|  |
| --- |
| ***Indgreb mod kapitalfonde*** |
| Selskabsskatteloven § 11 B, stk. 6 i et EU-retligt perspektiv |
|  |
|   |
|  |
| **Forfatter: Christian Munkholt** |
| **Studie nr.: 2010 3187** |
| **12-05-2015** |
|  |

*141.646 antal anslag = 59,01 normalsider á 2400 anslag*

Indholdsfortegnelse

[**1** - Indledning 4](#_Toc419136549)

[1.1 - Kapitalfondsindgrebet i 2007 – reglen kort forklaret 4](#_Toc419136550)

[1.2 - Selskabsskattelovens § 11 B 5](#_Toc419136551)

[1.3 - Problemformulering 6](#_Toc419136552)

[1.4 - Afgrænsning 7](#_Toc419136553)

[**2** - SEL § 11 B, stk. 6 som hindring for fællesskabsretten 9](#_Toc419136554)

[*2.1 - Sag C-446/03, Marks & Spencer.* 10](#_Toc419136555)

[*2.2 - Sag C-315/03, Anneliese Lenz* 12](#_Toc419136556)

[2.3 - Sag C-377/07, *STEKO* 13](#_Toc419136557)

[2.4 - Sammenfatning 14](#_Toc419136558)

[**3** - Objektivt sammenlignelige situationer 17](#_Toc419136559)

[**4** - Tvingende almene hensyn som begrundelse for opretholdelse af SEL § 11 B, stk. 6 21](#_Toc419136560)

[4.1 - Ikke-relevante hensyn 21](#_Toc419136561)

[4.2 - Mulige relevante hensyn 22](#_Toc419136562)

[4.2.1 - Fordelingen af beskatningskompetencen 22](#_Toc419136563)

[4.2.2 - Rent kunstige konstruktioner? 24](#_Toc419136564)

[4.2.3 - Dobbelt DIP? 26](#_Toc419136565)

[4.3 - Sammenfatning 27](#_Toc419136566)

[4.4 - Proportionalitetsvurdering 27](#_Toc419136567)

[4.5 - Opsummering 28](#_Toc419136568)

[**5**- Kan selskaber ’tvinges’ til at anvende international sambeskatning? 29](#_Toc419136569)

[5.1 - Hvilken betydning har et tilvalg om international sambeskatning? 29](#_Toc419136570)

[5.2 – SEL § 31 A, som begrundelse for opretholdelse af SEL § 11 B, stk. 6 30](#_Toc419136571)

[5.2.1 - C-270/83, Avoir Fiscal: 33](#_Toc419136572)

[5.2.2 - C-330/91, *Commerzbank* 34](#_Toc419136573)

[**6** - C-172/13 og General Advokat, Kokott, Forslag til afgørelse 38](#_Toc419136574)

[6.1 - Analyse af Forslaget til afgørelse til sag, C-172/13 39](#_Toc419136575)

[6.1.1 - Indledende 39](#_Toc419136576)

[6.1.2 - Objektive sammenlignelige situationer 41](#_Toc419136577)

[6.1.3 - Tvingende almene hensyn 46](#_Toc419136578)

[6.1.4 - Opsummering og retstilling efter domsafsigelse i C-172/13 49](#_Toc419136579)

[7 - Lov ændring i 2009 53](#_Toc419136580)

[7.1 - Hvilken fællesskabsretlig betydning har lovændringen for retstillingen? 53](#_Toc419136581)

[**8** - Konklusion 54](#_Toc419136582)

[**9** - Perspektivering over forslag til afgørelse i sag C-172/13 58](#_Toc419136583)

[Summary 62](#_Toc419136584)

[Litteraturliste 64](#_Toc419136585)

[Domsregister 64](#_Toc419136586)

[Bøger 65](#_Toc419136587)

[Internetsider 65](#_Toc419136588)

# 1 - Indledning

 Nationale skatteregler bliver gang på gang, grundet EU-rettens forrang, sat under pres af den dynamiske EU-ret. Dette gælder også danske skatteregler der ønsker, at beskytte sin beskatnings-base ved såkaldte *værnsregler*. Værnsregler kan udarte sig i adskillige skikkelser og vedrører lige så adskillige områder. For eksempel, kan nationale regler gøre det mere fordelagtigt, at danne hjemmehørende datterselskaber frem for ikke-hjemmehørende datterselskaber.
Ved opkøb kan selskaber tilføres ny kapital og således sikre fremtidig vækst og hindre en eventuel konkurs. Når udenlandske selskaber og personer opkøber selskaber i Danmark opstår der en grænseoverskridende transaktion. Når der ses på skattesatserne, EU lande imellem, tager det ikke lang tid før det indses, at selskabsskattesatserne er betydeligt forskellige. Det er op til den enkelte medlemsstat, selv at bestemme sin selskabsskattesats og ligeledes bestemme hvad der er skattepligtigt og fradragsberettiget - heraf beskatningsbasen. Dog kan der opstå skattemæssige problemer landende imellem når eksempelvis selskaber opkøbes af udenlandske selskaber – og omvendt!

I dette speciale vil et af disse problemer blive belyst. I Danmark har vi i tilknytning til regler om tynd kapitalisering i Selskabsskatteloven § 11 (herefter SEL) en særbestemmelse der regulerer hvor meget et dansk moderselskab må medregne i sin aktivmasse af sine kapitalinteresser i udenlandske koncernforbundne datterselskab(er). Dette er en af de ovennævnte værnsregler der skal forsøge at beskytte Danmarks beskatningsbase. Denne regel vil nedenfor blive beskrevet og sat i kontekst med fællesskabsretten.

## 1.1 - Kapitalfondsindgrebet i 2007 – reglen kort forklaret

I 2007 gennemførte Danmark en lovpakke med overskriften ”*kapitalfondsindgreb”*. Denne pakke skulle dæmme ned for udnyttelsen af den spredning der sker, når forskellige EU lande arbejder med forskellige selskabsskattesatser og selskaberne – ved hjælp af dobbeltbeskatnings-overenskomster og de gældende EU-direktiver – kan flytte udbytter og renter(indtægter og omkostninger) til de lande hvor disse har den største skattemæssige effekt for selskaberne. Målet med pakken var altså at beskytte Danmarks *beskatningsbase.*

I det følgende vil et af kerneområderne for lovpakken gennemgås. Her vil blive set på en form for ’udvidet’ tynd kapitaliseringsregel, som Danmark indførte på baggrund af EF-domstolens(herefter blot Domstolen) stillingtagen til sag C-196/04, *Cadbury Schweppes*. [[1]](#footnote-1)

## 1.2 - Selskabsskattelovens § 11 B

I den nye bestemmelse i SEL § 11 B fremgår det, at ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for fuldt skattepligtige selskaber i Danmark jf. SEL § 1, nr. 1-2a, 2,d-g, 3 a-6, og for begrænset skattepligtige i SEL § 2, stk. 1, litra a og b, udelukkende kan fradrages nettofinansieringsomkostninger, hvis de ikke overstiger den *skattemæssige værdi af aktiverne* i selskabet ganget med standardrenten, jf. SEL § 11 B, stk. 2.

I SEL § 11 B, stk. 1, 2. pkt. bestemmes der herefter, at beskæringen af de fradragsberettigede nettofinansieringsomkostninger maksimalt kan nedsættes til 21,3 mio. kr.

I SEL § 11 B, stk. 4 bestemmes hvilke elementer der indgår i selskabets nettofinansieringsomkost-ninger. Denne lange opremsning udeholdes i dette speciale, da den ikke har relevans for den EU-retlige problemstilling i dette speciale. Dog skal det nævnes, at bestemmelsen bl.a. inkludere skattepligtige renteindtægter og fradragsberettigede renteudgifter jf. stk. 4, nr. 1. Det er disse omkostninger og indtægter i stk. 4 der henvises til når der fremadrettet tales om nettofinansierings-omkostninger, eller blot finansieringsomkostninger.

Vi har altså her ovenfor reglerne fra 2007 vedrørende fradragsbeskæringen for nettofinansierings-omkostninger. Dette kan betegnes som regler mod tynd kapitalisering. Med dette menes en værnsregel, som ved hjælp af ovenstående skal kunne forhindre selskaber i at ’udhule’ deres beskatning ved at foretage en egenkapitals/gælds konvertering således fradraget for renterne kan udnyttes til forskel for udbytte på egenkapital. Dette kan eksempelvis ses af sagen med NTC’s overtagelse af TDC.[[2]](#footnote-2)

Kernen i dette speciale, og bestemmelsen som undertegnede ønsker at beskæftige sig dybere med, kommer nedenfor i SEL § 11 B, stk. 6, som tilføjer regler til hvorledes den skattemæssige værdi af selskabets aktiver, nævnt i stk. 1, opgøres.

Opgørelsen af den skattemæssige værdi af selskabets aktiver, har den betydning, at for et dansk moderselskab vil det være yderst fordelagtigt, at kunne have den fulde skattemæssige værdi af sine investerede aktiver bogført i sin balance. Hvis ikke muligheden for at medregne sin fulde aktivmasse foreligger, vil det nedsætte størrelsen af de fradragsberettigede nettofinansierings-omkostninger da disse ikke må overstige den skattemæssige værdi af aktiverne (ganget med en standardrente) efter stk. 2. Derved vil det danske moderselskab få en højere skattepligtig indkomst, grundet det nedsatte fradrag, og Danmark vil således få et højere skatteprovenu.

Relevant for dette speciale er derfor SEL § 11 B, stk. 6 der, vedrører aktiebesiddelser i udenlandske koncernforbundne datterselskaber. Dette stk. 6 bestemmer, at mht. opgørelsen af den skattemæssige værdi af aktiverne i stk. 5, kan kun 20 % p.a medregnes. af en samlet saldo for anskaffelsessummen for selskabets direkte ejede aktier i koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31 C, som ikke indgår i en sambeskatning. Dvs. koncernforbundne datterselskaber der ikke er beliggende i Danmark og indgår i tvunget dansk sambeskatning.

Der kan ligge et fællesskabsretligt problem i denne bestemmelse. Dette ses af, at bestemmelsen udelukkende retter sig mod *udenlandske* kapitalbesiddelser, da der efter SEL § 31 er tvungen sambeskatning for danske nationale selskaber. Kan det anskues, at der foreligger en EU-skatteretlig problemstilling her, i og med, at et dansk moderselskab kan medregne fra og med 51 % af aktiverne i et dansk koncernforbundet datterselskab men blot 20 % i et udenlandsk koncernforbundet datterselskab? Dette vil blive analyseret og diskuteret i dette speciale.

## 1.3 - Problemformulering

Dette speciale vil undersøge om selskabsskatteloven § 11 B, stk. 6 er i overensstemmelse med EU-retten. Hertil om SEL § 11 B, stk. 6 er en hindring for etableringsfriheden og om denne kan begrundes. Endvidere, vil det vurderes om SEL § 11 B, stk. 6 kan opretholdes ved henvisning til muligheden for international sambeskatning. Afslutningsvist vil det vurderes om den nye dom i sag, C-172/13 og dennes Forslag til afgørelse har ændret retstillingen for SEL § 11 B, stk. 6.

## 1.4 - Afgrænsning

Dette projekt vil tage fokus på SEL § 11 B, stk. 6 alene. Af hensyn til plads, tid og ressourcer vil nedenstående bestemmelser, områder og problemstillinger ikke blive nærmere berørt i dette speciale.

Først og fremmest vil en bestemmelse, tæt knyttet til § 11 B, stk. 6, nemlig SEL § 11 B, stk. 5 ikke blive behandlet. Denne vedrører en 2 års aktiv regel, som også indeholder fællesskabsretlige problemstillinger.[[3]](#footnote-3)
Endvidere skal det nævnes, at SEL § 11 B, stk. 6 er nær tilknyttet fradragsbeskæringsreglerne indenfor tynd kapitaliserings reglerne i SEL § 11. Disse vil heller ikke blive gennemgået i dette speciale, da kernen er en ren fællesskabsretlig vurdering af SEL § 11 B, stk. 6.

Hertil vil CFC-reglerne, som også er en del af pakken om indgreb mod kapitalfonde heller ikke blive behandlet.

Testen for SEL § 11 B, stk. 6 proportionalitet vil blive berørt ganske kort. Det er, af undertegnede forfatter, klart at mange sager ved EF-domstolen, falder og står med spørgsmålet om bestemmelsens proportionalitet, under Domstolens afgørelser. Dog vil dette speciale primært vedrøre selve hindringen, den objektive sammenlignelige situation, de tvingende almene hensyn og om international sambeskatning er en faktor der kan opretholde SEL § 11 B, stk. 6, og lade selve en vurdering om proportionalitet blive behandlet meget kort, da det ikke er her specialets fokus ligger.

Problemstillingen er nært tilknyttet sambeskatningsreglerne. Dog vil selve sambeskatningsreglerne ikke blive behandlet dybdegående. Dette skyldes, at specialets problemstilling ikke ligger i en redegørelse for disse nationale regler, men beror på en fællesskabsretlig analyse og vurdering af en konkret særbestemmelse.

Ved behandlingen af emnet, vedrørende General Advokat, Juliane Kokott's, Forslag til afgørelse i sag C-172/13, vil de adskillige domme som bliver henvist til fra Kokott's side ikke blive analyseret dybdegående. Der vil i forbindelse hermed af hensyn til begrænsning af sidetal, og relevans kun blive henvist til de konkrete præmisser der netop har interesse for specialets problemstilling.

Med hensyn til relevansen og anvendelsen af sag C-172/13, og dennes Forslag til afgørelse, i forbindelse med løsning af dette speciales problemstilling skal det nævnes, at det primært er General Advokatens differentierende forslag til anvendelse af de tvingende almene hensyn og princippet om objektive sammenlignelige situationer der vil blive fokuseret på. C-172/13 er en sag med flere faktuelle spørgsmål. For at undgå unødvendig fyld har jeg fokuseret på de punkter som kan have en direkte og indirekte virkning på den fællesskabsretlige bedømmelse af SEL § 11 B, stk. 6.

Projektet vil altså udelukkende fokusere på SEL § 11 B, stk. 6 og dennes fællesskabsretlige status. Herunder om den ud fra tilknyttet retspraksis må anses som en hindring. Endvidere om den kan accepteres på baggrund af tvingende almene hensyn. Og afslutningsvist, om sag C-446/03, *Marks & Spencer* og C-231/05, *OY*, kan danne grundlag for at § 11 B, stk. 6 kan tillades med henvisning til SEL § 31 A.

Afslutningsvist i dette speciale vil undertegnede perspektivere over domstolens afgørelse i sag C-172/13. Ligeledes over sagens forslag til afgørelse. Dette gøres med henblik på at se den nyafsagte dom med mere overordnede briller på og således se ud over SEL § 11 B, stk. 6 område. Denne perspektivering har derfor ikke nogen indvirkning på specialets konklusion. Endvidere skal der tages hensyn til de begrænsede ressourcer i anslag og tid til denne del af specialet.

# 2 - SEL § 11 B, stk. 6 som hindring for fællesskabsretten

Det første skridt i en test for overensstemmelse med fællesskabsretten og det som vil blive analyseret først er reglen i SEL § 11 B, stk. 6. og dennes fællesskabsretlige status som en evt. hindring for fællesskabsretten. SEL § 11 B, stk. 6 bestemmer i bund og grund, at et dansk moderselskab kun kan medregne 20 % af aktiebesiddelsen i et udenlandsk koncernforbundet selskab.[[4]](#footnote-4) Der kræves altså koncernforbindelse!

Efter selskabsskattelovens § 31 C bestemmes det at koncernforbindelse foreligger ved *”[…] når moderselskabet direkte eller indirekte gennem et datterselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab*…” jf. SEL § 31 C, stk. 3. Med andre ord, en ejerandel på 51 %. Det skal nævnes, at bestemmelsen i § 31 C, indeholder flere elementer der kan afgøre om hvorvidt der foreligger koncernforbundne relationer. I dette speciale er dette ikke så relevant. I dette speciale skal det blot bemærkes at ejerandelen på 51 % er en sammenfatning fra hele SEL § 31 C, anvendelse.

 Danske koncerner får fuld udnyttelse af aktivmasserne i selskaber inden for Danmarks grænser, mens udenlandske koncernforbundne datterselskaber ikke har samme fordelagtige muligheder. Hvis det danske moderselskab ønsker at medregne mere end de 20 % *skal* selskabet vælge international sambeskatning efter SEL § 31 A – men dette vil også medføre at det ikke blot er det koncernforbundne datterselskab som skal medregnes. Vælges international sambeskatning skal alle selskaber – både over og under det danske selskab – der har en direkte eller indirekte forbindelse til det danske selskab medregnes. Dette har stor skattemæssig påvirkning for det danske moderselskab og dette kan muligvis være en restriktion i sig selv, da der gør det mere byrdefuldt at have koncernforbundne datterselskaber i en anden medlemsstat. Dette vil blive gennemgået i afsnit 5.1. Det kan dog allerede på nuværende trin antydes at SEL § 11 B, stk. 6 er en hindring mod etableringsfriheden.

Etableringsfriheden i art. 49 TEUF siger, at;

"*Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber."*

Dette er med art. 54 TEUF ligestillet for juridiske personer.
...Men fællesskabsretten beskytter ikke kun retten til at etablere sig i andre medlemsstater. Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed beskytter også mod afledte restriktioner som forskelsbehandler hjemmehørende og ikke hjemmehørende selskaber mht. andre fordele[[5]](#footnote-5), hvilket den enorme mængde retspraksis fra området også beviser. Derfor kan det allerede på dette tidlige tidspunkt indikeres, at SEL § 11 B, stk. 6 har fællesskabsretlige problemer, som nu med begrundet mistanke, kan undersøges nærmere.

Selvom disse konkrete danske regler ikke har været til et EU retlig prøvelse endnu, har praksis fra Domstolen fastslået, hvordan retten til samme rettigheder grænseoverskridende på samme vilkår som rent nationalt funderet, skal forstås. Nedenfor vil der derfor blive foretaget en fællesskabsretlig analyse af hvorvidt SEL § 11 B, stk. 6 kan håndhæves indenfor EU-retten på baggrund af eksisterende domspraksis og deraf afledte principper.

Den første sag som vil blive taget op er sagen, C-446/03, *Marks & Spencer*. Denne dom er generelt meget relevant i dette speciale hvilket de mange henvisninger viser tydelige tegn på. Ligeledes er den en af de ledende domme mht. etableringsfriheden og dens brede anvendelse.

## *2.1 - Sag C-446/03, Marks & Spencer.*

 *Sagens faktiske omstændigheder* i, C-446/03, *Marks & Spencer*, vedrørte skatteregler der medførte, at underskud, der opstod i Det Forenede Kongerige, umiddelbart kunne anvendes 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 opgørelsen af dennes skattepligtige indkomst. Spørgsmålet blev forelagt EF-domstolen af High Court of Justice (England og Wales).

Som det ses så er sagens faktisk omstændigheder ikke lig dette speciales særbestemmelse, men sagen, *Marks & Spencer*, siger en del om hvordan etableringsretten skal forstås, hvilket principielt kan anvendes i dette speciale.

*Domstolens afgørelse*

I sagen blev det fastlagt, at selskaber indenfor området af Det Europæiske Fællesskab har adgang til, at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder på de *vilkår*, *som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.* *(præmis 30)*

Domstolen fastslår altså et princip om, at etableringsmedlemsstaten ikke må diskriminere selskaber hvis ”hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed” er beliggende inden for Det Europæiske Fællesskab. Dette er et af fællesskabsrettens kerneprincipper, som gang på gang bliver fastslået af Domstolen. (bl.a. i C-330/91, *Commerzbank, præmis 13* ogC-311/97, *Royal bank of Scotland,* *præmis 23*)

Domstolen fastslår i *præmis 34,* at udelukkelsen af anvendelsen af underskuddet i moderselskabets medlemsstat pådraget af et datterselskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat udgør en hindring for etableringsfriheden i art. 43 og 48 EF[[6]](#footnote-6). En hindring der kun vil være tilladt hvis den forfulgte et legitimt mål, som var foreneligt med traktaten og begrundet i tvingende almene hensyn og overholde proportionalitetsprincippet, jf. *præmis 35*.

Den, i Marks & Spencer, fastslået praksis vedrørende retten til frit at kunne etablere sig på lige vilkår med etableringslandets egne borgere og selskaber gælder ligeledes for oprindelsesstaten. (bl.a. i C-81/87, *Daily Mail, præmis 16,* og C-9/02, *du Saillant, præmis 42*)
Set i kontekst til dette speciale kan det udledes, at Danmark ikke må opstille hindringer for danske moderselskaber der etablere datterselskaber i en anden medlemsstat, sådan at det bliver mere byrdefuldt at oprette datterselskaber over landegrænserne end hvis datterselskabet var oprettet i Danmark. Etableringsfriheden gælder således også mod ”exit restrictions”[[7]](#footnote-7) Dette er præcis det Danmark gør, når en bestemmelse, som SEL § 11 B, stk. 6, gør det mere byrdefuldt at have koncern forbundne datterselskaber i udlandet end hvis disse udelukkende var placeret i Danmark.

Som det blev beskrevet så vedrører *Marks & Spencer*-sagen grænseoverskridende anvendelse af underskud. SEL § 11 B, stk. 6 vedrører ikke direkte reglerne om underskudsanvendelse, sambeskatningsreglerne i SEL § 31 og 31A, men er dog nært forbundet disse regelsæt. Dette er dog ikke noget der betyder at principperne i en sag, som *Marks & Spencer* ikke kan anvendes analogt på SEL § 11 B, stk. 6. Hertil skal det nemlig nævnes, at EU-retten ikke opdeler sin virkning, i forbindelse med hvorvidt der foreligger en hindring, i retsområder. Reglerne i SEL § 11 B, stk. 6 står og falder altså ikke med EU-rettens stillingtagen til eksempelvis sambeskatningsreglerne. Dette er også af Domstolen fastslået med den såkaldte *”Hubbard rule”*. Denne vil ikke blive gennemgået i dette speciale, men det skal dog nævnes at reglen overordnet set udtrykker at fællesskabet ikke kan have forskellig virkning, alt efter hvilke områder af national ret den påvirker, jf. C-20/92, *Hubbard, præmis 19*. Hermed kan altså selve *principperne* i Marks & Spencer-sagen – og andre sager relevant for dette speciale - anvise en retning til løsning af det fællesskabsretlige problem.

Som det fremgår i Marks & Spencer dommen, *præmis 38*, så kan restriktive regler kun anvendes hvis der sker en vilkårlig skatteunddragelse hvor et skattemæssigt underskud konstrueres. Hvorvidt SEL § 11 B, stk. 6 kan berettiges ud fra sådanne hensyn vil blive analyseret senere i specialets kapital 4.

En dom fra samme år er sag C-315/03, *Anneliese Lenz,* der på nogle punkter minder om problemstillingen i SEL § 11 B, stk. 6*.*  Denne sag vil blive gennemgået nedenfor.

## *2.2 - Sag C-315/03, Anneliese Lenz*

 *Sagens faktiske omstændigheder* vedrørte Anneliese Lenz, som var tysk statsborger og fuldt skattepligtig til Østrig. I 1996 opgav hun, i sin selvangivelse, kapitalindtægter i form af udbytte fra selskaber hjemmehørende i Tyskland. Som beskatning af disse kapitalindtægter anvendte Østrig den almindelige indkomstskattesats for disse indtægter. I henhold til Østrigsk skattelovgivning gjaldt der en halveret skattesats, dog kun for kapitalindtægter fra Østrig. Den halve skattesats kunne derfor ikke anvendes hvis kapitalindtægter hidrørte fra aktiebesiddelser i en anden medlemsstat. Anneliese Lenz mente dette var i strid med rettigheden til de frie kapitalbevægelser. Sagen blev fremført for Domstolen.

Det skal bemærkes at sagen vedrøre spørgsmålet om de *frie kapitalbevægelser* og ikke den etableringsfriheden som tidligere er omtalt og anvendt i dette speciale. Hertil skal der knyttes at selve testen for om der foreligger en hindring for kapitalbevægelser eller etableringsrettigheden ikke er forskellig. En sådan forskel vil opstå mht. kapitalens frie bevægelighed og dennes tredjelandsvirkning, som er uden for dette speciales emne. Principperne, som udledes af sagen skal ses som ’principper’, og anvendes analogt på det i dette speciale vedrørende spørgsmål, i de tilfælde det findes relevant. Derudover er det en udbredt forståelse, at omstændigheder der vedrører kapitalbesiddelser der giver en bestemmende indflydelse skal bedømmes efter etableringsfriheden.[[8]](#footnote-8) Dette er dog som sagt blot en formalitet.

*Domstolens afgørelse*

Domstolen fastslår at *”den omhandlende skattelovgivning bevirker, at skattepligtige med bopæl i Østrig afskrækkes fra at investere deres midler i selskaber, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat”,* jf*. Præmis 20*.Der er altså ingen tvivl om at der er tale om en hindring for de frie kapitalbevægelser, når skattepligtige i hjemlandet ikke kan anvende den samme skattesats fra kapitalindtægter hidrørende fra en anden medlemsstat, som ville være muligt hvis kapitalbevægelserne hidrørte fra bopælslandet. Igen ses det, som fastslået i ovenstående 2.1, at så længe det er mere byrdefuldt at have kapitalbesiddelser i et selskab i en anden medlemsstat end hvis kapitalbesiddelserne hidrørte fra hjemlandet, foreligger der en hindring for den frie etableringsret.

En forholdsvis ny afgørelse på området er C-377/07, *STEKO*. Denne sag minder på flere punkter om reglen i § SEL § 11 B, stk. 6. Der vil derfor nedenfor foretages en analyse af dommen.

## 2.3 - Sag C-377/07, *STEKO*

 *Sagens faktiske* omstændigheder vedrørte selskabet, STEKO, som var et tysk anpartsselskab. Blandt sine investeringer havde selskabet kapitalandele i ikke-hjemmehørende selskaber. Disse andele var på mindre end 10 %. STEKO havde grundet et kursfald, i 2001 ansat de pågældende kapitalandele til en lavere værdi end den hidtil bogførte hvorved den skattepligtige indtægt formindskes. Finanzamt godkendte den lavere værdi, men fandt imidlertid ikke at dette kunne nedsætte den skattepligtige indkomst, da fradrag for et sådan kursfald kun fandt anvendelse på kapitalandele i Tyskland. Tyskland mente endvidere at den situation, som et selskab, der besidder kapitalandele i et hjemmehørende selskab befinder sig i, og den situation, som et selskab, der besidder kapitalandele i et ikke-hjemmehørende selskab, befinder sig i, ikke er objektiv sammenlignelige. Sagen blev ført for EF-Domstolen.

*Domstolens afgørelse*

Domstolen kommer først og fremmest frem til, at ”*En sådan forskellig behandling ud fra stedet, hvor kapitalen er investeret, indført ved KStG’s nye affattelse forud for det skatteår, i løbet af hvilket denne lov trådte i kraft, kan afholde en aktionær fra at investere sin kapital i et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat end Forbundsrepublikken Tyskland og kan indebære en restriktiv virkning for selskaber med hjemsted i andre stater, idet den udgør en hindring for, at de kan rejse kapital i Tyskland.”,* jf. *Præmis 27*. Hermed kan det ses at der foreligger en hindring da det er mere byrdefuldt at have kapitalbesiddelser i en anden medlemsstat, end hvis kapitalbesiddelsen hidrørte fra hjemlandet. Tyskland påberåber hertil, hensynet til en overgangsordning for, at bringe den nationale selskabsskatteordning i overensstemmelse med fællesskabsretten. Hertil fastslår Domstolen, at dette råderum begrænses af pligten til at iagttage de grundlæggende friheder. Jf. *præmis 49*. Det er hermed igen slået klart fast, at selv den mindste hindring er fællesskabsstridig.

*Betydning for dette speciale*

STEKO-sagen ligner som nævnt tidligere mere problemstillingen med SEL § 11 B, stk. 6, end Marks & Spencer. STEKO’s kapitalandele var dog mindre end 10 %, hvorimod den danske bestemmelse vedrøre koncernforbundene datterselskaber i udlandet, som efter SEL § 31 C, vil sige en ejerandel på mindst 51 %. Derudover drejede STEKO-sagen sig om fradrag for tab lidt grundet en værdiforringelse. SEL § 11 B, stk. 6 vedrører alene den blotte medregning af udenlandske kapitalbesiddelser i sit danske moderselskabs aktivmasse. Dog synes der intet argument for, at principperne om, at en forskelsbehandling af kapitalbesiddelser i ikke-hjemmehørende selskaber, ikke skal forskelsbehandles i forhold til kapitalbesiddelse fra et hjemmehørende selskab, ikke kan anvendes på den danske særbestemmelse.

Samme resultat kommer Domstolen frem til i sag C-315/03, *Anneliese Lenz*, præmis 20. Sagen, som tidligere beskrevet, vedrørte en lovgivning, som beskattede udenlandske kapitalindtægter hårdere end hvis kapitalindtægterne hidrørte fra hjemmehørende selskaber. Dette var ligeledes uforeneligt med fællesskabsretten.

## 2.4 - Sammenfatning

 Ud fra ovenstående analyse er det fastslået at fællesskabsretten rækker vidt når frihedsrettighederne skal anvendes. Dette hænger også sammen med princippet om, at selv en hindring for etablerings-friheden, af begrænset rækkevidde eller har som en meget lille betydning, er og bliver en hindring der er forbudt efter traktatens. Dette er rent principielt fastslået i sagen, C-34/98, *Kommissionen mod Frankrig*, *præmis 49*.

Som det ses i både Marks & Spencer, STEKO og Anneliese Lenz sagerne, står det klart, at uanset om der er tale om etableringsfriheden eller kapitalens frie bevægelighed i traktaten vil den EU-retlige test være den samme. Såfremt det bliver mere byrdefuldt, at foretage grænseoverskridende aktiviteter, hvad enten der er tale om koncernbidrag, kapitalbesiddelser eller kapitalindtægter, vil det være i strid med fællesskabsretten. Hertil skal det kort nævnes, at det bl.a. i Anneliese Lenz sagen (se afsnit 2.2) blev fastslået, at forskelsbehandling i den blotte aktiebesiddelse af aktier i en anden medlemsstat end der hvor den fuldt skattepligtige har hjemsted er en hindring for kapitalens frie bevægelighed. Til sammenligning med dette speciale kan der altså rent principielt udledes, at blot fordi et moderselskab i Danmark besidder en aktiepost i et selskab placeret i en anden medlemsstat ikke kan begrunde en forskelsbehandling. Og ud fra gennemgået praksis synes det underordnet hvorledes denne forskelsbehandling sker. Den i dette speciale vedrørende skattelovgivning i SEL § 11 B, stk. 6, vedrører, som beskrevet ovenfor, alene et dansk moderselskabs medregning af den investerede kapital i udenlandske koncernforbundne datterselskaber i det danske moderselskabs aktivmasse.

På baggrund af Domstolens afgørelser i ovennævnte sager ses der umiddelbart ikke nogen begrundelse for *ikke* at kunne medregne den ’fulde aktivmasse’ ejet i det udenlandske koncernforbundne datterselskab.

Det er altså forholdsvis klart, at den frie etableringsret(og som sådan også kapitalens frie bevægelighed jf. ovenstående afsnit 2.2) er til hinder for regler, som ikke ligestiller medregningen af udenlandske kapitalbesiddelser med indenlandske kapitalbesiddelser. Dette ses ud fra en analogislutning af de gennemgået domme. Det synes klart at en medregningsforskel i et dansk moderselskabs aktivmasse på 31 % (51 % - 20 %), vil gøre det mindre fordelagtigt, at investere sin kapital i udenlandske selskaber. Dette vil afholde danske selskaber fra at fortage grænseoverskridende kapitalinvesteringer og deraf hindre både den frie etableringsret, mht. til at etablere et koncernforbundet datterselskab, men også kapitalens fri bevægelighed ved den blotte kapitalinvestering.

 SEL § 11 B, stk. 6 vil herefter kun være berettiget, hvis den tager sigte på ikke objektive sammenlignelige situationer, og/eller er begrundet i tvingende almene hensyn og samtidig overholder *proportionalitetsprincippet.*

# 3 - Objektivt sammenlignelige situationer

Som argument, til at begrunde en forskelsbehandling i ovennævnte sager, påberåber medlemsstaterne, at en forskelsbehandling kan begrundes i, at der mellem de implicerede parter ikke foreligger en *objektiv sammenlignelig situation*. Foreligger dette ikke er EU-retten ikke til hinder for en forskelsbehandling ud fra devisen om, at det ’lige skal behandles lige og det ulige skal behandles ulige’. Men hvad siger Domstolen til dette i forhold til ovennævnte sager?

Igen hives sagen, C-315/03, *Anneliese Lenz*, frem. Heri tester Domstolen, om der foreligger en sammenlignelig situation, jf. *præmis 24*. Domstolen siger hertil, at” *traktatens artikel 73 D stk. 1 (nuværende art. 56), der som en undtagelse fra det grundlæggende princip om de frie kapitalbevægelser skal fortolkes strengt, ikke kan forstås således, at enhver skattelovgivning, der indebærer en sondring mellem skatteydere alt efter det sted, hvor de investere deres kapital, uden videre er forenelig med traktaten” (præmis 26)* Domstolen fortsætter efterfølgende og siger, at der er forskel på forskelsbehandlingen, og at den vilkårlige forskelsbehandling, der sker ved at sondre mellem kapitalindtægter alt efter fra hvilken medlemsstat de hidrører kun er forenelig med traktaten såfremt den er begrundet i *tvingende almene hensyn* eller at situationerne ikke er objektivt sammenlignelige.[[9]](#footnote-9) Hertil gør de implicerede regeringer bl.a. gældende, at den pågældende forskelsbehandling i sagen er berettiget af en forskel i den objektive situation.

Hertil siger Domstolen, at de omtvistede østrigske skatteregler har til formål at mildne den økonomiske virkning af den dobbeltbeskatning der kommer ved beskatningen af selve selskabets overskud og beskatningen af aktionæren når overskud hives ud som udbytte jf. *præmis 30*. Domstolen ser dog ikke nogen objektiv forskelsbehandling da denne dobbeltbeskatning sker uanset om kapitalindtægterne hidrører fra Østrig eller fra Tyskland. Domstolen fastslåer, at der foreligger en sammenlignelig situation når fuldt skattepligtige i Østrig modtager kapitalindtægter fra Østrig og når der modtages kapitalindtægter fra en anden medlemsstat, jf. *præmis 32*

Det kan ud fra *Anneliese Lenz-*sagen udledes, at der ikke må ske en forskelsbehandling af kapitalindtægter på baggrund af, hvorvidt disse hidrører fra hjemstedsstaten eller fra en anden medlemsstat. En forskelsbehandling af den blotte aktiebesiddelse af aktier i en anden medlemsstat end der hvor den fuldt skattepligtige har hjemsted er en hindring for kapitalens frie bevægelighed.

Til sammenligning med dette speciale kan der altså rent principielt udledes, at blot fordi et moderselskab i Danmark besidder en kapitalpost/aktier i et selskab placeret i en anden medlemsstat, ikke kan begrunde en forskelsbehandling. Den, i dette speciale, vedrørende skattelovgivning i SEL § 11 B, stk. 6 vedrører som beskrevet ovenfor alene en medregning af aktivmassen fra et koncernforbundet datterselskab i en anden medlemsstat. Selve medregningen betyder at der kan foretages et større fradrag for nettofinansieringsomkostninger. Blot fordi finansierings´-omkostningerne vedrører en investering i udlandet ændrer det ikke på arten af de fradragsberettigede nettofinansieringsomkostninger.

På baggrund af Domstolens afgørelse i Anneliese Lenz-sagen, ses der umiddelbart ikke nogen begrundelse for ikke at kunne medregne den ’fulde aktivmasse’ ejet i det udenlandske datterselskab. En aktiebesiddelse af et selskab beliggende i en anden medlemsstat end Danmark må ikke forskelsbehandles alene fordi selskabet er beliggende i en anden medlemsstat og deraf karakteriseres som ikke-objektivt sammenlignelige.

Hvis der fortsat undersøges i Marks & Spencer-sagen vil det være relevant at undersøge Det Forenede Kongeriges argument i *præmis 36*. Heri gør Det Forenede Kongerige gældende at *”[…] hjemmehørende datterselskaber og ikke-hjemmehørende datterselskaber ikke er i sammenlignelige skattemæssige situationer med hensyn til en koncernlempelsesordning…”*. Hertil svare Domstolen, at selskabets hjemsted *kan* være en faktor der kan begrunde nationale bestemmelser som indebære en forskelsbehandling af hjemmehørende og ikke hjemmehørende selskaber, jf. *Præmis 37*. Bemærk her Domstolen siger at det ”*kan være en faktor”*. Dog skal denne bero på en konkret vurdering i den enkelte situation jf. *Præmis 38*. Der må altså ikke anlægges *generelle* sondringer der hindrer en ligebehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber på baggrund af selskabets hjemsted - dette er netop tilfældet i SEL § 11 B, stk. 6.

Endvidere kan nævnes den ovenfor gennemgåede sag, STEKO. I dennes *præmis 24* fastslog Domstolen, at anvendelsen af forskellige beskatningsordninger på et hjemmehørende selskab, alt afhængig af, om det besidder kapitalandele i hjemmehørende eller i ikke-hjemmehørende selskaber, ikke udgør et gyldigt kriterium med henblik på at afgøre, om der foreligger objektivt sammenlignelige situationer. Med hensyn til Tysklands argument i STEKO-sagen om, at der ikke foreligger en objektiv sammenlignelig situation siger Domstolen, at ”*Anvendelsen af forskellige beskatningsordninger på et hjemmehørende selskab, alt afhængig af, om det besidder kapitalandele i hjemmehørende eller i ikke-hjemmehørende selskaber, udgør ikke et gyldigt kriterium med henblik på at afgøre, om der foreligger objektivt sammenlignelige situationer og dermed afgøre, om der objektivt set er forskel på sådanne situationer. Anvendelsen af forskellige beskatningsordninger ligger netop til grund for den forskellige behandling, hvis berettigelse skal vurderes.”* jf. *præmis 33*. Dette princip er muligvis det mest nedslående og dermed også nådestødet for SEL § 11 B, stk. 6. Domstolen fastslår nemlig her ordret, at den blotte kapitalbesiddelse, hvad enten denne hidrøre fra et hjemmehørende eller et ikke-hjemmehørende selskab, ikke kan forskelsbehandles med argumentation om, at der ikke foreligger en objektiv sammenlignelig situation.

Ud fra ovenstående domsafgørelser i Anneliese Lenz, STEKO og Marks & Spencer udledes, at hensynet til at selskaberne ikke foreligger i en sammenlignelig situation kan begrunde en forskelsbehandling ikke kan legetimere en lovgivning der i generelle sondringer tillægger en forskelsbehandling. Der må altså ikke anlægges generelle sondringer der hindre en ligebehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber på baggrund af selskabets hjemsted. Dette er bl.a. tilfældet i den danske SEL § 11 B, stk. 6. I Anneliese Lenz sagen fastslåer Domstolen, at der foreligger en sammenlignelig situation når fuldt skattepligtige i Østrig modtager kapitalindtægter fra Østrig og når der modtages kapitalindtægter fra en anden medlemsstat. Selvom der i sagens tales om kapitalindtægter og ikke medregning af kapitalinteressen i moderselskabets aktivmasse fra et udenlandsk datterselskab er situationerne ikke langt fra sammenlignelige. Man kan sågar påstå, at samme begrundelse fra Domstolen kan anvendes på reglen i SEL § 11 B, stk. 6 ud fra en ’mindre i det mere’ betragtning. Anneliese Lenz sagen vedrørte en forskelsbehandling i beskatningsniveauet fra udbytter udbetalt fra Tyskland hhv. Østrig. Den danske regel vedrører en forskel i medregningsniveauet på baggrund af om datterselskabet ligger i eller uden for Danmarks grænser.

Her vil følgende være passende at bemærke:

En investering kræver finansiering. Finansieringen kan komme inde fra selskabet selv (egenkapital) eller fra lån fra banker mv. (ekstern fremmedfinansiering) eller fra eksisterende kapitalindehavere (intern fremmedfinansiering). Når der eksempelvis anvendes 1 mio. kr. på en investering i et datterselskab. Denne investering vil betyde at moderselskabet kommer til at blive koncernforbundet, idet selskabet med investeringen vil eje 51 % af datterselskabet. Denne 1 mio. kr. finansiering vil blive posteret i regnskabets balanceopgørelse under poster i passiverne, som langfristet lån, forøgelse af kapitalindskud osv. Den danske regel medfører dog her, at kun 20 % af denne 1 mio. kr. kan posteres i aktiverne, hvis datterselskabet er beliggende i udlandet. Ikke nok med det vil skabe regnskabsmæssige posteringsproblemer, som dog nok vil blive løst ved en placering på andre poster, men vil også skabe en ulogisk forskelsbehandling af datterselskaber alene på baggrund at datterselskabets hjemsted.

Ud fra ovenstående analyse, synes Danmark ikke, at kunne forskelsbehandle dansk og udenlandske kapitalinteressers medregning i aktiverne ved at påkalde sig en begrundelse om, at det danske selskab og det udenlandske datterselskab ikke er sammenlignelige. Argumentet må derfor forkastes som berettigelse af SEL § 11 B, stk. 6.

Herefter kan en sådan forskelsbehandling kun berettiges hvis den er begrundet i *tvingende almene hensyn*.

# 4 - Tvingende almene hensyn som begrundelse for opretholdelse af SEL § 11 B, stk. 6

Da det i ovenstående afsnit er fastslået, at en forskelsbehandling i den procentvise medregning af kapitalinteresser i aktivmassen hos et dansk moderselskab, alt efter om kapitalposten hidrører fra et selskab inden eller uden for Danmarks grænser jf. SEL § 11 B, stk. 6 er en hindring for den frie etableringsret i art. 49 og 54 TEUF, og som sådan også en hindring for kapitalens frie bevægelighed i art. 56 TEUF, vil det nu undersøges om en sådan hindring kan begrundes i nogle tvingende almene hensyn.

De hensyn som ville kunne anvendes kunne være mange, da det gennem fællesskabsretlig praksis har vist sig at medlemslandende påberåber sig mange forskellige hensyn. Nogle relevante og andre forholdsvis irrelevante. I nedenstående afsnit vil bl.a. sagerne C-315/03, *Anneliese Lenz* og C-377/07, *STEKO* fra ovenstående afsnit bl.a. igen blive trukket ned i dette afsnit, med hensyn til at undersøge om de påberåbte hensyn kan opretholde fællesskabsstridige hindringer. Herefter for at undersøge om disse hensyn kan hjælpe Danmark til at opretholde virkningen af SEL § 11 B, stk. 6 rent EU-retligt. Analysen i dette afsnit vil altså have til formål, at finde inspiration til løsning af dette speciales skatteretlige problemstilling.

## 4.1 - Ikke-relevante hensyn

 I ovennævnte sag, C-377/07, *STEKO*, siger Domstolen, at med hensyn til *sammenhængen i beskatningsordningen*, kan dette argument kun tages til følge, hvis der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning. Hertil henviser Domstolen til sag C-293/06, *Deutsche Shell,* *præmis 38*.

Hensynet vil, ud fra en vurdering, ikke kunne anvendes på SEL § 11, B, stk. 6. Dette argumenteres med, at skattesubjektet for det første ikke er det samme, i og med der er tale om medregning af kapitalinteressen i udenlandske datterselskabs i aktivmassen hos det danske moderselskab. Derudover kræves en finansiering uanset om investeringen sker i et dansk datterselskab eller et udenlandsk datterselskab. Alle aktiver er relevante for beregningen af selskabet nettofinansierings-udgifter. Der ses ikke nogen brugbar begrundelse for, at hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen, kan legitimere en sådan dansk regel.

Et hensyn, som også påberåbes i Anneliese Lenz sagen, er nødvendigheden til sikre en *effektiv skattekontrol*. I denne sag sagde Domstolen, at dette ikke kan legitimere en forskelsbehandling blot fordi der besiddes aktier i et selskab beliggende i en anden medlemsstat, jf. *præmis 46.* Selve Anneliese Lenz sagen vedrørte, en forskel i *beskatningen* af kapitalindtægter fra en aktiepost besiddende i et udenlandsk selskab. Derudover vil hensynet ikke være relevant i og med, at det skattepligtige selskab fremlægger rigelig med dokumentation i forbindelse med investeringen i det udenlandske datterselskab og den deraf efterfølgende medregning i aktivmassen, til at en nøjagtig og præcis skattepligt kan beregnes. Der ses ikke nogen begrundelse for, at nødvendigheden til at sikre en effektiv skattekontrol, kan legitimere en sådan dansk regel.

## 4.2 - Mulige relevante hensyn

### 4.2.1 - Fordelingen af beskatningskompetencen

Et af de få argumenter, som synes at være årsagen til at Danmark ville ønske at opretholde reglen i SEL § 11 B, stk. 6, skulle være hensynet til *fordelingen af beskatningskompetencen*.

Det medfører, som beskrevet tidligere, et større skattemæssigt fradrag for det danske moderselskab, at kunne medregne en større andel af det udenlandske datterselskabs aktiver, og dermed vil det også betyde et lavere skattemæssigt resultat i moderselskaber i Danmark. Domstolen fastslog dog i Anneliese Lenz sagen, som også tidligere er fastslået i praksis[[10]](#footnote-10), at et lavere skatteprovenu ikke er et tvingende alment hensyn som kan godtgøre en hindring, jf. *præmis 40*.

Hertil skal der knyttes, at investeringer i danske datterselskaber og udenlandske datterselskaber kræver begge en finansiering. Nettofinansieringsudgiften er også uafhængig af om selskabet ligger i eller uden for Danmark. Der ses ingen begrundelse for at et dansk moderselskab kun kan medregne 20 % af sine udenlandske aktiebesiddelser men kan medregne alle 51 % og opefter blot det koncernforbundne datterselskab ligger i Danmark. En sådan lavere medregningsprocent medfører et lavere skattemæssigt fradrag, som i denne henseende virker til at være det eneste argument fra Danmark om at have en sådan bestemmelse. Dog vil et mindre skattemæssigt provenu ikke give anledning til at kunne legitimer én restriktiv lovgivning. Undtagelsen til dette er dog at finde i ovennævnte C-446/03, *Marks & Spencer*, men her blev hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen, påberåbt sammen med hensynet til dobbelt dip og skatteunddragelse jf. *præmis 43*. Det var altså en samlet vurdering og ikke på baggrund af fordelingen af beskatningskompetencen alene. Domstolen anså den klassiske tankegang om medlemstaternes tab af skatteprovenu fra en anden vinkel. Det kunne virke som om, at de tungtvejende hensyn i denne sag var dobbelt dip og skatteunddragelse(misbrug) generelt, som også i øvrig retspraksis er de hensyn der vejer tungt.[[11]](#footnote-11)

I ovenstående sag, C-315/03, *Anneliese Lenz,* kunne heller ikke tab af skatteindtægter begrunde lovgivningen da dette ikke er et tvingende alment hensyn. Hertil kan videre henvises til *Danner-sagen,* jf. C-136/00, *Danner, præmis 56*. Endvidere er forskel i beskatningsniveauerne medlemslandene imellem heller ikke relevant for spørgsmålet jf. *præmis 41* i Anneliese Lenz-sagen. Herved synes Danmark heller ikke, at kunne begrunde en forskel i medregning af aktivmassen i at beskatningsniveauerne er lavere i det land hvori det koncernforbundne datterselskab er beliggende.

Mht. til fordelingen af beskatningskompetencen er det fastslået fra EF-domstolens side, at denne ikke accepterer dette hensyn, hvis ikke reglen i øvrigt sikrer mod dobbelt dip, rent kunstige arrangementer eller skatteunddragelse. Dette ses som beskrevet tidligere bl.a. i Marks & Spencer-sagen, *præmis 58*. Heri er Domstolens konklusion, at det er risikoen for skatteunddragelse der begrunder, at medlemslandet kan anvende et hensyn som fordelingen at beskatningskompetencen. Derfor skal det undersøges om skatteunddragelse/misbrug kan anvendes som hensyn til at opretholde SEL § 11 B, stk. 6.

*Skatteunddragelse og misbrug*

 Bekæmpelsen af skatteunddragelse udgør et af de tvingende almene hensyn, der kan påberåbes som begrundelse for en hindring for de frie bevægeligheder i Traktaten. Misbrug kan både være et udtryk for et alment hensyn (der retfærdiggøre en national lovgivning) og stå alene som et misbrugsbegreb.

Retspraksis siger, at en hindring af den frie bevægelighed, som er sikret ved Traktaten, kan ske ved en begrundelse om at bekæmpe skatteunddragelse – hvis den pågældende lovgivning har til formål at udelukke en skattemæssig fordel som følge af *rent kunstige arrangementer*, der har til formål at omgå den nationale lovgivning, eller hensynet til undgåelse af *dobbelt dip*.

### 4.2.2 - Rent kunstige konstruktioner?

Begrebet, *rent kunstige arrangementer*, har haft en central rolle i beskyttelsen af nationale værnsregler. Første gang Domstolen anvendte begrebet var i sag C-264/96, *ICI*.

Sagen omhandlede nationale regler om sambeskatning. ICI, som var et moderselskab, ønskede fradrag for driftstab i datterselskabet. Dette kunne lade sig gøre nationalt. Domstolen fastslog, at det var i strid med etableringsfriheden, når der ikke var adgang til grænseoverskridende anvendelse af underskud i datterselskabet. Endvidere fastslog Domstolen, at den konkrete nationale regel *ikke specielt* havde til formål at udelukke rent kunstige arrangementer, men generelt tog sigte på *enhver* situation hvor et datterselskab var blevet etableret uden for Det Forenede Kongerige.
Dvs., at Domstolen accepterer argumentet ”*rent kunstige arrangementer*”, som et tvingende alment hensyn - dog skal den nationale regel specifikt have til formål, at udelukke rent kunstige arrangementer. En regel formuleret i en *generel* vending kan ikke udelukke grænseoverskridende agerende koncerner at nyde godt af skattefordele.

Efterfølgende kommer sagen, C-9/02, *du Saillant*.

I denne sag blev begrebet ”rent kunstige arrangementer” endnu engang påberåbt af medlemsstaten. Denne gang af Frankrig. Sagen vedrører en national bestemmelse om fiktiv afståelsesbeskatning af værdipapirer, når skatteyderen fraflyttede Frankrig. Igen havde reglen havde *ikke specielt* til formål at udelukke rent kunstige arrangementer, men tog generelt sigte på *enhver* situation hvor en skattepligtig, der er indehaver af en væsentlig andel af et selskabsskattepligtigt selskab, flytter hjemsted fra Frankrig.

Efterfølgende bliver begrebet påberåbt flere gange, men først i sag, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, fik domstolen mulighed for at uddybe indholdet af begrebet rent kunstige arrangementer.

Den engelske regering gjorde gældende, at den pågældende CFC-konstruktion i Cadbury Schweppes-sagen, var et kunstig arrangement, uden nogen *økonomisk realitet* og, at sådanne misbrug skulle kunne begrunde en restriktion i etableringsfriheden, jf. sagens *præmis 55*.

Domstolen foretog herefter en proportionalitetsvurdering. Domstolen fastslog, at *udover* et *subjektivt forhold* der består i at opnå en skattemæssig fordel, skal det af de *objektive* omstændigheder fremgå, at det mål der forfølges ved etableringen ikke er nået. Domstolen fastslog, at for ikke at et selskab skal karakterisere som et rent kunstigt arrangement, skal etableringen svare til en *reel* etablering, med formål at udøve økonomisk virksomhed i værtsstaten. Og denne skal kunne efterprøves af 3. mand. Bemærk hertil, at blot fordi aktiviteten *lige så godt* kunne blive udført i hjemlandeter *ikke* nok til at det kan karakteriseres som et kunstigt arrangement. Selskabet skal have mulighed for at dokumentere, at det ikke har været kunstigt.

Hvornår foreligger der så reel økonomisk virksomhed?

Den ledende dom til udfyldelse af begrebet er sag, C-221/89, *Factortame*, der vedrørte engelske regler om indregistrering af fiskefartøjer.

Domstolen kommer i *præmis 20* i den pågældende sag ind på hvornår der foreligger reel økonomisk virksomhed. Hertil siger domstolen, at der skal være en *fast indretning* i en anden medlemsstat i et ikke nærmere angivet tidsrum. I *præmis 21* siger domstolen, at vedrørende den pågældende sag hvor der ønskes en etableringstvang, at der ikke må være en midlertidig indretning.

I kontekst til SEL § 11 B, stk. 6, kan det af ovenstående udledes, at et hensyn, som rent kunstige arrangementer kunne anvendes til at opretholde bestemmelsen. Dog forudsat at der foreligger en sådan kunstighed i forbindelse med medregningen af de udenlandske kapitalinteresser. Det kan dog være svært at forestille sig i og med, at det udenlandske selskab, et dansk moderselskab har indskudt kapital i, jo ikke kunne være kunstigt i og med at der ER en aktivmasse (i form af fx aktier) som er synlig og verificerbar. Ellers ville investeringen ikke kunne foretages ud fra en logisk tankerække. Hvorvidt der er aktivitet i det udenlandske datterselskab burde ikke påvirke hvor meget det danske moderselskab kan medregne i sine aktiver. Dette kunne evt. ses som en begrundelse hvis der var tale om fradrag for et driftstab, således det udenlandske datterselskab (med en lavere selskabsbeskatningsprocent) kunne overføre tab til det danske moderselskab så der opnås den største skatteeffekt.

Uanset dette vedrører SEL § 11 B, stk. 6 en medregning i Danmark, for at fradrage finansieringsomkostninger, oppebåret i Danmark. Et hensyn som rent kunstige arrangementer synes derfor slet ikke at have nogen virkning for denne bestemmelse. Et yderligere centralt argument til ovenstående er, at SEL § 11 B, stk. 6, generelt tager sigte på *enhver* situation hvor en skattepligtig, der er indehaver af en aktieandel i et selskabsskattepligtigt selskab i en anden medlemsstat og ikke specifikt på tilfælde hvor rent kunstige arrangementer foreligger. Allerede derfor vil reglen ikke kunne bestå om så argumentet om rent kunstige arrangementer kunne tiltrædes, jf. ICI-sagen og du Saillant. Hensynet vil derfor kun kunne opretholde SEL § 11 B, stk. 6 hvis det i konkrete tilfælde kan påvises, at det udenlandske koncernforbundne datterselskab er kunstigt oprettet. Men i sådan en situation vil det være misbrug og højt sandsynligt slet ikke muligt at medregne de 20 % alligevel.

### 4.2.3 - Dobbelt DIP?

Et andet relevant hensyn, som vil være værd at kigge på er risikoen for dobbelt fradrag *(dobbelt dip).* Dette hensyn vil kunne tænkes at have en betydning i og med at et fradrag kunne tænkes anvendt både i Danmark og i datterselskabets etableringsland. Hensynet til at sikre sig mod dobbelt dip er første gang anvendt i den allerede gennemgået sag C-446/03, *Marks & Spencer*.

I dennes *præmis 47* siger Domstolen, at ”*Hvad angår det andet forhold, som vedrører risikoen for dobbelt fradrag for underskud, må det anerkendes, at medlemsstaterne skal kunne hindre dette.”*

Der er i afgørelsen stor forskel på, hvilket slags tab/fradrag, der er tale om. Der skal være tale om *”et underskud oparbejdet i et selskab, som ønskes anvendt af et andet selskab”*, for at der kan være tale om risiko for, at fradraget vil kunne anvendes flere gange, jf. C- 446/03, *Marks & Spencer.* Underskuddet skal i denne forbindelse være bogført i en anden medlemsstat, end den stat, hvor det ønskes fradraget, jf. C-418/07, *Papillon, præmis 37*, hvor underskuddet var oparbejdet i den samme medlemsstat, hvor det også ønskedes fradraget, dog med et datterselskab i en anden medlemsstat som mellemled imellem de to selskaber.

Som det direkte er nævnt i Marks & Spencer-sagen så skal der være tale om ’noget’ oparbejdet i ét land, der ønskes fradraget i et andet land.

Det skal i forbindelse med anvendelsen af dette hensyn på SEL § 11 B, stk. 6, knyttes, at fradraget for nettofinansieringsomkostninger sker i Danmark, for de, i efter dansk skattelovgivning, i forvejen, fradragsberettiget omkostninger skattepligtige indtægter. Medregningen af aktiebesiddelsen i udenlandske datterselskaber i aktivmassen sker *også* i Danmark, da det er det danske moderselskab der således ejer mere end 51 % af datterselskabet. En risiko for dobbelt dip vil rent teknisk ikke kunne komme på tale. Der er i denne henseender ikke nogen finansierings-omkostninger der burde kunne ses, eller ønskes, fradraget i det danske moderselskabs, ikke-hjemmehørende datterselskab. SEL § 11 B, stk. 6 virker jo på den måde at den skal hjelme mulighed for, at den del et dansk moderselskab ejer af sit koncernforbundne datterselskab kan aktiveres i dette moderselskabs balances aktivside. Reglen vedrører ikke fradrag for noget tab lidt i datterselskabet, som er beliggende i en anden medlemsstat. At det ikke-hjemmehørende datterselskab, et indkomstår, oparbejder et underskud har ingen relevans i forbindelse med SEL § 11 B, stk. 6 og skal således efter praksis på dette område, bl.a. Marks & Spencer, ikke have nogen betydning. Der synes ikke nogen risiko for skatteunddragelse fra moderselskabets side i forbindelse med, at det kan medregne hele sin investering i udenlandske aktier, når omkostningerne forbundet hermed ligeledes fradrages i den danske indkomstopgørelse.

Ud fra en dobbelt dip betragtning, ses SEL § 11 B, stk. 6 ikke at have noget problem. Reglen vedrører omkostninger i Danmark, som ønskes fradraget i Danmark.

## 4.3 - Sammenfatning

Hvis ovenstående kort sammenfattes kan det således på nuværende trin siges, at § 11 B, stk. 6, som gennemgået i kapitel 2, er en hindring for fællesskabet. Denne hindring synes ikke, at kunne opretholdes ud fra en betragtning om, at der *ikke* foreligger en objektiv sammenlignelig situation jf. kapitel 3. Som det netop er gennemgået vil Danmark have svært ved, at påberåbe sig nogle relevante hensyn der skal kunne begrunde reglens anvendelse.

De Domstols-accepterede hensyn, som fx skatteunddragelse og misbrug og der heraf afledte, dobbelt dip, og rent kunstige arrangementer, vurderes ikke at kunne acceptere opretholdelsen af den danske bestemmelses anvendelse. Som beskrevet, så virker det til at den eneste grund til, at Danmark ønsker reglen opretholdt, er at Danmark ville skulle tillade et større fradrag for finansieringsomkostninger, hvilket vil betyde et lavere skattemæssigt provenu for Danmark. Som konkluderet er det gang på gang, af Domstolen, fastslået et økonomisk hensyn for fordelingen af beskatningskompetencen ikke er et tilladt hensyn – med mindre det som i C-446/03, *Marks & Spencer*, og C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ”støttes” af et andet accepteret hensyn, som fx skatteunddragelse. Dette er retstilstanden før afsigelsen af dom i sagen, C-172/13. Da denne dom og dens forslag til afgørelse vil se ovennævnte retspraksis fra en anden vinkel er den værd at medbringe senere i dette speciale.

## 4.4 - Proportionalitetsvurdering

En fællesskabsretlig vurdering af en national regels virkning for EU-retten indeholder altid en *proportionalitetsvurdering*. Dette princip går i korte træk ud på at en bestemmelse skal være egnet til det egnet til det formål den forfølger. Endvidere, at den ikke må gå ud over hvad der er nødvendigt til at opnå dette formål. Som nævnt i indledende afsnit 1.4, så ville dette behandles ganske kort.

Der skal hertil blot nævnes, at det er allerede fastslået, at der ikke synes at være nogle tvingende almene hensyn, der kan begrunde bestemmelsen i SEL § 11 B, stk. 6. Derfor vil en test for proportionalitet, rent logisk, være irrelevant, da ’kæden knækker’ i Domstolens test ved de tvingende almene hensyn. Hvis det forestilles, at Domstolen var kommet frem til det samme, som undertegnede forfatter, vil Domstolen med stor sandsynlighed ikke foretage en sådan vurdering.

## 4.5 - Opsummering

Det er nu fastslået ud fra ovenstående analyser, fortolkning og analogislutninger, at SEL § 11 B, stk. 6, er i strid med EU-retten. Bestemmelsen gør på fællesskabsstridig måde, forskel på et dansk moderselskabs medregning af sine kapitalbesiddelser i sin aktivmasse, sådan at den fulde medregning kun kan foretages, hvis det danske morderselskabs koncernforbundne datterselskab er beliggende inden for Danmarks grænser. Er dette datterselskab beliggende i udlandet, vil det kun være muligt og tilladt i dansk skatteret at medregne 20 % i sin aktivmasse.

Dette er på baggrund af Domstolen praksis i C-446/03, *Marks & Spencer,* C-315/03, *Anneliese Lenz* og C-377/07, *STEKO* ikke tilladt efter Traktatens art. 49 og 54 TEUF om etableringsfriheden og art. 56 TEUF om kapitalens frie bevægelighed. Dette skyldes, at det gøres mere byrdefuldt at have kapitalbesiddelser i udlandet end hvis de hidrørte fra Danmark. Hertil synes det hverken, at være proportionelt eller at være begrundet i nogle tvingende almene hensyn.

Spørgsmålet er så nu, om Danmark alligevel, i tilfælde af at bestemmelsen blev ført for Domstolen, kunne påberåbe sig, at muligheden for den fulde medregning og på den måde fradrage sine finansieringsomkostninger på lige fod med sine danske kapitalbesiddelser, er til stede og tilladt, *hvis* det danske moderselskab vælger at lade sig internationalt sambeskatte.
Helt generelt set er det netop blevet konkluderet at ingen af de nuværende brugbare tvingende almene hensyn har kunnet begrunde den hindring for etableringsfriheden som SEL § 11 B, stk. 6 opstiller. Dog kan SEL § 31 A betragtes som ’konkrete omstændigheder’ i intern skattelovgivning, som evt. kunne begrunde hindringen. Dette vil undersøges nærmere i næste kapitel.

# 5- Kan selskaber ’tvinges’ til at anvende international sambeskatning?

Som det netop er konkluderet så er den eneste mulighed for, at et dansk moderselskab kan medregne hele sin investering i sit ikke-hjemmehørende datterselskab i sin aktivmasse, at vælge at lade sig internationalt sambeskatte efter den danske bestemmelse i SEL § 31 A. Kun herved tillader intern dansk ret, at hele investeringen kan medregnes i aktivmassen hos det danske moderselskab.

## 5.1 - Hvilken betydning har et tilvalg om international sambeskatning?

 Inden for dansk skatteret eksisterer der tvungen national sambeskatning jf. SEL § 31. Dette skal, som tidligere nævnt, ikke uddybes i dette speciale, men dog forklares i korte træk. Beskatningssystemet fungere ved, at koncernforbundne selskaber og foreninger i Danmark skal sambeskattes med alle sine faste driftssteder og faste ejendomme. Alle disse subjekters, indtægter, omkostninger osv. puljes hos sit danske moderselskab. Dette er bestemt i SEL § 31. Rent økonomisk er denne opgørelsesmetode en nullitet, set med danske selskabers øjne. Dette er den fordi, beskatningsprocenten og den objektive skattepligt er ens for alle de danske selskaber og faste driftssteder. Om en indkomst beskattes med 24,5 % hos A eller med 24,5 % hos B er økonomisk set underordnet. Dansk skatteret giver dog selskaberne mulighed for, at vælge at lade sig internationalt sambeskatte. Denne hjemmel foreligger som omtalt i SEL § 31 A.

Hvis dette vælges skal det danske moderselskab vælge, at lade sig beskatte af alle sine udenlandske og indenlandske aktiviteter. Dette uanset om indkomsten kommer fra datterselskaber, faste driftssteder eller faste ejendomme. Der gælder her et *globalpulje*-princip jf. SL § 4. Hertil skal ikke blot selskaber etc. *under* det danske moderselskab inkluderes hos administrationsselskabet[[12]](#footnote-12) i Danmark, men også selskaber *over* det danske moderselskab.

Det danske moderselskab, som overvejer international sambeskatning skal bl.a. tage hensyn til diverse dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået af Danmark og andre lande imellem. Dette mht. lempelse af den dobbeltbeskatning der kommer til at ske grundet kildebeskatning i etablerings-staterne. Selskabet skal også overveje de genbeskatningsregler[[13]](#footnote-13) der er ved ophør af international sambeskatning og hertil chancerne for omstruktureringer inden for koncernen der kan medføre fuld genbeskatning såfremt sambeskatningen ikke fortsætter. Det er en stor kalkule der for det danske moderselskab skal ende ud i, om det samlet set er fordelagtigt eller ej, at lade sig internationalt sambeskatte. Som sagt er det uden for dette speciales formål, at gennemgå sambeskatningsreglerne. Dog skal det påpeges, at det som ovenstående indikerer er et yderst omfattende valg, som det danske moderselskab skal træffe.

Et dansk moderselskab skal altså påtage sig en potentiel dyr og omfattende byrde for, at kunne få fradrag for sine nettofinansieringsomkostninger for investeringer i udenlandske koncernforbundne datterselskaber. Dette synes ikke, at være formålet med fællesskabsretten. At et dansk moderselskab skal behandles på denne måde, kan fællesskabsretligt, i sig selv være en byrde, som kan afholde fra grænseoverskridende etableringer og kapitalbevægelser.

## 5.2 – SEL § 31 A, som begrundelse for opretholdelse af SEL § 11 B, stk. 6

Et spørgsmål, som der er yderst relevant at undersøge er, hvorvidt Danmark kan begrunde sin fællesskabsstridige skatteregel med muligheden for, at det danske moderselskab kan vælge international sambeskatning. Kan dette argument fra Danmarks side og samtidig denne mulighed for sambeskatning gøre, at SEL § 11 B, stk. 6 kan opretholdes? Ville selve muligheden for anvendelse af international sambeskatning betyde, at Domstolen accepterer opretholdelsen af SEL § 11 B, stk. 6, ud fra lignende principper, som blev fastslået i Marks & Spencer-sagen? Hermed henvises der til, at det danske moderselskab endnu ikke har opbrugt alle nationale muligheder[[14]](#footnote-14) for at medregne sin fulde aktivmasse hos udenlandske koncernforbundne datterselskaber. Omstændighederne er dog langt fra underskudfremførselsproblematikken i Marks & Spencer-sagen, men alligevel synes der grund til, at undersøge hvorledes en sådan problematik ville blive håndteret efter fællesskabsretten.

I Marks & Spencer blevnogle vilkår og betingelser for udnyttelse af underskud undersøgt. I afgørelsen gøres det gældende, at underskud kun kan udnyttes i situationer, hvor *”det ikke-hjemmehørende datterselskab har udtømt alle de muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat med hensyn til det pågældende skatteår ved ansøgningen om lempelse såvel som med hensyn til tidligere skatteår, i givet fald ved overførsel af disse underskud til tredjepart eller ved modregning af disse underskud i de overskud, der er opnået i datterselskabet i tidligere skatteår”* jf. *præmis 55.* Hertil fortsætter Domstolen yderligere med, at underskud kun kan anvendes, hvis *”der ikke er mulighed for at tage hensyn til det udenlandske datterselskabs underskud i dettes hjemstat i forbindelse med senere skatteår enten af selskabet selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne.”*

Dette er den såkaldte "*Marks & Spencer-undtagelse"* i Kokott’s Forslag til afgørelse i sagen, C-172/13. Det vil sige, at der er mulighed for at udnytte et underskud(opnå en fordel) i et hjemmehørende moderselskab, såfremt man, som ikke-hjemmehørende datterselskab, har udtømt alle muligheder i værtsmedlemsstaten for at tage hensyn til dette underskud, både hvad angår tidligere, det pågældende og senere skatteår. Sagt på en anden måde, så kan underskuddet udnyttes i moderselskabet i de situationer, hvor dette ellers vil gå tabt, hvis ikke en sådan mulighed foreligger.

Hvis der efter denne retstilling, ud fra ovenstående analyse vedrørende Marks & Spencer-sagen, analogiseres til problemstillingen med SEL § 11 B, stk. 6 og dennes forhold til SEL § 31 A, kan det udledes, at Danmark, som begrundelse for, at opretholde en bestemmelse som SEL § 11 B, stk. 6, kan henvise til Marks & Spencer og påpege, at national dansk skattelovgivning giver mulighed for, at medregne udenlandske kapitalbesiddelser og dermed opnå fuld fradragsret for finansieringsomkostninger på lige fod med kapitalbesiddelser hidrørende fra danske datterselskaber. Denne mulighed gives der ved valg af international sambeskatning.
Marks & Spencer vedrører, som tidligere beskrevet, et underskud oparbejdet i et ikke-hjemmehørende selskab, som ønskes fradraget hos moderselskabet i en anden medlemsstat. SEL § 11 B, stk. 6 vedrører ikke underskud, men en medregning af udenlandske kapitalinteresser. Hertil skal det nævnes, at de pågældende nettofinansieringsomkostninger jo ikke ønskes fradraget i en anden medlemsstat. Hertil skal det af forfatteren nævnes at princippet bag Marks & Spencer-undtagelsen rent principielt kunne virke ligeledes på SEL § 11 B, stk. 6. Set i kontekst med "*Hubbard"*-reglen og fællesskabsrettens brede anvendelsesområde.

I samme vending kan det være interessant at se på sag, C-231/05, *OY.*

De *faktiske omstændigheder* i sagen var, at det engelske selskab AA Ltd. indirekte ejede 100 % af det finske selskab, OY, gennem to mellemliggende selskaber. AA Ltd.’s aktivitet var tabsgivende hvilket aktiviteten i OY ikke var. Hertil ønskes det, at OY kunne yde et koncernbidrag til AA Ltd. Dette koncernbidrag ønskes fradraget i det finske selskab, OY. Dette blev der dog ikke givet tilladelse til i Finland, da fradragsretten kun gjaldt for tilskud rent nationalt i Finland.

Domstolens slog indledningsvist fast, at den finske skatteordning var i strid med fællesskabsretten, jf. *Præmis 43*.
Det blev herefter taget stilling til legitimiteten af de påberåbte tvingende almene hensyn.

Finland påberåbte sig hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen. Hertil svarede Domstolen, at *” Som det fremgår af præmis 51 i Marks & Spencer-dommen, er nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne anerkendt i forbindelse med to andre begrundelser baseret på risikoen for, at underskud fradrages to gange og skatteunddragelse”,* jf. præmis 51. Domstolen fortsætter herefter med, at sige at *”hvis selskaberne gives mulighed for at vælge, om der skal tages hensyn til deres underskud i deres etableringsmedlemsstat eller i en anden medlemsstat, vil det bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i alvorlig fare”* jf. *præmis 55.*

Domstolen siger dog i *præmis 57*, at vedrørende hensynet til risikoen for dobbelt dip, så skal det bemærkes at den finske skatteordning vedrører koncerntilskud og ikke underskud.

Domstolen konkluderer på baggrund af en kombination af hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen og misbrug generelt at, *”ved kun at indrømme ret til i et datterselskabs skattepligtige indkomst at fradrage et koncernbidrag ydet et moderselskab, såfremt moderselskabet har hjemsted i samme medlemsstat, kan den finske koncernbidragsordning hindre sådanne former for praksis, der kan være inspireret af den omstændighed, at der er en væsentlig forskel mellem det skattegrundlag eller den skattesats, der anvendes i de forskellige medlemsstater, og som ikke har noget andet formål end at undgå den skat, der normalt skal betales i datterselskabets medlemsstat af dettes overskud.”* jf. *præmis 59.*

Domstolen tillod altså, i denne sag, at nægte en fradragsret for det finske selskab OY, for koncerntilskud ydet til et selskab beliggende i Det Forenede Kongerige.

Det kunne se ud til at Danmark har søgt inspiration i OY-sagen til at opretholde SEL § 11 B, stk. 6. Men en nægtelse af fradrag for koncerntilskud ydet til et moderselskab i en *anden* medlemsstat – altså et tilskud der overføres over grænsen – kan ikke sammenlignes med fradrag for finansieringsomkostninger i forbindelse med kapitalbesiddelser i udlandet. Finansierings-omkostningerne forbliver jo, som tidligere gennemgået, i Danmark. Det kan siges, som med Marks & Spencer sagen, at Danmark ikke kan pakke en nægtelse af en medregning af udenlandske kapitalinteresser ind i et regelsæt der siger, at koncernbidrag ikke kan fradrages, hvis det ydes til et ikke-hjemmehørende selskab.

Enkelte sager, som har været bedømt ved Domstolen, fastslår nogle principper og elementer, som kan anvendes i dette speciale. Dette gælder først og fremmest C-270/83, *Avoir Fiscal*.

### 5.2.1 - C-270/83, Avoir Fiscal:

 *Sagen omstændigheder* vedrørte de franske skattemyndigheder der forsøgte at opretholde en skattemæssig retstilstand om godtgørelse. Lovgivningen diskriminerede filialer af udenlandske selskaber til fordel for selskaber hjemmehørende i Frankrig. De franske myndigheder procederede sagen på, at de udenlandske selskaber blot kunne etablere sig om selskaber i Frankrig i stedet for filialer, for herigennem af opnå den omtalte godtgørelse.

*Domstolens afgørelse*

Domstolen fastslår, at retten til frit at etablere sig i en anden medlemsstat på lige fod med dette lands statsborgere ligeledes medføre en ret til at vælge etableringsform. Med andre ord må der ikke ske diskrimination på baggrund af om et selskab vælger at etablere sig som filial eller som selskab i etableringsstaten, jf. *præmis 18*.

Af relevans for dette speciale er *præmis 22* hvori Domstolen siger, at *”Heller ikke den omstændighed, at forsikringsselskaber med hjemsted i en anden medlemsstat med henblik på at opnå en skattegodtgørelse kan vælge at etablere sig i form af et datterselskab, kan begrunde en forskellig behandling. I henhold til artikel 52, stk. 1, andet punktum, har de erhvervsdrivende udtrykkeligt mulighed for frit at vælge, under hvilken juridisk form de vil udøve virksomhed i en anden medlemsstat, og denne valgmulighed må ikke begrænses af diskriminerede skattebestemmelser”*. Det fastslås altså, at forskelsbehandling af ubegrænset og begrænsede skattepligtige ikke kan begrundes i andre fordele, der i forhold til hjemmehørende selskaber gives ved skatteopgørelsen. Med andre ord kan medlemsstaten, ud fra ovenstående præmis, ikke henlede til, at filialen kan lade sig etablere sig som selskab, da de ønskede fordele herefter udløses. Man kan udtrykke det ved at en fordel ét sted i lovgivningen ikke kan berettige en ulempe et andet sted i lovgivningen.

En senere sag nogle år efter Avoir Fiscal-sagen, var sagen, C-330/91, *Commerzbank*, som nedenfor analyseres.

### **5.2.2 - C-330/91, *Commerzbank***

 **De *faktiske omstændigheder* vedrørte *Commerzbank,* som var et tysk selskab og som havde en filial i Det Forenede Kongerige. Mellem 1973 og 1976 blev der gennem denne filial ydet lån til amerikanske selskaber. Renterne herfra, som Commerzbank modtog, blev beskattet. Senere krævede Commerzbank det beskattede beløb tilbagebetalt med begrundelsen om at renten fra fritaget for beskatning i Det Forenede Kongerige i henhold til en DBO mellem Det Forenede Kongerige og USA. Renter fra amerikanske selskaber er kun skattepligtig i Det Forenede Kongerige, såfremt den er betalt til et britisk selskab med hjemsted i Det Forenede Kongerige. Dette havde Commerzbank ikke hvorfor den overskydende skat blev tilbagebetalt. Hertil anmodede Commerzbank om at få udbetalt til tillæg til det tilbagebetalte beløb. Dette blev afvist af de britiske skattemyndigheder da dette tillæg kun var tilladt for selskaber med hjemsted i Det Forenede Kongerige.**

***Domstolens afgørelse***

**I *præmis 16* påberåber Det Forenede Kongerige, at forskellen i adgangen til tillægget for den tilbagebetalte skat skyldes at Commerzbank ikke befinder sig en objektiv sammenlignelig situation med selskaber med hjemsted i Det Forenede Kongerige. Commerzbank var fritaget for skat, som normalt skal betales af selskaber med hjemsted i Det Forenede Kongerige. Heraf mener Det Forenede Kongerige at en forskelsbehandling er tilladt.**

**Hertil svare Domstolen, at når et selskab der ikke har skattemæssigt hjemsted, fratages en ret til et tillæg, som alene tilfalder selskaber med skattemæssigt hjemsted, stilles førstnævnte i mindre fordelagtigt, jf. *præmis 18*.**

**Domstolen fortsætter i præmis 19 med, at *”Den omstændighed, at skattefritagelsen, som gav anledning til tilbagebetalingen, kun gælder for selskaber, som ikke har skattemæssigt hjemsted, kan ikke begrunde en generel regel, som udelukker fordelen. Derfor er reglen udtryk for forskelsbehandling”* Heraf ses det at Domstolen fortolker diskriminatoriske regler *isoleret* set. Det ser altså ikke ud til, at medlemslandene kan opstille anbringende om, at der findes fordele der opvejer ulempen andre steder i lovgivningen.**

***Betydning for dette speciale?***

Det ovennævnte princip om, at en fordel ét sted i lovgivningen ikke kan berettige en ulempe et andet sted i lovgivningen kan analogiseres over på dette speciales problemstilling. Princippet, som Domstolen fastsatte med C-270/83, *Avoir Fiscal*, bliver altså fuldt op i Commerzbank-sagen på en lignende måde. Med hensyn til SEL § 11 B, stk. 6 ser det igen ud til, at muligheden for den fulde medregning af kapitalbesiddelsen i udenlandske koncernforbundne datterselskaber, *ikke* kan begrundes med, at muligheden foreligger hvis der vælges international sambeskatning. Det ser, på baggrund heraf, ikke ud til Danmark kan undskylde sig. At der, for et dansk moderselskab, foreligger en skattemæssig ulempe i SEL § 11 B, stk. 6, kan ikke opvejes ved, at der via anvendelsen af en international sambeskatningsordning tillades denne fordel(medregningen af alle 51 % og opefter)

Fællesskabsretten bliver sat på en spids, hvis et dansk moderselskab skal indfinde sig med at træffe et byrdefuldt og omfattende valg for, at på en fri og ikke-diskriminatorisk måde, kunne agere over grænserne. Meningen med de grundlæggende friheder er jo netop, at personer og selskaber inden for unionen, skal kunne bevæge og etablere sig på et andet medlemslands område uden at skal behandles hårdere end det pågældende medlemslands egne personer og selskaber. Dette gælder også udadtil når eksempelvis hjemmehørende selskaber ønsker, at etablere sig eller have aktivitet i en anden medlemsstat. Her må ej heller hjemlandet opstille regler der gøre det mere byrdefuldt for selskabet, at anvende fællesskabsretten.
Dette er netop tilfældet med SEL § 11 B, stk. 6 og samspillet med sambeskatningsreglerne. Ikke fordi reglerne hænger sammen, men fordi der mellem de to regelsæt ligger en fordel der kun tillades ’halvt’ i den ene regel, men som *kan* anvendes helt, *hvis* selskaber dog vælger, at medtage hele sin aktivitet osv. i alle lande. En ordning der tilsyneladende ikke er i overensstemmelse med EU-retten.

Hvorvidt dette kan accepteres i forhold til andre skatteretlige bestemmelser kan ikke umiddelbart konkluderes her. Hertil skal blot nævnes, at den konkrete særbestemmelse i SEL § 11 B, stk. 6, som tidligere antaget, ikke indeholder en umiddelbar risiko for misbrug. Den er blot et udtryk, at et selskab i Danmark, på en ikke logisk måde, nægtes tilladelse til at medregne sin udenlandske investering på lige fod med indenlandske i sin balance. Den danske regel, som i generelle vendinger forhindre danske moderselskaber i at medregne mere end 20 % af deres aktiebesiddelser i udenlandske koncernforbundne datterselskaber, kan ikke danne tvivl om, at der foreligger en hindring. Selvom denne medregning derefter, alt andet end lige, medføre, at den skattemæssige værdi af aktiverne forøges og dermed giver et større fradrag for finansieringsomkostninger bør ikke give anledning til, at dette tillades. En investering er en investering, og bør efter etableringsfrihedens formål, behandles lige inden for unionens grænser. Dette uanset om denne konkrete investering knytter sig til et datterselskab i udlandet.
Hvis denne regels virkning over for koncernforbundne datterselskaber inden for EU opretholdes, vil EU-retten være virkningsløs.
Hvis den danske skatteorden fungere således, at et valg om international sambeskatning er den eneste mulighed for fuld medregning i aktivmassen, vil dette gøre grænseoverskridende etableringer mere byrdefulde. Danske selskaber bliver sat i en skatteretlig saks, hvorefter at fællesskabsretten bliver brudt uanset om SEL § 11 B, stk. 6, medfører en lavere medregningsprocent for ikke-hjemmehørende kapitalandele, eller om den fulde medregning betinges af valgte om international sambeskatning.

En yderligere pointe i denne henseende, at der kan argumenteres for, at ved at ’tvinge’ danske moderselskaber til at lade sig international sambeskatte, elimineres det frie valg. Her kan man anskue argumentet ud fra vurdering om *proportionalitet*. Sagt med andre ord: Det vil være højst uproportionalt, at et sådan byrdefuldt valg skal foretages for at åbne op få fordelen. På lige fod med den neutralitet der skal foreligger ved valget mellem etablering i en anden medlemsstat i form at et selskab eller et fast driftssted, som i flere sager er blevet fastslået, bl.a. i sagerne C-307/97, *Saint Gobain*, og C-311/97, *Royal Bank of Scotland*. Heri er det af Domstolen blevet fastslået, der skal foreligge et frit valg. Uanset hvor på fællesskabets område det pågældende selskab har hjemsted må selskabet, som et grundlæggende princip ikke forskelsbehandles i forhold til selskaber med hjemsted i den ønskede etableringsstat.
En sådan ophøjet tanke inden for fællesskabet bør også gælde for Danmark og SEL § 11 B, stk. 6. Det frie valg elimineres såfremt en diskriminatorisk regel kun kan undgås hvis et dansk moderselskab, på en sådan måde ’tvinges’ til at tage et regelsæt i brug for at få adgang til en fordel, som i øvrigt strider imod EU-rettens etableringsfrihed. Dette har Domstolen også fastslået i sag C-440/08, *Gielen.* I denne sag blev det bestemt at en national ordning der opstiller en restriktion for etableringsfriheden stadig er uforenelig med fællesskabsretten, selvom ordningen er fakultativ, jf. *præmis 53*. Ifølge dette princip vil SEL § 11 B, stk. 6 være uforenelig med EU-retten, selvom valget om international sambeskatning i SEL § 31 A kan vælges med den fulde medregning af udenlandske kapitalbesiddelser til følge. Dette er ligeledes en faktorer der skal medtages ved vurderingen af om SEL 11 B, stk.6 kan opretholdes med henvisning til SEL § 31 A.

 Selv om denne tvist endnu ikke har været bedømt ved Domstolen, kræver det ikke megen videre analyse før, at det er klart, at en så byrdefuld betingelse – sammenholdt med ovenstående argumenter i Avoir Fiscal og Commerzbank sagerne – strider mod EU-retten. På baggrund af ovenstående kan der ud fra en samlet vurdering af det, konkluderes, at SEL § 11 B, stk. 6, mht. medregning af udenlandske kapitalbesiddelser og den deraf følgende fradragsret for finansieringsomkostninger ikke kan opretholdes. Disse skal altså på lige fod med kapitalinteresser i danske koncernforbundne datterselskaber, kunne medregnes fuldt ud.
Der blev d. 3. februar 2015 afsagt dom i sagen, C-172/13. Denne sag er for dette speciale interessant på nogle afgørende punkter. Sagen kan med lettere ord kaldes Marks & Spencer 2, da den tager C-446/03 op til fornyet vurdering. Til sagen knytter sig et Forslag til afgørelse, som endvidere indeholder relevante punkter at meddrage i dette speciale.
Selvom Marks & Spencer-sagen vedrører koncernlempelse og derfor ikke direkte er sammenlignelig med anvendelsesområdet for kapitalfondsindgrebet, kan resultatet af C-172/13 på mange måder påvirker SEL § 11 B, stk. 6.

# 6 - C-172/13 og General Advokat, Kokott, Forslag til afgørelse

 Det er, tidligere i dette speciale, blevet beskrevet hvorledes Domstolen i sag, C-446/03, *Marks & Spencer*, har taget stilling til muligheden for et moderselskabs anvendelse af underskud oparbejdet i et ikke-hjemmehørende datterselskab. Dette er kun muligt såfremt alle muligheder for anvendelsen af underskuddet i det ikke-hjemmehørende datterselskabs etableringsstat er udtømt og muligheden for anvendelsen af underskuddet ellers ville gå tabt.[[15]](#footnote-15) Dette er den såkaldte *Marks & Spencer-undtagelse*, som omtalt tidligere.

Som gennemgået tidligere vedrørte Marks & Spencer-sagen, Det Forenede Kongerige, som på daværende tidspunkt ikke tillod anvendelse af det pågældende underskud. På baggrund af Marks & Spencer-sagen ændrede Det Forenede Kongerige sin lovgivning hvilket nu fremgår af koncernlempelsesreglerne i Corporation Tax Act 2010 i Section 111-121. I følge den nuværende lovgivning i Det Forenede Kongerige kan underskuddet udelukkende anvendes hvis underskuddet ikke kan fratrækkes i fremtidig indkomst i senere skatteår end året for underskuddets oparbejdelse. Dette gælder både for det ikke-hjemmehørende datterselskab såvel som andre skattepligtige. Endvidere skal det umiddelbart efter tabsårets afslutning fastslås om denne mulighed er til stede.[[16]](#footnote-16)

Det kan heraf synes til, at Det Forenede Kongerige har ændret sin skattelovgivning efter Domstolens afgørelse i C-446/03, og reglerne derfor burde være i harmoni med EU-rettens retspraksis.
Dette mente Kommissionen ikke var tilfældet. Kommissionen gav ved en skrivelse af 19. juli 2007 i en begrundet udtalelse gældende at, de i Corporation Tax Act 2010 fastsatte betingelser for anvendelse af underskud, gjorde det stort set umuligt at opnå lempelse i praksis. Derudover klagede Kommissionen over at de nye regler først fandt anvendelse fra 1. april 2006.
Kommissionens opfordring til ændring af reglerne i Corporation Tax Act 2010, blev ikke efterkommet af Det Forenede Kongerige hvorpå Kommissionen anlagde sag d. 5. april 2013.

Sagen er blevet afgjort ved Domstolen d. 3. februar, 2015. Inden den endelig doms afsigelse, fremsatte General Advokat, Juliane Kokott, d. 23. oktober 2014 et forslag til afgørelse til sag, C-172/13.
Dette forslag til afgørelse vil i dette speciale blive analyseret og bearbejdet med henblik på at kunne foretage en vurdering af hvilke konsekvenser det vil have for SEL § 11 B, stk. 6.
Undertegnede er bevist om, at forslaget til afgørelse til sag, C-172/13 blot er et forslag til afgørelse, men er dog stadig interesseret i at undersøge følgerne *såfremt* forslaget ville blive accepteret og anvendt af Domstolen i sin endelige afgørelse. Alt dette for, at grave dybere i SEL § 11 B, stk.6 fællesskabsretlige overensstemmelse. Senere i dette speciale vil Domstolens endelig dom også blive omtalt og sammenholdt med ovenstående.

I forrige kapital blev der konkluderet at ingen af de tvingende almene hensyn kunne retfærdiggøre den danske skatteregel i SEL § 11 B, stk. 6. Der blev endvidere fra min side argumenteret for, at et koncernforbundet dansk datterselskab og et ikke-hjemmehørende datterselskab var i en sammenlignelig situation og således ikke måtte forskelsbehandles på baggrund af den frie etableringsret.
Min argumentation i ovenstående kunne muligvis stå eller falde med Kokotts forslag til afgørelse i C-172/13, hvis Domstolen tog Kokott's argumenter til efterretning. Nedenfor vil forslaget blive analyseret med henblik på at finde nogle argumenter, begrundelser og lign. der vil kunne sammenholdes og vurderes for i sidste ende at kunne perspektivere over følgerne af forslaget for min fællesskabsretlige vurdering af SEL § 11B, stk. 6[[17]](#footnote-17)

## 6.1 - Analyse af Forslaget til afgørelse til sag, C-172/13

### 6.1.1 - Indledende

 Som netop forklaret vedrører *sagens faktiske omstændigheder*, Corporation Tax Act 2010, som indeholder nogle regler for muligheden for anvendelsen af underskud oparbejdet i et ikke-hjemmehørende datterselskab(efterfølgende ofte kaldt koncernlempelse). Disse regler er udarbejdet på baggrund af sag C-446/03, *Marks & Spencer*, også vedrørende Det Forenede Kongerige. Da Kommissionen, som beskrevet, mener at de nye regler gør det praktisk umuligt at opnå koncernlempelse samt at koncernlempelsen er begrænset til perioder efter d. 1. april 2006 er den frie etableringsret stadig tilsidesat.

*Kommissions første anbringende - Grænseoverskridende koncernlempelse er umuligt i praksis*

 Corporation Tax Act, Section 119(4), bestemmer at det skal fastslås om der er mulighed for anvendelse af underskuddet på en anden måde ved udgangen af det skatteår hvor underskuddet blev oparbejdet. Til dette svare Kokott at, *"På dette tidspunkt er det imidlertid kun muligt at fastslå dette, såfremt det ikke er tilladt at overføre underskud i den stat, hvor datterselskabet er etableret, eller såfremt der i tabsåret er blevet indledt likvidation af datterselskabet."* jf. *punkt 15*. Hertil tilføjer hun ganske rigtigt at muligheden for modregning af underskud udelukkes såfremt datterselskabets aktiviteter først indstilles efter det år, hvor underskuddet blev oparbejdet, hvilket endvidere medføre at kun ét års oparbejdet underskud kan anvendes efter den nye ordning. I *punkt 16* anfører Det Forenede Kongerige, at deres ordning ikke er umulig i praksis men alene restriktiv som følge af Domstolens praksis. Dette lader Kokott til at være enig i ud fra hendes bemærkning i *punkt 17*, hvor hun anser Kommissionens anbringende for tvetydig. *"Da sidstnævnte situation[likviditet indledt i tabsåret[[18]](#footnote-18)] netop utvivlsomt forekommer i praksis, er Kommissionens ærinde i sidste instans ikke, at den grænseoverskridende underskudsmodregning er praktisk umulig i henhold til retsstillingen i Det Forenede Kongerige, men at den ikke omfatter samtlige de situationer, som etableringsfriheden efter Kommissionens opfattelse kræver."* Ud fra dette synes det til at være problematisk for medlemsstaterne at vurdere Marks & Spencer-undtagelsens rækkevidde. Der er ingen tvivl om at selve muligheden for grænseoverskridende koncernlempelse er til stede i Corporations Tax Act 2010, Section 111-121, men de faktiske omstændigheder og tidspunktet for fastslåelsen af mulighederne for anden anvendelse af underskuddet synes udefineret fra Domstolens side.

 Hertil skal en vigtig pointe fremhæves i forbindelse med dette speciale. Som det tidligere i dette speciale[[19]](#footnote-19) er blevet anført så kunne en henvisning til Marks & Spencer-undtagelsen, ikke opretholde virkningen af SEL § 11 B, stk. 6. Dette skyldes som beskrevet mere tungtvejende modstridende hensyn.
I Kokott's forslag til afgørelse til sagen, C-172/13, ønskes det, at Marks & Spencer-undtagelsen opgives, jf. *punkt 50*. Hertil henvises til nogle årsager som bl.a. er retssikkerhedsprincippet. Formålet med Kokott's forslag til afgørelse - opgivelse af Marks & Spencer-undtagelsen - vil derfor ikke have en direkte indvirkning på det allerede konkluderede i dette speciale vedrørende SEL § 11 B, stk. 6 overensstemmelse med fællesskabsretten.
Hvad der til gengæld er yderst relevant, er argumenterne vedrørende de tvingende almene hensyn samt princippet om objektive sammenlignelige situationer. Under disse punkter i forslaget fremkommer der holdepunkter der ville kunne få direkte indvirkning på hvordan de tvingende almene hensyn og princippet om objektive sammenlignelige situationer skal vurderes i forhold til SEL § 11 B, stk. 6. Det er disse argumenter der vil være til genstand for en analyse og vurdering i dette kapitel.

### 6.1.2 - Objektive sammenlignelige situationer

*Begrænsning af den frie etableringsret i Artikel. 49 TEUF og 54 TEUF*

 Som det er blevet slået fast i tidligere retspraksis så må det ikke være vanskeligere, at opnå skattemæssige fordele alene fordi datterselskabet er etableret i en anden medlemsstat sammenholdt med et datterselskab etableret i hjemstedsstaten. jf. bl.a. C-446/03, *præmis 33*.
Den engelske ordning i Corporation Tax Act 2010 udgør ligeledes en begrænsning for den frie etableringsret. jf. Forslag til afgørelse til sag, C-172/13, *punkt 19*. Ordningen kan således kun opretholdes såfremt den er begrundet i tvingende almene hensyn, vedrører ikke-objektive sammenlignelige situationer og overholder proportionalitetsprincippet.

Det er tydeligt at se, at GA, J. Kokott ikke er enig i Domstolens vurdering af princippet om objektive sammenlignelige situationer. Hun pointerer indledningsvist, at Domstolen i C-446/03, *Marks & Spencer* fastslog, at der foreligger en sammenlignelig situation omend moderselskabets hjemstedsstat beskatter et hjemmehørende datterselskab og ikke beskatter et ikke-hjemmehørende datterselskab, jf. *præmis 40*.

Som det ligeledes blev analyseret i dette speciales kapitel 3, skal der meget til før Domstolen vurdere at der ikke foreligger en sammenlignelig situation. Dette gjorde sig også gældende i sagerne C-315/03, *Anneliese Lenz,* præmis 32 og C-377/07, *STEKO*, præmis 33.

En interessant argumentation omkring objektiv sammenlignelige situationer bruger J. Kokott herefter. I C-172/13 Forslag til afgørelse, *punkt 25*, henviser hun til sag C-48/13, *Nordea Bank Danmark*. Sagen vedrørte i korte træk Nordea Bank, med hovedsæde i Danmark og faste driftssteder i Finland, Norge og Sverige. I en årrække havde samtlige faste driftssteder underskud som blevet modregnet i sin danske skattepligtige indkomst. I år 2000 blev de faste driftssteder omstruktureret til datterselskaber i samme stater. På baggrund af LL § 33 D, stk. 5 foretog Skatteministeriet en genbeskatning af årenes underskud. LL § 33 D, stk. 5 skulle hindre at danske selskaber får fradrag for underskud i det danske selskab og omdanner de faste driftssteder til udenlandske datterselskaber når der oparbejdes overskud. Således mister Danmark beskatningsretten.
Domstolen fastslåer indledningsvist i at genbeskatningen indlysende nok er i strid med Traktatens bestemmelser om etableringsfriheden[[20]](#footnote-20). Hertil bliver det gjort gældende at denne hindring kun ville kunne opretholdes såfremt den vedrører situationer, som ikke er objektivt sammenlignelige, eller er begrundet i et tvingende alment hensyn.
Domstolen gør gældende, at med hensyn til objektive sammenlignelige situationer, så befinder faste driftssteder der er beliggende i en anden medlemsstat i princippet ikke i en situation der er sammenlignelig med en situation for hjemmehørende faste driftssteder, jf. *præmis 24*. Dog vil den sammenlignelige situation alligevel opstå såfremt hjemstedsstaten alligevel beskatter de ikke-hjemmehørende faste driftssteder. Dette skyldes principper som fx globalindkomstprincippet.

Kokotts argumentation er hertil er, at der *ikke* er tale om en sammenlignelig situation mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende datterselskaber med hensyn til beskatningskompetencen, jf. *præmis 26.* Det synes derfor, at være en vigtig pointe, med hensyn til om der foreligger en sammenlignelige situation, er om hvorvidt hjemlandet beskatter eller ikke beskatter det ikke-hjemmehørende datterselskabs løbende overskud.
I Nordea sagen, var der tale om faste driftssteder. Der var *principielt* ikke tale om sammenlignelige situationer, da territorialprincippet medførte at de faste driftssteder ikke var skattepligtige i Danmark. Men i og med at Danmark opkrævede skat af overskud oparbejdet i de udenlandske faste driftssteder kom hjemmehørende og ikke-hjemmehørende faste driftssteder i objektive sammenlignelige situationer, jf. dennes *præmis 24*. Det er bl.a. Nordea-sagens, præmis 24, som Kokott anvender som sin argumentation for at der kan ske en forskelsbehandling i C-172/13. Dette ses af, at eftersom Det Forenede Kongerige ikke beskatter ikke-hjemmehørende datterselskabers løbende positive skattepligtige indkomst, som tilfældet er med hjemmehørende datterselskaber er situationerne ikke i samme situation. Hvis dette argument bliver tiltrådt af Domstolen i sin endelige afgørelse vil argumentet - ud fra en analogislutning fra grænseoverskridende koncernlempelse til medregning af koncernforbundne udenlandske aktiebesiddelser - kunne få en afgørende betydning for SEL § 11 B, stk. 6 fællesskabsretlige status. Dette vil dog blive gennemgået senere i specialet.

I Forslag til afgørelse i sag C-172/13, *punkt 29*, nævner Kokott, at hun ikke vil afvise at der i den pågældende sag *"[...] er tale om sammenlignelige situationer. Efterprøvelsen af objektiv sammenlignelighed skal nemlig blot frasortere tilfælde af forskelsbehandling, der klart og utvivlsomt er velbegrundede."* Ud fra denne formulering virker det til, at Kokott ønsker selve den traditionelle test om objektiv sammenlignelig situationer glider ud af billedet når Domstolen skal vurdere en national bestemmelses overensstemmelse med fællesskabsretten. Dette har Kokott tidligere prøvet at trumfe igennem i et tidligere forslag til Domstolen.
Som hun nævner det i forslagets, punkt 27, så er der en anden årsag til at Kokott henviser til Nordea Bank Danmark-sagen. hun har nemlig - ligesom i sagen, C-172/13 - udarbejdet et forslag til afgørelse i Nordea Bank Danmarks-sagen. Interessant i dette forslag er hendes punkter omkring objektive sammenlignelige situationer, hvor hun direkte opfordre til at ophæve princippet og således ikke anvende det i fremtidige sager. Domstolen accepterede ikke hendes forslag til afgørelse i dens endelige afgørelse, men da hendes argumenter kan vise sig at være interessante og eftersom hun igen i C-172/13 prøver at hive diskussionen op, er forslaget værd at undersøge.

Det bemærkes at Kokotts forslag til afgørelse i Nordea-sagen blev fremsat d. 13. marts 2014, og Domstolens afgørelse blev afgjort d. 17. juli 2014. Der er altså knap et halvt år mellem C-172/13 og C-48/13. Begge sager ligger efter sagerne C-322/11, *K* og C-157/07, *Krankenheim*, som senere i dette speciale begrundes.

Kokott indleder med at have samme vurdering som Domstolens afgørelse, med hensyn til at LL § 33 D, stk. 5 er en begrænsning for etableringsfriheden, jf. forslagets punkt 17.
I efterfølgende punkt 21-28 argumenterer hun for sin holdning vedrørende princippet om objektive sammenlignelige situationer. Hun skriver dog direkte i punkt 23, at efterprøvelsen af objektive sammenlignelige situationer skal ophøre da kravet er en *"dogmatisk reminiscens fra den tid, hvor Domstolen på etableringsfrihedens område alene accepterede begrundelser, der udtrykkeligt var fastsat i traktaten"*, jf. punkt 23.

I *punkt 24* argumenterer hun ganske overbevisende for at efterprøvelsen af princippet er overflødigt da Domstolen i dag skal tage hensyn til uskrevne begrundelser(tvingende almene hensyn). Endvidere, at efterprøvelsen reelt undersøger det samme som Domstolen i sin test foretager i relation til tvingende almene hensyn. Derfor påpeger hun også i *punkt 28*, at Domstolen for fremtiden alene ved sin bedømmelse af om forskelsbehandlingen er berettiget bør undersøge om der foreligger et relevant hensyn der kan begrunde forskelsbehandlingen. Et andet interessant argument der knytter sig hertil findes i *punkt 27*. Det der kan udledes af dette punkt er i korte træk at det ikke giver nogen mening at efterprøve om der foreligger en objektiv sammenlignelig situation. Hvis 'kæden' i Domstolens test knækker allerede ved efterprøvelsen af objektive sammenlignelig situation vil en prøvelse om forholdsmæssighed være afskåret, hvilket ikke ville være tilfældet hvis efterprøvelsen var begrundet i et hensyn.

Hertil forekommer det besynderligt at Kokott har denne indstilling. Der er gennem EU-rettens, efterhånden mangeårig praksis, blevet taget stilling til den frie etableringsret og kapitalens frie bevægelighed omfang. Som mit ovenstående arbejde i dette speciale også syner så har Domstolen hovedsagligt gennem tiden prøvet at skabe én stor frihed hvor forskelsbehandling og restriktioner mod den frie etableringsret skal fjernes medmindre reglerne var begrundet i nogle tvingende almene hensyn og efterfølgende ligeledes overholdt princippet om proportionalitet. Hvis Kokott's argument omkring objektive sammenlignelige situationer bliver til dom, vil det bryde med utrolig mange, indtil videre fastsatte, principper og fortolkningsgrundlag. Det vil ændre hele EU-skatterettens måde at anskue den frie bevægelighed på.
I den endelige afgørelse i Nordea-sagen[[21]](#footnote-21), foretager Domstolen - trods Kokott's forslag - en vurdering af de faste driftssteders objektive sammenlignelige situationer. Dette ses af *præmis 24*, hvor Domstolen anskuer hjemmehørende faste driftssteder som objektiv sammenlignelige med ikke-hjemmehørende fastedriftssteder, såfremt hjemlandet også beskatter de udenlandske faste driftssteder. Altså som en undtagelse til territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2. Det kan minde lidt om det samme argument som Kokott prøver at få trumfet igennem blot overfor selskaber. Netop Kokott's forslag til afgørelse i C-172/13 vedrører alene overførsel af underskud i et udenlandsk *datter*selskab og ikke faste driftssteder.

Modsat faste driftssteder, vil det være et kæmpe tilbageskridt for retspraksis på skatteområdet i fælleskabs-regi. Det ville betyde, at såfremt at et land hvori eksempelvis et moderselskab er etableret ikke kan drage nogen som helst fordel af koncerndannelse med ikke-hjemmehørende datterselskaber. Dette skyldes jo netop at selskaber, modsat faste driftssteder, er selvstændige juridiske enheder og agerer under etableringslandets jurisdiktion. Et moderselskab i land X vil således ikke kunne få fordele ved et datterselskab i en anden medlemsstat da land X ikke kan beskatte det udenlandske datterselskab løbende overskud. Der vil ikke være objektiv sammenlignelighed og en forskelsbehandling vil således være muligt.
Kokott argumenterer for sin holdning bl.a. ved en henvisning til Domstolens afgørelse i C-47/12, *Kronos*. Heri blev det af Domstolen fastslået at et udbytteudloddende selskabs i Tyskland ikke befandt sig i samme situation som et udbytteudloddende selskab i en anden medlemsstat eller tredjeland.[[22]](#footnote-22) I denne sag er det, modsat Nordea-sagen, tale om selskaber.
Det følger, at grunden til selskaberne i Kronos-sagen ikke ansås som objektivt sammenlignelige skyldes at Tyskland vha. nogle DBO'er med disse udenlandske medlemsstater og tredjelande havde frasagt sig kompetencen til at beskatte udbytte udloddet fra selskaber i disse lande, jf. *præmis 82*.
Derudover skyldes manglen på objektiv sammenlignelighed, at den tilbagebetaling som Kronos krævede var det *"logiske modstykke til, at udbytte tages i betragtning, og til en formindskelse af fremførelsesberettiget underskud, der er opnået tidligere."[[23]](#footnote-23)*Det ses altså at det er konkrete omstændigheder der er årsag til, at de pågældende selskaber i Kronos-sagen ikke ansås som objektiv sammenlignelige. Der var konkret tale om at Tyskland efter aftale med de i sagens pågældende lande havde frasagt sig retten til at beskatte udbytte udloddet fra et selskab i en anden medlemsstat. Herved ikke, at sammenligne med Kokott's argument. Generaladvokaten virker til at se alt for generelt på princippet om objektivt sammenlignelige situationer. I følge hende ville Kronos-sagen nok have haft sammen resultat, nemlig af den Tyske "frigørelsesmetode" og "modregningsmetode" kunne opretholdes trods forskelsbehandling, alt efter om det udbytte udloddende selskab var fra Tyskland eller fra en anden medlemsstat. Dog ville Generaladvokatens argumentation - ud fra forslaget til afgørelse i sagerne C-48/13 og C-172/13 - bero på mere overordnet omstændigheder nemlig selskabet jurisdiktion.

Ovenstående tegner sig som en stor omvæltning af princippet om objektive sammenlignelige situationer.
Som det blev analyseret i dette specialets kapitel 3 blev der i den oprindelige Marks & Spencer sag udledt at selskabets hjemsted *kan* være en faktor der kan begrunde nationale bestemmelser som indebære en forskelsbehandling af hjemmehørende og ikke hjemmehørende selskaber.[[24]](#footnote-24) Bemærk her Domstolen siger at det ”*kan være en faktor”*. Dog skal denne bero på en konkret vurdering i den enkelte situation. Der må altså ikke anlægges *generelle* sondringer der hindrer en ligebehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber på baggrund af selskabets hjemsted.
Denne retstilling, fastlagt i Marks & Spencer-sagen vil blive vendt om til det modsatte. Ifølge Kokott skal alene en generel sondring omkring selskaberne hjemsted være afgørende for om fremførsel af underskud kan tillades.

 Hvis denne holdning ville blive tiltrådt af Domstolen ville en regel som SEL § 11 B, stk. 6 have en langt større chance for at blive overensstemmende med fællesskabsretten end tidligere antaget i dette speciale. Ganske rigtigt vedrører Marks & spencer underskuds anvendelse oparbejdet i en anden medlemsstat, men ikke desto mindre vil den generelle sondring om selskabernes jurisdiktion have en effekt på flere områder. Det ville højst sandsynligt starte en ny kædereaktion af sager, hvis omstændigheder tidligere har været anset som objektivt sammenlignelige til nu ikke at være, grundet den nye måde at fortolke princippet på. Det vil altså være et stort tilbageskridt for fællesskabsretten og ikke mindst på skatteområdet hvis en sådan argumentation ville anvendes af Domstolen. Dette vil senere blive perspektiveret. Det skal her nævnes, at det i dette speciales kapitel 3 fastslået, ikke længere vil have gyldighed hvis princippet om objektive sammenlignelige situationer skal anskues som ovenstående. Det ville medføre, at Danmark, i overensstemmelse med fællesskabsretten, kan nægte at tillade medregning af udenlandske kapitalbesiddelser, (og deraf fradrag for nettofinansieringsomkostninger) i et dansk moderselskabs aktivmasse, alene fordi det tilhørende datterselskab ikke bliver beskattet i Danmark af sit løbende overskud. Dette lyder måske som en forhastet vurdering fra undertegnedes side. Ikke desto mindre vil ovenstående kunne danne grobund for en langt mindre frihed inden for Traktatens frihedsbestemmelser og som der på indirekte måde også ville påvirke SEL § 11 B, stk. 6.
Hertil skal det bemærkes at General Advokat, Kokott jo netop ønsker at princippet om objektive sammenlignelige situationer skal forkastes eller i det mindste udelades når situationerne er klart og utvivlsomt velbegrundet, jf. hendes argumenter i Nordea-sagen og C-172/13. Effekten af et mindre fokus på objektive sammenlignelige situationer er, at fokus bliver lagt på, om der er tvingende almene hensyn der kan begrunde en hindring og derved åbne op for en efterfølgende proportionalitetsvurdering.

### 6.1.3 - Tvingende almene hensyn

 Som indledt i dette kapitel indeholder General Advokat, Kokott's, forslag til afgørelse i sag C-172/13, interessante elementer vedrørende anvendelsen af de *tvingende almene hensyn*.

I General Advokatens argumentation vedrørende *begrundelse* for den restriktive lovgivning i Det Forenede Kongerige siger hun i *punkt 31*, at *"Den omstændighed, at ikke-hjemmehørende datterselskabers aktiviteter ikke er skattepligtige i Det Forenede Kongerige, udgør en sådan begrundelse."*
Det virker til lidt af den samme argumentation, som blev brugt under princippet om objektive sammenlignelige situationer. Det ses at være udslagsgivende, hvorvidt en medlemsstat har beskatningsretten over et ikke hjemmehørende selskab.

Hvis dette argument var fast retspraksis ville tvingende almene hensyn, som *sammenhæng i beskatningsordningen* og *fordelingen af beskatningskompetencen* få et større anvendelsesområde end de indtil videre har haft.[[25]](#footnote-25) Kokott's argumentation og mening om anvendelsen af hensynene gør vurderingen vedrørende lovlige restriktioner meget forsimplet, ifht. nuværende retspraksis.

General Advokaten udtrykker selv, i forslag til afgørelse i sag C-172/13, *punkt 31*, at uanset hvilket hensyn der forsøges at presses ned over en værnsregel omkring anvendelsen af underskud så er det i sidste ende beskatningsretten over et ikke-hjemmehørende selskab der er afgørende.

Det er igen samme argument vedrørende selskaberne jurisdiktion, der begrunder ønsket om en ny retstilling vedrørende anvendelsen af de tvingende almene hensyn.
Dette hænger også sammen med at General Advokaten i sit Forslag til afgørelse i Nordea Bank-sagens punkt 24 begrunder, at Domstolen i vurderingen af sammenlignelige situationer *”[…]undersøger det samme, som den senere efterprøver endnu en gang i relation til begrundelsen”*.

Som det blev fastslået i sag C-446/03, *Marks & Spencer*, så var en restriktion, der udelukkede mulighed for anvendelse af underskud i et moderselskab placeret i en anden medlemsstat, uproportional, hvis alle muligheder for anvendelse af underskuddet i det underskudoparbejdende selskabs hjemland. Med Kokott's forslag vil dette ikke længere være tilfældet. I hendes forslag til afgørelse[[26]](#footnote-26) mener hun, at "*også fuldstændig nægtelse af modregning af underskud i et ikke-hjemmehørende datterselskab opfylder proportionalitetsprincippet*". Endvidere ser det ud til, at når der er tale om anvendelse af underskud er de tvingende almene hensyn vedrørende, *hensynet til sikring af sammenhængen i en skatteordning* eller *fordeling af skattekompetencen*, hensyn der nu kan tillades umiddelbart. Som fastslået tidligere i dette speciale, skulle et hensyn som fordelingen af beskatnings-kompetencen, støttes op ved hjælp af enten dobbelt dip, eller rent kunstige arrangementer,[[27]](#footnote-27) som det blev bestemt i C-446/03, *Marks & Spencer*, og C-196/04, *Cadbury Schweppes*. Det ser ud til nu, at såfremt Domstolen, tager Kokott's dette punkt i forslaget til afgørelse i anvendelse, vil *fordelingen af beskatningskompetencen*, som hensyn kunne stå alene. Dette er altså en direkte ændring af den nu gældende retstilling.
Det kan altså siges at være et tilbageskridt for selve EU-retten hvis ovenstående skal fortolkes på denne måde. Sagen vedrører anvendelse af underskud, men princippet om selskabet jurisdiktion og hvilket medlemsland der har beskatningsretten over det konkrete selskab, vil åbne op for mange spørgsmål. Hvad med fradrag for tab på kapitalandele? Hvad med koncernbidrag? osv. Det vil være en helt ny - og langt mere streng - måde at vurdere de Traktat hjemlede bestemmelse om den fri etableringsret og kapitalens fri bevægelighed.

*Betydning for SEL § 11B, stk. 6*

 Såfremt fordelingen af beskatningskompetencen, som hensyn, skal anvendes på ovennævnte måde sammenholdt med det fastlagte vedrørende objektive sammenlignelige situationer, er det klart at retsstillingen vedrørende SEL § 11 B, stk. 6 vil blive påvirket.
I tidligere kapitel 3, "Objektive sammenlignelige situationer", blev det ved vurdering efter princippet anvendelse i sagerne Anneliese Lenz, STEKO og Marks & Spencer, fundet at et dansk datterselskab og et ikke-hjemmehørende datterselskab(begge kontrolleret af et dansk moderselskab), befinder sig i en sammenlignelig situation hvad angår medregning af kapitalandele i sit moderselskabs aktivmasse. Ligeledes blev det i kapitel 4, "Tvingende almene hensyn som begrundelse for opretholdelse af SEL § 11 B, stk. 6", vurderet at ingen af de relevante hensyn kunne begrunde en restriktion for den frie etableringsret, fundet i SEL § 11B, stk. 6.
Ud fra en samlet vurdering af Kokott's forslag til afgørelse i sag C-172/13, vil retstillingen for SEL § 11B, stk. 6 ændres. Da et dansk datterselskab og et ikke-hjemmehørende datterselskab(begge kontrolleret af et dansk moderselskab), *ikke* længere befinder sig i en sammenlignelig situation hvad angår medregning af kapitalandele i sit moderselskabs aktivmasse, begrundet i selskabernes forskellige jurisdiktion. Sagt på en anden måde - Danmark har ikke beskatningsretten over det ikke-hjemmehørende datterselskabs løbende overskud. Samtidig kan fordelingen af beskatnings-kompetencen nu stå alene som tvingende alment hensyn, som kan begrunde en forskelsbehandling, da Danmark som argument ikke skal kunne lide tab når Danmark ikke samtidig har beskatningsretten over det udenlandske selskab. En fuldstændig, nægtelse synes endvidere at overholde proportionalitetsprincippet ud fra Kokott's forslag til afgørelse.
Sagen, C-172/13, vedrører ganske rigtigt grænseoversskridende underskudsfremførsel, men Kokott's *principielle* argumentation, anvendes her på medregning af udenlandske kapitalandele med medfølgende fradrag for nettofinansieringsomkostninger. Dette skyldes at undertegnede vurderer at anvendelsen af princippet om objektive sammenlignelige situationer, og hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen vil medfører en principiel anderledes anvendelse på andre sagers konkrete omstændigheder.

### 6.1.4 - Opsummering og retstilling efter domsafsigelse i C-172/13

Ud fra ovenstående analyse kan det siges, at den retstilling som i dette speciales kapitel 6 blev fastslået, ville ændres såfremt Kokott's forslag til dom i sag C-172/13, blev anvendt af Domstolen i sin endelige domsafgørelse.

Hensigten i dette afsnit er at undersøge hvorledes Domstolen tog anvendelse af Kokott's forslag. Gælder Marks & Spencer-undtagelsen stadig? Hvad siger Domstolen vedrørende den objektive sammenlignelige situation samt de tvingende almene hensyn? Og er SEL § 11B, stk. 6 ud fra en endelig vurdering stadig i strid med fællesskabsretten efter den nyafsagte dom?

 Domstolens endelige afgørelse ender ud med at fastholde, at Det Forenede Kongeriges regler i Coporation Tax Act 2010, vedrørende muligheden for anvendelsen af endeligt underskud oparbejdet i et ikke-hjemmehørende datterselskab, *ikke* er i strid med art. 49 TEUF og etableringsfriheden.

Kommissionens påstand om, at de engelske regler gør det så godt som umuligt i praksis at opnå koncernlempelse deles ikke med Domstolen. Reglen om hvornår dette underskud skal bestemmes står i Section 119(4) som bestemmer, at vurdering skal foretages *"i forhold til den situation, som foreligger umiddelbart efter afslutningen"* af det skatteår, hvor underskuddet er lidt.

Hertil svarer Domstolen at *"Kommissionen ikke har godtgjort rigtigheden af sin påstand om, at Section 119(4) i CTA 2010 kræver, at det ikke hjemmehørende datterselskab afvikles inden afslutningen af det skatteår, hvor underskuddet er lidt, for at datterselskabets moderselskab kan opnå grænseoverskridende koncernlempelse.",* jf. præmis 34.
Endvidere mht. til den 'endelige karakter' af underskuddet, som blev fastslået i sagen, C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 55[[28]](#footnote-28), siger Domstolen at *"underskud lidt af et ikkehjemmehørende datterselskab kun kan fastslås, hvis selskabet ikke længere oppebærer indtægter i den medlemsstat, hvor det har hjemsted."* jf*. præmis 36.*  Denne betingelse bliver af Domstolen fastslået, herefter at være opfyldt når *"datterselskabet umiddelbart efter afslutningen af det skatteår, hvor underskuddet er lidt, er ophørt med sine erhvervsaktiviteter og har solgt eller fjernet samtlige sine indtægtsgenererende aktiver."* jf. præmis 37. Hermed har undertegnede forsøgt at optegne den tydelige linje der er mht. hvornår det kan statueres, at et selskab ikke længere har erhvervsmæssig aktivitet.
Det ses endvidere, at Domstolen i C-172/13, har forsøgt at præcisere Marks & Spencer-undtagelsen. Nærmere konkret *hvornår* forligger der så denne endelige karakter som blev bestemt i den oprindelige Marks & Spencer sag's præmis 55. Hertil kan det jo ganske naturligt siges at den retssikkerhed som Kokott påberåber Marks & Spencer -undtagelsen giver anledning til, med denne sag falder til jorden. Det er tydeligt at Domstolen ikke har valgt at forkaste Marks & Spencer-undtagelsen på baggrund af Kokott's forslag til afgørelse. Muligvis pga. af de mange følger afgørelsen så ville få hvis Domstolen gjorde dette. Dette vil også danne grund for en perspektivering sidst i dette speciale.

Det fremgår tydeligt i dommen, at Domstolen vælger *ikke* at forkaste Marks & Spencer undtagelsen. For ikke at bevæge sig forlangt væk fra SEL § 11 B, stk. 6's område skal det blot her konkluderes, at trods Kokott's argument om at den var for udefineret, skabte rets-usikkerhed og dermed årsag til flere sager om undtagelsens anvendelse, og er selvmodsigende mod øvrig retspraksis[[29]](#footnote-29), gælder Marks & Spencer-undtagelsen således stadig. Ud fra Domstolens afgørelse kan det dermed siges, at det stadig vil være i strid med etableringsfriheden i art. 49 TEUF at nægte fradrag for underskud oparbejdet af et ikke-hjemmehørende datterselskab, *såfremt* underskuddet er endeligt fastlagt, og ikke kan anvendes på andre måder i det ikke-hjemmehørende datterselskabs etableringsland. Dog blot tilføjet at betingelsen om den endelige karakter af underskuddet er opfyldt når datterselskabet har afviklet alle sine indtægtsgivende aktiviteter[[30]](#footnote-30). Dog er der ingen krav om at der skal være indledt likvidation.[[31]](#footnote-31) [[32]](#footnote-32)

For at komme tilbage til SEL § 11 B, stk. 6 skal det bemærkes at Kokott's øvrige punkter vedrørende objektive sammenlignelige situationer, hensynet til sammenhæng i skatteordningen og hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen bliver ikke nævnt i domsafgørelsen til sag C-172/13.
Det må derfor konkluderes at retstillingen vedrørende disse stadig er den samme som før afsigelsen af dommen i C-172/13.
Dvs. at *hensynet til sammenhæng i beskatningsordningen*, stadig kun kan påberåbes såfremt det er den samme fysiske eller juridiske person der både opnår fordele og ulemper.[[33]](#footnote-33)
Hensynet til *fordelingen af beskatningskompetencen* kan stadig ikke stå alene og skal derfor støttes af hensyn som dobbelt dip og rent kunstige konstruktioner.[[34]](#footnote-34)

Ud fra en samlet vurdering er konklusionen at SEL § 11 B, stk. 6 stadig er i strid med fællesskabsretten. Ud fra en 'mindre i det mere betragtning' kan det siges at Domstolen stadig ikke tillader medlemslande, at opstille værnsregler der nægter grænseoverskridende koncernlempelser, som omtalt i Marks & Spencer-sagen, og nu igen fastslået i C-172/13. Kun såfremt muligheden for anvendelse i det ikke-hjemmehørendes datterselskabs etableringsland stadig er muligt kan moderselskabets hjemland vælge at afskære koncernlempelse.
Man kan strække den så langt at sige, at når art. 49 TEUF er til hinder for værnsregler vedrørende restriktioner om anvendelse af underskud over grænserne, må medregning af kapitalandele i ikke-hjemmehørende kontrollerede datterselskaber, med efterfølgende fradrag for nettofinansierings-omkostninger også være omfattet af etableringsfriheden. Selv ud fra en misbrugsbetragtning kan dette argument anvendes. Et underskud, kan konstrueres og derved skabe mulighed for koncerner at vælge den mest gunstige skatteopsætning. Dette kan fx også ses af, at et hensyn som fordelingen af beskatningskompetencen skal følges op med et hensyn til undgåelse af dobbelt dip og rent kunstige konstruktioner.
Her overfor står SEL § 11 B, stk. 6, som gentagne gange er blevet forklaret. I modsætning til anvendelse af underskud vedrøre medregning af kapitalandele noget som direkte kan observeres. En medregning af ex. 70 pct. ejerskab af egenkapitalen i et udenlandsk datterselskab kan meget vanskeligt konstrueres. En nægtelse af denne medregning på baggrund af at det pågældende kontrollerede datterselskab ikke er placeret på dansk grund, må ud fra en ren etableringsretlig synsvinkel synes meget modsigende. En grundlæggende frihed, som etableringsretten, der ikke skulle være til hinder for den frie anbringelse af sin investering må være imod hele etableringsfrihedens formål.
Endvidere, at fællesskabsretten kan hindre regler mod underskudsanvendelse i en anden medlemsstat men ikke hindre regler mod fradrag for nettofinansieringsomkostninger grundet begrænsninger i kapitalandel medregningsprocenten, ville være ulogisk. i Dette tilfælde ville fællesskabsretten være selvmodsigende og ikke skabe retssikkerhed - sagt med Kokott's ord.

# 7 - Lov ændring i 2009

## 7.1 - Hvilken fællesskabsretlig betydning har lovændringen for retstillingen?

Som en lovændring til den danske bestemmelse i SEL § 11 B, stk. 6 er lovforslaget L202 fremsat i skatteåret 2008/09. I dette fremgår det af § 14, nr. 16, at de 20 % i SEL § 11 B, stk. 6 nedsættes med 2,5 procentpoint årligt til at i år 2017 af udgøre 0 %.

Hvilken fællesskabsretlig betydning har dette for det, i dette speciale, gennemgået problemstilling?

At bestemmelsen bliver ændret således, at det for fremtiden (fra år 2017) overhovedet ikke er muligt at medregne nogen form for aktiebesiddelser i udlandet til beregningen af nettofinansieringsomkostningerne, synes ikke at stille § 11 B, stk. 6 fællesskabsretlige stilling bedre. Nærmest tværtimod.

Som det er undersøgt i denne speciale, så er SEL § 11 B, stk. 6 fra 2007 i forvejen i strid med fællesskabsretten. Hvis stridigheden ellers kunne gradbøjes kan det tilnærmes, at Danmarks fra at tillade at kunne medregne ’lidt’ til ’nul’ gør kun situationen værre.

De danske regler om medregning af investering i udenlandske aktier vurderes altså ikke at være forenelige med fællesskabsretten. Dette synes at være både før og efter ovenstående lovændring. Der ses ingen relevant begrundelse til at behandle denne lovændring yderligere ud fra en fællesskabsretlig tilgang.

# 8 - Konklusion

 Igennem denne speciale er, det gentagne gange, blevet fastslået, at Selskabsskatteloven § 11 B, skt. 6 har fællesskabsretlige problemer. Reglen gør, på en diskriminatorisk måde, forskel på medregningen af udenlandske og indenlandske kapitalinteresser i koncernforbundne datterselskaber i det danske moderselskabs aktivmasse. Dette er en forskelsbehandling der gør det *mere byrdefuldt* for et dansk moderselskab, at investere i selskaber i andre lande end Danmark, end hvis den investerede kapital blev indskudt i et dansk selskab.

I sagerne, C-446/03, *Marks & Spencer,* C-315/03, *Anneliese Lenz* og C-377/07, *STEKO*, som blev analyseret og fortolket i denne speciales kapitel 2, blev der i hver enkelt sag af Domstolen, fastslået, at de enkelte medlemslande ikke må opstille hindringer der gør aktiviteter over grænserne mere byrdefulde end rent national funderet. Dette gælder ligeledes for hjemlandet, der heller ikke må opstille hindringer for et hjemmehørende selskab, der ønsker aktivitet i en anden medlemsstat. Dette gjaldt mht. underskudsanvendelse, forskel i beskatning af kapitalindtægter og tab på kapitalandele. En analogislutning fra dette afsnit gør det klart, at SEL § 11 B, stk. 6 er en hindring for fællesskabsretten.

I kapitel 3 blev det konkluderet, ud fra Domstolens stillingtagen i ovennævnte sager, at Danmark ej heller kan gøre gældende, at der kan forskelsbehandles på baggrund af ikke-objektivt sammenlignelige situationer. Der må altså ikke anlægges *generelle* sondringer der hindre en ligebehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber på baggrund af selskabets hjemsted, jf. C-446/03, *Marks & Spencer.* Et dansk moderselskab der investerer kapital i et dansk datterselskab og deraf ønsker medregning i sin aktivmasse, for at få fradrag for sine nettofinansieringsomkostninger, er objektivt sammenlignelig med situationer hvor der var investeret i et ikke-hjemmehørende datterselskab. Denne retstilling er i kapitel 7, blevet fastslået ikke at blive berørt at General Advokat, Juliane Kokott's forslag til afgørelse i sag, C-172/13. Forslaget vedrørende en objektiv fortolkning af skatteobjektets jurisdiktion blev ikke omtalt i Domstolens afgørelse, hvorfor retstilling må være uændret.

SEL § 11 B, stk. 6 kan altså herefter, kun opretholdes i tilfælde af, at den kan begrundes i *tvingende almene hensyn*. Som det blev udledt i kapitel 4, så kunne en sådan bestemmelse kun synes begrundet i hensynet til *fordelingen af beskatningskompetencen*. Dette har dog efter domspraksis kun vist sig at kunne accepteres hvis dette hensyn støttes op sammen med hensyn mod *misbrug*, *rent kunstige konstruktioner* og *risikoen for dobbelt dip*. Den danske bestemmelse synes dog ikke at kunne begrundes i en kombination af disse. Årsagen heri skal først og fremmest findes i det faktum, at reglen vedrører fradrag for nettofinansieringsomkostninger efter SEL § 11 B, stk. 4 oparbejdet i det danske moderselskab og ligeledes fradraget i Danmark hos selvsamme moderselskab. I kapitel 7, blev det endvidere vurderet, at General Advokat Kokott's forslag til afgørelse i sag C-172/13, ikke har ændret praksis vedrørende anvendelsen af hensynene, sammenhæng i beskatnings-ordningen(skattesystemet), eller fordelingen af beskatningskompetencen. Forslaget bliver ikke omtalt i Domstolen afgørelse i C-172/13, hvorfor retstillingen vedrørende fortolkningen af disse hensyn stadig er den samme som før forslaget.

Endvidere vurderes SEL § 11 B, stk. 6, som upropotionel og er dermed en hindring for fællesskabet, som ikke kan opretholdes. Dette begrundes endvidere i at eftersom Domstolen i begge Marks & Spencer sager har fastslået at det er uproportionalt fra medlemslandenes side at opstille værnsregler der fuldstændig nægter fradrag for endelige underskud oparbejdet i et datterselskab beliggende i en anden medlemsstat. Ud fra en mindre i det mere betragtning må SEL § 11 B, stk. 6 ligeledes anses, som uproportionel. Dette især når det i øvrigt medtages at fradrag for nettofinansieringsomkostninger vanskeligere end underskud kan konstrueres.

I Marks & Spencer sagen, blev det af Domstolen bestemt, at med hensyn til underskud, som ønskes anvendt hos moderselskabet i en anden medlemsstat, kunne dette først anvendes, hvis alle muligheder for anvendelse i landet for oparbejdelsen af underskuddet var udtømt og underskuddet dermed ville gå tabt - også omtalt som underskud af endelig karakter. Det blev herefter undersøgt, som Danmark kunne påberåbe lignende vedrørende medregning af udenlandske kapitalinteresser. Dermed accepterede Domstolen i sag C-231/05, *OY,* at der kunne nægtes et fradrag i Finland for koncerntilskud fra det finske datterselskab til sit engelske moderselskab. Dette kunne lade sig gøre med henvisning til et hensyn om *fordelingen af beskatningskompetencen* og *misbrug*. Det er derfor nødvendigt, at undersøge, om Danmark ved henvisning til SEL § 31 A, kunne opretholde SEL § 11 B, stk. 6.

Et valg om international sambeskatning i SEL § 31 A, gør det muligt for det danske moderselskab at medregne sine fulde udenlandske kapitalinteresser. Dog vil dette samtidig betyde at det danske moderselskab *samtidig* skal lade sig sambeskatte af *alle* sine danske og udenlandske aktiviteter i form af, selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme i alle lande. Dette er selvfølgelig en stor byrde for et moderselskab i Danmark der blot ønsker, at kunne medregne en investering i et udenlandsk koncernforbundet datterselskab.

Det er en vurdering der skal foretages, hvor sagerne C-270/83, *Avoir Fiscal*, og C-330/91, *Commerzbank*, på den ene side fastslåer, at en bestemt lovgivning (her SEL § 11 B, stk. 6), skal betragtes *isoleret* set, og at der ikke kan henvises til at ulempen opvejes med en fordel et andet sted i lovgivningen. Hertil støtter selve ’sjælen’ bag fællesskabet. Det er klart at hvis det accepteres, at Danmark kunne slippe af sted med at henvise til et regelsæt vedrørende international sambeskatning, ville det sætte frihedsfølelsen og eliminere det frie valg, som i mange andre sager er blevet opholdt, bl.a. i sagerne C-307/97, *Saint Gobain*, og C-311/97, *Royal Bank of Scotland*.

På modsatte side, har vi sagerne C-231/05, *OY* og C-446/03, *Marks & Spencer*. I OY-sagen fastslog Domstolen, at en nægtelse af fradrag for koncernbidrag til et moderselskab i en anden medlemsstat kunne tillades ud fra hensynet til *fordelingen af beskatningskompetencen* og undgåelse af *misbrug*. I Marks & Spencer-sagen, blev det, som tidlige beskrevet, fastslået at alle muligheder for anvendelse af underskud i hjemlandet skal være opbrugt. Ved en analogisering af den principielle tanke bag Marks & Spencer-undtagelsen til andre faktiske omstædigheder, kan SEL 31 A, være denne såkaldte sidste mulighed for medregningen.

Det er en skarp vurdering, som indeholder elementer fra alle kapitler i dette speciale, der i sidste ende skal afgøre om hvorvidt SEL § 11 B, stk. 6 kan opretholdes og anvendes i Danmark. Dog må det ud fra undertegnede vurderes, at SEL § 11 B, stk. 6 fællesskabsretlige status må synes som stridende mod etableringsfriheden og anvendelsen over for selskaber inden for unionen er derfor i strid med EU-retten.

Dette skyldes primært at Marks & Spencer-sagen og OY-sagen vedrører, hhv. koncernlempelse, og fradrag for koncernbidrag. SEL § 11 B, stk. 6 er ingen af disse ting. Bestemmelsen er fradrag for nettofinansieringsomkostninger oparbejdet i Danmark og fradraget i Danmark for medregningen af udenlandske kapitalinteresser i sin aktivmasse. Disse bør derfor vurderes separat. Derudover har Domstolen for nyligt i C-172/13 igen fastslået at en total nægtelse af anvendelse af underskud oparbejdet i et datterselskab beliggende i en anden medlemsstat ikke er tilladt. Derfor må det ud fra undertegnede være mindst lige så uproportionelt at opstille hindringer der forhindre en ensartet medregning af kapitalbesiddelser alt efter fra hvilken medlemsstat kapitalbesiddelserne hidrører. Derfor vil konklusionen ud fra en samlet vurdering være, at Danmark ikke med henvisning til praksis i OY og Marks & Spencer, kan undskylde reglen i SEL § 11 B, stk. 6 med en mulighed for valg af international sambeskatning.

Med General Advokat, Juliane Kokott's, Forslag til Afgørelse til sag, C-172/13 var der lagt op til arguementer der, i mange henseender, kunne ændre hele Domstolens måde at teste for EU-stridige bestemmelser. Det er især med henblik på princippet om objektive sammenlignelige situationer og de tvingende almene hensyn, at der ville ske en omvæltning. Denne analyse og vurdering blev foretaget i specialets kapitel 6. Dog tog Domstolen ikke stilling til disse holdninger i dens domsafsigelse i sag, C-172/13. Reststillingen må derfor konkluderes, at være den samme trods Kokott's mange velbegrundede argumenter.

Afslutningsvist skal det endvidere konkluderes, at lovændringen fra lovforslaget L202 fremsat i skatteåret 2008/09 ikke har gjort retstillingen for SEL § 11 B, stk. 6 bedre. Lovændringen har blot medført at de 20 % medregning udfases til 0 % i år 2017. Bestemmelsen er hermed blot blevet mere uoverenstemmig.

For at besvare denne speciales indledende problemstilling vil konklusionen være at SEL § 11 B, stk. 6 ikke er forenelig med EU-retten.

# 9 - Perspektivering over forslag til afgørelse i sag C-172/13

 Selskabsskattelovens § 11 B, stk. 6's fællesskabsretlige overensstemmelse er nu i forrige kapitel blevet analyseret og vurderet EU-stridig. I dette kapital vil specialet bevæge sig lidt ud af det omkredsede område for den danske bestemmelse. Dette skyldes at undertegnede ønsker at se nærmere på selve General Advokatens forslag til afgørelse i sag C-172/13. Mere konkret vil der perspektiveres over nogle eventuelle følger for fællesskabsretten såfremt forslaget var blevet til afgørelse. Endvidere, hvad der kan skyldes at Domstolen ikke tog stilling til de mere konkrete argumenter i forslaget. Afslutningsvis en generel stillingtagen til General Advokatens mere 'kritiske' argumenter, som umiddelbart synes tvivlsomme.

 Hvis det rent hypotetisk forestilles, at Domstolen i sag C-172/13 havde anvendt General Advokat, Juliane Kokott's indvendinger og holdninger i sin endelige afgørelse ville det ikke alene vedrører en omfortolkning af den oprindelige Marks & Spencer sag. Undtagelsen i dennes *præmis 55* ville være bortfaldet som følge af General Advokatens argument om retssikkerhedsprincippet samt dens *uforudsigelige* anvendelsesområde. Der ville dog også have været andre følger. Som det tidligere er gennemgået ville en anderledes anskuelse af de omtalte tvingende almene hensyn samt princippet om objektivt sammenlignelige situationer have mange konsekvenser for hele EU-retten.

Hvis en hindring for etableringsfriheden alene kunne retfærdiggøres på baggrund af skattesubjekternes jurisdiktion vil der ikke længere være grund til at vurdere de tvingende almene hensyn da 'kæden knækker' allerede ved princippet om objektive sammenlignelige situationer. Utallige sager som har været til behandling for Domstolen står og falder med om den pågældende nationale restriktive lovgivning kan begrundes i misbrugshensyn og lignende. Størstedelen af de sager der har været til behandling for Domstolen har alle på en eller anden måde været genstand for en udvidelse af frihedsrettighederne, samt en indsnævring for medlemslandene til at beskytte sit skatteprovenu.

Såfremt Kokott's ide om, at lade juridiske personers beskatningssted være afgørende for om skattemæssige fordele kan tildeles over grænser, vil det ud fra undertegnes vurdering være et stort tilbageskridt for fællesskabsretten. Det vil endvidere stride imod hele grundtanken om et frit marked uden forskelsbehandling. Selve kernen af friheden for etablering vil smuldre og miste sin praktiske anvendelse. Meget af den domstolsskabte praksis, som gennem de sidste mange år har synes at ville udvide anvendelsesområdet for etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed vil blive ubrugeligt, og vil i mange faktuelle omstændigheder ikke kunne betegnes som gældende ret. Dette tilbageskridt vil, efter undertegnedes vurdering, være én af de årsager til, at Domstolen ikke har kunnet henvise til forslaget i dens afgørelse. Domstolen har nok også haft det indtryk, at denne omvæltning alene ville skabe stor rets-usikkerhed. Hvis retspraksis på denne omfattende måde skulle omfortolkes og anvendes på omtalte måde, vil det skabe en usikkerhed over hvad man, som skatteyder og rettighedshaver egentlig kan forvente og regne med fra Domstolens side. Endvidere vil mange af de tidligere sager kunne tages op igen af medlemslandene, idet mange sagers afgørelse har enormt store økonomiske konsekvenser for selskaber inden for EU.

 Netop princippet om retssikkerhed er også et argument fra General Advokatens side, hvilket kommer frem i *punkt 52* i hendes forslag til afgørelse. Efter hendes synspunkt er Marks & Spencer-undtagelsen årsag til rets-*usikkerhed*, med den begrundelse at hun 1)mener den i praksis er umulig at anvende og at den 2) ikke er dybere fortolket mht. sin anvendelse. Umiddelbart kan hendes argument følges. Domstolen har dog med sag C-172/13, netop forsøgt at give en pejling af hvordan undtagelsen kan anvendes og har således ikke fundet de engelske regler i Coporation Tax Act 2010 i strid med EU-retten. Samtidig kan det ikke undgås at falde hen i en tanke om selve forkastelsen af Marks & Spencer-undtagelsen i sig selv skaber usikkerhed i retssystemet. Kokott nævnes selv, at princippet om retssikkerhed skal skabe en følelse af *forudsigelighed.* En rettighed omkring anvendelse af underskud når alle muligheder er udtømt i en anden medlemsstat(kort ridset op) skaber immervæk en rettighed for de berørte selskaber. At den er indsnævret og er bundet op på en række krav om underskuddets endelige karakter er hvad det er. Men hvis Domstolen forkastede Marks & Spencer-undtagelsen i den nyafsagte dom i sag, C-172/13, vil det i sig selv skabe usikkerhed of uforudsigelighed overfor skattebetalere da det også her vil være grund til betænkeligheder over hvornår EU-retten er pålidelig og hvornår man kan regne med dens afgørelse. Det vil med andre ord være svært at tilpasse sig Domstolens praksis hvis den med års mellemrum bliver trukket tilbage og ændret. Domstolen har så den mulighed at de pga. EU-rettens dynamiske udvikling, i senere sager kan indskrænke og udvide anvendelsesområdet for denne undtagelsesmulighed. Dette er domsafgørelsen i C-172/13 et eksempel på. Netop, som Kokott korrekt pointere, at Domstolen ikke i C-446/03, *Marks & Spencer*, uddybende fastlægger de nærmere konkrete anvendelsesmuligheder for undtagelsen i dennes præmis 55, samt at der ikke konkret forslået hvorledes Det Forenede Kongeriges regler skal udformes for at være i overensstemmelse med fællesskabsretten. Blot at en fuldstændig nægtelse af underskudsanvendelse er uproportionel. Det virker endvidere til at General Advokaten har trukket hendes argument omkring retssikkerhedsprincippet ud af etableringsfriheden og op på niveau med det indre marked. Hendes argumentation bygger meget på, at det ikke kan være hensigten med det frie marked at have en ordning som gælder for Marks & Spencer-undtagelsen, jf. hendes ordvalg i punkt 44 og 49. Det virker som en forkert opfattelse af EU-retten. De konkrete omstændigheder bag Marks & Spencer-sagen bør vurderes isoleret i forhold til Traktatens bestemmelser om etableringsfriheden i artikel 49/54 TEUF. Hvis man vurderer Marks & Spencer-undtagelsen ud fra argumenter om det indre marked får diskussionen en anden form.

 Som det også er fremgået tidligere i denne speciale har Domstolen ikke efterladt megen sympati for General Advokatens argumenter i den endelige domsafsigelse i C-172/13. Domstolen gør kort beskrevet blot op med Det Forenede Kongeriges nye regler i Corporation Tax Act 2010 og dennes overensstemmelse med retspraksis fra den oprindelige Marks & Spencer sag.

Domstolen tager bl.a. ikke stilling til General Advokatens indvendinger om anvendelsen af princippet om objektivt sammenlignelige situationer eller 'genoplivningen' af hensynet til sammenhængen i skatteordningen og fordelingen af beskatningskompetencen som tvingende almene hensyn der alene kan opretholde en restriktiv lovgivning. Idet Domstolen ikke tager stilling til disse er det undertegnedes opfattelse at retsstillingen på dette område, før afsigelsen af dom i sag C-172/13, stadig er gældende retspraksis. Dette er også grunden til at den fællesskabsretlige retstilling for SEL § 11 B, stk. 6 stadig er den samme efter afsigelsen af C-172/13, trods Forslaget til afgørelse til denne sag.
Omvendt afviser Domstolen heller ikke General Advokatens pointer og det ville derfor være interessant om hendes argumenter kan komme til sin ret hvis sagens faktiske omstændigheder havde været anderledes. Dette skal der dog ikke fremsiges yderligere kommentarer til da det ville være svært at forudsige. Hvad der dog springer i undertegnes øjne er at Domstolen alligevel i sin endelige afgørelse, til en vis grad yderligere præciserer Marks & Spencer undtagelsen.

Med hensyn til denne præcision, er det først og fremmest relevant, at se på General Advokatens Forslag til afgørelse i sag C-172/13. I denne henviser hun i forslagets *punkt 39* ganske korrekt til sag, C-322/11, *K*. I dennes *præmis 79* siger Domstolen, at en medlemsstat *"ikke skal tage hensyn til underskud fra en ikkehjemmehørende virksomhed, såfremt hensyntagen til underskud retligt set er udelukket på det sted, hvor virksomheden er beliggende"*. Dette bunder i at en medlemsstat ikke skal kompensere for anvendelsen af et underskud på grund at en anden medlemssats særegenheder i sin lovgivning jf. C-322/11, *præmis 78*.

Domstolen henviser her til en tidligere sag, C-157/07, *Krankenheim*. I dennes *præmis 49* blev det ligeledes af Domstolen lagt fast, at medlemsstaten ikke skal påtage sig de negative konsekvenser af en anden medlemsstats særegenheder. I denne sag var der tale om *et fast driftssted*. Dette er en retstilstand som ved Domstolens afsigelse i C-172/13 nu også gælder for selskaber. I C-172/13, *præmis 20*, er det ønsket fra Tyskland, at Marks & Spencer-undtagelsen tages op til revision efter de lidt senere afgørelser i Krankenheim og K.

Dette tager Domstolen også stilling til i sag, C172/13, *præmis 33.*
Her siger Domstolen, at i en situation hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab er etableret i en medlemsstat hvori der ikke er en lovgivning der gør det muligt at fremføre underskud, kan den medlemsstat, hvor moderselskabet er placeret vælge at nægte at tillade underskudsanvendelse oparbejdet i det ikke-hjemmehørende datterselskab uden at etableringsfriheden i art. 49 TEUF tilsidesættes.

Det vil med andre ord sige, at Marks & Spencer-undtagelsen, ud fra undertegnedes vurdering, har fået et nyt tvist. En præcisering om man vil. Det er i strid med fællesskabsretten at nægte grænseoverskridende underskuds-anvendelse såfremt alle muligheder for anvendelse i det ikke-hjemmehørendes datterselskabs medlemsstat er udtømt. Hertil at tilføjet at betingelsen om den endelige karakter af underskuddet er opfyldt når datterselskabet har afviklet alle sine indtægtsgivende aktiviteter, samt at der ingen krav er om at der skal være indledt likvidation, jf. C-172/13. Samtidig ser det nu også ud til at hvis der ikke i det ikke-hjemmehørende datterselskabs etableringsstat er opstillet nationale regler der gør det muligt at fremføre underskud, kan moderselskabets medlemsstat med henvisning til C-172/13, *præmis 33*, nægte at anvende underskuddet. Dette giver på sin vis også en hvis logik da Marks & Spencer undtagelsen bestemmer at "mulighederne er udtømt". Hvis ikke den pågældende medlemsstat har regler for en sådan fremførsel af underskud kan mulighederne teoretisk ikke være udtømt. Samtidig kan selve det provenutab der i så fald ville finde sted hvis en medlemsstat skulle tage hensyn til et andet lands mindre fordelagtige regler, ikke siges at være hensigten med etableringsfriheden.

# Summary

National tax laws are constantly under pressure from the dynamics of the European Union. This is due to national protective rules trying to protect the national tax base from the growing freedom to establishment.

This master thesis, examine one of these protective rules. The Danish Corporate Tax law § 11 B, stk. 6 says that a Danish parent company can only include 20% the capital invested in foreign consolidated subsidiaries. If the subsidiary was located in Denmark, the parent company could include the full share. The inclusions of the investments have a significant impact on the Danish parent company's tax bill. The higher the tax value of the Company's assets, the more room there is for the deduction of net financing costs, cf. SEL § 11 B, stk. 1.

This Master thesis primarily tests if SEL § 11 B, stk. 6 could be regarded as an obstacle to freedom of establishment. On the basis of EU-law from judgments as C-315/03, *Anneliese Lenz*, C-446/03 *Marks & Spencer* and C-377/07 *STEKO*, it was concluded that the Danish provision made it more onerous to establish subsidiaries in another Member State. This is not permitted due to Article 49/54 TEUF, the freedom of establishment.

Such a restriction may be accepted only if; 1) it relates to situations which are not objectively comparable; 2) it is regarded in overriding reasons of public interest and 3) suitable to the objective pursued and do not go beyond what is necessary to achieve the objective, cf. Proportionality.

The situation - where a Danish parent company which is affiliated with a Danish subsidiary, in accordance with SEL § 31C, can include its entire shareholding in its assets, in order to be able to deduct its net financing costs - are objectively comparable with the same situation if its consolidated subsidiary was located in another Member State, cf. C-315/03, *Anneliese Lenz*, C-446/03 *Marks & Spencer* and C-377/07 *STEKO*.

Furthermore, as EU law currently stands, there are no overriding reasons of public interest, justifying maintenance of SEL § 11 B, stk. 6. This is primarily due to the situation the rule does concern, very difficult can lead to tax base abuse, artificial constructions, double deduction etc. The deduction for net financing is used in Denmark from a financing conducted in Denmark.

It has also, in this Master thesis, been concluded that the possibility of a Danish company to choose international joint taxation by using SEL § 31A does not justify the maintenance of SEL § 11 B, stk. 6. This is due to restrictive regime which sets a restriction on freedom of establishment, still is incompatible with the EU law, even if the scheme is optional, cf. C-440/08, *Gielen*. Second, a disadvantage cannot be compensated for, by an advantage elsewhere in the legislation referred cf. C-270/83 *Avoir Fiscal*. Thirdly, that discriminatory rules should be construed isolated, cf. C-330/91 *Commerzbank*.

The new judgment in case C-172/13 has brought new life in Marks & Spencer-exception. This Master thesis examines the General Advocate, Juliane Kokott, opinion to c-172/13 in the matter to contributes utility arguments that can change SEL § 11 B, stk. 6 immediate incompatibility with the EU law.

With the Opinion, the General Advocate, argue that the principle of objective comparable situations must resign for the Court to focus more on the overriding reasons of public interest. She especially puts a lot of emphasis on whether companies jurisdiction must determine that there will be tax advantages. The Court has not commented on her arguments. The legal position concerning the application of the overriding public interest must therefore be considered to be the same as before the opinion to Case C-172/13. Had the Court applied Advocate General's arguments, Denmark would possibly because of the reasons; "the division of taxation powers" and "coherence of the tax system" maintain SEL § 11 B, stk. 6. Whether the provision is proportionate is assessed as due to resource reasons not included in this thesis.

The conclusion of the project after careful analysis and assessment, is that the provision in the SEL § 11 B, stk. 6 is contrary to EU law. As EU law currently stands it can not be justified.

# Litteraturliste

### Domsregister

C-270/83, *Avoir Fiscal*

C-330/91, *Commerzbank*

C-264/96, *ICI*

C-307/97, *Saint Gobain*,

C-311/97, *Royal Bank of Scotland*

C-136/00, *Danner*

C-9/02, *du Saillant*

C-315/03, *Anneliese Lenz*

C-446/03, *Marks & Spencer*

C-231/05, *OY*

C-157/07, *Krankenheim*

C-377/07, *STEKO*

C-418/07, *Papillon*

C-440/08, *Gielen*

C-322/11, *K*

C-47/12, *Kronos*

C-48/13, *Nordea Bank Danmark* (forslag til afgørelse)

C-48/13, *Nordea Bank Danmark* (dom)

C-172/13 (forslag til afgørelse)

C-172/13 (dom)

### Bøger

**Rønfeldt, Thomas**: *"Skatteværn og EU-frihed"*, 1. udgave, 2010,
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 978-87-574-2283-2

### Thomas Rønfeldt og Erik Werlauff: *Skattepolitisk Oversigt 2007*, nr. 8

1. Rønfeldt, Thomas: *"Skatteværn og EU-frihed"*, 1. udgave, 2010, side 442f [↑](#footnote-ref-1)
2. Rønfeldt, Thomas: *"Skatteværn og EU-frihed"*, 1. udgave, 2010, side 442 [↑](#footnote-ref-2)
3. Rønfeldt, Thomas: *"Skatteværn og EU-frihed"*, 1. udgave, 2010, side 458f [↑](#footnote-ref-3)
4. Bemærk dog SEL § 11 B, stk. 12, som er en nyere regel fra 2009. Se hertil afsnit 5.3. [↑](#footnote-ref-4)
5. Se bl.a. Rønfeldt, Thomas: *"Skatteværn og EU-frihed"*, 1. udgave, 2010, side 447 [↑](#footnote-ref-5)
6. Nuværende art. 49 og 54 TEUF [↑](#footnote-ref-6)
7. Thomas Rønfeldt og Erik Werlauff, Skattepolitisk Oversigt 2007, nr. 8, side 423 ff.. [↑](#footnote-ref-7)
8. Se tillige Rønfeldt, Thomas: *"Skatteværn og EU-frihed"*, 1. udgave, 2010, side 281-282 [↑](#footnote-ref-8)
9. C-315/03, *Anneliese Lenz*, præmis 27 [↑](#footnote-ref-9)
10. C-136/00, Danner, *præmis 56* [↑](#footnote-ref-10)
11. Se bl.a. C-231/05, *OY* [↑](#footnote-ref-11)
12. SEL § 31, stk. 6 [↑](#footnote-ref-12)
13. Jf. SEL § 31 A, stk. 10 og § 31 A stk. 11 [↑](#footnote-ref-13)
14. Her tænkes på muligheden for international sambeskatning i SEL § 31 A. [↑](#footnote-ref-14)
15. C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 55. Se denne speciales side 27f. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corporation Tax Act 2010, Section 119(4) [↑](#footnote-ref-16)
17. Se kapital 6 [↑](#footnote-ref-17)
18. Egen tilføjelse [↑](#footnote-ref-18)
19. Afsnit 5.2 [↑](#footnote-ref-19)
20. C-48/13, *præmis 22* [↑](#footnote-ref-20)
21. C-48/13, Nordea Bank Danmark A/S [↑](#footnote-ref-21)
22. jf. C-47/12, *Kronos*, præmis 81. [↑](#footnote-ref-22)
23. jf. C-47/12, *Kronos*. præmis 87 [↑](#footnote-ref-23)
24. jf. C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 37. [↑](#footnote-ref-24)
25. jf. denne speciales kapitel 4. [↑](#footnote-ref-25)
26. jf. punkt 54 [↑](#footnote-ref-26)
27. jf. denne speciales afsnit 4.3 [↑](#footnote-ref-27)
28. Jf. dette speciale afsnit 5.2. [↑](#footnote-ref-28)
29. jf. Forslag til afgørelse i sag C-172/13, præmis 51, 52 og 53 [↑](#footnote-ref-29)
30. jf. C-172/13, præmis 37 [↑](#footnote-ref-30)
31. jf. C-172/13, præmis 35 [↑](#footnote-ref-31)
32. Yderligere retsvirkninger af Domstolens afsigelse af dom i C-172/13, vil blive perspektiveret over i dennes kapitel 9. [↑](#footnote-ref-32)
33. Jf. dette speciales afsnit 4.1 [↑](#footnote-ref-33)
34. jf. dette speciale afsnit 4.2 [↑](#footnote-ref-34)