN OG TYSKLAND 237
5.11.2 EARNINGS STRIPPING RULE - USA 239
5.12 AFSLUTNING 240

KAPITEL 6 EU-RETLIG KONFORMITET 242

6.1 INDLEDNING 242
6.2 DEN PRIMÆRE EU-RET 242
6.2.1 UDVALGTE AFGØRELSER FRA EU-DOMSTOLEN 245
6.2.1.1 Lankhorst-Hohorst C-324/00 245
6.2.1.2 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation C-524/04 247
6.2.1.3 Lammers & Van Cleeff NV C-105/07 251
6.2.2 EU-RETLIG KONFORMITET VEDRØRENDE SEL § 11 251
6.2.2.1 EU-retten og konsolidering efter SEL § 11, stk. 4 253
6.2.2.1.1 Restriktionstest 253
6.2.2.1.2 Retfærdiggørelse 256
6.2.2.1.3 Sammenfatning 257
6.2.2.2 EU-retten og skattefrihed efter SEL § 11, stk. 6 258
6.2.2.2.1 Restriktionstest 258
6.2.2.2.2 Sammenfatning 259
6.2.3 EU-RETLIG KONFORMITET VEDRØRENDE SEL § 11B 259
6.2.3.1 EU-retten og medregning af aktier efter SEL § 11B, stk. 5 260
6.2.3.1.1 Restriktionstest 260
6.2.3.1.2 Sammenfatning 261
6.2.3.2 EU-retten og faste driftssteder efter SEL § 11B, stk. 5 262
6.2.3.2.1 Restriktionstest 262
6.2.3.2.2 Retfærdiggørelse 264
6.2.3.2.3 Sammenfatning 266
6.2.3.3 EU-retten og karensperioden efter SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. 267
6.2.3.3.1 Restriktionstest 267

6.2.3.3.2 Retfærdiggørelse 268
6.2.3.3.3 Sammenfatning 269
6.2.3.4 EU-retten og saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6 269
6.2.3.4.1 Restriktionstest 270
6.2.3.4.2 Retfærdiggørelse 270
6.2.3.4.3 Sammenfatning 271
6.2.3.5 EU-retten og faste driftssteder efter SEL § 11B, stk. 6 271
6.2.3.5.1 Restriktionstest 272
6.2.3.5.2 Sammenfatning 274
6.2.3.6 EU-retten og samlet opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8 274
6.2.3.6.1 Restriktionstest 274
6.2.3.6.2 Retfærdiggørelse 275
6.2.3.6.3 Sammenfatning 276
6.2.4 EU-RETLIG KONFORMITET VEDRØRENDE SEL § 11C 277
6.3 DEN SEKUNDÆRE EU-RET 278
6.3.1 RENTEFRADRAGSBESKÆRING OG DIREKTIVET 279
6.3.2 KAN EN FRADRAGSBESKÆRING UDGØRE EN SKAT OMFATTET AF DIREKTIVET? 280
6.4 AFSLUTNING 284

KAPITEL 7 ALTERNATIVE LØSNINGSMODELLER 286

7.1 INDLEDNING 286
7.2 NEUTRALITET I SELSKABSFINANSIERINGEN 286
7.2.1 BESKATNING AF RENTEBETALINGEN 286
7.2.2 REDUKTION AF VÆRDIEN AF RENTEFRADRAGET 288
7.2.3 GROUP INTEREST BOXES - SEL § 10A 291
7.2.4 AFSLUTNING 292
7.3 VÆRNSREGULERING 293
7.3.1 NOTIONAL INTEREST DEDUCTION 293
7.3.2 WORLDWIDE DEBT CAP 295
7.3.3 DRIFTSOMKOSTNINGSTILGANG 297
7.3.4 COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAX BASE (CCCTB) 298
7.3.4.1 Konsolideret opgørelse af én fælles skattebase 298
7.3.4.2 Generel regel om bekæmpelse af misbrug - Art. 80 299
7.3.4.3 Ikke-tilladte rentefradrag – art. 81 300
7.3.4.4 CCCTB og danske rentefradragsbegrænsningsregler 301
7.3.4.5 Fordeling af skattebasen mellem medlemsstaterne 303
7.4 AFSLUTNING 304

KAPITEL 8 SAMMENFATNING 306

Resumé 312
Summary 315
Bilag 317
Litteraturfortegnelse 359
Doms- og afgørelsesregister 377

Kapitel 1 Introduktion

1.1 Indledning

Selskabsskattegrundlaget er aktuelt og fremover under pres fra flere sider.[1] Eksempelvis konstateredes i 2007, at skattebetalingen fra 7 danske koncerner *overnight* var nedbragt med hele 2 mia. kroner.[2] Koncernerne *selvbetjente*[3] sig til reduceret skattepligtig indkomst uden ændringer af deres aktiviteter eller lignende. Derimod ændredes finansieringen markant, således at gælden (fremmedkapitalen) i forhold til egenkapitalen forøgedes markant.

En øget gældsætning øger de fradragsberettigede renteudgifter m.v., hvorved låntagers skattepligtige indkomst reduceres. Renteindtægten m.v. beskattes i stedet hos långiver, hvorved beskatningen reelt flyttes fra låntagers indkomstopgørelse til långivers indkomstopgørelse. Men det er ikke givet at renteindtægten m.v. faktisk beskattes hos långiver, eksempelvis ved en udenlandsk långiver. Det er klart, at hvor beskatningen af eksempelvis en udenlandsk långiver er lavere end beskatningen af låntager i Danmark, så skabes incitament til at flytte beskatningen fra låntager til långiver. Der skabes derved grobund for udflytning og tab af skatteprovenu ved øget gældssætning.

Til modvirkning heraf er indført værnsregler i form af rentefradragsbegrænsningsreglerne i selskabsskatteloven. Regler om tynd kapitalisering[4] er indført med det formål at modvirke vilkårlig udflytning af skattetilsvar fra Danmark til udlandet, ved at danske selskaber optager ikke-markedskonform koncernintern gæld, og derigennem nedbringer skattetilsvaret ved gældsætning, som ikke kunne have fundet sted mellem uafhængige parter. Senere indførtes renteloftet[5] og EBIT-loftet,[6] der skal hindre, at selskaber reducerer skattebetalingen til Danmark ved at placere renteudgifter m.v. i Danmark, selvom disse ikke medgår til skabelsen af skattepligtig indkomst.

Rentefradragsbegrænsningsreglerne er særdeles komplicerede. ligesom at retstilstanden er uklar, hvilket medfører at selskaber skal agere i et *skatteklima* med en høj grad af usikkerhed. Emnet for denne afhandling er netop en analyse af værnsreguleringen i SEL §§ 11, 11B og 11C i bred forstand gennem en retsdogmatisk fremstilling.

1.2 Emnebeskrivelse

Emnet for denne afhandling er rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C.

Der tages udgangspunkt i selskabsfinansieringens betydning for indkomstopgørelsen. Fremmedkapital (gæld) betragtes ikke som selskabets egen ressource, og renteudgifter m.v. fradrages i den skat-

[1] Se *Skatteministeriet* (2007, 2. april).
[2] Se *Skatteministeriet* (2007, 30. marts).
[3] Begrebet *selvbetjene* anvendes i de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007. Det følger heraf, at: *"Regeringen finder, at det ikke er en holdbar situation, at sådanne selskaber via ændrede finansieringsstrukturer er i stand til at selvbetjene sig til ikke at betale dansk skat…"*
[4] SEL § 11.
[5] SEL § 11B.
[6] SEL § 11C.

tepligtige indkomst.[7] Modsat anses egenkapitalen som selskabets "egen ressource", og der er ikke knyttet en fradragsret til eksempelvis udbytteudlodninger. Det skal samtidigt fra et investorsynspunkt anføres, at rentebetalinger m.v. indgår i den skattepligtige indkomst hos investor[8], mens udbytte ofte kan modtages skattefrit.[9] Selskabsfinansieringen er derfor af væsentlig betydning for, om indkomsten beskattes på selskabsniveau eller investorniveau, da rentefradraget m.v. ved gældsfinansiering flytter beskatningen fra selskabsniveau til investorniveau.[10]

Derved er beskatningen på selskabsniveau kontra investorniveau afgørende for de skattemæssige incitamenter ved valget mellem egen- og fremmedkapital. En lavere beskatning af investor, eksempelvis ved en investor, der ikke er hjemmehørende i Danmark, skaber incitament til en højere gældsandel på selskabsniveau, og konsekvensen heraf er samtidigt, at indkomst flyttes til beskatning udenfor Danmark.[11] Derved forrykkes skatteyderes adfærd potentielt mod en større gældssætning end det ellers ville være tilfældet, hvorved der samtidigt sker udflytning af skattetilsvar fra Danmark.

En sådan adfærd kan modvirkes ved enten at sigte mod en opnåelse af skattemæssig neutralitet ved finansiering ved henholdsvis egen- og fremmedkapitel eller specifikt mod udnyttelsen af forskelsbehandlingen i særlige situationer. Sidstnævnte løsning er valgt ved rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C.

Regler om tynd kapitalisering i SEL § 11 blev indsat med det formål at modvirke vilkårlig udflytning af skattetilsvar ved, at danske selskaber stifter ikke-markedskonform koncernintern gæld (*uforholdsmæssig gæld*), der ikke kunne forekomme mellem uafhængige parter. Bestemmelsen udgør koncernskærpende regulering, der skal afdække sådanne gældsforhold, hvilket er en særdeles kompliceret og problematisk vurdering.

SEL § 11B blev indført for at sikre, at finansieringsudgifter uden tilknytning til de indkomstskabende aktiviteter ikke fragår i den skattepligtige indkomst, og renteloftet heri fastlægger maksimum for selskabers fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter på baggrund af selskabets aktivmasse. Renteloftet opgøres som den skattemæssige værdi af selskabets aktiver multipliceret med en standardrente. SEL § 11B skal modvirke skattemæssig optimering på tværs af landegrænser, hvor finansieringsudgifter placeres i danske selskaber, mens aktiviteterne er i udlandet, og afkastet herfra ikke

[7] Jf. SL § 6, litra e.
[8] Der anvendes i afhandlingen et bredt investorbegreb. Det omfatter aktionærer og anpartshavere m.v., men også långivere m.v. En investor anses som et selskab, der har stillet kapital til rådighed for et andet selskab.
[9] Jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2 og 3. Se også note 8.
[10] Det anføres i forhold til rentebetalinger i *Hemmingsen* (1987) p. 181, at disse kan betragtes som en overførsel af ubeskattet produktionsresultat fra selskabet til investor, hvorfor rentefradrag og rentebeskatning organisk hører sammen.
[11] Renteindtægter til et ikke-hjemmehørende kreditorselskab medfører kun undtagelsesvis begrænset skattepligt i Danmark efter SEL § 2. stk. 1, litra d. SEL § 2, stk. 1, litra d omfatter kun renter af kontrolleret gæld, der ikke omfattes af rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) samt tilfælde, hvor beskatningen af renteindtægten ikke skal nedsættes eller elimineres efter den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst.

beskattes i Danmark.[12] En løsning, som indeholdt i SEL § 11B, stiller særdeles store krav til opgørelsen af aktivmassen, såfremt der samtidigt skal undgås en skævvridning af sammensætningen af aktivmassen og finansiering heraf. Det er derfor ikke overraskende, at SEL § 11B er særdeles kompliceret, og at fortolkningen heraf giver anledning til vanskeligheder.

SEL § 11C skal ligeledes modvirke, at finansieringsudgifter placeres i danske selskaber, mens det skattepligtige afkast placeres udenfor Danmark.[13] Det følger heraf, at den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter maksimalt kan nedsættes med 80 pct. som følge af nettofinansieringsudgifterne. Det skal sikre sammenhængen mellem indkomstårets finansieringsudgifter og indkomstårets skattepligtige indtægter.

Det er ikke overraskende, at rentefradragsbegrænsningsreglerne blev mødt med kritik fra erhvervslivet og politisk modstand fra oppositionen. Det kom bl.a. til udtryk som *"protektionistiske skatteregler", "enegang"* og *"meget omfattende sæt af komplicerede regler"*.[14] Udformningen af rentefradragsbegrænsningsreglerne kan altid diskuteres, men et lovindgreb var formentlig berettiget. Formålet hermed mødte da også sympati. Det er bl.a. anført, at:

"Den, der blot én gang i sin praktiske karriere har oplevet, hvordan et udenlandsk behersket dansk selskab kan skaffe sig rentefradrag i metermål og derved erodere sin tilsyneladende skatteevne her i landet, må have en naturlig sympati for, at Danmark i lighed med andre stater træffer lovgivningsmæssige foranstaltninger for at imødegå en sådan erosion".[15]

Det er, som opfølgning på den eksisterende litteratur,[16] udviklingen i reguleringen og markedets forandring, relevant med en samlet fremstilling vedrørende SEL §§ 11, 11B og 11C. Det aktualiseres ligeledes af det øgede fokus på rentefradragsbegrænsningsregler i international sammenhæng. Tynd kapitaliseringsregulering behandledes specifik på IFA-kongressen i 1996 i Genève, mens rentefradragsbegrænsningsregler mere generelt behandledes i 2008 på IFA-kongressen i Bruxelles.[17] I 2008 foretoges ligeledes i International Transfer Pricing Journal en komparativ analyse af rentefradragsbe-

[12] Gældsfinansiering kan optages hos aktionæren, hvor fradragsværdi potentielt er størst, selvom den reelle værdiskabelse og beskatning sker ved driftsaktiviteten i datterselskabet. Derved spekuleres i, hvor værdien af fradraget er størst. Se også de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007.
[13] Ibid.
[14] Se *Carlsberg* (2007, 15. februar), bilag 29 til L 213 2006-2007, *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234, samt mere generelt *Knöller* i Intertax 2011, vol. 39 (6/7), p. 317 ff.
[15] Se *Vinther og Werlauff* i SU 2003, 354.
[16] Se *Bundgaard* (2000), *Bundgaard og Wittendorff* (2001) samt *Andersen* (2010). Se også bl.a. *Amby* i SPO 1998, 270, *Hansen* i TfS 1998, 569, *Hansen* i SU 1999, 6, *Josephsen* i SU 1999, 7, *Bundgaard og Wittendorff* i TfS 1999, 36, *Hansen* i SR-Skat 1999, 42, *Bundgaard* i SR-Skat 2000, 228, *Hansen* i SU 2000, 55, *Bundgaard* i SR-Skat 2001, 83, *Føgh og Hansen* i SU 2002, 335, *Andersen* i SPO 2007, 247, *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234, *Rasmussen* i SR-Skat 2007, 340, *Jensen* i UfS 2008, 2585, *Jensen* i Revision og Regnskabsvæsen 2008, nr. 6, p. 52 ff., *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557, *Hansen* i TfS 2010, 564 samt *Bundgaard og Tell* i TfS 2011, 104.
[17] Se *International Fiscal Association* (1996) og *International Fiscal Association* (2008).

grænsningsreglerne i 35 udvalgte lande.[18] Hertil kommer den løbende udgivelse af artikler m.v. vedrørende rentefradragsbegrænsningsregler.[19]

Der er tilsvarende både i dansk og international litteratur foretaget analyser af EU-retlige aspekter af rentefradragsbegrænsningsreglerne.[20] Det gælder både i forhold til den primære og sekundære EU-ret.[21] Der synes ikke heri at være enighed om den EU-retlige konformitet af SEL § 11,[22] mens den EU-retlige konformitet af SEL §§ 11B og 11C kun i begrænset omfang synes belyst i den skatteretlige litteratur.[23]

1.3 Afhandlingens formål

Rentefradragsbegrænsningsreglerne har medført en ny kompliceret retstilstand for multinationale selskaber i Danmark. For at disse rentefradragsbegrænsningsregler kan bidrage til en mere robust og konkurrencedygtig selskabsbeskatning,[24] må det som minimum forudsættes, at retstilstanden er forudsigelig.

[18] Se International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6).

[19] Se bl.a. *Nielsen* i SU 2007, 143, *Pørksen* i SU 2007, 340, *Paisen* i SU 2008, 129, *Carron og Couder* i SU 2008, 268, *Ferraz og Tomazela* i SU 2009, 1, *Schömer* i SU 2009, 279, *Mikkelsen* i SU 2009, 337, *Nørremark* i SU 2010, 69 og *Bersen og Haffner* i SU 2011, 224. Se herudover bl.a. *Sarfati* i Derivatives & Financial Instruments 2004, vol. 6 (4), p. 200 ff., *Roose og Mizutani* i Asia-Pacific Tax Bulletin 2005, vol. 11 (5), p. 406 ff., *Bombeke og Frenckell* i Derivatives & Financial Instruments 2006, vol. 8 (4), p. 167 ff., *Smit og Smith* i European Taxation 2007, vol. 45 (9), p.417 ff., *Câmara* i International Transfer Pricing Journal 2007, vol. 14 (2), p. 119 ff., *Haelterman og Vertraete* i Bulletin for International Taxation 2008, vol. 62 (8), p. 362 ff., *Joseph* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (1), p. 15 ff., *Flore* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (5), p. 210 ff., *Hartmann* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (6), p. 234 ff., *Douvier og Lordkipanidze* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (3), p. 136 ff., *Galeano og Rhode* i Intertax 2008, vol. 36 (6/7), p. 292 ff., *Herzig et al.* i Intertax 2008, vol. 36 (12), p. 577 ff., *Rossi* i Tax Notes International 2008, vol. 49 (4), p. 1 ff., *Conway og Pantaleo* i Bulletin for International Taxation 2009, vol. 63 (8), p. 338 ff., *Boidman og Kandev* i Bulletin for International Taxation 2009, vol. 63 (8), p. 363 ff., *Saparoea* i European Taxation 2009, vol. 49 (1), p. 3 ff., *Brocke og Perez* i International Transfer Pricing Journal 2009, vol. 16 (1), p. 29 ff., *Ferrari og Lombardi* i International Transfer Pricing Journal 2009, vol. 16 (1), p. 51 ff., *Dib* i Bulletin for International Taxation 2010, vol. 64 (6), p. 336 ff., *Gangemi* i Bulletin for International Taxation 2010, vol. 64 (7/8), p. 450 ff., *Marciniak-Granotier* i Derivatives & Financial Instruments 2009, vol. 11 (5), p. 148 ff., *Carramashi* i Derivatives & Financial Instruments 2010, vol. 12 (6), p. 187 ff., *Bruk* i European Taxation 2010, vol. 50 (11), p. 506 ff., *Webber* i Tax Notes International 2010, vol. 60 (9), p. 682 ff. samt *Knöller* i Intertax 2011, vol. 39 (6/7), p. 317 ff. Se også *Müller* (2009) og *Vanhaut* (2008).

[20] Se bl.a. *Vinther og Werlauff* i SU 2003, 1, *Bundgaard og Stokholm* i SU 2003, 2, *Hansen og Vinther* i SR-Skat 2004, 224 og *Hansen* i TfS 2005, 153. Se i international sammenhæng bl.a. *Thömmes* i Der Betrieb 2002, heft 46, p. 2397 ff., *Cordewener* i European Taxation 2003, vol. 43 (4), p. 102 ff., *Gutmann og Hinnekens* i EC Tax Review 2003, vol. 12 (2), p. 90 ff., *Körner* i Intertax 2003, vol. 31 (4), p. 162 ff., *Bergmann* i Svensk Skattetidning 2003, p. 76 ff., *Mutén* i Svensk Skattetidning 2003, p. 78 ff., *Aramini* i Derivatives & Financial Instruments 2004, vol. 6 (3), p. 127 ff. samt *Nakhai og Mueller* i Intertax 2010, vol. 38 (6/7), p. 386 ff.,

[21] Se *Weber* i EC Tax Review 2000, vol. 9 (1), p. 15 ff. vedrørende rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF).

[22] Se *Rønfeldt* (2010) samt *Vinther og Werlauff* i SU 2003, 354, *Bundgaard* i SU 2004, 207, *Vinther og Werlauff* i TfS 2004, 242, *Loft* i SU 2008, 83 samt *Bundgaard og Tell* i TfS 2011, 104.

[23] Se *Rønfeldt* (2010) og samme i SU 2009, 338.

[24] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007, hvoraf det følger at: *"Formålet med forslaget er at tilpasse reglerne for selskabsbeskatning med henblik på at gøre dem robuste og konkurrencedygtige også i de kommende år."*

I fortsættelse heraf er formålet med denne retsvidenskabelige afhandling at skabe en samlet fremstilling vedrørende rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C. Der inddrages heri 3 hovedområder:

1. Behovet for rentefradragsbegrænsningsregler
2. Rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C
3. Alternative løsningsmodeller

Det primære formål er en retsdogmatisk analyse af SEL §§ 11, 11B og 11C (de lege lata), hvilke skal modvirke ikke-markedskonform gældssætning samt finansieringsudgifter, der ikke medgår til skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark. Der foretages en analyse og vurdering af betingelserne heri, og derved rækkevidden af rentefradragsbegrænsningsreglerne. Der indgår endvidere i den retsdogmatiske analyse en vurdering af den EU-retlige konformitet heraf, herunder etableringsfriheden i art. 49 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) samt rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF).

Det sekundære formål er todelt. Det indeholder først og fremmest en analyse og vurdering af det grundlæggende skattemæssige behov for rentefradragsbegrænsningsregler. Heri indgår en analyse af den grundlæggende skattemæssige betydning af selskabsfinansieringen for indkomstopgørelsen, dvs. finansiering ved henholdsvis egen- og fremmedkapital. Det udgør det grundlæggende fundament for behovet for SEL §§ 11, 11B og 11C. Slutteligt indeholdes i det sekundære formål en analyse og vurdering af alternative løsningsmodeller. Der tages heri udgangspunkt i regulering, der kan sikre skattemæssig neutralitet i valget mellem egen- og fremmedkapital samt alternative værnsregler, der kan værne mod udflytning af skattetilsvar ved gældssætning.[25]

1.4 Teoretiske og metodiske overvejelser

Det retsteoretiske grundlag udgør skandinaviske realisme, og særligt prognoseteorien.[26] Der anlægges en anskuelse af gældende ret, som hvad den højeste retsanvendende myndighed ville nå frem til ved en korrekt metodeanvendelse og fortolkning af retskilderne.[27] Afhandlingen indeholder ikke en afdækning af, hvilke kriterier den højeste retsanvendende myndighed bør lægge til grund, men er derimod normativt baseret på, hvilke kriterier den højeste retsanvendende myndighed må forventes at lægge til grund, bl.a. på baggrund af tidligere praksis.[28] Det er en beskrivelse af retten, som den er.[29]

[25] *Lando* (2009) anfører, at retssammenligninger giver ideer, hvorfor regulering fra andre lande inddrages. Det er dog ikke formålet at foretage en egentlig komparativ analyse, da formålet er sekundært.
[26] Se *Ross* (1953), *Evald og Schaumburg-Müller* (2004), p. 58 ff., *Rendtorff* (2006), p. 15 ff., *Nielsen og Tvarnø* (2011), p. 379 ff. samt *Olsen og Viskum* (2011), p. 273 ff.
[27] Derved forudsættes en effektiv retshåndhævelse ved domstolene, se hertil *Ross* (1953), p. 41 ff. Det anføres i øvrigt i *Rendtorff* (2006), p. 18, at: *"Retsregler eksisterer kun på papir eller i den menneskelige bevidsthed. Når dette er tilfældet, er der ikke længere andet tilbage for den juridiske forsker end at forudsige dommeradfærd."* Det videnskabelige fundament er, at disse postulater kan verificeres eller falsificeres ved en empirisk prøvelse.
[28] Hidtidig praksis er udelukkende relevant, såfremt det må forventes at denne følges fremadrettet.
[29] Se *Evald og Schaumburg-Müller* (2004), p. 212 ff., *Nielsen og Tvarnø* (2011), p. 31 ff. og 209 ff. samt *Olsen og Viskum* (2011), p. 273 ff.

Der foretages i afhandlingen en retsdogmatisk analyse af retskilderne.[30] Retskilderne udgør i forhold til selskabsskatteretten et større antal love, afgørelser, meddelelser og vejledninger m.v. Heri findes også retskilderne af betydning for beskatningen af det udstedende selskab og investor.

Den subjektive skattepligt reguleres udelukkende i selskabsskatteloven, mens den objektive skattepligt reguleres i både statsskatte-, selskabsskatte-, aktieavancebeskatnings- og kursgevinstloven. Fradragsretten for finansieringsudgifter følger primært af statsskatteloven og kursgevinstloven, mens disse potentielt begrænses af selskabsskattelovens §§ 11, 11B og 11C, der udgør emnet for denne afhandling. Mere konkret indførtes SEL § 11 ved lov nr. 432 af 26. juni 1998 og er efterfølgende ændret ved lov nr. 1026 af 23. december 1998, lov nr. 211 af 31. marts 2004 samt lov nr. 308 af 19. april 2006.[31] SEL § 11B indføres ved lov nr. 540 af 6. juni 2007, og er senere ændret ved lov nr. 98 af 10. februar 2009, lov nr. 525 af 12. juni 2009 samt lov nr. 254 af 30. marts 2011.[32] SEL § 11C indførtes ligeledes ved lov nr. 540 af 6. juni 2007 og ændredes ved lov nr. 98 af 10. februar 2009.[33]

Domspraksis er relativt beskedent i forhold til rentefradragsbegrænsningsreglerne, dog findes generelle afgørelser af betydning for bl.a. værdiansættelsen samt mere specifikke afgørelser i forhold til SEL § 11, herunder SKM2011.15.HR. Disse afgørelser er bindende for både myndighederne og skatteyderen, og et udtryk for gældende ret, såfremt domstolene kan forventes at nå samme resultat i hypotetiske fremtidige afgørelser med samme faktum.

Der foreligger herudover et større antal sager fra administrativ praksis. Konkret kan bl.a. nævnes SKM2005.145.LR, SKM2007.817.SR, SKM2008.171.SR, SKM2008.917.SR, SKM2010.8.SR samt SKM2010.270.LSR. Der består en særlig polycentri i skatteretten, grundet de såkaldte myndighedsspecifikke retskilder.[34] Myndighedsafgørelser er udelukkende bindende for myndighederne, og ikke for skatteyderen, hvorved myndigheder, der er placeret forskellige steder i myndighedsorganisationen påvirkes forskelligt af de enkelte retskilder.[35] Det gælder eksempelvis i forhold til myndighedsafgørelser fra Skat, Skatterådet og Landsskatteretten.[36] Alligevel er disse ikke uden generel betydning, da disse ofte også tillægges betydning i forhold til andre skatteydere, bl.a. grundet det forvaltningsretlige lighedsprincip.[37]

Ligeledes skal tjenestebefalinger fremhæves, herunder Ligningsvejledningen, SKAT-meddelelser og vejledninger fra SKAT. Disse er et udtryk for myndighedernes opfattelse af gældende ret og er bindende herfor, medmindre at indholdet heraf klart ikke er i overensstemmelse med højere rangerende retskilder.[38] Disse er derimod ikke bindende for skatteyderen. Det gælder bl.a. også i forhold til

[30] Som defineret i *Ross* (1953). p. 90 ff.
[31] Se nærmere herom i bilag 1.
[32] Se nærmere herom i bilag 2.
[33] Se nærmere herom i bilag 3.
[34] Se *Zahle* (1986), p. 752 ff., *Pedersen* (2009a), p. 102 samt *Michelsen* i SR-Skat 1996, 183.
[35] Se mere herom i *Michelsen* i SR-Skat 1996, 183, hvor det i forhold til bindende forhåndsbesked fremhæves at disse ikke er bindende for skatteyderen, og slet ikke bindende for andre skatteydere.
[36] Se eksempelvis *Pedersen* (2009a), p. 102 samt *Michelsen* i SR-Skat 1996, 183.
[37] Det illustreres af *Michelsen* i SR-Skat 1996, 183, hvorledes at skatteyderen kan støtte ret på Ligningsvejledningen, dog ikke hvis denne er åbenbart i strid med eksempelvis en lovbestemmelse.
[38] Se *Michelsen et al.* (2011), p. 111 ff.

SKM2008.240.DEP, hvori Skatteministeriet er fremkommet med en efterfølgende myndighedsudtalelse vedrørende fortolkningen af SEL §§ 11B og 11C.[39]

Retskilderne har dog ikke udelukkende rent national karakter, men findes ligeledes i en mere international dimension, bl.a. den primære og sekundære EU-ret. Der følger af art. 49 og 54 TEUF et forbud mod restriktioner, som hindrer selskaber i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, og ligeledes et forbud mod at hindre selskaber fra andre medlemsstater i at etablere sig på medlemsstatens område.[40] Ligeledes er kildestatens beskatningsret elimineret ved koncerninterne rentebetalinger indenfor EU efter rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF), ligesom at visse udbytteudlodninger indenfor EU, hverken kan beskattes i kildestaten eller domicilstaten efter moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF). Disse har forrang ved en regelkonflikt med rent nationale retskilder,[41] hvilket er særdeles aktuelt i forhold til dele af SEL §§ 11, 11B og 11C.[42]

Hertil kommer desuden praksis fra EU-Domstolen. EU-Domstolens afgørelser er særdeles relevante i forhold til regelkonflikter og herigennem retstilstanden vedrørende rentefradragsbegrænsningsreglerne. Det gælder særligt i forhold til art. 49 TEUF og rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF). EU-Domstolen kan dog kun udtale sig om EU-retten,[43] hvorved den endelige afgørelse af en regelkonflikt med national lovgivning foretages af de nationale domstole.[44] EU-Domstolen kan i øvrigt indhente forslag til afgørelse fra generaladvokaterne, som er tilknyttet EU-Domstolen. Disse fungerer udelukkende som vejledning for EU-Domstolen og er derved ikke bindende for EU-Domstolen m.v.[45] Disse forslag til afgørelser udgør derved ikke i sig selv retskilder, men kan udgøre fortolkningsbidrag.

Gældende ret fastlægges ved fortolkning af retskilderne. Heri inddrages bestemmelsens ordlyd, kontekst, formål, retssystemet som helhed og rettens udviklingstrin på fortolkningstidspunktet.[46] Der tages udgangspunkt i bestemmelsens ordlyd.[47] Bestemmelsens ordlyd udgør lovgivers direkte kommunikation til offentligheden, men det erkendes samtidig, at ordlyden sjældent alene kan fastlægge en retlig teksts indhold, da ord ofte har forskellige betydninger i forskellige sammenhænge.[48] Derved inddrages i fortolkningen bl.a. lovforarbejder og retslitteratur[49] m.v., og der henses til, hvad lovgiver fornuftigt kan have ment, herunder i forhold til formål, og hvad modtageren rimeligt kunne forvente

[39] Se også *Munch* i TfS 2011, 587, hvori det anføres at efterfølgende myndighedsudtalelser bør læses med kritiske øjne.
[40] Art. 49 TEUF indeholder både et diskriminationsforbud og et restriktionsforbud.
[41] Se *Nielsen og Tvarnø* (2011), p. 138 ff.
[42] Se mere herom i kapitel 6.
[43] Jf. art. 19 TEUF.
[44] Se *Nielsen og Tvarnø* (2011), p. 227.
[45] Jf. art. 252 TEUF, hvorved det fremgår at disse kun udgør forslag. Se også *Terkilsen* (2010), p. 25.
[46] Se *Nielsen og Tvarnø* (2011), p. 208.
[47] Se eksempelvis, *Nielsen* (1965), p. 34, *Garde* (2009), p. 155 ff. *Pedersen* (2009b), p. 127 ff. og *Michelsen* et al. (2011), p. 99 ff.
[48] Se *Nielsen og Tvarnø* (2011), p. 209 samt *Ross* (1953), p. 132 ff.
[49] Se *Blume* (2009), p. 68 ff., hvoraf det fremgår at retsvidenskabelig litteratur rent faktisk er af retskildemæssig betydning.

at forstå.[50] Der henses ydermere til helheden og sammenhængen,[51] dog således at semantikken fortsat udgør den yderste grænse for fortolkningen.[52]

EU-Domstolens fortolkningsstil følger overordnet samme tilgang. Det skal dog bemærkes, at EU-Domstolen har anlagt en såkaldt dynamisk, kreativ og integrationsfremmende fortolkningsstil, hvorved en fortolkning i forhold til sammenhæng og målsætning i høj grad afhænger af EU-rettens udviklingstrin på fortolkningstidspunktet.[53] Denne dynamik skal særligt haves for øje i forhold til den retskildemæssige værdi af tidligere afgørelser fra EU-Domstolen.

Sammenlagt udmøntes dette i en retsdogmatisk fortolkning af retskilderne i forhold til SEL §§ 11, 11B og 11C i overensstemmelse med afhandlingens formål.

1.5 Afgrænsninger

Afhandlingens overordnede emne udgør selskabsfinansieringen. Selskabsfinansieringen kan utvivlsomt belyses fra andre retsvidenskabelige discipliner, men forfølges ikke nærmere i denne afhandling, da der er tale om en skatteretlig retsdogmatisk afhandling med det formål at afdække retstilstanden efter dansk materiel ret. Emnet afgrænses overordnet til selskabsskatteretten og selskabsfinansieringen[54] med fokus på rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C, dog således at enkelte finansieringsteoretiske overvejelser inddrages i kapitel 2.

Den skatteretlige behandling af egen- og fremmedkapital analyseres indledningsvist i kapitel 2, men der foretages ikke en retspolitisk analyse af, hvorvidt rentebetalinger m.v. og udbytteudlodninger m.v. bør være henholdsvis skattepligtige og/eller fradragsberettigede. Det udgør et selvstændigt emne, der falder udenfor formålet med denne afhandling.[55] Det udgør dog fundamentet for rentefradragsbegrænsningsreglerne, hvorfor den skattemæssige forskelsbehandling af egen- og fremmedkapital problematiseres i kapitel 2 og inddrages i forbindelse med alternative løsningsmodeller i kapitel 7.

Der foretages ingen nærmere afgrænsning af finansieringsformerne, eksempelvis hybride finansieringsformer, eller en analyse af de selvstændige kvalifikationsproblemstillinger der udspringer herfra. Afhandlingen baseres på den overordnede kvalifikation af finansieringen som enten egen- eller fremmedkapital.[56] Finansieringsudgifter kan ligeledes forekomme i et utal af former. Der tages udgangspunkt i renteudgifter og kurstab, som de primære finansielle udgifter, mens de konkrete finansieringsudgifter i forhold til SEL §§ 11, 11B og 11C behandles nærmere i kapitel 3, 4 og 5.[57] Det følger ligeledes, at periodiseringsspørgsmål vedrørende indtægter og udgifter, afskrivningsregler, rette

[50] Se *Nielsen og Tvarnø* (2011), p. 207 ff., og i en mere skatteretlig sammenhæng *Kellgren* (1997), p. 88 ff.
[51] Se *Ross* (1953), p. 132 ff.
[52] Der skal samtidigt henses til legalitetskravet i GRL § 43, hvorefter ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov.
[53] Se *Neergaard og Nielsen* (2010), p. 114 ff. og *Nielsen og Tvarnø* (2011), p. 207. EU-Domstolen skal sikre, at EU-retten overholdes, fortolkes og anvendes på samme måde i hele EU.
[54] Der tages således udgangspunkt i en finansieringsbeslutning mellem to kapitalselskaber.
[55] Se hertil *Ross* (1953), p. 61 ff., hvori der skarpt sondres mellem retsdogmatik og retspolitik.
[56] Se i stedet *Bundgaard* i SU 2006, 391, samme i TfS 2007, 237 samt *Bundgaard og Dyppel* i TfS 2009, 480.
[57] Se *Jeppesen* i SPO 2007, 331 for mere generelt om finansieringsudgifter.

udgiftsbærer m.v., udgør underlæggende forhold, som kun behandles i forhold til rentefradragsbegrænsningsreglerne, hvor dette er fundet nødvendigt.

Rentefradragsbegrænsningsreglerne behandles primært i et nationalt perspektiv i overensstemmelse med afhandlingens formål. Udenlandsk ret analyseres på et overordnet niveau uden at teknikaliteter inddrages, og anvendes som perspektivering af den danske regulering, herunder i forhold til alternative løsningsmodeller, i overensstemmelse med afhandlingens formål.[58]

I afhandlingen berøres derved fire dimensioner i den internationale skatteret; dels intern national skatteret, dels dobbeltbeskatningsoverenskomster (folkeret), dels EU-skatteret og dels fremmed ret.[59] Hovedvægten er lagt på intern national skatteret og EU-skatteretten, mens dobbeltbeskatningsoverenskomst og fremmed ret udelukkende inddrages, som fundament for behovet for rentefradragsbegrænsningsregler samt ved en afdækning af alternative løsningsmodeller. Det skal eksplicit anføres, at eventuel *treaty overriding* ikke behandles i afhandlingen. En sådan diskussion må henføres til de konkrete dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Der er ikke medtaget materiale fremkommet efter den 18. december 2011.

1.6 Disposition

Afhandlingen er opbygget i 8 kapitler.

Værnsregulering må forstås i lyset af eksisterende regulering, og hvad disse skal værne mod, hvorfor dette indledningsvis behandles i kapital 2. Heri foretages en overordnet gennemgang af betydningen for indkomstopgørelsen ved valg af henholdsvis egen- eller fremmedkapitel. Det udgør en redegørelse for fundamentet for rentefradragsbegrænsningsreglerne, der også afslutningsvis kort anskues ved mere finansieringsteoretiske overvejelser.

Der foretages i kapital 3 en analyse af SEL § 11, der grundlæggende skal hindre, at danske selskaber stifter ikke-markedskonform koncernintern gæld, som led i udflytning af skattetilsvar. I kapitlet udredes gældende ret, herunder den komplicerede afdækning af uforholdsmæssig gæld og opgørelsen af de berørte rentebetalinger m.v.

I kapitel 4 foretages en analyse af SEL § 11B. Formålet med SEL § 11B er at sikre sammenhængen mellem fradragsberettigede finansieringsudgifter og aktiver, der skaber skattepligtig indkomst, hvorfor der opgøres et finansieringsbehov ud fra værdien af selskabets aktiver multipliceret med en standardrente. Det udgør renteloftet. Der foretages derved en kompliceret opgørelse af aktivmassen og de omfattede nettofinansieringsudgifter, og i kapitlet udredes gældende ret herved.

EBIT-reglen i SEL § 11C analyseres i kapitel 5. SEL § 11C medfører, at den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter (EBIT) maksimalt kan nedsættes med 80 pct., som følge af nettofinansie-

[58] I *Lando* (2009), p. 188 anser retssammenligninger for at give ideer, hvorfor regulering i andre lande inddrages. Der foretages dog ikke en egentlig komparativ analyse.
[59] Den internationale skatteret angives normalt til at have tre dimensioner, men fremmed ret nævnes som en potentiel fjerde dimension, se *Michelsen* (2003), p. 20. Se også *Winther-Sørensen* (2009a), p. 25.

ringsudgifterne, hvorved der etableres et EBIT-loft. Det skal sikre sammenhængen mellem finansieringsudgifterne og indkomstårets skattepligtige indtægter.

Kapitel 6 indeholder en analyse af den EU-retligt konformitet af delelementer i rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C. Det indeholder en analyse i forhold til Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) samt rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF). En sådan analyse er en væsentlig del af udledningen af gældende ret vedrørende rentefradragsbegrænsningsreglerne.

Afhandlingens emne udgør rentefradragsbegrænsningsreglerne, der har til formål at modvirke vilkårlig udflytning af skatteprovenu. Problemstillingen er ikke indskrænket til Danmark, og opleves i et utal af lande. Derfor behandles slutteligt i kapitel 7 alternative løsningsmodeller med udgangspunkt i den grundlæggende skattemæssige forskelsbehandling i selskabsfinansieringen samt regulering i andre lande. Heri indgår desuden Europa-Kommissionens direktivforslag af 16. marts 2011 vedrørende CCCTB-skattesystemet.

Kapitel 8 udgør afhandlingens sammenfatning.

Kapitel 2 Selskabsfinansieringen og selskabsbeskatningen

2.1 Indledning

Formålet med dette kapitel er en belysning af behovet for rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C, hvilket sker i lyset af selskabsfinansieringens betydning for indkomstopgørelsen. I skattemæssig henseende består finansieringen af egen- og fremmedkapital, og afkastet herfra påvirker indkomstopgørelsen forskelligt. Skatteministeren har udtalt, at det alt andet lige generelt er samfundsøkonomisk fordelagtigt, at skattesystemet i mindst mulig grad påvirker investors valg af finansieringsform.[60] Dette kapitel viser dog, at der består en grundlæggende uensartet skattemæssig behandling af egen- og fremmedkapital, der kan forvride selskabers finansiering, hvilket skaber behovet for rentefradragsbegrænsningsreglerne. Det vises, at beskatningen på selskabsniveau og investorniveau er afgørende for det skattemæssige incitament til at anvende gældsfinansiering frem for finansiering ved egenkapital. Incitamentet til en høj gældsandel vil typisk forekomme ved en ikke-hjemmehørende investor, hvorved der sker udflytning og tab af skatteprovenu. Det vises samtidig at den skattemæssige værdiskabelse ikke skal overvurderes, ligesom at valget mellem egen- og fremmedkapital ikke udelukkende foretages på baggrund af skattemæssige overvejelser. Kort sagt illustreres det, at problemstillingen relativt let lader sig forstå, men ikke lader sig løse med samme lethed.[61]

2.2 Valget mellem egenkapital og fremmedkapital

Et selskab indeholder investeringer (aktiver) og finansiering heraf (passiver), hvor sidstnævnte opdeles i egen- og fremmedkapital. Fremmedkapital betragtes generelt som en ressource, der ikke tilhører selskabet, mens egenkapital betragtes som selskabets egen ressource. Der sondres derved mellem en fordrings- og ejendomsret hos investor.[62]

I det følgende gives en kort beskrivelse af henholdsvis egen- og fremmedkapital og den skattemæssige behandling af afkastet ved disse finansieringsformer. Der gives et overblik over både den skattemæssige behandling af det udstedende selskab og investoren.

2.2.1 Egenkapital

Begrebet egenkapital er ikke et generelt skatteretligt begreb, og henføres overordnet til regnskabsretten, hvorefter selskabets egenkapital udgør den kapital, som ejerne stiller til rådighed for virksomhedens investeringer.[63] Dette begrebsindhold genfindes tillige i konkrete skatteretlige

[60] Se svar på spørgsmål 207 og 224 i bilag 8 til L 213 2006-2007.
[61] Se kapitel 7 for alternative løsningsmodeller.
[62] Investorbegrebet anvendes i bred forstand. Der tages udgangspunkt i en situation med et investorselskab og et driftsselskab, hvorefter driftsselskabet finansieres med kapital fra investorselskabet. Driftsselskabet kan finansieres ved enten egen- eller fremmedkapital. Investorbegrebet anvendes i bred forstand for at afdække betydningen af den forskellige skatteretlige behandling ved driftsselskabets finansiering med kapital fra investorselskabet, og både aktionærer m.v. og långivere anses i denne afhandling som investorer. De økonomiske realiteter heraf er ikke nødvendigvis forskellige, men den retlige status og behandling er vidt forskellig.
[63] Se *Bundgaard* (2006), p. 903 ff. Det konkluderes heri, at der ikke synes behov for en generel skatteretlig definition af egenkapital.

sammenhænge.[64] Kendetegnende for egenkapital er, at investoren ikke har et retligt krav på tilbagebetaling af indskuddet eller et retligt krav på opnåelse af afkast af indskuddet, men opnår ejerandel og medbestemmelse i selskabet.[65] Det foretagne indskud er en endelig ressourceoverdragelse fra et selvstændigt skattesubjekt til et andet selvstændigt skattesubjekt, dvs. fra investoren til selskabet. Der eksisterer en forventning om afkast, men ikke et retligt krav herpå. Afkastet er driftsafhængigt og indeholder i princippet en uendelig *upside*, mens tabet er begrænset til investorens indskud.[66]

2.2.1.1 Afkast fra egenkapitalen

Afkast fra egenkapital kan opdeles i udbytte og aktieavancer. Udbytte udspringer af den løbende indkomst (SL § 4), mens aktieavancer vedrører indkomstgrundlaget (SL § 5 og ABL). Udbytteudlodninger m.v. udgør en udbetaling fra selskabets aktiver, mens en kapitalgevinst udtrykker værdiforøgelsen af selskabets aktiver, og det genspejles i værdien af aktionærens ejerandel.

Udbytte udgør enhver økonomisk fordel, der tilfalder aktionæren i kraft af sit ejerskab.[67] Det inkluderer alt, hvad der af selskabet udloddes til aktuelle aktionærer m.v.[68] Hertil kommer maskerede udlodninger, hvor udbyttet optræder i anden (maskeret) retlig form, hvorved aktionæren opnår en økonomisk fordel i kraft af sin aktionærindflydelse.

Udbytte medgår som hovedregel i opgørelsen af den skattepligtige indkomst.[69] Selskaber[70] hjemmehørende i Danmark kan dog modtage skattefrit udbytte,[71] hvor dette hidrører fra datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier eller egne aktier. Datterselskabsaktier udgør aktier m.v., der ejes af et selskab, som ejer mindst 10 pct. af kapitalen i datterselskabet.[72] Ved koncernselskabsaktier forstås akti-

[64] Egenkapital defineres konkret i SEL § 11, stk. 3 i forhold til SEL § 11. Egenkapitalen opgøres herefter, som værdien af aktiverne opgjort til handelsværdien fratrukket værdien af gælden. Det synes begrebsmæssigt i overensstemmelse med det regnskabsretlige begreb, dog således at eksempelvis værdiansættelsen er forskellig. Se mere om SEL § 11, stk. 3 i kapitel 3, afsnit 3.7.3 og 3.7.4.

[65] Se *Bundgaard* (2000), p. 164 og *Bundgaard* (2006), p. 903 ff.

[66] Ved overskudsafhængige lån er afkastet tillige helt eller delvist driftsafhængigt. Se mere herom i *Bundgaard og Dyppel* i TfS 2009, 480

[67] Tilsvarende gælder det, at afstår en aktionær m.v. aktier, andelsbeviser eller lignende værdipapirer til det udstedende selskab, medregnes afståelsessummen i opgørelsen af den skattepligtige indkomst jf. LL § 16B, stk. 1. LL § 16B, stk. 2-6 undtager visse afståelse fra beskatning af afståelsessummen, og undergives i stedet en behandling efter aktieavancebeskatningsloven. Se mere herom i *Kerzel* (2000).

[68] Jf. LL § 16A, stk. 2.

[69] Jf. SL § 4, litra e og LL §§ 16A.

[70] Udbytte kan kun modtages skattefrit af selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2, 2 e, 2 f og 2 h. Det skal bemærkes, at reglerne om mellemholdingselskaber i ABL § 4a, stk. 3 og ABL § 4b, stk. 2 kan medføre, at aktierne anses for ejet af de bagvedliggende selskabsaktionærer og at udbyttet anses for modtaget af de bagvedliggende selskabsaktionærer. Se mere herom af *Nielsen* i SR-Skat 2009, 201, *Dalgas* i SR-Skat 2009, 263, *Lytken og Bjørnholm* i TfS 2010, 288 samt *Bundgaard* i SU 2010, 111.

[71] Jf. SEL § 13, stk. 2, nr. 2. og 3.

[72] Jf. ABL § 4A. Det er en yderligere betingelse af datterselskabet omfattes af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h, 3 a-5 b. Aktier m.v. i udenlandske datterselskaber kan ligeledes klassificeres som datterselskabsaktier, såfremt beskatningen af udbyttet skal nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435(EØF) eller efter den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst.

er m.v., der ikke udgør datterselskabsaktier, og hvor investoren og selskabet sambeskattes efter SEL § 31 eller kan sambeskattes efter SEL § 31A.[73]

Selskaber m.v., der ikke er hjemmehørende i Danmark, er som teoretisk hovedregel begrænset skattepligtige af udbytter fra danske selskaber.[74] Den praktiske hovedregel må dog anføres at være det modsatte, da der skal henses til SEL § 2, stk. 1, litra c, 3.-6. pkt. Det følger heraf, at skattepligten ikke omfatter udbytte fra datter- og koncernselskabsaktier, hvor beskatningen enten skal nedsættes eller frafaldes efter moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF) eller den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst.[75] Moder-/datterselskabsdirektivet friholder udbytte fra beskatning i kildestaten og domicilstaten ved udlodninger fra et datterselskab til et moderselskab, der har en kapitalandel i datterselskabet på mindst 10 pct. Det følger af art. 10 i OECD's Modeloverenskomst, at både domicillandet og kildestaten er tildelt beskatningsretten, men at beskatningen hos kildestaten ikke kan overstige 5 pct. af udbyttet, hvor der ejes mindst 25 pct. af kapitalen, og i alle andre tilfælde 15 pct. Danmark har indgået mere end 80 dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvor størstedelen er baseret på OECD's Modeloverenskomst, hvorfor kildeskat på udbytter kun opkræves i begrænset omfang. Kildeskatten udgør 27 pct.,[76] men nedsættes til 15 pct., hvor der efter international aftale eller administrativ aftale m.v. mellem landenes myndigheder, eksempelvis en dobbeltbeskatningsoverenskomst, skal udveksles oplysninger med de danske myndigheder.[77]

Såfremt selskabets overskud ikke udloddes, vil værditilvæksten, alt andet lige, normalt kunne aflæses i værdien af investorens aktiebeholdning.[78] Formueforøgelser og formuenedgang medgår ikke i udgangspunktet i opgørelsen af den skattepligtige indkomst, men særreguleres i aktieavancebeskatningsloven.[79] Det følger heraf, at gevinst og tab på datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier og egne aktier er skattefri.[80] Gevinst og tab på næringsaktier[81] samt porteføljeaktier[82] medgår i opgørel-

[73] Jf. ABL § 4B.

[74] Jf. SEL § 2, stk. 1, litra c. Der skal dog henses til de særdeles aktuelle beneficial owner-sager vedrørende kildeskat på både udbytter og rentebetalinger. Se eksempelvis SKM2010.729.LSR (TfS 2010, 974), SKM2011.57.LSR (TfS 2011, 277) og SKM2011.485.LSR (TfS 2011, 676). Disse er bl.a. kommenteret af *Bundgaard* i SU 2010, 387, samme i SU 2011, 31, *Wittendorff* i SR-Skat 2010, 212 samt *Engdahl* i SR-Skat 2010, 148.

[75] Det betinges ved koncernselskabsaktier, at det udbyttemodtagende koncernselskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS.

[76] Jf. SEL § 2, stk. 2, 2. pkt.

[77] Det betinges, at det modtagende selskab ejer mindre end 10 pct. af kapitalen i det danske selskab. Såfremt det modtagende selskab ikke er hjemmehørende i en stat indenfor EU/EØS betinges det, at selskabet og koncernforbundne parter (LL § 2) tilsammen ejer mindre end 10 pct. af kapitalen jf. SEL § 2, stk. 2.

[78] Der er foretaget en alt andet lige betragtning, men det må anføres at der ikke nødvendigvis altid er en sådan sammenhæng mellem udlodninger og værdinedgang, se eksempelvis *Ravnkilde* i SU 2010, 321. Det anføres heri, at aktiekursen afgøres af udbud og efterspørgsel, hvilket må tiltrædes. Begge påvirkes af forventninger til fremtiden, herunder de fremtidige pengestrømme, men også de aktuelle værdibeholdninger.

[79] Jf. ABL §§ 1 og 6. Aktieavancebeskatningsloven omfatter selskaber m.v., der er hjemmehørende i Danmark. Aktieavancer udløser ikke begrænset skattepligt ved investorer, der ikke er hjemmehørende i Danmark, jf. SEL § 2 modsætningsvis.

[80] Jf. ABL §§ 8 og 10. Aktieavancebeskatningen og udbyttebeskatningen er i høj grad harmoniseret. Der ses dog den afvigelse at gevinst og tab på næringsaktier medgår i opgørelsen af den skattepligtige indkomst jf. ABL § 17, stk. 1, mens udbytter herfra er skattefri, såfremt betingelserne i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 er opfyldt. Det følger derfor af ABL § 17, stk. 2, at tab på næringsaktier kun fradrages i det omfang, tabet overstiger summen af de

sen af den skattepligtige indkomst og følger lagerprincippet.[83] En ikke-hjemmehørende aktionær m.v. beskattes ikke af eventuelle aktiegevinster i Danmark.[84]

Der kan ikke foretages fradrag i den skattepligtige indkomst hos det udloddende selskab ved udbytteudlodninger m.v. Såfremt det udstedende selskab ikke udlodder udbytte, men i stedet lader overskuddet udmønte sig i en værdiforøgelse, vil dette ej heller have direkte[85] skattemæssige konsekvenser for det udstedende selskab, da intet fradrag udløses. [86] Det vil sige, at afkast fra selskabets aktivmasse alene beskattes på selskabsniveau, uanset om afkastet forbliver i selskabet eller udloddes til investoren.[87]

2.2.2 Fremmedkapital

Fremmedkapital er kendetegnet ved, at långiver (investor) har et retligt krav på tilbagebetaling af den investerede kapital. Begrebet fremmedkapital er synonymt med gældsbegrebet. Det skatteretlige gældsbegreb er kendetegnet ved, at der består en reel retlig forpligtelse, hvorved der hviler en tilbagebetalingsforpligtelse på det udstedende selskab (låntager) samt en udveksling af løfter og ydelser mellem parterne.[88] Et aftalt forfaldstidspunkt eller en forfaldsudløsende begivenhed vidner om investors retlige krav på tilbagebetaling.[89] Opfyldes betalingsforpligtelsen ikke, kan investor indlede retlige skridt mod selskabet. Långivers krav honoreres før eventuel overskydende kapital kan udloddes til selskabets ejere i tilfælde af konkursbehandling eller likvidation.[90]

Ved gældsforhold yder låntager typisk et løbende vederlag i form af renter eller kurstab, som potentielt helt eller delvist er uafhængigt af selskabets performance (overskudsafhængigt) og/eller udviklingen på kapitalmarkedet (variabel rente).

modtagne udbytter af de pågældende aktier, som selskabet m.v. i ejertiden har været fritaget for at medregne ved indkomstopgørelsen.

[81] Jf. ABL § 17.

[82] Jf. ABL § 9. Porteføljeaktier udgør aktier m.v., der ikke kan henføres til førnævnte kategorier.

[83] Jf. ABL § 23, stk. 5. Selskaber kan i visse tilfælde anvende realisationsprincippet ved porteføljeaktier, der ikke er optaget til handel på et reguleret marked jf. ABL § 23, stk. 6.

[84] Jf. modsætningsvis SEL § 2.

[85] Der kan dog opstå en indirekte effekt gennem SEL § 11B ved udlodning af aktiver omfattet af aktivmassen i SEL § 11B, stk. 5 eller 6, hvorved renteloftet nedbringes. Se mere om SEL § 11B i kapitel 4.

[86] I international sammenhæng kan nævnes, at der i Brasilien beregnes et fradrag baseret på udbytteudlodninger, ligesom at der Belgien årligt beregnes en fradragsret på baggrund af egenkapitalen (NID-fradrag). Se mere herom i bilag 4, afsnit 3 og 4. Se også *Russo et al* (2007), p. 107 ff.

[87] Det skal understreges, at det udelukkende omfatter selskabsinvestorer og ikke fysiske personer.

[88] Se *Bundgaard* (2004), p. 906 ff., *Bundgaard* (2009a), p. 378 ff. samt *Michelsen et al.* (2011), p. 531 ff. Der består derved en gensidig bebyrdende aftale af privatretlig karakter.

[89] Lån med uendelig løbetid vil i praksis ofte have indbygget et stigende incitament til indfrielse i form af forøgede renter og/eller forfaldsudløsende begivenheder.

[90] Såfremt der er anvendt kreditretligt instrumenter, så er kravet omfattet KL § 97 og udgør derved et simpelt krav.

2.2.2.1 Afkast fra fremmedkapitalen

Afkast fra fremmedkapitalen kan opdeles i renter og kursgevinster/kurstab.[91] Renter henføres til det løbende afkast (SL § 4 og 6), mens kursgevinster og kurstab henføres til indkomstgrundlaget (SL § 5).

Det skatteretlige rentebegreb blev fastslået i Nakskovhus-dommen.[92] Det følger heraf, at begrebet *rente* skal forstås og anvendes i overensstemmelse med almindelig sprogbrug og ikke udgør den effektive rente.[93] Det skatteretlige rentebegreb anses for at være snævert og indeholder følgende kumulative betingelser:[94]

(i) Er vederlag for rådighed over pengebeløb
(ii) Beror på et retligt grundlag[95]
(iii) Beregnes for en given periode som en bestemt procentdel af det i perioden til enhver tid til rådighed stillede nominelle beløb[96]
(iv) Erlægges eller modtages løbende (periodisk)

Renteindtægter indgår i opgørelsen af den skattepligtige indkomst for selskaber m.v. hjemmehørende i Danmark.[97]

Selskaber m.v., der ikke er hjemmehørende i Danmark, er begrænset skattepligtige af koncerninterne renter.[98] Kildeskatten omfatter renter[99] af gæld til et selskab m.v., der ikke er hjemmehørende i Danmark, hvor parterne indgår i et interessefællesskab efter SKL § 3B. Skattepligten bortfalder dog, såfremt blot én af følgende betingelser er opfyldt:

- Såfremt beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF). Det gælder dog kun, såfremt det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret, som nævnt i direktivet, i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge.
- Såfremt beskatningen af renterne skal frafaldes eller nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor det modtagende selskab m.v. er hjemmehørende. Majoriteten af dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået af

[91] Se mere generelt om finansieringsudgifter *Jeppesen* i SPO 2007, 335.
[92] Se UfR 1942.563H.
[93] Dvs. ikke en betaling beregnet i forhold til kursværdien.
[94] Se *Hemmingsen* (1987), p. 181 ff., *Bundgaard* (2009a), p. 379 samt *Michelsen et al.* (2011), p. 532 ff.
[95] Renter i skatteretlig forstand kan per definition ikke kan forekomme uden et gældsforhold. Se også UfR 1975.788H.
[96] Det betinges, at rentesatsen er aftalt forud for perioden, og at selve rentebeløbet afhænger af restgælden. Det betinges ikke, at der anvendes en fast procentandel, og beregningen kan eksempelvis foretages med en fast eller variabel rente. Se mere herom i *Hemmingsen* (1987), p. 181 ff.
[97] Jf. SL § 4, litra e Visse renteindtægter er gjort skattefrie, hvilket dog primært vedrører renter fra offentlige instanser eller lignende. Se mere herom i *Bundgaard* (2009a), p. 383 ff.
[98] Den begrænsede skattepligt af renter (og kursgevinster) indførtes ved lov nr. 221 af 31. marts 2004, hvorved rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) samtidigt blev implementeret. Paradoksalt nok indførtes derved en rentekildeskat samtidigt med implementeringen af et direktiv, som ophæver rentekildebeskatning.
[99] SEL § 2, stk. 1, litra d omfatter alene renter, som udtrykket sædvanligvis forstås i dansk skatteret (og eksempelvis ikke renter som defineret i EU-retlig sammenhæng). Se bilag 21 til L 119 2003-2004.

Danmark følger OECD's Modeloverenskomst, og kildelandets beskatningsret af renter begrænses i art. 11 til 10 pct. af bruttorentebeløbet.

- Såfremt et dansk moderselskab m.v. selv direkte eller indirekte har bestemmende indflydelse i det modtagende selskab m.v., jf. SEL § 31C, i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken betalingstidspunktet skal ligge.
- Såfremt det modtagende selskab m.v. er under bestemmende indflydelse af et moderselskab m.v., der er hjemmehørende på Færøerne, i Grønland eller en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, og dette selskab m.v. efter reglerne på Færøerne, i Grønland eller denne stat kan undergives CFC-beskatning af renterne, og betingelserne herfor efter disse regler er opfyldt.
- Såfremt det modtagende selskab m.v. godtgør, at den udenlandske selskabsbeskatning af renterne udgør mindst ¾ af den danske selskabsbeskatning samt at renterne ikke betales videre til et andet udenlandsk selskab m.v., som er undergivet en selskabsbeskatning af renterne, der er mindre end ¾ af den danske selskabsbeskatning.

Beskatningen udgør 25 pct. og skal indeholdes ved rentebetalingen.[100]

Afkastet kan tillige udmøntes i en kursgevinst på investors fordring, og derved et kurstab på selskabets gæld.[101] Gevinst og tab på fordringer udgør forskellen mellem anskaffelsessummen (kursværdien på erhvervelsestidspunktet[102]) og afståelsessummen. Gevinst og tab på gæld opgøres som forskellen mellem gældens værdi ved optagelsen af gælden og værdien ved frigørelsen eller indfrielsen.[103]

Selskaber m.v. hjemmehørende i Danmark skal medregne kursgevinster på fordringer ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.[104] Såfremt långiver (investor) ikke er hjemmehørende i Danmark, vil en kursgevinst kun undtagelsesvis udløse begrænset skattepligt. Det følger af SEL § 2, stk. 1, litra h, at kursgevinster på fordringer, der er stiftet på sådanne vilkår, at gælden skal indfries til en forud fastsat overkurs i forhold til værdien på stiftelsestidspunktet, er skattepligtig. Det betinges heri, at låntager omfattes af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a, og at parterne er koncernforbundne efter i SKL § 3B. SEL § 2, stk. 1, litra h anses som en værnsregel mod omgåelse af renteskatten (SEL § 2, stk. 1, litra d) ved en konvertering af rentebetalingerne til kursgevinster ved gældsindfrielse til overkurs. Derfor indgår samme undtagelser, som følger af SEL § 2, stk. 1, litra d.[105] Det følger samtidigt af OECD's Modeloverenskomst, at kun domicillandet er tildelt beskatningsretten efter art. 13. Bestemmelsens an-

[100] Jf. KSL § 65D. Pligten til at indeholde renteskat påhviler selskaber, fonde og foreninger, der har hjemting her i landet.
[101] Kurstab på gæld defineres som en betaling udover hvad der medgår til tilbagebetaling af gælden, som ikke klassificeres som renteudgift. Se *Børjesson et al.* (2004), p. 56, note 3.
[102] Kursværdien på erhvervelsestidspunktet anvendes, medmindre den skattepligtige godtgør at have erhvervet fordringen for et højere beløb.
[103] Jf. KGL § 26. Ved anvendelse af lagerprincippet opgøres gevinst og tab, som forskellen mellem værdien ved indkomstårets begyndelse og værdien ved indkomstårets udløb.
[104] Jf. KGL §§ 2 og 3. Det omfatter ikke gevinst på ikke-indbetalt selskabskapital jf. KGL § 24A.
[105] Se bilag 67 til L 119 2003-2004.

vendelsesområde er derfor relativt begrænset.[106] Der skal i forbindelse med enhver indfrielse af gæld til et selskab m.v., der omfattes af SEL § 2, stk. 1, litra h, indeholdes en kildeskat på 25 pct. af den skattepligtige gevinst.[107]

I forhold til låntager (det udstedende selskab) følger det af SL § 6, litra e, at rentebetalinger kan fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Det følger af kursgevinstloven, at kurstab på gæld tilsvarende er fradragsberettiget, hvilket inkluderer både kurstab på koncernintern gæld og gæld til ikke-uafhængige parter.[108] Da der er fradrag hos låntager for såvel renteudgifter som kurstab, flyttes indkomsten og beskatningen derved fra selskabsniveau (låntager) til investorniveau (långiver). Såfremt långiver ikke er hjemmehørende i Danmark, sker en sådan udflytning uden dansk kildeskat.

2.3 Selskabsfinansieringen og rentefradragsbegrænsningsreglerne

Den skattepligtige indkomst påvirkes af selskabsfinansieringen, da beskatningen kan ske på enten selskabsniveau eller investorniveau.[109] Det illustreres i følgende figur:

Der skal sondres mellem beskatning på selskabsniveau og beskatning på investorniveau. Finansiering ved fremmedkapitel flytter beskatningen fra selskabsniveau til investorniveau, mens finansiering ved egenkapital fastholder beskatningen på selskabsniveau. Det skaber en form for valgfrihed i beskatningen. Afgørende for det skattemæssige incitament til gældsfinansiering frem for finansiering ved egenkapital er beskatningen på henholdsvis selskabs- og investorniveau. Den forskellige beskatning, der muliggøres ved rentefradraget m.v., skaber grobund for skatteplanlægning, herunder ved finansiering fra udenlandske investorer, der ikke beskattes i Danmark.

Det må antages, at lovgiver har gjort sig tanker både i forhold til den generelle skattemæssige forskelsbehandling af egen- og fremmedkapital og i forhold til at det skattemæssige incitament til gældsætning udspringer af den lavere investorbeskatning i udlandet. Lovgiver har i så fald ikke fundet

[106] Der skal dog henses til den aktuelle problemstilling vedrørende beneficial owner-sager. Se henvisninger i note 74.
[107] Jf. KSL § 65D, stk. 3. KSL § 65D, stk. 1 og 2 finder tilsvarende anvendelse.
[108] Jf. KGL §§ 3 og 6. Tab vedrørende ikke-indbetalt selskabskapital medregnes dog ikke jf. KGL § 24A.
[109] Det skal erindres, at der i afhandlingen anvendes et bredt investorbegreb, der afviger fra den retlige sondring mellem ejendomsret og fordringsret. Se også note 62.

sådanne grundlæggende ændringer enten realiserbare eller nødvendige.[110] Lovgiver fandt det i stedet nødvendigt at indføre specifikke værnsregler i SEL §§ 11, 11B og 11C til at modvirke *aggressiv skatteplanlægning*, således at den skattepligtige indkomst ikke efter forgodtbefindende reduceres.

Rentefradragsbegrænsningsreglerne skal netop hindre (ud)flytning af beskatningen fra selskabs- til investorniveau.[111] Rentefradragsbegrænsningsregler hindrer dog kun i specifikke situationer, at beskatningen flyttes fra selskabs- til investorniveau[112] og gør ikke generelt op med valgfriheden eller incitamentet til gældsfinansiering, hvor beskatningen af investorer lavere end beskatningen af selskabet.

Ved indførelsen af SEL § 11 ved lov nr. 432 af 26. juni 1998 fremhævedes det, at "*Målet med de foreslåede regler er at modvirke en vilkårlig flytning af skattetilsvar fra Danmark til udlandet ved, at herværende datterselskaber af udenlandske koncerner finansieres på vilkår, som ikke kunne være opnået på det fri marked mellem uafhængige parter*."[113] Reguleringen skal sammen med LL § 2 sikre, at der både anvendes armslængdevilkår m.v. i gældsfinansieringen, men tilsvarende, at selve gældssætningen er "armslængde". SEL § 11 skal modvirke, at den førnævnte manglende skattemæssige neutralitet i selskabsfinansieringen udnyttes i et interessefællesskab udover, hvad der kunne være opnået mellem uafhængige parter.[114]

Det anførtes ved indførelsen af SEL §§ 11B og 11C ved lov nr. 540 af 6. juni 2007, at "*De gældende regler medfører, at store selskaber - herunder selskaber overtaget af kapitalfonde - kan minimere skattebetalingen i Danmark i forhold til driftsoverskuddet ved vilkårligt at placere renteudgifter i Danmark, selvom de indtægter, renteudgifterne finansierer, ikke vil blive undergivet dansk beskatning.*"[115] Formålet med SEL §§ 11B og 11C er at hindre en sådan adfærd. Det betinges herefter, at finansieringsudgifterne medgår til skabelsen af skattepligtig indkomst i selskabet. Renteudgifter m.v. flytter i modsatte fald ikke skattepligtig indkomst fra selskabsniveau, såfremt finansieringen ikke medgår til skabelsen af skattepligtig indkomst i selskabet.

Behovet for sådanne værnsregulering må ses i et bredere perspektiv end blot den skattemæssige forskelsbehandling. Det behandles nærmere i følgende afsnit.

---

[110] Se mere om alternative løsningsmodeller i kapitel 7. Det understøttes i kapitel 7, afsnit 7.2-7.4, at en generel neutralitet i selskabsfinansieringen ikke er realiserbart på nuværende tidspunkt.

[111] Rentefradragsbegrænsningsreglerne hindrer muligheden for udflytning af skattetilsvar, mens nedsættelsen af selskabsskattesatsen til 25 pct. i forbindelse med L 213 2006-2007 reducerer incitamentet til gældsfinansiering ved at nedbringe værdien af fradrag.

[112] Investor berøres kun undtagelsesvis af rentefradragsbegrænsningsreglerne. Det følger af SEL § 11, stk. 6 at renteindtægter og kursgevinster ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for skattepligtige omfattet af § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, såfremt renteudgiften fradragsbeskæres hos långiver efter SEL § 11. Se mere herom i kapitel 3, afsnit 3.10.1. I andre tilfælde kan en fradragsbeskæring medføre økonomisk dobbeltbeskatning.

[113] Se de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998.

[114] Bestemmelsen skal anses som koncernskærpende regulering.

[115] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007.

2.4 Finansieringsteoretisk perspektiv

Det synes oplagt på baggrund af den føromtalte skattemæssige behandling at konkludere, at den optimale kapitalstruktur (selskabsfinansiering) består af en høj gældsandel fra en lavt beskattet investor.[116] Konklusionen er dog ikke så ligetil.

I 1958 konkluderede *Modigliani og Miller,*[117] at selskabets kapitalstruktur er irrelevant for selskabets værdi og blot udgør en fordeling af pengestrømmen fra aktiverne. Den samlede pengestrøm fra aktiverne og den samlede risiko knyttet til pengestrømmene er uændret, uanset hvorledes pengestrømmene efterfølgende tilfalder investorerne. En øget gældssætning øger risikoen ved egenkapitalen[118] og derved afkastkravet herved, da *fremmedkapitalen* honoreres forud for *egenkapitalen*. Det skal ses i forhold til, at gældsandelen er øget, hvor risikoen og afkastkravet er lavere end ved egenkapitalsandelen. Den forholdsmæssige andel af den *billige* finansiering (gælden) er derved øget, og investorernes samlede forventede afkast er uændret, men omfordelt.[119]

Konklusionen baseres på, at der ikke eksisterer skatter, transaktionsomkostninger eller konkursomkostninger, og samtidig eksistensen af et velfungerende kapitalmarked. Det er naturligvis teoretisk og virkelighedsfjernt, men forkaster på ingen måde anvendeligheden af teorien – tværtimod. Denne kan modsætningsvis forklare, hvornår selskabsfinansieringen er værdiskabende, nemlig hvor forudsætningerne ikke er opfyldt.

Modigliani og Miller konkluderede samtidigt, at den optimale kapitalstruktur i en verden med selskabsskatter udgør en gældsandel på 100 pct.[120] Konklusion baseres på værdien af rentefradraget. Der skal dog samtidig henses til de øvrige antagelser, bl.a. investorbeskatning samt eksistensen af transaktionsomkostninger ved ændring af kapitalstrukturen, herunder udbyttebeskatning, hvorved optimeringen af selskabets kapitalstruktur ikke er simpel. Rentefradraget m.v. indgår som en drivkraft, men der skal samtidig henses til beskatningen af investoren, der kan modsvare værdien af rentefradraget m.v. Der vil ofte i rent nationale forhold bestå identisk beskatning på selskabs- og investorniveau, hvorved indenlandske investorer overordnet skattemæssigt er indifferente, om beskatningen sker på selskabs- eller investorniveau. De lavt beskattede investorer er typisk ikke hjemmehørende i Danmark, eller underlagt særlige skatteregler, som eksempelvis pensionskasser. Problemstillingen er derved primært aktuel i grænseoverskridende forhold.

[116] Der anlægges en shareholder tilgang, hvorved der ved den optimale kapitalstruktur forstås en optimering af selskabets værdi for investorerne, og ikke en bredere stakeholder tilgang.
[117] Se *Modigliani og Miller* i American Economic Review 1958, vol. 48, p. 261 ff. Se også *Parum* (1999), p. 119 ff. samt *Brealey et al.* (2011), kap. 17-19.
[118] En øget gældssætning øger sandsynligheden for at der ikke består et tilbageværende afkast til egenkapitalen.
[119] Afkastkravet knyttet til den reducerede mængde egenkapital finansierer og modsvarer nøjagtig det forøgede afkastkrav ved både den resterende egenkapital og den samlede fremmedkapital. Den forventede samlede pengestrøm til fremmedkapitalen er forøget, mens den forventede pengestrøm til egenkapitalen, alt andet lige, er reduceret i overensstemmelse med den øgede gældsandel.
[120] Se også *Brealey et al.* (2011), kap. 17-19 samt *Møller og Parum* (1999).

Møller og Parum[121] konkluderede i 1999, at danske børsnoterede selskaber på daværende tidspunkt kun i uvæsentligt omfang tilpassede deres kapitalstruktur gennem finansielle transaktioner, dvs. ved tilbagekøb af aktier eller udlodning af udbytte, ligesom ændrede skatteregler ej kunne aflæses i en ændret kapitalstruktur. De danske børsnoterede selskaber i C20 indekset var ej heller en væsentlig del af den øgede gældsætning, der konstateredes i danske selskaber særligt 2005-2008. Denne var bl.a. drevet af bankernes øgede risikovillighed samt en diskurs eller tendens til at næsten alle finansielle aktører var indstillet på en høj gældsandel.[122]

Forklaringen kan findes i forudsætningerne, som anlagt af *Modigliani og Miller*. Tilstedeværelsen af investorbeskatning modificerer konklusionen. Det er ikke blot et spørgsmål om investorbeskatning, men ligeledes en forskellig investorbeskatning, samt omkostninger ved en løbende tilpasning af kapitalstrukturen, eksempelvis udlodninger. Det bevirker, at selskaber med en spredt ejerkreds, eksempelvis børsnoterede selskaber, kan have forskellige omkostninger ved tilpasning af kapitalstrukturen, eksempelvis beskatning ved udbytteudlodninger af visse aktionærer (personlige aktionærer), hvorved der ikke løbende kan foretages tilpasninger af kapitalstrukturen uden omkostninger.[123] Selskaber med en mindre spredt ejerkreds med lignende skattemæssige forhold vil i højere grad kunne foretage en løbende tilpasning af kapitalstrukturen og derved opretholde en højere gearing, da tilpasningen er mindre omkostningsfyldt. I denne sidste gruppe falder eksempelvis kapitalfondsejede selskaber, hvor der typisk ses en homogen sammensætning af investorer. Det omfatter bl.a. selskaber, der ikke er hjemmehørende i Danmark, hvorved der ikke sker investorbeskatning i Danmark, og potentiel minimal beskatning i udlandet. Derved kan eksempelvis tilstedeværelsen af investorbeskatning og transaktionsomkostninger forklare forskellige kapitalstrukturer, og herunder også informationsniveauet mellem ledelsen og ejerkredsen, således at ledelsen er bekendt med investorbeskatningen m.v.

Det er konkluderet, at der skattemæssigt ikke er den helt store gevinst ved at vælge den optimale kapitalstruktur,[124] og den skattemæssige behandling af finansieringen ikke må overvurderes, men ej heller negligeres. Den væsentligste problemstilling er reduceret til ikke-hjemmehørende investorer i tæt kontakt med selskabets ledelse, eller som forudsætningsvis agerer eller henvender sig til en særlig type investor. Det er fremført, at der synes at være en tendens til at overvurdere skattefordelen ved at benytte fremmedkapital og samtidig, at:[125]

- For de fleste selskaber vil de periodevise rentefradrag[126] være mere risikobehæftet end de rentebetalinger, der generer det.

[121] Se *Møller og Parum* (1999).
[122] Se *Langer* (2010, 11. august).
[123] Det må erkendes, at disse selskaber burde være opkøbsmål for udenlandske investorer, hvilket formentligt også er tilfældet. Men det må samtidigt erindres, at selskabers værdi primært skabes ved investeringer og ikke selskabsfinansieringen.
[124] Se *Møller og Parum* (1999).
[125] Se *Parum* i Finans Invest, nr. 7. p. 24 ff. og samme i Finans Invest, nr. 1. p. 22 ff.
[126] Udnyttelsen af rentefradraget er mere usikkert end selve rentebetalingen bl.a. som følge af rentefradragsbegrænsningsregler.

- Selskaber kan ikke benytte et rentefradrag, medmindre selskabet har en fremtidig skattepligtig indkomst, og intet selskab kan være helt sikker på det.
- Selskabsskatten favoriserer fremmedkapital, mens investorskatter oftest favoriserer egenkapital.

Samlet set understøtter finansieringsteorien en potentiel værdiskabelse ved valg af selskabets kapitalstruktur. Rentefradraget er forudsætningen for værdiskabelsen ved at flytte beskatningen fra selskabs- til investorniveau, og værdiskabelse sker ved den forskellige beskatning på selskabs- og investorniveau. Der kan dog ikke drages en generel konklusion vedrørende den optimale kapitalstruktur, og betydningen heraf må hverken overvurderes eller undervurderes, ej heller ved indførelsen af værnsregler, såsom rentefradragsbegrænsningsregler.

2.5 Afslutning

Der består i selskabsskattesystemet i udstrakt grad et valg mellem beskatning på selskabs- eller investorniveau ved valg af selskabsfinansiering. Det er derfor ikke overraskende, at der anvendes grænseoverskridende gældsfinansiering, hvor investorbeskatningen er lavere end selskabsbeskatningen, således at skatteprovenu flyttes fra Danmark. En sådan ageren er i sig selv legitim, og en naturlig konsekvens af grænseoverskridende aktiviteter samt udøvelse af forskellige landes beskatningskompetencer og koordineringen herimellem, hvilket ligeledes synes accepteret af lovgiver.

Det kan konkluderes, at valgfriheden og den forskelsbeskatning, alt andet lige medfører en højere gældsandel i danske selskaber, da rentefradraget m.v. muliggør en overførsel af indkomsten og beskatningen heraf fra selskabs- til investorniveau. Det vil alt andet lige medføre en større gældsandel, hvor selskabsbeskatningen overstiger investorbeskatningen, og der opstår en forvridning af kapitalstrukturen mod en større gældsandel.[127]

Lovgivers initiativer ved rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C er direkte rettet mod selskabers specifikke ageren på baggrund af dette. Det retter sig mod anvendelsen af ikkemarkedskonform gæld, og finansieringsudgifter, der ikke medgår til skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark. Det er derved en specifik *reparationspakke*, og resultatet heraf er kompliceret værnsregulering.

Det udgør baggrunden for SEL §§ 11, 11B og 11C, der behandles indgående i de følgende kapitler.

[127] Det er uheldigt, såfremt denne forskelsbehandling ikke blot forvrider kapitalstrukturen, men samtidig skaber mindre skatteprovenu i modsætning til et større skatteprovenu. Se også *Shaviro* (2009), p. 97 ff.

Kapitel 3 Tynd kapitalisering

3.1 Indledning

I dette kapitel analyseres SEL § 11, der overordnet skal hindre udflytning af skattetilsvar ved ikke-markedskonform gældsætning. SEL § 11 blev indført sammen med LL § 2 ved lov nr. 432 af 26. juni 1998. Disse skal sammen sikre, at koncerner ikke opnår utilsigtede koncernfordele ved afvigelser fra markedskonformiteten af såvel gældsforholdet (SEL § 11) som vilkårene heri (LL § 2). Reguleringen henføres derved til koncernskatteretten, og SEL § 11 har udgangspunkt i samme interessefællesskab som LL § 2.[128] Lovgiver beskriver det i bemærkningerne til L 116 2005-2006:

"Reglerne om tynd kapitalisering er for så vidt et særtilfælde af princippet om, at økonomisk samkvem mellem koncernselskaber skal ske på markedsvilkår (armslængdeprincippet)."[129]

SEL § 11 skal i sin enkelthed modvirke anvendelse af koncernintern gæld m.v. til udflytning af skatteprovenu, hvor lignende finansiering ikke kunne være opnået mellem uafhængige parter ved indkomstårets udløb. Det skal bemærkes, at retsvirkningen udelukkende vedrører renteudgifter og kurstab og ikke selve kapitalsammensætningen.[130]

SEL § 11 udgør en objektiviseret fremgangsmåde, hvorved det på baggrund af selskabets solvensgrad fastlægges, i hvilke situationer gældssætningen formodentlig ikke er markedskonform (uforholdsmæssig gæld). Retsvirkningen heraf er fradragsbeskæring af renteudgifter og kurstab vedrørende den uforholdsmæssige gæld. En eventuel fradragsbeskæring kan dog afværges ved dokumentation af markedskonformiteten efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., således at formodningen brydes, selvom de objektive betingelser er opfyldt.

Der er i mange lande, herunder i Danmark, valgt en løsning baseret på selskabets solvensgrad (tynd kapitalisering), hvorved det implicit antages, at des mere gæld, des større sandsynlighed for, at gældsforholdet ikke kunne være opnået mellem uafhængige parter. Canada indførte i 1971, som det første land, særregler om tynd kapitalisering, hvilket blev startskuddet til lignende regulering i mange lande, herunder Australien, Frankrig, Holland, Japan, New Zealand, Storbritannien, Tyskland og USA. Italien og Tyskland erstattede i 2008 regulering vedrørende tynd kapitalisering med EBITDA-baseret regulering, ligesom Frankrig synes at bevæge sig i samme retning.[131] I Danmark fastholdes særregule-

[128] Det fremhæves af *Bundgaard* i SR-Skat 2000, 228 at fænomenet værn mod tynd kapitalisering udgør en fravigelse af civilretligt gyldige aftaler. Det anføres mere konkret, at "*Reglerne om tynd kapitalisering medfører, at partsautonomiens udfald ikke respekteres. Således nægtes almindelige skatteretlige konsekvenser udløst, når det det nødvendige interessefællesskab er til stede, og det givne solvenskrav ikke opfyldes.*" Se også afsnit 3.1.1, om begrebet tynd kapitalisering.

[129] Se også de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998. Der ses derved et samspil med LL § 2, men ikke en regelkonflikt. Se mere herom i afsnit 3.12 samt *Wittendorff* (2009), p. 327.

[130] Retsvirkningen af tynd kapitaliseringsregler er generelt beskæring af rentefradragsretten, eventuelt som følge af en skatteretlig omkvalificering af renteudgiften til udbytte. Se *Bundgaard* (2000), p. 67 og samme i SR-Skat 2000, 228.

[131] Se *Lund et al.* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 283.

ring om tynd kapitalisering i SEL § 11, men denne suppleres yderligere af rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11B og 11C.[132]

Det vises i kapitlet, at SEL § 11 er særdeles kompliceret, herunder ved fastlæggelse af interessefællesskabet, ved opgørelsen af solvensen og ved opgørelsen af fradragsbeskæringen. Det vises ydermere, at da identifikationen af den ikke-markedskonforme gæld baseres på en opgørelse af solvensen ved indkomstårets udløb samt da fradragsbeskæringen beregnes ud fra de samlede renteudgifter og kurstab i indkomståret, består der en væsentlig vilkårlighed i identifikationen af renteudgifter og kurstab, der vedrører ikke-markedskonform gæld, på trods af reguleringens kompleksitet og det tilhørende ressourceforbrug herved. Det konkluderes slutteligt, at ressourceforbruget kan nedbringes ved at basere opgørelsen af selskabets solvens m.v. på eksisterende tilgængelig information, uden at målrettetheden af SEL § 11 reduceres og samtidigt at målrettetheden kan øges ved at lade armslængdeundtagelsen i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. vedrøre gældsstiftelsestidspunktet.

3.1.1 Begrebet tynd kapitalisering

Begrebet *tynd kapitalisering* anvendes grundlæggende i henholdsvis snæver og vid forstand.[133] Begge definitioner har udgangspunkt i forholdet mellem selskabets gæld (fremmedkapital) og egenkapital (selskabets kapitalstruktur).[134]

Ved tynd kapitalisering i snæver forstand forstås, at et selskabs gæld består af uforholdsmæssig stor gæld til et moderselskab eller et andet koncernselskab m.v. Begrebet er knyttet til interessefællesskabet mellem långiver og låntager og vedrører den potentielle fravigelse af markedskonformiteten.[135] Begrebet henføres derved til koncernskatteretten.

Ved tynd kapitalisering i vid forstand forstås, at den samlede gæld i forhold til egenkapitalen udgør en uforholdsmæssig stor andel, uanset relationen mellem långiver og låntager.[136] En anvendelse af et sådan begreb udspringer ikke af et interessefællesskab, men derimod af den blotte anvendelse af (uforholdsmæssig) gæld. Et sådan begrebsindhold i lovgivningen anvendes eksempelvis grundet budgetmæssige overvejelser eller af adfærdsmæssige hensyn, såsom i forhold til at mindske konkursrisiko eller gældsfinansiering fra såkaldte lavskattelande.[137]

---

[132] Se mere om SEL § 11B i kapitel 4 og mere om SEL § 11C i kapitel 5.
[133] Se eksempelvis *Winther-Sørensen* (2000), p. 428 ff. og *Bundgaard* (2000), p. 25 ff.
[134] Ved kapitalstrukturen forstås selskabet debt to equity ratio eller solvensgrad. Se mere i afsnit 3.7 om solvenskravet i SEL § 11, stk. 1, nr. 3.
[135] Se eksempelvis *Winther-Sørensen* (2000), p. 428 ff. og *Bundgaard* (2000), p. 25 ff.
[136] Begrebet tynd kapitalisering i vid forstand anvendtes i sambeskatningsvilkår 2.4.2, som blev ophævet med virkning fra 1. januar 1999 ved TS cirkulære 1998-40 af 22. december 1998, grundet den opfattelse at SEL § 11 ville overflødiggøre vilkåret. Vilkåret var dog et specifikt sambeskatningsvilkår og formålet var finansielle udgifter i et holdingselskab ikke kunne nedbringe datterselskabets skattepligtige indkomst, dvs. at holdingselskabets finansielle opkøbsudgifter ikke kunne nedbringe datterselskabets driftsresultat. Man indskrænkede derved tynd kapitaliserings begrebet i dansk skatteret fra vid til snæver forstand ved denne overgang i reguleringen. Det skal dog samtidigt bemærkes, at sambeskatningsvilkåret sigtede mod begrænsning i sambeskatningstilfælde (dvs. specifik situation), mens SEL § 11 i denne henseende er generel anvendelig.
[137] Se eksempelvis i Australien og Brasilien rettet mod gældsfinansiering fra selskaber hjemmehørende i lavskattelande. Se mere herom i bilag 4, afsnit 2 og 4.

SEL § 11 omfatter kun gæld til juridiske personer som nævnt i LL § 2, stk. 1 samt lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for.[138] Derved skal begrebsanvendelsen i Danmark henføres til tynd kapitalisering i snæver forstand.[139]

3.1.2 Retspolitiske hensyn

Det følger af de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998, at formålet med SEL § 11 er at modvirke en vilkårlig flytning af skattetilsvar fra Danmark til udlandet ved, at datterselskaber af udenlandske koncerner finansieres på vilkår, som ikke kunne være opnået på det fri marked mellem uafhængige parter.[140] Derved fastlægges det koncernskatteretlige element i SEL § 11, således at der i interessefællesskaber skal ageres på markedsvilkår. Det gælder i forhold til selve gældsstiftelsen (SEL § 11) og i forhold til gældsforholdets vilkår (LL § 2).

Det specificeres endvidere, at SEL § 11 skal modvirke en vilkårlig flytning af skattetilsvar til udlandet ved, at datterselskaber af udenlandske koncerner finansieres ved et åbenbart misforhold mellem gæld og egenkapital (tynd kapitalisering), således at der fremkommer uforholdsmæssige rentefradrag i Danmark.[141] Det fremhæves, at formålet vedrører vilkårlig udflytning af skatteprovenu til udlandet, men samtidig at den ikke-markedskonforme gæld identificeres på baggrund af en uforholdsmæssig gældsandel.

Nedbringelse af skatteprovenuet sker ved flytning af beskatningen fra selskabs- til investorniveau.[142] En lavere beskatning på investorniveau i udlandet skaber incitament til gældsfinansiering, også udover hvad der ville være aftalt mellem uafhængige parter. Beskatning af en ikke-hjemmehørende investor kan kun i begrænset omfang udøves i Danmark (kildestaten), som følge af dobbeltbeskatningsoverenskomster samt rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF), hvorfor der i stedet foretages en korrektion af rentefradraget på selskabsniveau efter SEL § 11.

Ved lov nr. 432 af 26. juni 1998 udvidedes SEL § 11 til også at gældsforhold til hjemmehørende långivere, hvor der ikke kan ske udflytning af skatteprovenu til udlandet. Det udgør ikke formålsændring, men i stedet anses et forsøgt på at etablere EU-retligt konformitet, som følge af EU-Domstolens afgørelse i Lankhorst- Hohorst C-324/00.[143] Det understøttes tillige af, at renteindtægter

[138] Jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 2 og SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.

[139] Følgende anføres i de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998: *"At et selskab er tyndt kapitaliseret eller underkapitaliseret indebærer i international skatteret, at selskabets kapitalbehov finansieres ved en i forhold til egenkapitalen uforholdsmæssig stor fremmedkapital, som er stillet til rådighed af et selskab m.v. eller af en fysisk person med kontrollerende indflydelse."*

[140] Midlet til opnåelse heraf fremgår umiddelbart herefter: *"Det sker ved efter nærmere fastsatte regler at beskære datterselskabets fradragsret for renter og kurstab på gæld til udenlandske kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber."*

[141] Se de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998.

[142] Det blev i de almindelige bemærkninger til L 116 2005-2006 fremført, at *"Formålet med tynd kapitaliseringsreglerne er at sikre en minimumsbeskatning af egenkapitalafkast i danske selskaber."*

[143] Lankhorst-Hohorst C-324/00 medførte, at tynd kapitaliseringsreglerne i bl.a. Danmark, Italien, Storbritannien og Tyskland udvidedes til at omfatte rent nationale gældsforhold, mens eksempelvis Portugal valgte at indskrænke reguleringen til kun at omfatte gæld til långivere hjemmehørende udenfor EU/EØS, hvilket ligeledes er

og kursgevinster er skattefri efter SEL § 11, stk. 6, såfremt den modsvarende renteudgift eller det modsvarende kurstab fradragsbeskæres efter SEL § 11.[144] Formålet om at hindre udflytning af skattestilsvar må fortsat anses for intakt.

Der foretages desuden ikke fradragsbeskæring efter SEL § 11, hvor den modsvarende renteindtægt kildebeskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra d.[145] Formålet med SEL § 2, stk. 1, litra d er at undgå udflytning af dansk skatteprovenu ved, at et dansk selskab reducerer den skattepligtige indkomst gennem rentebetalinger til koncernselskaber i lavskattelande.[146] Rentekildeskatten medfører, at der ikke sker udflytning af skattetilsvar, hvorfor det ej heller er meningsfyldt at foretage en fradragsbeskæring efter SEL § 11.

Det understreger samtidig, at det grundlæggende formål med SEL § 11 består i at hindre (i) vilkårlig udflytning af skattetilsvar ved (ii) anvendelsen af ikke-markedskonform gældsætning (uforholdsmæssig gæld). Lovgiver har ikke positivt givet udtryk for andre formål end disse, og det kan ikke konkluderes, at eksempelvis solvenskravet i SEL § 11, stk. 1, nr. 3 skulle indeholde et særligt adfærdsmæssigt formål om en reduceret gældssætning af danske selskaber m.v.

Det skal slutteligt nævnes, at det fremgår af lovbemærkningerne,[147] at de særlige skattemæssige regler vedrørende tynd kapitalisering er et led i en dansk tilpasning til international skatteret på samme måde, som de danske regler om CFC-beskatning (SEL § 32) og transfer pricing (LL § 2). Der er utvivlsomt hentet inspiration fra udlandet, både ved indførelsen i 1998[148] og ved lovændringerne i 2004.[149] Derimod synes der eksempelvis ikke hentet inspiration fra Italien og Tyskland i 2007 og 2008, hvor reglerne om tynd kapitalisering afskaffedes i disse lande og erstattedes af EBITDA-regulering.[150] Regulering vedrørende tynd kapitalisering er fastholdt i SEL § 11 og suppleret af yderligere rentefradragsbegrænsningsregler i SEL §§ 11B og 11C, der ligeledes skal modvirke udflytning af skattetilsvar.

3.2 Kvalifikation af debitor (låntager)

SEL § 11 skal hindre udflytning af skatteprovenu ved ikke-markedskonform gældssætning i Danmark, hvilket naturligt forudsætter, at låntager omfattes af dansk subjektiv skattepligt. SEL § 11 omfatter udelukkende låntagere omfattet af selskabsskatteloven, og der henvises i ordlyden til subjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 i, 3 a-5 b[151] samt SEL § 2, stk. 1, litra a[152]. Kvalificeringen af de

gældende i Spanien. Reguleringen ændredes med henblik på at sikre at denne ikke udgør en hindring for etableringsfriheden i art 49 TEUF. Se mere om Lankhorst-Hohorst C-324/00 i kapitel 6, afsnit 6.2.1.1.

[144] Se mere om SEL § 11, stk. 6 i afsnit 3.10.1.

[145] Jf. SEL § 11, stk. 1, 10. pkt. Se mere herom i afsnit 3.10.2 og mere om SEL § 2, stk. 1, litra d i kapitel 2, afsnit 2.2.2.1.

[146] Se bemærkningerne til § 10, nr. 1 i L 119 2003-2004.

[147] Se de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998.

[148] Lov nr. 432 af 26. juni 1998.

[149] Lov nr. 221 af 31 marts 2004.

[150] Den indførte EBITDA-regulering var dog inspiration for SEL § 11C. Se mere herom i kapitel 5.

[151] Jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 1.

[152] Jf. SEL § 11, stk. 5.

omfattede subjekter henføres derved direkte til eksisterende kvalifikationer efter selskabsskatteloven, hvorfor følgende selskaber og foreninger m.v. omfattes af SEL § 11:

- Aktie- og anpartsselskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 1)
- Andre kapitalselskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 2)
- Sparekasser og andelskasser (SEL § 1, stk. 1, nr. 2a)
- DSB (SEL § 1, stk. 1, nr. 2d)
- El-selskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 2e og 2f)
- Energinet.dk (SEL § 1, stk. 1, nr. 2g)
- Vandforsyningsselskaber m.v. (SEL § 1, stk. 1, nr. 2h)
- Naviair (SEL § 1, stk. 1, nr. 2i)
- Brugsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 3a)
- Indkomstskattepligtige andelsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 4)
- Gensidige forsikringsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 5)
- Akkumulerende investeringsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 5a)
- Realkreditinstitutter m.v., KommuneKredit og Dansk Eksportfinansieringsfond (SEL § 1, stk. 1, nr. 5b)
- Andre foreninger m.v. (SEL § 1, stk. 1, nr. 6)
- Selskaber omfattet af SEL § 2C
- Faste driftssteder i Danmark (SEL § 2, stk. 1, litra a)
- Ikke-hjemmehørende sambeskattede selskaber m.v. omfattet af SEL § 31A
- Ejere af selskaber omfattet af SEL § 2A, da disse har fast driftssted efter SEL § 2, stk. 1, litra a, jf. SEL § 2A, stk. 8[153]

Ved lov nr. 1026 af 23. december 1998 tilføjedes faste driftssteder[154] med den begrundelse at skabe neutralitet mellem etablering af datterselskaber og faste driftssteder i Danmark.[155] Dette begrundes med en substitutionseffekt, således at SEL § 11 ikke omgås ved etablering af et fast driftssted frem for etablering i selskabsform.

Selskaber registrerede i udlandet, men med ledelsens sæde i Danmark, omfattes tilsvarende af SEL § 11, da disse *anses* for hjemmehørende i Danmark efter SEL § 1.[156] Det er almindeligt accepteret, at kvalifikationen af udenlandske enheder foretages efter intern dansk ret, hvorved principperne i SEL § 1 må anvendes.[157]

[153] Se eksempelvis SKM2005.145.LR.
[154] SEL § 11, stk. 5 henviser til skattepligtige omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a, dvs. faste driftssteder i Danmark af selskaber og foreninger m.v., der ikke er hjemmehørende i Danmark. Begrebet fast driftssted fortolkes i overensstemmelse med art. 5 i OECD's Modeloverenskomst, se eksempelvis TfS 1996, 532. Fysiske personers faste driftssteder i Danmark omfattes ikke af SEL § 2, stk. 1, litra a, men derimod af KSL § 2, stk. 1, nr. 4, og derved ej heller af SEL § 11.
[155] Se bemærkningerne til § 1, nr. 3 i L 53 1998-1999.
[156] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1, stk. 1 i L 101 1997-1998.
[157] Se hertil eksempelvis *Nielsen* (1972), p. 103 ff. samt *Michelsen* (2003), p. 180 ff.

Det følger af lovbemærkningerne til L 101 1997-1998, at udenlandske datterselskaber, der indgår i en dansk sambeskatning, i denne sammenhæng *anses* som et omfattet datterselskab.[158] Det gentoges under det lovforberedende arbejde med L 119 2003-2004, hvoraf det fremgår, at et sambeskattet udenlandsk datterselskab beskattes efter reglerne, som gælder for fuldt skattepligtige selskaber omfattet af SEL § 1, og *anses* for at være et dansk selskab i forhold til SEL § 11.[159] Internationalt sambeskattede selskaber m.v. efter SEL § 31A skal således i forhold til SEL § 11 behandles som hjemmehørende i Danmark og omfattes af SEL § 11, stk. 1, nr. 1.[160] Det sker på trods af, at disse selskaber ikke reelt omfattes af SEL § 1.[161]

Det fremgår positivt af lovbemærkningerne[162], at CFC-sambeskattede datterselskaber efter SEL § 32 ikke anses som danske selskaber. SEL § 11 anvendes derved ikke ved opgørelsen af indkomsten i disse selskaber. Det skyldes formentlig, at SEL § 32 udgør selvstændig værnsregulering, der skal hindre udflytning af skattetilsvar ved *eksport* af indkomst, uden at de tilhørende udgifter medfølger. En bortseelse (fradragsbeskæring) af de medfølgende udgifter ville derved synes bizart. Der foreligger dog ikke en eksplicit begrundelse.

Det følger modsætningsvis af SEL § 11, stk. 1, nr. 1, at kooperationsbeskattede andelsforeninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 og foreninger m.v. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6 ikke omfattes af SEL § 11. Det er ikke begrundet, hvorfor disse andelsforeninger og institutionsbeskattede foreninger er undtaget fra SEL § 11. Det er fremført, at det formentligt skyldes, at organisationsformerne typisk ikke er interessante for udenlandske investorer samt at disse organisationsformer har meget særlige karakteristika.[163] Det er formentlig forklaringen.[164]

3.3 Kvalifikation af kreditor (långiver)

Identifikation af potentiel ikke-markedskonform gæld forudsætter en identifikation af kreditor (långiver) samt relationen mellem långiver og låntager, hvor førstnævnte analyseres i dette afsnit, mens sidstnævnte analyseres i afsnit 3.4.

Formålet med SEL § 11 er, som nævnt, at modvirke udflytning af skatteprovenu til udlandet. Ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 blev SEL § 11 dog udvidet til at omfatte såvel kontrolleret gæld til ikke-hjemmehørende långivere som kontrolleret gæld til hjemmehørende långivere.[165] Samtidig blev kre-

[158] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1, stk. 1 i L 101 1997-1998. Der henvises heri til de dagældende regler om frivillig sambeskatning i SEL § 31. Det må antages, at denne henvisning må gælde i forhold til den nugældende SEL § 31A.
[159] Se bilag 39 til L 119 2003-2004.
[160] Se ligeledes *Josephsen* i SU 1999, 7.
[161] Derved skal disse ej heller anses som udenlandske aktionærer i SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. og kan derved indgå i en konsolideret opgørelse efter SEL § 11, stk. 4. Se mere om SEL § 11, stk. 4 i afsnit 3.11.
[162] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1, stk. 1 i L 101 1997-1998.
[163] Se *Bundgaard* (2000), p. 77, note 112.
[164] Det kan bemærkes, at foreninger m.v. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6 omfattes af både SEL §§ 11B og 11C.
[165] Anvendelsesområdet udvidedes for at modvirke en EU-stridig forskelsbehandling, som følge af EU-Domstolens afgørelse i Lankhorst-Hohorst C-324/00, mens indskrænkelsen skete for at undgå administrativt besvær for små og mellemstore virksomheder. Se de almindelige bemærkninger til L 119 2003-2004.

ditorkredsen indskrænket til kun at omfatte juridiske personer og ikke længere fysiske personer.[166] Det behandles nærmere i følgende afsnit.

3.3.1 Juridisk person

Det følger af ordlyden af SEL § 11, stk. 1, nr. 2, at långiver skal være en såkaldt *juridisk person*. Denne henvisning kritiseres i litteraturen, da der er fortsat ikke klarhed over, hvad sprogbrugen indebærer og er end ikke forsøgt uddybet i lovbemærkningerne.[167] Begrebet juridisk person anvendes tilsvarende både i LL § 2 og SKL § 3B, men kan ikke anses som et skatteretligt begreb. Derimod udgør dette et uafklaret almenretligt begreb.[168]

Følgende definition er fremlagt af *Bundgaard:*[169]

"Det juridiske personlighedsbegreb dækker således efter min opfattelse over enheder, der repræsenterer en formue der er udskilt eller henlagt til opnåelse af et bestemt formål, og som er retssubjekt i alle henseender. Herved ses det, at det juridiske personlighedsbegreb dækker over mere end begrebet retssubjektivitet ligesom begrebet retssubjektivitet ikke kun er begrænset til juridiske personer."

Selvstændige skattesubjekter må i overensstemmelse hermed, som altovervejende hovedregel anses som selvstændige retssubjekter. Problematikken i forhold til SEL § 11 må anføres at være, om selvstændige retssubjekter i denne sammenhæng omfatter subjekter, der ikke anses som et selvstændigt skattesubjekt dvs. transparente enheder.[170]

Det følger af bindende svar fra Ligningsrådet i TfS 1999, 976, at der ikke var hjemmel til at anse et interessentskab som værende en juridisk person efter SKL § 3B, til hvilken SEL § 11 oprindeligt henviste. Det lagdes til grund, at interessentskaber efter dansk skatteret ikke er undergivet selvstændig skattepligt, og at der på den baggrund ikke er hjemmel til at anse interessentskabet som værende en juridisk person efter SKL § 3B. Ligningsrådets baserede derved deres besvarelse direkte på den skatteretlige subjektivitet. Samme konklusion nåedes i TfS 2003, 44, hvor Landsskatteretten fandt, at LL § 2 ikke skulle anvendes, da den ene part i transaktionen udgjorde et interessentskab. Det understøttes tillige af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., hvoraf det følger, at ikke-selvstændige skattesubjekter i visse tilfælde sidestilles med juridiske personer, hvilket modsætningsvis kan tolkes som, at disse ikke i sig selv udgør juridiske personer i denne sammenhæng.

Wittendorff[171] argumenter tillige overbevisende for, at juridiske personer ikke omfatter transparente enheder, og at der ikke synes holdepunktet for den modsatte konklusion i forhold til LL § 2, hvortil SEL § 11, stk. 1, nr. 2 henviser.

[166] Jf. § 10, nr. 11 i lov nr. 221 af 31. marts 2004.
[167] Se *Bundgaard* (2000), p. 92. ff. og samme i SU 2004, 207.
[168] Se *Bundgaard* (2006), p. 573 og 575 samt *Hansen og Krenchel* (2010), p. 68 ff.
[169] Se *Bundgaard* (2006), p. 572, note 31.
[170] Se også *Wittendorff* (2009), p. 341.
[171] Se *Wittendorff* (2009), p. 342 ff.

Det må på baggrund heraf antages, at transparente enheder ikke generelt omfattes af begrebet *juridisk person* som affattet i SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Ligeledes må det antages at begrebet *juridiske personer* i denne sammenhæng henviser til en vurdering efter principperne i SEL § 1 og FBL § 1.[172]

3.3.2 Transparente enheder

SEL § 11, stk. 1, nr. 2 henviser til *juridiske personer* som nævnt i LL § 2, stk. 1 og derved også LL § 2, stk. 1, 2. pkt. Det følger af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., at:

"Med juridiske personer i nr. 1 og stk. 3 sidestilles selskaber og foreninger m.v., der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt."

LL § 2, stk. 1, 2. pkt. omfatter selskaber og foreninger m.v., der efter danske regler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt, og derved har en vis substans i forhold til omverdenen, og derfor sidestilles med juridiske personer i LL § 2, stk. 1, nr. 1 og LL § 2, stk. 3. Formålet er, at sammenslutninger, der over for omverden fremtræder som en samlet enhed, omfattes af værnsregulering, selvom disse ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt. Baggrunden herfor var særligt, at kapitalfonde, der opkøbte selskaber i Danmark, var organiseret i kommanditselskabsform og, grundet den transparente natur heraf, ikke omfattedes af bl.a. SEL § 11 og rentekildeskatten i SEL § 2, stk. 1, litra d.

Der opstilles følgende kumulative betingelser efter LL § 2, stk. 1, 2. pkt.:

1. Selskab eller forening m.v.
2. Selskabets eller foreningens forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt
3. Selskabet eller foreningen udgør efter danske regler ikke et selvstændigt skattesubjekt

Det må først og fremmest fastslås, at der ved kvalificeringen af et selskab eller forening m.v. ikke henvises til enheder omfattet af SEL § 1 – tværtimod - men derimod sammenslutninger, der overfor omverdenen optræder som en samlet enhed.[173] Det følger, at definitionen omfatter de almindelige selskabsformer, såsom interessentskaber, kommanditselskabet og partnerselskaber.[174] Det følger af lovbemærkningerne, at LL § 2, stk. 1, 2. pkt. ikke omfatter situationer, hvor uafhængige parter i fællesskab (sameje) ejer en juridisk person, når parterne optræder hver for sig i forhold til omverden og den enkelte part direkte er medejer af andelene i den juridiske person.[175] Derved afvises det, at sameje situationer omfattes, hvilket ligeledes må gælde i forhold til særeje, da der ikke foreligger sam-

[172] Se også *Bundgaard* (2006), p. 584 ff. Med begrebet juridisk person kan med sikkerhed udelukkes fysiske personer, da henvisningen i SEL § 11 tidligere vedrørte både *fysiske og juridiske personer. Bundgaard* anfører det som en uskik og uden støtte nogetsteds generelt at sidestille det juridiske personlighedsbegreb med spørgsmålet om skattesubjektivitet, se *Bundgaard* (2010), p. 249.
[173] Der henvises ikke nødvendigvis til retssubjektivitet i selskabsretlig henseende, men det må dog antages at udgøre fundamentet herfor. Se bilag 4 til L 116 2005-2006 samt *Wittendorff* (2009), p. 345 ff.
[174] Se bilag 4 til L 116 2005-2006.
[175] Se bemærkningerne til § 6, nr. 1 og 2 i L 116 2005-2006.

menfald af ejendomsret.[176] Dette står i modsætning til interessentskabet, hvor fællesskabet står som ejer og optræder som en enhed.[177]

Ved selskabsretlige regler forstås lovregler såsom Selskabslovens regler om kommanditaktieselskaber (partnerselskab), men også deklaratoriske regler formuleret af den juridiske teori på grundlag af domspraksis, f.eks. reglerne om kommanditselskaber og interessentskaber, samt tillige udenlandske selskabsretlige lovregler, eksempelvis *The Limited Partnerships Act 1907* i Storbritannien.[178] Selskabsaftaler og foreningsvedtægter danner grundlag for reguleringen af selskabsdeltagernes indbyrdes forhold, men i visse tilfælde også i forhold til omverdenen, hvor der ikke er selskabsretlig lovgivning. I så fald omfattes disse af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., uanset om selskabsaftalen eller foreningsvedtægterne er skriftlige eller mundtlige.[179]

Slutteligt undtages selvstændige skattesubjekter fra LL § 2, stk. 1, 2. pkt., hvorved det betinges, at selskabet er skattemæssigt transparent.

Disse transparente enheder *sidestilles* derved med juridiske personer i forhold til SEL § 11, stk. 1, nr. 2, hvor disse udøver en bestemmende indflydelse efter LL § 2, stk. 1, nr. 1. Disse kan samtidig skabe koncernforbindelse efter LL § 2, stk. 3 mellem to skattesubjekter. Dette er en væsentlig sondring, da kun gæld til transparente enheder omfattet af LL § 2, stk. 1, nr. 1 udgør kontrolleret gæld.[180]

3.4 Kontrolleret gæld

I forrige afsnit er foretaget den nødvendige identifikation af både låntager og långiver. Der skal tilsvarende foretages en identifikation af det nødvendige interessefællesskab herimellem, der kan ligge til grund for ikke-markedskonform gæld. I dette afsnit afdækkes begrebet kontrolleret gæld.

Ved gæld henvises til gæld omfattet af kursgevinstloven, herunder konvertible obligationer,[181] og benævnes sammenholdt med LL § 2, stk. 1 som kontrolleret gæld. Kontrolleret gæld omfatter gældsforhold i følgende interessefællesskaber:

- Gæld til juridiske personer, herunder transparente enheder omfattet af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., der udøver *bestemmende indflydelse* over låntager
- Gæld til juridiske personer[182], som låntager udøver *bestemmende indflydelse* over
- Gæld til *koncernforbundne* juridiske personer
- Gæld til ikke-hjemmehørende juridiske personer, hvor gælden er allokeret til disses *faste driftssted i Danmark*[183]

[176] Se hertil *Wittendorff* (2009), p. 345 ff.
[177] Se mere om den selskabsretlige kvalifikation i *Gomard* (1999) og *Hansen og Krenchel* (2011).
[178] Se også *Hansen* i SPO 2009, 125 samt *Berg* i SPO 2011, 76 og samme i SPO 2011, 251 om forholdet mellem kommanditselskaber og interessentskaber.
[179] Se bemærkningerne til § 6, nr. 1 og 2 i L 116 2005-2006.
[180] Se også *Wittendorff* (2009), p. 345 ff.
[181] Jf. SEL § 11, stk. 2. Se mere om gældsbegrebet og gældens værdi i afsnit 3.7.1 og 3.7.2.
[182] Heri sidestilles ikke transparente enheder omfattet af LL § 2, stk. 1, 2. pkt. med juridiske personer, da der i LL § 2, stk. 1, 2. pkt. udelukkende henvises til LL § 2, stk. 1, nr. 1 og LL § 2, stk. 3.

Kontrolleret gæld kan derved statueres på baggrund af (i) bestemmende indflydelse, (ii) koncernforbindelse eller (iii) fast driftssted i Danmark, hvilket behandles i følgende afsnit.

3.4.1 Bestemmende indflydelse

Ved bestemmende indflydelse forstås direkte eller indirekte ejerskab over mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettigheder.[184] I opgørelsen indgår direkte og indirekte ejerskab samt direkte og indirekte rådighed over stemmerettigheder. Opgørelsen af ejerandelen og opgørelsen af stemmerettigheder foretages separat. Derimod opgøres direkte og indirekte ejerskab samlet, ligesom at direkte og indirekte rådighed over stemmerettigheder opgøres samlet.[185] Opgørelserne foretages i forhold til SEL § 11 ved indkomstårets udløb. Der skal først og fremmest sondres mellem ejerskab over aktiekapitalen og rådighed over stemmerettigheder og herunder direkte og indirekte ejerskab/rådighed.

Ved ejerskab henvises til det civilretlige ejendomsbegreb og den nominelle ejerandel, eksempelvis aktiekapitalen eller anpartskapitalen.[186] Ved direkte ejerskab forstås eksempelvis moderselskabets ejerandel af den nominelle aktiekapital i et driftsselskab. Ved indirekte ejerskab forstås moderselskabets ejerandel af den nominelle aktiekapital i et driftsselskab gennem ejerandel af den nominelle aktiekapital i et eller flere mellemliggende selskaber. Såfremt moderselskabet ikke ejer hele aktiekapitalen i det eller de mellemliggende selskaber, så medregnes kun denne forholdsmæssige del af det mellemliggende selskabs ejerandel af driftsselskabet. Det vil sige, at hvor et moderselskab ejer 80 pct. af aktiekapitalen i et mellemliggende selskab, og det mellemliggende selskab ejer 80 pct. af aktiekapitalen i et driftsselskab, så anses moderselskabet for at eje 64 pct. (80 pct. af 80 pct.) af aktiekapitalen i driftsselskabet.[187] Der skal samtidigt alene tages hensyn til den del af driftsselskabets aktiekapital, som driftsselskabet ikke selv ejer ved egne aktier, hvorfor der bortses fra driftsselskabets egne aktier, herunder indirekte ejede egne aktier.[188] Følgende eksempel kan fremføres, hvor der redegøres for, om A udøver bestemmende indflydelse over B:

[183] Det skal bemærkes, at LL § 2, stk. 1, nr. 4 og nr. 6 ikke har relevans i forhold til SEL § 11. LL § 2, stk. 1, nr. 4 vedrører et fast driftssted i udlandet, mens LL § 2, stk. 1, nr. 6 henviser til KULBR § 21, stk. 4, der omhandler selskaber, som ikke er omfattet af SEL § 1 eller § 2. SEL § 11 vedrører kun selskaber m.v. omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a.
[184] Jf. LL § 2, stk. 2. Der henvises til det relative ejerskab og den relative rådighed over stemmerettighederne.
[185] Se hertil pkt. 7.2.2.1 og 7.2.2.2 i cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997.
[186] Se også *Wittendorff* (2009), p. 348 ff.
[187] Se pkt. 7.2.2.1 i cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997.
[188] Se hertil *Wittendorff* (2009), p. 350.

En vertikal selskabsrække består af selskaberne A, B og C. Aktiekapitalen i selskab B udgør 106 aktier a kr. 1.000, hvoraf A ejer 50 aktier og C ejer 10 aktier. De resterende 46 aktier ejes af en uafhængig tredjemand. B ejer 60 pct. af aktiekapitalen i C, mens de resterende 40 pct. ejes af en uafhængig tredjemand. Såfremt der umiddelbart bortses fra beholdningen af egne (indirekte) aktier, vil aktiekapitalen i B opgøres som bestående af i alt 96 aktier, hvorved A ejer 50 aktier ud af 96 aktier. Det må dog afvises, da B kun ejer 60 pct. af aktierne i C, hvorved beholdningen af indirekte egne aktier må opgøres som 60 pct. af 10, dvs. 6 aktier. Aktiekapitalen består derved af 100 aktier, hvor A præcis ejer 50 pct. heraf, hvorved der ikke består bestemmende indflydelse i forholdet mellem A og B.

Der foretages en samlet opgørelse af både direkte og indirekte ejerandele, hvorved den totale ejerandel af aktiekapitalen er afgørende. Det er irrelevant, om aktiekapitalen er opdelt i aktieklasser, men kan have betydning ved opgørelsen af stemmerettighederne, såfremt aktieklasserne vedrører stemmerettigheder.

Bestemmende indflydelse kan tilsvarende statueres ved rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettighederne. Det er ikke afklaret, hvad der nærmere forstås *rådighed*. Det konkluderes af *Wittendorff*[189], at der ikke i forhold til LL § 2 findes grundlag for kun at medregne stemmerettigheder, der rådes over på grundlag af ejendomsretten til aktiekapitalen. Rådighed kan derimod være af anden retlig karakter, således at eksempelvis en fuldmagt udgør rådighed over stemmerettigheder, hvilket må tiltrædes. Det må forudsættes, at fuldmagtshaver også faktisk har ret til selv at udnytte stemmerettighederne, i modsætning til en dikteret udnyttelse fra eksempelvis fuldmagtsgiver, således at rådigheden er reel og ikke kun formel. Ejendomsretten udgør formentlig udgangspunktet, hvor anden rådighed ikke dokumenteres. Muligheden for at erhverve aktier eller råde over stemmerettigheder, eksempelvis ved optioner, udgør ikke rådighed men potentiel rådighed, og omfattes ikke af rådighedsbegrebet.

I opgørelsen indgår, som nævnt, både direkte og indirekte rådighed over stemmerettigheder, og opgørelsen foretages samlet. Ved direkte rådig forstås et moderselskabs rådighed over stemmerettigheder i et driftsselskab. Ved indirekte rådighed over stemmerettigheder i et driftsselskab forstås moderselskabets rådighed herover gennem rådighed over stemmerettigheder i et eller flere mellemliggende selskaber. I opgørelsen af indirekte rådighed er det afgørende, om moderselskabet råder

[189] Se *Wittendorff* (2009), p. 353.

over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i det mellemliggende selskab. I så fald medregnes alle stemmerettigheder, som det mellemliggende selskab råder over i driftsselskabet ved bedømmelsen af, om moderselskabet udøver bestemmende indflydelse over driftsselskab (datter-datterselskab). Der er således tale om en "alt-eller-intet" medregning, i modsætning til aktiekapitalen, der indregnes forholdsmæssigt.[190] Såfremt et moderselskab råder over 70 pct. af stemmerettighederne i et mellemliggende selskab, og det mellemliggende selskab råder over 70 pct. af stemmerettighederne i et driftsselskab, så har moderselskabet bestemmende indflydelse i driftsselskabet på baggrund af stemmerettighederne (70 pct.).

I opgørelsen af stemmerettighederne indgår udelukkende aktive stemmer, der kan udnyttes på selskabets generalforsamling. Det følger af cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997,[191] at der ved kontrol på baggrund af stemmer skal tages hensyn til eventuelle begrænsninger i andre aktionærers adgang til at anvende stemmerettighederne, eksempelvis aktionæroverenskomster og suspenderede stemmerettigheder, således at andelen af aktive stemmerettigheder er afgørende. Der skal derfor tages hensyn til stemmebegrænsninger, eksempelvis i lovgivning, vedtægter og aktionærindkomster, herunder også begrænsninger opstået på baggrund af udenlandsk ret. Det omfatter eksempelvis stemmeloftsbegrænsninger, hvorved overskydende stemmer ikke indgår i opgørelsen, noteringsfrister, hvor stemmerettighederne ikke kan udøves i mellemtiden, retligt suspenderede stemmeandele samt stemmeandele knyttet til beholdningen af egne aktier.[192]

Det kan ikke i udgangspunktet antages, at bestemmende indflydelse kan konstateres på baggrund af en kombination af ejerandele og rådighed over stemmerettigheder. Det følger af ordlyden og lovbemærkningerne hertil, at disse er alternativer til hinanden dvs. ejerskab *eller* rådighed.[193] Det er dog fremført i litteraturen, at der for hvert led i en vertikal kæde af selskaber skal foretages en selvstændig vurdering, således at kontrolformen kan skifte karakter.[194] Dette er endnu ikke prøvet ved domstolene, og der er i lovbemærkningerne, cirkulærer m.v. udelukkende fremført eksempler, hvor der gennem hele selskabsrækken konsekvent udøves bestemmende indflydelse ved enten ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder.

Følgende eksempel kan fremføres.

Moderselskabet MS A/S ejer 51 pct. af anpartskapitalen i datterselskabet D1 ApS, men råder udelukkende over 49 pct. af stemmerettighederne i D1 ApS. D1 ApS ejer 49 pct. af anpartskapitalen i driftsselskabet D2 ApS og råder over 51 pct. af stemmerettighederne i D2 ApS, som det ses i følgende figur:

[190] Hjemlen til anvendelsen af to forskellige opgørelsesprincipper kritiseres bl.a. af *Dam* (2005), p. 321. Denne kritik afvises dog af *Wittendorff* (2009), p. 356 som en logisk og rimelig udfyldning, og anses som en del af forarbejderne til LL § 2, da disse var kendt forud for L 101 1997-1998.
[191] Se pkt. 7.2.2.2 i cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997.
[192] Se hertil pkt. 7.2.2.1 og 7.2.2.2 i cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997.
[193] Se hertil *Wittendorff* (2009), p. 349 samt henvisningerne heri i note 464.
[194] Se hertil *Dam* (2005), p. 212 ff. samt *Wittendorff* (2009), p. 353.

Spørgsmålet er herefter, om MS A/S udøver bestemmende indflydelse over D2 ApS. Der består hverken direkte ejerskab eller direkte rådighed over stemmerettigheder i forholdet mellem MS A/S og D2 ApS. Ligeledes råder MS A/S ikke indirekte over stemmerettigheder i D2 APS, da MS A/S ikke på baggrund af stemmerettigheder udøver bestemmende indflydelse over D1 ApS. Derimod ejer MS A/S indirekte ca. 25 pct. af anpartskapitalen i D2 ApS (51 pct. x 49 pct.) gennem D1 ApS, hvilket dog ikke statuerer bestemmende indflydelse. Der er dog ingen tvivl om, at MS A/S udøver bestemmende indflydelse over D1 ApS på baggrund af den direkte ejerandel (51 pct.), ligesom D1 ApS udøver bestemmende indflydelse over D2 ApS på baggrund af rådighed over stemmerettigheder (51 pct.).

Dam[195] har argumenteret for, at opgørelserne (ejerandel/stemmerettigheder) skal opgøres for hvert led i den vertikale kæde, dvs. i eksemplet mellem MS A/S og D1 ApS og i forholdet mellem D1 ApS og D2 ApS, således at MS A/S udøver bestemmende indflydelse over D2 ApS. Det fremgår, at hvor to eller flere på hinanden følgende led i kæden af selskaber kontrolleres på samme baggrund, dvs. enten ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, anvendes samme metode i opgørelsen af bestemmende indflydelse. I det eller de led af kæden, hvor den bestemmende indflydelse ændrer karakter, må det i stedet undersøges, om dette sidste led i kæden efter en opgørelse af ejerandele udøver bestemmende indflydelse over næste selskab i kæden. Fortolkningen tiltrædes af *Wittendorff*.[196]

LL § 2, stk. 1, nr. 1 og 2 vedrører udelukkende vertikale relationer, og det afgørende moment er, om den ene part direkte eller indirekte udøver bestemmende indflydelse over den anden part. Det er ikke en betingelse, at der faktisk *udøves* bestemmende indflydelse, da der er tale om en objektiv vurdering efter kriterierne i LL § 2, stk. 2.[197]

Det skal erindres, at den udøvende part kan bestå af et selskab eller foreninger m.v., der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt, og som sidestilles med en juridisk person efter LL

[195] Se *Dam* (2005), p. 216.
[196] Se *Wittendorff* (2009), p. 353.
[197] Ved lov nr. 458 af 9. juni 2004 erstattede *"udøver bestemmende indflydelse"* den hidtidige formulering *"kontrollerer"* i LL § 2 uden en materiel ændring heraf. Se bemærkningerne til § 10, nr. 4 i L 126 2003-2004. Af samme grund kan cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997 fortsat relevant, da LL § 2, stk. 2 tidligere henviste hertil.

§ 2, stk. 1, 2. pkt.[198] Gæld til en transparent enhed omfattet af LL § 2, stk. 1, 2. pkt. anses dog ikke som kontrolleret gæld for den del af den allokerede gæld, hvor den eller de bagvedliggende selskabsdeltagere og derved långivere udgør fysiske personer.[199] Den resterende del udgør fortsat kontrolleret gæld.[200]

Det skal slutteligt bemærkes, at det i forhold til SEL § 11 ikke er et spørgsmål om *hvem,* der udøver den bestemmende indflydelse over selskabet, men derimod en vurdering *om* et eller flere konkrete selskaber udøver bestemmende indflydelse over selskabet.[201] Den bestemmende indflydelse er derved ikke, som i SEL § 31C, begrænset til et enkelt moderselskab. Der skal henses til, at formålet er en afdækning af, hvornår et gældsforhold udspringer af et interessefællesskab. Afgørende er om interessefællesskabet kan have en så afgørende rolle, at interessefællesskabets interesser varetages og ikke selskabernes individuelle interesser.[202] Det er derfor ej heller overraskende, at opgørelsen af ejerandelen og stemmerettighederne udvides i LL § 2, stk. 2, 2.-6. pkt.

3.4.1.1 Medregning af ejerandel og stemmerettigheder efter LL § 2, stk. 2.-6. pkt.

Der skal ved opgørelsen af bestemmende indflydelse medregnes aktier og stemmerettigheder, der indehaves af koncernforbundne selskaber.[203] Hertil kommer også aktier og stemmerettigheder, der indehaves af personlige aktionærer og nærtstående hertil, jf. LL § 16H, stk. 6,[204] samt fonde og trusts stiftet af moderselskabet selv,[205] koncernforbundne selskaber eller nærstående.[206] Stifteren er derved afgørende for, om beholdningen også skal medregnes i opgørelsen af et andet subjekts ejerandel eller stemmerettigheder. Det er hensigten at hindre omgåelse ved spredning af ejerandele og stemmerettigheder inden for et interessefællesskab, hvorfor ejerandele og stemmerettigheder hos førnævnte medregnes i opgørelsen af en eventuel bestemmende indflydelse efter LL § 2 hos de enkelte skattesubjekter.

---

[198] Det omfatter ikke den modsatte situation, hvor låntager udøver den bestemmende indflydelse, og den transparente enhed udgør den kontrollerede enhed. En sådan situation omfattes ikke af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., da der heri ikke henvises til LL § 2, stk. 1, nr. 2, men udelukkende LL § 2, stk. 1, nr. 1 og LL § 2, stk. 3.

[199] Det var ikke hensigten at udvide anvendelsesområdet for SEL § 11 til at omfatte gæld til fysiske personer. Se *Amby* i SU 2006, 4, og samme i SU 2006, 187 for mere om L 116 2005-2006.

[200] Jf. SEL § 11, stk. 1, 2. pkt.

[201] Se også i denne retning *Werlauff* i SR-Skat 2011, 24.

[202] Det er ligeledes internationalt almindeligt at anvende både ejerandel og stemmerettigheder, som kriterier i forhold til interessefællesskabet, herunder eksempelvis i Canada, Portugal og USA. Der foretages desuden ofte en henvisning til de facto kontrol eller anden kontrol, eksempelvis i Brasilien, Frankrig, Japan, New Zealand og Storbritannien. Se mere herom i afsnit 3.4.4 samt bilag 4.

[203] Jf. LL § 2, stk. 2, 2. pkt. Koncernforbundne selskaber henviser til LL § 2, stk. 3. Se hertil *Wittendorff* (2009), p. 357.

[204] Som nærtstående anses herefter den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.

[205] Det må antages, at der med *moderselskabet selv* henvises til det pågældende subjekt, der potentielt udøver bestemmende indflydelse.

[206] Det omfatter ligeledes fonde og trusts stiftet af disse.

Derudover medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som direkte eller indirekte[207] indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.[208] Det fremgår eksplicit af lovbemærkningerne, at det ikke medfører, at selskabsdeltagerne indbyrdes er koncernforbundne, men alene at selskabsdeltagerne anses for at have bestemmende indflydelse i det fællesejede selskab. Der skal foretages en konkret vurdering af, om der foreligger en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse, hvori følgende kan indgå:[209]

- Fælles råden over flertallet af stemmerettigheder
- Fælles udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i selskabets øverste ledelsesorgan
- Fælles bestemmende indflydelse over selskabets driftsmæssige og finansielle ledelse

Kravet er todelt, således at der skal foreligge (i) en aftale samt (ii) bestå fælles bestemmende indflydelse. Det fremgår, at en indgået aktionæroverenskomst ikke i sig selv er tilstrækkelig til at fastslå, at der er indgået en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Det fremgår tillige, at bestemmelser om forkøbsret i forbindelse med salg og bestemmelser om begrænsning af pantsætningsadgang ikke i sig selv medfører, at der udøves fælles bestemmende indflydelse. Det fremhæves, at hvor kapitalfonde foretager en fælles investering, vil der i forbindelse med den fælles investering typisk aftales fælles bestemmende indflydelse. Der må dog foretages en konkret vurdering, uanset om en kapitalfond er deltager eller ej. Der fremhæves følgende retningslinjer:

- Krav til minimumsinvestering/ejerandel og eventuelt om deltagelse i fremtidige kapitalforhøjelser for at finansiere yderligere opkøb
- Ret til at sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær (tag-along) og pligt til at skulle sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær (drag-along)
- Enighed om den fælles strategi med investeringen (investeringshorisont, foretrukken exitmåde)
- Aftale om fælles udpegning af bestyrelsesmedlemmer og bestyrelsens virke (bestemmelser[210] om møder, quorum, flertalsregler, krav til kvalificerede flertal i visse beslutninger, m.v.)
- Retningslinjer for strategien for den købte virksomhed[211]

Disse synes reelt blot at udgøre en række eksempler og ikke en konkret definition af begrebet. Begrebet er fortsat uprøvet og udefineret.[212] Der skal under alle omstændigheder sondres mellem sel-

[207] Se bemærkningerne til nr. 6 i bilag 8 til L 116 2005-2006. Det følger heraf, at "*Såvel direkte som indirekte selskabsdeltagere vil blive anset for at have bestemmende indflydelse i det fællesejede selskab. Det er således ikke muligt at undgå at blive omfattet af bestemmelsen ved at indskyde mellemliggende holdingselskab. Bestemmelsen vil således finde anvendelse på såvel kapitalfondene som mellemholdingselskaber, når to kapitalfonde med hvert sit mellemholdingselskab har aftalt udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Dette vil gælde, uanset om aftalen er indgået mellem kapitalfondene eller mellem mellemholdingselskaberne.*"

[208] Jf. LL § 2, stk. 2, 3. pkt. Bestemmelsen anvendes både ved vurderingen af fysiske og juridiske personers udøvelse af bestemmende indflydelse. Se mere herom i *Bundgaard* (2010), p. 261 ff.

[209] Se bemærkningerne til nr. 6 i bilag 8 til L 116 2005-2006.

[210] Disse angives ofte at følge af bestyrelsens forretningsorden.

[211] Se bemærkningerne til nr. 6 i bilag 8 til L 116 2005-2006.

skabsdeltagere, der i fællesskab udøver bestemmende indflydelse, og selskabsdeltagere, der udøver en fælles bestemmende indflydelse over et selskab. I førstnævnte situation udøver de enkelte selskabsdeltagere blot deres individuelle rettigheder, som kan være begrænset ved en aktionæroverenskomst, men uden at der foreligger en aftale om fælles udøvelse af kontrol, hvilket ikke omfattes af LL § 2, stk. 2, 3. pkt.

3.4.2 Koncernforbundne juridiske personer

Kontrolleret gæld opstår ikke udelukkende i den vertikale relation, men tillige i den horisontale relation. Det følger at koncernforbundne juridiske personer tillige omfattes af LL § 2, stk. 1 og derved SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Begrebet *koncernforbundne juridiske personer* omfatter juridiske personer:

(i) hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller
(ii) hvor der er fælles ledelse

Det er et krav, at subjekterne udgør juridiske personer, og en transparent enhed sidestilles ikke med en juridisk person efter LL § 2, stk. 1, nr. 3.[213] Derimod følger det af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., at koncernforbundne transparente enheder skal anses som juridiske personer ved vurderingen af koncernforbindelse mellem to juridiske personer efter LL § 2, stk. 3.

3.4.2.1 Samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse

Af den oprindelige ordlyd fremgik *"samme kreds af aktionærer"*. Det følger af lovbemærkningerne[214], at ændringen til *"samme kreds af selskabsdeltagere"* svarer til den dagældende bestemmelse i LL § 2, stk. 3. Med selskabsdeltager må derfor fortsat forstås aktionærer.[215]

KGL § 4, stk. 2 indeholder en tilsvarende koncerndefinition, og der henvistes oprindeligt i LL § 2, stk. 2 til principperne i KGL § 4, stk. 2.[216] Ved lov nr. 458 af 9. juni 2004 indsattes en direkte henvisning til KGL § 4, stk. 2, men denne udgik ved lov nr. 408 af 1. juni 2005, hvor koncerndefinitionen selvstændigt nedfældedes i LL § 2, stk. 3 uden en tilsigtet materiel ændring heraf. Koncerndefinitionen i LL § 2, stk. 3 må således fortolkes i overensstemmelse hermed. Det konkluderes ligeledes af *Wittendorff*[217],

---

[212] I forbindelse med L 116 2005-2006 blev det fremført, at de diffuse begreber om fælles ledelse m.v. i LL § 2 forringer retssikkerheden for skatteyderen grundet manglende forudsigelighed i forhold til SEL § 11, se *Advokatrådet* i bilag 4 til L 2005-2006. Se også *Bundgaard* (2010), p. 261 ff. samt *Werlauff* i SR-Skat 2011, 24, hvor der i sidstnævnte henvises til vejledning fra kartelretten. LL § 2, stk. 3, 3. pkt. er konkret behandlet i TfS 2009, 634, hvori Skatterådet foretog en konkret vurdering heraf i forhold til flere elementer i en aktionæroverenskomst, og fandt at der ikke forelå en aftale om udøvelse fælles af bestemmende indflydelse. Det vedrørte bl.a. tilføjelser i aktionæroverenskomsten i form af generelle hensigtserklæringer om udbyttepolitik, fremme af fælles aktionær- og selskabsinteresser samt et fremtidigt salg af aktier.
[213] Jf. LL § 2, stk. 1, 2. pkt. og LL § 2, skt. 1, nr. 3 modsætningsvis.
[214] Se bemærkningerne til nr. 6 i bilag 8 til L 116 2005-2006.
[215] Se tillige bemærkningerne til § 3, nr. 8 i L 110 2006-2007, hvoraf det fremgår at *"Det foreslås, at ved bedømmelsen heraf skal en selskabsdeltager anses for at have været selskabsdeltager i det indskydende selskab fra det tidspunkt, hvor den pågældende har erhvervet aktierne."* Det synes at støtte en fortolkning af selskabsdeltager som et ejerskabskrav. Det kan således ikke opstå bestemmende indflydelse udelukkende på baggrund af stemmerettigheder, da en den bestemmende indflydelse skal udøves af én eller flere aktionærer.
[216] Se bemærkningerne til § 1 i L 101 1997-1998.
[217] Se *Wittendorff* (2009), p. 366.

at koncernbegrebet i LL § 2, stk. 3, første led, har samme indhold som KGL § 4, stk. 2 på tidspunktet for fremsættelsen af L 101 1997-1998. Den fremførte konklusion af *Wittendorff* må tiltrædes.[218]

Konsekvensen af en sådan fortolkning er, at der skal bortses fra stemmerettigheder, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed.[219] Ydermere skal indirekte ejerandele ikke opgøres forholdsmæssigt som i LL § 2, stk. 2. Der skal kun medregnes ejerandele i mellemliggende selskaber, såfremt der ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen. Slutteligt må der henses til aktionærer som nævnt i den dagældende ABL § 11, stk. 3, da disse ved bedømmelsen af aktionærkredsen anses som én og samme aktionær.[220]

Selskabsdeltagerkredsen omfatter grundlæggende en hvilken som helst gruppe af personer, der tilsammen udøver bestemmende indflydelse i begge selskaber, uanset den indbyrdes fordeling i herimellem.[221] Koncernforbindelsen konstateres på baggrund af direkte eller indirekte bestemmende indflydelse af samme selskabsdeltagere både i forhold til låntager og långiver. Det er således ikke en betingelse, at der udøves fælles bestemmende indflydelse, men derimod blot at disse tilsammen udøver en bestemmende indflydelse.

3.4.2.2 Fælles ledelse

Ved koncernforbundne juridiske personer forstås tillige juridiske personer, der har fælles ledelse. Det kan derved hævdes, at LL § 2, stk. 3, 2. led udgør et *de facto* kontrol- eller koncernbegreb. To selskaber anses for koncernforbundne, såfremt de administreres af samme ledelse, eller hvis der er væsentlige personsammenfald i de to selskabers ledelse. Ledelsesbegrebet må formentlig dække over selskabets ledelsesorganer, dvs. bestyrelsen og/eller direktionen, men dette fremgår ikke direkte af lovbemærkningerne.[222] Det må påpeges, at der forudsættes et *væsentligt* personsammenfald, hvilket må forudsætte en relativ flerhed, hvorved at *personsammenfaldet* kontrollerer hele eller væsentlige dele af begge selskaber.

Tilføjelsen om fælles ledelse begrundedes med kapitalfondes opkøb af selskaber, hvor ét managementselskab (typisk komplementaren) har ledelses- og beslutningsretten, mens kun meget væsentlige og indgribende beslutninger godkendes af kommanditisterne.[223] Såfremt samme komplementar indgår i flere kommanditselskaber, vil disse have fælles ledelse og anses for koncernforbundne. Det

[218] Der synes at bestå en mærkværdig begrebsanvendelse vedrørende kontrol og bestemmende indflydelse, som det ellers var tilsigtet at gøre op med ved lov nr. 458 af 9. juni 2004. Anvendelse af begrebet *kontrolleret* i SEL § 11, stk. 1, nr. 2, som henviser til anvendelsen af begrebet *bestemmende indflydelse* i LL § 2, der har forskelligt indhold i henholdsvis LL § 2, stk. 2 og stk. 3, og samtidigt i øvrigt afviger betragteligt fra begrebet bestemmende indflydelse, som anvendt i SEL § 31C, synes ikke at udgøre en ensartet begrebsanvendelse. Se også *Hougaard* i TfS 2010, 208.

[219] Det bemærkes hertil af *Wittendorff* (2009), p. 366, at *"Der synes ikke at findes sikre holdepunkter for at bortfortolke denne regel i forhold til LL § 2."*

[220] Som eksempel nævnes en situation hvor far og søn kontrollerer hvert sit selskab, hvor selskaberne da vil være koncernforbundne, se *Wittendorff* (2009), p. 369.

[221] Se også *Werlauff* i SR-Skat 2011, 24.

[222] Det er uklart om realitetsbetragtninger kan indgå i denne vurdering, men ordlyden synes ikke udvidet i lovbemærkningerne m.v. til at fravige det selskabsretlige ledelsesbegreb.

[223] Se bemærkningerne til § 6, nr. 1 og 2 i L 116 2005-2006.

gælder også hvor en enhed administreres af forskellige administratorer, såfremt administratorerne har indgået en aftale om fælles ledelse. Tilføjelsen er uprøvet og udefineret.[224]

3.4.3 Fast driftssted i Danmark

Det følger slutteligt, at faste driftssteder omfattes af SEL § 11, stk. 1, nr. 1, således at gæld allokeret hertil, hvor hovedkontoret er *långiver*, tilsvarende omfattes af SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Dette følger i samspil med LL § 2, stk. 1, nr. 5. Gæld til andre end hovedkontoret skal derimod ikke henføres til LL § 2, stk. 1, nr. 5.

Det følger af praksis, at et fast driftssted som udgangspunkt ikke er berettiget til at fratrække renteudgifter på gæld til dets udenlandske hovedkontor. Disse overførsler sker inden for samme juridiske enhed, og mellemværendet kan derfor oftest ikke sidestilles med et sædvanligt juridisk forpligtende gældsforhold, medmindre lånet vedrører det faste driftssteds drift.[225] Det er bekræftet af Ligningsrådet, at der ved opgørelsen af indkomsten for et fast driftssted som udgangspunkt ses bort fra interne rentebetalinger samt kursgevinster og tab på fordringer mellem et udenlandsk hovedkontor og et fast driftssted i Danmark med henvisning til TfS 1993, 7, og at det i overensstemmelse hermed antages, at der ved opgørelsen af gæld og egenkapital efter SEL § 11 som udgangspunkt bortses fra interne fordringer mellem et udenlandsk hovedkontor og et fast driftssted i Danmark.[226] Det fremførtes ligeledes under det lovforberedende arbejde[227], at "*man kan ikke tænke sig fradrag for skattemæssige rente uden at der også er tale om skattemæssig gæld*", hvilket er i overensstemmelse den skattemæssige rentedefinition.

Det har betydning i forholdet mellem hovedkontoret og det faste driftssted, da indskud af kapital i de fleste tilfælde ikke betragtes som gæld.[228] Såfremt indskud fra hovedkontoret anses som gæld, vil det udgøre kontrolleret gæld.

3.4.4 Internationalt perspektiv

Koncernskærpende tynd kapitaliseringsregulering findes ikke blot i Danmark men tilsvarende i lande som Australien, Brasilien, Canada, Frankrig, Holland, Japan, Kina, New Zealand, Portugal, Rusland, Schweiz, Spanien, Storbritannien og USA, hvori der naturligt indgå et element af et interessefællesskab ved opgørelsen af den kontrollerede gæld og derved den ikke-markedskonforme gæld.

Der består betydelige afvigelser ved definition af interessefællesskabet i international henseende, men ejerandel (aktiekapitalen) er oftest det bærende element. Ejerandelskriteriet varierer fra 10 pct. af aktiekapitalen (Brasilien) til 80 pct. af aktiekapitalen (USA), mens også kriterier som stemmerettigheder og de facto kontrol anvendes i eksempelvis Brasilien, Canada, Frankrig, Portugal, Spanien og Storbritannien.

[224] Se mere herom i *Wittendorff* (2009), p. 370 ff. samt *Werlauff* i SR-Skat 2011, 24.
[225] Se eksempelvis TfS 1993, 7 samt *Winther-Sørensen* (2000), p. 261 ff. og p. 294 ff.
[226] Se SKM2005.145.LR.
[227] Se svar på spørgsmål 11 i bilag 11 til L 53 1998-1999.
[228] Der henvises til indskud af kapital i bred forstand, herunder gældsfinansiering.

Der kan anføres følgende overordnede definitioner af interessefællesskabet:

- Brasilien - Mindst 10 pct. af aktiekapitalen eller anden kontrol
- Canada - Mindst 25 pct. af aktiekapitalen eller stemmerettighederne
- Danmark - Mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettighederne
- Frankrig - Mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller de facto kontrol
- Holland - Mindst 1/3 af aktiekapitalen eller samme fiskale enhed m.v.
- Japan - Mindst 50 pct. af de udstedte aktier eller summen af indskudt kapital eller de facto kontrol
- Kina - Mere end 25 pct. af aktiekapitalen[229]
- New Zealand - Mindst 50 pct. af aktiekapitalen eller anden kontrol
- Portugal - Mindst 10 pct. af aktiekapitalen eller stemmerettighederne, eller sammenfald i ledelsen m.v.
- Rusland - Mere end 20 pct. aktiekapitalen
- Schweiz - Relationsbetingelsen er ikke klart defineret.
- Spanien Mere end 25 pct. af aktiekapitalen eller personsammenfald i ledelsen
- Storbritannien - Den nødvendige kontrol består, hvor selskabet direkte eller indirekte kan sikre sine interesser gennem ledelsen, kontrol eller aktiekapitalen.
- USA - Mindst 80 pct. af aktiekapitalen eller stemmerettighederne

Selvom ejerandel er det mest anvendte kriterium ved definitionen af interessefællesskabet, står dette sjældent alene. Stemmerettigheder og de facto kontrol m.v. supplerer dog ofte ejerandelskriteriet. Stemmerettigheder er et udtryk for indflydelse ved generelforsamlingen, mens de facto kontrol ofte er relateret til direkte indflydelse på bestyrelses- eller direktionsniveau. Afvejningen af disse vilkår er et spørgsmål, om det økonomiske interessefællesskab og/eller evnen til at påvirke et andet skattesubjekts ageren skal være afgørende.

Det må erkendes, at det er særdeles vanskeligt at regulere, i hvilke situationer ikke-markedskonform gældssætning kan forekomme.[230] Der kan eksempelvis henses til, at interessefællesskabet ikke i samme grad er defineret i reguleringen i eksempelvis Australien, Schweiz og Storbritannien, og der anvendes en mere pragmatisk tilgang og vurdering heraf. Uanset hvilken metode, der anvendes til identifikation af interessefællesskabet, må det anføres, at alene forsøget kan medføre, at såvel ikke-markedskonform gæld ikke omfattes som at markedskonform gæld omfattes. Des lavere krav, der stilles til de sammenfaldende interesser, dvs. des større kreds af interessefællesskaber og gældsforhold omfattes, des større krav må stilles til de yderligere betingelser ved identifikation af den uforholdsmæssige gæld og fradragsbeskæringen. Det må i dansk henseende bifaldes, at koncerndefiniti-

[229] Hertil kommer gæld til et selskab m.v., hvor gælden udgør mere end 50 pct. af den faktiske modtagne kapital samt gæld til et selskab m.v., hvor dette selskab har stillet sikkerhed for mere end 10 pct. af selskabets gæld.

[230] Samme problematik kan anføres i forhold til markedskonforme vilkår. Det er derved også naturligt at der er sammenfald i definitionen af interessefællesskabet i LL § 2 og SEL § 11.

onen i SEL § 11, stk. 1, nr. 2 hviler på transfer pricing reguleringen i LL § 2, således at der ikke ved SEL § 11 foretages en selvstændig opgørelse af interessefællesskabet. Set i et internationalt perspektiv synes definitionen af kontrolleret gæld i Danmark ikke at være bred.

Det var i øvrigt udgangspunktet for SEL § 11, at kun grænseoverskridende gældsforhold omfattedes, men SEL § 11, stk. 1, nr. 2 ændredes, som nævnt, ved lov nr. 221 af 31 marts 2004 til også at omfatte rent nationale gældsforhold. Det skete som følge af EU-Domstolens afgørelse i Lankhorst-Hohorst C-324/00 som omtalt i kapitel 6, afsnit 6.2.1.1. Et sådan modsvar skete tilsvarende i bl.a. Italien og Tyskland, mens Portugal indskrænkede reguleringen til ikke at omfatte skattesubjekter hjemmehørende i EU eller EØS.[231] Det er i dette lys ikke overraskende, at tynd kapitaliseringsreguleringen ikke indeholder et grænseoverskridende element i eksempelvis Belgien, Danmark, Frankrig, Holland, Spanien og Storbritannien. Derimod genfindes det grænseoverskridende element i reguleringen i de fleste lande, der ikke er medlem af EU.[232]

Det kan synes som en uheldig udvikling, at reguleringen er udvidet til grænseoverskridende gældsforhold, hvor kun udflytning af skattetilsvar kan ske. De EU-retlige forpligtelser er formentlig ikke til hinder herfor, henset til Thin Cap Group Litigation C-524/04.[233] Det forudsættes dog, at reguleringen baseres på en undersøgelse af objektive omstændigheder, hvorved kun kunstige arrangementer, der blot har skattemæssigt formål, omfattes heraf. Det er således i disse tilfælde muligt også for EU-medlemsstater at opretholde tynd kapitaliseringsregulering, der udelukkende omfatter grænseoverskridende gældsforhold, men indskrænker anvendelsesområdet til kunstigt arrangementer (ikke-markedskonform gæld), som defineret af EU-Domstolen. EU-medlemslandene synes ikke at have taget denne mulighed til sig. SEL § 11 kan formentlig ved få, men væsentlige, ændringer af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. bringes i overensstemmelse hermed,[234] hvorved SEL § 11 på ny kan målrettes grænseoverskridende gældsforhold, der udgør reguleringens virkelige sigte.

3.5 Kontrolleret gæld - sikkerhedsstillelse

Kontrolleret gæld kan ikke blot forekomme i gældsforhold mellem koncernselskaber, men ligeledes ved gæld til tredjemand i situationer, hvor koncernforbundne selskaber m.v. har haft betydning for gældsforholdet. Det følger af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., at lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, udgør kontrolleret gæld. Heri omfattes bl.a. back-to-back lån.

Formålet er at sikre mod omgåelse, således at lån, der er ydet af tredjemand, behandles på samme måde som koncernintern gæld, såfremt lånet alene er ydet som følge af den kontrollerende indfly-

[231] Reguleringen i Spanien omfatter ligesom den portugisiske regulering kun gæld til skattesubjekter, der ikke er hjemmehørende i EU eller EØS.
[232] Det omfatter eksempelvis Australien, Brasilien, Canada, Kina og Schweiz.
[233] Se mere herom i kapitel 6, afsnit 6.2.1.2. Det var bl.a. også EU-retlige overvejelser, der lå til grund for udskiftningen af regler om tynd kapitalisering med EBITDA-baseret regulering i både Italien og Tyskland.
[234] Se mere herom i kapitel 6, afsnit 6.2.1.2, 6.2.2.1.2 samt 6.2.2.1.3.

delse.[235] Henvisningen til lån fra tredjemand betinger, at der foreligger et gældsforhold mellem parterne, og det er irrelevant om tredjemanden udgør en fysisk eller juridisk person.

SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. nødvendiggør en nærmere uddybning af, hvad der forstås ved *"den kontrollerede ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber"* samt *"direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for"*.

3.5.1 Den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber

Der henvises i ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. til *"den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber"*. Der foreligger ikke en uddybning heraf i bemærkningerne til L 101 1997-1998, og dette genfindes i øvrigt ikke i LL § 2. Henset til anvendelsen af begrebet *"kontrolleret gæld"* i SEL § 11, stk. 1, nr. 2, hvortil SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. udgør en værnsregel, må det antages, at kontrolbegrebet i SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. skal forstås i overensstemmelse hermed. Det synes derved nærliggende at fortolke begrebet i overensstemmelse med enten SEL § 11, stk. 1, nr. 2 eller LL § 2, som SEL § 11, stk. 1, nr. 2 henviser til. Det behandles i det følgende.

FSR udbad det under det lovforberedende arbejde med L 119 2003-2004 præciseret, at sikkerhedsstillelse fra fysiske personer ikke længere omfattes af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.,[236] da disse udgik af SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Skatteministeren fandt dog en sådan præcisering overflødig og henviste til, at:

"Med den foreslåede affattelse af § 11, stk. 1, nr. 2, er den kontrollerende ejerkreds juridiske personer som nævnt i ligningslovens § 2, stk. 1. Det vil sige, at § 11, stk. 1, 3. pkt.,[237] omhandler lån, som juridiske personer som nævnt i ligningslovens § 2, stk. 1, eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte stiller sikkerhed for."[238]

FSR og Skatteministeren tolkede derved begrebet som en henvisning til SEL § 11, stk. 1, nr. 2 (juridiske personer). En sådan henvisning følger dog ikke eksplicit af ordlyden, og fortolkningen anses for forkert af *Bundgaard* i SU 2004, 207. Det understreges heri, at blot fordi fysiske personer undtages fra långiverkredsen efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2 er det ikke ensbetydende med, at fysiske personer generelt undtages fra kontrolkredsen i henhold til LL § 2. Det konkluderes dog samtidig af *Bundgaard* på baggrund af, at Skatteministerens svar under det lovforberedende arbejde har retskildeværdi, at skattemyndighederne ikke kan træffe afgørelser til skatteyderens ugunst på det grundlag, uagtet den "*forkerte*" fortolkning. Der er derved ikke uenighed om retstilstanden, men uenighed om retsgrundlaget herfor.[239]

SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. omfatter kun sikkerhedsstillelse fra juridiske personer omfattet af SEL § 11, stk. 1, nr. 2, hvorved sikkerhedsstillelse udelukkende statuerer kontrolleret gæld, såfremt et direkte lån fra subjektet ville udgøre kontrolleret gæld efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2.

[235] Se bilag 9 til L 101 1997-1998.
[236] Se bilag 16 til L 119 2003-2004.
[237] Nu SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.
[238] Se bilag 21 til L 119 2003-2004.
[239] Henset til at SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. skal hindre omgåelse af SEL § 11, stk. 1, nr. 2 ved anvendelse af sikkerhedsstillelse, kan ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. implicit kan bære en henvisning til SEL § 11, stk. 1, nr. 2.

3.5.2 Direkte eller indirekte sikkerhed

I forrige afsnit afdækkedes den omfattede kreds af subjekter i forhold til SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. Det forudsættes samtidig, at disse direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for tredjemandsgæld, for at der efter SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. består kontrolleret gæld.[240]

Følgende fremgår af lovbemærkningerne:

"Direkte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor f.eks. moderselskabet har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet. Der kan typisk være tale om en bank, der indskydes som formel kreditor. Udtrykket indirekte sikkerhedsstillelse dækker de såkaldte back-to-back lån, hvor moderselskabet f.eks. aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet et lån mod, at moderselskabet yder et lån til tredjemand. Et back-to-back lån foreligger f.eks. også, hvor moderselskabets bank yder et lån til datterselskabet, samtidig med at moderselskabet indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank."[241]

Det følger af lovbemærkningerne at direkte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor f.eks. moderselskabet har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet.[242] Det fremgår tillige, at foreligger der en direkte modregningsadgang, vil der utvivlsomt være tale om sikkerhedsstillelse.[243] Derved synes *direkte sikkerhed* synonymt med garanti, hvor der juridisk indestås for låntagers betalingsforpligtelse.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at indirekte sikkerhedsstillelse dækker back-to-back lån, hvor eksempelvis moderselskabet aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet et lån mod, at moderselskabet yder et tilsvarende lån til tredjemanden eller eksempelvis indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank.[244] Ved indirekte sikkerhedsstillelse består derved en ikke nærmere defineret sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, hvorved disse er indbyrdes forbundne.[245]

Men spørgsmålet er, om det overhovedet er muligt at sondre mellem direkte og indirekte sikkerhedsstillelse, da det må fastholdes, at der ifølge ordlyden skal bestå *sikkerhed for* lånet. Det synes at forudsætte en juridisk forpligtelse, hvorved hensigtserklæringer m.v. udelukkes. Det afvistes dog af Skatteministeriet i forbindelse med henvendelse fra BDO SKAT, hvori det forespurgtes om moderselskabets hensigtserklæringer og "letters of intent" om økonomisk støtte over for datterselskabets långivende banker i forbindelse med låneoptagelse og over for datterselskabets leverandører og samhandelspartnere i forbindelse med datterselskabets samhandel med leverandører m.v. anses for kontrolleret gæld.[246]

[240] Begrebet sikkerhedsstillelse anvendes i lovbemærkningerne synonymt med *sikkerhed for*. Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[241] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[242] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[243] Se bilag 8 til L 101 1997-1998.
[244] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[245] Se bilag 8 til L 101 1997-1998.
[246] Se bilag 7 og 9 til L 101 1997-1998.

Skatteministeren svarede, at:

"I relation til koncernintern sikkerhedsstillelse for lån fra tredjemand er det afgørende for, om der vil være tale om at sidestille sikkerhedsstillelsen med kontrolleret gæld, om der foreligger en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er indbyrdes forbundne. Dette må antages at være tilfældet i de af BDO SKAT beskrevne situationer, hvor moderselskabet afgiver hensigtserklæringer eller letters of intent om økonomisk støtte over for datterselskabets långivende banker i forbindelse med låneoptagelse og over for datterselskabets leverandører og samhandelspartnere i forbindelse med datterselskabets samhandel med leverandører m.v."[247]

Skatteministeren anså derved ikke-juridisk bindende hensigtserklæringer for omfattet af begrebet sikkerhedsstillelse, grundet sammenhængen mellem lånet og hensigtserklæringerne.

FSR anførte tillige under det lovforberedende arbejde, at indirekte sikkerhedsstillelse kun kan eksistere, hvor der foreligger en modregningsadgang,[248] da det forudsættes at der også i civilretlig forstand består sikkerhed.[249] Skatteministeren fremførte, at hvis der foreligger en direkte modregningsadgang, vil der ikke være nogen tvivl om, at der er tale om en sikkerhedsstillelse, mens det ikke vil være tilfældet, hvis der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser. Herefter anførtes det, at der ved indirekte sikkerhedsstillelse foreligger en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er indbyrdes forbundne,[250] hvilket igen synes at fravige det civilretlige udgangspunkt om sikkerhedsstillelse.

Der er derved divergerende opfattelser af fortolkningen af "*direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for*". Skatteministeren synes at fortolke begrebet "*indirekte sikkerhed*" som sikkerhed, der ikke nødvendigvis civilretligt udgør sikkerhed, men blot har en nær sammenhæng med låneoptagelsen.

Henset til ordlyden og lovbemærkningerne hertil synes betingelsen todelt. Det må antages, at ordlyden udelukkende omfatter sikkerhedsstillelse med et civilretligt juridisk forpligtende indhold, da der ellers ikke kan anses for at være stillet *sikkerhed*. Det må antages, at støtteerklæringer skal have et juridisk forpligtende indhold, således at støtteerklæringer efter en konkret vurdering kan være omfattet af begrebet, men at sammenhængen mellem lånet og støtteerklæringen ikke i sig selv er nok. Støtteerklæringen kan utvivlsomt have kautionslignende karakter og være juridisk bindende, men det må afgøres ud fra indholdet af den konkrete støtteerklæring.[251] Der findes ikke støtte i ordlyden og lovbemærkningerne hertil for generelt at betragte hensigtserklæringer som *sikkerhed for*, uanset sammenhængen med lånet.

Hertil kommer, at der ikke blot skal være tale om sikkerhedsstillelse, men *sikkerhed for gælden*, hvorved der netop må betinges en direkte eller indirekte sammenhæng med lånet. Derved må direk-

[247] Se bilag 9 til L 101 1997-1998.
[248] En sådan modregningsadgang kan eksempelvis foreligger i cash pool arrangementer, men også i kraft af krydskautioner. Se også *Bundgaard* i SU 2004, 207.
[249] Se bilag 4 til L 101 1997-1998.
[250] Se bilag 8 til L 101 1997-1998.
[251] Se eksempelvis UfR 1999, 1289H og UfR 2009, 1512H.

te og indirekte antages at henvise til sammenhængen med lånet, og ikke indholdet af sikkerhedsstillelsen. Skatteministerens fortolkning synes ufuldstændig, da sammenhængen ikke alene er nok, ligesom konstateringen af sikkerhedsstillelse ej heller er nok, da denne skal have en direkte eller indirekte sammenhæng med gælden. Derved synes FSR og Skatteministeriet at berøre hvert sit element.

Det er derfor umiddelbart tvivlsomt, om back-to-back lån omfattes af ordlyden, hvor der ikke foreligger en juridisk modregningsadgang.[252] Henvisningen i lovbemærkningerne til, at udtrykket indirekte sikkerhedsstillelse dækker de såkaldte back-to-back lån, understøtter dog, at indirekte sikkerhed altid indeholder back-to-back lån.

Der er ikke anført nærmere om tidspunktet for vurderingen efter SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., men det må antages, at udløbet af indkomståret er afgørende, hvilket ligeledes anvendes ved opgørelsen af den kontrollerede gæld og solvenskravet i SEL § 11, stk. 1, nr. 2 og 3 samt armslængdeundtagelsen i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Sikkerhedsstillelsens sammenhæng med lånet må tilsvarende vurderes ved indkomstårets udløb

Det skal slutteligt bemærkes, at renteindtægter og kursgevinster, der ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter SEL § 11, stk. 6 grundet en fradragsbeskæring af låntager efter SEL § 11, stk. 1, ikke omfatter renteindtægter af lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for.[253] Fradragsbeskæring af renteudgifter på gæld omfattet af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. medfører således ikke en modsvarende skattefrihed for renteindtægten hos långiver.[254]

3.5.3 Fast driftssted i Danmark

Der skal ved tredjemandsgæld allokeret til faste driftssteder særligt henses til SEL § 11, stk. 5, 3. pkt., hvoraf det følger, at lån fra tredjemand anses som kontrolleret gæld, såfremt hovedkontoret hæfter for lånet. Det må erindres, at der i udgangspunktet i ordlyden af SEL § 11, stk. 5 henvises til skattesubjektet omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a, hvilket udgør det udenlandske selskab m.v. (hovedkontoret inkl. det faste driftssted).

SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. indsattes som en præcisering ved lov nr. 308 af 19. april 2006,[255] hvilket dog ikke var forudsat i litteraturen forud herfor.[256] Det antoges i litteraturen, at afgørende var, om moderselskabet eller andre koncernforbundne selskaber havde stillet sikkerhed m.v. for gælden, da der ved et hovedkontor og et fast driftssted er tale om et subjekt og ikke to subjekter. En sådan fortolkning må tiltrædes og understøttes tilsvarende af Landskatterettens afgørelse i SKM2010.270.LSR, hvori Landsskatteretten fandt, at en filial ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt i forhold til hovedkontoret i forhold til SEL § 11.[257] Det synes umådeligt svært at omfatte hovedkontorets sikkerheds-

[252] Se *Bundgaard* (2000), p. 131, *Hansen* i TfS 1998, 569, *Josephsen* i SU 1999, 7 samt *Bundgaard* i SR-Skat 2000, 228.
[253] Jf. SEL § 11, stk. 6, 2. pkt.
[254] Se mere herom i afsnit 3.10.1.
[255] Se bemærkningerne til § 7, nr. 2 i L 116 2005-2006.
[256] Se *Winther-Sørensen* (2000), p. 434 og *Josephsen* i SU 1999, 7.
[257] Se om filialbegrebet i *Lilja* (2010).

stillelse, der udgør samme subjekt som filialen, af ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., herunder særligt at anse hovedkontoret som *"kontrollerende ejerkreds"* i forhold til det faste driftssted.

Der er dog ikke længere tvivl om, at gæld til tredjemand udgør kontrolleret gæld, hvor hovedkontoret hæfter for gælden jf. SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. Hæftelse og sikkerhedsstillelse er særligt problematisk, da det bagvedliggende subjekt, herunder hovedkontoret, normalt altid civilretligt hæfter for det faste driftssteds gæld til tredjemand, medmindre det faste driftssted er opstået som følge af SEL § 2A. Ved gæld til tredjemand vil det faste driftssteds gæld til tredjemand som hovedregel udgøre kontrolleret gæld, hvilket må siges at være vidtgående.

Følgende udgør derved kontrolleret gæld i forhold til faste driftssteder:

- Gæld til hovedkontoret
- Gæld til selskaber m.v., der udøver bestemmende indflydelse over subjektet omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a
- Gæld til selskaber m.v., som subjektet omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a, udøver bestemmende indflydelse over
- Gæld til koncernforbundne selskaber m.v.
- Gæld til tredjemand allokeret til det faste driftssted, hvor hovedkontoret hæfter for gælden[258]

Adskillelsen af gælden fra hæftelsen ved allokeringen af gælden til et fast driftssted umuliggør en fuldstændig ligestilling af datterselskaber og faste driftssteder, da faste driftssteder hviler på hele skattesubjektets kapitalberedskab og ikke kun det faste driftssteds kapitalberedskab, hvilket bevirker, at långiver har en øget sikkerhed. Lovgiver har valgt, at dette ikke skal være en fordel ved etablering af faste driftssteder i forhold til SEL § 11 - tværtimod.

3.6 10 mio. kroners grænsen

I de foregående afsnit er kontrolleret gæld identificeret. Det betinges efter SEL § 11, stk. 1, 6. pkt., at denne overstiger 10 mio. kroner, hvilket indførtes ved lov nr. 221 af 31. marts 2004. Grænsen blev indsat som led i en lempelse af SEL § 11, således at denne blev mindre byrdefuld for især mindre og mellemstore selskaber.

Den kontrollerede gæld henviser til definitionen i SEL § 11, stk. 1, nr. 2, SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. og SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. Det er ikke klart, om der henvises til restgælden eller værdien af denne gæld, da disse ikke nødvendigvis er identiske. Henset til at gælden efter SEL § 11, stk. 2 opgøres til værdien heraf, hvilket behandles i afsnit 3.7.2, synes der ligeledes i SEL § 11, stk. 1, 6. pkt. henvist til værdien af den kontrollerede gæld. Det betinges herefter at værdien af den kontrollerede gæld for låntager overstiger 10 mio. kroner, som opgjort efter SEL § 11, stk. 2.

[258] Jf. SEL § 11, stk. 5, 3. pkt.

3.7 Solvenskravet

Identifikationen af interessefællesskabet og den kontrollerede gæld er analyseret i de foregående afsnit. I dette afsnit analyseres opgørelsen af den ikke-markedskonforme gæld. Identifikation af gæld, der udelukkende udspringer af interessefællesskabet, lader sig ikke nemt identificere. Det har skabt grobund for solvenskravbaserede metoder frem for armslængdebaserede metoder med fokus på det enkelte gældsforhold. Solvenskravbaserede metoder indeholder en antagelse om, at gældsforhold ud over et konkret solvenskrav udspringer af interessefællesskabet. Denne uforholdsmæssighed er en fast bestanddel af begrebet tynd kapitalisering og er det grundlæggende element i antagelsen om, at gældssætningen ikke er markedskonform.[259] Men det har samtidig skabt grobund for hybrider, hvor antagelsen i stedet bliver til en formodning, der kan moddokumenteres.[260]

Det følger af SEL § 11, stk. 1, nr. 3, at et selskab m.v. er tyndt kapitaliseret, såfremt fremmedkapitalen (gælden) set i forhold til selskabets egenkapital overstiger forholdet 4:1 ved udløbet af indkomståret,[261] mens det samtidig følger af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., at fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. SEL § 11 kan derved synes at udgøre en form for hybrid regulering, men det må påpeges, at SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. anvendes ved indkomstårets udløb. Den reelle armslængdeværdi heraf er derfor tvivlsom, da der ikke henses til forholdene på tidspunktet for gældsstiftelsen.

Solvenskravet udgør samtidigt beregningsgrundlaget for fradragsbeskæringen. Det følger af SEL § 11, stk. 1, 7. pkt., at fradragsbeskæringen alene finder sted for den del af den kontrollerede gæld, som skulle omkvalificeres til egenkapital for, at forholdet mellem fremmedkapital (gæld) og egenkapital ved indkomstårets udløb udgør 4:1.

Det er nødvendigt ved indkomstårets udløb at opgøre værdien af både gælden og egenkapitalen for at udrede, om solvenskravet er overskredet og identificere potentiel uforholdsmæssig gæld, hvilket analyseres i de følgende afsnit.

3.7.1 Opgørelse af gælden

Opgørelsen af værdien af gælden forudsætter først og fremmest en identifikation af gælden. Der betinges et civilretligt retskraftigt gældsforhold, hvilket indebærer en reel gældsforpligtelse.[262] Det betinges samtidig, at der består et gældsforhold omfattet af kursgevinstloven.[263] Heri indgår tillige

[259] Det må anses som naturligt, at selskabets gældsniveau i større eller mindre grad korrelerer med selskabets evne og vilje til at optage gæld.

[260] Forsikring & Pension anbefalede under det lovforberedende arbejde, at virksomheder underlagt solvenskrav i henhold til Lov om finansiel virksomhed undtages fra SEL § 11, da disse i forvejen er underlagt særlige krav, bl.a. i forhold koncerninterne transaktioner. Se bilag 62 til L 119 2003-2004. Skatteministeriet fandt dog ikke grundlag for at undtage virksomhedstyper eller brancher fra SEL § 11, selvom anden lovgivning opstiller solvenskrav.

[261] Solvensgraden kan opgøres som værdien af selskabets samlede gæld multipliceret med 100 divideret med værdien af selskabets samlede aktiver, hvorved solvenskravet udgør 20 pct.

[262] Se bl.a. *Bundgaard* i SR-Skat 2000, 228. Der henvises heri til TfS 1997, 506 (UfR 1997, 1150H), TfS 1999, 180 (UfR 1999, 30Ø) og TfS 1999, 201.

[263] Se mere om gældsbegrebet i kapitel 2, afsnit 2.2.2.

konvertible obligationer, uagtet at fordringen omfattes af aktieavancebeskatningsloven.[264] Det er ikke et krav for indregning af gældsforholdet, at denne er rentebærende, eller der herfra udspringer fradragsberettigede renteudgifter eller kurstab. Det er derimod et krav, at gældsforholdet består på opgørelsestidspunktet, hvilket udgør indkomstårets udløb.[265]

Det følger af KGL § 1, at kursgevinstsloven omfatter gevinst og tab på pengefordringer, pengegæld og finansielle kontrakter.[266] Kursgevinstloven har et bredt anvendelsesområde og omfatter i udgangspunktet alle retlige krav på betaling af penge. Det skatteretlige gældsbegreb defineres sædvanligvis som en reel retlig forpligtelse, der forpligter låntager til at tilbagebetale det overførte beløb, og som samtidig indebærer en udveksling af løfter og betaling mellem parterne og uden hensyntagen til, hvorledes forpligtelsen er opstået.[267] Indeksregulerede fordringer, fordringer i udenlandsk valuta, varedebitorer, varekreditorer, kassekreditter, obligationer, kortvarige lejlighedslån, erstatningsbeløb, mellemregningskonti og honorartilgodehavender omfattes eksempelvis af kursgevinstlovens anvendelsesområde. Tilsvarende udgør ikke-udbetalte bestyrelseshonorarer og ikke-udbetale udbytter gæld.[268] Deltagelse i cash pool arrangementer kan ligeledes udgøre gæld, såvel hvor selskabet udgør låntager i forhold til banken, som hvor selskabet udgør låntager i forhold til et koncernforbundet selskab, alt afhængigt af om selskabet har egen konto, eller der er etableret en fælleskonto.[269] Kautionsforpligtelser udgør sikkerhedsstillelse og ikke i sig selv et gældsforhold,[270] men regreskrav, der eksempelvis opstår ved opfyldelse af en kautionsforpligtelse, udgør et gældsforhold omfattet af kursgevinstloven.

3.7.1.1 Gæld, der ikke forfalder på et forud aftalt tidspunkt

Pengefordringer og gæld, der ikke forfalder på et forud aftalt tidspunkt, omfattes af kursgevinstloven, såfremt betingelserne i LL § 6B, stk. 1, nr. 1-3[271] er opfyldt. Dette medfører, at disse udgør gæld omfattet af kursgevinstloven ved kreditinstitutter, fondsmæglerselskaber, investeringsforvaltnings-

[264] Jf. SEL § 11, stk. 2, 1. pkt.

[265] I konsolideringstilfælde kan opgørelsestidspunktet afvige herfra for enkelte selskaber, hvor selskaberne ikke har sammenfaldende indkomstår, da opgørelsen skal foretages ved udløbet af hvert enkelt selskabs indkomstår. Fradragsbeskæringen vedrører dog kun det eller de selskaber, hvis indkomstår udløber.

[266] Der kunne tidligere hentes vejledning i cirkulære nr. 134 af 29. juli 1992, men dette blev ophævet ved cirkulære nr. 38 af 15. april 1999. Der henvises heri i stedet til Ligningsvejledningen.

[267] Se *Bundgaard* i SR-Skat 2000, 228 samt Den Juridiske Vejledning 2011-2 C.B.1.2.1.

[268] Se også *Hansen* i TfS 1998, 569.

[269] Det er fremhævet, at koncerner, der benytter sig af cash pooling i høj grad kan risikere at blive tyndt kapitaliserede, særligt ved fysiske cash pools, da selskabet der modtager likviditet vil optage koncernintern gæld. Det gælder ligeledes ved ikke-fysiske cash pools, hvor der foreligger krydskautioner og back-to-back lån. Det følger af bilag 11 til L 119 2003-2004, at *"I det omfang ind- og udlån fra forskellige selskaber modsvarer hinanden som led i cashpoolordning (f.eks. indestående er 0 kr., men et selskab har indskudt 100, og et andet selskab har lånt 100) er der i realiteten tale om lån mellem koncernforbundne selskaber, og renterne skal behandles i overensstemmelse hermed."* Gælden udgør under alle omstændigheder kontrolleret gæld efter SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., såfremt banken har modregningsadgang. Se også *Josephsen* i SU 1999, 7 og *Bundgaard* i SU 2004, 207 samt afsnit 3.4 og 3.5.

[270] Se bilag 45 til L 231 1991-1992.

[271] Efter LL § 6B behandles renter af disse gældsinstrumenter som var de omfattet af det skatteretlige rentebegreb.

selskaber og forsikringsselskaber. Modsætningsvis sluttes det af Skatteministeren, at fordringer og gæld uden et aftalt forfaldstidspunkt ikke udgør gæld i skattemæssig henseende. Det er fremført, at:

"Hvis debitor ifølge et gældsforhold ikke har en forpligtelse til at betale gælden – idet der er ikke aftalt forfaldstid på gælden, og debitor selv bestemmer, om og i givet fald hvornår gælden skal betales (i modsætning til gæld, der ifølge aftalen forfalder til betaling på kreditors anfordring) – foreligger der ikke gæld i skatteretlig forstand."[272]

FSR har fremført, at hverken det almindelig skattemæssige gældsbegreb eller kursgevinstloven i sin definition af fordringer og gæld indeholder et krav om, at fordringen eller gælden skal være tidsbegrænset, dvs. indeholde et tidsmæssigt specifikt forfaldstidspunkt. Derimod kan en reel tilbagebetalingsforpligtelse vise sig ved misligholdelse, konkurs, likvidation eller ved selve tilbagebetalingen.[273] Kammeradvokaten konkluderede ligeledes, at det ligger inden for rammerne af SL § 6, litra e, at anse kapitalinstrumenterne hybrid kernekapital og ansvarlig lånekapital uden fast løbetid som gæld i skattemæssig henseende eller i hvert fald som låneforhold, der kan sidestilles med gæld, uanset den ubegrænsede løbetid på lånene.[274] Dette synes ej heller i modstrid med førnævnte lovbemærkning, da der synes anført to yderpunkter, nemlig hvor låntager selv afgør, om og hvornår denne vil tilbagebetale gælden kontra långivers anfordringsret.

Det er ikke generelt klart, om gæld i skatteretlig henseende omfatter situationer, hvor der er aftalt en forfaldsudløsende begivenhed, men ikke et forfaldstidspunkt (dato).[275] Senest har Skatterådet ændret praksis vedrørende aktielån, som nu også omfatter tidsubegrænsede udlån, hvorfor et aftalt forfaldstidspunkt potentielt ej heller betinges i forhold til gældsforhold.[276]

3.7.1.2 Løbende ydelser omfattet af LL § 12B

Det er uafklaret, om løbende ydelser omfattet af LL § 12B udgør gæld omfattet af kursgevinstloven.[277] En løbende ydelse er kendetegnet ved, at der hersker usikkerhed om enten ydelsens varighed eller ydelsens årlige størrelse, hvor ydelsen løber ud over aftaleåret. De løbende ydelser kapitaliseres herefter og udgør en del af anskaffelsessummen/afståelsessummen. Det kan anføres, at det ikke i sig selv synes at diskvalificere forholdet fra kursgevinstloven, at der er tvivl om størrelsen af den konkrete betaling, men det kan omvendt fremføres, at der i visse situationer er uklarhed, om der i det hele taget består en betalingsforpligtelse og derved et retligt krav på betaling af penge.[278] LL § 12B indførtes ved lov nr. 386 af 2. juni 1999, og baggrunden herfor var at opnå en mere hensigtsmæssig skattemæssig behandling af løbende ydelser, der tidligere kunne medføre dobbeltbeskatning eller dobbeltfradrag.

[272] Se bemærkninger til § 3, nr. 1 L 60 2003-2004.
[273] Se bilag 71 til L 60 2003-2004.
[274] Se bilag 92 til L 60 2003-2004.
[275] Se også *Bundgaard* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (4), p. 126 ff. og *Banner-Voigt og Wittendorff* i Derivatives & Financial instruments 2000, vol. 2 (1) p. 3.
[276] Se SKM2011.667.SR og SKM2011.668.SKAT.
[277] Se *Bundgaard* (2000), p. 152.
[278] Hertil kommer usikkerhed om værdiansættelsen heraf.

Det anførtes hertil, at:

"Baggrunden for den hidtidige dobbeltbeskatning af løbende ydelser må søges i, at de enkelte ydelser både er et led i afviklingen af forpligtelsen, som den løbende ydelse repræsenterer, og samtidig udtryk for en forrentning af denne forpligtelse. Ydelserne rummer altså såvel en afdrags- som en rentedel, uden at det er muligt at foretage en beløbsmæssig opdeling af den enkelte ydelse."[279]

Det fremgår samtidig, at:

"Ved kapitaliseringen af den løbende ydelse tilbagediskonteres de fremtidige ydelser med en markedsrente. Ud fra denne betragtning kan forslaget ses som udtryk for, at ydelserne anses for afdrag, indtil den akkumulerede sum af de hidtidigt betalte ydelser har udlignet den oprindelige kapitaliserede værdi, dvs. den nominelle værdi af summen af ydelserne minus forrentning. Indtil dette tidspunkt vil ydelserne ikke være skattepligtige, men efter dette tidspunkt vil ydelserne blive anset for et led i afviklingen af rentedelen og derfor være fuldt skattepligtige henholdsvis fradragsberettigede."[280]

Dette synes netop at antyde, at der består et gældslignende forhold, da betalingsstrømmene opdeles i afdrag og renter. Men samtidig forudsætter anvendelsen af LL § 12B usikkerhed om ydelsens varighed eller ydelsens årlige størrelse, og derved potentielt usikkerhed, om der består en gældsforpligtelse. Det må antages, at der ikke består et gældsforhold omfattet af kursgevinstloven og derved ej heller SEL § 11, stk. 2, da der udelukkende synes at bestå en potentiel udveksling af ydelser, og derved kun potentielt et retligt krav på betaling af penge, hvorved LL § 12B er indført til håndtering af dette. I modsatte fald vil kursgevinstloven altid skulle anvendes, da det følger af LL § 12B, at såfremt beskatningen af den løbende ydelse er reguleret i anden lovgivning, så er det dog de deri fastsatte bestemmelser, der finder anvendelse. Dette synes ikke forudsat af lovgiver eller udtrykt i ordlyden.

3.7.1.3 Skattegæld

Gæld opstået ved skattemæssige forhold skaber ligeledes uklarheder. Efter SEL § 29A skal selskaber m.v. betale 50 pct. af gennemsnittet af de seneste tre indkomstårs indkomstskat i ordinær acontoskat, henholdsvis 1. rate den 20. marts og 2. rate den 20. november. Dette synes at udgøre et retligt krav på betaling af penge og derved et gældsforhold omfattet af kursgevinstloven. Der kan begæres nedsættelse, såfremt indkomstforholdene i indkomståret vil afvige væsentligt fra, hvad der er lagt til grund ved opgørelsen af acontoskatten,[281] således at der ikke nødvendigvis består et retligt krav på betaling af penge.[282] Begæring om nedsættelse skal som udgangspunkt fremsættes, før forfaldstidspunktet for raten er indtrådt. Usikkerheden, om der består et reelt retligt krav, synes at tale for, at gældsforholdet tidligst kan bestå fra tidspunktet, hvor der ikke længere kan fremsættes begæring om frafald af acontoskattebetalingen af den pågældende rate, eller det med sikkerhed kan kon-

[279] Se bemærkningerne til § 1, nr. 3 i L 212 1998-1999.
[280] Se bemærkningerne til § 1, nr. 3 i L 212 1998-1999.
[281] Jf. SEL § 29C. Det skal bemærkes, at for sambeskattede selskaber beregnes acontoskatten hos administrationsselskabet, jf. SEL § 29B stk. 2. Hvis ikke der med det samme sker faktisk afregning af disse beløb mellem administrationsselskabet og de øvrige selskaber, etableres der en mellemregning og et gældsforhold omfattet af SEL § 11.
[282] Acontoskatten kan anskues, som en sikkerhedsstillelse i forhold til opkrævning af den endelige selskabsskat.

stateres, at indkomstforholdene i indkomståret ikke negativt vil afvige væsentligt fra, hvad der er lagt til grund, hvilket formentlig sjældent kan konstateres. Der består eksempelvis fortsat en mulighed for at selskabet likvideres i den mellemliggende periode.

En manglende betaling af acontoskatten vil uden tvivl udgøre et gældsforhold omfattet af kursgevinstloven, uagtet at den pålagte rentebetaling ikke er fradragsberettiget.[283] Gældsforholdet må dog anses for indfriet ved indkomstårets udløb, såfremt der opgøres en overskydende skat. Opgøres i stedet en eventuel restskat efter SEL § 29B, består der utvivlsomt gæld omfattet af kursgevinstloven ved indkomstårets udløb.[284]

Det er ikke klart, om gældsforholdet består ved indkomstårets udløb i forhold til SEL § 11, stk. 2, hvor restskatten vedrører samme indkomstår, og om gældsforholdet derfor efter ordlyden skal indgå i opgørelsen af gælden. Det skaber i givet fald en iterativ slutning, da opgørelsen af restskatten opgøres på baggrund af SEL § 11, hvori gældsforholdet, som restskatten udgør, igen indgår. Der er i SEL § 11B, stk. 5, 9. og 10. pkt. taget højde for en iterativ beregning, hvor der ved beregningen af fremførselsberettigede underskud efter SEL § 11B, stk. 5 ikke henses til indkomstårets eventuelle fradragsbeskæringer efter SEL §§ 11B og 11C, men altså ikke i forhold til SEL § 11.

SEL § 11 må i stedet anvendes forud for opgørelsen af en restskat,[285] således at gældsforholdet ikke består ved indkomstårets udløb, som forstået i SEL § 11, men omvendt må en eventuel skyldig acontoskat da fortsat bestå. Den gensidige afhængighed og den simultane beregning medfører formentlig, at gældsforholdet ikke anses for at bestå ved indkomstårets udløb, som omtalt i SEL § 11, da opgørelsen af restskatten udgør residualen eller slutproduktet af opgørelsen af den skattepligtige indkomst, hvorved det retlige krav først består efter opgørelsen af årets skattepligtige indkomst.

Det skal slutteligt bemærkes, at gælden kan indgå i en konsolideret opgørelse efter SEL § 11, stk. 4, hvor opgørelsestidspunktet afviger fra det enkelte selskabs udløb af indkomståret.

3.7.1.4 Konvertible obligationer

Konvertible obligationer udgør en fordring og en tegningsret og omfattes principielt af kursgevinstloven,[286] men er direkte undtaget fra behandling efter kursgevinstloven[287] og behandles i stedet efter aktieavancebeskatningsloven.[288] Det fremgår direkte af ordlyden af SEL § 11, stk. 2, at konvertible obligationer omfattes af gældsbegrebet heri, således at førnævnte er irrelevant i forhold til SEL § 11. Skattemæssigt behandles gevinst og tab på konvertible obligationer som gevinst og tab på aktier/anparter hos långiver, men den konvertible obligation anses som gæld hos låntager. Ved konverteringen til aktiekapital ophører gældsforholdet, og de konvertible obligationer udgår af opgørelsen af SEL § 11, stk. 2 og anses som en kapitalforhøjelse.

[283] Restskattetillægget (renten) kan ikke fratrækkes i opgørelsen af den skattepligtige indkomst.
[284] Det samme kan anføres i forhold til en eventuelt overskydende skat, og derved en fordring.
[285] Se også *Bundgaard* (2000), p. 158 ff.
[286] Ved en konvertibel obligation har fordringshaver en reel ret til at konvertere fordringen til aktier eller anparter i selskabet, og omfattes af ABL § 1, stk. 3.
[287] Jf. KGL § 1, stk. 4.
[288] Jf. ABL § 1, stk. 3.

3.7.1.5 *Hybride finansieringsformer*

Hybride finansieringsformer, dvs. finansieringsformer, der indeholder egenskaber fra såvel egenkapital som fremmedkapital, udbydes og udvikles i et utal af former. Det er i forhold til SEL § 11 afgørende, om finansieringen kvalificeres som gæld omfattet af kursgevinstloven eller ej. Kvalificeringen er ikke særegen for SEL § 11 og følger den generelle skatteretlige kvalifikation, eksempelvis også SEL § 2B. Sådanne finansieringsinstrumenter kan eksempelvis indeholde en konverteringsret eller pligt, en tegningsret, en uendelig eller lang løbetid, overskudsafhængigt afkast, efterstillelse, indfrielse og rentebetaling m.v. i aktier, forrang til udbytter og likvidationsprovenu osv. Konstruktionen af finansieringsinstrumentet er afgørende for kvalificeringen, og instrumentet kan indeholde et eller flere af ovenstående eller andre elementer, og der må derfor altid foretages en konkret vurdering, herunder om der foreligger en reel retlig forpligtelse, der forpligter subjektet til at tilbagebetale det overførte beløb, og som samtidig indebærer en udveksling af løfter og betaling mellem parterne.[289] Afgørende for indregningen er, at gælden omfattes af kursgevinstloven.

3.7.2 Gældens værdi

Solvenskravet er baseret på værdien af gælden, hvilken opgøres til kursværdien i danske kroner ved indkomstårets udløb.[290] Gæld i fremmed valuta omregnes til danske kroner ved indkomstårets udløb ved anvendelse af kursen på dette tidspunkt.[291] Opgørelsen skal ske for hvert enkelt låneforhold med en afsluttende addition af de enkelte kursværdier.

Værdiansættelsen har udgangspunkt i værdiansættelsescirkulæret.[292] Det fremgår heraf, at værdiansættelse af passiver normalt ikke giver problemer og derfor normalt kan værdiansættes til pålydende værdi (kurs pari).[293] Det fremgår ikke heraf, hvad der kan give anledninger til fravigelse af kurs pari.

Det afgørende for værdiansættelsen af gælden for låntager er af *Bolander* i TfS 2002, 916 generelt anført til at være, hvilken økonomisk belastning gældsforpligtelsen udgør for låntager. Den økonomiske belastning er typisk kurs pari, da låntager skal indfri det fulde skyldige beløb.[294] I andre tilfælde kan gælden indfries til under kurs pari eller til overkurs, hvilket må indeholdes i værdiansættelsen af gælden.

Værdiansættelsen af gæld er ikke påvirket af samme elementer som værdiansættelse af fordringer, da eksempelvis en forringet sikkerhedsstillelse ikke påvirker indfrielsesbeløbet og derved værdien af gælden. Der foretages således principielt en asymmetrisk værdiansættelse, men fordringens værdi er i praksis ofte anvendt ved værdiansættelse af gælden.[295]

---

[289] Se også kapitel 2, afsnit 2.2.1 og 2.2.2.
[290] Jf. SEL § 11, stk. 2, 2. pkt.
[291] Se bemærkninger til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998 samt *Hansen* i TfS 1998, 569. I sidstnævnte afvises en anvendelse af gennemsnitskursen med henvisning til bestemmelsens ordlyd.
[292] Cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.
[293] Se pkt. 44 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.
[294] *Dalby og Sønderholm* argumenterer i SR-Skat 2011, 133 ligeledes for, at den praktiske løsning er at værdiansætte gælden under en forudsætning om ordinær indfrielse af gælden, dvs. til kurs pari.
[295] Se mere herom af *Bolander* i TfS 2002, 916.

Opgørelsen af værdien af gælden er særdeles afgørende i SEL § 11, herunder også i forhold til opgørelsen af egenkapitalen, der udgør handelsværdien af aktiverne fratrukket gælden. Der er derved et tæt samspil herimellem.[296]

3.7.3 Opgørelse af egenkapitalen

Opgørelsen af egenkapitalen følger af SEL § 11, stk. 3 og skal foretages ved indkomstårets udløb. Værdien af egenkapitalen udgør handelsværdien af aktiverne fratrukket kursværdien af gælden opgjort efter SEL § 11, stk. 2, og egenkapitalen er derved en residual heraf.

Der er ikke ved SEL § 11 foretaget en nærmere definition af, hvad der forstås ved "*aktiver*", men det følger dog af lovbemærkningerne, at der henvises til "*samtlige aktiver*". Det antages, af mangel på fortolkningsbidrag af *Bundgaard*[297], at det regnskabsmæssige aktivbegreb i bredeste forstand kan anvendes som udgangspunkt. Henset til samspillet mellem skatteretten og regnskabsreglerne, hvorefter regnskabet ligger til grund for indkomstopgørelsen,[298] synes det nærliggende, at anvende det regnskabsmæssige aktivbegreb. Det antages ligeledes af *Amby* i SPO 1998, 270, at de regnskabsmæssige aktiver oftest skal lægges til grund.

Den regnskabsmæssige definition må dog fraviges, hvor der positivt skatteretligt er afvist at bestå et aktiv. Det gælder eksempelvis ved visse fordringer mellem hovedkontorer og faste driftssteder.[299] Ligningsrådet afviste i SKM2005.145.LR (TfS 2005, 314), at et selskab omfattet af SEL § 2A ved opgørelsen af egenkapitalen efter SEL § 11 skulle medregne en fordring på koncernens udenlandske moderselskab. Fordringen opstod ved salg af aktier fra selskabet omfattet af SEL § 2A til selskabets hovedkontor.[300] Ligningsrådet fandt først og fremmest, at der ved opgørelsen af indkomsten for et fast driftssted som udgangspunkt bortses fra interne renter samt kursgevinster og kurstab på fordringer mellem et udenlandsk hovedkontor og et fast driftssted i Danmark efter TfS 1993, 7, og i overensstemmelse hermed antog Ligningsrådet, at der ved opgørelsen af gæld og egenkapital i medfør af SEL § 11, stk. 2 og 3, jf. SEL § 11, stk. 5, som udgangspunkt ses bort fra interne fordringer mellem et hovedkontor og et fast driftssted. Det har derved formodningen imod sig.

Det følger af SEL § 2A, stk. 8, 2. pkt., at samtlige aktiver og passiver ejet af et selskab omfattet af SEL § 2A altid anses for tilknyttet ejernes faste driftssteder. *Winther-Sørensen*[301] anfører hertil, at det ikke udtrykkeligt er angivet, om der med "*aktiver og passiver*" henvises til en skattemæssig eller civilretlig kvalifikation. Det sluttes herfra, at det fortsat er afgørende, om der i skattemæssig henseende

[296] Handelsværdien af aktiverne er uafhængig af gældsbegrebet, hvorved aktivmassens værdi fordeles mellem værdien af gælden og egenkapitalen. Såfremt gældsforholdet m.v. ikke omfattes af SEL § 11, stk. 2, indgår værdien i stedet som en residual i opgørelsen af egenkapitalen efter SEL § 11, stk. 3.
[297] Se *Bundgaard* (2000), p. 165 ff.
[298] Se eksempelvis *Bundgaard* (2006), p. 256 ff.
[299] Se TfS 1993, 7 samt *Winther-Sørensen* i TfS 2005, 384.
[300] Se *Christensen og Pedersen* i TfS 2005 319 samt *Winther-Sørensen* i TfS 2005, 384 for en nærmere beskrivelse af sagens omstændigheder. Det skal anføres, at førstnævnte repræsenterede spørger, mens sidstnævnte var formand for Ligningsrådet.
[301] Se *Winther-Sørensen* i TfS 2005, 384.

består et aktiv, hvilket ikke afgøres efter SEL § 2A, stk. 8, der blot vedrører allokeringen af de skattemæssige aktiver og passiver.

Det regnskabsmæssige aktivbegreb må formentlig tilsvarende afviges, hvor aktivet udelukkende er af teknisk karakter og ikke understøttes af civilretlige realiter og ej heller anerkendes i skatteretlig sammenhæng. Det gælder eksempelvis i forhold til periodeafgrænsningsposter men også aktiverede udgifter.[302] Forsøgs- og forskningsudgifter omfattet af LL § 8B udgør formentlig et aktiv i forhold til SEL § 11 og er positivt bekræftet i forhold til SEL § 11B, stk. 5, i det omfang, udgifterne ikke er fradraget eller afskrevet.

Løbende ydelser omfattet af LL § 12B udgør et aktiv i forhold til SEL § 11, men eksempelvis ikke i forhold til SEL § 11B, da førstnævnte aktivbegreb antageligvis er bredere. Løbende ydelser udgør retten til en usikker pengestrøm. Værdiansættelsen foretages tillige til handelsværdien ved indkomstårets udløb og ud fra forholdene på dette tidspunkt, og det kan derfor ikke altid antages, at værdien er lig den kapitaliserede værdi.

Aktivdefinitionen omfatter både bogførte og ikke-bogførte aktiver, som eksempelvis goodwill, know-how, patenter m.v.[303] Immaterielle aktiver medregnes til handelsværdien, uanset om de er erhvervet fra tredjemand eller oparbejdet.

3.7.4 Egenkapitalens værdi

Opgørelsen af værdien af egenkapitalen forudsætter en opgørelse af værdien af gælden, som behandlet i afsnit 3.7.1 og 3.7.2, og en opgørelse af handelsværdien af selskabets samlede aktiver.[304]

Begrebet handelsværdi er ikke klart defineret i hverken SEL § 11 eller skattelovgivningen generelt. Det må antages, at der skal foretages en objektiv værdiansættelse ud fra gennemsnitlige markedsaktørers forhold (objektiv værdiansættelse).[305] Fastlæggelsen af den nøjagtige handelsværdi er ofte usikker, hvor tilsvarende aktiver i samme stand ikke jævnligt handles på et åbent marked. Der vil kun sjældent kunne fastsættes en entydig og indiskutabel handelsværdi, hvilket forudsætter en børsnotering eller lignende af aktivet, eller at et tilsvarende aktiv udbydes og handles i fri handel. Derved må værdiansættelsen i større eller mindre grad hvile på et skøn, hvilket objektivt set formentligt mest betryggende foretages af specialister.[306] Dette gælder, uanset om værdiansættelsen vedrører et enkelt aktiv eller en helhed af aktiver. Værdiansættelsen kræver kendskab til ikke blot aktiverne men tillige markedet, hvorpå de (potentielt) handles.

Værdiansættelsen giver anledning til en flerhed af opgørelsesmetoder. Der kan enten tages udgangspunkt i en identifikation af de individuelle aktiver og en individuel værdiansættelse heraf eller alternativt en samlet værdiansættelse af selskabets samlede aktiver. Hertil kommer en hybrid heraf.

[302] Se *Bundgaard* (2000), p. 166.
[303] Se også *Rasmussen* i SR-Skat 1998, 252.
[304] Se hertil også LV 2011-2 S.I.3.3.
[305] Se SKM2011.15.HR samt *Wittendorff* (2011), p. 469 ff. og samme i SR-Skat 2011, 226.
[306] Se hertil *Pedersen* (2004), p. 416.

Der må ved en individuel værdiansættelse tages udgangspunkt i værdiansættelsescirkulæret.[307] Heraf fremgår det af pkt. 2, at værdien i handel og vandel skal forstås som det beløb, som aktivet kan indbringe ved salg i det åbne marked. Der følger mere konkrete retningslinjer for opgørelsen af aktivers værdi i cirkulæret.

Bundgaard[308] finder det ikke tænkeligt, at skattemyndighederne accepterer en helhedsværdiansættelse, men konstaterer samtidig en øget tendens til accept af erhvervslivets egne metoder i skatteretlig praksis. *Eskildsen og Bygholm* anfører i SR-Skat 2009, 250 ligeledes, at SKAT i de senere år har benyttet mere avancerede værdiansættelsesmetoder. Ved SKATs Vejledning af 21. august 2009 om værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele, der i høj grad er baseret på FSR's værdiansættelsesnotat fra 2002, er der denne tendens fortsat, hvorved principperne heri kan støtte en mere helhedsbaseret værdiansættelse efter SEL § 11.[309]

Aktivmassen kan bestå af et utal af forskellige aktiver, og en oplistning kan umuligt være udtømmende. I det følgende behandles først en værdiansættelse af udvalgte aktiver, hvor der tages udgangspunkt i principperne i værdiansættelsescirkulæret samt TSS-cirkulære nr. 2000-9 og 10 vedrørende henholdsvis aktier m.v. og goodwill. Slutteligt behandles en samlet værdiansættelse med udgangspunkt i SKATs Vejledning af 21. august 2009 om værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele.

3.7.4.1 Fast ejendom

Værdiansættelsescirkulæret behandler fast ejendom i pkt. 3-16, men yder ikke et væsentligt bidrag til værdiansættelsen af fast ejendom. Det fremgår blot, at skattemyndighederne skal påse, at værdien svarer til værdien i handel og vandel på ansættelsestidspunktet. Heri skal eksempelvis tages højde for byrder, der ikke er taget hensyn til ved fastlæggelsen af ejendomsværdien, men ikke tilbagekøbsrettigheder, som ejendommens ejer selv er herre over.[310]

Den offentlige ejendomsvurdering burde principielt udtrykke handelsværdien (kontant), men afvigelser vil naturligvis forekomme eksempelvis ved en forældet vurdering. Ejendomsværdien for almindelige ejendomme udgør grundværdien tillagt bygningsværdien. Hertil kommer individuelle forhold, der skønnes af betydning for værdiansættelsen. Grundværdien udgør værdien af grunden uden bebyggelse, mens bygningsværdien beregnes ud fra kvadratmeterprisen[311] ganget et vægtet etageareal.

Ejendomsværdien for erhvervsejendomme beregnes ved ejendommens samlede anslåede årsleje multipliceret med en lejefaktor. Årslejen anslås ud fra en vurdering af bruttolejeindtægten, som ejendommen kunne indbringe ved et sædvanligt udlejningsforhold. Lejefaktoren skønnes af SKAT ved

[307] Se hertil *Bundgaard* i SR-Skat 2000, 228 og cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.
[308] Se *Bundgaard* (2000), p. 167.
[309] Det anføres af *Eskildsen og Bygholm* i SR-Skat 2009, 250, at årsagen den til nye vejledning muligvis er, at SKAT har ønsket at etablere et bedre grundlag for selv at anvende mere avancerede værdiansættelsesmetoder, hvilke skatteyderne har gjort i en del situationer.
[310] Se pkt. 13 og 14. i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982
[311] Kvadratmeterprisen bestemmes ud fra hvad et standard hus vurderes at koste i området. Afvigelser herfra udløser nedslag eller tillæg i bygningsværdien.

en vurdering af, hvor mange gange lejen ejendommen ville indbringe ved et eventuelt salg. Forhold af væsentlig betydning for ejendommens samlede værdi, hvortil der ikke er taget hensyn ved lejeberegningen, vil særskilt indgå i den endelige beregning af ejendommens værdi, eksempelvis uudnyttede muligheder.[312]

Førnævnte udgør blot vejledning fra SKAT i forhold til ejendomsskatter m.v. Disse kan derfor ikke altid antages at skulle lægges til grund i forbindelse med opgørelsen af handelsværdien i forhold til SEL § 11, stk. 3. Andre værdiansættelsesmetoder af handelsværdien kan være mere retvisende, herunder eksempelvis ved en nylig overdragelse af ejendommen.

3.7.4.2 Aktier, anparter og andre kapitalandele

Handelsværdien af aktier og andre kapitalandele kan aflæses direkte på markedet, hvor værdipapiret er optaget til notering. Værdiansættelsen kan have støtte i TSS-cirkulære nr. 2000-9 af 28. marts 2000 om værdiansættelse af aktier og anparter, der blot bekræfter denne værdiansættelse. Det følger heraf, at børsnoterede aktier værdiansættes til den noterede købekurs på opgørelsestidspunktet[313], medmindre der foreligger særlige omstændigheder.[314] Det må dog erindres, at værdiansættelsen skal ske objektivt, dvs. ud fra den gennemsnitlige markedsaktørs forhold.[315]

Højesteret bekræftede i SKM2011.15.HR anvendelsen af den (objektive) noterede købekurs frem for anvendelsen af en subjektiv værdiansættelse, og stadfæstede derved Østre Landsrets afgørelse.[316] Sagen vedrørte en børsnoteret aktiepost erhvervet (nytegnet) ca. et halvt år forud for udløbet af indkomståret 2000. Aktieposten blev tegnet til en overkurs (NOK 208) i forhold til den børsnoterede kurs (NOK 109-139) i tegningsperioden bl.a. som følge af potentielle synergieffekter. Selskabet ønskede at basere værdiansættelsen efter SEL § 11 på anskaffelsessummen, da der ikke siden købet var indtrådt væsentlige ændringer i selskabets økonomiske situation, ligesom det i øvrigt fremgik af syn- og skønserklæringen, at aktierne kun i begrænset omfang blev handlet på børsen, således at kursen ikke altid var et retvisende udtryk for handelsværdien. Højesteret stadfæstede Østre Landsrets afgørelse, hvoraf det følger at:

"*Selv om anskaffelsen af en stor aktiepost til overkurs er aftalt mellem uafhængige parter efter egentlige forhandlinger og vurdering af aktiver, kan det i en sådan situation ikke antages at være usædvanligt, at anskaffelsessummen overstiger børskursen, uden at børskursen af den grund ikke er udtryk for aktiernes handelsværdi.*"

Det anførtes samtidig, at oplysningerne blev tilgængelige for markedet, uden at dette gav sig udslag i kursen. Domstolen fandt ydermere på baggrund af, at aktien var handlet 133 dage ud af 148 børsda-

[312] Se SKATs vejledning af 31. januar 2011 om ejendomsvurdering af erhvervsejendomme.
[313] Jf. pkt. 1 i TSS-cirkulære nr. 2000-9 af 28. marts 2000. Det følger tillige af cirkulære nr. 185 af 17. november 1982, at børsnoterede aktier ansættes til kursværdien svarende til den noterede kurs (køberkurs) på det for skatte- og afgiftsberegningen afgørende tidspunkt, eventuelt den nærmest forud for den noterede kurs.
[314] Se eksempelvis SKM2011.15.HR, hvor der ikke fandtes at foreligge særlige omstændigheder, som gav anledning til at fravige børskursen.
[315] Se *Wittendorff* (2011), p. 469 ff. og samme i SR-Skat 2011, 226.
[316] Se også SKM2009.275.ØLR og SKM2007.473.LSR samt *Christiansen* i JUS 2011, 13.

ge i perioden mellem erhvervelsen og udløbet af indkomståret ikke grundlag for at fravige børskursen. Højesteret stadfæstede Østre Landsrets afgørelse, og det bekræftedes, at den omstændighed, at en potentiel investor erhverver en stor aktiepost til overpris i forhold til børskursen, eksempelvis af strategiske årsager, ikke er ensbetydende med, at børskursen ikke skal anvendes som udtryk for handelsværdien.[317] Dette understøtter en objektivt baseret værdiansættelse ud fra gennemsnitlige markedsaktørers forhold.[318] Det må samtidigt herfra udledes, at en aktie ikke anses for illikvid, hvor denne er handlet på (næsten) daglig basis.

Ved aktieklasser m.v. i selskaber, hvor andre aktieklasser er optaget til handel på et reguleret marked, vil den noterede købekurs ligeledes udgøre handelsværdien for de unoterede aktier, medmindre aktieklasserne adskiller sig fra hinanden på væsentlige punkter.[319] Sådanne omstændigheder nævnes eksplicit til at udgøre ret til forlods udbytte eller forlods dækning ved likvidation af selskabet.

Unoterede aktier og anparter skal ligeledes værdiansættes til handelsværdien. Det forudsætter ikke blot en nylig handel, men samtidig et kendskab til den konkrete handelsværdi. Den konkrete handelsværdi er dog ikke nødvendigvis udtryk for handelsværdien på det givne tidspunkt eller efterfølgende tidspunkter, hvor handlen har fundet sted under forhold, som bevirker, at den anvendte overdragelseskurs er uegnet som udtryk for handelsværdien. Samtidig må det erindres, at værdiansættelsen fortsat skal ske objektivt dvs. ud fra gennemsnitlige markedsaktørers forhold.[320] Der angives i TSS-cirkulære nr. 2000-9 en såkaldt vejledende hjælperegel.

Udgangspunktet i hjælpereglen er, at aktiernes værdi beregnes som summen af værdierne af de enkelte aktivposter i selskabet fratrukket de respektive gældsposter. Den opgjorte værdi tillægges herefter værdien af goodwill. Opgørelsen foretages med udgangspunkt i selskabets indre værdi ifølge seneste aflagte årsregnskab.[321]

SKAT fremkom den 21. august 2009 med vejledning til værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele. Vejledningen fremstår som SKATs opfattelse af, hvordan man i praksis værdiansætter virksomheder og virksomhedsandele. Det følger ligeledes, at det er uklart, i hvilke situationer en beregning efter TSS-cirkulære nr. 2000-9 kan afspejle markedsværdien, og i hvilke situationer markedsværdien alene kan findes ved anvendelse af andre værdiansættelsesmodeller. Beregningsmodellen i TSS-cirkulære nr. 2000-9 anvender alene virksomhedernes historiske resultater og kan kun forventes at indikere en markedsværdi ved værdiansættelse af en virksomhed/virksomhedsandel, som forventes at have samme vækst og afkast, som afspejlet historisk, og som ikke skaber væsentlige immaterielle aktiver såsom varemærker, patenter og knowhow.

Der kan af denne grund legitimeres en værdiansættelse af kapitalandele efter principperne i SKATs Vejledning ved opgørelsen af handelsværdien. Værdiansættelsesmetoderne heri er primært fokuseret på DCF-modellen og EVA-modellen, men det angives samtidig, at SKATs prioritering af udvalgte

[317] Se modsat herfor *Andersen* i TfS 2007, 947.
[318] Se også *Wittendorff* i SR-Skat 2011, 226.
[319] Se pkt. 1. i TSS-cirkulære nr. 2000-9 af 28. marts 2000
[320] Se *Wittendorff* (2011), p. 469 ff. og samme i SR-Skat 2011, 226.
[321] Se TSS-cirkulære nr. 2000-9 af 28. marts 2000 samt *Bundgaard* (2000), p. 169 ff.

modeller ikke i sig selv er udtryk for en manglende anerkendelse af andre alternative eller afledte værdiansættelsesmodeller. Der synes derved i langt højere grad end tidligere mulighed for mere finansielt baserede opgørelser af handelsværdien med støtte i principperne i SKATs Vejledning.

3.7.4.3 Fordringer, konvertible obligationer, finansielle kontrakter m.v.

Børsnoterede værdipapirer, herunder obligationer og statsgældsbeviser, værdiansættes ligeledes til handelsværdien.[322] Det følger af værdiansættelsescirkulæret,[323] at ansættelsen kan ske til kursværdien svarende til den noterede kurs (køberkurs) på det afgørende tidspunkt for skatte- og afgiftsberegningen. Dette må tilsvarende omfatte noterede finansielle kontrakter, konvertible obligationer m.v. Det følger ligeledes, at såfremt et selskab med unoterede aktier har udstedt konvertible obligationer, er den kurs, der er anvendt ved den seneste formueansættelse, vejledende for værdiansættelsen af de konvertible obligationer.[324]

Det følger af pkt. 19 i værdiansættelsescirkulæret, at private pantebreve og gældsbreve kan ansættes til kursværdien. Det fremgår herefter, at normalt anerkendes en kursværdi beregnet af et anerkendt vekselerfirma eller en bank, men at denne ikke er bindende for skattemyndighederne. Det er fremført af *Bolander*[325], at markedsværdien af fordringer fastlægges ud fra en vurdering af dels fordringens størrelse, forrentning, afdragsprofil og sikkerhed, og derved principielt adskiller sig fra værdiansættelsen af gæld.[326] Ydermere fremføres det, at en køber vil vurdere, hvilket afkast fordringen samlet vil give samt dertil indregne et risikotillæg for, at fordringen potentielt ikke bliver betalt i henhold til vilkårene. En forringelse af debitors betalingsevne vil derved medføre en nedsættelse af kursen på fordringen, ligesom en eventuel omsætningsbegrænsning tillige påvirker værdien. Der må dog fortsat tages udgangspunkt i kursværdien som udtryk for den objektive handelsværdi.

Det følger af styresignal fra SKAT[327], at vederlagsfordringer værdiansættes under hensyntagen til de konkret foreliggende omstændigheder, herunder fordringens løbetid, forrentning, eventuel sikkerhedsstillelse og debitors betalingsevne. Det angives herefter, at selskaber typisk beholder vederlagsfordringer til indfrielse, hvorfor disse værdiansættes til nutidsværdien af den forventede betaling fra debitor. Der angives mere konkrete, at der skal ske værdiansættelse til pari, såfremt parterne har aftalt betalingsbetingelser som f.eks. kontant eller løbende måned tillagt op til 60 dage netto, og at betalingen må forventes at ske til tiden, medmindre andre konkrete omstændigheder tilsiger en lavere kurs. Er der i stedet aftalt en væsentlig længerevarende rentefri kredit, skal fordringen værdiansættes til under kurs pari. Det gælder ligeledes, hvor der er aftalt en rente under den aktuelle markedsrente. Dette synes i overensstemmelse med værdiansættelsescirkulæret.

[322] Skatteministeriet bekræfter i bilag 20 til L 84 2010-2011 at kreditaktier (SSL § 33), dvs. fordringer vedrørende ikke-indbetalt aktiekapital udgør et aktiv, som medgår i opgørelsen af egenkapitalen.
[323] Se pkt. 17 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.
[324] Se pkt. 18 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.
[325] Se *Bolander* i TfS 2002, 916.
[326] Det fremføres dog samtidigt, at i praksis synes fordringens værdi ofte også anvendt som et udtryk for værdien af gælden.
[327] Se SKM2011.586.SKAT.

Det følger direkte af pkt. 20 i værdiansættelsescirkulæret, at udestående fordringer, som ikke kan inddrives, ikke skal medregnes, og at uerholdelighed kan dokumenteres på flere måder. Det synes i overensstemmelse med de fremførte elementer af *Bolander* og understøtter, at låntagers betalingsevne skal indgå i opgørelsen af handelsværdien. Ligeledes følger det af SKM2011.586.SKAT, at en vederlagsfordring kan nedskrives, når der foreligger dokumentation for værdiforringelse.[328]

3.7.4.4 Maskiner, inventar og lignende driftsmidler

Maskiner, inventar og lignende driftsmidler skal ikke ansættes til den skattemæssige værdi, dvs. uafhængigt af skattemæssige afskrivninger, såfremt den skattemæssige værdi ikke kan anses for et passende udtryk for salgsværdien. Handelsværdien og salgsprisen værdiansættes ud fra den pris, der kunne opnås ved et samlet salg af disse aktiver og ikke enkeltvis.[329]

3.7.4.5 Varelagre

Varelagre skal principielt værdiansættes til salgsværdien ved et samlet salg. Der foretages almindeligvis en nedskrivning i forhold til dags-, indkøbs-, og fremstillingspriser, da prisen normalt ikke kan opnås ved et samlet salg af større varelagre.[330] Der accepteres et vist skøn, og værdierne i selskabets driftsregnskab vil i praksis danne grundlag herfor, medmindre disse er misvisende.[331]

3.7.4.6 Goodwill

Goodwill udgør et aktiv, og værdien heraf opgøres som forskellen mellem selskabets handelsværdi og summen af handelsværdierne af de (øvrige) enkelte aktiver. Ved værdiansættelse af goodwill tages hensyn til samtlige foreliggende omstændigheder. Foreligger der ikke holdepunkter for udøvelse af et skøn vedrørende handelsværdien, kan beregningsreglen i TSS-cirkulære nr. 2000-10 af 28. marts 2000 anvendes som udgangspunkt for skønnet.[332] Hertil kommer desuden SKATs Vejledning af 21. august 2009 om værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele.

TSS-cirkulære nr. 2000-10 anvendes ved virksomheder med et relativt stabilt indtjeningsniveau og begrænsede immaterielle aktier, mens SKATs Vejledning i andre tilfælde, herunder ved finansielle virksomheder, anvendes til opgørelsen af handelsværdien.[333] Det må fortsat erindres, at der efter SEL § 11 skal foretages en objektiv værdiansættelse.

---

[328] Selskabet skal kunne redegøre for de enkelte elementer, der er lagt vægt på ved den individuelle vurdering af en varedebitor eller en dokumentationen baseret på selskabets egne påviselige erfaringer eller andre virksomheder i branchen med hensyn til tab på debitorer i tidligere år.
[329] Se pkt. 24 og 25 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.
[330] Se pkt. 26 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.
[331] Se *Bundgaard* (2000), p. 174.
[332] Se bilag 11 til L 53 1998-1999.
[333] Se også *Eskildsen og Bygholm* i SR-Skat 2009, 250. Det angives heri, at efter SKATs opfattelse kan goodwill-cirkulæret fremover i højere grad kun anvendes i relation til håndværksvirksomheder eller andre mindre erhvervsdrivende virksomheder med relativ stabilt indtjeningsniveau og meget begrænsede immaterielle aktiver. Det taler i den grad for, at SKATs vejledning anvendes i forhold til SEL § 11, der kun omfatter selskaber med kontrolleret gæld udover 10 mio. kroner.

3.7.4.6.1 TSS-cirkulære nr. 2000-10 af 28. marts 2000

Goodwill værdiansættes efter et skøn over handelsværdien under hensyntagen til de konkrete foreliggende omstændigheder. Branchekutymer for værdiansættelse af goodwill kan ligeledes danne grundlag for værdiansættelsen.

Såfremt der ikke foreligger branchekutymer eller øvrige holdepunkter for værdiansættelsen af goodwill, kan den vejledende beregningsmodel anvendes. Grundlaget for beregningen i den vejledende beregningsmodel udgør de regnskabsmæssige resultater før skat for de seneste tre regnskabsår opgjort efter reglerne i årsregnskabsloven. Det understreges, at dette udgør en standardiseret beregning, og at konkrete omstændigheder kan foreligge, således at resultatet skal korrigeres. Beregningsmodellen er udelukkende af vejledende karakter og kan afviges uden tungtvejende årsager. Følgende eksempler er nævnt i cirkulæret:

- Velbegrundede forventninger til fremtiden, eksempelvis indgåede aftaler om fremtidige ydelser
- Udviklingen fra afslutningen af sidste regnskabsperiode
- Situationer, hvor indehaver(e) eller medarbejdere med afgørende indflydelse på virksomhedens indtjening ikke følger med virksomheden
- Virksomhedens indtjening er udelukkende eller i det væsentlige baseret på én eller ganske få meget store kunder
- Virksomhedens indtjening i de foregående år har været påvirket af store engangsindtægter eller udgifter herunder f.eks. betydelige forsknings- og udviklingsudgifter, ekstraordinært store tab på debitorer eller ekstraordinært store finansielle indtægter eller udgifter

Det følger af bilag 11 til L 53 1998-1999, at værdien af immaterielle aktiver i forhold til SEL § 11 opgøres efter de almindelige principper, og det er derved positivt bekræftet, at hjælpereglen kan anvendes i forhold til SEL § 11. Samtidig er beregningsmodellen så elastisk, at der kan foretages væsentlige tilpasninger og justeringer. Såfremt goodwill-beregningen viser en negativ sum (badwill), så indgår denne ikke i opgørelsen efter SEL § 11, stk. 2.

Det er anført, at skatteyderen ikke har noget krav på, at den værdi, der fremkommer efter anvisningen i TSS-cirkulære nr. 2000-10 af 28. marts 2000, accepteres af skattemyndighederne, da værdien kun er vejledende for handelsværdien. Det er nødvendigt at vurdere, om beregningsmodellen giver en realistisk værdiansættelse af goodwill, og om der foreligger omstændigheder, der diskvalificerer værdiansættelsen efter cirkulæret. Det fremhæves, at cirkulærets beregningsmodel tager sit udgangspunkt i virksomhedens historiske resultater, ligesom at de resultater, goodwillcirkulærets beregningsmodel frembringer på større virksomheder og finansielle virksomheder, ofte ikke afspejler den reelle markedsværdi.[334] Der kan derfor henses til en mere finansielt baseret værdiansættelse efter SKATs Vejledning af 21. august 2009 om værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele.

[334] Se også *Eskildsen og Bygholm* i SR-Skat 2009, 250.

3.7.4.6.2 SKATs Vejledning af 21. august 2009

Det er en forudsætning for anvendelsen af beregningsmodellerne i SKATs Vejledning af 21. august 2009 om værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele, at beregningsmodellen i goodwill-cirkulæret[335] ikke er anvendelig. Det anføres bl.a. at være tilfældet, hvor en virksomhed ikke forventes at have samme vækst og afkast, som dette historisk har haft, eller skaber væsentlige immaterielle aktiver såsom varemærker, patenter og knowhow.[336]

Det følger af SKATs Vejledning, at værdiansættelsen af immaterielle aktiver kan foretages som en residual i forhold til den samlede virksomhedsværdi. SKATs Vejledning forudsætter derved både en værdiansættelse af de øvrige aktiver og en værdiansættelse af selskabet med udgangspunkt i de anførte værdiansættelsesmetoder i vejledningen, hvor særligt DCF-modellen (Discounted Cash Flow) og EVA-modellen (Economic Value Added) fremhæves, og der anvendes både indkomstbaserede metoder og markedsbaserede metoder. Andre kapitalværdibaserede værdiansættelsesmetoder anses ikke som irrelevante og kan underbygge værdiansættelser baseret på DCF-modellen eller EVA-modellen.[337]

3.7.4.7 Andre immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver såsom ophavsrettigheder, patentrettigheder, kunstnerrettigheder, varemærker m.v. værdiansættes til handelsværdien efter de almindelige principper.[338] Værdiansættelsen baseres på estimerede fremtidige indtægter. Ved denne estimering inddrages tidligere indtægter, herunder om disse har været stigende eller faldende. I mangel på andet grundlag kan værdien ansættes til 2/3 af det samlede afkast de sidste 3 år.[339]

SKATs Vejledning af 21. august 2009 om værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele kan bidrage til værdiansættelsen. Det fremgår heraf, at *Relief from Royalty*-metoden udgør en alternativ metode til værdiansættelse af immaterielle aktiver. Værdien af immaterielle aktiver fastsættes herefter med udgangspunkt i de betalinger, som en licenstager eller lignende skulle have betalt for udnyttelse af det immaterielle aktiv, og altså en situation, hvor ejendomsretten til aktivet ikke erhverves. Værdien opgøres som den tilbagediskonterede værdi af royalty eller andre betalinger, som kan henføres til det immaterielle aktiv. Betalinger for brug af immaterielle aktiver angives traditionelt til at relatere sig til en omsætning, men kan være sammensat på forskellig vis.[340]

3.7.4.8 Indestående i interessentskaber

Værdien af andele i interessentskaber, kommanditselskaber og lignende opgøres ud fra værdien af de tilhørende aktiver og passiver.[341] Derved foretages en underliggende værdiansættelse. Begrænsninger i eksempelvis indgåede overenskomster skal indregnes i værdiansættelsen. Det fremføres af

[335] TSS-cirkulære nr. 2000-10 af 28. marts 2000.
[336] Se også *Eskildsen og Bygholm* i SR-Skat 2009, 250.
[337] Se pkt. 3 og 4 i SKATs Vejledning for mere herom. Se også *Eskildsen og Bygholm* i SR-Skat 2009, 250.
[338] Se bilag 11 til L 53 1998-1999.
[339] Se pkt. 29 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.
[340] Se pkt. 4.4 i SKATs Vejledning for en nærmere beskrivelse.
[341] Se pkt. 31 i cirkulære nr. 185 af 17. november 1982.

Bundgaard,[342] at købstilbud eller andre vurderinger også kan lægges til grund ved værdiansættelsen frem for en individuel værdiansættelse af alle aktiver og passiver. Dette må tiltrædes.

3.7.4.9 Helhedsværdiansættelse

De manglende fortolkningsbidrag til aktivbegrebet og værdiansættelsen kan skabe rum for anvendelsen af en samlet værdiansættelse af aktiverne. Omdrejningspunktet for SEL § 11, stk. 1, nr. 3 er værdien af gælden og egenkapital, der per definition er lig værdien af de samlede aktiver. Værdien af de enkelte aktiver, eller værdifordelingen de enkelte aktiver imellem, er principielt uinteressant.[343]

Med SKATs Vejledning af 21. august 2009 om værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele er SKAT positivt fremkommet med retningslinjer og principper, der efter deres vurdering anvendes ved værdiansættelsen af virksomheder. Det fremgår af SKATs Vejledning, at der ved værdiansættelsen af virksomheder og virksomhedsandele typisk anvendes kapitalværdibaserede modeller (eksempelvis DCF-modellen) og relative værdiansættelsesmodeller (forskellige former for multipler), hvorved det synes i overensstemmelse med handelsværdibegrebet også i skattemæssig sammenhæng at anvende samme beregningsmetoder, som anvendes på markedet. SKATs Vejledning udgør ikke en afvisning af andre værdiansættelsesmetoder eller tidligere praksis, men synes at udgøre en anerkendelse af mere finansielt baserede metoder.

Det skal bemærkes, at der skal sondres mellem værdiansættelse af selskabets virksomhed og værdiansættelse af selskabets samlede aktiver. I praksis tages ofte udgangspunkt i en værdiansættelse af selskabets virksomhed, dvs. en samlet værdiansættelse af aktiver knyttet til selskabets primære drift, mens de resterende aktiver ikke indgår heri. Disse tilgår efterfølgende ved en selvstændig værdiansættelse. Der er derved tale om en hybrid form for værdiansættelse, hvor visse aktiver puljes i værdiansættelsen, hvilket ligeledes synes anvendt i SKATs Vejledning. En puljeværdiansættelse ved værdiansættelsen af varelagre, maskiner, inventar og andre driftsmidler følger allerede af pkt. 24-26 i værdiansættelsescirkulæret, og det kan ikke afvises, at SKATs Vejledning bidrager til en yderligere accept af puljeværdiansættelser, nemlig af virksomheden, på baggrund af finansielle værdiansættelsesmetoder, såsom DCF-modellen og EVA-modellen.

DCF-modellen er en indkomstbaseret værdiansættelsesmodel, hvor værdiansættelsen baseres på en tilbagediskontering af de forventede fremtidige frie pengestrømme, der kan henføres til det pågældende værdiansættelsessubjekt, eksempelvis virksomheden eller et aktiv.

EVA-modellen baserer værdiansættelsen på forskellen mellem afkastet af den investerede kapital, dvs. nettoafkast fra aktiverne fratrukket omkostningerne forbundet med kapitalfrembringelse, der slutteligt multipliceres med den investerede kapital i perioden. EVA udgør derved forskellen mellem nettoafkastet fra aktiverne og omkostningerne til finansieringen i det enkelte år. Nutidsværdien findes ved at tilbagediskontere de periodisk beregnede værdier, hvor den initialt investerede egenkapital slutteligt tillægges.

[342] Se *Bundgaard* (2000), p. 178.
[343] Det gælder dog ikke ved en korrektion efter SEL § 11, stk. 5, 3. pkt., hvilket dog først aktualiseres ved en senere afgang af indskudt egenkapital. Se mere herom i afsnit 3.7.4.10.

SKAT fokuserer særligt på DCF-modellen og EVA-modellen, hvilket forklares med, at:

- Modellerne betragtes som teoretisk korrekte
- DCF-modellen er den mest anvendte model til værdiansættelse
- Andre kapitalværdibaserede værdiansættelsesmodeller i et vist omfang kan betragtes som variationer af DCF-modellen. Dette gælder således også EVA-modellen
- DCF og EVA-modellen kan anvendes til indbyrdes kontrolberegning
- EVA-modellen anskueliggør forudsatte forventninger til fremtidigt kapitalafkast i forhold til kapitalomkostningerne

SKATs Vejledning og principperne heri afviser ikke en individuel opgørelse af selskabets aktiver efter SEL § 11, stk. 3, men kan bidrage til validering heraf eller selvstændigt udgøre værdiansættelsen af selskabets samtlige aktiver. Retstilstanden synes derved i høj grad tilpasset den finansielle virkelighed. SKAT kan naturligvis altid anføre en anden værdiansættelse som mere korrekt efter deres vurdering,[344] men SKAT synes indstillet på en sådan samlet værdiansættelse, henset til SKATs Vejledning.

3.7.4.10 Karensperioden

Opgørelsen af egenkapitalen udgør, som gennemgået i de forrige afsnit, værdien af aktiverne fratrukket gælden. Det følger dog samtidigt af SEL § 11, stk. 3, 2. pkt., at egenkapital indskudt af ejerkredsen kun medregnes i det omfang, den forbliver i selskabet i mindst 2 år. Denne karensperiode skal modvirke, at ejerkredsen umiddelbart før udløbet af datterselskabets indkomstår indskyder egenkapital for ikke at overskride solvenskravet, hvorefter indskuddet hjemtages primo det følgende indkomstår.[345]

Det er påpeget flere steder, at SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. er uheldigt formuleret.[346] Det er uklart, hvad begrebet *egenkapital* henviser til samt hvad der forstås ved *indskudt af ejerkredsen*. Det er ligeledes uklart hvad der forstås ved *forbliver i selskabet*. Dette behandles i det følgende.

SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. vedrører indskud af egenkapital. Egenkapital er ikke generelt et skatteretligt begreb, men kan generelt anføres at omfatte den kapital, som ejeren eller ejerne stiller til rådighed for virksomhedens investeringer og drift.[347] I forhold til SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. må definitionen af egenkapital i SEL § 11, stk. 3, 1. pkt. dog lægges til grund, hvorefter egenkapitalen forstås som handelsværdien af aktiver med fradrag af gæld. Begrebet egenkapital må derved forstås bredt.

SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. vedrører ifølge ordlyden kun *"egenkapital indskudt af ejerkredsen"*, hvilket udgør en delmængde af den samlede egenkapital. *Hansen* fremfører i TfS 1998, 569, at:

[344] Se også *Eskildsen og Bygholm* i SR-Skat 2009, 250.
[345] Se de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998.
[346] Se *Sørensen* i Revision og Regnskabsvæsen 1998, nr. 9, p. 30, *Josephsen* i SU 1999, 7 og *Bundgaard* (2000), p. 179.
[347] Se *Bundgaard* (2006), p. 908.

"Det er også vanskeligt at se, hvorvidt der forudsættes en særlig skattemæssig vurdering, som er speciel for reglerne vedrørende tynd kapitalisering, ved afgørelsen af, om et aktiv medregnes til egenkapitalen, eller om den regnskabsmæssige/selskabsretlige behandling/vurdering er afgørende".

Det må anføres, at der ikke foreligger en direkte henvisning til et bestemt begreb i hverken Selskabsloven eller en henvisning til et regnskabsmæssigt begreb. Lovbemærkningerne[348] henviser ydermere til *"aktiver, der direkte eller indirekte er indskudt"*. Det synes umådeligt svært at *indirekte indskud* kan omfattes af de regnskabsmæssige og selskabsretlige begreber. Indskud af egenkapitalen må baseres på definitionen af egenkapital i SEL § 11, stk. 3, 1. pkt., hvorved egenkapitalen skal opdeles i værditilgang fra ejerkredsen (indskud) og anden kapitaltilgang. Der foretages derved en særlig skattemæssig vurdering efter SEL § 11, stk. 3.

Begrebet indskud omfatter både kapitalindskud mod vederlæggelse ved aktieudstedelse eller anden medejendomsret og tilskud uden vederlæggelse.[349] Samme indskudsbegreb må forventes anvendt i SEL § 11, stk. 3, 2. pkt., da begge indskudsformer indgår i opgørelsen af egenkapitalen. Derved kan eksempelvis tilskud omfattet af SEL § 31D fra et moderselskab til et datterselskab ikke benyttes til at omgå SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. Indskud af egenkapital forudsætter en direkte eller indirekte værdioverførsel fra ejerkredsen til selskabet, hvilket eksempelvis også omfatter det fulde beløb ved tegning til overkurs.[350] En konvertering af en konvertibel obligation vil ligeledes udgøre et indskud af egenkapital.[351]

Det følger af lovbemærkningerne,[352] at bestemmelsen omfatter *"aktiver, der direkte eller indirekte er indskudt".* Der henvises derved til direkte og indirekte indskud af egenkapital fra ejerkredsen. Ved direkte indskud forstås indskud fra ejerkredsen, der indgår i opgørelsen af egenkapitalen efter SEL § 11, stk. 3, 1. pkt. *Indirekte* kan potentielt henvise til tilskud gennem koncernforbundne selskaber, hvorved tilskud mellem koncernforbundne selskaber ikke kan anvendes til at omgå SEL § 11, stk. 3, 2. pkt., hvor aktivet er indskudt af ejerkredsen i det det koncernforbundne selskab. Det illustreres i følgende figur:

[348] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[349] Se *Bundgaard* (2006), p. 908.
[350] Se modsat herfor *Hansen* i TfS 1998, 569 og *Bundgaard* (2000), p. 180.
[351] Se også *Hansen* i TfS 1998, 569 og *Bundgaard* (2000), p. 179.
[352] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.

Det må dog i givet fald forudsætte en nær sammenhæng herimellem, og en værdioverførsel fra ejerkredsen[353] af selskabet (selskab B) til et koncernselskab (selskab A), og herefter en værdioverførsel fra koncernselskabet til selskabet (Selskab B). Såfremt Selskab A indgår i ejerkredsen af Selskab B, må et indskud anses som et direkte indskud og ikke et indirekte indskud.

Retsvirkningen af SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. indtræder, såfremt den indskudte egenkapital ikke *forbliver* i selskabet i to år, hvilket i lovbemærkningerne omtales som *hjemtages*. Det følger tilsvarende af lovbemærkningerne,[354] at aktiver kun medgår i opgørelsen af egenkapitalen i det omfang, *den* forbliver i selskabet i mindst to år. Det må tages til udtryk for, at værdien af indskuddet skal forblive i selskabet og ikke en båndlæggelse af de konkrete indskudte aktiver. Der må henses til den føromtalte omgåelsesmulighed, hvor der foretages et kortvarigt indskud af egenkapital, hvilket søges hindret ved SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. Henset til bestemmelsens formål og lovbemærkningerne må det ikke blot forudsættes, at værdien af indskuddet forlader selskabet, men tillige en pengestrøm fra selskabet til ejerkredsen (hjemtages).

Kapitalafgang til ejerkredsen kan efter Selskabslovens kapital 11 foretages ved udlodninger og kapitalnedsættelser. *Josephsen*[355] og *Bundgaard*[356] argumenterer begge for, at udlodninger omfattes af SEL § 11, stk. 3, 2. pkt., hvilket må tiltrædes. En kapitalnedsættelse udgør en nedsættelse af virksomhedskapitalen, men ikke i sig selv en afgang af indskudt egenkapital, medmindre der foretages en samtidig udlodning. Der er i litteraturen[357] argumenteret for, at en nedsættelse af aktiekapitalen til kr. 0 efterfulgt af en kapitalforhøjelse medfører en genoptaget skatteansættelse for tidligere år, da egenkapitalen må anses at have udgjort 0 kr. i tidligere år. En sådan argumentation synes at fortolke egenkapitalen i overensstemmelse med begrebet virksomheds-/selskabskapital, og kan ikke tiltrædes. Det tiltrædes, at virksomhedskapitalen og formentlig også handelsværdien af egenkapitalen har udgjort 0, men det kan ikke tiltrædes, at der er hjemtaget indskudt egenkapital. Det må forudsætte en pengestrøm, og ikke blot et fald af handelsværdien af aktiverne. Derimod må det tiltrædes, at der ved kapitalforhøjelsen foretages et nyt indskud af egenkapital.

Det fremgår ikke specifikt af ordlyden, at indskuddet skal hjemtages til ejerkredsen, men i stedet forblive i selskabet. Det kan derfor ikke afvises, at eksempelvis tilskud til koncernforbundne selskaber efter SEL § 31D omfattes af SEL § 11, stk. 3, 2. pkt., selvom indskuddet ikke hjemtages til selve ejerkredsen, men i stedet et koncernselskab. Det kan dog ikke antages at omfatte tilskud til tredjemænd, uagtet at værdier forlader selskabet, da det ikke kan anses som en hjemtagelse, som præciseret i lovbemærkningerne.

Det er derved nødvendigt ved en udlodning m.v. at vurdere, om der udloddes indskudt egenkapital eller anden kapitaltilgang. Det er ikke klarlagt, om first-in first-out princippet (FIFO) eller last-in first-

[353] Der henvises til ejerkredsen i selskabet, dvs. i eksemplet ejerkredsen af Selskab B, mens denne ikke nødvendigvis behøver udgøre ejerkredsen i forhold til Selskab A.
[354] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[355] Se *Josephsen* i SU 1999, 7.
[356] Se *Bundgaard* (2000), p. 181.
[357] Se *Hansen* i TfS 1998, 569 og *Bundgaard* (2000), p. 181.

out princippet (LIFO) skal anvendes ved denne identifikation. Det må erindres, at bestemmelsen sigter mod indskud af kortvarig karakter, hvorfor det er nærliggende at benytte LIFO-princippet, uden at dette dog fremgår af ordlyden eller lovbemærkningerne. Det er fremført af *Josephsen* i SU 1999, 7 og *Bundgaard*[358], at det må være afgørende, om en udlodning foretages på baggrund af årets resultat eller tidligere års resultater, hvilket netop synes at udgøre anden kapitaltilgang end indskudt egenkapital. Den fremførte fortolkning af *Josephsen* SU 1999, 7 og *Bundgaard*[359] tiltrædes. Udlodninger m.v. må anses for at vedrøre den senest indtrufne begivenhed af kapitaltilgang, herunder indskud af egenkapital og årets resultat samt tidligere års resultater, som ikke er udloddet m.v. i overensstemmelse med LIFO-princippet.

Såfremt der foretages en udlodning m.v. af indskudt egenkapital inden for to år, er retsvirkningen heraf, at den indskudte egenkapital ikke i indskudsperioden medregnes efter SEL § 11, stk. 3, 1. pkt. Korrektionen er maksimeret til den *hjemtagne* værdi og reduceres med den del, der ikke henføres til egenkapital indskudt af ejerkredsen, men anden værditilgang. Bestemmelsen har tilbagevirkende kraft, da skatteansættelsen skal genoptages og kan udløse en (yderligere) fradragsbeskæring eller aktualisere en fradragsbeskæring.

3.7.5 Fast driftssted i Danmark

Det følger af SEL § 11, stk.5, 2. pkt., at ved opgørelsen af gæld og egenkapital indgår alene værdien af aktiver og gæld, der har tilknytning til det faste driftssted. Opgørelsen af solvenskravet baserer sig således på den skattemæssige allokering af både aktiver og gæld.[360] De konkrete aktiver og passiver allokeres efter de almindelig skatteretlige principper, mens værdiansættelsen foretages efter førnævnte principper.

Værdien af det faste driftssteds egenkapital udgør værdien af de tilknyttede aktiver fratrukket værdien af den tilknyttede gæld. [361] Skatteministeren har bekræftet, at en filials gæld til hovedvirksomheden skal anses for at være gæld, hvor renteudgifter af en sådan gæld er fradragsberettiget ved opgørelse af filialens skattepligtige indkomst. Dette må anses for korrekt, og det anførtes, at man ikke kan forestille sig fradragsberettigede renteudgifter uden gæld.[362]

Karensperioden i SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. er ubeskrevet i forhold til faste driftssteder. Det må erindres, at et fast driftssted ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt. Det har tilsyneladende (tidligere) været Skatteministeriets holdning, at et hovedkontors hæftelse for lån fra tredjemand allokeret til et fast driftssted udgør kontrolleret gæld, og at hovedkontoret derved omfattes af ordlyden "*kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber*" i SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.[363] Skattemyndighederne gjorde ligeledes i SKM2010.270.LSR gældende, at man i alle henseender ønsker at sidestille filialer

[358] Se *Bundgaard* (2000), p. 181.
[359] Se *Bundgaard* (2000), p. 181.
[360] For en nærmere gennemgang vedrørende allokering af aktiver og passiver, se eksempelvis *Winther-Sørensen* (2000) samt *Laursen* (2011).
[361] Dotationskapitalen skal således ikke benyttes som egenkapital ved faste driftssteder.
[362] Se bilag 11 til L 53 1998-1999.
[363] Se bemærkningerne til § 7, nr. 2 i L 116 2005-2006, hvoraf det fremgår at SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. blot udgjorde en præcisering af gældende ret. Det er dog tvivlsomt.

med selskaber efter SEL § 11, stk. 5. Der argumenteredes ligeledes for en adskillelse af faste driftssteder og hovedkontoret efter SEL § 11, stk. 5, således at disse ikke skulle anses som ét skattesubjekt, som det følger af SEL § 2, stk. 1, litra a. Dette blev dog afvist af Landsskatteretten. Landsskatteretten konkluderede, at filialen ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt i forhold til hovedkontoret.

Det må heraf konkluderes, at hovedkontoret ikke udgør *ejerkredsen* i forhold til karensperioden, da det faste driftssted ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt i forhold til hovedkontoret, men blot en allokering af aktiver og passiver. Karensperioden skal i stedet vurderes i forhold til subjektet omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a, hvorved ejerkredsen hertil er afgørende.

Der skal derved bestå et indskud af egenkapital fra denne ejerkreds jf. SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. Der gælder formentlig intet krav om, at indskuddet har indgået som *egenkapital* hos hovedkontoret, da definitionen af egenkapitalen i SEL § 11, stk. 3, 1. pkt. henviser til opgørelsen efter SEL § 11. Der må derved i forhold til hovedkontoret og det faste driftssted foretages en selvstændig vurdering af hvilke værdier, der er indskudt af ejerkredsen, og som herefter allokeres til det faste driftssted som egenkapital. Det er uklart, om indskuddet skal tilbageføres til ejerkredsen, eller om en tilbageallokering til hovedkontoret (en manglende allokering til det fast driftssted) medfører, at indskuddet ikke er forblevet, som det følger af ordlyden af SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. Det må ud fra en formålsbetragtning antages, at en sådan tilbageallokering til hovedkontoret indenfor to år medfører, at indskuddet ikke er forblevet i egenkapitalen, hvorved indskuddet ikke indskudsperioden skal indgå i opgørelsen af egenkapitalen efter SEL § 11, stk. 3.

3.7.6 Internationalt perspektiv

Solvenskravet udgør et væsentligt element i identifikationen af *ikke-markedskonform gæld* i reguleringen i mange lande, men adskiller sig internationalt. Følgende faste solvenskrav anvendes i følgende 13 lande,[364] som alle har særregulering vedrørende tynd kapitalisering:

- Brasilien 2:1 (0,3:1 ved lavskattelande)
- Canada 2:1
- Danmark 4:1
- Frankrig 1,5:1
- Holland 3:1
- Japan 3:1
- Kina 2:1
- New Zealand 1,5:1
- Portugal 2:1
- Rusland 3:1
- Spanien 3:1
- Ungarn 3:1
- USA 1,5:1

[364] Se mere herom i bilag 4.

Der ses en variation fra 0,3:1 (Brasilien) til 4:1 (Danmark),[365] mens forholdene 2:1 og 3:1 må anses som normen i de udvalgte lande. Der synes derved nogenlunde international konsensus om det talmæssige solvenskrav. Der kan henses til solvenskravet på 2:1 i Brasilien, Canada, Kina og Portugal samt solvenskravet på 3:1 i Holland, Japan, Rusland, Spanien og Ungarn. Det skal samtidigt nævnes, at der i Brasilien både foretages en individuel opgørelse, dvs. gælden til den konkrete koncernforbundne långiver i forhold til denne långivers ejerandel af låntager og samtidig en sammenholdelse af den samlede koncerninterne gæld i forhold til egenkapitalen. Samme metode anvendes tillige i Japan, mens der i Portugal udelukkende foretages en individuel opgørelse.[366]

Det faste solvenskrav står sjældent alene. I bl.a. Frankrig, Holland og New Zealand kan koncernens solvensgrad anvendes, som sammenligningsgrundlag, mens der i Japan og Spanien kan anvendes et andet solvenskrav, såfremt markedskonformiteten heraf dokumenteres. Det skal slutteligt bemærkes, at i New Zealand anses et selskab for tyndt kapitaliseret, såfremt at selskabets gældsandel udgør mere end 60 pct. men samtidig også overstiger 110 pct. af den globale koncerns gældsandel. Der består derved internationalt betydelige variationer i tynd kapitaliseringsreguleringen.

Det må erindres, at solvenskravet forholdes til selskabets solvens, hvorved opgørelse af sidstnævnte er særdeles afgørende. Solvensen kan opgøres på et utal af måder, herunder baseret på regnskabs-, skatte- eller handelsmæssige værdier. Hertil kommer, at tidspunktet for opgørelsen ligeledes kan variere, eksempelvis ved en daglig, månedlig, kvartalsmæssig eller årlig opgørelse. Valget herimellem består af både teoretiske og praktiske overvejelser, herunder administrative byrder. Opgørelsen af solvensen er særdeles teknisk og nationalt betinget, og i det følgende behandles derfor kun de overordnede valg vedrørende:

- Opgørelsestidspunktet
- Opgørelsesmetoden

Markedskonformiteten af et gældsforhold, og derved om det udspringer af interessefællesskabet eller ej, må nødvendigvis henføres til en vurdering af forholdene på gældsstiftelsestidspunktet. En afvigelse herfra tilfører et vilkårlighedselement og en større sandsynlighed for, at ikke-markedskonform gæld ikke anses for uforholdsmæssig gæld, og at markedskonform gæld anses for uforholdsmæssig gæld. Men det kan samtidigt anses for administrativt byrdefuldt at foretage en sådan vurdering ved stiftelsen af hvert enkelt gældsforhold. Det kan derfor anses for velbegrundet, at hense til andre opgørelsestidspunkter på bekostning af en mere *teoretisk* korrekt vurdering.[367] Der synes i overvejende grad at blive anvendt gennemsnitsopgørelse, herunder eksempelvis i Australien, Canada, Frankrig, Holland, Japan, Kina og Spanien.[368] I Danmark, Rusland og New Zealand anvendes derimod værdierne ved indkomstårets udløb, dog således at der i New Zealand kan vælges en gen-

[365] I Belgien anvendes et solvenskrav på 7:1 ved gæld til selskaber hjemmehørende i lavskattelande. Reguleringen omfatter dog al gæld, hvorved denne ikke anses som tynd kapitaliseringsregulering i snæver forstand og derfor ikke er medtaget.
[366] Se mere herom i bilag 4.
[367] Det må anføres, at en opgørelse knyttet til gældsforholdets stiftelse synes mest teoretisk korrekt.
[368] Der anvendes heri forskellige metode, eksempelvis daglig, månedlig, kvartalsmæssig opgørelse samt primo værdi tillagt ultimo værdi divideret med to.

nemsnitsopgørelse. Det følger af den brasilianske regulering, at opgørelsen skal foretages på tidspunktet for rentebetalingen, mens der i Portugal skal foretages en daglig opgørelse, således at enhver overskridelse omfattes.

Metodevalget ved opgørelsen af solvensen må nøje overvejes, da den reelle informationsværdi af en solvensopgørelse er svingende. I international henseende anvendes primært regnskabsmæssigt baserede metoder ved opgørelsen af solvensen, herunder i Brasilien, Canada, Frankrig, Holland, New Zealand og Spanien.[369] Betydningen af, om der anvendes en skattemæssig eller regnskabsmæssig baseret opgørelsesmetode, er formentlig ikke af væsentlig betydning, henset til den nære sammenhæng herimellem. SEL § 11 anvender en skattemæssig definition af gæld og egenkapital, mens opgørelsen af værdien heraf sker til handelsværdien af aktiverne og kursværdien af gælden. Det kan diskuteres, om en vurdering af selskabets solvens ved indkomstårets udløb til handelsværdien er mere sigende om markedskonformiteten af selskabets gæld, der er stiftet løbende i det aktuelle indkomstår og tidligere indkomstår, end en regnskabsmæssig baseret solvensopgørelse ved indkomstårets udløb?

Det bør naturligvis tilstræbes at opnå den mest informative opgørelse af selskabets solvens af betydning for selskabets evne og vilje til at påtage sig gæld, hvilket formentlig må anses som en metode baseret på markedsværdier, men der må samtidig henses til administrative byrder, omgåelseshensyn og vilkårlighed m.v. Dette er bestemt ikke ukompliceret. Det må blot anføres, at lovgiver i Danmark har fundet det nødvendigt at foretage en selvstændig opgørelse til handelsværdierne, mens majoriteten af reguleringen i andre lande hviler på regnskabsmæssige værdier og derved eksisterende opgørelser uden yderligere administrative byrder til følge.

Der består dog også i andre lande mere fleksible tilgange til problematikken vedrørende tynd kapitalisering. I Australien anvendes ikke et fast solvenskrav. Den maksimale gæld er maksimeret til det største beløb af enten safe harbour gældsniveauet, armslængde gældsniveauet eller selskabets globale gældsniveau. Safe harbour gældsniveauet udgør overordnet den gennemsnitlige værdi af selskabets aktiver i indkomståret. Armslængde gældsniveauet opgøres ved en individuel ansættelse af, hvad selskabet ville påtage sig af gæld til finansiering af driften, og hvad en uafhængig långiver ville yde af lån. Det globale gældsniveau opgøres overordnet ud fra koncernens totale gæld divideret med koncernens totale egenkapital, der herefter multipliceres med 1,2.[370] Koncernens solvensgrad kan desuden anvendes, som sammenligningsgrundlag i Frankrig, Holland, og New Zealand, mens der i Japan og Spanien kan anvendes et andet solvenskrav, såfremt markedskonformiteten heraf dokumenteres. I Storbritannien anvendes derimod en rendyrket armslængdebaseret metode, som en integreret del af transfer pricing reguleringen. Der består et fokus på selskabets maksimale gældsandel. Der består ingen safe habour, og der foretages en konkret vurdering, ofte i tæt samspil mellem myndighederne og skatteyderen.

[369] Der er dog betydelige variationer i opgørelsen af egenkapitalen, herunder eksempelvis om den regnskabsmæssige egenkapital i balancen anvendes eller i stedet indbetalt kapital tillagt tilbageholdt overskud m.v. Det er forholdsvis teknisk og behandles ikke nærmere i dette afsnit. Der henvises i stedet til bilag 4.
[370] Se mere herom i bilag 4, afsnit 2.

Mellem rendyrkede solvensbaserede metoder og armslængdebaserede metoder findes hybrider heraf. Det gælder eksempelvis i forhold til reguleringen i Danmark[371], Frankrig, Kina og Portugal, hvor dokumentation af markedskonformiteten af konkrete gældsforhold inddrages, ligesom at solvenskravet i flere lande er fleksibelt, som nævnt ovenfor.

Der består visse fordele ved hybridbaserede metoder, da betingelserne for konstateringen af uforholdsmæssig gæld kan lempes, grundet at der består en sådan sikkerhedsventil. Men det medfører ofte øgede administrative byrder, eksempelvis hvor selskabet skal løfte bevisbyrden i dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. og myndighederne skal fortage en prøvelse heraf. Det gælder ligeledes i forhold til opgørelsen af alternative solvenskrav, som eksempelvis koncernens solvensgrad. Der må i sidstnævnte tilfælde anbefales en relativ let adgang til information herom, eksempelvis som i Holland og New Zealand, hvor det konsoliderede koncernregnskab anvendes.

Om der vælges en solvensbaseret metode, armslængdebaseret metode eller hydrid heraf, har både fordele og ulemper. Der er ikke én metode, der generelt kan anses for bedre end andre, men der bør udvises påpasselighed ved rene solvensbaserede metoder, da det betinger en særdeles detaljeret regulering at indsnævre reguleringen til kun at omfatte ikke-markedskonform gæld.

Det skal slutteligt nævnes, at det foreslåede CCCTB-skattesystem[372] ikke indeholder særregler om tynd kapitalisering. I stedet må sådanne problematikker henføres til den generelle misbrugsbestemmelse i art. 80.[373] Det følger heraf, at kunstige transaktioner, der udelukkende gennemføres for at undgå beskatning, lades ude af betragtning ved beregning af skattegrundlaget.[374] Der foretages en individuel prøvelse af gældsforholdet (objektet) samt en mere subjektiv prøvelse, nemlig af begrundelsen for gældsforholdet, hvorved dette må anses som en helt fjerde løsningsmodel. Dette illustrerer netop, at problemstillingen udspringer af et grundlæggende problem, som ikke let lader sig løse ved værnsregulering.[375]

3.8 Sanktionen

Den skattemæssige betydning af ikke-markedsform gæld afspejles i indkomstopgørelsen ved fradrag for renteudgifter og kurstab. Det er derfor også naturligt, at sanktionen ved SEL § 11 er knyttet til en fradragsbeskæring af renteudgifter og kurstab. Dette forudsætter både en identifikation af den uforholdsmæssige gæld samt en identifikation af de relevante renteudgifter og kurstab heraf, hvilket analyseres i dette afsnit.

[371] Det skal erindres, at armslængdetesten i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. vedrører indkomstårets udløb, hvorved den reelle armslængdeværdi heraf er tvivlsom.
[372] Se direktivforslag af 16. marts 2011 fra Europa-Kommissionen (KOM2011/121). Se mere herom i kapital 7, afsnit 7.3.4.
[373] Hertil kommer rentefradragsbegrænsningsreglen i art. 81, der specifikt vedrører koncerngæld til selskaber hjemmehørende i lavskattelande. Se mere herom i kapital 7, afsnit 7.3.4.3.
[374] Se mere herom i kapital 7, afsnit 7.3.4.2.
[375] Se også *Knöller* i Intertax 2011, vol. 39 (6/7), p. 317 ff.

3.8.1 Den uforholdsmæssige gæld

Beregningen af fradragsbeskæringen består først og fremmest af en opgørelse af den uforholdsmæssige gæld, da fradragsbeskæringen kun vedrører renteudgifter og kurstab vedrørende den overskydende del af den kontrollerede gæld.[376] Det følger samtidig af SEL § 11, stk. 1, 7. pkt., at:

"*Fradragsbeskæringen finder endvidere alene sted for den del af den kontrollerede gæld, som skulle omkvalificeres til egenkapital, for at forholdet mellem fremmedkapital (gæld) og egenkapital ved indkomstårets udløb udgør 4:1.*"

Før lov nr. 221 af 31. marts 2004 omfattede fradragsbeskæringen alle renteudgifter og kurstab af kontrolleret gæld, der oversteg forholdet 4:1 mellem gæld og egenkapital. Oprindeligt beregnedes den uforholdsmæssige gæld (Z) som følger:

$$Z = \text{ fremmedkapitalen} - 4 \text{ x egenkapitalen}$$

Denne beregningsmetode udgik ved lov. nr. 221 af 31. april 2004 ved indførelsen af SEL § 11, stk. 1, 7. pkt. med virkning for indkomstår, der påbegyndtes den 1. januar 2004 eller senere. Der skete en lempelse heraf, som bl.a. har stor betydning for selskaber med negativ egenkapital.

Den uforholdsmæssige gæld (Z) beregnes som følger:

$$Z = \text{ fremmedkapitalen} - (\text{fremmedkapitalen} + \text{egenkapitalen})\text{x } 0{,}8$$

Dog således at: Z ≤ den kontrollerede gæld.

Z udgør den gæld, der skal omkvalificeres til egenkapital for ikke at overskride solvenskravet (den uforholdsmæssige gæld) og beregnes på baggrund af opgørelserne i SEL § 11, stk. 2 og 3. Såfremt overstående beregning ikke giver et positivt resultat, består der ikke uforholdsmæssig gæld. Der foretages ikke en faktisk omkvalificering af denne uforholdsmæssige gæld, men denne indgår i beregningen af fradragsbeskæringen. Der sondres ej heller mellem kontrolleret gæld og ikke-kontrolleret gæld, dog således at den uforholdsmæssige gæld ikke kan overstige den kontrollerede gæld.[377]

Det følger af den valgte opgørelsesmetode, at des mere gæld selskabet har stiftet, des mere uforholdsmæssig gæld består og derved des større grundlag for fradragsbeskæring. Ved en øget gældsoptagelse vil den uforholdsmæssig gæld forøges med 20 pct. af den øgede gældsætning, såfremt egenkapitalen er konstant. Det gælder uanset, om der optages koncernintern gæld eller tredjemandsgæld, dog således at kun koncernintern gæld øger mængden af kontrolleret gæld, som den uforholdsmæssige gæld er maksimeret til.

3.8.2 Fradragsbeskæringen

Det følger af bemærkninger til L 101 1997-1998, at "*renteudgifter og kurstab er de faktiske renteudgifter og kurstab i det pågældende indkomstår*", der indgår i opgørelsen.

[376] Jf. SEL § 11, stk. 1, 1. pkt.
[377] Jf. SEL § 11, stk. 1, 1. pkt.

En fradragsbeskæring vedrører renteudgifter og kurstab i indkomståret. Det antages, at opgørelsen også indeholder fikserede renteudgifter og kurstab efter LL 2.[378] Det skal nærmere fastlægges, hvad der forstås ved renteudgifter og kurstab, *"der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld".*[379] Det er fremført, at bestemmelsens ordlyd kan give ophav til mindst to forskellige fortolkninger.[380] De to forskellige fortolkninger udgør:

1. Skatteministeriets model, som fremført i lovbemærkningerne til L 101 1997-1998.
2. BDO Skats model, der fremgår af bilag 4 og 9 til L 101 1997-1998 samt

I de almindelige bemærkningerne til L 101 1997-1998 foretages beregningen efter Skatteministeriets model. Der anvendes heri de samlede renteudgifter og kurstab, og ikke kun renteudgifter og kurstab vedrørende kontrolleret gæld, ligesom at den samlede gæld og ikke kun den samlede kontrollerede gæld indgår i opgørelsen af hvilke renteudgifter og kurstab, der vedrører den uforholdsmæssige gæld. Beregningen kan udtrykkes som følger, hvor Z udgør den uforholdsmæssige gæld, og Y udtrykker renteudgifter og kurstab, der anses for at vedrøre den uforholdsmæssige gæld:

$$\mathrm{Y} = \frac{\text{Z x samlede renteudgifter og kurstab}}{\text{Gæld}}$$

BDO Skat henvendte sig den 19. juni 1998 til Folketingets Skatteudvalg,[381] hvor BDO Skat ønskede bekræftet, at den anvendte formel i bemærkninger til L 101 1997-1998 ikke fandt anvendelse. Derimod argumenteredes for følgende beregning, hvori udelukkende renteudgifter og kurstab vedrørende kontrolleret gæld indgår. I overensstemmelse hermed inddrages ej heller den samlede gæld, men kun kontrolleret gæld. Opgørelsen kan illustreres som følger:

$$\mathrm{Y} = \frac{\text{Z x de samlede renteudgifter og kurstab til moderselskab}}{\text{gæld til moderselskab}}$$

Ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 1. pkt. er ikke klar, og der må hentes støtte i lovbemærkningerne, hvor Skatteministeriets beregning er vist. BDO Skats fortolkning synes at møde sympati,[382] men har ikke støtte i lovbemærkningerne, og blev ligeledes direkte afvist under det lovforberedende arbejde.[383] Den fremførte beregning i lovbemærkningerne må anses som en præcisering af ordlyden og som en

[378] Det understøttes af en ikke-offentliggjort afgørelse fra Landsskatteretten af 17. februar 2005. Afgørelsen er nærmere omtalt i afsnit 3.12. Se også *Bundgaard* (2000), p. 120.
[379] Der sondres ikke mellem den beregnede fradragsbeskæring og begrebet *vedrører,* men det skal erindres at beregningen ikke nødvendigvis udviser den endelige fradragsbeskæring. Se også *Føgh og Hansen* i SU 2002, 335, hvori det anføres, at det er misvisende at betegne resultatet af beregningen som en fradragsbeskæring, da beregningen blot angiver, hvilken del af renteudgifterne og kurstabene, der relaterer sig til den overskydende gæld.
[380] Se *Bundgaard* (2000), p. 125.
[381] Se bilag 4 og 9 til L 101 1997-1998.
[382] Se bl.a. *Andersen* (2010), p. 34 hvor BDO SKATs metode benyttes til beregning af fradragsbeskæringen. Se modsat *Bundgaard* (2009b), p. 339, hvor beregningsformlen fra lovbemærkningerne anvendes.
[383] Se bilag 9 til L 101 1997-1998

beregning af hvilke renteudgifter og kurstab, der *vedrører* den overskydende gæld. Fortolkningen af *vedrører* ændredes ikke ved lov. nr. 221 af 31. april 2004, hvor definitionen af den uforholdsmæssige gæld blev ændret, og SEL § 11, stk. 1, 8. og 9. pkt. blev indført. Skatteministeriets beregningsformel må derfor fortsat anvendes.[384]

Der foreligger ingen begrundelse for, hvorfor den samlede gæld og de samlede renteudgifter og kurstab inddrages i allokeringen (*vedrører*) af renteudgifter og kurstab til den uforholdsmæssige gæld. Det kan synes irrelevant, at den uforholdsmæssige gæld opgøres på baggrund af selskabets samlede gæld, da der er tale om to forskellige opgørelser; henholdsvis identifikation af uforholdsmæssig gæld og identifikation (allokering) af renteudgifter og kurstab hertil. Det er dog retstilstanden.

Derved opgøres den uforholdsmæssige gæld (Z) og renteudgifter og kurstab, der anses for at vedrøre denne (Y), som følger:

$$Z = \text{fremmedkapitalen} - (\text{fremmedkapitalen} + \text{egenkapitalen})\text{x } 0{,}8$$

Dog således, at: Z ≤ den kontrollerede gæld

$$\text{Y} = \frac{\text{Z x de samlede renteudgifter og kurstab}}{\text{den samlede gæld}}$$

Dog således at Y ≤ de samlede fradragsberettigede renteudgifter og kurstab af den kontrollerede gæld.

Det er nødvendigt at udføre en todelt beregning; først af den uforholdsmæssige gæld (Z) [385] og dernæst af hvilke renteudgifter og kurstab, der vedrører denne gæld (Y), da der er indlagt begrænsninger i dem begge. Dette skal forstås således, at den uforholdsmæssige gæld ikke kan udgøre mere end den samlede kontrollerede gæld og antageligvis, at renteudgifter og kurstab herved ikke kan overstige selskabets samlede renteudgifter og kurstab vedrørende kontrolleret gæld.

Det fremgår ikke klart, om sidstnævnte begrænsning følger af SEL § 11, stk. 1, 1. pkt. Problematikken opstår i skellet mellem, at den opgjorte gæld opgøres ved indkomstårets udløb, mens at renteudgifter og kurstab opgøres for hele indkomståret. Eksempelvis kan kontrolleret gæld blive indfriet umiddelbart forud for udløbet af indkomståret, hvorved gælden ikke indgår i opgørelsen af den uforholdsmæssige gæld, mens renteudgifter og kurstab indgår i opgørelsen af en eventuel fradragsbeskæring. Bestemmelsens ordlyd er ikke entydig. Det synes ikke i overensstemmelse med formålet at lade fradragsbeskæringen overstige de faktiske renteudgifter og kurstab vedrørende kontrolleret gæld i løbet af indkomståret, da disse overskydende renteudgifter og kurstab per definition er markedskonforme. Det understøttes ligeledes af, at der ved fordelingen af de fradragsbeskårne renteudgifter og kurstab efter SEL § 11, stk. 1, 8. og 9. pkt. udelukkende omtales kontrolleret gæld, hvorved

[384] Se endvidere *Rasmussen* i SR-Skat 1998, 252 og *Bundgaard*, (2000), p. 125, hvor sidstnævnte ligeledes vurderer at Skatteministeriets beregningsmodel skal anvendes.
[385] Det skal understreges, at der ikke foretages en faktisk omkvalificering, men blot en beregningsteknisk opgørelse efter SEL § 11.

det synes fastholdt, at renteudgifter og kurstab vedrørende ikke-kontrolleret gæld ikke fradragsbeskæres efter SEL § 11.

Begrebet *vedrører* må derfor formenligt blot fortolkes som, at disse renteudgifter og kurstab i forhold til beregningen af en potentiel fradragsbeskæring anses for at vedrøre den overskydende gæld, men ikke nødvendigvis ved den efterfølgende konkrete fradragsbeskæring. Af denne grund må den potentielle fradragsbeskæring være maksimeret til renteudgifter og kurstab, der også i forhold til den øvrige skatteretlige behandling anses for at vedrøre kontrolleret gæld.[386] En sådan opgørelse er dog ikke ukompliceret, men nødvendig.

Det kan ikke antages, at fradragsbeskæringen er maksimeret til renteudgifter og kurstab af kontrolleret gæld, der består ved indkomstårets udløb. Sidstnævnte er ikke relevant i forhold til opgørelsen af renteudgifter og kurstab. Renteudgifter og kurstab indgår netop fra hele indkomståret. Det må formentlig gælde, at denne vurdering skal foretages på periodiseringstidspunktet for den relevante renteudgift eller det relevante kurstab. Der foreligger ingen fortolkningsbidrag hertil, da eksistensen af en sådan maksimeringsregel kun synes implicit forudsat i loven.

Slutteligt skal det nævnes, at det følger af lovbemærkningerne[387], at for lån, der ligger inden for grænsen for gælden på 80 pct., kommer en fradragsbegrænsning aldrig på tale. Dette er efter beregningen strengt taget korrekt, da gæld op til 80 pct. ikke indgår i formlen. Det skal dog bemærkes, at renteudgifter og kurstab vedrørende selskabets samlede gæld indgår i den forholdsmæssige beregning af hvilke renteudgifter og kurstab, der anses for at vedrøre den overskydende gæld, hvorfor disse ikke er uden betydning for fradragsbeskæringen.

3.8.3 Internationalt perspektiv

Internationalt genfindes problemstillingen mellem opgørelsen af den uforholdsmæssige gæld og opgørelsen af renteudgifter og kurstab herved, grundet den tidsmæssige forskydning mellem disse. Der anlægges overordnet to tilgange hertil, hvilke begge har været diskuteret i Danmark, som anført ovenfor:

$$\frac{\text{uforholdsmæssig gæld x samlede renteudgifter m. v.}}{\text{Samlet gæld}}$$

Eller

$$\frac{\text{uforholdsmæssig gæld x samlede renteudgifter ved koncernintern gæld m. v.}}{\text{Koncernintern gæld m. v.}}$$

Det må anføres, at førstnævnte tilgang udgør gældende ret i Danmark og anvendes ligeledes i eksempelvis Australien, Holland og New Zealand. Sidstnævnte metode anvendes derimod i eksempelvis Canada og Japan, men også i Kina i denne retning. Det er derfor ikke overraskende, at begge model-

[386] Denne maksimeringsregel støttes af *Føgh og Hansen* i SU 2002, 335 samt *Bundgaard* (2000), p. 194.
[387] Se de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998.

ler har været diskuteret i forbindelse med SEL § 11. Der foretages i andre tilfælde en underkendelse af konkrete gældsforhold og de konkret tilknyttede renteudgifter og kurstab herved, som det eksempelvis er tilfældet efter art. 80 i CCCTB-skattesystemet.[388]

Tilvalget af disse forholdsmæssige beregninger frem for en konkret individualisering af de konkrete uforholdsmæssige gældsforhold er formentlig sket af hensyn til simplicitet og lavere administrative byrder og i tråd med, at der allerede er valgt en regulering baseret på selskabets solvens. Dette må dog siges, at tilføre reguleringen et vilkårlighedselement i forhold til en konkret individualisering af de konkrete uforholdsmæssige gældsforhold.

Efter opgørelse af hvilke renteudgifter og kurstab, der anses for at vedrøre den overskydende gæld, kan retsvirkningen indtræde. Der består overordnet to tilgange hertil, henholdsvis en rendyrket rentefradragsbeskæring m.v. eller en omkvalificering af rentebetalingen m.v., hvilket resulterer i en fradragsbeskæring. Der foretages eksempelvis i Australien, Brasilien, Canada, Danmark, Frankrig, Holland, Japan, New Zealand, Portugal, Rusland, Spanien, Storbritannien og Ungarn en rendyrket fradragsbeskæring. Derimod foretages fortsat en omkvalificering i Kina og Rusland, hvilket tidligere også var tilfældet i Italien, Storbritannien og Tyskland. Både Italien, Storbritannien og Tyskland foretog dog markante ændringer af tynd kapitaliseringsreguleringen, grundet Lankhorst-Hohorst C-324/00, og Italien og Tyskland har senere erstattet solvensbaseret regulering med EBITDA-baseret regulering.[389]

En omkvalificering skaber øget risiko for juridisk dobbeltbeskatning i grænseoverskridende gældsforhold, da landet, hvor långiver er hjemmehørende, sandsynligvis ikke accepterer omkvalificeringen i kildelandet. En rendyrket fradragsbeskæring øger sandsynligheden for økonomisk dobbeltbeskatning, også i nationale gældsforhold, medmindre rentebetalingen samtidig fritages fra beskatning.[390] Der kan i begge tilfælde opstå dobbeltbeskatning.

3.9 Armslængdeundtagelsen

Det følger af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., at fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Dette analyseres nærmere i følgende afsnit.[391]

3.9.1 Dokumentationskravets niveau

Fradragsbeskæringen elimineres eller reduceres, såfremt skatteyderen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter.[392] Godtgøres dette, vil en beregnet fradragsbeskæring blive reduceret med summen af renteudgifter og kurstab vedrørende det eller de pågældende lån.

Det følger ikke klart af ordlyden, om der skal dokumenteres markedskonformitet af et konkret gældsforhold, eller om markedskonformiteten af det samlede gældsniveau skal dokumenteres. Dokumentationskravet kan formentlig løftes på begge niveauer.

[388] Se mere herom i kapital 7, afsnit 7.3.4.
[389] Se mere herom i kapital 5, afsnit 5.11.1 samt bilag 4, afsnit 10 og 21.
[390] Se mere om skattefrihed for långiver efter SEL § 11, stk. 6 i afsnit 3.10.1.
[391] Visse dele af afsnittet er offentliggjort af *Bundgaard og Tell* i TfS 2011, 104.
[392] Jf. SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.

Det følger af lovbemærkningerne:

"Godtgør datterselskabet, at lånet kunne være opnået hos en uafhængig part, vil en beregnet fradragsbeskæring skulle reduceres med summen af renteudgifter og kurstab på lånet."[393]

Ligeledes fremgår det, at:

"Om der er tale om et lån, som kunne være ydet af en uafhængig part, vil afhænge af en konkret samlet vurdering, hvorved det centrale er, om en uafhængig finansieringskilde under hensyntagen til selskabets kommercielle og økonomiske situation ville yde selskabet et tilsvarende lån på de givne vilkår".

Dokumentationskravet kan derved løftes på individuelt niveau.

Det er fremført af *Bundgaard*[394], at:

"På den anden side udelukker dette ordvalg[395] *nok ikke koncernens mulighed for at gøre noget tilsvarende gældende for hele fremmedfinansieringen og hermed dokumentere, at denne kunne være opnået på tilsvarende vis hos en uafhængig part."*[396]

En sådan helhedsdokumentation støttes på ordlyden, hvori der henvises til *finansiering*, hvilket også kan forstås som selskabets finansiering i en helhed, ligesom det synes i overensstemmelse med bestemmelsens formål. Såfremt finansieringen i sin helhed er markedskonform, kan det anføres, at der ikke sker vilkårlig udflytning af skattetilsvar ved ikke-markedskonform gæld. En helhedsdokumentation kan eksempelvis vedrøre soliditetsgraden i branchen eller lovfæstede solvenskrav, som eksplicit nævnes i lovbemærkningerne. Det må antages, at dokumentationskravet kan opfyldes på begge niveauer.

3.9.2 Dokumentationskravets indhold

Det følger af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., at det skal dokumenteres, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Heri indgår begreberne *"uafhængige parter"* og *"lignende finansiering"*, og det følger af lovbemærkningerne,[397] at dokumentationskravet udgør en konkret samlet vurdering, hvor det centrale er, om en uafhængig finansieringskilde under hensyntagen til selskabets kommercielle og økonomiske situation ville yde selskabet et tilsvarende lån på de givne vilkår. Begrebet *"lignende finansiering"* synes derved præciseret til at udgøre *"et tilsvarende lån på de givne vilkår"*. Disse begreber analyseres i følgende afsnit.

3.9.2.1 Uafhængige parter

Der henvises i ordlyden til *"lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter"*, mens det i lovbemærkningerne fremhæves som centralt, at en *"uafhængig finansieringskilde"* ville yde selska-

[393] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[394] Se *Bundgaard* (2000), p. 141.
[395] Der henvises i ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. til *"i det omfang".*
[396] *Bundgaard* anerkender samtidigt den individuelle dokumentation.
[397] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.

bet et tilsvarende lån på de givne vilkår. Lovbemærkningerne vedrører primært, om et tilsvarende lån kunne være opnået hos en uafhængig ekstern långiver på de givne vilkår, hvilket ligeledes udelukkende behandles i Ligningsvejledningen[398]. Lovbemærkningerne udgør formentlig blot en vægtning af dokumentationskravet, da det fremhæves som det *centrale*, hvorfor der må foretages en dokumentation både i forhold til långiver og låntagers forhold.

Det følger af de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998, at selskabet skal godtgøre, at lånet kunne være optaget hos en uafhængig ekstern finansieringskilde på samme vilkår. Det uddybes yderligere, at det er op til selskabet at påvise, at der ikke er tale om lån ydet på vilkår, der alene er affødt af den udenlandske ejers kontrollerende indflydelse. Derved gælder det også i forhold til låntager, at låneoptagelsen på de givne vilkår ikke alene er affødt af den kontrollerede indflydelse. Der må heri også indeholdes en vurdering af, om låntager ville optage lånet på samme vilkår hos en uafhængig ekstern finansieringskilde. En sådan fortolkning synes i overensstemmelse med ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. og formålet med SEL § 11.

Med udtrykket armslængdevilkår henvises til vilkår, som ville være resultatet af to uafhængige selskabers aftale under samme eller sammenlignelige omstændigheder, såfremt disse varetog egne kommercielle og økonomiske interesser.[399] Henset til den nære sammenhæng mellem LL § 2 og SEL § 11 synes det tilsvarende at understøtte en tosidet vurdering efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Men det kan ikke afvises, at det i forhold til låntagers varetagelse af egne kommercielle og økonomiske interesser i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. blot skal dokumenteres, at låntager ikke alene grundet ejerkredsens kontrollerede indflydelse ville påtage sig et tilsvarende lån på tilsvarende vilkår.

Det må sluttes, at det i dokumentationskravet synes centralt, om en uafhængig långiver under hensyntagen til låntagers kommercielle og økonomiske situation ville yde selskabet eller filialen et tilsvarende lån på de givne vilkår men samtidig, om låntager alene grundet ejers kontrollerende indflydelse ville påtage sig et tilsvarende lån på de givne vilkår.

3.9.2.2 Lignende finansiering

Dokumentationskravet og begrebet *"lignende finansiering"* præciseres i lovbemærkningerne[400] til en konkret samlet vurdering, hvor det centrale er, om en uafhængig finansieringskilde under hensyntagen til selskabets kommercielle og økonomiske situation ville yde selskabet et tilsvarende lån på de givne vilkår. Afgørende er herefter begreberne *" et tilsvarende lån"* og *"givne vilkår",* hvilket udgør en todelt dokumentation.

Det kræves for det første dokumenteret, at et lån af samme størrelse kunne opnås mellem uafhængige parter og for det andet, at de givne lånevilkår kunne opnås mellem uafhængige parter. Vurderingen foretages på tidspunktet for indkomstårets udløb. I vurderingen heraf indgår alle forhold, der kan være af betydning for optagelse af lån og lånevilkårene på det fri marked.[401] Det erkendes, at

[398] Se LV 2011-2 S.I.3.5.
[399] Se *Pedersen* (1998), p. 14.
[400] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[401] Se de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998.

dokumentationen kan indeholde en bred vifte af elementer, og at der skal foretages en samlet konkret vurdering af, om betingelserne i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. er opfyldt.[402] Den konkrete samlede vurdering foretages i begge led af det todelte dokumentationskrav, men formentlig også på tværs af disse.

Det følger af de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998, at:

"Selv om gælden i det konkrete tilfælde overskrider den grænse, der fastsættes i lovgivningen (4:1), kan selskabet undgå en skattemæssig korrektion i form af en beskæring af fradragsretten, hvis selskabet godtgør, at lånet kunne være optaget hos en uafhængig ekstern finansieringskilde på samme vilkår. Det er således op til selskabet at påvise, at der ikke er tale om lån ydet på vilkår, der alene er affødt af den udenlandske ejers kontrollerende indflydelse.

I den konkrete vurdering af lånet indgår alle forhold, der kan være af betydning for optagelse af lån og lånevilkår på det fri marked.

Det afgørende tidspunkt er også i denne sammenhæng indkomstårets udløb. En forudsætning for at kunne fradrage renter og kurstab er således, at lånet ved det enkelte indkomstårs udløb kunne være opnået hos en uafhængig långiver."[403]

Det følger tillige, at:

"Om der er tale om et lån, som kunne være ydet af en uafhængig part, vil afhænge af en konkret samlet vurdering, hvorved det centrale er, om en uafhængig finansieringskilde under hensynstagen til selskabets kommercielle og økonomiske situation ville yde selskabet et tilsvarende lån på de givne vilkår. Heri ligger også at lånet ville være ydet, uden at der stilles sikkerhed fra de kontrollerende ejere eller øvrige koncernselskaber"[404]

Førnævnte er ligeledes gengivet i Ligningsvejledningen.[405]

Der henvises tillige i lovbemærkningerne til OECD's rapport om tynd kapitalisering af 26. november 1986.[406] Der må derved siges at foreligge en meget fri dokumentationsadgang. Der skal altid foretages en konkret vurdering, og i vurderingen kan bl.a. indgå:

- Soliditetsgrad i branchen
- Eksterne lånetilbud[407]
- Eksternt udarbejdede kreditværdighedsanalyser

[402] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[403] Se de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998.
[404] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1, stk. 1 i L 101 1997-1998.
[405] Se LV 2011-2 S.I.3.5.
[406] De opstillede kriterier anvendes i rapporten til kvalifikation af finansieringen som enten gæld eller egenkapital.
[407] Skatteministeren bekræftede tillige i svar på spørgsmål 6 i bilag 19 til L53 1998-1999, at det må afhænge af de konkrete omstændigheder, om et lånetilbud kan anses for tilstrækkelig dokumentation for, at et koncerninternt lån kunne have været ydet af en uafhængig part.

- Lovfæstede solvenskrav sammenholdt med solvensgraden gældende for andre dele af koncernen.
- Om en ekstern långiver ville stille yderligere lån til rådighed
- Konkrete forhold i låneaftalen
- Om selskabet (også) havde et meget højt forhold mellem gæld og egenkapital, før lånet blev ydet, eller dette forhold blev meget højt som følge af lånet
- Om lånet tilgodeser et langfristet finansieringsbehov hos selskabet
- Om forholdet mellem gæld og egenkapital opretholdes
- Om lånet er ydet i forbindelse med, at selskabet har lidt betydelige tab
- Om renten på lånet er afhængig af selskabets resultat
- Om lånet er konvertibelt
- Om renten på lånet er urimelig høj
- Om lånet i henseende til rentebetaling eller tilbagebetaling af selve lånebeløbet er efterstillet selskabets øvrige kreditorer (herunder uafhængige långivere)
- Om der ikke er nogen aftale om, på hvilket tidspunkt lånet skal betales tilbage
- Om tilbagebetalingen er afhængig af selskabets indtjening[408]

Det fremhæves i lovbemærkningerne, at jo flere momenter, der er til stede, jo større vil sandsynligheden være for, at der ikke er tale om et reelt lån, der kunne være ydet af en uafhængig part og derved ikke omfattes af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Tilstedeværelse af et eller flere af ovenstående momenter kan være en vigtig faktor i vurderingen efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. men er ikke nødvendigvis afgørende.

Ved kontrolleret gæld efter SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. (sikkerhedsstillelse) skal det vurderes, om lånet ville være ydet, uden at der stilles sikkerhed fra de kontrollerende ejere eller øvrige koncernselskaber. Der henvises da til et tilsvarende lån på de givne vilkår uden sikkerhedsstillelse.[409]

De nævnte eksemplificeringer i lovbemærkningerne henføres til enten dokumentation vedrørende "*tilsvarende lån*" og/eller "*de givne vilkår*". Dokumentationen af de givne vilkår må ses i forhold til lånets størrelse m.v., og derved må den dokumenterede markedsmæssighed i 1. led udgøre grundlaget for dokumentation af, at de givne vilkår i 2. led er markedsmæssige.[410] Det todelte dokumentationskrav må fastholdes, men det erkendes samtidig, at SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. udgør en samlet konkret vurdering på tværs af disse og derved, at der kan foretages en vægtning af den samlede dokumentation.

Det fremhæves i lovbemærkningerne, at afviger forholdet mellem gæld og egenkapital ikke fra den gennemsnitlige soliditetsgrad i branchen, vil dette normalt indikere, at lånet kunne være ydet af en uafhængig part. Dokumentation i forhold til branchens soliditet må henføres til selve lånets størrelse,

[408] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998
[409] Se også bilag 8 til L 101 1997-1998.
[410] Markedskonformiteten af vilkårene er allerede potentielt korrigeret eller accepteret efter LL § 2, men LL § 2 vedrører gældsstiftelsestidspunktet og ikke tidspunktet for indkomstårets udløb, hvorfor dette også selvstændig prøves efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.

men kan ikke i sig selv udgøre dokumentation vedrørende de givne vilkår. Ligeledes må det anføres, at eksternt udarbejdede kreditværdighedsanalyser og en vurdering af, om en ekstern långiver ville stille yderligere lån til rådighed, bidrager til en dokumentation af selve lånets markedskonformitet og kan samtidig understøtte en dokumentation af de givne vilkår men ikke umiddelbart i sig selv dokumentere en opfyldelse af dokumentationskravet i forhold til de givne vilkår.

Skatteministeriet har anført, at der i dokumentationen vil blive lagt vægt på, om særlige eller typiske solvenskrav er opfyldt, og at datterselskabets egenkapitalandel ikke er mindre end hvad, der er gældende for andre dele af koncernen.[411] Det følger tillige af Ligningsvejledningen,[412] at filialer af udenlandske kreditinstitutter, der er underlagt et lovfæstet solvenskrav, ikke er tyndt kapitaliseret, såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital i filialen ikke er lavere end i det udenlandske kreditinstitut selv, medmindre det udenlandske kreditinstitut er etableret med henblik på filialdrift i andre lande. Som omtalt af Skatteministeren omfatter andre dele af koncernen derved også det udenlandske hovedkontor, hvilket understøttes af SKM2008.917.SR. Skatterådet fandt i SKM2008.917.SR, at såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital i en filial af et svensk kreditinstitut lever op til de svenske solvenskrav, og såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital i filialen mindst svarer til forholdet mellem gæld og egenkapital i det svenske hovedkontor, anses reglerne om tynd kapitalisering ikke at kunne finde anvendelse på det faste driftssted i Danmark, idet gæld allokeret til det faste driftssted i så fald anses for indgået på armslængdevilkår i forhold til SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Det synes derved muligt ved faste driftssteder, hvor særlige eller typiske solvenskrav er opfyldt, at anvende kapitalspejlsmetoden til dokumentation af markedsmæssigheden af lånets størrelse. Det bindende svar indeholder ingen oplysninger om en vurdering af de givne vilkår, men det må implicit forudsættes, at de givne vilkår ikke afviger fra markedsstandarden.

Der synes at foreligge en særlig vægtning af dokumentationskravets 1. led, også i lovbemærkningerne, hvilket formentlig må henføres til solvensgraden som central i tynd kapitaliserings regulering og en mere implicit dokumentation vedrørende dokumentationskravets 2. led. Det synes at medføre, at der ved opfyldelse af dokumentationskravet 1. led ikke altid synes langt fra en samlet konkret dokumentation som omfattet af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.

3.9.3 Referencetidspunktet

Armslængdetesten i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. foretages ved indkomstårets udløb.[413] Det understøttes af de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998, hvoraf det fremgår, at:

"En forudsætning for at kunne fradrage renter og kurstab er således at lånet ved det enkelte indkomstårs udløb kunne være opnået hos en uafhængig långiver."

Dette bekræftedes tillige i SKM2008.917.SR,[414] ligesom at opgørelsen af gælden og egenkapitalen efter SEL § 11, stk. 2 og 3 foretages ved indkomstårets udløb. Det skal erindres, at armslængdetesten i LL § 2 anvendes på transaktionstidspunktet.

[411] Se bilag 21 til L 119 2003-2004.
[412] Se LV 2011-2 S.I.3.5.
[413] Se de almindelige bemærkninger til L 101 1997-1998.

Ændringer af selskabets kommercielle og økonomiske situation vil påvirke vurderingen efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., og selskaber/koncerner bærer en risiko i forhold til SEL § 11 ved anvendelsen af koncernintern gæld, da forholdene ved gældsstiftelsen formentlig ændres i forhold til udløbet af det aktuelle indkomstår og senere indkomstår. Der består en risiko for, at eksempelvis værdien af egenkapitalen reduceres, således at solvenskravet i SEL § 11, stk. 1, nr. 3 overskrides, hvilket ligeledes påvirker dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., da selskabets lånemuligheder tilsvarende er ændret.

Anvendelse af indkomstårets udløb som referencetidspunkt skaber ydermere en konflikt i forhold til indfriet kontrolleret gæld. Sådan gæld indgår ikke i opgørelsen af den uforholdsmæssige gæld, mens renteudgifter og kurstab herved fortsat indgår i beregningen af fradragsbeskæringen. Sagt på en anden måde kan indfriet gæld ikke i indkomståret udgøre ikke-markedskonform gæld (uforholdsmæssig gæld), men dette hindrer ikke, at renteudgifter og kurstab vedrørende gælden fradragsbeskæres. Men da gælden ikke består ved indkomstårets udløb, kan markedskonformiteten heraf ej heller dokumenteres, da der ikke består et gældsforhold, hvortil der kan forholdes en armslængdetest. Det er beklageligt, at renteudgifter og kurstab vedrørende markedskonforme gældsforhold derved kan blive fradragsbeskåret.

3.9.4 Retsvirkning og anvendelse

Det følger af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., at fradragsbeskæringen bortfalder, såfremt dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. opfyldes. Det præciseres i lovbemærkningerne,[415] at en beregnet fradragsbeskæring skal reduceres med summen af renteudgifter og kurstab på lånet. Bortfald af fradragsbeskæringen sker, hvor al kontrolleret gæld anses for at opfylde betingelserne i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., enten ved et individuelt dokumentation for hvert enkelt gældsforhold eller ved en samlet dokumentation. Bortfald vil også forekomme, såfremt dokumentationskravet opfyldes for enkelte gældsforhold, og de konkrete renteudgifter og kurstab herved ikke er mindre end den beregnende fradragsbeskæring. Reduktionsbeløbet udgør de konkrete renteudgifter og kurstab på den konkrete gæld.

3.9.5 Praksis vedrørende SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.

En reduktion af en beregnet fradragsbeskæring efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. er i flere tilfælde behandlet i det administrative system. Disse afgørelser fra især Skatterådet og Landsskatteretten analyseres i dette afsnit.

SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. behandledes af Ligningsrådet ved bindende forhåndsbesked af 21. november 2000, der vedrørte et finansieringsselskab i Danmark tilhørende en international koncern.[416] Selskabet var utvivlsomt tyndt kapitaliseret, og sagen vedrørte selskabets dokumentation efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Der var i sagen fremlagt oplysninger om branchesoliditet i forhold til bank- og sparekas-

[414] Se mere herom i afsnit 3.9.6.
[415] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997-1998.
[416] Se Ligningsrådets bindende svar af 21. november 2000, journalnummer 99/00-4339-00230. Se endvidere *Bundgaard* i SR-Skat 2001, 83 for en indgående beskrivelse heraf.

ser[417] og indhentet konkrete lånetilbud[418] samt oplyst, at der påtænktes en betaling af en garantiprovision. Selskabet argumenterede ydermere for, at der ikke forelå en situation, som var tilsigtet at skulle omfattes af SEL § 11, da der i den konkrete situation ikke eksisterende et skattemæssigt motiv til at tynd kapitalisere selskabet eller en misbrugsmulighed, da selskabet kunne udlodde udbytter uden kildeskat, ligesom renteindtægter og provisioner konkret blev beskattet i udlandet.[419]

Ligningsrådet bekræftede efter en konkret samlet vurdering, at selskabet var fritaget fra fradragsbeskæring efter SEL § 11. Det følger heraf, at på baggrund af de indhentede udtalelser fra banker, så kunne selskabet formentlig optage et tilsvarende lån, men ikke på samme vilkår. Den påtænkte garantiprovision ville dog korrigere herfor. De eksterne lånetilbud var primært udslagsgivende og fandtes efter en samlet konkret vurdering at være et rimeligt bud på, hvilke vilkår en uafhængig og ekstern finansieringskilde ville tilbyde, selvom lånetilbuddene ikke var bindende. Den anførte argumentation om et manglende skattemæssigt motiv synes ikke tillagt vægt,[420] men er senere påberåbt i forbindelse med dokumentation efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.

I SKM2007.473.LSR havde et selskab optaget lån hos tredjemand, som var garanteret af det ultimative moderselskab i koncernen.[421] Det blev fremført af klager, at långiver under alle omstændigheder ville have ydet lånet til selskabet, også uden eksistensen af garantien fra moderselskabet, idet banken allerede reelt havde tilstrækkelig sikkerhed i selskabets B-aktier, og at garantien alene blev udstedt for, at selskabet kunne opnå en reduceret rentesats på lånet. Den supplerende sikkerhed i form af moderselskabsgaranti var ikke en absolut betingelse fra långiver, idet der blot var tale om en "mersikkerhed" uden afgørende betydning for, hvorvidt lånet ville blive bevilget. På denne baggrund anførtes det, at lånet måtte anses for at kunne være opnået hos en uafhængig finansieringskilde uden eksistensen af den supplerende sikkerhed fra moderselskabet. Argumentationen vedrørte udelukkende lånets størrelse, men ikke om lånet på de givne vilkår kunne være opnået uden sikkerhedsstillelsen, hvilket ikke synes at være tilfældet. Landsskatteretten fandt, at selskabet ikke havde godtgjort, at selskabet kunne have opnået et lån på tilsvarende vilkår uden den stillede garanti. Klager anførte i øvrigt, at såfremt lånet var stiftet uden moderselskabsgarantien, og der derved skulle betales en højere rente, ville det medføre en øget dansk rentebetaling, hvis fradragsret i så fald under alle omstændigheder ville være uangribelig. Dette førte naturligvis ikke til et andet resultat. Sådanne subjektive argumenter må afvises i forhold til dokumentationen efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., da det ikke indgår i vurderingen af, om lignende finansiering kunne opnås mellem en uafhængig långiver og låntager.

[417] Selskabet udtrykte, at der formentlig ikke fandtes tilsvarende finansieringsselskaber i Danmark, og fandt samtidigt at de funktioner som selskabet udførte, bedst kunne sammenlignes med bank- og sparekassevirksomhed.
[418] I sagen havde det betydning, at der var indhentet eksterne lånetilbud, selvom disse ikke var endelige og bindende.
[419] Det er ikke oplyst om beskatningen i udlandet var identisk med en eventuel dansk beskatning, hvilet bl.a. er afgørende i forhold til incitamentet til at tyndt kapitalisere et selskab. Se mere herom i kapitel 2.
[420] Se ligeledes *Bundgaard og Wittendorff* (2001), p. 336.
[421] Sagen vedrørte ydermere værdiansættelsen af egenkapitalen efter SEL § 11, stk. 3. Se mere herom i afsnit 3.7.4.

I SKM2008.171.SR (TfS 2008.599) blev Skatterådet anmodet om at bekræfte, at et selskab ikke skulle fradragsbeskæres efter SEL § 11, idet det fandtes godtgjort, at lignende finansiering kunne opnås mellem uafhængige parter. Et selskab drev investeringsvirksomhed i Danmark, og til finansiering af selskabets aktivitet stillede det schweiziske moderselskab den nødvendige finansiering til rådighed ved udstedelse af gældsbreve. Selskabet indhentede et eksternt lånetilbud fra en bank, hvoraf det fremgik, at banken kunne tilbyde en rente på 4,84 pct., hvortil der kom en provision på 1,5 pct., dvs. en samlet rentesats på 6,34 pct. Det forudsattes i tilbuddet, at banken skulle opnå håndpant i selskabets obligationsportefølje. Selskabets lånerente hos moderselskabet var oplyst til 5 pct. på tidspunktet for indhentelsen af tilbuddet fra banken. Skatterådet fandt, at selskabet havde godtgjort, at der ikke var tale om et lån ydet på vilkår, der alene var affødt af ejerkredsens kontrollerende indflydelse og lagde vægt på, at selskabet kunne have optaget et lignende lån af samme størrelse hos banken. Da lignende finansiering kunne opnås mellem uafhængige parter, fandt Skatterådet, at selskabet ikke skulle fradragsbeskæres efter SEL § 11. Afgørelsen synes ikke i overensstemmelse med SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.

Det fremgår direkte af SKM2008.171.SR, at:

"*Det er selskabets opfattelse, at det opnåede rentevilkår ligger væsentligt under, hvad der kunne være opnået i en dansk bank ved direkte udlån til det danske selskab."*

Det er overraskende, at Skatterådet tilsyneladende konkluderede det modsatte ved at anse dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. for opfyldt. Lignende finansiering henviser til *"et tilsvarende lån på de givne vilkår"*. Trods det fandt SKAT og Skatterådet, at fradragsbeskæring efter SEL § 11 skulle bortfalde, hvilket forudsætter, at en uafhængig part ville yde et tilsvarende lån på de givne vilkår. Det bindende svar må anses for at være i modstrid med SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. og Landsskattens afgørelse i SKM2007.473.LSR, og kan ikke anses som et udtryk for gældende ret.[422]

I et ikke-offentliggjort svar fra SKAT dateret 27. oktober 2009 er det oplyst, at et moderselskab havde afgivet selvskyldnerkaution for datterselskabets bankgæld. Datterselskabet ønskede herefter at betale en provision til moderselskabet, bl.a. med det formål at undgå en fradragsbeskæring efter SEL § 11. Derfor forespurgte selskabet først og fremmest om en betaling af en provision på 1,25 pct. fra datterselskabet til moderselskabet for sikkerhedsstillelsen var på armslængdevilkår efter LL § 2. Banken havde oplyst selskabet, at der ved en tilsvarende garanti ville blive beregnet en provisionssats på 1-1,5 pct. Selskabet oplyste tillige, at langt hovedparten af værdien af moderselskabets aktiver bestod af værdien af kapitalandelene i det pågældende datterselskab. På baggrund heraf fandt SKAT konkret, at boniteten af moderselskabets garanti ikke kunne sidestilles med en bankgaranti, og at

[422] Afgørelsen kritiseres af *Kelstrup og Sørensen* i TfS 2009, 314. Det fremhæves bl.a. heri at "*Det synes derimod alene godtgjort, at det danske selskab i forhold til den årlige rente ikke er blevet stillet ringere som følge af det koncerninterne lånearrangement*". Det fremhæves senere at "*man skal være opmærksom på, at skattemyndighedernes accept i forhold til tynd kapitalisering ikke er en korrekt anvendelse af armslængdeprincippet, da en transaktion nødvendigvis må have to parter, der begge skal handle på armslængdevilkår*". Denne kritik tiltrædes.

denne provision derfor ikke kunne anvendes direkte som sammenligningsgrundlag. Derfor afviste SKAT, at en sådan provision var på armslængdevilkår efter LL § 2.

Selskabet forespurgte desuden, om hvorvidt en betaling af garantiprovisionen, som omtalt ovenfor, ville fritage selskabet fra at blive omfattet af SEL § 11. SKAT udtalte først og fremmest, at det ikke var godtgjort, at betaling af den nævnte provision var udtryk for armslængdevilkår. Af større interesse for fortolkningen af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. udtalte SKAT herefter, at:

"…men selv i det tilfælde, hvor en koncerninternt stillet garanti faktisk er stillet på armslængde vilkår, bringer det ikke nødvendigvis et lån, der i øvrigt er omfattet af rentebegrænsningsreglerne i selskabsskattelovens § 11, udenfor denne bestemmelses anvendelsesområde. Spørgsmålet til afgørelsen er derimod om, et tilsvarende lån ville være blevet ydet på tilsvarende vilkår af en uafhængig långiver uden garantistillelse."

SKAT bekræftede, at dokumentationen efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., hvor der er stillet sikkerhed, skal indeholde en vurdering af, om et tilsvarende lån på tilsvarende vilkår ville være blevet ydet af en uafhængig långiver uden garantistillelse. Dette er i overensstemmelse med SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. og lovbemærkningerne hertil.[423] SKAT fandt herefter ikke dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. opfyldt.

Sammenfattende bekræfter administrativ praksis, at afgørende efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. er, om lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter og støtter sig i høj grad på formuleringerne i lovbemærkningerne. Administrativpraksis understøtter et todelt dokumentationskrav, således at det for det første kræves dokumenteret, at selskabet kan (evne) og vil (vilje) optage et tilsvarende lån af samme størrelse hos tredjemand og for det andet, at lånevilkårene er på markedsmæssige vilkår. Ydermere bekræfter administrativpraksis, at der ved sikkerhedsstillelse skal vurderes, om et tilsvarende lån på tilsvarende vilkår ville være ydet uden sikkerhedsstillelse fra de kontrollerende ejere eller øvrige koncernselskaber. Uagtet SKM2008.171.SR[424] synes dokumentationskravet at indeholde et krav om, at lånet kunne være optaget hos en uafhængig ekstern finansieringskilde på samme vilkår samt at der ikke er tale om lån ydet på vilkår, der alene er affødt af ejerkredsens kontrollerende indflydelse.

3.9.6 Fast driftssted i Danmark

Det betinges i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., at det dokumenteres at lånet kunne være optaget mellem uafhængige parter, uden at der stilles sikkerhed fra koncernforbundne selskaber.[425] Det er ikke klart, om der i forhold til SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. skal foretages en vurdering af hele den juridiske enhed (skattesubjektet) eller en stand-alone vurdering i forhold til kun det faste driftssted.

Det må overordnet anføres, at skattesubjektet i transaktionen udgør den ene part i gældsforholdet, hvilket både omfatter hovedkontoret og det faste driftssted. Dog skal det i forhold til SEL § 11 be-

[423] Se mere om samspillet mellem LL § 2 og SEL § 11 i afsnit 3.12.
[424] Det kan synes mærkværdigt, at der i Ligningsvejledningen (LV 2011-2 S.I.3.5) udelukkende henvises til SKM2008.171.SR og ikke anden praksis.
[425] Se bilag 8 til L 101 1997-1998.

mærkes, at der i SEL § 11, stk. 5, 2. pkt. anvendes en stand-alone tilgang til faste driftssteder, således at der ved opgørelsen af gæld og egenkapital kun indgår værdien af aktiver og gæld, der har tilknytning til det faste driftssted. Det er ligeledes i SEL § 11, stk. 5, 23. pkt. anført at lån fra tredjemand anses, som kontrolleret gæld, såfremt hovedkontoret hæfter for lånet, hvorved der igen synes anlagt en stand-alone tilgang. Henset til denne sammenhæng må stand-alone tilgang tilsvarende anvendes i forhold til SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.[426]

Det er dog også muligt for et fast driftssted på anden måde at opfylde dokumentationskravet.[427] I SKM2008.917.SR blev Skatterådet bl.a. anmodet om at bekræfte, at gæld allokeret til en bankfilial i Danmark ansås for indgået på "armslængdevilkår" i forhold til SEL § 11, såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital i filialen mindst svarer til forholdet mellem gæld og egenkapitalen i det svenske hovedkontor.

SKAT fremførte i deres indstilling, at der ved vurderingen efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. bl.a. kan henses til soliditetsgraden i den pågældende branche. I brancher, hvor der i lovgivningen er fastsat særlige solvenskrav (eksempelvis banker), er der normalt adgang til at foretage fradrag, selvom solvenskravet i SEL § 11 overskrides. Såfremt det svenske hovedkontor opfyldte det svenske solvenskrav, og såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital i den danske filial mindst svarede til forholdet i det svenske hovedkontor, fandt SKAT, at SEL § 11, stk. 1 ikke fandt anvendelse, da gælden allokeret til den danske filial ansås for indgået på armslængdevilkår. SKAT lagde vægt på oplysninger om, at der ved fastsættelse af soliditetsgraden i det svenske hovedkontor fulgtes de principper, der er fastsat i Basel II-aftalen samt EU-direktiver herom, og som er inkorporeret i national lovgivning. Skatterådet tiltrådte SKATs indstilling og begrundelse. Afgørelsen er i tråd med pkt. 8.2. i cirkulære. nr. 135 af 2. september 1999 og opretholder kapitalspejlsmetoden for finansielle virksomheder.[428]

3.10 Prioritering af fradragsbeskæringen

Såfremt der efter SEL § 11 er beregnet en fradragsbeskæring, hvilken potentielt er blevet reduceret efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., så skal den konkrete fradragsbeskæring fordeles til de konkrete renteudgifter og kurstab i indkomståret. Dette analyseres nærmere i det følgende.

Det følger af SEL § 11, stk. 1, 10. pkt., at der ikke foretages fradragsbeskæring for beløb, der beskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra d. Det følger samtidig af SEL § 11, stk. 6, at renteindtægter og kursgevinster ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for skattepligtige omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a, såfremt låntager ikke har fradrag for de modsvarede udgifter efter SEL § 11. stk. 1. Hertil kommer, at fradragsbeskårne kurstab på lån kan modregnes i kursgevinster på samme lån i efterfølgende indkomstår jf. SEL § 11, stk. 1, 3. pkt. Som følge heraf nødvendiggøres en individualisering/prioritering af den uforholdsmæssige gæld og de tilknyttede renteudgifter og kurs-

[426] Det gælder ikke, såfremt det faste driftssted indgår i en konsolideret opgørelse efter SEL § 11, stk. 4. Se mere herom i afsnit 3.11.
[427] Se *Pedersen og Okholm* i SU 1999, 94 samt *Bundgaard* (2000), p. 145 ff.
[428] Se også LV 2011-2 S.I.3.5. Spørger henviste direkte til cirkulæret, men SKAT foretog ikke direkte henvisning hertil. Efter kapitalspejlsmetoden modsvarer forholdet mellem et fast driftssteds dotationskapital og gæld forholdet mellem det samlede foretagendes egenkapital og gæld. Se *Winther-Sørensen* (2000), p. 412 for mere om kapitalspejlsmetoden.

tab. Prioriteringen følger af SEL § 11, stk. 1, 8. og 9. pkt. og indførtes ved lov nr. 221 af 31. april 2004 og udgør en fordeling af den beregnede fradragsbeskæring til renteudgifter og kurstab på de konkrete gældsforhold efter anvendelse af SEL § 11, stk. 1, 1., 5. og 7. pkt.

Det følger af SEL § 11, stk. 1, 8. pkt. og 9. pkt., at:

"Er der såvel koncernintern kontrolleret gæld som kontrolleret gæld til tredjemand, foretages fradragsbeskæringen først for den koncerninterne kontrollerede gæld og dernæst for den kontrollerede gæld til tredjemand. Fradragsbeskæringen foretages først for dansk kontrolleret gæld og dernæst for udenlandsk kontrolleret gæld."

Prioriteringen udgør følgende:

1. Dansk koncernintern kontrolleret gæld
2. Udenlandsk koncernintern kontrolleret gæld
3. Dansk kontrolleret gæld til tredjemand
4. Udenlandsk kontrolleret gæld til tredjemand[429]

Det er dog ikke en fordeling baseret på gældens værdi, men derimod renteudgifter og kurstab herved. En prioritering ud fra gældens værdi kunne føre til, at en fradragsbeskæring ikke kunne fuldføres, eksempelvis såfremt den kontrollerede gæld i første pulje overstiger den uforholdsmæssige gæld, men hvor renteudgifter og kurstab herved er mindre end den beregnede fradragsbeskæring. Dette synes ikke at være formålet eller hensynet med prioriteringen.

Det medfører dog, at kontrolleret gæld, ud over hvad der udgør uforholdsmæssig gæld, i nogle tilfælde berøres, såfremt renteudgifter og kurstab er lavere end den resterende gæld. Det skyldes den særlige beregning af fradragsbeskæringen, hvor de faktiske renteudgifter og kurstab adskilles fra de konkrete låneforhold,[430] da fradragsbeskæringen beregnes som en procentdel af de samlede renteudgifter og kurstab. Prioriteringen er derfor som følger:

1. Renteudgifter og kurstab vedrørende dansk koncernintern kontrolleret gæld
2. Renteudgifter og kurstab vedrørende udenlandsk koncernintern kontrolleret gæld
3. Renteudgifter og kurstab vedrørende dansk kontrolleret gæld til tredjemand
4. Renteudgifter og kurstab vedrørende udenlandsk kontrolleret gæld til tredjemand

Fradragsbeskæringen fordeles efter det såkaldte champagneprincip,[431] og fradragsbeskæringen vil fortsætte, indtil den beregnede fradragsbeskæring er "udfyldt" med renteudgifter og kurstab af kontrolleret gæld. Renteudgifter og kurstab af kontrolleret gæld omfattet af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. indgår ikke heri, da disse allerede har nedbragt fradragsbeskæringen forud for denne tekniske fordeling af fradragsbeskæringen.

[429] Se bemærkningerne til nr. 18 i bilag 57 samt bilag 67 til L 119 2003-2004. Se tilsvarende bilag 16 til L 119 2003-2004, hvor FSR foreslog en prioriteringsregel, som indført i SEL § 11, stk. 1, 8. pkt.
[430] Dvs. de renteudgifter og kurstab, der efter SEL § 11 anses for at *vedrøre* den uforholdsmæssige gæld.
[431] Fyldestgørelsen af kreditorer i forbindelse med konkurs følger det såkaldte champagne princip, hvor kreditorerne inddeles i bl.a. separatistkrav, simple krav m.v.

Fradragsbeskæringen anses først for at vedrøre renteudgifter og kurstab af dansk koncernintern kontrolleret gæld, hvor beskatningen af långiver tilsvarende frafaldes.[432] Herved fastholdes fradragsbeskæringen, men der ydes samtidig skattefrihed hos långiver. Såfremt den beregnede fradragsbeskæring overstiger renteudgifter og kurstab af den danske koncerninterne kontrollerede gæld, vil fradragsbeskæringen herefter blive henført til udenlandsk koncernintern kontrolleret gæld. Heri indgår ikke renteudgifter, hvor långiver rentekildebeskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra d.[433] Såfremt der fortsat består en resterende fradragsbeskæring, henføres fradragsbeskæringen til dansk kontrolleret gæld til tredjemand, dvs. gæld omfattet af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.[434] Sluttelig vil en resterende fradragsbeskæring blive henført til udenlandsk kontrolleret gæld til tredjemand, dvs. gæld omfattet af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. Der kan ikke herefter bestå en yderligere fradragsbeskæring, da fradragsbeskæringen er maksimeret til de faktiske renteudgifter og kurstab vedrørende kontrolleret gæld.

Skatteministeren har udtalt at, såfremt fradragsbeskæringen er mindre end de samlede renteudgifter og kurstab, kan selskabet vælge at lade fradragsskæringen omfatte kurstabet.[435] Det må modificeres efter lov nr. 221 af 31 marts 2004, således at valgfriheden nu kun består inden for den pulje, hvor fradragsbeskæringen er mindre end de konkrete renteudgifter og kurstab. Det har betydning, da beskårne kurstab kan fradrages i kursgevinster på samme lån i efterfølgende indkomstår, hvorved fradragsretten vedrørende kurstab ikke endeligt fortabes, ligesom at långiver ved kontrolleret gæld omfattet af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. er skattefri af kursgevinster, men ikke renteindtægter efter SEL § 11, stk. 6. Skattefriheden efter SEL § 11, stk. 6 analyseres nærmere i følgende afsnit.

3.10.1 Skattefrihed – långiver

Det følger af SEL § 11, stk. 6, at renteindtægter og kursgevinster er skattefri for långivere omfattet af SEL § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, såfremt låntager fradragsbeskæres af de tilsvarende renteudgifter og kurstab efter SEL § 11, stk. 1. I en sådan situation sker der ikke udflytning af skattetilsvar. Det kan reelt anskues som en samlet bortseelse fra rentebetalingen, da gælden anses for ikke-markedskonform, både i forhold til låntager og långiver. Derved opnås en symmetrisk behandling i nationale koncernforhold. Beskatningen af långiver kan ikke frafaldes i internationale koncernforhold, da dansk beskatning ikke foretages.[436]

Skattefriheden omfatter ikke renteindtægter af lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, dvs. ved kontrolleret gæld omfattet af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. Ved anvendelsen af sikkerhedsstillelse medfører fradragsbeskæringen derved ikke skattefrihed, hverken i nationale låneforhold eller internationale låneforhold, hvilket ikke er begrundet i lovbemærkningerne. Der må formentlig henses til, at SEL § 11 udgør koncernskærpende regulering og ikke skal omfatte uafhængige parters indkomstopgørelse. Det følger dog ikke af ordlyden af SEL § 11, stk. 6, 2. pkt., at det omfatter kurstab på gæld omfat-

[432] Jf. SEL § 11, stk. 6.
[433] Jf. SEL § 11, stk. 1, 10. pkt.
[434] Långiver er da ikke skattefri af renteindtægter efter SEL § 11, stk. 6, 2. pkt.
[435] Se bilag 11 til L 53 1998-1999.
[436] Det har tidligere været hævdet, at dette ikke er EU-konformt, hvilket dog må afvises. Det behandles nærmere i kapitel 6, afsnit 6.2.2.2.

tet af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., hvorved kursgevinster fortsat må henføres til SEL § 11, stk. 6, 1. pkt. og derved fortsat er skattefri.

3.10.2 Fradragsbeskæringen og kildeskat

Der foretages ikke fradragsbeskæring af rentebetalinger, som kan[437] kildebeskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra d.[438] Kildeskatten udgør 25 pct.[439] og modsvarer derved værdien af fradraget, hvorved der ikke er tale om udflytning af skatteprovenu.

Såfremt en ikke-hjemmehørende långiver kildebeskattes af en kursgevinst efter SEL § 2, stk. 1, litra h, vil låntager forsat kunne blive fradragsbeskåret af kurstabet. Det synes i modstrid med formålet med SEL § 11, og det er uklart, om det udgør en lovmæssig forglemmelse, at SEL § 2, stk. 1, litra h ikke tilføjedes til SEL § 11, stk. 1, 10. pkt. under det lovforberedende arbejde med L 119 2003-2004, da SEL § 2, stk. 1, litra h indsattes senere.[440]

Det følger ikke af SEL § 11, stk. 1, 10. pkt., at fradragsbeskæringen bortfalder eller reduceres, men blot at fradragsbeskæringen ikke omfatter beløb, der kan beskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra d. Det medfører først og fremmest, at den maksimale fradragsbeskæring nedsættes, og at renteudgifter, hvor renteindtægten kildebeskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra d, udgår af fordelingen af fradragsbeskæringen efter SEL § 11, stk. 1, 8. og 9. pkt. Dette betyder dog samtidig, at hvor de konkrete renteudgifter og kurstab fortsat overstiger den beregnede fradragsbeskæring, vil fradragsbeskæringen blot blive videreoverført til følgende renteudgifter og kurstab i prioriteringen og ikke nødvendigvis medføre en reduktion af fradragsbeskæringen.

3.11 Konsolideringsreglen

I de forrige afsnit analyseredes betingelserne for fradragsbeskæring efter SEL § 11, hvori det bærende element er solvenskravet. I dette afsnit analyseres konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4.

Det fremgår af bemærkningerne til L 101 1997-1998, at det findes nødvendigt at indføre en konsolideringsregel som værnsregel mod omgåelse af solvenskravet. Derved udspringer behovet herfor af anvendelsen af solvenskravet. Det fremgår specifikt, at:

"*Uden en supplerende regel som nævnt i stk. 4, ville en koncern ved at indskyde yderligere selskaber kunne udtynde kapitalen, samtidig med at forholdet mellem gæld og egenkapital opretholdes i det enkelte datterselskab (såkaldt kaskadeeffekt)".*

[437] Anvendelsen af ordvalget *kan beskattes* synes ikke at udgøre et problem, da der i SEL § 2, stk. 1, litra d, 3. pkt. allerede er taget højde for fordelingen af beskatningskompetencen, hvorved beskatningen enten foretages med 25 pct. eller slet ikke.
[438] Jf. SEL § 11, stk. 1, 10. pkt.
[439] Se mere herom i kapitel 2, afsnit 2.2.2.1.
[440] Se § 10, nr. 12 i bilag 57 til L 119 2003-2004.

Kaskadeeffekten illustreres i følgende figur, hvor aktiver indskydes i datterselskaberne:

Moderselskab

Aktiver:		**Passiver**	
Aktier i DS1	20.000	Egenkapital	4.000
		Fremmedkapital	16.000

Datterselskab 1

Aktiver:		**Passiver**	
Aktier i DS2	100.000	Egenkapital	20.000
		Fremmedkapital	80.000

Datterselskab 2

Aktiver:		**Passiver**	
Likvide midler	500.000	Egenkapital	100.000
		Fremmedkapital	400.000

Samlet opgørelse

Passiver	
Egenkapital	4.000
Fremmedkapital	496.000

Det ses, at en koncern ellers blot kunne indskyde aktiverne i et nyt selskab som egenkapital og herefter optage yderligere koncernintern gæld uden at overskride solvenskravet i de enkelte selskaber eller 10. mio. kroners kravet. En sådan omgåelse søges undgået ved konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4.

Konsolideringsreglen har været et iboende element af SEL § 11 siden lov. nr. 432 af 26. juni 1998, dog således at SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. blev tilføjet ved lov nr. 221 af 31 marts 2004, hvorved anvendelsesområdet af konsolideringsreglen blev indskrænket. I det følgende identificeres konsolideringskredsen og retsvirkningerne af konsolideringen.

3.11.1 Konsolideringskredsen

Det følger af SEL § 11, stk. 4, 1. pkt., at såfremt flere danske koncernforbundne selskaber kontrolleres jf. KGL § 4, stk. 2, finder SEL § 11, stk. 1-3 samlet anvendelse på aktiver og passiver, og der skal bortses fra danske aktier i andre selskaber, der indgår i opgørelsen, samt gæld og fordringer mellem disse. Koncernforbindelsen vurderes efter KGL § 4, stk. 2.

Ved koncernforbundne selskaber henvises til selskaber og foreninger m.v., hvor samme aktionærkreds direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller råder over mere end 50 pct.

af stemmerettighederne i selskaberne. Hertil kommer fonde, der direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i selskaberne. Fonde omtales eksplicit, da fonde er selvejende og derved per definition ikke kan være kontrollerede. Fonde kan ikke indgå i konsolideringen,[441] men kan skabe koncernforbindelse samt udgøre et ultimativt moderskab, som omtalt i SEL § 11, stk. 4, 2. pkt.[442]

Selskaber og foreninger m.v. er ikke selvstændigt defineret, men det følger af KGL § 2, at kun selvstændige skattesubjekter kan være koncernforbundne, da kun selskaber, fonde og foreninger m.v., som er skattepligtige efter selskabsskatteloven eller fondsbeskatningsloven, omfattes af KGL § 4. I forhold til SEL § 11 vil konsolideringen udelukkende omfatte subjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 i, 3 a-5 b samt faste driftssteder efter SEL § 2, stk. 1, litra a.[443] Det fremgår af lovbemærkningerne til L 101 1997-1998, at udenlandske datterselskaber, der indgår i en dansk sambeskatning, anses som et omfattet datterselskab, hvorved disse tilsvarende indgår i konsolideringen.[444]

Koncernforbindelsen konstateres på baggrund af begrebet *samme aktionærkreds*. Det antages, at en hvilken som helst gruppe af personer/selskaber/fonde, hvor der er sammenfald i ejerskab eller rådighed over stemmerettighederne, er koncernforbundne, hvor der samlet direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af kapitalen eller direkte eller indirekte rådes over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i begge selskaber, uanset ejerforholdets fordeling inden for aktionærkredsen.[445] Derved anses både fysiske personer og juridiske personer, herunder fonde, for omfattet af begrebet *samme aktionærkreds*.

Der anvendes et formelt koncernbegreb (de jura), hvor der kræves sammenfald af ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder ud over 50 pct. Der forudsættes dog direkte eller indirekte ejerskab af minimum én aktie i begge selskaber, henset til begrebet aktionærkreds. Stemmerettigheder opnået på baggrund af stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed i aktier, eksempelvis pant, udgår af opgørelsen af stemmerne både i forhold til modtageren og overdrageren. Aktionærer, som nævnt i ABL § 4, stk. 2, anses som én og samme aktionær,[446] hvilket eksempelvis har betydning, hvor nærstående driver forskellige selskaber, og derved begge kan blive anset som én og samme aktionær og koncernforbundne efter KGL § 4, stk. 2 og indgå i en konsolideret opgørelse, uagtet om gæld herimellem omfattes af SEL § 11, stk. 1, nr. 2.

Direkte ejerskab og direkte rådighed over stemmerettigheder opgøres på baggrund af den direkte aktionærkreds m.v. Indirekte ejerskab og indirekte rådighed over stemmerettigheder opgøres på

[441] Jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 1 modsætningsvis.
[442] Se eksempelvis SKM2007.817.SR.
[443] Jf. SEL § 11, stk. 5. Skatteministeren bekræftede i bilag 11 til L 53 1998-1999, at indgår der både et selskab og en filial i koncernen, skal afgørelsen af, om disse er tyndt kapitaliserede, ske efter en samlet opgørelse, hvori indgår såvel selskab som filial.
[444] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1, stk. 1 i L 101 1997-1998. Der henvises heri til de dagældende regler om frivillig sambeskatning i den dagældende SEL § 31. Det må antages at denne henvisning nu må gælde i forhold til SEL § 31A.
[445] Se hertil *Børjesson et al* (2004), p. 128.
[446] Jf. KGL § 4, stk. 2. LL § 2, stk. 3 følger ligeledes KGL § 4, stk. 2, men på tidspunktet for fremsættelsen af L 101 1997-1998, dvs. 2. juni 1998.

baggrund af besiddelser gennem selskaber, hvor samme aktionærkreds besidder mere end 50 pct. af ejerandelen eller mere end 50 pct. af stemmerettighederne, som det ligeledes er tilfældet ved LL § 2, stk. 3, og som det er eksemplificeret i pkt. 61 i det ophævede cirkulære nr. 134 af 29. juli 1992. Det følger heraf, at råder selskab A over 49 pct. af stemmerettighederne i henholdsvis selskab B og C, og råder selskab B over 10 pct. af stemmerettighederne i selskab C, er ingen af selskaberne koncernforbundne på baggrund heraf.

Vurderingen af koncernforbindelsen foretages ved indkomstårets udløb.[447] Er indkomstårene ikke sammenfaldende for de konsoliderede selskaber, foretages den samlede opgørelse ved udløbet af hvert enkelt selskabs indkomstår.

Følgende eksempler kan fremføres, hvor der antages 100 pct. ejerskab og rådighed over stemmerettighederne.

Det følger af ovenstående figurer, at A A/S og B A/S er koncernforbundne efter KGL § 4, stk. 2, da den personlige aktionær kontrollerer begge selskaber. Fond og A A/S er ligeledes koncernforbundne, jf. KGL § 4, stk. 2, nr. 3 og 4. Det er samtidigt interessant, at fonde nævnes eksplicit i KGL § 4, stk. 2, da fonde er selvejende og ejes eller kontrolleres derved ikke. Den selvstændige hjemmel I KGL § 4, stk. 2, nr. 3 og 4 understreger, at koncernforbindelse vurderes ud fra direkte eller indirekte ejerskab/stemmerettigheder af den bagvedliggende aktionærkreds dvs. ikke blot topartsforholdet. Situationen er interessant i forhold til konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4, da der ved henvisningen til koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2 skal foretages en modificering heraf efter SEL § 11, stk. 4, 2. pkt., da konsolideringsreglen fandt anvendelse i situationer, hvor kaskadeeffekten ikke kunne forekomme.[448]

[447] Se bilag 11 til L 53 1998-1999. Det fremgår heraf, at det afgørende tidspunkt i relation til SEL § 11 i alle tilfælde er indkomstårets udløb.
[448] SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. blev tilføjet, da konsolideringsreglen ikke tog hensyn til at en koncern kan drive flere grene af sin virksomhed i Danmark gennem datterselskaber eller faste driftssteder, se bemærkninger til § 10, nr. 10 i L 119 2003-2004.

SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. blev tilføjet ved lov nr. 221 af 31 marts 2004, og det fremgår, at:

"1. pkt. finder kun anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage de udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab kan anses for at være koncernforbundne".

Det følger af lovbemærkningerne,[449] at SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. begrænser konsolideringsreglen til alene at finde anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage udenlandske aktionærer kan anses for koncernforbundne. Skatteministeriet har efterfølgende fremført, at:[450]

"Bestemmelsen ændrer ikke på, hvilke selskaber, der anses for koncernforbundne, men regulerer alene, hvornår der skal ske konsolidering i forhold til en evt. fradragsbeskæring for renter i gældsforhold mellem de enkelte koncernselskaber."

Det synes tvivlsomt, henset til ordlyden af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt., hvoraf det følger, at konsolideringen kun skal omfatte selskaber, der uden at inddrage de udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab <u>kan anses for at være koncernforbundne</u>. Konsolideringskredsen afgøres netop ud fra koncernbegrebet, hvorved disse ikke kan adskilles.

Ved ændringsforslag[451] blev det tilføjet, at der også skulle bortses fra et eventuelt dansk ultimativt moderselskab, da SEL § 11, stk. 4 blev kritiseret for at indebære en forskelsbehandling alt efter, om der var tale om en dansk koncern eller en koncern kontrolleret fra udlandet.[452] Der fremkom dog ingen definition af et dansk ultimativt moderselskab, men det følger af en senere udtalelse fra Skatteministeriet, at der ved et dansk ultimativt moderselskab forstås et dansk moderselskab, der ikke er kontrolleret af udenlandske selskaber.[453] En sådan definition medfører, at der i en koncern kan bestå flere ultimative moderselskaber, eksempelvis hvor disse ejes af samme fysiske person.[454]

Til belysning af konsolideringsreglen fremsatte FSR følgende struktur (til venstre) i en henvendelse under det lovforberedende arbejde:

[449] Se bemærkningerne til § 10, nr. 10 i L 119 2003-2004.
[450] Se *Skatteministeriet* (2004, 23. december).
[451] Se bilag 57 til L 119 2003-2004.
[452] Se eksempelvis bilag 16 til L 119 2003-2004.
[453] Se *Skatteministeriet* (2004, 23. december).
[454] Der skal ikke bortses fra udenlandske aktionærer ved vurderingen af om selskabet udgør et ultimativt dansk moderselskab.

FSR anførte, at de forstod reglen således, at der skal ske en selvstændig opgørelse efter SEL § 11 for DK1 og en konsolideret for DK2 og DK3.[455] Det blev dog ikke bekræftet eller afkræftet af lovgiver under det lovforberedende arbejde, om dette skulle være et udtryk for en korrekt fortolkning.[456]

I figuren til højre illustreres bortseelsen efter SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. Det følger af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt., at der skal bortses fra udenlandske aktionærer, dvs. UM. DK1 og DK 2 ejes eller kontrolleres derved ikke af en fælles aktionærkreds. Da der i ordlyden henvises til både direkte og indirekte ejerskab/rådighed, skal der henses til eventuelt overliggende (indirekte) aktionærer, hvorved det må afgøres, om disse er danske eller udenlandske. Såfremt UM udelukkende direkte og indirekte ejes af udenlandske aktionærer, skal der bortses fra disse, og DK1 kan ikke anses for at være koncernforbunden med hverken DK2 eller DK3. DK1 skal i så fald foretage en selvstændig opgørelse efter SEL § 11.

Der må ligeledes i forhold til DK2 og DK3 bortses fra udenlandske aktionærer i vurderingen af en eventuel koncernforbindelse. Da der skal bortses fra UM samt bagvedliggende udenlandske aktionærer, består der reelt en situation, hvor DK2 ikke kontrolleres i lighed med DK1. Situationen kan derved anses for parallel med en situation, som omtalt i KGL § 4, stk. 2, nr. 3 og 4, hvor en fond ejer eller kontrollerer et selskab. I ovennævnte eksempel udgør DK2 dog ikke en fond, og situationen omfattes derved ikke af KGL § 4, stk. 2, nr. 3 eller 4. Dette må føre til, at DK2 og DK3 ikke kontrolleres af samme aktionærkreds jf. SEL § 11, stk. 4, 2. pkt., og derfor skal selskaberne DK2 og DK3 ikke indgå i en konsolideret opgørelse.

Omvendt gælder det, at såfremt UM ejes/kontrolleres direkte eller indirekte af danske aktionærer, vil både DK1, DK2 og DK3 være koncernforbundne efter KGL § 4, stk. 2, hvorved disse skal indgå i en konsolideret opgørelse efter SEL § 11, stk. 4.

Ovenstående fortolkning er dog omdiskuteret.

Skatteministeriet fremkom med bidrag til fortolkningen af SEL § 11, stk. 4 ved en række svar til supplerende spørgsmål fremsat af FSR til L 119 2003-2004.[457] Skatteministeriet afviste heri, at DK1 og DK2 i følgende eksempel ikke er koncernforbundne og anførte, at disse skulle konsolideres efter SEL § 11, stk. 4.[458]

[455] Se bilag 16 til L 119 2003-2004.
[456] Skatteministeren forholdte sig i stedet til ændringsforslaget, hvorefter der også skal bortses fra et eventuelt dansk ultimativt moderselskab og afviste i øvrigt en EU-retlig problematik, se bilag 21 til L 119 2003-2004.
[457] Se *Skatteministeriet* (2004, 23. december).
[458] Eksemplet er fremført som eksempel 3 af *Bundgaard* i SU 2004, 207, hvortil Skatteministeriet ligeledes direkte henviser til.

Der består i eksemplet en situation, hvor der efter ordlyden af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. skal bortses fra UDL samt eventuelt andre direkte og indirekte udenlandske aktionærer, hvorved DK1 ikke kontrolleres. Der kan som følge af ordlyden af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. derfor ikke forekomme den nødvendige samlede aktionærkreds, medmindre der foreligger en bagvedliggende dansk aktionærkreds. Skatteministeriet anførte dog, at:

"Med formuleringen i selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt., menes ikke andet, end at koncernforbindelsen kan konstateres umiddelbart uden at det er nødvendigt at kende den udenlandske aktionærkreds andre aktiebesiddelser (eller aktiebesiddelser tilhørende ejerkredsen bag det ultimative danske moderselskab, hvor dette måtte være relevant). Herefter må de to danske selskaber i ovennævnte eksempel anses for koncernforbundne ved konsolideringen efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4."

Dette synes dog ikke at følge af ordlyden, uagtet at det måtte være hensigten eller formålet.

Der er i 2010 offentliggjort bidrag til debatten i kraft af afgørelse fra Landsskatteretten i SKM2010.207.LSR samt bindende svar fra Skatterådet i SKM2010.8.SR.[459] SKM.2010.270.LSR vedrørte følgende koncern:

[459] Afgørelserne er tillige behandlet af *Hansen* i TfS 2010, 564 samt af *Bundgaard og Tell* i TfS 2011, 104.

H1 ApS er oplyst som ejet af selskabet G2 via det amerikanske selskab G3 (68 pct.), det amerikanske selskab G4 (30 pct.) og øvrige selskaber (2 pct.). Sagen vedrørte H1 ApS og det hollandske selskab G5s filial G1 i Danmark, der indgik i en sambeskatning efter SEL § 31. Skattecentret havde foretaget en selvstændig opgørelse efter SEL § 11, hvorved filialen G1 blev fradragsbeskåret. Klager gjorde gældende, at der skulle foretages en konsolideret opgørelse efter SEL § 11, stk. 4 og 5 omfattende H1 ApS og G1, hvilket ville bevirke, at solvenskravet ikke var overskredet. SKAT gjorde gældende, at:

"Som udgangspunkt er G5 og det faste driftssted at betragte som ét skattesubjekt. For begrænset skattepligtige efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, omfattet af selskabsskattelovens § 11, stk. 5, anses der imidlertid at skulle ske en adskillelse af det faste driftssted og hovedkontoret. Det faste driftssted anses således at skulle sidestilles med et datterselskab, i hvilket tilfælde der heller ikke anses at skulle ske konsolidering, da der ved ejerskab via et udenlandsk selskab ikke anses at være tale om en virksomhedsgren."

Landsskatteretten fandt dog, at:

"Skattesubjektet i relation til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, er selskabet G5, således at filialen ikke udgør et i forhold til det hollandske hovedkontor selvstændigt skattesubjekt. Det hollandske hovedkontor kan derfor heller ikke anses at være aktionær i filialen og dermed heller ikke omfattet af begrebet "udenlandske aktionærer" i selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt. Ejerskabet via et udenlandsk selskab ses i givet fald heller ikke i sig selv at ville udelukke konsolidering efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4, uanset bestemmelsens 2. pkt. Ved vurderingen af hvilke selskaber, der er koncernforbundne efter kursgevinstlovens § 4, stk. 2, må det således som udgangspunkt lægges til grund, at det ikke alene er direkte, men også indirekte ejerskab, der medfører koncernforbindelse."

Det kan først og fremmest udledes, at et fast driftssted ikke, som et datterselskab, udgør et selvstændig skattesubjekt i forhold til SEL § 11, stk. 4, og at der ikke skal foretages en ligestilling i denne henseende i forhold til *ejerskab* af disse. Det bemærkedes i øvrigt, at også indirekte ejerskab og rådighed omfattes, hvorved bortseelse fra et mellemliggende selskab ikke nødvendigvis medfører, at der ikke består koncernforbindelse efter KGL § 4, stk. 2. Landsskatteretten udtalte herefter, at:

"Selskabet er ejer af det hollandske datterselskab G5, således at selskaberne er koncernforbundne i relation til kursgevinstlovens § 4, stk. 2, hvorefter der ved koncernforbundne selskaber bl.a. forstås selskaber, hvor samme aktionærkreds direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af aktiekapitalen i hvert selskab, jf. bestemmelsens stk. 1."

Landskatteretten konkluderede, at H1 ApS og filialen G1 var koncernforbundne efter KGL § 4, stk. 2. Det kan dog ikke herfra sluttes, at disse skal indgå i en konsolideret opgørelse, da der må henses til SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. Bortses der fra direkte og indirekte udenlandske aktionærer, og antages det, at koncernen er udenlandsk kontrolleret, skal vurderingen af koncernforbindelsen udelukkende vurderes på baggrund af H1 ApS og G5, uden at der i forhold til vurderingen består en bagvedliggende aktionærkreds (direkte eller indirekte anpartshavere) i forhold til H1 ApS. SKAT fremførte dog ikke denne argumentation. Landsskatteretten tiltrådte de påklagede reguleringer, hvorved Landskatteretten bekræftede, at H1 ApS og G1 skulle indgå i en konsolideret opgørelse. Dette synes i overens-

stemmelse med Skatteministeriets anlagte fortolkning, som tidligere nævnt, men derimod ikke i overensstemmelse med ordlyden af SEL § 11, stk. 4 eller den anlagte fortolkning fremført af *Bundgaard* i SU 2004, 207 og *Hansen* i TfS 2005, 153. Den anlagte fortolkning af Skatteministeriet synes tillige anlagt af Skatterådet i SKM.2010.8.SR.

Skatterådet afgav bindende svar i SKM2010.8.SR, som vedrørte en dansk koncern, hvori to danske udlånsvirksomheder henholdsvis A A/S og B A/S drev finansieringsvirksomhed med forbrugslån. Koncernen er illustreret i følgende figur:

Selskaberne A A/S og B A/S havde et samlet udlånsniveau på ca. 600 mio. kroner, hvor finansieringen af selskabernes udlån var ydet af 2 banker. E A/S, C ApS og A A/S havde bl.a. stillet sikkerhed for gælden til den ene bank (X bank), hvorved der som udgangspunkt bestod kontrolleret gæld jf. SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.

Der blev anmodet om bindende svar fra Skatterådet om, hvorvidt SEL § 11 medførte, at A A/S og B A/S, og dermed E-koncernen, skulle fradragsbeskæres i 2009. I denne vurdering måtte SEL § 11, stk. 4 nødvendigvis inddrages.

Det fremgår af SKATs indstilling og begrundelse, at H A/S holdes ude af konsolideringen.[460] Endvidere fremgår det, at G ApS, E A/S, A A/S, B A/S, C ApS og D ApS skal konsolideres efter SEL § 11, stk. 4, da selskaberne er koncernforbundne jf. KGL § 4, stk. 2. Skatterådet tiltrådte dette, hvorved der henvistes til Skatteministeriets anlagte fortolkning af konsolideringsreglen, således at G ApS indgår i den konsoliderede opgørelse. Det illustreres i følgende figur:

[460] Der henvises til SEL § 11, stk. 4 samt *Skatteministeriet* (2004, 23. december).

Efter en ordlydsfortolkning bortses i udgangspunktet fra H A/S.[461] Konsolideringen må herefter afgøres ud fra, om H A/S er dansk eller udenlandsk ejet. Såfremt der antages udenlandsk ejerskab, bortses der ligeledes fra disse, hvorved G ApS ikke efter SEL § 11, stk. 4 kan anses for at have en aktionærkreds. Derimod udgør G ApS den fællesaktionærkreds for E A/S, A A/S, B A/S, C ApS, D ApS og F A/S, således at E A/S, A A/S, B A/S, C ApS, D ApS og F A/S skal indgå i en konsolideret opgørelse efter SEL § 11, stk. 4. Såfremt der antages dansk ejerskab af H A/S, skal G ApS, E A/S, A A/S, B A/S, C ApS, D ApS og F A/S indgå i en konsolideret opgørelse, da denne danske aktionærkreds udgør den fælles aktionærkreds. Det illustreres i følgende figur:

[461] Det antages, at H A/S udgør et ultimativt dansk moderselskab.

Det må konkluderes, at Skatteministeriets fortolkning anvendes i det administrative system[462], uagtet ordlyden af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. og KGL § 4, stk. 2. Det er ikke afklaret, om fortolkningen tillige anvendes ved domstolene.[463]

Det er desuden særdeles interessant, at F A/S ikke nævnes som en del af konsolideringskredsen i SKM2010.8.SR. F A/S må, uanset hvilken fortolkning, der anlægges, anses for koncernforbunden med E-koncernen efter KGL § 4, stk. 2 og skal indgå i den konsoliderede opgørelse. Det fremgår ikke af det bindende svar, hvorfor F A/S ikke indgår i konsolideringskredsen i besvarelsen. Det er fremført af *Hansen* i TfS 2010.564, at:

"Når man læser Skatterådets bemærkninger om begrebet virksomhedsgren, så kunne man få den tanke, at det ligger implicit i afgørelsen, at de to delkoncerner E og F udgjorde to forskellige virksomhedsgrene i koncernen og hensigten med selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt., er at sikre, at konsolideringsreglen alene anvendes inden for den enkelte virksomhedsgren, jf. lovens forarbejder. Efter en formålsfortolkning skulle de to delkoncerner således ikke konsolideres."

Forfatteren afviser herefter korrekt denne begrundelse for at udelade F A/S af konsolideringen. Der henvises i lovbemærkningerne til, at konsolideringen alene skal finde anvendelse inden for den enkelte virksomhedsgren i Danmark,[464] men det må samtidig fastholdes, at konsolideringskredsen defineres i SEL § 11, stk. 4 med henvisning til KGL § 4, stk. 2 og ikke ved en mere subjektiv vurdering. Det konkluderes tillige af *Hansen* i TfS 2010, 564, at der ikke er hjemmel til at inddrage andre forhold, såsom virksomhedsart, funktioner m.v.

Det er utvivlsomt i modstrid med ordlyden af SEL § 11, stk. 4 at udelade F A/S af konsolideringen, da begrebet virksomhedsgren må forstås i sammenhæng med bestemmelsens ordlyd og henvisningen til KGL § 4, stk. 2, således at hele G ApS koncernen udgør en virksomhedsgren. Dette kan omvendt være et udtryk for, at Skatterådet, som var i besiddelse af de relevante oplysninger vedrørende F A/S og dettes datterselskaber, muligvis fandt F A/S irrelevant i den offentliggjorte besvarelse, da sagen vedrørte fradragsbeskæring af koncernintern gæld i E-koncernen og i tavshed valgte at udelade F A/S i vurderingen. Dette må dog i bedste fald synes betænkeligt.[465]

Der synes at være enighed mellem SKAT, Skatteministeriet, Skatterådet og Landsskatteretten om, at konsolideringen skal omfatte det øverste danske selskab, dog ikke et ultimativt dansk moderselskab,[466] uagtet, at der ifølge ordlyden af KGL § 4, stk. 2 forudsættes kontrol fra en tredjepart, og at der ifølge ordlyden af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. skal bortses fra bagvedliggende udenlandske aktionæ-

[462] Se også SKM.2007.817.SR.
[463] Det kan ikke udledes af besvarelsen i bilag 37 til L 119 2003-2004, hvilken fortolkning der skal anvendes, da konsekvensen af begge fortolkninger er identisk.
[464] Se bemærkninger til § 10, nr. 10 i L 119 2003-2004.
[465] Det kan naturligvis også udgøre en forglemmelse.
[466] Se *Skatteministeriet* (2004, 23. december), SKM2010.8.SR og SKM2010.270.LSR.

rer. Fortolkningen må anses som værende i modstrid med ordlyden, og en forelæggelse for domstolene må anbefales skatteydere, hvor denne fortolkning har relevans.[467]

Det skal afslutningsvis bemærkes, at det ikke er en betingelse for at indgå i en konsolideret opgørelse, at der består kontrolleret gæld mellem selskaberne.[468]

3.11.2 Konsolideret opgørelse

Retsvirkningen af SEL § 11, stk. 4 er først og fremmest, at der skal foretages en samlet opgørelse af aktiver og passiver efter SEL § 11, stk. 1-3. Det har betydning i forhold til:

- Opgørelsen af fremmedkapitalen og egenkapitalen (solvensen)
- 10 mio. kroners grænsen, som gælder samlet
- Opgørelsen af fradragsbeskæringen efter SEL § 11, stk. 1, 1. og 7. pkt.
- Armslængdeundtagelsen, som skal opgøres på samlet niveau efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.

Der skal ved den samlede opgørelse af aktiver og passiver bortses fra aktier i andre selskaber, der indgår i den samlede opgørelse, samt gæld og fordringer mellem disse. Elimineringen af aktier i andre selskaber, der indgår i den samlede opgørelse, medfører, at disse ikke indgår i den samlede opgørelse af egenkapitalen efter SEL § 11, stk. 3. Der bortses tillige fra gæld og fordringer imellem disse, hvorved opgørelsen af gæld og egenkapital efter SEL § 11, stk. 2 og 3 reduceres med disse interne gældsforhold, ligesom disse ikke indgår i forhold 10 mio. kroners grænsen i SEL § 11, stk. 1, 6. pkt. Konsolideringen kan være en fordel for koncernen, såfremt andre koncernselskabers solvens opvejer overskridelsen af solvenskravet i individuelt tyndt kapitaliserede selskaber.

En dansk koncern kan eksempelvis opnå konsolidering ved at indskyde (endnu) et holdingselskab, øverst i den danske koncernstruktur. Derved opnås konsolidering af de eksisterende selskaber, og eventuelle lån mellem selskaberne udgår af den konsoliderede opgørelse, således at koncernen ikke fradragsbeskæres efter SEL § 11. Det synes ikke i modstrid med formålet med SEL § 11, da der ikke er tale om udflytning af det danske skatteprovenu i en ren dansk koncern.

Det følger udelukkende af ordlyden, at der skal bortset fra aktier, gæld og fordringer, mens sikkerhedsstillelse ikke er omtalt. Det følger dog af SKM2010.8.SR, at SKAT og Skatterådet ud fra en formålsbetragtning fandt, at også sikkerhedsstillelse skulle elimineres, da det ikke har været hensigten, at sikkerhedsstillelse ikke skulle elimineres i konsolideringsreglen sammenholdt med, at konsoliderede selskaber betragtes som ét selskab (én enhed). Der anlagdes således en formals- og enhedsbetragtning, som i den konkrete situation medførte, at der ikke forelå hverken gæld eller sikkerhedsstillelse. Det fremgår klart af det bindende svar, at det er afgørende, om den sikkerhedsstillende part

[467] Se mere om de EU-retlige konsekvenser af fortolkningen i kapital 6, afsnit 6.2.2.1.
[468] I bilag 37 til L 119 2003 2004 anførtes det synspunkt, at konsolidering betinges af at der består kontrolleret gæld mellem de konsoliderede parter. Det modsagde dog senere i *Skatteministeriet* (2004, 23. december), ligesom dette afkræftedes af Skatterådet i SKM2010.8.SR.

indgår i konsolideringen eller ej som en konsekvens af enhedsbetragtningen.[469] Dette synes betænkeligt, da der i ordlyden netop specifikt er taget stilling hertil, men der kan tilsyneladende ikke sluttes modsætningsvis herfra. Det må i stedet anses som eksemplificeringer og en følge af enhedsbetragtningen.

Elimineringen omfatter herefter følgende forhold mellem konsoliderede selskaber:

- Ejerandele
- Fordringer
- Gæld
- Sikkerhedsstillelse

Det følger tillige af bilag 19 til L 53 1998-1999, at også renteudgifter og kurstab elimineres ved den samlede opgørelse vedrørende fordringer og gæld, der elimineres efter SEL § 11, stk. 4, 1. pkt. Disse udgår derved af opgørelsen af de samlede renteudgifter og kurstab.[470]

Renteudgifter og kurstab (Y) vedrørende den uforholdsmæssige gæld må fortsat opgøres som:

$$\mathrm{Y} = \frac{\text{uforholdsmæssig gæld x de samlede renteudgifter og kurstab}}{\text{den samlede gæld}}$$

Dog således at Y ≤ de samlede fradragsberettigede renteudgifter og kurstab af den kontrollerede gæld.

Heri er koncernintern gæld allerede udgået af opgørelsen af uforholdsmæssig gæld, ligesom den koncerninterne gæld udgår af opgørelsen af den samlede gæld. Der er således tale om en fuld konsolidering, hvori der tilsvarende bortses fra renteudgifter og kurstab herimellem.[471]

Ved konsoliderede selskaber, hvor indkomstårene ikke er sammenfaldende, skal den samlede opgørelse af forholdet mellem gæld og egenkapital ske ved udløbet af hvert enkelt selskabs indkomstår. Dog gælder det, at den opgjorte fradragsbeskæring kun har betydning for de selskaber, hvis indkomstår udløber på dette tidspunkt.[472] Dette forstås således, at fradragsbeskæringen udelukkende vedrører selskaber, hvis indkomstår udløber og derved, at kun renteudgifter og kurstab herfra indgår i opgørelsen af fradragsbeskæringen efter SEL § 11, stk. 1, 1. og 7. pkt. i overensstemmelse med ordlyden af SEL § 11, stk. 4, 1. pkt.

[469] Det antages af *Guldmand* i TfS 2005, 153, at konsolideringen indebærer, at der også skal bortses fra sikkerhedsstillelser, som et konsolideret selskab m.v. har stillet for et andet konsolideret selskabs gæld til tredjemand, hvilket nu bekræftes.
[470] Se også *Bundgaard og Wittendorff* i TfS 1999, 36.
[471] I modsatte fald kunne konsolideringsreglen føre til en yderligere fradragsbeskæring, hvilket ikke synes at være tilfældet. Se *Bundgaard og Wittendorff* i TfS 1999, 36.
[472] Se bilag 19 til L 53 1998-1999.

3.11.3 Armslængdeundtagelsen

Det er omdiskuteret[473], om dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. i konsolideringstilfælde tilsvarende skal opfyldes på koncernniveau eller separations-/transaktionsniveau, dvs. om de enkelte selskaber i en koncern skal godtgøre, at armslængdeprincippet er opfyldt for de enkelte lån, eventuelt en helhed af de enkelte lån hos låntager, eller om dokumentationen skal foretages i forhold til konsolideringskredsen under ét (enhedsbetragtning).[474]

Det følger direkte af ordlyden af SEL § 11, stk. 4, at SEL § 11, stk. 1-3 skal anvendes samlet på aktiver og passiver i de koncernforbundne danske datterselskaber (konsolidering). Det må derfor også antages, at dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. skal opgøres på koncernniveau som følge af enhedsbetragtningen i SEL § 11, stk. 4. Låntager må derved ved denne vurdering udgøre konsolideringskredsen som én enhed.[475]

En sådan enhedsbetragtning bekræftes tillige af SKAT og Skatterådet i SKM2010.8.SR i forhold til sikkerhedsstillelse ydet af et konsolideret selskab, da konsolidering blandt en gruppe af selskaber medfører, at de pågældende selskaber betragtes som ét selskab, og der bortses fra sikkerhedsstillelse herimellem. SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. behandledes ikke i sagen, men enhedsbetragtningen synes generelt at følge af SEL § 11, stk. 4, hvori der henvises til SEL § 11, stk. 1-3 og derved også SEL § 11, stk. 1, 5. pkt.

Fordelingen af fradragsbeskæringen til de enkelte koncernselskaber i konsolideringstilfælde er principielt irrelevant i forhold til SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. grundet enhedsbetragtningen, og fordelingen af fradragsbeskæringen kan først ske efter eventuelle korrektioner efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., da fradragsbeskæringen først kendes herefter. Fordelingen af fradragsbeskæringen er derved uden betydning for, om lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Fordelingen af fradragsbeskæringen er dog naturligvis ikke generelt irrelevant.

3.11.4 Fordeling og prioritering af fradragsbeskæringen

Fradragsbeskæringen skal i konsolideringstilfælde fordeles mellem selskaber, der har bidraget med renteudgifter og kurstab ved opgørelsen af fradragsbeskæringen efter SEL § 11, stk. 1, 1. og 7. pkt.[476] Den beregnende fradragsbeskæring fordeles efter det enkelte selskabs andel af de samlede renteudgifter og kurstab.[477]

[473] Se *Bundgaard* (2000), p. 196 og *Hansen* i SR-Skat 1999, 42.
[474] Se bilag 19 til L 53 1998-1999 samt *Hansen* i SU 2000, 55.
[475] Det fremføres af *Hansen* i SU 2000, 55, at der kan argumenteres for at have formodningen imod sig, at armslængdeprincippet i konsolideringstilfælde skal opfyldes på koncernniveau uden at dette klart er anført i bemærkningerne til SEL § 11, stk. 4, mens det samtidigt anføres, at der også kan argumenteres for, at den manglende udtrykkelige stillingtagen i lovbemærkningerne kan anses for at være et udtryk for, at armslængdeprincippet skal fortolkes i overensstemmelse med ordlyden, dvs. på koncernniveau.
[476] Selve beskæringen har kun betydning for det eller de selskaber, hvis indkomstår slutter. Se også *Hansen* i SU 1999, 6.
[477] Se bemærkningerne til § 2, nr. 1, stk. 4 i L 101 1997-1998. Dette gentoges i bilag 11 til L 53 1998-1999.

Konsekvensen er, at både selskaber uden kontrolleret gæld og selskaber, som ikke individuelt er tyndt kapitaliseret, kan blive fradragsbeskåret. [478] Det opvejes på koncernniveau af en tilsvarende reduceret fradragsbeskæring hos andre koncernforbundne selskaber. I konsolideringstilfælde følges også prioriteringen i SEL § 11, stk. 1, 8. og 9. pkt., således at fradragsbeskæringen i de enkelte selskaber prioriteres som følger:

1. Renteudgifter og kurstab vedrørende dansk koncernintern kontrolleret gæld.
2. Renteudgifter og kurstab vedrørende udenlandsk koncernintern kontrolleret gæld.
3. Renteudgifter og kurstab vedrørende dansk kontrolleret gæld til tredjemand.
4. Renteudgifter og kurstab vedrørende udenlandsk kontrolleret gæld til tredjemand.

Fordelingen medfører, at den fordelte fradragsbeskæring kan overstige selskabets faktiske renteudgifter og kurstab af kontrolleret gæld, hvorved fradragsbeskæringen slutteligt må henføres til renteudgifter og kurstab ved ikke-kontrolleret gæld.

Fordelingen fremgår utvetydigt af lovbemærkningerne, men det fremføres af *Føgh og Hansen* i SU 2002, 335, at en sådan fortolkning ikke har støtte i ordlyden, hvor fradragsbeskæring sker af renteudgifter og kurstab af ikke-kontrolleret gæld. En sådan fortolkning kan ikke tiltrædes, da enhedsbetragtningen må følges. Den efterfølgende tekniske fordeling af fradragsbeskæringen på koncernselskaberne ændrer ikke herved.

3.12 Samspillet mellem LL § 2 og SEL § 11

LL § 2 og SEL § 11 indførtes begge ved lov nr. 432 af 26. juni 1998, hvorved markedskonformiteten af selve gældsstiftelsen søges sikret ved SEL § 11, mens markedskonformiteten af gældsforholdets vilkår søges sikret ved LL § 2. Gældsforholdets vilkår hviler naturligt på selve gældsforholdet, hvorved der opstår et naturligt samspil mellem LL § 2 og SEL § 11, som behandles i dette afsnit.

Der rejstes under det det lovforberedende arbejde tvivl om behovet for særlige regler om tynd kapitalisering, da LL § 2 hjemler korrektionsadgang ved koncerninterne transaktioner.[479] Det må dog erindres, at LL § 2 ikke omfatter lånets størrelse, men kun lånets vilkår. Såfremt LL § 2 skulle erstatte SEL § 11, skulle LL § 2 ændres.[480] Det understøtter, at der ikke består en regelkonflikt, men bidrager ikke til en afklaring af rækkefølgen for anvendelse af bestemmelserne.

3.12.1 Rækkefølge

Der kan efter armslængdeprincippet i LL § 2 udelukkende foretages vilkårskorrektioner, da kun transaktionens vilkår, og ikke transaktionen i sig selv, kan anfægtes.

Efter SEL § 11 opgøres en eventuelt fradragsbeskæring på baggrund af selskabets solvensgrad, og en eventuel fradragsbeskæring kan reduceres eller bortfalde efter armslængdetesten i SEL § 11, stk. 1,

[478] Det anføres i bilag 21 til L 119 2003-2004, at L 119 2003-2004 ikke indebar noget nyt for så vidt angår spørgsmålet om, hvorledes fradragsbeskæringen skal fordeles på selskaber.
[479] Se eksempelvis Danmarks Rederiforening og FSR i bilag 3 til L 119 2003-2004. Danmarks Rederiforening foreslog en ophævelse af SEL § 11, og FSR anførte ligeledes "*Hvis regler om tynd kapitalisering er en politisk nødvendighed…*" Se også bilag 4 og 12 til L 119 2003-2004.
[480] Se bilag 37, 48 og 49 til L 119 2003-2004.

5. pkt. SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. henviser til lignende finansiering mellem uafhængige parter, dvs. et tilsvarende lån på de givne vilkår, hvorved gældsforholdet i sig selv må berettiges i dokumentationskravets 1. led.

Grundlæggende kan det hævdes, at LL § 2 korrigerer transaktionens vilkår til armslængdevilkår i forhold til transaktionstidspunktet, mens SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. konstaterer om transaktionen, inklusive dennes vilkår, er markedskonform ved indkomstårets udløb.

Wittendorff[481] konkluderer tilsvarende, at der ikke foreligger en regelkonflikt mellem LL § 2 og SEL § 11, da LL § 2 må anvendes ved vurderingen af renten for et lån, og at SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. må anvendes ved vurderingen af størrelsen af et lån. Det kan tilsluttes, at der ikke foreligger en decideret regelkonflikt, da der intet er til hinder for, at bestemmelserne anvendes på samme forhold.[482]

Der består derimod et samspil mellem bestemmelserne, og der kan opstå situationer, hvor der både kan foretages en vilkårskorrektion af det enkelte lån efter LL § 2 og en samtidig fradragsbeskæring som følge af SEL § 11. Problematikken vedrører grundlæggende spørgsmålet om, hvornår en given korrektion skal foretages, og hvorvidt der skal tages hensyn til den ene korrektion, når den anden foretages.

Det er anført i litteraturen,[483] at myndighedernes korrektioner med overvejende sandsynlighed vil medføre, at begge regelsæt anvendes, såfremt der er anledning hertil. Det er antaget, at myndighederne sandsynligvis vil følge en sådan opgørelsesmetode, der indebærer, at eventuelle lånevilkår først korrigeres i overensstemmelse med LL § 2, og at der først herefter foretages eventuelle fradragsbegrænsninger efter SEL § 11, således at eventuelle korrektioner efter reglerne om tynd kapitalisering foretages på en materiel korrekt rentebetaling m.v. i overensstemmelse med markedsmæssige vilkår.

Denne fremgangsmåde fulgtes af Landsskatteretten i en ikke-offentliggjort kendelse afsagt den 17. februar 2005, hvor skattemyndighedernes samtidige anvendelse af LL § 2 og SEL § 11 indklagedes.[484] Skatteyderen anerkendte rentefikseringen efter LL § 2, men ikke den efterfølgende fradragsbeskæring af den fikserede renteudgift efter SEL § 11. Klager fremførte, at det af LL § 2, stk. 1 fremgår, at lånevilkårene, herunder lånerenten, skal være fastsat i overensstemmelsen med, hvad der kunne være opnået, såfremt transaktionen var afsluttet mellem uafhængige parter. Ligeledes blev det fremført, at det følger af SEL § 11, at fradragsbegrænsningen bortfalder i det omfang, at selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kunne opnås mellem uafhængige parter. Klageren anførte, at begge bestemmelser blev indført ved samme lov, og at der ikke er grundlag for at antage, at lovgiver skulle have haft til hensigt, at fortolkningen af, hvad der kan anses for armslængdevilkår, skulle være forskellig i LL § 2 og SEL § 11. Landsskatteretten bemærkede blot hertil, at selskabet ikke

[481] Se *Wittendorff* (2009), p.327.
[482] En anvendelse af fortolkningsprincipper, såsom lex superior, lex specialis og lex posterior, må anses som irrelevant, som anvendt af *Hansen* i SR-Skat 1999, 42.
[483] Se eksempelvis *Bundgaard* (2000), p. 218, *Bjørn* i SPO 1999, 54 samt *Hansen* i SR-Skat 1999, 42.
[484] Sag nr. 2-2-1824-0490.

havde godtgjort, at lån på lignende vilkår kunne opnås mellem uafhængige parter, og at fikseringen efter LL § 2 ingen betydning havde for denne vurdering. Det må tiltrædes.

I afgørelsen anerkendte Landsskatten, at skattemyndighederne først fikserede en rente efter LL § 2 og derefter gennemførte en fradragsbeskæring af selskabet efter SEL § 11. Af Landsrettens bemærkninger og begrundelser fremgår det, at:

"Retten bemærker, at selskabet ikke har godtgjort, at lån på lignende vilkår, herunder eksempelvis de aftalte vilkår om tilbagebetaling, lånebeløbets forfald, manglende sikkerhedsstillelse fra debitor mv., kunne opnås mellem uafhængige parter. At der i medfør af ligningslovens § 2 fastsættes en forrentning på 7,5 pct. har ingen betydning for denne vurdering. Betingelsen i henhold til selskabsskattelovens § 11, stk. 1, sidste pkt., kan derfor ikke anses for opfyldt."[485]

Det må netop forudsættes, at SEL § 11 anvendes på et materielt korrekt grundlag. Det kan ligeledes udledes af kendelsen, at armslængdevurderingerne i LL § 2, stk. 1 og SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. ikke er identiske.[486] Det kan konkluderes, at en materiel korrekt rentebetaling efter LL § 2 ikke nødvendigvis opfylder betingelserne i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., da dette udgør en selvstændig efterfølgende armslængdetest.

3.13 Afslutning

SEL § 11 skal modvirke, at ikke-markedskonform gældsætning anvendes til udflytning af skattetilsvar. SEL § 11 udgør mere konkret koncernskærpende regulering, der skal hindre, at koncerner m.v. gældsfinansierer sig ud over, hvad der ville være aftalt mellem uafhængige parter. Til identifikation af sådanne gældsforhold anvendes en solvensbaseret metode.

SEL § 11 forudsætter således en identifikation af interessefællesskabet, en opgørelse af solvensen samt en identifikation af renteudgifter og kurstab, der *vedrører* den ikke-markedskonforme gæld. Opgørelserne foretages konsolideret efter SEL § 11, stk. 4.

Den relativt høje kompleksitet af SEL § 11 bidrager desværre ikke altid til en målrettet regulering, der modvirker ikke-markedskonform gældsætning, hvorved gældende ret derfor tilsvarende ikke let udledes. SEL § 11 baseres på selskabets solvens ved indkomstårets udløb, således at den potentielle ikke-markedskonforme gæld opgøres på dette tidspunkt ud fra en relativ kompliceret selvstændig værdiansættelse af gælden og egenkapitalen. Hertil foretages slutteligt en allokering af renteudgifter og kurstab baseret på de samlede renteudgifter og kurstab og den ikke-markedskonforme gæld i forhold til den samlede gæld. Den konkrete opgjorte fradragsbeskæring synes et stykke fra det ideelle formål, nemlig identifikationen af konkrete ikke-markedskonforme gældforhold samt renteudgifter og kurstab herved.

[485] Der henvises til SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., der efter lov nr. 221 af 31 marts 2004 ikke længere udgør sidste punktum i SEL § 11, stk. 1.
[486] Se eksempelvis *Wittendorff* (2009), p.327, *Bundgaard* i SU 2004, 207 og *Hansen* i SR-Skat 1999, 42.

Det bør konkret overvejes:

Om SEL § 11 fortsat skal være solvensbaseret eller erstattes af en armslængdebaseret metode. En armslængdebaseret metode er utvivlsomt ressourcekrævende, men det må samtidigt hævdes, at SEL § 11 ej heller friholder hverken skatteyderen eller myndighederne fra et betydeligt ressourceforbrug. Der kunne også henses til en *reel* hybridbaseret metode ved at ændre vurderingstidspunktet efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. til at vedrøre gældsstiftelsestidspunktet. Den blotte ændring af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. ændrer ikke ved kompleksiteten af SEL § 11, men skaber en øget målrettethed.

Om SEL § 11 på ny skal indskrænkes til kun at omfatte grænseoverskridende gældsforhold. Det synes i modstrid med formålet, at SEL § 11 anvendes i tilfælde, hvor der ikke kan ske udflytning af skattetilsvar. Udvidelsen af SEL § 11, stk. 1, nr. 2 ved lov nr. 221 af 31 marts 2004 til også at omfatte ikke-grænseoverskridende gældsforhold skulle sikre den EU-retlige konformitet. Den EU-retlige konformitet kan dog tilsvarende sikres ved at ændre vurderingstidspunktet efter SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. til at vedrøre gældsstiftelsestidspunktet.[487]

Om opgørelsen af solvensen skal baseres på i forvejen tilgængelige data, eksempelvis regnskabsmæssige data, som det kendes fra andre lande. Der synes ikke grundlag for at antage, at en opgørelse af solvensen til handelsværdien ved indkomstårets udløb, frem for en anvendelse af regnskabsmæssige værdier ved indkomstårets udløb, skulle være mere sigende om markedskonformiteten af de indgåede gældsforhold i det aktuelle indkomstår eller tidligere indkomstår. Det ville i høj grad bidrage til en reduktion af de administrative byrder uden en ændring af målrettetheden.

Om der med fordel kunne foretages en bedre begrebsafstemning i forholdet mellem SEL § 11 og LL § 2 i forbindelse med *kontrol* og *bestemmende indflydelse*, herunder også samspillet mellem LL § 2, stk. 2 og LL § 2, stk. 3. Der består ikke en konsekvent begrebsanvendelse, ej heller i forhold til SEL § 11, stk. 4, hvori der henvises til KGL § 4, stk. 2. Det bidrager på ingen måde til en klar retstilstand og komplicerer fortolkningen af SEL § 11.

Om konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 indeholder den ønskede retstilstand, og sekundært om ordlyden er tilstrækkelig klar. Der består en betydelig tvivl vedrørende anvendelsesområdet for konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4. Ydermere består der en potentiel EU-retlig problematik, hvilken analyseres i kapitel 6, afsnit 6.2.2.1.

Om ordlyden af SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. er tilstrækkelig klar, således at de ønskede indskud af egenkapital omfattes af karensperioden.

Om kursgevinster bevidst er udeladt af SEL § 11, stk. 1, 10. pkt. og SEL § 11, stk. 6, 2. pkt., således at kursgevinster, der kildebeskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra h, fortsat kan fradragsbeskæres, og at kursgevinster på kontrolleret gæld omfattet af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. er skattefri.

[487] Det skal samtidigt bemærkes, at den EU-retlige konformitet på nuværende tidspunkt potentielt ikke er opnået. Se mere herom i kapitel 6, afsnit 6.2.2.

Det skal afslutningsvis anføres, at der synes at være et behov for regulering til at modvirke udflytning af skattetilsvar ved ikke-markedskonform gældssætning. Problemstillingen lader sig relativt let forstå, mens en løsning synes særdeles svær at opnå på tilfredsstillende vis, som dette kapitel illustrerer. Det er derfor også naturligt at overveje alternative løsningsmodeller, herunder substituerende eller komplementerende rentefradragsbegrænsningsregler, som det sket i Danmark og andre lande. I Danmark indførtes i 2007 rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11B og 11C, hvilke analyseres i de følgende kapitler, mens alternative løsningsmodeller analyseres i kapitel 7.

Kapitel 4 Renteloftet

4.1 Indledning

I forrige kapitel analyseredes reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, der skal hindre udflytning af skattetilsvar ved ikke-markedskonform gældssætning. I dette kapitel analyseres SEL § 11B, der skal sikre, at kun gældsfinansiering af aktiviteter, der skaber skattepligtig indkomst i Danmark, medfører fradrag for finansielle udgifter herved i Danmark. SEL § 11B baseres på en opgørelse af den skattemæssige værdi af selskabets driftsaktiver. Herefter multipliceres værdien af driftsaktiverne med en standardrente (2012: 4 pct.), hvilket udtrykker loftet for de maksimale finansieringsudgifter, der kan henføres til driftsaktiverne (renteloftet). Finansieringsudgifter herudover anses ikke for at vedrøre skabelsen af skattepligtig indkomst, hvorfor disse overskydende finansieringsudgifter fradragsbeskæres. Det skal hindre, at koncerner placerer finansieringsudgifter i Danmark, mens den skattepligtige indkomst skabes udenfor Danmark. Det vises i kapitlet, at SEL § 11B er særdeles kompliceret, og at en opgørelse af renteloftet baseret på skattemæssige værdier og en standardrente tilfører reguleringen et væsentligt vilkårlighedselement. Denne er dog fortsat et provenumæssigt bærende element i rentefradragsbegrænsningsreguleringen i Danmark.

Danmark er det eneste land, der har indført en rentefradragsbegrænsningsregel baseret på værdien af selskabets aktiver, som modsvar til et potentielt faldende skatteprovenu, samtidigt med opretholdelsen af regler om tynd kapitalisering. Italien og Tyskland har erstattet tynd kapitaliseringsregulering med EBITDA-reguleringen, hvori en eventuel fradragsbegrænsning korrelerer med den skattepligtige indkomst, mens Storbritannien har indført den såkaldte *Worldwide Debt Cap*, hvori en eventuel fradragsbegrænsning korrelerer med koncernens samlede eksterne finansieringsudgifter. SEL § 11B er derfor unik også i international sammenhæng, og særdeles kompleks, som det belyses i dette kapitel.

4.1.1 Baggrund

I begyndelsen af dette årtusind, og forud for finanskrisen, oplevedes en markant stigning i kapitalfondenes opkøb af selskaber i Danmark.[488] Der sås en tendens til, at kapitalfonde overbød andre potentielle købere af selskaber i Danmark, bl.a. som følge af en opkøbsstrategi baseret på en høj gældsætning.[489]

I marts 2007 offentliggjorde SKAT en foreløbig status på deres kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner.[490] Det fremgår heraf, at i året forud for kapitalfondenes overtagelser, betaltes i alt ca. 2,4 mia. kroner i skat, mens den samlede skattebetaling i overtagelsesåret faldt til ca. 0,4 mia. kroner. Gældsætningen blev øget betydeligt i koncernerne, og den samlede gæld udgjorde ca. 65 mia. kroner før overtagelsen, mens gælden efter overtagelserne estimeredes til at ende mellem 130-150 mia. kroner. Der foretoges således markante ændringer af kapitalstrukturen i koncernerne med et reduceret skattetilsvar til følge.

[488] Se eksempelvis *Økonomi- og Erhvervsministeriet* (2006) samt *Vækstfonden*(2007).
[489] Kapitalfondene kom i pressens og lovgivers søgelys efter større opkøb af større danske selskaber, eksempelvis opkøb af TDC, Post Danmark og ISS.
[490] Se *Skatteministeriet* (2007, 30. marts).

Lovgiver fandt derfor ikke skattelovgivningen tilstrækkelig *robust*. Et lovudkast[491] blev derfor sendt i høring den 1. februar 2007, hvilket indeholdte en tretrins model i den foreslåede SEL § 11B.[492] Formålet var at tilpasse reglerne for selskabsbeskatning med henblik på at gøre disse *robuste* og *konkurrencedygtige*.

Det fulgte af lovudkastet, at fradragsretten for nettofinansieringsudgifter skulle maksimeres til den skattemæssige værdi af selskabets aktiver multipliceret med en forrentningsrente, dog minimum 10 mio. kroner. Den del af nettofinansieringsudgifterne, der oversteg dette grundbeløb på 10 mio. kroner, skulle alene medregnes med 55 pct.

Den foreslåede tretrins model i lovudkastet kan illustreres således:

Lovudkastet medførte massiv kritik fra bl.a. erhvervslivet og rådgivere m.v., hvilket resulterede i 53 høringssvar, hvori mange dog udtrykte sympati for formålet med lovforslaget. Carlsberg fremførte eksempelvis i deres høringssvar at:

"I en verden, der er præget af globalisering og af virksomhedernes internationalisering, bærer forslaget præg af at være et forsøg på at indføre nationale og/eller protektionistiske skatteregler, hvis konsekvenser det kan være meget vanskeligt at overskue."[493]

[491] Med lovudkastet henvises til lovudkast af 1. februar 2007 – Forslag til Lov om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove (CFC-beskatning og kapitalfonde m.m.), som blev sendt i høring af Skatteministeriet.
[492] SEL § 11C var ikke en del af det oprindelig lovudkast og indgik først i selve lovforslaget L 213 2006-2007.
[493] Se *Carlsberg* (2007, 15. februar).

Lovforslag L 213 af 18. april 2007 blev herefter fremsat indeholdende en totrinsmodel i SEL § 11B frem for førnævnte tretrins model i lovudkastet. Grundbeløbet blev hævet til 20 mio. kroner, mens 55 pct. fradraget udgik, og i stedet indførtes en ny SEL § 11C.[494] SEL § 11B kan illustreres som følger:

Det kritiseredes i forbindelse med L 213 2006-2007, at Danmark var gået enegang. I stedet anbefales et internationalt samarbejde, og en regulering tættere på værnsreglerne i andre EU-lande, eksempelvis Tyskland. Det blev samtidigt anført, at L 213 2006-2007 på ingen måde udgjorde en regelforenkling eller en lettelse af de administrative byrder for erhvervslivet.[495]

L 213 2006-2007 indeholdte en trebenet løsning bestående af:[496]

1. En nedsættelse af selskabsskatten til 25 pct.
2. To nye rentefradragsbegrænsninger
3. Ændringer af CFC-reglerne[497]

Formålet var at ændre afgørende ved incitamenterne til indkomsttransformation ud af landet ved spekulation i placeringen (adskillelsen) af indtægter og udgifter. Det skønnedes, at nedsættelsen af selskabsskatten gennem påvirkning af både de interne afregningspriser mellem koncernforbundne selskaber og finansieringsstrukturen ville øge skattegrundlaget med ca. 4,5, mia. kroner, og at fra-

[494] SEL § 11C indeholdte i høringsudkastet en patentskatteordning. Denne udgik og erstattedes af EBIT-reglen. Se mere om EBIT-reglen i kapitel 5.
[495] Se bilag 29 til L 213 2006-2007.
[496] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007. Lovforslaget indeholdte bl.a. også ændringer i afskrivningsregler for bygninger og driftsmidler med speciel lang levetid, som finansiering af nedsættelses af selskabsskatten.
[497] CFC-reglerne (SEL § 32) skal sikre, at passiv indkomst ikke flyttes til beskatning i lavskattelande. CFC-reglerne behandles ikke nærmere i denne afhandling.

dragsbegrænsningsreglerne gennem påvirkning af finansieringsstrukturen ville indbringe et skattegrundlag på ca. 2,7 mia. kroner.[498]

4.1.2 Retspolitiske hensyn

Det primære formål med SEL § 11B er at stoppe den såkaldte *udhuling* af selskabsskatterne ved såkaldt aggressive skatteplanlægning, som skattereglerne ikke ansås for robuste nok til at håndtere.[499] 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."[500]

Sammenhængen mellem finansieringsudgifter og anvendelsen af låneprovenuet er centralt i forståelsen af SEL § 11B. SEL § 11B udtrykker det grundlæggende princip, at finansieringsudgifter bør fradrages ved de indkomstskabende aktiviteter. Det anførtes som et sundt princip, at der alene gives fradrag i forbindelse med erhvervelse af skattepligtige indtægter.[501]

Problemstillingen opstår ved muligheden for at gældsfinansiere driftsaktiviteterne på enten aktivitets- eller aktieniveau, hvorefter låneprovenuet indskydes som egenkapital i driftsselskabet, hvorfra udbytte kan udloddes skattefrit. Der består derved en valgfrihed, om fradraget skal ske på aktivitets- eller aktieniveau, dvs. hvor honoreringen af långiver skal fragå i indkomstopgørelsen. Afgørende for det skattemæssige incitament er værdien af fradraget på aktivitetsniveau kontra aktieniveau.[502]

[498] Se skatteministerens svar på spørgsmål S4030 i bilag 2 til L 213 2006-2007. Se endvidere svar på spørgsmål 63 til L 213 2006-2007.
[499] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007 samt *Skatteministeriet* (2007, 2. april).
[500] 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.
[501] Se bilag 1 i L 213 2006-2007 samt de almindelige bemærkninger til L 23 2008-2009.
[502] Se *Skatteministeriet* (2007, 2. april). Lovgiver fremhæver selskabsskattesatsen som én af årsagerne, og derigennem værdien af rentefradraget, men også muligheden for udlodning af skattefrit udbytte.

Formålet med SEL § 11B er at gøre op med en sådan valgfrihed, hvor der flyttes skattetilsvar ved finansieringsudgifter uden sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst.[503] Det anføres som en ubalance, at danske selskaber har haft fuld rentefradragsret for finansieringsudgifter, der er medgået til finansiering af aktiviteter, der ikke beskattes i Danmark, og derved udhuler det danske skatteprovenu.[504]

Formålet med L 213 2006-2007 var at gøre skattereglerne mere robuste og konkurrencedygtige. Derfor nedsattes selskabsskattesatsen,[505] hvorved værdien af fradrag reduceres, ligesom at rentefradragsbegrænsningsreglerne indførtes, hvorved muligheden for placeringen af fradragsberettigede finansieringsudgifter på aktieniveau reduceres.

Der er med SEL § 11B tale om et væsentligt indgreb mod et mindre antal selskaber i Danmark, som udgør en væsentlig del af det danske erhvervsliv, herunder særligt multinationale selskaber.[506]

4.1.3 Begrebet renteloft

Begrebet *renteloft* anvendes i lovbemærkningerne til L 213 2006-2007. Det følger heraf, at:

"For at sikre, at ovenstående indvæltning af aktionærernes finansieringsudgifter i driftsoverskuddet ikke fjerner danske selskabers skattebetaling, foreslås et renteloft. Det foreslås, at gæld udover den skattemæssige værdi af selskabets aktiver ikke kan give anledning til finansieringsfradrag. Samtidigt foreslås en maksimal forrentning på pt. 6,5 pct. af den maksimale gæld. Konkret udformes reglen som et loft over fradraget for nettofinansieringsudgifterne svarende til en standardforrentning (pt. 6.5 pct.) af den skattemæssige værdi af driftsaktiverne."[507]

Begrebet udtrykker maksimumsgrænsen for selskabers fradragsret for nettofinansieringsudgifterne. Udtrykket *loft* henføres til maksimumsgrænsen, hvorefter loftets eksakte størrelse beregnes ud fra den skattemæssige værdi af selskabets aktiver, som defineret i SEL § 11B, stk. 5 og 6, multipliceret med standardrenten fastsat i SEL § 11 B, stk. 2.[508] Udtrykket *rente* er på sin vis ikke er fuldt dækkende. Renteloftet begrænser fradragsretten for finansieringsudgifter, der overstiger finansieringsindtægterne (nettoopgørelse), og sigter primært mod renteudgifter og kurstab. Der indgår dog af substitutions-/omgåelseshensyn også visse provisioner, aktietab og leasingbetalinger i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Der indgår derved en bredere kreds af finansieringsudgifter end det eksempelvis kendes fra SEL § 11. Såfremt disse nettofinansieringsudgifter overstiger renteloftet, anses disse ikke for at medgå til skabelsen af skattepligtig indkomst, hvorfor disse fradragsbeskæres.

[503] Nægtes fradrag for rentebetalingen m.v. kan dette anskues som at vederlæggelsen (honoreringen) ikke sker fra indkomstårets skattepligtige indkomst.
[504] Provenutabet blev anslået til 2,5 milliarder kroner, hvilket SEL § 11B alene skulle indbringe. Se *Skatteministeriet* (2007, 2. april).
[505] Se de almindelige bemærkninger i L 213 2006-2007.
[506] Det skønnes at under 1.000 selskaber berøres af SEL § 11B og SEL § 11C. Se svar på spg. 221 og spg. 208 i bilag 8 til L 213 2006-2007. Se også de almindelige bemærkninger i L 213 2006-2007.
[507] Se de almindelige bemærkninger i L 213 2006-2007.
[508] Jf. SEL § 11B, stk. 1, 1. pkt. Standardrenten for et år beregnes på grundlag af de seneste 20 børsdage forud for den 15. december i det foregående kalenderår. Standardrenten udgør 4 pct. for indkomstår 2012.

4.2 Subjekterne

SEL § 11B blev indført ved lov nr. 540 af 6. juni 2007 med titlen *"CFC-beskatning og indgreb mod kapitalfonde m.v."*. Titlen er dog misvisende i forhold til de omfattede skattesubjekter, da indgrebet blot udløstes af kapitalfondenes opkøb.[509] SEL § 11B omfatter en bred kreds af skattesubjekter. Der følger både en positiv oplistning og en negativ oplistning af de omfattede skattesubjekter.

4.2.1 De omfattede subjekter

SEL § 11B anvendes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for selskaber og foreninger m.v. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-i, 3 a-6.[510] Det gælder ligeledes ved udenlandske selskaber og foreninger m.v. omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a, SEL § 2, stk. 1, litra b eller KULBR § 21, stk. 4. Kort sagt omfattes alle selskaber m.v. undergivet almindelig dansk selskabsbeskatning samt faste driftssteder og fast ejendom[511] i Danmark af SEL § 11B.[512]

Faste driftssteder omfattes af SEL § 11B, og er ikke nærmere begrundet. Begrundelsen kan potentielt findes i tynd kapitaliserings reguleringen, hvor faste driftssteder ligeledes omfattes efter tilføjelsen ved lov nr. 1026 af 23. december 1998. Begrundelsen herfor var, at:

"Indføres der ikke samme regler for faste driftssteder som allerede gælder for datterselskaber, vil det kunne føre til omgåelse af reglerne om værn mod tynd kapitalisering ved, at udenlandske koncerner i stigende grad organiserer deres aktiviteter inden for rammerne af faste driftssteder, eventuelt således at aktiviteterne i Danmark alene organiseres gennem udenlandske selskaber, hvis eneste formål er at have et fast driftssted her i landet."[513]

Selskaber m.v. der deltager i international sambeskatning efter SEL § 31A omfattes af SEL § 11B,[514] da disse selskaber m.v. skal opgøre den skattepligtige indkomst efter de almindelige danske regler, selvom de ikke er hjemmehørende i Danmark. Disse anses i forhold til SEL § 11B for omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 og omfattet af ordlyden af SEL § 11B, stk. 1, 1. pkt.[515]

[509] Lovgiver fremhæver i høringssvarene i bilag 1 i L 213 2006-2007 at der ikke er tale om et indgreb målrettet mod kapitalfonde, men derimod et indgreb mod mekanismer, uanset hvilken *etiket* der kan hæftes på de skattepligtige.
[510] Jf. SEL § 11 B, stk. 1, 1. pkt.
[511] Fast ejendom vil ligeledes kunne indgå i en samlet opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8, såfremt andre dele af koncernen er hjemmehørende i Danmark.
[512] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007. Livsforsikringsselskaber er særskilt undtaget jf. SEL § 11B, stk. 11.
[513] Se bemærkningerne til § 1, nr. 3 i L 53 1998-1999.
[514] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[515] SEL § 11B finder anvendelse ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i udenlandske selskaber m.v. omfattet af SEL § 31A, ligesom at disse indgår i den samlede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8. Se mere om den samlede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8 i afsnit 4.7.

Hertil kommer i øvrigt, at transparente enheder omkvalificeret til selvstændige skattesubjekter efter SEL § 2C[516] omfattes af SEL § 11B, da disse behandles som selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2.[517]

I modsætning til reglerne om tynd kapitalisering omfatter SEL § 11B ydermere skattesubjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6. Der foreligger ikke en begrundelse for denne forskellighed mellem SEL § 11 og SEL § 11B, men den praktiske betydning heraf er formentlig beskeden, da de færreste multinationale selskaber er etableret i denne form.

De omfattede hjemmehørende[518] danske selskaber m.v. kan positivt oplistes, som følger:

- Aktie- og anpartsselskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 1)
- Andre kapitalselskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 2)
- Sparekasser og andelskasser (SEL § 1, stk. 1, nr. 2a)
- DSB (SEL § 1, stk. 1, nr. 2d)
- El-selskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 2e og 2f)
- Energinet.dk (SEL § 1, stk. 1, nr. 2g)
- Vandforsyningsselskaber m.v. (SEL § 1, stk. 1, nr. 2h)
- Naviair (SEL § 1, stk. 1, nr. 2i)
- Brugsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 3a)
- Indkomstskattepligtige andelsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 4)
- Gensidige forsikringsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 5)
- Akkumulerende investeringsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 5a)
- Realkreditinstitutter m.v., KommuneKredit og Dansk Eksportfinansieringsfond (SEL § 1, stk. 1, nr. 5b)
- Andre foreninger m.v. (SEL § 1, stk. 1, nr. 6)
- Selskaber omfattet af SEL § 2C

Dertil kommer følgende:

- Udenlandske selskaber m.v. omfattet af SEL § 31A (international sambeskatning)
- Faste driftssteder i Danmark (SEL § 2, stk. 1, litra a)
- Fast ejendom i Danmark (SEL § 2, stk. 1, litra b)
- Kulbrintebeskattede juridiske enheder (KULBR § 21, stk. 4)

[516] SEL § 2C indførtes med baggrund i Skatterådets bindende svar i SKM.2008.446.SR. Heri bekræftede Skatterådet, at en amerikansk kommanditist og de amerikanske komplementarer i et dansk kommanditselskab ikke ville være begrænset skattepligtige i Danmark i den situation, hvor kommanditselskabet indgår en produktionsaftale med produktionsselskabet, hvorefter produktionsselskabet, fremstiller varer for kommanditselskabet. Kommanditselskabet betragtedes i Danmark som skattemæssigt transparent, mens kommanditselskabet i USA betragtedes som et selvstændigt skattesubjekt. Der var således skabt en situation, hvor kommanditselskabets indkomst, hverken ville blive beskattet i Danmark eller USA.
[517] Se mere om SEL § 2C i *Madsen* (2011), p. 303 ff.
[518] Selskaber og foreninger mv. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6, anses for hjemmehørende her i landet, såfremt ledelsen har sæde her i landet jf. SEL § 1, stk. 6, 1. pkt.

4.2.2 De ikke-omfattede selskaber m.v.

SEL § 11B, stk. 1 indeholder en positiv oplistning af omfattede skattesubjekter. Det kan herfra bl.a. udledes, at bestemmelsen ikke omfatter andelsbeskattede skattesubjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3. Det følger direkte af SEL § 11B, stk. 11, at bestemmelsen ikke finder anvendelse på livsforsikringsselskaber.[519] Udeladelsen af livsforsikringsselskaber begrundes med, at livsforsikringsselskaber i forvejen er underlagt et udvidet tilsyn, og kun i begrænset omfang kan optage gæld, ligesom at de enkelte indkomstår anses for særligt påvirkelige af kursudsving.[520]

Efter SEL § 3A gælder det, at et aktieselskab som er omfattet af SEL § 1, stk. 1, hvis kapital i hele indkomståret fuldt ud direkte ejes af et livsforsikringsselskab m.v., som er skattepligtigt efter PAL § 1, stk. 2, og hvis aktiver i gennemsnit over indkomståret består af mindst 90 pct. fast ejendom, så beskattes livsforsikringsselskabet som om livsforsikringsselskabet selv ejede ejendommene. Skatteministeriet har erklæret, at disse ejendomsdatterselskaber, der indgår i et livsforsikringsselskabs indkomstopgørelse efter SEL § 3A, ligeledes vil være omfattet af undtagelsen for livsforsikringsselskaber, således at SEL § 11B ikke finder anvendelse på disse selskaber.[521]

I lovbemærkningerne[522] præciseres det, at SEL § 11B ikke finder anvendelse på udenlandske datterselskaber, hvor indkomsten opgøres efter SEL § 32 eller udenlandske datterselskaber, der omfattes af skyggesambeskatning efter § 15, stk. 8-9 i lov nr. 426 af 6. juni 2005.[523]

Både SEL § 11B og SEL § 32 har til formål at forhindre udflytning af skattetilsvar, og reguleringen vedrører hver sin side af samme problemstilling, henholdsvis import af gæld og finansieringsudgifter uden tilhørende skattepligtig indkomst, og eksport af skattepligtig indkomst uden tilhørende gæld og finansieringsudgifter. Det er derfor ikke meningsfyldt ved opgørelsen af, om der er sket udflytning af skattetilsvar ved eksport af skattepligtig indkomst uden tilhørende finansieringsudgifter (SEL § 32) at bortse fra de medfølgende finansieringsudgifter m.v. ved en fradragsbeskæring efter SEL § 11B.[524] Lovgiver har formentlig af denne grund valgt at såkaldte CFC-selskaber ikke omfattes af SEL § 11B. [525]

Efter de særlige overgangsregler om skyggesambeskatning i § 15, stk. 8-9 i L 426 af 6. juni 2005 indgår overskud fra udenlandske selskaber, faste driftssteder eller fast ejendom, som tidligere har indgået i en dansk sambeskatning efter den tidligere regulering i SEL § 31, i moderselskabets indkomst,

[519] Et livsforsikringsselskab kan dog fungere som administrationsselskab i en sambeskatning, også i forhold til den samlede opgørelse i SEL § 11B, stk. 6, 2. pkt., samt være saldoførende.
[520] Se bemærkninger til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[521] Se bilag 19 til L 213 2006-2007.
[522] Se bemærkninger til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[523] Se mere om skyggesambeskatning i *Ramskov og Buur* (2009), p. 242 ff. og *Hansen et al.* (2011), p. 145 ff.
[524] SEL § 11B finder ikke anvendelse ved opgørelsen af det udenlandske CFC-datterselskabs indkomst, ligesom at selve indkomsten omfattet af SEL § 32, stk. 1 ej heller indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne hos det danske skattesubjekt jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 6.
[525] Se også note 12 af *Josephsen* i SU 1999, 7 samt *Bundgaard* (2000), p. 80, der vedrører samme problematik i forhold til SEL § 11.

så længe der består genbeskatningssaldi. [526] SEL § 11B anvendes ikke ved opgørelse af dette potentielle overskud.[527]

Slutteligt skal det nævnes, at et dansk skattesubjekt omfattet af SEL § 1 eller et udenlandsk skattesubjekt omfattet af SEL § 2, der anses for skattemæssigt transparent efter SEL § 2A,[528] tilsvarende anses som transparent i forhold til SEL § 11B. Det gælder dog efter SEL § 2A, stk. 8, at de enkelte bagvedliggende ejere anses for at have et fast driftssted i Danmark, og samtlige aktiver og passiver anses for tilknyttet ejernes faste driftssteder. Anvendelsen af SEL § 11B fordeles på de enkelte aktionærers/anpartshaveres indkomst, aktiver m.v., der per automatisk omfattes af SEL § 2, stk. 1, litra a, og derigennem SEL § 11B.

Følgende selskaber m.v. omfattes således ikke af SEL § 11B:

- Kooperationsbeskattede andelsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 3)
- Livsforsikringsselskaber
- Udenlandske CFC-selskaber (SEL § 32)
- Udenlandske selskaber og faste driftssteder omfattet af skyggesambeskatning (§ 15, stk. 8-9 i L 426 af 6. juni 2005)
- Selskaber m.v. omfattet af SEL § 2A
- Faste driftssteder og fast ejendom i udlandet (medmindre valgt international sambeskatning efter SEL § 31A)[529]
- Fonde omfattet af fondsbeskatningsloven

4.3 Nettofinansieringsudgifterne

SEL § 11B indeholder en opgørelse af selskabets maksimale fradragsret for nettofinansieringsudgifterne. Det nødvendiggør en opgørelse af de relevante nettofinansieringsudgifter, og definitionen heraf følger af SEL § 11 B, stk. 4, hvilket analyseres i følgende afsnit.

Der foretages overordnet en opdeling i SEL § 11B i henholdsvis finansielle aktiver og driftsrelaterede aktiver. Den overordnede tanke er, at driftsrelateret aktiver indgår i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, mens afkast herfra ikke indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Omvendt indgår finansielle aktiver ikke i aktivmassen, mens afkast herfra modregnes i nettofinansie-

[526] Der foretages ikke skyggesambeskatning, såfremt det ultimative moderselskab har valgt international sambeskatning efter SEL § 31A. Skyggesambeskatningen er en konvertering af eksisterende genbeskatningssaldi tilstede den 15. december 2004 efter den dagældende LL § 33E. Genbeskatningssaldoen reduceres i takt med dispositioner, der ligeledes efter LL § 33E ville have udløst genbeskatning. Genbeskatningssaldoen opgøres per selskab til den skattemæssige værdi (SEL § 17, stk. 1) af de genbeskatningspligtige overskud på tidspunktet for ophøret af sambeskatningen. Se eksempelvis *Fogh et al.* (2009), p. 622 og LV 2011-2 S.D.4.4.1. Se også *Ramskov og Buur* (2009), p. 242 ff. og *Hansen et al.* (2011), p. 145 ff.
[527] Indkomsten indgår ej heller i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 6.
[528] Se mere om SEL § 2A i *Madsen* (2011), p. 303 ff.
[529] Se bilag 19 til L 213 2006-2007. Efter SEL § 8, stk. 2 beskattes danske selskaber ikke af indkomst allokeret til fast ejendom beliggende i udlandet eller faste driftssted beliggende i udlandet, hvor kildelandet ikke har frafaldet beskatningsretten.

ringsudgifterne, som finansieringsindtægter. Der består derved et samspil mellem SEL § 11B, stk. 5 og SEL § 11B, stk. 4, dvs. mellem en balanceopgørelse og en indkomstopgørelse.

Følgende oversigt illustrerer denne overordnede tanke i SEL § 11B:

Nettofinansieringsudgifterne vedrører primært selskabets passiver og derved nettoudgifterne til finansiering af selskabets aktiver, dvs. en nettoopgørelse af både finansielle indtægter og finansielle udgifter.[530] Disse indgår dog ikke alene. Nettoafkast fra visse aktiver indgår ligeledes i visse tilfælde i nettofinansieringsudgifter, mens selve aktivet da ikke indgår i opgørelsen af renteloftet (aktivmassen).

I nettofinansieringsudgifterne indgår konkret følgende indtægter og udgifter:

1. Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter
2. Provisioner og lignende som defineret i LL § 8, stk. 3
3. Skattepligtige kursgevinster og fradragsberettigede tab omfattet af kursgevinstloven
4. En beregnet finansieringsrentebetaling ved finansiel leasing
5. Skattepligtige aktieavancer og fradragsberettigede udnyttede aktietab samt skattepligtige udbytter

I det følgende analyseres de enkelte elementer i SEL § 11B, stk. 4.

4.3.1 SEL § 11B, stk. 4, nr. 1 – Renteindtægter og renteudgifter

Renteudgifter udgør formentlig den mest klassiske finansieringsudgift og indgår naturligt i opgørelsen af nettofinansieringsudgifter i SEL § 11B, stk. 4. Renteudgifter er karakteriseret ved at være vederlag for subjektets rådighed over et pengebeløb og beregnes som en bestemt procentdel af restgælden for en given periode og ved at skulle erlægges periodisk.[531] Renteindtægter indgår tilsvarende i nettoopgørelsen efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 1.[532] Indregningen forudsætter, at disse indgår i indkomstopgørelsen og følger de almindelige periodiseringsprincipper.

[530] Jf. SEL § 11B, stk. 1 og stk. 4. SEL § 11C anvender samme definition jf. SEL § 11C, stk. 1.
[531] Se også kapitel 2, afsnit 2.2.2.1. Det skal bero på en retlig forpligtelse.
[532] Det kan i øvrigt bemærkes, at renteindtægter og renteudgifter i skatteretlig forstand ikke opstår ved betalinger vedrørende finansielle kontrakter, da dette forudsætter et gældsforhold.

Renteindtægter fra *varedebitorer m.v.* og renteudgifter til *varekreditorer m.v.* indgår ikke i nettofinansieringsudgifterne.[533] Herved sidestilles varekontantrabatter vedrørende varedebitorer og varekreditorer.[534] Renteindtægter vedrørende varedebitorer m.v. og renteudgifter vedrørende varekreditorer m.v. anses for at have en sammenhæng med selskabets driftsaktiviteter.[535] I stedet medgår varedebitorer og varekreditorer i opgørelsen af aktivmassen.[536]

Begreberne varedebitorer og varekreditorer støttes på VSL § 22a, stk. 7.[537] Det følger heraf, at en fordring eller gæld opstået ved køb og salg af en vare omfattet af varelagerloven udgør en varedebitor/varekreditor. Varelagerloven er derved udgangspunktet, men begrebsindholdet udvidedes i forhold til SEL § 11B under det lovforberedende arbejde med L 213 2006-2007. Det blev anført, at:

"Det kan bekræftes, at forrentning af en næringsdrivendes tilgodehavende ved salg af en næringsejendom må anses for at være renteindtægt fra en varedebitor – og dermed ikke medregnes ved opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne."[538]

Varebegrebet er derved udvidet i SEL § 11B, stk. 4[539] ved, at tilgodehavende ved salg af næringsejendom anses som en varedebitor.[540] Tilsvarende anses renteudgifter på gæld i forbindelse med anskaffelse af en næringsejendom, som renteudgifter til en varekreditor, der ikke medregnes ved opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, uanset om kreditor er sælger eller en tredjepart.[541] Skatteministeriet har også senere bekræftet, at næringsejendomme indgår i varebegrebet i SEL § 11B, uagtet at fast ejendom ikke omfattes af varelagerloven.[542] Definitionen af varedebitorer og varekreditorer har dog fortsat udgangspunkt i varelagerloven.

Ved lov nr. 98 af 10. februar 2009 udvidedes varebegrebet til at også at omfatte næringsaktiver og rene tjenesteydelser.[543] Det anførtes hertil, at:

---

[533] Jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 1, 2. pkt.
[534] Se bilag 26 til L 213 2006-2007.
[535] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007. Varedebitorer og varekreditorer indgår i opgørelsen af aktivmassen jf. SEL § 11 B, stk. 5, 6. pkt., da det erkendes at den del af værdien af varedebitorerne, der overstiger værdien af varekreditorerne, udgør et reelt finansieringsbehov.
[536] Se mere herom i afsnit 4.4.3.2.
[537] Se bilag 26 til L 213 2006-2007, de almindelige bemærkninger til L 23 2008-2009 samt SKM2008.240.DEP.
[538] Se bilag 32 til L 213 2006-2007 samt SKM2008.240.DEP. Det fremgår af sidstnævnte, at udtrykkene "varedebitorer" og "varekreditorer" er baseret på en tilsvarende formulering i VSL § 22a, stk. 1, hvor "vare" tolkes som varer omfattet af varelagerloven.
[539] Det indbefatter både SEL § 11B, stk. 4, nr. 1, 2. pkt. og SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 2. pkt.
[540] Der synes ingen tvivl i forhold til SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt. efter vedtagelsen af L 23 2008-2009, da både varer og næringsaktiver følger klart af ordlyden. Før da var næringsaktiver og samt fordringer og gæld knyttet hertil ikke eksplicit nævnt i ordlyden. Ændringen har virkning fra og med indkomståret 2008, men selskaber kan dog vælge at anvende den nye formulering fra og med den 1. juli 2007 jf. § 10, stk. 5 i lov nr. 98 af 10. februar 2009. Det fremgår af lovbemærkningerne at det *præciseres*, at opgørelsen også omfatter fordringer og gæld ved henholdsvis salg og køb af næringsaktiver, f.eks. næringsejendomme, der ikke omfattes af begrebet vare i varelagerloven.
[541] Se SKM2008.240.DEP.
[542] Se SKM2008.240.DEP.
[543] Det synes klart at *vare* ikke udgør en tjenesteydelse, da begreberne vare og tjenesteydelser altid har været adskilte i SEL § 11B.

"Desuden foreslås det præciseret, at opgørelsen også omfatter fordringer og gæld ved henholdsvis salg og køb af næringsaktiver, f.eks. næringsejendomme, der ikke omfattes af begrebet vare i varelagerloven."[544]

Det udgør, ifølge lovgiver, en præcisering, hvorved næringsaktiver tilsyneladende anses for omfattet af varebegrebet forud herfor. Det understøttes af den nuværende ordlyd, henset til formuleringen *varer og andre næringsaktiver*. En sådan fortolkning medfører, at fordringer og gæld ved næringsaktiver forud herfor også omfattedes af varebegrebet. Det synes dog særdeles tvivlsomt.

Der henvistes klart til VSL § 22a, stk. 7 ved L 213 2006-2007,[545] mens begrebet dog blev udvidet under det lovforberedende arbejde til også at inkludere næringsejendomme ved Skatteministerens svar i bilag 32 til L 213 2006-2007. En yderligere udvidelse synes ikke at følge i forbindelse med det lovforberedende arbejde med L 213 2006-2007, hvorfor udgangspunktet i VSL § 22a, stk. 7 fortsat må fastholdes. Der er således ikke grundlag for at inkludere køb og salg af andre næringsaktiver forud for lovændringen ved lov nr. 98 af 10. februar 2009. Ligeledes omfattedes rene tjenesteydelser ej heller heraf. Retstilstanden må anses for ændret ved lov nr. 98 af 10. februar 2009, således at begreberne varedebitor m.v. og varekreditor m.v. udvidedes til også at indeholde næringsaktiver, der ikke omfattes af varelagerloven samt rene tjenesteydelser.

Det skal i øvrigt bemærkes, at varefordringer og varegæld kan skifte karakter til egentlige pengelån, eksempelvis såfremt gældens løbetid udstrækkes, udover hvad der ellers er gældende for varekreditter mellem uafhængige parter, som det kendes ved kurstab på varefordringer efter KGL § 4, stk. 3.[546]

Slutteligt skal det bemærkes, at skattepligtige renteindtægter ikke altid de facto reducerer nettofinansieringsudgifterne grundet fremførte ikke-beskårne nettokurstab på fordringer fra tidligere indkomstår jf. SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt. Disse kurstab medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, såfremt der i indkomståret opgøres en nettogevinst på fordringer eller renteindtægter. Renteindtægterne modsvares derved i visse tilfælde af kurstab fra denne saldo, således at renteindtægten ikke de facto reducerer nettofinansieringsudgifterne i indkomståret, men i stedet nedbringer saldoen efter SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt.[547]

4.3.2 SEL § 11B, stk. 4, nr. 2 – Provisioner som defineret i LL § 8, stk. 3

LL § 8, stk. 3 hjemler fradrag for følgende provisioner m.v.:

(i) Løbende provisioner eller præmier for lån, som den skattepligtige optager, eller forsikring af hans tilgodehavende

(ii) Præmier og lignende løbende ydelser for kaution for den skattepligtiges gæld

[544] Se bemærkningerne til § 1, nr. 13 i L 23 2008-2009.

[545] Ordlyden i SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt. og i VSL § 22a, stk. 7, 4. pkt. er ikke længere identiske.

[546] Se eksempelvis SKM2006.338.LSR, hvor Landsskatteretten fandt, at selskabets fordring på koncernselskabet opstået ved salg af varer m.v. havde skiftet karakter til udlån, hvorefter der ikke kunne godkendes fradrag for kurstabet efter KGL § 4. Se også *Bolander* i TfS 2005, 21 samt SKM2008.240.DEP.

[547] Saldoen efter SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt. behandles nærmere i afsnit 4.6 og 4.8.1.

(iii) Stiftelsesprovisioner, engangspræmier og lignende engangsydelser for lån, sikring af tilgodehavender eller kaution, dvs. i samme forbindelse som under (i) og (ii), såfremt løbetiden er mindre end to år

Provisionsudgifter og lignende fradragsberettigede udgifter omfattet af LL § 8, stk. 3 indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, hvilket potentielt skal ses i lyset af SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner.[548] Det følger heraf, at visse koncerner belastedes med betydelige finansieringsomkostninger bl.a. stiftelsesprovisioner og andre engangsvederlag ved oprettelse af nye lån, hvorved den skattepligtige indkomst markant nedbragtes.[549] Hertil kommer også den oplagte substitutionseffekt i forhold til andre finansieringsudgifter.

Provisionsindtægter og lignende skattepligtige indtægter indgår ligeledes i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. De relevante provisionsindtægter og lignende skal opfylde definitionen i LL § 8, stk. 3, men vil blot udgøre en indtægt for skattesubjektet. Det er ikke afgørende om provisionsudgiften er fradragsberettiget hos låntager.[550] Den udvidede fradragsret for finansielle udgifter i LL § 8, stk. 3 inddrages derved også i SEL § 11B, stk. 4, således at provisioner m.v. sidestilles med renter.

Det er tilsvarende i dette lys, at SEL § 11, stk. 4, nr. 2, 2. pkt. skal ses, hvorefter provisioner og lignende vedrørende varegæld m.v. eller varefordringer m.v. ikke indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne med virkning for indkomstår, der påbegyndes efter 1. april 2011. Det er i overensstemmelse med, at renteindtægter og renteudgifter vedrørende varedebitorer og varekreditorer ej heller indgår. Der består derved et tæt samspil herimellem.[551]

4.3.3 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3 – Kursgevinster og kurstab

4.3.3.1 Hovedreglen – SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 1. pkt.

Efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3 medgår skattepligtige kursgevinster og fradragsberettigede kurstab omfattet af kursgevinstloven i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Det indbefatter gevinst og tab på henholdsvis gæld, fordringer og finansielle kontrakter.

Kursgevinster på fordringer medgår i opgørelsen af den skattepligtige indkomst.[552] Kurstab på fordringer er som udgangspunkt fradragsberettiget.[553] Herfra undtages dog visse kurstab på fordringer på koncernforbundne selskaber,[554] såfremt fordringen ikke udgør en vederlagsfordring, rentefordring

[548] Se *Skatteministeriet* (2007, 30. marts).
[549] Se også svar på spørgsmål 67 til L 213 2006-2007.
[550] Se bemærkningerne til § 1, nr. 10 i L 23 2008-2009.
[551] Se bemærkningerne til § 8, nr. 11-14 i L 84 2010-2011. Det er heri anført, at når disse rentebetalinger ikke indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, så bør provisionerne vedrørende de samme lån og tilgodehavende ej heller indgå.
[552] Jf. KGL §§ 2 og 3. Det følger dog af KGL § 24A at gevinst og tab på fordringer og gæld vedrørende ikke indbetalt selskabskapital ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.
[553] Jf. KGL § 2.
[554] Der henvises til definitionen i KGL § 4, stk. 2, som i øvrigt anvendes som udgangspunkt for konsoliderings-reglen i SEL § 11, stk. 4.

eller fordringen er optaget til handel på et reguleret marked.[555] Tab på en fordring kan ej heller fradrages, såfremt renteindtægter af fordringen eller gevinster på fordringen ikke skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst som følge af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.[556]

Kursgevinst på gæld medgår som udgangspunkt i opgørelsen af den skattepligtige indkomst.[557] Kursgevinst på koncernintern gæld er dog skattefri, såfremt kreditors modsvarende kurstab på fordringen ikke er fradragsberettiget efter KGL § 4.[558] Kursgevinst på gæld er ligeledes skattefri, såfremt kursgevinsten udløses ved tvangsakkord eller en samlet ordning, hvor gælden ikke nedskrives til under fordringens værdi.[559] Kurstab på gæld er fradragsberettiget.[560]

Gevinst og tab på terminskontrakter og aftaler om købe- og salgsretter medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst jf. KGL § 29. Dog afviges separationsprincippet i KGL § 30, således at eksempelvis aftaler om køb og salg af aktier og valutakursterminskontrakter i visse tilfælde undtages fra behandling efter KGL § 29, således at disse ikke selvstændigt omfattes af kursgevinstloven. Gevinst og tab på finansielle kontrakter, der ikke omfattes af kursgevinstloven, indgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.

Lovgiver fandt det under det lovforberedende arbejde med L 213 2006-2007 nødvendigt at tilføje, at aktietab omfattet af SEL § 11B, stk. 4, nr. 4 først indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, når tabet udnyttes, da det først er på dette tidspunkt, at de *reelt* bliver fradragsberettigede.[561] Begrebet *fradragsberettigede* skal derved ikke fortolkes som indeholdende et implicit krav om udnyttelse af tabet i indkomståret. Lovgiver fandt ikke anledning til at foretage samme korrektion i forhold til kurstab omfattet af kursgevinstloven, som undtagelsesvis ikke kan udnyttes i indkomståret, eksempelvis ved aktiebaserede kontrakter efter KGL § 31, stk. 3 eller KGL § 31A, stk. 3.[562] Afgørende er udelukkende, om gevinsten er skattepligtig, eller om tabet er fradragsberettiget efter kursgevinstloven.

[555] Kurstab på koncerninterne fordringer er ligeledes fradragsberettiget, såfremt den skattepligtige udøver næring ved køb og salg af fordringer eller driver næringsvirksomhed ved finansiering, og koncernforbindelsen er etableret med henblik på kreditors midlertidige drift af debitors virksomhed m.v. jf. KGL § 4, stk. 5.
[556] Jf. KGL § 5.
[557] Jf. KGL §§ 2 og 6
[558] Jf. KGL § 8. Ved en udenlandsk kreditor betinges, at kreditor ikke har fradragsret for kurstabet på fordringen, samt at kreditor ville være omfattet af KGL § 4, stk. 1, såfremt omfattet af kursgevinstloven. Hertil kommer at gevinst og tab på fordringer og gæld vedrørende ikke indbetalt selskabskapital ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst jf. KGL § 24A.
[559] Jf. KGL § 24.
[560] Jf. KGL § 6. Ophævelsen af KGL § 7 har virkning for gæld påtaget den 27. januar 2010 eller senere.
[561] Se bilag 24 til L 213 2006-2007.
[562] KGL § 31 omfatter udelukkende kontrakter, der indeholder en ret eller en pligt til at afstå aktier i selskaber, hvori den skattepligtige eller koncernforbundne selskaber jf. KGL § 4, stk. 2, ejer aktier, der er omfattet af definitionerne i ABL §§ 4A eller 4B, og kontrakter, der indeholder ret eller pligt til at afstå aktier i det selskab, der er udsteder eller erhverver af kontrakten. KGL § 31A vedrører skattepligtige, der har valgt realisationsbeskatning af porteføljeaktier vedrørende kontrakter, der indeholder ret eller pligt til at afstå aktier, der ikke er optaget til handel på et reguleret marked eller på en multilateral handelsfacilitet.

Den manglende tilknytning til udnyttelsen kan medføre dobbeltbeskatning. De uudnyttede kurstab øger nettofinansieringsudgifterne og kan derigennem medføre, at fradragsretten vedrørende andre kurstab fradragsbeskæres i indkomståret, hvor kurstabet konstateres, selvom der senere sker en fradragsbegrænsning af førnævnte konkrete uudnyttede kurstab efter LL § 15, eksempelvis ved en tvangsakkord.. Det er kun undtagelsesvist, at fradraget efter kursgevinstloven ikke udnyttes i samme indkomstår, som dette konstateres efter kursgevinstloven, ligesom at fradragsbegrænsning efter LL § 15 kun sker i begrænsede tilfælde, så som ved tvangsakkorder og samlede ordninger, hvorved den praktiske implikation heraf formentlig er beskeden.

4.3.3.2 Varekreditorer og varedebitorer – SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 2. pkt.

Gevinst og tab vedrørende varedebitorer og varekreditorer indgår ikke i nettofinansieringsudgifterne,[563] som det også er tilfældet i forhold til provisioner m.v. og rentebetalinger hidrørende herfra. Derved anses eksempelvis ikke et kurstab på en fordring, hvor debitor ikke kan betale for f.eks. varer leveret af kreditor på kredit med en finansieringsudgift.

Det må anses for uden betydning, at der i ordlyden af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 2. pkt. udelukkende henvises til *varedebitorer og varekreditorer* og ikke *varedebitorer m.v.* eller *varekreditorer m.v.*, som eksempelvis i SEL § 11B, stk. 4, nr. 1, 2. pkt. Der henvises i lovbemærkningerne[564] til det er på linje med, at renteindtægterne og renteudgifterne ligeledes er holdt ude af opgørelsen. og at varedebitorerne (efter fradrag af varekreditorerne) medregnes i aktivopgørelsen. Varekreditorer og varedebitorer i SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 2. pkt. må anses for identisk med samme begreb som anvendt i SEL § 11B, stk. 4, nr. 1, 2. pkt. og SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt., uagtet at *med videre* er udeladt.

4.3.3.3 Fordringer m.v. – SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 3. pkt.

Fordringer udgør et finansielt aktiv og indgår ikke i opgørelsen af aktivmassen jf. SEL § 11, stk. 5, 4. pkt. Derved modvirkes et potentielt højere kunstigt *renteloft* ved at indskyde nulprocent obligationer i selskabet for lånte midler. Som kompensation herfor medgår på gevinst (og tab) på fordringer i stedet i nettofinansieringsudgifterne.

Gevinst og tab på udlån medgår dog ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 3. pkt., såfremt den skattepligtige er næringsdrivende med køb og salg af fordringer eller næringsdrivende med finansiering, og parterne ikke er koncernforbundne jf. SEL § 31C. Formålet er overordnet, at næringsdrivende finansielle virksomheders udlån repræsenterer en driftsaktivitet, hvorfor gevinst og tab herved ikke anses som finansielle indtægter eller finansielle udgifter.[565] Disse fordringer indgår i stedet i aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5. Det følger af SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt., at fordringer erhvervet ved salg af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varedebitorer m.v.) indgår i opgørelsen af aktivmassen, hvilket ligeledes omfatter næringsaktiver.

[563] Gevinst og tab på varekreditorer/varedebitorer medregnes ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne med virkning fra og med indkomståret 2009 jf. § 10, stk. 2 i lov nr. 98 af 10. februar 2009. Se også mere herom i svar på spørgsmål 7 til L 23 2008-2009 samt bemærkningerne til nr. 4 i bilag 11 til L 23 2008-2009.
[564] Se bemærkningerne til nr. 4 i bilag 11 til L 23 2008-2009.
[565] Se også bemærkningerne til § 8, nr. 11-14 i L 84 2010-2011. Låntager berøres ikke heraf.

Det er ikke begrundet, hvorfor det betinges, at parterne ikke er koncernforbundne efter SEL § 31C. Det skal dog erindres, at kurstab på fordringer ikke er fradragsberettigede efter KGL § 4, såfremt parterne er koncernforbundne efter KGL § 4, stk. 2 eller kan indgå i en sambeskatning efter SEL §§ 31 eller 31A., hvorfor disse ikke indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Men kursgevinster på koncerninterne fordringer er fortsat skattepligtige jf. KGL §§ 2 og 3, hvorved disse kursgevinster på koncerninterne udlån fortsat indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Udlånet (fordringen) må samtidig medregnes i opgørelsen af aktivmassen, som et næringsaktiv, hvilket synes at udgøre en betænkelig dobbeltindregning. Det synes at udgøre et grundlæggende *mismatch,* at afkastet fra aktivet anses som finansielt, mens aktivet anses som et driftsaktiv. En kursgevinst på fordringen reducerer nettofinansieringsudgifter, mens fordringen samtidig medgår i opgørelsen af aktivmassen.[566] Det synes uhensigtsmæssigt.

Det skal bemærkes, at tab og gevinst på (realkredit)obligationer udstedt til finansiering af førnævnte udlån og finansielle kontrakter i tilknytning hertil ikke medregnes i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.[567] Der vurderedes, at bestå en så nær sammenhæng og korrelation herimellem, at gevinst og tab på finansieringen og risikoafdækningen ej heller indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Det anføres i bemærkningerne til § 8, nr. 11 i L 84 2010-2011, at:

"Hvis realkreditinstitutterne har kursgevinster på udlånene og kurstab på obligationer – hvilket vil være tilfældet, når renteniveauet er faldende, og kurserne er stigende – vil de således have store nettofinansieringsudgifter i forhold til opgørelsen i § 11B, stk. 4. Dette er ikke et reelt udtryk for realkreditinstitutternes nettofinansieringsudgifter. Det reelle billede er, at kursgevinster og kurstabene udligner hinanden. Det burde afspejles i bestemmelsen."

Der foretages således en nettoudtrækning af disse gevinster og tab, som omfattet af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 3. og 4. pkt.[568]

4.3.3.4 Finansielle kontrakter

Finansielle kontrakter er et særdeles fleksibelt redskab til risikoafdækning, såvel i forhold til indtægter og udgifter som værdiændringer af aktiver og passiver. Det er angivet, at sammensatte finansielle instrumenter kan give et resultat svarende til renter, hvorfor en medregning af gevinst og tab herved i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne skal sikre, at der ikke ved hjælp af finansielle instrumenter opnås fordele i forhold til en mere simpel finansiering i forhold til SEL § 11B. Gevinst og tab på finansielle kontrakter medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne,[569] således at der ikke vil-

[566] I sambeskatningstilfælde modsvares kursgevinsten af låntagers kurstab, mens fordringen fortsat indgår i opgørelsen af aktivmassen.
[567] Jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt.
[568] SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt. har virkning for indkomstår, der påbegyndes den 24. november 2010 eller senere. Selskaber kan vælge at anvende bestemmelserne fra indkomståret 2008 eller fra et senere indkomstår, der ligger forud for indkomstår, der påbegyndes den 24. november 2010 eller senere. Indgår selskabet i en koncern, jf. SEL § 11 B, stk. 8, træffes valget samlet for hele koncernen af administrationsselskabet.
[569] Se eksempelvis *Dyppel* i TfS 2011, 798 vedrørende opgørelsen af urealiserede gevinster og tab på finansielle kontrakter.

kårligt kan foretages en substitution herigennem.[570] Tilsvarende indgår finansielle kontrakter ikke i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11, stk. 5, 4. pkt.

Der er dog indført undtagelser i SEL § 11, stk. 4, nr. 3, 4.-6. pkt., hvorefter gevinst og tab på finansielle kontrakter ikke medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, herunder gevinst og tab på terminskontrakter m.v., der tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, og disse indgår i stedet i opgørelsen aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt.[571]

4.3.3.4.1 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt.

Det følger af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt., at tab og gevinst på obligationer udstedt til finansiering af udlån omfattet af 3. pkt., og finansielle kontrakter i tilknytning hertil ikke medregnes.[572] Det omfatter finansielle kontrakter, som afdækker risici ved skattepligtiges udlån, hvor disse udøver næring ved køb og salg af fordringer eller driver næringsvirksomhed ved finansiering, og parterne ikke er koncernforbundne efter SEL § 31C. Det omfatter ligeledes finansielle kontrakter, der afdækker risici ved obligationer, der er udstedt til finansiering af førnævnte udlån.[573]

I lovbemærkningerne anføres som eksempel realkreditinstitutters realkreditobligationer udstedt i fremmed valuta, hvorved en kursgevinst og kurstab på finansielle kontrakter til afdækning af renterisici og valutakursrisici ikke medgår i nettofinansieringsudgifterne.[574]

SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt. indførtes med virkning for indkomstår, der påbegyndes den 24. november 2010 eller senere. Dog kan denne vælges anvendt fra indkomståret 2008 eller et senere indkomstår, der ligger forud for indkomstår, der påbegyndes den 24. november 2010 eller senere.[575]

4.3.3.4.2 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt.

Carlsberg fremførte i deres høringssvar til det oprindelige lovudkast, at gevinst og tab vedrørende finansielle kontrakter burde undtages fra SEL § 11B, stk. 4, når disse var indgået som led i den løbende drift, uanset om disse omfattedes af kursgevinstloven eller ej, da de i realiteten dækker over virksomhedens styring af de kommercielle risici.[576] Danmarks Rederiforening fremhævede ligeledes, at gevinst og tab på terminskontrakter m.v. ikke bør medregnes i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, såfremt terminskontrakten tjener til sikring af koncernens driftsindtægter og driftsudgifter.[577] Lovgiver var enig heri, hvorfor SEL § 11 B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt. indførtes.[578]

[570] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[571] Se mere om SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt. i afsnit 4.4.3.3.
[572] Den finansielle kontrakt indgår dog fortsat ikke i opgørelsen af aktivmassen jf. SEL § 11B, stk. 5, 4. pkt.
[573] Se de almindelige bemærkninger til L 84 2010-2011.
[574] Se bemærkningerne til § 8, nr. 11-14 i L 84 2010-2011.
[575] Jf. § 14, stk. 17 i lov nr. 254 af 30. marts 2011. Et sådan valg gælder for alle selskaber, der indgår i en samlet opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8.
[576] Se *Carlsberg* (2007, 15. februar).
[577] Se bilag 5 og 26 til L 213 2006-2007.
[578] Se bilag 20 til L 213 2006-2007.

Af førnævnte grund indgår gevinst og tab på terminskontrakter m.v. ikke i nettofinansieringsudgifterne, såfremt kontrakten tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter.[579] Derved forudsættes først at bestå *terminskontrakter m.v.,* der herefter må henføres til *sikring af driftsindtægter og driftsudgifter*.

En terminskontrakt omfattes i udgangspunktet af KGL § 29, og defineres som følger:

"En terminskontrakt (forwardkontrakt) er en aftale om overdragelse af et aktiv eller en gældsforpligtelse til en på forhånd fastsat pris, hvor afvikling af kontrakten finder sted efter aftaletidspunktet."[580]

Det fremgår endvidere at

"Ved terminskontrakter er der symmetri mellem erhververens og udstederens risiko, da der er tale om en gensidig forpligtelse."[581]

SEL § 11, stk. 4, nr. 3 vedrører udelukkende gevinst og tab omfattet af kursgevinstloven, og derved KGL § 29. Heri indgår udelukkende gevinst og tab på terminskontrakter og aftaler om købe- og salgsretter.[582] Det følger af lovens ordlyd, at ikke blot terminskontrakter omfattes, men også *med videre* omfattes, hvor dette må forstås bredt.[583] Gevinst og tab på terminskontrakter m.v. omfattet af KGL § 30 indgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifter, da kontrakten ikke behandles efter kursgevinstloven.[584]

Ved sikring af driftsindtægter og driftsudgifter forstås, at kontrakten dækker over selskabets styring af kommercielle risici. Det fremhæves, at såfremt et selskab indgår en kontrakt, hvorefter selskabet sikrer sig mod stigende oliepriser, vil det beløb, der kommer til udbetaling i tilfælde af stigende oliepriser, ikke være en finansieringsindtægt, og kontrakten vil i realiteten udgøre en styring af selskabets kommercielle risici.[585] Terminskontrakter vedrørende anlægsaktiver udgør ikke terminskontrakter vedrørende driftsindtægter og driftsudgifter.[586]

Finansrådet ønskede en præcisering af, om anskaffelsessummen for en finansiel kontrakt, der vedrører fast ejendom, som anvendes i driften af en virksomhed, indgår i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, og om gevinst og tab herved undtages fra opgørelsen af nettofinansieringsudgifter efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt., uagtet om ejendommen udgør et anlægsaktiv. Ligeledes fore-

[579] Se bilag 32 til L 213 2006-2007.
[580] Se bemærkningerne til KGL § 29 i L 194 1996-1997, hvor definitionerne fra cirkulære nr. 134 af 29. juli 1992 er gengivet.
[581] Herved adskiller en terminskontrakt sig fra eksempelvis optioner, hvor forpligtelsen kun påhviler den ene part.
[582] I bemærkningerne til KGL § 29 i L 194 1996-1997 følger det at *"Ved en aftale om en køberet (calloption) eller salgsret (putoption) forstås en aftale om, at køberettens hhv. salgsrettens indehaver har en ret til at erhverve hhv. afstå et aktiv eller et passiv til en på forhånd aftalt pris på eller inden en bestemt dato."*
[583] Samme formulering findes i SEL § 32, stk. 5. nr. 2. Definitionen er gengivet fra cirkulære nr. 134 af 29. juli 1992
[584] Jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 1. pkt. modsætningsvis,
[585] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[586] Se bilag 1, 2 og 32 til L 213 2006-2007.

spurgtes det, om anskaffelsessummen for en finansiel kontrakt vedrørende virksomhedens driftsmidler, f.eks. en bilpark, også skulle henregnes til aktivmassen og ikke nettofinansieringsudgifterne.[587] Hertil svarede Skatteministeren, at det er en forudsætning for medregning af anskaffelsessummen på finansielle kontrakter, at kontrakten sikrer driften. Anskaffelsessummerne på finansielle kontrakter, der sikrer anlægsaktiver og driftsmidler, omfattes derfor ikke heraf.[588]

Det er bekræftet, at hvor et ejendomsselskab er næringsdrivende med køb og salg af fast ejendom, så anses en terminskontrakt til sikring mod stigende renter i forbindelse med købet af en ejendom, for at vedrøre driftsindkomsten. Ligeledes anses en renteswap til sikring mod stigende renter i forbindelse med køb af næringsaktiver for at vedrøre driften. Det gælder dog kun i næringstilfælde. Terminskontrakter til sikring af varesalg og varegæld omfattes ligeledes af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt. I SKM2008.240.DEP nævnes generelt terminskontrakter vedrørende rå- og stabelvarer med volatile prismønstre, som f.eks. olie, metaller, korn, foderstoffer m.v., hvilket typisk anses for at vedrøre driften.

Det er irrelevant, om terminskontrakten tjener til sikring af driftsindtægter eller driftsudgifter i selskabet selv eller i et sambeskattet selskab.[589] Det er ikke klart om det betinges, at selskaberne indgår i en dansk sambeskatning efter SEL §§ 31 eller 31A. Der er eksempelvis i SEL § 11B, stk. 8 foretaget en direkte henvisning til SEL §§ 31 og 31A, hvilket ikke findes i SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt., hvorved det potentielt ikke betinges, at selskaberne indgår i en dansk sambeskatning. Det kan samtidigt principielt anføres som irrelevant, for den driftsmæssige karakter af kontrakten, om det afdækkede koncernselskab indgår i en dansk sambeskatning eller ej. Omvendt må det anføres, at den driftsmæssige karakter af aktiverne efter SEL § 11B, stk. 5 netop synes defineret ud fra, om disse anses for at medgå til skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark.

Det skal bemærkes, at de omfattede kontrakter af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt. medregnes i aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt. Derved medgår også terminskontrakter i aktivmassen, selvom disse sikrer driften i koncernselskaber, der ikke skaber skattepligtig indkomst i Danmark. Det synes betænkeligt. Det må dog anses for irrelevant i forhold til fortolkningen af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt., da SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt. indførtes efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt., og derved ej heller ændrer førnævnte konklusion eller den driftsmæssige karakter af terminskontrakten. Det må dog formentlig anses som et udtryk for, at lovgiver anser det betinget efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt., at koncernselskabet indgår i en dansk sambeskatning.

Henset til den nære sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark i SEL § 11B, herunder ved sambeskattede selskaber, må det antages, at det efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt. betinges, at det sikrede selskab indgår i en dansk sambeskatning, som lovgiver ligeledes synes at

[587] Se bilag 2 til L 23 2008-2009 - Henvendelse fra Finansrådet
[588] Se bilag 2 til L 23 2008 – 2009 - Høringsskema.
[589] Det begrundes med, at større koncerner ofte centraliserer afdækningsopgaver vedrørende varekøb og varesalg i et særligt finansselskab, som foretager afdækningerne hos tredjemand i markedet. Se bemærkningerne til nr. 3 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

antage. Det følger dog ikke klart af hverken ordlyden eller lovbemærkningerne hertil, hvorfor konklusionen støttes på en formålsfortolkning.

Det er slutteligt afgørende, at formålet med terminskontrakten er afdækning (sikring), og ikke eksempelvis er indgået i spekulations- eller næringsøjemed.[590] Det følger af bilag 32 til L 213 2006-2007, at gevinst og tab vedrørende den del af en terminskontrakt, som må anses for spekulation, ikke undtages fra medregning i opgørelsen af nettofinansieringsudgifter, hvorved en opdeling skal foretages.[591]

Såfremt at terminskontrakten omfattes af KGL § 29, og kontrakten tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, så indgår kursgevinster og kurstab herved ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.[592] Der skal dog samtidig henses til SEL § 11, stk. 4, nr. 3, 7. pkt., som behandlet i afsnit 4.3.3.4.4, hvilken udgør en undtagelse til SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt.

4.3.3.4.3 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt.

For indkomstår påbegyndt 1. april 2011[593] eller senere medgår urealiserede kursgevinster på renteswaps[594] vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.[595] I stedet fremføres disse urealiserede kursgevinster til modregning i urealiserede kurstab på samme kontrakt i efterfølgende indkomstår og i realiserede kurstab på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører.[596] De urealiserede kursgevinster nedbringer derved ikke nettofinansieringsudgifterne i det aktuelle indkomstår, men indgår i en senere nettoopgørelse heri, dvs. i en situation, hvor kursgevinsten er opstået forud for kurstabet.

Det anførtes, at velkonsoliderede selskaber, som følge af det meget lave renteniveau, kan være blevet "ramt" af SEL § 11B, såfremt disse har afdækket deres risiko på et variabelt forrentet lån i fast ejendom ved en renteswap.[597] FSR fremførte, at det synes urimeligt at forskelsbehandle et selskab alt efter om selskabet optager et fastforrente lån eller et variabelt forrentet lån, der efterfølgende *swappes* til fast forrentning.[598] En sådan forskellig behandling opstår ved, at renteswapaftalen lagerbeskattes, hvorved der potentielt opstår urealiserede kursgevinster, selvom disse senere fuldt ud modsvares af kurstab. Såfremt der ikke var sket et swap, ville der ikke bestå hverken kursgevinster eller kurstab, og derved ingen potentiel fradragsbeskæring af de senere kurstab.

[590] Se også SKM2008.240.DEP.
[591] FSR anmode Skatteministeriet om at oplyse hvilke regnskabsposter, der kan anses for at være driftsindtægter og driftsudgifter i forskellige typer finansielle virksomheder, herunder om afkast af værdipapirer anses for driftsindtægter, se bilag 15 til L 213 2006-2007. Anmodningen blev ikke efterkommet.
[592] I stedet medgår terminskontrakten i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt.
[593] Jf. § 14, stk. 4 i lov nr. 254 af 30. marts 2011.
[594] En renteswap udgør en finansiel kontrakt, hvor to parter de facto bytter rentebetalinger i en aftalt periode.
[595] Disse urealiserede kursgevinster indgår fortsat i indkomstopgørelsen.
[596] Se mere om opgørelsen af urealiserede gevinster og tab i *Dyppel* i TfS 2011, 798.
[597] Se bemærkningerne til nr. 17 og 19 i bilag 11 til L 84 2010-2011.
[598] Se bilag 1 til L 84 2010-2011.

SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt. omfatter kun urealiserede kursgevinster på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom. Det anførtes, at:

"Baggrunden for ændringen er nærmere, at ejendomsselskaberne i de senere år har lidt tab på finansielle kontrakter som følge af det lave renteniveau. Med lovforslaget løses denne konkrete problemstilling."[599]

Ejendomsselskaberne synes dog ikke at have været alene herom, men hertil anførtes det, at:

"Skatteministeriet finder imidlertid ikke, at der umiddelbart er behov for at udvide denne løsningsmodel til andre områder. Det er samtidig ministeriets vurdering, at det ikke er hensigtsmæssigt at indføre en generel lempelse af rentefradragsbegrænsningsreglerne for så vidt angår renteswaps."[600]

Der må derved siges at bestå et særligt politisk sigte i forhold til ejendomsselskaberne.

Det følger samtidigt af SEL § 11B, stk. 10, 2. pkt., at beskårne urealiserede kurstab på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom kan fremføres. Disse fremføres til modregning i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvori kontrakten ophører, dvs. en situation hvor kurstabet er opstået forud for kursgevinsten og er blevet fradragsbeskåret.[601]

4.3.3.4.4 SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt.

Gevinst og tab på terminskontrakter m.v., som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter indgår alligevel i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne i visse tilfælde jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt.[602] Det gælder i følgende situationer:

- Såfremt den skattepligtige udøver næring[603] ved køb og salg af fordringer og finansielle kontrakter
- Såfremt den skattepligtige driver næringsvirksomhed[604] ved finansiering
- Såfremt medkontrahenten er koncernforbundet efter SEL § 31C[605]

[599] Se hertil bilag 34 til L 84 2010-2011.
[600] Se hertil bilag 34 til L 84 2010-2011.
[601] Se mere herom i afsnit 4.6 og 4.8.5.
[602] Se SEL § 32, stk. 5, nr. 2 hvor en lignende formulering findes, dog uden at undtage terminskontrakter i koncernforhold.
[603] Afgrænsningen angives i SKM2008.240.DEP, som identisk med sondringen ved KGL § 13 og KGL § 30, stk. 5.
[604] Ibid.
[605] Ordlyden kan skabe tvivl om kriteriet vedrørende koncernforbindelse udgør en selvstændigt betingelse. Det præciseres dog i bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007, at koncernforbindelsen udgør en selvstændig betingelse. Samme fortolkning er anlagt af *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234. Lovgiver synes derimod at nå en anden fortolkning pga. lov nr. 254 af 30. marts 2011, hvor valutakursterminskontrakter udgik af SEL § 11B, stk. 4, nr. 4, 7. pkt., således at koncernforbindelse fremstår som en kumulativ betingelse. Lovgiver har derfor i L 30 2011-2012 foreslået ordlyden ændret, således at tre selvstændige betingelser følger af ordlyden. En sådan ordlydsændring må bifaldes, men ændrer ikke retstilstanden.

SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt. udgør populært sagt en undtagelse til undtagelsen i 5. pkt.[606] Det skal bemærkes, at SEL § 11, stk. 4, nr. 3, 4. og 6. pkt. blev tilføjet ved lov nr. 254 af 30. marts 2011. Det synes bizart at adskille reguleringen ved 6. pkt. vedrørende renteswaps. Der kan henses til, at:

- 4. pkt. vedrører finansielle kontrakter
- 5. pkt. vedrører terminskontrakter m.v.
- 6. pkt. vedrører renteswaps

Der fremgår ikke direkte af 7. pkt. en henvisning til terminskontrakter m.v. omfattet af 5. pkt., men blot at gevinst og tab på terminskontrakter m.v. dog medregnes i de nævnte tilfælde. Der består uden tvivl en nær sammenhæng mellem 5. og 7. pkt., som også bekræftes ved medregningen i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt. 7. pkt. skal fortsat kun henføres til 5. pkt., mens 4. og 6. pkt. ikke berøres heraf.

Derved ændrer SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt. ikke ved at tab og gevinst på obligationer udstedt til finansiering af udlån omfattet af 3. pkt., og finansielle kontrakter i tilknytning fortsat ikke medregnes i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Ligeledes ændrer SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt. ej heller ved, at urealiserede kursgevinster på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom udskydes til senere indregning i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.

Det består samtidigt et interessant samspil med SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 3. pkt.

	Gevinst og tab på udlån (1. og 3. pkt.)	**Gevinst og tab på terminskontrakter (5. og 7. pkt.)**
Næring ved køb og salg af fordringer	Medgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne	Medgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne
Næring ved køb og salg af finansielle kontrakter	Medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne	Medgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne
Næring ved køb og salg af fordringer OG finansielle kontrakter	Medgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne	Medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne
Næringsvirksomhed ved finansiering	Medgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne	Medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne
Koncernforbundne parter	Medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne	Medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne

[606] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007. Tidligere omfattedes gevinst og tab på valutakursterminskontrakter af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt., da det ikke kunne udelukkes at sådanne kontrakter indeholdt et renteelement, se bilag 32 til L 213 2006-2007. Det er ikke længere udelukket, at gevinst eller tab på en valutakurskontrakt kan undtages fra medregning i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt. Det er indført med virkning for indkomstår, der påbegyndes den 24. november 2010 eller senere. Selskaber kan vælge at ændringen skal have virkning fra indkomståret 2008 eller fra et senere indkomstår, der ligger forud for indkomstår, der påbegyndes den 24. november 2010 eller senere. Indgår selskabet i en sambeskatning, jf. SEL § 11 B, stk. 8, træffes valget samlet for hele koncernen af administrationsselskabet.

Det synes derved at diskvalificere gevinst og tab på terminskontrakter m.v., som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, fra at blive anset som havende driftsmæssig karakter, såfremt en næringsdrivende ved køb og salg af fordringer også driver næring ved køb og salg af finansielle kontrakter, eller at der drives næringsvirksomhed ved finansiering. Det er derimod ikke tilfældet i forhold til gevinst og tab på udlån efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 3. pkt. Der er ingen begrundelser for undtagelserne i SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt.

4.3.4 SEL § 11B, stk. 4, nr. 4 – Leasing

Leasing er kendetegnet ved, at leasingtager opnår en brugsret til et aktiv, som finansieres af leasinggiver, og leasingtager forpligtes til at betale en række leasingydelser. Ejendomsretten forbliver hos leasinggiver, og aktivet skal tilbageleveres til leasinggiver ved leasingaftalens ophør. Leasing opdeles i henholdsvis (i) finansiel leasing og (ii) operationel leasing, hvoraf kun førstnævnte omfattes af SEL § 11B, stk. 4, nr. 4.

Finansiel leasing kendetegnes ved, at alle væsentlige risici, herunder også fordele, vedrørende ejendomsretten til aktivet, bæres af leasingtager, typisk kombineret med en længerevarende leasingkontrakt.[607] Operationel leasing anses som leasing, der ikke kan karakteriseres som finansiel leasing og er typisk kortvarige og kan opsiges med kortere varsel. Afgrænsningen er flydende og afgørende er primært, hvorledes risici vedrørende aktivet reelt er fordelt mellem parterne.[608]

Finansiel leasing udgør et alternativ til at erhverve et aktiv på kredit og har lighed med gældsfinansierede købsaftaler med ejendomsforbehold, dog med den markante forskel, at ejendomsretten forbliver hos leasinggiver.

Ved opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne søges det at ligestille finansiel leasing med almindelige lånefinansiering, således at lånekøb ikke erstattes med finansiel leasing.[609] Det vanskeliggøres af, at der i en leasingaftale aftales en leasingydelse, som ikke umiddelbart opdeles i en rentedel og en afdragsdel.

Der skal i forhold til SEL § 11B, stk. 4, nr. 4 opgøres en rentedel (herefter finansieringsomkostningen), som indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Finansieringsomkostningen opgøres på samme måde, som den interne rente i en leasingkontrakt efter IAS 17, nr. 4.[610] I overensstemmelse med IAS 17 udgør leasingaftalens finansieringsomkostning den rente, som minimumsleasingydelserne og den ikke-garanterede restværdi skal tilbagediskonteres med for at være lig aktivets dagsværdi ved aftalens indgåelse, inklusiv leasinggivers direkte startomkostninger.

[607] Alle finansielle leasingaftaler indebærer at leasinggiver ikke har sædvanlige ejerbeføjelser eller ejerforpligtelser.
[608] Der er i mange tilfælde 3 parter involveret i et finansielt leasingforhold; dels et leasingselskab, dels en leverandør og dels en leasingtager. Typisk eksisterer et formaliseret samarbejde mellem leasingselskabet og leverandøren, således at det finansielle leasingselskab kun varetager finansieringsfunktionen. I sådanne situationer er det ikke ualmindeligt at leverandøren forpligtes til at sikre en afhændelse af leasing aktivet ved kontraktens udløb, og derved vil en sådan leasingaftale ikke være af usædvanlig karakter. Se eksempelvis SKM2002.588.LSR, TfS 2000, 374, TfS 2000, 1011 og TfS 2001, 739. Se *Gade* (1997) samt *Petersen og Sørensen* i TfS 2001, 976.
[609] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[610] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

Den ikke-garanterede restværdi udgør den del af aktivets restværdi,[611] der ved leasing periodens ophør ikke er garanteret eller sikret af leasingtager. Aktivets restværdi udgør populært sagt aktivets resterende økonomiske levetid. Vurderingen foretages på tidspunktet for leasingkontraktens indgåelse.[612]

Minimumsleasingydelserne er ikke defineret i lovbemærkningerne, men den generelle henvisning til IAS 17 må følges. Minimumsleasingydelserne udgør herefter de ydelser, som leasingtager er (eller kan blive) forpligtet til at erlægge i løbet af leasingperioden, eksklusiv betingede lejeydelser, serviceomkostninger og skatter, der skal afholdes af leasinggiver. Hertil kommer alle beløb, der er garanteret af leasingtager eller en nærstående part til leasingtager.

Såfremt leasingtager har en køberet til aktivet til en pris, der forventes at være så meget lavere end dagsværdien på udnyttelsestidspunktet, at det ved leasingkontraktens indgåelse er rimeligt sikkert, at køberetten vil blive udnyttet, omfatter minimumsleasingydelserne også den ydelse, der kræves for at udnytte købsretten. Der skal også henses til den efterfølgende periode udover den uopsigelige leasingperiode, når det ved leasingaftalens indgåelse er rimeligt sikkert, at leasingtager vil udnytte en ret til at forlænge aftalen, eksempelvis hvor det kan ske til en pris væsentlig under markedsprisen, eller hvis en manglende fornyelse udløser strafbetaling.

Såfremt leasinggiver og leasingtager er koncernforbundne, jf. SEL § 31 C, skal leasinggiverens finansieringsomkostning svare til leasingtagerens finansieringsindtægt.[613] I andre tilfælde er det ikke et ultimativt krav. Det kan dog være et punkt i dokumentationen af, at der er tale om den rigtige rentesats.[614]

Finansieringsomkostningen (IRR) opgøres ved følgende formel:

$$\text{Aktivets dagsværdi inkl. direkte startomkostninger} = \frac{\text{Minimumsleasingydelserne} + \text{ ikke garanterede restværdi}}{(1 + \text{IRR})}$$

Såfremt det ikke er muligt pålideligt at opgøre finansieringsomkostningen, anvendes leasingtagers marginale lånerente i stedet.[615] Ved leasingtagers marginale lånerente estimeres en lånerente, der tager udgangspunkt i samme situation med samme sikkerhed som leasinggiver. Der kan formentlig henses til principperne i LL § 2, og så i forhold til leasinggiver.

[611] Restværdien anslås ved leasingkontraktens indgåelse.
[612] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[613] Oprindeligt var det foreslået, at i de tilfælde hvor leasinggiver og leasingtager sambeskattes efter SEL § 31 eller SEL § 31 A elimineres de pågældende finansieringsudgifterne og finansieringsindtægterne, herunder leasingydelser, hos parterne. Dette udgik dog under det lovforberedende arbejde, da elimineringen kun havde betydning for fordelingen af fradragsbeskæringen, idet opgørelsen af finansieringsudgifterne er en nettoopgørelse. Ved fordelingen af fradragsbeskæringen medførte elimineringen, at de enkelte koncernselskaber blev ramt forskelligt afhængigt af, om selskabets leasingydelser m.v. var koncerninterne eller koncernesterne. Hvis selskabets leasingydelser var koncerninterne, ville der ikke ske fradragsbeskæring som følge af elimineringen. Såfremt leasingydelser var eksterne, kunne der derimod ske fradragsbeskæring. Det fandtes ikke hensigtsmæssigt. Se bilag 24 til L 213 2006-2007.
[614] Se bilag 1 til L 213 2006-2007.
[615] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

Finansieringsomkostningen medregnes hos både leasinggiver og leasingtager, således at denne indgår som henholdsvis en finansieringsudgift og en finansieringsindtægt hos parterne. Leasinggiver og leasingtager skal kunne sandsynliggøre lånerenten, og skattemyndigheden kan efterprøve selve opgørelsen og lånerenten.

Der kan derved ske fradragsbeskæring efter SEL § 11B af leasingstagers leasingbetalinger, dog kun vedrørende "rentedelen", da kun denne medgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 4.

4.3.5 SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 – Aktieavancer, aktietab og udbytter

Aktier indgår ikke i opgørelsen af aktivmassen, da afkastet fra aktier m.v., ifølge lovgiver, ofte er skattefrit for selskaber. Det gælder dog ikke undtagelsesfrit, eksempelvis ikke ved konvertible obligationer.[616] Såfremt afkastet fra aktier alligevel, og mod formodningen, er skattepligtigt, korrigeres herfor ved en medregning i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Såfremt afkastet er skattepligtigt, reduceres nettofinansieringsudgifterne, mens et fradragsberettiget tab øger nettofinansieringsudgifterne.

Skattepligtige avancer og fradragsberettigede tab omfattet af aktieavancebeskatningsloven samt skattepligtige udbytter og afståelsessummer omfattet af LL § 16B indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne ved afståelse af aktier m.v. Begrebet *aktier m.v.* benyttes tillige i SEL § 11B, stk. 5, 4. pkt., hvorefter *aktier m.v.* omfattet af aktieavancebeskatningsloven ikke indgår i opgørelsen af aktivmassen. Det må antages, at der er tale om samme begreb.

Der henvises i lovbemærkningerne[617] til afkast af aktier, hvilket kan indikere, at der ved *aktier m.v.* udelukkende henvises til afkast fra kapitalandele. Der henvises i ordlyden specifikt til avancer, tab og udbytter, hvoraf sidstnævnte udelukkede kan henføres til udlodninger fra kapitalandele. Avancer og tab opgøres dog også efter aktieavancebeskatningsloven vedrørende eksempelvis tegningsretter til aktier samt konvertible obligationer. Det er derfor uklart, om eksempelvis en avance ved afståelse af en konvertibel obligation omfattes af SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 eller om den skattemæssige værdi af den konvertible obligation i stedet skal indgå i aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, 3. pkt.

Begrebet skal formentlig forstås bredt, således at alle papirer omfattet af aktieavancebeskatningsloven omfattes af *aktier m.v.*, da der må lægges vægt på henvisningen til aktieavancebeskatningsloven, samt at begrebet ikke synes indskrænket til udelukkende at vedrøre kapitalandele. Det må antages, at afkastet fra alle papirer, der omfattes af aktieavancebeskatningsloven, omfattes af SEL § 11B, stk. 5, 4. pkt., mens selve papiret ikke indgår i opgørelsen af aktivmassen.

En negativ nettoopgørelse efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 indgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, da den overskydende negative sum i stedet overføres til modregning i efterfølgende ind-

[616] Jf. ABL § 9. Konvertible obligationer og tegningsretter hertil kan ikke udgøre datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier jf. ABL §§ 4A, stk. 4 og 4B, stk. 3.
[617] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

komstårs opgørelse af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5.[618] Fradragsretten udnyttes fortsat i indkomstopgørelsen, mens den negative nettosum først senere indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Der bidrages derved ikke direkte til en forøgelse af nettofinansieringsudgifter ved SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 i sin helhed.

Slutteligt skal det bemærkes, at sambeskattede selskaber foretager en samlet opgørelse efter SEL § 11,B, stk. 10. Det ændrer dog ikke ved, at der skal foretages en individuel nettoopgørelse efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, ligesom en negativ nettosum fremføres individuelt hos selskabet til modregning hos selskabet det følgende år i SEL § 11B, stk. 4, nr. 5.[619]

4.3.6 SEL § 11B, stk. 4, nr. 6 – CFC-beskatning og skyggegenbeskatning

Indkomst, som henføres til et moderselskab efter CFC-reglerne (SEL § 32) eller som *skyggegenbeskatning,*[620] medgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifter, uanset SEL § 11B, stk. 4, nr. 1-5.[621] Denne indkomst anses ikke som en finansieringsindtægt, der reducerer nettofinansieringsudgifterne.[622] CFC-regulering skal modvirke af udflytning af finansielle indtægter uden tilhørende udgifter, mens reglerne om skyggesambeskatning udgør en overgangsregel i forbindelse med ændringerne af sambeskatningsreglerne. Der skal i forhold til nettofinansieringsudgifterne bortses fra indtægter og udgifter vedrørende SEL § 32 og § 15, stk. 8 og 9, i lov nr. 426 af 6. juni 2005. Effekten af sådanne værnsregulering ville devalueres, såfremt denne modsvaredes af en lavere fradragsbeskæring.

4.4 Renteloftet

Forrige afsnit analyseredes opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, der udgør de faktiske nettofradrag, som potentielt fradragsbeskæres. Disse skal sammenholdes med renteloftet og grundbeløbet ved opgørelsen af en potentiel fradragsbeskæring. Renteloftet opgøres som aktivmassen multipliceret med standardrenten. Grundbeløbet, standardrenten og aktivmassen analyseres i det følgende.

[618] Jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 2. pkt. Bestemmelsen blev indsat ved lov nr. 98 af 10. februar 2009 med virkning fra indkomståret 2008. Aktiegevinster og udbytter skal modregnes i nettofinansieringsudgifterne, og ikke direkte forøge nettofinansieringsudgifterne. Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007 samt bemærkningerne til § 1, nr. 12 i L 23 2008-2009.

[619] Se bemærkningerne til § 1, nr. 12 i L 23 2008-2009.

[620] Se § 15, stk. 8 og 9 i lov nr. 426 af 6. juni 2005 vedrørende ophør af sambeskatning med et udenlandsk datterselskab efter de tidligere sambeskatningsregler i SEL § 31, hvorefter moderselskabets indkomst forhøjes med overskud i det udenlandske datterselskab i efterfølgende indkomstår, så længe der består en genbeskatningssaldo. Samme er gældende i forhold til indførslen af territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2 i forhold til faste og fast ejendom driftssteder i udlandet, hvorefter indkomst allokeret hertil ikke indgår i den skattepligtige indkomst. Underskud i det faste driftssted opstået før skattepligtens ophør kan ikke fremføres og skattesubjektets indkomst forhøjes med overskud i det faste driftssted i efterfølgende indkomstår, så længe der består en genbeskatningssaldo. Disse indkomstforhøjelser indgår ikke i nettofinansieringsudgifterne.

[621] Se også bilag 36 til L 213 2006-2007. FSR ønskede bekræftet at CFC-indkomst indgår i nettofinansieringsudgifterne efter den foreslåede bestemmelse, hvilket blev afkræftet ved ændringsforsalget fremsat ved 2. behandlingen.

[622] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

4.4.1 Grundbeløbet

Det følger af SEL § 11B, stk. 1, 2. pkt., at fradragsbeskæringen maksimalt kan nedsætte de fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter til 21,3 mio. kroner (grundbeløbet).

Grundbeløbet reguleres årligt efter PSL § 20, og afrundes opad til nærmeste beløb deleligt med 100.000 kroner.[623] Reguleringen i PSL § 20 sker ved et årligt beregnet reguleringstal, der består af foregående års reguleringstal tillagt 2 pct. samt en tilpasningsprocent for det pågældende år bekendtgjort af Finansministeren efter lov om en satsreguleringsprocent. Ved reguleringen forhøjes eller nedsættes beløbene med samme procent som den, hvormed årets reguleringstal[624] afviger fra 100, dog således at det regulerede beløb afrundes opad til nærmeste kronebeløb, der kan deles med 100.

Ved Forårspakken 2.0 fra maj 2009 blev reguleringen af beløbsgrænserne efter PSL § 20 suspenderet i 2010, hvorved grænsen fra 2009 videreførtes til 2010. Suspensionen blev ved Genopretningspakken fra juni 2010 forlænget til at omfatte indkomstårene 2011, 2012 og 2013, hvorved den normale regulering af beløbsgrænserne i henhold til PSL § 20 først genoptages fra indkomståret 2014. Senest er reguleringen af grundbeløbet i SEL § 11B, stk. 3, 1. pkt. foreslået afskaffet ved lovforslag L 30 2011-2012, ligesom at grundbeløbet er foreslået omdøbt til "beløbet".[625] Der synes derved udsigt til et fast årligt beløb på kr. 21,3 mio. kroner.

Såfremt selskabet indgår i en sambeskatning, jf. SEL §§ 31 og 31 A, gælder grundbeløbet samlet for de sambeskattede selskaber m.v.

Grundbeløbet korrigeres, såfremt selskabet eller et selskab i sambeskatningen omfattes af tonnageskatteloven. Grundbeløbet nedsættes forholdsmæssigt ud fra den regnskabsmæssige værdi af egne aktiver tilknyttet tonnagebeskatningen i forhold til den regnskabsmæssige værdi af samlede egne aktiver.[626] Eventuel lejet tonnage indgår ikke i opgørelsen, og opgørelsen foretages samlet for sambeskattede selskaber, dvs. sambeskatningskredsens aktiver. Der bortses fra aktier i sambeskattede selskaber samt gæld og fordringer mellem de sambeskattede selskaber i den samlede opgørelse i forhold til opgørelsen af grundbeløbet.[627]

Korrektionen skal ses i sammenhæng med den tidligere TSL § 12, hvorefter der ikke var fradrag for nettofinansudgifter.[628] Efter den tidligere regel i TSL § 12 fordeltes nettofinansudgifterne forholdsmæssigt efter den regnskabsmæssige værdi af egne aktiver tilknyttet tonnagebeskattet rederivirksomhed og den regnskabsmæssige værdi af øvrige egne aktiver. Den del af nettofinansudgifterne, der fordeltes til den tonnagebeskattede rederivirksomhed, var ikke fradragsberettigede. Såfremt

[623] Jf. SEL § 11B, stk. 3, 1. pkt.
[624] Reguleringstallet udgør 100,0 for indkomstårene 2009-2013 jf. PSL § 20, stk. 3.
[625] Se § 2, nr. 1 og 2 i L 30 2011-2012.
[626] Jf. SEL § 11B, stk. 3, 2 pkt. Se mere om fordelingen af aktiver ved tonnagebeskattede aktiviteter i afsnit 4.4.3.9 samt SKM2011.119.LSR og SKM2011.336.SKAT.
[627] Jf. SEL § 11, stk. 8, 3. pkt.
[628] Begrebet indeholder renter samt kursgevinster og kurstab omfattet af kursgevinstloven, dog ikke valutakursgevinster og valutatab jf. TSL § 9.

selskabet derved udelukkende drev tonnagebeskattet rederivirksomhed, havde selskabet ikke fradrag for nettofinansudgifter.

Den følger af den nuværende TSL § 12, stk. 1,[629] at:

"Nettofinansudgifter efter eventuel fradragsbeskæring i selskabsskattelovens § 11 B og nettofinansindtægter beskattes efter skattelovgivningens almindelige regler."

For at videreføre det tidligere udgangspunkt nødvendiggjordes en justering af både grundbeløbet og renteloftet.[630] Grundbeløbet reduceres eller elimineres derved ved tonnagebeskattede selskaber, således at der ikke opnås fordele for tonnagebeskattede selskaber. Den regnskabsmæssige værdi var fordelingsnøglen i den tidligere TSL § 12, og derfor benyttes den regnskabsmæssige værdi også i SEL § 11B, stk. 3. Den tidligere fordeling efter regnskabsværdien af egne tonnagebeskattede aktiver i forhold til øvrige egne aktier er forladt til fordel for egne tonnagebeskattede aktiver i forhold til egne samlede aktiver. Grundbeløbet reduceres mindre end den tidligere fordeling af nettofinansudgifterne i den tidligere TSL § 12.

Det skal slutteligt bemærkes, at grundbeløbet justeres, såfremt indkomståret ikke udgør 12 måneder.[631] Grundbeløbet reduceres i forhold til, hvor stor en del beskatningsperioden udgør af et kalenderår.[632] Det gælder ligeledes, såfremt delperioden udgør mere end 12 måneder, hvorved grundbeløbet tilsvarende forøges.[633]

4.4.2 Standardrenten

Renteloftet beregnes som den skattemæssige værdi af aktivmassen multipliceret med standardrenten. Standardrenten fra indkomståret 2007-2012 er anført i det følgende:

- Indkomståret 2007: 6,5 pct.
- Indkomståret 2008: 7 pct.
- Indkomståret 2009: 6,5 pct.
- Indkomståret 2010: 5 pct.
- Indkomståret 2011: 4,5 pct.
- Indkomståret 2012: 4 pct.

Standardrenten følger af SEL § 11B, stk. 2 og baseres på en gennemsnitsrente tillagt 2,5 procentpoint. Gennemsnitsrenten udgør et simpelt gennemsnit opgjort med to decimaler af den af Københavns Fondsbørs A/S[634] dagligt udregnede effektive obligationsrente for de seneste 20 børsdage forud for

[629] TSL § 12 blev indsat ved § 11, nr. 1 i lov nr. 540 af 6. juni 2007. SEL § 11B og § 11C indførtes ved samme lov.
[630] Det blev vedtaget, at tonnagebeskattede aktiver ikke indgår i aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, således at tankegangen fra den tidligere TSL § 12 bibeholdtes.
[631] Se bilag 15 og 26 til L 213 2006-2007.
[632] Jf. SEL § 11B, stk. 7, 2. pkt. Aktivmassen justeres tilsvarende jf. SEL § 11B, stk. 7, 1. pkt. For indkomståret 2007 justeres grundbeløbet i forhold til, hvor stor en del perioden fra 1. juli 2007 til udløbet af indkomståret 2007 udgør af et kalenderår.
[633] Se bemærkningerne til § 1, nr. 16. i L 23 2008-2009.
[634] Selskabet drives som NASDAQ OMX COPENHAGEN A/S.

den 15. december i det foregående kalenderår, dog nedrundet til nærmeste hele eller halve point. Den effektive obligationsrente opgøres med to decimaler for fastforrentede kroneobligationer i åbne serier, der optages til handel på Københavns Fondsbørs A/S, bortset fra konvertible obligationer noteret over kurs pari samt indeksregulerede obligationer.

Standardrenten beregnes således i 3 trin:

1. Opgørelse af den effektive obligationsrente med 2 decimaler for hver af de seneste 20 børsdage forud for den 15. december
2. Opgørelse af gennemsnitsrente med 2 decimaler ud fra de opgjorte effektive obligationsrenter
3. Opgørelse af standardrenten ved tillæg af 2,5 procentpoint til gennemsnitsrenten (nedrundet)

Selve standardrenten for indkomståret er bagud i forhold til den faktiske renteudvikling, da standardrenten beregnes på baggrund af forrige kalenderår. Det betyder, at i en situation med faldende renter, vil selskabernes finansieringsudgifter være relativt lavere, end hvad standardrenten udtrykker i samme år, hvorved renteloftet for selskaber omfattet af SEL § 11B vil være højere end det finansieringsbehov, som aktiverne reelt tilsiger. Siden 2007, hvor SEL § 11B indførtes, er renteniveauet primært faldet, ligesom standardrenten derved løbende er reduceret. Anvendelsen af en bagudrettet standardrente har derved endnu ikke haft den fulde negative indvirkning på opgørelsen af renteloftet. Omvendt skal det anføres, at selskaber omfattet af SEL § 11B i en situation med stigende renter vil opleve, at renteloftet kan være lavere end det finansieringsbehov, som aktiverne reelt tilsiger.[635] Henset til det lave nuværende renteniveau synes en sådan situation ikke usandsynligt indenfor en ikke-fjern fremtid.

4.4.3 Aktivmassen

Aktivmassen er det centrale element i opgørelsen af selskabets renteloft. Formålet med SEL § 11B er overordnet at sikre, at finansieringen følger driftsaktiviteterne. Der skal overordnet sondres mellem finansielle aktiver og driftsaktiver, hvor kun sidstnævnte indgår i aktivmassen. Afkastet fra finansielle aktiver indgår i stedet i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Det er illustreret i følgende figur:

[635] Tillægget på 2,5 pct. kan dog anses som en *buffer*. Valget af 2,5 procentpoint er ikke begrundet.

Overordnet følger det af SEL § 11B, stk. 5, at følgende aktiver indgår i aktivmassen:

- Afskrivningsberettigede aktiver
- Ikke-afskrivningsberettigede aktiver
- Igangværende arbejder for fremmedregning
- Igangværende arbejder, næringsaktiver, varelagre og fordringer erhvervet ved salg af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varedebitorer m.v.) fratrukket værdien af varekreditorer m.v.
- Terminskontrakter m.v., som nævnt i SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5 og 7. pkt.[636]
- Fremførselsberettigede underskud efter LL § 15
- Finansielt leasede aktiver medregnes hos leasingtager

Følgende aktiver indgår ikke i aktivmassen:

- Aktier m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven[637]
- Fordringer og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven samt præmieobligationer
- Likvider m.v.
- Aktiver omfattet af tonnageskatteloven
- Løbende ydelser omfattet af LL § 12B

Aktivmassen opgøres ved indkomstårets udløb.[638] Et salg af størstedelen af selskabets aktiver umiddelbart før indkomståret udløb, hvor aktiverne *konverteres* til likvider m.v. vil have stor betydning for renteloftet, og kan medføre en fradragsbeskæring, uanset om de solgte aktiver var afskrivningsberettiget eller ej.

Ikke-afskrivningsberettigede aktiver indgår til anskaffelsessummen tillagt eventuelle udgifter til forbedringer.[639] Afskrivningsberettigede aktiver indgår til den nedskrevne værdi efter indkomstårets afskrivninger.[640] Det begrundes med, at:

"Dette skyldes princippet om, at skattemæssigt er der kun behov for at finansiere udgifter, der (endnu) ikke er trukket fra med nedsættelsen af skatten til følge. Den indkomst, der opnås fradrag i som følge af afskrivningen, burde jo bruges til at afdrage gælden med eller til reinvestering i driftsmidler. Sker dette ikke, kan man sige, at gælden ikke længere vedrører driften."[641]

[636] Bemærk at der i ordlyden af SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt. fejlagtigt henvises til 6. og 7. pkt.
[637] Afkast fra aktier anføres i bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007 til ofte at være skattefrit, hvorfor disse ikke indgår i aktivmassen. Herfra undtages dog næringsaktier og aktier omfattet af SEL § 11B, stk. 6.
[638] Det skal bemærkes, at efter SEL § 11B, stk. 6 indgår anskaffelsessummen for aktier på pro rata basis, således at det ikke er værdien ultimo indkomståret, som er afgørende, eller om selskabet fortsat ejer aktierne.
[639] At aktiver, der ikke er afskrivningsberettigede tillægges udgifter til forbedringer skete bl.a. på grund af henvendelse fra AdvokatRådet. Se *Advokatrådet* (2007, 22. februar).
[640] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 2. pkt.
[641] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

Det er således aktivets værdi ultimo indkomståret, der danner grundlag for beregningen af renteloftet og ikke eksempelvis en gennemsnitsberegning eller finansieringsbehovet primo indkomståret. De enkelte aktivposter analyseres i de følgende afsnit.

4.4.3.1 Igangværende arbejde for fremmedregning

Det følger af SEL § 11B, stk. 5, 5. pkt., at nettoværdien af igangværende arbejde for fremmedregning medregnes til aktivmassen. Det begrundes med, at igangværende arbejde for fremmedregning følger retserhvervelsesprincippet, og der skabes et finansieringsbehov, hvor acontoindtægterne ikke matcher udgifterne. Denne difference indgår i aktivopgørelsen, dvs. nettoværdien, og medregning i aktivmassen sker kun ved et nettotilgodehavende.

4.4.3.2 Igangværende arbejder, næringsaktiver, varelagre samt varedebitorer m.v. og varekreditorer m.v.

Det følger af SEL § 11, stk. 5, 6.-8. pkt., at værdien af igangværende arbejder, næringsaktiver, varelagre og fordringer erhvervet ved salg af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varedebitorer m.v.) indgår i opgørelsen af aktivmassen med den værdi der overstiger værdien af gæld opstået ved køb af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varekreditorer m.v.).[642] Der indgår heri i øvrigt kun lagerbeskattede næringsaktier.[643] Der foretages en nettoopgørelse, således at varekreditorer m.v. fratrækkes værdien af disse aktiver, og kun en samlet positiv nettoværdi medgår i opgørelsen af aktivmassen. Der anvendes fortsat skattemæssige værdier.

Det blev ved lov nr. 98 af 10. februar 2009[644] tilføjet, at næringsaktiver indgår i opgørelsen efter SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt. Lovgiver indikerer i lovbemærkningerne, at tilføjelsen af næringsaktiver udgør en præcisering,[645] dvs. at begrebet varelagre allerede indeholdte næringsaktiver. Henset til at der ved opgørelsen af varedebitorer m.v. og varekreditorer henvises til *varer og andre næringsaktiver*, kan det ikke udelukkes, at varelagre tilsvarende implicit indeholdte varer og andre næringsaktiver. En sådan fortolkning medfører reelt, at der ikke består et behov for selvstændig hjemmel vedrørende næringsaktiver, og samtidigt at næringsaktiver allerede indgik i opgørelsen af aktivmassen ved lov nr. 540 af 6. juni 2007, herunder næringsaktier. Det synes dog ikke at være tilfældet, herunder henset til at næringsfordringer for pengeinstitutter m.fl. indgik eksempelvis ikke i opgørelsen af aktivmassen efter lov nr. 540 af 6. juni 2007.[646] Det kan anføres, at definitionen af varelagre er uomtalt i lovbemærkningerne, og det synes nærliggende at anvende varelagerloven, som den skatteretlige definition, som også lå til grund for varebegrebet i forhold til varedebitorer og varekreditorer i SEL § 11B, stk. 4.

[642] Den nuværende formulering blev indsat ved § 1, nr. 14 i lov nr. 98 af 10. februar 2009 med virkning fra og med indkomståret 2008. Selskaber kan vælge at bestemmelsen skal have virkning fra 1. juli 2007 jf. § 10, stk. 5 i lov nr. 98 af 10. februar 2009.
[643] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 7. pkt. Det skal bemærkes, at medregningen af næringsaktier medfører at de underlæggende værdier reelt medregnes på både aktie- og aktivitetsniveau.
[644] Ændringen indførtes med virkning fra og med indkomståret 2008, dog med mulighed for valg af virkning allerede fra og med den 1. juli 2007 jf. § 10, stk. 5 i lov nr. 98 af 10. februar 2009.
[645] Se bemærkningerne til § 1, nr. 13 i L 23 2008-2009.
[646] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

Varelagre må formentlig fortolkes i overensstemmelse SEL § 11B, stk. 4 og derved varelagerloven. Næringsaktiver kan ikke forud for lov nr. 98 af 10. februar 2009 anses for omfattet af SEL § 11, stk. 5, 6. pkt. Dog må fast ejendom omfattes heraf som følge af den positive tilkendegivelse i bilag 32 til L 213 2006-2007.

Det følger uden tvivl af den nuværende regulering, at varelagre og næringsaktiver medgår i den særlige nettoopgørelse i SEL § 11, stk. 5, 6. pkt. Varebegrebet må nu fortolkes bredere end VSL § 22a, stk. 7 og varelagerloven, og derved omfatte fordringer og gæld vedrørende andre næringsaktiver.[647]

Momsbeløb medregnes ved opgørelsen af varedebitorer og varekreditorer,[648] mens lønrelaterede gældsposter, så som skyldig A-skat og feriepenge, ikke anses som gæld opstået ved køb af varer eller tjenesteydelser.[649] Medregningen skal ses i samspil med opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne i SEL § 11B, stk. 4, nr. 1, 2. pkt., SEL § 11B, stk. 4, nr. 2, 2. pkt. og SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 2. pkt., hvorefter renteindtægter/kursgevinster og renteudgifter/kurstab vedrørende varedebitorer og varekreditorer ikke indgår samt provisioner m.v. vedrørende varegæld m.v. og varefordringer m.v.

Opgørelsen udgør den positive skattemæssige nettoværdi af:

- Igangværende arbejder (ikke for fremmed regning)
- Næringsaktiver inkl. lagerbeskattede næringsaktier
- Varelagre
- Fordringer erhvervet ved salg af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varedebitorer m.v.)
- Gæld opstået ved køb af varer og andre næringsaktiver og tjenesteydelser (varekreditorer m.v.)

Det skal bemærkes, at sambeskattede selskaber skal foretage en samlet opgørelse af aktivmassen jf. SEL § 11B, stk. 8, 1. pkt., men der må forud herfor foretages en individuel nettoopgørelse efter SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt.,[650] hvorved der fortsat må forudsættes en positiv individuel nettoværdi for medregning i den samlede opgørelse.

4.4.3.3 Terminskontrakter m.v.

Det følger af SEL § 11B, stk. 5, 8 pkt., at anskaffelsessummen[651] på terminskontrakter m.v., som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5 og 7. pkt. medregnes i opgørelsen af aktivmassen.[652]

[647] Se også afsnit 4.3.1. Det skal bemærkes, at eksempelvis varegæld kan skifte karakter til et egentligt pengelån, hvorved disse ikke længere indgår i nettoopgørelsen efter SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt.
[648] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[649] Se bilag 1 til L 23 2008-2009.
[650] Nettofinansieringsudgifterne opgøres ligeledes samlet jf. SEL § 11B, stk. 8. Se mere herom i afsnit 4.7.
[651] Anskaffelsessummen må ikke forveksles med en værdiansættelse ved indkomstårets udløb ved lagerbeskatning, da der fortsat skal henses til den oprindelige anskaffelsessum.
[652] SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt. indsattes ved § 1, nr. 14 i lov nr. 98 af 10. februar 2009. Bestemmelsen har virkning fra og med indkomståret 2008, men selskaber kan dog vælge at bestemmelsen skal have virkning allerede fra 1.

Gevinst og tab på terminskontrakter m.v., som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, indgår som udgangspunkt ikke i nettofinansieringsudgifterne,[653] medmindre den skattepligtige udøver næring ved køb og salg af fordringer og finansielle kontrakter eller den skattepligtige driver næringsvirksomhed ved finansiering, eller såfremt medkontrahenten er koncernforbundet efter SEL § 31C.[654] Det følger af lovbemærkningerne, at finansielle kontrakter (terminskontrakter m.v.), som er undtaget fra nettofinansieringsudgifterne, skal indgå i opgørelsen af aktivmassen, da de tjener til sikring af driften.[655] I førnævnte tilfælde omfattet af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt. medgår anskaffelsessummen på terminskontrakten i opgørelsen af aktivmassen, mens det ikke er tilfældet såfremt betingelserne i SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt. er opfyldt. Der består derved en symmetrisk behandling i forhold til nettofinansieringsudgifterne og aktivmassen.[656]

Forud for lov nr. 98 af 10. februar 2009 indgik anskaffelsessummen på terminskontrakter m.v. ikke i opgørelsen af aktivmassen.[657] Gevinst og tab på terminskontrakter m.v., som tjente til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, indgik som udgangspunkt ej heller i nettofinansieringsudgifterne, uanset om omfattet af kursgevinstloven, hvilket fortsat er gældende.

Skatteministeriet har fremført at:

"Værdien af finansielle kontrakter (terminskontrakter m.v.), som er undtaget fra nettofinansieringsudgifterne efter § 11 B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt., idet de tjener til sikring af driften, burde indgå i opgørelsen af aktivmassen i stk. 5. Der må siges at være tale om driftsaktiver. Det bemærkes, at værdien i givet fald kan være såvel positiv som negativ."[658]

Udtalelsen vedrører retstilstanden før lov nr. 98 af 10. februar 2009. Skatteyderen kan vælge, at SEL § 11B, stk. 5, 8. pkt. skal have virkning fra 1. juli 2007, således at terminskontrakter m.v. indgår i aktivmassen per 1. juli 2007.[659]

Det skal slutteligt bemærkes, at terminskontrakter m.v., som ikke omfattes af kursgevinstloven, fortsat indgår i opgørelsen af aktivmassen efter de øvrige bestemmelser, eventuelt i samspil med det underliggende aktiv, eksempelvis valutakursterminskontrakter omfattet af KGL § 30, stk. 1, nr. 7.[660]

juli 2007 jf. § 10, stk. 5 i lov nr. 98 af 10. februar 2009. Bemærk at der fejlagtigt henvises til 6. og 7. pkt. i bestemmelsens nuværende ordlyd, hvorved bestemmelsen fejlagtigt ikke konsekvensændredes ved tilføjelsen af 6. pkt. ved lov nr. 254 af 30. marts 2011.

[653] Jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 5. pkt.

[654] Jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt.

[655] Se bemærkningerne til § 1, nr. 13 i L 23 2008-2009.

[656] Der er derimod ikke heri hjemmel til medregning af finansielle kontrakter omfattet af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt.

[657] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 3. pkt.

[658] Se SKM2008.240.DEP.

[659] Jf. § 10, stk. 5 i lov nr. 98 af 10. februar 2009. Valget medfører at de nyindsatte 6.-8.pkt i stedet anvendelse fra 1. juli 2007 frem for den oprindelige formulering af 6. pkt. Der skete en udvidelse af aktivmassen herved.

[660] Se hertil også *Andersen* (2010), p. 58.

4.4.3.4 Finansiel leasing

Finansielt leasede aktiver indgår i opgørelsen af aktivmassen hos leasingtager og ikke hos leasinggiver.[661] Modsætningsvis følger det, at ved operationel leasing indgår aktivet i aktivmassen hos leasinggiver, da kun finansiel leasing omfattes af SEL § 11B, stk. 5, 11.-13 pkt.

Der henvises til den internationale regnskabsstandard (IAS 17) ved definitionen af finansiel leasing. Det følger af lovbemærkningerne, at IAS 17 er den præcise definition på finansiel leasing.[662] Kvalificeringen sker i overensstemmelse med IAS 17, dog således at aktivet forsat i skatteretlig henseende skal udgøre et aktiv.

Eksplicit nævnes følgende karakteristika i lovbemærkningerne:

- Ejendomsretten overføres til leasingtager ved udløbet af kontrakten
- Leasingtager har en køberet, som ved indgåelse af kontrakten forventes at være så fordelagtig, at det synes rimeligt sikkert, at den vil blive anvendt
- Nutidsværdien af minimumsleasingydelserne ved aftalens indgåelse er større end eller i det væsentlige lig med dagsværdien af det leasede aktiv
- Leasingkontrakten løber over størstedelen af aktivets økonomiske levetid
- Leasingkontrakten omhandler et specielt aktiv, som kun leasingtager kan udnytte, medmindre der foretages væsentlige ændringer af aktivet

Følgende forhold kan ligeledes indikere finansiel leasing:

- Hvis leasingtager kan ophæve kontrakten, men i den forbindelse skal bære det tab, der måtte opstå herved for leasinggiver
- Hvis tab og gevinster fra værdiændringer i restværdien af aktivet tilfalder leasingtager
- Hvis leasingtager har mulighed for at forlænge leasingperioden til en leje væsentlig under markedslejen[663]

Efter IAS 17 foretages klassifikationen på tidspunktet for indgåelse af leasingkontrakten. Det må ligeledes gælde i forhold til SEL § 11B, hvilket naturligvis ikke hindrer en omklassifikation ved ændring af kontrakten.

Finansielt leasede aktiver indgår i leasingtagers opgørelse til den regnskabsmæssige værdi.[664] Såfremt leasingtager og leasinggiver sambeskattes, jf. SEL § 31 eller SEL § 31A, anvendes den skattemæssige værdi.[665] Det hindres da, at leasinggiver kan afskrive uden betydning for størrelsen af renteloftet.

[661] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 11. og 12. pkt. Leasingaktiver må eventuelt udskilles fra leasinggiver driftsmiddelsaldo, hvis aktivet er tilgået denne.
[662] Der er i høj grad overensstemmelse mellem de fremførte elementer i lovbemærkningerne og IAS 17, i forhold til elementer der indgår i klassificeringen af en leasingkontrakt. IAS 17, nr. 10 og nr. 11 er næsten direkte indsat i bemærkninger i L 213 2006-2007, og må anses som en mindre omskrivning uden indholdsmæssig betydning.
[663] Se bemærkningerne til SEL § 11B, stk. 4 i L 213 2006-2007.
[664] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 11. pkt.

Såfremt leasingaktivet ikke er indregnet i balancen som følge af ÅRL § 33, kan leasingtager vælge at medregne den værdi, der kunne være indregnet i balancen, ved opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11, stk. 5.[666]

4.4.3.5 Skattemæssige underskud

Fremførselsberettigede underskud efter LL § 15 indgår i opgørelsen af selskabets aktivmasse.[667] Det følger af SEL § 11B, stk. 5, 10 pkt., at der i opgørelsen af aktivmassen medregnes de underskud, der ville være fremførselsberettigede ultimo indkomståret uden indkomstårets fradragsbeskæring efter SEL § 11B, stk. 1 og SEL § 11C.

Derved undgås en iterativ opgørelse, således at der ved opgørelsen af de fremførselsberettigede underskud i forhold til SEL § 11B bortset fra eventuelle fradragsbeskæringer efter SEL § 11B og SEL § 11C. Ved opgørelsen af det relevante fremførselsberettigede underskud fradrages årets nettofinansieringsudgifter derved fuldt ud i opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

Følgende eksempler er fremført i L 213 2006-2007:

Eksempel nr. 1

	Selskab A	Selskab B	A+B
Aktiver	100	400	500
Underskudsfremførsel primo	-10	-	-10
Indkomst før nettofinansieringsindkomst	-10	50	40
Nettofinansieringsudgifter	-30	-5	-35

Nettoindkomsten opgøres til 5 (40-35). Derved kan fremførte underskud delvist udnyttes i forhold til renteloftet, således at der består et tilbageværende fremførselsberettiget underskud på 5, hvorved aktivmassen samlet udgør 505.

[665] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 13. pkt.

[666] Se SKM2008.240.DEP. I henhold til ÅRL § 33 kan virksomheder i klasse B undlade at indregne finansielle leasingkontrakter i balancen og i stedet behandle sådanne kontrakter som operationelle leasingkontrakter. Der vil dog kun sjældent være sammenfald med SEL § 11B. Virksomheder omfattet af klasse B er defineret i ÅSL § 7, stk. 2, nr. 1 om omfatter virksomheder, som i to på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider to af følgende størrelser:

a) En balancesum på 36 mio. kr.
b) En nettoomsætning på 72 mio. kr.
c) Et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret på 50

[667] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 9. pkt. Det blev præciseret ved ændringsforslagets § 1, nr. 7. Se bilag 24 til L 213 2006-2007.

Eksempel nr. 2

	Selskab A	Selskab B	A+B
Aktiver	100	400	500
Underskudsfremførsel primo	-	-	0
Indkomst før nettofinansieringsindkomst	-20	50	30
Nettofinansieringsudgifter	-30	-5	-35

Nettoindkomsten opgøres til -5, hvilket udgør et skattemæssigt underskud, som tillægges aktivmassen. Aktivmassen bliver således 505.

Det skal bemærkes, at ved en samlet opgørelse af aktiverne efter SEL § 11B, stk. 8 indgår egne særunderskud og andre underskud på lige vilkår.[668] Det har ingen betydning, hvilke overførselsmuligheder der eksisterer for udnyttelse af underskuddet, eller om underskuddet rent faktisk ikke kan udnyttes i indkomståret.[669]

Ved gældseftergivelse eller gældsnedskrivning ved enten tvangsakkord eller frivillig akkord, bør samspillet mellem LL § 15 og SEL § 11B iagttages, da indregnede fremførte underskud i aktivmassen udgør underskuddet efter en eventuel nedsættelse. Derved fortabes ikke blot den skattemæssig værdi af det fremførte underskud efter LL § 15, men samtidigt også den skattemæssige værdi heraf i forhold til SEL § 11B.[670]

I det oprindelige udkast til SEL § 11B fulgte det ligeledes, at fremførselsberettigede underskud efter LL § 15 indgik i aktivmassen, dog ikke såfremt underskuddene omfattedes af LL § 15, stk. 7-12. Denne begrænsning indgår ikke i den vedtagne SEL § 11B. LL § 15, stk. 7-12 begrænser fremførselsadgangen af underskud ved ændringer i aktionærkredsen for at modvirke handel med underskudsselskaber. Underskuddene indgår dog utvivlsomt i aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, uanset om underskudsudnyttelsen begrænses i indkomståret.

Det synes i modstrid med formålet med LL § 15, stk. 7-12 om at modvirke handel med underskudsselskaber, da der i visse tilfælde skabes grobund for handel med selskaber med fremførselsberettigede underskud på trods af begrænsningerne i LL § 15, stk. 7-12. En koncerns erhvervelse af et (tomt) selskab indeholdende et fremførselsberettiget underskud vil øge renteloftet gennem aktivmassen, og derved øge det maksimale fradrag for koncernens nettofinansieringsudgifter. Det synes dog omvendt i overensstemmelse med formålet med SEL § 11B, da ændringer i aktionærkredsen ikke ændrer fi-

[668] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[669] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[670] Det skattemæssige værditab kan opgøres som standardrenten multipliceret med underskudsreduktionen i det aktuelle indkomstår samt følgende indkomstår, hvori underskuddet ellers ville have bestået.

nansieringsbehov i selskabet, og derfor ej heller bør påvirkes heraf. Hensynet til selskabets finansieringsbehov synes at have vægtet højere, da lovgiver tydeligvis har været bevidst om LL § 15, stk. 7-12 under det lovforberedende arbejde.

I aktivmassen indgår udelukkende fremførselsberettigede underskud efter LL § 15, og ikke andre kildeartsbegrænsede underskud, da disse ikke anses for at vedrøre driften.[671]

4.4.3.6 Faste driftssteder og fast ejendom i udlandet

FSR forespurgte under det lovforberedende arbejde, om aktiver i udenlandske filialer og fast ejendom i udlandet skulle medregnes i aktivmassen som ikke-afskrivningsberettigede aktiver. Skatteministeren svarede herpå, at aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet og fast ejendom i udlandet kun medregnes i aktivopgørelsen, såfremt der er valgt international sambeskatning.[672] Det anførtes samtidigt, 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."[673]

Det fremgår dog ikke direkte af ordlyden, at disse aktiver ikke indgår i aktivmassen, medmindre at der er valgt international sambeskatning, og forespørgslen fra FSR var særdeles relevant.

Skatteministerens udsagn skal ses i sammenhæng med SEL § 8, stk. 2, 1. pkt., hvorefter indtægter og udgifter fra et fast driftssted og fast ejendom beliggende i udlandet ikke medregnes til den skattepligtige indkomst. Det skal dog bemærkes, at SEL § 8, stk. 2 udelukkende vedrører indtægter og udgifter, og ikke aktiver og passiver. Derved kan en retstilstand, som Skatteministeren argumenterer for ikke støttes på SEL § 8, stk. 2. Ydermere skal det bemærkes, at indtægter og udgifter alligevel medgår i den danske indkomstopgørelse, hvor kildelandet har frafaldet beskatningsretten efter den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst eller anden international aftale.[674] Det gælder således ikke undtagelsesfrit, at en finansiering af disse aktiver ikke vedrører skabelsen af skattepligtig indkomst til Danmark.

Skatteministeriets anlagte fortolkning følger udelukkende af bilag 26 til L 213 2006-2007. Det er dog grundlæggende tvivlsomt, hvor i ordlyden af SEL § 11B Skatteministeren finder hjemmel til en sådan fortolkning. SEL § 8, stk. 2 vedrører udelukkende indtægter og udgifter, hvorved aktiver og passiver fortsat stadig tilhører skattesubjektet i Danmark. Dog følger det af SEL § 8, stk. 4, at overførsel af aktiver og passiver, som efter overførslen ikke længere er omfattet af dansk beskatning, internt i

[671] Se bilag 32 til L 213 2006-2007.
[672] Se bilag 15 og 26 til L 213 2006-2007.
[673] Se bilag 19 til L 213 2006-2007
[674] 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.

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. Skatteministeriets fortolkning støtter sig potentielt på sammenhængen mellem SEL § 8, stk. 4 og SEL § 11B, stk. 5. En sådan fortolkning er dog ikke åbenbar, og grundlaget for ikke at medregne disse aktiver synes spinkelt.

Ydermere indeholder den anlagte fortolkning af Skatteministeren en hindring for etableringsfriheden i art. 49 TEUF, hvilket analyseres nærmere i kapitel 6, afsnit 6.2.3.2. Der 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. Af denne grund kan en medregning i aktivmassen af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre EU-medlemsstater formentlig ikke nægtes. Det er, som nævnt, tvivlsomt om medregning af aktiver allokeret til faste driftssteder samt fast ejendom i udlandet overhovedet kan nægtes indregnet i opgørelsen af aktivmassen, som hævdet af Skatteministeren. Ordlyden af SEL § 11B, stk. 5 synes ikke at støtte en sådan fortolkning.

4.4.3.7 Immaterielle aktiver

Immaterielle aktiver, såsom patenter, designrettigheder, goodwill og knowhow, behandles ikke særskilt i forhold til SEL § 11B, stk. 5. Immaterielle aktiver omfattes af hovedreglen og indgår til anskaffelsessummen, fratrukket eventuelle afskrivninger. Immaterielle aktiver er enten oparbejdet eller erhvervet. [675]

Oparbejde immaterielle aktiver indgår reelt ikke i opgørelsen af aktivmassen, da aktivet ikke er afskrivningsberettiget og anskaffelsessummen er 0. Der er derimod ved oparbejdelsen af immaterielle aktiver fradrag for omkostningerne forbundet hermed jf. SL § 6, litra a, såfremt oparbejdelse falder inden for selskabets erhverv. I andre tilfælde kan udgifter, som afholdes til forsøgs- og forskningsvirksomhed i tilknytning til selskabets erhverv afskrives over 5 år efter LL § 8B, selvom udgiften vedrører indkomstgrundlaget og ikke den løbende drift, og derved aktiveres. Skatteministeriet har bekræftet, at forsøgs- og forskningsudgifter, jf. LL § 8B, udgør et afskrivningsberettiget aktiv efter SEL § 11B, stk. 5, i det omfang udgifterne ikke er fradraget eller afskrevet.[676]

Erhvervede immaterielle aktiver indgår i aktivmassen til den skattemæssige (nedskrevne) værdi. Immaterielle aktiver afskrives efter AFSL § 40, stk. 1-5, og kan afskrives lineært indtil 1/7 del hvert år fra aftaleåret. Ved erhvervelse af immaterielle aktiver, hvor rettigheden er beskyttet efter anden lovgivning, og hvor beskyttelsesperioden på aftaletidspunktet er mindre end 7 år, vil anskaffelsessummen kunne afskrives med lige store årlige beløb over beskyttelsesperioden. Hertil kommer desuden muligheden for straksafskrivning efter AFSL § 41 ved erhvervelsen af knowhow og patentrettigheder m.v. i tilknytning til den skattepligtiges erhverv.

[675] Se mere herom i *Karnøe et al.* (2008), p. 368 ff.
[676] Se SKM2008.240.DEP.

Det blev fremført af DVCA,[677] at selskaber med materielle driftsaktiver opnår et højere renteloft end selskaber med færre driftsaktiver. Det formuleres således, at en maskinfabrik med eksempelvis mange maskiner og bygninger bliver bedre stillet i forhold til SEL § 11B end en medicinal- eller biotekvirksomhed uden disse aktiver. Det er korrekt, at selskaber med flere materielle driftsaktiver vil opnå et større renteloft, da aktivmassen opgjort efter SEL § 11B, stk. 5 er større. Det er bevidst og begrundes med, at oparbejdelsen udløser løbende fradrag, hvilket i lovgivers optik nedbringer finansieringsbehovet, da den indkomst, der opnås fradrag i, burde benyttes til at afdrage på gælden.[678] Den skattemæssige værdi af de immaterielle aktiver vil i mange tilfælde ikke indgå i aktivmassen, da finansieringsbehovet simpelthen ikke anses for at være til stede. Derfor vil renteloftet for vidensvirksomheder være lavere.

I henhold til LL § 27A, kan selskaber vælge at lade vederlaget ved salg af visse immaterielle rettigheder[679] beskatte i takt med, at salgssummen betales og ikke på retserhvervelsestidspunktet, hvorved beskatningstidspunktet udskydes. Det gælder ikke ved koncerninterne overdragelser,[680] som følge af at der ikke bør lægges vægt på likviditetsmæssige hensyn m.v. i koncernforhold. Tidligere kunne LL § 27A anvendes til at oppuste den skattemæssige værdi af aktiverne i koncerner. Det skete ved, at det erhvervende koncernselskab indregnede den fulde anskaffelsessum (step-up værdien) på den overdragne aktiv i aktivmassen, mens det overdragende koncernselskab løbende beskattedes af betalingssummen, hvilket dog modsvaredes af det erhvervende koncernselskabs afskrivningerne på aktivet i, hvorved der samlet var opnået en step-up værdi uden en samlet beskatning af koncernen.

Ved koncerninterne overdragelser efter LL § 27A foretaget før 8. oktober 2008 medgår de overdragne immaterielle aktiver i opgørelsen af aktivmassen hos det erhvervende selskab til dennes skattemæssige anskaffelsessum til og med indkomståret 2009. Fra indkomståret 2009 og fremefter indgår aktivet til det overdragende selskabs skattemæssige anskaffelsessum i forhold til SEL § 11B, stk. 5, indtil det fulde vederlag er betalt.[681] Herefter medregnes aktivet til det erhvervende selskabs anskaffelsessum på ny.[682]

4.4.3.8 Løbende ydelser

Ved løbende ydelser hersker usikkerhed om enten ydelsens varighed eller ydelsens årlige størrelse, og ydelsen løber ud over aftaleåret.[683] Løbende ydelser anvendes, eksempelvis ved aktie- eller aktiv-

[677] Se *DVCA* (2007, 26. februar).
[678] Se bilag 1 i L 213 2006-2007.
[679] Heri inkluderes patentrettigheder, ophavsrettigheder til litterære og kunstneriske værker, rettigheder til mønstre eller varemærker og lignende tidsbegrænsede rettigheder samt særlige fremstillingsmetoder og lignende (knowhow), som skattesubjektet selv er ophavsmand til eller har erhvervet rettighed til, som led i næringsvej eller i spekulationsøjemed.
[680] Det gælder kun for koncerninterne overdragelser foretaget den 8. oktober 2008 eller senere jf. § 10, stk. 15 i lov nr. 98 af 10. februar 2009. Definitionen af koncernforbundne parter følger SEL § 31C, og er uafhængig af om selskaberne sambeskattes eller ej.
[681] Jf. § 10, stk. 14 i lov nr. 98 af 10. februar 2009.
[682] Se også *Andersen* (2010), p. 59 og samme i UfS 2009, 1345.
[683] Jf. LL § 12B, stk. 1, 2. pkt. LL § 12B betinger at mindst én af parterne på aftaletidspunktet omfattes af KSL § 1, KSL § 2, stk. 1, nr. 4, SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a. Såfremt modparten senere omfattes af førnævnte bestemmelser omfattes denne ligeledes af LL § 12B, jf. LL § 12B, stk. 10.

overdragelser, som et alternativ til kontant betaling eller et gældsbrev, således at hele eller dele af overdragelsessummen afhænger af den efterfølgende udvikling. De løbende ydelser kapitaliseres på aftaletidspunktet, og den kapitaliserede værdi lægges til grund ved opgørelsen af afståelsessummen/anskaffelsessummen, hvilket udgør erhververens afskrivningsgrundlag. Ved løbende ydelser føres en saldo hos både yderen og modtageren, som reduceres med den nominelle værdi af betalte ydelser. De nominelle betalinger indgår ikke i nettofinansieringsudgifterne.[684]

Saldoen vedrørende den løbende ydelse efter LL § 12B indgår ikke i aktivopgørelsen[685] og har derved ingen direkte betydning for SEL § 11B. Begrundelsen herfor er formentlig, at saldoen ikke udgør et skattemæssigt aktiv, men en saldo. Den kapitaliserede værdi, der udgør saldoens startværdi, indgår dog i yderens anskaffelsessum for aktivet og derved afskrivningsgrundlaget, som udgør grundlaget for aktivmassen.

Der kan opstå en situation, hvor erhververen (yderen) har betalt mindre for aktivet, end hvad anskaffelsessummen tilsiger. De betalte løbende ydelser er mindre end den kapitaliserede værdi, hvorved der består en positiv saldo. Det gælder, at hvor en positiv saldo ophører,[686] og saldobeløbet vedrører et aktiv, som yderen ikke har afstået, og hvor yderen hverken kan afskrive eller fradrage anskaffelsessummen, men denne i stedet kan indgå i en avanceopgørelse, så nedsættes yderens anskaffelsessum med saldobeløbet, ved saldoens ophør.[687] Det følger af lovbemærkningerne, at der ikke skal ske genoptagelse eller beskatning her og nu, men alene en korrektion af anskaffelsessummen.[688] Det forudsættes heri, at anskaffelsessummen først bliver relevant ved en senere afståelse, hvilket ikke længere er tilfældet, da anskaffelsessummen i visse tilfælde indgår i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5 eller 6.

Det er ikke klarlagt i hvilket indkomstår korrektionen skal ske, da det i forarbejderne til LL § 12B, stk. 5, 6. pkt. er forudsat, at tidspunktet er irrelevant. Netop af denne grund omfattes afskrivningsberettigede aktiver ikke af undtagelsen i LL § 12B, stk. 5, 6. pkt.[689] Korrektionstidspunktet er dog relevant i forhold til opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B. Henset til, at en genoptagelse er søgt undgået i LL § 12, stk. 5, 6. pkt., må det antages, at anskaffelsessummen formentlig blot korrigeres fra og med indkomståret, hvori den positive saldo ophører og ikke med tilbagevirkende kraft. Det har netop ikke været hensigten med LL § 12, stk. 5, 6. pkt. at foretage en reduktion med tilbagevirkende kraft. Derved reduceres renteloftet fra indkomståret, hvori den positive saldo ophører, såfremt aktivet indgår i aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5 eller 6.

[684] Jf. SEL § 11B, stk. 4 modsætningsvis.
[685] Se bilag 26 til L 213 2006-2007.
[686] Ophør af saldo kan eksempelvis ske pga. at den indgåede aftale er tidsbegrænset eller at der er indtrådt en aftalt ophørsgrund. Se også LV 2011-2 E.I.2.4.3.4.
[687] Jf. LL § 12B, stk. 5, 6. pkt. Alternativet hertil udgør en umiddelbar beskatning ved ophør af saldoen. LL § 12B, stk. 5, 6. pkt. medfører at beskatningen først sker ved afståelsen af aktivet. Det udgør derved en generel likviditetsmæssig fordel, men har konsekvenser i forhold til SEL § 11B.
[688] Se bemærkningerne til § 1, nr. 3 i bilag 5 til L 212 1998-1999.
[689] Se bemærkningerne til § 1, nr. 1 i bilag 5 til L 212 1998-1999.

4.4.3.9 Tonnagebeskattede aktiver

Aktiver omfattet af tonnagebeskatningen indgår ikke i opgørelsen af aktivmassen.[690] Derved videreføres tankegangen fra tonnageskattelovens tidligere bestemmelser i TSL §§ 12 og 14, hvorefter der ikke var fradrag for nettofinansudgifter ved tonnagebeskattede aktiver. Ved fordelingen af aktiver skal det følge klart, at aktivet er tilknyttet tonnagebeskattet rederivirksomhed, og i modsatte fald anses aktivet for omfattet af selskabets øvrige aktiver. Kapitalandele i tilknyttede virksomheder og associerede virksomheder, der er selvstændige skattesubjekter udgør ikke tonnagebeskattede aktiver, ej heller hvor disse driver tonnagebeskattet virksomhed.[691]

Tonnagebeskattede aktiver reducerer grundbeløbet,[692] ligesom at opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne foretages uden hensyn til tonnageskatteloven, hvorved finansieringsudgifterne til finansieringen af de tonnagebeskattede aktiver fortsat øger nettofinansieringsudgifterne, mens aktiverne ikke indgår i opgørelsen af aktivmassen.

Der er derved fortsat ikke fradrag for nettofinansieringsudgifter vedrørende tonnagebeskattede aktiver, medmindre at disse finansieringsudgifter de facto kan indeholdes i andre aktivers ubenyttede finansieringsbehov eller i finansieringsindtægter.

4.4.3.10 Karensperioden

Aktiver indskudt af udenlandske koncernforbundne enheder medregnes kun i det omfang aktiverne forbliver i selskabet i mindst to år.[693] Derved pålægges selskabet en begrænset dispositionsret vedrørende sådanne aktiver. Karensperioden gælder ikke, såfremt selskaberne indgår i en international sambeskatning efter SEL § 31A.[694]

Der henvises til indskud fra udenlandske koncernforbundne parter efter SEL § 31C. Derved omfattes aktiver indskudt af selskaber, fonde, trusts og foreninger m.v. af SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. Det indbefatter skattesubjekter, som ville være skattepligtige til Danmark efter SEL § 1, såfremt disse var hjemmehørende i Danmark og fonde omfattet af FBL § 1. Afgørende er, at selskabet m.v. udgør et selvstændigt koncernforbundet skattesubjekt efter SEL § 31C, der ikke er hjemmehørende i Danmark.

Det afgørende moment ved fastlæggelsen af en eventuel koncernforbindelse er bestemmende indflydelse efter SEL § 31C.[695] Bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger.[696]

---

[690] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 14. pkt.
[691] Se SKM2011.119.LSR samt SKM2011.336.SKAT.
[692] Se mere herom i afsnit 4.4.1.
[693] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt.
[694] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 16. pkt.
[695] Et selskab kan kun have ét direkte moderselskab jf. SEL § 31C, stk. 1, 2. pkt. Såfremt flere selskaber opfylder et eller flere af kriterierne, er det alene det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over selskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab jf. SEL § 31C, stk. 1, 3. pkt.
[696] Jf. SEL § 31C, stk. 2.

Det følger af SEL § 31C, stk. 3 at:

"Bestemmende indflydelse i forhold til et datterselskab foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem et datterselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse."

Det følger samtidigt af SEL § 31C, stk. 4, at:

"Ejer et moderselskab ikke mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, foreligger der bestemmende indflydelse, såfremt moderselskabet har

1. *råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,*
2. *beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale,*
3. *beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller*
4. *råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet."*

Det må antages, at der henvises til en vurdering af koncernforbindelsen på indskudstidspunktet, som det ligeledes er tilfældet efter SEL § 11, stk. 3, 2. pkt.

Det følger af ordlyden, at toårskravet kun vedrører aktiver, der er *indskudt*. I lovbemærkningerne[697] fremhæves aktiver, der indskydes som apportindskud, og som efterfølgende udloddes til det udenlandske moderselskab. Bestemmelsen skal formentlig ikke fortolkes så snævert, da ordlyden netop henviser til indskudte aktiver fra koncernforbundne enheder og ikke blot egenkapitalindskud fra moderselskabet, men tillige tilskud fra koncernforbundne enheder.[698] Det understøttes tillige af henvisningen i lovbemærkningerne[699] til *"En lignende regel findes i reglerne om tynd kapitalisering"*.[700] Reguleringen er dog ikke identisk.

Karensperioden vedrører kun aktiver, der omfattes af SEL § 11B, stk. 5, og eksempelvis ikke likvide midler m.v. Der henvises til, at konkrete aktiver skal forblive i selskabet eller den danske del af sambeskatningen efter SEL § 31.[701] Aktiver, der forbruges i selskabets drift, anses for at forblive i selskabet. Det gælder tilsvarende i forhold til sambeskatningskredsen. Omvendt omfattes en situation, hvor aktivet som følge af f.eks. en fusion mellem datterselskabet og moderselskabet ikke længere er

[697] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[698] Se mere om begrebet indskud i *Bundgaard* (2006), p. 917 ff.
[699] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[700] Se mere herom i kapitel 3, afsnit 3.7.4.10.
[701] Se bilag 26 til L 213 2006-2007. Efter SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. henvises til indskud af egenkapital og ikke indskud af aktiver. SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. henviser til værdien af indskuddet, mens SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. henviser til de konkrete aktiver, hvorved der består en væsentlig forskel herimellem.

tilknyttet selskabet eller sambeskatningskredsen, hvilket medfører en regulering af aktivmassen med tilbagevirkende kraft. Det gælder uanset, om omstruktureringen er skattefri eller skattepligtig.

Det må erindres, at karensperioden efter SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. er rettet mod det konkrete aktiv, der er indskudt, hvorved der består en naturlig individualisering af selve aktivet. Det er dog ikke altid klart, at aktivet kan adskilles ved generiske aktiver. I så fald må LIFO-princippet anvendes ved vurderingen af hvilket aktiv, der eventuelt har forladt selskabet, som også anvendes ved SEL § 11, stk. 3. 2. pkt.[702]

Det er blevet fremført, at karensperioden er unødvendig, da SEL § 11B, stk. 5 ikke omfatter kontanter m.v., som ofte kan overføres internt i koncernen uden skattemæssige konsekvenser. Der synes ikke at være samme behov som i SEL § 11. Skatteministeren fandt ikke anledning til at tage stilling hertil.[703]

Karensperioden gælder dog ikke i alle tilfælde. Det følger af SEL § 11B, stk. 5, 16. pkt., at aktiverne altid medregnes, såfremt koncernen har valgt international sambeskatning efter SEL § 31A. Det følger af SEL § 31A, at international sambeskatning kun omfatter koncernforbundne udenlandske selskaber og foreninger m.v., i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes indskudte kapital.[704] Derved kan kun udenlandske kapitalselskaber indgå i en international sambeskatning og undtages efter SEL § 11B, stk. 5, 16. pkt., selvom den udenlandske del af koncernen potentielt er større. Ordlyden af SEL § 11B, stk. 5, 16. pkt. henviser blot til et valg af international sambeskatning efter SEL § 31A, mens det i lovbemærkningerne er forudsat, at det indskydende selskab og det modtagende selskab faktisk indgår i sambeskatningen. Det må anses som en præcisering i lovbemærkningerne.[705] Afgørende er herefter, om selskaberne indgår i en international sambeskatning på indskudstidspunktet, hvilket også er det afgørende tidspunkt for koncernvurderingen efter SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt.

Det skal slutteligt bemærkes, at karensperioden udelukkende omfatter aktiver indskudt af *udenlandske* koncernforbundne enheder. Der pålægges således danske selskaber en begrænset dispositionsfrihed ved aktiver indskudt af udenlandske koncernforbundne enheder, som ikke tilsvarende gælder ved indskud fra danske koncernforbundne enheder. Der består derved en forskelsbehandling af det danske modtagende selskab på baggrund af, hvor det koncernforbundne indskydende selskab er hjemmehørende. Det synes uforeneligt med etableringsfriheden i art. 49 TEUF, hvorved bestemmelsen formentlig ikke i sin nuværende form kan opretholdes. Det analyseres nærmere i kapitel 6, afsnit 6.2.3.3.

[702] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007, hvoraf det fremgår at "*En lignende regel findes i reglerne om tynd kapitalisering*".
[703] Se bilag 26 til L 213 2006-2007
[704] Hertil kommer faste driftssteder og faste ejendomme i udlandet, som tilhører sambeskattede danske og udenlandske selskaber og foreninger m.v.
[705] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

4.4.4 Reduktion af aktivmassen og grundbeløbet

Der skal i tilfælde, hvor et selskab ikke beskattes i hele indkomståret, foretages en korrektion af både aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5 og 6 og grundbeløbet. [706] Det sker med henblik på, at opgørelsesperioden for nettofinansieringsudgifterne matcher det opgjorte finansieringsbehov for perioden og grundbeløbet.

Aktivmassen og grundbeløbet korrigeres i forhold til, hvor stor en del beskatningsperioden udgør af et helt kalenderår.[707] Aktivmassen og grundbeløbet forøges forholdsmæssigt, såfremt selskabets indkomstperiode løber over mere end 12 måneder.[708] Det bekræftes af Skatteministeriet,[709] at der ikke skal ske en forholdsmæssig opgørelse af aktiverne, hvor et selskabs indkomstår omlægges som følge af etablering af sambeskatning i medfør af SEL § 10, stk. 5, da der kun består én indkomstperiode i de pågældende indkomstår.

4.5 Aktivmassen og aktier

Aktier indgår som hovedregel ikke i aktivmassen.[710] Det udtrykker et princip om, at finansieringsudgifter bør fradrages på aktivitetsniveau og ikke aktieniveau.[711] SEL § 11B, stk. 6 udgør dog en undtagelse hertil frem til og med indkomståret 2016.[712]

Formålet med SEL § 11B, stk. 6 er i begrænset omfang at gøre det muligt at lånefinansiere opkøb af erhvervsmæssige aktiviteter i udlandet. Det udgør en erkendelse af, at gælden ved investeringer i udenlandske datterselskaber ikke altid fuldt ud kan placeres i det erhvervede selskab i udlandet (aktivitetsniveau), hvorfor finansieringsbehovet delvist anerkendes i Danmark (aktieniveau).[713]

SEL § 11B, stk. 6 er udformet markant anderledes end opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5. Der er indført en saldoordning, hvortil anskaffelsessummer[714] vedrørende direkte ejede aktier i ikke-sambeskattede koncernforbundne selskaber tilgår.[715] Saldoen reduceres bl.a. ved afståelse af aktierne. I indkomståret 2012 tillægges slutteligt aktivmassen 12,5 pct. af saldoen aktivmassen.[716]

Opgørelsen af saldoen sker løbende og medregnes kun forholdsmæssigt for den periode af indkomståret, hvor anskaffelsen påvirker saldoen (pro anno). I bemærkningerne til ændringsforslaget[717] sammenlignes denne med renteberegningen for en almindelig bankkonto, bortset fra at *rentebeløbet* ikke tilskrives saldoen, men altså tillægges aktivmassen.

---

[706] Jf. SEL § 11B, stk. 7. SEL § 11B, stk. 7, 2. pkt. tilføjedes ved lov nr. 98 af 10. februar 2009, således at grundbeløbet justeres tilsvarende fra og med indkomståret 2009.
[707] Jf. SEL § 11B, stk. 7.
[708] Se SKM2008.240.DEP.
[709] Se SKM2008.240.DEP.
[710] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 4. pkt.
[711] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[712] Se mere om afviklingen af saldoen i afsnit 4.5.9.
[713] Se de almindelige bemærkninger i L 23 2008-2009.
[714] Anskaffelsessummen udgør det relevante tilgangsbeløb, uanset om selskabets aktiebeholdning lagerbeskattes eller realisationsbeskattes.
[715] Jf. SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. Koncernforbindelsen vurderes efter SEL § 31C.
[716] Medregningsprocenten følger af SEL § 11B, stk. 12.
[717] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

SEL § 11B, stk. 6 består af 3 primære områder:

- Saldoførende selskab (SEL § 11B, stk. 6, 1. og 2. pkt.)
- Saldotilgang (SEL § 11B, stk. 6, 1. og 3.- 5. pkt.)
- Saldoafgang (SEL § 11B, stk. 6, nr. 1-8)

SEL § 11B, stk. 6 er anført som den mest komplicerede del af SEL § 11B, og der består en række uklarheder i bestemmelsen.[718] Saldoen analyseres i følgende afsnit.

4.5.1 Saldoførende selskab

En saldotilgang og en saldoreduktion forudsætter en identifikation af den relevante saldo, hvortil disse skal henføres. Hertil kommer, at anskaffelsessummen for én aktie ikke kan tilgå samme saldo ved samme anskaffelse flere gange, hvorfor det saldoførende selskab må fastlægges forud for saldotilgange og saldoreduktioner.

Det følger af SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt., at der skal føres en samlet saldo for anskaffelsessummen for selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, som ikke indgår i sambeskatningen. Saldoen føres hos selskabet, og der føres én samlet nettosaldo for selskabets anskaffelsessummer og reduktioner, og ikke en individuel saldo for hver aktiebesiddelse.

For sambeskattede selskaber føres én samlet saldo hos administrationsselskabet i sambeskatningen.[719] Ved national sambeskatning udpeges det øverste moderselskab, der deltager i sambeskatningen, som administrationsselskab.[720] Såfremt der ikke eksisterer et øverst dansk skattepligtigt moderselskab i koncernen, men i stedet flere sideordnede dansk skattepligtige søsterselskaber, udpeges et af søsterselskaberne, der deltager i sambeskatningen, som administrationsselskab.[721] Ved international sambeskatning udgør det ultimative moderselskab administrationsselskabet. Såfremt det ultimative moderselskab ikke er skattepligtig efter SEL §§ 1 eller 2 eller ikke deltager i sambeskatningen, skal der udpeges et administrationsselskab, som er omfattet af SEL § 31, stk. 1. Udpegningen sker efter samme kriterier, som i SEL § 31, stk. 4.[722]

Det synes derved uproblematisk at udpege det saldoførende selskab. Det er derimod mere problematisk, hvorledes en eksisterende saldo skal behandles, såfremt der udpeges et nyt saldoførende selskab. Dette analyseres i de følgende afsnit.

4.5.1.1 Eksisterende saldo

SEL § 11B, stk. 6, 1. og 2. pkt. regulerer udpegningen af det saldoførende selskab, men behandlingen af en eksisterende saldo er uklar. Det var oprindeligt tanken, at der skulle føres en individuel saldo i hvert enkelt selskab uanset sambeskatning eller ej. Den samlede opgørelse i SEL § 11B, stk. 6, 2. pkt.

[718] Se *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234.
[719] Jf. SEL § 11B, stk. 6, 2. pkt.
[720] Jf. SEL § 31, stk. 4.
[721] Skatteministeriet bekræftede i TfS 2006, 173, at en filial kan være administrationsselskab, selvom der tillige indgår søsterselskaber i sambeskatningen.
[722] Jf. SEL § 31A, stk. 4.

indførtes for at give mulighed for, at sambeskattede selskaber kan foretage omstruktureringer uden påvirkning af anskaffelsessummen ved koncerninterne omstruktureringer.

Status som saldoførende ændres ved indtræden eller udtræden af en sambeskatning samt koncerninterne omstruktureringer. Indtræden kan eksempelvis ske ved, at et saldoførende selskab erhverves af et dansk eller udenlandsk selskab eller ved ændringer af aktionæroverenskomster m.v., hvorved koncernen ændres efter SEL § 31C. Det udløser problematikken vedrørende behandlingen af den eksisterende saldo forud for statusændringen, og det må klarlægges, om saldoen forbliver i den tilbageværende koncern, medfølger eller bortfalder, således at et nyt finansieringsbehov skal opgøres.

Det må først og fremmest klarlægges, om der medfølger en eksisterende (vedhængende) saldo, og herefter om denne bevares eller bortfalder.

4.5.1.2 Vedhængende saldo eller ej

Det må erindres, at en vedhængende saldo udelukkende kan opstå, hvor et selskab er saldoførende. Et selskab kan være saldoførende efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. eller 2. pkt.

Et selskab, som er saldoførende efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt., indgår ikke i en dansk sambeskatning. Selskabet vil derved altid bære en vedhængende saldo, som følge af at selskabet skal være saldoførende, eventuelt på 0. Selskabet kan indtræde i en nyetableret eller eksisterende sambeskatning. Behandlingen af denne vedhængende saldo behandles i afsnit 4.5.1.3, hvor det afklares om saldoen bortfalder eller bevares.

Hvor et selskab er saldoførende efter SEL § 11B, stk. 6, 2. pkt., er selskabet saldoførende pga. selskabets status som administrationsselskab i sambeskatningen. Selskabets status som saldoførende ændres, hvor administrationsselskabet ikke længere indgår i koncernen, eller såfremt et andet selskab bliver øverste danske moderselskab.[723] Hertil kommer det tilsyneladende valgfrie skifte, hvor der blandt sideordnede danske søsterselskaber frit kan udpeges et nyt administrationsselskab, uanset at administrationsselskabet fortsat indgår i koncernen og at der ikke er foretaget ændringer i koncernens selskabsretlige opbygning.[724]

Administrationsselskabets rettigheder og forpligtelser overføres ved et skift heraf til det nye administrationsselskab.[725] Henset til denne nære sammenhæng med sambeskatningsreglerne og administrationsselskabet i SEL § 11B, stk. 6, 2. pkt. overføres saldoen tilsvarende hertil.[726] Hvor administrationsselskabet udtræder af sambeskatningen overføres dennes saldo til det tilbageværende nye ad-

[723] Såfremt der er valgt international sambeskatning vil anskaffelsessummer vedrørende aktier kun undtagelsesvis tilgå saldoen, da saldoen netop kun vedrører ikke-sambeskattede koncernforbundne selskaber. Undtagelsesvis indgår visse koncernforbundne selskaber ikke i sambeskatningen jf. SEL § 31C, stk. 7 og 8.
[724] Se TfS 2006, 173.
[725] Jf. SEL § 31, stk. 4. Det tidligere administrationsselskab forpligtes til betaling af et beløb svarende til de forpligtelser, der overføres til det nye administrationsselskab. Betalingen har ingen skattemæssige konsekvenser for betaleren eller modtageren.
[726] Jf. SEL § 31, stk. 4, 4. pkt. Det bekræftes i SKM2008.240.DEP, at SEL § 31, stk. 4 omfatter saldoen efter SEL § 11B, stk. 10, mens en sådan sammenhæng mellem SEL § 31, stk. 4 og SEL § 11B, stk. 6 dog ikke direkte bekræftes heri.

ministrationsselskab.[727] Det kan medføre, at et udtrædende saldoførende selskab ikke er saldoførende på udtrædelsestidspunktet, hvorved der ikke består en vedhængende saldo. Det gælder dog kun, hvor der fortsat består en tilbageværende sambeskatning og derved et administrationsselskab. I modsat fald vil selskabet have en vedhængende saldo.[728]

4.5.1.3 Vedhængende saldo – bortfald eller succession

Et saldoførende selskab efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. vil have en vedhængende saldo, som anført ovenfor, eventuelt på 0. Ved en overgang fra saldoførende efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. til SEL § 11B, stk. 6, 2. pkt. indtræder selskabet i en nyetableret eller eksisterende sambeskatning. Ved en nyetableret sambeskatning udpeges for første gang et administrationsselskab, som er saldoførende efter SEL § 11B, stk. 6, 2. pkt., hvorimod der ved en eksisterende sambeskatning allerede er udpeget et administrationsselskab. Selskabet kan selv blive udpeget som (nyt) administrationsselskab og derved være saldoførende.

Det gælder ligeledes i sambeskatningstilfælde, at et udtrædende selskab, kan have en vedhængende saldo, hvor der ikke består en tilbageværende sambeskatning og et tilbageværende administrationsselskab. Selskabet kan herefter selv være saldoførende efter SEL § 11B, stk. 6, 1. eller 2. pkt. eller indtræde i en koncern, hvor et andet selskab er saldoførende.

Det er herefter et spørgsmål om den vedhængende saldo bortfalder eller bevares (succederes).

Skatteministeriet har i SKM2008.240.DEP udtrykt deres fortolkning i følgende konkrete situationer på foranledning af FSR:

1. Skattefri henholdsvis skattepligtig fusion mellem to administrationsselskaber
2. Skattefri henholdsvis skattepligtig ophørsspaltning mellem to administrationsselskaber
3. Skattefri henholdsvis skattepligtig grenspaltning af et administrationsselskab
4. Skattefri henholdsvis skattepligtig aktieombytning af aktierne i administrationsselskabet, sådan at der kommer et nyt "overliggende" administrationsselskab
5. Skattepligtig henholdsvis skattefri tilførsel af aktiver
6. Almindelig skattepligtig overdragelse af aktierne i administrationsselskabet fra en koncern til et administrationsselskab i en anden koncern eller til et datterselskab af administrationsselskabet i den anden koncern

Det anføres vedrørende en fusion mellem to administrationsselskaber, at:

"Ved skattefri fusion mellem to administrationsselskaber sammenlægges de to saldi - og den sammenlagte saldo videreføres i det fortsættende selskab.

[727] Jf. SEL § 31, stk. 4, 4. pkt.
[728] Det fremgår tillige af SEL § 31, stk. 4, 3. pkt., at der skal udpeges et nyt administrationsselskab, hvor et andet selskab bliver øverste danske moderselskab. Det er uden relevans for konstateringen af en vedhængende saldo, men af betydning for behandlingen af en vedhængende saldo.

Skattepligtig fusion må derimod betragtes som et salg af aktiverne og passiverne i det/de ophørende selskab(er). Dette indebærer, at saldoen i den koncern, som det/de ophørende administrationsselskab(er) tilhørte, nedsættes med handelsværdien af de afståede aktier. Tilsvarende forøges saldoen i det fortsættende administrationsselskab med den indirekte anskaffelsessum. Hvis den koncern, som det/de ophørende administrationsselskab(er) tilhørte, ophører som følge af fusionen (f.eks. fordi administrationsselskabet er ultimativt moderselskab), bortfalder denne koncerns stk. 6 saldo."

Der sondres derved mellem en skattefri og skattepligtig fusion, hvilket FSR tilsyneladende tilsvarende forudsatte. Det anføres, at en skattefri fusion medfører, at de to saldi sammenlægges (bevares), mens en skattepligtig fusion medfører bortfald af en eventuelt vedhængende saldo.

Det anføres tilsvarende vedrørende en ophørsspaltning af et ultimativt moderselskab til to administrationsselskaber, at:

"Ved skattefri ophørsspaltning af det ultimative moderselskab, hvor spaltningen medfører, at der opstår to koncerner (og to administrationsselskaber), skal stk. 6-saldoen opdeles mellem de to fortsættende selskaber. Opdelingen foretages på baggrund af de konkrete forhold, dvs. hvilken koncern de udenlandske direkte ejede selskaber kommer til at være en del af. De nye administrationsselskaber kan alene medregne saldoen vedrørende aktierne i de udenlandske selskaber, der er en del af deres koncern efter spaltningen.[729]

Ved en skattepligtig ophørsspaltning af det ultimative moderselskab ophører det indskydende moderselskab skattemæssigt og der sker ophørsbeskatning. Det indskydende administrationsselskabs stk. 6 saldo bortfalder derfor. De nye administrationsselskaber skal anses for at have anskaffet de udenlandske aktier direkte/indirekte."

Derved bevares den vedhængende saldo ved en skattefri ophørsspaltning, mens saldoen bortfalder ved en skattepligtig ophørsspaltning.

Det anføres til en skattepligtig overdragelse af aktierne i administrationsselskabet fra en koncern til et administrationsselskab i en anden koncern eller til et datterselskab af administrationsselskabet i den anden koncern, at:

"Ved en skattepligtig overdragelse af aktierne i administrationsselskabet fra en koncern til en anden vil den eksisterende saldo bortfalde (eller nedsættes, hvis førstnævnte koncern fortsætter med et andet administrationsselskab, f.eks. et søsterselskab til det overdragede selskab, eller hvis det overdragne selskab er datterselskab af administrationsselskabet). I den købende koncern skal der opgøres en ny saldo, hvor anskaffelsessummen for de overdragne udenlandske aktier vil indgå."

Det må konkluderes, at den eventuelt vedhængende saldo bortfalder ved en skattepligtig overdragelse, som det ses i førnævnte eksempler. Det må støttes på, om der ved overdragelsen opstår et nyt

[729] Det synes uden hjemmel at lade dele af saldoen bortfalde, da FUL § 8 enten må anvendes fuldt ud eller slet ikke. Der foreligger ikke anvisninger til fordeling af saldoen, men der kan potentielt henses til SEL § 11B, stk. 10, hvorefter fremførselsberettigede kurstab ved en ophørsspaltning af administrationsselskabet fordeles forholdsmæssigt efter den skattemæssige værdi af aktiverne, jf. SEL § 11B, stk. 5 og 6 i de modtagende selskaber.

finansieringsbehov i sambeskatningen,[730] hvilket i skattemæssig henseende synes at være tilfældet ved skattepligtige direkte og indirekte overdragelser.

Skatteministeriet angiver ydermere, at:

"Overordnet kan det siges, at efter Skatteministeriets opfattelse medfører eksterne omstruktureringer, at saldoen skal nedbringes, hvis omstruktureringen medfører, at der sker en skattepligtig koncernekstern overdragelse (direkte eller indirekte) af de udenlandske aktier. Desuden vil saldoen skulle nedbringes, hvis omstruktureringen medfører, at koncernforbindelsen mellem administrationsselskabet og de udenlandske aktier ophører. Når omstruktureringen udløser, at saldoen nedbringes, vil den koncern, der erhverver de udenlandske aktier, kunne opgøre en ny anskaffelsessum på aktierne."

Der synes grundlag for at konkludere, at der skal sondres mellem skattepligtige overdragelser og skattefri overdragelser, hvor der består en vedhængende saldo. Saldoen bortfalder ved direkte og indirekte skattepligtige overdragelser, mens der sker succession i ved skattefri overdragelser, formentlig med hjemmel i FUL § 8.[731] Det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs retsstilling vedrørende saldoen, hvorved der *reelt* succederes i både aktuelle og tidligere aktiebeholdninger.

I sambeskatningstilfælde, hvor saldoen bevares, skal saldoen efterfølgende allokeres til administrationsselskabet efter SEL § 11B, stk. 6, 2. pkt. og fusioneres (sammenlægges) med den eksisterende saldo.

Såfremt der ikke er foretaget en overdragelse, synes der ikke at være hjemmel til bortfald af en vedhængende saldo, hvorved denne må forblive i selskabet eller allokeres til administrationsselskabet i sambeskatningen jf. SEL § 11B, stk. 6, 1. og 2. pkt. Det gælder eksempelvis, hvor koncernforbindelse etableres uden overdragelse.

Det anføres i SKM2008.240.DEP, at ved grenspaltning og tilførsel af aktiver forbliver saldoen hos det indskydende selskab, hvorved der ikke består en vedhængende saldo. Skatteministeriet angiver slutteligt, at:

"Hvis aktionærerne i et ultimativt moderselskab A ombytter aktierne i A med aktier i det nystiftede selskab B, som herefter bliver ultimativt moderselskab, vil der i realiteten være tale om en koncernintern omstrukturering. Aktieombytningen medfører ikke at der etableres eller ophører koncernforbindelser mellem andre selskaber. Ved sådanne aktieombytninger skal saldoen flyttes op i det nye "overliggende" administrationsselskab, uanset om ombytningen er skattefri og skattepligtig."

Det synes i overensstemmelse med, at der ikke er foretaget en overdragelse, da koncernen anskues samlet, hvorved saldoen tilgår det nye administrationsselskab efter SEL § 31, stk. 4, 4. pkt. Henset til, at saldoen udtrykker et finansieringsbehov, synes der umiddelbart kun grundlag for at lade saldoen

[730] Det må forudsættes at den direkte eller indirekte anskaffelse foretages at et selskab eller fast driftssted omfattet af SEL § 11B, da det er dette finansieringsbehov som anerkendes ved saldoen.
[731] Saldoen udgør et aktiv efter FUL § 8.

bortfalde, hvor finansieringsbehovet erstattes af et nyt finansieringsbehov i selskabet eller sambeskatningen, dvs. ved en skattepligtig overdragelse.

Det er særdeles vigtig at identificere og placere eksisterende saldi, herunder en vedhængende saldo, forud for vurderingen af saldotilgang og saldoreduktion, da anskaffelsessummen vedrørende samme aktier ikke kan tilgå samme saldo to gange, ligesom at saldoreduktioner skal allokeres til den korrekte saldo. Derved vil en vedhængende saldo, der ikke bortfalder, hindre ny saldotilgang vedrørende den aktuelle aktiebeholdning, mens saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4 vurderes i forhold til den vedhængende saldo. Omvendt vil en ikke-vedhængende saldo eller en vedhængende saldo, som bortfalder, medføre at der kan ske saldotilgang og saldoreduktioner vedrørende aktuelle aktiebeholdninger. Det analyseres nærmere i følgende afsnit.

4.5.2 Saldotilgang

Saldotilgangen består af anskaffelsessummerne for selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, som ikke indgår i sambeskatningen.[732] Det følger direkte af SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt., at anskaffelsessummen for aktier erhvervet fra et koncernforbundet selskab, jf. SEL § 31 C, eller ved kapitalforhøjelse i et koncernforbundet selskab efter SEL § 31 C ikke tilgår saldoen.[733] Herfra undtages dog anskaffelsessummer ved en kapitalforhøjelse i et direkte ejet selskab i det omfang, det kan dokumenteres, at kapitalforhøjelsen er sket med henblik på en indirekte anskaffelse af aktier i et selskab fra et selskab uden for koncernen.[734]

Tilgangsbeløbet udgør efter ordlyden anskaffelsessummen. Tilgangstidspunktet udgør tidspunktet, hvor betingelserne i SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. er opfyldt, mens anskaffelsessummen følger anskaffelsestidspunktet.[735] Det må bemærkes, at opgørelsen af tilgangsbeløbet, dvs. anskaffelsessummen, og opfyldelsen af tilgangskriterierne udgør selvstændige vurderinger. Det skal først og fremmest afgøres, om betingelserne for tilgang er opfyldt, og derefter skal tilgangsbeløbet opgøres.

4.5.2.1 Tilgangskriterier

Anskaffelsessummerne tilgår den samlede saldo på det tidspunkt, hvor de kumulative betingelser i SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. opfyldes. Betingelserne for tilgang efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. kan oplistes som følger:

1. Direkte ejerskab
2. Kapitalandele
3. Koncernforbundet selskab (SEL § 31C)
4. ikke-sambeskattet selskab (SEL §§ 31 og 31A)

[732] Jf. SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt.
[733] Koncerninterne overdragelser og kapitalforhøjelser behandles nærmere i afsnit 4.5.3.
[734] Jf. SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. udgør en undtagelse til SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt., der udgør en undtagelse til SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt.
[735] Det gælder ikke i forhold til kapitalforhøjelser, som nævnt i SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt., hvor anskaffelsessummen vedrørende de indirekte erhvervede aktier anvendes, ligesom at tilgangstidspunktet udgør tidspunktet for den indirekte erhvervelse. Se mere herom i afsnit 4.5.5.

Det følger af ordlyden, at kun *direkte* ejede aktier i koncernforbundne ikke-sambeskattede selskaber omfattes. At kun direkte ejede aktier medregnes skyldes, at værdien af de indirekte ejede aktier ellers ville indgå flere gange, hvorved dobbeltindregning af disse værdier søges undgået.[736] Der betinges direkte ejerskab på tilgangspunktet. Saldotilgang er derimod ikke betinget af ejerskab ved indkomstårets udløb, som det forudsættes ved indregning af aktiver efter SEL § 11B, stk. 5, 1. pkt.

Skatteministeren bemærkede i forhold til SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt., at der ikke gøres forskel på selskabstyper, således at udtrykket aktier tillige omfatter anparter i anpartsselskaber.[737] Det er ved ejerandele i udenlandske selskaber ikke meningsfyldt at sondre mellem eksempelvis aktie- og anpartsselskaber, da disse begge vurderes efter principperne i SEL § 1, stk. 1, nr. 2, herunder om ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og om overskuddet fordeles i forhold til deltagernes indskudte kapital i selskabet. Disse karakteristika må ligeledes anvendes i forhold til de af saldoen omfattede kapitalandele, hvorved eksempelvis tegningsretter, konvertible obligationer m.v. ikke omfattes. Det skal ligeledes ses i sammenhæng med SEL § 31A, hvorefter international sambeskatning omfatter alle koncernforbundne udenlandske selskaber og foreninger m.v., i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes indskudte kapital.[738]

Tilgang til saldoen betinges tillige af, at selskaberne er koncernforbundne efter SEL § 31C, men samtidigt at selskabet ikke indgår i en sambeskatning. Der henvises antageligvis til en dansk sambeskatning efter SEL §§ 31 eller 31A, således at der undgås dobbeltindregning i renteloftet. Tilgang til saldoen med anskaffelsessummen sker først, hvor den nødvendige koncernforbindelse består efter SEL § 31C, som baseres på begrebet *bestemmende indflydelse*. Bestemmende indflydelse defineres som beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger, og består, såfremt moderselskabet direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i datterselskabet, medmindre det klart kan påvises, at ejerforholdet ikke udgør bestemmende indflydelse,[739] eksempelvis ved stemmeretsbegrænsninger. Bestemmende indflydelse vil desuden bestå, såfremt moderselskabet ikke ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne, men har:

1. Råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer
2. Beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale
3. Beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet

[736] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[737] Se bilag 1 til L 23 2008-2009 - høringsskema.
[738] Det følger af ordlyden af SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt., at kun direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31C, som ikke indgår i sambeskatningen omfattes. Det synes tillige at understøtte en fortolkning af aktier i forhold til kapitalandele i selskaber, som kan indgå i en sambeskatning. Se mere om international sambeskatning og kriterierne herfor i *Hansen et al. (2011)*, p. 99 ff.
[739] Jf. SEL § 31C, stk. 3.

4. Råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet[740]

Koncernforbindelsen er ikke knyttet til en konkret ejerandel, og kan etableres og ophøre uden overdragelse af kapitalandele. Det betinges dog i SEL § 11B, stk. 6, at der ejes aktier på tilgangstidspunktet, og netop anskaffelsessummen vedrørende disse tilgår saldoen.

Det følger af SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt., at anskaffelsessummen for aktier, der er erhvervet fra et koncernforbundet selskab, jf. SEL § 31 C, eller ved kapitalforhøjelse i et koncernforbundet selskab, SEL jf. § 31 C, ikke tilgår saldoen.[741] Derved vil en sådan koncernforbindelse medføre, at anskaffelsessummen ikke kan tilgå saldoen, uagtet at betingelserne i SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. er opfyldt. Det følger dog samtidig af SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt., at det ikke gælder i det omfang, det kan dokumenteres, at en kapitalforhøjelse i et direkte ejet selskab er sket med henblik på indirekte anskaffelse af aktier i et selskab fra et selskab uden for koncernen, jf. SEL § 31C. Derved vil disse aktier alligevel tilgå saldoen. Tilgangstidspunktet udgør da tidspunktet for den indirekte erhvervelse.[742]

Det skal erindres, at tilgang kun kan ske, såfremt anskaffelsessummen ikke allerede er tilgået saldoen. Derved vil eksempelvis en vedhængende saldo hindre en ny saldotilgang, såfremt den vedhængende saldo ikke bortfalder.[743] Omvendt vil en ikke-vedhængende saldo eller bortfald af en vedhængende saldo medføre, at der kan opgøres en saldotilgang vedrørende den aktuelle aktiebeholdning, hvor tilgangskriterierne er opfyldt.

4.5.2.2 Tilgangsbeløbet

Det følger utvetydigt af SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt., at tilgangsbeløbet udgør anskaffelsessummen. Det anførtes, at det er anskaffelsessummen og ikke eksempelvis den regnskabsmæssige værdi, der er behov for at finansiere. [744] Begrebet anskaffelsessummen synes at relatere sig til det erlagte vederlag (summen) for anskaffelsen af de pågældende aktier, som det kendes ved opgørelsen af anskaffelsessummen efter aktieavancebeskatningsloven. Det fremgår ikke, om der med anskaffelsessummen henvises til samme begreb i aktieavancebeskatningsloven, men det må i udgangspunktet antages.

Det fremgår af SKM2008.240.DEP i forbindelse med koncerneksterne omstruktureringer, at:

"Overordnet kan det siges, at efter Skatteministeriets opfattelse medfører eksterne omstruktureringer, at saldoen skal nedbringes, hvis omstruktureringen medfører, at der sker en skattepligtig koncernekstern overdragelse (direkte eller indirekte) af de udenlandske aktier. Desuden vil saldoen skulle nedbringes, hvis omstruktureringen medfører, at koncernforbindelsen mellem administrationsselska-

[740] Jf. SEL § 31C, stk. 4. Det skal bemærkes, at et selskab kun kan have ét moderselskab jf. SEL § 31C, stk. 1, 2. pkt.
[741] Se mere herom i afsnit 4.5.3.
[742] Se mere herom i afsnit 4.5.5.
[743] Se mere herom i afsnit 4.5.1.2 og 4.5.1.3. Der består en vedhængende saldo, såfremt saldoen ikke er overført til et tilbageværende administrationsselskab. Den vedhængende saldo bortfalder herefter udelukkende i skattepligtige overdragelser.
[744] Se bemærkninger til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

bet og de udenlandske aktier ophører. Når omstruktureringen udløser, at saldoen nedbringes, vil den koncern, der erhverver de udenlandske aktier, kunne opgøre en ny anskaffelsessum på aktierne."

Kun sidste sætning vedrører saldotilgang, og det fremgår heraf, at en saldoreduktion udløser en ny opgørelse af anskaffelsessummen. Det må her bemærkes, at både skattepligtige direkte og indirekte overdragelser af direkte ejede aktier udløser en saldoreduktion jf. SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, hvorved at koncernen, som erhverver aktierne, kan opgøre en ny anskaffelsessum herved.[745] Grundlæggende kan anskaffelser opdeles i skattepligtige og skattefrie direkte overdragelser (anskaffelser) samt skattepligtige og skattefrie indirekte overdragelser (anskaffelser). Anskaffelsessummen opgøres på baggrund af anskaffelsen og derved også i samspil med en afståelse og en eventuel saldoreduktion.

Det anføres i SKM2008.240.DEP, at:

"*…saldoen skal nedbringes, hvis omstruktureringen medfører, at der sker en skattepligtig koncernekstern overdragelse (direkte eller indirekte) af de udenlandske aktier."*

Ligeledes anføres det, at:

"*Når omstruktureringen udløser, at saldoen nedbringes, vil den koncern, der erhverver de udenlandske aktier, kunne opgøre en ny anskaffelsessum på aktierne."*

Det må anføres, at en direkte skattepligtig overdragelse udløser en ny opgørelse af anskaffelsessummen, som det tilsvarende følger af aktieavancebeskatningsloven.

Der skal ligeledes fortages en ny opgørelse af anskaffelsessummen ved en indirekte skattepligtig overdragelse, uagtet at det ikke sker efter aktieavancebeskatningsloven. Den eksisterende opgjorte anskaffelsessum efter aktieavancebeskatningsloven synes derved ikke anvendelig ved indirekte skattepligtige overdragelser, henset til *"opgøre en ny anskaffelsessum"*. Der kan i stedet henses til SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, hvor reduktionsbeløbet i en sådan situation udgør handelsværdien, og derved potentielt anses som et udtryk for anskaffelsessummen og finansieringsbehovet, hvorved der skabes en form for symmetri mellem skattepligtige direkte og indirekte anskaffelser. Det må dog erindres, at anskaffelsessummen udtrykker en subjektiv værdiansættelse, mens handelsværdien synes at udtrykke en objektiv værdiansættelse efter gennemsnitlige markedsaktørers forhold.[746] Konklusionen støttes på SKM2008.240.DEP i samspil med SEL § 11B, stk. 6, 1. og 2. pkt.

Det skal samtidigt anføres, at opgørelsen af den ny anskaffelsessum kun omfatter de direkte eller indirekte overdragne aktier og ikke nødvendigvis den fulde aktiebeholdning. Det illustreres i følgende figur:

[745] En eventuelt vedhængende saldo bortfalder.
[746] Se eksempelvis *Wittendorff* (2011), p. 469 ff.

Såfremt C A/S fra B A/S erhverver 60 pct. af aktiekapitalen i DS A/S, der ejer 100 pct. af aktiekapitalen i et udenlandsk direkte ejet datterselskab (DS UDL), er der kun sket en indirekte anskaffelse af 60 pct. af aktierne i DS UDL. Der kan derfor kun ske en opgørelse af en ny anskaffelsessum vedrørende disse. De resterende 40 pct., der fortsat direkte ejes af DS A/S, må anses for oprindeligt anskaffet af DS A/S, hvorved anskaffelsessummen herved udgør tilgangsbeløbet. Der må formentlig anvendes FIFO-princippet, som det tilsvarende kendes fra aktieavancebeskatningsloven, ved ansættelsen af hvilke aktier i DS UDL, der er erhvervet og derved kan opgøres en ny anskaffelsessum på.

Ved en skattefri overdragelse anvendes fusionsskattelovens regler, herunder FUL §§ 7 og 8. Det betyder, at det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs anskaffelsessum og anskaffelsestidspunkt. Det er uklart, om det tilsvarende er gældende i forhold til SEL § 11B, stk. 6. Det følger af SKM2008.240.DEP i forbindelse med en fusion af administrationsselskaber, at:

"Ved skattefri fusion mellem to administrationsselskaber sammenlægges de to saldi - og den sammenlagte saldo videreføres i det fortsættende selskab. Skattepligtig fusion må derimod betragtes som et salg af aktiverne og passiverne i det/de ophørende selskab(er)."

Det er ikke en forkastelse af at betragte den direkte overdragelse af aktier som en afståelse eller en ny anskaffelse, men formentlig en konsekvens af, at den vedhængende saldo succederes, hvorved der ikke sker en anskaffelse, da aktierne allerede er repræsenteret på den succederede vedhængende saldo.

Det følger samtidig, at:

"Ved grenspaltning videreføres saldoen i det indskydende selskab. Dette gælder såvel ved skattepligtig som skattefri grenspaltning. Saldoen nedbringes dog med handelsværdien af de aktier, der indirekte er afstået som følge af spaltningen. Afbrydes koncernforbindelsen som følge af spaltningen, vil saldoen tilsvarende skulle nedbringes med handelsværdien af alle aktierne i de "afståede" selskaber. Det modtagende selskab anses i givet fald for at have nyanskaffet aktierne."

Det angives i forbindelse med tilførsel af aktiver, at:

"Ved såvel skattepligtig som skattefri tilførsel af aktiver videreføres stk. 6-saldoen i det indskydende selskab. Saldoen nedbringes - ligesom ved grenspaltning, hvis der indirekte sker afståelse af udenlandske aktier eller hvis koncernforbindelsen ophører. Hvis det indskydende selskab ved en skattepligtig tilførsel af aktiver, opnår bestemmende indflydelse over et selskab/koncern med en eksisterende stk. 6 saldo, bortfalder denne saldo. Den indskydende koncern skal anses for at have foretaget en nyanskaffelse."

Det må antages, at der både kan bestå direkte og indirekte overdragelser i forbindelse hermed, hvorved der skal opgøres en ny anskaffelsessum. Der henvises til en nedbringelse med *handelsværdien af alle aktierne i de "afståede" selskaber* samt en nyanskaffelse i begge tilfælde. Der henvises formodentligt til saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, 5. pkt. En nyanskaffelse medfører derved tilsvarende en opgørelse af en ny anskaffelsessum med tilknytning til anskaffelsestidspunktet, uagtet om en sådan opgørelse foretages efter aktieavancebeskatningsloven.

Anskaffelsessummen skal derfor ikke forstås som den opgjorte anskaffelsessum efter aktieavancebeskatningsloven, men derimod formentlig en henvisning til principperne heri. Disse skal formentlig anvendes ved direkte anskaffelser, mens der ved indirekte anskaffelser formentlig skal henses til handelsværdien af aktiebeholdningen på anskaffelsestidspunkt, som et udtryk for anskaffelsessummen, henset til reduktionsbeløbet i SEL § 11B, stk. 6, nr. 4.[747]

I følgende tabel gives et overblik.

Anskaffelse	**Skattepligtig**	**Skattefri**
Direkte anskaffelse	Anskaffelsessummen	Anskaffelsessummen
Indirekte anskaffelse	Handelsværdien på tidspunktet for den indirekte anskaffelse	Handelsværdien på tidspunktet for den indirekte anskaffelse

Det må antages, at den direkte eller indirekte anskaffelse forudsættes foretaget af et subjekt omfattet af SEL § 11B, da det implicit må omfattes anskaffelsesbegrebet, som omtalt i SEL § 11B, stk. 6. Der synes ellers ikke grundlag for at opgøre et nyt finansieringsbehov.

Det må samtidig erindres, at etablering af koncernforbindelse ikke udgør en anskaffelse og ikke i sig selv medfører opgørelse af en ny anskaffelsessum, uagtet at ophør af koncernforbindelsen medfører en saldoreduktion efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4. Koncernforbindelse er derimod et tilgangskriterium.

Det skal slutteligt erindres, at en saldotilgang skal ses i samspil med en eventuelt vedhængende saldo. Såfremt der succederes i en vedhængende saldo, er den oprindelige anskaffelsessum allerede

[747] Det må konstateres, at der kun eksisterer begrænset materiale af retskildeværdi til fortolkning af SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. i forhold til opgørelsen af anskaffelsessummen.

tilgået saldoen, hvorved der ikke kan ske endnu en saldotilgang, mens der omvendt kan ske saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4.[748]

4.5.2.3 Aktier erhvervet før indkomståret 2007

Ved aktier erhvervet i indkomståret 2006 eller tidligere tages udgangspunkt i anskaffelsessummen. Denne korrigeres dog efter § 14, stk. 3, 3. og 4. pkt. i lov nr. 540 af 6. juni 2006. Det udgør ikke en selvstændig tilgangshjemmel, men en værdiansættelse af aktier (indgangsværdier), som opfylder tilgangskriterierne.

Udgangspunktet for tilgangsbeløbet er aktiernes skattemæssige anskaffelsessum, hvilket formentlig må henvise til anskaffelsessummen, som opgjort efter aktieavancebeskatningsloven. Såfremt aktierne er erhvervet senest i indkomståret 2006, reduceres aktiernes skattemæssige anskaffelsessum med:

1. Udlodninger til sambeskattede selskaber og faste driftssteder foretaget i indkomstårene 2004-2006
2. Værdier af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme ved påbegyndelsen af indkomståret 2007
3. Dispositioner som nedsætter anskaffelsessummen efter SEL § 11 B, stk. 6, nr. 3-8, foretaget i perioden fra begyndelsen af indkomståret 2007 og frem til 1. juli 2007

Dog følger det af § 14, stk. 3, 4. pkt. i lov nr. 540 af 6. juni 2006, at den regnskabsmæssige indre værdi ved udløbet af seneste regnskabsår før 1. juli 2007 skal anvendes, såfremt denne er lavere end ovenstående beregning.

Den regnskabsmæssige indre værdi anvendes, da lovgiver vil sikre sig, at der ikke i aktivmassen medregnes urealistiske værdier af tomme selskaber. Reglen var dog efter lovgivers vurdering mere blevet hovedreglen end undtagelsen.[749] Derfor kan fravigelse ske for hvert enkelt selskab,[750] såfremt at opgørelsen efter § 14, stk. 3, 3. pkt. tillige reduceres med udlodninger til sambeskattede selskaber og faste driftssteder foretaget i indkomstårene 1997-2003, således at perioden forlænges til en 10-årig periode, hvorved den reducerede anskaffelsessum indgår i aktivmassen, selvom den regnskabsmæssige indre værdi er lavere.[751]

[748] Se mere herom i afsnit 4.5.6.4. Det gælder i øvrigt ikke, at saldotilgang er betinget af en modsatrettet saldoreduktion i en anden koncern. Det må anses som irrelevant for finansieringsbehovet, og i øvrigt uden for erhververens rækkevidde at konstatere overdragerens skattemæssige forhold.

[749] Se de almindelige bemærkninger til L 23 2008-2009.

[750] Såfremt to sambeskattede selskaber begge ejer aktier i et sådant direkte ejet selskab, skal begge de sambeskattede selskaber anvende samme værdiansættelsesmetode ved opgørelsen af indgangsværdierne, da der er tale om en samlet saldo for alle sambeskattede selskaber og faste driftssteder. Se bemærkningerne til § 8 i L 23 2008-2009.

[751] Jf. § 14, stk. 3, 5.pkt i lov nr. 540 af 6. juni 2007. 5. pkt. blev indsat ved § 8, nr. 1 i lov nr. 98 af 10. februar 2009. Lovgiver erkender at selskaber ofte handles til værdier højere end den regnskabsmæssige indre værdi, bl.a. ved videnstunge selskaber, og at indre værdi ikke altid vil udtrykke finansieringsbehovet, hvilket var anledning til at indføre en fravigelse af indre-værdi-reglen. 5. pkt. har virkning fra 1. juli 2007.

4.5.3 Koncerninterne overdragelser og kapitalforhøjelser

Det følger af SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt., at anskaffelsessummer for aktier erhvervet fra et koncernforbundet selskab eller ved kapitalforhøjelse i et koncernforbundet selskab ikke tillægges saldoen.[752] Derved udgør 3. pkt. en undtagelse til 1. pkt., således at anskaffelsessummen ikke tilgår saldoen, uagtet at tilgangskriterierne i 1. pkt. er opfyldt. Der må henses til, at koncernens finansieringsbehov ikke øges ved koncerninterne overdragelser, men ej heller formindskes.[753] Ved koncerninterne erhvervelser indgår eksempelvis en eventuelt eksisterende anskaffelsessum fortsat på saldoen, såfremt denne allerede er tilgået saldoen, men der kan ikke ske ny tilgang.[754]

Udgangspunktet er, at anskaffelsessummerne vedrørende disse koncerninterne erhvervelser ikke tilgår saldoen. Men, som tidligere nævnt, formindsker en sådan erhvervelse ej heller koncernens finansieringsbehov. Derfor vil der ej heller ske en saldoreduktion jf. SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, såfremt aktierne afstås til et selskab eller fast driftssted, der indgår i sambeskatningen. Indgår kun det overdragende selskab i sambeskatningen, nedsættes saldoen alene med den direkte eller indirekte ejerandel nedbringelse.

Det følger ydermere af SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt., at ved kapitalforhøjelser i et koncernforbundet selskab, jf. SEL § 31C, tilgår anskaffelsessummen ikke saldoen. Derved sidestilles kapitalforhøjelser i koncernforbundne selskaber med koncerninterne overdragelser, som ikke skaber et yderligere finansieringsbehov.[755] Erhvervelser af aktier ved kapitalforhøjelser må i alle andre tilfælde modsætningsvis sidestilles med almindelige erhvervelser og omfattes af SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt., hvor betingelserne heri er opfyldt.

Efter den oprindelige foreslåede formulering sidestilledes alle erhvervelser ved kapitalforhøjelser med erhvervelser fra koncernforbundne selskaber.[756] Danmarks Rederiforening fremførte, at medregningen var diskriminerende mod investeringer i nyudvikling kontra opkøb af eksisterende virksomheder.[757] Formuleringen udgik ved ændringsforslag[758] og det konstateres hertil, at:

"Ændringsforslaget videreføre bestemmelsen om, at erhvervelse af aktier ved kapitalforhøjelser i koncernforbundne selskaber, der ikke fortages med henblik på opkøb af koncerneksterne selskaber,

[752] Der henvises til en vurdering af koncernforbindelsen mellem overdrageren og erhververen på anskaffelsestidspunktet.
[753] Se bilag 10, 15 og 26 til L 213 2006-2007.
[754] Der tilgår ej heller tidligere anskaffelsessummer fra tidligere anskaffelser.
[755] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[756] Det fremgik af den foreslåede § 11B, stk. 6, 1.-3. pkt. i § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007, at: *"Stk. 6. Til den skattemæssige værdi af selskabets aktiver efter stk. 5 medregnes endvidere 20 pct. af anskaffelsessummen for selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C, som ikke indgår i sambeskatningen. 1. pkt. gælder ikke for aktier, der er erhvervet fra et koncernforbundet selskab, jf. § 31 C. Erhvervelse ved kapitalforhøjelser sidestilles med erhvervelser fra koncernforbundne selskaber."*
[757] Se bilag 5 og 6 til L 213 2006-2007. Dansk Industri fandt det tilsvarende ulogisk at sidestille kapitalforhøjelserne med erhvervelser fra koncernforbundne selskaber.
[758] Se bilag 24 til L 213 2006-2007.

ikke kan medregnes. I modsat fald ville værnsreglen om, at koncerninterne erhvervelser ikke medregnes, blive undermineret."[759]

Det fremgår således ikke af hverken ordlyden eller lovbemærkningerne, at den oprindelige bestemmelse om at sidestille alle kapitalforhøjelser med koncerninterne erhvervelser videreføres.

Ordlyden af SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt. omfatter kun kapitalforhøjelser i koncernforbundne selskaber, således at situationen sidestilles med en anskaffelse fra et koncernforbundet selskab på anskaffelsestidspunktet. Kapitalforhøjelse foretaget før koncernetableringen skal derimod ikke sidestilles med en koncernintern omstrukturering, da der ikke er tale om en koncernintern reallokering af aktiver, der omfattes af ordlyden af SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt. Der kan derved ikke udelukkes en senere tilgang af anskaffelsessummen, hvor tilgangsbetingelserne i SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. opfyldes.

Der kan opstå tvivl, såfremt kapitalforhøjelsen simultant etablerer koncernforbindelsen i lighed med nystiftelse af et selskab. Kapitalforhøjelsen udgør i den situation en koncernintern reallokering, da transaktionen sker simultant, hvilket formentlig omfattes af ordlyden i SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt. Det er dog uomtalt i lovbemærkningerne, mens nystiftelse af selskaber behandles i SKM2008.240.DEP.[760]

Slutteligt skal det nævnes, at kapitalforhøjelser i koncernforbundne selskaber, der fortages med henblik på opkøb af koncerneksterne selskaber, tilgår saldoen jf. SEL § 11B, stk. 6, 4. og 5. pkt. Det udgør derved en undtagelse til SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt., og analyseres i afsnit 4.5.5.

4.5.4 Nystiftelse af selskaber

Nystiftelse af selskaber behandledes ikke under det lovforberedende arbejde, men Skatteministeriet har i SKM2008.240.DEP anført, at nystiftelse af et udenlandsk selskab reelt er et udtryk for en koncernintern transaktion, hvor der flyttes aktiver indenfor koncernen. Situationen anses for parallel med en kapitalforhøjelse i et eksisterende selskab. Stiftelse af et nyt udenlandsk selskab indebærer ikke opkøb af en aktivitet og dermed heller ikke et finansieringsbehov. Af disse grunde finder Skatteministeriet ikke, at aktier erhvervet ved en nystiftelse af et selskab tilgår saldoen.[761]

Skatteministeriets fortolkning synes korrekt, hvor stiftelsen foretages af kun én stifter, men må ses i sammenhæng med kapitalforhøjelser i henholdsvis ikke-koncernforbundne selskaber og i koncernforbundne selskaber, som anført i SEL § 11B, stk. 6, 3.pkt. Som tidligere anført, omfattes ikke alle kapitalforhøjelse af SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt., men kun kapitalforhøjelse i koncernforbundne selskaber. Det synes ikke umiddelbart inddraget af Skatteministeriet.

Ved stiftelse af selskaber, hvor der ved stiftelsen etableres koncernforbindelse med et af de stiftende selskaber, kan anskaffelsessummen formentlig ikke tilgå saldoen hos det pågældende koncernforbundne selskab grundet den simultane etablering af koncernforbindelsen jf. SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt. I andre tilfælde, hvor koncernforbindelsen ikke etableres simultant, kan anskaffelsessummen for disse aktier senere tilgå saldoen, såfremt tilgangskriterierne i SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. senere opfyldes. SEL

[759] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[760] Se mere herom i afsnit 4.5.4.
[761] Se SKM2008.240.DEP.

§ 11B, stk. 6, 3. pkt. vil i sidstnævnte situation ikke finde anvendelse, selvom situationen sidestilles med en kapitalforhøjelse, da der netop ikke er foretaget en kapitalforhøjelse i et koncernforbundet selskab.

Det må samtidig erindres, at indskuddet tilgår det nystiftede selskab. Derved skal pengetanksreglen i SEL § 11B, stk. 6, nr. 2 haves for øje, hvorefter saldoen reduceres med selskabets likvider m.v. omfattet af ABL § 34, stk. 6 på anskaffelsestidspunktet. Det bør nøje overvejes, om der foretages et kontant- eller apportindskud og i givet fald hvilke typer aktiver, der indskydes af stifterne. Saldotilgangen kan reelt være illusorisk, såfremt der ikke tages højde for SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 og 2.[762] Hertil kommer desuden eventuelle senere saldoreduktioner, eksempelvis ved afståelse af aktierne efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4.

4.5.5 Kapitalforhøjelser i koncernforbundne selskaber med henblik på opkøb af aktier m.v.

Dansk Industri bemærkede under det lovforberedende arbejde, at opkøb gennem et (lokalt) holdingselskab ikke indgik i saldoen efter lovforslaget, uagtet det kan være nødvendigt grundet lokale forhold, eventuelt efterfulgt af en koncernintern omstrukturering.[763] Skatteministeren erkendte, at der i praksis ofte foretages opkøb gennem udenlandske holdingselskaber, hvorfor det gjordes muligt at indregne aktier erhvervet ved kapitalforhøjelser i udenlandske koncernforbundne selskaber, såfremt kapitalforhøjelsen foretages med henblik på en indirekte erhvervelse af aktier efter SEL § 11B, stk. 6, 4. og 5. pkt.[764]

Efter ordlyden af SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt., hvorefter anskaffelsessummen for aktier, der er erhvervet ved kapitalforhøjelse i et koncernforbundet selskab ikke tillægges saldoen, udgør SEL § 11B, stk. 6, 4. og 5. pkt. en undtagelse hertil. Det følger af SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt., at hvor en kapitalforhøjelse i et direkte ejet selskab er sket med henblik på indirekte anskaffelse af aktier i et selskab fra et selskab uden for koncernen, medregnes anskaffelsessummen på tidspunktet for den indirekte anskaffelse. Derved vil en dokumentation heraf medføre, at SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt. ikke finder anvendelse. Det synes i overensstemmelse med lovbemærkningerne, hvoraf det fremgår, at:

"Ændringsforslaget videreführer bestemmelsen om, at erhvervelse af aktier ved kapitalforhøjelser i koncernforbundne selskaber, der ikke fortages med henblik på opkøb af koncerneksterne selskaber, ikke kan medregnes."[765]

Det må fortsat forudsættes, at tilgangskriterierne i SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. er opfyldt i forhold til selskabet, hvori kapitalforhøjelsen foretages. Konsekvensen er dog ikke, at anskaffelsessummen ved-

[762] Se mere herom i afsnit 4.5.6.1 og 4.5.6.2.
[763] Se bilag 9 og 21 til L 213 2006-2007.
[764] Se bilag 20 og 21 til L 213 2006-2007. Det var i indkomståret 2007 afgørende om det overdragede selskab var en del af koncernen eller ej. Ved direkte køb var det derimod afgørende om overdrageren og erhververen var koncernforbundne. SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. blev derfor omformuleret med virkning fra indkomståret 2008 jf. § 10, stk. 4 i lov nr. 98 af 10. februar 2009.
[765] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007. Der skal henses til, at bestemmelsen nu rettes mod erhvervelser fra koncerneksterne selskaber og ikke erhvervelser af koncerneksterne selskaber.

rørende aktierne erhvervet ved kapitalforhøjelsen tilgår saldoen. Derimod tilgår anskaffelsessummen vedrørende de indirekte erhvervede aktiver. Følgende eksempel følger af lovbemærkningerne:[766]

"Koncernen ønsker at købe et udenlandsk selskab, der har en værdi af 100. Hvis opkøbet foretages gennem et dansk selskab i koncernen, vil 20 pct. af anskaffelsessummen - dvs. 20 - kunne medregnes ved opgørelsen af aktiverne i relation til renteloftet. Gennemføres i stedet en kapitalforhøjelse på 20 i et udenlandsk (holding)selskab, som låner de resterende 80 til erhvervelse af selskabet, vil opkøbet ikke påvirke renteloftet efter det fremsatte lovforslag. Derved giver det fremsatte forslag et incitament til at lade danske selskaber optage lån til erhvervelse af udenlandske selskaber i stedet for at optage lånet i et udenlandsk holdingselskab i samme land.

Ændringsforslaget *indebærer, at der kan medregnes 20 ved opgørelsen af aktiverne i relation til renteloftet - på samme måde som ved opkøb gennem et dansk selskab."*

Det følger tillige af lovbemærkningerne,[767] at:

"*Med justeringen vil en kapitalforhøjelse i et direkte ejet udenlandsk selskab med henblik på opkøb af et datterselskab have samme virkning i relation til renteloftet, som hvis opkøbet var foretaget direkte af et dansk selskab."*

I eksemplet medregnes 20 i opgørelsen af aktivmassen. Det må i overensstemmelse med en direkte erhvervelse forstås, som en saldotilgang på 100. Det må bemærkes, at indskuddet udgør 20, men saldotilgangen udgør 100, dvs. anskaffelsessummen for de indirekte erhvervede aktier. SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. vedrører anskaffelsessummen vedrørende de direkte ejede aktier, mens SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. vedrører anskaffelsessummen på de indirekte erhvervede aktier. Anskaffelsessummen, der udgør tilgangsbeløbet, kan illustreres som følger:

SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. synes derved uklart formuleret i forhold til tilgangsbeløbet.

Der skal henses til, at en kapitalforhøjelse i et direkte ejet udenlandsk selskab, der foretages med henblik på opkøb af et datterselskab, skal have samme virkning i relation til renteloftet, som hvis

[766] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[767] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

opkøbet var foretaget direkte af et dansk selskab, som det konkrete eksempel i lovbemærkningerne præciserer. Tilgangsbeløbet tilgår tilsvarende saldoen på tidspunktet for den indirekte anskaffelse, Tilgangsbeløbet korrigeres dog efter SEL § 11B, stk. 6, 5. pkt. til maksimalt at udgøre det mindste beløb af følgende:

- Fem gange den indskudte kapital ved kapitalforhøjelsen
- Det beløb der ville kunne medregnes, såfremt selskabet var erhvervet direkte af et selskab i sambeskatningen.

Det kan konkluderes, at begrebet anskaffelsessum i SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. henviser til anskaffelsessummen vedrørende de indirekte erhvervede aktier, og SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. udgør en modifikation af både tilgangsbeløbet og tilgangstidspunktet efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. [768] Hertil kommer, at tilgangsbeløbet samtidigt modificeres i SEL § 11B, stk. 6, 5. pkt.

Det følger samtidig af SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt., at det skal *dokumenteres*, at en kapitalforhøjelse i et direkte ejet selskab er sket med henblik på indirekte anskaffelse af aktier i et selskab fra et selskab uden for koncernen. Skatteministeren har bemærket, at der ikke gøres forskel på selskabstyper, således at udtrykket aktier tillige omfatter anparter i anpartsselskaber.[769] Skatteministeriet har desuden bekræftet, at medregning kan ske, selvom kapitalforhøjelsen sker efter erhvervelsen af aktierne, når der blot er en naturlig sammenhæng mellem erhvervelsen og kapitalforhøjelsen. Rækkefølgen er ikke afgørende, når blot den naturlige sammenhæng kan dokumenteres.[770] Der er ikke fremlagt anvisninger vedrørende dokumentationskravet, eller hvad der nærmere forstås ved *"med henblik på indirekte anskaffelse"*. Det anføres af *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234, at der må foreligge konkrete opkøbsplaner, som føres ud i livet. Det er tvivlsomt, om en kapitalforhøjelse foretaget med henblik på erhvervelse af aktier i et ikke nærmere defineret selskab opfylder dokumentationskravet. Det er ligeledes tvivlsomt, om anskaffelsessummen kan tilgå saldoen, såfremt de konkrete opkøbsplaner afbrydes, eksempelvis mellem *signing* og *closing* af købsaftalen, og de indskudte midler i stedet anvendes til opkøb af et andet selskab. Det må anbefales, at der fremkommer nærmere retningslinjer vedrørende dokumentationskravets indhold.

Det skal dokumenteres, at der er foretaget en kapitalforhøjelse med henblik på en indirekte anskaffelse af aktier i et selskab <u>fra</u> et ikke-koncernforbundet selskab. I den oprindelige formulering betingedes, at kapitalforhøjelsen i et direkte ejet selskab var sket med henblik på indirekte anskaffelse <u>af</u> et ikke-koncernforbundet selskab. Det ændredes med virkning fra indkomstår 2008 ved lov nr. 98 af 10. februar 2009. FSR fremførte, at ændringen udgjorde en skærpelse, og derfor tidligst burde

[768] Maksimeringen af tilgangsbeløbet til det beløb, der kunne medregnes, såfremt aktierne var erhvervet direkte af et selskab i sambeskatningen medfører at det maksimale tilgangsbeløb tilsvarende reduceres efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 og 2 i forhold til det indirekte ejede selskab. Derved sikres det, at tilgangsbeløbet i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 og 2 reduceres i forhold til den indirekte erhvervelse og ikke selskabet, hvori kapitalforhøjelsen er foretaget. Se mere herom i afsnit 4.5.6.1 og 4.5.6.2.
[769] Se bilag 1 til L 23 2008-2009 - høringsskema. Se også *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234 samt SKM2008.240.DEP.
[770] Se SKM2008.240.DEP.

træde i kraft fra fremsættelsestidspunktet for lovforslaget.[771] Skatteministeren var uenig heri, da det beløb som kunne medregnes i forbindelse med kapitalforhøjelser med henblik på indirekte anskaffelser, allerede var maksimeret til det beløb, der ville kunne medregnes ved et sambeskattet selskabs direkte erhvervelse, hvorfor det ikke udgjorde en skærpelse.[772] Denne fortolkning må tiltrædes. Det udgjorde et eksisterende krav ved opgørelsen af tilgangsbeløbet efter SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt., mens SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. slet ikke anvendtes ved anskaffelser af (yderligere) aktier i et koncernforbundet selskab. Forskellen ansås for ubegrundet, da SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. skal sikre, at værnsreglen om koncerninterne erhvervelser ikke undermineres.[773]

4.5.6 Reduktion af saldoen

Der er indført en række tiltag i SEL § 11B, stk. 6, som skal forhindre omgåelse og spekulation i at oppuste de medregnede anskaffelsessummer. Derfor indeholder SEL § 11B, stk. 6 en række saldoreduktioner. Omgåelsestankegangen har vægtet tungt, og det fremgår direkte af lovbemærkningerne, at:

"Dette hensyn er tillagt stor vægt, og som konsekvens heraf kan der være tilfælde, hvor disse værnsregler rammer bredere end formålet umiddelbart tilsiger."[774]

Følgende reduktioner foretages på saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1-8:

Reduktion af anskaffelsessummen på anskaffelsestidspunktet

1. Handelsværdien på anskaffelsestidspunktet af det direkte ejede selskabs direkte og indirekte ejede aktier i danske selskaber, faste driftssteder og fast ejendom i Danmark
2. Handelsværdien på anskaffelsestidspunktet af det direkte ejede selskabs udlejningsejendomme, kontanter, værdipapirer og lignende jf. ABL § 34, stk. 6

Reduktion af saldoen ved dispositioner

3. Værdien af efterfølgende direkte og indirekte anskaffelser af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og fast ejendom i Danmark
4. Afståelsessummen for aktier i det direkte ejede selskab og dettes direkte eller indirekte ejede aktier i koncernforbundne selskaber jf. SEL § 31C
5. Afståelsessummen for virksomhed i det direkte ejede selskab og virksomhed i dettes direkte eller indirekte ejede koncernforbundne selskaber jf. SEL § 31C
6. Udlodninger udover værdien af saldoreduktioner efter nr. 2, 4 og 5, fra det direkte ejede koncernselskab til sambeskattede selskaber og faste driftssteder
7. Udlodninger af udbyttepræferenceaktier[775] i det direkte ejede selskab eller selskaber, hvori dette selskab direkte eller indirekte ejer aktier, til koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31C, der ikke indgår i sambeskatningen, i det omfang de sambeskattede selskaber og faste drifts-

[771] Se FSR's høringssvar i bilag 1 til L 23 2008-2009.
[772] Se bilag 1 til L 23 2008-2009 - høringsskema.
[773] Se de almindelige bemærkninger til L 23 2008-2009.
[774] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[775] Ved udbyttepræferenceaktier forstås aktier, der giver ret til et forhøjet udbytte i forhold til kapitalandelen.

steder har en mindre direkte eller indirekte ejerandel i det udbyttemodtagende selskab end i det udloddende selskab

8. Tilskud fra det direkte ejede selskab eller selskaber, hvori dette selskab direkte eller indirekte ejer aktier, til selskaber og faste driftssteder, der indgår i sambeskatningen, og til koncernforbundne selskaber, jf. § 31C, der ikke indgår i sambeskatningen, i det omfang de sambeskattede selskaber og faste driftssteder har en mindre direkte og indirekte ejerandel i det tilskudsmodtagende selskab end i det tilskudsgivende selskab

Disse saldoreduktioner analyseres i de følgende afsnit.

4.5.6.1 Nr. 1 – Aktier i danske selskaber, faste driftssteder og fast ejendom i Danmark

Saldoen reduceres med handelsværdien[776] af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark, ejet direkte eller indirekte af det direkte ejede selskab. Det undgås derved, at værdien heraf medregnes flere gange i renteloftet, dvs. både gennem saldoen (aktieniveau) og i det underliggende selskabs opgørelse af aktivmassen (aktivitetsniveau). Det omfatter også aktier m.v. i selskaber, som ikke indgår i samme koncern (eksempelvis grundet mindretalsaktionær), da de underliggende relevante aktiver indgår i aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, eventuelt i en anden koncern.[777] Det synes i overensstemmelse med, at finansieringen skal ske på aktivitetsniveau og ikke aktieniveau.

Handelsværdien udgør nedsættelsesbeløbet.[778] Derved frasorteres den del af anskaffelsessummen for aktierne, som objektivt set vedrører den danske del af selskabets aktiviteter, således at kun finansieringen vedrørende den resterende del anerkendes i forhold til SEL § 11B, stk. 6.[779] Det er uklart, om handelsværdien skal opgøres ud fra en armslængdevurdering (subjektiv) eller objektiv værdiansættelse, dvs. ud fra de konkrete parters forhold eller fra gennemsnitlige markedsaktørers forhold. Det er uomtalt i forhold til reguleringen. Der må formentlig henses til en objektiv værdiansættelse ud fra gennemsnitlige markedsaktørers forhold, som det kendes fra SEL § 11, stk. 3. Det sikres derved, at der ikke opnås fordele ved anskaffelser af danske selskaber m.v. gennem udenlandske koncernselskaber.[780]

SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 omfatter også indirekte ejede selskaber og faste driftssteder, således at nedsættelse af anskaffelsessummen ikke omgås ved at indskyde (endnu) et mellemliggende udenlandsk datterselskab.

[776] Der henvisestil handelsværdien på anskaffelsestidspunktet for aktierne omfattet af SEL § 11B, stk. 6, 1. eller 4. pkt.
[777] Se også SKM2008.240.DEP.
[778] Det var oprindeligt foreslået at nedsættelsesbeløbet udgjorde den regnskabsmæssige værdi. Det ændredes som følge af at værdier som ikke indgår i regnskabet ellers ville blive medregnet i renteloftet, eksempelvis oparbejdet goodwill. Se bilag 24 til L 213 2006-2007
[779] Det understøtter ligeledes at tilgangsbeløbet (anskaffelsessummen) udgør handelsværdien. Se mere herom i afsnit 4.5.2.2.
[780] Det skal bemærkes, at afståelsessummen udgør en subjektiv værdiansættelse ud fra parternes forhold, mens handelsværdien opgøres ud fra en objektiv værdiansættelse.

Saldoen nedsættes med et forholdsmæssigt beløb, såfremt selskabets ejerandel er mindre end 100 pct.[781] Nedsættelsen udgør den procentmæssige ejerandel, der erhverves på tidspunktet for anskaffelsen, multipliceret med handelsværdien af aktiverne omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 på anskaffelsestidspunktet. Det er af betydning, såfremt aktierne anskaffes på forskellige tidspunkter.

4.5.6.2 Nr. 2 – Udlejningsejendomme, kontanter, værdipapirer og lign.

Saldoen reduceres med handelsværdien[782] af det direkte ejede selskabs udlejningsejendomme, kontanter, værdipapirer og lignende, som defineret efter ABL § 34, stk. 6.[783] Det sker som følge af, at disse likvider midler m.v. anses for at udgøre et relevant finansieringsbehov.

Den generelle henvisning til ABL § 34, stk. 6 kritiseres af FSR for at være upræcis. Det skyldes ifølge FSR, at 1. pkt. heri ikke er relevant, da den definerer *"væsentligt omfang"*. Ligeledes angives ABL § 34, stk. 6 til at være:

"…en regel, der fastlægger, hvornår et selskabs virksomhed i overvejende grad anses for at bestå i udlejning af fast ejendom eller besiddelse af kontanter og værdipapirer".[784]

Skatteministeriet har anført, at:

"Når der er henvist til hele ABL § 34, stk. 6 og dermed også til ABL § 34, stk. 6, 1. pkt., er begrundelsen, at det er meningen, at likvide midler i SEL § 11 B, stk. 6, nr. 2 skal følge den definition af likvide midler, der er indeholdt i ABL § 34, stk. 6. Henvisningen går således på indholdet af begrebet "likvide midler" og ikke på "væsentlig omfang."[785]

Det følger ligeledes af lovbemærkningerne, at:

"Det foreslås, at likvide midler defineres på samme måde som i den såkaldte pengetanksregel i aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 6".[786]

Afgørende er om de likvide midler m.v. indgår i opgørelse efter ABL § 34, stk. 6, mens selve omfanget af de likvide midler er irrelevant i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 2. Derved er 1. pkt. langt fra irrelevant.

SEL § 11B, stk. 6, nr. 2 omfatter alle selskabets[787] passive pengeanbringelser som kontanter, bankindeståender, finansielle kontrakter, obligationer, aktier, anparter, andelsbeviser, investeringsfor-

[781] Se SKM2008.240.DEP.
[782] Der henvisestil handelsværdien på anskaffelsestidspunktet for aktierne omfattet af SEL § 11B, stk. 6, 1. eller 4. pkt.
[783] Bestemmelsen omtales som "pengetank-reglen" og vedrører hvornår et selskabs aktivitet og formue i overvejende grad består af passive pengeanbringelser i forhold til ABL § 34, stk. 1 vedrørende generationsskifte i levende live. Henvisningen til hele ABL § 34, stk. 6 og dermed også til ABL § 34, stk. 6, 1. pkt., begrundes af Skatteministeriet med, at likvide midler i SEL § 11 B, stk. 6, nr. 2 skal følge den definition af likvide midler, der er indeholdt i ABL § 34, stk. 6. Henvisningen går således på indholdet af begrebet "*likvide midler*" og ikke på "*væsentlig omfang*".
[784] Se *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234.
[785] Se SKM2008.240.DEP.
[786] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

eningsbeviser m.v. Heri indgår ikke andele i kooperationsbeskattede andelsforeninger (ABL § 18).[788] Ligningsrådet har udtalt, at likvide midler altid anses for pengetanksaktiver, uanset ophavet til disse eller hvorledes disse forventes anvendt.[789] Skatterådet anerkendte i TfS 2007, 365, at tilgodehavender vedrørende moms opstået ved salg af telefoner, havde en klar sammenhæng med driften og ikke indgik som et pengetanksaktiv i opgørelsen efter ABL § 34, stk. 6, 1. pkt.[790]

Udlejning af fast ejendom omfattes af ABL § 34, stk. 6, og derved af SEL § 11B, stk. 6, nr. 2. Det kan dog ikke antages at fast ejendom, der omfattes af SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 (også) reducerer saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, da det ville udløse en dobbeltreduktion af finansieringsbehovet. I den forbindelse må SEL § 11B, stk. 6, nr. 2 anses som sekundær.

Fast ejendom beliggende i udlandet, som udlejes mellem selskabet og et datterselskab eller mellem datterselskaber, anses i øvrigt ikke som udlejningsejendom, såfremt lejeren anvender ejendommen i driften.[791] Skatterådet godkendte i TfS 2007,365, at et sommerhus, som var stillet til rådighed for koncernens ansatte, ikke ansås for udlejet til tredjemand. Såfremt denne praksis fastholdes, vil værdien af disse sommerhuse ikke reducere saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2. Bortforpagtning af fast ejendom, som benyttes til landbrug, gartneri, planteskole, frugtplantage eller skovbrug anses ikke som udlejning af fast ejendom jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 3, 2. pkt.

Efter ABL § 34, stk. 6 indgår aktier i definitionen af likvide midler og derved i opgørelsen efter ABL § 34, stk. 6, 1. pkt. Dog følger det af ABL § 34, stk. 6, 3. pkt., at værdien af aktier i datterselskaber, hvori selskabet direkte eller indirekte ejer mindst 25 pct. af aktiekapitalen m.v., ikke medregnes. I stedet medregnes den del af datterselskabets aktiver, som svarer til ejerforholdet.[792] Det gælder tilsvarende i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 2 ved anskaffelser foretaget før 8. oktober 2008. Før denne dato reduceres saldoen ikke med værdien af disse aktier, men i stedet med værdien af de likvide midler, opgjort efter ABL § 34, stk. 6, der måtte være en del af datterselskabets aktivmasse. Ved overdragelse foretaget den 8. oktober 2008 eller senere,[793] skal konsolidering ske med koncernforbundne datterselskaber efter SEL § 31C og ikke efter 25 pct. kriteriet i ABL § 34, stk. 6, 3. pkt. Pengetanksreglen modificeres derved i forhold til SEL § 11B til koncerndefinitionen i SEL § 31C. Det må i øvrigt ligeledes antages, at SEL § 11B, stk. 6, nr. 2 er subsidiær, således at aktier der allerede har reduceret saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 ikke omfattes heraf.

Ved den konsoliderede opgørelse efter ABL § 34, stk. 6, 3. og 4. pkt. har det tidligere været diskuteret, om der skulle ske eliminering af koncerninterne fordringer. I TfS 2007, 365 godkendte Skatterådet en opgørelse, hvor koncerninterne fordringer var elimineret. Det er på baggrund heraf konkluderet, at denne eliminering af koncerninterne fordringer er i overensstemmelse med transparensprin-

[787] Der henvises udelukkende til selskabets beholdning. Der skal dog henses til transparensprincippet i ABL § 34, stk. 6, 3. og 4. pkt.
[788] Jf. ABL § 34, stk. 6, 2. pkt.
[789] Se SKM2003.458.LR.
[790] Se hertil *Mikkelsen og Schmidt* i TfS 2007, 671.
[791] Jf. ABL § 34, stk. 6, 6. pkt.
[792] Jf. ABL § 34, stk. 6, 4. pkt.
[793] Jf. § 10, stk. 6 i lov nr. 98 af 10. februar 2009.

cippet i ABL § 34, stk. 6.[794] Det må i så fald tillige gælde i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, henset til henvisningen til ABL § 34, stk. 6.

Nedsættelsen af saldoen sker med *handelsværdien* på tidspunktet for anskaffelsen af de direkte ejede aktier. Det er uklart, om der henvises til samme begreb i ABL § 34, stk. 6. SKAT og Skatterådet accepterede uden indvendinger i forbindelse med en succession omfattet af ABL § 34, at de bogførte værdier konkret blev anvendt. Ligeledes anvendtes i samme afgørelse til værdiansættelsen af en udlejningsejendom den offentlige ejendomsvurdering.[795] Det antages generelt, at bogførte værdier ofte i praksis kan og vil blive lagt til grund ved opgørelsen af aktiverne efter ABL § 34, stk. 6, da Skatteministeren har erkendt, at værdiansættelsen kan være forbundet med store vanskeligheder, og at de vejledende beregningsregler for værdiansættelse aktier m.v. i mangel af bedre kan lægges til grund.[796] Samme problemstilling knytter sig til værdiansættelse efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, men det er uklart, om praksis vedrørende ABL § 34, stk. 6 også følges i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, men en vanskelig fastsættelse af handelsværdien taler herfor.

Såfremt der ikke ejes 100 pct. af aktiekapitalen nedsættes saldoen kun forholdsmæssigt med denne andel.[797] De passive pengeanbringelser anses ikke som et relevant finansieringsbehov og fratrækkes saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, ligesom at likvide midler m.v. ej heller indgår i aktivmassen for danske selskaber efter SEL § 11B, stk. 5.[798]

4.5.6.3 Nr. 3 – Efterfølgende erhvervelser

Værdien af efterfølgende direkte eller indirekte anskaffelser af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og fast ejendom i Danmark reducerer saldoen.[799] Derved undgås dobbeltindregning af aktiverne efter SEL § 11, stk. 5 og 6.[800] Ved værdien henvises til handelsværdien.[801]

Det følger ikke klart, hvilket tidspunkt begrebet *efterfølgende* henviser til. Det må erindres, at der skal sondres mellem tilgangstidspunktet (betingelser for tilgang) og tilgangsbeløbet (finansieringsbehovet). Finansieringsbehovet, som saldoen udtrykker, har udgangspunkt i anskaffelsestidspunktet, mens tilgangstidspunktet "blot" udgør en aktivering af finansieringsbehovet. I overensstemmelse hermed og formålet om at undgå dobbeltindregning må efterfølgende forstås som en henvisning til anskaffelser foretaget efter anskaffelsestidspunktet for de direkte aktier og ikke en henvisning til tilgangstidspunktet. Det skal også ses i forhold til at imødegå spekulation, da en fortolkning i forhold til tilgangstidspunktet ville skabe rum for ændringer af aktivmassen i perioden fra anskaffelsen og

[794] Se *Mikkelsen og Schmidt* i TfS 2007, 671.
[795] Ejendommen var ikke handlet fornyeligt, ligesom der ikke forelå uafhængige vurderinger af ejendommens værdi. Såfremt dette havde været tilfældet, er det tvivlsomt om den offentlige vurdering kunne anvendes. Se hertil *Mikkelsen og Schmidt* i TfS 2007, 671 samt *Zimmermann og Boesen* i TfS 2001, 318.
[796] Se *Mikkelsen og Schmidt* i TfS 2007, 671.
[797] Se SKM2008.240.DEP.
[798] Det skal bemærkes, at der dog ikke er fuldstændigt sammenfald mellem de udeladte aktiver fra aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5 og reduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2.
[799] Jf. SEL § 11B, stk. 6, nr. 3.
[800] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[801] Se SKM2008.240.DEP. Der må formentlig fortsat henses til en objektiv værdiansættelse, som det kendes fra SEL § 11, stk. 3.

frem til tilgangstidspunktet, der derved kunne bevare saldoen kunstigt højt. Anskaffelser i denne mellemliggende periode omfattes af SEL § 11B, stk. 6, nr. 3, hvilket i øvrigt tilsvarende gælder i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 4-8.

Reduktioner medregnes tidligst samtidig med opfyldelsen af tilgangskriterierne, da tilgangen af anskaffelsessummen aktiverer potentielle reduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1-8. Finansieringsbehovet kan være reduceret i den mellemliggende periode i overensstemmelse med ovenstående, men finansieringsbehovet og eventuelle reduktioner heraf anerkendes først fra tilgangstidspunktet.[802]

Det følger af SEL § 11B, stk. 6, nr. 3, at saldoen reduceres med værdien af efterfølgende direkte eller indirekte anskaffelser af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og fast ejendom i Danmark. Der er ikke foretaget en nærmere henvisning til hvilket subjekts efterfølgende anskaffelser, der omfattes heraf. FSR påpegede, at der var behov for en præcisering af, at det kun omfatter det direkte ejede selskabs anskaffelser. Skatteministeriet henviste til, at hensigten er, at den skal omfatte både direkte og indirekte ejede selskabers efterfølgende erhvervelser. Det anførtes samtidigt, at saldoen nedsættes med efterfølgende eksterne erhvervelser, som foretages af selskaber, der indgår i koncernen.[803] Det er uklart, hvorledes det skal forstås. Det fremgår af lovbemærkningerne, at:

"*I henhold til nr. 3 reduceres anskaffelsessummen med værdien af efterfølgende direkte eller indirekte anskaffelser af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark. Bestemmelsen er ny i forhold til det fremsatte forslag og skal forhindre, at de samme aktiver medregnes to gange i renteloftet, jf. også nr. 1 ovenfor.*"[804]

Der henvises utvivlsomt til at hindre en dobbeltindregning af værdien i forhold til opgørelsen af koncernens finansieringsbehov og SEL § 11B, stk. 6, nr. 3 må fortolkes i overensstemmelse hermed. Henset til henvisningen i lovbemærkningerne til nedsættelse af "*anskaffelsessummen*", henvisningen til SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 samt sammenhængen med saldotilgang, må det antages, at reduktion efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 3 udelukkende omfatter direkte ejede selskabers direkte og indirekte anskaffelser. Det kan derimod ikke antages, at hverken sambeskatningskredsens erhvervelser eller ikke-sambeskattede koncernselskabers erhvervelser omfattes, hvor et direkte ejet selskab ikke samtidig foretager en direkte eller indirekte erhvervelse, da der ikke består en potentiel dobbeltindregning.

Det skal herefter sondres mellem eksterne og interne efterfølgende erhvervelser, da det skal erindres, at koncerninterne omstruktureringer ikke påvirker saldoen. Der skal henses til, at bestemmelsen har udgangspunkt i finansieringsbehovet for koncernen,[805] ligesom at saldoen, som udgangspunkt, ikke skal påvirkes af interne omstruktureringer.[806] Skatteministeriet har i SKM2008.240.DEP anført, at saldoen nedsættes med efterfølgende eksterne erhvervelser, mens interne erhvervelser

[802] Fortolkningen er i overensstemmelse med formålet om at imødegå spekulation i at oppuste anskaffelsessummer.
[803] Se SKM2008.240.DEP.
[804] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[805] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[806] Se SKM2008.240.DEP.

ikke nævnes.[807] En sådan fortolkning må tiltrædes, således at interne erhvervelser i udgangspunktet ikke reducerer saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 3. Det omfatter koncerninterne erhvervelser, hvor de direkte ejede selskabers ejerandel ikke øges, eksempelvis ved koncerninterne erhvervelser fra et ikke-sambeskattet søsterselskab. En eventuelt øget ejerandel (indirekte) må dog anses som en koncernekstern anskaffelse, der reducerer saldoen. Det illustreres i følgende figur.

En overdragelse af aktierne i selskab B mellem selskab A og selskab DS 2 udgør en koncernintern efterfølgende anskaffelse. Dog skal det bemærkes, at selskab DS 1 udelukkende indirekte ejer 80 pct. af aktiekapitalen i selskab B, mens selskab DS 2 erhverver 100 pct. af aktiekapitalen heri. Derved må det anses som en koncernintern erhvervelse for så vidt angår 80 pct. af aktiekapitalen, mens de resterende 20 pct. må anses som en koncernekstern erhvervelse, der reducerer saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 3.

Det må samtidigt anføres, at ordlyden umiddelbart angiver, at saldoen skal nedsættes med handelsværdien af efterfølgende direkte eller indirekte anskaffelser af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark, og at enhver anskaffelse af en sådan art nedbringer saldoen.

SEL § 11B, stk. 6, nr. 3 omfatter således kun det direkte ejede selskabs direkte og indirekte erhvervelse, mens sondringen mellem koncerneksterne og koncerninterne anskaffelser primært må baseres på en formålsfortolkning, men synes ligeledes at følge af SKM2008.240.DEP. Reduktionsbeløbet udgør handelsværdien af det direkte ejede selskabs direkte eller indirekte erhvervelse. Værdien må nedsættes forholdsmæssigt ved indirekte erhvervelser i forhold til den indirekte ejerandel, som det tilsvarende sker efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 og 2.[808]

[807] Det skal påpeges, at der betinges en direkte eller indirekte koncernekstern erhvervelse foretaget af et direkte ejet selskab, hvorved at ikke alle koncernselskabers erhvervelser omfattes.
[808] Se SKM2008.240.DEP.

4.5.6.4 Nr. 4 – Afståelse af aktier

Afståelse af aktier reducerer saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4 og omfatter:

(i) Direkte afståelse af aktierne i et direkte ejet selskab
(ii) Indirekte afståelse af aktierne i et direkte ejet selskab
(iii) Et direkte ejet selskabs direkte og indirekte afståelser af aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31C
(iv) Ophør af koncernforbindelsen sidestilles med et salg af aktierne til handelsværdien

Der skal derved overordnet sondres mellem afståelse af aktier i det direkte ejede selskab og det direkte ejede selskabs afståelse af aktier. Heri indgår ophør af koncernforbindelse.

Ved en direkte afståelse af aktierne i det direkte ejede selskab udgør reduktionsbeløbet afståelsessummen. Ved en indirekte afståelse af aktierne i det direkte ejede selskab anses handelsværdien af de indirekte afståede aktier som afståelsessummen og udgør derved reduktionsbeløbet.[809] Handelsværdien anses ligeledes som afståelsessummen (reduktionsbeløbet), hvor koncernforbindelsen efter SEL § 31C ophører, og sidestilles med salg af samtlige aktier i selskabet.[810] Afståelsessummen fratrækkes handelsværdien af det direkte ejede selskabs direkte og indirekte ejede aktier i danske selskaber, faste driftssteder og fast ejendom i Danmark.[811]

Ved det direkte ejede selskabs direkte og indirekte afståelse af aktier i koncernforbundne selskaber efter SEL § 31C, reduceres saldoen ligeledes, da finansieringsbehovet vedrørende det afståede selskab ikke længere er til stede.[812] Reduktionsbeløbet udgør afståelsessummen for de afståede aktier. Det må formentlig tilsvarende gælde, at ophør af koncernforbindelsen også i denne forbindelse anses som et salg af alle aktierne til handelsværdien, som nævnt i SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, 5. pkt., henset til, at kun salg af aktier i koncernforbundne selskaber omfattes ved det direkte selskabs aktieafståelser.[813] Afståelsessummen fratrækkes handelsværdien af det afståede selskabs direkte eller indirekte ejede aktier i danske selskaber, faste driftssteder og fast ejendom i Danmark. Såfremt selskabets ejerandel i det direkte ejede selskab er under 100 pct. nedsættes saldoen kun med et forholdsmæssigt beløb.[814]

[809] Det skal hindre en omgåelse ved overdragelse af danske holdingselskaber, og derigennem en indirekte overdragelser af aktierne, frem for en direkte overdragelse af de direkte aktier i de udenlandske datterselskaber.
[810] Jf. SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, 5. pkt. Se også bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[811] Disse har allerede reduceret saldoen efter enten SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 eller nr. 3.
[812] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[813] Reduktion ved det direkte selskabs afståelser af aktier omfatter ikke generelt aktieafståelser, men kun aktieafståelser vedrørende koncernforbundne selskaber jf. SEL § 31C. Der foreligger ingen begrundelse herfor, men skal muligvis ses i sammenhæng med transparensprincippet i SEL § 11B, stk. 6, nr. 2 og ABL § 34, stk. 6.
[814] Se SKM2008.240.DEP.

Der kan overordnet anses for at bestå fire saldoreduktionssituationer efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, hvor reduktionsbeløbet enten udgør afståelsessummen eller handelsværdien af aktierne. Det kan opsummeres som følger:

Afståelse	**Reduktionsbeløb**
Indirekte afståelse af de direkte ejede aktier (5. pkt.)	Handelsværdien
Direkte afståelse af de direkte ejede aktier (1. pkt.)	Afståelsessummen
Afståelse af andre aktier (1. pkt.)	Afståelsessummen
Ophør af koncernforbindelse (5. pkt.)	Handelsværdien

Opgørelsen af handelsværdien må henføres til en objektiv værdiansættelse, som det tilsvarende sker ved indirekte anskaffelser omfattet af SEL § 11B, stk. 6, 1. og 2. pkt., som omtalt i afsnit 4.5.2.2. Opgørelsen af afståelsessummen må tilsvarende ses i sammenhæng med opgørelsen af anskaffelsessummen efter SEL § 11B, stk. 6, 1. og 2. pkt., hvorved principperne i aktieavancebeskatningsloven må anvendes.

Det gælder dog ikke undtagelsesfrit, at førnævnte aktieafståelser reducerer saldoen.

Det er formentlig ikke tilfældet, at det direkte ejede selskabs afståelse af aktier i et dansk koncernforbundet (sambeskattet) selskab, eller ophør af koncernforbindelsen hermed, reducerer saldoen.[815] Saldoen reduceres med handelsværdien på anskaffelsestidspunktet efter SEL § 11B, stk. 6 nr. 1 eller ved den efterfølgende erhvervelse heraf efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 3. Saldoreduktionen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4 begrundes i lovbemærkningerne[816] med, at finansieringsbehovet vedrørende det solgte selskab ikke længere er til stede efter salget, hvilket synes at forudsætte en anerkendelse af finansieringsbehovet. Det er derfor formentlig ikke tilfældet, at sådanne afståelser reducerer saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4.

Der foretages ikke saldoreduktion, såfremt afståelsen sker til et selskab eller fast driftssted, der indgår i sambeskatningen. Derved skabes bedre mulighed for koncerninterne omstruktureringer.[817] Det samme må antages at gælde, hvor der kun består ét dansk selskab og derved ingen sambeskatning, og hvor det direkte ejede selskab eller dettes datterselskaber afstår aktier til det danske selskab.[818]

[815] Nedsættelsen af anskaffelsessummen henviser til det afstående selskabs aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark.
[816] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[817] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[818] Se i denne retning SKM2007.695.SR vedrørende en omvendt lodret fusion. Argumentationen heri er todelt, således at den skattefri fusion ikke er at sidestille med et almindeligt salg samt at finansieringsbehovet ikke er ændret.

Sker afståelsen til et koncernforbundet selskab, som de sambeskattede selskaber eller faste driftssteder direkte eller indirekte ejer aktier i, vil saldoreduktion kun ske i det omfang den direkte og indirekte ejerandel er mindre i det erhvervende selskab end i det afstående selskab.

Følgende eksempel er fremført i bemærkningerne:

"Et dansk selskab ejer direkte 60 pct. af et udenlandsk selskab A og 80 pct. af et udenlandsk selskab B. De resterende aktier i A og B ejes af koncernekstern selskaber. A og B har hvert sit udenlandske helejede datterselskab C og D. Hvis A sælger sit datterselskab C til B's datterselskab D, reduceres saldoen ikke. Det skyldes, at selskabets/koncernens ejerandel i C går fra 60 pct. til 80 pct. Sælger B omvendt sit datterselskab D til A's datterselskab C skal saldoen reduceres som følge af, at selskabets/koncernens indirekte ejerandel i D er nedbragt med 25 pct. (fra 80 pct. til 60 pct.). Derfor skal saldoen reduceres med 25 pct. af salgssummen."[819]

Det skal samtidigt erindres, at koncernforbundne selskaber konsolideres i forbindelse med saldoreduktioner efter pengetanksreglen i SEL § 11B, stk. 6, nr. 2. Der foretages ikke en tilsvarende korrektion ved saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4. Erhverves eksempelvis et udenlandsk selskab A til 100, hvor aktivmassen består af driftsmidler på 50 samt den fulde aktiekapital i et udenlandsk koncernforbundet datterselskab (B) til en værdi på 50. Datterselskab B består udelukkende af likvide midler på 50. Saldotilgangen ved erhvervelsen af selskab B vil herefter udgøre 50 (100-50), som følge af driftsmidlerne, mens de likvide midler henregnes til selskab A, som følge af transparensprincippet og reducerer saldoen jf. SEL § 11B, stk. 6, nr. 2. Afstås selskab B reduceres saldoen med 50 og udgør herefter 0, uagtet at finansieringsbehovet ved det afståede selskab aldrig er tilgået saldoen. Det kan tilføjes, at en udlodning fra selskab B ikke ville reducere saldoen, hvorfor en udlodning forud for salget af selskab B er fordelagtig, hvilket generelt må haves for øje ved afståelser af aktier i forhold til SEL § 11B, stk. 6.

Det skal slutteligt bemærkes, at der ikke synes at være grundlag for at sondre mellem skattepligtige og skattefrie omstruktureringer i forhold til, om der er foretaget en afståelse eller ej. Det må erindres, at Fusionsskattelovens regler vedrører de skattemæssige konsekvenser af en overdragelse, og ikke om der er foretaget en overdragelse.[820] Ligeledes må det anføres, at eksempelvis FUL § 7 er uden betydning for opgørelsen af afståelsessummen, da denne blot fritager en eventuel avance fra beskatning. Der må derfor også ved skattefri omstruktureringer foretages en opgørelse af afståelsessummen i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 4. Det har derimod betydning ved en potentiel vedhængende saldo,[821] og det skal i forhold til en eventuel vedhængende saldo vurderes, om der er foretaget afståelser m.v. omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 4.

[819] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[820] Se også SKM2011.406.SKAT vedrørende værdiansættelse ved overdragelser ved succession og nedsættelser efter KSL § 33C, hvorved handelsværdien anvendes.
[821] Se også afsnit 4.5.1.2.

4.5.6.5 Nr. 5 – Efterfølgende afståelser af virksomhed

Efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 5 reduceres saldoen med afståelsessummen for virksomhed i det direkte ejede selskab og virksomhed i dette selskabs direkte eller indirekte ejede koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31C. Det skal ses i sammenhæng med SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, således at denne ikke omgås ved en aktivoverdragelse, og det anføres, at SEL § 11B, stk. 6 nr. 5 reducerer saldoen ved salg af virksomhed på samme måde som salg af aktier. Dog skal det bemærkes, at det ikke gælder ved afståelse til et sambeskattet selskab eller fast driftssted. Afståelse af disse udenlandske virksomheder til sambeskattede danske selskaber og faste driftssteder, reducerer finansieringsbehovet i det direkte ejede selskab og derved saldoen, hvorved saldoen også påvirkes i en koncernintern omstrukturering.

Der er ikke anført nærmere, hvad der forstås ved *virksomhed*.[822] Virksomhedsbegrebet anvendes i andre skatteretlige sammenhænge, eksempelvis ved skattefri virksomhedsomdannelse, tilførsel af aktiver og ved underskudsbegrænsningsreglen i LL § 15, stk. 7. Det er i litteraturen fremført, at begrebet virksomhed anvendes i to betydninger, nemlig i en abstrakt betydning som aktivitet (eksempelvis selvstændig erhvervsvirksomhed eller ej) og i en konkret betydning som foretagende (virksomhed eller blot enkelte aktiver).[823] Sondringen i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 5 vedrører konstateringen af, om de afståede aktiver anses som virksomhed eller blot enkelte aktiver. Det er fremført, at der i de fleste tilfælde ikke vil være tvivl om, hvorvidt der foreligger en virksomhed med den fornødne substans, men at der i tvivlstilfælde kan hentes vejledning i det virksomhedsbegreb, der har udviklet sig efter andre skattelove, eksempelvis virksomhedsomdannelsesloven, investeringsfondsloven, virksomhedsskatteloven og personskatteloven.[824] Det skal bemærkes, at selskaber kan drive flere virksomheder[825], og at en afståelse af én virksomhed ligeledes omfattes af SEL § 11B, stk. 6, nr. 5. Afgørende er, om aktiverne udgør en virksomhed i forhold til overdrageren.

Det skal samtidigt bemærkes, at SEL § 11B, stk. 6 nr. 5 formentlig kun omfatter direkte afståelser af virksomhed, mens indirekte afståelser og ophør af koncernforbindelse må henføres til SEL § 11B, stk. 6, nr. 4. Reduktionsbeløbet skal derfor henføres til den konkrete afståelsessum. Ved skattefrie omstruktureringer må der tilsvarende henses til afståelsessummen og ikke den succederede anskaffelsessum, som et udtryk for det reducerede finansieringsbehov. Der skal principielt foretages en subjektiv ansættelse af afståelsessummen vedrørende den konkrete afståelse, som det ligeledes er tilfældet ved aktieafståelser.

Afståelsessummen fratrækkes i alle situationer handelsværdien[826] af virksomhedens direkte eller indirekte ejede aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark. Saldoen reduceres med et forholdsmæssigt beløb, såfremt det danske selskabs ejerandel i det direkte ejede

[822] Det fremhæves tillige af *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007,234 at bestemmelsens konkrete rækkevidde derfor er usikker.
[823] Se *Hansen*, (2004), p. 273 ff. Det anføres, at artiklen kun skal fungerer som en "appetizer" og ikke kan danne grundlag for en egentlig konklusion.
[824] Se *Bundgaard* i TfS 2004, 671.
[825] Se *Hansen*, (2004), p. 288.
[826] Se SKM2008.240.DEP.

selskab er mindre end 100 pct.[827] Ved afståelsessummen forstås den fulde afståelsessum og ikke kun nettoprovenuet, såfremt gæld ligeledes overdrages.[828]

Afståelse af virksomhed til et ikke-sambeskattet koncernforbundet selskab eller et fast driftssted, som de sambeskattede selskaber eller faste driftssteder ejer aktier i, påvirker kun saldoen, såfremt den direkte og indirekte ejerandel er mindre i det erhvervende selskab end i det overdragende selskab, og kun med denne del. Afståelse til et sambeskattet selskab eller fast driftssted medfører altid en fuld reduktion efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 5, grundet at det ikke er hensigten, at direkte udenlandske faste driftssteder indgår i saldoen.

4.5.6.6 Nr. 6 – Udlodninger

Saldoen nedsættes med udlodninger fra det direkte ejede selskab til sambeskattede koncernforbundne selskaber og faste driftssteder. Det omfatter både skattepligtige udlodninger og skattefrie udlodninger.[829] Det søges dermed hindret, at finansieringsbehovet ikke holdes kunstigt højt. Udbytter fra alle direkte ejede ikke-sambeskattede datterselskaber reducerer saldoen, og uanset om aktierne eksempelvis er erhvervet i en koncernintern transaktion og derfor ikke er tilgået saldoen.

Nedsættelse efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 6 sker kun for så vidt angår den del af udlodningerne, som overstiger oprindelige nedsættelser efter pengetanksreglen i SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, samt efterfølgende nedsættelser af afståelsessummer omfattet af SEL § 11B, stk. 6, 4 eller 5. Henset til den løbende karakter af saldoen efter SEL § 11B, stk. 6 må vurderingen foretages på udlodningstidspunktet.[830]

Det følger af lovbemærkningerne,[831] at saldoen ikke skal nedsættes, i det omfang der er tale om en videreudlodning af en salgssum, som allerede har nedsat saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 4 eller 5, men denne betingelse fremgår ikke direkte af bestemmelsens ordlyd. Afståelsessummer for aktier i direkte ejede selskab kan eksempelvis ikke udgøre en videreudlodning af en afståelsessum, som det synes forudsat i lovbemærkningerne.[832] Henset til at udlodningsmaksimen ikke opgøres individuelt, således at der ikke i forvejen består en nær sammenhæng mellem udlodninger, der reducerer saldoen, og eksempelvis afståelser omfattet af nr. 4 og 5, så må lovbemærkningerne formentlig blot anses som et eksempel og ikke en præcisering af ordlyden. Alle nedsættelser efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, 4, og 5 må forudsættes omfattet af denne udlodningsmaksime.

FSR anmodede Skatteministeriet om at bekræfte, at udlodningsmaksimeringen og udlodninger opgøres individuelt for hvert direkte ejet selskab. Skatteministeriet afviste dette med, at:

"Udlodningsmaksimeringen skal ikke opgøres for hvert direkte ejede selskab for sig.

[827] Se SKM2008.240.DEP.
[828] Se SKM2008.240.DEP.
[829] Skattepligtige udbytter indgår samtidigt i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 5.
[830] Se også afsnit 4.8.7.
[831] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[832] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

Efter § 11 B, stk. 6 opgøres saldoen på koncernbasis - den samlede anskaffelsessum for de direkte ejede aktier i koncernselskaber uden for sambeskatning indgår. Tilsvarende indebærer stk. 6, nr. 2, 4 og 5, nedsættelser af saldoen som er samlet for koncernen. Det følger herefter af stk. 6, nr. 6, at udlodninger alene skal nedsætte saldoen med den del af udlodningerne, der overstiger disse nedsættelser."[833]

Saldoen og nedsættelserne opgøres på koncernbasis. Derfor opgøres udlodninger fra direkte ejede selskaber omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 6 samlet og saldoen nedsættes med den del af udlodninger, der måtte overstige disse omtalte nedsættelser efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, 4 og 5 på koncernbasis.[834] Derved synes Skatteministeriet ej heller at betinge videreudlodning af en salgssum. Henset til saldoens overordnede fokus på koncernens finansieringsbehov, synes Skatteministeriets fortolkning korrekt og i overensstemmelse med ordlyden.

Det må anbefales at føre en løbende saldo, hvoraf nedsættelser efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, 4 og 5 sammenholdes med udbytteudlodninger omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 6, således at det på udlodningstidspunktet er klart om saldoen efter SEL § 11B, stk. 6 nedsættes eller ej.[835]

4.5.6.7 Nr. 7 – Udlodninger af udbyttepræferenceaktier

Udlodninger af udbyttepræferenceaktier behandles særligt i SEL § 11B, stk. 6, nr. 7. Det følger heraf, at udlodninger af udbyttepræferenceaktier i det direkte ejede selskab til koncernforbundne selskaber efter SEL § 31C, der ikke indgår i sambeskatningen, reducerer saldoen i det omfang, at de sambeskattede selskaber og faste driftssteder har en mindre direkte eller indirekte ejerandel i det udbyttemodtagende selskab end i det udloddende selskab. Det omfatter tillige udlodninger af udbyttepræferenceaktier fra selskaber, hvori det direkte ejede selskab direkte eller indirekte ejer aktier i.

Formålet er at sikre, at værdien af det direkte ejede selskab ikke nedbringes ved koncerninterne udlodninger uden, at saldoen tilsvarende reduceres. Der hindres en omgåelse af SEL § 11B, stk. 6, nr. 6 via udbyttepræferenceaktier, således at der ikke flyttes værdier uden om sambeskatningen, eksempelvis hvor et udenlandsk ultimativt moderselskab opnår særlig fordelagtige udbyttevilkår.[836]

Det betinges, at det modtagende selskab og det direkte ejede selskab er koncernforbundne. Det fremgår af lovbemærkningerne, at:

"*Den indebærer, at der ikke kan flyttes værdier fra sambeskatningskredsen til en anden gren af koncernen, ved at lade det ultimative moderselskab eller et datterselskab heraf, som er uden forbindelse til de sambeskattede selskaber, have særlige udbyttevilkår".*[837]

[833] Se SKM2008.240.DEP.
[834] Se SKM2008.240.DEP.
[835] Se også afsnit 4.8.7.
[836] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[837] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

Kriteriet om koncernforbindelse henviser til det direkte ejede selskab og det udbyttemodtagende selskab, mens det udloddende selskab formentlig ikke nødvendigvis skal være koncernforbundet hermed efter ordlyden og samspillet med SEL § 11B, stk. 6, nr. 6.[838]

Følgende eksempel er fremført i lovbemærkningerne[839]:

"Et amerikansk selskab A har et helejet dansk datterselskab B. B ejer 80 pct. af et udenlandsk selskab C, mens A ejer de resterende 20 pct. A's aktier i C giver ret til forlods at modtage 100 i udbytte, før B kan modtage udbytte. Hvis der udloddes 100 til A, reduceres anskaffelsessummen for B's aktier i C med 80 pct. af dette beløb svarende til forskellen mellem det danske selskabs ejerandel i det udbyttegivende selskab og det udbyttemodtagende selskab."

Det betinges, at udbyttemodtageren er et koncernforbundet selskab, der ikke er en del af sambeskatningen, eller at sambeskatningskredsen ejer en mindre direkte eller indirekte ejerandel heri, herunder eksempelvis ingen ejerandel. Såfremt udbyttemodtageren indgår i sambeskatningen, så omfattes udlodningen af SEL § 11B, stk. 6, nr. 6. Saldoen reduceres, som om der ikke eksisterede udbyttepræferenceaktier, således at saldoen ikke bevares kunstigt højt.[840]

Det skal bemærkes, at der ikke i lighed med SEL § 11B, stk. 6, nr. 6 er indført en udlodningsmaksimering. Udlodninger omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 7, nedsætter saldoen uanset eventuelt tidligere nedsættelser. Skatteministeriet har erkendt, at der kan være behov for en præcisering af, at disse udlodninger og tilskud alene skal nedsætte saldoen i det omfang de overstiger kontanter og afståelsessummer, der har nedsat saldoen efter nr. 2, 4 og 5.[841] Det vil i så fald ikke udgøre en præcisering, men en lovændring.

4.5.6.8 Nr. 8 – Tilskud

Saldoen reduceres ved visse tilskud efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 8, og reduktionsbeløbet udgør tilskuddet. Der skal sondres mellem tilskudsyderen og tilskudsmodtageren.

Tilskudsyderen skal udgøre enten det direkte ejede selskab eller et selskab, som det direkte ejede selskab ejer aktier i. Der betinges ikke, at tilskudsyder er koncernforbunden med det direkte ejede selskab, men blot at det direkte ejede selskab direkte eller indirekte ejer aktier heri.

Tilskudsmodtageren skal udgøre et selskab eller fast driftssted, som indgår i sambeskatningen eller et koncernforbundet selskab (SEL § 31C), som ikke indgår i sambeskatning. Sidstnævnte må forstås således, at tilskudsmodtagere, der er koncernforbundne med selskaber, der indgår i sambeskatningen, omfattes af SEL § 11B, stk. 6, nr. 8, hvorved tilskud hertil reducerer saldoen. I *Gimsing og Korsgaard* SU 2007, 234 antages det dog, at tilskudsyderen og tilskudsmodtageren skal være koncernforbund-

[838] Det synes ikke forudsat af *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234.
[839] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[840] Se også *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234. Der må formentlig henses til at *"disse værnsregler rammer bredere end formålet umiddelbart tilsiger"*, se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[841] Se SKM2008.240.DEP.

ne, og derved ikke en henvisning til koncernforbindelsen med sambeskatningsselskaberne.[842] Forskellen illustreres i følgende figur:

Efter den anlagte fortolkning i *Gimsing og Korsgaard* SU 2007, 234 vil et tilskud fra selskab UDL-TY til selskab UDL-MS reducere saldoen, men ikke et tilskud fra selskab UDL-TY til selskab UDL-DS B. Det må afvises, da SEL § 11B, stk. 6, nr. 8 må ses i samspil med SEL § 11B, stk. 6, nr. 6 og 7 og formålet hermed, således at koncerninterne tilskud ikke nedbringer værdien af det direkte ejede selskab ved koncerninterne tilskud uden en tilsvarende nedsættelse af saldoen. Det koncerninterne tilskud omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 8 må henføres til tilskud fra selskab UDL-TY til selskab UDL-DS B og ikke tilskud fra selskab UDL-TY til selskab UDL-MS.

Der skal i forhold til tilskudsmodtageren sondres mellem (i) selskaber og faste driftssteder, som indgår i sambeskatningen, og (ii) koncernforbundne selskaber, som ikke indgår i sambeskatningen. I førstnævnte tilfælde nedsættes saldoen med tilskuddet. I sidstnævnte tilfælde reduceres saldoen kun i det omfang de sambeskattede selskaber og faste driftssteder har en mindre direkte eller indirekte ejerandel i det tilskudsmodtagende selskab end i det tilskudsgivende selskab. Nedsættelsen vedrører kun den procentvise forskel i ejerskabet, således at denne procentdel af tilskuddet reducerer saldoen. I ovenstående eksempel vil et tilskud fra selskab UDL-TY til selskab UDL-DS B derved ikke nedbringe saldoen, da ejerandelen i selskab UDL-TY er mindre end ejerandelen i selskab UDL-DS B.

FSR og Skatteministeriet har udtrykt et behov for en præcisering af, at tilskud alene skal nedsætte saldoen i det omfang, de overstiger kontanter og afståelsessummer, der har nedsat saldoen efter SEL

[842] Det synes ligeledes forudsat i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 7.

§ 11B, stk. 6, nr. 2, 4 og 5.[843] Lovgiver har dog endnu ikke fulgt denne opfordring, hvorfor en sådan maksime ikke er gældende i forhold til SEL § 11B, stk. 6, nr. 8.

4.5.7 Indregning af anskaffelsessummer og reduktioner

SEL § 11B, stk. 6 kan overordnet opdeles i opgørelse af finansieringsbehovet og en tilgang heraf. Der tages udgangspunkt i finansieringsbehovet på anskaffelsestidspunktet, da anskaffelsessummen tilgår saldoen. Men tilgangstidspunktet er ikke nødvendigvis identisk med anskaffelsestidspunktet, da det afhænger af tilgangskriterierne.

Tilgangsbeløbet tilgår efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. saldoen på tidspunktet for opfyldelse af tilgangskriterierne, mens tilgangspunktet i forhold til kapitalforhøjelser efter SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. udgør tidspunktet for den indirekte erhvervelse. Saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1-8 må tilsvarende antages tidligst at kunne tilgå saldoen ved opfyldelsen af førnævnte tilgangstidspunkt, da reduktionen af et finansieringsbehov må forudsætte en anerkendelse og derved indregning af et finansieringsbehov. Det understøttes tillige af, at hensigten med nr. 1-8 er at undgå spekulation i at "*oppuste*" de medregnede anskaffelsessummer.[844] Medregning efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt. må derfor tillige aktivere eventuelle reduktioner i den mellemliggende periode, dog naturligvis kun såfremt betingelserne for at nedsætte finansieringsbehovet efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 3-8 er opfyldt. Disse reduktioner kan tidligst udgøre tilgangstidspunktet for denne efter SEL § 11B, stk. 6, 1. og 4. pkt.

Der sker kun en forholdsmæssig medregning i forhold til den periode af indkomståret, hvor eksempelvis anskaffelsen har påvirket saldoen, hvilket understreges af pro anno indregningen efter SEL § 11B, stk. 6, 1. pkt.[845]

Som eksempel kan følgende anføres:[846]

Selskab A erhverver det udenlandske selskab B, der har en aktiekapital på nom. 1 mio. kroner. 30 pct. af aktiverne i B udgøres af et fast ejendom i Danmark. Der foretages følgende transaktioner vedrørende selskabet:

- 1.november 2010: Køb af 60 pct. af aktierne i B fra et uafhængigt selskab for 6 mio. kroner
- 15. november 2010: Køb af 20 pct. af aktierne i B fra et udenlandsk koncernforbundet selskab for 2 mio. kroner
- 1. december 2010: Køb af 20 pct. af aktierne i B fra et uafhængigt selskab for 3 mio. kroner

For indkomståret 2010 påvirkes saldoen som følger:

Anskaffelsessummen per 1. november 2010 udgør 6 mio. kroner, som korrigeres for fast ejendom i Danmark efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1. Saldoen udgør herefter kr. 4,2 mio. kroner (70 pct. af 6. mio.

[843] Se SKM2008.240.DEP.
[844] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til l 213 2006-2007.
[845] Se eksempelvis bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[846] Eksemplet tager udgangspunkt i lovgivers eksempel i bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

kroner). Aktierne ejes indkomståret ud, og aktivmassen påvirkes derfor med 2/12 af den korrigerede anskaffelsessum i 2010.

Anskaffelsen den 15. november 2010 påvirker ikke saldoen, da koncerninterne erhvervelser ikke påvirker saldoen jf. SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt. Ligeledes skal saldoen ej heller nedsættes, da afståelsen omfattes af SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, 2. pkt.

Den 1. december 2010 anskaffes yderligere 20 pct. af aktiekapitalen for 3 mio. kroner. Anskaffelsessummen korrigeres for handelsværdien af fast ejendom på anskaffelsestidspunktet, og derved reduceres anskaffelsessummen til 2,1 mio. kroner. Aktierne ejes indkomståret ud, og saldoen påvirkes derfor med 1/12 af den korrigerede anskaffelsessum i 2010.

Saldoudviklingen er som følger:

	Saldo		**Indregning**
Perioden 1. november 2010 til 30. november 2010	4,2 mio. kr.	17,5 pct. af 1/12 af 4,2 mio. kr.	Kr. 61.250
Perioden 1. december 2010 til 31. december 2010	6,3 mio. kr.	17,5 pct. af 1/12 af 6,3 mio. kr. (4,2 mio. kr. tillagt 2,1 mio. kr.)	Kr. 91.875
I alt			Kr. 153.125

I det følgende indkomstår (2011) foretages følgende transaktioner:

- 1. februar 2011: Udlodning af 2 mio. kroner fra B
- 1. marts 2011: Salg af nom. 400.000 kr. af aktiekapitalen for 4 mio. kroner
- 1. december 2011: Salg af nom. 350.000 kr. af aktiekapitalen for 4 mio. kroner til et koncernforbundet sambeskattet selskab

For indkomståret 2011 påvirkes saldoen som følger:

Udlodningen den 1. februar 2011 reducerer saldoen med 2. mio. kroner. jf. SEL § 11B, stk. 6, nr. 6.

Afståelsen af 40 pct. af aktiekapitalen den 1. marts 2011 reducerer saldoen jf. SEL § 11B, stk. 6, nr. 4 med afståelsessummen. Dog reduceres afståelsessummen med handelsværdien af selskabets faste ejendomme på afståelsestidspunktet, hvilket i eksemplet udgør 30 pct. af handelsværdien af aktiverne.

Afståelsen af nom. 350.000 kroner af aktiekapitalen påvirker ikke saldoen, da afståelsen sker til et koncernforbundet selskab, som indgår i sambeskatningen jf. SEL § 11B, stk. 6, 3. pkt. og SEL § 11B stk. 6, nr. 4, 2. pkt.

Saldoudviklingen er som følger:

	Saldo		**Indregning**
Perioden 1. januar 2011 til 31. januar 2011	6,3 mio. kr.	15 pct. af 1/12 af 6,3 mio. kr.	Kr. 78.750
Perioden 1. februar 2011 til 28. februar 2011	4,3 mio. kr.	15. pct. af 1/12 af 4,3 mio. kr. (6,3 mio. kr. fratrukket 2 mio. kr.)	Kr. 53.750
Perioden 1. marts 2011 til 30. november 2011	1,5 mio. kr.	15. pct. af 9/12 af 1,5 mio. kr. (4,3 mio. kr. fratrukket 70 pct. af 4 mio. kr.)	Kr. 168.750
Perioden 1. december 2011 til 31. december 2011	1,5 mio. kr.	15. pct. af 1/12 af 1,5 mio. kr.	Kr. 18.750
I alt			Kr. 320.000

Som det ses af eksemplet, føres en samlet saldo, hvor der sker både saldotilgang og saldoafgang. Det medfører, at der kan bestå en positiv eller negativ saldo, selvom alle aktierne er afstået.

4.5.8 En positiv eller negativ saldo

I de foregående afsnit er det vist, hvorledes saldoen løbende korrigeres for saldotilgang og saldoafgang. Saldoen beskrives overordnet som en driftsmiddelsaldo efter afskrivningsloven i den forstand, at saldoen kan indeholde positive og negative beløb vedrørende både nuværende ejede aktier og afståede aktier.[847] Saldoen består af den samlede sum heraf. Sådanne korrektioner kan føre til en positiv eller negativ saldo, hvilket analyseres i dette afsnit.

En positiv saldo opstår, såfremt de opgjorte anskaffelsessummer indregnet efter SEL § 11B, stk. 6, 1. og 4. pkt. overstiger reduktionerne efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1-8. I de tilfælde tillægges 12,5 pct. af saldoen i 2012[848] aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5. Saldoen bevares, uagtet om alle aktierne er afstået eller koncernforbindelsen er ophørt.

En negativ saldo tilgår ikke aktivmassen, og en negativ saldo kan kun opstå som følge af saldoreduktioner.[849] Det følger af lovbemærkningerne, at:

"Hvis saldoen som følge af udlodninger eller salg af aktier bliver negativ, kan koncernen først medregne anskaffelsessummen for nye anskaffelser, i det omfang saldoen bliver positiv ved anskaffelsen."[850]

[847] Se *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234.
[848] Saldoordningen er under afvikling efter SEL § 11B, stk. 12. For indkomståret 2010 udgør medregningsprocenten 17,5 og for indkomståret 2011 udgør medregningsprocenten 15. Se mere herom i afsnit 4.5.9.
[849] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

Det må først og fremmest udledes heraf, at en negativ saldo anerkendes. Det følger ligeledes heraf, at kun den del af en saldotilgang som overstiger den negative saldo, medregnes. Det må formodes, at der med *medregne* henvises til medregning i opgørelsen af renteloftet og ikke i forhold til en saldotilgang, da det netop er medregningen i saldoen, som medfører en positiv saldo.

I lovbemærkningerne omtales kun den situation, hvor udlodninger og salg af aktier medfører en negativ saldo. Der henvises formentlig til saldoreduktioner omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, 6 og 7. Det kan tolkes på to måder, således at:

(i) Kun saldoreduktioner omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 4, 6 og 7 kan udløse en negativ saldo, mens øvrige reduktioner ikke kan nedbringe saldoen til mindre end 0

(ii) Det udgør et eksempel, således at alle saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 1-8 kan udløse en negativ saldo

Der foreligger ingen begrundelse for, at udlodninger og salg af aktier eksplicit nævnes. Det kan anføres, at salg af aktiver efter SEL § 11B, stk. 6 nr. 5 skal sikre, at der ikke sker omgåelse af SEL § 11B, stk. 6, nr. 4 ved salg af aktiver frem for aktier,[851] hvorved denne tilsvarende burde nævnes. Ligeledes synes det meningsløst ikke at nævne tilskud omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 8 i sammenhæng med udlodninger. Der kan derfor formentlig ikke sluttes modsætningsvis fra lovbemærkningerne. Ordlyden af SEL § 11B, stk. 6, synes ikke at understøtte en begrænsning i reduktionerne, blot fordi at saldoen ellers bliver negativ.[852] Derved kan en negativ saldo opstå som følge af SEL § 11B, stk. 6, nr. 1-8.

Det er i sig selv betænkeligt, at finansieringsbehovet kan være negativt, og særligt at der på anskaffelsestidspunktet kan erhverves et negativt finansieringsbehov, jf. SEL § 11B, stk. 6, nr. 1 og 2.[853] Det synes tilsvarende betænkeligt at opgøre finansieringsbehovet samlet, således at et negativt finansieringsbehov ved én aktiebeholdning i forhold til SEL § 11B reducerer eller eliminerer et ellers opgjort finansieringsbehov ved én eller flere andre aktieerhvervelser eller finansieringsbehovet ved fremtidige aktieerhvervelser.

4.5.9 Afvikling af saldoordningen

Skattekommissionen anbefalede i 2009[854] en afskaffelse af saldoopgørelsen i SEL § 11B, stk. 6, da det danske skattesystem ellers giver fradragsret for renteudgifterne, uden at der nødvendigvis skabes

[850] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

[851] Der henvises i bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007 til en nedsættelse af *saldoen*, mens der i alle andre tilfælde henvises til en nedsættelse af *anskaffelsessummen.* Det skal formentlig ikke tillægges selvstændigt betydning og ordlyden henviser til en reduktion af saldoen.

[852] Det følger af lovbemærkningerne at *"disse værnsregler rammer bredere end formålet umiddelbart tilsiger"*. Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.

[853] Se mere om den EU-retlig konformitet heraf i kapitel 6, afsnit 6.2.3.4.

[854] Se *Skattekommissionen* (2009, februar), p 101. Skattekommissionen havde primært til formål, at fremkomme med modeller til en samlet reform af det danske skattesystem, som kunne danne baggrund for politiske forhandlinger om gennemførelsen af en skattereform. Sigtet var en markant sænkning af skatten på arbejdsindkomst. Det var Skattekommissionens skøn, at det ville medføre et umiddelbart merprovenu på ca. 400 mio. kroner og et varigt merprovenu på ca. 320 mio. kroner.

skattepligtig indkomst i Danmark.[855] I forlængelse heraf indførtes en afvikling af saldoen.[856] Af hensyn til selskaber, som har ageret i henhold til de før gældende regler, indføres en gradvis udfasning over en 8-årig periode, så der opnås en tilpasningsperiode. Indregningen af saldoen i aktivmassen afvikles med 2,5 procentpoint hvert år indtil indkomståret 2017, hvor procenten udgør 0.[857]

Saldoen medregnes med følgende værdier i de pågældende indkomstår:

- 2007-2009: 20 pct.
- 2010:17,5 pct.
- 2011:15 pct.
- 2012: 12,5 pct.
- 2013: 10 pct.
- 2014: 7,5 pct.
- 2015: 5 pct.
- 2016: 2,5 pct.
- 2017 og senere indkomstår: 0 pct.

4.6 Sanktionen

I de foregående afsnit er opgørelsen af aktivmassen og standardrenten analyseret, hvilket udgør renteloftet. Ligeledes er opgørelsen af nettofinansieringsudgifter analyseret, hvilket skal sammenholdes med renteloftet og grundbeløbet ved en opgørelse af en potentiel fradragsbeskæring. Det analyseres nærmere i dette afsnit.

Såfremt nettofinansieringsudgifterne opgjort efter SEL § 11B, stk. 4 både overstiger grundbeløbet og renteloftet, fradragsbeskæres den overskydende del af nettofinansieringsudgifterne jf. SEL § 11B, stk. 1. Fradragsbeskæringen kan illustreres som følger:

		Selskab A
Aktivmasse		800
Renteloft	4 %	32
Nettofinansieringsudgifter		40
Grundbeløb		21,3
Fradragsbeskæring		8
Fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter		32

[855] Se også de almindelige bemærkninger til L 202 2008-2009.
[856] Denne afvikling indførtes ved lov nr. 525 af 12. juni 2009.
[857] Jf. SEL § 11B, stk. 12.

Nettokurstab på fordringer, som overstiger indkomstårets skattepligtige renteindtægter, fradragsbeskæres dog ikke, jf. SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt.[858] Denne undtagelse forudsætter derved, at nettofinansieringsudgifterne eller dele heraf består af tab på fordringer samt at selskabets nettofinansieringsudgifter overstiger både grundbeløbet og renteloftet.[859] Sådanne nettokurstab udgår af nettofinansieringsudgifter. I stedet føres en saldo, således at disse ikke-beskårne kurstab på fordringer fremføres til senere modregning i nettogevinster på fordringer og renteindtægter jf. SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt., og derved øger nettofinansieringsudgifterne i et senere indkomstår.

FSR anførte det som positivt, at kurstab på fordringer ikke betragtes som en egentlige finansieringsudgifter, og erklærede sig også enige i, at disse skal modregnes i fremtidige gevinster. Men da disse nettokurstab på fordringer fremføres uendeligt har det effekt som en finansieringsudgift. FSR foreslog derfor, at kurstab på fordringer kun fremføres, så længe selskabet har værdipapirerne, hvoraf kurstabet er opstået.[860] Skatteministeriet anførte det dog som umuligt at foretage en opdeling af værdipapirer.[861] Derved udgør det reelt blot en periodiseringsforskydning, dog således at nettokurstab på fordringer ikke i sig selv kan udløse fradragsbeskæring efter SEL § 11B, stk. 1.

Fradragsbeskæringen skal henføres til følgende finansieringsudgifter:

- Nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter (SEL § 11B, stk. 6, nr. 3)
- Nettokurstab på fordringer op til renteindtægterne (SEL § 11B, stk. 6, nr. 3)
- Nettorenteudgifter (SEL § 11B, stk. 6, nr. 1)
- Nettoprovisionsudgifter omfattet af LL § 8, stk. 3 (SEL § 11B, stk. 6, nr. 2)
- Nettoleasingudgifter (SEL § 11B, stk. 6, nr. 4)

Nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven fradragsbeskæres først jf. SEL § 11B, stk. 1, 6. pkt., mens der ikke er foretaget en nærmere yderligere prioritering af en eventuel yderligere fradragsbeskæring.[862]

Beskårne fradrag fortabes i udgangspunktet endeligt. Beskårne nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter kan dog fremføres til modregning i bruttokursgevinster på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven i de tre efterfølgende indkomstår.[863] Der skal føres en saldo vedrørende

[858] SEL § 11B, stk. 1, 3.-5. pkt. indførtes med virkning fra og med indkomståret 2008 jf. § 10, stk. 4 i lov nr. 98 af 10. februar 2009.
[859] Se bemærkningerne til § 1 nr. 9 i L 23 2008-2009.
[860] Se FSR's høringssvar i bilag 1 til L 23 2008-2009.
[861] Se bilag 6 til L 23 2008-2009.
[862] Det må antages, at det er at foretrække at lade urealiserede kurstab på renteswaps beskæres først og herefter eventuelt resterende kurstab på gæld og finansielle kontrakter, da førstnævnte kan fremføres til modregning i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører eller i stedet modregnes i andre kursgevinster på gæld og finansielle kontrakter.
[863] Jf. SEL § 11B, stk. 10. Se også bilag 21 til L 213 2006-2007 og de almindelige bemærkninger til L 23 2008-2009. Det fremgår af bemærkninger til § 1, nr. 5 til L 213 2006-2007, at modregning skal foretages i de efterfølgende indkomstårs bruttokursgevinster. Det kan derfor ikke tiltrædes, at det er op til selskabet selv at vælge metoden i efterfølgende indkomstår for udnyttelse af disse beskårede kurstab, som anført i *Andersen* (2010), p. 52.

fremførte beskårne nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven.[864] Ved fremførsel af kurstab modregnes de ældste kurstab først,[865] således at sandsynligheden for forældelse mindskes. Skatteministeriet har i øvrigt bekræftes, at delperioder efter SEL § 31, stk. 3, som ligger inden for samme indkomstår, ikke udgør selvstændige indkomstår i relation hertil.[866]

Det blev fremhævet af bl.a. Danmarks Rederiforening,[867] at den tidsbegrænsede fremførsel af kurstab efter SEL § 11B, stk. 10 harmonerer dårligt med lovændringerne fra 2002 (konkurrenceevnepakken), hvor tidsbegrænsningen på underskudsfremførsel i LL § 15 blev ophævet.[868] Danmarks Rederiforening anså ikke den treårige periode for tilstrækkelig, og anbefalede derfor at fjerne[869] eller forlænge perioden.[870] Skatteministeren besvarede dette med en henvisning til, at fremførselsadgangen er en undtagelse til hovedreglen om, at beskårne fradrag efter SEL § 11B ikke kan fremføres. Det understøttedes med, at fremførselsadgangen skaber incitament til omlægning af renteudgifter til kurstab, hvilket mindskes ved at fremførselsadgangen begrænses til tre år. Der er tale om en afvejning af hensynet til udjævning af kursudsving og hensynet til indgrebets robusthed.[871] Det bemærkedes i øvrigt, at såfremt beskårne fradrag efter SEL § 11B generelt kunne fremføres, ville renteloftet alene udgøre en periodeforskydningsregel og miste en stor del af den ønskede effekt.[872]

Beskårne urealiserede kurstab på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom kan ydermere fremføres i hele kontraktens løbetid til fradrag i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvori kontrakten ophører.[873] Derved kan disse kurstab fremføres udover treårsperioden. Den udvidede fremførselsadgang er indført med virkning for beskårne urealiserede nettokurstab på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom, der beskæres den 7. februar 2011 eller senere, eller som den 7. februar 2011 kunne fradrages i kursgevinster i indeværende indkomstår.[874] Der er fortsat mu-

[864] Begrundelsen herfor er, at eksempelvis en rentestigning sidst på året, vil give udslag i et kurstab på obligationer med det samme, mens rentestigningen kun har begrænset indflydelse på årets renteindtægter. Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007.
[865] Jf. SEL § 11B, stk. 10, 3. pkt.
[866] Se SKM2008.240.DEP.
[867] Danmarks Rederiforening, Bilfærgernes rederiforening og Rederiforeningen for mindre skibe indgav et fælles høringssvar, se bilag 5 til L 213 2006-2007.
[868] Det skal nævnes, at det i finansloven for 2012 bl.a. er fokus på begrænsning af fremførsel af underskud, se *Finansministeriet* (2011), p. 43. Der forventes herefter fra 1. januar 2013 en begrænsning af muligheden for underskudsfremførsel, således at den første million altid kan modregnes i positiv skattepligtig indkomst, og det resterende underskud højst kan nedbringe den resterende indkomst med 60 pct.
[869] Forsikring & Pension fandt ej en tidsbegrænset fremførselsadgang nødvendig, da muligheden for misbrug ikke ansås for at være til stede. Derimod påpegedes det, at væsentlige rentestigninger flere år i træk øger sandsynligheden for at beskårne kurstab ikke kan fradrages. Se hertil bilag 6 til L 213 2006-2007. Det fremførtes endvidere, at der ikke ses en lignende begrænset fremførselsadgang i andre sammenhængen.
[870] Se bilag 5 til L 213 2006-2007. Se også henvendelse fra DI i bilag 9 til L 213 2006-2007.
[871] Se bilag 20 og 21 til L 213 2006-2007.
[872] Se bilag 21 til L 213 2006-2007.
[873] Bestemmelsen skal også ses i samspil med SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt., hvorefter urealiserede kursgevinster på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom fremføres til modregning i urealiserede kurstab på samme kontrakt og i realiserede kurstab på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører.
[874] Jf. § 10, stk. 18 i lov nr. 254 af 30. marts 2011.

lighed for at modregne disse fradragsbeskårne kurstab efter hovedreglen i SEL § 11B, stk. 10, 1. pkt., og begrænses derved ikke til beskårne urealiserede nettokurstab på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom.

Den senere modregning af fremførte beskårne kurstab i bruttokursgevinsterne medfører, at nettofinansieringsudgifterne forøges, da disse kurstab indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.[875] Indregningen af de fremførte kurstab kan medføre at selskabet på ny fradragsbeskæring. En udnyttelse af de fremførte kurstab kan dog også medføre en overskridelse af renteloftet, uden at der nødvendigvis sker fradragsbeskæring. Det gælder såfremt der består beskårne kurstab på fordringer, hvorved disse saldoføres efter SEL § 11B, stk. 1, 3. og 4. pkt. Derved konverteres de fremførte beskårne kurstab til ikke-beskårne kurstab på fordringer. Det må haves for øje, da udnyttelsen af de fremførte kurstab synes valgfri, da der i formuleringen anvendes *kunne* og ikke *skal*.[876]

Det skal slutteligt bemærkes, at fradragsbeskårne kurstab fremføres samlet hos administrationsselskabet i sambeskatningstilfælde.[877] Der består reelt én saldo i SEL § 11B, stk. 10, hvori kurstab vedrørende renteswaps indgår som en delmængde i kurstab vedrørende gæld og finansielle kontrakter. Det er af betydning eksempelvis ved udtræden af en sambeskatning, da en adskillelse af fremførselsadgangen og kontrakten i sidstnævnte tilfælde reelt er en fortabelse af den særlige fremførselsadgang. Det følger af SEL § 11B, stk. 10, at kurstab fremføres samlet for sambeskattede selskaber hos administrationsselskabet, hvilket omfatter alle kurstab, som omtalt i SEL § 11B, stk. 10. Saldoen forbliver hos administrationsselskaber, uanset om det selskab, der er part i renteswapaftalen, udtræder af sambeskatningen, hvorved de fradragsbeskårne kurstab ikke medfølger.[878] Det synes uheldigt, men hindrer ikke en udnyttelse af disse indenfor tre år i andre kursgevinster på gæld og finansielle kontrakter efter SEL § 11B, stk. 10, 1. pkt.

Skatteministeriet har bekræftet, at fradragsbeskårne kurstab ikke omfattes af FUL § 8, stk. 8, og derved ikke fortabes ved en skattefri omstrukturering, men omfattes af SEL § 31, stk. 4, 3. pkt. ved udpegning af nyt administrationsselskab.[879] Udpeges ikke et nyt administrationsselskab, forbliver saldoen hos det tidligere administrationsselskab, således at saldoen ikke bortfalder. Ved ophørsspaltning af administrationsselskabet fordeles de fremførselsberettigede kurstab forholdsmæssigt efter den

[875] Se SKM2008.240.DEP hvoraf det fremgår at "*det er meningen, at de kurstab, der er fremførselsberettigede efter SEL § 11B, stk. 10, 1. pkt., skal kunne fremføres af de modtagende selskaber og dermed skal kunne medregnes ved opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne her*". Citatet vedrører primært behandlingen af disse fremførte beskårne kurstab i forbindelse med ophørsspaltning, men det fremgår dog klart at disse kurstab igen skal indgå i nettofinansieringsudgifterne.
[876] Det følger af bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007 at "*Modregningen vil skulle foretages i de efterfølgende indkomstårs bruttokursgevinster*", hvilket sandsynligvis skal henføres til metoden og ikke om de fremførte kurstab ønskes udnyttet eller ej.
[877] Jf. SEL § 11B, stk. 10, 4. pkt.
[878] Se SKM2008.240.DEP.
[879] Se SKM2008.240.DEP.

skattemæssige værdi af aktiverne i de modtagende selskaber efter SEL § 11B, stk. 5 og 6.[880] Det gælder uanset om ophørsspaltningen foretages skattepligtigt eller skattefrit.

4.7 Samlet opgørelse for sambeskattede selskaber

SEL § 11B anvendes ikke kun individuelt på selskaber m.v., men derimod samlet på selskaber m.v. der indgår i en sambeskatning efter SEL §§ 31 eller 31A. Det har bl.a. betydning i forhold til opgørelsen af aktivmassen og nettofinansieringsudgifter, hvilket analyseres i dette afsnit.

Selskaber, faste driftssteder og fast ejendom, der indgår i en sambeskatning efter SEL § 31 eller SEL § 31A, anses for at være en samlet enhed i forhold til SEL § 11B.[881] SEL § 11B, stk. 1 omfatter tillige investeringsforeninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5a samt foreninger m.v. efter SEL § 1, stk. 1, nr. 6, men disse kan ikke indgå i en sambeskatning efter hverken SEL §§ 31 eller 31A og derved ej heller som en del af den samlede enhed. Der skal foretages en samlet opgørelse for de sambeskattede selskaber m.v. efter SEL § 11B, stk. 8.[882]

Den samlede opgørelse omfatter aktivmassen og nettofinansieringsudgifter, ligesom grundbeløbet gælder samlet for sambeskatningskredsen. Det fremgår ikke, at selskaberne skal anses som én enhed, men derimod som *en samlet enhed*. Det kan derfor ikke antages, at der skal bortses fra koncerninterne forhold og nettofinansieringsudgifter herimellem. Den samlede opgørelse medfører dog, at koncerninterne finansieringsudgifter udlignes.[883]

SEL § 11B indeholder delopgørelser, herunder opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne i SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 (aktietab) samt aktivmassen, hvori der foretages en nettoopgørelse efter SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt. Det anføres af *Bilberg Jensen* i UfS 2008, 2585, at der ikke synes at være grundlag for en samlet opgørelse på baggrund af de relevante selskabers bruttoposter. Det må tiltrædes, således at disse individuelle opgørelser må foretages individuelt forud for den samlede opgørelse, som det også fremgår af det følgende.

Det følger specifikt af SEL § 11B, stk. 1, 5. pkt., at opgørelserne efter SEL § 11B, stk. 1, 3. og 4. pkt. vedrørende nettokurstab på fordringer, udfærdiges samlet for sambeskattede selskaber. SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. vedrører nettokurstab på fordringer, der overstiger renteindtægterne, hvorefter disse ikke indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Disse nettokurstab fragår dog udelukkende

[880] Der skal henses til saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, som grundlag for fordelingen, og ikke den skattemæssige anskaffelsessum vedrørende den aktuelle aktiebeholdning.
[881] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[882] Der er i høj grad sammenfald mellem de omfattede skattesubjekter af SEL § 11B, SEL § 31 og SEL § 31A. SEL § 11B omfatter skattesubjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h, 3 a-6, SEL § 2, stk. 1, litra a og b, eller KULBR § 21, stk. 4, mens SEL § 31 omfatter skattesubjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h, 3 a-5 og 5 b, SEL § 2, stk. 1, litra a og b, eller KULBR § 21, stk. 4. Skattesubjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5a og 6 omfattes derved kun af SEL § 11B og ikke SEL § 31. SEL § 31A omfatter selskaber og foreninger m.v., i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes indskudte kapital samt alle faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet.
[883] Det var oprindeligt foreslået, at finansieringsindtægter og finansieringsudgifter mellem de sambeskattede selskaber ikke skulle indgå i opgørelsen, men udgik under det lovforberedende arbejde. Se bilag 24 til L 213 2006-2007.

af opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, såfremt nettofinansieringsudgifterne overstiger både renteloftet og grundbeløbet, hvilket i sambeskatningstilfælde opgøres samlet. Det betinges derved, at der på koncernniveau er opgjort en fradragsbeskæring. Disse saldoføres herefter hos administrationsselskabet. SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt. vedrører indregning af disse saldoførte kurstab på fordringer i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne ved modregning i senere renteindtægter og nettokursgevinster på fordringer. Den samlede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 1, 5. pkt. medfører, at indregning af fremførte ikke-beskårne kurstab på fordringer sker på baggrund af koncernens nettokursgevinster på fordringer og renteindtægter og ikke det enkelte selskab.

Det kan anføres, at en sådan hjemmel i SEL § 11B, stk. 1, 5. pkt. var overflødig, såfremt der foretoges en bruttoopgørelse efter SEL § 11B, stk. 8. Henset til, at en sådan særhjemmel ikke følger i andre sammenhænge, synes der ikke at være grundlag for at konkludere, at opgørelserne efter SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt. og SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 kun foretages samlet. Det må derfor konkluderes, at den samlede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8 er en addition af de individuelle nettoopgørelser i de sambeskattede selskaber m.v. vedrørende nettofinansieringsudgifterne og aktivmassen.[884]

I sambeskatningstilfælde er det ikke givet, at alle selskaber har deltaget i sambeskatningen i hele indkomståret. Såfremt et selskab ikke indgår i sambeskatningen i hele indkomståret, medregnes aktivmassen kun forholdsmæssigt, dvs. i forhold til hvor stor en del perioden udgør af et helt kalenderår. Aktivmassens værdi ved udløbet af delperioden indgår i renteloftet efter SEL § 11B, stk. 5.[885] Nettofinansieringsudgifterne medregnes for så vidt angår den del af indkomståret, hvor koncernforbindelse bestod.

At selskaberne indgår i en sambeskatning har ydermere den konsekvens, at der ved finansiel leasing mellem sambeskattede parter ikke kan anvendes den regnskabsmæssige værdi af aktivet, men i stedet skal anvendes den skattemæssige værdi.[886] I øvrigt må det erindres, at såfremt leasinggiver og leasingtager er koncernforbundne, jf. SEL § 31C, så skal leasinggiverens finansieringsomkostning svare til leasingtagerens finansieringsindtægt. Derved får sambeskatningen indflydelse på både den individuelle opgørelse og den samlede opgørelse.

Grundbeløbet gælder samlet for sambeskatningskredsen, således at der ikke med fordel kan ske opdeling af aktiviteterne i flere selskaber for derigennem at omgå SEL § 11B. Indgår et tonnagebeskattet selskab i sambeskatningen reduceres grundbeløbet tilsvarende. Reduktionen af grundbeløbet beregnes på samlet basis dvs. den regnskabsmæssige værdi af sambeskatningskredsens tonnagebeskattede egne aktiver i forhold til den samlede regnskabsmæssige værdi af sambeskatningskredsen egne aktiver. Der bortses i beregningen fra aktier i sambeskattede selskaber samt gæld og fordringer mellem de sambeskattede selskaber.

[884] Se også *Jensen* i UfS 2008, 2585 og samme i Revision & Regnskabsvæsen 2008, nr. 6, p. 52.
[885] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[886] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 13. pkt.

4.7.1 Fordeling af fradragsbeskæring

Den samlede fradragsbeskæring beregnes på koncernniveau (sambeskatningsniveau). Det er herefter nødvendigt at fordele fradragsbeskæringen ud på selskaberne i sambeskatningen. Det fremgik af lovforslagets 1. udkast, at fradragsbeskæringen skulle fordeles efter bruttofinansieringsudgifterne. Det blev bemærket, at det kunne give en forkert fordeling i forhold til de enkelte selskabers faktiske nettofinansieringsudgifter og blev ikke vedtaget.[887]

Fradragsbeskæringen fordeles forholdsmæssig efter, hvor meget det enkelte selskabs nettofinansieringsudgifter, uden nettokurstab omfattet af SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt., overstiger den skattemæssige værdi af selskabets aktiver efter SEL § 11B, stk. 5 multipliceret med standardrenten. Der bortses ved fordelingen af fradragsbeskæringen fra SEL § 11B, stk. 6.

Skatteministeriet bekræftede, at fradragsbeskæringen er større for selskaber, der har aktier omfattet af SEL § 11B, stk. 6, end såfremt disse medgik i opgørelsen, og henviste til, at disse eventuelt kan kompenseres via skattefrie tilskud efter SEL § 31D.[888] Skatteministeriet henviste til, at fleksibiliteten i SEL § 11B, stk. 6 ved opgørelsen af koncernens finansieringsbehov ikke er foreneligt med fordelingen i SEL § 11B, stk. 8. Det skal erindres, at anskaffelsessummen og saldoreduktioner vedrørende både tidligere og aktuelle aktiebeholdninger kan være repræsenteret i saldoen, ligesom at finansieringsbehovet efter SEL § 11B, stk. 6 opgøres på koncernniveau og er adskilt fra det direkte aktionærselskabs finansieringsbehov, som Skatteministeriet ligeledes henviser til. Derved vil en fordeling til de enkelte selskaber på baggrund af SEL § 11B, stk. 6 ej heller være meningsfyldt.

Fordelingen nødvendiggør derved en opgørelse af nettofinansieringsudgifterne og aktivmassen på både selskabs- og på koncernniveau, som det allerede sker ved den samlede opgørelse. Fordelingen af nettofinansieringsudgifterne i de individuelle opgørelser, herunder gevinst og tab vedrørende koncernintern gæld/fordringer, har derved betydning for fordelingen af en eventuel fradragsbeskæring af de enkelte koncernselskaber.

Følgende eksempel kan fremføres:

	Selskab A	Selskab B	Selskab C	**Samlet**
Aktivmasse	325	487,5	162,5	**975**
Renteloft 4 %	13	19,5	6,5	**39**
Nettofinansieringsudgifter	8	30	8	**46**
Grundbeløb				**21,3**
Fradragsbeskæring	-	(10,5)	(1,5)	**7**
Fordeling	**-**	**6,125**	**0,875**	**7**
Fradragsberettigede nettofinansierings-udgifter	8	23,875	7,125	**39**

[887] Se bl.a. bilag 6 og 19 til L 213 2006-2007
[888] Se SKM2008.240.DEP.

Som det ses i eksemplet udgør fordelingsnøglen for fradragsbeskæringen overskridelsen af det individuelle renteloft. Fradragsbeskæringen fordeles kun til selskaber, der overskrider det individuelle renteloft, dog kun vedrørende aktiver omfattet af SEL § 11B, stk. 5, og uden hensyn til grundbeløbet og SEL § 11B, stk. 6.

4.8 Saldi efter SEL § 11B

SEL § 11B er særdeles kompliceret, som analyseret i forrige afsnit, og kompleksiteten øges ved et væld af delopgørelser og saldi. I det følgende gives et overblik vedrørende disse saldi, som herefter analyseres nærmere. SEL § 11B indebærer, at der føres følgende saldi i forhold til opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne og aktivmassen:

Nettofinansieringsudgifterne

1. En saldo vedrørende ikke-beskårne nettokurstab på fordringer jf. SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt.
2. En saldo vedrørende urealiserede kursgevinster på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt.
3. En saldo vedrørende udnyttede aktietab jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 2. pkt.
4. En saldo for beskårne kurstab på gæld og finansielle kontrakter jf. SEL § 11B, stk. 10.
5. En saldo vedrørende beskårne urealiserede kurstab på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom jf. SEL § 11B, stk. 10, 2 pkt.

Aktivmassen

6. En saldo vedrørende anskaffelsessummen for aktier i ikke-sambeskattede direkte koncernforbundne selskaber jf. SEL § 11B, stk. 6.
7. En saldo vedrørende udlodninger omfattet af SEL § 11B, stk. 6, nr. 6 kontra nedsættelser efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, 4 og 5.
8. En saldo vedrørende aktiver indskudt af udenlandske koncernforbundne selskaber jf. SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt.

4.8.1 Ad 1. Ikke-beskårne nettokurstab på fordringer

Nettokurstab på fordringer, der overstiger indkomstårets renteindtægter efter SEL § 11B, stk. 4, saldoføres og fremføres til senere modregning i efterfølgende indkomstår i nettokursgevinster på fordringer og renteindtægter.[889] Saldotilgang sker kun, såfremt selskabets nettofinansieringsudgifter overstiger både grundbeløbet og renteloftet.[890] Den senere modregning i nettokursgevinster på fordringer og renteindtægter er ikke betinget heraf, hvorved saldoen nedbringes. Det blev efter henvendelse fra FSR bekræftet, at der først sker modregning af kurstab i renteindtægter i det aktuelle år, og herefter modregning af kurstab fra tidligere år efter saldoen.[891]

[889] Jf. SEL § 11B, stk. 1, 3. og 4. pkt.
[890] Se bemærkningerne til § 1, nr. 9 i L 23 2008-2009. Heraf fremgår det at *"Det er først herefter, at den foreslåede regel skal anvendes i beregningen af fradragsbeskæringen. Hvis nettofinansieringsudgifterne er mindre end standardforrentningen af aktiverne eller de 20,6 mio. kr., finder den foreslåede regel således ikke anvendelse."*
[891] Se bilag 1 til L 23 2008-2009 - høringsskema.

Fremførslen sker uden tidsbegrænsning, og saldoen fungerer som en periodeforskydningsregel, hvor nettofinansieringsudgifterne i stedet øges i et senere indkomstår. Derved kan saldoen anses som en eventualforpligtelse,[892] der potentielt i et senere indkomstår medfører en fradragsbeskæring.

Saldoen er indført, således at et selskab ikke fradragsbeskæres som følge af nettokurstab på fordringer, da disse ikke anses som egentlige finansieringsudgifter. Men da kursgevinster på fordringer indgår i nettofinansieringsudgifter, skal kurstab på fordringer ligeledes indgå. Saldoen er kun relevant i forhold til SEL § 11B og derved uden direkte betydning for indkomstopgørelsen, men naturligvis indirekte af betydning for indkomstopgørelsen gennem SEL § 11B.[893]

Udgangspunktet er, at selskabet er saldoførende, mens saldoen i sambeskatningstilfælde føres hos administrationsselskabet.[894] Opgørelsen af nettokurstab på fordringer, nettokursgevinster på fordringer og renteindtægter opgøres samlet ved sambeskattede selskaber, hvorved saldotilgang sker, hvor en fradragsbeskæring er opgjort i sambeskatningstilfælde, ligesom at saldoafgang forudsætter nettokursgevinster eller renteindtægter i den samlede opgørelse.

Ved indtræden i en sambeskatning bliver administrationsselskabet saldoførende og eventuelt eksisterende saldi overføres til en samlet saldo hos administrationsselskabet efter SEL § 11B, stk. 1, 5. pkt.[895] Det medfører, at fremførte kurstab på fordringer fra før sambeskatningen indgår i den samlede opgørelse. Saldoen antages af *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557 for omfattet af de forpligtelser, som overføres ved et skifte af administrationsselskabet efter SEL § 31, stk. 4, 3. pkt. Det er uomtalt i lovbemærkningerne, ligesom Skatteministeriet ikke har udtalt sig herom.

Det må antages, at saldoen omfattes af SEL § 31, stk. 4, da saldoen netop pålægges administrationsselskabet, ligesom saldoen efter SEL § 11B, stk. 10.[896] Der synes ikke grundlag for at afvige dette i forhold til SEL § 11B, stk. 1, 5. pkt., uagtet at denne udgør en forpligtelse, og ikke en rettighed. Det medfører desuden, at der pålægges det afgivende administrationsselskab en kompensationspligt i forhold til det nye administrationsselskab efter SEL § 31, stk. 4.[897]

Udtræder et kildeselskab af sambeskatningen, forbliver saldoen fortsat hos administrationsselskabet. Det er ikke klart, om saldoen forbliver hos det tidligere administrationsselskab, hvor sambeskatningen ophører, således at der ikke udpeges et nyt administrationsselskab. Det må antages, at saldoen forbliver hos det tidligere administrationsselskab, som det tilsvarende antages ved saldoen efter SEL § 11B, stk. 10.

Ved ophørsspaltning af administrationsselskabet følger det af SEL § 11B, stk. 10, 4. pkt., at de fremførselsberettigede beskårne kurstab på gæld og finansielle kontrakter fordeles forholdsmæssigt efter

[892] Se også *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557.
[893] Da korrektionerne foretages i nettofinansieringsudgifterne, som SEL § 11C tilsvarende henviser til, påvirkes SEL § 11C også herigennem.
[894] Jf. SEL § 11B, stk. 1, 5. pkt. samt bemærkningerne til § 1, nr. 18 i L 23 2008-2009.
[895] Det gælder ligeledes i forhold til saldoen efter SEL § 11B, stk. 10.
[896] Se SKM2008.240.DEP.
[897] Udpegningen af et nyt administrationsselskab følger SEL § 31, stk. 4, 3. pkt.

den skattemæssige værdi af aktiverne, jf. SEL § 11B, stk. 5 og 6, i de modtagende selskaber. Der er ingen indikationer under det lovforberedende arbejde med L 23 2008-2009, hvor saldoen efter SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt. indførtes, at en sådan behandling tilsvarende gælder for denne saldo. Der synes derved ikke at bestå hjemmelsgrundlag til samme behandling. Behandlingen af saldoen efter SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt. følger af lovbemærkningerne,[898] hvoraf det fremgår, at ubeskårne nettokurstab på fordringer fremføres hos administrationsselskabet. Det må tilsvarende gælde ved ophørsspaltning af administrationsselskabet, hvor saldoen overføres til det nye administrationsselskab.

Der kan dog ikke altid foretages en meningsfyldt overførsel af saldoen, eksempelvis ved ophørsspaltning af et ultimativt moderselskab, da det er umuligt at udpege hvilket administrationsselskab, der erstatter det ophørsspaltede, herunder om der overhovedet er indtrådt et nyt administrationsselskab i koncernen. Det konkluderes af *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557, at saldoen bortfalder ved ophørsspaltning af administrationsselskabet, såfremt administrationsselskabet er koncernens ultimative moderselskab. Det må tilsluttes, at saldoen ophører med selskabet, hvor der ikke udpeges et nyt administrationsselskab i koncernen. Henset til, at der ikke efter SEL § 31, stk. 4 udpeges et nyt administrationsselskab, hvortil rettigheder og pligter overføres, ved ophørsspaltning af et ultimativt moderselskab,[899] må konklusionen af *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557 tiltrædes. Saldoen må derved bortfalde. Bortfald må antages udelukkende at forekomme, hvor det saldoførende selskab ophører, og der ikke udpeges et nyt administrationsselskab.

4.8.2 Ad. 2. Urealiserede kursgevinster på renteswaps

Urealiserede kursgevinster på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom medgår ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, men kan fremføres til efterfølgende indkomstårs opgørelse af nettofinansieringsudgifter til modregning i urealiserede kurstab på samme kontrakt og i realiserede kurstab på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører. Det følger utvetydigt, at disse ikke indgår i opgørelse af nettofinansieringsudgifter. Disse saldoføres og anvendes til senere modregning i kurstab på samme renteswap og vil derigennem nedbringe nettofinansieringsudgifterne. Det må antages, at disse kursgevinster følger selskabet og ikke udgør en saldo som eksempelvis omfattet af SEL § 11B, stk. 10. Det følger ikke af bestemmelsen, at saldoen skal føres hos administrationsselskabet, men udgør en separat saldo knyttet til selskabet i overensstemmelse med formålet og lovbemærkningerne.[900] Bestemmelsen har virkning for indkomstår, der påbegyndes efter 1. april 2011.[901]

4.8.3 Ad 3. Udnyttede aktietab

Udnyttede aktietab, som overstiger indkomstårets skattepligtige afkast af aktier, saldoføres til senere medregning i nettofinansieringsudgifterne i det følgende indkomstår jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 og indførtes med virkning fra og med indkomståret 2008.[902]

[898] Se bemærkningerne § 1, nr. 9 i L 23 2008-2009.
[899] Se *Hansen et al.* (2011), p. 205 ff.
[900] Se bemærkningerne 17 og 19 i bilag 11 til L 84 2010-2011.
[901] Jf. § 14, stk. 4 i lov nr. 254 af 30. marts 2011.
[902] Jf. § 10, stk. 3 i lov nr. 98 af 10. februar 2009

Før 2008 var det muligt, at tab på aktier kunne udløse rentefradragsbegrænsning, selvom det alene var tanken, at en nettoopgørelse af aktiegevinsterne samt udbytter skulle modregnes i nettofinansieringsudgifterne, som en form for kompensation for, at aktier som udgangspunkt, ikke indgår i aktivmassen.

Efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 indgår skattepligtige fortjenester og udnyttede tab ved afståelse af aktier m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven samt skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer omfattet af LL § 16B i stedet i nettofinansieringsudgifterne, dog ikke såfremt opgørelsen er negativ. Derved bidrager nettoopgørelsen i SEL § 11B, stk. 4, nr. 5 ikke selvstændigt til en forøgelse af nettofinansieringsudgifterne. Såfremt nettoopgørelsen er negativ, fremføres summen til modregning i det følgende indkomstår og fungerer som en periodeforskydningsregel. Det er ikke en betingelse, at selskabets nettofinansieringsudgifter i hverken fremførselsåret eller modregningsåret overstiger grundbeløbet eller det beregnede renteloft, som betinget ved saldotilgang efter SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt.[903]

Saldoen tilgår per automatik det efterfølgende års opgørelse af nettofinansieringsudgifterne, hvorved en ny saldo eventuelt må opgøres. Saldoen skal, som anført i afsnit 4.3.5, føres på individuelt niveau, da der ikke foretages en bruttoopgørelse efter SEL § 11B, stk. 8, således at aktietab er maksimeret til det enkelte selskabs aktiegevinster. Der vil kun bestå individuelle saldi herefter, uanset om selskabet indgår i en sambeskatning eller ej. Derfor må eventuel saldoafgang, hvor aktietab modregnes i aktiegevinster tilsvarende ske på individuelt niveau.

4.8.4 Ad. 4 Beskårne kurstab på gæld og finansielle kontrakter

Fradragsbeskårne kurstab på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven saldoføres efter SEL § 11B, stk. 10. Disse beskårne kurstab kan fremføres til modregning i kursgevinster på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven i de tre følgende indkomstår. Modregningen foretages i skattepligtige bruttokursgevinster, hvor ældste kurstab modregnes først, hvorved "risikoen" for forældelse nedbringes.

Saldoen føres i udgangspunktet hos selskabet, mens der i sambeskatningstilfælde skal føres en samlet saldo hos administrationsselskabet.[904] Skatteministeriet har bekræftet, at ved et skifte af administrationsselskab, som nævnt i SEL § 31, stk. 4, overføres rettigheder og pligter til det nye administrationsselskab, hvilket omfatter saldi efter SEL § 11B, stk. 10.[905] Skatteministeriet bekræfter samtidig, at en individuelt ført saldo overføres til administrationsselskabet ved indtræden i en sambeskatning,

[903] Begge saldi blev indført ved lov nr. 98 af 10. februar 2009.
[904] Jf. SEL § 11B, stk. 10, 3. pkt.
[905] Det følger af SKM2008.240.DEP at "*Ved skift af administrationsselskab som nævnt i SEL § 31, stk. 4, overføres administrationsselskabets rettigheder og forpligtelser til det nye administrationsselskab, herunder dem der følger af SEL § 11 B, stk. 10.*"

således at beskårne kurstab fra før sambeskatningen også indgår i den samlede opgørelse,[906] mens saldoen forbliver hos administrationsselskabet, hvor selskabet udtræder af sambeskatningen.[907]

Det følger af SEL § 11B, stk. 10, 4. pkt., at ved ophørsspaltning af administrationsselskabet fordeles saldoen forholdsmæssigt efter den skattemæssige værdi af aktiverne i de modtagende selskaber efter både SEL § 11B, stk. 5 og 6. Det gælder både ved skattepligtige ophørsspaltninger og skattefrie ophørsspaltninger.[908] Ved fordelingen benyttes således aktivmassen, som defineret i SEL § 11B, stk. 5 og 6.

Det betyder eksempelvis, at ved ophørsspaltning af et holdingselskab, der udgør administrationsselskabet, hvor aktivmassen udelukkende består af danske aktier, hvilke ikke indregnes i aktivmassen. Der består derved umiddelbart ingen fordelingsnøgle. Det må dog antages, at der også i den situation foretages en relativ fordeling i forhold til aktivmassen, som defineret i SEL § 11B, stk. 5 og 6, og derved en ligelig fordeling. Ligeledes kan det synes problematisk, hvor administrationsselskabet kun har et enkelt aktiv eller få aktiver omfattet af SEL § 11B, stk. 5 og 6, hvorved det/disse vil være afgørende for fordelingen af saldi. Som eksempel nævnes af *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557 ejerskab over aktier samt en mobiltelefon, hvorved mobilen vil være afgørende for fordelingen

Såfremt fordelingen sker til et eller flere selskaber, som herefter ikke udgør et administrationsselskab, skal disse saldi efterfølgende overføres til administrationsselskabet i sambeskatningen efter SEL § 11B, stk. 10, 3. pkt., da der kun kan bestå én saldo.[909]

Det kan ikke antages, at saldoen fortabes, såfremt sambeskatningen ophører, og der ikke udpeges et nyt administrationsselskab. I stedet forbliver saldoen hos det tidligere administrationsselskab, som en individuel saldo, hvorved at fremførselsadgangen ikke fortabes. Saldoen udgør et eventualaktiv.[910]

Beskårne kurstab på gæld og finansielle kontrakter efter SEL § 11B, stk. 10 kan udnyttes af alle selskaber i sambeskatningen, uanset hvilket selskab fradragsbeskæringen oprindeligt vedrørte. Administrationsselskabet er ikke forpligtet til at kompensere kildeselskabet for udnyttelsen af fremførte kurstab, uanset hvilket selskab der end måtte udnytte disse. Ligeledes vil en overførsel af saldoen efter SEL § 31, stk. 4 ej heller medføre en pligtmæssig kompensation, da det udgør en overførsel af en rettighed og ikke en forpligtelse. Det er blevet fremført, at der burde indføres en generel kompensationspligt, bl.a. af hensyn til minoritetsaktionærer.[911] Skatteministeren henviste herefter i stedet til SEL § 31D, hvorefter der skattefrit kan ydes koncerntilskud.[912]

[906] Se hertil SKM2008.240.DEP, som dog vedrører den tilsvarende bestemmelse i SEL § 11 C, stk. 2. Se desuden *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557.
[907] Se bilag 21 og 26 til L 213 2006-2007.
[908] Se SKM2008.240.DEP.
[909] Problemstillingen omtales af *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557 uden en stillingtagen hertil.
[910] Se *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557.
[911] Se eksempelvis bilag 6 til L 213 2006-2007 samt bilag 15 til L 213 2006-2007.
[912] Se bilag 19, 21 og 26 til L 213 2006-2007. En eventuel pligt til kompensationsbetaling må herefter skulle afgøres efter selskabslovgivningen, hvor det enkelte selskab og ikke koncernens interesse er centralt, herunder særligt i forbindelse med minoritetsaktionærer.

Fremførte kurstab fortabes ved overskridelse af tre års grænsen. Delperioder, som følge af koncernetablering eller koncernophør, jf. SEL § 31, stk. 3, som ligger indenfor samme indkomstår udgør ikke selvstændige indkomstår i forhold til SEL § 11B, stk. 10. Det gælder dog eksempelvis ikke såfremt indkomstået omlægges ved indtræden i en sambeskatning i medfør af SEL § 10, stk. 5, og selskabet derved får et nyt indkomstår. Det anses som to separate indkomstår i forhold til SEL § 11B, stk. 10.[913]

4.8.5 Ad. 5. Beskårne urealiserede kurstab på renteswaps

Fradragsbeskårne urealiserede kurstab på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom omfattes af saldoen efter SEL § 11B, stk. 10, 1. pkt. Disse kan dog i stedet fradrages i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører, uden tidsbegrænsning. De første tre år kan disse således fradrages i enten kursgevinster på gæld og finansielle kontrakter eller urealiserede kursgevinster på samme kontrakt samt i realiserede kursgevinster på kontrakten, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører.[914] Efter tre år kan disse fradrages i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører.

Den udvidede fremførselsadgang indførtes som følge af, at velkonsoliderede selskaber i det aktuelle lave renteniveau potentielt var blevet fradragsbeskåret efter SEL § 11B, såfremt der var sket afdækning af risiko på et variabelt forrentet lån i fast ejendom med en renteswap. Den faldende værdi af renteswapaftalen kombineret med lagerbeskatning heraf, udløser da store urealiserede kurstab, der ikke nødvendigvis modsvares af kursgevinster indenfor den treårige periode.[915] Derfor udvidedes fremførselsadgangen for disse specifikke kontrakter.

Det udgør ikke en udskillelse af disse kurstab fra saldoen efter SEL § 11B, stk. 10, 1. pkt., men blot en forlængelse af fremførselsadgangen. Disse beskårne kurstab må derved anses som en del af den samlede saldo efter SEL § 11B, stk. 10, hvorved saldoen i sambeskatningstilfælde føres hos administrationsselskabet. Det medfører samtidigt at disse kurstab reelt fortabes, såfremt renteswapaftalen forlader sambeskatningen ved en omstrukturering, og saldoen forbliver tilbage. Det kan anses som uheldigt.

Den forlængede fremførselsadgang har virkning for beskårne urealiserede nettokurstab på renteswaps, der fradragsbeskæres den 7. februar 2011 eller senere, eller som den 7. februar 2011 kunne fradrages i kursgevinster i indeværende indkomstår efter SEL § 11B, stk. 10.[916]

4.8.6 Ad. 6 Direkte ejede aktier i ikke-sambeskattede koncernforbundne selskaber

Saldoen efter SEL § 11B, stk. 6 indeholder anskaffelsessummen for aktier i ikke-sambeskattede direkte koncernforbundne selskaber. Saldoen er dynamisk og 12,5 pct. (2012) af værdien medregnes til aktivmassen. Saldoen føres i udgangspunktet hos selskabet, mens denne i sambeskatningstilfælde

[913] Se SKM2008.240.DEP.
[914] Jf. SEL § 11B, stk. 10, 2. pkt.
[915] Se bemærkningerne til nr. 17 og 19 i bilag 11 til L 84 2010-2011.
[916] Jf. § 14, stk. 18 i lov nr. 254 af 30. marts 2011.

føres hos administrationsselskabet. Omstruktureringer kan ikke blot medføre en ændring af det saldoførende selskab, men også saldoændringer. Saldoen er nærmere behandlet i afsnit 4.5.

Det skal bemærkes, at saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 6 er en del af SEL § 11B, stk. 6, hvorved disse er nært knyttede.

4.8.7 Ad. 7. SEL § 11B, stk. 6 nr. 6 kontra SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, 4 og 5.

Det følger af SEL § 11B, stk. 6, nr. 6, at udlodninger fra de direkte ejede selskaber[917] til sambeskattede selskaber og faste driftssteder kun nedsætter saldoen, såfremt denne overstiger kontanter m.v. og afståelsessummer, som har nedsat saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, 4 og 5. Det omtales som udlodningsmaksimen og er nærmere omtalt i afsnit 4.5.6.6.

Skatteministeriet har afvist, at udlodningsmaksimeringen skal opgøres for hvert direkte ejet selskab. Det er i overensstemmelse med, at saldoen efter SEL § 11B, stk. 6 opgøres på koncernbasis, ligesom at SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, 4 og 5, indebærer nedsættelser af saldoen på koncernbasis. Derfor nedsætter udlodninger saldoen med den del af udlodningerne, der overstiger de samlede koncernnedsættelser jf. SEL§ 11B stk. 6, nr. 6.[918]

Enhver udlodning fra et direkte ejet selskab skal forholdes til de førnævnte saldoreduktioner på koncernbasis, som er foretaget på samme saldo. Henset til den løbende karakter af saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, må det antages, at vurderingen foretages på udlodningstidspunktet. Det må derfor anbefales tilsvarende at føre en løbende saldo efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 6 i forhold til reduktioner efter SEL § 11B, stk. 6, nr. 2, 4 og 5, således at denne udlodningsmaksimering til enhver tid kendes.

En sådan saldo er ikke et krav, men ultimo indkomståret skal der naturligvis foretages en opgørelse af udlodninger, der reducerer saldoen efter SEL § 11B, stk. 6.

4.8.8 Ad. 8. Aktiver og karensperioden

Aktiver indskudt af udenlandske koncernforbundne enheder, som defineret efter SEL § 31C, indgår kun i aktivmassen, såfremt disse forbliver i selskabet i minimum to år jf. SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. Det kan anbefales at føre en løbende kontrol med hvilke aktiver, der omfattes af denne karensperiode, eksempelvis til brug ved senere omstruktureringer eller ændringer af aktivmassen. En afståelse af aktiver omfattet af SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. inden to år, udløser en genoptagelse af tidligere års indkomstopgørelser, således at aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5 reduceres med tilbagevirkende kraft.

SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt., kan formentlig ikke opretholdes i forhold til koncernselskaber hjemmehørende i andre EU-medlemsstater, da denne udgør en hindring for etableringsfriheden i art. 49 TEUF og er nærmere omtalt i kapitel 6, afsnit 6.2.3.3.

[917] Der henvises til ejerandele i selskaber, hvor anskaffelsessummen er tilgået saldoen efter SEL § 11B, stk. 6, og fortsat ikke er afstået.
[918] Se SKM2008.240.DEP.

4.9 Internationalt perspektiv

SEL § 11B er på mange måder unik, og lignende regulering genfindes ikke i andre lande. Derimod forefindes flere substitutter til SEL § 11B.[919]

SEL § 11B udgør på mange måder en driftsomkostningstilgang, og potentielt tillige en erkendelse af, at det reelt er umuligt at afgøre om en finansieringsudgift medgår til at sikre, erhverve og vedligeholde indkomsten. Der anlægges i stedet denne negative tilgang, hvor finansieringsudgifter udover renteloftet ikke medgår til at sikre, erhverve og vedligeholde indkomsten, hvilket ej heller er uproblematisk, som vist i dette kapitel. Det er ikke unormalt i international sammenhæng, at rentefradraget betinges af en sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst, eksempelvis ved en driftsomkostningstilgang, som det kendes i bl.a. Holland og Tyskland, men også det foreslåede CCCTB-skattesystemet. En sådan regulering synes dog sjældent at kunne stå alene og støttes bl.a. i Tyskland af EBITDA-regulering. Det synes derved ej heller at udgøre substituerende regulering i forhold til SEL § 11B.[920]

Internationalt set synes SEL § 11B tættes relateret til Worldwide Debt Cap reguleringen i Storbritannien, der skal hindre, at koncerner placerer finansieringsudgifterne i Storbritannien, mens de indkomstskabende aktiviteter skabes udenfor Storbritannien.[921] I stedet for at tage udgangspunkt i aktivmassen anvendes i Storbritannien koncernens samlede eksterne globale bruttofinansieringsudgifter, som fradragsloft. Det må anføres, at fokus mere direkte er rettet mod udflytning af skattetilsvar ved koncernintern finansiering og ikke på sammenhængen mellem finansieringen og aktiviteterne, der skaber skattepligtig indkomst, som SEL § 11B. Der består derved en afgørende forskel herimellem, men reguleringen kan alligevel betragtes som substitutter, og behandles nærmere i kapitel 7, afsnit 7.3.2.

Der kan anføres et substitutionsforhold mellem SEL § 11B og EBITDA-reguleringen, som anvendes i Italien og Tyskland, men også i SEL § 11C i Danmark. Disse skal ligeledes hindre udflytning af skattetilsvar, men forudsætter en mere direkte sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst. Det er herefter ikke blot en forudsætning, at finansieringen henføres til aktiviteter, hvorfra afkastet er skattepligtigt, men tilsvarende at der rent faktisk skabes skattepligtigt afkast. Der er derved en nær sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst. Sådan regulering behandles nærmere i kapitel 5 og kapitel 7.

4.10 Afslutning

SEL § 11B skal modvirke udflytning af skattetilsvar ved finansieringsudgifter, der ikke har sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst. Der foretages en opgørelse af finansieringsudgifterne, der kan henføres til de indkomstskabende aktiviteter, hvilket sker ved en opgørelse af den skattemæssige værdi af driftsaktiverne multipliceret med en standardrente (lånerente). Nettofinansieringsudgifter herudover anses ikke for at vedrøre de indkomstskabende aktiviteter, hvorfor disse fradragsbeskæres.

[919] Disse behandles nærmere i kapitel 7.
[920] Se mere herom i kapitel 7, afsnit 7.3.3.
[921] Worldwide Debt Cap indførtes samtidigt med skattefrihed for indgående udbytter.

SEL § 11B forudsætter således en identifikation af de relevante aktiver og en opgørelse af den skattemæssige værdi heraf. Hertil kommer opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Opgørelserne foretages samlet ved sambeskattede selskaber.

SEL § 11B er særdeles kompleks og indeholder flere konkrete problemstillinger. Det bør konkret overvejes:

Om det overhovedet er meningsfyldt at forsøge at opgøre, hvilke finansieringsudgifter, der kan henføres til aktiver, som skaber skattepligtig indkomst. Eksempelvis udgør rentebetalinger per definition vederlag for rådighed over pengebeløb (lån), og anvendelsen af låneprovenuet lader sig vanskeligt fastlægge, henset til den generiske natur af penge. Rentebetalingen m.v. kunne i stedet anskues, som en overførsel af ubeskattet produktionsresultat og derved et fokus på symmetri mellem (rente)fradraget og (rente)beskatningen.[922]

Om målrettetheden af SEL § 11B står mål med kompleksiteten og vilkårligheden heri, dvs. om SEL § 11B udelukkende eller primært fradragsbeskærer de ønskede finansieringsudgifter. Det må anses som tvivlsomt, om den skattemæssige værdi løbende kan anses som et udtryk for selskabets finansieringsbehov herved og ligeledes om en bagudrettet standardrente er egnet som fordelingsnøgle for nettofinansieringsudgifterne.

Om nettokurstab på fordringer udelukkende skal fragå i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt., såfremt nettofinansieringsudgifterne overskrider grundbeløbet og renteloftet. Det synes uhensigtsmæssigt, herunder i forhold til SEL § 11C, at kvalificeringen som en ikke-finansieringsudgift afhænger af, om der opgøres en fradragsbeskæring eller ej.

Om der består en tilstrækkelig klarhed vedrørende behandlingen af de førte saldi efter SEL § 11B, som behandlet i afsnit 4.8.

Om Skatteministerens fortolkning under det lovforberende arbejde, hvorefter aktiver allokeret til faste driftssteder og fast ejendom i udlandet ikke medgår i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5 er i overensstemmelse med ordlyden af SEL § 11B, stk. 5. Herunder bør det overvejes om Skatteministerens fortolkning er EU-retlig konform i forhold til indregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater, hvilket formentligt ikke er tilfældet, som behandlet i kapitel 6, afsnit 6.2.3.2. Derved udvandes det forudsatte anvendelsesområde for SEL § 11B.

Om karensperioden i SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. er EU-retlig konform, henset til at dispositionsfriheden begrænses ved grænseoverskridende koncernindskud. Det synes ikke at være tilfældet, som behandlet i kapitel 6, afsnit 6.2.3.3.

Om den nødvendige EU-retlige konformitet eksisterer i forhold til den samlede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8, hvilket formentligt ikke er tilfældet, som behandlet i kapitel 6, afsnit 6.2.3.6. Derved udvandes det ønskede anvendelsesområde for SEL § 11B, således at overskydende renteloft fra kon-

[922] Se mere herom i kapitel 7.

cernselskaber i andre medlemsstater formentlig også kan modregnes i et moderselskabs opgjorte fradragsbeskæring, som det er tilfældet ved et identisk hjemmehørende datterselskab.

Afslutningsvis skal det anføres, at der kan overvejes om anden regulering i samme grad eller måske endda i højere grad kan nå målet på en mere hensigtsmæssig måde. Der består flere alternativer til SEL § 11B, herunder EBIT-regulering, Worldwide Debt Cap regulering eller CCCTB-skattesystemets hybride tilgang, hvilket udgør en politisk vurdering.[923] Det kan i samme forbindelse overvejes om behovet for værnsregulering er markant anderledes i Danmark end det eksempelvis er tilfældet i Sverige, Tyskland eller Storbritannien, som den forskellige regulering synes at antyde. Der kan eksempelvis henses til en rendyrket EBIT-regulering, som det kendes fra Italien og Tyskland, og som allerede indeholdes i SEL § 11C. SEL § 11C analyseres i følgende kapitel.

[923] Disse behandles nærmere i kapitel 5, afsnit 5.11.1 og kapitel 7, afsnit 7.3.2 og 7.3.4.

Kapitel 5 EBIT-loftet

5.1 Indledning

I dette kapitel analyseres EBIT-reglen i SEL § 11C. SEL § 11C udgør en relativ simpel konstruktion, der skal sikre en sammenhæng mellem de fradragsberettigede finansieringsudgifter og den skattepligtige indkomst. SEL § 11C udgør sidste led i rentefradragsbegrænsningsreglerne og supplerer SEL §§ 11 og 11B.

SEL § 11 indeholder en objektiv prøvelse af gældsætningens markedskonformitet og renteudgifter og kurstab herved, mens SEL § 11B identificerer finansieringsudgifter uden sammenhæng med aktiviteter, der skaber skattepligtig indkomst. SEL § 11C skal sikre sammenhængen mellem finansieringsudgifterne og den skattepligtige indkomst (EBIT). SEL § 11C indførtes sammen med SEL § 11B ved lov nr. 540 af 6. juni 2007, som en del af indgrebet mod aggressiv skatteplanlægning og bestemmelserne er nært knyttede, og skal begge sikre en sammenhæng mellem finansieringen og skabelse af skattepligtig indkomst. Der består et sammenfald med SEL § 11B i forhold til de omfattede subjekter, opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, grundbeløbet og den samlede opgørelse ved sambeskattede selskaber.

Efter SEL § 11C er fradragsretten for nettofinansieringsudgifterne maksimeret til 80 pct. af selskabets skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter (EBIT).[924] Finansieringsudgifter herudover anses ikke for at have en sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst. Formålet er at hindre at danske selskabers skattepligtige indkomst nedbringes ved finansieringsudgifter, der ikke medgår til skabelsen af skattepligtige indtægter.

Følgende eksempel findes i lovbemærkningerne:[925]

Selskabets EBIT	Kr. 100 mio.
Nettofinansieringsudgifter	Kr. 90 mio.
EBIT loft (80 pct. af EBIT)	Kr. 80 mio.
Fradragsbeskæring	Kr. 10 mio.
Skattepligtig indkomst	Kr. 20 mio.

EBIT-regulering er ikke kun et dansk fænomen. I Italien og Tyskland afløste EBITDA-regulering eksisterende regler om tynd kapitalisering.[926] Regler om tynd kapitalisering og EBIT-regulering er ikke nødvendigvis substitutter, grundet forskellige formål, mens der synes en større substituerbarhed i forhold til eksempelvis SEL § 11B. I Danmark supplerer SEL § 11C både SEL §§ 11 og 11B. I det følgende analyseres EBIT-reglen i SEL § 11C.

[924] Der skal dog samtidigt henses til grundbeløbet.
[925] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007.
[926] Se mere herom i afsnit 5.11.

5.2 Baggrund og retspolitiske hensyn

EBIT-reglen var ikke en del af det oprindelige lovudkast, men blev indsat i lovforslag L 213 2006-2007 i forbindelse med ændringer af SEL § 11B. SEL § 11B blev lempet i forhold til det oprindelige udkast ved overgangen fra en tretrinsmodel til en totrinsmodel, og EBIT-reglen blev indføjet i SEL § 11C som kompensation herfor.

Det lovmæssige indgreb ved lov nr. 540 af 6. juni 2007 var rettet mod de mekanismer, som særligt kapitalfonde anvendte ved opkøb af danske selskaber, hvor den skattepligtige indkomst nedbragtes ved øgede finansieringsudgifter, selvom selskabets aktiviteter og driftsindkomst (EBIT) var uændret.[927] Årsagen til den væsentlige reduktion af den skattepligtige indkomst var primært ændringer i selskabsfinansieringen med øgede finansieringsudgifter til følge, hvilket ansås som aggressiv skatteplanlægning.[928] Der skete en overførsel af indkomst fra selskabs- til investorniveau, og derved udflytning af skattetilsvar.

SEL § 11C skal sikre sammenhængen mellem årets skattepligtige indkomst og årets nettofinansieringsudgifter og basalt set reducere selskabets mulighed for helt at nedbringe den skattepligtige indkomst ved nettofinansieringsudgifter.[929] SEL § 11C er simpelt udformet, således at nettofinansieringsudgifter udover 80 pct. af selskabets skattepligtige indkomst fradragsbeskæres, og derved ikke fradrages i den skattepligtige indkomst.[930]

5.3 Subjekterne

Det følger af SEL § 11C, stk. 1, at EBIT-reglen anvendes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i selskaber og foreninger m.v. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 i, 3 a-6, SEL § 2, stk. 1, litra a og b, eller KULBR § 21, stk. 4. De omfattede subjekter er identiske med subjekter omfattet af SEL § 11B[931] og kan opsummeres som følger:

- Aktie- og anpartsselskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 1)
- Andre kapitalselskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 2)
- Sparekasser og andelskasser (SEL § 1, stk. 1, nr. 2a)
- DSB (SEL § 1, stk. 1, nr. 2d)
- El-selskaber (SEL § 1, stk. 1, nr. 2e og 2f)
- Energinet.dk (SEL § 1, stk. 1, nr. 2g)
- Vandforsyningsselskaber m.v. (SEL § 1, stk. 1, nr. 2h)

[927] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007. Det understreges heri, at lovindgrebet ikke er rettet mod kapitalfonde, men derimod mekanismerne som disse i høj grad anvendte ved opkøb af danske selskaber. Se også *Skatteministeriet* (2007, 30. marts).
[928] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007.
[929] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007.
[930] Det skal erindres, at det ikke er unaturligt at afkast fra investeringer først realiseres i senere indkomstår, hvorfor der foreligger en uendelig fremførselsadgang i SEL § 11C, hvorved bestemmelsen primært har likviditetsmæssig betydning. Tankegangen er formentlig, at fradraget da skal henføres til disse senere indkomstår, hvori der faktisk skabes skattepligtig indkomst. Omvendt betyder det at såfremt investeringen fejler og ikke skaber den forventede skattepligtige indkomst, fortabes fradraget vedrørende finansieringsudgifterne ligeledes.
[931] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

- Naviair (SEL § 1, stk. 1, nr. 2i)
- Brugsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 3a)
- Indkomstskattepligtige andelsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 4)
- Gensidige forsikringsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 5)
- Akkumulerende investeringsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 5a)
- Realkreditinstitutter m.v., KommuneKredit og Dansk Eksportfinansieringsfond (SEL § 1, stk. 1, nr. 5b)
- Andre foreninger m.v. (SEL § 1, stk. 1, nr. 6)
- Selskaber omfattet af SEL § 2C

Hertil kommer følgende:

- Udenlandske selskaber m.v. omfattet af SEL § 31A (international sambeskatning)
- Faste driftssteder i Danmark (SEL § 2, stk. 1, litra a)
- Fast ejendom i Danmark (SEL § 2, stk. 1, litra b)
- Kulbrintebeskattede juridiske enheder (KULBR § 21, stk. 4)

Følgende selskaber m.v. omfattes ikke af SEL § 11C:

- Kooperationsbeskattede andelsforeninger (SEL § 1, stk. 1, nr. 3)
- Livsforsikringsselskaber
- Udenlandske CFC-selskaber (SEL § 32)
- Udenlandske selskaber og faste driftssteder omfattet af skyggesambeskatning (§ 15, stk. 8-9 i L 426 af 6. juni 2005)
- Selskaber m.v. omfattet af SEL § 2A
- Faste driftssteder og fast ejendom i udlandet (medmindre valgt international sambeskatning efter SEL § 31A)[932]
- Fonde omfattet af fondsbeskatningsloven

Der henvises i lovbemærkningerne til, at SEL § 11C anvendes på samme subjekter, som omfattet af SEL § 11B. Der henvises til kapitel 4, afsnit 4.2 for en nærmere analyse.

5.4 Nettofinansieringsudgifterne

Nettofinansieringsudgifter efter SEL § 11C følger i udgangspunktet SEL § 11B, stk. 4.[933] Nettofinansieringsudgifterne defineres på samme måde, som i SEL § 11B, dog efter en eventuel fradragsbeskæring efter § 11B.[934] Nettofinansieringsudgifterne udgør derved de tilbageværende fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter efter anvendelsen af både SEL §§ 11 og 11B.

[932] Se bilag 19 til L 213 2006-2007. Efter SEL § 8, stk. 2 beskattes danske selskaber ikke af indkomst allokeret til fast ejendom beliggende i udlandet eller faste driftssted beliggende i udlandet, hvor kildelandet ikke har frafaldet beskatningsretten.
[933] Jf. SEL § 11C, stk. 1, 1. pkt.
[934] Se også bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

Nettofinansieringsudgifterne udgør overordnet den eventuelle negative sum af følgende:[935]

1. Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter
2. Provisioner og lignende som defineret i LL § 8, stk. 3
3. Skattepligtige kursgevinster og fradragsberettigede tab omfattet af kursgevinstloven
4. En beregnet finansieringsrentebetaling ved finansiel leasing
5. Skattepligtige aktieavancer og fradragsberettigede udnyttede aktietab samt skattepligtige udbytter. Er summen negativ, medregnes den ikke, men fremføres til modregning i efterfølgende indkomstår.

Det skal bemærkes, at nettofinansieringsudgifterne ligeledes påvirkes af følgende saldi, herunder hvor disse fragår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne:

1. Saldo vedrørende ikke-beskårne nettokurstab på fordringer jf. SEL § 11B, stk. 1, 3. og 4. pkt.
2. Saldo vedrørende urealiserede kursgevinster på renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom, der fremføres til senere modregning jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt.
3. Saldo vedrørende udnyttede aktietab jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 2. pkt.
4. Saldo for beskårne kurstab på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven jf. SEL § 11B, stk. 10
5. En saldo vedrørende beskårne urealiserede kurstab på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom jf. SEL § 11B, stk. 10, 2 pkt.
6. Saldo vedrørende beskårne nettofinansieringsudgifter jf. SEL § 11C, stk. 1, 5. pkt.

Nettokurstab på fordringer udgår af opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, såfremt der opgøres en fradragsbeskæring jf. SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. Disse kurstab udgår ligeledes i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne i forhold til SEL § 11C,[936] og anses ikke som egentlige finansieringsudgifter.[937] Disse nettokurstab fremføres til modregning i skattepligtige nettogevinster på fordringer og renteindtægter i efterfølgende indkomstår ved opgørelse af nettofinansieringsudgifterne, både i forhold til SEL §§ 11B og 11C.[938] De saldoførte nettokurstab indgår derved i senere indkomstår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, hvor de senere indeholdes i nettogevinster på fordringer og/eller renteindtægter, hvorved der sker en forskydning af indregningen heraf i forhold til nettofinansieringsudgifterne.[939] Derved behandles disse alligevel som en finansieringsudgift, selvom disse netop fragår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, og anføres til ikke at udgøre egentlige finansieringsudgifter.

[935] Se kapital 4, afsnit 4.3 for nærmere om opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11B, stk. 4.
[936] Jf. SEL § 11C, stk. 1, 2. pkt.
[937] Nettokurstab på fordringer udgår kun af opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, hvor nettofinansieringsudgifter overstiger både grundbeløbet og renteloftet efter SEL § 11B, jf. SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. Det er derved afgørende for om nettokurstabet anses for en finansieringsudgift eller ej. Se mere herom i afsnit 4.6.
[938] Jf. SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt.
[939] Det gælder dog ikke i forhold til EBIT-opgørelsen, hvor EBIT kun reduceres og ikke forhøjes ved udskydelsen af medregningen. Se mere herom i afsnit 5.5.

Urealiserede kursgevinster på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt. fragår ligeledes i opgørelsen af nettofinansieringsudgifter. Disse fremføres til senere modregning i urealiserede kurstab på samme kontrakt og i realiserede kurstab på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører, og indtræder derved potentielt i nettofinansieringsudgifterne i et senere indkomstår. Nettoaktietab efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 2. pkt. indgår ej heller i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, som det gælder i forhold til SEL § 11B, stk. 4, men genindtræder i nettofinansieringsudgifterne i det følgende indkomstår, hvorved en ny saldo potentielt opgøres. Beskårne nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven omfattet SEL § 11B, stk. 10 indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11C, når disse fradrages i kursgevinster på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven.[940] Heri omfattes ligeledes urealiserede kurstab på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom.

Det skal slutteligt bemærkes, at eventuelt beskårne nettofinansieringsudgifter efter SEL § 11C indgår i nettofinansieringsudgifterne i det følgende indkomstår jf. SEL § 11C, stk. 1, 6. pkt.

5.5 EBIT-loftet

SEL § 11C indeholder et EBIT-loft på 80 pct. af EBIT. Selskabets EBIT udgør selskabets skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter og skat.[941] EBIT opgøres på baggrund af årets skattepligtige indkomst, eksklusiv nettofinansieringsudgifterne i indkomståret, og forud for en eventuel fradragsbeskæring efter både SEL §§ 11 og 11B. EBIT kan derfor i udgangspunktet opgøres uden iagttagelse af SEL § 11 og SEL § 11B.[942]

Det fraviges dog i SEL § 11C, stk. 1, 2. pkt., hvorefter den skattepligtige indkomst korrigeres for nettokurstab på fordringer, der ikke fradragsbeskæres efter SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. Nettokurstab på fordringer, der overstiger indkomstårets renteindtægter, anses ikke for at udgøre egentlige finansieringsudgifter og reducerer derved den skattepligtige indkomst (EBIT), som enhver anden fradragsberettiget udgift.[943]

SEL § 11B, stk. 1, 3.pkt. forudsætter, at en overskridelse af grundbeløbet og renteloftet efter SEL § 11B, ligesom at der i ordlyden af SEL § 11C, stk. 1, 2. pkt. henvises til *"nettokurstab, der ikke beskæres"*. Det synes betænkeligt udelukkende at anerkende den ikke-finansielle karakter af disse, hvor renteloftet i SEL § 11B overskrides. Nettokurstab kunne i stedet fragå i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne både i forhold til SEL §§ 11B og 11C, som det sker ved nettoaktietab efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 2. pkt., og som konsekvens heraf fritages fra en potentiel beskæring, og derved også

[940] Se også bilag 32 til L 213 2006-2007.
[941] Se også bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[942] Se bilag 32 til L 213 2006-2007. Samtidigt må det bemærkes, at indkomst tillagt den skattepligtige indkomst efter SEL § 32 indirekte øger EBIT-loftet, da det må anses for omfattet af den skattepligtige indkomst.
[943] Begrundelsen herfor er at disse overskydende nettokurstab på fordringer, da ikke anses for at udgøre egentlige finansieringsudgifter, og skal sikre at velkonsoliderede selskaber ikke fradragsbeskæres som følge heraf. Korrektionen foretages tilsvarende for nettofinansieringsudgifterne. Bestemmelsen indførtes ved § 1, nr. 20 i lov nr. 98 af 10. februar 2009 ved virkning fra og med indkomståret 2008.

fragå i opgørelsen af EBIT. Det synes ikke logisk, at opgørelsen af en fradragsbeskæring indgår i kvalificeringen af nettokurstabet som finansielt eller ej.

Korrektionen efter SEL § 11C, stk. 1, 2. pkt. nedsætter EBIT-loftet med 80 pct. af de omfattede nettokurstab, mens nettofinansieringsudgifterne nedsættes med 100 pct. af nettokurstabene. De ikkebeskårne nettokurstab genindtræder i nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt. i senere indkomstår, men ikke i opgørelsen af EBIT. Derved opstår en asymmetri i forhold til SEL § 11C. Der opstår en skærpelse af den potentielle fradragsbeskæring, da nettokurstabet indgår som dobbeltfradrag i opgørelsen af den skattepligtige indkomst efter SEL § 11C; først som driftsudgift (3. pkt.) og senere som finansieringsudgift (4. pkt.).[944]

Følgende eksempler kan fremføres. I eksempel 1 opgøres ikke en fradragsbeskæring efter SEL § 11B, mens der i eksempel 2 opgøres en fradragsbeskæring efter SEL § 11B, som dog ophæves af SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt.

Eksempel 1

År 1	
Selskabets EBIT	Kr. 100 mio.
Nettofinansieringsudgifter	Kr. 90 mio. (heraf kr. 10 mio. i nettokurstab)
Skattepligtig indkomst før evt. begrænsninger	Kr. 10 mio.
EBIT loft (80 pct. af EBIT)	Kr. 80 mio.
Fradragsbeskæring	Kr. 10 mio.
Skattepligtig indkomst	Kr. 20 mio.

År 2	
Selskabets EBIT	Kr. 100 mio.
Nettofinansieringsudgifter	Kr. 90 mio. (heraf kr. 10 mio. i nettogevinst)
Skattepligtig indkomst før evt. begrænsninger	Kr. 10 mio.
EBIT loft (80 pct. af EBIT)	Kr. 80 mio.
Fradragsbeskæring	Kr. 10 mio.
Skattepligtig indkomst	Kr. 20 mio.

Samlet fradragsbeskæring: kr. 20. mio., dvs. samlet skattepligtig indkomst på kr. 40. mio.

[944] Efter SEL § 11B opnås en reel fradragsbesparelse, da fradragsbegrænsningen reduceres. Denne reducerede fradragsbegrænsning modregnes i senere år, hvorved denne potentielt bidrager til en øget fradragsbeskæring, og udgør derved en periodeforskydning. Samme gør sig ikke gældende i forhold til SEL § 11C.

Eksempel 2

År 1	
Selskabets EBIT	Kr. 90 mio. (100-10)
Nettofinansieringsudgifter	Kr. 80 mio. (90-10)
Skattepligtig indkomst før evt. begrænsninger	Kr. 10 mio.
EBIT loft (80 pct. af EBIT)	Kr. 72. mio.
Fradragsbeskæring	Kr. 8 mio.
Skattepligtig indkomst	Kr. 18 mio.
SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. saldo	Kr. 10 mio.

År 2	
Selskabets EBIT	Kr. 100 mio.
Nettofinansieringsudgifter	Kr. 90 mio. (heraf kr. 10 mio. i nettogevinst)
Skattepligtig indkomst før evt. begrænsninger	Kr. 10 mio.
SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt.	Kr. 10 mio.
Nettofinansieringsudgifter efter SEL § 11C, stk. 1, 2. pkt.	Kr. 100 mio.
EBIT loft (80 pct. af EBIT)	Kr. 80 mio.
Fradragsbeskæring	Kr. 20 mio.
Skattepligtig indkomst	Kr. 30 mio.
SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. saldo	Kr. 0 mio.

Samlet fradragsbeskæring: kr. 28. mio., dvs. samlet skattepligtig indkomst på kr. 48. mio.

Der kan konstateres en forskelsbehandling alene på baggrund af, om der beregnes en fradragsbeskæring efter SEL § 11B eller ej, og derved om nettokurstabet omfattes af SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. eller ej. Forskellen består i, at der ikke sker en tilsvarende forøgelse af EBIT ved indregning af nettokurstabene i årets nettofinansieringsudgifter samt den likviditetsmæssige betydning heraf (periodeforskydning), som det ses i eksempel 2. Den øgede beskatning udgør 80 pct. af kr. 10 mio. Det synes ikke umiddelbart at være hensigten, men uagtet en konsekvens af samspillet mellem SEL § 11C og SEL § 11B, stk. 1, 3. og 4. pkt.

Derimod påvirker andre saldi ikke opgørelsen af EBIT. Det er irrelevant for opgørelsen af EBIT, om der eksempelvis opgøres et nettoaktietab efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, da årets EBIT opgøres forud for en sådan opgørelse. Der foretages blot en udskillelse af indkomstårets nettofinansieringsudgifter, hvorved EBIT fremkommer, dog med førnævnte korrektion efter SEL § 11C, stk. 1, 2. pkt.

Det blev under det lovforberedende arbejde bekræftet, at EBIT opgøres før modregning af underskud fra tidligere indkomstår (LL § 15).[945] Skatteministeriet har senere anført, at udnyttelsen af kildearts-

[945] Se bilag 26 til L 213 2006-2007.

begrænsede tab fra tidligere indkomstår reducerer EBIT.[946] Det begrundes med, at SEL § 11C er inspireret af det regnskabsmæssig EBIT-begreb og udgør en sammenligning af indkomstårets indtægter og udgifter.[947] Det må tiltrædes. Der er ikke i SEL § 11C hjemmel til at fragå kildeartsbegrænsede tab i opgørelsen af EBIT, da disse må antages for omfattet af den *"skattepligtige indkomst"*, mens det under det lovforberedende arbejde positivt bekræftedes, at fremførte underskud efter LL § 15 ikke indgår i den *"skattepligtige indkomst"* ved opgørelsen af EBIT.[948] Underskud omfattet af LL § 33H og udnyttelsen heraf påvirker ej heller opgørelsen af EBIT, da disse fremføres efter LL § 15.[949] Derved begrænses selskabets mulighed for at anvende fremførte underskud ikke af SEL § 11C.[950]

Det følger af SEL § 11C, stk. 1, 6. pkt., at fremførte beskårne nettofinansieringsudgifter efter SEL § 11C indgår i opgørelsen efter SEL § 11C, stk. 1.[951] Det vedrører udelukkende opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne og ikke opgørelsen af EBIT,[952] hvorved EBIT ikke påvirkes af disse fremførte fradragsbeskårne nettofinansieringsudgifter, som ikke omfattes af SEL § 11B, stk. 4.

Det kritiseredes af FSR, at der skal foretages en skattemæssig opgørelse af EBIT, da henvises den regnskabsmæssige EBIT benyttes i udlandet,[953] og da den regnskabsmæssige EBIT og ikke den skattemæssige EBIT er af betydning ved vurdering af kreditværdighed og låneoptagelse m.v.[954] Skatteministeren anførte hertil, at det er naturligt at anvende den skattepligtige indkomst før renter m.v., når der konstrueres en regel om indkomsten før renter og skatter.[955] Den regnskabsmæssige EBIT er givetvis mere relevant, såfremt SEL § 11C havde til formål at sikre eller vurdere markedskonformiteten af et givet lån, eksempelvis som i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., eller såfremt reguleringen skulle sikre en sammenhæng med skabelse af indkomst. Men det skal erindres, at formålet med SEL § 11C er at sikre sammenhængen mellem nettofinansieringsudgifterne og skabelsen af <u>skattepligtige</u> indtægter. Den regnskabsmæssige EBIT er unægtelig ikke i samme grad som den skattemæssige EBIT udtryk for den skattepligtige indkomst.

EBIT multipliceres med 80 pct., hvorved EBIT-loftet opnås, der udgør den maksimale fradragsret for nettofinansieringsudgifterne. Der foreligger ingen nærmere oplysninger om begrundelsen for den valgte 80 pct. grænse. Der er potentielt henset til solvenskravet i SEL § 11, hvor kun gæld udover 80 pct. af aktivmassen anses for uforholdsmæssig gæld. Det er i øvrigt ikke meningsfyldt at sammenligne 80 pct. grænsen med eksempelvis EBITDA-reguleringen i Italien og Tyskland, hvori der anvendes en 30 pct. grænse af EBITDA. Denne regulering skal sikre mod udnyttende finansielle strategier, og understøttes eksempelvis ikke af regler om tynd kapitalisering. SEL § 11C må ses i sammenhæng med

[946] Se SKM2008.240.DEP.
[947] Se SKM2008.240.DEP.
[948] Se bilag 32 til L 213 2006-2007.
[949] Se hertil bilag 1 i L 23 2008-2009.
[950] Se også *Gimsing og Korsgaard* i SU 2007, 234.
[951] Se også bilag 34 til L 213 2006-2007.
[952] Se eksemplet i bemærkningerne til nr. 34 i bilag 33 til L 213 2006-2007.
[953] I Tyskland benyttes ligeledes den skattemæssige indkomst (EBITDA) i sin nuværende form. Derimod anvendes den en regnskabsmæssig opgørelse af EBITDA i Italien.
[954] Se bilag 15 og 26 til L 213 2006-2007.
[955] Se bilag 26 til L 213 2006-2007.

både SEL §§ 11 og 11B. Der må samtidig henses til, at EBITDA anvendes i Italien og Tyskland, således at fradragsloftet ikke reduceres af afskrivninger, som det er tilfældet efter SEL § 11C. Der består væsentlige forskelle og forudsætninger, hvorfor en direkte sammenligning heraf synes urimelig.[956] Faktum er, at værnsreguleringen er grebet forskelligt an internationalt.[957]

5.6 Grundbeløbet

I SEL § 11C indeholdes, ligesom i SEL § 11B, et grundbeløb, således at selskaber altid har fradragsret for nettofinansieringsudgifter op til dette beløb. Grundbeløbet for indkomstårene 2007-2013 udgør:

- Indkomståret 2007: kr. 20 mio.
- Indkomståret 2008: kr. 20,6 mio.
- Indkomståret 2009: kr. 21,3 mio.
- Indkomståret 2010: kr. 21,3 mio.
- Indkomståret 2011: kr. 21,3 mio.
- Indkomståret 2012: kr. 21,3 mio.
- Indkomståret 2013: kr. 21,3 mio.

Grundbeløbet følger ikke direkte af ordlyden. Det følger af SEL § 11C, stk. 1, 3. pkt., at fradragsbeskæringen maksimalt kan nedsætte de fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter til grundbeløbet efter SEL § 11B, stk. 3 og stk. 7, 2. pkt. Grundbeløbet følger dog ikke af SEL § 11B, stk. 3 eller 7, 2. pkt. Disse korrigerer grundbeløbet, som følger af SEL § 11B, stk. 1, 2. pkt. Principielt synes udelukkende en henvisning til reguleringen af grundbeløbet og ikke en henvisning til selve grundbeløbet i SEL § 11B, stk. 1, 2. pkt.

Der skal dog samtidigt henses til lovbemærkningerne,[958] hvoraf det følger at:

"Ligesom i § 11 B kan beskæringen maksimalt nedsætte indkomstårets fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter til et grundbeløb på 20 mio. kr., der reguleres efter § 11 B, stk. 3."

Det følger heraf, at grundbeløbet udgør 20. mio. kroner i 2007, hvilket reguleres efter SEL § 11B, stk. 3 og derfor udgør 21,3 mio. kroner i 2012.[959] SEL § 11C, stk. 2, 3. pkt. er foreslået ændret ved L 30 2011-2012, således at der herefter henvises til SEL § 11B, stk. 1 samt SEL § 11B, stk. 3 og 7, 2. pkt., hvorved der foretages en korrekt henvisning til grundbeløbet i SEL § 11B.[960] En sådan ændring må bifaldes.

Det følger af henvisningen til SEL § 11B, stk. 3, at grundbeløbet nedsættes med den del, som den regnskabsmæssige værdi af egne aktiver tilknyttet tonnagebeskattet rederivirksomhed udgør af den

[956] Det anføres i de almindelige bemærkninger i L 213 2006-2007, at *"Den foreslåede danske EBIT-model er dog mere lempelig"*.
[957] Se mere herom i bilag 4.
[958] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[959] Reguleringen efter PSL § 20 er foreslået ophævet ved § 2, nr. 2 i L 30 2011-2012.
[960] Se § 2, nr. 6 og 7 i L 30 2011-2012.

samlede regnskabsmæssige værdi af egne aktiver.[961] En tilsvarende reduktion foretages i forhold til SEL § 11C, såfremt der indgår tonnagebeskattede aktiver.[962]

Grundbeløbet justeres ydermere i tilfælde, hvor indkomstårets længde afviger fra et kalenderår, grundet henvisningen til SEL § 11B, stk. 7, 2. pkt.[963] Grundbeløbet justeres i forhold til, hvor stor en del beskatningsperioden udgør af et kalenderår, uanset om beskatningsperioden er længere eller kortere end et kalenderår.

Det skal slutteligt bemærkes, at grundbeløbet gælder samlet for sambeskattede selskaber efter SEL §§ 31 eller 31A.[964] Indgår et tonnagebeskattet selskab i sambeskatningen, reduceres grundbeløbet i overensstemmelse med SEL § 11B, stk. 3, som nævnt ovenfor, i forhold til de sambeskattede selskabers tonnagebeskattede aktiver i forhold til selskabernes samlede egne aktiver.

5.7 Sanktionen

De fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter, efter en eventuel beskæring efter SEL § 11B, er maksimeret til 80 pct. af EBIT. Nettofinansieringsudgifter op til grundbeløbet fradragsbeskæres ikke. Derimod fradragsbeskæres nettofinansieringsudgifter, der overstiger det største beløb af EBIT-loftet og grundbeløbet. Selskabers fradragsret for nettofinansieringsudgifter maksimeres til grundbeløbet i indkomstår, hvor EBIT er mindre end kr. 26,625 mio.[965]

Følgende eksempel kan fremføres

	Selskab A
EBIT	180
Nettofinansieringsudgifter	172
Skattepligtig indkomst før evt. begrænsninger	8
EBIT-loft	144
Grundbeløb	21,3
Beskæring	28
Skattepligtig indkomst	36

SEL § 11C er primært af likviditetsmæssig betydning.[966] Beskårne nettofinansieringsudgifter saldoføres og fremføres til fradrag i det følgende indkomstår, hvorved disse indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne på ny, og der potentielt opgøres en ny fradragsbeskæring. Saldoen fortabes udelukkende ved ophør af selskabet.

[961] Se mere herom i kapitel 4, afsnit 4.4.1, 4.4.3.9 og 4.4.4.
[962] Jf. SEL § 11C, stk. 1, 3. pkt.
[963] Se mere herom i kapitel 4, afsnit 4.4.1 og 4.4.4.
[964] Jf. SEL § 11C, stk. 2, 2. pkt.
[965] Grundbeløbet divideret med 80 pct.
[966] Jf. SEL § 11C, stk. 1, 5. pkt.

Den senere udnyttelse af saldoførte beskårne fradrag indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11C.[967] Det er ikke muligt at modregne beskårne fradrag i tidligere indkomstår eller muligt at fremføre *overskydende EBIT-loft* til senere indkomstår (ingen carry-back).[968] Det kan til dels begrundes med, at finansieringen og udgifterne hertil tidligst kan henføres til skabelsen af skattepligtige indtægter efter gældsætningstidspunktet. Det betyder dog ikke nødvendigvis, at de skattepligtige indtægter ikke kan opstå forud for finansieringsudgifterne. Det synes dog vægtet højere at sikre, at finansieringen ikke har medgået til skabelsen af skattepligtige indtægter.

5.8 Samlet opgørelse for sambeskattede selskaber

Selskaber, der indgår i en sambeskatning efter SEL §§ 31 eller 31A, skal opgøre den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter (EBIT) og nettofinansieringsudgifterne samlet efter SEL § 11C.[969] En sådan samlet opgørelse foretages ligeledes efter SEL § 11B, stk. 8.[970] Grundbeløbet gælder samlet for de sambeskattede selskaber,[971] og koncernens nettofinansieringsudgifter fradragsbeskæres for den del, der overstiger det største beløb af 80 pct. af koncernens EBIT og grundbeløbet.

Den samlede opgørelse skaber mulighed for udnyttelse af overskydende EBIT-loft på tværs af koncernselskaber, således at der sker en koncernudligning heraf, hvilket ligeledes er tilfældet i forhold renteloftet efter SEL § 11B, stk. 8. Den udnyttelse af overskydende EBIT-loft kan ikke ske fra ikke-sambeskattede koncernselskaber, der ikke er hjemmehørende i Danmark. Derved hindres udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF potentielt, da det gøres mere bebyrdende at etablere et datterselskab i en anden medlemsstat i forhold til en etablering i Danmark. Det analyseres nærmere i kapitel 6, afsnit 6.2.4. En sådan forskelsbehandling kan formentlig ikke opretholdes, hvorfor den samlede opgørelse må udstrækkes til også at omfatte disse koncernselskaber i andre medlemsstater.

Fradragsbeskæringen fordeles til de sambeskattede selskaber efter SEL § 11C, stk. 2, 3. og 4. pkt. 3. pkt. fordeler fradragsbeskæringen, der kan indeholdes i de enkelte selskabers nettofinansieringsudgifter, mens 4. pkt. fordeler den del af fradragsbeskæringen, der ikke kan indeholdes i de enkelte selskabers individuelle nettofinansieringsudgifter efter 3. pkt.

Fradragsbeskæringen fordeles forholdsmæssigt til de sambeskattede selskaber, hvor det enkelte selskabs nettofinansieringsudgifter overstiger 80 pct. af selskabets EBIT.[972] Det fremgår ikke klart, om tilgang fra saldi i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne indgår i denne fordeling. Det må erindres, at der føres både individuelle saldi, herunder urealiserede kursgevinster på renteswaps efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt. og nettoaktietab efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 2. pkt., men også fælles saldi, herunder ikke-beskårne nettokurstab på fordringer efter SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt., beskårne kurstab efter SEL § 11B, stk. 10 og beskårne nettofinansieringsudgifter efter SEL § 11C, stk. 2, 5. pkt. Det er ikke klart, om der i forhold til fordelingen skal sondres herimellem.

[967] Jf. SEL § 11C, stk. 1, 6. pkt. Se hertil bemærkningerne til nr. 34 i bilag 33 og 34 til L 213 2006-2007. Det ses ingen ændring af EBIT efter SEL § 11C, stk. 1, 6. pkt.
[968] Se bilag 32 til L 213 2006-2007.
[969] Jf. SEL § 11C, stk. 2.
[970] Se mere herom i kapitel 4, afsnit 4.7.
[971] Jf. SEL § 11C, stk. 2, 2. pkt.
[972] Jf. SEL § 11 C, stk. 2, 3. pkt.

I lyset af, at fordelingen synes at henvise til de individuelle bidrag til en fradragsbeskæring, skal der formentlig indgå individuelle saldobidrag i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne og bortses fra fælles saldi ved fordelingen af den opgjorte fradragsbeskæring, således at de enkelte selskaber ikke ved fordelingen *straffes* for, at der i opgørelse af nettofinansieringsudgifterne er rum til modregning fra saldi, der potentielt hidrører fra andre selskaber. Der foreligger dog ingen fortolkningsbidrag hertil, hvorved der tilsvarende kan argumenteres for en bortseelse af alle saldi eller indregning af alle saldi bidrag. Førstnævnte fortolkning synes forenelig med bestemmelsens formål og lovbemærkningerne. Fordelingen sker som hovedreglen kun til selskaber, der individuelt bidrager til en koncernbeskæring efter SEL § 11C, stk. 1, og illustreres i følgende eksempel:[973]

	Selskab A	**Selskab B**	**Selskab C**	**Samlet**
EBIT	68	10	62	140
Nettofinansieringsudgifter	66	12	40	118
Skattepligtig indkomst før evt. fradragsbeskæring	2	-2	22	22
Grundbeløb				21,3
EBIT-loft	54,4	8	51,5	112
Fradragsbeskæring	(11,6)	(4)	-	6
Fordeling efter 3. pkt.	4,46	1,54	-	12,7
Fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter	61,54	10,46	40	112
Skattepligtig indkomst	6,46	-0,46	22	28

Fradragsbeskæringen efter 3. pkt. fordeles forholdsmæssigt i det omfang det enkelte selskabs nettofinansieringsudgifter overstiger 80 pct. af selskabets skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter. I førnævnte eksempel overskrider kun selskab A og selskab B deres individuelle EBIT-loft, hvorved fradragsbeskæringen fordeles hertil. Da selskab A overskrider det individuelle EBIT-loft med 11,6, mens selskab B overskrider dette med 4, fordeles fradragsbeskæringen med henholdsvis 11,6/(11,6+4) multipliceret med 6, dvs. 4,46, og 4/(11,6+4) multipliceret med 6, dvs. 1,54.

SEL § 11C, stk. 2, 4. pkt. vedrører de tilfælde, hvor den tildelte fradragsbeskæring overstiger nettofinansieringsudgifterne i det enkelte selskab. Den del af fradragsbeskæringen, der overstiger selskabets nettofinansieringsudgifter, fordeles ud på de øvrige sambeskattede selskaber, herunder selskaber, hvor EBIT-loftet ikke overskrides. Fordelingen efter 4. pkt. sker forholdsmæssigt ud fra selskabets nettofinansieringsudgifter fratrukket beskæring efter 3. pkt. i forhold til selskabernes[974] samlede

[973] Oprindeligt fordeltes fradragsbeskæringen forholdsmæssigt efter selskabernes nettofinansieringsudgifter. Det blev ændret ved lov nr. 98 af 10. februar 2009 efter kritik, da fradragsbeskæringen kunne ramme minoritetsaktionærer i selskaber, som ikke individuelt ville blive fradragsbeskåret efter SEL § 11C samt selskaber med en negativ EBIT. Se mere herom i SKM2008.240.DEP samt i bemærkningerne til § 1 nr. 22 i L 23 2008-2009.
[974] Der henvises til de selskaber, hvor den tildelte fradragsbeskæring ikke overstiger de enkelte selskabers nettofinansieringsudgifter.

nettofinansieringsudgifter fratrukket fradragsbeskæring efter 3. pkt., som det ses i følgende eksempel.

	Selskab A	**Selskab B**	**Selskab C**	**Samlet**
EBIT	156	-74	128	210
Nettofinansieringsudgifter	132	24	80	236
Skattepligtig indkomst før evt. fradragsbeskæring	24	-98	48	-26
Grundbeløb				21,3
EBIT-loft	124,8	0	102,4	168
Fradragsbeskæring	(7,2)	(24)	-	68
Fordeling efter 3. pkt.	15,7	24		39,7
Nettofinansieringsudgifter	116,3	0	80	196,3
Fordeling efter 4. pkt.	16,8	0	11,5	28,3
Samlet fradragsbeskæring	32,5	24	11,5	68
Fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter	99,5	0	68,5	168
Skattepligtig indkomst	56,5	-74	59,5	42

Det følger umiddelbart af fordelingen efter 3. pkt., at selskab B tildeles en fradragsbeskæring på 24/(7,2+24) multipliceret med 68, dvs. 52,3. Men selskabets nettofinansieringsudgifter udgør kun 24, hvorved fradragsbeskæringen individuelt er maksimeret hertil. Den tilbageværende overskydende fradragsbeskæring på 28,3 fordeles herefter til selskab A og selskab C, med henholdsvis 116,3/(116,3+80) multipliceret med 28,3, dvs. 16,8, og 80/(116,3+80) multipliceret med 28,3, dvs. 11,5. Den samlede fordeling er anført i skemaet ovenfor.

Konsekvensen af den samlede opgørelse er, at koncerninterne transaktioner udligner hinanden, således at den samlede opgørelsen ikke påvirkes af koncerninterne finansielle transaktioner. Det gælder dog ikke i forhold til fordelingen af en eventuel fradragsbeskæring selskaberne imellem. Koncernintern finansiering kan anvendes til fordeling af en fradragsbeskæring, eksempelvis på bekostning af minoritetsaktionærer.

Følgende eksempel kan fremføres, hvori det antages at selskab A ejer 100 pct. af aktiekapitalen i selskab C, mens selskab A kun ejer 60 pct. af aktiekapitalen i selskab B.

	Selskab A	Selskab B	Selskab C	Samlet
EBIT	68	10	62	140
Nettofinansieringsudgifter	66	12	40	118
Skattepligtig indkomst før evt. fradragsbeskæring	2	-2	22	22
Grundbeløb				21,3
EBIT-loft	54,4	8	51,5	112
Fradragsbeskæring	(11,6)	(4)	-	6
Fordeling efter 3. pkt.	4,46	1,54	-	6
Fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter	61,54	10,46	40	112
Skattepligtig indkomst	6,46	-0,46	22	28

Det antages nu, at selskab C optager et lån hos selskab A, hvorved nettofinansieringsudgifterne øges med 11,5 hos selskab C, og tilsvarende reduceres med 11,5 hos selskab A. Denne koncerninterne gældsætning medfører en omfordeling af fradragsbeskæringen og derved en værdioverførsel til aktionærerne i selskab A på bekostning af aktionærerne i B. Resultatet ses af følgende skema.

	Selskab A	Selskab B	Selskab C	Samlet
EBIT	68	10	62	140
Nettofinansieringsudgifter	54,5	12	51,5	118
Skattepligtig indkomst før evt. fradragsbeskæring	13,5	-2	10,5	22
Grundbeløb				21,3
EBIT-loft	54,4	8	51,5	112
Fradragsbeskæring	(0,1)	(4)	-	6
Fordeling efter 3. pkt.	0,15	5,85	-	6
Fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter	54,35	6,15	51,5	112
Skattepligtig indkomst	13,65	3,85	10,5	28

I førstnævnte eksempel udgjorde den skattepligtige indkomst for selskab A og C samlet 28,46, mens denne er nedbragt til 24,15, dvs. en nedbringelse på 4,31 på bekostning af selskab B. Selskab B's skattepligtige indkomst forøges, grundet koncernintern gældsfinansiering mellem selskab A og C. Der ses ingen ændringer i den samlede fradragsbeskæring, men en intern omfordeling af skattebyrden.[975] Det må derfor tilrådes både majoritetsaktionærer og minoritetsaktionærer at være opmærksomme på sådanne interne suboptimeringer og omfordelinger af skattebyrden.

[975] Et yderligere udlån fra selskab A til selskab C, hvor renteudgifterne udgør 0,1 vil maksimere værdiskabelsen for selskaber A og C.

Det skal slutteligt erindres, at fradragsbeskårne nettofinansieringsudgifter føres hos administrationsselskabet. Det er derfor langt fra sikkert, at de fradragsbeskårne selskaber i sambeskatningen tilsvarende får glæde af de fremførte beskårne finansieringsudgifter, da disse kan udnyttes af alle selskaber i sambeskatningen og forbliver heri, selvom kildeselskabet udtræder af sambeskatningen.

5.9 Saldooverførsel og ophør

Fradragsbeskårne nettofinansieringsudgifter fremføres til fradrag i det følgende indkomstår, hvor disse indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.[976] Saldoen føres i udgangspunktet hos selskabet og fortabes, såfremt selskabet ophører.

Det følger af SEL § 11C, stk. 2, 5. pkt., at fradragsbeskårne finansieringsudgifter i sambeskatningstilfælde føres samlet hos administrationsselskabet, uanset om de fremførte nettofinansieringsudgifter er opstået før eller under sambeskatningen. Skatteministeriet har bekræftet, at hvor et selskab, der har realiseret og hidtil fremført beskårne finansieringsudgifter indtræder i en sambeskatning, skal selskabets fradragsbeskårne finansieringsudgifter fremføres hos administrationsselskabet.[977] Ved udtræden af en sambeskatning forbliver saldoen hos administrationsselskabet, uanset om saldoen oprindeligt hidrører fra det udtrædende selskab.[978] Indtræden og udtræden af en sambeskatning synes derved relativt simpelt i forhold til saldobehandlingen.

Formuleringen i SEL § 11C, stk. 2, 5. pkt. er identisk med SEL § 11B, stk. 10, 4. pkt.,[979] og henset til den nære sammenhæng mellem SEL § 11B og SEL § 11C må det antages, at disse har samme indhold i forhold til saldooverførsler m.v.[980] Derfor kan Skatteministerens svar m.v. vedrørende SEL § 11B, stk. 10 tilsvarende lægges til grund i forhold til SEL § 11C, stk. 2.[981]

Skatteministeriet har anført, at saldoen omfattes af SEL § 31 stk. 4, hvorefter et administrationsselskabs rettigheder og pligter overføres til det nye administrationsselskab ved skift af administrationsselskab.[982] Et skift af administrationsselskab sker, såfremt administrationsselskabet ikke længere indgår i koncernen, eller såfremt et andet selskab bliver øverste danske moderselskab, eksempelvis som følge af en aktieombytning. Der er ikke under det lovforberedende arbejde henvist til SEL § 31, stk. 4, men det synes korrekt at anvende SEL § 31, stk. 4 til saldooverførsler, henset til den nære tilknytning til administrationsselskabet og sambeskatningsreglerne. Der følger ingen kompensationspligt ved overførsel af saldi, da der i SEL § 31, stk. 4 henføres til en kompensation ved overdragelse af forpligtelser og ikke rettigheder. En eventuel frivillig kompensation må henføres til SEL § 31D. Det følger direkte af lovbemærkningerne,[983] at hvor administrationsselskabet deltager i en fusion, så vi-

[976] Jf. SEL § 11C, stk. 1, 5. og 6. pkt.
[977] Se SKM2008.240.DEP.
[978] Se også SKM2008.240.DEP.
[979] Det eneste forskel er, at SEL § 11B, stk. 10, 3. pkt. vedrører beskårne kurstab på gæld og finansielle kontrakter, mens SEL § 11C, stk. 2, 5. pkt. vedrører alle beskårne finansieringsudgifter.
[980] Se mere herom i kapitel 4, afsnit 4.6 og 4.8.5.
[981] Se *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557.
[982] Se SKM2008.240.DEP.
[983] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.

dereføres de fradragsbeskårne nettofinansieringsudgifter i det modtagende selskab, hvilket synes at understøtte førnævnte.

Det skal bemærkes, at førnævnte situationer kan indtræffe samtidig, eksempelvis ved afståelse af et administrationsselskab, der ikke udgør det ultimative moderselskab, til en anden koncern. Der fremgår hverken af SEL § 31, stk. 4 eller SEL § 11C en prioritering af disse situationer, og det er da uklart om saldoen skal overføres til det tilbageværende nyudnævnte administrationsselskab eller administrationsselskabet i den erhvervende koncern. Henset til saldoen ved en individuel udtræden forbliver i den tilbageværende koncern, synes det tilsvarende korrekt at konkludere, at saldoen forbliver i den tilbageværende koncern, hvor situationerne indtræder samtidigt.[984]

Det følger direkte af SEL § 11C, stk. 2, 6. pkt., at ved ophørsspaltning[985] af administrationsselskabet fordeles de fremførselsberettigede finansieringsudgifter forholdsmæssigt efter den skattemæssige værdi i de modtagende selskaber. I disse tilfælde allokeres saldoen (midlertidigt) til de modtagende selskaber, men må herefter henføres til administrationsselskabet, da der blot er tale om fordelingsmekanisme og synes ikke at forudsætte, at de modtagende selskaber nødvendigvis er eller bliver administrationsselskaber.[986]

Fordelingen ud fra den skattemæssige værdi i de modtagende selskaber sker ligeledes efter SEL § 11B, stk. 10, 5. pkt., hvori der dog henvises til den skattemæssige værdi efter SEL § 11B, stk. 5 og 6. En sådan henvisning følger ikke af SEL § 11C, og det må antages, at en sådan henvisning måtte have indfundet sig i ordlyden eller bemærkningerne hertil ved L 213 2006-2007. SEL § 11C har ikke tilknytning til opgørelsen af renteloftet i SEL § 11B. Fordelingen af de fremførte finansieringsudgifter sker derved ud fra den skattemæssige værdi af alle aktiverne i de modtagende selskaber. Der er tale om forskellige fordelinger ved ophørsspaltning efter SEL § 11B, stk. 10, 5. pkt. og SEL 11C, stk. 2, 6. pkt.

Ved ophør af sambeskatningen består ikke et tilbageværende administrationsselskab, hvorved SEL § 11C, stk. 2 ikke finder anvendelse.[987] En fremtidig saldo skal i stedet føres hos de individuelle selskaber. Der er ikke taget stilling hertil af lovgiver, men det må antages, at saldoen forbliver hos det tidligere administrationsselskab, som selvstændig saldo med hjemmel i SEL § 11C, stk. 1, 5. pkt. Det gælder kun, såfremt selskabet ikke indtræder i en ny sambeskatning, da der ellers fortsat skal føres en samlet saldo hos administrationsselskabet, og en saldooverførsel omfattes da af SEL § 31, stk. 4, som Skatteministeriet henviser til i SKM.2008.240.DEP.

Det skal slutteligt bemærkes, at Skatteministeriet har bekræftet, at fremførte kurstab efter SEL § 11B, stk. 10 ikke omfattes af FUL § 8, stk. 8, således at saldoen ikke falder bort ved skattefrie omstruktureringer. Det må tilsvarende gælde i forhold til SEL § 11C.

[984] Samme antages af *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557. Se også kapitel 4, afsnit 4.5.1.2 i forhold til om der består en vedhængende saldo eller ej.
[985] Det omfatter såvel skattepligtige som skattefrie ophørsspaltninger. Se hertil SKM.2008.240.DEP i forhold til SEL § 11B, stk. 10.
[986] Se modsat herfor *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557.
[987] Der udpeges ikke et administrationsselskab, hvorved at SEL § 31, stk. 4 ikke finder anvendelse.

5.10 Samspil mellem rentefradragsbegrænsningsreglerne

SEL § 11C er sidste led i rækken af rentefradragsbegrænsningsregler. Det følger af SEL § 11C, stk. 1, 1. pkt., at en eventuel fradragsbeskæring efter SEL § 11C finder sted efter en eventuel beskæring efter SEL § 11B og derved også efter SEL § 11. Der anvendes følgende rangorden:

1. SEL § 11
2. SEL § 11B
3. SEL § 11C

Således korrigeres opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11C for eventuelle fradragsbeskæringer m.v. efter SEL §§ 11 og 11B, uden dog at opgørelsen af EBIT-loftet påvirkes heraf.[988] Det følger samtidig, at skattefrie renteindtægter og kursgevinster jf. SEL § 11, stk. 6 og saldopåvirkninger af nettofinansieringsopgørelsen efter SEL § 11B påvirker opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11C. Derved opstår et samspil mellem rentefradragsbegrænsningsreglerne, som nøje må haves for øje af skatteyderen, både i forhold til minimering af fradragsbeskæringerne, men også en optimal fordeling af en eventuel fradragsbeskæring mellem rentefradragsbegrænsningsreglerne.

Det skal erindres, at fradragsbeskårne renteudgifter efter SEL § 11 fortabes endegyldigt, mens kurstab dog kan fremføres til modregning i kursgevinster på samme lån. Fradragsbeskæringen efter SEL § 11B er tilsvarende endelig, dog således at beskårne nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter kan fremføres til modregning i kursgevinster på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven i de tre efterfølgende indkomstår. Beskårne urealiserede kurstab på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom kan ydermere fremføres i hele kontraktens løbetid til fradrag i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører. Beskårne nettofinansieringsudgifter efter SEL § 11C fremføres til fradrag i det følgende indkomstår.

Det er ikke usandsynligt, at eksempelvis en udnyttelse af fremførte kurstab efter SEL § 11, stk. 1, 3. pkt. udløser en fradragsbeskæring efter SEL § 11B. Samme kan anføres om en skattefrihed efter SEL § 11, stk. 6, hvorved nettofinansieringsudgifterne hos långiver øges. Ligeledes kan en udnyttelse af fremførte kurstab efter SEL § 11B, stk. 10 tilsvarende udløse en fradragsbeskæring efter SEL § 11C. Hertil kommer desuden, at følgende øger nettofinansieringsudgifterne efter både SEL §§ 11B og 11C:

- Udnyttelse af fremførte ikke-beskårne nettokurstab på fordringer i efterfølgende indkomstårs nettokursgevinster på fordringer samt renteindtægter jf. SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt.
- Udnyttelse af nettoaktietab jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 2. pkt.
- Saldoføring af urealiserede kursgevinster på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom jf. SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt.
- Udnyttelse af beskårne urealiserede kurstab på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom jf. SEL § 11B, stk. 10, 2 pkt.

[988] Dog reducerer SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. vedrørende ikke-beskårne nettokurstab på fordringer EBIT.

Under det lovforberedende arbejde[989] fremkom følgende eksempel på en samtidig anvendelse af rentefradragsbegrænsningsreglerne. Eksemplet vedrører indkomståret 2007.

En koncern har følgende skattepligtig indkomst og nettofinansieringsudgifter:

- EBIT indkomst: 50
- Interne finansieringsudgifter: 100
- Eksterne finansieringsudgifter: 100
- Skattepligtig indkomst: -150

Koncernen har på koncernniveau følgende aktiver og passiver ved indkomstårets udløb:

	Handelsværdier (mio. kr.)	**Skatteværdier (mio. kr.)**
Aktiver		
Materielle aktiver	1.600	1.200
Datterselskab (udland)	600	100
Øvrige	925	900
Aktiver i alt	3.125	2.200
Passiver		
Egenkapital	525	-400
Gæld	2.600	2.600

Tynd kapitalisering – SEL § 11

Koncernen er tyndt kapitaliseret efter SEL § 11. Minimumsegenkapitalen udgør 20 pct. af handelsværdien af aktiverne (3.125) dvs. 625, mens handelsværdien af egenkapitalen udgør 525. Det antages, at betingelserne for fradragsbeskæring herefter er opfyldt, hvorved den uforholdsmæssige gæld udgør 100. Fradragsbeskæringen beregnes til 7.[990]

Renteudgifterne efter fradragsbeskæring for tynd kapitalisering udgør 193.[991]

Renteloftet – SEL § 11B

Aktivopgørelsen viser følgende aktiver:

- Materielle aktiver: 1.200
- Datterselskab: 20 (20 pct. af 100)[992]
- Øvrige: 800 (likvide midler indgår ikke)
- Fremførselsberettigede underskud: 143

[989] Se bilag 26 til L 213 2006-2007.
[990] Fradragsbeskæringen beregnes som 100*200/2600 = 7,69. Skatteministeriet har dog rundet ned.
[991] Der er ikke i eksemplet taget stilling til hvortil de beskårne renteudgifter skal allokeres i forhold til en eventuel skattefriholdelse for långiver efter SEL § 11, stk. 6.
[992] Medregningsprocenten udgjorde 20 pct. i indkomståret 2007.

Værdien af de samlede skattemæssige aktiver er opgjort til 2.163. Renteloftet udgør herefter 141 (6,5 pct. af 2.163).[993]

Fradragsbeskæringen efter SEL § 11B beregnes til 52 (193 – 141).

EBIT-reglen - SEL § 11C

EBIT indkomsten udgør den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifterne og opgøres fortsat til 50. Den maksimale fradragsret udgør 80 pct. af EBIT indkomsten, dvs. 40.

Fradragsbeskæringen efter SEL § 11C udgør 101 (141-40).

Den skattepligtige indkomst

Skattepligtig indkomst før fradragsbeskæring: -150

Samlede fradragsbeskæringer: 160

Skattepligtig indkomst: 10

Samspillet mellem fradragsbegrænsningsreglerne er særdeles vigtigt at have for øje. Der kan ikke blot ske en minimering af den samlede fradragsbeskæring, men samtidig en omfordeling af fradragsbeskæringen. Det skal i forhold til reglerne om tynd kapitalisering særligt holdes for øje, at modsvarende renteindtægter og kursgevinster er skattefrie i Danmark, hvor der foretages en fradragsbeskæring af renteudgiften/kurstabet. Det påvirker opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne i SEL § 11B, stk. 4, og SEL § 11C, hvorved fordelingen af fradragsbeskæringen potentielt forrykkes.

Ligeledes må de forskellige samlede opgørelse holdes for øje, da der efter SEL § 11, stk. 4 foretages en konsolideret opgørelse med udgangspunkt i koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2,[994] mens sambeskatningskredsen efter SEL §§ 31 eller 31A følges i den samlede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8 og SEL § 11C, stk. 2, og derved koncerndefinitionen i SEL § 31C. Det er illustreret af *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557, og der er i følgende eksempel taget udgangspunkt heri.

En koncern består af et udenlandsk moderselskab (100 pct. ejet af en udenlandsk fysisk person) og et dansk datterselskab. Det danske datterselskab har to aktiviteter, som begge er finansieret via lån fra moderselskabet.

[993] Standardrenten udgjorde 6,5 pct. for indkomståret 2007.
[994] Der må dog også henses til SEL § 11, stk. 4, 2. pkt., således at KGL § 4, stk. 2 kun er udgangspunktet.

Aktiver	mio. kr.	**Passiver**	mio. kr.
Aktivitet 1		Egenkapital	250
Driftsaktiver	375		
Goodwill	0	Gæld til modersel-skabet	1000
Aktier i udenlandsk ikke-koncernforbundet selskab	500		
Aktivitet 2			
Driftsaktiver	125		
Goodwill (oparb.)	250		
I alt	1250	I alt	1250

Aktiverne er optaget til handelsværdier, som antages at svare til de skattemæssige værdier, mens de skattemæssige værdier for goodwill er 0.

Datterselskabet har følgende indtjening i indkomståret 2011:

	mio. kr.
Driftsresultat, aktivitet 1	30
Driftsresultat, aktivitet 2	20
Nettorenteudgifter, 6 pct.	(60)
	(10)

Datterselskabets skattepligtige indkomst kan herefter opgøres, som følger

	mio. kr.	mio. kr.
Driftsresultat, aktivitet 1		30
Driftsresultat, aktivitet 2		20
Nettorenteudgifter	60	
Fradragsbeskæring efter SEL § 11B	(38,7)	
Fradragsberettige nettofinansie-ringsudgifter	21,3	21,3
Skattepligtig indkomst		28,7

Der sker ikke fradragsbeskæring efter SEL § 11, da solvenskravet ikke er overskredet jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 3. Der foretages derimod en fradragsbeskæring efter SEL § 11B, da renteloftet opgøres til kr. 20 mio. (4 pct. af kr. 500 mio.), dog således at grundbeløbet udgør kr. 21,3 mio. Fradragsretten beskæ-

res derved med kr. 38,7 mio. Der foretages ikke fradragsbeskæring efter SEL § 11C, da nettofinansieringsudgifterne ikke herefter overstiger grundbeløbet. Den skattepligtige indkomst udgør herefter kr. 28,7 mio. i stedet for kr. -10 mio., grundet fradragsbeskæringen efter SEL § 11B.

Antages en anden koncernstruktur, således at aktiviteter er fordelt på 2 datterselskaber, kan koncernen opnå en lavere fradragsbeskæring. Det udenlandske moderselskab ejer 100 pct. af aktiekapitalen i Datterselskab 1 og de tilhørende stemmerettigheder. Det udenlandske moderselskab ejer 99 pct. af aktiekapitalen i Datterselskab 2, men råder kun over 49 pct. af stemmerettighederne. Derimod ejer den bagvedliggende fysiske aktionær til det udenlandske moderskab den resterende aktiekapital i Datterselskab 2 og råder over 51 pct. af stemmerettighederne.

Datterselskab 1

Aktiver	mio. kr.	**Passiver**	mio. kr.
Aktivitet 1		Egenkapital	-100
Driftsaktiver	375		
Goodwill	0	Gæld til moderselskabet	500
Aktier i udenlandsk ikke-koncernforbundet selskab	500	Gæld til datterselskab 2 (søsterselskab)	475
I alt	875	I alt	875

Datterselskab 2

Aktiver	mio. kr.	**Passiver**	mio. kr.
Aktivitet 2		Egenkapital	350
Driftsaktiver	125		
Goodwill (oparb.)	250	Gæld til moderselskabet	500
Tilgodehavende hos datterselskab 1 (søsterselskab)	475		
I alt	850	I alt	850

Datterselskaberne har følgende indtjening:

	Datterselskab 1	**Datterselskab 2**	**Samlet**
	mio. kr.	mio. kr.	mio. kr.
Driftsresultat, aktivitet 1	30		30
Driftsresultat, aktivitet 2		20	20
Nettorenteudgifter, 4 pct.	(58,5)	(1,5)	(60)
			(10)

Datterselskab 1 og Datterselskab 2 er koncernforbundne efter KGL § 4, stk. 2, men disse skal ikke indgå i en konsolideret opgørelse efter SEL § 11, stk. 4, da selskaberne ikke er koncernbundne, såfremt der bortses fra udenlandske aktionærer efter SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. Selskaberne er ikke koncernforbundne efter SEL § 31C, hvorved der ej heller skal foretages en samlet opgørelse efter hverken SEL § 11B, stk. 8 eller SEL § 11C, stk. 2.

Datterselskabernes skattepligtige indkomst kan herefter opgøres, som følger:

	Datterselskab 1		**Datterselskab 2**		**Samlet**
	mio. kr.		mio. kr.		mio. kr.
Driftsresultat, aktivitet 1		30			30
Driftsresultat, aktivitet 2				20	20
Nettorenteudgifter	58,5		1,5		
Fradragsbeskæring efter SEL § 11	(16,5)		16,5		
Nettofinansieringsudgifter	42		18		
Fradragsbeskæring efter SEL § 11B	(20,7)		-		
Fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter	21,3	21,3	18	18	39,3
Skattepligtig indkomst		8,7		2	10,7

Koncernens skattepligtige indkomst er nedbragt til kr. 10,7 mio. dvs. med kr. 18 mio.

Datterselskab 1 er tyndt kapitaliseret efter SEL § 11. Fradragsbeskæringen finder sted for uforholdsmæssige gæld, hvilken udgør kr. 275 mio. Fradragsbeskæringen udgør 275 * 58,5/975 = kr. 16,5 mio.

Det følger af prioritetsreglen i SEL § 11, stk. 1, 7. pkt., at de beskårne fradrag vedrører først den danske kontrollerede gæld, dvs. gælden til Datterselskab 2. Det medfører, at renteindtægten er skattefri for Datterselskab 2 jf. SEL § 11, stk. 6, hvorved disse udgår af opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.

Renteloftet for Datterselskab 1 udgør 4 pct. af kr. 375 mio., dvs. kr. 15 mio. Dog skal der henses til grundbeløbet på kr. 21,3 mio. Nettofinansieringsudgifterne udgør kr. 42 mio., og derfor fradragsbeskæres selskabet med kr. 20,7 mio. Der foretages ikke fradragsbeskæring efter SEL § 11C, da nettofinansieringsudgifterne i forhold til SEL § 11C udgør kr. 21,3 mio. og derved grundbeløbet.

Der foretages ikke fradragsbeskæring af Datterselskab 2.

Det ses af eksemplet, at den skattepligtige indkomst er nedbragt med kr. 18 mio. ved den nye koncernstruktur. Denne værdi er skabt på baggrund af udnyttelsen af to grundbeløb efter SEL § 11B i stedet for blot ét. Fradragsbeskæringen efter SEL § 11B er nedbragt med netop kr. 18 mio. Eksemplet illustrerer, at det er muligt at have kontrolleret gæld til et ikke-koncernforbundet selskab vurderet efter SEL § 31C.[995]

Optimeringen er mulig grundet anvendelsen af forskellige koncernbegreber, og det påpeges af *Dalgas et al.* i TfS 2009, 557, at det er et udslag af en *"manglende overensstemmelse"* mellem koncernbegreberne i SEL § 11 og SEL § 11B.[996] Problemstillingen er ikke ny, men oplevedes tidligere i samspillet mellem sambeskatningsreglerne og KGL § 4. Hvor selskaber indgik i en sambeskatning efter SEL § 31, og derved var koncernforbundne efter SEL § 31C, men ikke samtidig koncernforbundne efter KGL § 4, var kreditorselskabets tab på en koncernintern fordring mellem selskaberne fradragsberettiget, uagtet den skattemæssige behandling af debitorselskabet. Derved opstod et potentielt dobbeltfradrag.[997] Det blev løst af lovgiver ved udvidelsen af KGL § 4 til også at omfatte fordringer på sambeskattede selskaber og selskaber, som kan sambeskattes efter SEL §§ 31 og 31A.[998]

Anvendelsen af forskellige koncernbegreber bidrager til en øget kompleksitet, men kan naturligvis være velbegrundet, eksempelvis SEL § 11, stk. 4, hvor reglen kun anvendes i de tilfælde, hvor kaskadeeffekten potentielt er til stede. Det synes dog ikke at være til hinder for, at der som minimum kunne tages udgangspunkt i samme koncernbegreb i stedet for at operere med forskellige koncernbegreber i selskabsskatteretten.

[995] Eksemplet er forenklet. Der skal henses til at koncernforbindelsen ikke udelukkende konstateres på baggrund af stemmerettigheder, herunder hvor moderselskabet ikke ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, men har (i) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer, (ii) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale, (iii) beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller (iv) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved har den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet jf. SEL § 31C, stk. 3 og 4.

[996] Det fremhæves dog samtidigt at *"Effekten opnås dog kun ved visse balancestrukturer, og hensyn til andre forhold end rentefradragsbegrænsningsreglerne kan betyde, at den ændrede struktur er mindre hensigtsmæssig. Dette ændrer dog ikke ved, at reglerne er usammenhængende."*

[997] Dette påpegedes af *Amby* i TfS 2006, 337. Der konkluderedes heri samspilsproblemer mellem koncerndefinitionen i sambeskatningsreglerne og KGL § 4, som dog let kunne løses ved at udvide koncernbegrebet i KGL § 4 til at omfatte selskaber undergivet fælles sambeskatning. Lovgiver fulgte denne opfordring ved lov nr. 344 af 18. april 2007.

[998] Jf. KGL § 4, stk. 1, 2. pkt., som indført ved § 4, nr. 1 i lov nr. 344 af 18. april 2007

5.11 Internationalt perspektiv

5.11.1 EBITDA-regulering - Italien og Tyskland

Rentefradragsbegrænsningsregler baseret på skattemæssig driftsindkomst (EBIT) er ikke kun et dansk fænomen. I Italien og Tyskland erstattedes konventionel solvensbaseret tynd kapitaliseringsregulering af EBITDA-baseret regulering[999] i henholdsvis 2007 og 2008. Årsagen var i begge tilfælde, at den dagældende regulering ikke fandtes hverken tidssvarende eller tilstrækkelig. I modsætning til i Danmark foretoges en afskaffelse af den eksisterende regulering, og ikke supplering heraf.

Reguleringen kan opsummeres som følger:

	Tyskland	Italien	Danmark
Subjekter	Kapitalselskaber, kommanditselskaber, partnerskaber og andre skattemæssige enheder samt personselskaber	Selskaber og faste driftssteder	Selskaber og faste driftssteder
Udgifter	Nettofinansieringsudgifterne	Nettofinansieringsudgifterne	Nettofinansieringsudgifterne
EBIT-loft	30 pct. af den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter, skat og afskrivninger (EBITDA)	30 pct. af selskabets regnskabsmæssige (GAAP) drifts/produktionsoverskud før nettofinansierings-udgifter, skat og afskrivninger (EBITDA)	80 pct. af den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter og skat (EBIT)
Fradragsbeskæring	Fremførselsadgang	Fremførselsadgang	Fremførselsadgang
Undtagelser	Nettofinansieringsudgifterne udgør mindre end EUR 1 mio. (de minimis). Selskabet er ikke en del af en koncern, der skal føre et konsolideret regnskab, og har ikke skadelig gæld[1000] (standalone-klausul). Selskabet er en del af en koncern, der skal føre et		Fradragsbeskæring kan maksimalt nedsætte fradraget til grundbeløbet på kr. 21,3 mio.

[999] Den tyske Zinsschranke følger af Sec. 4h Einkommensteuergesetz (EStG) og Sec. 8a Körperschaftsteuergesetz (KStG), mens den Italienske EBITDA-regel følger af art. 96 i Testo Unico delle Imposte sui Redditi.
[1000] Ved skadelig gæld anses gæld til aktionærer m.v. samt nærtstående hertil, som direkte eller indirekte ejer mere end 25 pct. af selskabskapitalen og renteudgifterne m.v. overstiger 10 pct. af de totale nettorenteudgifter.

	konsolideret regnskab[1001], og selskabets soliditetsgrad afviger ikke negativt mere end 1 procentpoint i forhold til koncernens samlede soliditetsgrad.[1002]		
Bemærkninger	Det er omdiskuteret om stand-alone-klausulen er EU-retlig konform, da tyske koncerner anses som én enhed, hvorved EBITDA-reglen udelukkende eller primært anvendes i grænseoverskridende tilfælde.	I sambeskatningstilfælde kan fremførte fradrag og overskydende EBITDA-loft overføres mellem selskaberne, både i det aktuelle indkomstår og i senere indkomstår. Det er muligt at udnytte overskydende EBITDA-loft fra udenlandske koncernforbundne datterselskaber, som ikke indgår i sambeskatningen.	Der foretages en samlet opgørelse ved sambeskattede selskaber. Den EU-retlige konformitet er tvivlsom, da det ikke er muligt at udnytte overskydende EBIT-loft fra udenlandske datterselskaber, mens det er muligt ved hjemmehørende datterselskaber.

EBIT- reguleringens styrke og svaghed er simpliciteten og lader sig relativt let administrere af både skatteyderen og skattemyndighederne. Italien prioriterede særligt simplicitet og EU-retlig konformitet, da den tidligere regulering vedrørende tynd kapitalisering netop var stærkt kritiseret i denne retning. Den tyske regulering er derimod mere målrettet finansielle udnyttelsesstrategier, hvor internationale koncerner placerer gæld i den tyske del af koncernen, mens den skattepligtige indkomst skabes udenfor Tyskland, hvorfor der er indført de tre nævnte undtagelser. Det indbefatter, at kun koncernselskaber omfattes (stand-alone-klausulen), da disse udelukkende eller primært anses for potentielt at udøve finansielle udnyttelsesstrategier, ligesom at EBITDA-reglen ej finder anvendelse, såfremt selskabets soliditetsgrad følger koncernens soliditetsgrad. Derved brydes til dels simpliciteten til fordel for en større målrettethed. Samtidig indeholdes i den tyske regulering en direkte erstatning for tynd kapitaliseringsreguleringen vedrørende såkaldte skadelige lån, således at EBITDA-reglen også finder anvendelse på enkeltstående selskaber, såfremt finansieringsudgifter til aktionærer m.v. overstiger 10 pct. af de samlede nettofinansieringsudgifter.

Det synes urimeligt direkte at sammenligne førnævnte EBITDA-regulering med SEL § 11C, og konkludere en lempeligere regulering i Danmark, da en sådan sammenligning også må omfatte SEL §§ 11 og 11B. Det må naturligvis påpeges, at SEL § 11C anvender en 80 pct. grænse af den skattemæssige EBIT, mens der i Italien og Tyskland anvendes en 30 pct. grænse af henholdsvis den regnskabsmæssige og skattemæssige EBITDA. Som fremført anvendes i Tyskland en lav de minimis klausul på EUR 1

[1001] Selskaber, der kun indgår forholdsmæssigt i det konsoliderede regnskab, indgår ikke i forhold til EBITDA-reglen.
[1002] Se også *Hartmann* I Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (6), p. 234 ff.

mio. mod grundbeløbet på kr. 21,3 mio. i SEL § 11C, men omvendt består tre undtagelsesklausuler i den tyske regulering. Det kan anføres, at SEL § 11C i en isoleret sammenligning muligvis er mere lempelig,[1003] men den samlede rentebegrænsningsregulering i selskabsskatteloven kan ikke anses for lempeligere end hverken den italienske eller tyske EBITDA-regulering.

EBIT-reguleringens mekanisme er særdeles interessent, og relativ simpel. Der foretages en direkte kobling mellem den skattepligtige indkomst og finansieringsudgifterne. Det kan anføres, at gælden (fremmedkapitalen) kun honoreres fra den skattepligtige indkomst (fradrages) op til henholdsvis 30 eller 80 pct. af EBIT/EBITDA, således at overskydende nettofinansieringsudgifter implicit må henføres til honorering fra anden indkomst. Der etableres en klar sammenhæng mellem den skattepligtige indkomst og finansieringsudgifterne, således at gældsfinansiering ikke påtages uden en forventning om skabelsen af skattepligtig indkomst. Korrelationen kan dog kritiseres, da fradragsretten betinges af investeringens succes og derved er asymmetrisk.

SEL § 11C anvender, som bekendt, den skattemæssige EBIT, mens der i Tyskland anvendes den skattemæssige EBITDA, og slutteligt i Italien, hvor den regnskabsmæssige EBITDA anvendes. Valget herimellem er en politisk beslutning. Det kan anføres, at uanset om reguleringen anses for en fordeling af årets skattepligtige indkomst eller som en sammenholdelse med skabelsen af skattepligtig indkomst, må det anses for mest naturligt at anvende en skattemæssig opgørelse. Ligeledes synes hensynet til sikringen af en minimumsbeskatning bedst varetaget ved den skattepligtige indkomst. Henset til det politiske ønske om en snæver sammenhæng med skattepligtige indtægter må den skattemæssige korrelation bifaldes.

Det må i forhold til anvendelsen af EBIT eller EBITDA anføres, at afskrivninger udtrykker værditabet på aktiverne i indkomståret og udgør ikke en pengestrøm i indkomståret. Det kan anføres, at såfremt der blot ønsket sikret en minimumsbeskatning, kan enhver fradragsberettiget udgift indgå i sammenlignelighedsgrundlag, hvorfor anvendelsen af såvel EBIT som EBITDA synes i overensstemmelse hermed. Anvendelsen af EBIT følger en driftsomkostningstankegang, da indtægten henføres til værditabet på aktivet (afskrivningen), hvorved kun værdien herudover anses som en skattemæssig værdiskabelse. Anvendelsen af EBITDA anser derimod ikke afskrivninger for relevant i forhold til en vurdering af værdiskabelse i forhold til finansieringsudgifters sammenhæng hermed. Der synes international foretaget forskellige politiske afvejninger og tilgange.

5.11.2 Earnings stripping rule - USA

EBIT-baseret regulering er ikke kun et europæisk fænomen, men findes i en hybrid form i USA ved den såkaldte *earnings stripping rule* i IRC Sec. 163 (j), der indførtes i 1987.[1004] Reguleringen forudsætter, at selskabets gæld i forhold til egenkapitalen overstiger forholdet 1,5:1 ved indkomstårets udløb, og fradragsbeskæringen beregnes som den del af selskabets nettofinansieringsudgifter, der overstiger 50 pct. af selskabets skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter, afskrivningerne og skat (Adjusted Taxable Income). Der består derved en EBIT-baseret fordelingsmekanisme, såfremt selskabet er tyndt kapitaliseret, og derved en hybrid regulering.

[1003] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007 samt spørgsmål 211 i bilag 8 til L 213 2006-2007.
[1004] Bestemmelsen er nærmere omtalt i bilag 4, afsnit 23.

Reguleringen indeholder, ligesom førnævnte EBIT baserede modeller, en uendelig fremførselsadgang for beskårne finansieringsudgifter. Hertil kommer i tråd med den Italienske regulering, tilsvarende en adgang til at fremføre overskydende EBIT-loft i tre følgende indkomstår.

Earnings stripping reguleringen adskiller sig ikke væsentlig fra førnævnte regulering i Danmark, Italien og Tyskland, men målrettes selskaber med en lav solvensgrad. Dog adskiller reguleringen sig på det væsentlige punkt, at reguleringen i USA kun omfatter finansieringsudgifter ved koncernintern gæld m.v., hvorved reguleringen må henføres til koncernskatteretten, ligesom SEL § 11. Det understreger, at en EBIT-baseret fordelingsmekanisme kan anvendes generelt eller specifikt, afhængigt af det politiske ønske.

5.12 Afslutning

SEL § 11C skal sikre sammenhængen mellem de fradragsberettigede finansieringsudgifter og den skattepligtige indkomst. Det sikres, at kun nettofinansieringsudgifter op til 80 pct. af den skattemæssige indkomst før nettofinansieringsudgifter (EBIT) er fradragsberettigede. Nettofinansieringsudgifter herudover anses ikke for at vedrøre skabelsen af skattepligtig indkomst, hvorfor disse nettofinansieringsudgifter fradragsbeskæres, hvorved disse ikke kan anvendes til udflytning af skattetilsvar.

SEL § 11C forudsætter derved en opgørelse af nettofinansieringsudgifterne og selskabets skattepligtige indkomst før årets nettofinansieringsudgifter (EBIT). EBIT opgøres derved på baggrund af et eksisterende datagrundlag, hvorved de administrative byrder herved synes minimale. Opgørelserne foretages samlet ved sambeskattede selskaber.

Der kan fremhæves følgende overvejelser, som SEL § 11C synes at give anledning til. Det bør konkret overvejes:

Om den skattemæssige EBIT fortsat alene skal udgøre grundlaget for EBIT-loftet. Indtægter kan enten være skattepligtige eller skattefrie, og det bør ikke nødvendigvis følge, at fremmedkapitalen altid honoreres fra de skattepligtige indtægter, som SEL § 11C ligeledes synes at anerkende. Fordelingen kunne have et større fokus på forholdet mellem årets skattepligtige og skattefrie indtægter, eksempelvis således at der foretages en forholdsmæssig fradragsbeskæring ud fra forholdet mellem den skattepligtige indkomst (skattemæssig EBIT) og den samlede indkomst (eksempelvis regnskabsmæssig EBIT).

Om EBIT tilsvarende skal korrigeres for udnyttelsen af fremførte ikke-beskårne nettokurstab på fordringer omfattet af SEL § 11B, stk. 1, 4. pkt., således at den tilsvarende korrektion af nettofinansieringsudgifterne ligeledes matches i EBIT. Det synes uhensigtsmæssigt, at EBIT og nettofinansieringsudgifterne reduceres efter SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. i indkomståret, men kun indtræder i nettofinansieringsudgifterne og ikke EBIT, i det indkomstår, hvori disse modregnes i nettokursgevinster på fordringer eller renteindtægter.

Om nettokurstab på fordringer udelukkende skal fragå i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, såfremt nettofinansieringsudgifterne overskrider grundbeløbet og renteloftet i SEL § 11B. Det synes

uhensigtsmæssigt, at kvalificeringen som en ikke-finansieringsudgift afhænger af, om der opgøres en fradragsbeskæring eller ej efter SEL § 11B.

Om den nødvendige EU-retlige konformitet består i forhold til den samlede opgørelse efter SEL § 11C, stk. 2, hvilket formentligt ikke er tilfældet, som behandlet i kapitel 6, afsnit 6.2.4. Der kan formentlig ikke nægtes en indregning af overskydende EBIT-loft fra koncernforbundne selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater, hvor et sådan overskydende EBIT-loft ville indgå i den samlede opgørelse efter SEL § 11C, stk. 2, såfremt koncernselskaberne var hjemmehørende i Danmark.[1005] En sådan indregning følger direkte af reguleringen i Italien, formentlig netop af hensyn til den EU-retlige konformitet.

Afslutningsvis skal det anføres, at det kan overvejes, om EBIT-regulering skal erstatte SEL § 11B, og derved til dels stå alene, som det kendes fra Italien og Tyskland. Simpliciteten af SEL § 11C taler for sådanne overvejelser, ligesom at det i praksis synes realiserbart, henset til netop Italien og Tyskland. Der kan foretages lignende overvejelser i forhold til SEL § 11, men substitutionseffekten mellem SEL § 11 eller SEL § 11C synes ikke i samme grad at være til stede, som mellem SEL § 11B og SEL § 11C. Der kan naturligvis også overvejes andre alternative løsningsmodeller, som analyseres i kapitel 7. I disse overvejelser bør den EU-retlige konformitet naturligvis inddrages. I følgende kapitel analyseres den EU-retlige konformitet af SEL §§ 11, 11B og 11C.

[1005] Samme EU-retlige problematik ses i forhold til SEL § 11B, stk. 8.

Kapitel 6 EU-retlig konformitet

6.1 Indledning

I dette kapitel analyseres dem EU-retlige konformitet af SEL §§ 11, 11B og 11C. En manglende konformitet er af væsentlig betydning for den retsdogmatiske analyse og derved gældende ret.

EU-Domstolen har tidligere underkendt tynd kapitaliseringsregulering med henvisning til etableringsfriheden i art. 49 TEUF og har ligeledes nyligt behandlet samspillet mellem rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) og rentefradragsnægtelse ved Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09. Det er dog fortsat uafklaret, om hele eller dele af SEL §§ 11, 11B og 11C er forenelige med EU-retten, hvilket analyseres i dette kapitel. Det vises i kapitlet, at både SEL §§ 11, 11B og 11C giver anledning til EU-retlige konformitetsproblematikker i forhold til den primære EU-ret, men ikke den sekundære EU-ret.[1006]

6.2 Den primære EU-ret

Det skal erindres, at direkte skatter henhører under medlemsstaternes kompetence. Der er dog tale om en delt suverænitet, da medlemsstaterne skal udøve denne kompetence under hensyn til de EU-retlige forpligtelser, herunder Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) og forpligtelser, der udspringer heraf.[1007] Medlemsstaternes suverænitet indeholder bl.a. en adgang til at opstille regulering til hindring af skatteunddragelse efter en national vurdering,[1008] og det er ikke en EU-retlig målsætning at opfordre til omgåelse af national ret.[1009] Men national lovgivning må samtidig ikke være til hinder for den fulde virkning og ensartede anvendelse af de traktatfæstede frihedsrettigheder.[1010]

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…"[1011]

[1006] Det skal bemærkes, at der med "EU-Domstolen" ligeledes henvises til den tidligere betegnelse "EF-Domstolen". Ligeledes er der ved henvisninger til traktater m.v. foretaget en sproglig tilretning til de nuværende artikler i de nugældende traktater, herunder Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).
[1007] Se bl.a. Avoir Fiscal C-270/83, Schumacker C-279/93, Wielockx C-80/94, Futura Participations C-250/95, Lankhorst-Hohorst C-324/00, Marks & Spencer C-446/03, Cadbury Schweppes C-196/04, Thin Cap Group Litigation C-524/04 og Columbus Container C-298/05.
[1008] 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* (2005), p. 170, 173 og 176.
[1009] Se *Weber* (2005), p. 177.
[1010] Se eksempelvis Pafitis C-441/93 præmis 68 samt Maria Walcher C-201/01 præmis 37.
[1011] Se Thin Cap Group Litigation C-524/04 præmis 27. Se også Baars C-251/98 præmis 22, X og Y C-436/00 præmis 37 samt Cadbury Schweppes C-196/04 præmis 31.

EU-Domstolen har tidligere henvist til kontrolkravet i moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF) som indikation for om etableringsfriheden i art. 49 TEUF eller kapitalens frie bevægelighed i art. 63 TEUF skal anvendes.[1012]

Der følger af art. 49 og 54 TEUF 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.[1013] 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 TEUF være indholdsløs.[1014] Der følger ligeledes et forbud mod, at oprindelsesstaten lægger hindringer i vejen for udøvelsen af hjemmehørende selskabers etableringsfrihed i andre medlemsstater.[1015]

Etableringsbegrebet fortolkes vidt og indebærer, at et selskab på en stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat.[1016] 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.[1017]

Der indeholdes i art. 49 TEUF både et diskriminations- og restriktionsforbud. Der består heri et forbud mod direkte og indirekte diskrimination samt restriktioner.[1018] 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.[1019] 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).[1020] 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 direkte skatter.[1021] Det anføres, at man normalt vil nå samme resultat, da EU-Domstolens praksis om restriktionsforbuddet har været det forhold, at en grænseoverskridende di-

[1012] Se hertil *Stokholm* (2004), p. 398.
[1013] 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.
[1014] 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 præmis 42.
[1015] Se eksempelvis Marks & Spencer C-446/03 præmis 31.
[1016] Se Gebhard C-55/94 præmis 25 samt Stauffer C-386/04 præmis 18. Se nærmere herom i *Terkilsen* (2010), p. 55 ff.
[1017] 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* (2010), p. 57 ff.
[1018] Se eksempelvis *Neergaard og Nielsen* (2011), p. 296 ff.
[1019] Se eksempelvis *Neergaard og Nielsen* (2011), p. 299 ff.
[1020] Se mere herom i *Neergaard og Nielsen* (2010), p. 312 ff.
[1021] Se hertil *Winther-Sørensen* (2009b), p. 440, *Sørensen og Nielsen* (2010), p. 235 ff. samt *Sørensen* i SU 2008, 84.

sposition behandles mindre gunstig 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.[1022]

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.[1023] 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.[1024] En sådan retfærdiggørelse er sket ved følgende tvingende almene hensyn:

- Hensynet til sammenhængen i skattesystemet[1025]
- Hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen[1026]
- Hensynet til at modvirke dobbeltfradrag af underskud[1027]
- Hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse[1028]
- Hensynet til territorial-princippet[1029]
- Hensynet til en effektiv skattekontrol[1030]
- Hensynet til en effektiv opkrævning af skat[1031]

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.[1032]

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.[1033]

Rentefradragsbegrænsningsregler har tidligere været genstand for en EU-retlig behandling, og disse afgørelser behandles i følgende afsnit.

[1022] Se hertil *Winther-Sørensen* (2009b), p. 440 samt *Stokholm* (2004), p. 456 ff.
[1023] Se *Terkilsen* (2010), p. 83.
[1024] Se særligt C-55/64 Gebhard, herunder i forhold til den fulde test (Gebhard-testen) af en retfærdiggørelse af en restriktion.
[1025] Se eksempelvis Bachmann C-204/90 samt Europa-Kommissionen mod Belgien C-300/90.
[1026] Se eksempelvis Marks & Spencer C-446/03 samt Oy AA C-231/05.
[1027] Se eksempelvis Marks & Spencer C-446/03 samt Lidl Belgium C-414/06.
[1028] Se eksempelvis Marks & Spencer C-446/03, Thin Cap Group Litigation C-524/04 samt Oy AA C-231/05.
[1029] Se eksempelvis Futura Participations C-250/95.
[1030] Se eksempelvis Futura Participations C-250/95.
[1031] Se eksempelvis FKP Scorpio Konzertproduktion C-290/04.
[1032] Se eksempelvis Thin Cap Group Litigation C-524/04, præmis 77 samt *Neergaard og Nielsen*, (2010), p. 325.
[1033] Se *Neergaard og Nielsen* (2010), p. 325.

6.2.1 Udvalgte afgørelser fra EU-Domstolen

Rentefradragsbegrænsningsregler er prøvet ved EU-Domstolen i følgende tre tilfælde:

- Lankhorst-Hohorst C-324/00
- Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation C-524/04
- Lammers & Van Cleeff NV C-105/07

Lankhorst-Hohorst vedrørte tynd kapitaliseringsregulering i Tyskland, mens Thin Cap Group Litigation vedrørte den tidligere regulering i Storbritannien. Lammers & Van Cleeff NV vedrørte den nuværende regulering i Belgien.

6.2.1.1 Lankhorst-Hohorst C-324/00

Lankhorst-Hohorst GmbH (Selskabet) var et tysk datterselskab af et hollandsk moderselskab, der drev virksomhed ved salg af bl.a. skibstilbehør, metalvarer, hobbyartikler og fritidsartikler.[1034] Selskabet led af store underskud, hvorfor der foretoges en nedbringelse af den eksterne gæld ved koncernintern gældstiftelse. Det skete ved indskud af ansvarlig lånekapital fra moder-moderselskabet i Holland. Forrentningen af det koncerninterne lån var betydeligt lavere end den erstattede koncernekseterne gæld og gjorde det dermed muligt for selskabet fremadrettet at honorere øvrige långivere. Den koncerninterne gæld omfattedes af de dagældende tyske regler om tynd kapitalisering (Körperschaftsteuergesetz § 8a, stk. 1, nr. 2), hvorfor renteudgifterne omkvalificeredes til maskeret udbytte i den konkrete sag.

Omkvalificering skete ved opfyldelse af følgende kumulative betingelser:

1. Renteudgiften hidrører fra et lån ydet af aktionær eller anpartshaver, som har en væsentlig del af selskabskapitalen
2. Kreditor er ikke berettiget til modregning i tysk selskabsskat (skattegodtgørelse)
3. Solvensgraden udgjorde på et tidspunkt i løbet af indkomståret mindre end 40 pct.
4. Lånet opfylder ikke armslængdetesten (bevisbyrde hos selskabet)

Selskabet gjorde gældende, at KStG § 8a, stk. 1, nr. 2 var uforeneligt med den traktatfæstede etableringsfrihed, da kun tyske selskabsdeltagere kunne opnå skattegodtgørelse. Derved omfattedes kun gæld til ikke-hjemmehørende långivere. Det tilføjedes i øvrigt, at den konkrete situation ikke var omfattet af formålet med bestemmelsen, da renteudgifterne (og rentefradragene) reduceredes og ikke udgjorde et forsøg på unddragelse af beskatning af udbytter.[1035]

[1034] Se også SU 2003, 12. Sagen er særdeles omtalt i både dansk og international litteratur, herunder *Amann* i European Law Reporter 2003, nr. 1, p. 3 ff., *Bergmann* i Svensk Skattetidning 2003 p.76 ff., *Bundgaard og Stokholm* i SU 2003, 2, *Cordewener* i European Taxation 2003, vol. 43 (4), p. 102 ff., *Gutmann og Hinnekens* i EC Tax Review 2003, vol. 12 (2), p. 90 ff., *Körner* i Intertax 2003, vol. 31 (4), p. 162 ff., *Mutén* i Svensk Skattetidning 2003 p. 78 ff., *Vinther og Werlauff* i SU 2003, 1, *Vinther og Werlauff* i SU 2003, 354, *Vinther og Werlauff* i EC Tax Review 2003, vol. 12 (2), p.97 ff. samt *Thömmes* i Der Betrieb 2002, heft 46, p. 2397 ff.
[1035] Se præmis 14 og 15.

Finanzamt Steinfurt gjorde modsat gældende, at der ikke i bestemmelsen indeholdtes en forskelsbehandling, da betydelige grupper af tyske skattepligtige ej var berettigede til skattegodtgørelse. Det anførtes samtidig, at reguleringen var objektivt udformet, hvorved et konkret misbrug ikke var betinget. Slutteligt anførtes det, at princippet om, at skat i indlandet kun skal svares én gang, og at sammenhængen i den tyske beskatningsordning kunne begrunde anvendelsen af bestemmelsen under de i sagen foreliggende omstændigheder.

EU-Domstolen anførte i forhold til en potentiel hindring af etableringsfriheden, at kriteriet vedrørende skattegodtgørelse udgjorde en forskelsbehandling af hjemmehørende datterselskaber, alt efter om moderselskabet var hjemmehørende i Tyskland eller ej.[1036] De tyske selskaber, der ikke havde ret til skattegodtgørelse, udgjorde i det væsentligste offentligretlige juridiske personer eller juridiske personer, som drev erhvervsmæssig virksomhed på et specielt område og varetog opgaver, der ansås for at skulle fremmes og fandtes ikke med rimelighed at kunne sammenlignes med den situation, som Selskabet befandt sig i.[1037]

EU-Domstolen fandt mere konkret, at:

"En sådan forskellig behandling af hjemmehørende datterselskaber, alt efter hvor deres moderselskabs hjemsted befinder sig, udgør en hindring for etableringsfriheden, der som udgangspunkt er forbudt i henhold til artikel 43 EF. Den skattemæssige foranstaltning, som hovedsagen vedrører, gør det mindre attraktivt for selskaber, der er etableret i andre medlemsstater, at gøre brug af etableringsfriheden, idet de som følge heraf kan give afkald på at erhverve, oprette eller opretholde et datterselskab i den medlemsstat, der har truffet foranstaltningen." [1038]

Derved afvistes første argument fra Finanzamt Steinfurt, og der bestod en forskelsbehandling.

EU-Domstolen forholdte sig herefter til en potentiel retfærdiggørelse. I indlæg fra Europa-Kommissionen, Danmark, Storbritannien og Tyskland gjordes det gældende, at en sådan regulering har til formål at bekæmpe en form for skatteunddragelse (tynd kapitalisering), og at i grænseoverskridende koncernforhold vil rentefradraget kunne anvendes til at flytte overskud fra en medlemsstat til en anden medlemsstat.[1039]

EU-Domstolen anerkendte først og fremmest hensynet, men anførte i forhold til risikoen for skatteunddragelse, at bestemmelsen ikke specielt har til formål at udelukke rene konstruktioner, hvis for-

[1036] EU-Domstolen anvendte en restriktionstilgang.
[1037] Se præmis 28.
[1038] Se præmis 32. Det skal bemærkes at "*et erhverve*" er sprogligt tilrettet til "*at erhverve*".
[1039] Europa-Kommissionen bemærkede hertil, at det må være et krav i henhold til proportionalitetsprincippet, at de to berørte medlemsstater afstemmer deres regler, således at dobbeltbeskatning undgås, hvilket i den konkrete situation kunne opstå, se præmis 35. EU-Domstolen tog ikke stilling hertil. I den senere afgørelse i Marks & Spencer C-446/03 anførtes det, at art. 49 TEUF er til hinder for, at et underskud i et ikke-hjemmehørende datterselskab ikke kan modregnes i den skattepligtige indkomst hos et hjemmehørende moderselskab, såfremt dette er tilfældet ved et hjemmehørende datterselskab, og det ikke-hjemmehørende datterselskab har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat, og der ikke er mulighed for at tage hensyn til det ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud i dettes hjemstat i forbindelse med senere indkomstår, se præmis 55. Der består derved et afstemningskrav i visse tilfælde.

mål er at omgå den tyske lovgivning, men generelt har sigte på enhver situation med et ikke-hjemmehørende moderselskab, hvilket ikke i sig selv indebærer en risiko for skatteunddragelse, da moderselskabet er underlagt regulering i oprindelsesstaten.[1040] Bestemmelsen fandtes derved at være for vidtgående og opfyldte ikke proportionalitetsprincippet.[1041]

EU-Domstolen fandt derfor, at etableringsfriheden i art. 49 TEUF var til hinder for en foranstaltning, som indeholdt i KStG § 8a, stk. 1, nr. 2. [1042] Et sådan kriterium var særdeles udbredt blandt medlemsstaterne, herunder i den dagældende SEL § 11, der ligeledes kun omfattede kontrolleret gæld til udenlandske personer. SEL § 11 ændredes ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 til ikke at sondre mellem gæld til indenlandske og udenlandske personer, hvorefter forskelsbehandlingen forsøgtes ophævet ved også at lade nationale gældsforhold være omfattet. Alternativt kunne EU-retlig konformitet i stedet være opnået ved en retfærdiggørelse af hindringen for etableringsfriheden.[1043] Denne mulighed blev særligt aktuelt efter Thin Cap Group Litigation C-524/04.

6.2.1.2 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation C-524/04

Thin Cap Group Litigation C-524/04[1044] vedrørte de tidligere gældende rentefradragsbegrænsningsregler i Storbritannien og opstod på baggrund af Lankhorst-Hohorst C-324/00. Sagen vedrørte konkret et gruppesøgsmål i Storbritannien med krav om tilbagebetaling/godtgørelse for skattemæssige ulemper og andre negative konsekvenser for sagsøgerne med udspring i den tidligere regulering, der havde eksisteret frem til Lankhorst-Hohorst C-324/00.

Reguleringen opdeltes i 3 perioder:

- Regulering forud for 1995
- Regulering i perioden 1995-1998
- Regulering i perioden 1998-2004

Det fulgte af Income and Corporation Taxes Act (ITA) sec. 209(2)(d) forud for 1995, at det beløb, hvorved en rentebetaling oversteg et rimeligt kommercielt afkast af et lån, ansås for en udlodning af overskud. Det fulgte samtidig af sec. 209(2)(e)(iv) og (v), at renter, som ikke allerede ansås for en udlodning af overskud i henhold til sec. 209(2)(d), og som betaltes af et selskab hjemmehørende i Storbritannien til et ikke-hjemmehørende selskab, der havde en kapitalandel i det låntagende selskab på 75 pct., eller såfremt et ikke-hjemmehørende selskab havde en kapitalandel på mindst 75 pct. i begge selskaber, og som tilhørte samme koncern, ansås som en udlodning af overskud. Bestemmelsen fandt ikke anvendelse, såfremt en anvendelse heraf udelukkedes af den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst, og denne samtidig sikrede, at renter under visse omstændigheder kunne fradrages (armslængde).

[1040] Se præmis 37.
[1041] Se præmis 38.
[1042] Se præmis 45.
[1043] EU-retlig konformitet kan opnås på to måder; dels ved at der ikke består en hindring for etableringsfriheden eller dels ved at hindringen for etableringsfriheden kan retfærdiggøres og derved ikke er uforenelig med art. 49 TEUF. En sådan retfærdiggørelse kan eksempelvis ske ved hensynet til at modvirke skatteunddragelse.
[1044] Se også SU 2007, 122.

I 1995 blev sec. 209(2)(e)(iv) og (v) erstattet af sec. 209(2)(da), således at rentebetalinger mellem koncernforbundne selskaber, der oversteg, hvad der ville være betalt, såfremt der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem rentebetaleren og rentemodtageren, behandledes som udloddet overskud, såfremt det långivende selskab havde en kapitalandel på mindst 75 pct., eller såfremt et tredje selskab havde en kapitalandel på mindst 75 pct. i begge selskaber. Bestemmelsen fandt ikke anvendelse, såfremt både rentebetaleren og rentemodtageren var selskabsskattepligtige i Storbritannien.

I 1998 indførtes transfer pricing regler ved tillæg 28AA, hvorefter korrektioner foretoges i interessefællesskaber, såfremt transaktionens vilkår var anderledes, end de ville have været uden fælles kontrol, men kun såfremt disse vilkår samtidig gav en af de berørte parter en potentiel skattemæssig fordel i Storbritannien. Det blev frem til 2004 antaget, at der ikke bestod en potentiel skattemæssig fordel, såfremt begge parter var skattepligtige i Storbritannien. I 2004 ændredes anvendelsen af tillæg 28AA i forbindelse med Lankhorst-Hohorst C-324/00, således at dette også fandt anvendelse, selvom begge parter var skattepligtige i Storbritannien.

EU-Domstolen blev forelagt ikke mindre end 10 præjudicielle spørgsmål vedrørende den relevante frihedsrettighed m.v. samt eventuel erstatning/godtgørelse.

EU-Domstolen anførte, at de nationale bestemmelser skulle henføres til den traktatfæstede etableringsfrihed, henset til ejerskabskravet på 75 pct. frem til 1998 og herefter betingelsen om fælles kontrol.[1045] Det anførtes samtidig, at enhver forskelsbehandling på grundlag af selskabers hjemsted forbydes, og såfremt man anerkendte, at værtsstaten frit kunne gennemføre en forskellig behandling af datterselskaber alene på grund af, at moderselskabet har hjemsted i en anden medlemsstat, ville art. 49 TEUF være indholdsløs.[1046]

EU-Domstolen vurderede herefter, om reguleringen i de tre perioder udgjorde en hindring for etableringsfriheden. Det anførtes til reguleringen frem til 1995, at når et selskab betalte renter til et selskab, der ikke var hjemmehørende i et DBO-land, ansås disse renter altid for udloddet udbytte, selv hvis de svarede til et rimeligt kommercielt afkast af et lån, mens det ikke var til tilfældet i rent nationale låneforhold. Det anførtes til reguleringen fra 1995 frem til 1998, at omkvalificeringen af renter til udlodning af udbytte ikke fandt anvendelse, såfremt det långivende selskab var skattepligtigt til Storbritannien, og derved kun anvendtes ved ikke-hjemmehørende långivere. Slutteligt anførtes det, at tillæg 28AA i perioden fra 1998 til 2004 ikke fandt anvendelse, såfremt det långivende selskab var skattepligtigt til Storbritannien, da der ikke ansås at bestå en skattemæssig fordel. EU-Domstolen fandt derfor, at den skattemæssige stilling for et hjemmehørende selskab ved lån ydet af et ikke-hjemmehørende koncernforbundet selskab i alle tre perioder var mindre fordelagtig.[1047] Der ansås i alle perioder at bestå en forskellig behandling af datterselskabet alt efter moderselskabets hjemsted i lighed med Lankhorst-Hohorst C-324/00, hvilket udgjorde en hindring for etableringsfriheden.

[1045] Se præmis 26-35.
[1046] Se præmis 37.
[1047] Se præmis 35-63.

Det blev ved indlæg fra Tyskland og Storbritannien anført, at frihedsrettighederne slet ikke var anvendelige i forhold til national lovgivning, der tilsigter at gennemføre beskatningskompetencen med henvisning til armslængdeprincippet. EU-Domstolen bemærkede hertil, at selv hvis reguleringen blot gennemfører kriterier, der er fastsat i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, så er medlemsstaterne ved udøvelsen af beskatningskompetencen fortsat forpligtet til at overholde de EU-retlige forpligtelser, herunder art. 49 TEUF.[1048]

Det blev slutteligt anført af Tyskland og Storbritannien, at der i reguleringen foretoges en sondring mellem situationer, hvor overførsel af overskud kan ske og ikke kan ske, mere end at etablere en forskelsbehandling. Der henvistes til, at kun i grænseoverskridende sammenhæng kan en koncern organisere en overførsel af overskud til lav eller ingen beskatning, der søges hindret af reguleringen. EU-Domstolen anførte, at selvom en sådan adfærd kun kan forekomme i grænseoverskridende situationer, så udelukker det ikke at regler, der kun vedrører sådanne situationer, kan udgøre en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden.[1049]

Der blev i sagen gjort to tvingende almene hensyn gældende; nødvendigheden af at sikre sammenhængen i beskatningssystemet samt nødvendigheden af at hindre misbrug. EU-Domstolen anførte, at der ved nødvendigheden af at sikre sammenhængen i det nationale skattesystem skal foreligge en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning. Ved indlæg fra Tyskland argumenteredes for, at fradragsretten af en modsvarende beskatning udlignes ved en ren national transaktion, mens en sådan kompensation ikke er gældende ved en grænseoverskridende transaktion, og netop derfor er beskatningskompetence fordelt ud fra et armslængdeprincip. EU-Domstolen fandt det ikke godtgjort, at en sådan skattemæssig ulempe neutraliseredes i grænseoverskridende transaktioner.[1050]

EU-Domstolen anførte, at en restriktion kan være begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug, såfremt det specifikke formål med en sådan restriktion er at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område. Konkret fandt EU-Domstolen at:

"I lighed med de transaktioner, der er omhandlet i Marks & Spencer-dommens præmis 49, og hvorved overførsler af underskud inden for en koncern tilrettelægges således, at de henføres til selskaber, der har hjemsted i de medlemsstater, der anvender de højeste skattesatser, og hvor skatteværdien af underskuddene derfor er størst, kan den type transaktioner, der er beskrevet i foregående præmis, gøre indgreb i medlemsstaternes ret til at udøve deres beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på deres område, og dermed bringe den afbalancerede fordeling af beskatnings-

[1048] Se præmis 53. Reguleringen fandtes i øvrigt ikke blot at foretage en fordeling af kompetencen mellem Storbritannien og lande, hvorved Storbritannien havde indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, se præmis 49.
[1049] Se præmis 60.
[1050] Se præmis 66-70.

kompetencen mellem medlemsstaterne i fare (dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 56)."[1051]

EU-Domstolen fandt en omkvalificering af renter til udbytte egnet til at hindre sådanne foranstaltninger, der ikke har andet formål end at undgå den skat, der normalt skal betales af overskud i medlemsstaten ved at flytte overskuddet til moderselskabet.[1052]

EU-Domstolen henviste herefter til Lankhorst-Hohorst C-324/00 i forhold til proportionalitetsprincippet. National lovgivning, der ikke specielt har til formål at udelukke rent kunstige arrangementer, men generelt tager sigte på enhver situation, i hvilken moderselskabet, uanset af hvilken grund, har hjemsted i en anden medlemsstat, opfylder ikke proportionalitetsprincippet. Der forudsættes specifik regulering, og at et datterselskabs rentebetalinger til et moderselskab kun anses for udlodning af overskud, hvis og i det omfang disse overstiger, hvad disse selskaber ville være blevet enige om, hvis de ikke havde tilhørt samme koncern (armslængdevilkår).[1053] Det udgør en objektiv omstændighed, der kan efterprøves.[1054] Skatteyderen skal samtidig uden unødige administrative byrder kunne fremlægge beviser for eventuelle forretningsmæssige grunde, ligesom kun den *kunstige* del af transaktionen kan omfattes.[1055] EU-Domstolen fandt, at den konkrete regulering havde en armslængdetest indbygget heri.[1056]

EU-Domstolen konkluderede, at der bestod en restriktion for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF. En sådan restriktion kunne dog begrundes i hensynet til misbrug, såfremt denne er baseret på objektive omstændigheder (armslængdetest), der kan efterprøves, og at skatteyderen uden unødige administrative byrder har adgang til at dokumentere forretningsmæssige begrundelser, ligesom kun renter, der overstiger armslængdevilkår, kan omfattes heraf.

EU-Domstolen henviste i forhold til erstatningsspørgsmålet til, at der ikke fulgte EU-retlige bestemmelser herom, hvorfor det tilkom den enkelte medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for borgerne på ikke mindre gunstige forhold end søgsmål vedrørende national ret. Heri indeholdes dog altid kompensation for likviditetsmæssige tab.

EU-Domstolen blåstemplede i Thin Cap Group Litigation C-524/04 specifikke regler vedrørende kunstige arrangementer, således at tynd kapitaliseringsregulering kan opretholdes, selvom denne indeholder en restriktion ved kun at anvendes i grænseoverskridende gældsforhold. Alligevel omfatter tynd kapitaliseringsreguleringen i bl.a. Belgien, Danmark, Frankrig, Holland og Storbritannien fortsat også rent nationale gældsforhold, mens Portugal og Spanien fastholder, at tynd kapitaliseringsregulering kun anvendes ved långivere der ikke er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og derved ikke

[1051] Se præmis 75.
[1052] Se præmis 76-77.
[1053] Se præmis 80.
[1054] Se præmis 81.
[1055] Se præmis 82 og 83.
[1056] EU-Domstolen afviste i øvrigt slutteligt Europa-Kommissionens anbringende om, at medlemsstaten skal sikre, at den anden medlemsstat foretager en modsvarende korrektion. Se præmis 88 og 89.

indeholder en restriktion uforenelig med art. 49 TEUF. Thin Cap Group Litigation C-524/04 har derved endnu ikke haft en væsentlig effekt på tynd kapitaliseringsreguleringen i medlemsstaterne, som det eksempelvis var tilfældet ved Lankhorst-Hohorst C-324/00.

6.2.1.3 Lammers & Van Cleeff NV C-105/07

I Lammers & Van Cleeff NV C-105/07[1057] berørtes de særlige belgiske rentefradragsbegrænsningsregler, hvorefter udbytte omfattede renter af visse gældsforhold. Det indbefattede gældsforhold mellem selskaber og bestyrelsesmedlemmer, hvor sidstnævnte udgjorde en juridisk person. I den konkrete sag var det hollandske moderselskab Lammers & Van Cleeff BV bestyrelsesmedlem i datterselskabet Lammers & Van Cleeff NV, og de belgiske skattemyndigheder anså renter betalt på en fordring mellem disse som udbytte. Det påklagedes, da renter ikke ansås som udbytte, hvor disse betaltes til et bestyrelsesmedlem, der udgjorde et belgisk selskab, og ansås som en forskelsbehandling, hvilket blev forelagt EU-Domstolen.

EU-Domstolen vurderede herefter reguleringen i forhold til etableringsfriheden i art. 49 TEUF, da reguleringen omfattede omkvalificeringen af renter betalt til et moderselskab. Det anførtes, som i Thin Cap Group Litigation C-524/04, at hvis man anerkendte, at værtsstaten 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 TEUF blive indholdsløs. EU-Domstolen fandt, at der bestod en forskelsbehandling, alt efter om bestyrelsesmedlemmet var hjemmehørende i Belgien eller ej. Datterselskaber, hvor moderselskabet varetager ledelsesopgaver, underlagdes en ugunstig behandling, såfremt moderselskabet ikke var hjemmehørende i Belgien, hvilket ansås som en hindring for etableringsfriheden i art. 49 TEUF.

En sådan hindring kan retfærdiggøres, såfremt denne specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den normalt skyldige skat i medlemsstaten. EU-Domstolen fandt, at selvom formålet er at bekæmpe misbrug, går reguleringen under alle omstændigheder ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål. EU-Domstolen henviste til, at omkvalificeringen udløstes, såfremt det rentebærende forskuds samlede beløb var højere end den indbetalte kapital forhøjet med de beskattede reserver ved begyndelsen af beskatningsperioden.

EU-Domstolen fandt derfor ikke en sådan restriktion retfærdiggjort, hvorfor en sådan regulering var uforenelig med etableringsfriheden i art. 49 TEUF.[1058] Afgørelsen har ikke ført til lovændringer i Belgien.[1059]

6.2.2 EU-retlig konformitet vedrørende SEL § 11

EU-Domstolen har i flere tilfælde berørt elementer af tynd kapitaliseringsregulering, og den anvendte metodik adskiller sig ikke fra andre prøvelser vedrørende direkte skatter og må ligeledes anvendes i forhold til SEL § 11.

[1057] Se også SU 2008, 55.
[1058] EU-Domstolen fandt det ikke nødvendigt at foretage en vurdering i forhold til kapitalens frie bevægelighed, da der allerede forelå en hindring af etableringsfriheden.
[1059] Se mere om reguleringen i bilag 4, afsnit 3.

Det skal først og fremmest bemærkes, at den nuværende udformning af SEL § 11 ikke foretager en sondring mellem gæld til hjemmehørende og ikke-hjemmehørende juridiske personer. En sådan sondring afskaffedes, som følge af Lankhorst-Hohorst C-324/00. En sådan lovgivningsteknik, hvor bestemmelser udvides til at omfatte såvel nationale som i internationale gældsforhold for at undgå en forskelsbehandling (restriktion) og ad den vej opnå EU-konformitet er ikke ualmindelig.[1060] Det kritiseredes af Generaladvokat Geelhoed i forslag til afgørelse i Thin Cap Group Litigation C-524/04, hvori det anførtes at:

"Jeg finder det yderst beklageligt, at den manglende klarhed hvad angår muligheden for at begrunde de i artikel 43 EF (nu artikel 49 EF) omhandlede restriktioner i hensynet til at forhindre misbrug har ført til en situation, hvor medlemsstaterne på grund af usikkerhed om, i hvilket omfang de kan vedtage lovgivning, der som udgangspunkt er diskriminerende, har følt sig nødsaget til at holde sig på den sikre side og udvide anvendelsesområdet for deres bestemmelser til også at omfatte rent interne situationer, hvor der ikke foreligger nogen risiko for misbrug. En sådan udvidelse af anvendelsesområdet for en lovgivning til at omfatte situationer, der slet ikke falder inden for rammerne af dens formål, af rent formalistiske hensyn og med en betydeligt større administrativ byrde for de hjemmehørende selskaber og nationale skattemyndigheder til følge, er helt unødvendig og giver i høj grad bagslag for den økonomiske effektivitet. Den bør som sådan være bandlyst i det indre marked."[1061]

En sådan lovgivningsteknik er formentlig ikke altid nødvendig.[1062] Det følger af Thin Cap Group Litigation C-524/04, at en hindring af etableringsfriheden kan opretholdes (retfærdiggøres), såfremt denne baseres på en undersøgelse af objektive omstændigheder af, om der foreligger et rent kunstigt arrangement, der blot har et skattemæssigt formål. Det betinges, at skatteyderen uden unødige administrative byrder kan fremlægge beviser for forretningsmæssige begrundelser, og at kun kunstige renter omfattes af bestemmelsen.

Det er ikke afklaret, om den nugældende SEL § 11 er EU-konform, blot fordi anvendelsesområdet umiddelbart er udvidet.[1063] Skatteministeren har under det lovforberedende arbejde afvist EU-retlige indsigelser med, at den foreslåede regel ikke medfører, at et dansk selskab, der er ejet af et selskab fra et anden EU-medlemsstat, behandles anderledes eller mere byrdefuldt end et dansk selskab, der er ejet af et andet dansk selskab.[1064] Det skal dog analyseres nærmere.

[1060] Det beskrives af *Vinther og Werlauff* i SU 2003, 1, som at skyde gråspurve med kanoner, hvilket må tiltrædes. Se også *Loft* i SU 2008, 83 samt *Sørensen* i SU 2008, 84. Eksempelvis omfatter tynd kapitaliseringsreguleringen i Belgien, Danmark, Frankrig, Holland og Storbritannien fortsat også rent nationale gældsforhold, mens reguleringen i Portugal og Spanien udelukkende anvendes ved gæld til en långiver, der ikke er hjemmehørende i en anden medlemsstat.
[1061] Se præmis 68.
[1062] Se også *Winther-Sørensen* (2009b), p. 505.
[1063] Se eksempelvis Advokatrådet høringssvar i bilag 3 til L 119 2003-2004, FSR i bilag 16 til L 119 2003-2004, *Vinther og Werlauff* i SU.2003, 354 og samme i TfS 2004.242 samt *Bundgaard og Tell* i TfS 2011, 104.
[1064] Se bilag 21 til L 119 2003-2004.

6.2.2.1 EU-retten og konsolidering efter SEL § 11, stk. 4

SEL § 11, herunder SEL § 11, stk. 4, udgør koncernskærpende regulering og må i overensstemmelse med fast retspraksis henføres til etableringsfriheden i art. 49 og 54 TEUF, da denne betinger ejerandele af kapitalen og mulighed for at udøve en vis indflydelse på beslutningerne i selskabet m.v.[1065]

EU-Domstolen har udtrykkeligt anført, at hvis man anerkendte, at værtsstaten (dvs. Danmark i denne situation) frit kunne gennemføre en forskellig behandling af et datterselskab alene på grund af moderselskabets hjemsted, ville art. 49 TEUF blive indholdsløs.[1066] EU-Domstolen har i sagerne, som gennemgået i afsnit 6.2.1, anvendt en restriktionstilgang men fortsat argumenteret ud fra en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer.[1067] En sådan tilgang, hvor der foretages en vurdering af en potentiel forskelsbehandling af hjemmehørende datterselskaber, alt efter deres moderselskabs hjemsted, anvendes derfor også i forhold til SEL § 11, stk. 4.

6.2.2.1.1 Restriktionstest

Konsolideringen omfatter kontrollerede danske koncernforbundne selskaber og baseres derved på både koncernforbindelse og hjemsted (hjemmehørende). De omfattede gældsforhold er allerede indskrænket til kontrolleret gæld ved SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Afgørende for, om der bortses fra gældsforhold og renteudgifter m.v., er derfor primært hjemsted.[1068] Det antages i følgende eksempel, at et udenlandsk moderselskab overvejer at etablere et dansk datterselskab og i den forbindelse gældsfinansiere dette selskab. Problematikken er herefter, om der foretages en forskelsbehandling af datterselskabet pga. af moderselskabets hjemsted. Der antages i eksemplerne ejerskab over 100 pct. af aktiekapitalen og rådighed over 100 pct. af stemmerettighederne.

[1065] Se hertil eksempelvis Thin Cap Group Litigation C- 524/04 præmis 27, hvori der også henvises til Baars C-251/98 præmis 22, X og Y C-436/00 præmis 37, Cadbury Schweppes C-196/04 præmis 31.

[1066] Se eksempelvis NV Lammers & Van Cleef C-105/07 præmis 19 med henvisninger.

[1067] For en nærmere diskussion heraf, se *Terkilsen* (2010), p. 74 ff. samt *Winther-Sørensen* (2009b), p. 440 ff. Det anføres i sidstnævnte at *"det i EF-domstolens praksis om restriktionsforbuddet har været det forhold, at den grænseoverskridende disposition mv. er blevet underkastet en hårdere eller mindre gunstig behandling end den rent nationale, der har udgjort hindringen for den frie bevægelighed".*

[1068] Det skal bemærkes, at der anvendes forskellige koncernbegreber i SEL § 11, stk. 1, nr. 2 og SEL § 11, stk. 4. LL § 2 udgør grundlaget for definitionen af kontrolleret gæld efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2, mens KGL § 4, stk. 2 anvendes ved konsolideringskredsen efter SEL § 11, stk. 4. Koncernbegreberne er ikke identiske, men begge baseres på en ejerandel på mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettighederne.

Udgangspunktet er, at der bortses fra gæld og renteudgifter og kurstab mellem hjemmehørende selskaber i den konsoliderede opgørelse efter SEL § 11, stk. 4, mens det ikke er tilfældet ved et ikke-hjemmehørende moderselskab, hvor der potentielt opstår en fradragsbeskæring. En sådan sammenligning, som ovenfor, er dog forsimplet, da koncernforbindelsen i forhold til SEL § 11, stk. 4 ikke kan konstateres udelukkende ud fra en betragtning af to selskaber, dvs. et moderselskab og et datterselskab. Der forudsættes en fælles direkte eller indirekte aktionærkreds, og der skal i ingen af førnævnte tilfælde foretages en konsolideret opgørelse. Der skal samtidigt henses til SEL § 11, stk. 4, 2. pkt., hvorefter konsolideringen kun omfatter danske selskaber, der også uden at inddrage udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab anses for at være koncernforbundne. [1069]

Koncernforbindelsen efter SEL § 11, stk. 4 følger KGL § 4, stk. 2, hvori der forudsættes kontrol fra en tredjepart (aktionærkreds). Da der ved fastlæggelsen af koncernforbindelsen inddrages en tredjepart, må en tilsvarende tredjepart inddrages i sammenligningsgrundlaget ved en afdækning af en potentiel forskelsbehandling, der kan hindre udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF. Sammenligningsgrundlaget udvides derfor til følgende eksempel, hvor et udenlandsk moder-moderselskab fremgår til venstre, mens et dansk moder-moderselskab fremgår til højre:

Det må anføres, at der ved en fortolkning af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt., som fulgt i administrativ praksis,[1070] skal foretages en konsolideret opgørelse for DK-M og DK-D. Det gælder, såvel moder-moderselskabet er hjemmehørende i udlandet, som hvor moder-moderselskabet er hjemmehørende i Danmark. Der skal derved bortses fra gæld og renteudgifter m.v. mellem DK-M og DK-D. Dette er derimod ikke tilfældet, hvor moderselskabet (UDL-M) ikke er hjemmehørende i Danmark. I disse tilfælde bortses ikke fra gæld og renteudgifter mellem UDL-M og DK-D, hvorved disse potentielt fradragsbeskæres. Det udgør en mindre gunstig behandling af datterselskabet alt afhængigt af, hvor

[1069] Førstnævnte begrundes med, at kaskadeeffekten kun kan forekomme i vertikale forhold, mens sidstnævnte indførtes for opnå EU-konformitet ved at ophæve en potentiel forskelsbehandling. Se bemærkningerne til § 10, nr. 10 i L 119 2003-2004 samt bemærkningerne til nr. 20 i bilag 57 til L 119 2003-2004.
[1070] Se mere herom i kapitel 3, afsnit 3.11.1.

moderselskabet er hjemmehørende, hvilket kan hindre udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 og 54 TEUF.

Foretages i stedet en fortolkning af SEL § 11, stk. 4, hvorefter der ved vurderingen af koncernforbindelsen bortses fra udenlandske aktionærer og et eventuelt dansk ultimativt moderselskab, skal der både ved et ikke-hjemmehørende moder-moderselskab og ved et hjemmehørende moder-moderselskab bortses fra moder-moderselskabet.[1071] Da der bortses herfra, kan DK-M og DK-D ikke anses for at være koncernforbundne, da der kun består et topartsforhold, hvorfor der ikke skal foretages en konsolideret opgørelse. Der består derved ikke en forskelsbehandling af DK-D på baggrund af, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Det skal dog samtidigt erindres, at koncernforbindelsen kan bestå ved både en direkte og indirekte fælles aktionærkreds. Udenlandske direkte og indirekte aktionærer kan ikke skabe koncernforbindelse, da der skal bortses fra disse efter SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. Derimod er direkte og indirekte danske aktionærer af væsentlig betydning for konsolideringen.

Ejes moder-moderselskabet direkte eller indirekte 100 pct. af en dansk fysisk aktionær[1072] vil der på ny bestå en forskelsbehandling. Såfremt DK-D har et dansk moderselskab, vil der bortses fra gæld samt renteudgifter og kurstab herimellem, som følge af SEL § 11, stk. 4, mens det ikke er tilfældet, hvor DK-D har et udenlandsk moderselskab. Det må anses som en mindre gunstig forskelsbehandling og en potentiel hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF.

Uanset hvilken fortolkning, der anlægges af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt., kan der påvises en konkret forskelsbehandling på baggrund af, om moderselskabet er hjemmehørende i Danmark eller ej. Sammenligningsgrundlaget må udvides på grund af henvisningen til koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2, men

[1071] Se mere herom i kapitel 3, afsnit 3.11.1.
[1072] Det gælder ligeledes såfremt selskabet ejes af et dansk selskab, som da udgør et ultimativt dansk moderselskab.

samtidig på baggrund af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. Det kan i overensstemmelse med Lankhorst-Hohorst C-324/00 mere bredt anføres, at der i de fleste tilfælde bortses fra gæld til koncernselskaber hjemmehørende i Danmark, mens det ikke er tilfældet i forhold til ikke-hjemmehørende koncernselskaber.[1073]

Der synes ikke at være tvivl om, at SEL § 11 fortsat har sit primære anvendelsesområde ved grænseoverskridende gældsforhold som følge af SEL § 11 stk. 4. Den konkrete påvisning af en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden er dog kompliceret, da der ved koncernforbindelsen i SEL § 11, stk. 4 henvises til koncernforbindelse ved tredjepart, hvorfor forskelsbehandlingen først opstår ved den 2. etablering i Danmark, som vist ovenfor. Det ændrer dog ikke ved, at en konkret forskelsbehandling kan påvises i den 2. etablering,[1074] således at datterselskabet behandles mindre fordelagtig som følge af, hvor de direkte eller indirekte aktionærer er hjemmehørende, hvilket kan hindre udøvelsen af etableringsfriheden.[1075] Restriktionen består i, at fradragsbeskæringen udelukkende eller primært vedrører grænseoverskridende gældsforhold og derved selektionen af omfattede gældsforhold og renteudgifter m.v., der potentielt fradragsbeskæres.[1076] Det udelukker dog fortsat ikke, at SEL § 11 potentielt kan retfærdiggøres.[1077]

6.2.2.1.2 Retfærdiggørelse

EU-Domstolen har tidligere fundet regler om tynd kapitalisering begrundet i hensynet til skatteunddragelse. Det blev i Thin Cap Group Litigation C- 524/04 anerkendt, at værnsregulering med det specifikke formål at hindre adfærd, der består i oprettelse af rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, som udføres på det nationale område, kan retfærdiggøre en hindring for etableringsfriheden. Heri anerkendtes en armslængdetest som en objektiv test til at adskille kunstige arrangementer fra ikke-kunstige arrangementer.[1078]

SEL § 11 indeholder en armslængdetest i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Fradragsbeskæringen bortfalder, såfremt selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Det er i Thin Cap Group Litigation C- 524/04 angivet, at det er relevant, hvorvidt lånet ikke ville være ydet, eller om det ville være ydet med et andet beløb eller en anden rentesats, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem de pågældende selskaber, hvilket tilsvarende lægges til grund i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Men armslængdetesten i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. anvendes ved indkomstårets udløb. Det bevirker, at dokumentationen af, om gældsforholdet udgør et kunstigt arrangement (ikke-markedskonformt), foretages ud fra selskabets situation ved indkomstårets udløb

[1073] Se i denne retning Lankhorst-Hohorst C-324/00 præmis 28.
[1074] Det skal samtidigt bemærkes, at et valg af international sambeskatning efter SEL § 31A ej heller ændrer dette. Et sådan valg har betydning for hvilke selskaber, der anses for at være danske i forhold til SEL § 11. Det ændrer ikke ved, at der fortsat kan bestå ikke-hjemmehørende koncernselskaber.
[1075] Se også *Hansen* i TfS 2005, 153 samt *Hansen og Vinther* i SR-Skat 2004, 224.
[1076] Det skal bemærkes, at SEL § 11, stk. 6 vedrører den efterfølgende situation, dvs. hvor der er konstateret en fradragsbeskæring. Se mere herom i en EU-retlig sammenhæng i afsnit 6.2.2.2.
[1077] Se også *Winther-Sørensen* (2009b), p. 505.
[1078] Se Thin Cap Group Litigation C- 524/04 præmis 74. Se mere om rent kunstige arrangementer i *Lang og Heidenbauer* (2008), p. 597 ff.

og ikke gældsstiftelsestidspunktet. Det bevirker, at ikke-kunstig gældsætning på gældstiftelsestidspunktet kan udgøre kunstig gæld ved udløbet af det aktuelle indkomstår eller senere indkomstår. Det synes særdeles betænkeligt, herunder henset til gældsstiftelsestidspunktet normalt anvendes ved armslængdevurderinger.

Det udgør formentlig ikke et egnet tidspunkt til at fastlægge, om et gældsforhold udgør et kunstigst arrangement, der blot har et skattemæssigt formål. Dette må formentlig afgøres på gældsstiftelsestidspunktet, som det kendes LL § 2 og art. 9 i OECD's Modeloverenskomst, og som det også var tilfældet i Thin Cap Group Litigation C- 524/04. Derved kan armslængdetesten i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. formentlig ikke anses for egnet (vilkårligt) til at identificere kunstige arrangementer, som det var tilfældet i Thin Cap Group Litigation C- 524/04.

6.2.2.1.3 Sammenfatning

Det synes ikke at kunne drages en klar konklusion i forhold til den EU-retlige konformitet af SEL § 11, stk. 4. I lyset af at der konkret kan påvises en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, hvor et datterselskab behandles mindre gunstigt alene på grund af, at moderselskabet ikke er hjemmehørende i Danmark, kan SEL § 11, stk. 4 kan der argumenteres for at SEL § 11, stk. 4 er uforenelig med art. 49 TEUF. Bortseelsen af gæld og renteudgifter m.v. forekommer udelukkende i nationale forhold, men dog ikke i alle tilfælde. Konklusionen er derfor ikke åbenbar, herunder henset til at sammenligningsgrundlaget må udvides, som følge af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. Henset til EU-Domstolens praksis findes det overvejende sandsynligt, at SEL § 11, stk. 4 indeholder en restriktion for udøvelsen af etableringsfriheden.

En retfærdiggørelse heraf kan ikke ske med henvisning til hensynet til skatteunddragelse som i Thin Cap Group Litigation C- 524/04, da armslængdetesten i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. anvendes ved indkomstårets udløb og ikke kan anses som egnet til at adskille kunstige arrangementer fra ikke-kunstige arrangementer.

Konsekvenser heraf er, at SEL § 11, stk. 4 formentlig ikke kan opretholdes i sin nuværende form, og at der tilsvarende kan foretages en konsolideret opgørelse mellem et ikke-hjemmehørende moderselskab og dettes danske datterselskab, som det ville være tilfældet, såfremt moderselskabet var hjemmehørende i Danmark. Det udvander væsentligt anvendelsesområdet for SEL § 11.

Den EU-retlige konformitet kan opnås ved enten at ophæve restriktionen eller en retfærdiggørelse heraf. Henset til det internationale sigte mod udflytning af skattetilsvar synes en løsning med udgangspunkt i sidstnævnte mest nærliggende. Det må i så fald anbefales, at SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. ændres til en undersøgelse af objektive omstændigheder på tidspunktet for gældsforholdets stiftelse, således at det kan vurderes, om der foreligger et kunstigt arrangement. SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. indeholder allerede en mulighed for at dokumentere, at gældsforholdet ikke alene udspringer af interessefællesskabet, som det også betingedes i eksempelvis Thin Cap Group Litigation C- 524/04. Såfremt det sker, er der i øvrigt intet til hinder for, at SEL § 11, stk. 1, nr. 2 på ny indskrænkes til kun at omfattes grænseoverskridende gældsforhold i overensstemmelse med formålet.

6.2.2.2 EU-retten og skattefrihed efter SEL § 11, stk. 6

Det er tidligere anført, at SEL § 11, stk. 6 medfører en risiko for, at SEL § 11 er uforenelig med etableringsfriheden i art. 49 TEUF.[1079] Långiver begunstiges herefter med en skattefritagelse, hvilket er betegnet som et alvorlig fællesskabsretligt problem.[1080]

Skattefriheden i SEL § 11, stk. 6 omfatter kun rentebetalinger og kursgevinster til et selvstændigt skattesubjekt omfattet af SEL § 1, dvs. et skattesubjekt hjemmehørende i Danmark eller et fast driftssted i Danmark af et ikke-hjemmehørende skattesubjekt omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a. Anvendelsen af SEL § 11, stk. 6 forudsætter en fradragsbeskæring efter SEL § 11, hvilket forudsætter, at låntager omfattes SEL § 11. Derved anvendes SEL § 11, stk. 6 udelukkende i en transaktion, hvor både låntager og långiver beskattes i Danmark.

6.2.2.2.1 Restriktionstest

Der må i forhold til en forskelsbehandling foretages en vurdering ud fra Danmark som værtsland, og hvor henholdsvis et hjemmehørende og et ikke-hjemmehørende (långivende) selskab overvejer at etablere et (låntagende) selskab og yde et lån hertil.

Det kan ikke anføres, at der foretages en forskelsbehandling af låntager, da SEL § 11, stk. 6 udelukkende omfatter långiver. Der skal i stedet henses til en potentiel forskelsbehandling af långiver. Det følger af SEL § 11, stk. 6, at hjemmehørende selskaber og faste driftssteder opnår skattefrihed, såfremt låntager ikke har fradrag for renteudgifter eller kurstab. En ikke-hjemmehørende långiver opnår derimod ikke skattefrihed efter SEL § 11, stk. 6 som en hjemmehørende långiver. Men det må erindres, at rentebetalingen og kursgevinsten i forvejen er skattefri i Danmark, da subjektet ikke er skattepligtigt til Danmark.[1081] Det er derfor tvivlsomt, om der overhovedet består en hindring for etableringsfriheden i art. 49 TEUF som følge af SEL § 11, stk. 6, da den samlede beskatning i Danmark i værste fald er identisk. Der opstår derved ikke en ulempe for et ikke-hjemmehørende selskab i forhold til et hjemmehørende selskab ved etablering i Danmark som følge SEL § 11, stk. 6.

Renteindtægter og kursgevinster beskattes med stor sandsynlighed i långivers domicilstat, hvorved grænseoverskridende gældssætning kan være ugunstig. Men de ugunstige virkninger opstår som følge af medlemsstaternes udøvelse af deres beskatningskompetence sideløbende med hinanden,

[1079] Se bilag 16 til L 119 2003-2004.
[1080] Se *Rønfeldt* (2010), p. 354.
[1081] Det samtidigt erindres, at der ikke foretages fradragsbeskæring for beløb, der kan beskattes efter SEL § 2, stk. 1, litra d, hvorved SEL § 11, stk. 6 ikke er relevant i disse situationer.

hvilket ikke fandtes uforenelig med art. 49 TEUF i Kerckhaert og Morres C-513/04.[1082] Det fremgår tillige af Deutsche Shell C-293/06, at etableringsfriheden ikke skal forstås således, at en medlemsstat er forpligtet til at fastsætte sine skatteregler i forhold til en anden medlemsstats skatteregler med henblik på i alle situationer at sikre en beskatning, der udvisker enhver ulighed som følge af nationale skatteregler, idet de beslutninger, et selskab træffer med henblik på etablering af kommercielle strukturer i udlandet, alt efter omstændighederne kan være mere eller mindre fordelagtige eller ufordelagtige for et sådant selskab.[1083]

6.2.2.2.2 Sammenfatning

Henset til ovenstående synes der ikke at være grundlag for at konkludere, at SEL § 11, stk. 6 er uforenelig med etableringsfriheden i art. 49 TEUF. Det anførtes af *Vinther og Werlauff* i TfS 2004, 242, at rentebeskæringen ingen nettovirkninger har for en koncern med en dansk låntager, hvorimod der er en nettovirkning for en udenlandsk låntager, og at realiteten derfor var, at kun udenlandske långivende selskaber rammes af SEL § 11. Det konkluderedes, at det næppe kan klare en fællesskabsretlig prøvelse. Der består formentlig en restriktion i SEL § 11, hvilket dog må henføres til SEL § 11, stk. 4 og ikke SEL § 11, stk. 6. Det synes umiddelbart svært i forhold til SEL § 11, stk. 6 at konstatere en konkret hindring for etableringsfriheden, som ikke udspringer af medlemsstaternes udøvelse af deres beskatningskompetence sideløbende med hinanden, da der ikke består en dansk forskelsbehandling af långiver. Der må i stedet henses til den EU-retlige konformitet af SEL § 11, stk. 4, som behandlet i afsnit 6.2.2.1.

6.2.3 EU-retlig konformitet vedrørende SEL § 11B

Formålet med SEL § 11B er at hindre, at finansieringsudgifter fradrages i Danmark, hvor låneprovenuet investeres i driftsaktiver udenfor Danmark, således at afkastet ikke beskattes i Danmark. Der er intet unaturligt i, at lovgiver ønsker at bevare skattebasen, men det må nøje overvejes hvilke midler, der anvendes til at opnå dette resultat. En sådan kobling, hvor fradrag betinges af, at der skabes skattepligtig indkomst i Danmark, skaber et naturligt fokus på EU-retlige problematikker. Det gælder i forhold til opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5 og 6 samt den konsoliderede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8. Den EU-retlige konformitet af følgende elementer analyseres i dette afsnit:

1. EU-retten og medregning af aktier efter SEL § 11B, stk. 5
2. EU-retten og faste driftssteder efter SEL § 11B, stk. 5
3. EU-retten og karensperioden efter SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt.
4. EU-retten og saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6
5. EU-retten og faste driftssteder efter SEL § 11B, stk. 6
6. EU-retten og samlet opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8

[1082] I sagen fandtes TEUF ikke til hinder for en regulering, hvorefter der opkræves indkomstskat med samme procentsats ved beskatning af udbytte af aktier fra selskaber, uanset selskabet domicil og uden mulighed for indrømmelse af fradrag for kildeskat opkrævet i en anden medlemsstat. Se ydermere Orange European Smallcap Fund C-194/06 og Damseaux C-128/08.

[1083] Se præmis 43.

6.2.3.1 EU-retten og medregning af aktier efter SEL § 11B, stk. 5

Det følger af SEL § 11B, stk. 5, at aktier omfattet af aktieavancebeskatningsloven ikke indgår i aktivmassen, dog med undtagelse af næringsaktier efter SEL § 11B, stk. 5, 6. og 7. pkt. Det underliggende selskabs hjemsted er i den forbindelse irrelevant. Det er alligevel hævdet, at selskaber skal have ret til at medregne kapitalandele i udenlandske selskaber, da det indirekte tillades at medregne aktiver ved den samlede opgørelse i SEL § 11B, stk. 8 ved et hjemmehørende selskab.[1084] Et sådan krav kan dog ikke finde støtte i EU-retten eller andet steds, som det fremgår af følgende afsnit.

6.2.3.1.1 Restriktionstest

Art. 49 TEUF sikrer retten til udøvelse af etableringsretten, både i forhold til oprindelsesstaten og værtsstaten. En eventuelt ret til medregning af anskaffelsessummen vedrørende udenlandske aktier forudsætter en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, der ikke kan begrundes i saglige hensyn, eller en beskatning, der hindrer udøvelsen af etableringsfriheden, der ikke kan begrundes i tvingende almene hensyn. Det følger af EU-Domstolens praksis, at restriktionstesten indeholder en prøvelse af en grænseoverskridende disposition i forhold til en identisk national disposition. Såfremt der konstateres en mindre gunstig behandling af førstnævnte, udgør dette en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF. Der kan eksempelvis henses til Bosal C-168/01 og Mark & Spencer C-446/03.

Bosal C-168/01 vedrørte den dagældende regulering i Holland om fradragsnægtelse for udgifter ved kapitalandele, hvor økonomiske fordele herfra var skattefrie.[1085] Udgifter indirekte knyttet til erhvervelsen af skattepligtigt overskud i Holland var dog fradragsberettigede. Et moderselskab med hjemsted i Holland havde fradrag for udgifter til finansiering af selskabets kapitalandele i hjemmehørende datterselskaber og eventuelle ikke-hjemmehørende datterselskaber med faste driftssteder i Holland, men ikke ved kapitalandele i ikke-hjemmehørende selskaber. Det hollandske holdingselskab Bosal ejede bl.a. kapitalandele i selskaber hjemmehørende i ni andre medlemsstater og blev nægtet fradrag for renteudgifter m.v. EU-Domstolen blev forespurgt, om etableringsfriheden eller en anden EU-retlig regel var til hinder herfor. EU-Domstolen fandt, at det udgjorde en hindring for oprettelse af datterselskaber i andre medlemsstater, at fradragsretten for udgifter i forbindelse med kapitalandele, som moderselskabet med hjemsted i Holland har i datterselskaber med hjemsted i andre medlemsstater, alene gælder i de tilfælde, hvor datterselskaberne indbringer overskud, der er skattepligtigt i Holland. Det fandtes at udgøre en restriktion, hvorved et moderselskab kan afholdes fra at udøve etableringsfriheden i en anden medlemsstat.[1086]

Marks & Spencer C-446/03 vedrørte sambeskatningsreglerne i Storbritannien, hvorefter underskud i hjemmehørende datterselskaber kunne overføres til fradrag i koncernens overskud, mens underskud i udenlandske datterselskaber ikke kunne overføres til fradrag heri. EU-Domstolen fandt, at en sådan koncernudligning udgjorde en likviditetsmæssig fordel, og at udelukkelsen af en sådan fordel med hensyn til underskud pådraget af et datterselskab med hjemsted i en anden medlemsstat kan hindre

[1084] Se *Rønfeldt* i SU 2009, 338.
[1085] Afgørelsen er nærmere omtalt af *Broek* i International Transfer Pricing Journal 2003, vol. 10 (3), p. 116 ff. samt af *Hurk og Wagenaar* i Bulletin for International Taxation 2004, vol. 58 (6), p. 269 ff.
[1086] Se præmis 14 og 27.

moderselskabet i at udøve sin etableringsfrihed, idet det afskrækkes fra at oprette datterselskaber i andre medlemsstater. EU-Domstolen fandt dog en sådan hindring retfærdiggjort.[1087] Der foretoges i lighed med Bosal C-168/01 en sammenligning af et selskab med henholdsvis et hjemmehørende og et ikke-hjemmehørende datterselskab.

Der kan formålsmæssigt anses for at bestå væsentlige lighedspunkter mellem SEL § 11B og Bosal C-168/01. Men der kan ikke konstateres en forskelsbehandling i forhold til aktier og SEL § 11B, stk. 5. Anskaffelsessummen vedrørende aktier indgår i udgangspunktet ikke i opgørelsen af aktivmassen, uanset hvor datterselskabet er hjemmehørende, formentlig belært af Bosal C-168/01.[1088] Der består en identisk behandling i forhold til indregning af aktier i aktivmassen, og der kan ikke konstateres en hindring for etableringsfriheden.

Anskaffelsessummen tilgår kun aktivmassen, såfremt aktierne kvalificeres som næringsaktier,[1089] og uden hensyn til datterselskabets hjemsted. Aktier i ikke-hjemmehørende selskaber tilgår dog aktivmassen via SEL § 11B, stk. 6, hvilket må anses som omvendt diskrimination, der ikke er uforenelig med art. 49 TEUF, og under alle omstændigheder må henføres til SEL § 11B, stk. 6 og ikke SEL § 11B, stk. 5.[1090] Der kan derfor ikke anses at bestå en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden efter art. 49 TEUF, der kan berettige, at danske selskaber helt eller delvist kan medregne anskaffelsessummer for aktier i ikke-hjemmehørende selskaber.

6.2.3.1.2 Sammenfatning

Der skal foretages en adskillelse af anskaffelsessummen vedrørende aktier og de underlæggende aktiver i det relevante sammenligningsgrundlag. Det er korrekt, som det også anføres af *Rønfeldt* i SU 2009, 338, at den samlede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8 medfører, at danske koncerner får fuld udnyttelse af datterselskabers aktivmasser, som følge af SEL § 11B, stk. 8, mens selskaber med udenlandske koncernforbundne datterselskaber ikke opnår samme mulighed for at medregne aktivsum-

[1087] Afgørelsen er nærmere omtalt i afsnit 6.2.3.6.2.
[1088] Det anførtes tilsvarende i *Skatteministeriet* (2004), p. 269 med henvisning til Bosal C-168/01 at "*Det må således være klart, at hvis fradragsretten for udgifter i holdingselskaber skal begrænses, skal en sådan begrænsning gælde generelt, uanset hvor holdingselskabet er hjemmehørende og hvor holdingselskabets datterselskaber er hjemmehørende. Begrænsningen vil således tillige skulle finde anvendelse, når datterselskabet er hjemmehørende i Danmark.*"
[1089] Jf. SEL § 11B, stk. 5, 6. og 7. pkt.
[1090] Se mere herom i afsnit 6.2.3.4.

merne. En sådan problematik skal henføres til den samlede opgørelse og de underliggende aktiver og ikke anskaffelsessummerne for aktierne.[1091]

Hverken SEL § 11B, stk. 5 eller SEL § 11B, stk. 8 hjemler en adgang til indregning af kapitalandele (anskaffelsessummen). Disse er netop undtaget fra opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, 4. pkt., hvilket ikke ændres ved SEL § 11B, stk. 8.[1092]

6.2.3.2 EU-retten og faste driftssteder efter SEL § 11B, stk. 5

Det følger efter Skatteministerens vurdering af SEL § 11B, stk. 5, at aktiver allokeret til faste driftssteder i udlandet og fast ejendom i udlandet kun indgår i aktivmassen, såfremt der er valgt international sambeskatning.[1093] 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 det "*faste driftssted* " var beliggende i Danmark.[1094] Dette synes betænkeligt.

6.2.3.2.1 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.[1095] Der skal foretages en sammenligning af samme etableringsform i henholdsvis oprindelsesstaten og værtstaten, som følgende praksis fra EU-Domstolen dokumenterer.

I Amid C-141/99, 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.[1096] Der foretoges en sammenligning af et belgisk selskabs etablering af et fast driftssted i henholdsvis Belgien kontra Luxembourg. Det fandtes uforeneligt med etableringsfriheden i art. 49 TEUF, 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 belig-

[1091] Der er ingen tvivl om, at SEL § 11B, stk. 8 kan medføre en fordel i kraft af den samlede opgørelse, men en sådan diskussion vedrører ikke kapitalandelen (anskaffelsessummen), men de underlæggende aktiver, og skal foretages med henvisning til SEL § 11, stk. 8 og ikke SEL § 11, stk. 5, hvilket analyseres nærmere i afsnit 6.2.3.6.
[1092] En sådan ret følger udelukkende af SEL § 11B, stk. 5, 7. pkt. samt SEL § 11B, stk. 6.
[1093] Se bilag 15 og 26 til L 213 2006 - 2007. Det fremgår i en kommentar til SEL § 11B, 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.*"
[1094] Der henvises til en etablering af samme aktiviteter i Danmark.
[1095] Se også Deutche Schell C-293/06, Lidl Belgium C-414/06, Krankenheim Ruhesitz C-157/07 samt *Terra og Wattel* (2008), p. 55, *Hansen et al.* (2011), p. 329 ff. og *Terkilsen* (2010), p. 164.
[1096] Se præmis 29.

gende i oprindelsesstaten. Det fandtes ikke godtgjort, at situationerne var objektivt forskellige.[1097] Det paradoksale er, at der konkret bestod underskud i Belgien, og at såfremt det overskudsgivende faste driftssted var beliggende i Belgien, så ville selskabet netop skulle svare skat af nettooverskuddet.[1098] Det ændrer dog ikke sammenligningsgrundlaget.

Columbus Container C-298/05 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 grundet at indkomsten primært udgjorde passiv indkomst, lempedes i stedet efter creditmetoden. EU-Domstolen anførte, at etableringsfriheden forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af selskabers hjemsted, og at det stod fast, at den omtvistede tyske skattelovgivning ikke foretog nogen sondring 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.[1099]

Det følger efter Skatteministerens vurdering af SEL § 11B, 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 § 31A. Såfremt selskabet etablerer et fast driftssted i Danmark, medgår aktiver fortsat i aktivmassen, mens en etablering af et fast driftssted i en anden medlemsstat, eksempelvis Tyskland, medfører, at disse aktiver ikke indgår i selskabets aktivmasse efter SEL § 11B, stk. 5.[1100]

[1097] Se eksempelvis *Hinnekens* i European Taxation 2001, vol. 41 (6), p. 206 ff.
[1098] Se *Jones* i European Taxation 2001, vol. 41 (7), p. 251 ff.
[1099] 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 præmis 20.
[1100] Der består ikke en forskelsbehandling, såfremt der er valgt international sambeskatning efter SEL § 31A. 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.* (2011), p. 291 ff., *Rønfeldt* (2010), p. 377 ff. samt *Vinther og Werlauff* i SU 2005,3 og *Winther-Sørensen* i SU 2006, 3.

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 TEUF.

6.2.3.2.2 Retfærdiggørelse

Der blev allerede under det lovforberedende arbejde anført retfærdiggørende hensyn, herunder territorialprincippet og hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningsretten.[1101] Der består en lighed med overførsel af underskud fra faste driftssteder, som bl.a. behandledes i Lidl Belgium C-414/06.

Lidl Belgium C-414/06 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 TEUF. 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[1102]

Det skal i forhold til SEL § 11B, stk. 5 anføres, at der ikke foreligger risiko for dobbeltfradrag for underskud eller på nogen måde en omkostning.[1103] Hensynet til/opretholdelse af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kan nødvendiggøre kun at anvende værtsstatens regler, da en valgmulighed kan bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare.[1104] Hensynet er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at retfærdiggøre en hindring af frihedsrettighederne.[1105]

Hensynet er i flere sager anført i sammenhæng med hensynet til skatteunddragelse (misbrug) og derved kunstige arrangementer, der udelukkende har til formål at nedbringe den ellers normalt skyldige skat.[1106] Men gældsfinansierede aktiekøb og gældssætning på investorniveau frem for selskabsniveau kan ikke anses for skatteunddragelse (misbrug), som begrebet anvendes i EU-Domstolens praksis. Misbrug anses herefter 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

[1101] Se bilag 1 i L 213 2006-2007.
[1102] Se Lidl Belgium C-414/06 præmis 29-37, men også Marks & Spencer C-446/03, hvor disse hensyn første gang optrådte sammen.
[1103] Se i denne retning Oy AA C-231/05 præmis 57.
[1104] Se præmis 31 of 32. Der henvises til Marks & Spencer C-446/03 samt Oy AA C-231/05.
[1105] Se Rewe Zentralfinanz C-347/04, Amurta C-379/05 samt Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft C-330/07, som henvist hertil i *Winther-Sørensen* (2009b), p. 500.
[1106] Se eksempelvis Marks & Spencer C-446/03, Thin Cap Group Litigation C-524/04 samt Oy AA C-231/05.

område. Hensynet til skatteunddragelse kan derved ikke anvendes alene eller sammen med hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen.

I Bosal C-168/01 anførtes ligeledes en flerhed af begrundelser, 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[1107]

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."[1108]

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 dog 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.[1109]

I Deutsche Shell C-293/06, 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.[1110] Tyskland gjorde bl.a. hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen gældende 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.

[1107] Se *Stokholm* (2004), p. 508 ff., *Winther-Sørensen*, (2009b), p. 495 ff. samt *Helminen* (2011), p. 131 ff.
[1108] Se præmis 32.
[1109] Se eksempelvis Imperial Chemical C-264/96, Eurowings Luftverkehrs AG C-294/96 samt de forenesager Metallgesellschaft Hoechst C-97/98 og C-410/98. Se modsat Krankenheim Ruhesitz C-157/07 vedrørende genbeskatning af tidligere fradragne underskud.
[1110] Afgørelsen er nærmere omtalt af *Meussen* i European Taxation 2009, vol. 49 (7), p. 361 ff.

Krankenheim Ruhesitz C-157/07 vedrørte de tyske regler om genbeskatning af underskud fra et udenlandsk fast driftssted (Østrig).[1111] 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 foretoges 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 ansås at bestå 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 genbeskatningen begrundet i hensynet til at sikre sammenhængen i det tyske skattesystem og opfyldte proportionalitetsprincippet.

Skattefordelen kan anføres at være det skattefrie afkast i Danmark fra disse aktiver, hvorfor der bortses fra de underliggende aktiver i renteloftet. Der kan tilsvarende argumenteres for, at skattefordelen er, at nettofinansieringsudgifterne ikke indgår i opgørelsen efter SEL § 11B, stk. 4, hvilket udspringer af SEL § 8, stk. 2. Der består heri en indirekte sammenhæng mellem SEL § 11B, stk. 4 og 5. Skattefordelen henføres i begge tilfælde til SEL § 8, stk. 2. Det er tvivlsomt, om en bortseelse af afkastet fra aktiverne eller nettofinansieringsudgifterne kan begrunde en bortseelse af aktivet efter SEL § 11B, stk. 5. Det er formentligt ikke tilfældet henset til, at det ikke kan sidestilles med genbeskatning, som i Krankenheim Ruhesitz C-157/07. Der synes ikke at bestå den betingede nære sammenhæng, der udtrykkes i EU-Domstolens praksis, eksempelvis i Deutsche Shell C-293/06. Der skal 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 § 11B, 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.[1112] Der synes ikke grundlag for at lade et sådant argument retfærdiggøre en mindre fordelagtig behandling efter SEL § 11B, stk. 5 grundet faste driftssteder i andre medlemsstater.[1113]

6.2.3.2.3 Sammenfatning

Der følger af SEL § 11B, stk. 5 en restriktion for etablering af faste driftssteder i udlandet, da en sådan etablering behandles mere ugunstigt end en etablering i Danmark i samme form. Der findes ikke i den nuværende praksis fra EU-Domstolen støtte for en retfærdiggørelse af IKKE at indregne aktiver m.v. allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater i aktivmassen. Der må forudsættes en ny

[1111] Se mere herom i eksempelvis *Hey* (2008), p. 191 ff. samt *Meussen* i European Taxation 2009, vol. 49 (7), p. 361 ff.
[1112] 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.
[1113] 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.

argumentation i forhold til tvingende almene hensyn, for at den anførte retstilling i bilag 15 og 26 til L 213 2006-2007 kan opretholdes, hvorefter aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater kun medregnes i aktivopgørelsen, såfremt der er valgt international sambeskatning.[1114] Retten til at vælge international sambeskatning ændrer ikke ved, at der består en forskelsbehandling, såfremt international sambeskatning ikke er valgt, og der består ikke et retfærdiggørende hensyn i forhold til denne forskelsbehandling i SEL § 11B, stk. 5.[1115] Der kan således ikke nægtes indregning af disse aktiver i aktivmassen.

6.2.3.3 EU-retten og karensperioden efter SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt.

Der følger af SEL § 11B, stk. 5, 15 en karensperiode på to år, således at aktiver, der er indskudt af ikke-hjemmehørende koncernforbundne enheder, jf. SEL § 31 C, kun medregnes i det omfang, aktiverne forbliver i selskabet i mindst to år, medmindre koncernen har valgt international sambeskatning efter SEL § 31A. En sådan karensperiode var tillige en del af SEL § 11, men denne omfatter nu indskud af egenkapital fra hele ejerkredsen og ikke kun ikke-hjemmehørende ejere. Karensperioden i SEL § 11B, skt. 5, 15. pkt. er derimod fortsat begrænset til udenlandske koncernforbundne enheder.

6.2.3.3.1 Restriktionstest

SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. omfatter udelukkende indskud af aktiver fra ikke-hjemmehørende koncernforbundne enheder efter SEL § 31C og ikke indskudte aktiver fra hjemmehørende koncernforbundne enheder. Det må anses som en forskelsbehandling af selskabet på baggrund af, hvor det indskydende koncernselskab er hjemmehørende. Selskabet kan ikke frit disponere over de omfattede indskudte aktiver. Derved behandles det danske selskab ugunstigt, såfremt indskuddet er foretaget i et grænseoverskridende koncernforhold i forhold til et rent nationalt koncernforhold.

Det udgør en forskelsbehandling i værtsstaten (Danmark) på grund af, hvor det indskydende moderselskab er hjemmehørende, og dette kan hindre udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF. [1116]

[1114] Det er grundlæggende tvivlsomt hvor i ordlyden den anlagte fortolkning af Skatteministeren har hjemmel, således at der bortses fra disse aktiver allokeret til faste driftssteder. Se mere herom i kapitel 4, afsnit 4.4.3.6.
[1115] Det må ikke forveksles med den generelle EU-retlige konformitet af sambeskatningsregler i Danmark, hvilken er særdeles omdiskuteret. Se bl.a. *Winther-Sørensen* i SU 2006, 3, *Hansen* i SPO 2006, 1 samt *Rønfeldt* (2010), p. 415 ff.
[1116] Der skal henses til betingelsen om koncernforbindelse efter SEL § 31C, uagtet at der ikke foreligger et egentligt kapitalkrav heri. Se *Terkilsen* (2010), p. 70, hvor det konkluderes at EU-Domstolens praksis har karakter af en meget konkret afvejning af adgangen til kontrol i selskaber. Se også Thin Cap Group Litigation C-524/04 præmis 28-35.

Det skal bemærkes, at den samlede opgørelse i SEL § 11B, stk. 8 medfører, at indskudte aktiver fra en hjemmehørende koncernforbunden enhed[1117] i forvejen indgår i aktivmassen, hvorfor der ikke foreligger et beskyttelsesværdigt hensyn i form af skatteunddragelse. Men som EU-Domstolen anførte i Thin Cap Group Litigation C-524/04, så udelukker det, at adfærden kun kan forekomme i grænseoverskridende situationer, ikke at regler, der kun vedrører sådanne situationer, kan udgøre en hindring af etableringsfriheden.[1118]

6.2.3.3.2 Retfærdiggørelse

En sådan restriktion kan potentielt retfærdiggøres, og der skal henses til hensynet til bekæmpelse af skatteunddragelse.[1119] Det anførtes i forhold til risikoen for skatteunddragelse i Marks & Spencer C-446/03, der vedrørte overførsel af underskud, 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.[1120] Det anførtes samtidig, at udelukkelsen af koncernlempelse for underskud pådraget af ikke-hjemmehørende datterselskaber er til hinder for sådanne former for praksis.[1121] Dette kunne dog ikke alene begrunde en restriktion, men fandtes i samspil med hensynet til at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og risikoen for at dobbeltfradrag af underskud at kunne retfærdiggøre en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden.[1122]

Oy AA C-231/05 vedrørte de finske regler om fradrag for koncernbidrag, hvor fradrag betingedes af, at både bidragsyder og bidragsgiver var hjemmehørende selskaber.[1123] EU-Domstolen fandt, at dette udgjorde en restriktion for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF, da datterselskaber i Finland behandledes forskelligt alt afhængigt af, om moderselskabet var hjemmehørende i Finland eller ej. EU-Domstolen anerkendte, at muligheden for at overføre skattepligtige indkomster fra et datterselskab til et ikke-hjemmehørende moderselskab indebærer en risiko for, at der ved hjælp af rent kunstige arrangementer foretages overførsler af indkomst inden for koncernen til de selskaber, der er underlagt de laveste skattesatser. En fradragsnægtelse for koncernbidrag til ikke-hjemmehørende selskaber fandtes ydermere egnet til at hindre en sådan praksis, hvorved det fandtes at retfærdiggøre restriktionen.[1124]

SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. skal modvirke, at et udenlandsk moderselskab umiddelbart forud for indkomstårets udløb indskyder aktiver i et dansk datterselskab alene med det formål at øge renteloftet, hvorefter aktivet straks i det nye indkomstår udloddes til det indskydende udenlandske modersel-

[1117] Der henvises i SEL § 11B, stk. 8 til sambeskattede selskaber efter SEL §§ 31 og 31A, der hviler på koncernforbindelsen efter SEL § 31C.
[1118] Se præmis 60.
[1119] EU-Domstolen har siden Chemical C-264/96 positivt tilkendegivet at skatteunddragelse udgør et retfærdiggørende hensyn. Det bekræftes bl.a. i X og Y C-436/00 samt Lankhorst-Hohorst C-324/00.
[1120] Se præmis 49.
[1121] Se præmis 50.
[1122] Se præmis 51.
[1123] Afgørelsen er nærmere omtalt af *Helminen* i European Taxation 2007, vol. 47 (11), p. 490 ff.
[1124] Se præmis 58 og 59.

skab.[1125] Et bortseelse fra aktiverne må anses for egnet til at nå dette mål. Det kan formentlig udgøre et såkaldt kunstigt arrangement, der ikke bygger på en økonomisk realitet, der udelukkende har til formål at undgå den skat, der normalt skulle betales.[1126]

Men alene den omstændighed, at et ikke-hjemmehørende selskab indskyder aktiver i et hjemmehørende koncernforbundet selskab kan formentlig ikke i sig selv danne grundlag for at anse dette som skatteunddragelse eller at bringe fordelingen af beskatningskompetencen i fare.[1127] Det synes betænkeligt herudover alene at lade den tidsmæssige udstrækning afgøre, om der består et kunstigt arrangement eller ej, ligesom aktiver, der indgår i aktivmassen, sjældent kan overdrages uden beskatning. Det tidsmæssige aspekt kan indgå som et objektivt formodningskriterium, men kan formentlig ikke alene danne grundlag for at kvalificere et kunstigt arrangement. Det kan diskuteres, om indskrænkningen/udstrækningen på to år er tilstrækkelig specifik, som i Marks & Spencer C-446/03 og Thin Cap Group Litigation C-524/04 i modsætning til Lankhorst-Hohorst C-324/00. Det synes vidtgående generelt at opstille et objektivt toårs-krav frem for en formodningsregel indeholdende en konkret vurdering, såfremt der er *mistanke* om et kunstigt arrangement, ligesom medregningen af aktiverne ikke i sig selv udgør en overførsel af skattepligtig indkomst. Det må under alle omstændigheder anses for at gå ud over, hvad der kan anses for nødvendigt og kan derfor ikke begrunde en forskelsbehandling.

6.2.3.3.3 Sammenfatning

Der består i SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. en restriktion for etableringsfriheden i art. 49. Der synes ikke i EU-Domstolens nuværende praksis støtte for en retfærdiggørelse af toårs-kravet.[1128] Der synes derfor ikke på baggrund af SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. at være hjemmel til at bortse fra aktiver, hvor disse er indskudt af et koncernselskab hjemmehørende i en anden medlemsstat.

6.2.3.4 EU-retten og saldoreduktioner efter SEL § 11B, stk. 6

Saldoen efter SEL § 11B, stk. 6 omfatter udelukkende selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, som ikke indgår i sambeskatningen. Det omfatter som altovervejende hovedregel kun aktier m.v. i udenlandske koncernforbundne selskaber, som det også anføres i lovbemærkningerne.[1129] Herefter tilgår en procentdel af saldoen aktivmassen, hvilket udgør en form for omvendt diskrimination, hvilket ikke er uforeneligt med TEUF.[1130] Saldoen udgør i sig selv en fordel i forhold til anskaffelsen af udenlandske aktier i forhold til danske aktier, da kun anskaffelsessummen vedrørende førstnævnte indgår i aktivmassen, ligesom en eventuelt negativ sum ikke reducerer aktivmassen. Konklusionen er dog ikke så enkel, da SEL § 11B, stk. 6 samtidig hjemler saldoreduktioner.

[1125] Se bemærkningerne til § 1, nr. 5 i L 213 2006-2007.
[1126] Se i denne retning Thin Cap Group Litigation C-524/04 præmis 75 og Marks & Spencer C-446/03 præmis 49.
[1127] Se i denne retning Thin Cap Group Litigation C-524/04 præmis 73 med henvisninger.
[1128] Se også *Rønfeldt* (2010), p. 458.
[1129] Se bemærkningerne til § 1, nr. 8 i bilag 24 til L 213 2006-2007.
[1130] Da SEL § 11B, stk. 6 ikke begunstiger en nærmere defineret gruppe selskaber (selektion), der påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, kan SEL § 11B, stk. 6 ej heller anses for statsstøtte uforeneligt med art. 107 TEUF.

6.2.3.4.1 Restriktionstest

Der følger af SEL § 11B, stk. 6 særlige regler om saldoreduktioner, der kan nedbringe saldoen mere, end hvad en konkret aktieerhvervelse har tilført saldoen. Det gælder eksempelvis, hvor afståelsessummen overstiger anskaffelsessummen. Derved kan en konkret erhvervelse af aktier i udenlandske selskaber medføre en samlet negativ påvirkning af en eksisterende saldo efter SEL § 11B, stk. 6. Det medfører et lavere renteloft og potentielt en fradragsbeskæring. Såfremt det erhvervede selskab var hjemmehørende i Danmark, ville saldoen efter SEL § 11B, stk. 6 være uændret.

Der består derved potentielt en ugunstig forskelsbehandling i oprindelseslandet af det erhvervende (moder)selskab på baggrund af, om det erhvervede (datter)selskab er hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende i Danmark. Denne indbyggede mekanisme og ugunstige forskelsbehandling må anses for at kunne hindre udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF i en anden medlemsstat.[1131]

6.2.3.4.2 Retfærdiggørelse

En sådan hindring kan potentiel retfærdiggøres i hensynet til at sikre til sammenhængen i skattesystemet. Krankenheim Ruhesitz C-157/07 vedrørte de tyske regler om genbeskatning af underskud fra et udenlandsk fast driftssted (Østrig).[1132] Tyskland havde i den konkrete sag tilladt en overførsel af underskud, og da der senere opnåedes overskud i det faste driftssted, foretoges i Tyskland genbeskatning af de tidligere fratrukne underskud op til overskuddet. EU-Domstolen anførte, at Tyskland indrømmede en skattefordel til det hjemmehørende selskab, som det faste driftssted tilhørte, på samme måde, som hvis det faste driftssted havde været beliggende i Tyskland. Men ved den efterfølgende genbeskatning fjernedes imidlertid skattefordelen, hvorved den tyske lovgivning underlagde hjemmehørende selskaber med faste driftssteder i Østrig en mindre gunstig skattemæssige behandling end hjemmehørende selskaber, der har faste driftssteder i Tyskland. Det fandtes at kunne afholde et tysk selskab fra at udøve sin virksomhed gennem et fast driftssted i en anden medlemsstat.[1133] Det anførtes dog samtidig, at genbeskatningen ikke kan adskilles fra den forudgående hensyntagen til underskuddet, da genbeskatningen ansås som et udtryk for en logisk symmetri. Der an-

[1131] Se Thin Cap Group Litigation C-524/04 præmis 27, Cadbury Schweppes C-196/04 præmis 32, Baars C-251/98 præmis 22, X og Y C-436/00 præmis 37 og Cadbury Schweppes C-196/04 præmis 31.
[1132] Bestemmelserne om Det Indre Marked finder tilsvarende anvendelse i forhold til Østrig, grundet EØS-aftalen. Se mere herom i eksempelvis *Hey* (2008), p. 191 ff. samt *Meussen* i European Taxation 2009, vol. 49 (7), p. 361 ff.
[1133] Se Krankenheim Ruhesitz C-157/07 præmis 33-38.

sås at bestå en personel og materiel sammenhæng begrundet i hensynet til at sikre sammenhængen i det tyske skattesystem, som retfærdiggjorde forskelsbehandlingen.[1134]

Der opnås først og fremmest en skattemæssig fordel efter SEL § 11B stk. 6 ved indregning af anskaffelsessummen for udenlandske aktier. Denne fordel reduceres eller tilbagekaldes i form af saldoreduktioner, og den ugunstige behandling indtræder kun, såfremt saldoreduktionerne ved den konkrete aktiebeholdning overstiger saldotilgangen herved. Saldoreduktionerne kan ikke i sig selv anfægtes, da disse blot er en reduktion af en omvendt diskrimination. Men reduktionerne kan konkret overstige tilgangen ved en konkret aktieerhvervelse. I Krankenheim Ruhesitz C-157/07 fandtes der at bestå en sammenhæng mellem underskudsoverførsel og genbeskatning, og det må i forhold til SEL § 11B, stk. 6 anføres, at den grundlæggende negative effekt af saldoen ved en konkret aktiebeholdning kan retfærdiggøres i sammenhæng med den generelt tildelte fordel ved saldoen, som blot reduceres. Selskabet har ikke krav på en mere gunstig behandling end ved rent nationale aktieerhvervelser, og saldoreduktioner må ses i denne sammenhæng. Der består potentielt en negativ nettoeffekt ved en konkret aktiebeholdning, men denne kan formentlig retfærdiggøres med henvisning til en tilbagekaldelse af en fordel. Den konkrete ugunstige forskelsbehandling opvejes derved i SEL § 11B, stk. 6, hvilket ikke synes at rejse selvstændige problemstillinger i forhold til egnetheden og proportionaliteten af saldoreduktioner.

6.2.3.4.3 Sammenfatning

Der kan henset til ovenstående ikke drages en klar konklusion om foreneligheden med art. 49 TEUF i forhold til, om saldoen efter SEL § 11B, stk. 6 kan nedbringes med mere end tilgangsbeløbet. Der synes ikke at være grundlag for at underkende saldoen i sig selv, der ikke udgør en hindring for etableringsfriheden, men tværtimod en fordel.[1135] Saldoreduktioner må formentlig anses som en reduktion af den tilgåede fordel ved selve eksistensen af saldoen, og netop denne sammenhæng kan formentlig retfærdiggøre en konkret forskelsbehandling. Samtidig skal denne forskelsbehandling ikke være mere vidtgående end nødvendigt for at nå målet, og samtidig egnet hertil som følge af proportionalitetsprincippet. Henset til, at saldoreduktioner ikke kan overstige den tildelte skattemæssige fordel ved SEL § 11, stk. 6 synes det foreneligt hermed, hvorfor der formentligt består EU-retlig konformitet.

6.2.3.5 EU-retten og faste driftssteder efter SEL § 11B, stk. 6

SEL § 11B, stk. 6 omfatter som bekendt kun aktieerhvervelser og lignende kapitalandele, mens øvrige aktiverhvervelser ikke omfattes. Forsikring & Pension anførte det som betænkeligt, at udenlandske datterselskaber behandles anderledes end ved etablering af faste driftssteder, hvorfor SEL § 11B, stk.

[1134] Se Bosal C-168/01, Europa-Kommissionen mod Danmark C-150/04 samt Wielockx C-80/94 hvor hensynet ikke fandtes anvendeligt.

[1135] Der må sondres mellem medregning af anskaffelsessummen og medregning af de underlæggende aktiver, hvorved det ikke er meningsfyldt at erklære saldoen uforenelig med etableringsfriheden grundet konsolideringsreglen i SEL § 11B, stk. 8. Det er derimod en følge af SEL § 11B, stk. 5 og 8 i samspil og ikke saldoen, hvorved kritikken bør rettes mod SEL § 11B, stk. 8.

6 også bør omfatte investering i filialer, da der netop ikke bør være forskel på, om etablering sker i aktieselskabsform eller ved fast driftssted (filial).[1136]

Skatteministeren svarede herpå, at det ikke er hensigten, at der skal gives rentefradrag ved erhvervelse af faste driftssteder i udlandet, da det følger af territorialprincippet, at renteudgifter til erhvervelse af et fast driftssted i udlandet placeres i tilknytning til de erhvervede aktiver og passiver, hvorved der ikke er fradrag for renteudgifterne i Danmark. Det var ikke hensigten at udvide adgangen til at opnå rentefradrag ved erhvervelse af udenlandsk virksomhed, hvorfor erhvervelse af udenlandske filialer ikke medgår i aktivmassen.[1137]

Det fremhævedes af FSR, at SEL § 11B, stk. 6 ikke er neutral over for valget af selskabsform for aktiviteter i udlandet, da der ved etablering via et fast driftssted i udlandet ikke indgår en del af investeringen i renteloftet, hvilket potentielt ikke er EU-konformt.[1138]

6.2.3.5.1 Restriktionstest

Der er generelt opretholdt en neutralitetstankegang ved etablering i Danmark i selskabsform eller ved fast driftssted, dvs. hvor Danmark udgør værtslandet, eksempelvis udtrykt ved SEL § 11, stk. 5 og SEL § 11B, stk. 1. Begrundelsen er at opnå neutralitet mellem investeringer, uanset om en aktivitet i Danmark drives via et dansk selskab eller via et fast driftssted beliggende i Danmark.[1139] Neutralitet er tilsvarende behandlet i forhold til de tidligere sambeskatningsregler. I SKM2004.338.LR ønskede en koncern, at et fast driftssted fra og med indkomståret 2001 skulle indgå i en sambeskatning med et datterselskab og et datterdatterselskab efter de dagældende regler i SEL § 31, hvorefter tilladelse var påkrævet. Der meddeltes afslag på anmodningen med henvisning til, at den dagældende SEL § 31 ikke omfattede faste driftssteder. Det påklagedes, hvorefter Ligningsrådet udtalte, at der var tale om filialdiskrimination, hvorfor det var i strid med art. 49 TEUF at give afslag på sambeskatning. Ligningsrådet meddelte tilladelse til sambeskatning under forudsætning af, at de øvrige betingelser for sambeskatning var opfyldt.[1140]

[1136] Se bilag 6 til L 213 2006-2007.
[1137] Se bilag 19 til L 213 2006-2007.
[1138] Se bilag 6 til L 23 2008-2009.
[1139] Se bemærkningerne til § 1, nr. 3 L 53 1998-1999.
[1140] Afgørelsen støttes i høj grad på Saint-Gobain C-307/97, der vedrørte ligebehandlingen af kapitalselskaber og faste driftssteder af udenlandske selskaber i Tyskland. Det fandtes uforeneligt med etableringsfriheden at

Det skal erindres, at etableringsfriheden skal sikre national behandling i værtsstaten, men samtidig at oprindelsesstaten ikke lægger hindringer i vejen for, at statsborgere eller selskaber herfra etablerer sig i en anden medlemsstat.[1141] Det er mindre fordelagtigt for et dansk skattesubjekt omfattet af SEL § 11B at etablere sig i udlandet ved et fast driftssted (aktiverhvervelse) frem for i selskabsform (aktieerhvervelse), hvilket begrænser friheden til at vælge den mest hensigtsmæssige retsform for udøvelse af virksomhed i en anden medlemsstat efter art. 49 TEUF.[1142]

Men det relevante sammenligningsgrundlag må statueres med henblik på konstateringen af en potentiel EU-stridig forskelsbehandling. EU-Domstolens praksis vedrørende sammenligningen af faste driftssteder og datterselskaber har udgangspunkt i, om der er tale om en medlemsstat, der optræder som oprindelsesland eller værtsland, hvor førstnævnte er tilfældet i forhold til SEL § 11B, stk. 6.[1143] Der skal herefter ikke foretages en sammenligning af et dansk selskab med et udenlandsk datterselskab og et dansk selskab med et udenlandsk fast driftssted, som det fremgår i det følgende.

Det følger af X Holding C-337/08, der vedrørte sambeskatningsreglerne i Holland, at oprindelsesmedlemsstaten fortsat frit kan fastsætte betingelserne og niveauet for beskatning af forskellige etableringsformer, der anvendes af indenlandske selskaber, som udøver virksomhed i udlandet, under forbehold af, at de behandles på en måde, som ikke er diskriminerende i forhold til sammenlignelige indenlandske etableringsformer.[1144] I den konkrete sag fandt EU-Domstolen, at faste driftssteder, der er beliggende i en anden medlemsstat, og ikke-hjemmehørende datterselskaber ikke befinder sig i en sammenlignelig situation. Oprindelsesmedlemsstaten er derfor ikke forpligtet til at anvende den samme beskatningsordning for ikke-hjemmehørende datterselskaber, som den anvender for faste driftssteder i udlandet.[1145]

Det fremgår ligeledes af Columbus Container Services C-298/05, der vedrørte den tyske regulering af beskatning af personselskaber, at medlemsstaterne frit kan fastsætte betingelserne og niveauet for beskatning af forskellige etableringsformer, der anvendes af indenlandske selskaber, som udøver virksomhed i udlandet, under forbehold af, at de behandles på en måde, som ikke er diskriminerende i forhold til sammenlignelige indenlandske etableringsformer.[1146] EU-Domstolen har således gentagne gange anført, at sammenlignelighedsgrundlaget udgør hjemmehørende og ikke-hjemmehørende udgaver af samme etableringsform.[1147]

---

faste driftssteder i Tyskland af udenlandske kapitalselskaber, ikke opnåede samme overenskomstmæssige fordele, som kapitalselskaber i Tyskland bl.a. i forhold til skattefrie udbytter.

[1141] Se Krankenheim Ruhesitz C-157/07 præmis 29, Columbus Container Services C-298/05 præmis 33 samt Cadbury Schweppes C-196/04 præmis 42.

[1142] Se også Saint-Gobain C-307/97 præmis 43.

[1143] Se eksempelvis *Dahberg* (2005), p. 151 ff., *Winther-Sørensen* (2009b), p. 479 ff. samt *Aarnio* i EC Tax Review 2006, vol. 15 (1), p. 18 ff.

[1144] Se præmis 40.

[1145] Se præmis 40.

[1146] Se særligt præmis 51-53. Sagen vedrørte beskatningen i Tyskland af overskud fra virksomhed beliggende i en anden medlemsstat, herunder særligt lempelsesmetoden.

[1147] Se hertil eksempelvis også Amid C-141/99, Deutche Schell C-293/06, Lidl Belgium C-414/06 samt Krankenheim Ruhesitz C-157/07. Se også *Terkilsen* (2010), p. 89 ff.

Det må anføres at, uanset om et dansk selskab etablerer et fast driftssted i udlandet eller i Danmark, så sker der ikke saldotilgang efter SEL § 11B, stk. 6. Der består derved ikke en ugunstig forskellig behandling af sammenlignelige situationer i forhold til SEL § 11B, stk. 6.

6.2.3.5.2 Sammenfatning

SEL § 11B, stk. 6 kan ikke anses som en tilsidesættelse af etableringsfriheden i art. 49 TEUF, da der ikke er tale om sammenlignede situationer i oprindelsesstaten mellem etablering af et datterselskab og et fast driftssted i en anden medlemsstat. Sammenligningsgrundlaget udgør en etablering i samme form i henholdsvis Danmark kontra en anden medlemsstat, hvorved der ikke i forhold til SEL § 11B, stk. 6 består en forskelsbehandling. Der består derfor ikke et krav for danske selskaber med udenlandske faste driftssteder på at opnå en tilsvarende behandling, som efter SEL § 11B, stk. 6. Der må i stedet henses til afsnit 6.2.3.2, hvori det anføres, at der i SEL § 11B, stk. 5 foretages en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer i forhold til faste driftssteder, hvorfor aktiverne alligevel indregnes i aktivmassen. Der består dog ikke den paradoksale situation, at aktiverne både indgår i aktivmassen efter SEL § 11, stk. 5 og stk. 6.

6.2.3.6 EU-retten og samlet opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8

Der følger af SEL § 11B, stk. 8 en pligt til at foretage en samlet opgørelse af aktivmassen og nettofinansieringsudgifterne, såfremt selskaberne m.v. indgår i en sambeskatning efter SEL §§ 31 eller 31A. Derved kan et hjemmehørende datterselskabs overskydende renteloft udnyttes af moderselskabet, mens det ikke er tilfældet ved et ikke-hjemmehørende datterselskab. Det skal erindres, at både aktivmassen og nettofinansieringsudgifter opgøres samlet.

6.2.3.6.1 Restriktionstest

Erhvervelsen eller stiftelse af et datterselskab i Danmark indebærer, at et eventuelt overskydende renteloft i datterselskabet overføres til den samlede opgørelse. Det reducerer potentielt en beregnet fradragsbeskæring hos moderselskabet. Såfremt datterselskabet etableres i en anden medlemsstat, tilgår et eventuelt overskydende renteloft i datterselskabet derimod ikke den samlede opgørelse, hvorved en sådan fordel udelukkes for moderselskabet ved etablering af et ikke-hjemmehørende datterselskab.

Det kan mere præcist anføres, at ved etablering af et hjemmehørende selskab, der samtidig indtræder i koncernen, er det muligt at indregne selskabets overskydende renteloft, mens det ikke er muligt ved etablering af et ikke-hjemmehørende selskab, som tilsvarende indtræder i koncernen, hvilket potentielt kan hindre udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 og 54 TEUF.[1148] Det må anses som en restriktion, der gør det mindre attraktivt for danske selskaber at etablere sig i andre medlemsstater.[1149] En sådan restriktion kan ikke opretholdes, medmindre denne kan begrundes i et eller flere retfærdiggørende hensyn, som det eksempelvis var tilfældet ved nægtelse af underskudsoverførsel i Marks & Spencer C-446/03.[1150]

6.2.3.6.2 Retfærdiggørelse

I Marks & Spencer C-446/03 fandtes det at udgøre en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden, at kun underskudsoverførsel fra hjemmehørende koncernselskaber var mulig i Storbritannien, men kunne retfærdiggøres ud fra en helhedsvurdering af følgende hensyn:

1. Hensynet til at undgå dobbeltfradrag
2. Hensynet til at undgå skatteunddragelse
3. Hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen[1151]

Hensynet til undgåelse af dobbeltfradrag synes ikke til stede i forhold til SEL § 11B, stk. 6, da et dobbeltfradrag simpelthen ikke kan opstå.[1152] Det må samtidigt anføres, at nok blev hensynet til at undgå skatteunddragelse udvidet i Marks & Spencer C-446/03 ved i visse tilfælde at anse organisering af overførsel af underskud inden for en koncern som skatteunddragelse, men der synes intet, der kan begrunde, at hensynet til skatteunddragelse er til stede ved en overførsel af overskydende renteloft

[1148] Det skal erindres, at SEL § 11B fortsat finder anvendelse på alle renteudgifter m.v., uanset långivers hjemsted, hvorved der ikke som i SEL § 11, stk. 4 bortses fra nationale gældsforhold. Det kan derfor ikke anføres at SEL § 11B primært eller udelukkende fradragsbeskærer renteudgifter m.v. vedrørende grænseoverskridende låneforhold.
[1149] Der består ikke en forskelsbehandling, såfremt der er valgt international sambeskatning efter SEL § 31A. 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.* (2011), p. 291 ff., *Rønfeldt* (2010), p. 377 ff. samt *Vinther og Werlauff* i SU 2005,3 og *Winther-Sørensen* i SU 2006, 3.
[1150] Se i denne retning Marks & Spencer C-446/03 præmis 32-34. EU-Domstolen anvendte en restriktionstilgang.
[1151] 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.
[1152] Se i denne retning Oy AA C-231/05.

fra ikke-hjemmehørende koncernselskaber. Hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen hvilede i sagen på samme argumentation om koncernorganisering i en form for *cherry picking*, der vilkårligt kunne forrykke balancen i fordelingen af beskatningskompetencen, og kan ej heller anses for til stede i forhold til SEL § 11B, stk. 8. På trods af ligheder med problemstillingen i Marks & Spencer C-446/03, synes ingen lighed med eventuelle retfærdiggørende hensyn.

Det synes mere nærliggende at hense til sammenhængen i skattesystemet, som Generaladvokaten fremførte i forslag til afgørelse i Marks & Spencer C-446/03. EU-Domstolen valgte ikke en sådan argumentation, og udstrækningen af hensynet er tillagt en særdeles begrænset vægt i EU-Domstolens praksis. En begrundelse i hensynet til sammenhængen i skattesystemet må fortsat baseres på Bachmann C-204/90, som indskrænkedes betydeligt ved Wielockx C-80/94, og forudsætter følgende kumulative betingelser opfyldt:

- Skattefordelen og indgrebet vedrører samme subjekt
- Skattefordelen og indgrebet udspringer af samme retsforhold (direkte sammenhæng)
- Ingen dobbeltbeskatningsoverenskomst regulerer sammenhængen
- Indgrebet er proportionalt[1153]

Det må anføres, at såfremt der kan påpeges en skattefordel, eksempelvis at datterselskabet ikke beskattes i Danmark og derfor ej heller importerer en skattemæssig fradragsbeskæring, består der ikke en direkte sammenhæng herimellem. I så fald vedrører skattefordelen og indgrebet ikke det samme skattesubjekt, da "*skattefordelen*" tilfalder datterselskabet.[1154] Det anførtes tilsvarende i forslag til afgørelse i Marks & Spencer C-446/03, at hvis grænserne, inden for hvilke argumentet om sammenhæng i skattesystemet, kan anvendes, skulle en sådan argumentation utvivlsomt afvises i sagen.[1155] Da hensynet ikke er udvidet, må en sådan fortolkning fortsat anvendes. Hensynet kan derfor ej heller tillægges betydning.

Det skal understeges, at der ikke kan nægtes overførsel af eksempelvis underskud alene med den begrundelse, at det er umuligt at beskatte udenlandske datterselskaber, hvorved hensynet til territorial-princippet også er irrelevant i forhold til SEL § 11B, stk. 8. Dette kan kun påberåbes af værtsstaten og ikke oprindelsesstaten.[1156]

6.2.3.6.3 Sammenfatning

Der består en restriktion for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF, da der ved en etablering af et ikke-hjemmehørende datterselskab ikke kan medregnes overskydende renteloft, som det ville

[1153] Se mere herom i *Stokholm* (2004), p. 508 ff., *Winther-Sørensen* (2009b), p. 495 ff. samt *Helminen* (2011), p. 131 ff.
[1154] Det må anses for betænkeligt at definere skattefordelen, som værende at datterselskabets indkomst ikke beskattes hos moderselskabet eller at datterselskabets nettofinansieringsudgifter ikke medregnes i moderselskabets opgørelse af nettofinansieringsudgifterne. Samme kan anføres i forhold til at anse moderselskabets potentielle skattefrie afkast fra kapitalandel som skattefordelen.
[1155] Se forslag til afgørelse i Marks & Spencer C-446/03 præmis 71.
[1156] Se Bosal C-168/01 præmis 38. Se også forslag til afgørelse i Marks & Spencer C-446/03 præmis 75 samt afgørelsens præmis 40. Se ligeledes *Schön* (2008), p. 597 ff.

være tilfældet ved etablering af et hjemmehørende datterselskab. Der synes ikke at være støtte i den nuværende praksis fra EU-Domstolen til en retfærdiggørelse af den samlede opgørelse i SEL § 11B, stk. 8. Samme problemstilling består i øvrigt i forhold til SEL § 11C, stk. 2.[1157]

Konsekvensen er, at en tilsvarende samlet opgørelse kan foretages i forhold til selskaber i andre medlemsstater, der opfylder betingelserne for sambeskatning, såfremt disse var hjemmehørende i Danmark og derigennem udnytte overskydende renteloft.[1158] Da etableringen af et hjemmehørende datterselskab medfører, at både renteloftet og nettofinansieringsudgifter indgår i den samlede opgørelse, må det tilsvarende gælde i forhold til etablering af et ikke-hjemmehørende datterselskab.[1159] Den manglende EU-retlige konformitet udvander betydeligt den ønskede effekt af SEL § 11B.

6.2.4 EU-retlig konformitet vedrørende SEL § 11C

Den simpleste rentefradragsbegrænsningsregel i SEL § 11C synes ikke som helhed at kunne anfægtes i et EU-retligt lys. Dog følger det af SEL § 11C, stk. 2, at sambeskattede selskaber efter SEL §§ 31 og 31A skal foretage en samlet opgørelse, som det kendes fra SEL § 11B, stk. 8.[1160] I lighed hermed vil en etablering af et hjemmehørende datterselskab, der samtidigt indtræder i koncernen, medføre, at et eventuelt overskydende EBIT-loft medgår i den samlede opgørelse, mens dette ikke er muligt, såfremt datterselskabet etableres i en anden medlemsstat. Det kan hindre udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 og 54 TEUF. [1161]

Moderselskabet kan potentielt opnå en lavere fradragsbeskæring ved etablering af et hjemmehørende selskab end ved etablering af et ikke-hjemmehørende selskab. Det er formentlig af denne grund, at EBITDA-reguleringen i Italien muliggør en udnyttelse af overskydende EBITDA-loft fra udenlandske koncernforbundne datterselskaber, som ikke indgår i sambeskatningen, således at der ikke består en sådan hindring i Italien.[1162]

Der synes, som angivet i afsnit 6.2.3 vedrørende SEL § 11B, stk. 8, ikke i EU-Domstolens nuværende praksis grundlag for en retfærdiggørelse af en sådan hindring for etableringsfriheden. Der er derved formentlig ikke grundlag for at nægte en medregning af overskydende EBIT-loft fra disse koncernselskaber i andre medlemslande.

[1157] Se mere herom i afsnit 6.2.4,
[1158] Det betinges naturligvis at selskaberne er beskyttet af art. 49 og 54 TEUF.
[1159] Se modsat SEL § 11B, stk. 5, hvor kun aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater indgår i aktivmassen, men ikke tilsvarende nettofinansieringsudgifterne, da SEL § 11B, stk. 5 ikke omfatter nettofinansieringsudgifter.
[1160] Se mere herom i kapitel 4, afsnit 4.7, der udgør en identisk problemstilling. Af gentagelseshensyn er den primære analyse indeholdt i afsnit 6.2.3.
[1161] Henset til at anvendelsen af SEL § 11C, stk. 2 fordre sambeskatning og derved koncernforbindelse må etableringsfriheden i art. 49 TEUF anvendes.
[1162] Se mere herom i kapitel 5, afsnit 5.11.

6.3 Den sekundære EU-ret

Rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) blev vedtaget i 2003 med det formål at undgå dobbeltbeskatning og sikre, at koncerninterne renter og royalties kun beskattes én gang.[1163] Direktivet skal ses i lyset af, at Det Indre Marked betragtes som et enhedsmarked, og at transaktioner mellem selskaber fra forskellige medlemsstater ikke bør være undergivet strengere beskatningsvilkår end de vilkår, der gælder for samme transaktioner mellem selskaber i samme medlemsstat. Det følger af præamblen, at den mest hensigtsmæssige måde til opnåelse heraf er en ophævelse af beskatningen i kildestaten. Det følger af art. 1, stk. 1, at:

"*Betalinger af renter eller royalties, der opstår i en medlemsstat, fritages for enhver form for skat i denne stat, hvad enten den opkræves ved indeholdelse ved kilden eller ved skatteansættelse, forudsat at den retmæssige ejer af de pågældende renter eller royalties er et selskab i en anden medlemsstat eller et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat og tilhørende et selskab i en medlemsstat.*"

Direktivet omfatter udelukkende grænseoverskridende rente- og royaltybetalinger mellem associerede selskaber m.v. [1164] Det omfatter rentebetalinger mellem et moderselskab og et datterselskab, hvori der ejes mindst 25 pct. af kapitalen[1165] samt rentebetalinger mellem søsterselskaber, dog kun hvor samme moderselskab direkte ejer mindst 25 pct. af kapitalen i begge selskaber. Det betinges, at både låntager og långiver udgør selskaber, som nævnt i direktivet, og samtidig er hjemmehørende i hver sin medlemsstat og beskattes heri,[1166] ligesom långiver udgør den retmæssige ejer af betalingen.[1167]

Ved rente forstås: "*Indkomst af gældsfordringer af enhver art, uanset om de er sikret ved pant i fast ejendom, og uanset om de indeholder en ret til andel i debitors fortjeneste, og i særdeleshed indkomst fra gældsbeviser, obligationer eller forskrivninger, herunder gevinster og præmier, der er knyttet til sådanne værdipapirer.*"[1168]

[1163] Formålet var ligeledes at eliminere eller reducere tyngende administrative formaliteter og likviditetsproblemer, der måtte opstå af dobbeltbeskatning og lempelse.

[1164] Jf. art. 2.

[1165] Jf. art. 3. En medlemsstat kan erstatte kriteriet om en minimumsandel af kapitalen med en minimumsandel af stemmerettighederne. Ligeledes kan anvendelse af direktivet betinges af, at associationskravet opfyldes i en sammenhængende periode på mindst 2 år.

[1166] Der oplistes i art. 3, litra a, III) hvilke skatter selskabet skal være omfattet heraf. Der henvises i dansk sammenhæng til selskabsskatten.

[1167] Det er særdeles omdiskuteret hvad der forstås ved retmæssig ejer (beneficial owner). Se eksempelvis SKM2010.729.LSR (TfS 2010, 974), og kommentarer hertil af *Bundgaard* i SU 2010, 387 samt SKM2011.57.LSR (TfS 2011, 277) og kommentar hertil af *Bundgaard* i SU 2011, 31 samt SKM2011.485.LSR (TfS 2011, 676) og kommentarer hertil af *Booker* i SU 2011, 415. Se også *Weber* i EC Tax Review 2000, vol. 9 (1), p. 15 ff., *Bundgaard og Winther-Sørensen* i SR-SKAT 2007, 508, *Bundgaard* i SU 2009, 61, *Engdahl* i SR-Skat 2010, 148 samt *Wittendorff* i SR-Skat 2010, 212.

[1168] Straftillæg for for sen betaling anses ikke for renter jf. art. 2 og begrebet indskrænkes tilsvarende i art. 4. Direktivet finder ikke anvendelse på betalinger, der efter kildestatens lovgivning udgør udbytte eller tilbagebetaling af kapital, ligesom betalinger fra gældsfordringer, der indebærer en ret til en andel af debitors fortjeneste eller en konverteringsret hertil, ej heller omfattes. Slutteligt omfattes ej heller betalinger fra gældsfordringer, der ikke indeholder bestemmelse om tilbagebetaling af hovedstolen eller hvor tilbagebetalingen skal finde sted mere end 50 år efter udstedelsesdatoen.

Definitionen synes identisk med art. 11 i OECD's modeloverenskomst og derved også betydelig bredere end det danske rentebegreb, men udgør et selvstændigt EU-retligt begreb.[1169]

Direktivet implementeredes i dansk ret ved lov nr. 321 af 31. marts 2004, hvor der paradoksalt nok samtidig indførtes kildeskat på koncerninterne renter ved SEL § 2, stk. 1, litra d.[1170] Der er i SEL § 2, stk. 1, litra d taget højde for direktivet, da denne ikke omfatter renter, såfremt beskatningen skal frafaldes eller nedsættes efter direktivet, såfremt det betalende selskab og det modtagende selskab er associeret som nævnt i direktivet i en sammenhængende periode på mindst et år, hvor betalingstidspunktet skal falde indenfor.

Rentefradragsbegrænsningsregler og kildeskat er ikke umiddelbart juridisk relaterede, men det må samtidig erindres, at en kildeskat og en fradragsbeskæring økonomisk har samme effekt, hvorved det i forhold til rentefradragsbegrænsningsreglerne må afdækkes, om en rentefradragsbeskæring kan udgøre en kildeskat i direktivets forstand.

6.3.1 Rentefradragsbeskæring og direktivet

Det blev allerede i 2000 hævdet, at art. 1, stk. 1 potentielt indeholder et forbud mod fradragsbeskæring af koncerninterne renteudgifter på baggrund af et fast solvenskrav, som det kendes fra reguleringen vedrørende tynd kapitalisering.[1171] Der henvistes til, at direktivet er til hinder for "*enhver skat*", og at en fradragsbeskæring medfører, at "renten" først er selskabsbeskattet i kildelandet i låntagers indkomst og herefter beskattes hos långiver i domicillandet (økonomisk dobbeltbeskatning). En sådan konklusion er nu afkræftet af EU-Domstolen.

EU-Domstolen blev i Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09 forelagt det præjudicielle spørgsmål, om art. 1, stk. 1 i rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) er til hinder for en ordning, hvorefter renter på et lån, som et selskab i en medlemsstat betaler til et associeret selskab i en anden medlemsstat, medregnes i skatteberegningsgrundlaget for erhvervsskatten (*Gewerbesteuer*) hos det betalende selskab.[1172]

Sagen vedrørte det tyske selskab Scheuten Solar Technology GmbH (Selskabet), der var 100 pct. ejet af et hollandsk moderselskab. Selskabet havde anfordringsgæld til moderselskabet, hvorpå der betaltes en rente på 5 pct., hvilken i udgangspunktet var fradragsberettiget som en driftsomkostning. Det fulgte af den dagældende tyske regulering, at den kommunale erhvervsskat (*Gewerbesteuer)* forhøjedes med 50 pct. (nu 25 pct.) af renteudgifterne vedrørende lån, der ikke alene har til formål midlertidigt at styrke driftskapitalen, hvorfor en sådan korrektion foretoges hos selskabet i den konkrete sag. Derved *fortabtes* 50 pct. af fradragsretten i forhold til erhvervsskatten, hvilket argumenteres for værende uforeneligt med art. 1 i rente-/royaltydirektivet.

[1169] Se hertil *Bundgaard* i SU 2009, 61.
[1170] Ved samme lov ændredes SEL § 11 væsentligt.
[1171] Se *Weber* i EC Tax Review 2000, vol. 9 (1), p. 26 ff. Artiklen blev skrevet på baggrund af direktivudkastet fra 1998, hvilket dog er uden betydning for den antydede konklusion.
[1172] Se også SU 2011, 417 samt *Nakhau og Mueller* i Intertax 2010 vol. 38 (6/7), p. 386 ff.

Der argumenteredes fra tysk side for, at art. 1 udelukkende omfatter beskatning af långiver, da den tyske version anvender udtrykket *Einkünfte*, dvs. indkomst, som kun långiver i sagens natur opnår. Bundesfinanzhof antydede tvivl om denne argumentation, da andre sproglige versioner anvender udtrykket *betalinger/payments/les paiements* og derved ikke på samme måde synes knyttet til beskatning af långiver.

Den danske regering argumenterede ligeledes for, at direktivet udelukkende har til formål at sikre, at långiver ikke pålægges nogen form for skat i kildestaten.[1173] Begrundelsen følger til dels den tyske argumentation i sagen. Dog henvises der til den sproglige formulering i art. 2 vedrørende rentedefinitionen, hvor begreberne *"indkomst af gældsfordringer"* og *"ret til andel i debitors fortjeneste"* anvendes,[1174] der skulle understøtte, at direktivet ikke vedrører beskatningen af låntager. Det er derved ligeledes en argumentation, der bygger på, at direktivet udelukkende omfatter juridisk dobbeltbeskatning.

EU-Domstolen konkluderede i tråd med de nævnte indlæg, at art. 1, stk. 1 har til formål at undgå juridisk dobbeltbeskatning, og at bestemmelsen udelukkende vedrører den skattemæssige stilling for fordringshaver (långiver).[1175] EU-Domstolen anførte ligeledes, at der i art. 1, stk. 10 ej heller er en henvisning til betaleren af renterne (låntager).[1176] EU-Domstolen understregede samtidig, at nationale bestemmelser om beregningsgrundlaget for beskatningen af rentebetaleren, eksempelvis regler om fradragsret, henføres til hvert enkelt medlemsstats skattepolitik. EU-Domstolen fandt derfor ikke at art. 1, stk. 1 i rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) er til hinder for en regulering, som den tyske, hvorefter fradrag i beregningen af erhvervsskatten ikke kunne ske fuldt ud.

Generaladvokat Sharpston konkluderede i forslag til afgørelse i samme sag, at direktivet ikke er til hinder for en sådan ordning, hvor renter på et lån medregnes i beregningsgrundlaget hos rentebetaleren og bemærkede samtidig, at det var misvisende at beskrive det som en forhøjelse af skatten med renteudgifterne, da realiteten er, at disse ikke er fradragsberettigede. Det anførtes, at beskatningen er opdelt i to faser; selskabs- og rentebeskatning, hvor førstnævnte ikke omfattes af rente-/royaltydirektivet. EU-Domstolen nåede samme konklusion uden dog direkte at henvise til de to faser i beskatningen.

6.3.2 Kan en fradragsbeskæring udgøre en skat omfattet af direktivet?

EU-Domstolens afgørelse i Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09 er forholdsvis klar. Det anføres, at direktivet udelukkende anvendes på långiver og kun omfatter ophævelsen af juridisk dobbeltbeskatning.[1177] Det er dog ikke nødvendigvis en forkastelse af, at en fradragsbeskæring kan anses som en beskatning af långiver i direktivets forstand. Der kan henses til praksis vedrørende fortolknin-

[1173] Se Notat til Folketingets Europaudvalg om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens sag C-397/09 Scheuten Solar Technology, dateret 21. januar 2010.
[1174] Den engelske, tyske og fransk version af direktivet synes ikke at afvige fra den danske formulering; *Income from debt-claims/Einkünfte aus Forderungen/les revenus des créances* samt *right to participate in the debtor's profits/Beteiligung am Gewinn des Schuldners ausgestattet/clause de participation aux bénéfices du débiteur.*
[1175] Se præmis 28.
[1176] Se præmis 29.
[1177] Herved forstås at samme skattesubjekt beskattes to gange af samme indkomst.

gen af begrebet kildeskat, som anvendt i art. 5, stk. 1 i moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF).

Epson Europe C-375/98 vedrørte udlodningen af udbytte i 1993 fra det portugisiske selskab Epson Portugal SA til det hollandske moderselskab Epson Europe BV, hvorved der i Portugal ikke blot indeholdtes en selskabsskat på 15 pct. (IRC), men ydermere en særlig 5 pct. skat af udbyttet (ISD).[1178] Moder-/datterselskabsdirektivet var til hinder for, at der frem til og med 1996 opkrævedes kildeskat på mere end 15 pct., hvorved Epson Europe argumenterede for, at art. 5 i moder-/datterselskabsdirektivet omfattede begge skatter og ikke udelukkende den opkrævede selskabsskat. EU-Domstolen bekræftede dette.

Det følger af præmis 23 heri, at

"Det fremgår af forelæggelseskendelsen og af de indlæg, der er indgivet i henhold til artikel 20 i EF-statutten for Domstolen, at ISD udgør en kildebeskatning, hvis udløsende faktor er udbetalingen af afkast eller enhver anden form for udbytte af værdipapirer, samt at beregningsgrundlaget for denne skat er udbyttet af disse, og at den skattepligtige er indehaveren af værdipapirerne. ISD har således den samme virkning som indkomstbeskatning. Det er herved uden betydning, at skatten benævnes "skat af arv og gave", og at den opkræves sideløbende med IRC."

Heri indgik således, at:

- Den udløsende faktor var udlodningen
- Beregningsgrundlaget var udbyttet
- Den skattepligtige var indehaver

Beskatningen skete således hos udbyttemodtageren, men det udgjorde ikke et krav i den senere afgørelse i Athinaïki Zithopiïa C-294/99.[1179] Den konkrete sag vedrørte det græske datterselskab Athinaïki Zithopiïa AE i Amstel-koncernen, og beskatningen heraf forøgedes som følge af udbytteudlodninger til moderselskabet i Holland.

EU-Domstolen anførte at:

"Ved vurderingen af, om beskatningen af udloddet afkast i den form, der følger af den græske lovgivning, der er omhandlet i hovedsagen, er omfattet af direktivets artikel 5, stk. 1, må man først se på bestemmelsens ordlyd og konstatere, at udtrykket "kildeskat", som er anført heri, ikke er begrænset til bestemte nærmere præciserede former for beskatning."[1180]

[1178] Afgørelsen er nærmere omtalt af *Câmara* i European Taxation 2001, vol. 41 (9), p. 307 ff.
[1179] Afgørelsen er nærmere omtalt af *Stavropoulos* i European Taxation 2002, vol. 42 (2), p.94 ff.
[1180] Se præmis 26.

Umiddelbart herefter anførte EU-Domstolen at:

"Dernæst bemærkes, at ifølge Domstolens faste praksis tilkommer det Domstolen at kvalificere afgifter, gebyrer mv. i relation til fællesskabsretten efter deres objektive kendetegn, uden hensyn til, hvorledes de er betegnet i national ret."[1181]

Det konstateres samtidig, at:

- Beskatningen udløstes ved udlodningen
- Beskatningen afhang af udlodningsbeløbet[1182]

Den græske argumentation for, at reguleringen ikke udgjorde en kildeskat, men beskatning af datterselskabets indkomst, blev ikke tiltrådt. EU-Domstolen bekræftede, at det udgjorde en kildeskat som omfattet af moder-/datterselskabsdirektivets art. 5, stk. 1, da udlodningen udgjorde den udløsende begivenhed, ligesom beskatningen afhang af udlodningsbeløbet. Subjektet var uden betydning i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet i Athinaïki Zithopiïa C-294/99. EU-Domstolen afviste i Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09 relevansen af Athinaïki Zithopiïa C-294/99, da udlodningen i Athinaïki Zithopiïa C-294/99 udløste beskatningen, mens rentebetalingen i hovedsagen ikke udløste beskatning. Det synes interessant, at Athinaïki Zithopiïa C-294/99 ikke afvistes på baggrund af en henvisning til subjektet.

Det afvises derved ikke fuldstændigt, at der kan drages paralleller i andre situationer. Der må spørges, om udfaldet havde været anderledes, såfremt beskatningen af Scheuten Solar Technology GmbH afhang af beskatningen af rentebetalingen?

Den direkte beskatning af rentemodtageren omfattes utvivlsomt af rente-/royaltydirektivet, hvor beskatningen udløses ved rentebetalingen, og beskatningen afhænger af rentebeløbet, uanset om indeholdelse sker hos rentebetaleren eller ej, hvorved der analogt kan henvises til Epson Europe. Men der må tilsvarende henses til situationer, hvor rentebetalingen udløser en øget beskatning hos rentebetaleren, som det var tilfældet ved udbytte i Athinaïki Zithopiïa C-294/99. I en sådan situation, hvor rentebetalingen udløser en beskatning hos rentebetaleren i kildestaten, er det ikke usandsynligt, at en sådan fradragsbeskæring omfattes af art. 1, stk. 1 i rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF), selvom det i Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09 fremgår, at kun fordringshaver omfattes. Der kan henvises til, at en beskatning af rentebetaleren udgør en indirekte beskatning af rentemodtageren og en skat på rentebetalingen.

Rentebetalingerne, der fradragsbeskæres, udgør ikke i udgangspunktet en (ekstra) beskatning hos rentebetaleren, da der må sondres mellem selskabsbeskatning og beskatning af rentebetalingen. En sådan sondring foretages i Generaladvokat Adlers forslag til afgørelse i Athinaïki Zithopiïa.

[1181] Se præmis 27.
[1182] Se præmis 28.

Det følger af Generaladvokat Adlers forslag til afgørelse i Athinaïki Zithopiïa, at:

"*Der må derimod sondres mellem "kildeskat" og beskatning af det indenlandske datterselskabs aktiviteter. Denne beskatning er i princippet ikke omfattet af direktivet. En medlemsstat er dog heller ikke berettiget til inden for denne beskatning at indføre bestemmelser, der i praksis svarer til "kildeskat"."*

En sådan sondring synes ligeledes foretaget i General Sharpstons forslag til afgørelse i Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09. Det skal samtidigt erindres, at der i rente-/royaltydirektivet henvises til "*enhver form for skat"* og ikke blot *"kildeskat"* som i moder-/datterselskabsdirektivet.

Problematikken er at *kvalificere* en eventuel kildeskat eller en skat, der i praksis svarer til kildeskat, ved en fradragsbeskæring, der pålægges rentebetalingen og ikke selskabets aktiviteter. I Athinaïki Zithopiïa anførtes referencepunktet til at udgøre en situation, hvor udlodning ikke har fundet sted.

Der skal potentielt anvendes et andet referencepunkt i forhold til rente-/royaltydirektivet, da fradragsbeskæringen naturligt er maksimeret til en situation uden rentebetalingen. Såfremt referencepunktet udelukkende udgjorde en situation uden rentebetalingen, ville det muliggøre fradragsbegrænsningsregler som erstatning for regler om kildeskat, og ligeledes kunne den tyske og danske argumentation i Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09 blot have henvist hertil.

Der argumenteredes i Athinaïki Zithopiïa for, at moder-/datterselskabsdirektivet for det første skal forhindre, at selskaber stilles ringere ved en selskabsdeltagelse på tværs af grænserne end ved en indenlandsk deltagelse og for det andet indføre konkurrenceneutrale beskatningsregler. Det understreges, at formålet med direktivet er at forhindre dobbeltbeskatning. Det følger tilsvarende af præamblen til rente-/royaltydirektivet, at Det Indre Marked har karakter af et hjemmemarked og derfor bør transaktioner mellem selskaber fra forskellige medlemsstater ikke være undergivet ringere beskatningsvilkår end de vilkår, der gælder for de samme transaktioner mellem selskaber fra samme medlemsstat. Dette kan understøtte en fortolkning af, at referencesituationen udgør en rentebetaling til en långiver hjemmehørende i kildestaten.[1183] Argumentationen blev dog ikke tiltrådt af EU-Domstolen, og det kan ej heller antages, at det vil være gældende i forhold til rente-/royaltydirektivet. Definitionen af *"enhver form for skat"* kan ikke indskrænkes til udelukkende at omfatte grænseoverskridende skatter, men det grænseoverskridende element er en betingelse for anvendelsen af direktivet.

Der kan formentlig ikke opstilles en generel henvisning til, i hvilke tilfælde en fradragsbeskæring potentielt udgør en skat omfattet af art. 1, stk. 1, da der må henses til de objektive kendetegn ved den konkrete fradragsbeskæringsregel. Afgørende kan potentielt være, om fradragsbeskæringen korrelerer med kildestatens beskatning eller beskatningsretten til rentebetalingen eller den konkrete beskatning af rentebetalingen i domicillandet, således at fradraget elimineres eller reduceres i takt hermed. Derved opstår derved en sammenhæng mellem fradragsbeskæringen/den øgede beskatning og rentebetalingen i overensstemmelsen med både Epson Europe og Athinaïki Zithopiïa. En sådan

[1183] Det må ikke forveksles med om der foreligger en forskelsbehandling, der potentielt eller aktuelt kan gøre det mindre attraktivt eksempelvis at etablere sig i andre medlemsstater. Afgørende er i forhold til art. 1, stk. 1 i rente-/royaltydirektivet om der pålægges en skat eller ej, og ikke om der foreligger en forskelsbehandling.

korrelation kan potentielt udgøre "*enhver form for skat*", som omtalt i art. 1, stk. 1, da fradragsretten afspejler den *manglende* beskatning af kreditor. Det understøttes af den brede fortolkning af kildeskat i Athinaïki Zithopiïa.

Rentefradragsbegrænsningsregler, der i større eller mindre grad korrelerer med situationer, hvor kildestatens beskatningsret reduceres eller elimineres, kan udvise en omgåelsestankegang og potentielt en skat omfattet af rente-/royaltydirektivet. Sondringen er særdeles svær at drage, og det må have formodningen imod sig, at en fradragsbegrænsningsregel udgør en skat, som omfattet af art. 1, stk. 1, og der må bestå vide rammer for medlemsstaternes kompetencer til udformning af egne fradragsregler i overensstemmelse med Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09. Afgørelsen i Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09 er dog formentlig ikke en blankocheck til at lade fradragsbegrænsningsregler erstatte regler om kildeskat med henvisning til, at skatten pålægges rentebetaleren. EU-Domstolen kvalificerer afgifter, gebyrer m.v. efter deres objektive kendetegn uden hensyn til den nationale klassifikation,[1184] hvorved en fradragsbeskæring principielt kan udgøre en beskatning og derved være uforenelig med rente-/royaltydirektivet. Det er tilfældet, såfremt Generaladvokat Adler og Generaladvokat Sharpstons sondring følges, og i øvrigt i samspil med EU-Domstolens afvisning af Athinaïki Zithopiïa C-294/99 i Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09. Det må dog pt. anses som en tænkt situation, da sådanne rentefradragsbegrænsningsregler endnu ikke har set dagens lys.

6.4 Afslutning

Direkte skatter henhører under medlemsstaternes kompetence, dog således at national lovgivning ikke må være til hinder for den fulde virkning og ensartede anvendelse af de traktatfæstede frihedsrettigheder. Værnsregulering, så som rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C, der skal modvirke udflytning af skattestilsvar, kan ej heller begrænse de traktatfæstede frihedsrettigheder, herunder etableringsfriheden i art. 49 TEUF. Det synes dog ikke i alle tilfælde respekteret i forhold til delelementer af både SEL §§ 11, 11B og 11C. Det må anføres:

At det potentielt er uforeneligt med art. 49 TEUF, at der efter SEL § 11, stk. 4 udelukkende eller primært bortses fra gæld og finansieringsudgifter mellem hjemmehørende selskaber m.v. Der kan påvises en ugunstig forskelsbehandling af datterselskaber etableret i Danmark, alt afhængigt af hvor moderselskabet er hjemmehørende, hvilket kan hindre udøvelsen af etableringsfriheden. En sådan konklusion er dog ikke åbenbar, grundet at der bortses fra udenlandske aktionærer og et eventuelt dansk ultimativt moderselskab efter SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. EU-retlig konformitet kan dog med sikkerhed opnås ved en ændring af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., således at denne bringes i overensstemmelse med hensynet til at modvirke misbrug og derved en retfærdiggørelse af hindringen for udøvelsen af etableringsfriheden. Såfremt det sker, synes der ikke længere holdepunkter for fortsat at lade SEL § 11, stk. 1, nr. 2 omfatte rent nationale gældsforhold, hvor udflytning af skattetilsvar ikke kan forekomme.

At det ikke synes uforeneligt med art. 49 TEUF, at kun renteindtægter og kursgevinster til låntagere omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a opnår skattefrihed efter SEL § 11, stk. 6.

[1184] Se Athinaïki Zithopiïa C-294/99 præmis 29.

At der ikke efter SEL § 11B, stk. 5 kan medregnes anskaffelsessummer for aktier m.v. i ikke-hjemmehørende selskaber, medmindre disse udgør lagerbeskattede aktier m.v., som det ligeledes er tilfældet ved aktier i hjemmehørende selskaber.

At der efter SEL § 11B, stk. 5 formentlig ikke kan nægtes indregning af aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater, da disse skal indgå i aktivmassen, som hvis samme aktivitet var etableret i Danmark jf. art. 49 TEUF. Den anførtes retsstilling af Skatteministeren, hvorefter disse aktiver ikke skal indregnes i aktivmassen, er derved ikke EU-retlig konform.

At karensperioden i SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. formentlig ikke kan opretholdes i forhold til indskud fra koncernselskaber hjemmehørende i andre medlemsstater, da en sådan karensperioden ikke omfatter sådanne indskud fra hjemmehørende koncernselskaber. Det er ikke foreneligt med art. 49 TEUF.

At saldoordningen efter SEL § 11B, stk. 6 formentlig er EU-retlig konform, uagtet at der kan påvises en negativ nettoeffekt ved en konkret aktieerhvervelse, hvilket kan udgøre en restriktion for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF. En sådan ugunstig behandling kan dog formentlig retfærdiggøres i hensynet til at sikre sammenhængen i skattesystemet, da der blot er tale om en tilbagekaldelse af en skattemæssig fordel efter SEL § 11B, stk. 6.

At det ikke er uforeneligt med art. 49 TEUF kun at medregne anskaffelsessummen ved aktier m.v. efter SEL § 11B, stk. 6, mens etablering af samme aktiviteter i en filial (fast driftssted) ikke medfører saldotilgang herefter. Det skal henses til, at etablering af en sådan filial i Danmark eller en anden medlemsstat i forhold til SEL § 11B, stk. 6 ikke behandles forskelligt.

At det formentlig ikke er foreneligt med art. 49 TEUF, at den samlede opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8 udelukkende kan medføre en medregning af overskydende renteloft fra hjemmehørende datterselskaber, hvorfor overskydende renteloft herfra formentlig tilsvarende kan modregnes i den samlede opgørelse.

At det formentlig ikke er foreneligt med art. 49 TEUF, at den samlede opgørelse efter SEL § 11C, stk. 2 udelukkende kan medføre en medregning af overskydende EBIT-loft fra hjemmehørende datterselskaber, hvorfor overskydende EBIT-loft herfra formentlig tilsvarende kan modregnes i den samlede opgørelse.

At SEL §§ 11, 11B og 11C er konforme med rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF).

Det skal afslutningsvis anføres, at det synes særdeles uheldigt, at rentefradragsbegrænsningsreglerne på visse punkter er uforenelige med art. 49 TEUF, hvorved anvendelsesområdet for rentefradragsbegrænsningsreglerne indskrænkes. Det er muligvis ikke overraskende, henset til det protektionistiske formål med disse, og man må have en naturlig sympati for rentefradragsbegrænsningsreglernes ideelle formål. Det skaber dog en usikker retstilstand, da ordlyden af bestemmelserne ikke altid er et udtryk for gældende ret. Den konkrete udformning af værnsregulering kan altid diskuteres, men de EU-retlige problematikker støtter i høj grad behovet for alternative løsningsmodeller, som analyseres i følgende kapitel.

Kapitel 7 Alternative løsningsmodeller

7.1 Indledning

I de foregående kapitler analyseredes selskabsfinansieringens betydning for indkomstopgørelsen og de komplicerede rentefradragsbegrænsningsregler i SEL §§ 11, 11B og 11C. Formålet med dette kapitel er at vise alternative løsningsmodeller.

Skatteministeren har udtalt, at det alt andet lige generelt er samfundsøkonomisk fordelagtigt, at skattesystemet i mindst mulig grad påvirker investors valg af finansieringsform.[1185] I første del analyseres derfor løsningsmodeller, der generelt sikrer neutralitet i finansieringsbeslutningen, mens der i anden del analyseres specifikke værnsregler. Det påvises, at neutralitet i finansieringsbeslutningen formentlig ikke kan opnås på hverken kort eller mellemlang sigt, hvorfor der i stedet kan henses til specifikke værnsregler.

7.2 Neutralitet i selskabsfinansieringen

Der består en grundlæggende skattemæssig forskelsbehandling af egen- og fremmedkapital.[1186] Drivkraften for en øget gældsandel, og udflytning af skattetilsvar, er den forskellige beskatning på selskabs- og investorniveau. Denne sammenhæng mellem værdien af fradraget på selskabsniveau og beskatningen på investorniveau kan derved også danne grobund for alternative løsningsmodeller, hvorefter der skabes neutralitet i selskabsfinansieringen. Det sker ved at gøre selskabsfinansieringen irrelevant for skatteyderens dispositioner. Der tages i det følgende udgangspunkt i en selskabsbeskatning på 25 pct., og samtidig at udbytte kan udloddes uden skattemæssige konsekvenser fra selskabet til investor.[1187]

7.2.1 Beskatning af rentebetalingen

En hjemmehørende långiver (investor) beskattes med 25 pct., hvorved der ikke i rent nationale finansieringsforhold normalt består et skattemæssigt incitament til at gældsfinansiere et selskab, da selskabsfinansieringen, da er irrelevant for den samlede beskatning. Derimod må det anføres, at en ikke-hjemmehørende långiver (investor) kun undtagelsesvis omfattes af SEL § 2, stk. 1, litra d (rentekildeskat), hvorved domicilbeskatningen af investor er afgørende for en potentiel værdiskabelse ved gældsfinansiering.

Den ukendte variabel er investorbeskatningen. Afgørende er i denne sammenhæng ikke i hvilket land investors beskattes,[1188] men derimod med hvilken skattesats. En skattesats på 25 pct. vil skabe neutralitet i selskabsfinansieringen.

[1185] Se svar på spg. 207 og 224 i bilag 8 til L 213 2006-2007.
[1186] Se kapitel 2.
[1187] En sådan antagelse synes ikke urealistisk. Se mere herom i kapital 2.
[1188] Det er naturligvis afgørende for, hvilket land skatteprovenuet tilfalder, hvilket blot er et udtryk for det grænseoverskridende element. Det er dog også af betydning i forhold til anvendelse af skattemæssige underskud m.v.

Følgende eksempel kan anføres:

Selskab A A/S er 100 pct. ejet af et udenlandsk moderselskab. Selskab A A/S opnår en skattepligtig indkomst på 100, dog før renteudgifter og skat. Selskabsbeskatningen i Danmark udgør 25 pct., mens den generelle beskatning af det udenlandske moderselskab er lavere. Det antages dog samtidig, at renteindtægter beskattes symmetrisk, dvs. at værdien af rentefradraget nøjagtigt modsvares af rentebeskatningen, uanset om investor er hjemmehørende i Danmark eller ej.

Der overvejes tre finansieringsstrukturer, henholdsvis 0 pct., 50 pct. eller 100 pct. gældsandel, hvor rentebetalingen udgør henholdsvis 0, 20 eller 40. Selskabsfinansieringen har følgende skattemæssige betydning:

	Beskatning af drifts-indkomsten	**Beskatning af rente-betalingen**	**Samlet beskatning**
0 pct. gældsandel	25	0	25
50 pct. gældsandel	20	5	25
100 pct. gældsandel	15	10	25

Der opnås derved skattemæssig neutralitet i selskabsfinansieringen. Der består da ikke et skattemæssigt incitament til gældsfinansiering, hvorved rentefradragsbegrænsningsregler er overflødige. Det er dog essentielt, at kildestaten og domicilstaten når til enighed om fordelingen af beskatningsretten samt beskatningen heraf, hvor sidstnævnte nødvendigvis må være identisk med selskabsbeskatningen, dvs. 25 pct.[1189] Der forudsættes derved en identisk beskatning, enten generelt eller i forhold til rentebetalinger m.v.. Flere problemstillinger opstår herved.

Det må først og fremmest anføres, at det på nuværende tidspunkt ikke kan anses for realistisk generelt at opnå identiske skattesatser. Fastlæggelsen af skattesatsen er fortsat suverænt et nationalt anliggende, ligesom at eksempelvis Europa-Kommissionen synes betænkelig ved initiativer i denne retning. Det anføres i forbindelse med CCCTB-skattesystemet, at Europa-Kommissionen ikke ønsker at harmonisere skattesatserne, da en redelig konkurrence om skattesatser bør anspores, ligesom at medlemsstaterne ved fastlæggelsen af deres skattesatser, da fortsat har mulighed for at tage hensyn til konkurrenceevne på markedet og budgetbehovet.[1190] Der må i stedet ses mod mere specifikke tiltag, hvilket ej heller er uproblematisk.

Det skal erindres, at fordelingen af beskatningsretten af rentebetalinger efter art 11 i OECD's modeloverenskomst er delt mellem kildestaten og domicilstaten. Førstnævnte kan dog kun beskatte rentebetalingen med op til 10 pct. af bruttorentebeløbet. En sådan fordeling forudsætter derved ikke blot, at domicilstaten har intern hjemmel til beskatning af rentebetalingen til samme sats, som anvendes i kildestaten, men ligeledes at der lempes efter creditmetoden for eventuelt betalt skat i kildestaten. En sådan korrelation med reguleringen i kildestaten og samtidig en identisk skattesats i forhold til

[1189] Der henvises udelukkende til en situation, hvor långiver udgør et ikke-fysisk selvstændigt skattesubjekt.
[1190] Se baggrunden for direktivforslaget (KOM2011/121).

rentebetalingen, synes særdeles vanskelig at realisere. Det forudsætter, at beskatningen af rentebetalingen i domicilstaten afhænger af kildestatens skattesats, hvorved domicillandets suverænitet til fastlæggelse af egen skattesats reelt uddelegeres i forhold til rentebetalinger. Det kan ikke anses som en realiserbar løsning.

Der kan i stedet henses til en fuldstændig fordeling af beskatningsretten til kildestaten, således at denne kan anvende egen skattesats. Det forudsætter samtidigt, at domicilstaten lemper efter eksemptionsmetoden, således at der ikke opstår dobbeltbeskatning. Det udgør en afvigelse fra OECD's modeloverenskomst og derved et opgør med størstedelen af de indgåede dobbeltbeskatningsaftaler, ligesom der kræves en international "kovending" mod kildebeskatning af rentebetalinger m.v.

Det følger samtidig af art. 1 i rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF), at betalinger af renter mellem associeret selskaber fritages for enhver form for skat i kildestaten.[1191] Formålet er at undgå dobbeltbeskatning i grænseoverskridende koncernforhold ved at ophæve kildestatens beskatningsret. Direktivet omfatter udelukkende koncerninterne rentebetalinger,[1192] hvorved det eksempelvis ved ikke-markedskonform gældssætning, som SEL § 11 er rettet mod, ikke er muligt ved rentebetalinger indenfor EU at opnå neutralitet i selskabsfinansieringen ved en beskatning i kildestaten.[1193]

Det synes derved ikke realiserbart på hverken kort eller mellemlang sigt at overflødiggøre rentefradragsbegrænsningsreglerne ved en kildeskat på rentebetalinger, herunder særligt indenfor EU. Det må konkluderes, at en generel rentekildeskat vil kræve international politisk velvilje, og må anses for usandsynligt indenfor en overskuelig fremtid, uanset om en sådan regulering målrettes alle rentebetalinger m.v. eller kun koncerninterne rentebetalinger m.v. Det vil i givet fald samtidigt forudsætte en velkoordineret indsats i samspil med domicilstaten, således at dobbeltbeskatning undgås.

7.2.2 Reduktion af værdien af rentefradraget

Der består særdeles begrænsede handlemuligheder i forhold til en ensartet rentebeskatning m.v. af ikke-hjemmehørende långivere (investorer), hvorved der i stedet kan henses til værdien af rentefradraget m.v. på selskabsniveau. Den ukendte variabel udgør fortsat beskatningen af rentebetalingen på investorniveau, hvorfor en løsning, hvor værdien af fradraget korrelerer med beskatningen af renteindtægten, må overvejes.[1194]

[1191] Se mere herom i kapitel 6, afsnit 6.3.

[1192] Direktivets anvendelsesområde er indskrænket til rentebetalinger m.v. mellem selskaber, hvori der direkte ejes mindst 25 pct. af kapitalen samt rentebetalinger mellem søsterselskaber, hvor samme moderselskab direkte ejer 25 pct. af kapitalen i begge selskaber jf. art. 3. Det følger at medlemsstaterne kan erstatte kriteriet om en minimumsandel af kapitalen med kriteriet om en minimumsandel af stemmerettighederne. Medlemsstaterne kan betinge anvendelsen af direktivet af at associationskravet opfyldes i en sammenhængende periode på mindst to år.

[1193] Kildeskat pålægges efter SEL § 2, stk. 1, litra d koncerninterne rentebetalinger til ikke-hjemmehørende selskaber, hvor beskatningen af rentebetalingen ikke skal nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller efter rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF). Det er derved et relativt begrænset anvendelsesområde.

[1194] Det skal erindres, at en generel afskaffelse af rentefradraget ikke en hensigtsmæssig løsning, selvom dette naturligvis overflødiggør rentefradragsbegrænsningsregler, men vil medføre en forvridning mod finansiering ved egenkapital, grundet økonomisk dobbeltbeskatning ved gældsfinansiering. Der må i stedet sigtes mod

Følgende eksempel kan anføres:

Selskab A A/S er 100 pct. ejet af et udenlandsk moderselskab. Selskab A A/S opnår i indkomståret en skattepligtig indkomst på 100, dog før renteudgifter og skat. Selskabsbeskatningen i Danmark udgør 25 pct., mens beskatningen af det udenlandske moderselskab udgør 10 pct. Det antages dog samtidig, at værdien af rentefradraget korrelerer med rentebeskatningen.

Der overvejes tre finansieringsstrukturer, henholdsvis 0 pct., 50 pct. eller 100 pct. gældsandel, hvor rentebetalingen udgør henholdsvis 0, 20 eller 40. Selskabsfinansieringen har da følgende skattemæssige betydning:

	Beskatning af drifts-indkomst	**Beskatning af rente-betaling**	**Samlet beskatning**
0 pct. gældsandel	25	0	25
50 pct. gældsandel	23	2	25
100 pct. gældsandel	21	4	25

Der opnås derigennem skattemæssig neutralitet i selskabsfinansieringen. Ved en sådan løsning afhænger selskabsbeskatningen derved af beskatningen af långiver (investor) og forudsætter en vis form for dokumentation heraf.[1195] Det vil udgøre et markant principskifte i indkomstbeskatningen, ligesom eksempelvis en overdragelse af fordringen, ændringer af skattelovgivningen i långivers domicilstat samt ændringer i långivers skattemæssige forhold, da påvirker låntagers fradragsret og derved beskatningen af låntager. Det at lade indkomstbeskatningen af et skattesubjekt afhænge af beskatningen af et andet skattesubjekt må anses som et skred i nettoindkomstprincippet og opgørelsen af skattesubjektets *skatteevne*.

En sådan regulering må i givet fald indskrænkes til koncernforhold (koncernens skatteevne), eksempelvis kontrolleret gæld, som defineret i SEL § 11, stk. 1, nr. 2.[1196] Det vil da gøre koncernintern finansiering relativt dyrere end gældsfinansiering fra tredjemand, hvilket synes betænkeligt, medmindre der foreligger særlige hensyn.[1197] Reguleringen nødvendiggør i så fald en identifikation af interessefællesskabet, men samtidig også en dokumentation af beskatningen af rentebetalingen, og at renterne ikke betales videre til et andet selskab, der er undergivet en lavere beskatning af renterne, som det kendes fra SEL § 2, stk. 1, litra d. Det er derved en anden dokumentation og opgørelse end det eksempelvis kendes fra SEL § 11, og indeholder utvivlsomt administrative byrder. Det er derfor tvivl-

mere konkrete tiltag i forhold til værdien af rentefradraget, således at den skattemæssige behandling er irrelevant i forhold til selskabsfinansieringen og derigennem overflødiggør værnsregulering.

[1195] Hertil kommer sikring mod omgåelse ved sikkerhedsstillelse og back-to-back lån samt at renterne ikke betales videre til et andet selskab m.v., hvor renterne er undergivet en lavere beskatning.

[1196] Der kan i forhold til *forbrugsevne (skattevne)* henvises til koncernens *forbrugsevne (skattevne)* og derved en enhedsbetragtning, som ikke er ukendt i eksempelvis værnsregulering, såsom SEL § 11 og 11B.

[1197] Det kan anføres at en potentiel långiver straffes, fordi at denne er koncernforbunden med den potentielle låntager.

somt, om en sådan løsning er at foretrække frem for værnsregulering. En indskrænkelse til koncernforhold medfører samtidigt, at der ikke generelt opnås neutralitet i selskabsfinansieringen

Det skal samtidigt påpeges, at korrelationen med beskatningen af rentebetalingen potentielt medfører, at reduktionen af fradragsværdien anses som en kildeskat på rentebetalingen uforeneligt med art. 1 i i rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF), der omfatter "*enhver skat*". Det blev i Athinaïki Zithopiïa C-294/99, konstateret, at udtrykket kildeskat ikke er begrænset til bestemte nærmere præcise-rede former for beskatning.[1198] Det fandtes på trods af, at beskatningen pålagdes det udloddende selskab at udgøre en kildeskat omfattet af moder-/datterselskabet (1990/435/EØF).[1199] Afgørende herfor var, at beskatningen udløstes af udlodningen, og at beskatningen afhang af udlodningsbeløbet.[1200] Det følger af Generaladvokat Adlers forslag til afgørelse i Athinaïki Zithopiïa C-294/99, at:

"*Der må derimod sondres mellem "kildeskat" og beskatning af det indenlandske datterselskabs aktiviteter. Denne beskatning er i princippet ikke omfattet af direktivet. En medlemsstat er dog heller ikke berettiget til inden for denne beskatning at indføre bestemmelser, der i praksis svarer til "kildeskat"."*

Det kan anføres, at rentebetalingen ikke udløser beskatningen, men derimod fradraget, men der synes unægtelig at bestå en nær sammenhæng mellem beskatningen af indkomsten fra driften og rentebetalingen.[1201] Det kan ikke afvises, at EU-Domstolen, på trods af Scheuten Solar Technology GmbH C-397/09, vil anse det som en kildeskat omfattet af rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF), da beskatningen af afkastet fra aktiverne korrelerer med beskatningen af rentebetalingen, men er uafklaret.[1202]

Samtidig må en sådan regulering fortsat være forenelig med TEUF. Et koncernselskab i Danmark vil herefter blive beskattet hårdere ved gæld til et ikke-hjemmehørende koncernselskab end ved gæld til et hjemmehørende koncernselskab, såfremt det ikke-hjemmehørende selskab, der beskattes med mindre end 25 pct. Det gøres derved isoleret set mindre attraktivt for hjemmehørende koncernselskaber at finansiere sig ved grænseoverskridende koncerninterngæld. Der må dog samtidig ses i lyset af den skattemæssige behandling af långiver, da denne ugunstige behandling ophæves på koncernniveau. Følgende beregning illustrerer den identiske samlede beskatning:

Investor-beskatning	**Indkomst**	**Renter**	**Rentefradrag**	**Skattepligtig indkomst**	**Selskabsskat**	**Investorskat**	**Samlet skat**
25 pct.	20	10	10	10	2,5	2,5	5
10 pct.	20	10	4	16	4	1	5

[1198] Se mere herom i kapitel 6, afsnit 6.3.
[1199] Se præmis 33.
[1200] Se præmis 28.
[1201] Den reelle effekt kan sammenlignes med en kildeskat på rentebetalingen opkrævet hos låntager baseret på creditlempelse for domicilbeskatningen af långiver.
[1202] Samme problemstilling synes at principielt at kunne anføres i forhold til art. 11 i OECD's Modeloverenskomst, hvor kildestatens beskatningsret er maksimeret til 10 pct. af bruttorentebetalingen.

Det synes tvivlsomt, om der eksempelvis består en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF, da den samlede beskatning er identisk, uanset hvor investorselskabet er hjemmehørende. Der synes ikke at bestå en hindring for, at et hjemmehørende selskab etablerer et datterselskab i en anden medlemsstat, eller en hindring for udenlandske selskabers etablering af et datterselskab i Danmark.

En reduktion af fradragsretten vil dog næsten udelukkende forekomme i grænseoverskridende koncerngældsforhold i lighed med Lankhorst-Hohorst C-324/00, hvoraf det i præmis 27 anføres, at:

"Det bemærkes, at KStG's § 8a, stk. 1, nr. 2, kun finder anvendelse på »godtgørelser for fremmedkapital, som et ubegrænset skattepligtigt kapitalselskab har modtaget fra en selskabsdeltager, som ikke har ret til selskabsskattegodtgørelse«. Med en sådan restriktion indføres der, for så vidt angår beskatningen af renter, som af datterselskaber betales til deres moderselskaber som godtgørelse for fremmedkapital, en forskellig behandling af hjemmehørende datterselskaber, alt efter om deres moderselskab har hjemsted i Tyskland eller ej."

Det er dog ikke ensbetydende med, at det er mindre attraktivt for selskaber, der er etableret i andre medlemsstater at gøre brug af etableringsfriheden i Danmark eller for danske selskaber at etablere sig i udlandet. Den samlede beskatning er fortsat identisk. Der består ikke en samlet ugunstig skattemæssig behandling, da fradrag og beskatning netop matcher, og der undgås både økonomisk og juridisk dobbeltbeskatning. Det understreger, at den potentielle forskelsbehandling ikke indeholder et ugunstigt element, men i stedet sikrer neutralitet i finansieringsbeslutningen, således at denne ikke forvrides af forskellige skattesatser.

Der består af disse grunde formentlig ikke en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF. En sådan løsningsmodel er derfor formentlig realiserbar i forhold til TEUF, og eliminerer effektivt det skattemæssige incitament til gældsfinansiering frem for finansiering ved egenkapital, men det er ikke klart om en sådan beregning af værdien af fradragsretten anses som en kildeskat i forhold til rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF). Realiserbarheden heraf er derfor i dette lys tvivlsom.

Regulering i denne form er ikke ukompliceret, og tilfører selskabsbeskatningen en ny tilgang til koncernintern finansiering, som en hybrid af kildebeskatning og en såkaldt *Group Interest Box*. En *Group Interest Box* regel blev foreslået ved SEL § 10A forud for L 119 2003-2004, og en sådan tilgang analyseres i følgende afsnit.

7.2.3 Group Interest Boxes - SEL § 10A

Lankhorst-Hohorst C-324/00 havde vidtrækkende konsekvenser for værnsreguleringen i den internationale skatteret, og i forbindelse med lovudkastet forud for L 119 2003-2004 fremsattes SEL § 10A. Det fulgte heraf, at selskaber ikke beskattedes af koncerninterne renteindtægter ved en dansk långiver, mens koncerninterne renteudgifter ej heller var fradragsberettigede. Renteindtægter var ej heller skattepligtige for långiver ved en udenlandsk koncernforbunden låntager, såfremt låntager ikke havde fradrag for renteudgifterne. Som supplement til SEL § 10A blev det ligeledes foreslået, at tab på gæld til koncernforbundne selskaber ikke kunne fradrages i den skattepligtige indkomst efter KGL § 7a, ligesom gevinst på fordringer til koncernforbundne selskaber var skattefri efter KGL § 5a, så-

fremt låntager ikke havde fradrag for kurstabet. Formålet var at modvirke vilkårlig flytning af skattetilsvar fra Danmark til udlandet, sikre en ensartet behandling af renter indenfor EU og undgå dobbeltbeskatning af renter og kursgevinster.[1203] Det sikredes derved, at beskatningen ikke flyttedes fra selskabsniveau til investorniveau ved koncernintern gæld. FSR tog stærkt afstand fra SEL § 10A, som fandtes vanskeligt at overskue og komplicerende for alle koncerner, herunder særligt multinationale selskaber.[1204]

Der kan i øvrigt henses til andre *Group Interest Box* regler, herunder den tidligere gældende regulering i Ungarn, hvor kun 50 pct. af rentebetalinger indgik i opgørelsen af skattebasen samt den foreslåede *Groepsrentebox* i Holland, hvor beskatningen af koncerninterne renter reduceres til 5 pct., ligesom fradragsværdien reduceres hertil.[1205] Reguleringen må anses for effektivt at modvirke uforholdsmæssig gæld.

Group Interest Box regler skaber symmetri mellem ind- og udgående rentebetalinger, men ikke nødvendigvis mellem beskatning og fradrag vedrørende samme rentebetaling, såfremt långiver ikke er et hjemmehørende selskab. Der bevares i nationale gældsforhold en symmetrisk behandling, således at dobbeltbeskatning undgås, mens långivere i grænseoverskridende koncernforhold formentligt beskattes i domicilstaten med en højere skattesats, hvorved økonomisk dobbeltbeskatning opstår. I lyser af at der ofte foreligger forretningsmæssige begrundelser for koncernintern finansiering, kan reguleringen synes uhensigtsmæssig i forhold til at opnå neutralitet i selskabsfinansieringen.

En sådan regulering løser ikke den skattemæssige forskelsbehandling i selskabsfinansieringen, men reducerer utvivlsomt værdien af rentefradraget. Men da rentebeskatningen formentlig er uændret i udlandet, må koncernintern finansiering anses for relativt dyrere end almindelig gældsætning og finansiering ved egenkapital, hvorved der blot synes at bestå en forvridning til fordel for egenkapital og tredjemandsgæld i grænseoverskridende koncernforhold.[1206]

Omvendt vil en sådan regulering tiltrække koncernfinansieringsselskaber, da der opnås fradrag i udlandet og skattefrihed hos den hjemmehørende långiver, hvis der skulle bestå et politisk ønske i denne retning. Men der synes ikke i forhold til at sikre neutralitet i selskabsfinansieringen at bestå en tilfredsstillende sammenhæng hermed.

7.2.4 Afslutning

Der må anses for at være begrænsede realiserbare muligheder for at opnå neutralitet i selskabsfinansieringen indenfor en overskuelig fremtid, særligt i lyset af at mulighederne for kildebeskatning af

[1203] Der var i lovudkastet taget højde for koncerngaranteret lån, men ikke back-to-back lån, hvilket bl.a. blev kritiseret af Advokatrådet. Se bilag 3 til L 119 2003-2004. Der bestod derved reelt en valgmulighed for selskabet, om dette ville lade sig omfatte af SEL § 10A eller finansiere sig gennem et back-to-back lån, således at de almindelige regler fandt anvendelse, dvs. SL § 6, litra e og eventuelt SEL § 11.
[1204] Forslaget til SEL § 10A er nærmere omtalt i *Bundgaard* (2003), p. 21 ff.
[1205] Se mere herom i bilag 4, afsnit 7 og 22.
[1206] Hertil kommer desuden muligheden for at flytte kapital mellem koncernselskaber på bekostning af mindretalsaktionærer.

rentebetalinger er begrænsede.[1207] Henset til de begrænsede muligheder for at indføre en direkte kildeskat, synes en variabel rentefradragsret at være bedste alternativ, selvom dette ej heller er ukompliceret og potentiel ej heller realiserbart. Det vil i så fald udgøre en væsentlig ændring af stor betydning for erhvervslivet, herunder særligt for multinationale selskaber, og samtidigt et skred i beskatningen efter *forbrugsevne (skatteevne)*. Særligt henset til sidstnævnte må det antages, at værnsregulering på nuværende tidspunkt udgør bedste løsningsmodel.

7.3 Værnsregulering

Værnsregulering, der skal hindre udflytning af skattetilsvar ved gældsfinansiering, er en del af skatteretten i et utal af lande. Det synes i overensstemmelse med at en generel neutralitet i selskabsfinansieringen ikke synes opnåelig på hverken kort eller mellemlang sigt, hvorfor der i stedet er henset til specifik værnsregulering. I det følgende analyseres fire alternative løsningsmodeller, der reducerer incitamentet til udflytning af skattetilsvar ved en øget gældsandel. Det omfatter den belgiske NID-regel, Worldwide Debt Cap reglen i Storbritannien, en driftsomkostningstilgang samt regulering som indeholdt i det foreslåede CCCTB-skattesystem.

7.3.1 Notional Interest Deduction

Værnsregulering, der skal modvirke udflytning af skattetilsvar ved gældsfinansiering, har udgangspunkt i at gældsfinansiering er mere fordelagtig end finansiering ved egenkapital. Værnsregulering har derfor også udgangspunkt i at fordyre gældsfinansiering i forhold til finansiering ved egenkapital. Belgien har valgt en unik løsningsmodel i form af Notional Interest Deduction reglen (NID-reglen). Formålet er bl.a. at reducere incitamentet til gældsfinansiering.[1208]

Selskaber og faste driftssteder i Belgien opnår et såkaldt NID-fradrag beregnet på baggrund af egenkapitalen. NID-fradraget beregnes ud fra den regnskabsmæssige opgørelse af selskabets egenkapital ultimo forrige år. For indkomståret 2012 udgør fradraget 3,492 pct. heraf, mens små og mellemstore selskaber opnår et yderligere fradrag på 0,5 procentpoint, hvilket begrundes med, at gældsfinansiering ofte er sværere (dyrere) at opnå for disse. Procentsatsen opgøres på baggrund af renten på 10-årige fastforrentede belgiske statsobligationer.

Det anføres, at en aktionærs afkastkrav består af det forventede afkast ved en risikofri investering tillagt det forventede afkast ved den yderligere risiko, som aktionæren påtager sig, ved indskud af egenkapital frem for en risikofri investering. NID-reglen udløser fradrag for førstnævnte.

Det udgør en bemærkelsesværdig tilgang, som ikke er set andre steder i verden, hvor selskabet *belønnes* med et fradrag ved finansiering ved egenkapital frem for at selskabet *straffes* med en fradragsbeskæring ved gældsfinansiering.

[1207] Domicilstaten er tildelt beskatningsretten efter art. 11 i OECD's modeloverenskomst, dog således at kildestaten kan beskatte rentebetalingen med op til 10 pct. af bruttorentebeløbet, ligesom at rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) kun eliminerer kildestatens beskatningsret og ikke domicilstatens beskatningsret.

[1208] Desuden skulle reguleringen erstatte det såkaldte koordinationscentre-system, som Europa Kommissionen fandt at udgøre statsstøtte uforeneligt med TEUF. Se mere om reguleringen i bilag 4, afsnit 3.

Følgende eksempel kan anføres, hvori NID-fradragsretten er angivet til 3,5 pct.[1209]

Selskab A A/S har en aktivmasse på 200, der årligt skaber et skattepligtigt afkast på 30, og selskabsbeskatningen udgør 25 pct. Det overvejes, om selskabet skal finansieres ved gæld på henholdsvis 0, 100 eller 200, da der ønskes den mest hensigtsmæssige skattemæssige kapitalstruktur. Renten udgør 8 pct. Selskabsfinansieringen har følgende konsekvenser for Selskab A A/S:

Gæld	Indkomst	Renter	NID-fradrag	Skattepligtig indkomst	Skat	Overskud til udlodning
0	30	0	7	23	5,75	24,25
100	30	8	7	15	3,75	18,25
200	30	16	7	7	1,75	12,25

Det antages, at der kun består én investor, således at der er sammenfald mellem aktionær og långiver. Det forudsættes, at udbytte kan modtages skattefrit, mens rentebetalinger beskattes med 10 pct. Selskabsfinansieringen har følgende konsekvenser for investor:

Fordring	Udbytte	Renteindtægter	Skat
0	24,25	0	0
100	18,25	8	0,8
200	12,25	16	1,6

NID-fradraget påvirker ikke beskatningen af investor, men udelukkende beskatningen på selskabsniveau. Den samlede effekt kan opgøres, som følger:

Fordring/gæld	Samlet afkast	Samlet skat	Samlet skat uden NID-fradrag	Nettoeffekt
0	30	5,75	7,5	1,75
100	30	4,55	6,3	1,75
200	30	3,35	5,1	1,75

Der ses derved, at NID-fradraget ikke umiddelbart skaber større neutralitet i selskabsfinansieringen i det pågældende indkomstår, men reducerer den skattepligtige indkomst i det pågældende indkomstår. En så isoleret betragtning må dog afvises, da NID-fradraget bevirker, at eksempelvis udlodninger af overskud og rentebetalinger er af betydning for selskabets skattepligtige indkomst i det følgende indkomstår, da disse reducerer egenkapitalen og næste års opgørelse af NID-fradraget. Der skabes et skattemæssigt incitament til at lade det optjente overskud forblive i selskabet, og det er

[1209] Der er således af hensyn til simplicitet foretaget en afrunding.

formentlig i dette lys at reguleringen reelt skal ses, særligt henset til at NID-fradraget afløste det såkaldte koordineringscenter regime.[1210]

Der sker en naturlig afgang af kapital ved gældsfinansiering i form af finansieringsudgifter m.v., hvorved gældsfinansiering gøres relativt dyrere end finansiering ved egenkapital, da afkastet ved egenkapital kan forblive i selskabet. En rentebetaling m.v. reducerer næste års NID-fradrag, hvorved dette *tab* må modregnes i værdien af rentefradraget. Det er klart, at des mindre fordelagtig gældsfinansiering er i forhold til finansiering ved egenkapital, des mindre er behovet for rentefradragsbegrænsningsregler.

Det synes upræcist at betragte NID-reglen, som en reduktion af forskelsbehandlingen af egen- og fremmedkapital, da reguleringen mere præcist sikrer, at kapital forbliver i selskabet. Det er dog samtidigt klart, at der på nuværende tidspunkt i mange lande består et skattemæssigt incitament til gældsfinansiering i grænseoverskridende forhold, grundet lavere beskatning i andre lande. En reduktion af værdien af gældsætning, eksempelvis ved at NID-fradrag mistes ved rentebetalinger m.v., påvirker naturligvis dette, ligesom eksempelvis en nedsættelse af selskabsskatten ville. Det anføres i Belgien i forhold til NID-reglen, at selskabsbeskatningen reelt nedbringes fra 33,99 pct. (formelle) til en effektiv beskatning på ca. 26 pct.[1211] De facto adskiller NID-reglen sig derved ikke i denne henseende fra en nedsættelse af selskabsskatten. En nedsættelse af selskabsskatten sikrer dog ikke, at kapitalen forbliver i selskabet, som netop synes at være reguleringens virkelige styrke.

MID-reglen ændrer ikke ved, at investorbeskatningen fortsat er det afgørende element i selskabsfinansieringen, således at der fortsat kan skabes værdi ved udflytning af skattetilsvar, såfremt investorbeskatningen er tilstrækkelig lav. Værdien af rentefradraget m.v. er blot reduceret.

7.3.2 Worldwide Debt Cap

I Storbritannien indførtes den såkaldte Worldwide Debt Cap regel, der skal hindre at koncerner placerer gæld og finansielle udgifter i Storbritannien, mens aktiviteterne og indkomsten herfra ikke samtidigt beskattes i Storbritannien.[1212] Reguleringen har en tæt sammenhæng med finansiering på aktivitets- og aktieniveau,[1213] og aktualiseredes som følge af muligheden for at modtage skattefrit udbytte fra udenlandske datterselskaber.

Fradragsretten for nettofinansieringsudgifter er maksimeret til koncernens samlede eksterne globale bruttofinansieringsudgifter. Der foretages en opgørelse af koncernens nettofinansieringsudgifter i Storbritannien (Tested Expense Amount) og en opgørelse af hele koncernens samlede eksterne brut-

[1210] Se mere herom i bilag 4, afsnit 3.
[1211] Se *Bombeke og von Frenckell* i Derivatives & Financial Instruments 2005, vol. 8 (4), p. 167 ff. samt bilag 4, afsnit 3.
[1212] Det var ligeledes grundlaget for store dele af L 213 2006-2007 samt *Zinsschranke* (EBITDA-reguleringen) i Tyskland.
[1213] Se *Webber* i Tax Notes International 2010, vol. 60 (9), p. 682 ff. samt *Nørremark* i SU 2010, 69.

tofinansieringsudgifter (Available Amount).[1214] Den del af Tested Expense Amount, der overstiger Available Amount, fradragsbeskæres.

Reguleringen anvender derved de eksterne bruttofinansieringsudgifter som referencegrundlag (sammenligningsgrundlag) frem for eksempelvis aktivbasen eller den skattepligtige indkomst. Koncernens eksterne bruttofinansieringsudgifter findes retvisende for om selskabsfinansieringen udnyttes til udflytning af skattetilsvar. Sammenhængen mellem nettofinansieringsudgifterne og de globale bruttoeksterne finansieringsudgifter og koncerntilgangen sikrer, at koncernintern gæld ikke anvendes til udflytning af skattetilsvar fra Storbritannien. Enhver koncernintern gældsstiftelse i Storbritannien skal modsvares i finansieringsudgifterne af tredjemandsgæld i koncernen eller modsvares af en renteindtægt i Storbritannien. Der er derimod intet til hinder for tredjemandsgæld, der ligeledes kan medføre udflytning af skattetilsvar. Tværtimod øger tredjemandsgæld Available Amount, og derved fradragsloftet.

I lighed med SEL § 11B er Worldwide Debt Cap reglen rettet mod større koncerner. Det betinges, at selskabet har mere end 250 medarbejdere og samtidig enten har en indkomst på mere end EUR 50 mio. eller en balance på mere end EUR 43 mio. Hertil kommer at såfremt koncernens nettogæld[1215] i Storbritannien er mindre end 75 pct. af koncernens samlede eksterne bruttogæld på verdensplan, inklusiv gæld allokeret til Storbritannien, vil der ikke ske fradragsbeskæring.[1216]

Det sikres, at ubeskattet afkast fra Storbritannien ikke kan overføres til ikke-hjemmehørende koncernselskaber uden en sluttelig overførsel til et tredjemandsselskab. Worldwide Debt Cap reglen er ikke til hinder for, at aktionærselskabet har rentebetalinger til et koncernforbundet selskab, hvor blot aktionærselskabet eller et andet koncernselskab har en matchende finansieringsudgift til tredjemand. Koncernen kan fortsat spekulere i fradragsværdien af rentebetalingen i de enkelte lande, og fortsat anvende koncernintern gældsætning til optimering i denne henseende. Det er blot essentielt, at der ultimativt foretages en lignende rentebetaling til en tredjemand eller at rentebetalingen tilfalder et koncernselskab i Storbritannien. Derved er det også relevant, om et moderselskab i Storbritannien modtager rentebetalinger eller udbytte fra det ikke-hjemmehørende driftsselskab.

Worldwide Debt Cap reglen sikrer ikke generelt neutralitet i selskabsfinansieringen, men er rettet mod koncernintern finansiering. Fokus er derved ikke på finansieringsudgifternes sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst. Der består således kun begrænset substituerbarhed i forhold til SEL §§ 11B og 11C, da Storbritannien har valgt en anden og lempeligere tilgang end Danmark med fokus på udflytning af skattetilsvar ved koncernintern gæld. Det sikres fortsat ikke i Storbritannien, at tredjemandsgæld placeres i Storbritannien, selvom aktiviteterne og afkastet herfra ikke beskattes i Storbritannien. Ligeledes synes en sådan tilgang at indeholde en EU-retlig problematik, da koncernin-

[1214] Se mere herom i bilag 4, afsnit 19.
[1215] Nettogælden opgøres som summen af nettogælden henholdsvis primo og ultimo regnskabsåret divideret med 2, eller henholdsvis primo og ultimo hvor et selskab indtrådte eller udtrådte af koncernen. Se også bilag 4, afsnit 19.
[1216] Opgørelsen beregnes som et gennemsnit af gælden dagen før begyndelsen af regnskabsperioden samt gælden ultimo den aktuelle regnskabsperiode. Se også bilag 4, afsnit 19.

tern finansiering fra hjemmehørende selskaber neutraliseres i opgørelsen af koncernens nettofinansieringsudgifter (Tested Expense Amount), mens koncernintern finansiering fra et ikke-hjemmehørende selskab øger nettofinansieringsudgifterne, og derved potentielt udløser en fradragsbeskæring. Det består derved potentielt en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden i art. 49 TEUF, hvorfor Worldwide Debt Cap reglen ej heller synes uproblematisk.

7.3.3 Driftsomkostningstilgang

I international henseende er fradrag for renteudgifter m.v. ofte driftsbetinget, herunder i eksempelvis Irland, Holland, Rusland og Tyskland. I Belgien, Portugal, Rumænien og Tjekkiet betinges rentefradrag direkte af, at renteudgiften medgår til at erhverve, sikre og vedligeholde skattepligtig indkomst.[1217] En sådan tilgang anvendes ikke i Danmark, da rentefradraget selvstændigt har hjemmel i SL § 6, litra e.

Ved en sådan tilgang skulle der i dansk sammenhæng henses til SL § 6, litra a, og derved om renteudgiften m.v. er afholdt til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten. En renteudgift er per definition betaling for rådighed over pengebeløb (lån), hvorfor der i så fald må foretages en vurdering af om låneprovenuet medgår til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten. En sådan tilgang nødvendiggør en dokumentation af en konkret anvendelse af låneprovenuet, potentielt knyttet til gældsstiftelsestidspunktet eller tidspunktet for rentebetalingen, men kapitalens anvendelse lader sig svært objektivt dokumentere.[1218] Der kan unægtelig anføres en begrundelse for gældssætningen og fremlægges konkrete investeringsplaner og investeringer, men det må anses for problematisk, hvis ikke umuligt, at dokumentere, at det konkrete låneprovenu frem for anden kapital rent faktisk er anvendt til den konkrete aktivitet, og fortsat er knyttet hertil.

Rentebetalinger er vederlag for rådighed (disponering) over låneprovenuet, som ikke nødvendigvis anvendes til samme investering gennem lånets løbetid, hvorfor dokumentationskravet løbende må opfyldes, såfremt der ønskes en reel vurdering af, om rentebetalingen er med til at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten, som ved enhver anden driftsomkostning. Der kan anvendes et relativt beskedent dokumentationskrav eller et udvidet dokumentationskrav ved sandsynliggørelse af anvendelsen af låneprovenuet til skabelsen af skattepligtig indkomst. Men det lader sig ultimativt unægtelig svært dokumentere. En sådan vurdering er formentlig bevidst fravalgt i Statsskatteloven, potentielt på grund af disse dokumentations vanskeligheder, eller grundet at rentebetalinger m.v. ikke skal anskues ud fra en sådan omkostningstilgang.[1219]

Det skal samtidigt bemærkes, at en driftsomkostningstilgang ikke har overflødiggjort rentefradragsbegrænsningsregler i mange lande, herunder eksempelvis i Belgien, Holland og Tyskland. Der består derved ikke nødvendigvis en substituerende effekt, hvilket afhænger af dokumentationskravets

[1217] Der kan ydermere henvises til Brasilien, Litauen, Malta, Polen og Slovakiet.
[1218] Det er formentlig af denne grund, at renteloftet i SEL § 11B er valgt, hvorved der foretages en negativ opgørelse af, hvilken gæld og finansieringsudgifter, der ikke medgår til skabelsen af skattepligtig indkomst.
[1219] Rentefradraget m.v. kan i stedet anses som en overførsel af ubeskattet produktionsresultat fra selskabet til investor. Se eksempelvis *Hemmingsen* (1983), p. 181 ff.

nærmere indhold. Et sådan tiltag synes derved ikke alene at kunne værne effektivt mod udflytning af skattetilsvar.

Den komplicerede dokumentationsadgang er netop grundlaget for SEL §§ 11B og 11C, der også udtrykker en form for driftsomkostningstilgang. SEL § 11B er en opgørelse af de maksimale finansieringsudgifter, der kan henføres til driftsaktiviteterne, hvorfor overskydende finansieringsudgifter ikke anses for at vedrøre driftsaktiverne, og derfor ikke er fradragsberettigede. EBIT-baseret regulering, som i SEL § 11C, kan anses som en skærpet driftsomkostningstilgang, hvor fradraget ikke betinges af om betalingen er sket med henblik på at erhverve, sikre og vedligeholde indkomsten, men derimod om der faktisk er skabt skattepligtig indkomst.

En driftsomkostningstilgang udgør en mere fleksibel tilgang hertil, men kan som nævnt sjældent stå alene. Den faktiske substituerbarhed i forhold til SEL §§ 11B og 11C er derfor formentlig beskeden. Det understøttes i øvrigt af direktivforslag af 16. marts 2011 vedrørende Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), hvor en driftsomkostningstilgang ej heller står alene.

7.3.4 Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)

Etableringen af et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag (FKSSG) eller Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) har været undervejs i mere end 10 år, og senest er direktivforslag af 16. marts 2011 fremlagt.[1220] Det grundlæggende formål er, at koncerner med aktiviteter i flere medlemsstater får mulighed for at anvende ét regelsæt ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst frem for op til 27 forskellige nationale regelsæt, da det indebærer væsentlige hindringer i forhold til Det Indre Marked.[1221]

Direktivforslaget består overordnet af to elementer:

1. Konsolideret opgørelse af én fælles skattebase
2. Fordeling af skattebasen mellem medlemsstaterne[1222]

Disse analyseres i det følgende med henblik på en behandling af de indeholdte rentefradragsbegrænsningsregler m.v.

7.3.4.1 Konsolideret opgørelse af én fælles skattebase

Direktivforslaget indeholder en nettoopgørelse, hvorved skattepligtige indtægter fratrækkes driftsomkostninger m.v. Der følges et princip om, at alle indtægter er skattepligtige, medmindre udtrykkeligt fritaget for beskatning.[1223] Fradragsberettigede udgifter omfatter alle salgsomkostninger, som et

[1220] Se direktivforslag af 16. marts 2011 fra Europa-Kommissionen (KOM2011/121).
[1221] For en generel vurdering af dilemmaerne ved det foreslåede CCCTB-skattesystem, se *Munin* i EC Tax Review 2010, vol. 20 (3), p. 121 ff.
og ligeledes *Schmidt og Bundgaard* i Revision & Regnskabsvæsen 2011, nr. 7, p. 40 ff. og samme i Inspi 2011. nr. 7/8, p. 6 ff. samt *Poulsen og Hansen* i SU 2011, 105.
[1222] Se også *Poulsen og Hansen* i SU 2011, 105 og *Pedersen og Rønfeldt* i SPO 2011, 309.
[1223] Skattefriheden omfatter tilskud med tilknytning til erhvervelse, konstruktion eller forbedring af anlægsaktiver, avancer ved afhændelse af afskrivningsberettiget aktiver omfattet af art. 39, stk. 2, modtagne udbytter, provenu ved afhændelse af andel (aktier m.v.) samt indkomst hos et fast driftssted i et tredjeland jf. art. 11.

skattesubjekt har pådraget sig for at erhverve eller sikre indkomsten, herunder omkostninger til forskning og udvikling og omkostninger medgået til at rejse egenkapital eller gæld til erhvervsmæssige formål.

Renteindtægter er skattepligtige, ligesom at renteudgifter er fradragsberettigede efter art. 12, såfremt disse er pådraget for at erhverve eller sikre indkomsten. Det følger samtidigt af art. 14, stk. 1, litra g, at omkostninger, som et selskab har pådraget sig for at opnå skattefri indkomst, ikke er fradragsberettigede. Disse omkostninger ansættes til 5 pct. af den skattefri indkomst, medmindre at selskabet kan påvise lavere omkostninger, hvorved skattefriheden heraf reelt reduceres.

Koncerner skal foretage en konsolideret opgørelse af skattebasen, hvilket omfatter alle koncernforbudne[1224] selskaber og faste driftssteder beliggende i EU-medlemsstater.[1225] Koncernen defineres ud fra direkte og indirekte[1226] råderet over mere end 50 pct. af stemmerettighederne eller en ejerandel på mere end 75 pct. af selskabets kapital eller andele der giver ret til fortjeneste.[1227] Der skal i den konsoliderede opgørelse bortses fra fortjeneste og tab ved koncerninterne transaktioner.[1228]

Den konsoliderede skattebase gør til dels mange værnsregler overflødige i forhold til koncerninterne transaktioner indenfor EU. Det betyder dog ikke, at værnsregulering er irrelevant, da der fortsat må henses til tredjelande, ligesom at ikke alle koncernselskaber nødvendigvis omfattes af CCCTB-skattesystemet. Direktivet indeholder derfor værnsregulering, herunder en general misbrugsbestemmelse i art. 80 og særregulering vedrørende ikke-tilladte rentefradrag i art. 81.

7.3.4.2 Generel regel om bekæmpelse af misbrug - Art. 80

Det følger af art. 80, at kunstige transaktioner, der udelukkende gennemføres for at undgå beskatning, lades ude af betragtning ved beregning af skattegrundlaget. Det angives hertil, at det ikke omfatter egentlige kommercielle aktiviteter, såfremt skattesubjektet kan vælge mellem to eller flere mulige transaktioner, som har det samme kommercielle resultat, men som giver forskellige skattepligtige beløb.[1229]

Der henvises i art. 80 til kunstige transaktioner, og ikke rent kunstige arrangementer, som det kendes fra EU-Domstolens praksis i eksempelvis Cadbury Schweppes C-196/04 og Thin Cap Group Litigation C-524/04. Det indikerer et delvist overlappende begrebsindhold i forhold til art. 80, hvorved art. 80 i denne henseende synes at ramme bredere.[1230] Det skal dog samtidigt bemærkes, at art. 80 forment-

[1224] Det angives i direktivforslaget som *kvalificerede datterselskaber*.
[1225] Jf. art. 55 og 57.
[1226] Ved opgørelsen af indirekte ejerskab af kapital og retten til fortjeneste multipliceres ejerandele i hvert led. Ved indirekte rådighed anlægges en "alt-eller-intet" betragtning, således at et moderselskab anses for at råde over alle stemmerettighederne, som et underliggende selskab måtte råde over i et driftsselskab, såfremt der rådes over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i det underliggende selskab.
[1227] Jf. art. 54.
[1228] Jf. art. 59. Koncerner skal anvende en passende dokumenteret og konsekvent metode til registrering af koncerninterne transaktioner.
[1229] Det må anses for uklart, hvilke kommercielle aktiviteter, der i sig selv kan anses for at udgøre en kunstig transaktion.
[1230] Se også *Lang* i European Taxation 2011, vol. 51 (6), p. 223 ff. samt *Schmidt og Bundgaard* i Revision &

lig kun omfatter individuelle transaktioner og ikke eksempelvis en flerhed af transaktioner (et arrangement). Ydermere omfattes kun kunstige transaktioner, der udelukkende gennemføres for at undgå beskatning, af art. 80. Såfremt der dokumenteres et ikke-skattemæssigt motiv, kan der således ikke ske fradragsbeskæring efter art. 80. Retsvirkningen af art. 80 er, at transaktionen lades ude af betragtning ved beregningen af skattegrundlaget.[1231]

7.3.4.3 Ikke-tilladte rentefradrag – art. 81

Rentefradragsbegrænsningsreglen i art. 81 skal hindre udflytning af skattetilsvar ved koncernintern finansiering fra selskaber beliggende i lavskattelande. Art. 81 omfatter udelukkende renteudgifter[1232] betalt til koncernforbunden virksomhed, der er hjemmehørende i et tredjeland, hvor der ikke er en aftale om udveksling af oplysninger svarende til udveksling af oplysninger efter anmodning i direktiv 2011/16/EU. Der skal ved koncerndefinitionen henses til art. 78, og det følger heraf, at der ved koncernforbundne virksomheder forstås:

- Hvis et skattesubjekt deltager direkte eller indirekte i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i et skattesubjekt eller et skattesubjekt, som ikke er i den samme koncern, betragtes de to virksomheder som forbundne virksomheder
- Hvis de samme personer[1233] deltager, direkte eller indirekte, i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i et skattesubjekt og et ikke-skattesubjekt eller i skattesubjekter, som ikke er i den samme koncern, betragtes alle berørte selskaber som forbundne virksomheder
- Et skattesubjekt betragtes om en forbundet virksomhed til sit faste driftssted i et tredjeland
- Et ikke-hjemmehørende skattesubjekt betragtes om en forbundet virksomhed til sit faste driftssted i en medlemsstat

Det følger samtidigt heraf, at:

- Ved deltagelse i kontrol forstås at der indehaves mere end 20 pct. af stemmerettighederne
- Ved deltagelse i kapital forstås en ejerandel på mere end 20 pct. af kapitalen
- Ved deltagelse i ledelse forstås det at kunne udøve en signifikant indflydelse på ledelsen

Det betinges ydermere, at den lovbestemte selskabsskattesats i den generelle ordning i tredjelandet er mere end 40 pct. lavere end den gennemsnitlige lovbestemte selskabsskat i medlemsstaterne, eller at det koncernforbundne selskab er underlagt en særlig ordning, som giver et væsentlig lavere beskatningsniveau end den generelle ordning. Det fremgår ikke, hvornår eller hvordan denne 40 pct. grænse opgøres, og da der indgår 28 skattesatser, må det synes væsentlig at få fastlagt dette. Der foreligger ikke en nærmere definition af hvad der forstås ved en væsentlig afvigelse i forhold til den

---

Regnskabsvæsen 2011, nr. 7, p. 40 ff. og samme i Inspi 2011. nr. 7/8, p. 6 ff. og slutteligt *Pedersen og Rønfeldt* i SPO 2011, 309.

[1231] Se mere herom af *Lang* i European Taxation 2011, vol. 51 (6), p. 223 ff.

[1232] Rentebegrebet er sammenfaldende med det brede rentebegreb i rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF).

[1233] En person, dennes ægtefælle og dennes slægtninge i opstigende eller nedstigende linje anses som én person.

generelle ordning i tredjelandet, men en afvigelse på 40 pct. må anses som en væsentlig afvigelse i lyset af den generelle sammenligning

Renteudgifter til et koncernforbundet selskab fradragsbeskæres i førnævnte tilfælde. Der følger dog tre undtagelser hertil, der i alle tilfælde er maksimeret til det beløb, som kunne være aftalt mellem uafhængige virksomheder. Det følger for det første, at såfremt rentebeløbet CFC-beskattes efter art. 82 sker der ikke fradragsbeskæring. Det synes naturligt, da der ikke sker udflytning af skattetilsvar. Det gælder for det andet, at rentebetalinger til et selskab, hvor hovedklassen af aktier jævnligt handles på én eller flere anerkendte børser ej eller fradragsbeskæres. For det tredje fradragsbeskæres rentebetalinger til en enhed ikke, såfremt denne aktivt driver handel eller virksomhed i det land, hvor det er hjemmehørende, og udgør en uafhængig økonomisk virksomhed, der drives med henblik på fortjeneste, hvor de ansatte udfører væsentlige ledelsesmæssige og operationelle aktiviteter. Det skal formentlig ses i lyset af, at koncernselskabet (långiver) da har tilstrækkelig substans, identitet og/eller tilhørsforhold til tredjelandet, hvorved det ikke anses som aggressiv skatteplanlægning m.v.

7.3.4.4 CCCTB og danske rentefradragsbegrænsningsregler

Det må anføres, at ikke-markedskonform gældssætning (SEL § 11) reguleres af art. 80, dvs. som en kunstig transaktion, der udelukkende gennemføres for at undgå beskatning. Hvordan en kunstig transaktion praktisk udledes er ikke klart og der foreligger ikke nærmere retningslinjer herom. Der må formentligt i udstrakt grad henses til EU-Domstolens praksis vedrørende rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og foretages med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, som eksempelvis behandlet i Cadbury Schweppes C-196/04 og Thin Cap Group Litigation C-524/04. Det er heri relevant om lånet ikke ville være ydet, eller om det ville være ydet med et andet beløb eller en anden rentesats, såfremt der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem de pågældende selskaber. Reguleringen er, som anført ovenfor, ikke identisk, men det kan ikke afvises, at en vurdering i denne retning er tiltænkt efter art. 80.

Der tages en individuel armslængdetilgang til ikke-markedskonform gæld, hvor hvert enkelt gældsforhold kan lades ude af betragtning i forhold til opgørelsen af skattegrundlaget, uanset selskabets solvens m.v. Det er basalt set en individuel vurdering af om gældsforholdet er kunstigt (markedskonformt), uden en nærmere definition heraf, og samtidigt udelukkende er foretaget med et skattemæssigt motiv. Det skaber grundlag for at lade alle ikke-markedskonforme gældsforhold omfatte. Problemstillingen er dog fortsat konkret at definere disse ikke-markedskonforme gældsforhold. Der kan ikke være uenighed om, at ikke-markedskonforme gældsforhold, der udelukkende stiftes af skattemæssige hensyn, bør undgås, men udfordringen er en kvalifikation af sådanne gældsforhold, hvor SEL § 11 og art. 80 udgør forskellige tilgange hertil.

SEL §§ 11B og 11C, der skal hindre udflytning af skattetilsvar ved finansieringsudgifter, som ikke skaber skattepligtige indtægter, må i forhold til CCCTB-skattesystemet henføres til art. 12 og 14. Fradragsretten for renteudgifter følger en driftsomkostningstankegang, og betinges af at denne er pådraget af subjektet for at erhverve eller sikre indkomsten. Fradrag kan nægtes med henvisning til en manglende sammenhæng hermed. Det følger samtidigt af art. 14, at omkostninger, som et selskab

har pådraget sig for at opnå skattefri indkomst ikke er fradragsberettigede. Disse fastsættes til 5 pct. af den pågældende indkomst, dog med mulighed for at påvise faktiske lavere omkostninger. Det kan anføres, at skattefri indtægter, eksempelvis udbytte, kun er 95 pct. skattefrit, såfremt der ikke dokumenteres lavere udgifter hertil. Det er uklart, hvorledes en sådan dokumentation skal udformes, men der må forudsætte enten en positiv eller negativ dokumentation af sammenhængen. Det må i overensstemmelse med art. 9, hvorefter skattegrundlaget fastsættes for hvert skatteår, antages at dokumentationen udelukkende vedrører indkomståret, hvor i udlodningen foretages. Derved skabes mulighed for at udskyde udbytteudlodninger til indkomstår, hvori omkostningerne herved er væsentligt nedbragt.

Sammenhængen mellem låneprovenuet og en konkret investering er særdeles svær at dokumentere, hvilket netop i Danmark er baggrunden for SEL §§ 11B og 11C. Det er formentlig også i dette lys, at art. 14 skal ses, således at skattesubjektet pålægges bevisbyrden for en sådan dokumentation. Europa-Kommissionen synes at have prioriteret en simpel løsning, og det er uklart, hvad der ligger til grund for fastsættelsen af et udgangspunkt på 5 pct.[1234] Henset til denne simple konstruktion, synes neutralitet i selskabsfinansieringen ikke at have vægtet tungt. Men det må samtidigt erindres, at muligheden for at modtage skattefrit udbytte er reduceret, hvilket reducerer behovet for værnsregulering. Det udgør således også en anden tilgang end det kendes fra de danske rentefradragsbegrænsningsregler, og som formentlig ikke ensidet kan indføres i en medlemsstat i forhold til udbytter fra selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater, da en sådan reduktion af skattefriheden ved udbytter formentlig ikke er foreneligt med moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF), da en sådan fradragsbeskæring kan anses som en kildeskat.[1235]

CCCTB-skattesystemets fokusområde er herudover på skatteoptimering ved anvendelsen af finansiering fra koncernselskaber hjemmehørende i lavskattelande efter art. 81. Den danske regulering vedrører primært låntagers forhold,[1236] mens art. 81 primært vedrører långivers forhold. Det er i forhold til den danske regulering irrelevant, hvorfra finansieringen hidrører, da afgørende er markedskonformitet af låneforholdet og anvendelsen af låneprovenuet. Men det må samtidigt erindres, at det ensidede fokus på långiver i art. 81 skal ses i lyset af, at denne ikke skal løse samme problematikker som SEL §§ 11, 11B og 11C, og samtidigt at det ikke omfatter koncernselskaber, der aktivt driver handel eller virksomhed i det land, hvor det er hjemmehørende, og udgør en uafhængig økonomisk virksomhed, der drives med henblik på fortjeneste, hvor de ansatte udfører væsentlige ledelsesmæssige og operationelle aktiviteter.

Der består et væsentlig fokus på beskatningen af långiver i art. 81, hvorved det kan synes interessant, at Europa-Kommissionen fremhæver, at CCCTB-skattesystemet ikke griber ind i de enkelte medlems-

[1234] Det kan ikke afvises, at 5 pct. grænsen er fastlagt ud fra en general vurdering af den skattemæssige forvridning af kapitalstrukturen. En begrundelse herfor er dog ikke fremlagt.
[1235] Se også kapitel 6, afsnit 6.3, hvori både rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) og moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF) analyseres.
[1236] Det skal bemærkes, at SEL § 11 forudsætter kontrolleret gæld, hvorved relationen mellem långiver og låntager inddrages, ligesom at der ikke foretages fradragsbeskæring for beløb, hvor rentebetalingen medfører beskatning af kreditor efter SEL § 2, stk. 1, litra d.

landes kompetence til at fastsætte nationale selskabsskattesatser, da de forskellige skattesatser ikke giver anledning til samme hindringer. Men det er dog netop forskellige skattesatser, der er fokus i art. 81, hvorved forskellige skattesatser tillægges vægt i forhold til tredjelande.[1237] Som vist i kapitel 2 er forskellige skattesatser da netop også grundlaget for øget gældsfinansiering, hvilket synes anerkendt i art. 81 i lyset af det markante fokus på lavskattelande.

Det kan konkluderes, at Europa-Kommissionen og lovgiver i Danmark har vidt forskellige tilgange til de skattemæssige problematikker ved selskabsfinansieringen, og at en sådan tilgang ikke synes generel anvendelig i en medlemsstat, grundet moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF). Europa-Kommissionen har overordnet prioriteret simplicitet, dog således at der er indført armslængderegulering til at modvirke ikke-markedskonform gældssætning samt regulering til at modvirke udflytning af skattetilsvar ved koncerninterne finansieringsselskaber i lavskattelande. Lovgiver i Danmark synes i større grad at have prioriteret en højere grad af objektiviseret værnsregulering, der til tider kan synes vilkårlig. Det udgør et politisk valg.

7.3.4.5 Fordeling af skattebasen mellem medlemsstaterne

Der er for Europa-Kommissionens side lagt vægt på en simpel allokering for både skatteyderen og myndighederne, som samtidig er svær at *manipulere* med. Den skattepligtige (netto)indkomst fordeles blandt medlemsstaterne baseret på en fordelingsnøgle ud fra koncernens medarbejdere (løn og antal), koncernens materielle anlægsaktiver samt det direkte salg i medlemsstaten. CCCTB-skattesystemet allokerer indkomsten til beskatning i disse medlemsstater til de fastsatte skattesatser i disse medlemsstater.

Fordelingen beregnes som følger, hvor andel A udgør land A's andel af skattebasen:

$$\text{Andel A} = \left(\frac{1}{3}\frac{\text{Salg}^{A}}{\text{Salg}^{\text{Koncern}}} + \frac{1}{3}\left(\frac{1}{2}\frac{\text{Lønsum}^{A}}{\text{Lønsum}^{\text{Koncern}}} + \frac{1}{2}\frac{\text{Antal ansatte}^{A}}{\text{Antal ansatte}^{\text{Koncern}}}\right) + \frac{1}{3}\frac{\text{Aktiver}^{A}}{\text{Aktiver}^{\text{Koncern}}}\right) * \text{Konsol. skattegrundlag}$$

Derved er allokeringen tilsvarende af betydning for værdien af fradrag for finansieringsudgifter m.v. Men disse modregnes netop i skattebasen forud for allokeringen, hvorved den gennemsnitlige skattesats er afgørende for værdien heraf. Det er derved irrelevant for værdien af fradraget, i hvilken medlemsstat eksempelvis gældsforholdet er stiftet eller allokeret til.

Det kan derved anføres, at koncernens bestræbelser på at indrette sig efter allokeringsformlen til at nedbringe den samlede beskatning, også medfører et fald i værdien fradragene. Fordelingen rejser derved ikke selvstændige problemstillinger i forhold til forvridning af kapitalstruktur og rentefradragsbegrænsningsregler – tværtimod.[1238]

[1237] Se også *Pedersen og Rønfeldt* i SPO 2011, 309

[1238] Se mere om allokeringen i *Schmidt og Bundgaard* i Revision & Regnskabsvæsen 2011, nr. 7, p. 40 ff. og samme i Inspi 2011. nr. 7/8, p. 6 ff. samt *Poulsen og Hansen* i SU 2011, 105

[1238] Se også *Poulsen og Hansen* i SU 2011, 105 og *Pedersen og Rønfeldt* i SPO 2011, 309.

7.4 Afslutning

SEL §§ 11, 11B og 11C er alle et udtryk for, at der ikke i selskabsfinansieringen er skattemæssig neutralitet. Skatteministeren har erkendt, at det alt andet lige generelt er samfundsøkonomisk fordelagtigt, at skattesystemet i mindst mulig grad påvirker selskabsfinansieringen. Det må derfor også anses for naturligt at overveje regulering, der generelt sikrer neutralitet i selskabsfinansieringen, og derigennem overflødiggøre værnsregulering. Sekundært må værnsregulering, der i visse situationer kan hindre udflytning af skattetilsvar ved gældsfinansiering, overvejes.

Det må erkendes, at der på kort og mellemlang sigt synes at bestå begrænsede handlemuligheder i forhold til opnåelse af neutralitet i selskabsfinansieringen. Det forudsætter en international koordinering og ensretning af reguleringen, eksempelvis identiske skattesatser eller et skift mod kildebeskatning. Der synes at være international enighed om, at renteindtægter primært beskattes i långivers domicilskat, hvorved en kildebeskatning af renteindtægten m.v. der nøjagtig modsvarer værdien af rentefradraget m.v. ikke forekommer realiserbart på nuværende tidspunkt. Ligeledes synes en variabel fradragsret, der korrelerer med beskatningen af långiver, tilsvarende uhensigtsmæssig, da beskatningen af ét subjekt (låntager) derved afhænger af beskatningen af et andet subjekt (långiver). Det kan i øvrigt potentielt udgøre en kildeskat uforenelig med rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF). Der består derved en grundlæggende problematik i forhold til selskabsfinansieringen, der må løses ved værnsregulering.

I Belgien sikrer NID-reglen, at udflytning af kapital medfører et tab af NID-fradrag, hvorved eksempelvis gældsfinansiering gøres relativt dyrere i forhold til finansiering ved egenkapital. NID-reglen sikrer primært, at kapital forbliver i selskabet, og derigennem værne mod udflytning af skattetilsvar. Denne synes dog ikke at udgøre en erstatning for hverken SEL §§ 11, 11B eller 11C, da en tilstrækkelig lavere beskatning af investor fortsat medfører, at gældsfinansiering er mere fordelagtig end finansiering ved egenkapital. Værdien af fradragsretten for finansieringsudgifter m.v. er blot reduceret på grund af NID-reglen.

I Storbritannien sikrer Worldwide Debt Cap reglen, at der ikke flyttes skattetilsvar til koncernselskaber udenfor Storbritannien, såfremt der ikke består en modsvarende finansieringsindtægt eller en modsvarende finansieringsudgift til tredjemand. Derimod er der intet til hinder for tredjemandsgæld, og derved ej heller at denne placeres på aktieniveau frem for aktivitetsniveau. Der fremstår derved ikke et oplagt substitutionsforhold i forhold til SEL §§ 11B og 11C. Det må dog anføres, at det større fokus på udflytning af skattetilsvar frem for eksempelvis fokus på finansieringsudgiftens sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst synes interessant, henset til at netop udflytningen af skattetilsvar synes at udgøre den reelle problematik.

Det skal desuden bemærkes, at rentefradraget i mange lande betinges af en sammenhæng med driften. En sådan tilgang står dog sjældent alene, og er ofte suppleret af specifik værnsregulering. En sådan tilgang kan derved ikke effektivt hindre udflytning af skattetilsvar, hvilket understøttes af bl.a. CCCTB-skattesystemet.

CCCTB-skattesystemet indeholder en simpel tilgang til selskabsfinansieringen, hvori neutralitet i selskabsfinansieringen tilsyneladende ikke er anset for at være en væsentlig problemstilling. Det skyldes formentlig, at modtagelse af skattefrit udbytte m.v. medfører en fradragsbegrænsning på 5 pct. af den skattefri indkomst efter art. 14, stk. 1, litra g, således at skattefriheden heraf reelt reduceres. Derved kan udbytte kun i begrænset omfang udloddes skattefrit fra selskabsniveau til investorniveau, hvorved valgfriheden mellem finansieringen på aktivitetsniveau og aktieniveau reduceres.[1239] Det reducerer ultimativt behovet for rentefradragsbegrænsningsregler. Derved dobbeltbeskattes en del af udbyttet, hvilket ej heller synes hensigtsmæssigt.

Det skal slutteligt anføres, at de fremførte alternative løsningsmodeller ikke er ukomplicerede, og der synes ikke at bestå en oplagt løsningsmodel. Det understreger, at den manglende neutralitet i selskabsfinansieringen er et grundlæggende problem i selskabsskatteretten. Et eventuelt valg mellem disse specifikke værnsregler er en politisk beslutning samt en afvejning og prioritering af hensyn. I lyset af at der i de senere år er gjort væsentlige erfaringer med værnsregulering i både Danmark og udlandet, synes en international udveksling af ideer og erfaringer oplagt, således at lovgiver på et bedre grundlag kan vurdere om rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C fortsat anses som den bedste løsningsmodel og om den rette balance er fundet heri. Konklusionen synes ikke åbenbar, særligt henset til kompleksiteten af SEL § 11 og SEL § 11B og de EU-retlige problemstillinger, som belyst i kapitel 6. Alternativerne synes dog ej heller uproblematiske.

Fremtiden for SEL §§ 11, 11B og 11C synes under alle omstændigheder usikker.

[1239] Låneprovenuet kan herefter ikke indskydes som egenkapital i driftsselskabet og undtages herfra uden skattemæssige konsekvenser.

Kapitel 8 Sammenfatning

Selskabsfinansieringen indeholder en grundlæggende sondring mellem egen- og fremmedkapital. Valget herimellem påvirker indkomstopgørelsen forskelligt, som vist i kapitel 2. Det illustreres i følgende figur:

Ved finansiering ved egenkapital fastholdes beskatningen på selskabsniveau, mens indkomst ofte kan overføres skattefrit fra selskabs- til investorniveau. Modsat er renteudgifter og kurstab ved fremmedkapitalsfinansiering fradragsberettigede hos låntager (selskabet), mens renteindtægter og kursgevinster beskattes hos långiver (investor). Rentefradraget m.v. flytter derved beskatningen fra selskabs- til investorniveau.

Derved er beskatningen på selskabsniveau kontra beskatningen på investorniveau i skattemæssig henseende afgørende for valget mellem egen- og fremmedkapital. Der opstår derved et skattemæssigt incitament til gældsfinansiering, såfremt investor beskattes lavere end selskabet, eksempelvis hvor investor ikke er hjemmehørende i Danmark. Der opstår derved en forvridning af kapitalstrukturen mod en øget gældsfinansiering, ligesom der sker udflytning af skattetilsvar fra Danmark. Til modvirkning heraf er der i Danmark indført rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C. En analyse af de danske rentefradragsbegrænsningsregler efterlader et indtryk af en særdeles kompliceret værnsregulering med rum til væsentlige forbedringer med henblik på større enkelhed og forudsigelighed.

SEL § 11 skal modvirke, at ikke-markedskonform gældsætning anvendes til udflytning af skattetilsvar. Der eksisterer utvivlsomt et behov for koncernskærpende regulering, således at koncerner ikke udnytter interessefællesskabet til vilkårlig udflytning af skattetilsvar gennem ikke-markedskonform gældssætning. Metodevalget består grundlæggende mellem en armslængdetilgang eller en solvensbaseret tilgang, hvor sidstnævnte tilgang er valgt i SEL § 11.[1240] Men det må fortsat erindres, at SEL § 11 skal hindre ikke-markedskonform gældsætning, hvor solvensgraden anvendes til identifikation

[1240] Der kan også vælges en hybrid herimellem. Henset til at der i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. består en armslængdeundtagelse, kan SEL § 11 til dels anses som en hybrid regulering. Det skal dog erindres, at armslængdevurderingen foretages i forhold til indkomstårets udløb og ikke transaktionstidspunktet, hvorved det reelle armslængdeindhold heraf er tvivlsomt.

heraf.[1241] Frem for en konkret vurdering af selve gældsforholdets markedskonformitet på transaktionstidspunktet, foretages en vurdering på baggrund af selskabets solvensgrad ved udløbet af indkomståret. Ved et sådant metodevalg, hvor der utvivlsomt opstår en mere vilkårlig vurdering af markedskonformiteten af gældsforholdet, må det forventes, at denne er fundet mindre administrativ byrdefuld end en konkret armslængdevurdering. Det er formentligt også tilfældet. Men det må samtidigt forventes, at kompleksiteten af SEL § 11 er en nødvendighed i forhold til målrettetheden (vilkårligheden) heraf. Det synes ikke altid at være tilfældet.

SEL § 11 baseres på selskabets solvens ved indkomstårets udløb, og den uforholdsmæssige gæld udgør den del af den koncerninterne gæld m.v., som skulle omkvalificeres til egenkapital for, at forholdet mellem fremmedkapital (gæld) og egenkapital ved indkomstårets udløb udgør 4:1. Hertil foretages slutteligt en allokering af renteudgifter og kurstab baseret på de samlede renteudgifter og kurstab og den ikke-markedskonforme gæld i forhold til den samlede gæld. Den konkrete opgjorte fradragsbeskæring synes derved et stykke fra det ideelle formål, nemlig identifikationen af konkrete ikke-markedskonforme gældforhold og de konkrete renteudgifter og kurstab forbundet hermed. Dette på trods af, at SEL § 11 må anses som kompleks, herunder ved opgørelsen af solvensen og den uforholdsmæssige gæld. I lyset af lignende regulering i andre lande ofte baseres på let tilgængelig information, eksempelvis regnskabsmæssige opgørelser,[1242] kan det kritiseres, at det i SEL § 11 er fundet nødvendigt at foretage en selvstændig skattemæssig opgørelse af solvensen med øgede administrative byrder til følge uden en reel værdiskabelse ved en sådan opgørelse. Det synes ikke klart, at en skattemæssig opgørelse af solvensen ved indkomstårets udløb frem for en regnskabsmæssig opgørelse af solvensen ved indkomstårets udløb skulle være mere sigende om markedskonformiteten af gældsforhold stiftet i løbet af indkomståret og tidligere indkomstår.

Ligeledes kan det kritiseres, at SEL § 11 omfatter grænseoverskridende gældsforhold, hvorved der ikke kan ske udflytning af skattetilsvar, men det er beklageligvis ikke ualmindeligt i andre EU-medlemsstater af hensyn til den EU-retlige konformitet.[1243] Det må dog hertil anføres, at en ændring af dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. til at vedrøre gældsstiftelsestidspunktet vil resultere i en øget målrettethed[1244] af SEL § 11,[1245] og samtidig sikre den EU-retlige konformitet henset til Thin Cap Group Litigation C-524/04,[1246] hvorfor SEL § 11 med fordel på ny synes at kunne indskræn-

[1241] Det er ligeledes tilfældet i eksempelvis Brasilien, Canada, Frankrig, Holland, Japan, Kina, New Zealand, Portugal, Rusland, Spanien og Ungarn.
[1242] Regnskabsmæssige opgørelser anvendes eksempelvis i Brasilien, Canada, Frankrig, Holland, New Zealand og Spanien.
[1243] Det gælder eksempelvis i Belgien, Frankrig, Holland og Storbritannien.
[1244] SEL § 11 gøres derved mindre vilkårlig.
[1245] Der flyttes i så fald naturligvis et ressourcebehov til den efterfølgende armslængdetest, men det må alt andet lige synes hensigtsmæssigt at flytte kompleksiteten og ressourceforbruget til den centrale del (markedskonformitet) end eksempelvis en opgørelse af en selvstændig skattemæssig solvensopgørelse, der reelt har begrænset informationsværdi.
[1246] Der skal henses til Thin Cap Group Litigation C-524/04, hvorefter en restriktion kan retfærdiggøres, såfremt reguleringen er baseret på en undersøgelse af objektive omstændigheder, som kan efterprøves, og hvorved det kan afgøres, om der foreligger et rent kunstigt arrangement, der blot har et skattemæssigt formål. En armslængdetest fandtes i overensstemmelse hermed. Samtidigt betinges det, at skatteyderen, uden at være under-

kes til kun at omfatte grænseoverskridende gældsforhold. Derved vil den nuværende retsusikkerhed vedrørende den EU-retlige konformitet af SEL § 11 også blive elimineret, hvorved en konsolideret opgørelse utvivlsomt kan fastholdes og simplificeres efter SEL § 11, stk. 4. Sådanne tiltag vil i høj grad reducere de administrative byrder for både skatteyderen og lovgiver uden at ændre målrettetheden af SEL § 11. Det må fastholdes, at regulering, der modvirker ikke-markedskonforme transaktioner, er nødvendigt, men at der synes at være rum til væsentlige forbedringer af SEL § 11.

Den danske værnsregulering udvidedes ved lov nr. 540 af 6. juni 2007 med SEL § 11B og SEL § 11C. Det skete i erkendelse af, at vilkårlig udflytning af skattetilsvar ikke udelukkende sker ved ikke-markedskonform gældssætning, hvorfor eksisterende tynd kapitaliseringsregulering ikke fandtes tilstrækkelig.[1247] SEL § 11B og SEL § 11C skal hindre, at finansieringsudgifter fradrages i dansk skattepligtig indkomst, hvor disse ikke har sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst. Der skal skelnes mellem skattepligtig indkomst (SEL § 11C) og aktiver, der skaber skattepligtig indkomst (SEL § 11B).

SEL § 11B skal modvirke udflytning af skattetilsvar ved finansieringsudgifter, der ikke har sammenhæng med skabelsen af skattepligtig indkomst. Finansieringen og finansieringsudgifterne lader sig ikke umiddelbart individuelt knytte til aktiverne, uanset om disse skaber skattepligtig indkomst eller skattefri indkomst. Det er netop derfor, at den indeholdte løsning i SEL § 11B er valgt. Der foretages en opgørelse af finansieringsbehovet af driftsaktiverne, repræsenteret ved de skattemæssige værdier heraf, hvilket herefter multipliceres med standardrenten, der anses for at udtrykke renten på en kassekredit. Det udgør renteloftet for nettofinansieringsudgifterne, og derved hvilke nettofinansieringsudgifter, der maksimalt kan henføres til skabelsen af skattepligtig indkomst. Nettofinansieringsudgifter herudover anses ikke for at vedrøre de indkomstskabende aktiviteter, hvorfor disse fradragsbeskæres. En sådan løsningsmodel forudsætter en valid opgørelse af finansieringsbehovet og finansieringsudgifterne forbundet hermed.

Uagtet at SEL § 11B er særdeles kompleks, synes det ikke at stå mål med målrettetheden heraf. Det må anses som tvivlsomt, hvorvidt den skattemæssige værdi løbende kan anses som et udtryk for selskabets finansieringsbehov herved, og ligeledes om en bagudrettet standardrente er egnet som fordelingsnøgle for hvilke af nettofinansieringsudgifterne, der maksimalt kan henføres til driftsaktiverne. Derved forudsættes det først og fremmest, at det skattepligtige afkast fra aktiverne løbende anvendes til nedbringelse af gælden, da gælden og finansieringsudgifterne ellers ikke længere anses for at vedrøre disse aktiver, ligesom der antages en snæver sammenhæng mellem den skattemæssige værdi af aktivet og afkastet fra aktivet. Det er dog tvivlsomt, om der i realiteten består en så klar sammenhæng mellem eksempelvis de skattemæssige afskrivninger og afkastet fra aktiverne. Ligeledes forudsættes det, at en standardrente beregnet på baggrund af 20 børsdage i november og december, er et udtryk for de maksimale finansieringsudgifter vedrørende aktivmassen. Det er samlet set uklart, om SEL § 11B kan anses for at indeholde en valid opgørelse af selskabets finansieringsbe-

lagt unødige administrative byrder, skal have adgang til at fremlægge beviser for forretningsmæssige grunde, der er årsag til transaktionen.

[1247] Se de almindelige bemærkninger til L 213 2006-2007. En lignende tendens sås i bl.a. Italien, Storbritannien og Tyskland.

hov ved aktiverne, der skaber skattepligtig indkomst, og finansieringsudgifterne med sammenhæng hertil, og om en sådan opgørelse overhovedet er mulig at foretage.

SEL § 11B synes samtidigt at indeholde væsentlige EU-retlige problematikker i forhold til etableringsfriheden i art. 49 TEUF. Skatteministeren synes bl.a. at forudsætte, at aktiver allokeret til faste driftssteder i andre medlemsstater ikke medgår i opgørelsen af renteloftet, ligesom det klart følger af ordlyden af SEL § 11B, stk. 8, at et eventuelt overskydende renteloft kan overføres fra et hjemmehørende datterselskab i Danmark til modregning i en eventuelt opgjort fradragsbeskæring af moderselskabet i Danmark, mens det ikke er tilfældet, såfremt datterselskabet er hjemmehørende i en anden medlemsstat. Det er formentligt ikke foreneligt med art. 49 TEUF, hvorved det ikke kan anses som gældende ret, og anvendelsesområdet derved betydeligt udvandes.[1248]

SEL § 11C skal sikre sammenhængen mellem de fradragsberettigede finansieringsudgifter og den skattepligtige indkomst. Nettofinansieringsudgifter, der overstiger 80 pct. af den skattemæssige indkomst før nettofinansieringsudgifter (EBIT), anses ikke for at vedrøre skabelsen af skattepligtig indkomst, hvorfor disse nettofinansieringsudgifter fradragsbeskæres og derved ikke kan anvendes til udflytning af skattetilsvar.

SEL § 11C er kendetegnet ved simplicitet, hvorved eksempelvis EBIT opgøres på baggrund af eksisterende information. Det kan dog anses som en skærpet driftsomkostningstilgang, at en gældsfinansieret aktivitet betinges succesfuld for, at finansieringsudgifterne herved er fradragsberettigede, da der betinges faktisk skattepligtig indkomst og ikke *blot* forventet skattepligtig indkomst. Der kan formentlig ikke gøres indsigelser mod, at et selskab med både skattepligtige og skattefri indtægter, ikke nødvendigvis skal honorere fremmedkapitalen fra den skattepligtige indkomst (fradrag heri) og ikke de skattefrie indtægter. Om EBIT skal anvendes som fordelingsnøgle kan altid diskuteres, men fordelingen kunne potentielt have et større fokus på forholdet mellem årets skattepligtige og skattefrie indtægter, eksempelvis således at der foretages en forholdsmæssig fradragsbeskæring ud fra forholdet mellem den skattepligtige indkomst (skattemæssig EBIT) og den samlede indkomst (eksempelvis regnskabsmæssig EBIT). Det er utvivlsomt en politisk beslutning. Henset til den simple udformning af EBIT-reguleringen, synes denne at have potentiale til en mere fremtrædende rolle i værnsreguleringen, og udgør et alternativ til SEL § 11B, hvori kompleksitet og målrettethed ikke i samme grad korrelerer. Efter italiensk og tysk forbillede kunne EBIT-reglen i SEL § 11C potentielt tillægges større vægt, hvis ikke fuldstændig erstatte SEL § 11B.[1249] Uanset dette skal det dog bemærkes, at der tilsvarende i SEL § 11 består en EU-retlig problematik i forhold til overførsel af overskydende EBIT-loft fra ikke-hjemmehørende datterselskaber, så det ligeledes er tilfældet i forhold til overskydende renteloft efter SEL § 11B, stk. 8. En sådan indregning følger direkte af reguleringen i Italien, formentlig netop af hensyn til den EU-retlige konformitet, og en nægtelse af indregning heraf kan formentlig ikke ske grundet art. 49 TEUF. Derved udvandes anvendelsesområdet betydeligt.

[1248] Hertil kommer i øvrigt karensperioden i SEL § 11B, stk. 5, 15. pkt. der ej heller synes EU-retlig konform.

[1249] EBIT-regulering kan formentligt ikke hverken helt eller delvist erstatte regler vedrørende tynd kapitalisering, da disse har vidt forskellige formål. I modsatte fald ville SEL § 11 ramme bredere end formålet tilsigter, og er da heller ikke fuldstændig sket i Tyskland, men dog i Italien.

Rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C indeholder derved væsentlige problematikker, hvorfor det synes naturligt at hense til alternative løsningsmodeller, herunder først og fremmest ved at sikre skattemæssige neutralitet i selskabsfinansieringen eller alternativ værnsregulering.

Neutralitet i selskabsfinansieringen synes ikke opnåelig på hverken kort eller mellemlang sigt. Der skal henses til, at den lavere beskatning af investor er afgørende for det skattemæssige incitament til en øget gældsfinansiering og derved udflytning af skattestilsvar. Det vil enten forudsætte, at finansieringsindtægter kildebeskattes, eller at der i domicilstaten foretages en beskatning identisk med værdien af fradraget i kildestaten. Der synes at være international enighed om, at renteindtægter m.v. primært skal beskattes i domicilskatten og derved til skattesatsen heri, henset til rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) og art. 11 i OECD's modeloverenskomst. Det synes derfor ikke på nuværende tidspunkt muligt generelt at gennemføre en kildebeskatning af rentebetalinger m.v., og samtidig sikre eksemptionslempelse i domicillandet, for derigennem bringe forvridningen af kapitalstrukturen og den dertil hørende udflytning af skattetilsvar til ophør. Ligeledes synes det ikke muligt, og formentlig ej heller hensigtsmæssigt, at indføre identiske skattesatser, og Europa-Kommissionen anfører bl.a., at en redelig konkurrence om skattesatser bør anspores, ligesom medlemsstaterne derved kan fastlægge deres skattesatser under hensyn til konkurrenceevne og budgetbehov.[1250]

Neutralitet i selskabsfinansieringen kan alternativt opnås ved at lade værdien af fradragsretten hos låntager (selskabet) i kildestaten korrelere med beskatningen af långiver (investor) i domicilstaten, således at der ikke generelt skattemæssigt skabes incitament til udflytning af skattetilsvar ved gældsætning. Det synes dog uhensigtsmæssigt generelt at lade beskatningen af ét skattesubjekt (låntager) afhænge af beskatningen af et andet skattesubjekt (långiver), ligesom dette potentielt kan anses som en kildeskat uforeneligt med rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) og muligvis også art. 11 i OECD's modeloverenskomst. Der må i stedet henses til værnsregulering, som det også er tilfældet i Danmark og mange andre lande.

I Belgien sikrer NID-reglen, at udflytning af kapital medfører et tab af NID-fradrag, hvorved eksempelvis gældsfinansiering gøres relativt dyrere i forhold til finansiering ved egenkapital. Derved reduceres fradragsværdien vedrørende udgifter, herunder finansielle udgifter, men synes ikke generelt at bibringe en større neutralitet i selskabsfinansieringen. Derimod sikres det mere præcist, at kapital forbliver i selskabet, da enhver afgang heraf nedbringer NID-fradraget.

I Storbritannien sikrer Worldwide Debt Cap reglen, at der ikke flyttes skattetilsvar til koncernselskaber udenfor Storbritannien, såfremt der består en modsvarende finansieringsindtægt eller en modsvarende finansieringsudgift til tredjemand. Udflytning af skattetilsvar kan dog stadig ske ved tredjemandsgæld, der endda samtidigt øger fradragsloftet for koncerninterne finansieringsudgifter, ligesom der formentlig også heri består en EU-retlig problematik, da kun finansieringsudgifter til ikke-hjemmehørende koncernselskaber fradragsbeskæres.

I CCCTB-skattesystemet anses neutralitet i selskabsfinansieringen tilsyneladende ikke som en væsentlig problemstilling. Det skyldes formentlig, at modtagelse af skattefrit udbytte m.v. medfører en

[1250] Se direktivforslag af 16. marts 2011 fra Europa-Kommissionen (KOM2011/121).

fradragsbegrænsning på 5 pct. af den skattefri indkomst efter art. 14, stk. 1, litra g, hvorved skattefriheden heraf reelt reduceres. Finansieringen kan derved ikke i samme grad omkostningsfrit placeres på aktieniveau frem for aktivitetsniveau. Derved reduceres behovet for rentefradragsbegrænsningsregler, som indeholdt i SEL §§ 11B og 11C. Derved dobbeltbeskattes en del af udbyttet, hvilket ej heller synes hensigtsmæssigt, og formentligt ej heller foreneligt med moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF), såfremt en sådan regulering indførtes på nationalt niveau uden hjemmel i et direktiv.

Sammenfattende kan konkluderes, at hverken rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C eller de alternative løsningsmodeller er ukomplicerede. Det understreger netop, at den manglende neutralitet i selskabsfinansieringen er et grundlæggende problem i selskabsskatteretten, der ikke let lader sig løse. Samlet set synes de nuværende rentefradragsbegrænsningsregler ikke at have fundet sin endelig form i selskabsskatteretten, hverken i Danmark eller i udlandet. Ikke alle elementer i rentefradragsbegrænsningsreglerne bidrager entydigt til en robust og konkurrencedygtig selskabsbeskatning, som forudsat i L 213 2006-2007. Der må således forventes væsentlige ændringer af SEL §§ 11, 11B og 11C med henblik på opnåelsen af en større robusthed m.v. En sådan robusthed, og også konkurrencedygtig selskabsbeskatning, må nødvendigvis opnås med udgangspunkt i en bred forståelse af rentefradragsbegrænsningsreglerne og selskabsfinansieringen, men også på baggrund af et bredt erfaringsgrundlag samt en udveksling af ideer og erfaringer på tværs af landegrænser. Det må synes til gavn for den fortsatte udvikling i Danmark mod en mere robust og konkurrencedygtig selskabsbeskatning til gavn for lovgiver, skattemyndighederne og skatteyderne.

Resumé

Emnet for denne afhandling er rentefradragsbegrænsningsreglerne i selskabsskattelovens §§ 11, 11B og 11C.

Selskabets valg af finansiering består grundlæggende af et valg mellem egenkapital og fremmedkapital (gæld). Valget herimellem påvirker indkomstopgørelsen forskelligt. Ved gældsfinansiering flyttes beskatningen fra selskabsniveau til investorniveau, hvorved selskabsbeskatningen kontra investorbeskatningen er afgørende for de skattemæssige incitamenter ved valget mellem egen- og fremmedkapital. En lavere beskatning af investor, eksempelvis ved en ikke-hjemmehørende investor, skaber incitament til en højere gældsandel på selskabsniveau, hvorved at indkomst flyttes til beskatning udenfor Danmark.[1251] Rentefradragsbegrænsningsreglerne i SEL §§ 11, 11B og 11C skal hindre en sådan udflytning af skattetilsvar i specifikke situationer.

SEL § 11 skal modvirke vilkårlig udflytning af skattetilsvar, ved at danske selskaber stifter ikke-markedskonform koncernintern gæld. Selskabets solvensgrad ved indkomstårets udløb anvendes til identifikation af ikke-markedskonform gæld, mens der i Storbritannien og i CCCTB-skattesystemet anvendes en individuel tilgang til den konkrete gældsætning på gældsstiftelsestidspunktet. SEL § 11 nødvendiggør ikke blot en identifikation af interessefællesskaber, men ligeledes en opgørelse af selskabets aktiver og passiver samt renteudgifter og kurstab herved i indkomståret, hvilket er relativt kompliceret og administrativt byrdefuldt.[1252]

SEL § 11B skal modvirke, at finansieringsudgifter uden tilknytning til de indkomstskabende aktiviteter fradrages i den skattepligtige indkomst, således at finansieringsudgifter ikke placeres i Danmark, såfremt disse ikke medgår til skabelsen af skattepligtig indkomst i Danmark. Det sker ved at opgøre et renteloft, der opgøres som den skattemæssige værdi af selskabets driftsaktiver multipliceret med en standardrente. En sådan regulering er særdeles kompleks og administrativt byrdefuldt samt unik i international henseende.[1253] SEL § 11B forudsætter implicit, at der er en nær sammenhæng mellem den skattemæssige værdi af driftsaktiverne og finansieringsbehovet, ligesom at en bagudrettet standardrente anvendes ved opgørelsen af hvilke finansieringsudgifter der maksimalt kan henføres til driftsaktiverne. Det udgør derved grundlaget for en potentiel fradragsbeskæring.

SEL § 11C skal tilsvarende modvirke, at finansieringsudgifter placeres i danske selskaber, mens det skattepligtige afkast ikke skabes i Danmark. Det følger heraf, at den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter maksimalt kan nedsættes med 80 pct. som følge af nettofinansieringsudgifterne. Det forudsættes derved ikke blot, at gældsfinansierede aktiviteter forventes at skabe skattepligtigt afkast, men at der faktisk skabes skattepligtigt afkast. En lignende regulering er indført i både Italien og Tyskland.[1254]

[1251] Se mere herom i kapitel 2.
[1252] Se mere herom i kapitel 3.
[1253] Se mere herom i kapitel 4.
[1254] Se mere herom i kapitel 5.

Regulering, der skal modvirke udflytning af skattetilsvar, indeholder et naturligt grænseoverskridende element, hvorved der kan opstå EU-retlige problematikker. Det er ligeledes tilfældet i forhold til SEL §§ 11, 11B og 11C, herunder særligt i forhold til de samlede opgørelse i henholdsvis SEL § 11, stk. 4, SEL § 11B, stk. 8 og SEL § 11C, stk. 2, hvorefter en opgjort fradragsbeskæring af selskaber i Danmark ikke kan nedbringes ved ikke-hjemmehørende datterselskaber m.v., som det er tilfældet ved hjemmehørende datterselskaber. En sådan potentiel hindring for etableringsfriheden i art. 49 TEUF kan formentlig ikke opretholdes, hvorved reguleringen formentlig må udstrækkes til også at omfatte sådanne selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater. Derved udvandes målrettetheden af SEL §§ 11, 11B og 11C betydeligt.[1255]

På trods af kompleksiteten af SEL §§ 11, 11B og 11C og de EU-retlige problematikker, synes der ikke entydigt at bestå oplagte alternative løsningsmodeller. Den understøtter, at selvom den grundlæggende problematik ved forskellig beskatning på selskabsniveau og investorniveau relativt let lader sig forstå, så synes det særdeles vanskelig at løse i internationale finansieringsforhold. Det gælder såvel i forhold til opnåelse af neutralitet i selskabsfinansieringen, som ved specifikke værnsregler, der skal hindre udflytning af skattetilsvar.

Rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) og art. 11 i OECD's modeloverenskomst tildeler kun i begrænset omfang kildestaten beskatningsretten til rentebetalingen, hvorved beskatningen ved gældsfinansiering henføres til investors domicilstat, og derved til skattesatsen heri. Den manglende neutralitet i selskabsfinansieringen, der danner grobund på udflytning af skattetilsvar ved gældsfinansiering, er derfor en problematik, der på nuværende tidspunkt må løses ved specifik værnsregulering i kildestaten, herunder Danmark, men også i lande som eksempelvis Belgien og Storbritannien.[1256]

I Belgien opgøres et NID-fradrag på baggrund af egenkapitalen, hvorved enhver kapitalafgang reducerer dette fradrag, herunder eksempelvis ved finansieringsudgifter. Det sikres derved, at kapital forbliver i selskabet, hvorved gældsfinansiering gøres relativt dyrere end finansiering ved egenkapital. Det synes dog ikke generelt at bidrage til neutralitet i selskabsfinansieringen, men snarere en reducering af selskabsbeskatningen.

I Storbritannien er Worldwide Debt Cap reglen indført, hvorved fradragsretten for nettofinansieringsudgifter i Storbritannien er maksimeret til koncernens samlede eksterne bruttofinansieringsudgifter, således at der ikke kan ske udflytning af skattetilsvar udover dette fradragsloft ved koncernintern finansiering. Derved hindres ikke udflytning af skattetilsvar ved gældsfinansiering fra tredjemand, ligesom at der formentlig heri ligeledes består en EU-retlig konflikt, hvorved sådan regulering ej heller synes uproblematisk.

Senest er Europa-Kommissionen fremkommet med direktivforslaget vedrørende CCCTB-skattesystemet, hvori neutralitet i selskabsfinansieringen tilsyneladende ikke anses som en væsentlig problemstilling.[1257] Det skyldes formentlig, at selskaber ved modtagelse af skattefrit udbytte m.v.

[1255] Se mere herom i kapitel 6.
[1256] Se mere herom i kapitel 7.
[1257] Se mere herom i kapitel 7.

samtidig fradragsbegrænsning med 5 pct. af den skattefri indkomst, hvorved skattefriheden heraf reelt reduceres. Finansieringen kan derved ikke i samme grad omkostningsfrit placeres på aktieniveau frem for aktivitetsniveau, og behovet for rentefradragsbegrænsningsregler reduceres. Derved dobbeltbeskattes en del af udbyttet, hvilket formentligt ikke er foreneligt med moder-/datterselskabsdirektivet (1990/435/EØF), såfremt en sådan regulering indførtes på nationalt niveau uden hjemmel i et direktiv.

Samlet set synes de nuværende rentefradragsbegrænsningsregler ikke at have fundet sin endelige form i selskabsskatteretten, hverken i Danmark eller i udlandet, og der må forventes væsentlige ændringer med henblik på opnåelse af en større robusthed m.v. I lyset af at den manglende neutralitet i selskabsfinansiering udspringer af det grænseoverskridende element, synes robustheden med fordel at kunne opnås gennem international koordinering eller udveksling af idéer til gavn for lovgiver, skattemyndigheder og skatteyder.

Summary

The topic of this thesis is interest deduction limitation rules in the Corporate Tax Act (selskabsskatteloven) §§11, 11B and 11C.

Corporate financing consists of a choice between equity versus debt. Debt shifts the taxation from corporate level to investor level whereas equity maintains the taxation at corporate level. Corporate taxation versus investor taxation is therefore crucial for the tax incentives in the choice between equity financing and debt financing. A lower taxation of the investor, for example of a non-resident investor, creates incentives for a higher debt ratio at the corporate level, whereby taxable income is transferred abroad. The Interest deduction limitation rules in SEL §§ 11, 11B and 11C is to prevent that kind of relocation of the taxable income.

SEL § 11 discourages relocation of taxable income from Danish Corporations in regard to debt financing which are not considered to be at arm's length. The corporations' solvency ratio at the end of the income year is used for identification of debt that is not considered to be at arm's length (excessive debt). It is therefore necessary not only to identify the relations in which non arm's length debt can exist but also to account for all assets and debt in a special tax valuation assessment and interest expenses derived from the excessive debt, which is a complicated task. A direct arm's length approach is taken In Britain and in the proposal for CCCTB tax system and thereby an individual approach to identification of the specific non arm's length debt.

SEL § 11B discourages finance expenses not related to taxable income, so that debt is not placed in Denmark, whereas the taxable income is not created in Denmark. The interest cap is calculated as the tax value of the corporations operating assets multiplied by a standard rate. This is a very complex and unique approach. It is thereby assumed to be a close correlation between the tax value of the operating assets and financing needs of the corporation. It so also be noted that the used standard rate is based on the average interest rate on bonds last year (20 days) and thereby used to calculate the maximum finance expenses attributed to the operating assets.

SEL § 11C also SEL § 11B discourages finance expenses not related to taxable income. The taxable income before net financing expenses can only be reduced by a maximum of 80 percent due to net financing expenses. This implies that the debt-financed activities are not only expected to generate taxable income, but also actually creates taxable income. A similar regulation has been introduced in both Italy and Germany.

Regulation to discourage reallocation of the tax income abroad might create EU issues. This is also the case in regards to SEL §§ 11, 11B and 11C, particularly in relation to aggregated accounts after which a deduction limitation of a corporation in Denmark cannot be reduced by non-resident subsidiaries, but only by a resident subsidiary. Such obstacles to the freedom of establishment in Art. 49 TFEU may not be upheld, whereby the regulation must be extended to include corporations resident in other Member States. This significantly reduces the effect of SEL §§ 11, 11B and 11C.

Despite the complexity of SEL §§ 11, 11B and 11C and the EU issues, no obvious better alternative approaches seems to be available. The general problem regarding debt financing shifting taxable

income abroad is relatively easy to understand, but appropriate solutions are very difficult to implement. This is the case in relation to the achievement of neutrality in corporate financing but also in relation to specific rules to prevent the reallocation of the taxable income.

The Interest and Royalties directive (2003/49/EC) and art. 11 of the OECD Model Convention limit the source state's taxing right to interest payment whereby it seems impossible to create tax neutrality in corporate financing. The lack of neutrality in corporate financing and reallocation of taxable income therefore needs to be addressed by specific regulation in the source state.

In Belgium a NID-deduction is calculated on the basis of the corporation's equity, whereby any payment reduces the NID- deduction, including finance expenses. This ensures that the capital remains in the corporation, which makes debt relatively more expensive than equity. The NID-deduction does not generally contribute to neutrality in corporate financing, but reduces the corporate taxation.

The UK introduced the Worldwide Debt Cap rule whereby the deductibility of net financing expenses is maximized to the group's total gross external financing, so there can be no reallocation of taxable income. However the Worldwide Debt Cap rule does not prevent reallocation of taxable income regarding debt financing from third parties, and may also not be compatible with the freedom of establishment in art. 49 TFEU.

Recently, the European Commission made a proposal for a council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Apparently neutrality in corporate financing is not considered a significant problem. This is probably due to the fact that corporations with tax-exempt income simultaneously activate a deduction limitation of 5 percent of the tax-exempt income. Debt financing at investor level instead of corporate level (activity level) is thereby limited due to the cost of extracting the loan capital as dividend from corporate level to investor level. The need for interest limitation rules is thereby also reduced. The CCCTB thereby embraces double taxation of dividends. If such regulation were introduced on national level without a Directive to support this, it would probably not be compatible with the Parents-Subsidiary Directive (1990/435/EØF)

Overall, the current interest deduction limitation rules in both Denmark and other countries is expected to change significantly in the future in order to achieve a greater resilience towards transferring taxable income abroad. Given that the lack of neutrality in corporate financing is based on a cross-border element, a international coordination and exchange of ideas seems to be to the benefit of legislature, tax authorities and taxpayers all over, so that tax measures do not encourage debt financing from abroad but also do not discourage debt financiering from abroad.

Bilag

Bilag 1 – SEL § 11

Bilag 2 – SEL § 11B

Bilag 3 – SEL § 11C

Bilag 4 – Rentefradragsbegrænsningsregler i andre lande

Bilag 1 – SEL § 11

Ordlyden

”Hvis et selskab eller en forening

1) er omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 i, 3 a-5 b,

2) har gæld til juridiske personer som nævnt i ligningslovens § 2, stk. 1, (kontrolleret gæld) og

3) selskabets eller foreningens fremmedkapital (gæld) set i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1,

kan renteudgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld, ikke fradrages. Gæld til fysiske personer, der er selskabsdeltagere i selskaber og foreninger m.v. omfattet af ligningslovens § 2, stk. 1, 2. pkt. (transparente enheder), anses ikke for kontrolleret gæld. Kurstab kan dog fradrages i kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår. Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld. Fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Fradragsbeskæring finder alene sted, hvis den kontrollerede gæld overstiger 10 mio. kr. Fradragsbeskæringen finder endvidere alene sted for den del af den kontrollerede gæld, som skulle omkvalificeres til egenkapital, for at forholdet mellem fremmedkapital (gæld) og egenkapital ved indkomstårets udløb udgør 4:1. Er der såvel koncernintern kontrolleret gæld som kontrolleret gæld til tredjemand, foretages fradragsbeskæringen først for den koncerninterne kontrollerede gæld og dernæst for den kontrollerede gæld til tredjemand. Fradragsbeskæringen foretages først for dansk kontrolleret gæld og dernæst for udenlandsk kontrolleret gæld. Der foretages ikke fradragsbeskæring for beløb, der kan beskattes her i landet efter § 2, stk. 1, litra d.

Stk. 2. Som gæld anses gæld i henhold til fordringer omfattet af kursgevinstloven samt konvertible obligationer. Gælden opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb.

Stk. 3. Egenkapitalen opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af aktiver opgjort til handelsværdi med fradrag af gæld efter stk. 2. Egenkapital indskudt af ejerkredsen medregnes kun i det omfang, den forbliver i selskabet i mindst 2 år.

Stk. 4. Kontrolleres flere danske koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, finder stk. 1-3 samlet anvendelse på aktiver og passiver i disse selskaber, og der bortses fra danske selskabers aktier i andre selskaber, der indgår i den samlede opgørelse, samt gæld og fordringer mellem disse. 1. pkt. finder kun anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage de udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab kan anses for at være koncernforbundne.

Stk. 5. Stk. 1-4 gælder tilsvarende for skattepligtige omfattet af § 2, stk. 1, litra a. Ved opgørelsen af gæld og egenkapital efter stk. 2 og 3 indgår alene værdien af aktiver og gæld, der har tilknytning til

det faste driftssted. Lån fra tredjemand anses som kontrolleret gæld, når hovedkontoret hæfter for lånet.

Stk. 6. Renter og kursgevinster medregnes ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for skattepligtige omfattet af § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, hvis debitor ikke kan få fradrag for de tilsvarende beløb efter stk. 1. Dette gælder dog ikke for renter af lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for."

Lovgrundlaget

Lov nr. 432 af 26. juni 1998 (L 101)

- Lovfæstelse af armslængde princippet (LL § 2) og værn mod tynd kapitalisering (SEL § 11).

Lov nr. 1026 af 23. december 1998 (L 53)

- SEL § 11, stk. 5 tilføjes, hvorved faste driftssteder omfattes af SEL § 11.

Lov nr. 452 af 31. maj 2000 (L 155)

- SEL § 11 omfatter herefter DSB, elselskaber og kommuner, der driver netvirksomhed m.v. (subjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2d-f).

Lov nr. 409 af 6. juni 2002 (L 185)

- SEL § 1, stk. 1, nr. 2b ophæves (Post Danmark) og udgår derved også af SEL § 11, stk. 1, nr. 1.

Lov nr. 221 af 31. marts 2004 (L 119)

- SEL § 11, stk. 1, nr. 2 udvides til også at omfatte nationale gældsforhold, som følge af Lankhorst-Hohorst C-324/00, men indskrænkes samtidigt til kun at omfatte gæld til juridiske personer.
- Det indføres i SEL § 11, stk. 1, at fradragsbeskæringen alene finder sted for den del af den kontrollerede gæld, som skulle omkvalificeres til egenkapital, for at forholdet mellem fremmedkapital (gæld) og egenkapital ved indkomstårets udløb udgør 4:1.
- Begrænset skattepligt ved renteindtægter og kursgevinster af kontrolleret gæld indføres i SEL § 2, stk. 1, litra d og h. I forlængelse heraf tilføjes det til SEL § 11, stk. 1, at der ikke foretages fradragsbeskæring for beløb, der beskattes her i landet efter SEL § 2, stk. 1, litra d, men ikke SEL § 2, stk. 1, litra h.
- I SEL § 11, stk. 1 indføres 10 mio. kroners kravet.
- SEL § 11, stk. 6 tilføjes, således at renteindtægter og kursgevinster er skattefrie for skattepligtige omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a, såfremt låntager fradragsbeskæres af de tilsvarende beløb efter SEL § 11, stk. 1. Det omfatter dog ikke renter af lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, mens kursgevinster herved fortsat er skattefri.

- Det indføres i SEL § 11, stk. 1, at er der såvel koncernintern kontrolleret gæld som kontrolleret gæld til tredjemand, foretages fradragsbeskæringen først for den koncerninterne kontrollerede gæld og dernæst for den kontrollerede gæld til tredjemand. Det følger herefter, at fradragsbeskæringen foretages først for dansk kontrolleret gæld og dernæst for udenlandsk kontrolleret gæld.
- SEL § 11, stk. 3 2. pkt. udvides til at omfatte indskud fra hele ejerkredsen, og ikke blot den udenlandske ejerkreds (karensperiode).
- Konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 tilføjes 2. pkt., således at konsolideringen kun omfatter danske selskaber, der også uden at inddrage de udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab, kan anses for at være koncernforbundne.

Lov nr. 426 af 6. juni 2005 (L 121)

- SEL § 1, stk. 1, nr. 2c ophæves (Værdipapircentralen) og udgår derved også af SEL § 11, stk. 1, nr. 1.

Lov nr. 308 af 19. april 2006 (L 116)

- Det tilføjes i LL § 2, stk. 1, 2. pkt., at i særlige tilfælde sidestilles med juridiske personer i LL § 2, stk. 1, 1. pkt. selskaber og foreninger m.v., der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt. Derved kan gæld til kontrollerede transparente enheder udgøre kontrolleret gæld efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2. I forlængelse heraf indførtes SEL § 11, stk. 1, 2. pkt., hvorefter at gæld til fysiske personer, der er selskabsdeltagere i selskaber og foreninger m.v. omfattet af LL § 2, stk. 1, 2. pkt. (transparente enheder), ikke anses for kontrolleret gæld.
- SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. tilføjes, hvorefter det i forhold til faste driftssteder følger, at lån fra tredjemand anses som kontrolleret gæld, når hovedkontoret hæfter for lånet

Lov nr. 460 af 12. juni 2009 (L 151)

- SEL § 1, stk. 1, nr. 2h indsættes (vandforsyningsselskaber) og tilføjes til subjekterne omfattet af SEL § 11, stk. 1, nr. 1.

Lov nr. 529 af 26. maj 2010 (L 139)

- SEL § 1, stk. 1, nr. 2i indsættes (Naviair) og tilføjes til subjekterne omfattet af SEL § 11, stk. 1, nr. 1.

Bilag 2 – SEL § 11B

Ordlyden

”Ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for selskaber, der er omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 i, 3 a-6, § 2, stk. 1, litra a og b, eller kulbrinteskattelovens § 21, stk. 4, kan indkomstårets nettofinansieringsudgifter alene fradrages, i det omfang de ikke overstiger den skattemæssige værdi af selskabets aktiver ganget med standardrenten, jf. stk. 2. Beskæringen kan maksimalt nedsætte indkomstårets fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter til et grundbeløb på 21.300.000 kr. (2010-niveau). Der sker dog ikke fradragsbeskæring, i det omfang nettofinansieringsudgifterne består af nettokurstab på fordringer, som overstiger indkomstårets renteindtægter, jf. stk. 4. Sådanne nettokurstab fremføres til modregning i skattepligtige nettogevinster på fordringer og renteindtægter ved efterfølgende indkomstårs opgørelse af nettofinansieringsudgifterne. Opgørelserne efter 3. og 4. pkt. udfærdiges samlet for sambeskattede selskaber, jf. stk. 8. Hvis nettofinansieringsudgifterne fradragsbeskæres, anses nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven altid for beskåret først.

Stk.2. Standardrenten for et år beregnes på grundlag af et simpelt gennemsnit opgjort med to decimaler af en af Københavns Fondsbørs A/S dagligt udregnet effektiv obligationsrente for de seneste 20 børsdage forud for den 15. december i det foregående kalenderår. Den effektive obligationsrente opgøres med to decimaler for fastforrentede kroneobligationer i åbne serier, der optages til handel på Københavns Fondsbørs A/S, bortset fra konverterbare obligationer, hvor kursen er over pari, samt indeksregulerede obligationer. Standardrenten udgør 2,5 procentpoint plus den efter 1. pkt. beregnede gennemsnitsrente nedrundet til nærmeste hele eller halve point. Standardrenten fastsættes for indkomståret. Standardrenten offentliggøres senest femtesidste børsdag forud for det til indkomståret svarende kalenderår.

Stk.3. Grundbeløbet i stk. 1 reguleres efter personskattelovens § 20, dog således at det regulerede beløb afrundes opad til nærmeste kronebeløb, der kan deles med 100.000. Hvis selskabet opgør den skattepligtige indkomst efter tonnageskatteloven, nedsættes grundbeløbet med den del, som den regnskabsmæssige værdi af egne aktiver tilknyttet tonnagebeskattet rederivirksomhed udgør af den samlede regnskabsmæssige værdi af egne aktiver.

Stk.4. Selskabets nettofinansieringsudgifter består af en eventuel negativ sum af følgende indtægter og udgifter:

1) Skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter. Renteindtægter fra varedebitorer m.v. og renteudgifter til varekreditorer m.v. indgår dog ikke.

2) Provisioner og lign., der er fradragsberettigede efter ligningslovens § 8, stk. 3, og tilsvarende skattepligtige provisioner m.v. Provisioner m.v. vedrørende varegæld m.v. eller varefordringer m.v. indgår dog ikke.

3) Skattepligtige gevinster og fradragsberettigede tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven. Gevinst og tab på varekreditorer og varedebitorer medregnes ikke. Tab og gevinst på udlån medregnes ikke, når den skattepligtige udøver næring ved køb og salg af fordringer eller driver næringsvirksomhed ved finansiering og medkontrahenten ikke er koncernforbundet, jf. § 31 C. Tab og gevinst på obligationer udstedt til finansiering af udlån omfattet af 3. pkt. og finansielle kontrakter i tilknytning hertil medregnes ikke. Gevinst og tab på kontrakter (terminskontrakter m.v.), som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, herunder i sambeskattede selskaber, medregnes ikke. Urealiserede kursgevinster på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom medregnes ikke, men kan fremføres ved efterfølgende indkomstårs opgørelse af nettofinansieringsudgifter til modregning i urealiserede kurstab på samme kontrakt og i realiserede kurstab på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører. Gevinst og tab på terminskontrakter m.v. medregnes dog, hvis den skattepligtige udøver næring ved køb og salg af fordringer og finansielle kontrakter eller driver næringsvirksomhed ved finansiering, hvis medkontrahenten er koncernforbundet, jf. § 31 C.

4) En beregnet finansieringsomkostning ved finansielle leasingbetalinger medregnes hos leasingtager, mens leasinggiver medregner en beregnet finansieringsindtægt.

5) Skattepligtig fortjeneste og udnyttede tab ved afståelse af aktier m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven samt skattepligtige udbytter og skattepligtige afståelsessummer omfattet af ligningslovens § 16 B. Er summen efter 1. pkt. negativ, medregnes den ikke, men fremføres til modregning i efterfølgende indkomstår. 1. pkt. omfatter ikke afkast af lagerbeskattede næringsaktier omfattet af stk. 5, 7. pkt.

6) Uanset nr. 1-5 indgår finansieringsindtægter og -udgifter, der medregnes som følge af CFC-beskatning i § 32 eller som følge af genbeskatning efter § 15, stk. 8 og 9, i lov nr. 426 af 6. juni 2005, ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifter.

Stk.5. Den skattemæssige værdi af selskabets aktiver opgøres ved indkomstårets udløb. Afskrivningsberettigede aktiver indgår med den nedskrevne værdi. Aktiver, der ikke er afskrivningsberettigede, indgår med anskaffelsessummen tillagt udgifter til forbedringer. Aktier m.v. omfattet af aktieavancebeskatningsloven, jf. dog stk. 6, fordringer og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven samt præmieobligationer og likvide midler medregnes ikke ved opgørelsen af selskabets aktiver. Til aktiverne medregnes nettoværdien af igangværende arbejder for fremmed regning. Værdien af igangværende arbejder, næringsaktiver, varelagre og fordringer erhvervet ved salg af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varedebitorer m.v.) indgår i aktivopgørelsen, i det omfang hvormed værdien overstiger værdien af gæld opstået ved køb af varer og andre næringsaktiver samt tjenesteydelser (varekreditorer m.v.). Alene lagerbeskattede næringsaktier medregnes. Til aktiverne medregnes anskaffelsessummen på terminskontrakter m.v., som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter, jf. stk. 4, nr. 3, 6. og 7. pkt. Ved opgørelsen af selskabets aktiver medregnes fremførselsberettigede underskud efter ligningslovens § 15. Der medregnes de underskud, der ville være fremførselsberettigede ultimo indkomståret uden indkomstårets fradragsbeskæring efter stk. 1 og § 11 C. Ved opgørelsen af et selskabs aktiver medregnes den regnskabsmæssige værdi af finansielt

leasede aktiver hos leasingtageren. Leasinggiveren medregner ikke finansielt udleasede aktiver. Ved finansiel leasing mellem sambeskattede selskaber, jf. § 31 eller § 31 A, anvendes den skattemæssige værdi i stedet for den regnskabsmæssige værdi. Aktiver, der er omfattet af beskatning efter tonnageskatteloven, medregnes ikke. Aktiver, der er indskudt af udenlandske koncernforbundne enheder, jf. § 31 C, medregnes kun, i det omfang aktiverne forbliver i selskabet i mindst 2 år. Aktiverne medregnes dog altid, hvis koncernen har valgt international sambeskatning efter § 31 A.

Stk.6. Til den skattemæssige værdi af selskabets aktiver efter stk. 5 medregnes 20 pct. pro anno, jf. dog stk. 12, af en samlet saldo for anskaffelsessummen for selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C, som ikke indgår i sambeskatningen. For sambeskattede selskaber føres en samlet saldo hos administrationsselskabet. Anskaffelsessummen for aktier, der er erhvervet fra et koncernforbundet selskab, jf. § 31 C, eller ved kapitalforhøjelse i et koncernforbundet selskab, jf. § 31 C, tillægges ikke saldoen, jf. dog 4. og 5. pkt. I det omfang det kan dokumenteres, at en kapitalforhøjelse i et direkte ejet selskab er sket med henblik på indirekte anskaffelse af aktier i et selskab fra et selskab uden for koncernen, jf. § 31 C, medregnes anskaffelsessummen på tidspunktet for den indirekte anskaffelse. Der kan maksimalt medregnes det mindste beløb af fem gange den indskudte kapital og det beløb, der ville kunne medregnes, hvis selskabet var erhvervet direkte af et selskab, der indgår i sambeskatningen. Saldoen nedsættes med:

1) Handelsværdien på anskaffelsestidspunktet af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark, der ejes direkte eller indirekte af det direkte ejede selskab.

2) Handelsværdien på anskaffelsestidspunktet af selskabets udlejningsejendomme, kontanter, værdipapirer el.lign., jf. aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 6. Der skal dog alene ske konsolidering med koncernforbundne datterselskaber, jf. § 31 C.

3) Værdien af efterfølgende direkte eller indirekte anskaffelser af aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark.

4) Afståelsessummen for aktier i det direkte ejede selskab og dette selskabs direkte eller indirekte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C. Dette gælder dog ikke, hvis aktierne afstås til et selskab eller fast driftssted, der indgår i sambeskatningen. Afstås aktierne til et koncernforbundet selskab, som de sambeskattede selskaber eller faste driftssteder direkte eller indirekte ejer aktier i, nedsættes saldoen alene, i det omfang den direkte og indirekte ejerandel er mindre i det erhvervende selskab end i det afstående selskab. Afståelsessummen fratrækkes værdien af det afståede selskabs direkte eller indirekte ejede aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark. Indirekte afståelse gennem afståelse af et sambeskattet selskab eller fast driftssted og ophør af koncernforbindelse sidestilles med salg til handelsværdien.

5) Afståelsessummen for virksomhed i det direkte ejede selskab og virksomhed i dette selskabs direkte eller indirekte ejede koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C. Afstås virksomheden til et koncernforbundet selskab, som de sambeskattede selskaber eller faste driftssteder direkte eller indirekte ejer aktier i, nedsættes saldoen alene, i det omfang den direkte og indirekte ejerandel er mindre i det erhvervende selskab end i det afstående selskab. Afståelsessummen for virksomheden fratrækkes

værdien af virksomhedens direkte eller indirekte ejede aktier i danske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i Danmark.

6) Udlodninger fra det direkte ejede selskab til sambeskattede selskaber og faste driftssteder, der overstiger kontanter m.v. og afståelsessummer, der har nedsat saldoen efter nr. 2, 4 og 5.

7) Udlodninger af udbyttepræferenceaktier i det direkte ejede selskab eller selskaber, hvori dette selskab direkte eller indirekte ejer aktier, til koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C, der ikke indgår i sambeskatningen, i det omfang de sambeskattede selskaber og faste driftssteder har en mindre direkte eller indirekte ejerandel i det udbyttemodtagende selskab end i det udloddende selskab.

8) Tilskud fra det direkte ejede selskab eller selskaber, hvori dette selskab direkte eller indirekte ejer aktier, til selskaber og faste driftssteder, der indgår i sambeskatningen, og til koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C, der ikke indgår i sambeskatningen, i det omfang de sambeskattede selskaber og faste driftssteder har en mindre direkte og indirekte ejerandel i det tilskudsmodtagende selskab end i det tilskudsgivende selskab.

Stk.7. Hvis et selskab ikke beskattes i hele indkomståret, medregnes aktiver ved opgørelsen efter stk. 5 og 6 i forhold til, hvor stor en del beskatningsperioden udgør af et kalenderår. Grundbeløbet i stk. 1, jf. stk. 3, justeres tilsvarende.

Stk.8. Selskaber, der indgår i en sambeskatning efter § 31 eller § 31 A, opgør koncernens nettofinansieringsudgifter og den skattemæssige værdi af aktiverne samlet. Grundbeløbet gælder samlet for de sambeskattede selskaber. Indgår det tonnagebeskattede selskab i en sambeskatning, jf. §§ 31 og 31 A, finder stk. 3, 2. pkt., samlet anvendelse på de sambeskattede selskaber, og der bortses fra aktier i sambeskattede selskaber samt gæld og fordringer mellem de sambeskattede selskaber. Hvis et selskab ikke indgår i sambeskatningen i hele indkomståret, medregnes ved opgørelsen efter 1. pkt. selskabets aktiver ved udløbet af delperioden, jf. § 31, stk. 3, i forhold til hvor stor en del delperioden udgør af et kalenderår. Hvis der foretages fradragsbeskæring efter stk. 1, fordeles beskæringen forholdsmæssigt på baggrund af, hvor meget det enkelte selskabs nettofinansieringsudgifter uden nettokurstab, der ikke beskæres efter stk. 1, 3. pkt., overstiger den skattemæssige værdi af selskabets aktiver, jf. stk. 5, ganget med standardrenten.

Stk.9. Fradragsbeskæring efter stk. 1-8 foretages efter en eventuel fradragsbeskæring efter § 11.

Stk.10. Hvis et selskab i et indkomstår fradragsbeskæres efter stk. 1, vil beskårne nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven kunne fradrages i kursgevinster på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven i de 3 efterfølgende indkomstår. Uanset 1. pkt. kan beskårne urealiserede kurstab på en renteswap vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom fremføres i kontraktens løbetid til fradrag i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører. Ved fremførsel af kurstab modregnes de ældste kurstab først. Kurstab fremføres samlet for sambeskattede selskaber hos administrationsselskabet. Ved ophørsspaltning af administrationsselskabet

fordeles de fremførselsberettigede kurstab forholdsmæssigt efter den skattemæssige værdi af aktiverne, jf. stk. 5 og 6, i de modtagende selskaber.

Stk.11. Stk. 1-10 omfatter ikke livsforsikringsselskaber. Livsforsikringsselskaber kan som administrationsselskab i en sambeskatning fremføre beskårne kurstab, jf. stk. 10. De beskårne kurstab kan ikke modregnes i livsforsikringsselskabets kursgevinster.

Stk.12. Ved anvendelse af stk. 6, 1. pkt., bruges de medregningsprocenter, som er anført i 2.-9. pkt. For indkomståret 2010 udgør procenten 17,5. For indkomståret 2011 udgør procenten 15. For indkomståret 2012 udgør procenten 12,5. For indkomståret 2013 udgør procenten 10. For indkomståret 2014 udgør procenten 7,5. For indkomståret 2015 udgør procenten 5. For indkomståret 2016 udgør procenten 2,5. For indkomståret 2017 og senere indkomstår udgør procenten 0."

Lovgrundlaget

Lov nr. 540 af 6. juni 2007 (L 213)

- Indgreb mod kapitalfonde ved indførelsen af SEL §§ 11B og 11C og en samtidig nedsættelse af selskabsskattesatsen.

Lov nr. 335 af 7. maj 2008 (L 31)

- Rettelse af stavefejl i SEL § 11B, stk. 6, nr. 5, 2. pkt. fra erhvervede til erhvervende samt rettelse af stavefejl i SEL § 11B, stk. 6, nr. 7 fra udbyggepræferenceaktier til udbyttepræferenceaktier.

Lov nr. 98 af 10. februar 2009 (L 23)

- Det indføres ved SEL § 11B, stk. 1, 3.-6 pkt., at fradragsbeskæring ikke sker, i det omfang nettofinansieringsudgifterne består af nettokurstab på fordringer, som overstiger indkomstårets renteindtægter. Disse fremføres i stedet til modregning i skattepligtige nettogevinster på fordringer og renteindtægter ved opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne i efterfølgende indkomstår. Opgørelsen foretages samlet for selskaber, der indgår i en samlet opgørelse efter SEL § 11B, stk. 8.
- Det ændres i SEL § 11B, stk. 1, at ved en fradragsbeskæring anses nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven altid for beskåret først. Tidligere ansås kurstab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter omfattet af kursgevinstloven for fradragsbeskåret først.
- Det tilrettes i SEL § 11B, stk. 4, nr. 2, at provisionsindtægter m.v. omfatter *tilsvarende* skattepligtige provisioner og ikke *modsvarende* skattepligtige provisioner i forhold til LL § 8, stk. 3.
- Gevinst og tab på varekreditorer og varedebitorer undtages fra medregning i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 2. pkt.

- SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 2. pkt. indføres, således at en negativ aktiesum m.v. efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 1. pkt. ikke nedbringer nettofinansieringsudgifterne, men i stedet fremføres til modregning i efterfølgende indkomstår. Ligeledes indføres ved SEL § 11B, stk. 4, nr. 5, 3. pkt., at afkast fra lagerbeskattede næringsaktier, der medgår i opgørelsen af aktivmassen efter SEL § 11B, stk. 5, 7. pkt. ikke indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, der tilføjedes ved samme lov.
- SEL § 11B, stk. 5, 6. pkt. ophæves og erstattes, således at også værdien af næringsaktiver, fordringer ved salg af næringsaktiver og rene tjenesteydelser indgår i nettoopgørelsen efter SEL § 11B, stk. 5, 5. pkt., ligesom at værdien af gæld opstået ved næringsaktiver og rene tjenesteydelser modregnes heri. Det tilføjes i SEL § 11B, stk. 5, 7. pkt. at kun lagerbeskattede næringsaktier indgår heri. Samtidigt tilføjedes det, at medregnes anskaffelsessummen på terminskontrakter m.v., som tjener til sikring af driftsindtægter og driftsudgifter i opgørelsen af aktivmassen, så indgår gevinst og tab herved ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne efter SEL § 11B, stk. 4, nr. 3.
- SEL § 11B, stk. 6, 4. pkt. ændres således at det ikke længere er afgørende om en kapitalforhøjelse foretages med henblik på en indirekte anskaffelse af et selskab uden for koncernen, men derimod med henblik på en indirekte anskaffelse af aktier m.v. i et selskab fra et selskab uden for koncernen.
- SEL § 11B, stk. 6, nr. 2 ændres, således at en eventuel konsolidering skal ske efter koncernbegrebet i SEL § 31C.
- SEL § 11B, stk. 7, 2. pkt. ændres, således at grundbeløbet tilsvarende justeres i forhold til indkomstårets længde, og ikke blot nedsættes.
- SEL § 11B, stk. 8, 5. pkt. tilpasses i forhold til SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt., således at der ved fordelingen af en fradragsbeskæring mellem sambeskattede selskab ikke indgår nettokurstab på fordringer, som ikke indgår i den samlede fradragsbeskæring efter SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt.
- SEL § 11B, stk. 10 ændres, således at kun beskårne nettokurstab på gæld og finansielle kontrakter kan fremføres til modregning i kursgevinster på gæld og finansielle kontrakter i de tre efterfølgende indkomstår.

Lov nr. 460 af 12. juni 2009 (L 151)

- SEL § 1, stk. 1, nr. 2h indsættes (vandforsyningsselskaber) og tilføjes til subjekterne omfattet af SEL § 11B.

Lov nr. 462 af 12. juni 2009 (L 201)

- Som følge af at der fremover sondres mellem aktier, der er optaget til handel på et reguleret marked og aktier, der ikke er optaget til handel på et reguleret marked ændres ordlyden af SEL § 11B, stk. 2 fra noteres til optages til handel samt obligationer noteret over pari til obligationer, hvor kursen er over pari.

Lov nr. 525 af 12. juni 2009 (L 202)

- Grundbeløbet i SEL § 11B, stk. 1, 2. pkt. opdateres til 2010-niveau, som følge af en lignende opdatering af PSL § 20. Ligeledes forenkles reguleringen af grundbeløbet, således at SEL § 11B, stk. 3, 1.-3. pkt. ophæves og erstattes af en henvisning til PSL § 20, dog således at det regulerede beløb afrundes opad til nærmeste beløb deleligt med 100.000.
- SEL § 11B, stk. 12 indføres, således at saldoordningen efter SEL § 11B, stk. 6 afvikles med 2,5 procentpoint hvert år frem til indkomståret 2017.

Lov nr. 529 af 26. maj 2010 (L 139)

- SEL § 1, stk. 1, nr. 2i indsættes (Naviair) og tilføjes til subjekterne omfattet af SEL § 11B.

Lov nr. 254 af 30. marts 2011 (L 84)

- SEL § 11B, stk. 4, nr. 2, 2. pkt. indsættes, således at provisioner m.v. vedrørende varegæld m.v. og varefordringer m.v. ikke indgår i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.
- SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 4. pkt. indsættes, hvorefter tab og gevinst på obligationer udstedt til finansiering af udlån omfattet af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 3. pkt. og finansielle kontrakter i tilknytning hertil ikke medregnes i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.
- SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. pkt. indsættes, hvorefter urealiserede kursgevinster på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom ikke medregnes i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne, men i stedet kan fremføres til modregning i efterfølgende indkomstårs opgørelse af nettofinansieringsudgifter i urealiserede kurstab på samme kontrakt og i realiserede kurstab på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører.
- SEL § 11B, stk. 4, nr. 3 ændres, således at gevinst og tab på terminskontrakter m.v. kan medgå i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne.
- SEL § 11B, stk. 5, 8 pkt. vedrørende medregning af terminskontrakter m.v. i aktivmassen konsekvensændres, som følge af tilføjelsen af 4. og 6. pkt. i SEL § 11B, stk. 4, nr. 3. Beklageligvis henvises dog i ordlyden til SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 6. og 7. pkt. og ikke 5. og 7. pkt., som det rettelig burde være.
- SEL § 11B, stk. 10, 2. pkt. indføres, hvorved beskårne urealiserede kurstab på renteswaps vedrørende lån med sikkerhed i fast ejendom, uanset den treårige fremførselsadgang i SEL § 11B, stk. 10, 1. pkt., kan fremføres i hele kontraktens løbetid til fradrag i urealiserede kursgevinster på samme kontrakt og i realiserede kursgevinster på samme kontrakt, der realiseres i det indkomstår, hvor kontrakten ophører.

Lovforslag nr. 30 fremsat den 21. november 2011

- Det er foreslået, at grundbeløbet fastholdes til kr. 21,3 mio. og ikke reguleres efter PSL § 20.
- Det er foreslået, at ordlyden af SEL § 11B, stk. 4, nr. 3, 7. pkt. ændres, hvorved der skabes klarhed over at der heri består tre selvstændige undtagelser og ikke to kumulative betinger.

Bilag 3 – SEL § 11C

Ordlyden

”Den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter, jf. § 11 B, stk. 4, for selskaber, der er omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 i, 3 a-6, § 2, stk. 1, litra a og b, eller kulbrinteskattelovens § 21, stk. 4, kan maksimalt nedsættes med 80 pct. som følge af nettofinansieringsudgifterne efter eventuel fradragsbeskæring efter § 11 B. Den skattepligtige indkomst og nettofinansieringsudgifterne korrigeres for nettokurstab, der ikke beskæres efter § 11 B, stk. 1, 3. pkt. Beskæringen kan maksimalt nedsætte indkomstårets fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter til grundbeløbet efter § 11 B, stk. 3, og stk. 7, 2. pkt. Er den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter negativ, kan de fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter ikke overstige beløbet i 3. pkt. Beskårne nettofinansieringsudgifter efter 1.-4. pkt. kan fremføres til fradrag i efterfølgende indkomstår. Fremførte nettofinansieringsudgifter indgår i beregningen efter 1. pkt. i efterfølgende indkomstår.

Stk.2. Selskaber, der indgår i en sambeskatning efter § 31 eller § 31 A, opgør den skattepligtige indkomst og nettofinansieringsudgifter samlet. Grundbeløbet gælder samlet for de sambeskattede selskaber. Hvis der foretages fradragsbeskæring, reduceres selskabernes fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter forholdsmæssigt, i det omfang det enkelte selskabs nettofinansieringsudgifter overstiger 80 pct. af selskabets skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter. Hvis den tildelte fradragsbeskæring overstiger nettofinansieringsudgifterne i enkelte af selskaberne, fordeles den overskydende fradragsbeskæring forholdsmæssigt. Beskårne finansieringsudgifter fremføres samlet for de sambeskattede selskaber hos administrationsselskabet. Ved ophørsspaltning af administrationsselskabet fordeles de fremførselsberettigede finansieringsudgifter forholdsmæssigt efter den skattemæssige værdi i de modtagende selskaber.

Stk.3. Stk. 1 og 2 omfatter ikke livsforsikringsselskaber. Livsforsikringsselskaber kan som administrationsselskab i en sambeskatning fremføre beskårne nettofinansieringsudgifter. De beskårne nettofinansieringsudgifter kan ikke modregnes i livsforsikringsselskabets indkomst.”

Lovgrundlaget

Lov nr. 540 af 6. juni 2007 (L 213)

- Indgreb mod kapitalfonde ved indførelsen af SEL §§ 11B og 11C og en samtidig nedsættelse af selskabsskattesatsen.

Lov nr. 98 af 10. februar 2009 (L 23)

- SEL § 11C, stk. 1, 2. pkt. indføres, hvorefter der korrigeres for nettokurstab på fordringer, som ikke fradragsbeskæres efter SEL § 11B, stk. 1, 3. pkt. i forhold til både opgørelsen af EBIT og nettofinansieringsudgifterne.

- SEL § 11C, stk. 2, 3. pkt. ophæves, mens SEL § 11B, stk. 2, 3. og 4. pkt. tilføjes, således at en fradragsbeskæring ved en samlet opgørelse efter SEL § 11C, stk. 2, reducerer selskabernes fradragsberettigede nettofinansieringsudgifter forholdsmæssigt, i det omfang det enkelte selskabs nettofinansieringsudgifter overstiger 80 pct. af selskabets skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter. Såfremt den tildelte fradragsbeskæring overstiger nettofinansieringsudgifterne i de enkelte selskaber, fordeles den overskydende fradragsbeskæring forholdsmæssigt på de øvrige selskaber.

Lov nr. 460 af 12. juni 2009 (L 151)

- SEL § 1, stk. 1, nr. 2h indsættes (vandforsyningsselskaber) og tilføjes til subjekterne omfattet af SEL § 11C.

Lov nr. 529 af 26. maj 2010 (L 139)

- SEL § 1, stk. 1, nr. 2i indsættes (Naviair) og tilføjes til subjekterne omfattet af SEL § 11C.

Lovforslag nr. 30 fremsat den 21. november 2011

- SEL § 11C, stk. 1, 3. pkt. er foreslået ændret, således at der i forhold til grundbeløbet korrekt henvises til grundbeløbet i SEL § 11B, stk. 1, hvorved disse bliver identiske.

Bilag 4 – Rentefradragsbegrænsningsregler i andre lande

1. Indledning 331
2. Australien 331
3. Belgien 332
4. Brasilien 336
5. Canada 337
6. Frankrig 339
7. Holland 341
8. Indien 344
9. Irland 344
10. Italien 345
11. Japan 346
12. Kina 347
13. Luxembourg 347
14. New Zealand 348
15. Portugal 348
16. Rusland 349
17. Schweiz 350
18. Spanien 351
19. Storbritannien 352
20. Sverige 354
21. Tyskland 354
22. Ungarn 357
23. USA 357

1. Indledning

Der følger en naturlig suverænitet for ethvert land til at fastligge egne skatteregler, men der består samtidig en naturlig inspiration på tværs af grænser, der påvirker lovgivers udformning af reguleringen m.v.

Rentefradragsbegrænsningsregler til at modvirke aggressive finansieringsstrukturer, der vilkårligt kan flytte skatteprovenu ud af landet, har længe været en fast bestanddel af reguleringen i et utal af lande.[1258] I slutningen af 90'erne havde de fleste industrialiserede lande regler til at modvirke ikke-markedskonform gæld, hvilken baseres på enten et solvenskrav, et armslængdeprincip eller et *substans-over-form* princip. Tendensen i de senere år synes at være rettet mere mod selve skattebasen, herunder aktiverne og afkastet herfra.

Formålet med dette bilag er en præsentation af reguleringen i 22 lande. Fokus er på rentefradragsbegrænsningsregler, der skal modvirke vilkårlig udflytning af skattetilsvar.

2. Australien

Australien har siden 1987[1259] haft regler vedrørende tynd kapitalisering.[1260] Der sondres heri mellem indgående investorer og udgående investorer.[1261] Der anvendes i begge tilfælde et solvenskrav, og der foretages kun fradragsbeskæring, såfremt selskabets samlede gæld overstiger AUD 250.000 (ca. kr. 1,4 mio.).

Div. 820B vedrører udgående investorer, hvilket udgør selskaber med minimum et datterselskab eller fast driftssted, der ikke er hjemmehørende i Australien. Solvensen opgøres ved de regnskabsmæssige værdier, hvorefter selskabets korrigerede gennemsnitlige gæld (adjusted average debt), der overstiger den såkaldte maksimale gæld, fradragsbeskæres.

Den maksimale gæld opgøres som det største beløb af safe harbour gældsniveauet, armslængde gældsniveauet og selskabets globale gældsniveau[1262]. Disse opgørelser er tilsvarende baseret på regnskabsmæssige værdier og er relativt beregningstunge. Safe harbour gældsniveauet opgøres med udgangspunkt i den gennemsnitlige værdi af selskabets aktiver i indkomståret. Herfra fratrækkes gennemsnitsværdien af koncerninterne fordringer, aktiebeholdninger i koncernselskaber og alle ikke-gældsforpligtelser, herefter der slutteligt multipliceres med 75 pct.[1263] Armslængde gældsniveauet opgøres på baggrund af, hvad selskabet ville påtage sig af gæld til finansiering af driften i Australien, og hvad en uafhængig långiver ville yde af lån. Der skal ved vurderingen af armslængde gældsniveau ses bort fra koncernintern gæld samt gæld til tredjemand, hvor et koncernselskab har stillet sikker-

[1258] Se eksempelvis *Dib*, Bulletin i Bulletin for International Taxation 2010, vol. 64 (6), p. 336 ff.
[1259] Se Taxation Laws Amendment Bill (No.4) 1987.
[1260] Se Div. 820 i Income Tax Assessment Act fra 1997.
[1261] Se Div. 820 B-E. Samtidigt sondres mellem *authorised deposit-taking institution* (ADI) og *non-authorised deposit-taking institution* (non-ADI), hvor kun sidstnævnte behandles i dette bilag, da førstnævnte udgør særregulering ved finansielle institutioner m.v.
[1262] Sidstnævnte omfatter kun selskaber, der ikke også er en indgående investor, og kun såfremt den globale egenkapital ikke er negativ.
[1263] Der gælder særlige regler ved opgørelse for finansielle investorer.

hed herfor. Det globale gældsniveau opgøres som koncernens totale gæld divideret med koncernens totale egenkapital, der herefter multipliceres med 1,2. Afslutningsvis divideres resultatet med resultatet plus én, og multipliceres med værdien af gælden, som opgjort ved safe harbour opgørelsen.[1264]

Fradragsbeskæringen opgøres som den overskydende gæld divideret med den gennemsnitlige totale gæld multipliceret med de fradragsberettigede renteudgifter m.v. Såfremt den udgående investors gennemsnitlige samlede aktiver allokeret til Australien i løbet af året divideret med selskabets gennemsnitlige samlede aktier i løbet af året ikke er mindre end 0,9, og såfremt selskabet ikke også er indgående investor, vil der ikke ske fradragsbeskæring efter Div. 820B.

Div. 820C vedrører indgående investorer, hvilket udgør datterselskaber og faste driftssteder i Australien af udenlandske enheder, der ikke samtidigt også er udgående investorer, da disse omfattes af Div. 820B. Selskabets gæld fratrækkes eventuelle koncerninterne fordringer, og sammenholdes med det største beløb af safe habour gældsniveauet og armslængde gældsniveauet. Fradragsbeskæringen beregnes som ovenfor.

Reguleringen er forholdsvis beregningstung. Der er i reguleringen både indeholdt en armslængdetest af gældsniveauet samt en relationstest i forhold til aktiviteterne i Australien. Safe habour testen nedbringer dokumentationskravet til selskaberne i forhold til en armslængde test, således at der undgås administrative byrder ved en sådan dokumentation, hvorfor safte habour testen oftest anvendes i praksis.

Slutteligt skal det bemærkes, at samspillet mellem armslængde gældsniveauet og den almindelige transfer pricing regulering er omdiskuteret i Australien. De australske skattemyndigheder har givet udtryk for, at armslængde renten fastsættes på baggrund af selskabets armslængde gældsniveau og ikke det faktiske gældsniveau, og uanset om Div. 820 finder anvendelse.[1265] Det er tvivlsomt, om det kan tages til udtryk for gældende ret.

3. Belgien

I Belgien introduceredes den såkaldte Notional Interest Deduction regel i 2005.[1266] Der ydes efter NID-reglen fradrag for *fiktive* kapitalomkostninger ved egenkapitalen. Derved reduceres behovet for rentefradragsbegrænsningsregler m.v., da selskabet opnår fradragsret, uanset om selskabet finansieres ved egenkapital eller fremmedkapital. Det er dog ikke ensbetydende med, at der ikke består et behov for regulering af vilkårlig udflytning af skatteprovenu, da Belgien fortsat har en høj formel selskabsbeskatning på 33,9 pct.[1267]

Renteudgifter m.v. er fradragsberettigede i Belgien, såfremt disse medgår til at erhverve, sikre eller vedligeholde skattepligtig indkomst. Der er i de senere år konstateret en skærpende holdning hos skattemyndigheder, der bl.a. anvender en såkaldt *cash drain test*.

[1264] Der henvises til opgørelsen af gælden og ikke safe harbour gælden, dvs. før multiplikation med 75 pct.
[1265] Se Tax Ruling TR 2010/7 samt *Bernsen og von Haffner* i SU 2011, 224.
[1266] Se *Vanhaut* (2008), p. 157.
[1267] Selskabsskatten udgør 30 pct. hvortil der tilgår et tillæg på 3 pct. af den beregnede skat før fradrag for kildeskat, forudbetalinger og lempelser for udenlandske skatter.

Der anvendes følgende fire betingelser:

1. Udgiften skal være nødvendig sammenhængende med udøvelse af selskabets aktiviteter eller formål[1268] (kausal)
2. Udgiften skal være afholdt med det formål at erhverve, sikre eller vedligeholde skattepligtig indkomst (hensigt)
3. Udgiften skal være afholdt i indkomståret
4. Udgiftsbeløbet skal dokumenteres

Cash drain testen anvendes bl.a. i forhold til hensigtsbetingelsen.[1269] Afgørende heri er ikke det faktiske resultat, men den forventning, som selskabet måtte have på transaktionstidspunktet. Det er skattemyndighedernes opfattelse, at hensigten skal være at erhverve, sikre eller vedligeholde skattepligtig indkomst, hvorved der forstås nettoindkomsten før skat. Afgørende er derfor de forventede øgede skattepligtige indtægter fratrukket udgifterne hertil, således at renteudgifterne m.v. ikke er fradragsberettigede, såfremt renteudgifterne m.v. overstiger de forventede skattepligtige indtægter, dvs. en sammenholdelse af den forventede ændring i de skattepligtige indtægter i forhold til ændringerne i udgifterne. Derved sikres det at renteudgifter m.v. ikke anvendes til udflytning af skatteprovenu, men en sådan test er særdeles omdiskuteret, og myndighedernes hjemmel til en sådan test synes uklar.[1270]

Renteudgifter m.v. til selskaber m.v. hjemmehørende i lavskattelande, såsom Lichtenstein, Isle of Man og andre Kanaløer, ikke er fradragsberettiget, medmindre selskabet dokumenterer, at låneforholdet og renteudgifterne m.v. er markedskonforme (armlængde). Det indbefatter, at der består et kapitalbehov, som banker ikke er villige til at dække eller at gældsætningen har tilknytning til en konkret investering.[1271] Der er derved tale om en udvidet bevisbyrde pålagt skatteyderen. Det betinges ikke, at selskaberne er koncernforbundne, men blot at den skattemæssige behandling af renteindtægten m.v. hos långiver er favorabel i forhold til den almindelige beskatning i Belgien. Det gælder bl.a., såfremt selskabsbeskatningen i det pågældende land er mindre end 15 pct.[1272]

Hertil kommer desuden at rentebetalinger m.v. på mere end EUR 100.000 per indkomstår til selskaber hjemmehørende i visse lavskattelande, skal oplyses i et særligt tillæg til selvangivelsen for overhovedet at være fradragsberettigede. Rapporteringspligten omfatter rentebetalinger og udbytteudlodninger m.v. til lande, hvor selskabsbeskatningen er mindre end 10 pct. En manglende rapportering pålægges bødestraf. Der udarbejdes hvert andet år en liste med omfattede lande.

Belgien har herudover regulering vedrørende tynd kapitalisering.[1273] Det følger, at rentebetalinger m.v. til långivere, der er underlagt en favorabel skattemæssige behandling i forhold til den almindelige skattemæssige behandling i Belgien, ikke er fradragsberettigede for selskaber og faste driftssteder

[1268] Heri indgår det vedtægtsmæssige formål.
[1269] Det er omdiskuteret om alle betingelserne skal opfyldes, særligt anvendelse af både en klausalbetingelse og hensigtsbetingelse. Se herom af *Lai and Lievens* i Derivatives & Financial Instruments 2011, vol. 13 (2), p. 63 ff.
[1270] Se *Lai and Lievens* i Derivatives & Financial Instruments, vol. 13 (2), p. 63 ff.
[1271] Se *Broe* (2009), p. 110.
[1272] Se *Vanhaut* (2008), p. 171 samt *Broe* (2009), p. 116 ff.
[1273] Denne anses dog i praksis for at være af uvæsentlig betydning, da reguleringen er relativ lempelig. Se *Vanhaut* (2008).

i Belgien. Det betinges ydermere, at selskabets gæld i løbet af indkomståret i forhold til egenkapitalen[1274] overstiger forholdet 7:1. Gældsbegrebet omfatter alle pengelån, dog ikke obligationer m.v. der handles offentligt, og kun gæld til disse lavt beskattede långivere. Derved begrænses anvendelsesområdet betydeligt.[1275] Selve fradragsbeskæringen omfatter renteudgifter m.v. af den overskydende gæld, og der er ingen fremførselsadgang.

Hertil kommer særregulering, der skal modvirke konvertering af udbytte og løn til renteudgifter m.v. Det omfatter selskabets gæld til individuelle aktionærer, bestyrelsesmedlemmer, direktører m.v. og nærtstående hertil samt gæld til ikke-hjemmehørende selskaber, der fungerer som bestyrelsesmedlem, direktør eller lignede i långiver. Renteudgifterne m.v. omkvalificeres herefter til udbytte, såfremt den omfattede gæld i forhold til egenkapitalen overstiger forholdet 1:1. Det var netop omdrejningspunktet i Lammers & Van Cleeff NV C-105/07, hvor EU-Domstolen fandt en sådan regulering uforenelig med den traktatfæstede etableringsfrihed, da en sådan omkvalificering udelukkende omfattede gæld til långivere, der ikke var hjemmehørende i Belgien. Det har dog ikke givet anledning til lovændringer.

3.1 Notional Interest Deduction

Belgien har længe gjort en særlig indsats for at tiltrække investeringer, og havde bl.a. gunstige skatteregler for koncerninterne finansieringsselskaber helt frem til 2010 - det såkaldte koordineringscentresystem. Den skattepligtige indkomst opgjordes bl.a. ud fra selskabets estimerede omkostninger tillagt en margin (cost-plus metoden). Europa-Kommissionen afgjorde den 17. februar 2003, at det udgjorde statsstøtte uforeneligt med TEUF,[1276] hvorefter at Belgien opgav systemet.

I stedet introduceredes i 2005[1277] den særlige NID-regel, hvorefter selskaber og faste driftssteder i Belgien opnår et særligt fradrag beregnet som en procentdel af egenkapitalen – *Notional Interest Deduction*. Det må anses for særdeles innovativt i en tid, hvor der synes et større fokus på rentefradragsbegrænsningsregler. Formålet var bl.a. at sikre en større grad af skattemæssig neutralitet i valget mellem egenkapital og fremmedkapital og desuden at erstatte koordinationscentresystemet.[1278] NID-reglen indførtes som led i den internationale tendens til at reducere selskabsbeskatningen, og det vurderedes af lovgiver, at NID-reglen ville nedbringe selskabsbeskatningen fra 33,99 pct. til en effektiv beskatning på ca. 26 pct.[1279]

[1274] Egenkapitalen opgøres som den indbetalte egenkapital ved indkomståret udløb tillagt tilbageholdt overskud primo indkomståret.
[1275] Det er anført, at det høje solvenskrav formentlig er en konsekvens af at de belgiske koordinationscentre ikke ønskedes omfattet, men af EU-retlige hensyn måtte omfattes. Denne begrundelse eksisterer ikke længere, da koordinationscentresystemet blev erstattet af NID-reglen i 2007. Se eksempelvis *Broe* (2009), p. 114 samt *International Fiscal Association* (2010), p. 120.
[1276] Se Europa-Kommissionens beslutning af 17. februar 2003 om Kongeriget Belgiens støtteordning til fordel for koordinationscentre, som er hjemmehørende i Belgien (K(2003) 564).
[1277] NID-reglen indførtes med virkning fra indkomståret 2007.
[1278] Det ansloges at ca. 120 selskaber anvendte koordinationscentresystemet, og at mere end 100 selskaber forblev i Belgien og nu anvender NID-reglen. Det lykkedes derved at bevare Belgiens status, som et attraktivt investeringsland.
[1279] Se *Bombeke og von Frenckell* i Derivatives & Financial Instruments 2006, vol. 8 (4), p. 167 ff.

NID-fradraget beregnes ved at multiplicere egenkapitalen (*egen vermogen*) med den gennemsnitlige rente på 10-årige fastforrentede statsobligationer. Egenkapitalen følger den regnskabsmæssige opgørelse, og der tages udgangspunkt i egenkapitalen ultimo det foregående indkomstår.[1280] Såfremt selskabet er nystiftet opgøres egenkapitalen på stiftelsestidspunktet. Der foretages dog visse justeringer ved opgørelsen af egenkapitalen, således at egenkapitalen ikke kunstigt/teknisk forhøjes.[1281] Følgende fragår i den opgjorte regnskabsmæssige egenkapital:

- Nettoværdien af selskabets egne aktier, aktier i datterselskaber og andre strategiske aktieposter (finansielle anlægsaktier)[1282]
- Den skattemæssige nettoværdi af aktier i visse investeringsselskaber
- Den positive forskelsværdi mellem aktiver og passiver allokeret til et udenlandsk fast driftssted beliggende i et land, hvorved Belgien har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst[1283]
- Den positive nytteværdi af fast ejendom beliggende i et land, hvorved Belgien har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst

Hertil kommer særlige udnyttelsesreguleringer:

- Nettoværdien af materielle aktiver, der overstiger det forretningsmæssige behov på urimelig vis (urimelige investeringer såsom luksusbiler)
- Værdien af investeringsaktiver, der ikke producerer fast periodisk indkomst (smykker, diamanter m.v.)
- Værdien af fast ejendom, der kun benyttes af personer, der har fuldmagt i selskabet samt ægtefæller og børn hertil[1284]
- Urealiserede skattefri kapitalgevinster, som medgår i regnskabsopgørelsen (revaluation gains) samt skattefri kapitaltilskud og særlige udgifter til forskning og udvikling[1285]

Der foretages justeringer af den opgjorte egenkapital efter et vejet gennemsnit, såfremt at egenkapitalen ændres i det aktuelle indkomstår. Ændringerne effektueres den 1. i den efterfølgende måned, hvori ændringen er sket, hvorved der slutteligt foretages en samlet opgørelse af egenkapitalen ud fra et vejet gennemsnit per måned ud fra indkomstårets længde.

NID-fradraget udgør 3,492 pct. for indkomståret 2012. Den anvendte rente kan ikke ændres med mere end 1 procentpoint i forhold til sidste indkomstår, og det maksimale fradrag udgør som hovedregel 6,5 pct., men er i 2012 fastlagt til 3,8 pct. For små og mellemstore selskaber forøges fradraget og fradragsloftet med 0,5 procentpoint, da gældsfinansieringen ofte er dyrere (sværere) at opnå for disse, og derfor rammes hårdere af den manglende neutralitet i selskabsfinansieringen. Der anven-

[1280] Selskaber, der anvender en såkaldt forenklet regnskabsopgørelse, kan ikke anvende den heri opgjorte egenkapital.
[1281] Se mere herom af *Haelterman og Verstraete* i Bulletin for International Taxation 2008, vol. 62 (8), p. 362 ff.
[1282] Heri indgår ikke omsætningsaktier.
[1283] Derimod korrigeres ikke i forhold til lande, hvormed Belgien ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, da afkastet da ikke fritages fra beskatning i Belgien.
[1284] Se *Carron og Couder* i SU 2008, 268.
[1285] Se mere herom af *Bombeke og von Frenckell* i Derivatives & Financial Instruments 2006, vol. 8 (4), p. 167 ff.

des derved en standardrente, som det ligeledes er tilfældet efter SEL § 11B, og denne opgøres ud fra den gennemsnitlige rente på 10-årige fastforrentede statsobligationer (belgiske) i kalenderåret forud for indkomståret.

NID-fradraget effektueret før modregning af eventuelle fremførte underskud. En eventuel uudnyttet NID-fradragsret kan fremføres i 7 kalenderår, og fortabes ikke ved fusioner eller lignende, medmindre selskabet overdrages uden en forretningsmæssig begrundelse, hvorved handel med NID-fradrag søges hindret.

NID-fradraget er i udgangspunktet obligatorisk og omfatter alle selskabsskattepligtige selskaber og faste driftssteder, uanset aktivitet, branche m.v. NID-fradraget kan dog fravælges, hvilket eksempelvis kan være fordelagtigt, såfremt selskabets indkomst anses for CFC-indkomst i et andet land.

Den grundlæggende tanke bag NID-reglen er, at investors afkastkrav opgøres efter skat og afhænger af investeringens risiko. En aktionærs afkastkrav opdeles i to, dvs. først og fremmest afkastkravet ved en risikofri (lav risiko) investering og herudover kompensation for den yderligere risiko, som en aktionær påtager sig. NID-reglen medfører fradrag for første del af aktionærens afkastkrav, således at dette er fradragsberettiget, hvorved der opnås en større grad af neutralitet i selskabsfinansieringen.[1286] Der sikres dog ikke neutralitet, da der fortsat ikke er fradrag for den yderligere risiko, ligesom at beskatningen af investor ikke inddrages.

NID-reglen er kritiseret for at skabe incitament til gældsfinansiering af egenkapital, dvs. optage gæld, for herefter at indskyde provenuet som egenkapital, og derved opnå dobbeltfradrag. Moderselskabet opnår fradrag for renteudgifterne m.v., mens datterselskabet opnår et øget NID-fradrag. De belgiske myndigheder er opmærksomme på denne *double dipping,* uden at det dog har givet anledning til lovændringer.

NID-reglen erstattede, som bekendt, koordinationscentre-systemet efter at dette fandtes at udgøre ulovlig statsstøtte. Da NID-reglen ikke indeholder et selektivt element, fandtes det ikke nødvendigt at give Europa-Kommissionen meddelelse herom. Der er forlydende om, at Europa-Kommissionen overvejer at indlede traktatbrudssag mod Belgien, såfremt NID-reglen ikke ændres, således at der i opgørelsen af egenkapitalen ikke reduceres for værdien af aktiver og passiver allokeret til et fast driftssted eller fast ejendom beliggende indenfor EU og EØS, da dette synes uforenelig med art. 49 TEUF og art 63 TEUF.[1287] Der er dog fortsat ikke anlagt traktatbrudssag eller taget initiativ hertil.

4. Brasilien

I Brasilien betinges fradrag af at udgiften er almindelig og nødvendig, hvilket ligeledes gælder i forhold til renteudgifter m.v. Udgiften skal være almindelig og generelt accepteret i den pågældende transaktion eller den pågældende branche, og samtidig ikke større end hvad markedsforholdene tilsiger.

[1286] Se også *Bombeke og von Frenckell* i Derivatives & Financial Instruments 2006, vol. 8 (4), p. 167 ff.
[1287] Se *Offermanns* i Tax News Service (IBFD), dateret 4. marts 2009.

Skattemyndighederne har tidligere omkvalificeret såkaldt *excessive debt* til egenkapital ud fra en generel misbrugsbetragtning. Det skete bl.a. ud fra en vurdering af markedskonformiteten af både vilkårene og selve gældsstiftelsen. Anvendelsen heraf er ikke prøvet ved domstolene, men er godkendt i det administrative system. Der består dog fortsat en reel tvivl om gyldigheden heraf.[1288]

Der blev i 2009 taget initiativ til særregler om tynd kapitalisering til at modvirke udflytning af skatteprovenu, og blev indført ved lov i 2010.[1289] Tynd kapitalisering reguleringen omfatter udelukkende gæld til ikke-hjemmehørende långivere, og der sondres mellem ikke-hjemmehørende långivere og långivere hjemmehørende i et lavskatteland. Der er et stærkt fokus på de skattemæssige incitamenter til anvendelsen af gæld til udflytning af skattetilsvar.

Der anvendes heri et fast solvenskrav. Solvenskravet afhænger af, om långiver er hjemmehørende i et lavskatteland eller ej. Såfremt långiver ikke er hjemmehørende i et lavskatteland udgør solvenskravet 2:1. Solvensgraden anvendes både i forhold til gælden til den individuelle långiver kontra dennes ejerandel i låntager[1290] og i forhold til den samlede koncerninterne gæld kontra den samlede egenkapital ejet af relaterede parter. Reguleringen omfatter udelukkende koncernintern gæld m.v. samt tredjemandsgæld, hvortil et koncernselskab har stillet sikkerhed. Koncernbegrebet er særdeles bred og omfatter både horisontal og vertikal koncernforbindelse på baggrund af både direkte og indirekte ejerandel (10 pct.) eller anden kontrol, herunder agentaftaler m.v.

Såfremt långiver er hjemmehørende i et lavskatteland, dvs. hvor selskabsbeskatningen er lavere end 20 pct.,[1291] udgør solvenskravet 0,3:1. Selskabets samlede gæld til långivere hjemmehørende i lavskattelande sammenlignes med selskabets samlede egenkapital i denne solvensopgørelse. Opgørelsen foretages på tidspunktet for renteudgifterne m.v., dvs. ved betaling eller tilskrivning og derved løbende. Egenkapitalen opgøres efter brasiliansk GAAP, og som et vægtet månedligt gennemsnit.[1292]

Fradragsbeskæringen opgøres som renteudgifter m.v. vedrørende den del af gælden, der overstiger solvenskravet. Der er ingen mulighed for dokumentation af gældsforholdets markedskonformitet eller lignende. Det er forsat uafklaret om gældsforhold op til solvenskravet kan omkvalificeres efter en generel misbrugsbetragtning, som tidligere anvendt.[1293]

5. Canada

I Canada er selskabsbeskatningen todelt, dvs. på henholdsvis føderalt- og provins-/territorialtniveau. Den føderale selskabsskat udgør 15 pct. i 2012, mens beskatningen på provinsniveau m.v. varierer fra

[1288] Det skete i henholdsvis 2005 og 2009. Se *Dib* i Bulletin for International Taxation 2010, vol. 64 (6), p. 336 ff.
[1289] Se lov nr. 12.249 2010.
[1290] Såfremt långiver ikke har en direkte ejerandel i låntager, anvendes låntagers samlede egenkapital, ligesom at den samlede opgørelse foretages mellem gæld til relaterede parter, der ikke har en indirekte ejerandel, i forhold til den samlede egenkapital.
[1291] Et lavskatteland defineres ligeledes som et land, hvori der ikke i landets lovgivning består et økonomisk substanskrav for ikke-hjemmehørende subjekter eller hvis ejerskab eller navnet på selskaber hjemmehørende i landet er fortroligt. Det omfatter eksempelvis Holland, Luxembourg og Danmark.
[1292] Se *Carramaschi* i Derivatives & Financial Instruments 2010, vol. 12 (6), p. 187 ff.
[1293] Se også mere generelt *Ferraz og Tomazela* i SU 2009, 1.

2 pct. til 16 pct. Rentefradrag m.v. betinges af, at påtagelsen heraf sker med henblik på skabelsen af indkomst, og at renteudgiften m.v. er rimelig.

Canada indførte i 1972 særregler om tynd kapitalisering og indeholdes fortsat i Sec. 18(4) og 18(6) i Income Tax Act (ITA). Det følger af Sec. 18(4) og 18(6), at et tyndt kapitaliseret selskab ikke har fradragsret for renteudgifter m.v. af overskydende gæld (*excessive debt*). Det omfatter udelukkende gæld til udenlandske koncernforbundne långivere m.v., og skal hindre udflytning af skatteprovenu. Det angives, at uden regler om tynd kapitalisering er det attraktivt for udenlandske investorer, der kontrollerer canadiske selskaber, at foretage deres investering i selskabet med uforholdsmæssig meget gæld i forhold til egenkapital, hvilket søges modvirket ved tynd kapitaliseringsreguleringen.[1294]

Det skal bemærkes, at kun (låntager)selskaber omfattes af reguleringen, hvorved eksempelvis faste driftssteder, partselskaber, trust m.v. ikke omfattes. Det blev i 1999 foreslået af en nedsat arbejdsgruppe, at udvide anvendelsesområdet, men det er ikke sket.[1295] De omfattede långivere omfatter ikke-hjemmehørende aktionærer, der på et tidspunkt alene eller sammen med *ikke-armslængde personer* repræsenterer mindst 25 pct. af de samlede stemmerettigheder eller ejer mindst 25 pct. af den samlede aktiekapital opgjort til markedsværdien.

Et selskab er tyndt kapitaliseret, såfremt selskabets gæld i forhold til egenkapitalen overstiger forholdet 2:1. Fradragsbeskæringen omfatter udelukkende renteudgifter m.v. vedrørende den overskydende gæld til de ikke-hjemmehørende kontrollerende långivere, og i opgørelsen indgår udelukkende gæld til ikke-hjemmehørende kontrollerende långivere. Gælden opgøres som ved et månedligt gennemsnit, således at den højeste gæld i løbet af måneden lægges til grund ved gennemsnitsberegningen, hvilket særligt må haves for øje ved refinansieringer m.v. Det skal bemærkes, at rentefri gældsforhold samt gæld til tredjemand, hvor der er stillet sikkerhed af et koncernselskab, ikke medregnes, ligesom at der ikke sker modregning af tilgodehavender. Egenkapitalen opgøres som summen af *retained earnings* (tilbageholdt indtjening) efter Canadisk GAAP primo indkomståret, årets gennemsnit ved overkurshenlæggelser fra ikke-hjemmehørende kontrollerende långivere m.v. opgjort primo hver måned med afslutning i indkomståret, og slutteligt gennemsnittet af indbetalt kapital fra ikke-hjemmehørende kontrollerende långivere m.v. opgjort primo hver måned med afslutning i indkomståret.[1296]

Fradragsbeskæringen beregnes på baggrund af den omtalte overskydende gæld til ikke-hjemmehørende långivere. Den overskydende gæld divideres med den samlede gæld til ikke-hjemmehørende långivere og multipliceres sluttelig med alle renteudgifterne m.v. vedrørende gæld til ikke-hjemmehørende långivere.

I 2008 foretoges en analyse af kapitalstrukturen (skattemæssig) i canadiske selskaber, og det konkluderedes heri, at forholdet mellem gæld og egenkapital i gennemsnit udgjorde 1,06:1, og at kun kapitalstrukturen i selskaber, der var næringsdrivende ved køb og salg af fast ejendom, afveg signifikant

[1294] Se hertil *International Fiscal Association* (1996), p. 171 ff.
[1295] Se *Conway et al.* i Bulletin for International Taxation 2009, vol. 63 (8), p. 338 ff.
[1296] Der henvises udelukkende til eksisterende ikke-hjemmehørende kontrollerende långivere. Se også *Bundgaard* (2000), p. 311 ff., *Wilkie* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (1), p. 31 ff. samt *Boidman og Kandev* i Bulletin for International Taxation 2009, vol. 63 (8), p. 363 ff.

fra 2:1 forholdet. Undersøgelsen vedrørte årerne 2001-2005 og det konkluderes på baggrund heraf, at 2:1 forholdet ikke synes urimeligt.[1297] Det er dog også fremført, at det netop kan understrege, at et fast solvenskrav ikke er vejen frem, da solvenskravet netop rammer visse industrier eller selskaber hårdere end andre, og at selskaber med en lav solvensgrad kan benytte koncernintern gæld til udflytning af skatteprovenu op til solvenskravet på 2:1.[1298] Rapporten har ikke givet anledning til lovændringer.

En arbejdsgruppe kom i 2009 med anbefalinger om, bl.a. at nedsætte solvenskravet til 1,5:1 samt udvide anvendelsesområdet til også at omfatte faste driftssteder, partnerselskaber, trust m.v. Det blev tilsvarende overvejet at udvide anvendelsesområdet til at omfatte gæld til tredjemand, herunder hvor der var stillet sikkerhed herfor, men det fandtes ikke nødvendigt. Det skete på baggrund af en analyse af bl.a. reguleringen i USA, Tyskland, Italien og Storbritannien, og arbejdsgruppen konkluderede, at:

"*Canadas current approach has stood the test of time and works well: it is effective, transparent and relatively simple to administer and comply with.*"[1299]

Det skal slutteligt bemærkes, at det i marts 2007 blev foreslået at eliminere rentefradraget m.v., såfremt gælden anvendtes til at finansiere datterselskaber hjemmehørende i udlandet. Det mødte dog stærk modstand fra erhvervslivet og rådgivere, hvorfor der i stedet indførtes særregulering i forhold til lavskattelande i Sec. 18(2) i forbindelse med det såkaldte *Anti-Tax Haven Initiative*.[1300] Det blev under lovarbejdet fremhævet, at bestemmelsen skal modvirke multinationale selskaber i at opnå dobbeltfradrag ved kun én investering.[1301] Det klassiske eksempel er et Canadisk selskab (A) som optager bankgæld, hvorefter A indskyder låneprovenuet i et selskab (B) beliggende i et lavskatteland. B udlåner herefter låneprovenuet/indskuddet til koncernselskab C, hvor kapitalen reelt anvendes til investering i driftsaktiver. Konsekvensen er rentefradrag i selskab A og C, mens selskab B typisk lavt eller slet ikke beskattes af renteindtægten, mens at A kan modtage skattefri udbytter fra B. Sec. 18(2) var særdeles kompliceret og skulle have virkning fra 2012, men blev i 2009 ophævet efter kritik om, at en sådan regel skabte en konkurrencemæssig ulempe for canadiske selskaber. Debatten har ikke udmøntet sig i ny regulering.

6. Frankrig

Reglerne om tynd kapitalisering blev i Frankrig reformeret med virkning fra 1. januar 2007,[1302] efter at der var skabt tvivl om den EU-retlige konformitet samt foreneligheden med diskriminationsfor-

[1297] Se *Farrar og Mawani* i Canadian Academic Association Annual Conference 2008.
[1298] Se *Webber* i Tax Notes International, vol. 60 (9), p. 682 ff.
[1299] Samme arbejdsgruppe anbefalede afskaffelsen af Sec. 18(2). *Se Conway et al.* i Bulletin for International Taxation 2009, vol. 63 (8), p. 338 ff.
[1300] Der vedtoges samtidigt en nedsættelsen af den føderale selskabsskattesats. Se mere herom af *Boidman og Kandev* i Bulletin for International Taxation 2009, vol. 63 (8), p. 363 ff.
[1301] Herved forstået en anvendelse af låneprovenuet, som indskud af egenkapital, ikke udgør en reel investering.
[1302] Bestemmelsen blev senest ændret med virkning fra 1. januar 2011, hvorefter også tredjemandsgæld omfattes, såfremt der er stillet sikkerhed herfor fra koncernforbundne parter.

buddet i de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.[1303] Der er indbygget en flerhed af betingelser i den reformerede art. 212,[1304] hvorved vilkårlig udflytning af skatteprovenu søges undgået.

Reguleringen omfatter alle selskaber hjemmehørende i Frankrig samt faste driftssteder og fast ejendom i Frankrig[1305] og omfatter al gæld til koncernforbundne parter, dog ikke varekreditter, cash pools arrangementer m.v. Parterne er koncernforbundne, såfremt et selskab direkte eller indirekte[1306] ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller de facto kontrollerer selskabet (ledelseskompetence).[1307] Hertil kommer desuden den horisontale sammenhæng, hvor et tredjeselskab direkte eller indirekte ejer mere end 50 pct. af aktiekapitalen i begge selskaber eller de facto kontrollerer disse. Slutteligt omfattes også gæld til tredjemand, hvor en koncernforbunden part har stillet sikkerhed for gælden.

Det følger herefter, at renteudgifter m.v. udelukkende er fradragsberettigede for den del der ikke overstiger den gennemsnitlige årlige rente på et 2-årigt erhvervslån (bank). Renteudgifter m.v., der ikke overstiger denne grænse, anses for at være på armslængdevilkår. Det er dog muligt at anvende en højere referencerente, såfremt det kan dokumenteres, at denne udgør markedsrenten. Det kan ske ud fra en vurdering af renten på et lignende gældsforhold på lignende vilkår mellem uafhængige parter. Det udgør en selvstændig endelig fradragsbeskæring efter art. 212, stk. 1.

Der foretages herefter en treleddet test i art. 212. Det tidligere gældende solvenskrav genfindes i 1. test, hvori det betinges at årets gennemsnitlige gæld til koncernforbundne parter i forhold til egenkapitalen overstiger forholdet 1,5:1. Gælden omfatter kun gæld til koncernforbundne parter samt gæld til tredjemand, hvor der er stillet sikkerhed herfor,[1308] og opgøres ud fra et dagligt gennemsnit. Egenkapitalen opgøres som:

- Fransk GAAP opgjort primo eller ultimo regnskabsåret, eller
- Aktiekapitalen ultimo indkomståret

Det er valgfrit, hvilken opgørelsesmetode der anvendes, og valget er ikke bindende for hverken følgende indkomstår eller eventuelle koncernselskaber. Ved faste driftssteder anvendes dotationskapitalen (*Dotation en capital*) tillagt årets overskud eller blot årets overskud, såfremt det faste driftssted ikke har en dotationskapital.[1309]

Det betinges i 2. test, at armslængde renteudgifterne m.v. overstiger 25 pct. af den justerede skattepligtige indkomst (EBITDA). Den justerede skattepligtige indkomst opgøres som resultatet før skat tillagt rentebetalinger m.v. til koncernforbundne parter og tredjemandsgæld, hvorved koncernforbundne parter har stillet sikkerhed, afskrivninger samt leasingbetalinger.

[1303] Bestemmelsen fandt udelukkende anvendelse, hvor långiver ikke var hjemmehørende i Frankrig. Se mere herom af *Dussert* i Derivatives & Financial Instruments 2004, vol. 6 (5), p. 211 ff., *Sarfati* i Derivatives & Financial Instruments 2004, vol. 6 (4), p. 200 ff. samt *Marciniak-Granotier* i Derivatives & Financial Instruments 2009, vol. 11 (5), p. 148 ff.
[1304] Code Général des Impôts
[1305] Banker og kreditinstitutter m.v. omfattes ikke.
[1306] Den tidligere regulering omfattede udelukkende direkte aktionærer.
[1307] Definitionen følger af art. 39 i Code Général des Impôts.
[1308] Se mere herom af *Marciniak* i Derivatives & Financial Instruments 2011, vol. 13 (2), p. 54 ff.
[1309] Se mere herom af *Douvier* og Lordkipanidze i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (3), p. 136 ff. samt *Marciniak-Granotier* i Derivatives & Financial Instruments 2009, vol. 11 (5), p. 148 ff.

Det betinges i 3. test, at armslængde renteudgifterne m.v. overstiger skattepligtige renteindtægter m.v. fra koncernforbundne parter og andre långivere, hvor der er stillet sikkerhed for gælden, hvorved art. 212 udelukkende omfatter udflytning af skatteprovenu (nettoopgørelse).

Selskabet er tyndt kapitaliseret, såfremt ovenstående betingelser er opfyldt.[1310] Det er en forudsætning, at de overskydende nettorenteudgifter m.v. overstiger EUR 150.000. Fradragsretten fortabes udelukkende for nettorenteudgifterne m.v. og i forhold til det mindste beløb af ovenstående grænser. Beskårne renteudgifter m.v. kan fremføres til modregning i senere indkomstår, hvor disse modregnes i en eventuel difference op til 25 pct. af EBITDA. Såfremt de fremførte beskårne renteudgifter m.v. ikke modregnes i det følgende indkomstår, fortabes de fremførte beskårne fradrag herefter med 5 pct. per indkomstår. De fremførte beskårne fradrag fortabes ligeledes, såfremt selskabet eller selskabets aktiviteter ophører. Ved skattepligtige omstruktureringer kan fremførte beskårne fradrag overføres, men det kræver tilladelse fra myndighederne, som det ligeledes er tilfældet ved fremførte underskud.

Fradragsbeskæringen kan afværges, såfremt selskabet dokumenterer, at selskabets solvensgrad ikke er lavere end solvensgraden for den globale koncern, som selskabet end måtte tilhøre. Koncernen defineres ud fra den regnskabsmæssige definition.[1311] Sammenligningen foretages ultimo regnskabsåret og indeholder al gæld, mens egenkapitalen opgøres som ovenfor, blot på konsolideret basis således at eksempelvis aktiebesiddelser i koncernselskaber samt udbytter herfra, udgår af opgørelserne.

Art. 212 anvendes på stand-alone basis. Dog gælder det, at såfremt selskabet indgår i sambeskatning, så anvendes reglerne først på stand-alone basis i de enkelte koncernselskaber og herefter også på konsolideret basis. Der skal ved opgørelsen af gælden bortses fra gæld mellem de sambeskattede selskaber, mens egenkapitalen opgøres samlet som ovenfor, dog således at der ses bort fra aktier i sambeskattede selskaber m.v. Det følger samtidigt, at eventuelt individuelle fradragsbeskårne renteudgifter m.v. fremføres samlet hos administrationsselskabet, dog ikke fra før sambeskatningen. Nettorenteudgifter kan ikke fradrages udover renteudgifter m.v. til koncernforbundne parter, der ikke indgår i sambeskatningen, tillagt eventuelt udnyttede fremførte beskårne fradrag, der overstiger 25 pct. af den konsoliderede justerede EBITDA.[1312] Eventuelt beskårne renteudgifter m.v. fremføres til senere modregning i senere indkomstår, som det også gælder på stand-alone basis.

7. Holland

Renteudgifter m.v. er i udgangspunktet fradragsberettiget i Holland, da disse anses som driftsomkostninger. Fradrag kan nægtes, såfremt disse ikke er forretningsmæssigt begrundede. Hertil kommer at renteudgifter m.v. af koncerninterngæld kun er fradragsberettigede, såfremt de ikke står i forbindelse med enten:

1. Udlodning

[1310] Se også *Galinier-Warrain* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 307 ff.
[1311] Heri indgår bl.a. rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettighederne, udpegningsret til ledelsen m.v.
[1312] EBITDA korrigeres for eventuelle rentebetalinger m.v. til koncernforbundne parter, der ikke indgår i sambeskatningen, og udbytter fra sambeskattede selskaber.

2. Tilskud
3. Kapitalforhøjelse eller aktieerhvervelse

Det skal hindre de mest almindelige transaktioner, hvor der eksempelvis foretages en (teknisk) udlodning til moderselskab, hvor beløbet ikke udbetales, og derved konverteres til gæld. Der er dog følgende undtagelser hertil:

1. Såfremt skatteyderen kan påvise, at lånet og den relaterede transaktion primært er forretningsmæssigt begrundet, hvilket kan være særdeles svært at dokumentere.[1313]
2. Såfremt långiver effektivt beskattes med mindst 10 pct. Det gælder dog ikke, hvis der i renteindtægten kan modregnes tidligere års tab. Undtagelsen finder ej heller anvendelse, såfremt der forventes tab på lånet i stiftelsesåret eller i nærmeste fremtid, og ej heller såfremt lånet ikke er forretningsmæssigt begrundet.[1314]

Det skal samtidigt bemærkes, at der ved selskabsskattereformen i 2007 indførtes særregulering, hvorefter transaktioner uden økonomisk substans eller risiko m.v. underkendes, såfremt det primære motiv er skatteomgåelse eller såfremt transaktionen er i strid i med formålet med lovgivningen. Hertil kommer desuden særregler om hybrid finansiering, hvorefter eksempelvis overskudsafhængige renter i visse tilfælde opkvalificeres til udbytte.[1315] Disse er særdeles specifikke og skal modvirke, at rentefradraget m.v. anvendes til nedbringelse af den skattepligtige indkomst. Sluttelig forefindes regler vedrørende tynd kapitalisering.

7.1 Tynd kapitalisering

Der indførtes i Holland særregler om tynd kapitalisering fra 1. januar 2004.[1316] Formålet er at undgå såkaldt *excessive debt*. Reguleringen omfatter alle selskaber hjemmehørende i Holland samt faste driftssteder beliggende i Holland. Der foretages udelukkende fradragsbeskæring af koncernintern gæld m.v., og både nationale og internationale gældsforhold omfattes heraf.

Fradragsbeskæringen opgøres på baggrund af den overskydende gæld (*excessive debt*). Denne kan opgøres på to måder. I udgangspunktet opgøres denne som den gæld, der i forhold til egenkapitalen overstiger forholdet 3:1. Gælden omfatter udelukkende rentebærende pengegæld, men ikke varekreditorer m.v., og opgøres ud fra en gennemsnitsberegning af nettogælden i løbet af indkomståret. Gennemsnitsberegningen foretages ved en addition af nettogælden ved begyndelse af indkomståret og nettogælden ved indkomstårets udløb, hvorefter summen divideres med to. Egenkapitalen opgø-

[1313] Se også *Smit og Smith* i European Taxation 2007, vol. 45 (9), p. 422.
[1314] Se også *Saparoea* i European Taxation 2009, vol. 49 (1), p. 3 ff.
[1315] Se mere herom af *Sporken* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 327 ff. samt *Müller* (2008), p. 67 ff.
[1316] Det skete på baggrund af Bosal C-168/01, hvori der i Holland var nægtet rentefradrag for lån til finansiering af kapitalandele i udenlandske selskaber EU-Domstolen fandt at art. 49 TEUF er til hinder for en national bestemmelse, der ved fastsættelsen af skatten af overskuddet i et moderselskab med hjemsted i en medlemsstat gør fradragsretten for udgifter, der vedrører moderselskabets kapitalandele i et datterselskab med hjemsted i en anden medlemsstat, betinget af, at sådanne udgifter indirekte tjener til erhvervelse af overskud, der er skattepligtigt i den medlemsstat, hvor moderselskabet har hjemsted.

res på samme vis, men vil dog som minimum udgøre EUR 1, uanset om den gennemsnitlige egenkapital beregnes til mindre.[1317]

Selskabet kan vælge at anvende koncernens solvens (*Group ratio test*) i stedet for det faste 3:1 forhold. Koncerndefinitionen følger den regnskabsmæssige konsoliderede opgørelse, ligesom at sammenligningsgrundlaget udgør den gennemsnitlige gæld i året i forhold til årets gennemsnitlige egenkapital i det konsoliderede regnskab. Såfremt selskabet indgår i flere koncerner skal den højeste gældsandel anvendes. Den alternative mulighed er indført for at tage hensyn til særlige industrier eller sektorer, som kan have et særligt kapitalbehov. Det er valgfrit for selskabet og besluttes hvert år, uafhængigt af tidligere års sammenligninger.

I praksis vil den overskydende nettogæld udgøre det mindste beløb i førnævnte opgørelse. Opgørelsen af den overskydende gæld er ikke maksimeret til den koncerninterne gæld, hvorved opgørelsen af den overskydende gæld er uafhængig af eventuelle koncernforbindelser. Det er en betingelse at den overskydende gæld udgør mere end EUR 500.000, og kun gæld herudover anses herefter for overskydende. Den overskydende gæld beregnes derved som nettogælden fratrukket 3 x egenkapitalen fratrukket EUR 500.000.

Fradragsbeskæringen beregnes som den del, den overskydende gæld udgør af den samlede nettogæld i forhold til de samlede nettorenteudgifter m.v. Fradragsbeskæringen udgør derved denne procentdel af de samlede nettorenteudgifter m.v., men er maksimeret til de koncerninterne nettorenteudgifter m.v. Det omfatter ligeledes gæld til tredjemand, hvor der er stillet sikkerhed herfor af et koncernforbundet selskab ligesom at back-to-back lån omfattes. Selskaberne anses for koncernforbundne, dels såfremt selskaberne er en del af samme fiskale enhed, dels såfremt begge selskaber organisatorisk er bundet sammen, dels såfremt selskaberne direkte eller indirekte ejer (eller ejes) mindst en tredjedel af aktiekapitalen, eller dels såfremt det samme selskab ejer en tredjedel af begge selskaber. Der er ingen fremførselsadgang, ligesom at reguleringen ikke indeholder en armslængdetest.

7.2 Groepsrentebox (Group Interest Box)

Fra 1997 til 2002 anvendtes i Holland et såkaldt *group finance company regime*, hvorved beskatningen af renteindtægter nedsattes til 7 pct. Reguleringen blev opgivet grundet potentiel uforenelighed med TEUF, men idéen eksisterer fortsat.[1318] En lignende model har siden 1. januar 2007 været klar til ikrafttræden, men er endnu ikke trådt i kraft, uagtet at Europa-Kommissionen har meddelt, at ordningen ikke udgør statsstøtte uforenelig med TEUF, da ordningen ikke er selektiv.[1319] Group Interest Box reglen muliggør en beskatning på kun 5 pct. vedrørende koncerninterne renteindtægter, hvilket samtidigt reducerer fradragsværdien af koncerninterne renteudgifter hertil. Fradraget ved en negativ

[1317] Der henvises til den skattemæssige egenkapital. Der er uklarhed hvorledes egenkapitalen opgøres ultimo indkomståret, da denne afhænger af årets resultat. Se også *Müller* (2008), p. 112 og mere generelt *Webber* i Tax Notes International 2010, vol. 60 (9), p. 682 ff. samt *Saparoea* i European Taxation 2009, vol. 49 (1), p. 3 ff.
[1318] Der formelle undersøgelse blev offentliggjort den 7. februar 2007 af Europa-Kommissionen.
[1319] Se Europa-Kommissionens beslutning af 8. juli 2009 om "Groepsrentebox"-ordningen som Nederlandene har til hensigt at gennemføre (K(2009) 4511).

nettoopgørelse er ligeledes 5 pct., hvorved fradragsværdien reduceres markant. Reguleringen er primært rettet mod finansieringsselskaber med positive nettorenteindtægter og ikke en fradragsbegrænsningsregel, men er dog også tiltænkt en effekt i den henseende. Det er dog tvivlsomt om reguleringen bliver en realitet i Holland.

8. Indien

I Indien betinges rentefradrag m.v. af, at låneprovenuet anvendes i selskabets drift, hvilket ikke indbefatter skabelsen af skattefrie indtægter. Ydermere underkendes transaktioner, såfremt disse er uden økonomisk substans. Det indbefatter omkvalificering eksempelvis gæld til egenkapital eller bortseelse af en transaktion. Det sker bl.a. ud fra en sammenligning af selskabets solvensgrad i forhold til solvensgraden i lignende selskaber i samme branche m.v.

Det skal samtidigt bemærkes, at internationale låneforhold er reguleret af guidelines udstedt af Finansministeriet. Der kan herefter foretages låneoptagelse med og uden godkendelse. Det er bl.a. en forudsætning for låneoptagelse uden godkendelse, at:

- Långiver udgør en international bank eller lignende eller en udenlandsk aktionær med et ejerskab på minimum 25 pct.
- Gældsætningen ikke overstiger USD 500 mio. i indkomståret
- Gælden i forhold til egenkapitalen ikke overstiger forholdet 4:1 ved aktionærlån udover USD 5 mio.
- Transaktionen registreres ved Reserve Bank of India[1320]

Der består en kontrol med anvendelsen af gældsætning til udflytning af skattetilsvar.

9. Irland

Irland har den laveste formelle selskabsskattesats blandt OECD-landene, nemlig 12,5 pct. Renteudgifter m.v. er fradragsberettiget, såfremt:

- Lånet anvendes til finansiering af driften
- Lånet anvendes til finansiering af udlejningsaktiver
- Lånet anvendes til opkøb af aktier i visse selskaber eller til udlån til disse selskaber (*interest as a charge*)

Renteudgifter m.v. relateret til finansieringen af driften fradrages i selskabsskattebasen, dvs. til en værdi på 12,5 pct. Derved opnås et *spread* på 12,5 pct., da renteindtægter ofte udgør passiv indkomst og særskilt beskattes med 25 pct. Såfremt selskabet er underskudsgivende, kan dette underskud fradrages i renteindtægterne m.v. til den skattemæssige værdi heraf. Renteudgifter m.v. til finansiering af udlejningsaktiver fradrages i indtægterne direkte herfra, mens et eventuelt underskud

[1320] Se *Gajaria* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 313 ff.

ikke fradrages i de passive indtægter. *Interest as a charge* kan fradrages i de passive indtægter eller den almindelige selskabsindkomst, men kan ikke fremføres til senere modregning.

Der er ikke særregler om tynd kapitalisering i Irland. I visse tilfælde omkvalificeres renteudgifter m.v. dog til udbytte, såfremt betalingen sker til en ikke-hjemmehørende aktionær, der ejer minimum 75 pct. af aktiekapitalen. Det gælder ikke, såfremt denne er hjemmehørende i et EU-land eller et DBO-land, eller såfremt betalingen sker som led i den normale drift.

10. Italien

Selskabsbeskatningen[1321] i Italien udgør 27,5 pct. plus et tillæg[1322] på 3,9 pct. Renteudgifter m.v. er fradragsberettigede ved selvstændig hjemmel, og fradrages udelukkende i opgørelsen af den skattepligtige indkomst i forhold til selskabsskatten, men det gælder ikke tillægget.

Italien havde tidligere regler om tynd kapitalisering, hvorefter renteudgifter m.v. omkvalificeredes til udbytte, såfremt gælden i forhold til egenkapitalen oversteg forholdet 4:1. Efter Lankhorst-Hohorst C-324/00 opstod tvivl om EU-konformiteten heraf,[1323] ligesom at reguleringen fandtes særdeles kompliceret, byrdefuld og ineffektiv. Af bl.a. disse grunde afløstes reguleringen af en EBITDA-regel med virkning fra 1. januar 2008.[1324] EBITDA-reglen følger af art. 96,[1325] og er særdeles inspireret af den tyske EBITDA-regel (*Zinsschranke)*, dog således at lovgiver lagde vægt på en forenkling af reguleringen.

EBITDA-reglen omfatter selskaber og faste driftssteder i Italien,[1326] og nettofinansieringsudgifter udover 30 pct. af selskabets EBITDA er ikke fradragsberettigede.[1327] Der foretages en nettoopgørelse af selskabets renteindtægter og renteudgifter samt udgifter ved finansiel leasing, således at finansielle udgifter altid er fradragsberettigede op til de finansielle indtægter. EBITDA udtrykker selskabets drifts/produktionsoverskud før afskrivninger, nettofinansieringsudgifter og finansielle leasingudgifter. Opgørelsen af EBITDA følger en regnskabsmæssig opgørelse (italiensk GAAP) af produktionsresultatet fratrukket produktionsudgifterne. Nettofinansieringsudgifter udover EBITDA-loftet fradragsbeskæres, og fremføres uendeligt til modregning i senere indkomstår. Tilsvarende gælder det, at uudnyttet EBITDA-loft kan fremføres til senere indkomstår.[1328] I sambeskatningstilfælde kan fremførte fradrag eller overskydende EBITDA-loft overføres mellem selskaber efter den individuelle opgørelse. Det gælder både i det aktuelle indkomstår og i senere indkomstår. Det er dog en betingelse, at fra-

[1321] *Imposta sul Reddito delle Società.*
[1322] *Imposta Regionale sulle Attività Produttive.*
[1323] Se eksempelvis *Aramini* i Derivatives & Financial Instruments 2004, vol. 6 (3), p. 127 ff.
[1324] Ligeledes ophørte særregulering vedrørende fradragsbegrænsning ved lånefinansierede aktieopkøb, hvor afkastet var skattefrit (tidligere art. 97). Se eksempelvis *Flore* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (5), p. 210 ff. samt *Gangemi* i Bulletin for International Taxation 2010, vol. 64 (7/8), p. 450 ff.
[1325] Testo Unico delle Imposte sui Redditi.
[1326] Forsikringsselskaber, banker og lignende finansielle institutioner omfattes ikke. Se mere herom af *Ferrari og Lombardi* i International Transfer Pricing Journal 2009, vol. 16 (1), p. 51 ff.
[1327] Se generelt *Palombo* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 318 ff. samt *Galeano og Rhode* i Intertax 2008, vol. 36 (6/7), p. 292 ff.
[1328] Fremførselsadgangen følger reglerne for bevarelse af driftsunderskud i forhold til fusioner, spaltninger m.v.

draget er opstået under sambeskatningen. Det er ydermere muligt at udnytte overskydende EBITDA fra udenlandske koncernforbundne datterselskaber, som ikke indgår i sambeskatningen.

Slutteligt skal det bemærkes, at renteudgifter m.v. ikke er fradragsberettigede, såfremt renteindtægten m.v. henføres til et selskab hjemmehørende i et *ikke-whitelisted* land,[1329] medmindre at selskabet dokumenterer, at selskabet udøver en reel aktivitet i det pågældende land eller at transaktionen er forretningsmæssigt begrundet og faktisk udført.[1330]

11. Japan

Japan har en af de højeste selskabsskattesatser i verden, selvom der dog er sket en løbende reducering. Denne udgør 30 pct., men tillæg medfører en effektiv beskatning på ca. 40 pct. Renteudgifter m.v. er fradragsberettigede, såfremt disse anses som en nødvendig driftsomkostning.

I Japan indførtes regler om tynd kapitalisering i 1992, og ændredes senest i 2006.[1331] Reguleringen omfatter selskaber og faste driftssteder og skal hindre vilkårlig udflytning af skatteprovenu, hvorfor udelukkende gæld til ikke-hjemmehørende koncernselskaber m.v. omfattes. Det omfatter gæld til følgende långivere:

- Ikke-hjemmehørende selskaber eller udenlandske fysiske personer, der direkte eller indirekte ejer mindst 50 pct. af de udstedte aktier eller summen af indskudt kapital i det japanske selskab
- Ikke-hjemmehørende selskaber, hvori der direkte eller indirekte ejes mindst 50 pct. af de udstedte aktier eller summen af indskudt kapital i begge selskaber
- Ikke-hjemmehørende selskaber eller udenlandske fysiske personer, der helt eller delvist de facto kontrollerer selskabets drift/forretningspolitik, finansiering m.v.

Gæld til tredjemand omfattes, såfremt førnævnte har stillet sikkerhed herfor, ligesom at back-to-back lån omfattes.

Det betinges først og fremmest, at årets gennemsnitlige rentebærende koncerninterne gæld m.v., som defineret ovenfor, overstiger forholdet 3:1 i forhold til værdien af aktiekapitalen ejet af ikke-hjemmehørende koncernforbundne aktionærer. Heri indgår ligeledes gæld til tredjemand, hvor disse har stillet sikkerhed herfor samt back-to-back lån. Det betinges ydermere, at årets gennemsnitlige rentebærende gæld overstiger forholdet 3:1 i forhold til selskabets egenkapital. Der kan i sidstnævnte test anvendes en anden solvensgrad, såfremt selskabet kan dokumentere, at en anden solvensgrad er markedskonform. Egenkapitalen opgøres som det største beløb af årets gennemsnitlige værdi af aktiver fratrukket årets gennemsnitlige gæld (nettoværdien) eller indskudt kapital tillagt overført overskud.

[1329] Tidligere anvendtes en blacklist.
[1330] Se mere herom i *International Fiscal Association* (2008), p. 381 ff. samt *Rossi* I Tax Notes International 2008, vol. 49 (4), p. 1 ff.
[1331] Se generelt *Nakamura* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 320 ff. samt *Whatley og Kobayashi* i Asia-Pacific Tax Bulletin 2009, vol. 15 (2), p. 104 ff.

Selskabet er tynd kapitaliseret, såfremt begge betingelser er opfyldt, og det mindste beløb af ovenstående udgør den overskydende gæld. Fradragsbeskæringen beregnes herefter på baggrund af den overskydende gæld multipliceret med renteudgifterne m.v. til relaterede långivere divideret med gælden til relaterede långivere m.v., som opgjort i første test.[1332] Der foretages ingen omkvalificering, og fradragsbeskårne fradrag fortabes endeligt.

12. Kina

Selskabsbeskatningen i Kina udgør 25 pct., og der indførtes ved den relativt nylige selskabsskattereform regler om tynd kapitalisering med virkning fra 1. januar 2008.[1333] Reguleringen er baseret på et fast solvenskrav, og omfatter udelukkende koncernintern gæld m.v. Det omfatter bl.a.:

- Gæld til et selskab m.v. som direkte eller indirekte ejer mere end 25 pct. af aktiekapitalen
- Gæld til et selskab m.v., hvor en tredje part direkte eller indirekte ejer mere end 25 pct. af aktiekapitalen i begge selskaber
- Gæld til et selskab m.v., hvor gælden udgør mere end 50 pct. af den faktisk modtagne kapital
- Gæld til et selskab m.v., hvor dette selskab har stillet sikkerhed for mere end 10 pct. af selskabets gæld

Et selskab er tyndt kapitaliseret, såfremt gælden i forhold til egenkapitalen overstiger forholdet 2:1.[1334] Gælden opgøres som et månedligt gennemsnit af gæld til koncernforbundne parter, herunder back-to-back lån samt gæld til tredjemand, hvor der er stillet sikkerhed herfor. Egenkapitalen opgøres ligeledes som et månedligt gennemsnit af den største af (i) egenkapitalen som angivet i selskabets balance eller (ii) som summen af indbetalt kapital tillagt tilbageholdt overskud.

Der foretages herefter en omkvalificering af de overskydende rentebetalinger m.v. til udbytte vedrørende den overskydende gæld. Beregningen er som følger:

Årets totale renteudgifter m.v. til koncernforbundne parter x (1 - solvenskravet/faktisk ratio)

Der foretages dog ikke en omkvalificering, såfremt selskabet dokumenterer markedskonformiteten af gældsforholdene eller såfremt den effektive beskatning af det låntagende selskab ikke overstiger den effektive beskatning af det hjemmehørende långivende selskab i Kina.

13. Luxembourg

Der er ikke i Luxembourg særlige regler om tynd kapitalisering, men der synes alligevel at følge et solvenskrav på 85:15 (85 pct. gældsandel) af myndighedernes praksis.[1335] Denne vurdering foretages ud fra en armslængdevurdering, og gæld herudover kan anses som egenkapital. Derved anses rente-

[1332] Fradragsbeskæringen omfatter ikke rentebetalinger, der beskattes i Japan. Se *Roose og Mizutani* i Asia-Pacific Tax Bulletin 2005, vol. 11 (5), p. 406 ff.
[1333] Se *Paisen* i SU 2008, 129, *Chen og Feng* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 295 ff. samt *Eichelberger og Liu* i Asia-Pacific Tax Bulletin 2009, vol. 15 (2), p. 99 ff.
[1334] Forholdet 5:1 anvendes ved selskaber, der driver finansiel virksomhed.
[1335] Se *Schaffner* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (2), p. 99 ff. samt *Fisch og Mischo* i European Taxation 2010, vol. 50 (11), p. 501 ff.

betalingerne m.v. herved også som udbytte. Det omfatter udelukkende koncernintern gæld samt gæld, hvorved et koncernforbundet selskab m.v. har stillet sikkerhed herfor, således at der består en potentiel afvigelse af markedskonformiteten. Skatteyderen kan dog fortsat dokumentere markedskonformiteten af gælden, således at gælden og renteudgifterne m.v. fortsat anerkendes.

14. New Zealand

New Zealand implementerede i 1996 regler om tynd kapitalisering, hvilket skete samtidigt med implementeringen af transfer pricing regulering. Det anførtes, at transfer pricing regler ikke kunne stå alene, og at tynd kapitaliseringsreglerne skulle hindre, at selskaber i New Zealand finansieres med uforholdsmæssig meget gæld. Reguleringen findes i Subpart FE.[1336]

Reguleringen omfatter selskaber m.v., der kontrolleres af et ikke-hjemmehørende skattesubjekt, samt selskaber der kontrollerer et udenlandsk skattesubjekt. Det omfatter tilsvarende ikke-hjemmehørende skattesubjekters faste driftssteder i New Zealand. Der anvendes et ejerskabskrav på mindst 50 pct. af aktiekapitalen eller anden måde kontrol af selskabet i løbet af indkomståret. Det inkluderer både direkte og indirekte ejerskab samt eventuelle beholdninger, som nærtstående eller koncernselskaber måtte have.

Et selskab er tyndt kapitaliseret såfremt gældsandelen[1337] overstiger 60 pct. (1,5:1). Det betinges ydermere, at gældsandelen samtidig overstiger 110 pct. af den globale koncerns gældsandel, [1338] således at selskaber, hvori gældsandelen ikke afviger væsentlig fra koncernens gældsandel, ikke anses for at være uforholdsmæssigt gældsfinansieret. Selskabets gældsandel opgøres ved en regnskabsmæssig opgørelse (New Zealands GAAP), og på konsolideret basis for så vidt angår koncernselskaberne hjemmehørende i New Zealand. Den globale gældsandel opgøres ligeledes efter GAAP, dog således i forhold til det land hvor den konsoliderede opgørelse foretages. Opgørelserne foretages i udgangspunktet ved indkomstårets udløb, men kan vælges foretaget ud fra gennemsnitsberegninger på et kvartal eller daglig basis. Den overskydende gæld udgør det mindste beløb af førnævnte grænser.

Fradragsbeskæringen opgøres herefter ud fra selskabets samlede fradragsberettigede renteudgifter m.v. fratrukket renteudgifter m.v. til koncernselskaber hjemmehørende i New Zealand multipliceret med den overskydende gældsandel divideret med koncernens samlede gældsandel.[1339]

15. Portugal

I Portugal er renteudgifter m.v. fradragsberettigede, såfremt disse anses som en driftsudgift. Det er anført, at det i Portugal ikke er sjældent, at fradrag nægtes, som følge af en manglende sammenhæng med driften, eksempelvis grundet et tilstrækkeligt kapitalberedskab. Det synes dog at udgøre en hårfin balancegang i forhold til ledelsens kompetence til at vurdere det tilstrækkelige kapitalbe-

[1336] Income Tax Act 2007.
[1337] Heri inkluderes ikke ikke-rentebærende gæld.
[1338] Se også *Joseph* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (1), p. 15 ff. samt *Webber* i Tax Notes International 2010, vol. 60 (9), p. 682 ff.
[1339] Selve fradragsbeskæringen reguleres i Subpart FE 6.

redskab.[1340] Det skal bemærkes, at renteudgifter på aktionærlån ikke er fradragsberettigede for så vidt angår den del, der overstiger EURIBOR-renten tillagt 1,5 pct., medmindre det godtgøres, at rentebetalingen er på armslængdevilkår.

Portugal har siden 1996 haft regler vedrørende tynd kapitalisering, der skal sikre mod vilkårlig udflytning af skattetilsvar. Reguleringen vedrører udelukkende koncernintern finansiering m.v., og udelukkende gæld til skatteydere hjemmehørende udenfor EU og EØS. Der anvendes et solvenskrav på 2:1, hvori udelukkende gæld til førnævnte samt egenkapital tilhørende denne indgår, hvorved solvenskravet anvendes i forhold til den enkelte långiver. Den nødvendige koncernforbindelse består, såfremt en sådan långiver eller låntager udøver væsentlig indflydelse på ledelsen i den anden part. Det gælder eksempelvis:

- Såfremt selskabet, aktionærerne heri samt nærtstående hertil direkte eller indirekte ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen eller råder over mindst 10 pct. af stemmerettighederne tilsammen
- I forhold til selskaber, hvor samme aktionærer samt nærtstående hertil direkte eller indirekte ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen eller råder over mindst 10 pct. af stemmerettighederne tilsammen
- I forhold til selskaber, hvor der er væsentligt sammenfald i ledelsen (samt nærtstående)
- I forhold til selskabets direktører (samt nærtstående)
- Såfremt selskaberne er underlagt fælles ledelse
- Såfremt selskaberne skal indgå i en konsolideret regnskabsmæssig opgørelse

Reguleringen omfatter gæld til sådanne koncernforbundne långivere og gæld, hvor disse har stillet sikkerhed herfor samt back-to-back lån. Gælden opgøres som al gæld til den pågældende långiver, uanset hvorledes denne er opstået.[1341] Egenkapitalen opgøres som den regnskabsmæssige indbetalte egenkapital, reserver, indeholdt overskud, nettoindkomst fra det aktuelle indkomstår fratrukket eventuelt udloddet udbytte, dvs. til de bogførte værdier. Det skal bemærkes, at opgørelsen reelt skal foretages dagligt, hvorved enhver overskridelse i løbet af indkomståret vil medføre, at selskabet er tyndt kapitaliseret. Konsekvensen heraf er, at selskabet fradragsbeskæres af renteudgifter m.v. vedrørende den overskydende gæld til den pågældende långiver. Der foretages ikke fradragsbeskæring, såfremt selskabet dokumenterer, at gældssætningen er markedskonform, dog fortsat såfremt långiver er hjemmehørende i et *blacklisted* skattelyland.[1342]

16. Rusland

I Rusland er renteudgifter m.v. fradragsberettigede, såfremt disse har tilknytning til de indkomstskabende aktiviteter. Det betinges, at renten ikke afviger mere end 20 pct. fra den gennemsnitlige rente på lignende lån udstedt i samme kvartal. Såfremt der ikke består et sammenligningsgrundlag anvendes Nationalbankens rente multipliceret med 1,1 ved gæld i russiske rubler, mens renten er maksimeret til 15 pct. ved gæld i fremmed valuta. Frem til 31. december 2012 anvendes dog en multiplika-

[1340] Se *Câmara og Fernandes* i International Transfer Pricing Journal 2007, vol. 14 (2), p. 119 ff.
[1341] Heri indgår ikke varegæld m.v. hvor denne er forfaldet til betaling indenfor maksimalt 6 måneder.
[1342] Se også *Tainha* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 332 ff.

tionsfaktor på 1,8, ligesom at renten ved gæld i fremmed valuta udgør 80 pct. (0,8) af Nationalbankens rentesats. Eventuelle overskydende renteudgifter m.v. er ikke fradragsberettigede.

Hertil kommer at der i 2002 indførtes særregler om tynd kapitalisering.[1343] Reguleringen omfatter udelukkende selskabers kontrollerede gældsforhold, mens faste driftssteder ikke omfattes. Følgende gældsforhold omfattes:

- Gæld til et ikke-hjemmehørende selskab, der direkte eller indirekte ejer mere end 20 pct. af aktiekapitalen i låntager
- Gæld til tredjemand, hvor et ikke-hjemmehørende selskab, der direkte eller indirekte ejer mere end 20 pct. af aktiekapitalen i låntager, har stillet sikkerhed herfor
- Gæld til et russisk selskab, der er *affilieret*[1344]med et ikke-hjemmehørende selskab, der direkte eller indirekte ejer mere end 20 pct. af aktiekapitalen i låntager

Det skal bemærkes, at reguleringen forudsætter en direkte eller indirekte ejerandel, mens horisontale koncernforhold kun omfattes, såfremt långiver er hjemmehørende i Rusland. Det var omdrejningspunktet i *Gidromashservice-sagen* i 2010, hvor et ungarsk søsterselskab til et russisk selskab ydede et koncernintern lån. Selskaberne var 100 pct. ejet af samme Cypriotiske moderselskab, og Skattemyndighederne havde herefter fradragsbeskåret selskabets renteudgifter. Koncernen anskuedes ud fra en helhedsbetragtning, således at det ungarske selskab de facto fandtes at udgøre et moderselskab, ligesom at finansieringen reelt henhørte fra det cypriotiske selskab. Skattemyndighederne tabte dog sagen ved Federal Moscow District Arbitration Court, hvor det konstateredes, at den nødvendige direkte eller indirekte ejerskab ikke bestod. Det er dog fortsat et område, der har politisk bevågenhed og debatteres.[1345]

Der anvendes et fast solvenskrav ved opgørelsen af selskabets potentielt overskydende gæld. Selskabet er tyndt kapitaliseret, såfremt gælden i forhold til egenkapitalen overstiger forholdet 3:1.[1346] Opgørelse foretages ved udløbet af indkomstperioden. Gælden omfatter al gæld og egenkapitalen opgøres som nettoværdien af selskabets aktiver og passiver. Såfremt selskabet er tyndt kapitaliseret omkvalificeres renteudgifter m.v. vedrørende den overskydende kontrollerede gæld til udbytte, hvorved disse udover fradragsnægtelsen potentielt kildebeskattes.

17. Schweiz

Der består 26 kantoner i Schweiz, der i større eller mindre grad indbyrdes konkurrerer om at tiltrække arbejdspladser m.v. bl.a. ved gunstige skatteregler. Beskatningen er opdelt i tre niveauer; dels føderalt, dels kantonalt og dels kommunalt. Den formelle og effektive beskatning er derved særdeles diversificeret.

[1343] Se *Bruk* i European Taxation 2010, vol. 50 (11), p. 506 ff.
[1344] Begrebet er ikke nærmere defineret, men der henses ofte til samme begreb i konkurrenceretten. Se også *Bruk* i European Taxation 2010, vol. 50 (11), p. 506 ff.
[1345] Se *Bruk* i European Taxation 2010, vol. 50 (11), p. 506 ff.
[1346] Ved banker og andre finansielle institutioner anvendes et 12,5:1 forhold.

Renteudgifter m.v. er fradragsberettigede, såfremt disse udgør en driftsudgift. Det betinges, at rentebetalingerne er markedskonforme, hvorfor der ofte anvendes en minimumsrentesats eller et spreadkrav ved aktionærlån.

Schweiz har fortsat ikke særregler om tynd kapitalisering, men der foretages alligevel i visse tilfælde omkvalificering af gæld til egenkapital. Det følger af cirkulære nr. 6 af 6. juni 1997, at et selskab ikke anses for at være tyndt kapitalisering, såfremt den totale gæld ikke overstiger den samlede sum af værdien af følgende aktiver ved indkomstårets udløb:

- 100 pct. kontantbeholdning
- 85 pct. af udeståender og tilgodehavender på debitorer og fordringer
- 85 pct. af varelager
- 85 pct. af omsætningsaktiver
- 90 pct. af schweiziske og udenlandske obligationer udstedt i CHF
- 80 pct. af udenlandske obligationer udstedt i udenlandsk valuta
- 60 pct. af noterede aktier
- 50 pct. af andre aktier/investeringer i selskaber med begrænset hæftelse
- 70 pct. af andre kapitalandele
- 85 pct. af udlån
- 50 pct. af anlægsaktiver
- 70 pct. af erhvervsejendomme
- 80 pct. af andre ejendomme
- 70 pct. af andre materielle anlægsaktiver[1347]

Gæld til en aktionær eller relateret part samt gæld som disse har stillet sikkerhed herfor omkvalificeres til egenkapital for så vidt angår den overskydende del. Der er ingen definition af relationskravet, og selskabet har fortsat mulighed for at dokumentere markedskonformiteten af gældsforholdet. Der anvendes derved en særdeles *case-by-case* baseret vurdering.[1348]

18. Spanien

Renteudgifterne m.v. fradrages ved selvstændig hjemmel i opgørelsen af den skattepligtige indkomst, der beskattes med en selskabsskat på 30 pct. Reguleringen vedrørende tynd kapitalisering blev reformeret i 2004, som følge af Lankhorst-Hohorst C-324/00, og omfatter udelukkende gæld til relaterede långivere, der ikke er hjemmehørende indenfor EU samt gæld, hvor disse har stillet sikkerhed herfor. Hertil kommer desuden back-to-back lån.

Det indbefatter gæld til et ikke-hjemmehørende selskab samt fysiske personer, der direkte eller indirekte ejer mere end 25 pct. af aktiekapitalen, eller hvor samme aktionærer direkte eller indirekte ejer mere end 25 pct. af aktiekapitalen samt selskaber, hvor der er personsammenfald i ledelsen.

[1347] Se også *Nielsen* i SU 2007, 143 samt *Linder* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 345 ff.
[1348] Der anvendes ved finansielle selskaber et solvenskrav på 6:1.

Der anvendes et solvenskrav på 3:1, og gælden omfatter udelukkende gæld til et relateret selskab, der ikke er hjemmehørende indenfor EU. Definitionen af gælden følger den skattemæssige definition, hvilken følger spansk GAAP, og opgøres på baggrund af årets gennemsnitlige nettorentebærende gæld til førnævnte. Egenkapitalen opgøres som aktiekapitalen tillagt reserver, mens det aktuelle indkomstårs eventuelle overskud ikke indgår heri. Såfremt selskabet er tyndt kapitaliseret omkvalificeres rentebetalinger mv. vedrørende den overskydende gæld til udbytte. Der kan anvendes et alternativt solvenskrav, såfremt långiver ikke er hjemmehørende i et lavskatteland, og såfremt markedskonformiteten af dette solvenskrav dokumenteres.[1349]

19. Storbritannien

Reguleringen i Storbritannien har gennemgået væsentlige ændringer i de forløbne 20 år. Den tidligere tynd kapitaliserings regulering var omdrejningspunktet i Thin Cap Group Litigation C-524/04 ved EU-Domstolen, der vedrørte en række sager med påstand om tilbagebetaling og/eller godtgørelse på baggrund af Lankhorst-Hohorst C-324/00.[1350]

Renteudgifter m.v. er i udgangspunktet fradragsberettiget i Storbritannien, dog således at fradrag kan nægtes, såfremt disse ikke anvendes i forretningsmæssig eller kommercielt øjemed til skabelsen af skattepligtig indkomst, hvilket er særligt rettet mod skatteplanlægning.[1351] Hertil kommer transfer pricing reguleringen, hvori der er inkorporeret specielle tiltag i forhold til både gældsforholdets vilkår og selve gældsoptagelsen. Desuden er der i Storbritannien med virkning fra 1. januar 2010 indført en såkaldt *Worldwide Dept Cap*.

19.1 Armslængdetesten

Schedule 28AA (Tillæg 28AA) skal hindre ikke-markedskonform gældssætning, og anvendes på transaktioner mellem selskaber, hvor det ene selskab kontrollerer det andet selskab (vertikalt) eller selskaberne er under fælles kontrol (horisontalt). Den nødvendige kontrol består, såfremt selskabet direkte eller indirekte kan sikre sine interesser gennem ledelsen, kontrol eller aktiekapitalen, eksempelvis stemmerettigheder, vedtægter eller lignende selskabsdokumenter.

Reguleringen anvendes på koncerninterne lån, og armslængdetesten heri er grundlæggende treleddet:

(i) Låntagers dokumentation af, at lånet ville være ydet/optaget udenfor interessefællesskabet (stand-alone bais)
(ii) Lånets størrelse
(iii) Lånets vilkår[1352]

Heri ligger også om disse parter uden koncernforholdet ville indtræde i en sådan transaktion.[1353] Reguleringen kan også anvendes på en flerhed af transaktioner, således at også back-to-back lån og

[1349] Se eksempelvis *Mikkelsen* i SU 2009, 337 samt *Lucena* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 343 ff.
[1350] Begge afgørelser er nærmere omtalt i kapitel 6, afsnit 6.2.1.
[1351] Se *Saparoea* i European Taxation 2009, vol. 49 (1), p. 3 ff.
[1352] Se Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation C-524/04 præmis 13 samt *Bundgaard* (2000), p. 328.

sikkerhedsstillelser omfattes.[1354] Der er ingen safe habour i form af et solvenskrav eller lignende, hvilket skaber en høj grad af usikkerhed, men samtidig også en fleksibilitet i lovgivningen. Der foretages ofte i samspil mellem skattemyndighederne og skatteyderen en *case-by-case* vurdering af selskabets maksimale gældsandel. Der foretages herefter en sammenligning af selskabets faktiske gældsandel i forhold til selskabets markedskonforme gældsandel. Der kan opnås godkendelse ved hvert enkelt låneforhold hos skattemyndighederne, hvilket ikke er ualmindeligt i Common Law lande.[1355]

Gældsforholdet er grundlæggende *excessive,* såfremt selskabets lånoptagelse overstiger hvad selskabet kunne og ville optage på stand-alone basis. Konsekvenserne heraf er ikke en omkvalificering af kapitalindskuddet eller betalingerne herfra, men en fradragsbeskæring af renteudgifterne m.v..

19.2 Worldwide Debt Cap

Det ansås af lovgiver for nødvendigt at modvirke et forventet provenutab i forbindelse med indførelsen af skattefrihed for udbytter fra udenlandske datterselskaber, hvorfor den såkaldte *Worldwide Debt Cap* regel indførtes med virkning fra 1. januar 2010. Det grundlæggende princip heri er, at selskaber hjemmehørende i Storbritannien ikke har fradrag for finansieringsudgifter, der overstiger hele koncernens eksterne finansieringsudgifter. Reglen skal modvirke, at koncerner placerer gæld og derved finansielle udgifter udelukkende eller primært i den del af koncernen, der er hjemmehørende i Storbritannien.[1356]

Der anvendes i reguleringen begreberne *Tested Expense Amount* og *Available Amount*, som grundlag for en eventuel fradragsbeskæring. Available Amount udgør koncernens eksterne bruttofinansieringsudgifter, hvorved der bortses fra koncerninterne finansieringsudgifter, mens Tested Expense Amount udgør nettofinansieringsudgifter for koncernselskaberne, der er hjemmehørende i Storbritannien. Der ses i opgørelse af Tested Expense Amount bort fra selskaber, hvor nettofinansieringsudgifterne er mindre end £ 500.000 samt selskaber med nettofinansieringsindtægter. Nettofinansieringsudgifterne i Storbritannien (Tested Expense Amount) er udelukkende fradragsberettigede op til koncernens samlede eksterne bruttofinansieringsudgifter (Available Amount), der derved udgør den maksimale fradragsret.

Reguleringen er udelukkende rettet mod større koncerner, og anvendes kun for så vidt angår selskaber med mere end 250 medarbejdere, og som samtidig enten har en indkomst på mere end EUR 50 mio. eller en balance på mere end EUR 43 mio. Selskaber der primært driver udlånsvirksomhed eller handel med finansielle instrumenter samt forsikringsvirksomhed omfattes ikke af reguleringen.

[1353] Der bortses dog fra om långiver normalt optræder som långiver.
[1354] Se *Saparoea* i European Taxation 2009, vol. 49 (1), p. 7 samt *Webber* i Tax Notes International 2010, vol. 60 (9), p. 682 ff.
[1355] Se *Saparoea* i European Taxation 2009, vol. 49 (1), p. 8.
[1356] Se *Webber* i Tax Notes International 2010, vol. 60 (9), p. 682 ff. samt *Nørremark* i SU 2010, 69.

Reguleringen finder ej heller anvendelse, såfremt koncernens nettogæld[1357] i Storbritannien er mindre end 75 pct. af koncernens samlede eksterne bruttogæld, inklusiv gæld allokeret til Storbritannien.[1358] Der bortses ved opgørelsen af koncernens nettogæld i Storbritannien fra selskaber, der har nettogæld på mindre end £ 3 mio. og selskaber hjemmehørende i Storbritannien, der har positive nettotilgodehavender. Denne såkaldte *Gateway Test* vedrører balancen og følger GAAP, mens selve fradragsloftet beregnes ud fra de skattepligtige finansieringsindtægter og fradragsberettigede finansieringsudgifter.

20. Sverige

Sverige har ikke generelle rentefradragsbegrænsningsregler eller særregler om tynd kapitalisering, ligesom at rentebetalinger ikke kildebeskattes. Dog indførtes særregler[1359] ved virkning fra 1. januar 2009. Det følger heraf, at et selskab eller et fast driftssted i Sverige ikke kan fradrage renteudgifter m.v., såfremt følgende kumulative betingelser er opfyldt:

- Rentebetalingen vedrører koncernintern gæld
- Gælden vedrører en aktieerhvervelse m.v.
- Aktieerhvervelsen m.v. er sket indenfor koncernfællesskabet

Heraf omfattes ligeledes back-to-back lån, der benyttes til erhvervelse af aktier eller lignende.

Reguleringen finder dog ikke anvendelse, såfremt:

- Hvor den retmæssige rentemodtager beskattes med mindst 10 pct., såfremt selskabet kun havde denne indtægt, eller
- Hvor både aktieerhvervelsen og gældsstiftelsen er forretningsmæssigt begrundet [1360]

Anvendelsesområdet er forholdsmæssigt snævert og omfatter kun koncernforbundne selskaber, dvs. såfremt et selskab direkte eller indirekte udøver bestemmende indflydelse over selskabet ved ejerskab eller anden måde, eller såfremt selskaberne kontrolleres af samme subjekt. De svenske regler udgør derved udelukkende koncernskærpende regulering,[1361] mens der fortsat ikke eksisterer mere generelle rentefradragsbegrænsningsregler.

21. Tyskland

Tyskland erstattede i 2007 konventionel regulering vedrørende tynd kapitalisering med EBITDA-regulering. Den tyske tynd kapitaliseringsregulering fandtes i Lankhorst-Hohorst C-324/00 uforenelig med etableringsfriheden i art. 49 TEUF,[1362] hvorefter denne blev udvidet til også omfatte långivere

[1357] Nettogælden opgøres som summen af nettogælden henholdsvis primo og ultimo regnskabsåret divideret med 2, eller henholdsvis hvor selskabet indtrådte eller udtrådte af koncernen.
[1358] Opgørelsen beregnes som et gennemsnit af gælden dagen før begyndelsen af regnskabsperioden samt gælden ultimo den aktuelle regnskabsperiode.
[1359] Se kap. 24, 10a til 10e § inkomstskattelagen.
[1360] Skatteminimering ikke udgør en forretningsmæssig accepteret begrundelse.
[1361] Se eksempelvis *Ström* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 344 ff. samt *Schömer* i SU 2009, 279.
[1362] Principielt fandt EU-Domstolen at en regulering, som anvendt i Tyskland, var uforenelig med art 49 TEUF.

hjemmehørende i Tyskland. I 2007 fandtes reguleringen ikke længere tidssvarende i forhold til at modvirke aggressive finansieringsstrukturer og finansielle udnyttelsesstrategier. Derfor nedsattes selskabsskatten med virkning fra 1. januar 2008 fra 25 pct. til 15 pct.[1363] og tynd kapitaliseringsreguleringen afløstes af den såkaldte *Zinsschranke*[1364] (EBITDA-reglen). Det skete som led i at gøre Tyskland mere investeringsvenligt, mens EBITDA-reglen bl.a. skulle modvirke, at gæld placeres i Tyskland uden en tilsvarende skabelse af skattepligtig indkomst i Tyskland. Der er derved foretaget et fokusskifte fra selskabets kapitalstruktur til selskabets indkomstopgørelse. Formålet er fortsat at undgå udnyttende finansielle strategier, der nedbringer skatteprovenuet til Tyskland, men kriterierne for hvad der udgør udnyttende finansielle strategier er ændret.[1365]

EBITDA-reglen indførtes ved virkning for indkomstår begyndende efter 25. maj 2007, der ikke slutter før 1. januar 2008. EBITDA-reglen begrænser fradragsretten for nettofinansieringsudgifterne, som overstiger 30 pct. af EBITDA, dvs. den skattepligtige indkomst før nettofinansieringsudgifter, skatter og driftsafskrivninger m.v. og eventuelle fremførte underskud. Der foretages en nettoopgørelse af finansieringsindtægter og finansieringsudgifter, hvorved en potentiel fradragsbeskæring udelukkende vedrører finansieringsudgifter, der overstiger finansieringsindtægterne.

EBITDA-regel omfatter kapitalselskaber, kommanditselskaber, partnerskaber og andre skattemæssige enheder[1366] samt personselskaber.[1367] Nettofinansieringsudgifterne opgøres som alle skattepligtige finansieringsindtægter og fradragsberettigede finansieringsudgifter. Det omfatter faste renter, variable renter, overskudsafhængige renter uanset om overskuds- eller omsætningsafhængig, forudbetalte renter, ekstrabetaling ved tidlig indfrielse m.v. Der beregnes tilsvarende en renteudgift ved finansiel leasing, såfremt ejendomsretten til aktivet må skønnes at ville overgå til leasingtager. Derimod omfattes ikke udbytte, rentebetalinger vedrørende skatter, rabatter, bonusser m.v.[1368]

EBITDA opgøres som den skattepligtige indkomst fratrukket finansieringsindtægter, men tillagt finansieringsudgifter, driftsafskrivninger og eventuelt udnyttede fremførte underskud.[1369] EBITDA-loftet udgør 30 pct. af EBITDA og nettofinansieringsudgifter, der overstiger dette loft, fradragsbeskæres. Fradragsbeskårne finansieringsudgifter fremføres til modregning i det efterfølgende indkomstår. Fremførte beskårne fradrag fortabes ved likvidation af selskabet, ligesom at en overdragelse af sel-

[1363] Det skal bemærkes, at den kommunale erhvervsbeskatning (Gewerbesteuer) ikke længere kan fradrages i selskabsskatten samtidig med at beregningsgrundlaget for den kommunale erhvervsbeskatning forøgedes. Den gennemsnitlige beskatning reduceredes fra ca. 40 pct. til 30 pct. Se mere herom af *Herzig et al.* i Intertax 2008, vol. 36 (12), p. 577 ff.

[1364] Sec. 4h Einkommensteuergesetz (EStG) og Sec. 8a Körperschaftsteuergesetz (KStG).

[1365] Se *Herzig et al.* i Intertax 2008, vol. 36 (12), p. 577 ff.

[1366] Det omfatter Aktiengesellschaft (AG), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) og Unternehmergesellschaft (UG), og også personselskaber. Hertil kommer dog ydermere kommanditselskaber m.v., eksempelvis Kommanditgesellschaft (KG) og ligeledes hybrider, hvor komplementaren udgør et selskab med begrænset hæftelse (KGaA og GmbH & Co KG).

[1367] Det er en forudsætning at der udøves erhvervsmæssig drift.

[1368] Udbytte, morarenter ved for sen skattebetaling, kontant rabatter og bonusser indgår ikke i opgørelsen. Ligeledes indgår kurstab på fordringer som hovedregel ikke i opgørelsen af nettofinansieringsudgifterne. Se *Hartmann* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (6), p. 234 ff.

[1369] Hertil tillægges desuden fradragsberettigede tilskud omfattet af Sec. 9, § 1, 1 pkt., nr. 2 i KStG. Se *Hartmann* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (6), p. 234 ff.

skabet vil medføre en fortabelse af de fremførte fradrag. Overdrages kun en del af selskabet fortabes fremførte fradrag på pro rata basis.

Der er indført følgende undtagelser:

1. Nettofinansieringsudgifterne udgør mindre end EUR 1. mio. (de minimis)
2. Selskabet er ikke en del af en koncern, der skal føre et konsolideret regnskab, og har ikke skadelig gæld[1370] (stand-alone-clause)
3. Selskabet er en del af en koncern, der skal føre et konsolideret regnskab, og selskabets soliditetsgrad afviger ikke negativt mere end 1 procentpoint i forhold til koncernens soliditetsgrad[1371]

Det skal bemærkes, at EUR 1. mio. grænsen anvendes på det enkelte selskab, men samtidig at selskaber, der indgår i en koncern (*Organschaft*) betragtes som én enhed. Fremførte beskårne fradrag kan medføre, at de minimis undtagelsen ikke kan anvendes, da disse forøger nettofinansieringsudgifterne.

EBITDA-reglen anvendes ikke på selskaber, der ikke indgår i en koncern. Det begrundes med, at de provenumæssige skadelige finansieringsstrategier, ifølge lovgiver, typisk anvendes af (internationale) koncerner. Der anvendes et bredt koncernbegreb,[1372] dog således at et selskab kun kan have et moderselskab. Koncerndefinitionen omfatter selskaber, der indgår i en regnskabsmæssig konsolideret opgørelse efter IFRS, tysk GAAP eller US GAAP.[1373] Desuden anses selskaber for koncernforbundne, såfremt de finansielle eller driftsmæssige beslutninger træffes sammen, eksempelvis af samme personer. Stand-alone-klausulen skal derved opfyldes i to led.[1374] Tyske selskaber der indgår i en sambeskatning (*Organschaft*) betragtes som én enhed i forhold til EBITDA-reglen, og udgør ikke i sig selv en koncern.

Slutteligt finder EBITDA-reglen ikke anvendelse, såfremt det dokumenteres, at selskabets soliditetsgrad ved udgangen af indkomståret ikke er lavere end koncernens samlede soliditetsgrad ved den sidste konsoliderede regnskabsopgørelse.[1375] I denne sammenhæng anses et *Organshaft* tilsvarende for at udgøre én enhed. Der anvendes i sammenligningen de regnskabsmæssige opgørelser,[1376] men der foretages dog visse korrektioner, eksempelvis stemmeløse aktier ligesom at egenkapitalen nedsættes med værdien af aktier i koncernselskaber, der indgår i den konsoliderede opgørelse. Der accepteres en afvigelse på 1 procentpoint.

[1370] Ved skadelig gæld forstås gæld til aktionærer m.v. som direkte eller indirekte ejer mere end 25 pct. af selskabskapitalen og finansieringsudgifterne overstiger 10 pct. af de totale nettofinansieringsudgifter. Det er derved en undtagelse til stand-alone-clause.
[1371] Sec. 4h EStG og Sec. 8a KStG. Se også *Hartmann* i Derivatives & Financial Instruments 2008, vol. 10 (6), p. 234 ff.
[1372] Se også *Saparoea* i European Taxation 2009, vol. 49 (1), p. 3 ff.
[1373] Den rangering følges, hvorved der ikke er frit valg herimellem.
[1374] Se ligeledes *Brocke og Perez* i International Transfer Pricing Journal 2009, vol. 16 (1), p. 29 ff.
[1375] Der korrigeret for pro rate indregnede selskaber. Ved nystartede selskaber anvendes åbningsbalancen, men der korrigeres ikke herfor i den konsoliderede opgørelse.
[1376] I udgangspunktet anvendes IFRS, og herefter regnskabsreglerne i den relevante EU-medlemsstat eller slutteligt US GAAP.

Det skal bemærkes, at EBITDA-reglen anvendes på ikke-koncernforbundne kapitalselskaber,[1377] såfremt der består såkaldt *skadelige lån* til aktionærer eller nærtstående hertil.[1378] Det omfatter lån til aktionærer samt nærtstående hertil, der ejer mere end 25 pct. af aktiekapitalen samt gæld til tredjemand, hvor førnævnte har stillet sikkerhed herfor, således at der består et juridisk regreskrav.[1379] Det udgør en direkte erstatning for den tidligere tynd kapitaliseringsregulering i forhold til *excessive debt*.

Det skal slutteligt anføres, at det følger af stand-alone klausulen, at EBITDA-reglen ikke finder anvendelse på ikke-koncernselskaber. Det må i den forbindelse erindres, at en tysk koncern betragtes som en enhed, hvorved at anvendelsen af bestemmelsen forudsætter minimum et ikke-hjemmehørende koncernselskab. Der er derfor en betydelig usikkerhed vedrørende bestemmelsens forenelighed med art. 49 TEUF.[1380]

22. Ungarn

I Ungarn er renteudgifter m.v. er fradragsberettigede, såfremt disse har tilknytning til selskabets drift.Det følger dog af tynd kapitaliseringsreguleringen, at renteudgifter m.v. vedrørende gæld, der i forhold til egenkapitalen overstiger forholdet 3:1, ikke er fradragsberettigede. Opgørelsen af solvenskravet foretages ved en gennemsnitsberegning af både gælden og egenkapitalen i løbet af indkomstår. Gælden omfatter al gæld og beregnes på daglig basis. Det gælder ligeledes for egenkapitalen, der opgøres på baggrund af den skattemæssige egenkapital. Fradragsbeskæringen opgøres som den procentvise overskridelse af solvenskravet i forhold til selskabets samlede renteudgifter m.v.[1381]

Ungarn havde frem til 1. januar 2010 en valgfri såkaldt G*roup Interest Box*. Det fulgte heraf, at kun 50 pct. af koncerninterne nettorenteindtægter indgik i skattebasen samt tilsvarende at kun 50 pct. af koncerninterne nettorenteudgifter kunne fradrages i skattebasen. Reglen fandtes at udgøre statsstøtte uforeneligt med art. 107 TEUF, da eksempelvis koncerninterne finansieringsselskaber i Ungarn kunne nedbringe den skattepligtige indkomst ved indgående renteindtægter, mens et Ungarsk selskab ved udgående renteindtægter tilsvarende kunne undlade at anvende regelsættet og derved fortsat opnå fuldt fradrag. Der skabtes derved incitament for internationale koncerner til at etablere finansieringsselskaber i Ungarn, hvilket Europa-Kommissionen fandt uforeneligt med TEUF.[1382]

23. USA

Renteudgifter m.v. er i udgangspunktet fradragsberettigede, dog ikke såfremt disse vedrører skabelsen af skattefrie indtægter. I USA foretages en kvalifikation af kapitalindskud, som enten gæld eller egenkapital, under den såkaldte *facts and circumstances test*. Det var oprindeligt tanken, at kvalifika-

[1377] Gælder således ikke for personselskaber, da reglen er en erstatning for de tidligere regler vedrørende tynd kapitalisering.
[1378] Se også *Saparoea* i European Taxation 2009, vol. 49 (1), p. 3 ff.
[1379] Se *Pørksen* i SU 2007, 340.
[1380] Se eksempelvis *Brocke og Perez* i International Transfer Pricing Journal 2009, vol. 16 (1), p. 29 ff.
[1381] Se mere herom af *Gombkoto* i International Transfer Pricing Journal 2008, vol. 15 (6), p. 312 ff.
[1382] Det fandtes irrelevant at indlede en traktatbrudsag, da reguleringen udgjorde en eksisterede støtte ved indtræden i EU, og derved skulle henføres til samarbejdsproceduren.

tionen af indskuddet skulle løse eventuelle tynd kapitaliserings problematikker ved, at skattemyndighederne fik kompetence til at omkvalificere gæld efter den foreslåede § 385, men denne blev aldrig gennemført. Kvalifikationen af indskuddet er fortsat ikke lovreguleret, hvorved at kvalifikationen følger af praksis.[1383] Følgende elementer indgår bl.a. heri:

- Om der er et skriftligt bindende løfte om betaling ved påbud eller et forfaldstidspunkt
- Krav om betaling af en fast rente
- Overskudsafhængig forretning m.v.
- Er der anvendt sikkerhedsstillelse, hvilket antyder gæld
- Før- eller efterstillet på tidspunktet for gældsstiftelsen
- Selskabets solvensgrad, da jo større risiko ved gælden, des mere minder gælden om egenkapital
- Deltagerrettigheder
- Er investor både aktionær og långiver

For at undgå udflytning af skatteprovenu fra USA ved anvendelse af gæld indførtes den såkaldte *earnings stripping rule* i IRC Sec. 163 (j) i 1989. Det følger af Sec. 163 (j)(2), at rentefradragsbegrænsningsreglen i Sec 163 (j)(1)(a) finder anvendelse, såfremt selskabet har *excess interest expense* i et indkomstår, og såfremt selskabets gæld i forhold til egenkapitalen ved indkomstårets udløb overstiger forholdet 1,5:1. Solvensgraden opgøres som den samlede gæld i forhold til værdien af selskabets samlede aktiver fratrukket gælden, dog minimum 0. Aktiverne opgøres til den skattemæssige værdi. *Excess interest expenses* opgøres som selskabets nettofinansieringsudgifter, der overstiger 50 pct. af selskabets korrigerede skattepligtige indkomst dvs. før nettofinansieringsudgifter, skat og afskrivningerne m.v. (*adjusted taxable income*), og udgør minimum 0. Renteudgifter m.v., der overstiger 50 pct. heraf, fradragsbeskæres, og kan fremføres uendeligt til modregning i senere indkomstår efter Sec. 163 (j)(1)(a) og (b). Såfremt denne grænse ikke overskrides, kan forskellen heri fremføres til modregning i *excess interest expenses* de følgende tre indkomstår.

Fradragsbeskæringen vedrører udelukkende renteudgifter m.v. af koncernintern gæld[1384] til ikkehjemmehørende selskaber m.v. samt gæld til en tredjepart, hvor der er stillet sikkerhed herfor af et koncernselskab m.v., der slet ikke eller kun delvist beskattes i USA, eksempelvis i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Earnings stripping reglen i Sec 163(j) har flere gange været genstand for omfattende diskussion, herunder bl.a. i forbindelse ved *the Thomas Bill* fra 11. juli 2002 og *the Bush Proposal* ved budget forhandlingerne i 2004. Den seneste udvikling synes dog ikke centreret om ændringer heraf, men derimod centreret om spekulationer i indførelsen af en ny rentefradragsbegrænsningsregel samt en nedsættelse af selskabsskatten. Der må henses til, at 2012 er et valgår, således at indførelsen af en eventuel ny rentefradragsbegrænsningsregel formentlig har lidt længere udsigter.

[1383] Se mere om kvalifikation af indskuddet af *Plumb* i Tax Law Review 1971, vol. 26 (3), p. 369 ff.
[1384] Koncernbetingelsen betinger, at der rådes over minimum 80 pct. af stemmerettigheder eller ejes minimum 80 pct. af aktiekapitalen.

Litteraturfortegnelse

Bøger

Andersen, Kim Wind (2010). *Selskabers renter*. København: Thomson Reuters.

Blume, Peter (2009). *Juridisk metodelære* (5. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Brealey, Richard A., Stewart C. Myers og Franklin Allen (2011). *Principles of corporate finance* (10. udg.). New York: McGraw-Hill/Irwin.

Broe, Luc De (2009). *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam: IBFD.

Bundgaard, Jakob (2000). *Tynd kapitalisering - en skatteretlig fremstilling*. København: Thomson/GadJura.

Bundgaard, Jakob og Jens Wittendorff (2001). *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*. København: Magnus Informatik.

Bundgaard, Jakob (2003). Nye regler om koncerninterne lån. I: *Julebog 2003*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Bundgaard, Jakob (2006). *Skatteret & Civilret*. København: Forlaget Thomson.

Bundgaard, Jakob (2009a). Renter. I: Jan Pedersen, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen, Jakob Bundgaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel og Susanne Pedersen, *Skatteretten 1* (5. udg.). København: Thomson Reuters.

Bundgaard, Jakob (2009b). Fradragsbegrænsning for selskabers finansieringsudgifter. I: Jan Pedersen, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen, Jakob Bundgaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel og Susanne Pedersen, *Skatteretten 3* (5. udg.). København: Thomson Reuters.

Bundgaard, Jakob (2010). *Kapitalfonde i dansk og international skatteret*. København: Ex Tuto Publishing.

Børjesson, Jan, Anders Oreby Hansen, Henrik Peytz (2004). *Kursgevinstloven med kommentarer* (2. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Dahlberg, Mattias (2005). *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*. The Hague: Kluwer Law International.

Dalberg-Larsen, Jørgen (2009). *Perspektiver på ret og retsvidenskab - Retssociologiske og retsteoretiske artikler*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Dam, Henrik (2005). *Rette indkomstmodtager - Allokering og fiksering*. København: Thomson/GadJura.

Evald, Jens og Sten Schaumburg-Müller (2004). *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Fogh, Karen, Frederik Lytzen og Maj-Britt Nielsen (2009). *Selskabsbeskatning* (26. udg.). København: Thomson Reuters.

Gade, Poul (1997). *Finansiel leasing – Leje og leasing af erhvervsløsøre*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Garde, Jens (2009). Saglige krav. I: Jens Garde, Jørgen Albæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen og Karsten Revsbech, *Forvaltningsret – almindelige emner* (5. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Gomard, Bernhard (1999). *Selskabsretten* (5. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Haccius, Charles (2004). *Ireland in International Tax Planning* (2. udg.). Amsterdam: IBFD

Hansen, Hanne Søgaard (2004). Om virksomhedsbegrebet. I: Susanne Pedersen, Søren Friis Hansen og Nis Jul Clausen (red.), *Festskrift til Ole Bjørn*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Hansen, Jan Guldmand, Nikolaj Vinther og Erik Werlauff (2011). *Sambeskatning 2011/12*. København: Karnov Group.

Hansen, Søren Friis og Jens Valdemar Krenchel (2010). *Dansk selskabsret 1 – Indledning til selskabsretten* (3. udg.). København: Thomson Reuters.

Hansen, Søren Friis og Jens Valdemar Krenchel (2011). *Dansk selskabsret 3 – Interessentskaber* (2. udg.). København: Karnov Group.

Helminen, Marjaana (2011). *EU Tax Law – Direct Taxation 2011* (3. udg.). Amsterdam: IBFD.

Hemmingsen, Kjeld (1987). *Skatteretten* (6. udg.). København: Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck.

Hey, Johanna (2008). Germany II: The Glaxo Welcome, STEKO, Ernst & Young and Krankenheim Ruhesitz Cases. I: Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, og Claus Staringer (red.), *ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2008*. Vienna: Linde Verlag.

International Fiscal Association (1996). *International aspects of thin capitalization*. Cahiers de droit fiscal international, vol. 81b.

International Fiscal Association (2008). *New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*. Cahiers de droit fiscal international, vol. 93b.

International Fiscal Association (2010). *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*. Cahiers de droit fiscal international, vol. 95a.

Jensen, Svend Gram (1998). *Almindelig retslære – en introduktion* (3. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Karnøe, Lars (red.), Lars Barslev, Jakob Bundgaard, Tinus Bang Christensen, Mikkel Gudsøe, Anders Lotterup, Mads Mortensen og Peter Koerver Schmidt (2008). *Immaterialret - indhold, værdiansættelse og skat*. København: Thomson Reuters.

Kellgren, Jan (1997). *Mål och metoder vid tolkning av skattelag*. Uppsala: Justus Förlag.

Kerzel, Malene (2000). *Hovedaktionærdispositioner - i skatteretlig belysning*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Lando, Ole (2009). *Kort indføring i komparativ ret* (3. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Lang, Michael og Sabine Heidenbauer (2008). Wholly Artificial Arrangements. I: Luc Hinnekens og Philippe Hinnekens (red.), *A Vision of Taxes within and outside European Borders - Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Laursen, Anders Nørgaard (2011). *Fast driftssted*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Lilja, Troels Michael (2010). *Filialbegrebet*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Madsen, Liselotte (2011). SEL § 2A og § 2C - Når den skatteretlige subjektkvalifikation ændres. I: Malene Kerzel (red.), *Festskrift til Jan Pedersen*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Michelsen, Aage (2003). *International Skatteret* (3. udg.). København: Forlaget Thomson/GadJura.

Michelsen, Aage, Steen Askholt, Jane Bolander, John Engsig og Liselotte Madsen (2011). *Lærebog om indkomstskat* (14. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Müller, Johann (2008). *The Netherlands in International Tax Planning* (2. udg.). Amsterdam: IBFD.

Møller, Michael og Claus Parum (1999). *Virksomhedens valg af kapitalstruktur*. København: RådgivningsOrientering.

Neergaard, Ulla og Ruth Nielsen (2010). *EU-ret* (6. udg.). København: Thomson Reuters.

Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø (2011). *Retskilder & retsteorier* (3. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Nielsen, Thøger (1965). *Indkomstbeskatning: Systematisk fremstilling af lovgivning og retspraksis på indkomstbeskatningens område* (Bind 1). København: Juristforbundets Forlag.

Nielsen, Thøger (1972). *Indkomstbeskatning: Systematisk fremstilling af lovgivning og retspraksis på indkomstbeskatningens område* (Bind 2). København: Juristforbundets Forlag.

Nielsen, Thøger (1990). Den evige udfordring. I: Steen Askholt (red.), *Dansk Skattevidenskabelig Forening 1965-1990*. København: DSF.

Olsen, Henrik Palmer (1997). *Rationalitet, ret og moral*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Olsen, Henrik Palmer og Bjarke Viskum (2011). Den skandinaviske realisme. I: Ole Hammerslev og Henrik Palmer Olsen (red.), *Retsfilosofi – centrale tekster og temaer*. København: Hans Reitzels Forlag.

Parum, Claus (2001). *Corporate finance - elleve artikler om kapitalstruktur, kapitalomkostninger, udlodningspolitik, skattesystem, værdiansættelse og det danske kapitalmarked*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Pedersen, Jan (1998). *Transfer pricing - i international skatteretlig belysning*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Pedersen, Jan (2004). Skattemæssige problemer ved værdiansættelse. I: Susanne Pedersen, Søren Friis Hansen og Nis Jul Clausen (red.), *Festskrift til Ole Bjørn*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Pedersen, Jan (2009a). Skatterettens retskilder. I: Jan Pedersen, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen, Jakob Bundgaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel og Susanne Pedersen: *Skatteretten 1* (5. udg.). København: Thomson Reuters.

Pedersen, Jan (2009b). Skatterettens retsanvendelse. I: Jan Pedersen, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen, Jakob Bundgaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel og Susanne Pedersen: *Skatteretten 1* (5. udg.). København: Thomson Reuters.

Ramskov, Bent og Torben Buur (2009). *Sambeskatning* (2. udg.). Herning: Dahl.

Rendtorff, Jacob Dahl (2006). Ross og prognose teorien. I: Jacob v. H. Holtermann og Jesper Rybjerg (red.), *Alf Ross – Kritiske gensyn*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Ross, Alf (1953). *Om ret og retfærdighed*. København: Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck.

Ross, Stephen A., Randolph W. Westerfield og Jeffrey Jaffe (2005). *Corporate finance* (7. udg.). Boston: McGraw-Hill/Irwin.

Russo, Raffaele (red.), Chris J. Finnerty, Paulus Merks og Mario Petriccione (2007). *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdam: IBFD.

Rønfeldt, Thomas (2010). *Skatteværn og EU-frihed*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Schön, Wolfgang (2008). Losing Out at the Snooker Table: Cross-Border Loss Compensation for PEs and the Fundamental Freedoms. I: Luc Hinnekens og Philippe Hinnekens (red.), *A Vision of Taxes*

within and outside European Borders - Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Shaviro, Daniel N. (2009). *Decoding the U.S. Corporate Tax*. Washington: Urban Institute Press.

Stokholm, Jeppe Rune (2004). *EU skatteret*. København: Thomson.

Sørensen, Karsten Engsig og Poul Runge Nielsen (2010). *EU-retten* (5. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Terkilsen, Lars Kjærgård (2010). *Frit valg af etableringsform i EU-skatteretlig belysning*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Terra, Ben J. M. og Peter Wattel (2008). *European Tax Law* (5. udg.). The Hague: Kluwer Law International.

Vanhaut, Patrick A.A. (2008). *Belgium in International Tax Planning* (2. udg.). Amsterdam: IBFD.

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

Werlauff, Erik (2011). *Selskabsskatteret 2011/12* (13. udg.). København: Thomson Reuters.

Winther-Sørensen, Niels (2000). *Beskatning af international erhvervsindkomst - indkomstopgørelsen for et fast driftssted*. København: Thomson/GadJura.

Winther-Sørensen, Niels (2009a). Indledning om international skatteret. I: Jan Pedersen, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen, Jakob Bundgaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel og Susanne Pedersen, *Skatteretten 3* (5. udg.). København: Thomson Reuters.

Winther-Sørensen Niels (2009b). Det EU-retlige diskriminations- og restriktionsforbud. I: Jan Pedersen, Kurt Siggaard, Niels Winther-Sørensen, Jakob Bundgaard, Inge Langhave Jeppesen, Malene Kerzel og Susanne Pedersen, *Skatteretten 3* (5. udg.). København: Thomson Reuters.

Wittendorff, Jens (2009). *Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret*. København: Thomson Reuters.

Wittendorff, Jens (2011). Hverken fugl eller fisk – om aktiers handelsværdi i dansk skatteret. I: Malene Kerzel (red.), *Festskrift til Jan Pedersen*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Zahle, Henrik (1986). Polycentri i retskildelæren. I: Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), *Samfunn, rett, rettferdighet - Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*. Oslo: TANO.

Artikler

Aarnio, Katri (2006). *Treatment of permanent establishments and subsidiaries under EC law: towards a uniform concept of secondary establishment in European tax law?* EC Tax Review, vol. 15 (1), p. 18.

Amann, Sascha (2003). *Fremdfinanzierung durch europäische Anteilseigner*. European Law Reporter 2003, nr. 1, p. 3.

Amby, Christen (1998). *Loven om tynd kapitalisering*. Skattepolitisk Oversigt 1998, 270.

Amby, Christen (2006). *L 116 Udvidelse af koncernbegrebet med kapitalfonde m.v.* Skat Udland 2006, 4.

Amby, Christen (2006). *L 116 vedtaget med ændringer*. Skat Udland 2006, 187.

Amby, Christen (2006). *Koncernbegrebet for sambeskatning og i kursgevinstloven*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2006, 337.

Andersen, Kim Wind (2007). *Renteindgrebet*. Skattepolitisk Oversigt 2007, 247.

Andersen, Kim Wind (2009). *Justering af rentefradragsbegrænsningsreglerne*. Ugeskrift for Skat 2009, 1345.

Andersen, Niklas Bjerggaard (2007). *Skattemæssig handelsværdi? En kommentar til TfS 2007, 945 LSR*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2007, 947.

Aramini, Fabio (2004). *Thin Capitalization: Issues of Compatibility with EC Law and the OECD Model Treaty - Italy*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 6 (3), p. 127.

Banner-Voigt, Erik og Jens Wittendorff (2000). *Taxation of Hybrid Instruments*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 2 (1) p. 3

Berg, Mads (2011). *Overgang til K/S-formen - Om samspillet mellem selskabs- og skatteretten*. Skattepolitisk Oversigt 2011, 76.

Berg, Mads (2011). *Omdannelse ind i K/S-formen. Nogle selskabsretlige og skatteretlige betragtninger*. Skattepolitisk Oversigt 2011, 251.

Bergmann, Elisabeth (2003). *EG-aktuellt på företagsskatteområdet*. Svensk Skattetidning 2003, p.76.

Berning, Jakob (2008). *Koncernlån og rentefastsættelse*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2008, 1144.

Bernsen, Jonathan og Benedicte von Haffner (2011). *Land i Fokus – Australien*. Skat Udland 2011, 224.

Bjare, Peter Rose (2000). *Beskatning af forsikringsselskaber*. Revision og Regnskabsvæsen, nr. 4, p. 30.

Bjørn, Ole (1999). *Fikseret vederlag - et forsøg på at gøre status*. Skattepolitisk Oversigt 1999, 54.

Boidman, Nathan og Michael Kandev (2009). *Corporate Taxation in Canada: A Cross-Border Perspective*. Bulletin for International Taxation, vol. 63 (8), p. 363.

Bolander, Jane (2002). *Hvad er en kursgevinst og et kurstab – og hvorledes opgøres gevinsten og tabet?* Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2002, 916.

Bolander, Jane (2005). *Skift i skattemæssig status – fra næring til anlæg*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2005, 21.

Bombeke, Géry og Eric von Frenckell (2006). *Deduction Allowed for Notional Interest: How the Centre of Europe Became an Interesting Tax Location*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 8 (4), p. 167.

Booker, Thomas (2011). *Beneficial Owner*. Skat Udland 2011, 415.

Brocke, Klaus von og Eugenio Garcia Perez (2009). *Group Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules*. International Transfer Pricing Journal, vol. 16 (1), p. 29.

Broek, Harm van den (2003). *Bosal Holding and the Confusion Surrounding the Territoriality Principle*. International Transfer Pricing Journal, vol. 10 (3), p. 116.

Bruk, Boris (2010). *Russian Thin Capitalization Rules: Are They Compatible with Russian Tax Treaties?* European Taxation, vol. 50 (11), p. 506.

Bundgaard, Jakob og Jens Wittendorff (1999). *Tynd kapitalisering efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4 – fuld eller delvis konsolidering?* Tidsskrift for Skatter og Afgifter 1999, 36.

Bundgaard, Jakob (2000). *Aspekter af skatterettens civilretlige relationer - belyst ved selskabsskattelovens § 11*. SR-SKAT 2000, 228.

Bundgaard, Jakob (2001). *Første praksis om tynd kapitalisering - et spørgsmål om dokumentation*. SR-Skat 2001, 83.

Bundgaard, Jakob og Jeppe Rune Stokholm (2003). *EU-retlige begrænsninger for nationale regler om tynd kapitalisering – refleksioner over C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH*. Skat Udland 2003, 2.

Bundgaard, Jakob (2004). *Efter Lankhorst-Hohorst – nationale værn mod tynd kapitalisering i ny indpakning*. Skat Udland 2004, 207.

Bundgaard, Jakob (2004). *Holdingselskabers fradrag for etableringsomkostninger*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2004, 671.

Bundgaard, Jakob (2006). *Hybrid finansiering og international skatteret*. Skat Udland 2006, 391.

Bundgaard, Jakob (2007). *Skattearbitrage & korrespondensprincip – Omkvalificering af gæld til egenkapital ved udenlandsk skattefrihed af afkast fra hybride finansielle instrumenter*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2007, 237.

Bundgaard, Jakob og Niels Winther-Sørensen (2007). *Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering*. SR-Skat 2007, 508

Bundgaard, Jakob (2008). *Perpetual and Super-Maturity Debt Instruments in International Tax Law*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 10 (4), p. 126.

Bundgaard, Jakob (2009). *Rente-/royaltydirektivet i national kontekst*. Skat Udland 2009, 61.

Bundgaard, Jakob og Katja Joo Dyppel (2009). *Overskudsafhængige lån – Om udformning, økonomiske rationaler og den mangelfulde skatteretlige regulering*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, 480.

Bundgaard, Jakob (2010). *Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnslovgivning på udenlandske mellemholdingselskaber?* Skat Udland 2010, 111.

Bundgaard, Jakob (2010). *Beneficial ownership – nyt nederlag og skærpede regler på vej*. Skat Udland 2010, 387.

Bundgaard, Jakob (2011). *Beneficial Ownership – nu en reel bestanddel af dansk skatteret*. Skat Udland 2011, 31.

Bundgaard, Jakob og Michael Tell (2011). *Udviklingslinjer i praksis om tynd kapitalisering*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2011, 104.

Câmara, Francisco de Sousa da (2001). *Parent-Subsidiary Directive: The Epson Case*. European Taxation, vol. 41 (9), p. 307.

Câmara, Francisco de Sousa da og José Almeida Fernandes (2007). *Thin Capitalization Rules – Portugal*. International Transfer Pricing Journal, vol. 14 (2), p. 119.

Caraher, David (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Ireland*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 316.

Carramaschi, Bruno Macorin (2010). *Thin Capitalization Rules Introduced, Yet Some Uncertainties Remain – Brazil*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 12 (6), p. 187.

Carron, Ortwin og Nicolas Couder (2008). *Månedens land – Belgien*. Skat Udland 2008, 268.

Chen, Yvonne og Tony Feng (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: China*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 295.

Christensen, Lasse Esbjerg og Anders Endicott Pedersen (2005). *Første afgørelse vedrørende selskabsskattelovens § 2 A om transparens*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2005, 319.

Christiansen, Tommy V. (2011). *Tynd kapitalisering – værdiansættelse af større aktiepost*. Juridisk Ugebrev Skat 2011, 13.

Conway, Wallace G., Brian Mustard og Nick Pantaleo (2009). *Enhancing Canada's International Tax Advantage - Final Report of the Advisory Panel on Canada's System of International Taxation*. Bulletin for International Taxation, vol. 63 (8), p. 338.

Cordewener, Axel (2003). *Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lankhorst-Hohorst GmbH*. European Taxation, vol. 43 (4), p. 102.

Dalby, Søren og Søren Sønderholm (2011). *Kursgevinstloven anno 2011*. SR-Skat 2011, 133.

Dalgas, Anja Svendgaard (2009). *Mellemholdingselskaber - endnu et kompliceret regelsæt i dansk selskabsskatteret*. SR-Skat 2009, 263.

Dalgas, Anja Svendgaard, Nikolaj Vinther og Jan Guldmand Hansen (2009). *Omstrukturering af koncerner, der fremfører skattemæssige underskud, kilde-/artsbegrænsede tab og saldi efter reglerne om tynd kapitalisering og rentefradragsbeskæring*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, 557.

Dib, Roberta Augusta Assad (2010). *The New Brazilian Thin Capitalization Rules and How the Other BRICs Approach the Subject*. Bulletin for International Taxation, vol. 64 (6), p. 336.

Douvier, Pierre-Jean og Xenia Lordkipanidze (2008). France – Thin Capitalization: Recent Guidance from Tax Authorities. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (3), p. 136.

Dussert, Bertrand (2004). *Interest and Royalty Directive Implemented into Law - France*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 6 (5), p. 211.

Dyppel, Katja Joo (2011). *Værdiansættelse af urealiserede finansielle kontrakter*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2011, 798.

Eichelberger, Jon og Jinghua Liu (2009). *Post-Acquisition Integration – What You Need To Do? - China*. Asia-Pacific Tax Bulletin, vol. 15 (2), p. 99.

Engdahl, Lena (2010). *"Beneficial owner" - Nogle betragtninger om intern ret*. SR-Skat 2010, 148.

Eskildsen, Thomas og John Bygholm (2009). *SKATs vejledning om værdiansættelse af 21. august 2009*. SR-Skat 2009, 250.

Farrar, Jonathan og Amin Mawani (2008). *Debt-Equity Limitations in Thin Capitalization Rules: Canadian Evidence*. Canadian Academic Association Annual Conference. Lokaliseret d. 22. november 2011: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1080639

Ferrari, Luca og Marco Lombardi (2009). *New Rules on Interest Deductibility Threshold for Financial Institutions: Decree-Law 112 of 25 June 2008 – Italy*. International Transfer Pricing Journal, vol. 16 (1), p. 51.

Ferraz, Luiz Felipe Centeno og Ramon Tomazela (2009). *Månedens land – Brasilien*. Skat Udland 2009, 1.

Fisch, Jean-Luc og Patrick Mischo (2010). *Luxembourg - Real Estate Murabaha Structures in Luxembourg*. European Taxation, vol. 50 (11), p. 501.

Flore, Paola (2008). *Limitations on Deductibility of Interest Payable: Recent Tax Law Developments - Italy*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 10 (5), p. 210.

Føgh, Anne Katrine og Søren Jesper Hansen (2002). *Tynd kapitalisering – fradragsbeskæring under konsolideringsreglen*. Skat Udland 2002, 335.

Gajaria, Hitesh (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: India*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 313.

Galeano, Giuseppe A. og Alan M. Rhode (2008). *Italy Sets the Barrier to Deduction of Financing Costs at 30 Per Cent of EBITDA*. Intertax, vol. 36 (6/7), p. 292.

Galinier-Warrain, Gilles (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: France*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 307.

Gangemi, Bruno (2010). *Trends in Company Income Taxation with Special Reference to Mergers and Acquisition Transactions*. Bulletin for International Taxation, vol. 64 (7/8), p. 450.

Gimsing, Bjarne og Carina Marie Korsgaard (2007). *Beskæring af rentefradrag efter et variabelt renteloft og en EBIT-regel*. Skat Udland 2007, 234.

Gombkoto, Balint (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Hungary*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 312.

Gutmann, Daniel og Luc Hinnekens (2003). *The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment*. EC Tax Review, vol. 12 (2), p. 90.

Haelterman, Axel og Henk Verstraete (2008). *The "Notional Interest Deduction" in Belgium*. Bulletin for International Taxation, vol. 62 (8), p. 362.

Hansen, Anders Oreby (1999). *Tynd kapitalisering – opgørelse af gæld og egenkapital*. Skat Udland 1999, 6.

Hansen, Jan Guldmand og Nikolaj Vinter (2004). *EU-rettens krav til dansk skatteret – En EU-retlig vurdering af de nye regler om fraflytterbeskatning, tynd kapitalisering og søstersambeskatning mv.* SR-Skat 2004, 224.

Hansen, Jan Guldmand (2005). *Tynd kapitalisering i danske koncerner – et regelsæt, som bør revurderes*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2005, 153.

Hansen, Jesper Anker (2010). *Konsolideringsreglen i selskabsskattelovens § 11, stk. 4*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2010, 564.

Hansen, Lars Cort (1998). *Nye regler om tynd kapitalisering*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 1998, 569.

Hansen, Lars Cort (1999). *Tynd kapitalisering, CFC-regler og armslængdeprincippet*. SR-Skat 1999, 42.

Hansen, Lars Cort (2000). *Tynd kapitalisering – Armslængdeprincippet*. Skat Udland 2000, 55.

Hansen, Søren Friis (2006). *Medens vi venter på EF-domstolen II*. Skattepolitisk Oversigt 2006, 1.

Hansen, Søren Friis (2008). *Visse kommanditselskaber bliver skattesubjekter - En kritisk analyse af forslaget til SEL § 2 C (L 181) med særlig henblik på dets betydning for danske kommanditselskaber*. Skattepolitisk Oversigt 2008, 169.

Hansen, Søren Friis (2009). *Skatteretlige følgevirkninger af den ny selskabslovgivning - Et overblik over udvalgte skatteretlige følgevirkninger af L 170, vedrørende modernisering af aktie- og anpartsselskabsloven*. Skattepolitisk Oversigt 2009, 112.

Hartmann, Jürgen (2008). *Federal Ministry of Finance Issues Interpretation Letter Regarding Interest Limitation Rules - Germany*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 10 (6), p. 234.

Helminen, Marjaana (2007). *Freedom of Establishment and Oy AA*. European Taxation, vol. 47 (11), p. 490.

Herzig, Norbert, Uwe Lochmann og Bernhard Liekenbrock (2008). *Impact Study of the New German Interest Capping Rule*. Intertax, vol. 36 (12), p. 577.

Hinnekens, Luc (2001). *AMID: The Wrong Bridge or a Bridge Too Far? An Analysis of a Recent Decision of the European Court of Justice*. European Taxation, vol. 41 (6), p. 206.

Hougaard, Anne-Mette (2010). *Adgangen til at foretage korrektion i dansk indkomstskatteret*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2010, 208.

Hurk, Hans van den og Bouke Wagenaar (2004). *The Far-Reaching Consequences of the ECJ Decision in Bosal and the Response of the Netherlands*. Bulletin for International Taxation, vol. 58 (6), p. 269.

Hurk, Hans van den (2006). *Cross-Border Loss Compensation – The ECJ's Decision in Marks & Spencer and How It Was Misinterpreted in the Netherlands*. Bulletin for International Taxation, vol. 60 (5), p. 178.

Jensen, Claus Bilberg (2008). *Kapitalfondsindgrebet i forhold til selvangivelsen for 2007 – L 213*. Ugeskrift for Skat 2008, 2585.

Jensen, Claus Bilberg (2008). *Kapitalfondsindgrebet i forhold til selvangivelsen for 2007*. Revision og Regnskabsvæsen, nr. 6, p. 52.

Jeppesen, Inge Langhave (2007). *Renter, låneomkostninger mv. – fradrag eller?* Skattepolitisk Oversigt 2007, 331.

Jones, John F. Avery (2001). *A Comment on "AMID: The Wrong Bridge or a Bridge Too Far?"*. European Taxation, vol. 41 (7), p. 251.

Joseph, Anton (2008). *Changes in International Taxation - New Zealand*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 10 (1), p. 15.

Josephsen, Niels (1999). *Tynd kapitalisering – herunder reglernes betydning for filialer*. Skat Udland 1999, 7.

Kelstrup, Asger Mosegaard og Katrine E. Sørensen (2009). *Fordelsprincip som element i armslængdevurdering?* Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2009, 314.

Kleinbard, Edward D. (2007). *Throw Territorial Taxation from the Train*. Tax Notes 2007, 547.

Knöller, Claus-Peter (2011). *The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective*. Intertax, vol. 39 (6/7), p. 317.

Körner, Andreas (2003). *The ECJ's Lankhorst-Hohorst Judgement – Incompatibility of Thin Capitalization Rules with European Law and Further Consequences*. Intertax, vol. 31 (4), p. 162.

Lai, Chong Yuen og Kris Lievens (2011). *Cash Drain Transactions and Tax Deductibility of Certain Expenses – Belgium*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 13 (2), p. 63.

Lang, Michael (2006). *The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word*. European Taxation, vol. 46 (2), p. 54.

Lang, Michael (2011). *European Union - The General Anti-Abuse Rule of Article 80 of the Draft Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base*. European Taxation, vol. 51 (6), p. 223.

Langer, Morten W. (2010, 11. august). *Kapitalstruktur i børsnoterede virksomheder*. Lokaliseret d. 22. november 2011: http://www.dirf.dk/Default.aspx?ID=306

Linder, Thomas (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Switzerland*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 345.

Loft, Peter (2008). *Skatteretlige værnsregler og EU-retten*. Skat Udland 2008, 83.

Lucena, Raul Martin (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Spain*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 343.

Lund, Henrik, Carina Marie Korsgaard og Matthias Albertsen (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Introduction*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 283.

Lund, Henrik og Carina Marie Korsgaard (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Denmark*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 300.

Lytken, Poul Erik og Nikolaj Bjørnholm (2010). *Omvendte juletræer og pyramider – del 2*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2010, 288.

Marciniak, Sophie (2011). *New Tax Rules: Highlights of 2011 Finance Bill, Fourth Amended Finance Bill for 2010 and 2011 Social Security Finance Bill – France*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 13 (2), p. 54.

Marciniak-Granotier, Sophie (2009). *Thin Capitalization Rules: How To Avoid Their Application and Improve the Financial Capacities of a Company or Group – France*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 11 (5), p. 148.

Meussen, Gerard T. K. (2009). *The ECJ's Judgement in Krankenheim – The Last Piece in the Cross-Border Loss Relief Puzzle?* European Taxation, vol. 49 (7), p. 361.

Michelsen, Aage (1996). *Retskildepolycentri i skatteretten*. SR-Skat 1996, 183.

Mikkelsen, Lars Hovmand (2009). *Land i Fokus – Spanien*. Skat Udland 2009, 337.

Mikkelsen, Per Randrup og Peter Schmidt (2007). *Overdragelse af aktier med succession – en kommentar til TfS 2007, 365*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2007, 671.

Modigliani, Franco og Merton Miller (1958). *The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment*. American Economic Review, vol. 48, p. 261.

Munch, David (2011). *Skattemæssige konstruktioner*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2011, 587.

Munin, Nellie (2011). *Tax in Trouble Time: Is It the Time for A Common Corporate Tax Base in the EU?* EC Tax Review, vol. 20 (3), p. 121.

Mutén, Leif (2003). *De tyska underkapitaliseringsreglerna underkända av EG-domstolen*. Svensk Skattetidning 2003, p. 78.

Møller, Michael og Claus Parum (2001). *Optimal kapitalstruktur- og udlodningspolitik*. Finans Invest, nr. 4, p. 6.

Nakamura, Tomohiko (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Japan*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 320.

Nakhai, Katja og Stefan Mueller (2010). *EC Tax Scene – German Federal Tax Court Refers Case Regarding Trade Tax Add-Back for Long-Term Interest Expense to ECJ*. Intertax, vol. 38 (6/7), p. 386.

Nielsen, Henrik Guldhammer (2007). *Schweiz*. Skat Udland 2007, 143.

Nielsen, Henrik Møller (2009). *Skattereformen og aktiebeskatningen*. SR-Skat 2009, 201.

Nørremark, Michael (2010). *Land i Fokus – Storbritannien*. Skat Udland 2010, 69.

Offermanns, René (2009). *European Commission requests Belgium to extend scope of notional interest deduction (based on unconfirmed reports)*. Tax News Service (IBFD), dateret 4. marts 2009.

Paisen, Pernille (2008). *Månedens Land – Kina*. Skat Udland 2008, 129.

Palombo, Maria Eugenia (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Italy*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 318.

Parum, Claus (2002). *Finansieringspolitikkens betydning for kapitalomkostninger og værdiansættelse (1): Det typiske (lærebogs) svar er sjældent relevant*. Finans Invest, nr. 7. p. 24.

Parum, Claus (2003). *Fremmedkapital, skatter og værdiansættelse*. Finans Invest, nr. 1. p. 22.

Pedersen, Jacob B. og Thomas Rønfeldt (2011). CCCTB – *et fælles skattesystem med udfordringer*. Skattepolitisk Oversigt 2011, 309.

Pedersen, Susanne og Klaus Okholm (1999). *Lån og garantistillelser mellem koncernforbundne selskaber*. Skat Udland 1999, 94.

Petersen, Tyge og Allan M. Sørensen (2001). Finansiel *leasing - en fravalgt og en tilvalgt realitetsgrundsætning*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2001, 976.

Plumb, William T. (1971). *The Federal Income Tax Significance of Corporate Debt: A Critical Analysis and a Proposal.* Tax Law Review, vol. 26 (3), p. 369.

Poulsen, Martin og Søren Jesper Hansen (2011). *Common Consolidated Corporate Tax Base – en status efter Kommissionens direktiv-forslag*. Skat Udland 2011, 105.

Pørksen, Claus (2007). *Tysk virksomhedsskattereform 2008*. Skat Udland 2007, 340.

Rasmussen, Søren (1998). *Armslængde og tynd kapitalisering*. SR-Skat 1998, 252.

Ravnkilde, Jesper (2010). *Mens vi venter på EU-Kommissionen – har Skatteministeriet et svar på kritikken af de nye fraflytningsregler*. Skat Udland 2010, 321.

Roose, Eric N. og Takeo Mizutani (2005). *Thin Capitalization - Japan*. Asia-Pacific Tax Bulletin, vol. 11 (5), p. 406.

Rossi, Marco (2008). *Italy Introduces Broad Corporate Tax Reforms*. Tax Notes International, vol. 49 (4), p. 1.

Rønfeldt, Thomas (2009). *Kapitalfondsindgreb – med fællesskabsretlige problemer*. Skat Udland 2009, 338.

Saparoea, Anouc van den Berg van (2009). *Optimizing the Interest Deduction Rules - A Never-Ending Story*. European Taxation, vol. 49 (1), p. 3.

Sarfati, Edgard (2004). *Recent Case Law on Thin Capitalization Rules - France*. Derivatives & Financial Instruments, vol. 6 (4), p. 200.

Schaffner, Jean (2008). *Transfer Pricing Rules for Transactions Involving Low-Tax Countries - Luxembourg*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (2), p. 99.

Schmidt, Peter Koerver og Jakob Bundgaard (2011). *CCCTB – Europa Kommissionens direktivforslag om en konsolideret selskabsskattebase*. Revision og Regnskabsvæsen, nr. 7, p. 40.

Schmidt, Peter Koerver og Jakob Bundgaard (2011). *En fælleseuropæisk konsolideret selskabsskatte-base – reaktioner på direktivforslaget*. Inspi, nr. 7/8, p. 6.

Schömer, Mattias (2009). *De nya svenska reglerna om ränteavdrags-begränsningar*. Skat Udland 2009, 279.

Smit, Pim og Erik Smith (2007). *A Comparative Study of the Thin Capitalization Rules in the Member States of the European Union and Certain Other States: Netherlands*. European Taxation, vol. 45 (9), p. 417.

Sporken, Eduard (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Netherlands*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 327.

Stavropoulos, Ioannis (2002). *What's Going on in…ECJ: Greek Income Tax Provision is a Withholding within the Meaning of the Parent-Subsidiary Directive*. European Taxation, vol. 42 (2), p.94.

Ström, Göran (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Sweden.* International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 344.

Sørensen, Karsten Engsig (2008). *Skatteretlige værnsregler og udviklingen i EF-Domstolens praksis*. Skat Udland 2008, 84.

Sørensen, Michael (1998). *Nye regler om selskabsbeskatning*. Revision og Regnskabsvæsen, nr. 9, p. 30.

Tainha, Jorge (2008). *Financing - A Global Survey of Thin Capitalization and Transfer Pricing Rules in 35 Selected Countries: Portugal*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (6), p. 332.

Thömmes, Otmar (2002). *Konzernfinanzierung und Europäisches Recht*. Der Betrieb 2002, heft 46, p. 2397.

Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff (2003). *Nødvendig nytænkning af skatteregler om tynd kapitalisering - Konsekvenser for regler om tynd kapitalisering af EF-domstolens dom i Lankhorst-Hohorst GmbH*. Skat Udland 2003, 1.

Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff (2003). *Hvad bør Danmark gøre ved problemet "tynd kapitalisering" efter dommen i Lankhorst-Hohorst? - et utjenligt forsøg på at gøre dansk skatteret EU-konform*. Skat Udland 2003, 354.

Vinther, Nikolaj og Erik Werlauff (2003). *The need for fresh thinking about tax rules on thin capitalization: the consequences of the judgment of the ECJ in Lankhorst-Hohorst*. EC Tax Review, vol. 12 (2), p.97.

Vinter, Nikolaj og Erik Werlauff (2004). *En fællesskabsretlig analyse af den foreslåede tynd kapitaliseringsregel i L 119*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2004, 242.

Vinter, Nikolaj og Erik Werlauff (2005). *EU og sambeskatning – lovforslag L 153 i fællesskabsretlig belysning*. Skat Udland 2005, 3.

Webber, Stuart (2010). *Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey*. Tax Notes International, vol. 60 (9), p. 682.

Weber, Dennis (2000). *The proposed EC Interest and Royalty Directive*. EC Tax Review, vol. 9 (1), p. 15.

Werlauff, Erik (2011). *Bestemmende indflydelse og "fælles bestemmende indflydelse"*. SR-Skat 2011, 24.

Whatley, Edwin T. og Shinichi Kobayashi (2009). *Post-Acquisition Integration – What You Need To Do? - Japan*. Asia-Pacific Tax Bulletin, vol. 15 (2), p. 104.

Wilkie, J. Scott (2008). *Transfer Pricing Rules for Transactions Involving Low-Tax Countries*. International Transfer Pricing Journal, vol. 15 (1), p. 31.

Winther-Sørensen, Niels (2005). *Første afgørelse vedrørende selskabsskattelovens § 2 A om transparens – et svar*. Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2005, 384.

Winther-Sørensen, Niels (2006). *Marks & Spencer-dommen*. Skat Udland 2006, 3.

Wittendorff, Jens (2011). *International skatteret 2011*. SR-Skat 2011, 212.

Zimmermann, Bent og Jesper Boesen (2001). *Generationsskifte med succession – trods alt?* Tidsskrift for Skatter og Afgifter 2001, 318.

Rapporter

Finansministeriet (2011). *Aftaler om Finansloven for 2012*. November 2011. Schultz.

Skattekommissionen (2009, februar). *Lavere skat på arbejde – Skattekommissionens forslag til skattereform*. Schultz.

Skatteministeriet (2004). *Rapport fra Sambeskatningsudvalget – Betænkning nr. 1452*. København.

Vækstfonden (2007). *Det danske marked for venturekapital og buy-out*. Rapport fra 2007.

Økonomi- og Erhvervsministeriet (2006). *Kapitalfonde i Danmark*. Økonomisk tema, nr. 4, 2006.

Udtalelser fra Skatteministeriet m.v.

Skatteministeriet (2004, 23. december). *Supplerende spørgsmål til L 119*. Lokaliseret d. 22. november 2011: http://www.skm.dk/publikationer/notater/supplerendespoergsmaalvedr.l119.html

Skatteministeriet (2007, 2. april). Der henvises til følgende:

- *Indgreb mod skattespekulation*. Lokaliseret d. 22. november 2011: http://www.skm.dk/publikationer/notater/indgrebmodskattespekulation.html?rel
- *Indgreb mod skattespekulation – aftale om ændringer*. Lokaliseret d. 22. november 2011: http://www.skm.dk/publikationer/notater/aftalen.html?rel

Skatteministeriet (2007, 30. marts). *Status på SKATs kontrolindsats vedrørende kapitalfondes overtagelse af 7 danske koncerner*. Lokaliseret d. 22. november 2011: http://www.skm.dk/publikationer/notater/5534.html

Ligningsvejledningen 2011-2

Høringssvar

Advokatrådet (2007, 22. februar). Høringssvar vedrørende lovforslag nr. 213 2006-2007 om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove (CFC-beskatning og kapitalfonde m.m.). Lokaliseret d. 22. november 2011: http://www.skm.dk/public/billeder/hoeringssvar/cfc/Advokatraadet.pdf

Carlsberg (2007, 15. februar). Høringssvar vedrørende lovforslag nr. 213 2006-2007 om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove (CFC-beskatning og kapitalfonde m.m.). Lokaliseret d. 22. november 2011: http://www.skm.dk/public/billeder/hoeringssvar/cfc/Carlsberg.pdf

DVCA (2007, 26. februar). Høringssvar vedrørende lovforslag nr. 213 2006-2007 om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove (CFC-beskatning og kapitalfonde m.m.). Lokaliseret d. 22. november 2011: http://www.skm.dk/lovforslag/hoeringssvar/5396/dvca/

Doms- og afgørelsesregister

Afgørelser offentliggjort af SKAT

SKM2002.588.LSR

SKM2003.458.LR

SKM2004.338.LR

SKM2005.145.LR (TfS 2005, 314)

SKM2006.252.LSR (TfS 2006, 861)

SKM2006.338.LSR

SKM2006.625.SR

SKM2007.473.LSR

SKM2007.695.SR

SKM2007.817.SR (TfS 2008, 229)

SKM2008.171.SR (TfS 2008, 599)

SKM 2008.446.SR

SKM2008.917.SR (TfS 2009, 51)

SKM2009.257.ØLR (erstattet af SKM2011.15.HR)

SKM2010.8.SR (TfS 2010, 127)

SKM2010.270.LSR (TfS 2010, 569)

SKM2010.729.LSR (SU 2010,386/TfS 2010, 974)

SKM2011.15.HR (TfS 2011, 171)

SKM2011.57.LSR (SU 2011, 41/TfS 2011, 277)

SKM2011.119.LSR

SKM2011.485.LSR (TfS 2011, 676)

SKM2011.667.SR

Tidsskrift for Skatter og Afgifter

TfS 1986, 138 (LSR)

TfS 1993, 7 (H)

TfS 1996, 532 (H)

TfS 1997, 506 (H) (UfR 1997, 1150H)

TfS 1998, 77 (LR)

TfS 1999, 180 (Ø) (UfR 1999, 30Ø)

TfS 1999, 201 (V)

TfS 1999, 255 (LSR)

TfS 1999, 976 (LR)

TfS 2000, 374 (H)

TfS 2000, 532 (LR)

TfS 2000, 818 (LSR)

TfS 2000, 1011 (H)

TfS 2001, 739 (Ø)

TfS 2003, 44 (LSR)

TfS 2007, 365 (Ø)

TfS 2009, 634 (SR)

TfS 2010, 974 (LSR)

Ugeskrift for Retsvæsen

UfR 1942, 563H

UfR 1975, 788H

UfR 1999, 1289H

UfR 2009, 1512H

Ikke-offentliggjorte afgørelser m.v.

Ligningsrådets bindende svar af 21. november 2000, journalnummer 99/00-4339-00230

Afgørelse fra Landsskatteretten af 17. februar 2005, sag nr. 2-2-1824-0490

EU-Domstolens afgørelser

Avoir Fiscal C-270/83

Factortame C-221/89

Bachmann C-204/90

Kommissionen mod Belgien C-300/90.

Schumacker C-279/93,

Pafitis C-441/93

Gebhard C-55/94

Wielockx C-80/94,

Futura Participations C-250/95

Chemical C-264/96

Eurowings Luftverkehrs AG C-294/96

Saint-Gobain C-307/97

Baars C-251/98

Epson Europe C-375/98

De forenede sager Metallgesellschaft og Hoechst C-397/98 og C-410/98

Amid C-141/99

Athinaïki Zithopiïa C-294/99

Lankhorst-Hohorst C-324-00, (SU 2003, 12)

X og Y C-436/00

Bosal C-168/01

Maria Walcher C-201/01

Marks & Spencer C-446/03,

Kommissionen mod Danmark C-150/04

Cadbury Schweppes C-196/04,

FKP Scorpio Konzertproduktion C-290/04

Rewe Zentralfinanz C-347/04

Stauffer C-386/04

Kerckhaert og Morres C-513/04

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation C-524/04 (SU 2007, 122)

Oy AA C-231/05

Columbus Container Services C-298/05

Amurta C-379/05

Orange European Smallcap Fund C-194/06

Deutche Schell C-293/06

Lidl Belgium C-414/06

Lammers & Van Cleeff NV C-105/07 (SU 2008, 55)

Krankenheim Ruhesitz C-157/07

Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft C-330/07

Damseaux C-128/08

Scheuten Solar Technology C-397/09 (SU 2011, 417)

Europa-Kommissionen

Europa-Kommissionens beslutning af 17. februar 2003 om Kongeriget Belgiens støtteordning til fordel for koordinationscentre, som er hjemmehørende i Belgien (K(2003) 564).

Europa-Kommissionens beslutning af 8. juli 2009 om ”groepsrentebox”-ordningen som Nederlandene har til hensigt at gennemføre (K(2009) 4511).

Afgørelser fra udlandet

Tax Ruling TR 2010/7 - Income tax: the interaction of Division 820 of the Income Tax Assessment Act 1997 and the transfer pricing provisions – The Australian Tax Office. Lokaliseret d. 22. november 2011:
http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?docid=%22TXR%2FTR20107%2FNAT%2FATO%2F00001%22

TITLER I PH.D.SERIEN:

2004

1. Martin Grieger
Internet-based Electronic Marketplaces and Supply Chain Management

2. Thomas Basbøll
LIKENESS
A Philosophical Investigation

3. Morten Knudsen
Beslutningens vaklen
En systemteoretisk analyse of moderniseringen af et amtskommunalt sundhedsvæsen 1980-2000

4. Lars Bo Jeppesen
Organizing Consumer Innovation
A product development strategy that is based on online communities and allows some firms to benefit from a distributed process of innovation by consumers

5. Barbara Dragsted
SEGMENTATION IN TRANSLATION AND TRANSLATION MEMORY SYSTEMS
An empirical investigation of cognitive segmentation and effects of integrating a TM system into the translation process

6. Jeanet Hardis
Sociale partnerskaber
Et socialkonstruktivistisk casestudie af partnerskabsaktørers virkelighedsopfattelse mellem identitet og legitimitet

7. Henriette Hallberg Thygesen
System Dynamics in Action

8. Carsten Mejer Plath
Strategisk Økonomistyring

9. Annemette Kjærgaard
Knowledge Management as Internal Corporate Venturing
– a Field Study of the Rise and Fall of a Bottom-Up Process

10. Knut Arne Hovdal
De profesjonelle i endring
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur

11. Søren Jeppesen
Environmental Practices and Greening Strategies in Small Manufacturing Enterprises in South Africa
– A Critical Realist Approach

12. Lars Frode Frederiksen
Industriel forskningsledelse
– på sporet af mønstre og samarbejde i danske forskningsintensive virksomheder

13. Martin Jes Iversen
The Governance of GN Great Nordic
– in an age of strategic and structural transitions 1939-1988

14. Lars Pynt Andersen
The Rhetorical Strategies of Danish TV Advertising
A study of the first fifteen years with special emphasis on genre and irony

15. Jakob Rasmussen
Business Perspectives on E-learning

16. Sof Thrane
The Social and Economic Dynamics of Networks
– a Weberian Analysis of Three Formalised Horizontal Networks

17. Lene Nielsen
Engaging Personas and Narrative Scenarios – a study on how a user-centered approach influenced the perception of the design process in the e-business group at AstraZeneca

18. S.J Valstad
Organisationsidentitet
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur

19. Thomas Lyse Hansen
Six Essays on Pricing and Weather risk in Energy Markets

20. Sabine Madsen
Emerging Methods – An Interpretive Study of ISD Methods in Practice

21. Evis Sinani
The Impact of Foreign Direct Investment on Efficiency, Productivity Growth and Trade: An Empirical Investigation

22. Bent Meier Sørensen
Making Events Work Or, How to Multiply Your Crisis

23. Pernille Schnoor
Brand Ethos
Om troværdige brand- og virksomhedsidentiteter i et retorisk og diskursteoretisk perspektiv

24. Sidsel Fabech
Von welchem Österreich ist hier die Rede?
Diskursive forhandlinger og magtkampe mellem rivaliserende nationale identitetskonstruktioner i østrigske pressediskurser

25. Klavs Odgaard Christensen
Sprogpolitik og identitetsdannelse i flersprogede forbundsstater
Et komparativt studie af Schweiz og Canada

26. Dana B. Minbaeva
Human Resource Practices and Knowledge Transfer in Multinational Corporations

27. Holger Højlund
Markedets politiske fornuft
Et studie af velfærdens organisering i perioden 1990-2003

28. Christine Mølgaard Frandsen
A.s erfaring
Om mellemværendets praktik i en transformation af mennesket og subjektiviteten

29. Sine Nørholm Just
The Constitution of Meaning – A Meaningful Constitution?
Legitimacy, identity, and public opinion in the debate on the future of Europe

2005

1. Claus J. Varnes
Managing product innovation through rules – The role of formal and structured methods in product development

2. Helle Hedegaard Hein
Mellem konflikt og konsensus – Dialogudvikling på hospitalsklinikker

3. Axel Rosenø
Customer Value Driven Product Innovation – A Study of Market Learning in New Product Development

4. Søren Buhl Pedersen
Making space
An outline of place branding

5. Camilla Funck Ellehave
Differences that Matter
An analysis of practices of gender and organizing in contemporary workplaces

6. Rigmor Madeleine Lond
Styring af kommunale forvaltninger

7. Mette Aagaard Andreassen
Supply Chain versus Supply Chain Benchmarking as a Means to Managing Supply Chains

8. Caroline Aggestam-Pontoppidan
From an idea to a standard
The UN and the global governance of accountants' competence

9. Norsk ph.d.

10. Vivienne Heng Ker-ni
An Experimental Field Study on the

Effectiveness of Grocer Media Advertising
Measuring Ad Recall and Recognition, Purchase Intentions and Short-Term Sales

11. Allan Mortensen
Essays on the Pricing of Corporate Bonds and Credit Derivatives

12. Remo Stefano Chiari
Figure che fanno conoscere
Itinerario sull'idea del valore cognitivo e espressivo della metafora e di altri tropi da Aristotele e da Vico fino al cognitivismo contemporaneo

13. Anders McIlquham-Schmidt
Strategic Planning and Corporate Performance
An integrative research review and a meta-analysis of the strategic planning and corporate performance literature from 1956 to 2003

14. Jens Geersbro
The TDF – PMI Case
Making Sense of the Dynamics of Business Relationships and Networks

15 Mette Andersen
Corporate Social Responsibility in Global Supply Chains
Understanding the uniqueness of firm behaviour

16. Eva Boxenbaum
Institutional Genesis: Micro – Dynamic Foundations of Institutional Change

17. Peter Lund-Thomsen
Capacity Development, Environmental Justice NGOs, and Governance: The Case of South Africa

18. Signe Jarlov
Konstruktioner af offentlig ledelse

19. Lars Stæhr Jensen
Vocabulary Knowledge and Listening Comprehension in English as a Foreign Language
An empirical study employing data elicited from Danish EFL learners

20. Christian Nielsen
Essays on Business Reporting
Production and consumption of strategic information in the market for information

21. Marianne Thejls Fischer
Egos and Ethics of Management Consultants

22. Annie Bekke Kjær
Performance management i Proces-innovation
– belyst i et social-konstruktivistisk perspektiv

23. Suzanne Dee Pedersen
GENTAGELSENS METAMORFOSE
Om organisering af den kreative gøren i den kunstneriske arbejdspraksis

24. Benedikte Dorte Rosenbrink
Revenue Management
Økonomiske, konkurrencemæssige & organisatoriske konsekvenser

25. Thomas Riise Johansen
Written Accounts and Verbal Accounts
The Danish Case of Accounting and Accountability to Employees

26. Ann Fogelgren-Pedersen
The Mobile Internet: Pioneering Users' Adoption Decisions

27. Birgitte Rasmussen
Ledelse i fællesskab – de tillidsvalgtes fornyende rolle

28. Gitte Thit Nielsen
Remerger
– skabende ledelseskræfter i fusion og opkøb

29. Carmine Gioia
A MICROECONOMETRIC ANALYSIS OF MERGERS AND ACQUISITIONS

30. Ole Hinz
Den effektive forandringsleder: pilot, pædagog eller politiker?
Et studie i arbejdslederes meningstilskrivninger i forbindelse med vellykket gennemførelse af ledelsesinitierede forandringsprojekter

31. Kjell-Åge Gotvassli
Et praksisbasert perspektiv på dynamiske
læringsnettverk i toppidretten
Norsk ph.d., ej til salg gennem Samfundslitteratur

32. Henriette Langstrup Nielsen
Linking Healthcare
An inquiry into the changing performances of web-based technology for asthma monitoring

33. Karin Tweddell Levinsen
Virtuel Uddannelsespraksis
Master i IKT og Læring – et casestudie i hvordan proaktiv proceshåndtering kan forbedre praksis i virtuelle læringsmiljøer

34. Anika Liversage
Finding a Path
Labour Market Life Stories of Immigrant Professionals

35. Kasper Elmquist Jørgensen
Studier i samspillet mellem stat og erhvervsliv i Danmark under
1. verdenskrig

36. Finn Janning
A DIFFERENT STORY
Seduction, Conquest and Discovery

37. Patricia Ann Plackett
Strategic Management of the Radical Innovation Process
Leveraging Social Capital for Market Uncertainty Management

2006

1. Christian Vintergaard
Early Phases of Corporate Venturing

2. Niels Rom-Poulsen
Essays in Computational Finance

3. Tina Brandt Husman
Organisational Capabilities, Competitive Advantage & Project-Based Organisations
The Case of Advertising and Creative Good Production

4. Mette Rosenkrands Johansen
Practice at the top
– how top managers mobilise and use non-financial performance measures

5. Eva Parum
Corporate governance som strategisk kommunikations- og ledelsesværktøj

6. Susan Aagaard Petersen
Culture's Influence on Performance Management: The Case of a Danish Company in China

7. Thomas Nicolai Pedersen
The Discursive Constitution of Organizational Governance – Between unity and differentiation
The Case of the governance of environmental risks by World Bank environmental staff

8. Cynthia Selin
Volatile Visions: Transactons in Anticipatory Knowledge

9. Jesper Banghøj
Financial Accounting Information and Compensation in Danish Companies

10. Mikkel Lucas Overby
Strategic Alliances in Emerging High-Tech Markets: What's the Difference and does it Matter?

11. Tine Aage
External Information Acquisition of Industrial Districts and the Impact of Different Knowledge Creation Dimensions

A case study of the Fashion and Design Branch of the Industrial District of Montebelluna, NE Italy

12. Mikkel Flyverbom
Making the Global Information Society Governable
On the Governmentality of Multi-Stakeholder Networks

13. Anette Grønning
Personen bag
Tilstedevær i e-mail som interaktionsform mellem kunde og medarbejder i dansk forsikringskontekst

14. Jørn Helder
One Company – One Language?
The NN-case

15. Lars Bjerregaard Mikkelsen
Differing perceptions of customer value
Development and application of a tool for mapping perceptions of customer value at both ends of customer-supplier dyads in industrial markets

16. Lise Granerud
Exploring Learning
Technological learning within small manufacturers in South Africa

17. Esben Rahbek Pedersen
Between Hopes and Realities: Reflections on the Promises and Practices of Corporate Social Responsibility (CSR)

18. Ramona Samson
The Cultural Integration Model and European Transformation.
The Case of Romania

2007

1. Jakob Vestergaard
Discipline in The Global Economy
Panopticism and the Post-Washington Consensus

2. Heidi Lund Hansen
Spaces for learning and working
A qualitative study of change of work, management, vehicles of power and social practices in open offices

3. Sudhanshu Rai
Exploring the internal dynamics of software development teams during user analysis
A tension enabled Institutionalization Model; "Where process becomes the objective"

4. Norsk ph.d.
Ej til salg gennem Samfundslitteratur

5. Serden Ozcan
EXPLORING HETEROGENEITY IN ORGANIZATIONAL ACTIONS AND OUTCOMES
A Behavioural Perspective

6. Kim Sundtoft Hald
Inter-organizational Performance Measurement and Management in Action
– An Ethnography on the Construction of Management, Identity and Relationships

7. Tobias Lindeberg
Evaluative Technologies
Quality and the Multiplicity of Performance

8. Merete Wedell-Wedellsborg
Den globale soldat
Identitetsdannelse og identitetsledelse i multinationale militære organisationer

9. Lars Frederiksen
Open Innovation Business Models
Innovation in firm-hosted online user communities and inter-firm project ventures in the music industry
– A collection of essays

10. Jonas Gabrielsen
Retorisk toposlære – fra statisk 'sted' til persuasiv aktivitet

11. Christian Moldt-Jørgensen
Fra meningsløs til meningsfuld evaluering.
Anvendelsen af studentertilfredshedsmålinger på de korte og mellemlange videregående uddannelser set fra et psykodynamisk systemperspektiv

12. Ping Gao
Extending the application of actor-network theory
Cases of innovation in the telecommunications industry

13. Peter Mejlby
Frihed og fængsel, en del af den samme drøm?
Et phronetisk baseret casestudie af frigørelsens og kontrollens sameksistens i værdibaseret ledelse!

14. Kristina Birch
Statistical Modelling in Marketing

15. Signe Poulsen
Sense and sensibility:
The language of emotional appeals in insurance marketing

16. Anders Bjerre Trolle
Essays on derivatives pricing and dynamic asset allocation

17. Peter Feldhütter
Empirical Studies of Bond and Credit Markets

18. Jens Henrik Eggert Christensen
Default and Recovery Risk Modeling and Estimation

19. Maria Theresa Larsen
Academic Enterprise: A New Mission for Universities or a Contradiction in Terms?
Four papers on the long-term implications of increasing industry involvement and commercialization in academia

20. Morten Wellendorf
Postimplementering af teknologi i den offentlige forvaltning
Analyser af en organisations kontinuerlige arbejde med informationsteknologi

21. Ekaterina Mhaanna
Concept Relations for Terminological Process Analysis

22. Stefan Ring Thorbjørnsen
Forsvaret i forandring
Et studie i officerers kapabiliteter under påvirkning af omverdenens forandringspres mod øget styring og læring

23. Christa Breum Amhøj
Det selvskabte medlemskab om managementstaten, dens styringsteknologier og indbyggere

24. Karoline Bromose
Between Technological Turbulence and Operational Stability
– An empirical case study of corporate venturing in TDC

25. Susanne Justesen
Navigating the Paradoxes of Diversity in Innovation Practice
– A Longitudinal study of six very different innovation processes – in practice

26. Luise Noring Henler
Conceptualising successful supply chain partnerships
– Viewing supply chain partnerships from an organisational culture perspective

27. Mark Mau
Kampen om telefonen
Det danske telefonvæsen under den tyske besættelse 1940-45

28. Jakob Halskov
The semiautomatic expansion of existing terminological ontologies using knowledge patterns discovered

on the WWW – an implementation and evaluation

29. Gergana Koleva
European Policy Instruments Beyond Networks and Structure: The Innovative Medicines Initiative

30. Christian Geisler Asmussen
Global Strategy and International Diversity: A Double-Edged Sword?

31. Christina Holm-Petersen
Stolthed og fordom
Kultur- og identitetsarbejde ved skabelsen af en ny sengeafdeling gennem fusion

32. Hans Peter Olsen
Hybrid Governance of Standardized States
Causes and Contours of the Global Regulation of Government Auditing

33. Lars Bøge Sørensen
Risk Management in the Supply Chain

34. Peter Aagaard
Det unikkes dynamikker
De institutionelle mulighedsbetingelser bag den individuelle udforskning i professionelt og frivilligt arbejde

35. Yun Mi Antorini
Brand Community Innovation
An Intrinsic Case Study of the Adult Fans of LEGO Community

36. Joachim Lynggaard Boll
Labor Related Corporate Social Performance in Denmark
Organizational and Institutional Perspectives

2008

1. Frederik Christian Vinten
Essays on Private Equity

2. Jesper Clement
Visual Influence of Packaging Design on In-Store Buying Decisions

3. Marius Brostrøm Kousgaard
Tid til kvalitetsmåling?
– Studier af indrulleringsprocesser i forbindelse med introduktionen af kliniske kvalitetsdatabaser i speciallægepraksissektoren

4. Irene Skovgaard Smith
Management Consulting in Action
Value creation and ambiguity in client-consultant relations

5. Anders Rom
Management accounting and integrated information systems
How to exploit the potential for management accounting of information technology

6. Marina Candi
Aesthetic Design as an Element of Service Innovation in New Technology-based Firms

7. Morten Schnack
Teknologi og tværfaglighed
– en analyse af diskussionen omkring indførelse af EPJ på en hospitalsafdeling

8. Helene Balslev Clausen
Juntos pero no revueltos – un estudio sobre emigrantes norteamericanos en un pueblo mexicano

9. Lise Justesen
Kunsten at skrive revisionsrapporter. En beretning om forvaltningsrevisionens beretninger

10. Michael E. Hansen
The politics of corporate responsibility: CSR and the governance of child labor and core labor rights in the 1990s

11. Anne Roepstorff
Holdning for handling – en etnologisk undersøgelse af Virksomheders Sociale Ansvar/CSR

12. Claus Bajlum
Essays on Credit Risk and Credit Derivatives

13. Anders Bojesen
The Performative Power of Competence – an Inquiry into Subjectivity and Social Technologies at Work

14. Satu Reijonen
Green and Fragile
A Study on Markets and the Natural Environment

15. Ilduara Busta
Corporate Governance in Banking
A European Study

16. Kristian Anders Hvass
A Boolean Analysis Predicting Industry Change: Innovation, Imitation & Business Models
The Winning Hybrid: A case study of isomorphism in the airline industry

17. Trine Paludan
De uvidende og de udviklingsparate
Identitet som mulighed og restriktion blandt fabriksarbejdere på det aftaylo-riserede fabriksgulv

18. Kristian Jakobsen
Foreign market entry in transition economies: Entry timing and mode choice

19. Jakob Elming
Syntactic reordering in statistical machine translation

20. Lars Brømsøe Termansen
Regional Computable General Equilibrium Models for Denmark
Three papers laying the foundation for regional CGE models with agglomeration characteristics

21. Mia Reinholt
The Motivational Foundations of Knowledge Sharing

22. Frederikke Krogh-Meibom
The Co-Evolution of Institutions and Technology
– A Neo-Institutional Understanding of Change Processes within the Business Press – the Case Study of Financial Times

23. Peter D. Ørberg Jensen
OFFSHORING OF ADVANCED AND HIGH-VALUE TECHNICAL SERVICES: ANTECEDENTS, PROCESS DYNAMICS AND FIRMLEVEL IMPACTS

24. Pham Thi Song Hanh
Functional Upgrading, Relational Capability and Export Performance of Vietnamese Wood Furniture Producers

25. Mads Vangkilde
Why wait?
An Exploration of first-mover advantages among Danish e-grocers through a resource perspective

26. Hubert Buch-Hansen
Rethinking the History of European Level Merger Control
A Critical Political Economy Perspective

2009

1. Vivian Lindhardsen
From Independent Ratings to Communal Ratings: A Study of CWA Raters' Decision-Making Behaviours

2. Guðrið Weihe
Public-Private Partnerships: Meaning and Practice

3. Chris Nøkkentved
Enabling Supply Networks with Collaborative Information Infrastructures
An Empirical Investigation of Business Model Innovation in Supplier Relationship Management

4. Sara Louise Muhr
Wound, Interrupted – On the Vulnerability of Diversity Management

5. Christine Sestoft
Forbrugeradfærd i et Stats- og Livsformsteoretisk perspektiv

6. Michael Pedersen
Tune in, Breakdown, and Reboot: On the production of the stress-fit self-managing employee

7. Salla Lutz
Position and Reposition in Networks – Exemplified by the Transformation of the Danish Pine Furniture Manufacturers

8. Jens Forssbæck
Essays on market discipline in commercial and central banking

9. Tine Murphy
Sense from Silence – A Basis for Organised Action
How do Sensemaking Processes with Minimal Sharing Relate to the Reproduction of Organised Action?

10. Sara Malou Strandvad
Inspirations for a new sociology of art: A sociomaterial study of development processes in the Danish film industry

11. Nicolaas Mouton
On the evolution of social scientific metaphors:
A cognitive-historical enquiry into the divergent trajectories of the idea that collective entities – states and societies, cities and corporations – are biological organisms.

12. Lars Andreas Knutsen
Mobile Data Services:
Shaping of user engagements

13. Nikolaos Theodoros Korfiatis
Information Exchange and Behavior
A Multi-method Inquiry on Online Communities

14. Jens Albæk
Forestillinger om kvalitet og tværfaglighed på sygehuse
– skabelse af forestillinger i læge- og plejegrupperne angående relevans af nye idéer om kvalitetsudvikling gennem tolkningsprocesser

15. Maja Lotz
The Business of Co-Creation – and the Co-Creation of Business

16. Gitte P. Jakobsen
Narrative Construction of Leader Identity in a Leader Development Program Context

17. Dorte Hermansen
"Living the brand" som en brandorienteret dialogisk praxis:
Om udvikling af medarbejdernes brandorienterede dømmekraft

18. Aseem Kinra
Supply Chain (logistics) Environmental Complexity

19. Michael Nørager
How to manage SMEs through the transformation from non innovative to innovative?

20. Kristin Wallevik
Corporate Governance in Family Firms
The Norwegian Maritime Sector

21. Bo Hansen Hansen
Beyond the Process
Enriching Software Process Improvement with Knowledge Management

22. Annemette Skot-Hansen
Franske adjektivisk afledte adverbier, der tager præpositionssyntagmer indledt med præpositionen à som argumenter
En valensgrammatisk undersøgelse

23. Line Gry Knudsen
Collaborative R&D Capabilities
In Search of Micro-Foundations

24. Christian Scheuer
Employers meet employees
Essays on sorting and globalization

25. Rasmus Johnsen
The Great Health of Melancholy
A Study of the Pathologies of Performativity

26. Ha Thi Van Pham
Internationalization, Competitiveness Enhancement and Export Performance of Emerging Market Firms:
Evidence from Vietnam

27. Henriette Balieu
Kontrolbegrebets betydning for kausativalternationen i spansk
En kognitiv-typologisk analyse

2010

1. Yen Tran
Organizing Innovationin Turbulent Fashion Market
Four papers on how fashion firms create and appropriate innovation value

2. Anders Raastrup Kristensen
Metaphysical Labour
Flexibility, Performance and Commitment in Work-Life Management

3. Margrét Sigrún Sigurdardottir
Dependently independent
Co-existence of institutional logics in the recorded music industry

4. Ásta Dis Óladóttir
Internationalization from a small domestic base:
An empirical analysis of Economics and Management

5. Christine Secher
E-deltagelse i praksis – politikernes og forvaltningens medkonstruktion og konsekvenserne heraf

6. Marianne Stang Våland
What we talk about when we talk about space:
End User Participation between Processes of Organizational and Architectural Design

7. Rex Degnegaard
Strategic Change Management
Change Management Challenges in the Danish Police Reform

8. Ulrik Schultz Brix
Værdi i rekruttering – den sikre beslutning
En pragmatisk analyse af perception og synliggørelse af værdi i rekrutterings- og udvælgelsesarbejdet

9. Jan Ole Similä
Kontraktsledelse
Relasjonen mellom virksomhetsledelse og kontraktshåndtering, belyst via fire norske virksomheter

10. Susanne Boch Waldorff
Emerging Organizations: In between local translation, institutional logics and discourse

11. Brian Kane
Performance Talk
Next Generation Management of Organizational Performance

12. Lars Ohnemus
Brand Thrust: Strategic Branding and Shareholder Value
An Empirical Reconciliation of two Critical Concepts

13. Jesper Schlamovitz
Håndtering af usikkerhed i film- og byggeprojekter

14. Tommy Moesby-Jensen
Det faktiske livs forbindtlighed
Førsokratisk informeret, ny-aristotelisk ἦθος-tænkning hos Martin Heidegger

15. Christian Fich
Two Nations Divided by Common Values
French National Habitus and the Rejection of American Power

16. Peter Beyer
Processer, sammenhængskraft og fleksibilitet
Et empirisk casestudie af omstillingsforløb i fire virksomheder

17. Adam Buchhorn
Markets of Good Intentions Constructing and Organizing Biogas Markets Amid Fragility and Controversy

18. Cecilie K. Moesby-Jensen
Social læring og fælles praksis
Et mixed method studie, der belyser læringskonsekvenser af et lederkursus for et praksisfællesskab af offentlige mellemledere

19. Heidi Boye
Fødevarer og sundhed i sen-modernismen
– En indsigt i hyggefænomenet og de relaterede fødevarepraksisser

20. Kristine Munkgård Pedersen
Flygtige forbindelser og midlertidige mobiliseringer
Om kulturel produktion på Roskilde Festival

21. Oliver Jacob Weber
Causes of Intercompany Harmony in Business Markets – An Empirical Investigation from a Dyad Perspective

22. Susanne Ekman
Authority and Autonomy
Paradoxes of Modern Knowledge Work

23. Anette Frey Larsen
Kvalitetsledelse på danske hospitaler
– Ledelsernes indflydelse på introduktion og vedligeholdelse af kvalitetsstrategier i det danske sundhedsvæsen

24. Toyoko Sato
Performativity and Discourse: Japanese Advertisements on the Aesthetic Education of Desire

25. Kenneth Brinch Jensen
Identifying the Last Planner System
Lean management in the construction industry

26. Javier Busquets
Orchestrating Network Behavior for Innovation

27. Luke Patey
The Power of Resistance: India's National Oil Company and International Activism in Sudan

28. Mette Vedel
Value Creation in Triadic Business Relationships. Interaction, Interconnection and Position

29. Kristian Tørning
Knowledge Management Systems in Practice – A Work Place Study

30. Qingxin Shi
An Empirical Study of Thinking Aloud Usability Testing from a Cultural Perspective

31. Tanja Juul Christiansen
Corporate blogging: Medarbejderes kommunikative handlekraft

32. Malgorzata Ciesielska
Hybrid Organisations.
A study of the Open Source – business setting

33. Jens Dick-Nielsen
Three Essays on Corporate Bond Market Liquidity

34. Sabrina Speiermann
Modstandens Politik
Kampagnestyring i Velfærdsstaten.
En diskussion af trafikkampagners styringspotentiale

35. Julie Uldam
Fickle Commitment. Fostering political engagement in 'the flighty world of online activism'

36. Annegrete Juul Nielsen
Traveling technologies and transformations in health care

37. Athur Mühlen-Schulte
Organising Development
Power and Organisational Reform in the United Nations Development Programme

38. Louise Rygaard Jonas
Branding på butiksgulvet
Et case-studie af kultur- og identitetsarbejdet i Kvickly

2011

1. Stefan Fraenkel
Key Success Factors for Sales Force Readiness during New Product Launch
A Study of Product Launches in the Swedish Pharmaceutical Industry

2. Christian Plesner Rossing
International Transfer Pricing in Theory and Practice

3. Tobias Dam Hede
Samtalekunst og ledelsesdisciplin
– en analyse af coachingsdiskursens genealogi og governmentality

4. Kim Pettersson
Essays on Audit Quality, Auditor Choice, and Equity Valuation

5. Henrik Merkelsen
The expert-lay controversy in risk research and management. Effects of institutional distances. Studies of risk definitions, perceptions, management and communication

6. Simon S. Torp
Employee Stock Ownership:
Effect on Strategic Management and Performance

7. Mie Harder
Internal Antecedents of Management Innovation

8. Ole Helby Petersen
Public-Private Partnerships: Policy and Regulation – With Comparative and Multi-level Case Studies from Denmark and Ireland

9. Morten Krogh Petersen
'Good' Outcomes. Handling Multiplicity in Government Communication

10. Kristian Tangsgaard Hvelplund
Allocation of cognitive resources in translation - an eye-tracking and key-logging study

11. Moshe Yonatany
The Internationalization Process of Digital Service Providers

12. Anne Vestergaard
Distance and Suffering
Humanitarian Discourse in the age of Mediatization

13. Thorsten Mikkelsen
Personligsheds indflydelse på forretningsrelationer

14. Jane Thostrup Jagd
Hvorfor fortsætter fusionsbølgen udover "the tipping point"?
– en empirisk analyse af information og kognitioner om fusioner

15. Gregory Gimpel
Value-driven Adoption and Consumption of Technology: Understanding Technology Decision Making

16. Thomas Stengade Sønderskov
Den nye mulighed
Social innovation i en forretningsmæssig kontekst

17. Jeppe Christoffersen
Donor supported strategic alliances in developing countries

18. Vibeke Vad Baunsgaard
Dominant Ideological Modes of Rationality: Cross functional

integration in the process of product innovation

19. Throstur Olaf Sigurjonsson
Governance Failure and Icelands's Financial Collapse

20. Allan Sall Tang Andersen
Essays on the modeling of risks in interest-rate and inflation markets

21. Heidi Tscherning
Mobile Devices in Social Contexts

22. Birgitte Gorm Hansen
Adapting in the Knowledge Economy Lateral Strategies for Scientists and Those Who Study Them

23. Kristina Vaarst Andersen
Optimal Levels of Embeddedness The Contingent Value of Networked Collaboration

24. Justine Grønbæk Pors
Noisy Management A History of Danish School Governing from 1970-2010

25. Stefan Linder
Micro-foundations of Strategic Entrepreneurship Essays on Autonomous Strategic Action

26. Xin Li
Toward an Integrative Framework of National Competitiveness An application to China

27. Rune Thorbjørn Clausen
Værdifuld arkitektur Et eksplorativt studie af bygningers rolle i virksomheders værdiskabelse

28. Monica Viken
Markedsundersøkelser som bevis i varemerke- og markedsføringsrett

29. Christian Wymann
Tattooing The Economic and Artistic Constitution of a Social Phenomenon

30. Sanne Frandsen
Productive Incoherence A Case Study of Branding and Identity Struggles in a Low-Prestige Organization

31. Mads Stenbo Nielsen
Essays on Correlation Modelling

32. Ivan Häuser
Følelse og sprog Etablering af en ekspressiv kategori, eksemplificeret på russisk

33. Sebastian Schwenen
Security of Supply in Electricity Markets

2012

1. Peter Holm Andreasen
The Dynamics of Procurement Management - A Complexity Approach

2. Martin Haulrich
Data-Driven Bitext Dependency Parsing and Alignment

3. Line Kirkegaard
Konsulenten i den anden nat En undersøgelse af det intense arbejdsliv

4. Tonny Stenheim
Decision usefulness of goodwill under IFRS

5. Morten Lind Larsen
Produktivitet, vækst og velfærd Industrirådet og efterkrigstidens Danmark 1945 - 1958

6. Petter Berg
Cartel Damages and Cost Asymmetries

7. Lynn Kahle
Experiential Discourse in Marketing A methodical inquiry into practice and theory

8. Anne Roelsgaard Obling
Management of Emotions in Accelerated Medical Relationships

9. Thomas Frandsen
Managing Modularity of Service Processes Architecture

10. Carina Christine Skovmøller
CSR som noget særligt
Et casestudie om styring og meningsskabelse i relation til CSR ud fra en intern optik

11. Michael Tell
Fradragsbeskæring af selskabers finansieringsudgifter
En skatteretlig analyse af SEL §§ 11, 11B og 11C

TITLER I ATV PH.D.-SERIEN

1992

1. Niels Kornum
Servicesamkørsel – organisation, økonomi og planlægningsmetode

1995

2. Verner Worm
Nordiske virksomheder i Kina
Kulturspecifikke interaktionsrelationer ved nordiske virksomhedsetableringer i Kina

1999

3. Mogens Bjerre
Key Account Management of Complex Strategic Relationships
An Empirical Study of the Fast Moving Consumer Goods Industry

2000

4. Lotte Darsø
Innovation in the Making
Interaction Research with heterogeneous Groups of Knowledge Workers creating new Knowledge and new Leads

2001

5. Peter Hobolt Jensen
Managing Strategic Design Identities
The case of the Lego Developer Network

2002

6. Peter Lohmann
The Deleuzian Other of Organizational Change – Moving Perspectives of the Human

7. Anne Marie Jess Hansen
To lead from a distance: The dynamic interplay between strategy and strategizing – A case study of the strategic management process

2003

8. Lotte Henriksen
Videndeling
– om organisatoriske og ledelsesmæssige udfordringer ved videndeling i praksis

9. Niels Christian Nickelsen
Arrangements of Knowing: Coordinating Procedures Tools and Bodies in Industrial Production – a case study of the collective making of new products

2005

10. Carsten Ørts Hansen
Konstruktion af ledelsesteknologier og effektivitet

TITLER I DBA PH.D.-SERIEN

2007

1. Peter Kastrup-Misir
Endeavoring to Understand Market Orientation – and the concomitant co-mutation of the researched, the re searcher, the research itself and the truth

2009

1. Torkild Leo Thellefsen
Fundamental Signs and Significance effects
A Semeiotic outline of Fundamental Signs, Significance-effects, Knowledge Profiling and their use in Knowledge Organization and Branding

2. Daniel Ronzani
When Bits Learn to Walk Don't Make Them Trip. Technological Innovation and the Role of Regulation by Law in Information Systems Research: the Case of Radio Frequency Identification (RFID)

2010

1. Alexander Carnera
Magten over livet og livet som magt
Studier i den biopolitiske ambivalens