

## Tynd kapitalisering – EU-retlig uforenelighed af danske regler i Masco C-593/14

*Af Michael Tell, ph.d., Lektor ved Juridisk Institut, CBS, Visiting Scholar ved University of British Columbia, Vancouver, og Senior Associate hos CORIT Advisory P/S*

### 1. Indledning

De danske regler om tynd kapitalisering i Selskabsskattelovens (SEL) § 11 blev indført ved lov nr. 432 af 26. juni 1998 til at modvirke såkaldt *vilkårlig flytning af skattetilsvær* fra Danmark til udlandet. Reglerne om tynd kapitalisering er således utvivlsomt en værnregel, der værner om det danske skatteprovenu i grænseoverskridende låneforhold.

Reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 har derfor i flere omgange været EU-retligt omdiskuteret.<sup>(1)</sup> Det blev særligt aktualiseret ved EU-domstolens afgørelse i *Lankhorst-Hohorst* sagen C-324/00, hvori de lignende tyske regler om tynd kapitalisering fandtes uforenelige med EU-retten.<sup>(2)</sup> Det gav naturligt anledning til en del kritik af de lignende danske regler om tynd kapitalisering,<sup>(3)</sup> ligesom at lovgiver fandt det nødvendigt med et lovindgreb, nemlig lov nr. 221 af 31. marts 2004, hvorefter at lovgiver “*snedigt*” valgte at udvide anvendelsesområdet af SEL § 11 til også at omfatte rent nationale låneforhold - uagtet at der ikke i disse situationer sker flytning af skattetilsvær fra Danmark til udlandet. Bagtanken var, at der derved *formelt* set ikke en forskelligbehandling af henholdsvis nationale og grænseoverskridende låneforhold og derved *formelt* set ikke består en hindring for etableringsfriheden.<sup>(4)</sup>

Det har dog været omdiskuteret om lovgiver opnåede den ønskede EU-retlige konformitet med ovennævnte lovgivning. Det kan dog i lyset af EU-domstolens afgørelse i *Masco* C-593/14 konstateres, at lovgiver med denne *snedighed* ikke fuldt ud opnåede EU-retlig konformitet. EU-domstolen har nemlig med *Masco* C-593/14 fastslået, at den i SEL § 11, stk. 6 hjemlede skattefrihed i nationale låneforhold også skal udbredes til grænseoverskridende låneforhold.

Derved kan de facto anvendelsesområdet for SEL § 11 ikke i sin nuværende form afgrænses til kun at ramme grænseoverskridende låneforhold, som ellers forsøgt opnået af lovgiver, hvorfor lovgiver nu igen står overfor bedst muligt at tilpasse SEL § 11 efter det ønskede formål under overholdelse af EU-retten.

I denne artikel behandles de danske regler om tynd kapitalisering i SEL § 11 og *Masco*-sagen (C-593/14). Der indledes med en kort historisk gennemgang af reglerne og dernæst en gennemgang af *Masco*-sagen ved både Generaladvokatens forslag til afgørelsen og EU-domstolens afgørelse. Artiklen afsluttes med en analyse af konsekvenser og perspektiver af *Masco*-sagen for SEL § 11.

### 2. Historisk udvikling i tynd kapitaliseringsreglerne

Ved lov nr. 432 af 26. juni 1998 lovfæstede det, at interesseforbundne parter ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal anvende priser og vilkår for deres transaktioner, der svarer til de priser og vilkår, som uafhængige parter ville fastsætte for tilsvarende transaktioner (armslængdeprincippet i LL § 2).

Samtidigt indførtes reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, der sideløbende skulle modvirke en vilkårlig flytning af skattetilsvær fra Danmark til udlandet ved, at herværende datterselskaber af udenlandske koncerner finansieres således, at der som følge af et *åbenbart misforhold* mellem gæld og egenkapital (tynd

kapitalisering) fremkommer uforholdsmæssige rentefradrag i Danmark.<sup>(5)</sup> Reglerne om tynd kapitalisering beskrives i lovbemærkningerne, som et særtilfælde af princippet om, at økonomisk samkvem mellem koncernselskaber skal ske på markedsvilkår (armslængdeprincippet).<sup>(6)</sup>

Oprindeligt var SEL § 11, stk. 1, 1. pkt. formuleret, som følger:

“Hvis et selskab eller en forening

- 1) er omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2 c, 3 a-5 b,
- 2) har gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B, 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.”

Det var således kun renteudgifter og kurstab på gæld til udenlandske personer, der blev fradragsbeskåret efter SEL § 11, hvilket var (og er) helt i overensstemmelse med værnregelns formål om at modvirke vilkårlig flytning af skattetilsvær fra Danmark til udlandet. Reglerne gjaldt således ikke for renter og kurstab på gæld til danske personer.

Sådan var det også efter de dagældende tyske regler om tynd kapitalisering, som blev underlagt en EU-retlig prøvelse i *Lankhorst-Hohorst* sagen C-324/00. EU-domstolen fandt heri, at de tyske regler medførte en forskelsbehandling af tyske datterselskaber alt afhængigt af om moderselskabet (långiver) var hjemmehørende i Tyskland eller i en anden EU-medlemsstat, hvilket udgjorde en hindring for den EU-retlige etableringsfrihed, som ikke kunne retfærdiggøres. De tyske regler var derfor uvirksomme på dette punkt og måtte bringes i overensstemmelse med EU-retten.

Da de dagældende danske tynd kapitaliseringsregler indeholdte samme forskelsbehandling ved kun at finde anvendelse på grænseoverskridende koncernlåneforhold og ikke rent danske koncernlåneforhold, så var der ikke megen tvivl om at de danske regler tilsvarende måtte anses for at være uforenelige med EU-retten.<sup>(7)</sup>

Ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 ændredes SEL § 11 derfor på flere områder, således at denne skulle bringes i overensstemmelse med EU-retten. Lovgiver valgte at udvide reglerne til ikke blot at finde anvendelse i tilfælde, hvor långiver var et udenlandsk selskab, men til også at finde anvendelse i tilfælde, hvor långiver var et dansk selskab.<sup>(8)</sup> Dermed ville reglerne om tynd kapitalisering efter lovgivers vurdering ikke længere indebære en forskellig behandling af danske datterselskaber afhængig af, om deres moderselskab (långiver) var hjemmehørende i Danmark eller i udlandet. Derved skulle bestemmelsen ikke længere give anledning til EU-retlige problemer i forbindelse med beskæring af rentefradrag til koncernselskaber i andre EU-lande.

SEL § 11, stk. 1, 1. pkt. er derfor i dag formuleret således:

“Hvis et selskab eller en forening

1. er omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j, 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.”*

Som konsekvens af at lån til danske selskaber blev inddraget under fradragsbeskæringen efter SEL § 11 ved lov nr. 221 af 31. marts 2004, blev det som modstykke hertil samtidigt indført i SEL § 11, stk. 6, at danske skattepligtige selskaber (långiver) er skattefri af de renter, som låntager ikke får fradrag for.

Det fremgår derfor af SEL § 11, stk. 6, at:

*“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.”*

På koncernniveau ville der derfor med lovgivers ord som udgangspunkt ikke være tale om nogen *skærpet* beskatning ved ændringen af SEL § 11 i 2004 for så vidt angår rent danske forhold.<sup>(9)</sup> Der kunne derfor argumenteres for, at der nok indførtes en *formel* ligebehandling af danske lån og grænseoverskridende lån, men at der *reelt* fortsat bestod en forskelsbehandling af danske lån og grænseoverskridende lån, da den negative effekt af SEL § 11 blev ophævet i rent nationale låneforhold, grundet skattefriheden i SEL § 11, stk. 6.

En sådan form for teknisk lovgivningsmæssig manøvre, hvor bestemmelser udvides til at omfatte såvel nationale som internationale gældsforhold for at undgå en forskelsbehandling og på den måde formelt opnå EU-konformitet blev ikke vel modtaget af bl.a. Generaladvokatet Geelhoed. I forslag til afgørelse i *Thin Cap Group Litigation C-524/04* (præmis 68) anførte han, 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.”*

En sådan manøvre gav også anledning til en del debat i den juridiske litteratur.<sup>(10)</sup> Denne forfatter har blandt andet selv fremført, at der ikke i forhold til SEL § 11, stk. 6 synes grundlag for at konkludere en EU-retlig uforenelighed,<sup>(11)</sup> mens andre forfattere har fremført at SEL § 11 ikke kunne klare en fællesskabsretlig prøvelse, da den samlede nettovirkning af disse to ændringer ved lov nr. 221 af 31. marts 2004 – udvidelsen af bestemmelsens anvendelsesområde og skattefrihed for danske hjemmehørende låntagere – var, at rentebeskræringen ingen nettovirkninger havde for en koncern med en dansk låntager, hvorimod der er en nettovirkning for en udenlandsk låntager.<sup>(12)</sup>

Sidstnævnte forfattere skulle vise sig at få ret, jf. EU-domstolens afgørelse i *Masco C-593/14*.

### 3. Masco C-593/14

#### 3.1. Sagens faktum

Sagen var anlagt af de to danske selskaber Masco Denmark ApS og Damixa ApS og vedrørte det grundlæggende spørgsmål om det er foreneligt med den EU-retlige etableringsfrihed kun at yde skattefrihed for renteindtægter, såfremt låntager er hjemmehørende i Danmark, som det var tilfældet efter SEL § 11, stk. 6.

I indkomstårene 2005 og 2006, hvor Damixa ApS var et datterselskab af Masco Denmark ApS, var Damixa repræsenteret på det tyske marked af sit helejede tyske datterselskab, Damixa Armaturen. Det tyske datterselskab var dog i 2005 og 2006 nødlidende efter mange år med betydelige underskud. Det var derfor nødvendigt med tilførsel af kapital, hvilket i det væsentligste skete med lån fra Damixa ApS, hvilket naturligt medførte henholdsvis renteudgifter og renteindtægter.

Damixa Armaturen kunne ikke fradrage de pågældende renteudgifter ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst i Tyskland, idet de udgjorde ikke-fradragsberettigede udbytteudlodninger jf. de dagældende tyske regler om tynd kapitalisering.

Damixa ApS undlod samtidigt - i modstrid med SL § 4 - at indtægtsføre de omhandlede renteindtægter i sin selvangivelse, da Damixa ApS var af den opfattelse, at den danske regel om beskatning af renter var i strid med EU-retten, da skattefriheden efter SEL § 11, stk. 6 også måtte udstrækkes til at omfatte grænseoverskridende renteindtægter.

De danske skattemyndigheder var ikke overraskende uenige med Damixa ApS, og fandt at Damixa ApS var skattepligtige af renteindtægterne fra lånene ydet til Damixa Armaturen. Mere konkret var de danske skattemyndigheder af den opfattelse, at skattefritagelsen for renteindtægter i henhold til SEL § 11, stk. 6, ikke fandt anvendelse i dette tilfælde, da fritagelsen forudsætter, at låntagers renteudgifter er omfattet af en fradragsbeskræring i henhold til SEL § 11, stk. 1. Denne fradragsbeskræring gælder kun for selskaber, der er skattepligtige i Danmark (samt faste driftssteder i Danmark), og det vil altså som udgangspunkt sige alene for selskaber, der er hjemmehørende i Danmark samt faste driftssteder i Danmark.

Damixa ApS var af den opfattelse, at selskabet fik afslag på skattefritagelse, fordi dets datterselskab var hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvilket efter deres opfattelse udgjorde en EU-stridig forskelsbehandling, hvorfor renterne tilsvarende måtte anses skattefrie.

Damixa ApS påklagende afgørelsen og sagen endte i Veste Landsret, der forelagde sagen for EU-domstolen. Det inkluderer, som bekendt, oftest først et forslag til afgørelse fra en Generaladvokat og herefter et svar fra EU-domstolen. Damixa ApS' påstand skulle vise sig ikke at få opbakning i Generaladvokatens forslag til afgørelse.

#### 3.2. Generaladvokatens forslag til afgørelse

Generaladvokat J. Kokott fremlagde den 12. maj 2016 sit forslag til afgørelse i sagen.

Generaladvokaten anførte indledningsvist, at der grundlæggende foreligger en restriktion for etableringsfriheden, hvis oprindelsesstaten stiller et indenlandsk moderselskab med et udenlandsk datterselskab ringere end et moderselskab med et indenlandsk datterselskab. Det var Generaladvokatens vurdering, at det *umiddelbart* virker til, at Damixa ApS blev forskelsbehandlet,

da Damixa ApS ikke indrømmedes skattefritagelse med hensyn til sit udenlandske datterselskabs rentebetalinger, selvom datterselskabet i forbindelse med sin indkomstbeskatning ikke kan fratragte renterne, mens selskabet ville blive indrømmet skattefritagelse, såfremt der havde været tale om et indenlandsk datterselskab, der ligeledes havde fået afslag på rentefradrag.(13)

Generaladvokaten konkluderede dog straks herefter, at der *ikke* består en hindring for etableringsfriheden, idet den skattemæssige ulempe ikke kun er forårsaget af Danmark, og at Danmark ikke skal gøre sin egen skattelovgivning afhængig af en anden medlemsstats skattelovgivning.(14) Det omtales som princippet om autonomi, og dobbeltbeskatningen opstod således efter Generaladvokatens opfattelse som følge af samspillet mellem de tyske og danske skatteregler.(15) Fradragsnægtelse skete som følge af de tyske regler om tynd kapitalisering, hvorved Danmark ikke efter Generaladvokatens vurdering var forpligtet til at tilpasse sine skatteregler efter de tyske skatteregler. Generaladvokat Kokott var således af den holdning, at der slet ikke forelå en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer og derfor slet ikke en hindring for etableringsfriheden.

Hun anførte dog herefter, at selv hvis EU-domstolen dog alligevel skulle nå frem til at der forelå en hindring for etableringsfriheden, at så kunne en sådan hindring retfærdiggøres i tvingende almene hensyn, nærmere bestemt (i) den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen og (ii) sammenhængen i beskatningsordningen.

Generaladvokaten begrundede først sin konklusion i hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen ved, at den beskatningskompetence, som Danmark bl.a. er tillagt efter rente-/royaltydirektivet (2003/49/EF) - som konkret fandt anvendelse - ville være indholdsløs, hvis den skattemæssige behandling i kildestaten (Tyskland) skulle føre til, at Danmark skulle opgive sin beskatningskompetence ved at skulle fritage renterne fra beskatning.(16)

Generaladvokaten begrundede dernæst sin konklusion i hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen ved, at der skal bestå en direkte sammenhæng mellem den danske skattefritagelse for moderselskabets renteindtægter og den danske fradragsbeskæring af datterselskabets renteudgifter. Damixa gør krav på den fordel, der udgøres af skattefritagelsen af selskabets renteindtægter, uden at dets datterselskab tilsvarende bliver pålagt den hermed direkte forbundne byrde i form af den danske rentefradragsbeskæring.(17)

Generaladvokat Kokott var derfor af den opfattelse, at det ikke var i strid med EU-retten at nægte skattefritagelse for renteindtægter hidrørende fra udenlandske datterselskaber, selvom sådanne renteindtægter var skattefrie i rent nationale forhold.(18)

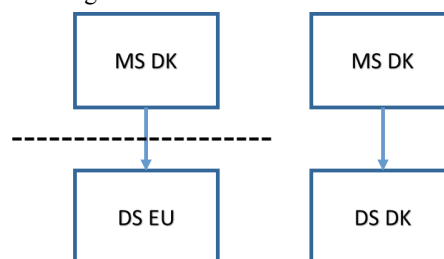
EU-domstolen skulle dog nå en anden konklusion.

### 3.3 EU-domstolens afgørelse

Den 21. december 2016 afsagde EU-domstolen (fjerde afdeling) så sin afgørelse i *Masco C-172/13*. EU-domstolen skulle, som nævnt, tage stilling til hvorvidt det udgør en uforenelig hindring for etableringsfriheden, at en medlemsstat (konkret Danmark) indrømmer et hjemmehørende selskab skattefritagelse for renteindtægter fra et hjemmehørende datterselskab, i det omfang sidstnævnte ikke har kunnet få skattemæssigt fradrag for de korresponderende renteudgifter, som følge af regler om tynd kapitalisering, men udelukker en sådan fritagelse, når datterselskabet er hjemmehørende i en anden medlemsstat (konkret Tyskland).(19)

EU-domstolen udtalte, at det udgør en hindring for etableringsfriheden, hvis et hjemmehørende moderselskab, der har et datterselskab i en anden medlemsstat, skattemæssigt behandles

ringere end et hjemmehørende moderselskab med et hjemmehørende datterselskab.(20) Dette er således den klassiske sammenligning mellem et hjemmehørende moderselskab med et ikke-hjemmehørende datterselskab og et hjemmehørende moderselskab med et hjemmehørende datterselskab, således at effekten af det grænseoverskridende element kan isoleres, dvs. stilles moderselskabet skattemæssigt ringere fordi datterselskabet er etableret i et andet EU-land fremfor i Danmark. Dette kan illustreres som følger:



Såfremt et moderselskab stilles skattemæssigt ringere, fordi datterselskabet er etableret i et andet EU-land fremfor i Danmark og situationerne er objektivt sammenlignelige, så vil det således udgøre en hindring for etableringsfriheden.(21)

EU-domstolen fandt, at der i den konkrete situation indrømmedes en skattefordel til et hjemmehørende moderselskab med et hjemmehørende datterselskab i forhold til et hjemmehørende moderselskab med et ikke-hjemmehørende datterselskab, da der kun i førstnævnte situation ydes skattefrihed for renteindtægter efter SEL § 11, stk. 6, hvor datterselskabet er nægtet fradrag efter nationale regler om tynd kapitalisering. Dette gør det mindre attraktivt for moderselskabet at udøve sin etableringsfrihed, idet det afskrækkes fra at oprette datterselskaber i andre medlemsstater.(22)

En sådan forskelsbehandling er kun forenelig med EU-retten, såfremt den enten vedrører situationer, som ikke er objektivt sammenlignelige eller såfremt den kan begrundes i tvingende almene hensyn.(23)

Ved vurderingen af om situationerne (hjemmehørende vs. ikke-hjemmehørende datterselskab) er objektivt sammenlignelige, så skal det vurderes under hensyntagen til, hvilket formål der forfølges med de nationale bestemmelser; her konkret SEL § 11, stk. 6.(24)

EU-domstolen fremhævede herefter med henvisning til de danske lovforarbejder, at SEL § 11, stk. 6 blev indført med henblik på at forhindre økonomisk dobbeltbeskatning/kædebeskatning af renteindtægter i situationer, hvor et datterselskab nægtes fradrag for de korresponderende renteudgifter, som følge af rentefradragsbegrænsning i tilfælde af tynd kapitalisering. Da moderselskabets renteindtægter kan blive genstand for økonomisk dobbeltbeskatning/kædebeskatning ved både nationale og grænseoverskridende låneforhold til datterselskaber, så var ovennævnte situationer objektivt sammenlignelige, grundet formålet med SEL § 11, stk. 6.(25) Dette står således i kontrast til Generaladvokatens vurdering.

Herefter vurderede EU-domstolen, at forskelsbehandlingen kunne retfærdiggøres i hensynet til at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og hensynet til at modvirke skatteunddragelse, da en skattefritagelse i grænseoverskridende situationer - alt afhængigt af selskabernes valg - ville være et afkald på medlemsstatens beskatningskompetence.(26)

EU-domstolen konkluderede dog slutteligt, at en sådan lovgivning (som de danske regler i SEL § 11, stk. 6) går ud over hvad der er nødvendigt for at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen og modvirke skatteunddragelse.(27) EU-

domstolen trak således her en grænse i proportionalitetsvurderingen, da udgangspunktet må være, at der tilsvarende skal ydes skattefrihed (ligebehandling) for renteindtægter i rent nationale og grænseoverskridende EU-situationer, dog således at det i visse situationer kan være nødvendigt at begrænse denne ligebehandling, grundet ovennævnte hensyn.

Det bringer således ikke den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen i fare at yde en skattefrihed for renteindtægterne op til det beløb, som datterselskabet ikke kunne have fradraget, såfremt medlemsstatens egne regler om tynd kapitalisering fandt anvendelse på datterselskabet. Men samtidigt fastslog EU-domstolen, at etableringsfriheden *ikke* indebærer, at en medlemsstat skal indrømme et moderselskab en skattefrihed, der går videre end hvad der ville være gældende, såfremt medlemsstatens egne regler om tynd kapitalisering fandt anvendelse på datterselskabet. Skattefriheden skal således ikke overstige det beløb, som datterselskabet ville være blevet fradragsbeskåret med, såfremt medlemsstatens egne regler om tynd kapitalisering fandt anvendelse på datterselskabet. Dette er således relevant, hvor medlemsstaten, hvori datterselskabet er hjemmehørende har strengene regler om tynd kapitalisering end hvad der er gældende, hvor moderselskabet er hjemmehørende.(28)

EU-domstolen fandt derfor, at etableringsfriheden *er til hinder* for en medlemsstats lovgivning som den danske i SEL § 11, stk. 6, der indrømmer et hjemmehørende moderselskab skattefritagelse for renteindtægter fra et hjemmehørende datterselskab, i det omfang sidstnævnte selskab ikke har fået fradrag for de korresponderende renteudgifter som følge af regler om tynd kapitalisering, men udelukker en sådan skattefritagelse, *som ville følge* af en anvendelse af medlemsstatens egen lovgivning om tynd kapitalisering, når datterselskabet er hjemmehørende i en anden medlemsstat.(29)

EU-domstolen underkendte derved det begrænsede anvendelses område af (regler som) de danske regler i SEL § 11, stk. 6, da sådanne regler må anses for EU-stridige ved kun at tilbyde skattefrihed i rent nationale forhold.(30) Dette har naturligvis konsekvenser.

#### 4. Konsekvenser og perspektiver

EU-domstolen må med afgørelsen i *Masco C-593/14* siges delvist at udmanøvrere den ellers snedige manøvre, som lovgiver forsøgte sig med i 2004. Ved denne manøvre blev tynd kapitaliseringsreglerne *formelt* udvidet til også at omfatte nationale låneforhold, men *de facto* forsøgtes indskrænket til fortsat kun/primært at finde anvendelse på grænseoverskridende låneforhold. Det skete bl.a. ved at give skattefrihed for de modsvarende renteindtægter i rent nationale låneforhold efter SEL § 11, stk. 6. Den umiddelbare konsekvens af *Masco C-593/14* er således at formuleringen og indholdet af SEL § 11, stk. 6 ikke kan opretholdes, som pt. er:

*“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.”*

Konsekvensen af *Masco C-593/14* er - udover at der kan søges om genoptagelse efter skatteforvaltningslovens § 26 og § 27 fsva. selskaber, der tidligere er blevet beskattet af sådanne renter i de sidste 10 år(31) - som minimum at ovenstående formulering, som fremhævet af denne forfatter, ikke kan opretholdes. Der må således ske en ændring af SEL § 11, stk. 6, der enten sikrer fuldstændig

ligebehandling eller at den manglende ligebehandling kan retfærdiggøres og er proportional.

Skattefriheden må derfor, som minimum, omfatte renter og kursgevinster fra debitorer, der ikke *kan* få fradrag for de tilsvarende beløb efter stk. 1 OG fra debitorer, som ikke *kan* få fradrag for de tilsvarende beløb efter stk. 1, såfremt SEL § 11 fandt anvendelse på debitor. Sidstnævnte er en konsekvens af EU-retten krav om ligebehandling, når nu lovgiver har valgt at yde skattefrihed i rent nationale gældsforhold for at ophæve dobbeltbeskatning/kædebeskatning. Sagt på en anden måde; når lovgiver ønsker at modvirke økonomiske dobbeltbeskatning i tynd kapitaliseringstilfælde, så må denne tilsvarende skulle udstrækkes til grænseoverskridende gældsforhold i tilsvarende situationer. Der er dog visse begrænsninger.

For det *første* gælder etableringsfriheden kun ved etablering inden for EU/EØS.(32) Det betyder at skattefriheden efter SEL § 11, stk. 6 i samspil med EU-retten *“kun”* skal udstrækkes til gældsforhold hos datterselskaber og faste driftssteder i andre EU/EØS medlemsstater, mens gældsforhold hos datterselskaber og faste driftssteder i tredjelande ikke omfattes. Ordlyden skal således *“kun”* udstrækkes hertil, som følge af EU-retten.

For det *andet* må det bemærkes, at EU-domstolen i sagen udelukkende tager stilling til en situation med *en anden medlemsstat, der anvender strengere regler om tynd kapitalisering*. I en sådan situation er medlemsstaten (Danmark) efter præmis 41 ikke forpligtet til at *gå videre end at indrømme dette moderselskab en fritagelse svarende til beløbet på de renteudgifter, som datterselskabet ikke ville kunne fradrage, såfremt den førstnævnte medlemsstats regler om tynd kapitalisering fandt anvendelse*. Dette rejser således spørgsmålene om (i) hvad der forstås ved regler om tynd kapitalisering samt om (ii) hvilken betydning det har hvis den anden medlemsstat har mildere regler om tynd kapitalisering (end Danmark).(33)

Svaret på disse spørgsmål må, efter denne forfatters vurdering, skulle findes i reglerens formål om at ophæve dobbeltbeskatning/kædebeskatning i tynd kapitaliseringssituationer, da EU-retten som bekendt kræver ligebehandling, som også fremhævet af EU-domstolen i præmis 30 og 31. Der må således formentlig kræves en fradragsbeskæring efter udenlandske regler om tynd kapitalisering, dvs. regler som har samme formål, som de danske regler om tynd kapitalisering, for at situationerne er objektiv sammenlignelige og en skatteyder derved kan kræve skattefrihed efter SEL § 11, stk. 6. Sagt på en anden måde; effekten af SEL § 11, stk. 6 må formentlig udstrækkes til *tilsvarende* grænseoverskridende låneforhold i overensstemmelse med formålet med de danske regler. Denne grænsedragning er ikke nem at foretage, men må formentlig foretages i overensstemmelse med de bagvedliggende hensyn og formål med de danske tynd kapitaliseringsregler, som jo er grundlaget for kravet om ligebehandling.

Formålet med de danske regler om tynd kapitalisering er ifølge lovbemærkninger til L 101 1997-98 følgende:

*“Målet med de foreslåede regler er at modvirke en vilkårlig flytning af skatteilsvær 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. Det sker ved efter nærmere fastsatte regler at beskære datterselskabets fradragsret for renter og kurstab på gæld til den udenlandske kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber.”*

*“Det foreslås derfor at fastsætte regler, der medfører, at låntagers adgang til at fradrage renter og kurstab på lån ydet af udenlandske långivere med kontrollerende indflydelse eller hermed*

*koncernforbundne selskaber beskæres i tilfælde, hvor der er et åbenbart misforhold mellem egenkapital og fremmedkapital. Forholdet mellem fremmedkapital og egenkapital i et datterselskab kontrolleret af en udenlandsk ejer er for så vidt et særtilfælde af princippet om, at økonomisk samkvem mellem koncernselskaber på tværs af landegrænser skal ske på markedsvilkår (armslængde princippet).”*

Det fremgår således klart af lovbemærkningerne, at de danske regler om tynd kapitalisering har til formål at ramme ikke-markedskonforme låneforhold. Ydermere følger det af lovbemærkningerne til L 101 1997-98, at:

*“Den interne hjemmel i OECD-landene til at foretage korrektioner på grundlag af tynd kapitalisering har traditionelt været det generelle armslængde princip eller en generel omgøelsesregel. Særligt i de senere år har flere og flere stater imidlertid indført specifikke regler om skattemæssige konsekvenser af tynd kapitalisering. I lande, der anvender en fast grænse ved vurderingen af, om der er tale om tynd kapitalisering, anvendes hyppigt forholdet 3:1 mellem gæld og egenkapital som et acceptabelt forhold mellem fremmed- og egenkapital, således at der stilles krav om mindst 25 pct.'s egenkapital for, at der ikke skal ske nogen skattemæssig korrektion. Men reglerne dækker i øvrigt et vidt spektrum, idet det også er almindeligt at gå ind i en egentlig og konkret vurdering af, om armslængde principperne er overholdt. Blandt andre følgende OECD-lande har særlige regler om tynd kapitalisering: Australien, Belgien, Canada, Frankrig, Irland, Japan, New Zealand, Portugal, Spanien, Storbritannien, Tyskland og USA. Det foreliggende forslag om særlige skattemæssige regler vedrørende tynd kapitalisering er således et led i en dansk tilpasning til international skatteret på samme måde som de tidligere gennemførte regler om CFC-beskatning og om transfer pricing.”*

Det må således lægges til grund at fradragsbeskæringer af ikke-markedskonforme lån foretaget i andre EU/EØS-lande på baggrund af specifikke regler om tynd kapitalisering, et generelt armslængde princip eller en generel omgøelsesregel må opfylde betingelserne for at være omfattet af SEL § 11, stk. 6 efter *Masco* C-593/14, da disse ifølge lovbemærkningerne udgør regler med samme formål og derved er i objektiv sammenlignelige situationer.(34) Det er således også i disse situationer at økonomisk dobbeltbeskatning/kædebeskatning kan opstå, hvilket SEL § 11, stk. 6 har til formål at modvirke.

I naturlig forlængelse heraf må det formentlig tilsvarende konkluderes, at der ikke er krav på skattefrihed ud over den faktisk foretagne fradragsbeskæring i den anden medlemsstat, såfremt reglerne om tynd kapitalisering er mildere end i Danmark, da der i så fald ikke er tale om dobbeltbeskatning/kædebeskatning af de ikke-fradragsbeskærte renter. Det skal dog understreges, at EU-domstolen ikke eksplicit har taget stilling hertil, hvorfor dette ikke er endeligt klarlagt.

Ovenstående må anses som den umiddelbare konsekvens af *Masco*-sagen, ligesom at der i lighed med andre danske sager ved EU-domstolen må forventes udsendt et styresignal fra de danske skattemyndigheder om genoptagelsesmuligheder, samt deres fortolkning af sagen.(35) Det er dog uklart om sagen ikke også vil have yderligere konsekvenser og perspektiver, herunder eksempelvis andre lovændringer end blot SEL § 11, stk. 6.

Danmark har på nuværende tidspunkt én fælles regel om tynd kapitalisering for alle situationer uden at sondre mellem rent danske situationer, EU/EØS-situationer og tredjelandssituationer. Såfremt denne tilgang ønskes fastholdt, så bør det i det mindste overvejes om andre dele af SEL § 11 ligeledes bør justeres. Det bør bl.a. overvejes om den særlige konsoliderings-regel i SEL § 11, stk. 4 ligeledes er i strid med EU-retten. Det følger efter udvidelsen i

2004 af SEL § 11, at SEL § 11 finder anvendelse på alle koncernlåneforhold, dvs. både nationale og grænseoverskridende, men samtidig også af SEL § 11, stk. 4, at reglen skal anvendes på konsolideret basis i forhold til danske koncernforbundne selskaber og faste driftssteder inden for samme gren, således at disse betragtes som én enhed. Derved sikres det *de facto* at SEL § 11 fortsat udelukkende eller primært anvendes på grænseoverskridende gældsforhold og ikke rent nationale gældsforhold, da sidstnævnt *konsolideres ud* mellem disse danske koncernforbundne selskaber. Der synes således ikke at være tvivl om, at SEL § 11 fortsat har sit primære anvendelsesområde ved grænseoverskridende gældsforhold, som følge af SEL § 11 stk. 4. Samtidigt har lovgiver i SEL § 11, stk. 4 forsøgt sig med endnu en snedighed i SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. for *formelt* at opnå EU-retligt konformitet, da det af SEL § 11, stk. 4, 2. pkt. fremgår et eventuelt dansk moderselskab ikke skal indgå i konsolideringen, hvorved gæld hertil kan blive omfattet af en fradragsbeskæring efter SEL § 11. Med EU-domstolens afgørelse i *Masco*-sagen kan det på ny overvejes hvorvidt SEL § 11, stk. 4 ved en forlæggelse for EU-domstolen kan opretholdes.(36) Hvis det ikke er tilfældet, så vil konsolideringen skulle udvides til at omfatte alle koncernselskaber og faste driftssteder indenfor EU/EØS, hvilket lovgiver i hvert fald ikke tidligere har ytret ønske om, hvorfor yderligere lovændringer i så fald må forventes.

Det kan i stedet overvejes om der i de danske tynd kapitaliseringsregler bør sondres mellem rent danske situationer, EU/EØS-situationer og tredjelandssituationer. EU-retten sætter ingen grænser for de danske regler om tynd kapitalisering fsva. tredjelandssituationer, hvorfor lovgiver i princippet frit kan tilrettelægge værnsregler om tynd kapitalisering præcis, som lovgiver måtte ønske det.(37) Derimod sætter EU-retten begrænsninger for en eventuel forskelsbehandling af rent danske situationer og EU/EØS-situationer, som også beskrevet ovenfor i *Masco*-sagen. Det kan derfor overvejes om, der ønskes én identisk regel, som finder anvendelse i tre situationer (således at der IKKE består en forskelsbehandling) og derved ikke i samme grad kan skræddersys efter de konkrete forhold, én regel for rent danske og EU/EØS-situationer og én regel for tredjelandssituationer (således at der IKKE består en forskelsbehandling mellem danske og EU/EØS-situationer) eller tre forskellige skræddersyede regler for tre ovennævnte situationer. Vælges sidstnævnte løsning - hvor eksempelvis danske selskaber ikke belemres med komplicerede værnsregler, hvor der per definition ikke kan ske udflytning af skattetilsvaret - så må det erindres at forskelsbehandlingen af danske og EU/EØS-situationer skal kunne retfærdiggøres i tvingende almene hensyn og være proportionale. Dette vil efter EU-domstolens nuværende praksis formentlig betyde, at EU/EØS-reglen “*kum*” må ramme rent kunstige arrangementer, som anerkendt af EU-domstolen i *Thin Cap Group Litigation* C- 524/04.(38) Det kan naturligvis også overvejes helt at ophæve reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11.(39)

*Masco* C-593/14 synes at være anledningen til, fra politisk hold, at overveje disse alternativer, herunder særligt om det virkelig fortsat er nødvendigt med både SEL § 11 OG SEL § 11 B OG SEL § 11 C. Valget er naturligvis af retspolitikens karakter, og indebærer forskellige typer af muligheder og begrænsninger. Mange europæiske lande valgte eksempelvis i kølvandet på *Lankhorst-Hohorst* C-324/00 kun at anvende deres tynd kapitaliseringsregler ift. tredjelandssituationer, mens rent nationale og EU/EØS-situationer ikke længere omfattedes af reglerne.(40) Senere har mange europæiske lande dog helt valgt at afskaffe deres regler om tynd kapitalisering, og erstatte disse med EBITDA-baseret

rentefradragsbeskæringsregler, dvs. at overgå til en mere generel værnsregulering med et andet formål.(41)

Danmark synes derfor at være gået enegang - omend ikke andet så i europæisk sammenhæng - hvilket efter Masco-sagen synes at

være en kompliceret tilgang til værnsregler og EU-retlig konformitet. Lovgivers reaktion afventes derfor med spænding.

- (1) Se bl.a. *Vinther og Werlauff* i SU 2003, 354 og i TfS 2004, 242, *Bundgaard og Stokholm* i SU 2003, 2, *Bundgaard* i SU 2004, 207, *Loft* i SU 2008, 83, *Advokatrådet* høringssvar i bilag 3 til L 119 2003-2004, *FSR* i bilag 16 til L 119 2003-2004, *Sørensen* i SU 2008, 84, *Bundgaard og Tell* i TfS 2011, 104 samt *Tell* i Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter (2012), kap. 6.
- (2) Se SU 2003, 12.
- (3) Se henvisninger i note 1.
- (4) Se de generelle bemærkninger (punkt. 2.3.1) i L 119 2003-2004, hvori der henvises til at der i rent danske forhold ikke sker en skærpet beskatning.
- (5) Se de generelle bemærkninger til L 101 1997-98 (2. samling). Se mere om samspillet mellem LL § 2 og SEL § 11 *Tell* i Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter (2012), kap. 3.12.
- (6) Se de generelle bemærkninger til L 101 1997-98 (2. samling).
- (7) Se litteratur, som nævnt i note 1, samt de generelle bemærkninger (punkt. 2.3.1) i L 119 2003-2004.
- (8) Samtidigt indskrænkedes reglen til ikke længere at omfatte gæld til fysiske personer.
- (9) Se de generelle bemærkninger (punkt. 2.3.1) i L 119 2003-2004
- (10) Se note 1.
- (11) Se *Tell* i Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter (2012), kap. 6.2.2.2., dog udelukkende analyseret ud fra værtstatsperspektiv og ikke ud fra et oprindelsesstatsperspektiv, som det er tilfældet i *Masco C-593/14*.
- (12) Se eksempelvis *Vinther og Werlauff* i TfS 2004, 242 samt *Ronfeldt* i Skatteværn og EU-frihed (2010), p. 354.
- (13) Se præmis 16 og 17 i forslag til afgørelse.
- (14) Se præmis 18 i forslag til afgørelse.
- (15) Se også *Laursen* i SR 2017, 198.
- (16) Se præmis 40 i forslag til afgørelse.
- (17) Se præmis 44 i forslag til afgørelse.
- (18) Se præmis 48 i forslag til afgørelse.
- (19) Se præmis 22 i *Masco C-593/14*.
- (20) Se præmis 25 i *Masco C-593/14*.
- (21) Se også *Laursen* i SR 2017, 198.
- (22) Se præmis 26 og 27 i afgørelsen.
- (23) Se præmis 28 i afgørelsen.
- (24) Se præmis 29 i afgørelsen.
- (25) Se præmis 30 og 31 i afgørelsen.
- (26) Se præmis 38 i afgørelsen.
- (27) Se præmis 39 i afgørelsen.
- (28) Se præmis 41 og 43 i afgørelsen.
- (29) Se præmis 47 i afgørelsen.
- (30) Derimod berører dommen af naturlige grunde ikke, om Danmark i medfør af EU-retten er forpligtet til at undlade fradragsbeskæring, selvom modtager af renten i udlandet er skattepligtig heraf. Dette var ikke en del af sagen.
- (31) Se også *Laursen* i SR 2017, 198.
- (32) Jf. art. 49 og 54 i TEUF og art. 31 i EØS aftalen.
- (33) Se også *Laursen* i SR 2017, 198.
- (34) Derimod kan fradragsnægtelser efter andre typer af værneregler, herunder rentebeskræningsregler med andre formål, formentlig ikke anses for omfattet, da situationerne ikke er objektiv sammenlignelige.
- (35) Se bl.a. styresignal SKM2017.437.SKAT vedrørende *ATP*-sagen C-464/12 og styresignal SKAT2015.505.SKAT vedrørende *Nordea*-sagen C-48/13. Se også *Laursen* i SR 2017, 198.
- (36) Se for nærmere analyse *Tell* i Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter (2012), kap. 6.2.2.1.
- (37) Dette er naturligvis under forudsætning at reglerne fortsat kun anvendelse i kontrol-situationer, således at reglerne EU-retlige konformitet skal bedømmes efter etableringsfriheden.
- (38) Den gældende armslængde-undtagelse i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. synes ikke i sin nuværende at opfylde denne test. Se for nærmere analyse *Tell* i Fradragsbeskæring af finansieringsudgifter (2012), kap. 6.2.2.1.2.
- (39) Se også *Laursen* i SR 2017, 198.
- (40) Dette skete bl.a. i Portugal og i Spanien.
- (41) Det gjorde Tyskland og Italien allerede tilbage i 2007, mens andre lande så som Spanien, Portugal, Finland, Island og Norge senere har foretaget dette skift i værneregulering.