



Skatteministeriet  
Nicolai Eigtveds Gade 28  
1402 København K

Aalborg, den 26. marts 2009

## Høring over lovforslag om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love (harmonisering af selskabers aktie- og udbyttebeskatning m.v.)

Advokatanpartsselskabet Bent Stamer har følgende kommentarer og forslag til det fremsatte lovforslag:

Indledningsvist bemærkes det, at vi finder lovforslaget velafstemt, velgennemarbejdet og at reformen indeholder en lang række hensigtsmæssige præciseringer og forenklinger.

Vi har følgende konkrete bemærkninger til de enkelte forslag:

### 1. § 1, pkt. 6: Lov om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven), § 4a

I forbindelse med indførelsen af begrebet porteføljeaktier og de retsvirkninger, der påtænkes tilknyttet denne type aktier i forhold til datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier, er vi enige i, at der bør indsættes værnregler for at hindre omgåelse.

Set i det lys er den foreslåede værnbestemmelse i aktieavancebeskatningslovens § 4a stk. 3 hensigtsmæssig.

Det er dog vores opfattelse, at bestemmelsen er uklar, og bør præciseres. Dette begrundes med, at bestemmelsen indfører to nye skatteretlige begreber af væsentlig betydning, hvis eksakte rækkevidde er tvivlsom.

Der er tale om ”**hovedparten** af moderselskabets aktiekapital” og ”moderselskabets **primære funktion**”.

Begrebet hovedparten af moderselskabets aktiekapital kan med rette præciseres således, at det klarlægges, hvorvidt det skal fortolkes i overensstemmelse med selskabsskattelovens § 31 C, ligningslovens § 2 eller, der påtænkes indført et nyt skattemæssigt begreb.

Det andet kriterium for, at moderselskabet omfattes af værnbestemmelsen er, at selskabets **primære funktion** er at eje aktier i datterselskabet.

Denne formulering er tillige uklar, idet det ikke er defineret, hvornår moderselskabets **primære**



**funktion** er at eje aktier i datterselskabet.

Det er oplagt, at et moderselskabs primære funktion i en lang række tilfælde vil være at eje aktier i datterselskabet, men lovtæksten (eller bemærkningerne hertil) forholder sig ikke til, at moderselskabet f.eks. ejer en række datterselskaber.

Hvilke af disse datterselskaber vil det herefter være moderselskabets primære funktion at eje? Gælder bestemmelsen i det hele taget, hvis moderselskabet ejer mere end et datterselskab (i lovtæksten fremgår det, at den primære funktion skal være ejerskab af datterselskabet)

Lovteksten forholder sig endvidere ikke til, hvorvidt moderen f.eks. kan have ejerskab af flere datterselskaber som primær funktion, eller hvorvidt den primære funktion kan skifte fra selskab til selskab.

Er ejerskab til et datterselskab f.eks. i forbindelse med en skattesag blevet karakteriseret som moderselskabets "primære funktion", vil øvrige datterselskaber, der i øvrigt opfylder betingelserne for at blive omfattet af værnsbestemmelsen, herefter falde udenfor bestemmelsen?

Forslaget forholder sig endvidere ikke til, efter hvilke kriterier det skal vurderes, hvorvidt moderselskabets primære funktion i det hele taget er aktiebesiddelse i datterselskaber.

Moderselskabet vil jo f.eks. henover tid kunne have opnået en sådan soliditet, at dets væsentligste aktivitet er investering i børsnoterede værdipapirer m.v.

Det er vores opfattelse, at det vil være hensigtsmæssigt at præcisere bestemmelsens rækkevidde, idet den nuværende formulering giver anledning til en u hensigtsmæssig fortolkningstvív.

Økonomi og erhvervsministeriet har d. 25. marts 2009 fremsat lovforslag 170 til lov om aktie og anpartsselskaber.

Lovforslaget indeholder elementer af væsentlig betydning for definitionen af henholdsvis portefølje og datterselskabs/koncernselskabsaktier.

Dette følger af, at det i lovforslag 170, jfr. § 33, foreslås, at selskabskapitalen ikke skal fuldt ud indbetales, men at der alene skal indbetales 25 %, dog således, at der er fastsat et minimumsbeløb på kr. 50.000, der altid skal indbetales.

Dette giver anledning til overvejelser i forhold til den foreslåede definition af portefølje og datterselskabs/koncernselskabsaktier.

Vil en aktiepost, der er tegnet for 20 % af kapitalen, men hvor der alene er indbetalt 9 %, blive anset for en porteføljeaktie, eller en datterselskabsaktie? Såfremt den anses for en porteføljeaktie, vil den, såfremt det resterende beløb indbetales, anses for overgået til en datterselskabsaktie, og i givet fald til hvilken kurs – den kurs den er tegnet til eller kursen på indbetalingsdagen?

Hvorledes skal der forholdes såfremt en ikke fuldt ud indbetalt aktie sælges? Hvis aktien anses for en datterselskabsaktie, vil den herefter kunne sælges skattefrit, uagtet, der alene er indbetalt f.eks. 9 %.



Anses aktien for en porteføljeaktie er spørgsmålet, hvorvidt aktien skal beskattes. Er det alene den indbetalte del, der er skattepligtig, eller samtlige 20 %? Og hvorledes skal der forholdes med tab – vil der alene være tabsfradrag for den indbetalte del, eller samtlige 20 %?

Det er vores opfattelse, at det vil være hensigtsmæssigt, at den selskabsretlige reform gennemføres forinden den skatteretlige således, at det undgås, at skattereformen kort tid efter sin vedtagelse skal gennemgå omfattende reguleringer og ændringer tilpasset de nye selskabsretlige regler.

Dette gælder ikke alene ovennævnte problematik, men tillige en række yderligere forhold, herunder f.eks. problematikken omkring hæftelsen for ikke indbetalte aktier jfr. forslagets § 34. Hvorledes skal et indbetalingskrav mod sælger af en ikke fuldt indbetalt aktie behandles skattemæssigt?

**2. § 1, pkt. 45: Lov om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven), § 33 A**

Det er vores opfattelse, at overgangsbestemmelserne vedrørende de aktier, der omfattes af lagerbeskatning pr. 1/1 2010, er uklare.

Det er efter vores opfattelse ikke klart, hvorvidt aktier, der ejes af selskaber, og som 1/1 2010 bliver omfattet af reglerne om porteføljeaktier i den foreslåede § 9, skal anses som afstået og anskaffet igen d. 1/1 2010, og herefter lagerbeskattes.

Såfremt dette er tilfældet, giver det anledning til følgende overvejelser:

Får selskaber, der pr. 1/1 2010 har et urealiseret tab, fradrag herfor, og vil dette kunne modregnes i efterfølgende lagerbeskattede gevinster?

Skal selskaber, der pr. 1/1 2010 har urealiserede gevinst, afståelsesbeskattes heraf, forinden selskabet overgår til lagerbeskatning. Således at indgangsværdien er ”afståelseskursen”?

Såfremt dette er tilfældet, vil det efter vores opfattelse give anledning til uhensigtsmæssig og vilkårlig beskatning.

**3. § 1, pkt. 48, Lov om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven), § 36, stk. 6**

Bemærkningerne til pkt. 48 i § 1, om skattefri aktieombytning uden tilladelse synes ifølge ordlyden at skulle forstås således, at aktierne efter en aktieombytning kan afstås skattefrit i forbindelse med en ny skattefri omstrukturering og at restløbetiden af det initiale tre års holdingkrav for aktieombytningen finder anvendelse herfor, tillige med at et nyt tre års holdingkrav finder anvendelse for den senere omstrukturering.

Såfremt ovenstående er korrekt opfattet, giver det anledning til følgende bemærkninger:

Det er vores opfattelse, at dette ikke fremgår med tilstrækkelig tydelighed af den foreslåede lov-



tekst, jfr. aktieavancebeskatningslovens § 36, stk. 6.

Heraf fremgår blot, at aktierne inden udløbet af det initiale treårige holdingkrav efter en aktieombytning kan afstås skattefrit i forbindelse med en skattefri omstrukturering, hvorefter **restløbetiden** af det initiale holdingkrav for aktieombytningen vil være gældende for den efterfølgende omstrukturering.

Derfor bør det, hvis det er hensigten, at reglen skal være som beskrevet i bemærkningerne, præciseres i lovteksten, at der skal gælde to eller flere sideløbende holdingkrav

Det er endvidere vores opfattelse, at det dobbelte holdingkrav savner praktisk relevans.

Salg af aktier inden udløbet af det efterfølgende holdingkrav medfører, ifølge bemærkningerne, at den efterfølgende omstrukturering bliver skattepligtig (såfremt det initiale tre års krav er udløbet, ellers bliver den initiale ombytning tillige skattepligtig).

Ifølge nuværende regler vil en omstrukturering, der omkvalificeres fra skattefri til skattepligtig, at afståelsen af aktier i forbindelse med omstruktureringen falder tilbage og bliver omfattet af de almindelige regler om afståelse i aktieavancebeskatningsloven.

Der indføres med lovforslaget skattefrihed for afståelse af datterselskabs- og koncernaktier, uden ejertidskrav. En sammenholdning af ovenstående regler betyder, at selskaber kan afstå aktier inden udløbet af det efterfølgende holdingkrav, uden at dette reelt medfører beskatning.

Såfremt hensigten med det efterfølgende holdingkrav fra lovgivers side er, at også datterselskabs- og koncernaktier skal blive skattepligtige ved afståelse inden udløbet af det efterfølgende treårige holdingkrav, er det efter vores opfattelse nødvendigt at indføre en særskilt beskatningshjemmel til dette, fx i form af en undtagelsesbestemmelse til den foreslåede § 8 i aktieavancebeskatningsloven.

Det bør tillige nøje overvejes, om der i den forbindelse også skal gives fradrag for et eventuelt tab i forbindelse med afståelse inden udløbet af holdingkravet.

Derudover er den foreslåede bestemmelse en skærpelse af praksis, idet det ifølge gældende praksis anerkendes, at det nuværende ejertidskrav på tre år alene kan fastsættes, såfremt aktierne ikke kunne have været afstået skattefrit tidligere.

Har et moderselskab således f.eks. ejet datterselskabsaktierne i 1 ½ år, vil selskabet efter de nugældende regler kunne sælge dem skattefrit efter yderligere 1 ½ år.

Eftersom begrundelsen for at fastsætte et ejertidskrav er at undgå, at reglerne anvendes til at unddrage skatter, vil ejertidskravet kun kunne fastsætte indtil det tidspunkt, hvor aktierne ville kunne have været solgt skattefrit.

Såfremt lovforslaget vedtages i sin nuværende udformning, vil det altså medføre en væsentlig skærpelse af praksis således, at der principielt gælder to 3 års ejertidskrav uanset, at moderselskabet efter de nye regler ville kunne sælge aktierne skattefrit dagen efter, at det initiale ejertidskrav var udløbet - og uagtet at 3 årsreglen netop afskaffes med den nye lov!



Der er således tale om en unødvendig skærpelse af praksis, der ikke harmonerer med lovforslagets formål og udformning af aktieavancebeskatning, der netop ikke længere skal afhænge af ejertid, men af aktiernes type.

Dertil kommer, at bestemmelserne er unødvendigt komplicerede og givet vil hindre koncernomstruktureringer, idet en lang række selskaber må formodes at vige tilbage for at påføre sig endnu et 3 årsejertidskrav.

#### 4. § 12, pkt. 3: Lov om påligning af indkomstskat til staten (ligningsloven) § 8J

Det er vores opfattelse, at forslaget om at afskaffe omkostningsgodtgørelse for selskabers omkostninger ved skattesager, mod at give selskaberne fradrag for samme, danner grundlag for en vis bekymring.

Dette begrundes med, at det er vores erfaring, at selskaber, såvel som privat personer, meget nøje forholder sig til de ofte ikke ubetydelige omkostninger, der er forbundet med at føre skattesager.

Det er endvidere vores opfattelse, at forslaget rammer skævt, idet det primært vil ramme mindre selskaber, hvor omkostningerne typisk tillægges betydelig vægt i forbindelse med, hvorvidt en skattesag skal føres.

Derudover er afskaffelsen af omkostningsgodtgørelse retssikkerhedsmæssigt problematisk, idet det er vores skøn, at dette vil medføre, at en række relevante sager ikke vil blive prøvet, idet skatteyderen ganske simpelt ikke tør risikere omkostningerne, såfremt sagerne tabes.

Dette vil særligt ramme mindre virksomheder, hvilket lovforslaget ikke tager højde for. Erfaringsmæssigt er der en meget stor del af de virksomheder, der drives i selskabsform, der reelt set har meget stor lighed med personligt drevne virksomheder, hvorfor der reelt set ikke er grundlag for at skelne mellem deres behov for omkostningsgodtgørelse.

Vi kan dog tilslutte os betænkighederne, der nævnes i forslaget vedrørende det nuværende systems svagheder, og det incitament disse kan give rådgivere til ikke at sikre, at sagerne bliver oplyst i fornødent omfang i første instans.

Dette er betænkeligt, ikke blot i forhold til spørgsmålet om omkostningsgodtgørelse, men i videre forstand, tillige i relation til, at det ikke sjældent ses, at der i klagesagen fremkommer så meget yderligere materiale og nye anbringender til støtte for klagen, at der i et vist omfang reelt set bliver tale om en førsteinstansbehandling.

Dette, idet materialet ikke tidligere har været fremme. Dette betyder også, at en række sager må formodes at blive prøvet igennem flere instanser, idet klageorganet jo reelt set er den første instans, der forholder sig til materialet.

Det fremsatte forslag må formodes at løse en væsentlig del af ovennævnte svagheder ved det eksisterende system, men dette altså på bekostning af retssikkerheden, og den fælles interesse i, at principielle og tvivlsomme spørgsmål blive prøvet og afklaret i praksis.



Vi foreslår derfor, at omkostningsgodtgørelsessystemet fastholdes, men at der indføres særregler, således, at officialmaksimen fraviges i klagesager, og at der i stedet indføres præklusionsbestemmelser, som vi kender det fra retsplejeloven.

Dette vil sikre, at relevant materiale og argumentation vil foreligge allerede for første instans, idet det ikke kan forventes, at der bliver givet tilladelse til at fremlægge det efterfølgende.

Det vil endvidere formentlig kunne medføre, at en række klagesager vil kunne undgås, ligesom det sikres, at der reelt set bliver tale om en klagebehandling af den trufne afgørelse og ikke reelt set en ny afgørelse på et nyt grundlag.

Et sådan system vil ikke indeholde de samme retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, navnlig ikke, idet skatteyderen i vidt omfang må formodes at være repræsenteret af en professionel repræsentant.

Et sådan system vil skulle/kunne kombineres med muligheden for domstolsprøvelse af præklusion, samt muligheden for, at klageinstansen af egen drift i særlige tilfælde kan fordre yderligere oplysninger fremlagt.

#### **5. § 11, punkt 1: Lov om skattemæssig behandling af gevinster og tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter (kursgevinstloven) §1**

Det fremgår af lovforslagets § 11 punkt 1, at der påtænkes indført en ændring hvorefter der indsættes et nyt stk. 3 i kursgevinstlovens § 1.

Denne ændring medfører, at "Uanset ligningslovens § 16 A og § 16 B omfatter loven gevinster på fordringer på koncernforbundne selskaber, jf. ligningslovens § 2."

Formålet med ændringen er, som anført i bemærkningerne, at modvirke konsekvenserne af det Bindende svar, der er gengivet i SKM2009.22.SR.

Forslaget begrundes med, at der er asymmetri i beskatningen, idet en kursgevinst, der i henhold til SKM 2009.22 SR jfr. SKM2008.159 H, omklassificeres til maskeret udbytte, kan modtages skattefrit af moderselskaber.

Dermed vil der, ifølge bemærkningerne, være asymmetri, idet kreditor vil have opnået fradrag for tabet på fordringen.

Det bemærkes, at dette ikke er givet, idet der vil kunne have været tale om en koncernfordring, hvor kreditor ikke har tabsfradrag.

Såfremt dette er tilfældet, skabes der derimod en asymmetri, idet der indtræder skattepligt for en gevinst, hvor der ikke har været fradrag for tabet.

Forslaget indebærer endvidere, at det alene er koncernforbundne selskaber i henhold til ligningslovens § 2, der omfattes af bestemmelsen.



Derved vil en lang række selskaber, der ikke er omfattet af ligningslovens § 2, men som vil kunne oppebære skattefrie datterselskabsudbytter, fortsat kunne drage fordel af den praksis, der er fastslået med SKM 2009.22 SR, og som lovforslaget netop skulle dæmme op for.

Denne sondring forekommer ikke umiddelbart oplagt, idet beskyttelseshensynene vil være sammenfaldende for begge aktietyper.

#### 6. § 14, pkt. 16: Lov om indkomstbeskatning af selskaber m.v. (selskabsskatteloven) § 11 B

I lovforslagets § 14, nr. 16: I § 11 B, stk. 6, 1. pkt., indsættes efter "20 pct. pro anno": ", jf. dog stk. 12, ". I lovforslagets § 14, nr. 17: "Stk. 12. Ved anvendelse af stk. 6, 1. pkt., bruges de medregningsprocenter, som er anført i 2.-9. pkt. For indkomståret 2010 udgør procenten 17,5. For indkomståret 2011 udgør procenten 15. For indkomståret 2012 udgør procenten 12,5. For indkomståret 2013 udgør procenten 10. For indkomståret 2014 udgør procenten 7,5. For indkomståret 2015 udgør procenten 5. For indkomståret 2016 udgør procenten 2,5. For indkomståret 2017 og senere indkomstår udgør procenten 0."

Ved lovforslaget ændres den nuværende § 11 B, stk. 6, hvorefter der kan medregnes 20 pct. af selskabernes udenlandske aktiebesiddelser i selskaber, hvor de har den bestemmende indflydelse som efter SEL § 31 C.

Af bemærkningerne til forslaget fremgår: "Til nr. 16 og 17. Det foreslås at udfase reglen i selskabsskattelovens § 11 B, stk. 6, hvorefter der medregnes 20 pct. af købesummen for aktier i koncernforbundne ikke sambeskattede selskaber. Reglen medfører, at der i begrænset omfang gives mulighed for at lånefinansiere opkøb af erhvervsmæssige aktiviteter i udlandet.

Avancer på koncernselskabsaktierne vil med forslaget om harmonisering af selskabsbeskatningen af aktieavancer og -udbytter altid være skattefrie. Det danske skattesystem ville dermed give fradrag for renteudgifterne for investeringer, hvis afkast ikke beskattes i Danmark.

Reglen er desuden en afvigelse fra det ellers grundlæggende princip om, at der ikke gives fradrag for renter på lån til opkøb af aktiver/aktiviteter, som ikke er skattepligtige i Danmark, og om at finansieringsudgifterne bør fradrages der, hvor den indkomstskabende aktivitet er placeret.

Af hensyn til de koncerner, der har gennemført opkøb i tiltro til de gældende regler, foreslås det, at ophævelsen udfases gradvist over en 8-årig periode. Derved får de pågældende koncerner en rimelig tilpasningsperiode. Udfasningen sker ved at nedsætte medregningsprocenten med 2,5 procentpoint om året fra og med indkomståret 2010. Dermed vil reglen være fuldstændig ophævet fra og med indkomståret 2017."

Konklusionen er dog, at bestemmelsen ønskes fjernet, så det for fremtiden slet ikke er muligt at anvende nogen som helst ejerskab i aktier til beregningen af nettofinansieringsudgifterne.

#### Bestemmelsen i selskabsskattelovens § 11 B, stk. 6

Som en særbestemmelse, eventuelt som kompensation for udenlandske investeringer, blev der ved lov nr. 1037, af 24. august 2007 indsat et stk. 6 i § 11 B, der vedrører aktiebesiddelser i udenland-



ske selskaber.

Det fremgår af bestemmelsen, at der til den skattemæssige værdi af selskabets aktiver efter stk. 5 medregnes 20 pct. pro anno af en samlet saldo for anskaffelsessummen for selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. § 31 C, som ikke indgår i sambeskatningen.

Bestemmelsen retter sig således kun mod udenlandske kapitalbesiddelser, idet nationale selskaber, hvor der foreligger den nævnte koncernforbindelse, altid vil være omfattet af national tvungen sambeskatning, jf. SEL § 31.

For sambeskattede selskaber føres en samlet saldo hos administrationselskabet. Anskaffelsessummen for aktier, der er erhvervet fra et koncernforbundet selskab, eller ved kapitalforhøjelse i et koncernforbundet selskab, tillægges ikke saldoen. I det omfang det kan dokumenteres, at en kapitalforhøjelse i et direkte ejet selskab er sket med henblik på indirekte anskaffelse af et selskab uden for koncernen, medregnes anskaffelsessummen på tidspunktet for den indirekte anskaffelse.

Efter § 11 B, stk. 6 er der således givet adgang til at medregne op til 20 % af aktiebesiddelsen i det udenlandske selskab. Det virker umiddelbart som en lempelig tilgang til fællesskabsretten. Det forholder sig imidlertid lidt anderledes.

Regelen bygger på, at der skal være koncernforbindelse, før der kan ske medregning. I den sammenhæng er det koncernforbindelse i henhold til koncerndefinitionen i de gældende regler om sambeskatning. Der skal således være bestemmende indflydelse i det udenlandske selskab, hvilket primært betyder en ejerandel på 51 %, jf. SEL § 31 C – der er koncerndefinitionen i de danske sambeskatningsregler, hvor der er en tvungen del for nationale koncernforbundne selskaber, og en frivillig del for koncernforbundene udenlandske selskaber.

De danske koncerner får således *automatisk* fuld udnyttelse af alle selskabernes aktivmasser, mens selskaber med udenlandske koncernforbundne datterselskaber, ikke opnår samme mulighed for at medregne aktivsummerne. Der ydes en kompensation på 20 % af værdien af den kapitalbesiddelse i det udenlandske selskab. Sammenlignet hermed får de nationale koncerner indregnet mindst 51 % af deres besiddelse i datterselskaberne, eller endnu mere, hvis de ejer mere end de 51 %.

Ønsker danske selskaber med udenlandske datterselskaber at medregne mere end de 20 % af det udenlandske selskabs aktiver, skal det danske moderselskab vælge international sambeskatning. Herved inddrages ikke kun det datterselskab, som ejes med mere en 51 %, men alle selskaber som har en direkte eller indirekte forbindelse til det danske moderselskab, hvor der er koncernforbindelse.

Det kræver således et centralt valg for den koncern, der er internationalt orienteret. Den nationale koncerns moderselskab har ikke samme kvaler. Dette selskab er automatisk sambeskattet med de danske selskaber, der ligger under dette moderselskab. Der er ikke selskaber over, som der skal tages stilling til. Det internationalt orienteret danske moderselskab kan således kun få sin aktivmasse med i datterselskaber i udlandet, hvis det tilmed vælger at inddrage alle resultaterne i selskaber, som ligger både under og over dette danske moderselskab i udlandet.

Spørgsmålet er herefter, om det kan tillades i henhold til fællesskabsretten, at der skal foretages sådanne valg.





### Fællesskabsretlige rettigheder

Etableringsfriheden har udviklet sig successivt fra et rendyrket nationalitets-diskriminationsforbud til et såkaldt restriktionsforbud. Allerede ved *C-2/74, Reyners*, fastslog EF-domstolen etableringsfrihedens umiddelbare anvendelighed, hvorfor etableringsretten allerede på et tidligt stadie fik betydning for det selskabsretlige strukturvalg.

Etableringsfrihedens store gennembrud kom for alvor ved *C-55/94, Gebhard*, hvor EF-domstolen udstrakte art. 43 og 48 EF til også at indebære et såkaldt *restriktionsforbud* - på linje med, hvad *C-120/78, Cassis de Dijon*, adskillige år tidligere havde indført for varenes frie bevægelighed.

*Restriktionsforbuddet* rækker videre end det rene diskriminationsforbud, idet førstnævnte også omfatter nationale foranstaltninger, som ganske vist rent formelt stiller udenlandske og indenlandske erhvervsdrivende ens, men som reelt gør det mindre tiltrækkende for erhvervsdrivende at foretage etablering i en anden medlemsstat. Restriktionsforbuddet finder med andre ord også anvendelse, selv om der ikke foreligger en forskelsbehandling.

Afgørelsen i *C-55/94, Gebhard*, udelukker ikke, at der kan opstilles nationale foranstaltninger, men EF-domstolen præciserer – jf. præmis 37 – *fire grundlæggende betingelser* til nationale foranstaltninger:

- (1) De skal anvendes *uden forskelsbehandling*.
- (2) De skal være begrundet i *tvungende almene hensyn*.
- (3) De skal være *egnet til at sikre det mål, der forfølges*.
- (4) De må *ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt* for at opnå formålet, dvs. et krav om iagttagelse af proportionalitet.

Den undtagelse til etableringsfriheden, der udmøntes i de fire betingelser, skal fortolkes indskrænkende, og dette gør refleksmæssigt anvendelsesområdet for det selskabsretlige strukturvalg meget vidtrækkende - idet kun helt specielle og konkrete foranstaltninger kan begrunde en forskelsbehandling eller anden hindring for etableringsfriheden.

Restriktionsforbuddet og dermed de fire grundlæggende betingelser, har siden *C-55/94, Gebhard*, været genstand for fortolkning i en række principielle sager, fx *C-212/97, Centros*, og ligeledes *C-167/01, Inspire Art*, der alle har bekræftet det vidtgående restriktionsforbud.

Kun hvor nationale foranstaltninger – også på det skatteretlige område – opfylder de nævnte fire kumulative betingelser, accepteres der et indgreb i etableringsfriheden.

Med dommen i *C-212/97, Centros*, fik EF-domstolen lejlighed til at præcisere rækkevidden af det i *Gebhard*-sagen fastslåede restriktionsforbud. Sagens konkrete indhold skal i korte træk gengives.

Sagen omhandlede det danske ægtepar Bryde, der stiftede et i England hjemmehørende anpartsselskab (limited company). Selskabet blev i England behørigt stiftet efter gældende Engelsk ret, herunder navnlig med den betydning, at kapitalkravet kun udgjorde £100 (som ydermere alene er et "krav", der opfyldes pr. tradition, idet engelsk selskabsret ikke kræver nogen mindstekapital indbetalt i et anpartsselskab).



Erhvervs & Selskabsstyrelsen (E&S) nægtede at registrere en dansk filial af det i England hjemmehørende selskab Centros Ltd., idet E&S betragtede konstruktionen (en såkaldt "etableringskæde") som et forsøg på at omgå de danske regler om minimumskapital i et ApS, som dengang udgjorde 200.000 kr. (i dag 125.000 kr.).

De danske stiftere erkendte da også under sagen, at deres motivation for den primære etablering i England hovedsageligt var et ønske om at omgå det relativt høje kapitalkrav i Danmark, jf. EF-dommens præmis nr. 18.

Registreringsnægtelsen blev af Højesteret præjudicielt – jf. art. 234 EF – forelagt for EF-domstolen, der fandt, at den sekundære etableringsret for Centros Ltd. var beskyttet i medfør af Traktaten. Uanset at stiftelsen skete med det formål at drive hele hovedaktiviteten i en anden medlemsstat (Danmark) end Centros' hjemstedsland (UK), udgjorde dette ikke et misbrug af etableringsretten.

Domstolen efterlader ikke i *Centros* nogen tvivl om, at der er snævre grænser for staternes muligheder for indgreb i etableringsfriheden. Domstolen præciserer med henvisning til *Gebhard*, at nationale foranstaltninger kun kan opretholdes, såfremt de *fire grundlæggende betingelser* er opfyldt – og de var de ikke her.

Særligt skal bemærkes kravene om proportionalitet og "tvingende almene hensyn", der i det hele skærper kravet til de foranstaltninger, der kan indføres i nationale lovgivning, jf. også betingelsernes refleksvirkning på det skatteretlige område i *C-250/95, Futura Participations*, hvor særligt proportionalitetsprincippet førte til, at restriktionen blev tilsidesat som fællesskabsstridig.

Ikke engang en – abstrakt - begrundelse i hensynet til bekæmpelse af risikoen for svigagtige forhold kan begrunde en praksis, der går ud på en ren etableringsnægtelse. Dog opretholdes i Domstolens praksis muligheden for bekæmpelse af svig gennem etableringsnægtelse eller begrænsning i de tilfælde, hvor *svig konkret kan påvises* i forbindelse med selve etableringen, jf. *C-264/96, Imperial Chemical Industries*, og *C-9/02, du Saillant*, hvor der på skatterettens område på samme måde kun kan opretholdes hindringer i de tilfælde, hvor der *konkret* kan påvises skatteunddragelse.

I nyere praksis er der sket en bekræftelse og en videreførelse af Domstolens linje fra *Centros*, idet etableringsrettens rækkevidde yderligere er blevet præciseret, ligesom *11. selskabsdirektiv (filialdirektivet)* har været inddraget i fortolkningen, jf. *C-167/01, Inspire Art*.

Et i England stiftet selskab (*Inspire Art Ltd.*), der udelukkende via filial drev sine aktiviteter i Holland, blev mødt med hollandske regler vendt mod såkaldte *pseudo-foreign companies*, dvs. selskaber, der efter hollandsk opfattelse reelt burde være hollandske, og som kun formelt var udenlandske – en lovgivning, hvorefter sådanne udenlandske selskaber skulle opfylde hollandske kapitalkrav på EUR 18.000 tillige med andre formelle krav til selskabets drift, der gik videre end de i *11. selskabsdirektiv (filialdirektivet)* hjemlede formalitetskrav. De hollandske regler var indrettet således, at der ved manglende opfyldelse af kapitalkravene blev pålagt *skærpede* hæftelseskrav, hvorefter alle, der tegnede selskabet, blev påtvunget en personlig og ubegrænset hæftelse.

Kantonengerecht Amsterdam, der præjudicielt forelagde sagen for EF-domstolen, var af den opfattelse, at *Inspire Art* var omfattet af loven om de "formelt udenlandske selskaber". Disse formelle lovregler blev af EF-domstolen tilsidesat som værende fællesskabsstridige, ligesom det blev fastslået, at de i *11. selskabsdirektiv* fastlagte offentlighedsforskrifter er udtømmende og dermed sætter



rammerne for, hvad filialstaten *maksimalt kan fastsætte af offentlighedsforskrifter*. Det i nærværende sammenhæng særligt relevante er den linje, Domstolen viderefører, hvorefter national lovgivning ikke kan opstille yderligere krav, end hvad 11. selskabsdirektiv tillader. Filialer kan ikke afskæres fra muligheden for etablering på lige fod med indenlandske selskaber, ej heller selv om hovedparten af eller *hele* aktiviteten foregår i filialstaten.

### **Nationale fordele og muligheder skal også være tilgængelige ”over grænsen”**

Fællesskabsrettens bestemmelser om fri bevægelighed sikrer ikke kun, at der kan foretages en etablering i en anden medlemsstat. De sikrer også, at nationale bestemmelser, der giver mulighed for omstruktureringer eller andre fordele for personer eller selskaber, skal være tilgængelige i et grænseoverskridende forhold.

Det er gennem den seneste praksis fra EF-domstolen set, hvordan denne ret til at nyde samme ret grænseoverskridende, som tilfældet ville være, hvis den pågældende fysiske eller juridiske person havde valgt at forblive rent nationalt funderet, skal forstås.

På det selskabsretlige plan, hvorunder dele af etableringsretten udvikles, er sag *C- C-411/03, SEVIC Systems AG* toneangivende. Sagen omhandler et afslag på en ønsket fusion mellem det i Tyskland hjemmehørende selskab SEVIC Systems AG og det i Luxembourg hjemmehørende selskab Security Vision Concept SA, med SEVIC som det fortsættende selskab uden navneændring.

Fusion anses ifølge denne dom som en etableringsform i en anden medlemsstat - til trods for, at den traditionelle forestilling om ”etablering” i en anden medlemsstat snarere har vedrørt etablering af enten et datterselskab eller en filial, dvs. et spørgsmål om at foretage en sekundær etablering i forhold til det allerede eksisterende selskab i den primære etableringsstat.

Domstolen giver i *SEVIC* udtryk for, at fusioner, ligesom andre selskabsomdannelser, *er særlige fremtrædelsesformer i forbindelse med udøvelsen af etableringsfriheden, og som er vigtige for det indre markeds funktion*, hvorfor de hører med til de erhvervsmæssige aktiviteter, som medlemsstaterne er forpligtede til at respektere i henhold til Traktatens art. 43, jf. nærmere dommens præmis 19.

Disse betragtninger har nogle yderst interessante perspektiver til forståelsen af etableringsfrihedens rækkevidde: Det indre marked skal ikke blot sikre, at der er fri adgang til de enkelte medlemsstaters område (hvilket kunne opfyldes ved at tillade selskaberne at etablere datterselskaber, filialer og agenturer); staterne skal også sikre, at omstruktureringer inden for det indre marked tillige skal accepteres af staterne.

Dette krav fra Domstolen om, at de muligheder, der er for selskaberne på det rent nationale plan, tilsvarende skal udstrækkes til også at være gældende på det grænseoverskridende plan, *gælder også på skatterettens område*.

Dommen i *C-446/03, Marks & Spencer*, udgør et eksempel herpå. Marks & Spencer er et selskab, der er registreret med hjemsted i Storbritannien. I løbet af 90'erne opstod der et stigende underskud i selskabets datterselskaber uden for Storbritannien, særligt i det øvrige Europa. I 2001 bekendtgjorde moderselskabet, at det havde til hensigt at afhænde sine aktiviteter i det kontinentale Europa. Aktiviteterne blev herefter henholdsvis solgt og lukket.

I forbindelse med disse afhændelses- og likvidationsaktiviteterne anmodede moderselskabet i Stor-



britannien om koncernlempelse – dvs. skattemæssigt fradrag - for underskud, som var oparbejdet i Belgien, Tyskland og Frankrig i årene 1998 – 2001.

Anmodningen blev afvist af skattemyndighederne i Storbritannien, og Marks & Spencer appellerede herefter afgørelsen til High Court of Justice (England & Wales), der valgte at spørge EF-domstolen om, hvorvidt der forelå en restriktion for den frie etableringsret som følge af, at der alene blev givet ret til koncernlempelse til koncerner beliggende på Storbritanniens område, mens denne mulighed ikke blev givet til koncerner med datterselskaber i en anden medlemsstat.

Før EF-domstolen tog stilling til, om der forelå en restriktion, understregede den, at en stats beskatningskompetence – uanset at denne kompetence alene henhører under medlemsstatens lovgivning - skal udøves i overensstemmelse med fællesskabsretten.

Den fællesskabsret, Domstolen herved henviser til, indebærer blandt andet retten til frit at etablere sig i en hvilken som helst medlemsstat og her udøve virksomhed på lige vilkår med medlemsstatens egne statsborgere, jf. Traktatens art. 43 og 48. Det er i Domstolens tidligere praksis fastlagt, at der ikke ved udøvelsen af denne etableringsfrihed kan stilles krav til etableringsformen, og denne valgfrihed medfører, at der af den person eller det selskab, der etablerer sig, frit kan vælges mellem at etablere sig i form af et datterselskab, en filial eller et agentur, jf. blandt andet sag C-307/97, *Saint-Gobin*.

Tilsvarende retstilstand gælder for oprindelsesstaten, dvs. det land, *hvorfra* etableringen sker. Oprindelsesstaten er således forhindret i at lægge hindringer i vejen for medlemsstatens egne borgere eller selskaber, der ønsker at etablere sig på en anden medlemsstats område, jf. bl.a. sag C-81/87, *Daily mail*, sag C-264/96, *Imperial Chemical Industries*, og sag C-9/02, *du Salliant*. Etableringsfriheden stiller dermed krav både til værtslandet, hvor personen eller selskabet ønsker at etablere sig, og til oprindelseslandet, *hvorfra* personen eller selskabet udøver sin etableringsfrihed. Etableringsfriheden omfatter givet således rettigheder både "*on entering*" og "*on leaving*". Sidstnævnte aspekt har også været udtrykt således, at etableringsfriheden også beskytter mod "*exit restrictions*".

De skatteregler, der var til pådømmelse i Marks & Spencer, medførte, at underskud, der opstod i Storbritannien, umiddelbart kunne anvendes (dvs.: fradrages) af et koncernforbundet selskab inden for denne medlemsstats område, hvorimod underskud, der opstod hos et koncernforbundet selskab uden for denne medlemsstats område, ikke kunne fradrages hos moderselskabet ved opgørelse af dets skattepligtige indkomst.

En sådan ordning, hvor muligheden for anvendelse af underskud fremrykkes til året, hvor underskuddet opstår, hvis et andet koncernforbundet selskab kan anvende underskuddet i dette år (i stedet for, at selve underskudsselskabet blot kan fremføre underskuddet til fradrag i senere års eventuelle overskud hos det samme selskab), udgør selvsagt en skattefordel for koncernen, som derved opnår en likviditetsmæssig fordel.

Når den engelske skattelovgivning ikke gav denne fradragsmulighed, var der tale om en udgør en hindring for moderselskabets udøvelse af etableringsfriheden, jf. dommens præmis 33.

En sådan hindring kan – fortsætter Domstolen - ikke lovligt opretholdes i medlemsstatens lovgivning, medmindre den forfølger et legitimt mål, som er foreneligt med Traktaten, og som er begrundet i *tvingende almene hensyn*. Herudover skal en sådan restriktion være egnet til at sikre gennem-



førelsen af det pågældende mål, og den må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette, dvs. et krav om iagttagelse af proportionalitet.

Som et argument for, at den pågældende ordning skulle være i overensstemmelse med fællesskabsretten, anførte Storbritannien, at et indenlandsk og udenlandsk datterselskab *ikke er i en sammenlignelig situation* for så vidt angår den i sagen omhandlede koncernlempelsesordning. Ifølge Storbritannien skulle det være i overensstemmelse med det – også af fællesskabsretten anerkendte – skatteretlige territorialprincip at opretholde koncernlempelsesordningen, idet beskatningskompetencen ikke tilkommer moderselskabets stat, men i stedet den medlemsstat, hvor datterselskabet udøver økonomisk virksomhed.

Domstolen anfører hertil for det første, at skatteyderens bopæl (hvv. et selskabs hjemsted) *kan* være en faktor, der kan begrunde nationale bestemmelser, der indebærer en forskelsbehandling, men at det ikke altid er tilfældet. Der skal i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret vurdering, *idet en anerkendelse af en generel sondring mellem hjemsted for de forskellige selskaber ville gøre art. 43 EF, og derved også art. 48 EF, indholdsløse.*

Storbritannien henviste til tre forhold, som skulle kunne begrunde den begrænsede adgang til koncernlempelsen: 1) fordelingen af beskatningskompetencen mellem hjemland og værtsland, 2) koncernens mulighed for ”dobbelt dip”, dvs. dobbelt fradrag for det samme underskud, samt 3) risikoen for skatteunddragelse.

Til synspunktet om fordeling af beskatningskompetencen udtaler Domstolen, at et lavere skatteprovenu i henhold til tidligere praksis ikke er et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion. Domstolen fastslår dog alligevel, at opretholdelsen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne *kan* bringe en afbalanceret fordeling mellem medlemsstaterne i fare, hvis ikke det tillades at anvende et lands skatteregler på et selskab i henhold til såvel overskud som underskud, idet beskatningsgrundlaget vil blive forhøjet i den ene medlemsstat og nedsat i den anden medlemsstat med det overførte underskud, hvilket vil medføre et reelt tab af skatteprovenu i den første medlemsstat.

Det *kunne* derfor umiddelbart se ud, som om Domstolen begiver sig ud i en slags modificeret ”provenutankegang”, idet et provenutab ikke skal tillades i den førstnævnte medlemsstat på bekostning af en provenugevinst i den anden medlemsstat – hvilket kunne blive tilfældet, hvis selskaberne får mulighed for at vælge, i hvilken medlemsstat underskuddet skal medregnes.

I yderste konsekvens kunne dette medføre, at selskaberne kunne ”skræddersy” fradragsmuligheder – således som det fx ville have været tilfældet efter den finske ordning med fradragsret for koncerntilskud til et andet selskab, såfremt sådanne tilskud kunne ydes til ikke-finske selskaber med fuld fradragsret for det tilskudsgivende finske selskab. Denne indlysende misbrugsmulighed – som ikke kunne imødegås på anden mulighed end ved at nægte fradragsret for tilskud til udenlandske selskaber – fik da også Domstolen til i sin dom af 18. juli 2007 i C-231/05, *Oy AA*, at anerkende den finske skatteordning, der nægter fradrag for sådanne grænseoverskridende koncerntilskud (kravet om tvingende almene hensyn var opfyldt, og disse hensyn *kunne ikke tilgodeses med et mindre indgribende middel end en nægtelse af fradragsretten*).

For så vidt angår Storbritanniens argument i *Marks & Spencer* om, at ”dobbelt dip” og risikoen herfor kunne begrunde den pågældende forskelsbehandling, anfører Domstolen, at medlemsstaterne må



have ret til at forhindre en sådan situation med dobbelt fradrag. Domstolen accepterer således et anbringende om, at underskudsoverførelse fra ikke-hjemmehørende datterselskaber til det indenlandske moderselskab skaber risiko for "dobbelt dip". Det fastslås i overensstemmelse hermed i afgørelsen, at "dobbelt dip" er et tvingende alment hensyn, som medlemsstaterne lovligt kan opstille værnsregler imod.

Domstolen fremhæver endvidere, at risikoen for skatteunddragelse er til stede, idet en koncernlempelsesordning som den i sagen omhandlende vil motivere koncerner til at organisere sig således, at underskud henføres til de selskaber, der har hjemsted i en medlemsstat, hvor selskabsbeskatningen er højest, således at skatteværdien af underskuddet bliver størst mulig. En udelukkelse af ikke-hjemmehørende datterselskaber fra at anvende koncernlempelsesordningen vil kunne hindre en sådan praksis.

*Sammenfattende* herom anfører Domstolen, at en restriktiv lovgivning som den engelske forfølger et legitimt mål, der er foreneligt med Traktaten, og som vedrører tvingende almene hensyn, ligesom lovgivningen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål, jf. dommens præmis 51.

Efter at have fastslået, at den i sagen omhandlede koncernlempelsesordning, der medfører en skattefordel for koncerner etableret i Storbritannien i modsætning til koncerner, der er etableret i andre medlemsstater, udgør en hindring for den frie etableringsret, men at denne hindring er begrundet i tvingende almene hensyn, der forfølger et legitimt mål (imødegåelse af dobbelt dip) og er egnet til at sikre gennemførelsen af dette mål, vurderer Domstolen, hvorvidt den pågældende koncernlempelsesordning nu også er *proportional* i sin udformning. Domstolen vurderer, at den engelske koncernlempelsesordning *ikke* er proportional i de tilfælde, hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab har udnyttet alle muligheder for selv at anvende underskuddet i udlandet, ligesom den heller ikke er proportional i de tilfælde, hvor der slet ikke er mulighed for at tage hensyn til det ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud i dets hjemland af enten selskabet selv eller af tredjemand.

Domstolen slår derfor fast, at der af national skattelovgivning godt kan opstilles en generel regel, hvorefter der ikke umiddelbart er ret til at fradrage underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber, *men at denne generelle nægtelse bliver uvirksom i de tilfælde, hvor moderselskabet kan påvise, at alle muligheder for at anvende underskuddet i den anden medlemsstat er udtømt af datterselskabet selv eller tredjemand.* I sådanne tilfælde skal medlemsstaten tillade moderselskabet at anvende det ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud i moderselskabets indkomstopgørelse, hvis ordningen skal kunne overholde den fællesskabsretlige proportionalitetsvurdering.

----ooOoo---

Endnu en afgørelse om nationale muligheder, der udstrækkes til også at skulle gælde i grænseoverskridende forhold, er C-436/00, X og Y. - X og Y var fysiske personer med svensk statsborgerskab og hjemmehørende i Sverige. De anmodede om en forhåndsbesked om de skattemæssige konsekvenser af deres påtænkte overdragelse - til anskaffelsesværdien - af deres aktier i det svenske selskab X AB til et andet svensk selskab Z AB, der selv er et datterselskab af det belgiske selskab Y SA. Inden X og Y reorganiserede koncernen, havde de fundet det hensigtsmæssigt at overføre en del af virksomheden til Y SA.

X AB er moderselskabet i en koncern og ejes af X og Y med lige store andele samt af et maltesisk



selskab. X og Y har ingen andele i det maltesiske selskab. Y SA er også et moderselskab, der indehaves af de nuværende ejere af X AB.

I deres anmodning stillede X og Y bl.a. spørgsmål om, hvorvidt den forskel i beskatningen, som kunne forekomme, alt efter om aktieoverdragelsen skete til underpris til et svensk selskab uden udenlandske ejere, eller til et svensk selskab med udenlandske ejere, var fællesskabsstridig.

EF-domstolen efterprøvede i sagen, om den nationale bestemmelse udgjorde en hindring for frihederne i Traktaten. Domstolen konstaterede, at den svenske skatteregel medførte en forskelsbehandling af rent nationale transaktioner og grænseoverskridende transaktioner - nærmere bestående i, at overdrageren ikke får den fordel, at skat af kapitalgevinster af de aktier, der er overdraget til underpris, kan udskydes, hvilket medfører en belastning af den pågældendes likviditet, når det erhvervende selskab, som overdrageren ejer en andel i, har hjemsted i en anden medlemsstat. *Det forhold, at der ikke indrømmes denne skattefordel, når det erhvervende selskab, som den skattepligtige ejer en andel i, har hjemsted i en anden medlemsstat, indebærer endvidere en risiko for, at den pågældende afholdes fra at benytte sin ret i henhold til artikel 43 EF til at udøve sin virksomhed i den anden medlemsstat gennem et selskab.*

En sådan ulige behandling udgør således en restriktion for etableringsfriheden for statsborgerne i den pågældende medlemsstat (samt for andre medlemsstaters statsborgere, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat), der ejer en andel af kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat, dog under forudsætning af, at denne andel giver dem en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at de kan træffe afgørelse om dets drift.

Anvendelsen af den pågældende nationale bestemmelse udgjorde derfor en restriktion for udøvelsen af den etableringsfrihed, der er sikret ved traktaten. Den svenske lovgivning kunne derfor kun "redes", hvis den var begrundet i tvingende almene hensyn og ligeledes opfyldte kravene til proportionalitet.

Det tab af skatteprovenu, som kunne være resultatet af, at skattefordelen blev indrømmet ved aktieoverdragelser, hører *ikke* til de tvingende almene hensyn, der kan påberåbes som begrundelse for en forskelsbehandling. *En sådant formål er rent økonomisk og kan derfor efter fast retspraksis ikke være et tvingende alment hensyn, jf. bl.a., sag C-35/98, Verkooijen.*

Hvad angår det af Sverige påberåbte hensyn til at sikre sammenhængen i en beskatningsordning fastslår Domstolen, at der ikke var så streng en sammenhæng i beskatningssystemet, at dette ville blive brudt, hvis det blev tilladt at anvende reglerne om overdragelse af aktier til et udenlandsk selskab. Tilsvarende svarer Domstolen benægtende til, at selve frygten for, at personerne flytter fra beskatningen, er tilstrækkelig grund til at afslå at anvende reglerne om overdragelse med *succession til et udenlandsk selskab – et sådant afslag ville være uproportionalt.*

Sammenfattende underkender Domstolen således de svenske skatteregler, hvor der ikke med skattemæssig succession kunne overdrages aktier til et udenlandsk selskab, når denne mulighed var til rådighed for rent nationale overdragelser. Domstolen kræver således, at det *ikke må være nemmere at foretage nationale omstruktureringer end at foretage grænseoverskridende omstruktureringer*, ligesom nationale muligheder tilsvarende skal stå til rådighed i relation til foretagender, der virker grænseoverskridende.



### **§ 11 B, stk. 6 overensstemmelse med fællesskabsretten før og nu**

Den danske beregning af aktivmassen i SEL § 11 B, stk. 6 er hverken sambeskatning eller omstrukturering. Men EU-retten fungerer heller ikke på en så opdelt måde. Afgørelserne, som citeret ovenfor, skitserer fællesskabsrettens utrolige rækkevidde.

Reglerne i SEL § 11 B, stk. 6 er koblet op på reglerne om sambeskatning. Det står og falder ikke med fællesskabsrettens stillingtagen til de nationale sambeskatningsregler, men principperne fra EF-domstolens afgørelser i såvel Marks & Spencer og OY-sagerne kan anvise en retning til løsning af det fællesskabsretlige problem.

Det fremgår, at der kun kan anvendes restriktive regler, hvis der sker en vilkårlig skatteunddragelse. Det vil sige i de tilfælde, hvor eksempelvis et underskud konstrueres. I disse tilfælde kan restriktive regler anvendes.

Der kan ikke være tvivl om, at der foreligger en hindring i SEL § 11 B, stk. 6. Nationale moderselskaber kan medregne 51 % af aktiverne i danske datterselskaber, mens der kun kan medregnes 20 % i udenlandske datterselskaber, hvor moderselskabet har samme ejerskab.

Allerede af den grund er der en hindring i forbindelse med at etablere datterselskaber i udlandet, idet det danske moderselskab mister muligheden for at medregne 31 % af aktiverne i det udenlandske datterselskab, som det ikke ville miste ved at etablere sig via datterselskaber i Danmark.

Det er i den sammenhæng ikke tilstrækkeligt, at der blot kan vælges international sambeskatning. Ved valg af international sambeskatning får det danske moderselskab med udenlandske datterselskaber også medregnet en række indtægter fra selskaber, som ligger ovenover i koncernen. Dette skal det danske moderselskab med danske selskaber ikke. Dette bestyrker, at der foreligger en hindring for etableringsfriheden.

Det må derfor vurderes, om en sådan regel kan begrundes i tvingende almene hensyn. Det tvingende almene hensyn, som skulle bære reglen gennem en fællesskabsretlig prøvelse, må være sikring mod skatteudnyttelse og fordeling af beskatningskompetencen.

I den forbindelse synes der ikke at være noget særligt hensyn i forbindelse med selve beskatningen, om der foretages en investering i et dansk datterselskab eller et udenlandsk selskab. Begge investeringer kræver en finansiering, og derfor er alle aktiver lige relevante for beregningen af selskabets nettofinansieringsudgifter.

Selve nettofinansieringsudgiften er også uafhængig af selskabernes beliggenhed. Et moderselskabs investering i datterselskabernes aktiviteter er lige centrale for moderselskabet, og der synes ingen begrundelse for, at der netop kun kan medregnes 20 % og ikke alle 51 % som gælder for danske selskaber.

Det medfører et større skattemæssigt fradrag at kunne medregne en større andel af det udenlandske datterselskabs aktiver, og dermed betyder det også, at der vil blive et mindre skattemæssigt resultat i Danmark.

Et mindre skattemæssigt resultat – en mindre skattemæssigt provenu – har dog ikke tidligere været en begrundelse for at have en restriktiv lovgivning. Kun i sag C-446/03, *Marks & Spencer* har EF-





domstolen kunnet acceptere, en betragtning der gik i den retning, endog kun en betragtning om, at en umiddelbar medregning af udenlandske underskud kunne medføre tab.

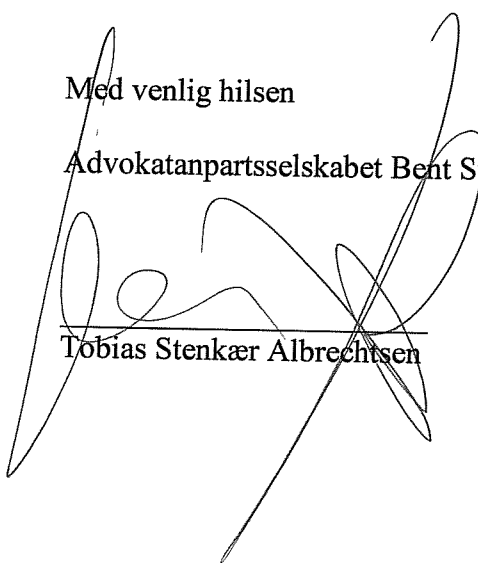
Der synes derfor ikke at være en lovlig begrundelse for, at Danmark skulle opretholde den nuværende bestemmelse som SEL § 11 B, stk. 6, hvorefter udenlandske koncernforbundne selskaber kun kan medregnes for 20 %, mens danske koncernforbundne datterselskaber kan medregnes med hele aktivmassen, alt efter ejerandel.

Helt galt bliver det så med den foreslåede lovændring. Her gør Danmark en lovgivning, der i forvejen er i strid med fællesskabsretten, endnu mere fællesskabsstridig, hvis altså det er muligt at sondre sådan. Det kan i hvert fald anføres, at den ulempe der eksisterer i dag, hvorefter der kun kan medregnes 20 % af den udenlandske kapitalbesiddelse, ikke bliver mindre af, at reglen og muligheden for at medregne de 20 % fjernes.

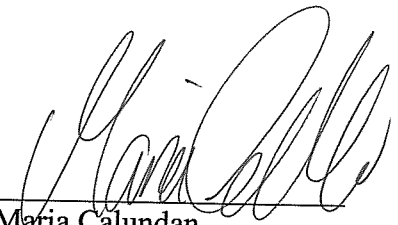
Det står derfor klart, at lovforslaget på dette punkt har et klart EU-retligt punkt, som bestemt må have en afklaring.

Med venlig hilsen

Advokatanpartsselskabet Bent Stamer

  
Tobias Stenkær Albrechtsen

----- oo0oo -----

  
Maria Calundan