

Artikler

104

Udviklingslinjer i praksis om tynd kapitalisering

Af Partner, Ph.D Jakob Bundgaard, Moalem Weitemeyer Bendtsen, Advokatpartnerselskab, adjungeret professor, Handelshøjskolen, Aarhus Universitet og Michael Tell, ph.d.-stipendiat CBS. Begge er tilknyttet Copenhagen Research Group on International Taxation (www.corit.dk)

På trods af at de danske regler om tynd kapitalisering har eksisteret siden 1998, findes der fortsat en række uklarheder og usikkerheder vedrørende fortolkningen af disse. Denne artikel opsummerer og analyserer udviklingen i de seneste års praksis vedrørende tynd kapitalisering.

1. Indledning

Da reglerne om tynd kapitalisering blev introduceret i 1998, var der megen fokus på disse regler og deres konsekvenser. Bestemmelsen i selskabsskattelovens (SEL) § 11 gav anledning til en række uklarheder, som det var forventet, at der sidenhen ville blive taget stilling til i praksis eller ved efterfølgende lovændringer. Trods de forløbne mere end 10 år med dansk lovgivning om tynd kapitalisering er denne udvikling i store træk udeblevet, og retstilstanden er kendetegnet ved, at der fortsat eksisterer en række uafklarede forhold i regelsættet. I denne artikel redegøres for visse af de områder, som trods alt har givet anledning til en vis praksis. Artiklen ligger i forlængelse af de tidligere bidrag om dette emne i TfS 1999, 36, SU 2004, 207 og bogen Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000.

2. Tynd kapitalisering i hovedtræk

Reglerne om tynd kapitalisering blev indført i 1998¹ med det formål at hindre vilkårlig udflytning af dansk skatteprovenu til udlandet ved et åbenbart misforhold mellem fremmedkapital og egenkapital.² Ved lov nr. 221 af 31/3 2004 gennemgik reglerne væsentlige ændringer for at

bringe selskabsskattelovens § 11 i overensstemmelse med EU-retten efter underkendelsen af de tyske regler om tynd kapitalisering ved EU-Domstolen i sagen C-324/00, Lankhorst-Horhorst GmbH (SU 2003, 12). Vedtagelsen af lov nr. 221 af 31/3 2004 (L 119) skabte en ny række retlige og praktiske problemstillinger, som fortsat ikke er løst.

Ifølge selskabsskattelovens § 11 kan et selskab m.v. omfattes af selskabsskattelovens § 1³ eller et fast driftssted omfattes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a,⁴ med kontrolleret gæld til en juridisk person, hvor selskabets gæld⁵ i forhold til egenkapitalen⁶ ved indkomstårets udløb overstiger forholdet 4:1, ikke fradragte renteudgifter og kurstab⁷ vedrørende den overskydende del af den kontrollerede gæld.⁸ Der er således fastsat et objektive vurderingskriterium i solvenskravet på 20 pct. for, hvornår et selskab m.v. skal anses for tyndt kapitaliseret.⁹

Kontrolleret gæld defineres i selskabsskattelovens § 11, stk. 1, nr. 2, som gæld til juridiske personer omfattes af ligningslovens § 2, stk. 1. Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed concernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses tillige som kontrolleret gæld.¹⁰

Fradragsbeskæring finder alene sted, hvis den kontrollerede gæld overstiger 10 mio. kr. og kun vedrørende den del af den kontrollerede gæld, som skulle omkvalificeres til egenkapital, for at forholdet mellem gæld og egenkapital ved indkomstårets udløb udgør 4:1.¹¹ Der foretages dog ikke egentlig omkvalificering.

På trods af det i udgangspunktet banale budskab i bestemmelsen er denne i praksis vanskelig at anvende og giver anledning til adskillige fortolkningssspørgsmål. I det følgende behandles visse af disse spørgsmål, herunder:

- Anvendelsen af armlængdeundtagelsen i selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 5. pkt., hvorefter rentebeskræringen ikke indtræder, hvis skatteyder kan godtgøre, at den pågældende finansiering tillige kunne være optaget hos tredjemand.
- Konsolideringsreglen i selskabsskattelovens § 11, stk. 4. Efter lov nr. 221 af 31/3 2004 har denne bestemmelse være omgærdet af stor usikkerhed.
- Det generelle samspil med armlængdeprincipet i ligningslovens § 2.
- Endelig omtales de EU-retlige problemstillinger som selskabsskattelovens § 11 giver anledning til.

3. Armlængdeundtagelsen – dokumentation

Fradragsbeskræring efter selskabsskattelovens § 11 kan afværges, såfremt skatteyderen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 5. pkt. Det følger heraf, at *“Fradragsbeskræringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter.”* Godtgør selskabet, at lånet kunne være opnået på samme vilkår hos en uafhængig part, vil en beregnet fradragsbeskræring blive reduceret med summen af renteudgifter og kurstab vedrørende det eller de pågældende lån.

En undgåelse af fradragsbeskræringen efter selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 5. pkt., afhænger af en konkret samlet vurdering, hvor det navnlig er af betydning, om en uafhængig långiver under hensyntagen til låntagers kommercielle og økonomiske situation ville yde selskabet eller filialen et tilsvarende lån på de givne vilkår. Heri inkluderes om lånet ville være ydet, uden at der stilles sikkerhed fra de kontrollerende ejere eller øvrige concernselskaber. Der opstilles derved en hypotetisk situation, som kan sandsynliggøres ved konkret dokumentation. Det må antages, at dokumentationskravet er todelt. Det kræ-

ves for det første dokumenteret, at selskabet kan optage gæld fra tredjemand i det hele taget, og for det andet at lånevilkårene er på markeds-mæssige vilkår.

Der skal altid foretages en konkret vurdering, og i vurderingen kan bl.a. indgå:

- Soliditetsgrad i branchen
- Eksterne lånetilbud
- Eksternt udarbejdede kreditværdighedsanalyser
- Lovfæstede solvenskrav og filialer af udenlandske kreditinstitutter
- Konkrete forhold i låneaftalen
- Om en ekstern långiver ville stille yderligere lån til rådighed
- 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 der er særlige forudsætninger med hensyn til forholdet til egenkapitalen, f.eks. at forholdet mellem gæld og egenkapital oprettholdes
- 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 urimeligt 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.¹²

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

Den første sag vedrørende armlængdeundtagelsen er en bindende forhåndsbesked af 21/11 2000.¹³ Sagen vedrørte en international koncern, hvori der kun bestod et enkelt dansk selskab, der blev anvendt som et koncerninternt finansieringsselskab, og heri berørtes dokumentationskravet i selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 5. pkt. Der var ikke tvivl om, at der var tale om kontrolleret gæld, ligesom de øvrige betingelser i selskabsskattelovens § 11 syntes opfyldt. Sagen var derfor primært et spørgsmål om dokumentation.

Selskabet argumenterede for, at der ikke forelå en sådan situation, som det var tilsigtet, at selskabsskattelovens § 11 skulle omfatte. Selskabet og dennes repræsentant argumenterede bl.a. for, at der ikke i den konkrete situation eksisterede et skattemæssigt motiv til at tyndkapitalisere selskabet eller en misbrugsmulighed, da selskabet kunne udlodde udbytter uden kildeskatt, ligesom renteindtægter og provisioner konkret blev beskattet i udlandet. Ligningsrådet bekræftede, at selskabet var fritaget fra sanktioner efter selskabsskattelovens § 11. Det skyldtes dog sandsynligvis primært eller udelukkende den øvrige dokumentation, særligt vedrørende eksterne lånetilbud, som selskabet fremlagde, og ikke argumentationen vedrørende et manglende skattemæssigt motiv.¹⁴ Der var i sagen fremlagt oplysninger om branchesoliditet og sammenlignelighed, konkrete lånetilbud, en betalt garanti-provision m.v. I sagen sås det at have betydning, at der blev indhentet eksterne lånetilbud, selvom disse ikke var endelige og bindende. Den påtænkte betaling af garantiprovisioner synes ligeledes at have medvirket i dokumentation. Disse blev vurderet til at være på armlængdevilkår, idet de udgjorde differencen mellem rentebetalingen med og uden koncernintern garantistillelse. Som markedsrente anvendtes bankkonsortiets udlånsrente uden sikkerhedsstillelse. Sagen er indgående kommenteret af *Bundgaard* i SR-skat 2001, p. 83.

Der skulle gå omtrent 10 år, før denne del af reglerne atter gav sig udslag i ny praksis.

I TFS 2008, 599 SR (SKM2008.171.SR) blev Skatterådet anmodet om at bekræfte, at et selskab ikke blev rentefradragsbegrænset efter selskabsskattelovens § 11, idet det fandtes godtgjort, at lignende finansiering kunne opnås mel-

lem uafhængige parter. Selskabet drev investeringsvirksomhed og var ejet af et schweizisk selskab. Til finansiering af selskabets aktivitet stillede det schweiziske moderselskab den nødvendige finansiering til rådighed ved gældsbreve. Selskabet indhentede et lånetilbud fra en ekstern part (en bank). Af tilbuddet fremgik det, at banken kunne tilbyde en rente på 4,84 pct. p.a., hvortil der kom en provision på 1,5 pct. p.a., dvs. en samlet rentesats 6,34 pct. p.a. Det var en forudsætning i tilbuddet, at banken skulle opnå håndpant i selskabets obligationsportefølje. Selskabets lånerente hos moderselskabet udgjorde 5 pct. på tidspunktet for indhentelsen af tilbuddet fra banken.

Skatterådet fandt, at selskabet havde godtgjort, at der ikke var tale om 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, som udgjorde en uafhængig ekstern finansieringskilde. Da *lignende finansiering* hermed kunne opnås mellem uafhængige parter, fandt Skatterådet på den baggrund, at selskabet ikke skulle rentefradragsbegrænses efter selskabsskattelovens § 11.

Denne konklusion er overraskende, idet der alene indgik en vurdering af, om lignende finansiering kunne opnås, men derimod ikke det nødvendige andet led om, hvorvidt denne finansiering kan opnås på tilsvarende vilkår. Det fremgår direkte af TFS 2008, 599 SR (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 derfor overraskende, at Skatterådet konkluderede det modsatte, og at der er lagt vægt på, at selskabet kunne have optaget et lignende lån på samme størrelse hos banken. Der tages derved ikke stilling i selskabets argumentation til, om et lån på *lignende vilkår* kunne være opnået. Trods dette fandt SKAT og Skatterådet, at fradragsbegrænsningen efter selskabsskattelovens § 11 skulle bortfalde.

Det kan ikke udelukkes, at Skatterådet har skelet til motivet bag finansieringsstrukturen og herved henset til, om der er tale om en skattemotiveret struktur. I givet fald er der tale om en klar afvigelse fra den objektivt formulerede bestem-

melse. Det er utvivlsomt korrekt, at reglerne om tynd kapitalisering tilsigter at imødegå skattemotiverede transaktioner, men det er samtidigt klart, at selskabsskattelovens § 11 udgør en objektivt formuleret regel, der ikke umiddelbart levner plads til en subjektiv retsanvendelse i praksis. Skattemotivet var gengivet i Ligningsrådets bemærkninger i forhåndsbeskeden af 21/11 2000.

I et ikke offentliggjort svar fra SKAT dateret 27/10 2009 tog SKAT endnu en gang stilling til spørgsmålet. I sagen havde et moderselskab afgivet selvskyldnerkaution for datterselskabets gæld til en bank. Datterselskabet ønskede herefter at betale en provision til moderselskabet for kautionsstillelsen på armlængdevilkår, bl.a. med det formål at undgå en fradragsbegrænsning efter selskabsskattelovens § 11.

Selskabet forespurgte først og fremmest, om en betaling af en provision på 1,25 pct. fra datterselskabet til moderselskabet for sikkerhedsstillelse ville være på armlængdevilkår. Banken havde oplyst selskabet, at der ved en tilsvarende garanti ville blive beregnet en provisionsats 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 denne provision derfor ikke kunne anvendes direkte som sammenligningsgrundlag. Derfor afviste SKAT, at en sådan provision var på armlængdevilkår. Det udgjorde således en vurdering efter ligningslovens § 2.

Selskabet forespurgte desuden, om en betaling af garantiprovisionen, som omtalt ovenfor, ville fritage selskabet fra at blive omfattet af selskabsskattelovens § 11. SKAT udtalte først og fremmest, at det ikke var godtgjort, at betaling af den nævnte provision var udtryk for armlængdevilkår. Af større interesse udtalte SKAT herefter, at *“...men selv i det tilfælde, hvor en koncerninternt stillet garanti faktisk er stillet på armlængde 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 fandt det ikke sandsynliggjort, at et sådant lån ville være blevet ydet fra eksterne kilder uden sikkerhedsstillelse. Selskabet kunne dermed ikke på denne baggrund undgå at blive omfattet af selskabsskattelovens § 11.

Særligt om faste driftssteder

I relation til faste driftssteder opstår der yderligere et problem i forbindelse med dokumentation efter selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 5 pkt., da der opstår en naturlig hæftelse/sikkerhedsstillelse fra hovedkontoret omfattet af selskabsskattelovens § 11, stk. 5, 3. pkt. For at undgå fradragsbegrænsning for et sådant lån skal debitorselskabet dokumentere, at lånet kunne være optaget mellem uafhængige parter, uden at der stilles sikkerhed fra koncernforbundne selskaber.¹⁵ Det faste driftssted kan ikke i udgangspunktet bringe sig i en situation, hvor hovedkontoret ikke hæfter for gælden, dog muligvis hvis det faste driftssted er en konsekvens af selskabsskattelovens § 2A. Spørgsmålet er derfor, hvordan det er muligt for et fast driftssted på anden måde at godtgøre, at det kunne opnå en tilsvarende finansiering fra en tredjemand.¹⁶

I SKM2008.917.SR blev Skatterådet bl.a. bedt om at bekræfte, at gæld, der allokeres til en bankfilial i Danmark, kan anses for indgået på “armlængdevilkår” i forhold til selskabsskattelovens § 11, såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital i filialen mindst svarer til forholdet mellem gæld og egenkapitalen i det svenske hovedkontor.

For det første fremførte SKAT, at det afgørende tidspunkt for armlængdevurderingen er indkomstårets udløb. For det andet blev det udtalt, at der ved vurderingen bl.a. kan henses til soliditetsgraden i den pågældende branche. I brancher, hvor der i lovgivningen er fastsat særlige solvenskrav (eksempelvis banker), vil der normalt være adgang til at foretage fradrag selv om 4:1 forholdet i selskabsskattelovens § 11 overskrides. Såfremt det svenske hovedkontor opfylder det svenske solvenskrav, og såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital i den danske filial mindst svarer til forholdet i det svenske hovedkontor finder SKAT, at selskabsskattelo-

vens § 11, stk. 1, ikke finder anvendelse da gælden allokeret til den danske filial anses for indgået på armslængdevilkår. Skatterådet tiltrådte SKATs indstilling og begrundelse.

Der gælder særlige forhold for filialer af udenlandske kreditinstitutter, idet det som udgangspunkt forudsættes, at forholdet mellem gæld og egenkapital ("soliditetsgraden") i filialen ikke er lavere end i det udenlandske kreditinstitut selv, medmindre det udenlandske kreditinstitut er etableret med henblik på filialdrift i andre lande, jf. pkt. 8.2. i Cirkulære. nr. 135 af 2/9 1999. Afgørelsen er i tråd med dette og opretholder således kapitalspejlsmetoden i finansielle virksomheder.¹⁷

4. Konsolideringsreglen

I henhold til selskabsskattelovens § 11, stk. 4, skal selskabsskattelovens § 11, stk. 1-3, anvendes på konsolideret basis, dvs. samlet på alle danske koncernforbundne datterselskaber og faste driftssteder, herunder frivilligt sambeskattede udenlandske datterselskaber og faste driftssteder, som om disse udgjorde et subjekt. De to vigtigste forhold efter bestemmelsen er spørgsmålet om konsolideringskredsen samt retsvirkningerne heraf.

Med L 119 2003-2004 indsattes selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt., således at konsolideringsreglen kun finder anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab kan anses for at være koncernforbundne, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt. Hvis en koncern driver flere grene af sin virksomhed i Danmark gennem datterselskaber eller faste driftssteder, finder konsolideringsreglen således alene anvendelse inden for den enkelte virksomhedsgren i Danmark, hvor kaskadeeffekten kan indtræde i overensstemmelse med formålet.

Formuleringen af selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt., synes at indebære, at der helt skal bortses fra visse aktionærer, og i nogle tilfælde den kontrollerende aktionær, ved vurderingen af hvilke selskaber der skal indgå i en konsolideret opgørelse på baggrund af, om selskaberne kan anses for at være koncernforbundne uden inddragelse af udenlandske aktionærer eller et eventuelt dansk ultimativt moderselskab.¹⁸ Ved

danske koncerner er reglen formuleret således, at der skal foreligge koncernforbundne selskaber uden inddragelse af det ultimative danske moderselskab. Skatteministeren er imidlertid fremkommet med en anden fortolkning, som indebærer følgende:¹⁹

"...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 enkelte koncernselskaber...."

"...Bestemmelsen i § 11, stk. 4, 2. pkt., går derfor ud på at begrænse konsolideringsreglen i § 11, stk. 4, 1. pkt., således at den alene finder anvendelse på danske selskaber, der også uden at inddrage udenlandske aktionærer kan anses for at være koncernforbundne. Det vil sige, at konsolideringen i den situation, hvor en udenlandsk koncern driver flere separate grene af sin virksomhed i Danmark gennem datterselskaber eller faste driftssteder, alene skal finde anvendelse inden for den enkelte virksomhedsgren...."

Denne fortolkning giver ikke megen vejledning og har endvidere tvivlsom støtte i ordlyden. Denne artikel er dog ikke tiltænkt et yderligere opgør med den forfægtede fortolkning, og spørgsmålet behandles derfor ikke yderligere.²⁰ Bestemmelsen vedrørende konsolidering er således ganske kompliceret og har givet anledning til usikkerhed på området.

Ved begrebet "dansk ultimativt moderselskab" forstås et dansk moderselskab, der ikke er kontrolleret af udenlandske selskaber, jf. Skatteministeriets svar på FSR's supplerende spørgsmål. Det er Skatteministeriets opfattelse, at begrebet "ultimativt moderselskab" skal forstås i overensstemmelse med KGL § 4, stk. 2. Dette betyder, at også fonde og foreninger m.v. kan anses for at udgøre sådanne. Et ultimativt moderselskab kan aldrig indgå i konsolideringen, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt.

Denne fortolkning følges i TfS 2008, 229 SR, hvor Skatterådet bekræftede, at en selvejende institution udgjorde et ultimativt moderselskab, selvom institutionen ikke i sig selv var omfattet af selskabsskattelovens § 11, stk. 1, nr. 1. En

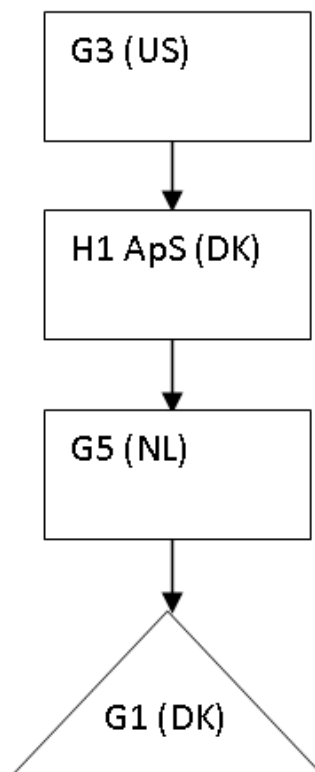
selvejende institution A ejede 100 pct. af aktierne i selskaberne B A/S og G A/S. B A/S ejede desuden 100 pct. af aktierne i C A/S, D A/S og E A/S. D A/S ejede desuden 100 pct. af aktierne i F A/S. Skatterådet fandt, at den selvejende institution A i medfør af selskabsskattelovens § 11, stk. 4, jf. KGL § 4, stk. 2, var koncernforbundne med B A/S og de underliggende datterselskaber, hvorfor den selvejende institution A udgjorde det ultimative moderselskab i koncernen, således at konsolideringsreglen fandt anvendelse for B A/S og de underliggende selskaber. Skatterådet fandt desuden, at G A/S ikke skulle indgå i konsolideringen, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt., da G A/S uden at inddrage det dansk ultimative moderselskab, dvs. A, ikke kan anses for at være koncernforbundne med B A/S og de underliggende datterselskaber.

Det understreges derved, at det ultimative moderselskab ikke nødvendigvis skal omfattes af selskabsskattelovens § 11, stk. 1, nr. 1, for at udgøre et ultimativt moderselskab i henhold til selskabsskattelovens § 11, stk. 4, som henviser til KGL § 4, stk. 2. Et ultimativt moderselskab forstås præcis som den kreds, der er omfattet af KGL § 4, stk. 2. Afgørelsen er således i fuld overensstemmelse med, at også fonde og foreninger kan udgøre det ultimative modeselskab.

Konsolideringsreglen er tillige behandlet af *Wittendorff* i SR-Skat 2010, p. 212 ff og *Hansen* i TfS 2010, 564 med en kommentar til TfS 2010, 127 SR og TfS 2010, 569 LSR.

Landsskatteretten behandlede konsolideringsreglen i forhold til faste driftssteder i sagen TfS 2010, 569 LSR. Sagen vedrørte det danske selskab H1 ApS og dettes nederlandske datterselskabs filial i Danmark, G1, skulle foretage en konsolideret opgørelse efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4. H1 ApS var ejet af det amerikanske selskab G3.

Koncernoversigt:



Sagen vedrørte indkomstårene 2005 og 2006, hvor G1 indgik i to cash-pool-aftaler med et udenlandsk koncernforbundet selskab og havde både renteudgifter og kurstab på gælden. H1 ApS og G1 (filialen) var sambeskattet for indkomstårene 2005 og 2006, og ved ansættelse af sambeskatningsindkomsten var der for filialen sket fradragsbegrænsning efter selskabsskattelovens § 11. Filialens gæld ansås for kontrolleret gæld, og filialens fremmedkapital set i forhold til filialens egenkapital oversteg forholdet 4:1. Det ansås ikke for godtgjort, at lignende finansiering kunne opnås mellem uafhængige parter, da en cash-pool-låneaftale i forholdets natur er en koncernintern ordning. Klagen vedrørte, at der ved skatteansættelsen ikke var lagt til grund, at H1 ApS og G1 skulle indgå i en konsolideret opgørelse efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4.

Skattecentret havde lagt til grund, at H1 ApS ikke skulle konsolideres med filialen, da konso-

lidering kun skal ske mellem danske selskaber, der også uden at inddrage udenlandske aktionærer kan anses for at være koncernforbundne. H1 ApS og filialen er ikke koncernforbundne, såfremt det nederlandske selskab G5 ikke indgår i vurderingen. Det var Skattecentrets holdning, at selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt., ikke skal fortolkes således, at det kun er udenlandske aktionærer, som måtte ligge over det øverste danske selskab, som skal udeholdes ved vurderingen af, hvilke selskaber der skal konsolideres. Hertil var det Skattecentrets vurdering, at begrebet udenlandske aktionærer også omfatter filialens udenlandske hovedkontor og i den konkrete sag, det nederlandske selskab G5. Begrundelsen herfor var, at man i alle henseender ønsker at sidestille filialer med selskaber, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 5, og forarbejderne hertil. I relation til konsolideringsreglen konkluderede Skattecentret derfor, at begrebet "udenlandske aktionærer" også, når der er tale om et fast driftssted, måtte være filialens udenlandske hovedkontor.

Klager gjorde gældende, at der i medfør af selskabsskattelovens § 11, stk. 4, skal foretages en samlet opgørelse af de aktiver og passiver, som tilhører H1 ApS og dets 100 pct. ejede nederlandsk datterselskab G5, idet dog kun de aktiver og passiver, som kan henføres til G5's faste driftssted i Danmark, medtages ved opgørelsen. På konsolideret basis oversteg den samlede gæld ikke fire gange handelsværdien af egenkapitalen ved udløb af indkomstårene 2005 og 2006, og der skulle derfor ikke ske fradragsbegrænsning efter selskabsskattelovens § 11. Klager fandt, at der hverken i ordlyden af selskabsskattelovens § 11, stk. 4 og 5, eller i forarbejderne hertil kunne findes støtte for SKAT's fortolkning. H1 ApS og G5 er koncernforbundne efter KGL § 4, stk. 2. Da selskabsskattelovens § 11, stk. 1-4, i medfør af selskabsskattelovens § 11, stk. 5, også gælder for G5, som omfattes af den begrænsede skattepligt i selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, skal der i medfør af selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 1. pkt., ske konsolidering mellem H1 ApS og G5. Da filialen ikke udgør et andet skattesubjekt end G5, finder klager ikke, at der er grundlag for at nægte konsolidering.

Landsskatteretten fandt, at skattesubjektet i relation til selskabsskattelovens § 2, stk. 1,

litra a, er det nederlandske selskab G5, og at filialen ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt i forhold til det nederlandske hovedkontor. Af større interesse fandt Landsskatteretten, at det nederlandske hovedkontor på den baggrund heller ikke kunne anses at være aktionær i filialen og dermed heller ikke omfattet af begrebet "udenlandske aktionærer" i selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt. Landsskatteretten tiltrådte derfor, at de påklagede reguleringer bortfalder, da H1 ApS og filialen skulle foretage en konsolideret opgørelse efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 1. pkt.

Ydermere udtalte Landsskatteretten, at ejerskab via et udenlandsk selskab i givet fald heller ikke i sig selv vil udelukke konsolidering efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4, uanset bestemmelsens 2. pkt. Ved vurderingen af, hvilke selskaber der er koncernforbundne efter KGL § 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 er i overensstemmelse med ordlyden af KGL § 4, stk. 2, hvor såvel direkte som indirekte ejerskab eller råde over stemmer medregnes.

På baggrund af kendelsen kan der udledes, at filialer ikke i forhold til selskabsskattelovens § 11, stk. 4, udgør et selvstændigt skattesubjekt, og derved ikke selvstændigt kan omfattes af bortseelsen i selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt. Vurderingen efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt., vedrører derfor ikke filialen, men i stedet skattesubjektet "bag" filialen. Om filialen skal indgå i en konsolideret opgørelse afhænger derfor udelukkende af skattesubjektet, og hvilken gren af koncernen denne indgår i. En eventuel konsolidering efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 1. pkt., omfatter dog netop kun indtægter og udgifter omfattet af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, samt aktiver og passiver allokeret hertil.

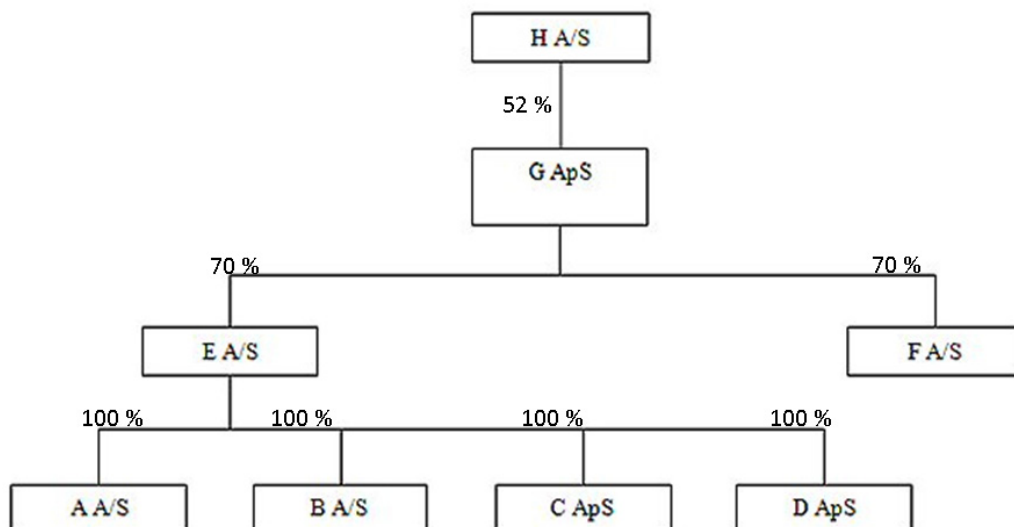
Landsskatterettens supplerende bemærkning bidrager til en yderligere afklaring af selskabsskattelovens § 11, stk. 4, således at konsolideringen omfatter både direkte og indirekte koncernforbindelser i samme danske virksomhedsgren, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 2. pkt. Der vil derved skulle foretages en konsolideret opgørelse i de enkelte grene af koncernen af de

danske selskaber og faste driftssteder, uanset om der i de enkelte grene er indskudt mellemliggende udenlandske selskaber.

Skatterådet afgav i TfS 2010, 127 SR bindende svar vedrørende konsolideringsreglen i sel-

skabsskattelovens § 11, stk. 4. Sagen vedrørte en dansk koncern, hvori to danske udlånsvirksomheder henholdsvis A A/S og B A/S drev finansieringsvirksomhed med forbrugslån til primært forbrugere/privatpersoner.

Koncernoversigt:



Både A A/S og B A/S var højt gearede og solvensgraden var i begge selskaber mindre end 20 pct. A A/S og B A/S havde et samlet udlånsniveau på ca. kr. 600 mio., og finansieringen af selskabernes udlån var ydet af 2 banker. Den ene bank (X bank) havde opnået sikkerhedsstillelse fra E A/S, C ApS og A A/S.

Der blev anmodet om bindende svar fra Skatterådet om, hvorvidt selskabsskattelovens § 11 medførte, at A A/S og B A/S, og dermed E-koncernen, skulle rentefradragsbeskæres i 2009.

Det fremgår af SKATs indstilling og begrundelse, at efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4, jf. KGL § 4, stk. 2, samt Skatteministeriets supplerende svar til FSR af 23/12 2004 vedrørende lov nr. 221 af 31/3 2004 (L 119), skal H A/S holdes ude af konsolideringen. Endvidere fremgår det, at G ApS, E A/S, A A/S, B A/S, C ApS og D ApS skal konsolideres efter reglerne i selskabsskattelovens § 11, stk. 4, da selskaberne er koncernforbundne, jf. KGL § 4, stk. 2.²¹

Det er i denne forbindelse særdeles interessant, at F A/S ikke nævnes som en del af konsolideringskredsen. Enten har Skatterådet ikke fundet det relevant at inddrage F A/S i det offentliggjorte svar, eller også har Skatterådet vurderet, at F A/S ikke skal indgå i konsolideringen. Hvis sidstnævnte er tilfældet synes dette at udgøre en fejlfortolkning, da begrebet "virksomhedsgren" må forstås i sammenhæng af bestemmelsens ordlyd og henvisningen til KGL § 4, stk. 2, således at hele G ApS-koncernen udgør en virksomhedsgren og derved skal konsolideres inkl. F A/S. Det kan omvendt også være et udtryk for, at Skatterådet, som var i besiddelse af de relevante oplysninger vedrørende F A/S og dennes 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. Det må dog i bedste fald synes betænkeligt.

ITFS 2010, 127 SR berørtes tillige spørgsmålet om eliminering af koncernintern gæld, hvor statueringen af kontrollerede gæld skyldes sikkerhedsstillelse for tredjemandsgæld efter selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 4. pkt. Konsolideringen medfører, at forholdet mellem gæld og egenkapital, skal opgøres samlet ved udløbet af indkomståret. Det fremgår af ordlyden, at der ved en konsolidering skal bortses fra danske selskabers aktier i andre selskaber, der indgår i den samlede opgørelse, samt gæld og fordringer mellem disse, mens sikkerhedsstillelse ikke er omtalt. SKAT fandt dog ud fra en formålsbetragtning, at det ikke har været hensigten, at sikkerhedsstillelser ikke skulle være omfattet af elimineringen i konsolideringsreglen, og sammenholdt med SKAT's opfattelse af, at konsoliderede selskaber betragtes som ét selskab, var det SKAT's opfattelse, at sikkerhedsstillelse skulle elimineres, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 4, 1. pkt. I øvrigt fandt SKAT ikke at det var en betingelse for konsolidering, at der faktisk foreligger et konkret gældsforhold mellem de konsoliderede selskaber.²²

Den anvendte formålsfortolkning er overraskende.²³ Den medførte således, at der ikke forelå hverken gæld eller sikkerhedsstillelse til H A/S, og SKAT fandt derfor, at betingelsen om kontrolleret gæld ikke var opfyldt på konsolideret basis. Der ville således ikke ske rentefradragsbeskæring. Skatterådet tiltrådte SKAT's indstilling og begrundelse. Det fremgår klart af det bindende svar, at det er afgørende, om den sikkerhedsstillende part indgår i konsolideringen eller ej.²⁴

I henhold til bemærkningerne til L 101 (lov nr. 432 af 26/6 1998) er baggrunden for konsolideringsreglen, at det søges at undgå, at der kan ske omgåelse af reglerne i selskabsskattelovens § 11, stk. 1-3, idet en koncern ved at indskyde yderligere selskaber kunne udtynde kapitalen, samtidig med at forholdet mellem gæld og egenkapital blev opretholdt i det enkelte datterselskab. Metodikken demonstreres i bemærkningerne til selskabsskattelovens § 11, stk. 4, og benævnes kaskadeeffekten og er almindeligt kendt i international kontekst (the cascade effect). Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber har stillet sikkerhed for, anses som kon-

trolleret gæld. Formålet med dette er at sikre mod omgåelse, således at lån, der ikke ville være givet uden sikkerhedsstillelsen også behandles som kontrolleret gæld. Denne ligestilling understreges i føromtalte bindende svar, da der bortses fra kontrolleret gæld til tredjemand, som hvis lånet var ydet direkte af de konsoliderede koncernforbundne selskaber, der har ydet sikkerhed for lånet. Det er dog overraskende, at der findes rum til denne formålsfortolkning.

5. Samspil med det generelle armslængdeprincip

Ligningslovens § 2 og selskabsskattelovens § 11 indførtes begge ved lov nr. 432 af 26/6 1998, og det måtte derved synes oplagt, at der var taget nærmere stilling til anvendelsesområdet og samspillet mellem bestemmelserne, som begge er udslag af armslængdeprincippet. Dette er dog ikke tilfældet. Der kan opstå situationer, hvor der både kan foretages en vilkårskorrektur af det enkelte lån i debitorselskaber efter ligningslovens § 2, men også en samtidig fradragsbeskæring som følge af selskabsskattelovens § 11. Problematikken vedrører grundlæggende spørgsmålet om, hvornår en given korrektur skal foretages, og hvorvidt der skal tages hensyn til den ene korrektur, når den anden foretages.

Det er tidligere fremført i litteraturen,²⁵ at myndighedernes korrektioner med overvejende sandsynlighed vil medføre, at begge regelsæt vil blive anvendt, såfremt der er anledning hertil. Det er heri vurderet, at der efter ligningslovens § 2 vil kunne foretages vilkårskorrektioner af aktuelle låneforhold, jf. bemærkningerne til L 101 1997-1998.²⁶ Det er hidtil antaget, at myndighederne sandsynligvis vil følge en sådan opgørelsesmetode, der indebærer, at eventuelle lånevilkår først korrigeres i overensstemmelse med ligningslovens § 2, og der herefter foretages eventuelle fradragsbegrænsninger som følge af selskabsskattelovens § 11 på baggrund af armslængderenten. Det kan anføres hertil, at det må være en forudsætning for korrektioner efter reglerne om tynd kapitalisering, at der foreligger en materielt rigtig rentebetaling i overensstemmelse med markedsmæssige vilkår. Wittendorff konkluderer, at der ikke foreligger en regelkonflikt mellem ligningslovens § 2 og selskabsskattelovens § 11, da ligningslovens § 2 må anvendes

des ved vurderingen af renten for et lån, og at selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 5. pkt., må anvendes ved vurderingen af størrelsen af et lån.²⁷

I en ikke-offentliggjort kendelse afsagt af Landsskatteretten den 17/2 2005 indklagedes skattemyndighedernes samtidige anvendelse af ligningslovens § 2 og selskabsskattelovens § 11 vedrørende indkomståret 2000.²⁸ Skattemynderen anerkendte fikseringen af en renteudgift efter ligningslovens § 2, men ikke den efterfølgende fradragsbeskæring af den fikserede renteudgift efter selskabsskattelovens § 11. Klageren fremførte, at det af ligningslovens § 2, stk. 1 fremgår, at lånevilkårene, herunder lånerenten, skal være fastsat i overensstemmelsen med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionen var afsluttet mellem uafhængige parter. Ligeledes blev det fremført, at det af selskabsskattelovens § 11, stk. 1, fremgår, at rentefradragsbegrænsningen bortfalder i det omfang, at selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kunne opnås mellem uafhængige parter. Klageren bemærker herefter, 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 ligningslovens § 2 og selskabsskattelovens § 11. Landsskatteretten bemærkede hertil, at selskabet ikke har godtgjort, at lån på lignende vilkår kunne opnås mellem uafhængige parter, og at fikseringen efter ligningslovens § 2 ingen betydning har for denne vurdering.

I kendelsen foretages således først en rentefiksering efter ligningslovens § 2, og derefter foretages en beskæring efter selskabsskattelovens § 11. Det fremgår ligeledes af kendelsen, at armslængdevurderingerne i ligningslovens § 2, stk. 1, og selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 5. pkt., ikke er identiske.²⁹

Ordlyden af selskabsskattelovens § 11 forudsætter, at armslængdetesten foretages ved indkomstårets udløb, mens armslængdeprincippet generelt synes at forudsætte, at testen skal foretages på transaktionstidspunktet. Det fremgår af de almindelige bemærkninger i L 101 1997-1998, 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”*. Det er herefter en vur-

dering af lånet ved indkomstårets udløb og ikke af låneforholdet ved dettes etablering. Det skaber et problem, hvor der er forskel på selskabets kommercielle og økonomiske situation, og derved baggrund for gældsforholdene, på tidspunktet for gældsstiftelsen og ved indkomstårets udløb. Bevisbyrdespørgsmålet rejses eksempelvis i situationer, hvor debitorselskabet har tabt egenkapitalen og fradragsbeskæres efter selskabsskattelovens § 11. Selskabet kan derved have meget svært ved at opfylde armslængdetesten i selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 5. pkt., idet selskabets soliditet indgår heri, og en uafhængig tredjemand ikke må antages at ville udlåne penge til et selskab med ingen eller yderst begrænset egenkapital uden tilsvarende sikkerhedsstillelse. I henhold til OECD's rapport om emnet lader det til, at gæld på tidspunktet for låneoptagelsen skal overvejes i denne situation, men det må erkendes, at de danske regler er udformet objektivt, og at det derfor kan siges, at dokumentationen dermed skal foretages ved indkomstårets udløb.

Det kræves, som tidligere nævnt, at selskabet kan optage lån fra tredjemand i det hele taget, men også, at lånevilkårene er på markedsmæssige vilkår. Det er således et spørgsmål om, hvorvidt et lån på tilsvarende vilkår kunne opnås mellem uafhængige parter. Sidstnævnte del er ikke nødvendigvis opfyldt, selvom der er foretaget en rentefiksering efter ligningslovens § 2, som det også fremgår af førnævnte kendelse fra Landsskatteretten.

6. Forholdet til EU-retten

Det er almindeligt kendt, at nationale værneregler udgør et særligt problem i forhold til EU-retten, idet værneregler ofte tilsigter at værne det nationale skatteprovenu og at forhindre de skattemæssigt gunstige effekter af fri bevægelighed for kapital og etablering. Reglerne om tynd kapitalisering udgør et af de tidlige eksempler på denne problemstilling og er behandlet i tre tilfælde af EU-Domstolen:

- Lankhorst-Hohorst, C-324/00 (SU 2003, 12)
- Thin Cap Group Litigation, C-524/04 (SU 2007, 122)
- NV Lammers & Van Cleef, C-105/07 (SU 2008, 55)

I Lankhorst-Hohorst-dommen fandt EU-Domstolen de tyske regler om tynd kapitalisering uforenelige med den traktatfæstede etableringsfrihed. EU-Domstolen fandt, *“at forskellig behandling af hjemmehørende datterselskaber, alt efter hvor deres moderselskabs hjemsted befinder sig, udgør en hindring for etableringsfriheden. 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 et erhverve, oprette eller opretholde et datterselskab i den medlemsstat, der har truffet foranstaltningen”*.³⁰ EU-Domstolen udtalte desuden, at *“Det må være et krav i henhold til proportionalitetsprincippet, at de to berørte medlemsstater afstemmer deres regler, således at dobbeltbeskatning undgås”*.³¹

Afgørelsen medførte ikke blot en ændring af de tyske regler om tynd kapitalisering, men også ændringer i en lang række andre europæiske lande. Afgørelsen medførte i forhold til den danske regulering, at selskabsskattelovens § 11 blev udvidet til også at omfatte nationale lån³².

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation vedrørte den historiske tynd kapitaliseringsregulering i Storbritannien og opstod på baggrund af Lankhorst-Hohorst, da grænserne for tynd kapitalisering ikke fremgik klart heraf. Sagen vedrørte et krav om tilbagebetaling eller godtgørelsen for skattemæssige ulemper og andre negative konsekvenser af den tidligere lovgivning. Det fremgår bl.a. heraf, at *“Art. 43 EF (nu artikel 49 EF) er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, der for et hjemmehørende selskab indebærer begrænsninger af retten til skattefradrag for renter af finansieringslån ydet af et direkte eller indirekte moderselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, eller af et selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, og som er kontrolleret af et sådant moderselskab, uden at underlægge et hjemmehørende selskab, der har lånt midler af et selskab, der ligeledes er hjemmehørende, en sådan restriktion, medmindre denne lovgivning på den ene side 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.”

Det fremgik således heraf, at en forskelsbehandling ikke er EU-stridigt, såfremt reglerne baserer sig på objektive omstændigheder og udelukkende omfatter rent kunstige arrangementer. Der synes således at foreligge en snæver grænse for værnregler, hvor der består denne forskelsbehandling mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber.

I NV Lammers & Van Cleef omhandlede belgiske regler om tynd kapitalisering, hvorefter renter omkvalificeredes til udbytte. Renter omkvalificeredes ikke til udbytte, hvor de betaltes til et bestyrelsesmedlem, der udgjorde et belgisk selskab, og var derved skattefrit, hvorimod samme renter omkvalificeredes til udbytte og var skattepligtige, hvor de betaltes til et bestyrelsesmedlem, der udgjorde et udenlandsk selskab. EU-Domstolen fandt, at *“en forskellig behandling af hjemmehørende selskaber, alt efter hvor det selskab, der som bestyrelsesmedlem har ydet dem et lån, er etableret, udgør en restriktion for etableringsfriheden, da den gør det mindre attraktivt for selskaber med hjemsted i andre medlemsstater at gøre brug af denne frihed, idet de som følge heraf måske vil give afkald på at lede et selskab i den medlemsstat, som har truffet foranstaltningen, eller endog give afkald på at erhverve, oprette eller opretholde et datterselskab i denne medlemsstat”*. Der henvises heri bl.a. til Lankhorst-Hohorst-dommen præmis 32, og Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation præmis 61. EU-Domstolen fandt den belgiske regulering uforenelig med etableringsfriheden.

Som nævnt ovenfor er den nuværende udformning af selskabsskattelovens § 11 et resultat af den lovgivningsteknik, der har hersket her til lands i en årrække, når EU-konformitet ønskes opnået. Bestemmelsen er således udvidet til at gælde såvel i nationale som i internationale forhold for at undgå en forskelsbehandling.

Denne lovgivningsteknik mødes af hård kritik fra Generaladvokaten i dennes forslag til afgørelse i Thin Cap Group Litigation, hvor det udtaltes, 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 hen-*

synet 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".³³ Det må tiltrædes, at lovgivningsteknikken ikke er ønskværdig.

Ved siden af denne overordnede problematik er det aldrig endeligt afklaret, om den nugældende version af selskabsskattelovens § 11 klarer frisag ved en nærmere prøvelse i forhold til EU-retten.³⁴

Senest er det eksempelvis fremsat i litteraturen, at reglerne om tynd kapitalisering har et "alvorligt fællesskabsretligt problem".³⁵ Udsagnet vedrører selskabsskattelovens § 11, stk. 6, hvorefter renter og kursgevinster er skattefri for skattepligtige omfattet af selskabsskattelovens § 1 eller selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, hvis debitor fradragsbeskæres efter selskabsskattelovens § 11, stk. 1. Spørgsmålet er herefter om EU-retten krænkes, hvis der sker en beskæring i Danmark efter selskabsskattelovens § 11, samtidig med at renteindtægten beskattes i et andet EU-land.

Skatteministeren afviste de EU-retlige indsigelser under lovarbejdet med, at "det afgørende, at den foreslåede regel ikke medfører, at et dansk selskab, der er ejet af et selskab fra et andet EU-land, behandles anderledes eller mere byrdefuldt end et dansk selskab, der er ejet af et andet dansk selskab".³⁶ Det skal erindres, at beskattningen i disse situationer foretages i udlandet og ikke i Danmark, da en fradragsbeskæring ikke vil forekomme, hvis den modsvarende renteindtægt kildebeskattes, jf. selskabsskattelov-

vens § 11, stk. 1, sidste pkt. Ved en indenlandsk kreditor, beskattes kreditor ej heller af renteindtægten, såfremt debitor fradragsbeskæres vedrørende den modsvarende renteudgift, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 6. En beskæring af debitores fradragsret efter selskabsskattelovens § 11 vil derved per automatik medføre, at kreditor ikke beskattes af den modsvarende renteindtægt i Danmark.

Derved bliver den EU-retlige konformitet af selskabsskattelovens § 11 sammenfaldende med spørgsmålet om, hvorvidt dobbeltbeskatning som følge af forskellig skattemæssig behandling i to medlemsstater, kan udgøre en restriktion eller diskrimination i strid med EU-retten.

På baggrund af de senere års praksis fra Domstolen synes der efterhånden at være håndfast belæg for, at den type forskelsbehandlinger alle udtrykker kvasi-restriktioner, som ikke kan anfægtes på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin.

Der kan netop argumenteres for, at de ugunstige virkninger opstår som følge, af at to medlemsstater udøver deres beskatningskompetence sideløbende med hinanden, som det var tilfældet i C-513/04, Kerckhaert og Morres (SU 2006, 394).³⁷ Samme forhold er udtrykt i en lang række andre sager eksempelvis C-194/06, Orange European Smallcap Fund (SU 2008, 245) og C-128/08, Damseaux (SU 2009, 437).³⁸

Det må understreges, at en rentebeskæring efter selskabsskattelovens § 11 ikke kan forekomme, hvor den modsvarende indtægt beskattes i Danmark, uanset hvor kreditor er hjemmehørende.³⁹ De ugunstige virkninger af en fradragsbeskæring efter selskabsskattelovens § 11, hvor den modsvarende indtægt beskattes i udlandet, beror på udøvelse af to landes beskatningskompetence sideløbende med hinanden. Der er på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke fastsat generelle kriterier for fordelingen af medlemsstaternes beskatningskompetence i forhold til ophævelse af dobbeltbeskatning.⁴⁰

Den nuværende udformning af selskabsskattelovens § 11 synes derfor ikke i modstrid med etableringsfriheden.

7. Afslutning

De danske regler om tynd kapitalisering er komplekse. Vi har med denne artikel afdækket de tvivlsspørgsmål ved fortolkningen af regelsættet, som faktisk har været til prøvelse i administrativ praksis. Denne praksis er ikke i alle henseender overbevisende, og det er vores vurdering, at retsområdet endnu ikke har fundet sin endelige form. En vis afklaring må forventes i takt med fremkomsten af yderligere retspraksis.

Noter

- 1) Lov nr. 432 af 26/6 1998.
- 2) Bemærkningerne til lov nr. 432 af 26/6 1998 (L 101).
- 3) Juridiske personer omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 3 eller 6 omfattes dog ikke. Der henvises i ordlyden af selskabsskattelovens § 11, stk. 1, nr. 1, til selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 a, 2 d-2 h, 3 a-5 b. Heri inkluderes også transparente enheder omkvalificeret efter selskabsskattelovens § 2C, der som bekendt beskattes som kapitalsekskaber efter selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2. Selskaber m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 3 eller nr. 6 omfattes ikke af selskabsskattelovens § 11. Selskaber m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 32 og fonde omfattet af fondsbeskatningsloven omfattes ej heller af selskabsskattelovens § 11. Selskaber med ledelsens hovedsæde i Danmark (omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 6) og selskaber og faste driftsteder omfattet af frivillig international sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31 A omfattes alle af selskabsskattelovens § 11, jf. lovbemærkningerne til L 101.
- 4) Jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 5.
- 5) Det fremgår af selskabsskattelovens § 11, stk. 2, at "*Som gæld anses gæld i henhold til fordringer omfattet af kursgevinstloven samt konvertible obligationer. Gælden opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb.*"
- 6) Det fremgår af selskabsskattelovens § 11, stk. 3, at "*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.*"
- 7) Kurstab kan dog fradrages i kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 3. pkt.
- 8) Jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 7. pkt.
- 9) Jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 1, nr. 3.
- 10) Jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 3, 4. pkt.
- 11) Jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 1, 6. og 7. pkt. Det skal bemærkes, at renter og kursgevinster ikke medregnes til den skattepligtige indkomst for skattepligtige omfattet af selskabsskattelovens § 1 eller § 2, stk. 1, litra a, hvis debitor fradragsbeskæres efter selskabsskattelovens § 11, stk. 1, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 6. 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, jf. selskabsskattelovens § 11, stk. 6, 2. pkt.
- 12) Se bemærkningerne til § 2, nr. 1, i L 101 1997-1998.
- 13) Jf. Ligningsrådets bindende svar, journalnummer 99/00-4339-00230.
- 14) Se ligeledes *Bundgaard og Wittendorff*, Armlængdeprincippet & Transfer Pricing, p. 336.
- 15) Jf. bilag 8 til L 101 1997-1998.
- 16) Jf. herved *Pedersen og Okholm* i SU 1999, 94 – Lån og garantistillelser mellem koncernforbundne selskaber.
- 17) Dette fremgår tillige af ligningsvejledningen; Selskaber og aktionærer 2010-2 LV S.I.3.5.
- 18) Se herom *Bundgaard* i SU 2004, 207 og *Guldmand* i TFS 2005, 153.
- 19) Se supplerende spørgsmål vedr. L 119 2003-2004, dateret den 21/12 2004, Skatteministeriet.
- 20) Der kan i stedet henvises til *Guldmand*, TFS 2005, 15 og *Bundgaard*, SU 2004, 207.
- 21) Skatteministeriet har tidligere berørt næsten samme situation som i SKM2010.8SR ved supplerende svar til FSR. Se supplerende spørgsmål vedr. L 119 2003-2004, dateret den 21/12 2004, Skatteministeriet.
- 22) I bilag 37 til L 119 2003-2004 fremsattes det synspunkt, at konsolidering er betinget af at der eksisterer kontrolleret gæld mellem de konsoliderede parter. Det modsigede dog senere i de supplerende spørgsmål vedr. 119, dateret den 21/12 2004, ligesom det nu fraviges af Skatterådet.
- 23) Se også *Wittendorff* op.cit.
- 24) *Guldmand* antog i TFS 2005, 15, at konsolideringen måtte indebære, at der også skulle bortses fra sikkerhedsstillelser, som et konsolideret selskab m.v. har stillet for et andet konsolideret selskabs gæld til tredjemand.
- 25) Se eksempelvis *Bundgaard*, Tynd kapitalisering, 2000, p. 218 og *Bjørn*, SpO 1999, p. 54 ff.
- 26) Det forudsættes af OECD i forbindelse med anerkendelsen af regler om tynd kapitalisering i overensstemmelse med armlængdeprincippet, at de nationale regler ikke bør have den virkning, at de forhøjer den skattepligtige indkomst i det pågældende indenlandske foretagende ud over en armlængde fortjeneste, jf. herved OECD: Thin Capitalisation, 1987, pkt. 50 og pkt. 79.
- 27) Se *Wittendorff*, Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 327.
- 28) J.nr. 2-2-1824-0490.
- 29) Se eksempelvis *Wittendorff*, Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret, p. 327, *Bundgaard*, SU 2004, 207 og *Cort Hansen*, SR-Skat 1999, p. 42 ff.
- 30) Se præmis 32 i C-324/00.
- 31) Se præmis 35 i C-324/00.
- 32) Se eksempelvis *Bundgaard og Stokholm* i SU 2003, 2, *Bundgaard* i SU 2003, 354 samt *Vinther og Werlauff* i SU 2004, 207 for en nærmere gennemgang. Der kan til-

lige henvises til *Gutmann og Hinnekens* i EC Tax Review, 2003 p. 30 samt *Körner* i InterTax, 2003, p. 162.

33) Se præmis 68.

34) Se eksempelvis Advokatrådet høringsvar til EU-pakken L 119 2003-2004, FSR i bilag 16 til L 119 2003-2004 og *Vinther & Werlauff* i SU 2003, 354 og Tfs 2004, 242.

35) Jf. *Rønfeldt*, Skatteværn og EU-frihed, p. 354.

36) Se bilag 21 til L 119 2003-2004.

37) Se præmis 19. Sagen vedrørte den belgiske beskatning af indgående udbytter, hvor der ikke ved beskatningen ydes lempelse for eventuelt udenlandsk kildeskat. Det fandtes ikke at udgøre en forskelsbehandling.

38) Se også C-247/08, *Gaz de France – Berliner Investissement SA* (ej bragt i SU, red.) og C-298/05, *Columbis Contaioner Services BVBA & Co.* (SU 2008, 94).

39) Det gælder dog ikke, hvor den kontrollerede gæld er konstateret på baggrund af sikkerhedsstillelse m.v., da selskabsskattelovens § 11, stk. 6, da ikke finder anvendelse. Der foretages aldrig fradragsbeskæring for beløb, der kan kildebeskattes efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra d.

40) Se eksempelvis C-513/04, *Kerckhaert og Morres* (SU 2006, 394).