

Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling

Tilegnet min højt elskede hustru, Cathrine

Jakob Bundgaard

Tynd kapitalisering

– en skatteretlig fremstilling



Thomson

GADJURA

Jakob Bundgaard

Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling

1. udgave/1. oplag

© Forlaget Thomson A/S (ITID A/S), København 2000

ISBN 87-619-0176-8

Omslag: art/Grafik, København

Tryk: AKA-Print A/S, Århus

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse

af denne bog eller dele af den er ikke tilladt

ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Alle rettigheder forbeholdes

Forord

I 1998 fik Danmark med virkning for indkomstår der påbegyndtes 1.1.1999 eller senere, egentlige skatteregler til modvirkning af såkaldt tynd kapitalisering. Tynd kapitalisering i skattemæssig sammenhæng er udtryk for uforholdsmæssig fremmedkapitalfinansiering, med henblik på udnyttelse af forskellen i beskatningen af renter og udbytter. Emnet vedrører således skattemæssige problemer forbundet med selskabsfinansiering. Hidtil har vi i Danmark klaret os med de selskabsretlige kapitaltabsregler til modvirkning af tyndt kapitaliserede selskaber, jf. AL § 54, stk. 3, 1. led og ApL § 52.

Den udformning, de danske skatteregler til modvirkning af tynd kapitalisering har fået, medfører at de først har virkelig aktualitet ved årsskiftet 1999/2000. Da vi imidlertid nu har rundet dette årsskifte og der stadig ikke foreligger nogen nævneværdig vejledning eller praksis på området samt det forhold, at der findes utallige dunkle punkter vedrørende fortolkning og håndteringen af regelsættet, er en nærmere behandling af regelkomplekset fundet yderst aktuell. Det er således en uundgåelig følge af reglernes ikrafttræden, at disse vil give anledning til megen disputs mellem skatteyderne og skattemyndighederne.

Foreliggende bog skal derfor til dels søge at imødekomme det praktiske behov, der har vist sig at være, for en samlet fremstilling af reglerne om tynd kapitalisering. Yderligere er det dog fundet uundgåeligt, at sætte disse regler i et teoretisk og internationalt perspektiv med henblik på at opnå en forøget forståelse af de bagvedliggende og udefra kommende faktors påvirkning, så en stillingtagen til gældende ret lettere lader sig gøre ud fra et helhedssyn. Endelig har det stedse været et hensyn, at konfliktforebyggelse er bedre end konfliktløsning, hvorfor der ydermere fremsættes visse anbefalinger herom. Bogen prætenderer ikke udtømmende at gøre op med forekommende og tænkeligt forekommende situationer og fortolkningsspørgsmål i relation til reglerne om tynd kapitalisering. Dog er det så vidt muligt søgt at give en dækkende fremstilling af området.

Bogen skal, ud over at fungere som en skatteretlig indføring i de problemstillinger der vedrører tynd kapitalisering i Danmark og internationalt, tillige kunne fungere som opslagsværk til brug for løsningen af praktiske problemstillinger. Af denne årsag er visse gentagelse fundet nødvendige, men i størst muligt omfang søgt elimineret. Det skal slutte­lig fremhæves, at emnet i betydelig grad lader det være op til fortolkning af de enkelte problemstillinger. Dette skal ses i lyset af dels reglernes unge alder, men nok mest af alt grundet den hastige vedtagelse af så

komplekse og vigtige regler, som regler om tynd kapitalisering udgør. Jeg kan derfor tilslutte mig anbefalingen fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, der i sit høringssvar af 17.6. 1998, bilag 4 til L 101 (lov nr. 432 af 28.6. 1998) tilkendegiver, at L 101 rejste en lang række praktiske spørgsmål om, hvorledes situationerne skal håndteres og anbefalede der, at lovforslaget blev udskudt til næste folketingssamling. Skatteministeren imødekom dette ønske i et ministersvar af 20.6. 1998 (bilag 8) ved at fremhæve, at der i lovforslagets bemærkninger er beskrevet de rammer, hovedhensyn og intentioner, der ligger i forslaget, ligesom der er opregnet en række væsentlige konkrete forhold af betydning for fortolkning af loven. Ligeledes bemærkedes, at det ikke i et lovforslag er muligt at rumme en udtømmende beskrivelse af, hvorledes samtlige situationer, der kan tænkes omfattet af reglerne, håndteres. Foreliggende bog burde være bevis for, at ministersvarets første led ikke er dækkende, og at man ved regeludarbejdelsen, jf. svarets andet led burde været kommet nærmere praktisk håndtérbare regler, end tilfældet er.

Idet der således ikke findes nævneværdig vejledning ved den nærmere fortolkning af reglerne, er regeltolkningen min egen de steder, hvor der ikke er besvaret tilsvarende spørgsmål i forbindelse med folketingsbehandlingen. Mine fortolkninger finder således på flere steder ikke nødvendigvis støtte i autoritative kilder. Fremtidig praksis vil næppe give støtte for samtlige af mine fortolkninger. Jeg har dog fundet det vigtigt at fremkomme med en stillingtagen til de væsentligste delaspekter som erfaringen viser opstår i praksis. Læseren advares på forhånd herom.

Bogens målgruppe er på denne baggrund skatterådgivere i bred forstand, herunder revisorer, erhvervsjurister, advokater og interne skatteafdelinger i erhvervsvirksomheder samt skattemyndigheder, der i arbejdet med selskabsligningen kommer i berøring med reglerne om tynd kapitalisering.

Fremstillingen er ajourført frem til 1. juli 2000, materiale efter denne dato er ikke medtaget.

Jeg vil benytte lejligheden til at rette en varm tak til professor Ole Bjørn for værdifulde kommentarer til manuskriptet samt vigtige bidrag under skriveprocessen. Der skal også lyde en særlig tak til skattekonsulent Erik Banner-Voigt for gennemlæsning af manuskriptet og konstruktiv kritik af samme. Institutsekretær Inga Jakobsen takkes for en værdifuld indsats ved korrekturlæsningen. Sluttelig vil jeg gerne takke mine kolleger i skatteafdelingen hos Deloitte & Touche, Statsautoriseret revisionsaktieselskab for tålmodige diskussioner og nysgerrige spørgsmål, herunder særligt skattekonsulent René Herløv Puggaard-Jensen.

*Jakob Bundgaard,
København, 2. juli 2000*

Indholdsoversigt

Forord 5

Anvendte forkortelser 17

Del I – Almindelig del 21

- 1 Indledning 21
- 2 Grænsedragningen mellem egenkapital og fremmedkapital i skatteretlig belysning 28
- 3 Selskabsfinansiering og økonomiske syn på kapitalstrukturer 34
- 4 Tynd kapitalisering – begrebsindhold 40
- 5 Motiver til tynd kapitalisering 48
- 6 Historik 59
- 7 Internationalt overblik 66

Del II – Tynd kapitalisering i gældende dansk ret 71

- 1 Indledning 71
- 2 SEL § 11 75
- 3 Proceduremæssige spørgsmål 210
- 4 Særlige spørgsmål vedrørende brancher med lovfæstede kapitalkrav 212
- 5 Samspil med andre regler – regelkrydsning 215
- 6 Tynd kapitalisering og civilretten 234

Del III – Praktisk håndtering – rådgivning, forebyggelse og eksempler 259

- 1 Generelt 259
- 2 Rådgivning – huskeliste 259
- 3 Undgåelse af fradragsbegrænsning – strategier 261

4	Eksempler	266
---	-----------	-----

Del IV – Den internationale dimension 285

1	Indledning	285
2	OECD initiativer og traktatretlige aspekter	285
3	EU-retlige aspekter	295
4	Kort om tynd kapitalisering i andre lande	306

Litteraturfortegnelse 335

Domme, kendelser mv. 343

Stikordsregister 345

Indholdsfortegnelse

Forord 5

Anvendte forkortelser 17

Del I – Almindelig del 21

- 1 Indledning 21
 - 1.1 Generelt om beskatning af koncerner 21
 - 1.2 Neutralitetsprincippet 23
 - 1.3 Koncernbegrebet 25
 - 1.4 Koncernskatteretten 26
 - 1.5 Skatteplanlægning 26
 - 1.6 Særligt om tynd kapitalisering 27
- 2 Grænsedragningen mellem egenkapital og fremmedkapital i skatteretlig belysning 28
 - 2.1 Generelt 28
- 3 Selskabsfinansiering og økonomiske syn på kapitalstrukturer 34
 - 3.1 Indledning 34
 - 3.2 Økonomiske syn på kapitalstrukturer 35
 - 3.3 Teoretiske overvejelser vedrørende kapitalstrukturforhold 36
 - 3.4 Kapitalstrukturforhold i praksis 37
- 4 Tynd kapitalisering – begrebsindhold 40
 - 4.1 Generelt 40
 - 4.2 Vilkårskorrekationer og dispositionskorrekationer 42
 - 4.3 “Fat/thick capitalization” 46
- 5 Motiver til tynd kapitalisering 48
 - 5.1 Generelt 48
 - 5.2 Kildelandsbeskatning/Danmark 49
 - 5.3 Domicillandsbeskatning – beskatning i kreditors hjemland 50
 - 5.4 Motiverne til tynd kapitalisering i Danmark 52
 - 5.5 Særligt om motivet til tynd kapitalisering for selskaber beskattet efter kulbrinteskatteloven 58
- 6 Historik 59

- 6.1 Internationalt 59
- 6.2 Danmark 60
 - 6.2.1 Generelt 60
 - 6.2.2 Sambeskatningssituationer 62
 - 6.2.3 FUL § 3 65

7 Internationalt overblik 66

Del II – Tynd kapitalisering i gældende dansk ret 71

- 1 Indledning 71
 - 1.1 Forudsætninger for reglerne om tynd kapitalisering – fradragsbetingelserne 72
- 2 SEL § 11 75
 - 2.1 Indledning 75
 - 2.2 Kvalifikation af debitor 76
 - 2.2.1 Generelt 76
 - 2.2.2 Selskaber og foreninger mv. som har ledelsens sæde i Danmark 79
 - 2.2.3 Udenlandske sambeskattede datterselskaber 80
 - 2.2.4 Faste driftssteder 82
 - 2.3 Gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer 90
 - 2.3.1 Kontrolleret gæld 90
 - 2.3.2 Kvalifikation af kreditor 92
 - 2.3.3 Kontrolkravet 96
 - 2.3.3.1 Generelt 96
 - 2.3.3.2 Kontrol på baggrund af ejerandel 98
 - Direkte kontrol 98
 - Indirekte kontrol 100
 - Kontrol sammen med nærtstående 102
 - 2.3.3.3 Kontrol på baggrund af stemmerettigheder 102
 - Direkte kontrol 103
 - Indirekte kontrol 103
 - Kontrol på baggrund af direkte og indirekte kontrol 104
 - Kontrol sammen med nærtstående 105
 - 2.3.3.4 Kontrol på baggrund af såvel ejer- som stemmeretsandele? 106
 - 2.3.4 Undgåelse af kontrol- og koncernkonstateringen 107
 - 2.3.5 Kontrolbegrebet i international kontekst 108
 - 2.3.6 Koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2 108
 - 2.4 Solvenskravet 111
 - 2.4.1 Generelt 111

2.4.2	Hvert enkelt indkomstårs udløb	113
2.4.3	Solvenskravet i international kontekst	115
2.5	Sanktionen – fradragsbegrænsning	117
2.5.1	Indledning	117
2.5.2	Kurstab	117
2.5.3	Ikke omkvalifikation	118
2.5.4	Fradragsbegrænsningen	119
2.5.4.1	Fradragsbegrænsningsformlen	120
2.5.4.2	Kritik af fradragsbegrænsningsformlen	123
2.5.4.3	Ingen eller negativ egenkapital	126
2.5.4.4	Indlån og udlån i samme koncern	127
2.5.4.5	Fradragsbegrænsningen i international kontekst	127
2.5.4.6	Debt creation rules?	128
2.6	Lån mod sikkerhed mv.	128
2.6.1	Generelt	128
2.6.2	Back-to-back-lån – indirekte sikkerhedsstillelse	129
2.6.3	Modregningsadgang vedrørende back-to-back-lån	129
2.6.4	Støtteerklæringer, letters etc.	131
2.6.5	Nationale låneforhold vedrørende back-to-back-lån og støtteerklæringer mv.	135
2.7	Dokumentation	136
2.7.1	Generelt	136
2.7.2	Branchesoliditet	137
2.7.3	Konkrete lånetilbud	138
2.7.4	Lovfæstede solvenskrav og filialer af udenlandske kreditinstitutter	138
2.7.5	Konkrete forhold i låneaftalen	140
2.7.6	Bevisbyrde	143
2.7.7	Sikkerhed på markedsmæssige vilkår	144
2.7.8	Særligt om faste driftssteder	145
2.7.9	Praktisk dokumentationshåndtering, bench marking, mv.	146
2.8	Gældsbegrebet	148
2.8.1	Generelt	148
2.8.2	Sammenligning med regnskabets poster	153
2.8.2.1	Hensættelser	154
2.8.2.2	Gæld	157
2.8.3	Tidsmæssige aspekter – Gælden opgøres ved udløbet af indkomståret	161
2.8.4	Gælden opgøres til kursværdien	162

2.8.5	Fremmed valuta	163
2.8.6	Opgørelse af samlede renteudgifter og kurstab	163
2.8.7	Gældsbegrebet i international kontekst	163
2.9	Egenkapitalbegrebet	164
2.9.1	Generelt	164
2.9.2	Værdiansættelse af debitorselskabets aktiver	167
2.9.2.1	Generelt	167
2.9.2.2	Fast ejendom	168
2.9.2.3	Aktier, anparter og konvertible obligationer	169
2.9.2.4	Obligationer, pantebreve og andre fordringer	172
2.9.2.5	Finansielle instrumenter (terminskontrakter, futures, optioner mv.)	173
2.9.2.6	Driftsmidler og skibe	173
2.9.2.7	Varelagre	174
2.9.2.8	Immaterielle rettigheder	174
2.9.2.9	Andele/anparter i interessentskaber og kommanditselskaber	178
2.9.3	Kommentar	178
2.9.4	Egenkapitalbegrebet i international kontekst	178
2.9.5	Karensperiode (claw back-regel)	179
2.10	Konsolideringsreglen	181
2.10.1	Generelt	181
2.10.2	Fuld konsolidering – konsolideringsreglens nærmere indhold	183
2.10.2.1	Fuld eller delvis konsolidering?	184
2.10.3	Fordelingsreglen	192
2.10.4	Placering af renteudgifter og kurstab?	195
2.10.5	Særlige overvejelser om dokumentation og armslængde princippet i relation til SEL § 11, stk. 4	196
2.10.6	Konsolideringsreglen i international kontekst	197
2.10.7	Eksempel på konsolideringsreglens anvendelse	198
2.11	Faste driftssteder	201
2.11.1	Generelle bemærkninger	201
2.11.2	Kontrolleret gæld	201
2.11.3	Opgørelse af filialens gæld og egenkapital	203
2.11.4	Filialer og konsolideringsreglen	207
2.11.5	Særligt om filialer af finansielle virksomheder	208
2.12	Ikrafttræden	210
3	Proceduremæssige spørgsmål	210
3.1	Bevisbyrde	210
3.2	Bindende forhåndsbesked	211

- 4 Særlige spørgsmål vedrørende brancher med lovfæstede kapitalkrav 212
 - 4.1 Indledning 212
 - 4.2 Børsnoterede selskaber 212
 - 4.3 Pengeinstitutter 212
 - 4.4 Forsikringsselskaber 213
 - 4.5 Realkreditinstitutter 214
 - 4.6 Fondsmæglerselskaber 215
 - 4.7 Leasingselskaber, factoringselskaber og finansieringsselskaber 215
- 5 Samspil med andre regler – regelkrydsning 215
 - 5.1 Generelt 215
 - 5.2 Samspil med sambeskatningsvilkår 2.4.2 218
 - 5.3 Samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering og det almindelige armslængde princip 218
 - 5.3.1 Findes der en forrangsproblematik? 218
 - 5.3.1.1 Situationer hvor der foretages korrektion efter såvel LL § 2 som efter SEL § 11 i samme selskab 219
 - 5.3.1.2 Tynd kapitalisering og fiksering af renteudgifter – for lav forrentning 223
 - 5.3.1.3 Hjemmel uden for SEL § 11? 226
 - 5.3.2 Tynd kapitalisering og sekundære reguleringer 227
 - 5.4 Samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering og CFC-reglerne 228
 - 5.5 Samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering, det almindelige armslængdeprincip og CFC-reglerne 232
- 6 Tynd kapitalisering og civilretten 234
 - 6.1 Indledning 234
 - 6.2 Grundproblemet – disrespekt af kontraktfriheden – omkvalificering og armslængde princippet 234
 - 6.3 Koncernenhedsbetragtningen 237
 - 6.4 Anvendelse af civilretlige begreber og fortolkningen heraf 239
 - 6.4.1 Omfattede skatteretssubjekter – debitorselskabet – national civilret 239
 - 6.4.2 Omfattede skatteretssubjekter – kreditorenheden – udenlandsk civilret 240
 - 6.4.3 Direkte og indirekte sikkerhedsstillelse 242
 - 6.4.3.1 Back-to-back-lån og modregningsadgang 242
 - 6.4.3.2 Støtteerklæringer 244
 - 6.5 Forekomst af egentlig skatteretlig begrebsdannelse uden civilretligt ophav 247

6.5.1	Gældsbegrebet i SEL § 11, stk. 2	247
6.5.2	Egenkapitalbegrebet	248
6.6	Koordinationsproblemer – modvirkning af anden normering – solvensforhold i den finansielle sektor	250
6.7	Afsmitning på civilretten	251
6.8	Foreløbige udledninger	252
 Del III – Praktisk håndtering – rådgivning, forebyggelse og eksempler 259		
1	Generelt	259
2	Rådgivning – huskeliste	259
3	Undgåelse af fradragsbegrænsning – strategier	261
3.1	Generelt	261
3.2	Undladelse eller nedsættelse af gældens forrentning	261
3.3	Kapitalforhøjelse	262
3.4	Gældskonvertering	262
3.5	Leasing eller leje	264
3.6	Slanke balancen	265
3.7	Dokumentation	266
4	Eksempler	266
4.1	Indledning	266
4.2	Flere danske datterselskaber/filialer med interne mellemværender og aktiebesiddelser	266
4.3	Virksomhedsovertagelse via fremmedkapital (leveraged acquisitions) – køb af dansk selskab via holdingselskab – debt push down	282
 Del IV – Den internationale dimension 285		
1	Indledning	285
2	OECD initiativer og traktatretlige aspekter	285
2.1	OECD's rapport om tynd kapitalisering fra 1987	286
2.2	Samspil med dobbeltbeskatningsoverenskomster	288
2.2.1	Armslængde princippet – OECD MDBO art. 9	288
2.2.2	Udbytte- og rentedefinitionen – OECD MDBO art. 10 og 11	290
2.2.3	Beskatning i domicilstaten – OECD MDBO art. 23	290
2.2.4	Ikke-diskriminering – OECD MDBO art. 24(4) og (5)	291

2.2.5	Den gensidige aftaleprocedure – OECD MDBO	
	art. 25	294
3	EU-retlige aspekter	295
3.1	Indledning	295
3.2	Ruding-rapporten – harmoniseringsinitiativer	295
3.3	Moder/datterselskabsdirektivet	296
3.4	Rente- og royalty direktivforslaget	297
3.5	Voldgiftskonventionen	298
3.6	SEL § 11 og den primære fællesskabsret	299
4	Kort om tynd kapitalisering i andre lande	306
4.1	Indledning	306
4.2	Australien	307
4.3	Belgien	310
4.4	Canada	311
4.5	Frankrig	315
4.6	Japan	316
4.7	New Zealand	317
4.8	Norden	320
4.8.1	Norge	320
4.9	Portugal	323
4.10	Spanien	323
4.11	Tyskland	324
4.12	United Kingdom	327
4.13	USA	331
	Litteraturfortegnelse	335
	Domme, kendelser mv.	343
	Stikordsregister	345

Anvendte forkortelser

Afskrl	Afskrivningsloven (lov nr. 433 af 26.6. 1998 om skattemæssige afskrivninger)
AL	Aktieselskabsloven (lovbekg. nr. 545 af 20.6.1996 af lov om aktieselskaber som ændret ved love nr. 1007 og 1056 af 23.12. 1998)
ABL	Aktieavancebeskatningsloven (lovbekg. nr. 643 af 5.8.1999 af lov om beskatning ved afståelse af aktier mv., som ændret ved § 4 i lov nr. 956 af 20.12.1999)
ApL	Anpartsselskabsloven (lov nr. 378 af 22.5.1996 om anpartsselskaber som ændret ved lov nr. 1056 af 23.12.1998)
Bekg.	Bekendtgørelse
Bet.	Betækning
BF	Bindende forhåndsbesked
BIFD	Bulletin for International Fiscal Documentation
CFC	Controlled Foreign Company
Cirk.	Cirkulære
CP	Cost Plus method
CPM	Comparable Profits Method
CUP	Comparable Uncontrolled Price method
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
EFT	De Europæiske Fællesskabers Tidende
ECTR	EC Tax Review
ET	European Taxation
EU	Den Europæiske Union
EØF	De Europæiske Økonomiske Fællesskaber
FT	Folketingstidende
FUL	Fusionsskatteloven (lovbekg. nr. 954 af 5.11.1996 af lov om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver mv., som ændret ved lov nr. 1212 af 27.12.1996, lov nr. 975 af 17.12.1997, § 8 i lov nr. 166 af 24.3.1999, § 3 i lov nr. 252 af 28.4.1999, § 1 i lov nr. 874 af 3.12.1999 og § 8 i lov nr. 958 af 20.12.1999)
H	Højesterets dom eller kendelse
ICTA	Income and Corporation Taxes Act 1988
IR	Inland Revenue
IRC	Internal Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service

ITPJ	International Transfer Pricing Journal
J	Juristen
JUS	Juridisk Ugebrev Skat
KGL	Kursgevinstloven (lovbekg. nr. 644 af 5.8.1999 af lov om skattemæssig behandling af gevinst og tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter, som ændret ved § 2 i lov nr. 959 af 20.12.1999)
KOM	Arbejdsdokument fra Kommissionen
KSL	Kildeskatteloven (lovbekg. nr. 639 af 3.8.1999 af lov om opkrævning af indkomstskat samt kommunal og amtskommunal ejendomsværdiskat for personer mv., som ændret ved § 5 i lov nr. 947 af 20.12.1999, § 1 i lov nr. 956 af 20.12.1999 og § 10 i lov nr. 958 af 20.12.1999)
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KULBR	Kulbrinteskatteloven (lovbekg. nr. 792 af 29.9.1993 af lov om beskatning af indkomst i forbindelse med kulbrinteudvinding i Danmark, som ændret ved lov nr. 374 af 18.5.1994, lov nr. 313 af 17.5.1995, lov nr. 1223 af 27.12.1996, lov nr. 434 af 26.6.1998 og lov nr. 910 af 16.12.1998)
LL	Ligningsloven (lovbekg. nr. 754 af 28.9.1999 af lov om påligningen af indkomstskat til staten, som ændret ved § 2 i lov nr. 946 af 20.12.1999, § 1 i lov nr. 955 af 20.12.1999, § 12 i lov nr. 958 af 20.12.1999, § 3 i lov nr. 959 af 20.12.1999 og § 3 i lov nr. 966 af 20.12.1999)
LR	Ligningsrådets afgørelse
LSR	Landsskatteretskendelse
LSRM	Landsskatterettens afgørelser og meddelelser
LV	Ligningsvejledningen
LVA	Ligningsvejledning almindelig del
LVD	Ligningsvejledning for dobbeltbeskatning
LVE	Ligningsvejledning for erhvervsdrivende
LVS	Ligningsvejledning for aktionærer og selskaber
MDBO	Modeldobbeltbeskatningsoverenskomst
MNE	Multinational Enterprise
NTS	Nordisk Tidsskrift for Selskabsret
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PSM	Profit Split Method
R&R	Revision & Regnskabsvæsen
rpl.	Retsplejeloven
RPM	Resale Price Method
Saml.	EF-domstolens Samling af afgørelser
SD	(tidl.) Statsskattedirektoratet
Sec.	section

SEK	Internt arbejdsdokument fra Kommissionen
SEL	Selskabsskatteloven (lovbekg. nr. 299 af 27.4. 2000 af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.)
SKD	Skatteministeriets Departement
SKL	Skattekontrolloven (lovbekg. nr. 564 af 2.7.1999, som ændret indkomstbeskatning af aktieselskaber mv.) ved § 1 i lov nr. 953 af 20.12.1999, § 3 i lov nr. 955 af 20.12.1999 og § 15 i lov nr. 958 af 20.12.1999)
SL	Statsskatteloven (lov nr. 149 af 10.4.1922 om Indkomstskat til Staten)
SO	Skattepolitisk Oversigt
SSL	Skattestyrelsesloven (lovbekg. nr. 531 af 25.6.1999, som ændret ved § 16 i lov nr. 958 af 20.12.1999)
SU	Skat Udland
SvSkT	Svensk Skattetidning
TEF	Traktat Om Oprettelse Af Det Europæiske Fællesskab
TEU	Traktat Om Den Europæiske Union
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TfS	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
TNMM	Transactional Net Margin Method
Treas. Reg.	Treasury Regulation
TSS	Told & Skattestyrelsen
U eller UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsrets dom eller kendelse
VOL	Virksomhedsomdannelsesloven (lovbekg. nr. 768 af 12.10.1999 af lov om skattefri virksomhedsomdannelse, som ændret ved § 4 i lov nr. 874 af 3.12.1999 og § 17 i lov nr. 958 af 20.12.1999)
Ø	Østre Landsrets dom eller kendelse
ÅRL	Årsregnskabsloven (lovbekg. nr. 526 af lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab mv. som ændret ved love nr. 1052 og 1056 af 23.12.1998 og lov nr. 166 af 25.3.1999)

Del I – Almindelig del

1 Indledning

Den foreliggende bog kan for en umiddelbar betragtning antages at behandle et esoterisk emne. Som det imidlertid skal søges påvist nedenfor, er dette dog ingenlunde tilfældet. Praktisk arbejde med de danske regler om tynd kapitalisering afslører store uklarheder, mens der tillige teoretisk kan gøres flere overvejelser herom. Den konkrete udformning af de danske regler medførte, at der med lovfæstelsen ikke er taget stilling til blot en brøkdel af tænkeligt forekommende problemområder, hverken i lovtekst eller forarbejder. Man kunne meget rammende benytte ordvalget “shot gun approach” om den anvendte reguleringsteknik. Nærmere retningslinier må afvente praktiske erfaringer, men selv sådanne erfaringer er vanskelige at opnå. De danske regler om tynd kapitalisering i SEL § 11 er en type rammelovgivning, dog forstået som uden herved at indikere en delegationskompetence.

1.1 Generelt om beskatning af koncerner

Bogen er en følge af den udvikling i retning af centralisering og internationalisering der har præget udviklingen i erhvervslivet inden for de seneste år. Særligt har dette affødt koncentration af virksomheder i koncernform og et behov for intern tilpasning til internationaliseringen af verdens økonomier.

Stadig større og stadig mere internationaliserede koncerndannelser har vendt op og ned på traditionelle erhvervsøkonomiske og erhvervsretlige dogmer. Udviklingen i selskabs- og koncernskatteretten og herunder især i den internationalt orienterede lovgivning taler sit tydelige sprog om de nye og anderledes udfordringer, som ikke blot de involverede selskaber, men hele det øvrige samfund er stillet over for. De forskellige “lovpakker” om international selskabsbeskatning, sambeskatning, transfer pricing, tynd kapitalisering, beskatning af udenlandske udbytter etc. har på få år skabt en helt ændret retstilstand¹.

Brugere af koncernskatteretten vil vide, at der her er tale om et endog særdeles kompliceret område med mange dunkle punkter og faldgruber. Det kan derfor med rette beklages at det er kendetegnende at, retsområdet – endnu – ikke har udviklet sin egen systematik og sit eget begrebs-

1. Jfr. Jan Pedersen i UfR 1999 B, s. 331 f.

apparat². De danske regler om tynd kapitalisering falder ind under denne klassificering, og det er evident, at disse regler behøver uddybende forklaring.

Lovgivning af den omtalte typer rettet mod internationalt opererende koncerner er en balancegang mellem “fordelsregler” og “ulemperegler”-det klassiske skisma mellem ret og pligt³. I bogen “Koncernskatteretlige neutralitetsstudier”, Gadjura, 1999 behandles nærmere de konstaterbare udslag i lovgivningen af den koncernbegunstigende lovgivning. Foreliggende bog skal derimod ses som et studium i ét af de aktuelle udslag af koncernbebyrdende lovgivning i dansk og international skatteret -været mod tynd kapitalisering. Dette indledende kapitel udgør en kort gennemgang af koncernskatterettens almindelige del, mens de efterfølgende kapitler udgør det konkret behandlede udslag af koncernskatterettens specielle del. Denne inddeling bør i fremtiden kunne forfines og danne grundlag for en systematisk beskrivelse af det behandlede retsområde. Det er min erfaring, at emnet, i forening med den ordinære transfer pricing situation og placering af internationale holdingselskaber i Danmark, udgør nogle af de mest aktuelle emner inden for dansk koncernskatteret. Ligeledes har emnet optaget mig professionelt gennem nogen tid.

Bogen fokuserer på et vigtigt udslag af neutralitetsprincippet i relation til koncernpligter, der netop udspringer af senere års antiudnyttelseslovgivning, se herom straks nedenfor. Bogen er tiltænkt som en grundlæggende fremstilling, hvor et samspil mellem juridiske principper på disses teoretiske niveau og den praktiske håndtering heraf betones. Af denne årsag er der ikke udelukkende tale om en retsdogmatisk fremstilling, idet også udsagn om ønskeligheden af eksisterende regulering samt ikke-eksisterende men teoretisk eller praktisk set ønskelige tiltag omtales i et vist omfang.

Hertil kommer, at flere hensyn ligger til grund for fremstillingen. (1) Således er det et vægtet element at medtage det aktuelle koncernskatteretlige spørgsmåls internationale aspekt. Dette betyder, at også andre landes regler samt bi- og multilaterale og supranationale spørgsmål behandles. Sådan medtagelse er uundværlig, når netop henses til rationallene bag indførelse af antiudnyttelseslovgivning på koncernbeskatningsområdet. (2) Det er ligeledes et ønsket fokus, at bogen kan fungere som håndbog i rådgivningssituationer. Dette søges tilsikret gennem en løbende eksemplifikation gennem illustration og beregningseksempler i fornødent omfang. (3) Der er så vidt muligt tiltænkt en uddybende be-

2. Jan Pedersen i UfR 1999 B, s. 331 f.

3. Også benævnt koncernbegunstigende og koncernbebyrdende regulering.

handling af emnets praktisk relevante forhold. (4) Der er gennem bogen tiltænkt en præventiv frem for reparativ synsvinkel. Synspunktet er således, at det til alle tider er bedre at undgå en skattekonflikt end at indtræde i en sådan. (5) Ligeledes er der tillagt et planlægningsperspektiv, idet det er aldeles legitimt at foretage skatteplanlægning i koncerner

I tilknytning til de således fremhævede hensyn, er bogens egentlige målsætning en samlet dansk fremstilling vedrørende problemstillingerne omkring tynd kapitalisering. Det tilsigtes herved, at redegøre for baggrunden for regler herom, motivet til fænomenet, en dækkende beskrivelse af gældende ret, en praktisk vejledning i hvorledes sager om tynd kapitalisering kan håndteres, at give praktiske eksempler samt endelig at anskue det danske regelsæt i international kontekst. Bogens selvstillede opgave er derfor at søge at afdække de fleste praktisk forekommende problemer i relation til reglerne om tynd kapitalisering i dansk skatteret og samtidig gennemgående at holde det internationale perspektiv for øje.

Efter de senere års udlandsskatte reformer kan det nok med en vis rigtighed konstateres, at skatteplanlægning i Danmark er et spørgsmål om at undgå adverse skattemæssige virkninger af eksisterende antiudnyttelsesregimer. Af denne årsag udgør et element af nutidens skatteplanlægning spørgsmålet om præventiv jura, hvor skatteydere gennem den rette planlægning kan undgå ressourcekrævende sager om forhøjelser af koncernens skattepligtige indkomst og anfægtelse af foretagne selvangivelser.

Selvom der siden 1998 er skrevet en betydelig del om bogens emne, forekommer det ligeledes klart, at der ikke foreligger en samlet beskrivelse, der indeholder såvel praktiske – som mere teoretiske elementer.

Den ovenfor omtalte internationale udvikling, medfører ligeledes en stigende skattekonkurrence mellem stater i verden, der ved hjælp af favorabelt indrettede skattesystemer søger at tiltrække internationale koncerner til netop denne jurisdiktion⁴. Antiudnyttelseslovgivning medvirker dog til, at mens den ene hånd giver, søger den anden at tilegne sig så meget som muligt af det samlede globale skatteprovenu. Regler om tynd kapitalisering er i et vist omfang også udtryk herfor.

1.2 Neutralitetsprincippet

Det helt klare udgangspunkt i såvel civilretten – som i skatteretten er anskuelsen af koncerner som bestående af flere separate enheder – det separate enhedsparadigme. Selskabsretligt et dette udgangspunkt lovfæ-

4. Se herom det at EU-staterne tiltrådte adfærdskodeks mod skadelig skattekonkurrence, jf. EFT 6.1. 1998 (på baggrund af KOM (97) 564. Se ligeledes OECD-rapporten om emnet: Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue, 1998.

stet i AL § 65. Skatteretligt følger dette af, at hvert enkelt selskab udgør et selvstændigt skatteretssubjekt, jf. almindelige skatteretlige principper⁵. Dette indebærer, at koncernselskaber skal opgøre deres skattepligtige indkomst efter samme formelle og materielle regler som enkelt-selskaber. Et koncernselskabs indkomstopgørelse kan udelukkende anfægtes efter de almindelige regler for indkomstkorrektion⁶. Dette udgangspunkt brydes dog af visse for koncerner specielt gældende regler. Udformningen af disse regler varierer stærkt. Denne bog behandler netop en sådan fravigelse fra det omtalte udgangspunkt. Således er det væsentligt at gøre sig det klart, at regler som det i denne bog behandlede indebærer en fravigelse fra det skatteretlige (og civilretlige) udgangspunkt og som sådan kræver udtrykkelig hjemmel⁷.

En filial er ikke i civilretlig henseende udstyret med en selvstændig retsevne, idet denne tilkommer det selskab eller det foretagende, hvoraf filialen er en del. I skatteretlig sammenhæng er filialer imidlertid oftest pålagt en begrænset skattepligt af deres erhvervsmæssige indkomst, en beskatning hvis endelige indtræden bestemmes af en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst indgået mellem hovedvirksomhedens land og kildelandet.

I forbindelse med udformningen af reglerne vedrørende beskatning af koncerner er neutralitetsprincippet af stor betydning. Flere lovgivningsmæssige tiltag er baseret på at skabe videst mulig neutralitet i reguleringen uden hensyn til i hvilken koncernretlig form en virksomhed udøves, og uden hensyntagen til om koncernforetagende virker her eller i udlan-

5. Jf. herom *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999, s. 20 f med henvisninger.

6. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 10.

7. *Jan Pedersen* udtrykker således i *Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 9, at det er væsentligt at fastslå, at hvert enkelt koncernselskab – bortset fra filialer – er suverænt og udstyret med selvstændig retsevne både i formueretlig og skatteretlig henseende. Heraf slutter forfatteren, at koncernselskabets retlige status som udgangspunkt skal bedømmes individuelt og uden hensyntagen til dets medlemskab af en koncern. Dette et netop et udslag af selskabsrettens bærende retspolitiske idé, at der – for fysiske og juridiske personer – består en adgang til i retlig henseende at udskille en formue fra de bagvedliggende reelle ejere, således at formuen forsynes med sin egen retlige eksistens, rettigheder og pligter. For konstateringen af dette udgangspunkt kan ligeledes henvises til *Phillip I. Blumberg*: *The Multinational Challenge to Corporation Law – The Search for a New Corporate Personality*, 1993, passim. Det anførte værk sætter dog dette udgangspunkt i relation til erhvervslivets udvikling i retning af såkaldt “enterprise law” fremfor det omtalte udgangspunkt om “entity law”. Se endvidere *Bertil Wiman*: *Equalizing the Income tax Burden in a Group of Companies* i *International Studies in taxation: Law and Economics – Liber Amicorum Leif Mutén*, 1999, s. 363 ff.

det. Ligebehandlingselementet i neutralitetsprincippet indebærer således, at koncerner ikke skal stilles skattemæssigt bedre eller ringere, end hvis der var tale om én enkelt juridisk person, hvorved der fjernes eller etableres præferencevirkninger for én type organisationsform frem for en anden. Ligeledes medfører princippet en fjernelse af disincitamenter eller særlige incitamenter vedrørende grænseoverskridende aktivitet.

Regler om tynd kapitalisering er udtryk for skattemæssig neutralitet i flere henseender såvel i relation til det specifikt koncernrelaterede neutralitetsprincip men også i andre relationer. For så vidt angår den specifik koncernrelaterede neutralitet, kommer princippet til udtryk derved, at der gennem reglerne fjernes nogle incitamenter til fremmedkapitalfinansiering for koncerner, der har mulighed for skattebesparelser herved⁸.

Der skabes så vidt muligt neutralitet i valget mellem gæld og egenkapital, og der skabes derved neutralitet mellem rentebetalinger og udbyttebetalinger⁹. Ligeledes skabes der neutralitet mellem koncerner og enkeltsselskaber. Der skabes yderligere neutralitet mellem nationalt opererende koncerner og internationalt opererende koncerner. Endelig skabes der neutralitet i valget mellem filialer og datterselskaber.

1.3 Koncernbegrebet

I skatteretten opereres ikke med noget entydigt koncernbegreb. Således er koncernbegrebet i koncernskatteretlig kontekst relationsbetinget¹⁰. I denne bog opereres der dog udelukkende med ét koncernbegreb i relation til reglerne om tynd kapitalisering. Dette skal i det følgende kort skitseres.

I relation til reglerne om tynd kapitalisering opereres med det koncernbegreb, der er fastsat i SKL § 3 B. Ved kontrol forstås i bestemmelsen det, der er fastlagt i SEL § 32 vedrørende CFC-beskatning, dog med

8. Det skal dog også bemærkes, at de danske regler om tynd kapitalisering tillige finder anvendelse hvor der er gæld mellem kontrollerende fysiske personer og danske debitorselskaber.

9. Det er blevet anført, at sondringen mellem egen- og fremmedkapital i praksis udgør et uøseligt problem. Således anfører *Olli Ryyänänen* i *Fortäckt dividend i beskattningen* (doktordisputats), s. 536 f, at "...Kanske kan detta ses som ett uttryck för att enkeltbeskattning av bolagsresultatet i källstaten, varefter utdelning ytterligare kan vara belagd med källskatt, samtidigt som räntor är avdragsgilla vid beräkningarna av bolagets inkomst och ofta beskattas endast i borgenärens hemstat, utgör en sådan fundamental brist i likebehandlingen av olika investeringsformer, som helt enkelt saknar en tilfredsställande lösning. Om källstaten avstod från det andra ledet i dubbelbeskattningen på utdelning samtidigt som ränteinkomster i högre grad opptogs till beskattning i källstaten, skulle detta kunna minska skillnaderna i skattebehandling..."

10. Jf. herom *Jakob Bundgaard*: *Koncernskatteretlige neutralitetsstudier*, 1999, s. 38 ff.

den modifikation at der skal indehaves mindst 50% af aktiekapitalen i stedet for 25% heraf. Det ses, at der ikke ved disse definitioner er tale om egentlige koncerner i økonomisk forstand. Der opereres med et kontrolbegreb, hvoraf koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2 figurerer som et underbegreb. Trods dette, er det min opfattelse, at hovedanvendelsesområdet for regelsættet i SEL § 11 vedrører egentlige koncernforhold. Derfor behandles reglerne som en egentlig koncernskatteretlig problemstilling, og det antages, at koncernkriteriet oftest vil være opfyldt. Terminologisk behandles sådanne situationer, der er omfattet af KGL § 4, stk. 2, som koncernforhold, mens øvrige forhold udelukkende medfører statueringen af en kontrolgruppe i reglernes forstand.

1.4 Koncernskatteretten

Bogen skal ikke nødvendigvis tages til indtægt for et postulat vedrørende en selvstændigt eksisterende retlig disciplin benævnt koncernskatteretten. Det antages dog, at de særlige regler, der findes vedrørende beskattningen af koncerner, kan indplaceres under koncernretten, som netop udgøres af det stigende antal af koncernsærregler, der eksisterer¹¹. De særlige regelkomplekser, der tager sigte på at normere koncerners aktivitet, udgør som nævnt undtagelser til det gældende koncernretlige udgangspunkt, og er til dels betvunget af den iboende divergens mellem erhvervspraksis og lovgivningen, idet koncernselskaber reelt er indbyrdes afhængige foretagender.

1.5 Skatteplanlægning

Internationale koncernforhold medfører et stort behov for skatteplanlægning idet skattebetalingerne ønskes nedbragt på linie med øvrige omkostninger i koncernen. Ved skatteplanlægning forstås traditionelt, at virksomheden indretter sine forhold således, at dennes situation skattemæssigt set maksimeres¹². Komplexiteten af koncernbeskatningsreg-

11. Jf. i det hele *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997 (doktordisputats), og *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, samt *Bernhard Gomard*: Samarbejde og ansvar i koncerner og selskaber, 1997. Se også *Jan Pedersen*: Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 10 samt *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999. Se ligeledes en forsøgsvis systematisering af koncernbeskatningsretten *Klaus Okholm & Lars Cort Hansen* i *Inspi* 1999/7-8, s. 57 ff.

12. *Lena Falk & Claus Pedersen* fremhæver i *Skatteplanlægning i internationale koncerner*, 1996, s. 17, at optimal skatteplanlægning på tværs af landegrænser indebærer; undgåelse af dobbeltbeskattning, høj skatteværdi af fradragsberettigede udgifter og lav skatteværdi af skattepligtige indtægter.

ler indebærer i almindelighed, at der for rådgiverens vedkommende er risiko for at ifalde en rådgivningsansvar i visse sjældne tilfælde¹³.

1.6 Særligt om tynd kapitalisering

Når multinationale koncerner foretager grænseoverskridende investeringer, hvad enten der er tale om nyetablering af en virksomhed eller overtagelse af dele af eller hele eksisterende foretagender, er ét af de fundamentale spørgsmål, om finansieringen skal foretages med gæld eller egenkapital. Som et resultat af de skattemæssige incitamenter, der udspringer af behandlingen af disse alternativer, indfører et stigende antal lande regler, der skal modvirke provenutab grundet udhuling af nationalt skattegrundlag, der opstår ved, at koncerner hjemtager overskud gennem renteindtægter i stedet for udbyttebetalinger. Der kan opstå skattemæssige fordele eller ulemper grundet den forskellige behandling af de alternative finansieringsformer. Særligt betydningsfuld er problemstillingen således for grænseoverskridende selskabsfinansiering (cross-border financing). Det skal hertil også noteres, at en sådan finansiering ikke kan etableres uden hensynstagen til skattemæssige aspekter, idet sådanne kan have en stor betydning for investeringens afkast.

Et vigtigt fokus for den internationale skatteplanlægning i forbindelse med grænseoverskridende virksomhedsovertagelser er, at den benyttede gæld ved en virksomhedsovertagelse kan modregnes (offset) fremtidig indtjening i den overtagne virksomhed eller det overtagne selskab¹⁴. I visse lande kan noget sådant opnås ved etableringen af mellemholdingselskaber beliggende i targetselskabets land som et (direkte eller indirekte) datterselskab til køberselskabet. Holdingselskabet modtager herefter lån fra køberselskabet til køb af targetselskabet og lader sig efterfølgende sambeskatte med targetselskabet (i den form noget sådant tillades i enkelte lande) eller fusionere med selskabet. Sådanne strategier kan kaldes debt-push-down strategier og kan genfindes i et utal af varianter og kreativiteten internationalt er ganske betydelig. Særligt amerikanske transaktioner går langt for at opnå denne finansieringsstruktur. Det er evident, at sådan skatteplanlægning kan aktualisere national skattelovgivning om selskabers kapitaliseringsforhold (hér tynd kapitalisering).

Som en konsekvens af den fundamentale forskel i den skattemæssige behandling af lån og egenkapital, har problemstillingen vedrørende

13. Jf. herom *Ulrik Gorm Møller: Skatterådgivning – metode og teknik*, 1996, s. 161 ff.

14. Se hertil eksempelvis *Deloitte & Touche: International Acquisitions, Mergers, and Reorganizations in Europe*, 1990, s. 5 f.

tynd kapitalisering internationalt fået en central placering i international skatteplanlægning og i skattemyndighedernes kontrol¹⁵.

Efter denne indledende eksercits vedrørende koncernskatterettens almindelige del, gøres der i det følgende nogle overvejelser vedrørende den skatteretlige betydning af grænsedragningen mellem egenkapital og fremmedkapital. Læsere hvis primære ærinde er kendskab til gældende ret vedrørende tynd kapitalisering i dansk ret henvises til bogens del II.

2 Grænsedragningen mellem egenkapital og fremmedkapital i skatteretlig belysning

2.1 Generelt

Skatteretlige problemer vedrørende tynd kapitalisering udspringer grundlæggende af sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital. Derfor behandles denne sondring i generelle termer i det følgende.

Selskaber har behov for kapital til påbegyndelse, udøvelse og udvidelse af erhvervsaktivitet. Med henblik på at gøre selskabsinvesteringer attraktive må selskaberne tilbyde potentielle investorer et investeringsafkast. Dette kan bestå enten i en periodisk betaling af en vis sum (rente-betalinger), periodiske andele af indtjeningen (udbytter) eller en kombination af de to. Samtidig kan afkastet ligeledes opnås ved at realisere akkumuleret indtjening ved salg af aktierne i selskabet. Selvom forskellene mellem fremmed- og egenkapital måske kan forekomme åbenlyse, er det ikke muligt helt at holde begreberne adskilt og præcist fremhæve forskellene. Der kan dog udsondres såvel juridiske som økonomiske forskelle mellem finansieringsformerne¹⁶. Som *juridiske forskelle* på egen- og fremmedkapital kan anføres:

- Aktieejere er normalt berettigede til en andel af selskabets indtjening.
- Aktieejere er dog ikke berettigede til at få deres investering igen medmindre selskabet opløses.
- Aktieejers risiko er normalt begrænset til den indskudte egenkapital.
- Det er muligt at sælge aktien til den værdi den har her og nu, hvad enten denne udgør mere eller mindre end det oprindelige investeringsbeløb.

15. Jf. herved også Knud Erik Kriegbaum i International beskatning – en introduktion, 2000, s. 115.

16. Fremhævet af OECD's fiskal-komite i Thin Capitalisation, Issues in International Taxation, 1987, s. 8 f.

- Långiver er berettiget til en fastsat rentebetaling (eller lignende) uanset, hvordan selskabets indtjening i øvrigt er.
- Långiver vil normalt få sin investering igen efter et stykke tid.
- Långiver kan dog også ved afståelse af fordringen påføres et værdiudsving, enten i op- eller nedgående retning.
- Begge risikerer at tabe hele investeringen.

Den økonomiske forskel mellem egenkapital og fremmedkapital ses der- ved, at långivere kan se frem til en periodisk og fikseret belønning for den til rådighed stillede kapital, mens aktionærer er afhængige af selskabsorganernes beslutning om udbytteudlodning. Dette medfører alt andet lige større bevægelsesfrihed for selskaber, der er finansieret ved egenkapital. Hertil kommer nok den vigtigste forskel i skattemæssig henseende, nemlig at egenkapitalinvesteringer er designet til at skabe et afkast til investor i form af udlodninger, mens låneinvesteringer for debitor er en udgift, der skal afholdes førend der kan tilvejebringes et overskud af hvilket, der kan foretages udlodninger.

Der kan ligeledes udsondres forskellige *ikke-skattemæssige argumenter* for egen- henholdsvis fremmedkapitalfinansiering¹⁷. For fremmedkapitalfinansiering taler fra investors side; forudberegneligheden af afkastet og investeringens løbetid. For selskabet kan fremmedkapitalfinansiering have interesse, idet ejerforholdene i selskabet herved opretholdes, og at selskabet, bortset fra forrentningen af indskuddet af fremmedkapital, selv vil oppebære det overskud, som kapitaltilførslen afkaster. Er långiver uafhængig kan ligeledes opnås, at investor ikke opnår indflydelse på selskabets fremtidige drift. Endelig må også risikooovervejelser spille ind i valget.

Følgende *ikke-skattemæssige begrundelser* for gældsfinansiering i et kontrolleret selskab kan fremhæves¹⁸:

- begrænsning af fuldt hæftende indskudskapital,
- simpelt og mere fleksibelt indskud ved lånekapital, idet der ikke skal overholdes formelle krav vedrørende kapitalforhøjelse i selskaber,
- tilbagebetaling af lån er mere simpelt og fleksibelt, idet der blandt andet ikke skal overholdes formelle kapitalnedsættelsesprocedurer,
- i tilfælde hvor der er flere aktionærer, sker der ikke ændringer i ejerskabet og dermed stemmerettigheder og udbytterettigheder,
- investor har samme risiko som andre långivere,

17. Se hertil eksempelvis i dansk ret Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 24 ff samt Ole Kjær i SU 1993.360.

18. Jf. Detlev J. Piltz i Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 82b, 1996, International aspects of thin capitalization, s. 92.

- i visse lande vil rentebetalinger forøge investeringsafkastet, idet der findes visse ejerskabskrav, hvorefter udenlandsk ejerskab ikke må overstige et vist niveau,
- afkastet ved lån afhænger ikke af selskabets succes,
- forøgelse af profitabiliteten og værdien af selskabet som følge af fremmedkapitalfinansiering (leverage effect), samt at
- der opstår ikke valutakursrisiko, idet lån oftest kan nomineres i valutaen i investors hjemland, hvilket ofte står i modsætning til egenkapitalfinansiering.

Der kan ligeledes i koncernforhold findes driftsøkonomiske argumenter for fremmedkapitalfinansiering mellem koncernenhederne. Koncernen undgår herved fastlåsning af investeringen i det selskab, hvori indskuddet er foretaget¹⁹. En anden hensigtsmæssighed ved koncernintern fremmedkapitalfinansiering kan være koncentrationen af hele koncernens finansfunktioner hos et enkelt koncernselskab.

I andre tilfælde taler forholdene for at foretage investering/modtage kapitalindskud gennem egenkapitalfinansiering. Herved får selskabet en venligsindet og loyal kreditor, som ikke har mulighed for tvangsinddrivelse af sit tilgodehavende, men må nøjes med udøvelsen af sine forvaltningsmæssige rettigheder på selskabet generalforsamling. Investor opnår herved også del i selskabets værditilvækst, og tilgodehavendet kan nemt omsættes²⁰.

I selskabers praktiske hverdag findes der et utal af finansieringssammensætninger. Karakteristisk er, at disse oftest ikke er skattemæssigt motiveret, men snarere afhænger af økonomiske og forretningsmæssige ønsker eller nødvendigheder. Udgangspunktet må være, at skattemyndigheder ikke kan eller bør gribe ind over for dette, idet skattemyndigheder ikke er kompetente til at foretage en vurdering af selskabers finansierungsbehov og ej heller bør belære erhvervslivet om hvorledes enkelte selskaber skal sammensætte deres kapital. I visse situationer er der dog et behov for retsordnen til at dæmme op for visse koncernfordele ved at indføre koncernbebyrdende regler, så ikke det enkelte lands skattegrundlag udhules gennem flytning af indkomst til andre og lavere beskattende jurisdiktioner.

19. Denne fastlåsning kan anses som uhensigtsmæssig såfremt kapitalbehovet er midlertidigt, og investorselskabet kan få sit behov for overskudsandel dækket gennem merudlodninger fra allerede tegnet indskudskapital, jf. *Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 24.

20. *Jan Pedersen, loc.lit.*

Inden for skatterettens område har det i flere relationer betydning at fastslå, hvorvidt kapitalindskud i en virksomhed må anses for egenkapital eller fremmedkapital eller i givet fald en kombination heraf²¹. Hvad enten der er tale om det ene eller det andet, opnår indskyderen en fordring på den juridiske person svarende til sit indskud.

Egenkapital medfører den retsfølge, at udlodninger som udgangspunkt må anses som udbytte, uanset om udlodningen hidrører fra selskabets forrentning af egenkapitalen eller en nedbringelse heraf²². I tilfælde hvor det må antages, at der er tale om indskud af fremmedkapital (långivning), må udbetalinger til indskyderen kvalificeres som afdrag eller forrentning.

I de fleste lande viser forskellen mellem de to finansieringsformer for selskabet og indskyderen sig ved den følgende oversigtstabel. Dette gælder også for så vidt angår dansk skatteret.

Tabel 1: Oversigt over sammenhængen i beskattningen af egen- og fremmedkapital

Finansiering	Skattesubjekt	Selskab	Indskyder
Egenkapital		Forrentning af egenkapital ved udlodning er ikke fradragsberettiget	Udbytte fra indskudt egenkapital er som udgangspunkt skattepligtigt udbytte, uanset om det hidrører fra normal forrentning af egenkapitalen eller tilbagebetaling ved nedsættelse af egenkapitalen. <i>Væsentlig modifikation:</i> affiliation privilege eller participation exemption.
Fremmedkapital		Forrentning af fremmedkapital er fradragsberettiget renteudgift	Forrentning er skattepligtig renteindtægt. <i>Modifikation:</i> internationale tax havens uden indkomstskat. Nedbringelse af tilgodehavende (fremmedkapitalen) er en formuebevægelse som ikke udløser skat, jf. SL § 5 i Danmark.

Det er karakteristisk for dansk skatteret, at der ved finansiering med lånekapital ikke opstår økonomisk dobbeltbeskatning, idet der som ud-

21. Jf. herom eksempelvis *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 235 ff, *Aage Michelsen* i R&R 1991SM143, *Svend Høgsberg Kristensen*: Beskatning af koncerner, 1981, s. 52, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2000 s. 391 ff samt *Stephen A. Lind* et al.; *Fundamentals of Corporate Taxation*, 1997, s. 102 ff, *Cheryl D. Block*: *Corporate Taxation*, 1998, s. 29 ff samt *Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg*: *Federal Corporate Taxation*, 1998, s. 68 ff.

22. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2000, s. 391.

gangspunkt er fradragsret for renteudgifterne ved indkomstopgørelsen²³.

I specifik dansk skatteretlig sammenhæng kan fremhæves, at sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital har betydning for²⁴; beskattningen af andelshavere²⁵, stille selskabsdeltageres skattemæssige retsstilling²⁶, interessenters skattemæssige retsstilling²⁷, kapitaltilførsel fra et hovedkontor til en filial i et andet land²⁸, omkvalifikation af egenkapital til fremmedkapital i selskaber²⁹, omkvalifikation af fremmedkapital til egenkapital-tynd kapitalisering. Listen kunne imidlertid formentlig modificeres og tilføjes yderligere elementer, nemlig ved følgende; kon-
tantvederlæggelsen af selskabsdeltagere i skatteneutrale fusioner, spalt-

-
23. Jf. herved *Aage Michelsen* i Samspelet mellan beskattningen av aktiebolag och aktieägare, NFS nr. 33, 1996, Dansk juridisk nationalrapport, s. 27 ff.
 24. Fremhævet af *Aage Michelsen* op.cit. vel at mærke før introduktionen af egentlige regler om tynd kapitalisering i dansk skatteret.
 25. Idet et beløb som er indestående på en andelshaverkonto som egenkapital skal medregnes ved formueopgørelsen, jf. SEL § 14 og § 15. Herved får sondringen mellem gæld og egenkapital betydning.
 26. Ved en stille deltagers kapitalindskud lægges der vægt på, om skatteyderen er medejendomsberettiget. Se således Tfs 1990.21 H, hvor dette var medvirkende til at en stille deltagers tab ved indskud i en virksomhed ikke blev anset for fradragsberettiget, jf. *Aage Michelsen* i R&R 1991 SM 143 med henvisninger og samme i NTS 1999.94.
 27. Interessenters overskudsandele er erhvervsindkomst og ikke renteindkomst, selv om overskuddet fordeles mellem interessenterne ved først at indrømme interessenterne en forlods forrentning af deres i interessentskabet indestående kapital. Sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital kan herved få betydning ved, at der skal opgøres erhvervsindkomst for et I/S med fast driftssted efter bestemmelsen herom i KSL § 2, stk. 1, litra d), hvis en interessent er bosiddende i udlandet. I sådanne tilfælde vil interessenten formentlig være skattepligtig af "renten", idet det kan findes, at der er tale om indskud i det omfang en skatteyder er medejer af interessentskabet. Lader en interessent eller en kommanditist en overskudsandel indestå i et interessentskab eller i et kommanditselskab, uden at det er opført i regnskaberne som egenkapital, må dette anses som et lån til interessentskabet eller kommanditselskabet, jf. *Aage Michelsen* op.cit.
 28. Som udgangspunkt er der tale om tilførsel af egenkapital, når en hovedvirksomhed tilfører en filial kapital. Hermed er der ikke rentefradrag for eventuelle fikserede renteudgifter, se hertil Tfs 1993.7 H (Texaco A/S) og Tfs 1996.715 Ø (Citibank). Dette spørgsmål uddybes nedenfor i forbindelse med behandlingen af faste driftsteder efter SEL § 11, stk. 5.
 29. Dette kan, jf. *Aage Michelsen* op.cit. særligt komme på tale, når en skatteyder hjemmehørende i Danmark oppebærer afkast af kapital i et selskab, der er hjemmehørende i udlandet, se hertil Tfs 1990.240 LSR (formel egenkapital blev omkvalificeret til fremmedkapital) og Tfs 1985.324. Begge afgørelser er kommenteret af *Aage Michelsen* i R&R 1990 SM 143.

ninger og aktieombytninger³⁰, kapitalbinding ved skattefri virksomhedsomdannelse³¹, opgørelse af sambeskatningsindkomst, og nu lovfæstede solvenskrav gennem den egentlige tynd kapitalisering normering.

Yderligere har der for begrænset skattepligtige i Danmark hidtil eksisteret en uskreven praksis om maksimal belåning af fast ejendom i Danmark, jf. LV 1999 D.B.6.1. Ved indkomstoppgørelsen for begrænset skattepligtige ejere af fast ejendom godkendes fradrag for renter af almindelig prioritetsgæld samt af anden gæld mod sikkerhed i ejerpantebrev i vedkommende ejendom indtil en samlet behæftelse på 80% af ejendommens handelsværdi ved indkomstårets udløb. Yderligere renteudgifter tillades ikke fradraget, medmindre den skattepligtige dokumenterer, at den samlede behæftelse alene vedrører ejendommens anskaffelse, drift eller forbedring³².

Det er hermed tilkendegivet, at det også uden for tynd kapitaliseringsproblematikken kan volde tvivl, om et givent kapitalindskud skal anses for egenkapital eller fremmedkapital. Dette aktualiseres yderligere ved de såkaldte hybride finansieringsarrangementer, der netop er kendetegnet ved ikke klart at fremtræde som henholdsvis indskud af egen- eller fremmedkapital.

Det kan anses som karakteristika for indskud af fremmedkapital; at den juridiske person er pålagt en aktuel retlig og reel pligt til at betale renter og afdrag i et gældsforhold hidrørende fra indskud af fremmedkapital. Hvor der opstår tvivl må forholdet underkastes en konkret vur-

30. Ved skatteneutrale fusioner, spaltninger og aktieombytninger eksisterer der krav om maksimal kontantvederlæggelse på 10% af aktiernes pålydende værdi (eller bogførte værdi i mangel heraf). Dette kan nok anses som udslag af et ønske om bevarelsen af egenkapital i modtagerselskabet, jf. FUL § 2 og § 15a samt ABL § 13 med baggrund i fusionsbeskatningsdirektivets (90/434/EØF) artikel 2. I relation til skatteneutral tilførsel af aktiver kan det forhold, at et selskab er tyndt kapitaliseret, spille ind, jfr. TfS 1996.176 LR (afslag idet det modtagende selskab ikke kunne fungere ved hjælp af egne midler).

31. Tilsvarende kan kravet, om at hele vederlaget for virksomheden ved skattefri virksomhedsomdannelse, i henhold til VOL § 2 skal ydes i form af aktier eller anparter i det modtagende selskab, opfattes som et ønske om at bevare egenkapital i selskabet.

32. I TfS 1993.60 finder *Aage Spang-Hanssen*, at denne praksis er udslag af tankegangen om tynd kapitalisering, og formentlig uhjemlet. Se i samme retning *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1999, s. 282. Modsat er *Aage Michelsens* opfattelse i Tynd kapitalisering – skatteretligt belyst, i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 223 med note 14, hvor det anføres, at den omtalte praksis snarere skal ses som et udtryk for, hvorledes skatteadministrationen mener, at renteudgifter skal fordeles mellem domicilland og kildeland, hvilket er noget andet end anvendelse af synspunktet om tynd kapitalisering.

dering³³, Momenter, som underbygger tilstedeværelsen af forrentning og afdrag på fremmedkapital kan være:

- om der findes forfaldsdato,
- forfaldsbetingelser,
- ordinære ydelsesdatoer,
- om kreditor har ret til at gennemtvinge betaling af ydelser på lige fod med andre kreditorer, og endelig,
- om det indskudte beløb forrentes og fyldestgøres på linie med øvrige kreditorer ved opløsning.

Det kan antageligvis have formodningen for sig, at der navnlig i selskaber med få deltagere består en risiko for, at indskud af egenkapital maskeres som låneaftaler eller andre fordringer på selskabet³⁴. Selvom der ikke kan fastsættes entydige krav til fast forrentning af indskudt fremmedkapital (ud over armslængde kravet), vil det dog formentlig indicere, at der ikke foreligger et egentligt låneforhold, såfremt renten fastsættes i forhold til selskabets egenhændige beslutning i forhold til selskabets overskud eller lignende, men snarere at indskuddet vil blive anset som et egenkapitalindskud.

Er en gældsforpligtelse påtaget ved en juridisk persons egenhændige beslutning, uden at der samtidig tilføres kapital fra indskydere, men blot overgives gældsbreve til disse, må selve gælds påtagelsen anses som en udlodning af udbytte opgjort til kursværdien af den påtagne gæld. Senere rentebetalinger i henhold til gældsbrevene må anerkendes som sådan, idet disse modtages i indskyderens egenskab af kreditor og erlægges i den juridiske persons egenskab af kreditor³⁵.

I tilknytning til ovenstående Herefter kan der gøres nogle generelle bemærkninger om selskabsfinansiering og økonomiske syn på selskabers kapitalstrukturer. Det følgende økonomiske afsnit skal udelukkende tillægges orienterende betydning.

3 Selskabsfinansiering og økonomiske syn på kapitalstrukturer

3.1 Indledning

Der findes nationalt og internationalt et antal metoder for aktionærer til at foretage selskabsfinansiering³⁶. I den ene ende af spektret befinder sig

33. Jf. herom Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 235 ff.

34. Jf. Jan Pedersen i Skatteretten 2, 2000, s. 391 og TfS 1984.559 LSK.

35. Op.cit, s. 484.

den rene egenkapital som finansieringsform. I den anden ende af spektret befinder den rene fremmedkapitalfinansiering sig. Mellem disse rene yderpunkter befinder sig forskellige blandede finansieringsformer, såkaldte hybride finansieringsformer. Sådanne typer indeholder elementer fra såvel egenkapital som fremmedkapital og en klar afgrænsning kan være vanskelig. Hybride finansieringsformer kan være; konvertible obligationer, warrants, præferenceaktier, udbyttegivende lån, ansvarlig lånekapital og indeksbaserede lån. Beskatningen af disse hybride finansieringsformer er oftest baseret på et integrationsprincip, hvorefter instrumentet opfattes og beskattes som ét instrument³⁷. Det skal dog understreges, at hybride finansieringsformer ikke er så udbredte i Danmark som de rene ordinære finansieringsformer.

3.2 Økonomiske syn på kapitalstrukturer

Beslutninger vedrørende den optimale kapitalstruktur i selskaber kan, som allerede nævnt, i et vist omfang siges at være uafhængige af skattemæssige overvejelser. Nogle finansieringsteoretikere har antaget, at gældsfinansiering medfører højere investeringsafkast. Dette standpunkt har dog ikke stået hen uimodsagt. Således konkluderede Miller og Modigliani i deres seminale arbejder, at selskabers værdi er uafhængig af summen af gæld der anvendes i selskabets finansieringsstruktur, når skatter og andre faktorer bortsondres. Det fremføres endda i finansieringsteorien, at ændringer i et selskabs kapitalstruktur generelt ikke medfører ændringer i selskabet overordnede værdi. På den anden side har høj grad af gældsfinansiering mange faldgruber, herunder insolvens eller lav kreditvurdering. Sammenfattende kan det blot konstateres, at faktorerne der påvirker finansieringen af selskaber er legio.

Der findes således ikke nogen generelt anerkendt norm udspringende af økonomisk teori, der tilkendegiver at gæld skulle være et mere fordelagtigt finansieringsmiddel end egenkapital eller vice versa. Ligeledes kan der ej heller i konsensus opstilles en generel debt/equity ratio, der har universel betydning. Snarere viser erhvervspraksis, at finansieringsbeslutninger foretages på et case-by-case grundlag, hvor forskellige ikke-skattemæssige overvejelser formentlig indgår. Sådanne kriterier kan

36. Jf. herved *Detlev J. Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 82b: International aspects of thin capitalization, 1996, General report s. 89 ff. Se generelt om sondringen mellem gæld og egenkapital også *David P. Hariton*: Distinguishing Between Equity and Debt in the New Financial Environment i *Tax Law Review* 1994.499.

37. Se generelt herom *Jens Wittendorff & Erik Banner-Voigt*: Taxation of Hybrid Instruments in Denmark, *Bulletin for Financial instruments & Derivatives*, 2000.3.

være følgende³⁸; (1) vurdering af forventningerne til fremtidens renteudvikling, (2) investors investeringshorisont, (3) materielle og immaterielle aktivers alder i datterselskabet, (4) nutidige og fremtidige finansieringsbehov i datterselskabet, (5) den planlagte vækst i virksomheden samt (6) investors risikoaversitet.

Tilgængelige databaseinformationer indikerer, at forholdet mellem gæld og egenkapital varierer enormt fra land til land og fra branche til branche³⁹. Øvrige forhold, der kan spille ind på den praktiske sammensætning af kapitalen i et selskab, kan ligeledes være forskellen på løbetid, idet det for virksomheder i en anstrengt likvid situation kan være vanskeligt at få refinansieret kortfristede lån. Ligeledes kan det spille ind, hvorledes renten på lån skal fastsættes eller fastholdes, ligesom det kan være en fordel at aftale en finansieringskilde i fremmed valuta. Dette vil navnlig være en fordel, såfremt virksomheden har nettoindbetalinger lydende i fremmed valuta.

3.3 Teoretiske overvejelser vedrørende kapitalstrukturforhold

Der findes forskellige teoretiske modeller til vurderingen af et selskabs optimale kapitalstruktur. Det er imidlertid formentlig kendetegnende, at disse teoretiske modeller ikke er i stand til med acceptabel udsagnskraft at beskrive de faktiske forhold, hvorfor det er problematisk at anvende den eksisterende teori i normativ sammenhæng⁴⁰. Sammensætningen af virksomhedens finansieringsmiks er et komplekst og ikke særlig kvantificerbart område for praktiske formål.

Gennem den særlige corporate governance litteratur er der i de senere år kommet fokus på kapitalstrukturen som et instrument for aktionærerne til at få ledelsen til at opnå gode resultater. Herved bliver målsætningen, om ledelsen kan disciplineres til at træffe de rigtige investeringsbeslutninger til gavn for virksomheden og virksomhedernes ejere. En lavere konsolideringsgrad – mindre egenkapital i forhold til gældsposter – vil således i nogle tilfælde kunne forbedre ledelsens incitamenter som følge af en mere nærværende konkurstrussel og en mindre margin til at gennemføre investeringer med lavt afkast. Der er et gennemgående synspunkt i denne del af den økonomiske litteratur, at selskabets kapitalstruktur påvirker selskabets økonomiske effektivitet. Det konstateres i litteraturen, at såvel en for stor gældsandel, som en for stor egenkapi-

38. Herom eksempelvis Detlev J. Piltz op.cit., s. 90 f.

39. Jf. Howard S. Engle & Walter T. Raineri i United States national report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 82b, 1996, International aspects of thin capitalization, s. 755 f med note 5 og 6 om forholdene i USA.

40. Jf. herved Claus Parum: Virksomhedens kapitalstruktur og kapitalomkostninger, 1987, s. 417.

talandel kan have negative virkninger på selskabets økonomiske effektivitet⁴¹. Der kan i det mindste opstilles følgende faktorer der påvirker virksomheders kapitalstrukturbeslutninger:

- Principal-agent problemstillinger (herunder corporate governance problemstillingen).
- Skatteforhold
- Asymmetrisk information.
- Industriøkonomiske forhold.
- Virksomhedens forventede konkursomkostninger.

Da disse faktorer isoleret set kan påvirke kapitalstrukturbeslutningen i hver sin retning, kan der i princippet identificeres en optimal kapitalstruktur for den enkelte virksomhed, i.e. at der findes en kombination af gæld og egenkapital, der minimerer virksomhedernes kapitalomkostninger. Man opererer i denne forbindelse med begrebet WACC (Weighted Average Cost of Capital) der udtrykker virksomhedens reelle gennemsnitlige kapitalomkostninger. WACC er det vægtede gennemsnit af virksomhedens egen- og fremmedkapitalomkostninger, idet vægtningen sker med egen- og fremmedkapitalens andel af virksomhedens markedsværdi. Herudover udtrykker WACC virksomhedens afkastkrav, dvs. kapitalmarkedets krav til virksomhedens afkast på den investerede kapital.

Der er som nævnt tale om en individuel og dynamisk proces når virksomheders kapitalstruktur skal fastlægges. Virksomhedens stadium i sin produktcyklus er ligeledes et forhold, der spiller ind. Samlet kan det konstateres, at præmisserne for en virksomheds kapitalstrukturbeslutning typisk vil ændre sig over tid. Da denne beslutning har direkte betydning for virksomhedens reelle værdiskabelse og dermed værdien af virksomheden, er det vigtigt, at virksomheden løbende tager aktivt stilling til kapitalstrukturspørgsmålet.

3.4 Kapitalstrukturforhold i praksis

I praksis foreligger der visse tilgængelige data til belysning af kapitalforholdene i dansk erhvervsliv. I rapporten "Debatoplæg om aktivt ejerskab – Maj 1999" redegøres der således herfor i oplæggets kapitel 5. I rapporten anføres det, at der normalt skal ses på virksomhedernes fi-

41. Jf. herom Kevin Keasey et al (ed.): Corporate Governance, 1999, Vol II, part II og Debatoplæg om aktivt ejerskab – Maj 1999, Erhvervsministeriet, Finansministeriet, Skatteministeriet og Økonomiministeriet. Rapporten findes på finansministeriets hjemmeside; www.fm.dk.

nansielle nøgletal så som soliditetsgrad eller forskellige gearingsudtryk (for eksempel rentebærende nettogæld divideret med egenkapitalen). Balancetal er imidlertid næppe nok til at foretage en fyldestgørende vurdering af virksomhedernes kapitalstruktur. Virksomhedernes forventede resultater, disses forventede cash flow og nøgletal relateret til størrelserne heraf er særdeles relevante i forbindelse med en konkret vurdering af en virksomheds kapitalstruktur, idet disse udtrykker virksomhedernes fremadrettede muligheder for at bære en gældsbyrde. Det anføres derfor, at en sammenligning af virksomheders kapitalstruktur derfor bør tage udgangspunkt i en bred sammenligning af nøgletal. I praksis er det imidlertid ganske vanskeligt at foretage en sådan sammenligning og man er derfor ofte nødsaget til at tage udgangspunkt i et enkelt nøgletal, som for eksempel soliditetsgrad eller gearing. Flere indvendinger fremhæves dog her imod:

- soliditetstallet kan manipuleres ved at gennemføre finansielle transaktioner i virksomheden,
- det er ikke uproblematisk at sammenligne soliditet for virksomheder af forskellig størrelse i forskellige brancher,
- grænseoverskridende sammenligninger bør foretages med varsomhed (blandt andet grundet forskellige regnskabsstandarder).

For Danmarks vedkommende kan det konstateres, at der synes at være en tendens til, at større virksomheder i højere grad end mindre virksomheder er egenkapitalfinansierede. Opgørelser fra Danmarks Statistik⁴² viser, at virksomheder med mere end 500 ansatte i 1996 havde en gennemsnitlig soliditet på ca. 50%, mens virksomheder med 20-499 ansatte havde en gennemsnitlig soliditet på 30-35%. For de mindste virksomheder med 20-49 ansatte ligger den gennemsnitlige soliditet omkring 30%. Gennemsnitligt medfører disse tal, at soliditeten for danske virksomheder samlet i 1996 var ca. 40-45%.

Ud over at variere med virksomhedens størrelse lader soliditeten også til at variere med hvilken branche, virksomheden befinder sig i. I Figur 5.2. i anførte rapport fremkommer det således, at laveste undersøgte brancher⁴³ ligger omkring 35-40% i 1996, mens højeste undersøgte brancher⁴⁴ ligger omkring 50-55% i soliditet i 1996. Forskellene i branchernes soliditetsgrad og dermed disses kapitalstrukturforhold stemmer godt overens med a priori forventningerne i den teoretiske litteratur,

42. Jf. Debatoplæg om aktivt ejerskab – Maj 1999, kapitel 5, figur 5.1.

43. "Træ, papir og grafik", "Jern og metal" samt "Møbler og andet".

44. "Steen, ler og glas" samt "Mineralolie, kemi og plast".

hvoraf det blandt andet fremgår, at industriøkonomiske forhold har betydning for udsving for den optimale kapitalstruktur. I brancher med høj risiko, hvor der er store udsving i virksomhedens cash flow, vil der være behov for en større sikkerhedsmargin for at undgå insolvens. Det betyder, at gældsandelen i sådanne brancher alt andet lige vil være mindre, da risikoen for at skulle afholde omkostninger i forbindelse med konkurs ellers vil være for stor. Det vil betyde, at indskydelse af fremmedkapital marginalt vil kræve meget høje renter for at kunne dække en sådan risiko.

Internationalt anerkendes kapitalstrukturbeslutningen som instrument for ledelsen til at forøge virksomhedens reelle værdiskabelse. Dette har i mange tilfælde ført til, at der er sket aktive tilpasninger af overkapitaliserede virksomheders kapitalstruktur gennem tilbagekøb af egne aktier og udbetaling af ekstraordinære udbytter. Siden andet halvår af 1997 har der fundet sådanne strukturtilpasninger sted i Danmark, for skønsmæssigt 15-20 mia. DKK. Ligeledes internationalt er der i de senere år opstået konvergens i den gennemsnitlige soliditetsgrad i vestlige lande til et niveau i 1995 omkring 30-40%.

Denne eksercits viser blot, at mange forhold kan spille ind på kapitalstrukturbeslutning, og at denne er individuel for det enkelte selskab. Ligeledes fremgår det, at der ikke i de fleste brancher opereres med soliditetsgrader under 30%. Hermed synes det danske krav, om 20% lovfæstet i SEL § 11, at give et rimeligt rum for forretningsprægede udsving. Det vil formentlig udelukkende være sådanne selskaber, der også efter erhvervspraksis må anses for at have en uforholdsmæssig stor grad af fremmedkapitalfinansiering samt sådanne, der tilhører helt særlige brancher, der rammes af reglerne. Sammenlignelige resultater til grund for den nødvendige bench-marking kan dog ikke fremskaffes ved hjælp af ovenstående. Der skal iværksættes selvstændige analyser af givne brancher, såfremt dokumentationskravet skal fritage tyndt kapitaliserede selskaber fra den danske fradragsbeskæring. Selvom et solvenskrav på 20% ikke umiddelbart rammer vilkårligt havde det været påskønnelsesværdigt, om skatteministeriet ved udarbejdelsen af lovgivningen om tynd kapitalisering havde konsulteret andre ministerier eller lignende med henblik på at identificere legitime begrundelser for tynd kapitalisering i enkelte brancher.

4 Tynd kapitalisering – begrebsindhold⁴⁵

4.1 Generelt

Grundproblemet i relation til sondringen mellem gæld og egenkapital er det forhold, at udbytter som udgangspunkt ikke er fradragsberettigede, mens rentebetalinger er fradragsberettigede. Hermed er kerneindholdet i problemstillingen skitseret. Som det nedenfor skal påvises, kan der i visse situationer tænkes skattemotiveret gældsfinansiering af selskaber i Danmark.

OECD anvender begrebet “thin capitalisation” som et overbegreb for alle situationer vedrørende den såkaldte “hidden equity capitalisation”⁴⁶. Imidlertid anvendes begrebet thin capitalisation (tynd kapitalisering) normalt som betegnelse for, at et selskabs kapitalbehov finansieres gennem en uforholdsmæssig stor gæld i form af udlån mv. fra et moderselskab eller anden beherskende ejer. I bemærkningerne til L 101 (lov nr. 432 af 28.6.1998) anføres følgende: “...At et selskab er tyndt kapitaliseret eller underkapitaliseret indebærer i international skatteret, at selskabets kapitalbehov finansieres ved en i forhold til egenkapitalen uforholdsmæssig stor fremmedkapital, som er stillet til rådighed af et selskab mv. eller af en

45. Se herom blandt andet *OECD: Issues in international taxation*, no. 2, Thin Capitalisation – Taxation of entertainers, Artists and Sportsmen, 1987, *Detlev J. Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 82b 1996, International aspects of thin capitalization, General report, s. 83 ff og *Brian J. Arnold* i *Cahiers de Droit Fiscal International* Vol. 89a, Deductibility of interest and other financing charges in computing income, General report, s. 493 ff. Se i øvrigt herom bemærkningerne til L 101 (lov nr. 432 af 26.6. 1998), LV 1999 S.I.3.1., s. 450 ff, Betænkning nr. 1060, december 1985, s. 218 ff, *Jan Pedersen*: Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 76 ff, samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 338 ff, *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 238 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1999, s. 391 ff, *Leif Weizman*: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 377 f, *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, s. 315 ff samme i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995 *Nis Jul Clausen*, (red.), s. 217 ff, *Deloitte Touche Tohmatsu International*: Thin Capitalization, 1992, *Leif Gäverth*: Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor – En skatterettslig studie av olika metoder att ingripa mot internationell skatteplanering med underrespektive överkapitaliserade bolag (sammenlægningsdoktordisputats) 1998, *Ruud A. Sommerhalder*: Approaches to Thin Capitalization, ET 1996.82, *Ole Kjær*: Tynd kapitalisering ved etablering i Danmark i SU 1993.360 samt *Niels Josephsen* i SU 1999.41, Tynd kapitalisering – herunder reglernes betydning for filialer.

46. Jf. pkt. 13 i Thin Capitalisation, Issues in International Taxation, 1987. I situationer hvor den nævnte fremstilling vedrører forhold med en høj debt/equity ratio anvendes de samme ord og altså ikke begrebet “thin capitalisation”.

*fysisk person med kontrollerende indflydelse...*⁴⁷. Det er et iboende element, at den uforholdsmæssige fremmedkapitalfinansiering ikke ville blive accepteret mellem uafhængige parter. Der kan i denne forbindelse siges at være tale om tynd kapitalisering i snæver forstand⁴⁸. Tynd kapitalisering i vid forstand kan benyttes til en beskrivelse af situationer, hvor et selskabs gæld er uforholdsmæssig stor i forhold til egenkapitalen, selv om gælden ikke har nogen forbindelse til selskabets hovedaktionær mv.⁴⁹. Denne bog vedrører tynd kapitalisering i snæver forstand og lægger den anførte definition herfor til grund for fremstillingen.

Lovgivning om tynd kapitalisering tilsigter at fungere som et værktøj for skattemyndigheder til at forebygge udhulning af det nationale skattegrundlag på grundlag af selskabers finansieringsforhold. Tynd kapitalisering medfører alt andet lige et reduceret nettooverskud for debitorselskabet, idet forrentningen af fremmedkapital i modsætning til udbyttebetaling er fradragsberettiget ved opgørelsen af selskabsindkomsten. Omvendt opnår investor en forøget renteindkomst, idet investor typisk ikke har adgang til de lempelsesregler, der oftest gælder ved koncernin-

47. Jan Pedersen definerer i *Transfer pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 25 og i *Skatteudnyttelse*, 1989, s. 338 tynd kapitalisering på følgende måde: “...det forhold, at et selskab finansieres gennem uforholdsmæssig stor fremmedkapital i form af udlån fra moderselskab eller anden beherskende reel ejer...”. Klaus Okholm definerer i *Inspi* 1998/9, s. 36 tynd kapitalisering blot ved at henvise til retsfølgen (fradragsbegrænsning) og begrundelsen herfor, nemlig at selskabet er tyndt kapitaliseret.

48. Jf. *Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted*, 2000, s. 428 ff. Forfatteren introducerer sontringen mellem tynd kapitalisering i snæver og i vid forstand. Det anføres, at tynd kapitalisering i snæver forstand er karakteriseret ved, at der som følge af interessefællesskabet mellem debitor og kreditor er risiko for en forvridning, hvorved en kapitaltilførsel, som normalt ville ske i form af indskud af aktiekapital, i stedet sker i form af lån. Dette interessefællesskab er ikke til stede i ved tynd kapitalisering i vid forstand, hvor långiver er en uafhængig tredjemand. I denne situation, anføres, at en korrektion normalt alene vil være begrundet i et synspunkt om, at virksomheder skal have et vist minimum af egenkapital. Det anføres ligeledes, at det ville være hensigtsmæssigt, såfremt begrebet tynd kapitalisering kunne reserveres til situationer vedrørende tynd kapitalisering i snæver forstand. Imidlertid finder forfatteren, at anvendelse af udtrykke i relation til tynd kapitalisering i vid forstand har vundet en sådan udbredelse at et forsøg på at ændre terminologien formentlig ville føre til større forvirring.

49. Jf. *Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted*, 2000, s. 428 ff. Som eksempler herpå kan henvises til *D. Lüthi* i *Intertax* 1991/10, s. 446 og *Ruud A. Sommerhalder* i *ET* 1996 1996.82 der definerer begrebet således: “...The expression “thin capitalization” is commonly used to describe a situation where the proportion of debt to equity exceeds certain limits...”.

terne udbyttebetalinger. Reelt indebærer tynd kapitalisering således en mulighed for en transformering af ikke-fradragsberettigede udbytter til en i formen fradragsberettiget renteudgift.

Tynd kapitalisering er et delområde under det overordnede “arm’s length principle”⁵⁰. Armslængde princippet kan konkret defineres som en standard, der fastlægger, hvorvidt der er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende kommercielle eller finansielle forbindelser, der afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige foretagender, jf. hertil OECD MDBO art. 9 og OECD’s Transfer pricing guidelines, 1995 og fremefter.

Tynd kapitalisering og armslængde indgreb i koncernforhold kan yderligere indplaceres under det såkaldte koncernenhedsbegreb (enhedsteorien). Identifikationsbegrebet har betydelige lighedspunkter med koncernenhedsbetragtningen, men er alligevel ikke identiske. Transfer pricing korrektioner er således ikke udtryk for pligtsmæssig identifikation⁵¹, men derimod i en vis udstrækning for opfattelsen af koncerner som én enhed (enhedsteorien). Begreberne er trods slægtskab ikke ganske identiske.

4.2 Vilkårskorrektioner og dispositionskorrektioner

Der kan formentlig begrebsmæssigt på et overordnet plan opereres med en todeling i det overordnede omkvalificeringsbegreb. Denne udgøres af begreberne *dispositionskorrektion* og *vilkårskorrektion*.

Der kan formentlig begrebsmæssigt på et overordnet plan opereres med en todeling i omkvalificeringsbegrebet. Denne sontring kan foretages mellem begreberne *dispositionskorrektion* og *vilkårskorrektion*. Som en undergruppe til de såkaldte vilkårskorrektioner findes transfer pricing-korrektioner. Transfer pricing-korrektioner involverer i princippet ikke civilretligt eller skatteretligt ulovlige dispositioner. Transfer pri-

50. Jf. eksempelvis Ruud A. Sommerhalder i ET 1996.82, der med rette konstaterer, at regler om transfer pricing også kan spille en rolle i mangel egentlige regler om tynd kapitalisering.

51. Jf. herved Erik Werlauff: Selskabsmasken, 1991, s. 119. Se tillige om skatteretlig identifikation i dansk ret I. A. Strobel i S.O. 1992.146. Se i øvrigt om gennembrudsbeskatning (durchgriffbesteuerung) Zacharias & Weisert i NJW 1988.1426 ff.

cing-princippet retter sig alene mod gyldige og retskraftige aftalevilkår, som korrigeres under anvendelsen af armslængdeprincippet⁵².

Den såkaldte realitetsgrundsætning kan tages til indtægt for en overordnet indgrebsmulighed. Ophavsmanden til den egentlige formulering af grundsætningen, *Jan Pedersen*, udtrykker det således i Skatteudnyttelse, 1989, s. 439, at: “...i visse tilfælde resulterer klausulen i, at selve dispositionen underkendes, således at beskattningen foretages, som om ingen disposition var foretaget mellem samme eller andre aftaleparter. I andre tilfælde resulterer klausulen i, at selve dispositionen forlenes med andre vilkår end de umiddelbart aftalte. Klausulen indbefatter således ophævelse, ombenævnelse og vilkårskorrektioner...”. Realitetsgrundsætningen adskiller sig derved fra transfer pricing-princippet ved at hjemle en dispositions-korrektion⁵³.

I sammenligning med traditionelle transfer pricing-problemer er spørgsmålet, om der i tilfælde af tynd kapitalisering kan ske en dispositionskorrektion, således at det aftalte låneindskud betragtes eller side-stilles med et indskud af egenkapital⁵⁴. Som det ses, er der altså forskel på vilkårs- og dispositionskorrektioner. Denne forskel rækker ud over det blot begrebsmæssige. En dispositionskorrektion kan indebære, at den samlede indkomst justeres med en forøgelse til følge af den indkomst, som pålægges en beskatning. En vilkårskorrektion indebærer derimod alene en omfordeling af indkomsten mellem de implicerede parter, uden at den samlede sum af indkomster underkastes nogen kritik. Den afgørende forskel mellem en dispositionskorrektion og en vilkårskorrektion er således, at dispositionskorrektioner er indkomstska-bende, mens vilkårskorrektioner er indkomstfordelende⁵⁵.

For en sammenfattende systematisk betragtning vedrører realitets-grundsætningen (“substance before form”) udelukkende dispositions-

52. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 15 f. Se også om sondringen vilkårs- dispositionskorrektioner *Aage Michelsen* i R&R 1999 SM 150 og samme i R&R 1998 SM 41. Om forfatteren qua sin konstatering s. 43 generelt finder at tynd kapitaliseringskorrektioner er udtryk for vilkårskorrektioner kan der ikke siges noget om. Udtalelsen må snarere ses i sammenhæng med den aktuelt kommenterede sag.

53. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 16. Det lader til at forfatteren herved fraviger sin tidligere udformning af realitets-grundsætningen så denne hjemler dispositionskorrektioner mens den tilsyneladende i den tidligere formulering tillig hjemlede vilkårskorrektioner.

54. Generelt er et spørgsmål herved for det tyndt kapitaliserede selskab, om en del af indskuddet kan opretholdes som fremmedkapital eller om hele indskuddet rammes af landets værnsløvgivning. For investor opstår også et spørgsmål om hvorvidt der skal foretages en korrigerende korrektion.

55. Jf. *Jan pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 38.

korrektioner. Armslængdeprincippet derimod vedrører som udgangspunkt alene vilkårskorrektioner.

Generelt er regler om tynd kapitalisering udtryk for dispositionskorrektion, idet det er selve dispositionen vedrørende debitorselskabets kapitalstruktur, der anfægtes, og det aftalte låneindskud sidestilles med et indskud af egenkapital. I Danmark har tynd kapitalisering dog den retsvirkning, at der nægtes foretaget et ellers anerkendt rentefradrag for en overskydende del af kapitalindskuddet, idet der gennem den såkaldte formodningsregel er givet objektive regler for, hvornår et kapitalindskud må anses som et skattemotiveret fremmedkapitalindskud. Det må ved denne konstatering lægges til grund, at reglerne om tynd kapitalisering udløser en vilkårskorrektion efter den præsenterede terminologi.

Af ovenstående kan dog ikke slutes, at regler om tynd kapitalisering ikke kan rummes i det almindelige armslængdebegreb. Idet det definitivriske begrebsapparat stadig er noget flydende, må det accepteres, at dispositionskorrektioner som følge af tynd kapitalisering accepteres og kan rummes inden for rammerne af armslængdeprincippet. Med andre ord kan der i denne særlige relation forekomme en dispositionskorrektion på et område, der ellers udelukkende hjemler vilkårskorrektioner⁵⁶.

Reglerne vedrørende tynd kapitalisering er også på et overordnet plan udtryk for et udslag af tankegangen om substance before form, idet reglerne teoretisk set vedrører accepten af selskabets kapitalsammensætning. I henhold til inddelingen er reglerne dog ikke udtryk for egentlig omkvalificering med henblik på at benævne tingene ved deres rette navn, hvorved det bemærkes, at der i begrebet dispositionskorrektion tillige kan rummes egentlige omkvalifikationer af gæld til egenkapital, såfremt de enkelte lande vælger at benytte en sådan metode, jf. herved diskussionen om den tidligere retstilstand i Danmark.

Armslængdeprincippet udgør ikke blot en fravigelse fra hovedreglen om, at *civilretligt* retskraftige og dokumenterbare aftaler må og skal accepteres af skattemyndighederne, men tillige en fravigelse fra princippet om, at reelle og *skatteretligt* retskraftige dispositioner skal anerkendes⁵⁷. Armslængdeproblematikken drejer sig herved reelt om at definere, i hvilke tilfælde det er berettiget skatteretligt at fravige det civilretlige udgangspunkt. Korrektioner af selskabers og filialers kapitalforhold er en fravigelse af den civilretligt fremkomne kapitalsammensætning og ligeledes fra den skatteretligt retskraftige gældsfinansiering.

De danske regler om tynd kapitalisering er som nævnt ikke udtryk for en egentlig omkvalifikation af fremmedkapital til egenkapital, jf. be-

56. Standpunktet har dog ikke i international sammenhæng stået uimodsagt hen.

57. Jf. Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 16.

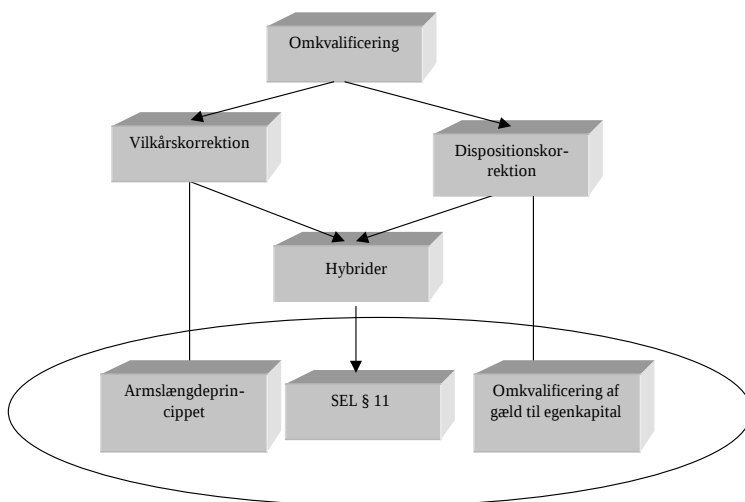
mærkningerne til L 101, idet rentebetalinger og kurstab ikke efter dansk ret skal behandles som udbytteudlodninger⁵⁸. Ej heller sker der en omkvalifikation af det betalte beløb⁵⁹. Dog skal det understreges, at det er det betalte rentebeløb eller kurstabet der undergives en ændret behandling ikke selve kapitalsammensætningen. De danske regler om tynd kapitalisering kunne derfor siges at være udtryk for en “omkvalificeringslignende” korrektion (altså en vilkårskorrektion) af fradragsberettigede renteudgifter og kurstab til ikke-fradragsberettigede renteudgifter og kurstab. Der sker dog ikke en egentlig fuldbyrdet omkvalifikation, der får retsvirkning i alle relationer. Problematikken vedrørende forholdet omkring den skatteretlige sondring mellem fremmedkapital og egenkapital ligger dog motiverende bag regler om tynd kapitalisering uanset den tekniske udformning af lovgivningen. Reglerne om tynd kapitalisering medfører, at partsautonomiens udfald ikke respekteres. Således underkendes almindelige skatteretlige konsekvenser, når det nødvendige interessefællesskab er til stede, og det givne solvenskrav ikke opfyldes.

Sammenfattende må det konstateres, at der med SEL § 11 principielt er tale om en dispositionskorrektion til hvilken der er knyttet en retsvirkning, der medfører en vilkårskorrektion. Herved ses det, at sontringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner i visse situationer kan sættes under pres, og reglerne i SEL § 11 kan siges at være et eksempel på disse problemer, idet bestemmelsen herved er dualistisk i sin natur. Man kunne i den forbindelse tale om en hybrid mellem de to typer af korrektion. Sontringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner kan således ikke på dette område opretholdes med skarpe konturer.

Grafisk kan sontringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektion derfor formentlig illustreres på den følgende måde på det område, der berøres af denne fremstilling:

58. Hvilket indebærer, at der ikke (hvilket i øvrigt forekommer rent teoretisk) skal indeholdes udbyttekildeskat samt at betalinger ikke skal behandles som udbytte i relation til de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

59. I mange lande sker der dog en egentlig lovfæstet eller ulovfæstet omkvalifikation. I Danmark er det yderligere karakteristisk, at det udelukkende er rentefradragsretten hos datterselskabet, der påvirkes af reglerne.



Figur 1: Oversigt over den konkrete korrektionsadgang

Intentionen med den her præsenterede illustration er ikke at tage stilling til, hvorvidt armslængdeprincippet kan antages at indeholde hjemmel til foretagelsen af omkvalificeringer. Mit sigte er blot at vise de glidende overgange og uoverensstemmelser i begrebsapparatet.

Som nævnt er korrektioner i selskabsindkomsten, som følge af tynd kapitalisering, et delement af transfer pricing problematikken. Der skal derfor foretages en sondring over for den traditionelle transfer pricing korrektion af forrentningen af lånemellemværender. Der kan argumenteres for, at korrektioner som følge af tynd kapitalisering er præjudicielle i forhold til sådanne korrektioner af mellemværendets vilkår, men sikker viden herom findes ikke.

4.3 “Fat/thick capitalization”

Et andet begreb, der har med den skattemæssige behandling af selskabsfinansiering at gøre, er begrebet fat eller thick capitalization⁶⁰. Hermed menes i almindelighed, at et datterselskab, typisk beliggende i et lavskattelands, forsynes med en for sin virksomhed urimeligt stor egenkapital. Dette kan være begrundet i, at opnå en rentefradragsret i en stat, hvor denne har høj skattemæssig værdi og overføre midler herfra på forskellig vis. Efterfølgende placeres midlerne i eksempelvis rentebærende vær-

60. Se herom *Leif Gäverth*: Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor – En skatterättslig studie av olika metoder att ingripa mot internationell skatteplanering med under- respektive överkapitaliserade bolag, 1998, passim.

dipapirer eller videreudlånes inden for koncernen, hvorefter det meget lavt beskattede afkast hjemtages i form af skattefrit udbytte. Afkastet før skat vil udgøre mindre end omkostningerne for den udlånte kapital før fradrag. Bortset fra skatteeffekten er transaktionen altså en ren tabsforretning for koncernen. Men gevinsten kan ligge i, at den skattemæssige værdi af rentefradraget overstiger skatteomkostningerne for afkastet og det udloddende beløb. Det er uvist, hvorvidt sådanne metoder benyttes i Danmark, idet en del af strukturen i visse tilfælde netop er baseret på anvendelse af de svenske regler om aktieägertilskott⁶¹. Det skal i den forbindelse erindres, at SEL § 11 for så vidt angår danske forhold tillige omfatter låneforhold til udenlandske datterselskaber, såfremt det danske moderselskab er tyndt kapitaliseret. Såfremt dette ikke er tilfældet, vil de i 1995 indførte CFC-regler i SEL § 32 eller den særlige regel i ABL § 2 a formentlig sætte en stopper for sådan planlægning, der går ud over de danske grænser.

Afgørelsen i TfS 1985.324 LR viser, trods afgørelsens alder og manglende aktualitet, at man i praksis ikke har taget afstand fra omkvalificeringer fra rentebetalinger til udbytte i dansk skatteret, dog uden at der herved indgår spørgsmålet om overkapitalisering. Spørgsmålet om fat/thick capitalization behandles ikke yderligere⁶².

61. Herefter er tilskuddet ikke skattepligtigt for modtager og heller ikke fradragsberettiget for giveren. I stedet indgår tilskuddene ved realisationsgevinstbeskatningen.

62. Medtagelsen af begrebet i relation til behandlingen af underkapitaliseringsspørgsmål er da også blevet kritiseret. Således anfører *Richard Arvidsson* i SvSkT 1999/4, s. 201 ff: Skatteplanering og kapitaliseringsfrågor – Några synpunkter med anledning av en doktorsavhandling, at *Leif Gäverth's* medtagelse af overkapitaliseringsspørgsmål i sin doktordisputats (Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor) forekommer uhensigtsmæssig, idet de to emner er helt disparate og overhovedet ikke har nogen fællesnævner for så vidt angår kapitaliseringsgraden af henholdsvis et svensk og et udenlandsk datterselskab. Kritikken for så vidt angår overkapitalisering uddybes med, at det er uinteressant, hvordan finansieringsstrukturen er i det udenlandske datterselskab. *Arvidsson* finder derimod at det eneste interessante er hvorvidt de af moderselskabet indskudte midler består af lånekapital eller ej og hermed, om det er muligt at omdanne indkomst fra virksomhed i Sverige til skattefri indkomst. Videre gøres det gældende, at den af *Leif Gäverth* beskrevne skatteplanlægning via overkapitaliserede selskaber ikke har noget som helst med kapitaliseringsgraden af selskabet at gøre, men derimod har at gøre med moderselskabets fradragsret for det overførte lån, som overføres til lavskattelende via aktieägertilskott og hjemtages som skattefrie udbytter.

5 Motiver til tynd kapitalisering

5.1 Generelt

Efter ovenstående præsentation af begrebet tynd kapitalisering skal der i det følgende indledningsvis gøres nogle generelle bemærkninger om motiverne til tynd kapitalisering, hvilket følges op af en vurdering af eksisterende skattemæssige incitamenter til at lade danske koncernenheder være tyndt kapitaliserede.

Såvel fra et civilretligt som et skatteretligt synspunkt er selskaber selvstændige rets- og skattesubjekter, og kan derfor indgå skatteretligt accepterede aftaler med aktionærerne. Dette indebærer også retten til at indgå låneaftaler.

Hovedmotivet til at lade datterselskaber være tyndt kapitaliserede er, at koncernens samlede skattebetalinger kan nedbringes ved at lade betalinger til et moderselskab mv. bestå af fradragsberettigede renteudgifter i stedet for udbyttebetalinger. Denne fordel kan kombineres med en skatteudskydelse (måske på ubestemt tid) for moderselskabet, ved at indskyde mellemliggende holdingselskaber.

Motivet til tynd kapitalisering er særligt forekommende for kontrollerende aktionærer. Dette kan formentlig begrundes med det forhold, at sådanne aktionærer er indifferente overfor investeringernes strukturering, og derfor meget vel kan lade skattemæssige hensyn være udslagsgivende for valget af den juridiske form af investeringen⁶³.

Rent danske selskabskonstruktioner medfører ikke et skattemotiv til tynd kapitalisering, idet der internt i Danmark er symmetri i beskatningen af renter og udbytter for så vidt angår moder- datterselskabs relationen, hvor der besiddes mindst 25% af egenkapitalen. Dette gælder uanset graden af egenkapital eller fremmedkapital. Skatten vil i alle tilfælde vil udgøre 32% i Danmark idet det blot varierer om der skal betales skat af indtægten i selskabet eller hos aktionæren. For så vidt angår fysiske personer som kreditorer findes der heller ikke noget incitament idet der også her er sikret skattemæssig neutralitet.

Derfor må det konstateres, at incitamenterne internt i Danmark til forskellige selskabsfinansieringsformer ikke er skattemæssigt begrundede, idet der er symmetri i den danske beskatning. Dette faktum udgør også begrundelsen for at de danske regler om tynd kapitalisering som udgangspunkt ikke finder anvendelse i relation til udelukkende danske mellemværender.

Incitamentet kan derimod opstå ved grænseoverskridende koncernstrukturer idet der herved kan være forskel i beskatning i landene. Der-

63. Jf. Ruud A. Sommerhalder i ET 1996.82.

for behandles nedenfor de relevante skattemæssige parametre til vurderingen af det aktuelle motiv til tynd kapitalisering.

Den følgende gennemgang indledes med relevante faktorer internt i Danmark (Danmark som kildestat), hvilket efterfølges af en gennemgang af relevante faktorer i den udenlandske kreditorstat.

5.2 Kildelandsbeskatning/Danmark

En relevant parameter er *selskabsskattesatsen* i Danmark. Denne udgør for tiden 32%, jf. SEL § 17, stk. 1. Ligeledes er det relevant at se på den skattemæssige behandling af *udbytteudlodninger fra et dansk datterselskab til et udenlandsk moderselskab*. Det erindres herved, at udbytteudlodninger er ikke fradragsberettigede. Efter ændringen af SEL § 2, stk. 1, litra c og sammenslutningen med den tidligere § 2, stk. 5 samt KSL § 65, stk. 5, er udbytteudlodninger til et udenlandsk moderselskab generelt fritaget for kildeskat under opfyldelse af de nærmere opregnede betingelser.

Med vedtagelsen i Folketinget af L 53 (lov nr. 1026 af 23.12.1998) er der som nævnt indtrådt markante ændringer i de muligheder internationale koncerner har for placering af holdingselskaber i Danmark og dermed også til at aktualisere fænomenet tynd kapitalisering. Det fremstår som en helt afgørende motivationsfaktor i forbindelse med tynd kapitalisering, at der er *fradrag for renteudgifter* i debitorstaten. I Danmark følger denne omstændighed som bekendt af SL § 6⁶⁴. Debitorselskaber er fortsat generelt skattepligtige efter kursgevinstloven, hvorved kurstab skal indgå i den skattepligtige indkomst, jf. KGL § 6, jf. § 2⁶⁵. Kursgevinstloven omfatter også kurstab hos selskaber der er begrænset skattepligtige i henhold til SEL § 2, stk. 1, litra c. Det har endelig betydning, at det som bekendt er hovedreglen i Danmark, at der ikke er hjemmel til at beskatte renteindtægter efter reglerne om begrænset skattepligt, jf. SEL § 2 og KSL § 2 modsætningsvis⁶⁶.

Hermed er hovedtrækkene i den relevante danske skattenormering opridset. Herefter følger en beskrivelse af de relevante forhold i kreditorselskabets domicilland.

64. Enhver juridisk person skal periodisere i henhold til LL § 5, stk. 4, jf. stk. 5.

65. Selskaber defineres med henvisning til SEL og FBL, jf. KGL § 2.

66. Dette er tilfældet når der er tale om betalinger til selskaber og fysiske personer hjemmehørende i udlandet. Kan renteindtægten derimod anses som en del af indkomsten i et fast driftssted her i landet, finder reglerne i KSL § 2, stk. 1, litra d, anvendelse, jf. KSL § 2, stk. 5, 4. pkt.

5.3 Domicillandsbeskatning – beskatning i kreditors hjemland

Der kan naturligvis ikke ytres noget entydigt om, hvorledes beskatningsforholdene konkret tager sig ud i et udenlandsk kreditorland. Beskatningen afhænger af, hvilket system der beskattes efter i hjemlandet samt hvilke skatteregler, der konkret findes. I det følgende tages udgangspunkt i forholdene for koncerner og herved ikke for fysiske personer mv.

Udbytter vil oftest være enten skattefritaget ved modtagelse i et moderselskab eller tilladt en creditlempelse for den udenlandske betalte skat⁶⁷. Der kan grundlæggende sondres mellem klassiske-, imputation-, split rate- og dividend-deduction method skattesystemer.

Det kan ikke generelt sluttes, at det overvejende er fuld imputation systemer, der giver ikke-hjemmehørende aktionærer et incitament til gældsfinansiering af danske datterselskaber. Det samme incitament eksisterer tillige i klassiske systemer. Jo lavere selskabsskattesatsen for udloddende overskud og jo lavere kildeskattesatsen er for udbytter, jo mindre er incitamentet for en udenlandsk aktionær til at foretage gældsfinansiering.

Følgende forhold i kreditorstaten skal tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af skatteincitamentet til tynd kapitalisering:

- om der indrømmes exemptionlempelse gennem “international affiliation privilege” eller “participation exemption” eller om territorialitetsprincippet anvendes i landet,
- om der udelukkende gives creditlempelse for den eventuelle danske kildeskat, eller
- om der gives creditlempelse for såvel betalte selskabsskatter som betalte kildeskatter, samt
- hvor strenge kriterier disse muligheder afhænger af, så der ikke opstår juridisk dobbeltbeskatning ved egenkapitalfinansiering.

67. Hvis således beskatningen er lavere i investorlandet end i datterselskabets hjemland, så kan den almindelige creditlempelse medføre overskydende skatter der så at sige går tabt. Derfor er det vigtigt for investor, at der i kildelandet ikke pålægges kildeskatter. Ved rentebetalinger opfyldes dette i Danmark og de fleste andre lande og skattebetalingen begrænses til investorlandets beskatning. Såfremt indkomstskatten i investorlandet ved rentemodtagelse er højere end i datterselskabets domicilland vil rentebeløbet blive beskattet med denne højere sats. I sådanne situationer vil egenkapitalfinansiering være at foretrække såfremt investors hjemland indrømmer skattefrihed for modtagne udbytter. Derfor er det af stor betydning hvilket skattesystem der benyttes i investorlandet.

Generelt kan det samlet om skattemotivationen til lånefinansiering udtrykkes, at dette er større, jo lavere selskabsskatten er i investorlandet, og når kildeskatter på renter er lempeligere end på udbytter. Den danske selskabsskattesats er ikke direkte blandt de laveste satser i eksempelvis Europa, men ligger da under EU-gennemsnittet. Efter vedtagelsen af L 53 sammenholdt med moder-/datterselskabsdirektivet (90/433/EØF), er der oftest ikke længere kildeskatter på udbyttebetalinger fra dansk kilde, hvorved den ene forudsætning for skattemotiveret gældsfinansiering bortfalder. Derfor kunne man umiddelbart konstatere, at der ikke eksisterer nævneværdige skattemotiver til tynd kapitalisering for koncerner med moderselskaber i højskattelande⁶⁸. Dette udgangspunkt ændres dog signifikant når moderselskabet er hjemmehørende i et skatte-lyland eller der etableres mellemholdingselskaber mellem datterselskabet og moderselskabet i et eller flere skattelylande.

Et andet spørgsmål, der har betydning for investors samlede skattemæssige position, er behandlingen af genfinansieringsomkostninger i investorlandet såfremt hovedfinansieringen skal genfinansieres andetsteds. Det skal konkret undersøges, om man i tilfælde af skattefrit modtagne udbytter ikke accepterer fradrag for sådanne omkostninger, idet de anses for at vedrøre skattefri indkomst. I tilfælde af modtagelse af rentebetalinger vil disse betalinger sædvanligvis blive pålagt skat, og der vil derfor formentlig være bedre adgang til fradrag for genfinansieringsomkostninger.

I flerstrengede koncernforhold (multitiers) er det afgørende, om vide-reudlodning af udbytter fra det umiddelbare investorselskab også kan ske skattefrit. Sjældent vil dette være tilfældet, såfremt der foretages betalinger til fysiske aktionærer, hvorved en del af incitamentet til egenkapitalfinansiering kan mistes i disse situationer. Gældsfinansiering kan være attraktivt, såfremt investor har underskud, mens debitorselskabet har overskud. I mangel af konsolideringsmuligheder (sambeskatning mv.) kan dette medføre et lignende resultat. Dette kan blandt andet komme til udtryk ved, at et udenlandsk moderselskab har skattemæssige underskud, der efter landets interne regler nærmer sig tidsgrænsen for forældelse i relation til landets carry-forward regler. Såfremt koncernen generelt er kreditværdig, kan der fremskaffes långivning til moder-

68. Det skal dog ligeledes bemærkes, at der ikke består nogen stærk korrelation mellem regler om tynd kapitalisering og om et givent skattesystem i de lande der har introduceret sådanne regler. Således findes der regler i lande med alle de nævnte typer af skattesystemer. Ligeledes kan der ikke konstateres en korrelation mellem lande der har en lav selskabsskattesats og indførslen af regler om tynd kapitalisering, idet der findes lande med en lav sats der har regler herom og lande med en høj sats der ikke har indført regler om tynd kapitalisering.

selskabet eller direkte til det danske datterselskab. Herefter kan moderselskabet hjemtage skattepligtige renteindtægter, frem for udbytter, der oftest er skattefri, fra det tyndt kapitaliserede danske datterselskab, der har fradrag for renteudgifterne. Idet moderselskabet har underskud, bliver der ikke nogen skattepligtig indkomst i moderselskabet. Gælden i det danske datterselskab har derved været et led i en såkaldt “loss utilization strategy”.

Sammenfattende kan det sluttes, at det i skatteretlig sammenhæng taler for fremmedkapitalfinansiering, såfremt selskabsskattesatsen i kildelandet er høj, og at der ikke er nogen eller er en lav kildeskat på rentebetalinger. Ligeledes taler det for fremmedkapitalfinansiering, at der er høj kildeskat på udbytter i kildelandet og lav beskatning af modtagne rentebetalinger i kreditorselskabets domicilland. Modsat taler det for egenkapitalfinansiering, at selskabsskattesatsen i kildelandet er lav, at der er høj rentekildeskat i debitorlandet, at der er lav eller ingen kildeskat på udbytter samt at modtagne rentebetalinger i kreditorstaten undergives en relativt høj skattesats⁶⁹. Som det er påpeget ovenfor er der dog tillige adskillige ikke-skattemæssige elementer der kan indgå i beslutningen af hvorvidt der skal indskydes egen- eller fremmedkapital i den givne virksomhed.

På denne baggrund kan det nærmere vurderes, hvilke incitamenter der konkret eksisterer i Danmark til at lade danske debitorselskaber være tyndt kapitaliserede.

5.4 Motiverne til tynd kapitalisering i Danmark

Som udgangspunkt er incitamenterne til at placere tyndt kapitaliserede koncernenheder i Danmark ikke længere store. Som det fremgår af nedenstående kan der dog stadig identificeres visse skattemæssige motiver til at lade danske enheder finansiere overvejende via fremmedkapital.

Forudsætningerne for den konkrete vurdering er følgende:

69. Vedtagelsen af det foreliggende forslag til et EU direktiv om rente- og royaltyskattefritagelse, KOM (1998) 67, vil indenfor EU medføre, at et eventuelt motiv til tynd kapitalisering kan blive forstærket. Dette kunne blive aktuelt eksempelvis i forhold til lande, hvor selskabsskattesatsen er lav. Herved vil et eventuelt eksisterende incitament blive forøget. Indtjening beskattes i Danmark med 32% og udbytte er skattefrit ved kilden i Danmark og typisk også ved modtagelsen i udlandet. Ved lånefinansiering vil man udnytte fradragsretten i Danmark og modtagelsen af rentebetalingen i udlandet vil ikke blive pålagt en indkomstskat i henhold til det fremsatte rente-/royalty-direktivforslag.

- Fuldstændig koncernintegration (100% ejerskab) i det første eksempel og mindre end 25% ejerskab i det andet af eksemplerne med egenkapitalfinansiering.
- Datterselskabet har positiv indtjening (debitorselskabet)
- Danmark er kildeland
- Det selskabsretlige kapitalkrav er opfyldt

Skatteincitamentet til tynd kapitalisering kan illustreres ved nedenstående skema⁷⁰.

Beskatning i Danmark (kildeland)

	Egenkapital (udbytteudlodninger) 100%	Egenkapital (udbytteudlodninger) < 25%	Fremmedkapital (rentebetalinger)
Overskud før skat og renteudgifter	100	100	100
Rentefradrag	–	–	(100)
Skattepligtigt overskud	100	100	0
Selskabsskat (32%)	(32)	(32)	0
Udbytter / renter	68	68	100
Kildeskat	0	17	0
Udbytter / renter efter skat	68	51	100
Kildelandsbeskatning i alt	32	49	0

Eksemplet kan fortsættes med visse variationer indarbejdet, idet det i forbindelse med egenkapitalfinansiering er nødvendigt at se på, hvilke varianter der findes i relation til udbyttebeskatningen i domicillandet. Følgende varianter inddrages i undersøgelsen af beskatningen ved udlodninger gennem egenkapitalfinansieringer:

- *Direkte credit*: Domicilstaten beskatter nettoindkomsten og giver creditpelse for dansk kildeskat. Der gives ikke credit for underliggende dansk selskabsskat.

70. Se også *Detlev J. Piltz* op.cit., s. 96 ff for en generel eksemplifikation og *Niels Josephsen* i SU 1999.7 for så vidt angår danske forhold samt *Leif Gäverth*: Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 70 ff for en tilsvarende eksercits vedrørende svenske forhold.

- *Indirekte credit*: Domicilstaten beskatter bruttoindkomsten og giver creditlempelse for underliggende dansk selskabsskat og kildeskat.
- *Exemption*: Indkomsten medregnes ikke ved indkomstopgørelsen i domicillandet, og der gives ikke lempelse for betalt skat.

I relation til fremmedkapitalfinansiering med dertil hørende rentebetalinger opereres med den forudsætning, at kreditors domicilstat beskatter modtagne renteindtægter. Det forudsættes ligeledes, at der ikke indrømmes lempelse, idet der ikke er betalt selskabsskat eller kildeskat. Der opereres desuden med tre mulige selskabsskattesatser i kreditors domicilland (40%, 20% og 10%).

Under disse variationer kan incitamentet illustreres ved følgende, hvor først egenkapitalinvesteringer behandles og fremmedkapitalinvesteringer behandles efterfølgende.

Beskatning i moderselskabets domicilland

Egenkapital

	Direkte credit ⁷¹		Indirekte credit		Exemption	
	Kildeskat 0%	Kilde-skat 25%	Kildeskat 0%	Kildeskat 25%	Kilde-skat 0%	Kildeskat 25%
Skattepligtige udbytter	68	51	68	51	68	31
Dansk kildeskat	0	17	0	17	0	17
Dansk selskabsskat	32	32	32	32	32	32
Skattepligtig indkomst	68	68	100	100	0	0
Selskabsskat (40%, 20% eller 10%)	27,2, 13,6, eller 6,8	27,2, 13,6 eller 6,8	40, 20 eller 10	40, 20 eller 10	0	0
Credit for dansk kildeskat	0	17	0	17	0	0
Credit for dansk selskabsskat	0	0	32, 20 eller 10	23, 3 eller 0	0	0
Skat i domicilland	27,2, 13,6 eller 6,8	10,2 eller 0 ⁷²	8 eller 0	0	0	0
Udbytter efter totale skatter	40,8, 54,4 eller 61,2	40,8 eller 51	60 eller 68	51	68	51
Samlet skat i begge lande	59,2, 45,6 eller 38,8	59,2 eller 49	40 eller 32	49	32	49

71. Afhænger formentlig af ejerandelen. Typisk opereres med et krav om 25% ejerskab. I andre tilfælde er der ikke ejerkrav eller udelukkende meget lave ejerskabskrav, eksempelvis 5% eller 10%. Sidstnævnte forudsættes i dette eksempel.

72. Credit er maksimeret så der ikke kommer en tilbagebetaling på tale. Derfor kan skatten som minimum være 0.

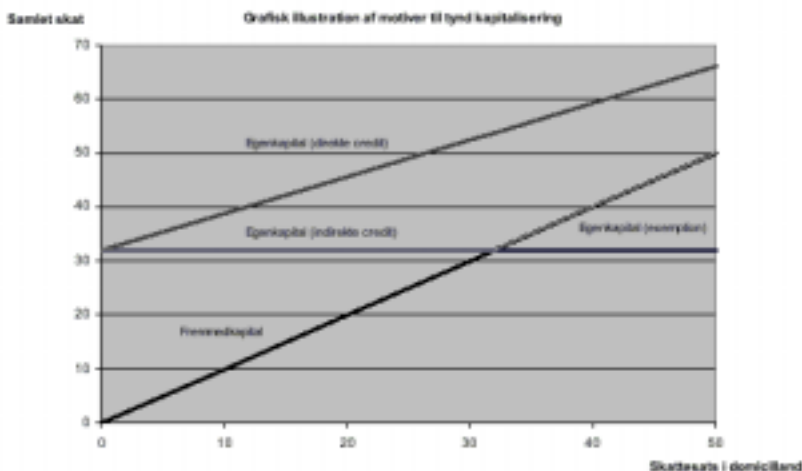
Til sammenligning kan fuldstændig fremmedkapitalfinansiering medføre følgende beskatning.

Fremmedkapital (renter)

	Selskabsskattesats 40%	Selskabsskattesats 20%	Selskabsskattesats 10%
Skattepligtige renter	100	100	100
Dansk kildeskat	0	0	0
Skattepligtig indkomst	100	100	100
Selskabsskat	(40)	(20)	(10)
Credit for dansk kildeskat	0	0	0
Skat i domicilland	40	20	10
Renter efter totale skatter	60	80	90
Samlet skat i begge lande	40	20	10

Grafisk kan sammenhængen og incitamentet til tynd kapitalisering i Danmark ligeledes illustreres ved følgende koordinatsystem, hvor x-aksen viser den samlede beskatning af investeringen for koncernen mens y-aksen viser skattesatsen i kreditorselskabets domicilland. Der forudsættes 100% ejerskab eller 100% gældsfinansiering⁷³.

Af ovenstående tabeller og nedenstående figur fremgår det, at incitamentet til gældsfinansiering i Danmark (og dermed tynd kapitalisering)



73. Det er ikke relevant at undersøge beskatningen ved forskellige mellemliggende gælds niveauer.

stiger i takt med at selskabsskattesatsen i domicillandet falder. Alt afhængigt af hvilket opgørelsessystem der benyttes i domicillandet vedrørende udbytte, der hjemtages fra Danmark, kan incitamentet til gældsfinansiering variere. Såfremt det antages, at exemption er den hyppigst forekommende lempelsesmetode vedrørende modtaget udbytte i koncernforhold, vil et eventuelt incitament ikke være til stede, så snart domicillandsskattesatsen er 32% eller mere. Omvendt vil der være et incitament hvor satsen er lavere end 32%. Lånefinansiering vil således navnlig komme på tale, når selskabsskattesatsen i moderselskabets domicilland er lavere end i Danmark. Situationerne, hvor tynd kapitalisering fremkommer på baggrund af skattemæssige overvejelser, vil derfor formentlig kunne opstå på denne baggrund, hvor moderselskaber simpelthen er hjemmehørende i lavskattelande eller hvor der indskydes mellemholdingselskaber i lavskattelande. Rentebetalinger til mellemholdingselskabet kan efterfølgende udloddes skattefrit til det ultimative moderselskab.

Når således hovedincitamentet er afgrænset, kan det undersøges, hvor i verden moderselskaber kan være beliggende før tynd kapitalisering skattemæssigt vil udgøre en fordel for koncernen som en helhed. Dette indebærer, at moderselskaber beliggende i mindst 85 lande verden over har et skattemæssigt incitament til at foretage overvejende fremmedkapitalfinansiering af datterselskaber mv. i Danmark⁷⁴. Benyttes derimod en anden lempelsesmetode end exemptionmetoden i domicillandet, vil det for en umiddelbar betragtning aldrig rent skattemæssigt være mere fordelagtigt at foretage egenkapitalindskud frem for fremmedkapitalindskud. I situationer, hvor valget er neutralt, må andre forretningsmæssige aspekter gøre udslaget for valg af finansstruktur. Det må følgelig konstateres, at skatteincitamentet til tynd kapitalisering i koncernforhold er ubetydeligt hvor debitorselskabet er placeret i Danmark⁷⁵.

Såfremt der derimod er tale om fysiske personer der ejer et dansk debitorselskab må incitamentet antages som udgangspunkt også at være ganske ubetydeligt. Fremstillingens hovedfokus er dog på selskaber, idet det er for selskaber reglerne om tynd kapitalisering primært har relevans. For fysiske personer opkræves der (som hovedregel) ikke rentekildeskat, men der opkræves dog udbyttekildeskat. Skattebehandlingen af debitorselskabet er identisk med ovenstående. Derimod vil kreditor ty-

74. Særlige lavskatteregimer designet til specielle selskabstyper er ikke medtaget i denne optælling.

75. Det skal dog påpeges, at selv meget små procentuelle skattebesparelser på koncernniveau kan beløbe sig til enorme summer når der henses til de summer der typisk flyttes i international koncernskatteplanlægning.

pisk ikke nyde godt af de almindeligt gældende udbytteprivilegier og vil samtidig være skattepligtig af renteindkomsten. Et eventuelt incitament kan altså også i denne situation begrænses til tilfælde, hvor kreditor er hjemmehørende i en jurisdiktion med lav eller ingen personbeskatning.

De danske regler om tynd kapitalisering kan antages at være blevet yderligere aktualiseret efter vedtagelsen af L 53, der medførte, at placering af internationale holdingselskaber i Danmark blev mere fordelagtigt blandt andet grundet afskaffelsen af udbyttekildeskatten til ikke-EU-selskaber.

Yderligere er det ytret, at *Centros-dommen* (jf. EF-domstolens afgørelse i sag C-212/97 af 9.3.1999) vil indvirke på aktualiteten af reglerne om tynd kapitalisering i Danmark, idet det herefter er blevet muligt at operere i Danmark gennem filialer af udenlandske selskaber, der er kapitaliseret efter andre landes (lavere) kapitalregler, jf. herved *Peter Dyhr* i SU 1999.147. Med vedtagelsen af L 212 (lov om ændring af momsloven, lønsumsafgiftsloven, kildeskatteloven og arbejdsmarkedsfondsloven – Sikkerhedsstillelse ved registrering) den 26.5. 2000, vil der i realiteten blive stillet et kapitalkrav på 125.000 kr. til filialer af udenlandske filialer, jf. den indførte formulering af momslovens § 62 b.

Ét er dog, at det rent teoretisk lader til, at der i visse situationer kan forekomme incitamenter til tynd kapitalisering. Noget andet er, om det i praksis viser sig, at danske selskaber rent faktisk er tyndt kapitaliserede. Således medfører eksempelvis de omtalte debt push down strategier, at der kan opnås en samlet besparelse vedrørende finansieringen af virksomhedsovertagelser ved at lade fremtidig indtjening medvirke hertil.

Tidlige undersøgelser på nordisk plan offentliggjort i NSFS nr. 6 1978, indikerer, at tynd kapitalisering ikke udgør et problem⁷⁶. Der er ikke mig bekendt foretaget lignende undersøgelser siden den nævnte undersøgelse. Selv om undersøgelsen efterhånden har nogle år på bagen, er der noget der taler for, at resultaterne generelt stadig kan opretholdes⁷⁷. En række skattereformer har siden fundet sted flere steder i verden med en større neutralitet til følge mellem forskellige finansieringsformer samt en mere effektiv beskatning i selskabsbeskatningssystemet⁷⁸. Når denne udvikling tages i betragtning må incitamenterne snarere antages gene-

76. Sigtet med dette studie var dels at klarlægge transaktionemønstret og transaktionsvolumen for så vidt angår finansstrømme til og fra Norden, dels at belyse hvilke skatteeffekter der udspringer heraf. Resultaterne er viderebearbejdet af *Robert Joachimsson* i forfatterens doktordisputats: *Utlandsk ägda dotterbolag i Sverige, En analys av koncerninterna transaktionsmönster och finansiella samband*, NFSF nr. 14. Disse fremstillinger giver snarere det indtryk at koncerninternfinansiering i perioden 1968-1975 blev mindre til fordel for egenkapitalfinansiering.

77. Jf. herved *Richard Arvidsson* i SvSkT 99/4, s. 199 ff.

relt at være blevet formindskede. De ovenfor præsenterede tal fra Danmarks Statistik om solvens i dansk erhvervsliv indikerer ej heller, at der skulle være tale om et akut problem med tyndt kapitaliserede selskaber i Danmark.

Men nu har vi altså reglerne, uanset om der er empirisk belæg herfor eller ej. Dog kan det konstateres, at reglerne har stor betydning for mange internationale koncerner etableret i Danmark (primært eller sekundært) og reglerne i SEL § 11 forhindrer mange fremmedkapitalfinansierede virksomhedsovertagelser. Dog rammes også flere situationer, hvor debitorselskaberne godt nok er tyndt kapitaliserede, men hvor der ikke eksisterer noget skattemæssigt incitament, idet moderselskabet er hjemmehørende i et højskatteland.

Som en afslutning på dette afsnit om motiverne til tynd kapitalisering behandles de særlige motiver til tynd kapitalisering for enheder omfattet af kulbrintebeskatningsloven.

5.5 Særligt om motivet til tynd kapitalisering for selskaber beskattet efter kulbrinteskatteloven

Som nævnt, findes der ikke noget motiv til tynd kapitalisering internt i Danmark. Dette forhold modificeres imidlertid for så vidt angår selskaber omfattet af kulbrinteskatteloven. Allerede i forbindelse med kulbrinteskattelovens vedtagelse i 1982 blev det påpeget, at den relativt høje kulbrintebeskatning bevirker, at der i Danmark (og andre kulbrinteproducerende lande) er et særligt incitament til at placere lån i den danske kulbrintevirksomhed. Det blev den gang overvejet, om der skulle indføres særlige rentefradragsbegrænsningsregler.

Kulbrinteskatten udgør 70% af den skattepligtige kulbrinteindkomst, jf. KULBR § 12, stk. 4. Ole Kjær påpeger i SU 1993.360, at en arbejdsgruppe under Skatteministeriet i 1992 har sammenlignet den gennemsnitlige egenkapitalandel i selskaberne i Danish Underground Consortium (DUC) med de tilsvarende tal for større danske selskaber, offentliggjort af Danmarks Statistik⁷⁹. Arbejdsgruppen fandt ikke, at der aktuelt forelå problemer vedrørende tynd kapitalisering i DUC-selskaber under hensyntagen til de store investeringsudgifter, der var afholdt og i fremtiden forventedes at skulle afholdes. Told- og Skattestyrelsen undersøger fortsat løbende, om der er behov for særlige korrektioner for tyndt kapi-

78. Dette er gjort ved at udvide skattebasen, formindske hensættelsesmuligheder, sænke den formelle skattesats og fjerne dobbeltbeskatning af selskabsindkomst.

79. Redegørelse af arbejdsgruppen vedrørende kulbrintebeskatning, Skatteministeriet, maj 1992, s. 98-101, hvoraf det fremgår, at egenkapitalandelen udgjorde henholdsvis 37% og 42%.

taliserede selskaber omfattet af kulbrintebeskatningen. Sådanne selskaber er jo netop ikke omfattet af SEL § 11 der, som udgangspunkt, udelukkende vedrører grænseoverskridende låneforhold (kontrolleret gæld). Selskaber beliggende i udlandet, der har aktiviteter undergivet beskatning efter kulbrintebeskatningsloven, har endnu større motivation til tynd kapitalisering såfremt selskabsskattesatsen er lavere end den danske sats. SEL § 11 omfatter heller ikke faste driftssteder efter kulbrintebeskatningsloven, jf. bemærkningerne til SEL § 11, stk. 1, nr. 1 (L 101).

Herefter følger en gennemgang af den historiske udvikling af regler om tynd kapitalisering nationalt og internationalt.

6 Historik

6.1 Internationalt

Som led i den stigende mobilitet af kapital er værn mod tynd kapitalisering blevet påkrævet i den vestlige verdens økonomier. Forskellige lande benytter forskellige tilgange til problematikken. Det første land, der indførte særregler om tynd kapitalisering, var Canada med regler fra 1971. Siden er mange kommet til, og i dag har mange vestlige lande, herunder særligt OECD-landene, indført regler eller har en skattepraksis der modvirker tynd kapitalisering. Det lader umiddelbart til, at tendensen fortsætter i takt med tilspidsning af den globale kamp om skatteprovenu.

Således har man i dag regler eller praksis mod tynd kapitalisering i følgende OECD-lande⁸⁰:

Australien	Korea	Storbritannien
Belgien	Luxembourg	Tjekkiet
Canada	New Zealand	Tyrkiet
Danmark	Norge	Tyskland
Finland	Polen	Ungarn
Frankrig	Portugal	USA
Holland	Schweiz	Østrig
Japan	Spanien	

Det lader dog først til, at der er kommet rigtig skred i mange enkeltstatters lovgivningsmagter, efter OECD's rapport om emnet udkom i

1987⁸¹. Det nærmere indhold af denne rapport gennemgås nedenfor i del IV- den internationale dimension.

Supranationalt er der endnu ikke gjort tiltag, selvom Ruding-komiteen i 1992 anbefalede at indføre fælleseuropæiske regler om tynd kapitalisering. Harmoniseringsklimaet lader heller ikke til at gøre et sådant projekt realistisk i nærmere fremtid.

6.2 Danmark

6.2.1 Generelt

I Danmark har der ikke indtil vedtagelsen af SEL § 11, som et led i pinsepakken fra 1998, eksisteret egentlige lovregler til modvirkning af tynd kapitalisering. Det har gennem tiderne været grundigt diskuteret, om dagældende SEL § 12⁸², SL §§ 4-6 eller den brede udbyttebestemmelse i LL § 16 A fandt anvendelse i tilfælde af tyndt kapitaliserede selskaber. Nogle forfattere fandt, at en korrektionshjemmel allerede var eksisterende, mens andre ikke fandt en sådan tilstedeværende. Der var dog tilsyneladende enighed om, at der ved vurderingen skulle tages udgangspunkt i den civilretlige og skatteretlige hovedregel, hvorefter der ud over den ordinære aktie- henholdsvis anpartskapital ikke stilles krav til forholdet mellem gæld og egenkapital i Danmark.

Det antages af *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 2, 1. udgave 1991, s. 104, at SEL § 12 og de heri indeholdte grundprincipper ikke var direkte anvendelige, idet disse hovedregler efter forfatterens opfattelse alene hjemlede

80. Deloitte & Touche Tohmatsu har i serien World View udarbejdet en database, der behandler tynd kapitalisering i 42 lande. Databasen er senest opdateret i september 1999. Ligeledes er udgivet Thin Capitalization, 1992 i serien International Tax and Business Guides, der dækker 33 lande. Se også ITPJ 1997 no. 4 og 5 der også indeholder en komparativ gennemgang samt IFA rapporten om emnet i 1996: Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 82b, International aspects of thin capitalization.

81. OECD: Thin capitalisation, Issues in International Taxation, no. 2, 1987.

82. Ordlyden af SEL § 12, stk. 1 og 2 var følgende:

§ 12. *Såfremt et her hjemmehørende selskab eller forening mv. der kontrolleres af en udenlandsk virksomhed, i sine handelsmæssige eller økonomiske forbindelser med denne er underkastet andre vilkår end dem, som ville gælde for et uafhængigt foretagende, skal til selskabets eller foreningens skattepligtige indkomst henføres den fortjeneste, som selskabet eller foreningen må antages at ville have opnået, hvis selskabet eller foreningen havde været et uafhængigt foretagende, der under frie vilkår afsluttede forretninger med vedkommende udenlandske virksomhed.*

Stk. 2 *Reglen i stk. 1 finder tilsvarende anvendelse på udenlandske selskaber og foreninger mv., såfremt den i § 2, stk. 1, litra a), omhandlede virksomhed med fast driftssted her i landet udøves som en filialvirksomhed af den i udlandet udøvede hovedvirksomhed.*

mulighed for vilkårskorrekationer, men ikke mulighed for dispositions-korrekationer, som en ombenævnelse af rentebetalinger til udbyttebeta-linger ville være udtryk for. I 2. udgave af samme værk fra 1995, s. 457, anfører forfatteren, at “...*Selvom det må hævdes, at transfer pricing prin-cippet som udgangspunkt alene giver hjemmel til vilkårskorrektion og ikke dispositionskorrektion... på i øvrigt uantastelige dispositioner, men ikke til korrektion af selve dispositionens retlige karakter, må det dog formentlig anerkendes, at dansk ret indeholder den fornødne hjemmel til korrektion af tynd kapitalisering...*”. Forfatteren støtter denne ændring i synspunkt på en nærmere fortolkning af ordene “økonomiske forbindelser” i dagæl-dende SEL § 12, og finder, at dette tillige indbefatter finansieringen sel-skaberne imellem. Det påpeges dog, at det tillægges helt afgørende be-tydning, at art. 9 i flere indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster har et identisk indhold, med udgangspunkt i OECD MDBO art. 9. Forfatte-ren støtter endvidere sin argumentation på, at det fremgår af kommen-tarerne til OECD MDBO art. 9, at artiklen tillige er relevant ved afgørel-sen af, om et som lån betegnet kapitalindskud vitterligt og reelt er et lån eller om det i stedet må anses for indskud af ansvarlig indskudskapital. Ligeledes fremhæves det forhold, at OECD MDBO art. 10 forudsætter, at en som lån benævnt overførsel kan kvalificeres som en udbyttebeta-ling (ved reel deltagelse i risikoen ved selskabets virksomhed). Sluttelig baserer forfatteren sin ændrede opfattelse på det forhold, at de danske domstole ved fortolkningen af national ret tager afgørende hensyn til in-ternationalt anerkendte normer, herunder OECD’s modeldobbeltbe-skatningsoverenskomst med kommentarer. Der henvises ligeledes til LL § 16 A som en mulighed for indgreb. Dog sluttes det, at korrektionsmu-lighederne i praksis er særdeles begrænsede⁸³.

Selvom der ikke foreligger danske retsafgørelser om spørgsmålet, var skattemyndighederne også af den opfattelse, at SEL § 12, stk. 1 og 2 in-deholdt den fornødne hjemmel, men samtidig, at den særligt tunge be-visbyrde i praksis ville medføre, at muligheden for at vinde sager om tynd kapitalisering ved landsskatteretten og domstolene ikke var særlig stor⁸⁴. Aage Michelsen fandt i artiklen “Tynd kapitalisering – skatteretligt

83. Se for samme overordnede konklusion vedrørende anvendeligheden af SEL §12, samme forfatters Transfer pricing- i international skatteretlig belysning, 1998, s. 77 f.

84. Jf. betænkning nr. 1060 1985, s. 218 ff og Statsskattedirektoratets revivionsmedde-else 1983-3, afsnit 6.2.4. Også back-to-back loans fandtes at være omfattet. I rela-tion til filialer bemærkedes det, at problemet næppe kunne tænkes aktualiseret. Ivar Norland fandt også i Cahiers de Droit Fiscal International, 1996, Vol 82b, s. 403 ff, at der i SEL § 12 principielt var indeholdt den fornødne korrektionshjem-mel.

belyst”, i *Nis Jul Clausen (red.): Nye tendenser i skandinavisk selskabsret*, (1995) s. 217 ff, at der ikke i dansk ret fandtes en korrektionshjemmel til omkvalificering af rentebetalinger til udbytte. Dette standpunkt fastholdes i samme forfatters *International skatteret*, 1996, s. 318⁸⁵. Modsat finder andre som fremhævet, at en sådan hjemmel var indeholdt i dansk ret⁸⁶.

Det er interessant om den således fremførte argumentation for eksistensen af en hjemmel til korrektionsadgang før SEL § 11, tillige vil føre til det resultat, at der efter den nugældende § 2 i ligningsloven eksisterer en mulighed for korrektioner som følge af tynd kapitalisering uden for SEL § 11. Det er klart, at formuleringen af LL § 2 ikke nøjagtig tilsvarende den tidligere formulering af SEL § 12, men samtidig at der gennem bestemmelsen lovfæstes et generelt armslængde princip, som det også fremkommer af OECD MDBO art. 9. LL § 2 benytter ordene “handelsmæssige eller økonomiske transaktioner” mens SEL § 12 benyttede ordene “handelsmæssige eller økonomiske forbindelser”. Min vurdering er, at der trods dette ikke kan antages at eksistere en sideløbende hjemmel og at et sådant resultat ej heller ville være acceptabelt.

6.2.2 Sambeskatningssituationer

I sambeskatningssituationer var der derimod indført særlige regler om tynd kapitalisering, idet tynd kapitalisering netop her kunne og kan udgøre et problem⁸⁷.

Med SD-cirk 1985-41 af 17. december indførte Ligningsrådet et nyt sambeskatningsvilkår – vilkår 2.4.2. Vilkåret gjaldt fra og med skatteåret 1987/88 og skulle først og fremmest ses på baggrund af nogle konkrete afgørelser, hvor Ligningsrådet nægtede tilladelse til sambeskatning til trods for, at de gældende sambeskatningsbetingelser var opfyldt⁸⁸. Med sambeskatningscirkulære TS-cirk 1998-40 er vilkår 2.4.2. ophævet med

85. Se hertil også *Erik Werlauff: Selskabsskatteret*, 1999, s. 393.

86. Jf. hertil *Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 77 ff, der side 78 i.f. udtaler: “... *Det må således hævdes, at dansk skatteret i princippet altid har indeholdt den fornødne hjemmel til korrektion af tynd kapitalisering...*”, samme i *Skatteudnyttelse*, s. 338 ff, og samme i *Skatteretten 2*, 2000, s. 455 ff, samt *J.O. Engholm Jacobsen: Selskabsskatteloven med kommentarer*, 1997, s. 239 ff og *Ole Kjær i SU* 1993.360.

87. Se for en konstatering af at tynd kapitalisering stadig kan udgøre et problem i sambeskatningssituationer; *Jan Pedersen: Transfer pricing – i international belysning*, 1998, s. 79, *Christen Amby i SO* 1998.270, *Henrik Dam i Skatteretten* specielt del 1, 1999 og *Erik Werlauff: Selskabsskatteret*, 1999, s. 300.

88. Der henvises til Rapport om Sambeskatning af selskaber fra den under statsskatte-direktoratets kontaktgruppe nedsatte arbejdsgruppe, November 1985 og *Søren Rasmussen i R&R* 1986.65.

virkning for indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 1999 eller senere, hvilket indebærer at vilkåret ikke længere har virkning. I det senest fremkomne sambeskatningscirkulære er vilkåret helt bortfaldet, jf. TS-cirk. 1999-46. I bemærkningerne til L 101 blev det anført, at dette skyldes indførelsen af SEL § 11, der antageligvis skulle medføre, at vilkår 2.4.2. ville miste sin relevans. Dette har affødt en del kritik. At vilkåret blev ophævet skyldes imidlertid formentlig den omstændighed, at Ligningsrådet så sig forpligtet af løftet i bemærkningerne til L 101, også selvom Skatteministeriets departement ikke har instruktionsbeføjelse på Ligningsrådets område.

I hovedtræk havde vilkår 2.4.2 følgende indhold: Udviste den skattepligtige indkomst for et selskab underskud, kunne en til selskabets nettofinansieringsudgift svarende del af underskuddet ikke via sambeskatning fradrages i overskuddet i selskaber, hvori det underskudsgivende selskab direkte eller indirekte ejede aktier.

Vilkåret havde til formål at hindre, at økonomisk svagt funderede selskaber lånefinansierede køb af aktier i et overskudsgivende selskab, for derefter via sambeskatningen at fratrække sit løbende underskud, der er foranlediget af renteudgifter, kurstab og valutakurstab fra lånefinansieringen, i datterselskabets overskud. Derved forhindredes skattefinansierede majoritetsovertagelser. Som nævnt var vilkåret foranlediget af nogle sambeskatningsafslag fra Ligningsrådet, jfr. TFS 1984, 105 BF og Ligningsrådets afgørelser i journal 360-2109-867, og 360-4412-133⁸⁹.

Af denne praksis ses, at der udelukkende var tale om udenlandske gælds (- og skatte) finansierede majoritetsovertagelser af danske selskaber. Det er karakteristisk for de tre afslag, at der indskydes et moderselskab med et meget lille kapitalgrundlag, der finansierer aktiekøbet af danske selskaber ved lån fra koncernen, eller ved lån, der er garanteret af koncernen og at man via en dansk sambeskatningstilladelse opnår, at renteudgifter på lån kan fradrages i datterselskabets indkomst. Der lader ikke til at være praktiske erfaringer med lignende forhold internt i Danmark. Det er dog naturligt, at ophævelsen af vilkår 2.4.2. vil medføre sådanne dispositioners fordelagtighed internt i Danmark. Spørgsmålet er imidlertid blot, om truslen på det foreliggende empiriske grundlag er reel. *Christen Amby* fremfører en vis kritik af den på det tidspunkt planlagte ophævelse af vilkåret i SO 1998.272. En tilsvarende kritik fremføres af *Erik Werlauff* i *Selskabsskatteret*, 1999, s. 300 og samme i *UfR* 1999B.158. *Jan Pedersen* er i *Transfer pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 80, for så vidt enig i ovennævnte kritik, men frem-

89. Som refereret i Rapport om Sambeskatning af selskaber, 1985, s. 2-5. Se ligeledes *Hans Westerberg* i *R&R* 1984.514.

fører, at der næppe er større praktisk behov for at fjerne hindringen for tynd kapitalisering i danske koncerner på grundlag af uforholdsmæssig stor låntagningen hos danske långivere idet tynd kapitalisering alene udgør et problem rent skatteretligt, såfremt låntager og långiver har forskellig skatteretligt domicil⁹⁰. For så vidt angår grænseoverskridende gældsfinansierede overtagelser i Danmark via lokale holdingselskaber vil SEL § 11 dæmme op for denne situation i stedet for sambeskatningsvilkår 2.4.2.

Der var ikke i vilkår 2.4.2. indeholdt en begrænsning for tyndt kapitaliserede selskabers entrering i sambeskatningsforhold, blot begrænsedes fradragsretten (overførslen til den positive indkomst i det selskab hvor moderen havde kapitalbesiddelser) til, hvad der tilsvarede underskuds-selskabets "nettofinansieringsudgift"⁹¹, når kravet om negativ skattepligtig indkomst og eksistens af en nettofinansieringsudgift er opfyldt. Almindelige erhvervsudgifter kunne efter vilkåret meget vel fradrages, men altså ikke underskud hos moderselskabet, der skyldes finansieringsudgifter. Dog var det ikke tvingende for selskabet at benytte nettofinansieringsudgiften som fradragsbegrænsning. Andre størrelser kunne vælges benyttet, såfremt disse udgjorde mindre talstørrelser. Alternativt kunne en beregnet rente (efter kursgevinstlovens mindsterente, § 7) af selskabets skattemæssige egenkapital benyttes, såfremt denne var højere end nettofinansieringsudgiften. Endelig kunne vælges benyttet, hvad der svarer til en normal forrentning af anskaffessummen (også efter kursgevinstlovens mindsterente) for aktier i de sambeskattede selskaber. Kun i det omfang finansieringsudgifterne oversteg det valgte beløb, fik 2.4.2. betydning, og da kun for forskelsbeløbet. Endelig bør det fremhæves, at anskaffessummen blev nedsat med 1/7 hvert år, der følger efter året, hvori aktierne blev erhvervet, således at der efter 9 år ikke længere var en begrænsning i fradragsretten⁹².

90. Som nævnt bør det dog erindres, at der efter ophævelsen af vilkår 2.4.2. er skabt mulighed for at foretage en nedbringelse af skattebetalingen internt i Danmark. Et dansk selskab kan således gennem et tyndt kapitaliseret holdingselskab overtage andre selskaber. Såfremt der etableres en sambeskatning mellem holdingselskabet og targetselskabet kan der ske en betydelig reduktion af targetselskabets skattebetaling, idet renteudgifterne i holdingselskabet kan fratrækkes i targetselskabets indkomst.

91. Defineret som summen af renteudgifter, skattemæssige kurstab og valutakurstab samt løbende ydelser med fradrag af summen af renteindtægter, skattepligtige kursgevinster og valutakursgevinster.

92. Vilkåret var ikke ufravigeligt, således kan der efter ansøgning til LR bortses fra vilkåret, såfremt det påvises, at der er tale om forretningsmæssigt begrundede finansieringsudgifter.

Vilkår 2.4.2. har været kritiseret for til tider at medføre mere eller mindre vilkårlig begrænsning i underskudsmedregningsmulighederne, jf. herved FRS's bemærkninger i bilag 4 til L 101 (høringssvar). Kritikken har blandt andet vedrørt de situationer, hvor man benyttede den skattemæssige egenkapital i stedet for aktiver og passivers værdi i handel ogandel. Som *Lars Cort Hansen* anfører i TfS 1998.569, har dette dog udelukkende været et problem for ikke-børsnoterede selskaber, da børsnoterede selskaber har haft adgang til at anvende den samlede børskursværdi som værdien af selskabets aktiver primo indkomståret. Denne værdi har derfor formentlig givet et bedre billede af handelsværdien. De nu indførte regler om tynd kapitalisering lider ikke af denne svaghed og foretager i øvrigt ikke forskellig behandling af selskaber alt efter, om de er børsnoterede eller ej. Se nedenfor i afsnittet om regelkonkurrence om den nærmere behandling af situationer, hvor der oprindeligt skete underskudsbegrænsning efter vilkår 2.4.2. og SEL § 11, jf. afsnit 5 i del II.

6.2.3 FUL § 3

Ud over i sambeskatningssituationer, havde tynd kapitalisering betydning i henhold til vilkår 2.4.2. i forbindelse med tildeling af tilladelser til skatteneutrale fusioner i henhold til fusionsskattelovens § 3. Af FUL § 3 følger det, at Ligningsrådet skal give tilladelse til en fusion, såfremt et moderselskab ønsker at fusionere med sit datterselskab, og det ikke i et tidsrum af 3 år forud for fusionsdatoen har besiddet den fornødne majoritet. Ligningsrådet kan fastsætte vilkår for denne tilladelse. Praksis herom har vist, at Ligningsrådet nægter tilladelse til skatteneutral fusion, såfremt det har været hensigten at opnå fradrag, som ellers ville blive ramt af sambeskatningsvilkår 2.4.2., jf. TfS 1989.535 LR.

Denne praksis bør ændres som en følge af ophævelsen af vilkår 2.4.2⁹³. Virksomhedsoverdragelser vil herefter i mindre grad blive hæmmet af skatteretten. Dog skal man stedse observere selskabsrettens selvfinansie-

93. Jf. *Niels Josephsen* i SU 1999.7.

ringsforbud, jf. AL § 115, stk. 2, der i et vist omfang dæmper op for sådanne virksomhedsoverdragelser⁹⁴.

7 Internationalt overblik

Som allerede nævnt har mange vestlige lande allerede indført særlige regler om tynd kapitalisering. De lande, der således bekæmper tynd kapitalisering, kan inddeles i følgende kategorier⁹⁵:

A. Lande med specifikke regler om tynd kapitalisering

I de lande, der har indført specifikke regler om tynd kapitalisering, ses følgende metoder anvendt:

- Fixed ratio approach: Efter denne tilgang begrænses fradrag automatisk eller behandles som udbytte såfremt en given fast debt-to-equity ratio overskrides i debitorselskabet. Denne fast ratio kan benyttes som en safe haven regel.
- Omkvalificering af rentebetalinger til udlændinge
- Særlige branchespecifikke regler om tynd kapitalisering
- Begrænsninger i underskudsmedregningsmuligheder⁹⁶
- Særlige regler i relation til direktionen i selskabet
- Varierende regler på føderalt og statsligt/kantonalt niveau

De danske regler indfører for så vidt faste krav til forholdet mellem gæld og egenkapital (debt:equity), men holder dog en mulighed åben for at

94. Bestemmelsen lyder: *Et selskab må ikke yde lån til finansiering af erhvervelse af aktier i selskabet eller aktier eller anparter i dets moderselskab. Et selskab må heller ikke stille midler til rådighed eller sikkerhed i forbindelse med sådan erhvervelse.* Se eksempelvis om forbuddet Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 1999, s. 561 og A/S' loven med kommentarer, 1999, af Ida Rosenberg, Lone Sneholt og Niels Thomsen, s. 371 ff. Der findes en praksis vedrørende bestemmelsen der forhindrer fusioner, hvor eksempelvis et moderselskab har lånt midlerne til erhvervelse af aktierne i datterselskabet, der ophører ved fusionen, hvorefter lånet tilbagebetales, måske med midler fra datterselskabet. Situationer af denne karakter skal undergives en konkret vurdering, jf. herved den anonymiserede afgørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen refereret hos Ida Rosenberg, Lone Sneholt og Niels Thomsen: A/S' loven med kommentarer, 1999, s. 373 ff.

95. Se hertil Detlev J. Piltz op.cit., s. 99 ff, Ruud A. Sommerhalder i ET 1996.82, D. Lüthi i Intertax 1991.446, OECD: Issues in international taxation, Thin capitalisation, 1987, s. 15 f og Lars Cort Hansen i SU 1998.236.

96. Så vidt ses var Danmark dog indtil ophævelsen af sambeskatningsvilkår 2.4.2. det eneste land, der havde sådanne begrænsninger.

dokumentere, at den givne fremmedkapitalfinansiering er foretaget i overensstemmelse med armslængde princippet.

B. Lande der løser problemerne ved hjælp af generelle regler

I de lande, der har løst tynd kapitaliseringsproblematikken efter generelt anvendelige skatteregler, er følgende typer af regler blevet anvendt:

- Grundsætninger om “substance over form”
- Armslængde princippet
- Retsmisbrugsgrundsætninger (omgåelsesklausuler)
- Generel fradragsnægtelse for renter betalt til udlændinge

C. Lande uden muligheder for at skride ind

Endelig findes der stadig lande, hvori der hverken er indført specifikke regler om tynd kapitalisering eller er hjemmel i almene bestemmelser eller grundsætninger til at tilsidesætte finansieringssammensætningen.

En metode, der svæver mellem de øvrige metoder, kan siges at være den såkaldte *subjective approach*, hvorved forstås, der ses på vilkårene for og investeringens natur, for på denne baggrund at beslutte, hvorvidt der er tale om gæld eller egenkapital.

Generelt indebærer korrektioner efter regler om tynd kapitalisering, hvad enten disse er specifikke eller generelle, at fradragsret beskæres hos debitorselskabet enten helt eller delvist. Hermed er de danske regler ganske i overensstemmelse med internationale tendenser.

Retspolitisk kan der fastsættes flere målsætninger for normering af situationer vedrørende tynd kapitalisering⁹⁷. Som et led i generel skattepolitik skal regler om tynd kapitalisering navnlig ikke:

- hindre udlændinge i at investere i landet,
- hindre udenlandske udlånere i at finansiere erhvervsmæssige aktiviteter i landet, uanset om aktiviteterne udføres af hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende personer,
- hindre hjemmehørende selskaber mv. fra at drive erhvervsvirksomhed i udlandet.

Hertil kommer, at regler om tynd kapitalisering bør:

- sikre, at landets skattebase ikke eroderes, og

97. Jf. Ruud A. Sommerhalder i ET 1996.82, særligt side 94.

- sikre, at en passende skat opkræves vedrørende udenlandsk kildeindkomst indtjent af hjemmehørende selskaber mv.

Da der eksisterer en konflikt mellem disse målsætninger må det overordnede mål være at balancere reglerne under hensynstagen til ovenstående reguleringshensyn. Der findes dog ikke endnu noget empirisk bevis for provenuskabelses- eller bevarelseseffekten i de lande, der har indført regler om tynd kapitalisering⁹⁸. Samtidig findes der internationalt kun i meget begrænset omfang offentliggjort praksis om tynd kapitalisering. Herved understøttes det standpunkt, at der oftere indgås aftaler mv., med skattemyndighederne end der fremkommer egentlige konflikter, samtidig med, at skatteyderne i vidt omfang efterlever de opstillede safe haven forhold. Det er på denne baggrund blevet anført, at skattemyndighederne generelt har overvurderet omfanget af uforholdsmæssig fremmedkapitalfinansiering⁹⁹.

De typiske indvindinger, der gøres mod gældende regler om tynd kapitalisering er at¹⁰⁰:

- reglerne skal være så specifikke som muligt og så vidt muligt indeholde safe haven rules
- der skal være mulighed for at dokumentere, at den givne finansiering er passende, også selv om der findes safe haven regler
- dobbeltbeskatning skal undgås ved at de involverede lande enten skal acceptere klassifikationen i det andet land eller benytte den gensidige aftaleprocedure
- regler om tynd kapitalisering kan skabe et skatteprovenu, der ligger ud over, hvad der svarer til de underliggende økonomiske forhold
- højskattelande med regler om tynd kapitalisering forhindrer udenlandske investeringer
- visse regler om tynd kapitalisering kan reelt indebære en diskrimination af udenlandske investeringer.

De lande, der ikke har indført regler om tynd kapitalisering, begrundes typisk dette med forskellige argumenter. Således kan der argumenteres for, at lande med en høj selskabsskattesats ved at tillade tynd kapitalisering kan tiltrække udenlandske investeringer, hvilke ellers ville søge til andre lande. Lande, der allerede har skabt investeringsincitamenten gen-

98. Jf. *Detlev J. Piltz*: *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol 82b, 1996, s. 137 f.

99. Loc.cit.

100. Jf. *Detlev J. Piltz*: op.cit., s. 138 og *Leif Gäverth*: *Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor*, 1998.

nem lav selskabsskattesats eller lignende, er ikke undergivet en risiko for benyttelse af tynd kapitalisering som skatteplanlægningsteknik. I lande, hvor den direkte beskatning spiller en ubetydelig rolle i sammenligning med den indirekte beskatning kan der ikke skabes et nævneværdigt *mérprovenu* ved introduktionen af komplekse regler om tynd kapitalisering. I nogle lande kan det bedre betale sig at forfølge dem, der overhovedet ikke betaler skat frem for dem, der betaler noget, men dog for lidt grundet tynd kapitalisering. Endelig kan særlige valutarestriktioner i et vist omfang gøre det ud for egentlige regler om tynd kapitalisering.

Som en skattepolitisk kommentar skal det også i denne sammenhæng bemærkes, at de lande, der har indført regler om tynd kapitalisering grundet frykten for tab af skatteprovenu, i virkeligheden befinder sig i den givne situation på grund af egne lovgivningsmæssige beslutninger. Dette gælder for det første anerkendelsen af lån og fradragsret mellem datterselskabet og dets aktionærer. For det andet gælder det forhold, at der ikke opkræves (eller kun opkræves en ubetydelig) kildeskat ved grænseoverskridende rentebetalinger. Dette må siges at udgøre en væsentlig inkonsistens i argumentationen for indførelse af lovregler om tynd kapitalisering, idet man så at sige indfører regler til at udjævne tidligere foretagne skattepolitiske beslutninger. Snarere burde lovgiver overveje at udligne forskellen i beskatningen mellem udbytter og renter og derved eliminere incitamentet til tynd kapitalisering. Det er flere steder overvejet at indføre sådanne systemer¹⁰¹. En alternativ tilgang er en global harmonisering¹⁰² der medfører en generel standard for tynd kapitalisering, der indeholder en fælles *debt-to-equity ratio*¹⁰³.

Der kan endelig fremsættes visse generelle ønsker til udformningen af regler om tynd kapitalisering, selvom udformningen naturligvis afhæn-

101. Således har man i Brasilien overvejet at indføre regler, hvorefter selskaber ved udbytteudlodninger har ret til at fradrage fiktive renter af egenkapitalen og samtidig skattefritage udbytter hos modtageren. I Storbritannien har det ligeledes været foreslået at tillade fradrag for en fiktiv forrentning af egenkapitalen. Fordelen ved disse forslag er, at kun den rigtige forretningsmæssige indtjening ville blive beskattet. I USA har det modsat været foreslået, at der ikke længere skulle tillades fradrag for rentebetalinger, og herved at renter skulle behandles som udbytter (*comprehensive business tax*). Ulempen herved er primært, at selskabet vil blive beskattet af fiktive profiler. En helt tredje løsning kunne være blot generelt at tillade fradrag for udloddede udbytter.

102. Eller måske mindre ambitiøst gennem OECD anbefalinger, hvilket faktisk er varslet i OECD's *Transfer Pricing Guidelines*.

103. En sådan international ratio kan naturligvis kritiseres, idet det ikke er muligt generelt at identificere en generel gennemsnitssolvens efter branche, geografi eller nogen anden målestok.

ger af hvilket land, der er tale om, og hvordan skattesystemet er indrettet i det pågældende land¹⁰⁴.

Leif Gäverth anfører op.cit. følgende ønsker til regler om tynd kapitalisering:

- Det kan anses som hensigtsmæssigt, at der findes en safe haven regel idet dette skaber forudselighed.
- En gennemarbejdet definition af egenkapital og gæld, muligvis med udgangspunkt i det fjerde selskabsdirektiv (78/660/EØF). Det samme bør også kunne gøre sig gældende for så vidt angår værdiansættelse af aktiver og passiver.
- En definition og afgrænsning af hvilke aktionærer og nærtstående, der omfattes af reglerne.
- Reglerne bør formentlig omfatte back-to-back lån.
- Der kunne ligeledes argumenteres for, at der skal findes såkaldte “debt creation rules” for at undgå omgåelse af reglerne om tynd kapitalisering.
- En behandling af rentebetalinger som var der tale om udbytte. Derimod bør kapitalen ikke omkvalificeres.
- Det bør være muligt at dokumentere at armslængde princippet er overholdt, hvorved reglerne efterfølgende ikke skal finde anvendelse.
- Det bør foreskrives, at en korrektion efter regler om tynd kapitalisering ikke kan medføre en korrektion, der overstiger, hvad der følger af armslængde princippet.
- Der bør findes mulighed for at søge om bindende forhåndsbeskeder om, hvorvidt finansieringen i debitorselskabet godtages eller ej.
- Derimod finder forfatteren ikke, at der bør indsættes en generel omgåelsesregel til at understøtte regler om tynd kapitalisering. Begrundelsen herfor er blandt andet risikoen for regelkonkurrence.
- Der kan argumenteres for, at der skal gælde et forstærket beviskrav for betalinger til personer med hjemsted i et skatteparadis, hvorfra skattemyndighederne ofte har svært ved at indsamle nødvendige informationer.
- Endelig kan der opstilles en særlig oplysningspligt.

104. Se herom eksempelvis *Leif Gäverth*: Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 74 ff for så vidt angår forfatterens ønsker til eventuelle svenske regler om tynd kapitalisering.

Del II – Tynd kapitalisering i gældende dansk ret

1 Indledning

Som et led i den såkaldte pinsepakke fra juni 1998 (fra perioden omkring pinsen, heraf navnet) blev der i Danmark indført egentlige regler om tynd kapitalisering i SEL §11, jf. lov nr. 432 af 26.6.1998 (L 101). Disse regler skal ses som et led i dansk tilpasning til international skatteret på samme måde som reglerne om CFC beskatning i SEL § 32 og LL § 16 H, samt reglerne om transfer pricing i LL § 2 og SKL § 3 B.

Reglerne gjaldt herefter udelukkende for danske selskaber mv., men ikke for faste driftssteder. Med henblik på at opnå neutralitet mellem etableringsformerne blev der dog med lov nr. 1026 af 23.12.1998 (L 53) indført tilsvarende reglerne for faste driftssteder. Sambeskatningsvilkår 2.4.2. var som nævnt efter skatteministeriets opfattelse efter indførelsen af SEL § 11 overflødigt og kunne derfor ophæves. Trods kritik heraf blev vilkåret ophævet med sambeskatningscirkulære, TS-cirk. 1998-40 og er som nævnt ovenfor helt væk i det seneste sambeskatningscirkulære. Reglerne i SEL § 11 har virkning for indkomstår, der påbegyndes 1. januar 1999 eller senere. Dette sammenholdt med opgørelsesmekanismen af gæld og egenkapital, sml. infra, betyder at reglerne egentlig først har virkning fra udgangen af 1999.

Behovet for detailkendskab til reglerne har vist sig stort. Dette understøttes af, at der i sagens natur ikke har udviklet sig administrativ praksis på området og det forhold, at der er tale om u gennemarbejdet lovgivning der i praksis på flere steder har vist sig ikke-administrerbare. Reglerne skal ses i sammenhæng med den ligeledes med pinsepakken indførte vilkårskorrektionshjemmel i LL § 2. Herefter kan selve rentestørrelsen anfægtes på et givent mellemværende. De danske regler om tynd kapitalisering indebærer i hovedtræk, at danske skattesubjekter, som har gæld til udenlandske koncernforbundne selskaber, og hvis debt:equity ratio overstiger 4:1, ikke har fradragsret for renteudgifter og kurstab vedrørende den overskydende del af gælden.

Strukturen i det følgende indebærer, at der indledningsvis redegøres for en central forudsætning for tynd kapitaliseringsproblematikken. Herefter analyseres de enkelte betingelser for anvendelse af SEL § 11 mere indgående og de særlige spørgsmål der dukker op i forbindelse med anvendelsen af de danske regler om tynd kapitalisering. Efter den-

ne gennemgang præsenteres kort nogle proceduremæssige spørgsmål samt nogle særlige spørgsmål vedrørende selskaber med lovfæstede kapitalkrav. Endelig behandles de samspilsproblemer der opstår ved anvendelse af SEL § 11 i forhold til andre skatteregler, og forholdet mellem SEL § 11 og civilretten.

1.1 *Forudsætninger for reglerne om tynd kapitalisering – fradragsbetingelserne*

Før retsfølgen af regler om tynd kapitalisering overhovedet kan komme på tale, er det en forudsætning, at der foreligger et gældsforhold. Det er derfor en forudsætning for hele diskussionen af tynd kapitaliseringsproblematikken, at de renter de eventuelt kan blive udsat for fradragsbeskæring, er reelle og afspejler et reelt gældsforhold, således at der i det hele taget er tale om en fradragsberettiget renteudgift¹⁰⁵. Det er dermed et spørgsmål om opfyldelse af de almindelige fradragsbetingelser i henhold til SL § 6 e. Ligeledes er det naturligvis en forudsætning for begrænsning af kurstab, at disse er fradragsberettigede.

Udgangspunktet for fradragsret for så vidt angår renteudgifter er, at der eksisterer en rente i overensstemmelse med skatterettens rentedefinition.

Det skatteretlige rentebegreb er temmeligt snævert (klar og formelt). Der er efterhånden enighed om, at det skatteretlige rentebegreb er kendetegnet ved, at renter udgør den del af vederlaget for at kunne råde over fremmed kapital (debitor) eller stille kapital til rådighed (kreditor), der beregnes løbende som en procentdel af den til enhver tid værende nominelle restgæld¹⁰⁶. Der findes ikke noget entydigt civilretligt rentebegreb. I stedet opereres der blot med en almindelig sproglig forståelse heraf i civilretlige relationer.

Skatterettens rentedefinition indebærer yderligere, at den ydelse der ønskes fratrullet vedrører en aktuel forpligtelse, der påhviler debitor

105. Jf. herved Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 1999, s. 391.

106. Se herved eksempelvis Kjeld Hemmingsen i SkatteOrientering 1982 A.4.14., s. 6, og Anders Oreby Hansen m.fl.: Kursgevinstloven med kommentarer, 1998, s. 31 med henvisning til Nakskovhussagen, UfR 1941.563 HD. Det skal ikke nærmere forsøges på dette sted at foretage en afgrænsning af rentebegrebet, hvorfor der henvises til den øvrige litteratur herom som eksempelvis; Tommy V. Christiansen i Revisorbladet 1998/2, s. 38 f, I.A. Strobel i R&R 1973.537 samt Ann Hatting i TfS 1989.399 og Jens Olav Engholm Jacobsen i Skatteretten 1, 2000, s. 329 ff.

som gæld, det vil sige som en reel, retlig forpligtelse, og i princippet at debitor er retligt forpligtet til at betale ydelsen¹⁰⁷.

Det kan findes rimeligt, såfremt eksistensen af et egentligt (reelt) gældsforhold efterprøves ved betalinger fra et dansk skattesubjekt til et udenlandsk interesseforbundet ikke dansk skattepligtigt skattesubjekt. Ligeledes forekommer det rimeligt, såfremt der stilles skærpede krav til bevisstyrken indenfor et interessefællesskab¹⁰⁸.

TfS 1999.201 V (*Patricia Records*)

Det sagsøgende selskab havde for 3 skatteår foretaget rentefradrag hhv. 750.000 kr., 960.000 kr. og 960.000 kr. af lån, som ifølge en låneftale var angivet ydet selskabet af firmaet Aureva i Liechtenstein. Det sagsøgende selskabs hovedaktionærer var døtre af direktøren for Aureva. Skattevæsenet godkendte ikke rentefradraget, da det ikke fandtes godtgjort, at der var tale om et reelt låneforhold. Landsretten bemærkede, at det sagsøgende selskab og Aureva er interesseforbundne parter. Aurevas direktør kunne efter det oplyste råde frit over Aurevas midler. Der var tale om lån uden sikkerhed og i en størrelse, som betydeligt oversteg Aurevas egenkapital. På denne baggrund måtte der stilles skærpede krav til beviset for, at der forelå et reelt gældsforhold. Det fandtes ikke bevist, at der mellem parterne havde bestået et gældsforhold, hvor det sagsøgende selskab havde haft en retlig forpligtelse til at betale renter af gælden. Der var herefter ikke fradrag for renter.

Beviskravene i forhold til lånets eksistens belyses tillige af nedenstående sag i TfS 1999.180 Ø.

TfS 1999.180 Ø (SU 1999.30 Ø)

Sagen drejede sig om fradrag for renter af lån ydet til familiemedlemmer. Skatteyderen fratrak i 1993 renter 31.045 kr. for lån, som var angivet ydet af familiemedlemmer bosat i Israel. Skattemyndighederne godkendte ikke fradraget, da der ikke fandtes at være godtgjort et reelt låneforhold. Landsretten tiltrådte, at der må stilles skærpede krav til beviset for, at lån er reelle og medfører pligt til at betale renter, når der er tale om lån i familieforhold. På grundlag af bevismaterialet fandt landsretten, at

107. Jf. herved J.O. Engholm Jacobsen i Skatteretten 1, 2000, s. 338. Forfatteren anfører, at der ved vurderingen af, om tilbagebetalingsforpligtelsen er reel, lægges vægt på blandt andet om kredittiden er ekstraordinær lang og om tilbagebetalingspligten således er betinget eller i øvrigt knyttet til usikre fremtidige begivenheder, at tilbagebetalingen alene fremstår som en teoretisk mulighed.

108. Jf. Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 1999, s. 391 for denne konstatering med henvisning til relevant domspraksis. Se ligeledes LV 1999 A.E.1.

skatteyderen havde løftet den relativt tunge bevisbyrde, og skattemyndighederne skulle herefter godkende rentefradraget, 31.045 kr.

Løftes bevisbyrden for lånets eksistens og realitet og såfremt det påvises, at renteudgiften har relation til f.eks. driften af et dansk debitorselskab, så skal rentefradragsretten anerkendes, jf. TfS 1997.506 H (Tage S. Nielsen).

TfS 1997.506 H (Tage S. Nielsen)

En skatteyder, der i årene 1980-92 var bosiddende i Belgien og alene var skattepligtig i Danmark af erhvervsindtægter og erhvervsformue, foretog for 1985 fradrag for renter af lån i sin skattepligtige indkomst og for 1986 fradrag for gæld i sin skattepligtige formue som følge af et lån på 4 mio. kr. ydet af et af ham stiftet selskab på Jersey til hans personligt drevne virksomhed i Danmark. Til selskabet havde han solgt en post pantebreve. Skatteyderen havde fra selskabet modtaget uigenkaldelig fuldmagt til at foretage alle dispositioner vedrørende selskabets værdipapirer, og det omhandlede lånedokument var underskrevet af skatteyderen for långiveren ifølge fuldmagt og af skatteyderen som låntager for virksomheden. Landsretten bemærkede, at skatteyderen var enerådig i selskabet, og fandt, at der ikke var dokumenteret nogen forretningsmæssig begrundelse for driften og eksistensen af selskabet eller for det lån, som selskabet havde ydet den personligt drevne virksomhed. Lånoptagelsen blev herefter frakendt skatteretlig betydning. For Højesteret drejede sagen sig alene om, hvorvidt det lån, som skatteyderen optog i selskabet på Jersey, var ydet på almindelige markedsvilkår. Højesteret fandt, at lånoptagelsen havde karakter af en sædvanlig forretningsmæssig disposition til finansiering af virksomhedens drift. Der var derfor ikke grundlag for at frakende lånet skattemæssig betydning.

Ud over ovennævnte konstateringer ses det af disse domme, at det er en naturlig forudsætning for skatteretlig accept af partsautonomiens udfald, at dispositionerne også civilretligt skal falde under definitionen af det påberåbte begreb. Selv om der foreligger et lån som en rentebærende retlig forpligtelse, er rentefradragsretten betinget af, at gældsforpligtelsen var aktuel også på det tidspunkt hvor renten påløb¹⁰⁹. Yderligere kan det formentligt anføres, at det ikke er en forudsætning for reglerne om tynd kapitalisering, at der findes en forrentning på markedsmæssige vilkår.

109. Jf. J.O. Engholm Jacobsen i Skatteretten 1, 2000, s. 341 med henvisninger til praksis.

De særlige regler om debtors fradragsret på kurstab følger af udgangspunktet i kursgevinstlovens § 6. Det må ligeledes kræves for tilladelse af fradrag for kurstab, at der foreligger et reelt gældsforhold.

På denne baggrund følger herefter en nærmere analyse af indholdet af de danske regler om tynd kapitalisering i SEL § 11. Det forudsættes idet det følgende, at der foreligger et reelt gældsforhold med en dertil knyttet reel forpligtelse til at betale renter.

2 SEL § 11

2.1 Indledning

Den nuværende rammeagtige bestemmelse i selskabsskattelovens § 11 vedrørende tynd kapitalisering har følgende ordlyd¹¹⁰:

SEL § 11

Stk. 1.

Hvis et selskab eller en forening

1) er omfattet § 1, stk. 1, nr. 1-2f, 3a-5b

2) har gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B, stk. 1 (kontrolleret gæld) og

3) selskabets eller foreningens fremmedkapital (gæld) set i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1, kan renteudgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld, ikke fradrages. Kurstab kan dog fradrages i kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår. Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld. Fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter.

110. Bestemmelsen, der blev indført med lov nr. 432 af 26.6. 1998 på baggrund af L 101, har allerede givet anledning til en del litteratur. Se således *Lars Cort Hansen* i TfS 1998.569 og samme i SU 1998.236 og SU 2000.55, *Anders Oreby Hansen* i SU 1999.6, *Niels Josephsen* i SU 1999.7, *Klaus Okholm* i Inspi 1998/9, s. 36 ff, *Christen Amby* i SO 1998.270, *Jens Wittendorff* i International Transfer Pricing Journal, 1998.251, *Søren Rasmussen* i SR-skat 1998.252, *Michael Sørensen* i R&R 1998/8, s. 30 ff, *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1999, s. 391 ff. Se også LV 1999 S.I.3., *Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff* i TfS 1999.36 samt *Jan Pedersen* i Skatteretten, 3. 2000, s. 358 ff og samme i Skatteretten 2, s. 394 ff.

Stk. 2.

Som gæld anses gæld i henhold til fordringer omfattet af kursgevinstloven samt konvertible obligationer. Gælden opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb.

Stk. 3.

Egenkapitalen opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af aktiver opgjort til handelsværdi med fradrag af gæld efter stk. 2. Egenkapital indskudt af den udenlandske ejerkreds medregnes kun i det omfang, den forbliver i selskabet i mindst to år.

Stk. 4.

Kontrolleres flere danske koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, stk. 2, finder stk. 1-3 samlet anvendelse på aktiver og passiver i disse selskaber, og der bortses fra danske selskabers aktier i andre selskaber, der indgår i den samlede opgørelse, samt gæld og fordringer mellem disse.

Stk. 5.

Stk. 1-4 gælder tilsvarende for skattepligtige omfattet af § 2, stk. 1, litra a. Ved opgørelsen af gæld og egenkapital efter stk. 2 og 3 indgår alene værdien af aktiver og gæld, der har tilknytning til det faste driftssted.

Af bestemmelsens ordlyd kan direkte udledes en række betingelser for reglens anvendelse. Der kan ligeledes udledes en række definitioner mv. Begge elementer vil blive uddybet nedenfor. Fremstillingen vil søge at afdække så mange aspekter som muligt dog uden herved at prætendere at være udtømmende. Ligeledes vil reglernes funktion undervejs blive illustreret med eksempler.

2.2 Kvalifikation af debitor

2.2.1 Generelt

Det første kriterium, der kan udledes af SEL § 11, er, at debitorselskabet der er beliggende i Danmark skal være undergivet selskabsbeskatning efter selskabsskatteloven og dermed have fradragsret for renteudgifter i Danmark. Betingelsen følger direkte af SEL § 11, stk. 1, nr. 1. Nærmere præciseret omhandler dette selskaber eller foreninger, der er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2c, 3a-5b. Med vedtagelsen af L 155 om elselskabers overgang til almindelig skattepligt mv., den 18.5. 2000 er bestemmelsen ændret således, at der i SEL § 11 nu i stedet henvises til SEL § 1, stk. 1,

nr. 1-2f, 3a-5b¹¹¹. Heri ligger, at alle selskaber og foreninger mv., der er fuldt skattepligtige efter SEL § 1 med undtagelse af andelsforeninger omfattet af andelsbeskatningen i SEL § 1, stk. 1, nr. 3 og foreninger mv. omfattet af institutionsbeskatningen i SEL § 1, stk. 1, nr. 6, er omfattet af reglerne om tynd kapitalisering¹¹². Fonde omfattet af FBL er ej heller omfattet, hvilket skyldes, at fonde er selvejende, hvorfor de ikke kan være kontrollerede af udenlandske investorer¹¹³.

Positivt opregnet er herefter følgende debitorenheder omfattet:

1) indregistrerede aktieselskaber og anpartsselskaber,

2) andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens i selskabet indskudte kapital¹¹⁴,

2a) sparekasser, andelskasser, sammenslutninger af andelskasser efter kapitel 4D i lov om banker og sparekasser mv. og foreninger oprettet i henhold til § 52 k i lov om banker og sparekasser mv.,

2b) Post Danmark,

2c) Københavns Fondsbørs, Værdipapircentralen og Garantifonden for Danske Optioner og Futures,

111. Også DSB blev med L 155 inddraget under reglerne om tynd kapitalisering. Der følger ikke nogen nærmere forklaring herpå idet bemærkningerne udelukkende henviser til at den ændrede formulering er en konsekvensændring som følge af selskabers overgang til almindelig skattepligt.

112. Årsagen til fritagelsen for de to sidstnævnte organisationstyper er formentlig, at organisationsformerne typisk ikke er interessante for udenlandske investorer samt deres særlige karakter.

113. Fonde kan dog kontrollere udenlandske selskaber mv. og optage lån hos kontrollerede selskaber. Denne situation tager reglerne om tynd kapitalisering generelt sigte på for så vidt angår andre enheder end fonde omfattet af FBL. Der findes dog formentlig ikke noget incitament til skatteudskydelse, idet CFC-beskatningen for fonde kan forhindre mange situationer, jf. FBL § 12. Dog er det en forudsætning herfor, at det udenlandske kontrollerede kreditorselskab er af finansiel karakter, jf. den objektive definition i SEL § 32, hvorefter 1/3 af selskabets aktiver eller 1/3 af omsætningen skal være af finansiel karakter.

114. Hvilket omfatter selskaber, som uden at kunne indregistreres som aktie- eller anpartsselskaber, har det til fælles med dem, at ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og at overskuddet, herunder et eventuelt likvidationsprovenu, fordeles i forhold til deltagerens indskudte kapital. Kvalifikationen afhænger i alle tilfælde af en konkret bedømmelse.

2d) DSB,

2e) elselskaber,

2f) kommuner, der driver netvirksomhed og virksomhed der er undtaget fra elforsyningslovens bestemmelser,

3a) Brugsforeninger,

4) foreninger, hvis formål er at fremme medlemmernes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse i foreningens virksomhed som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde, og som ikke er omfattet af nr. 2, 3 eller 3a,

5) gensidige forsikringsforeninger,

5a) investeringsforeninger, der udsteder omsættelige beviser for medlemmernes indskud¹¹⁵,

5b) institutter godkendt i henhold til realkreditloven, der ikke er omfattet af nr. 1, fonde og foreninger som nævnt i realkreditlovens § 69, stk. 1 og 2, Kreditforeningen af Kommuner i Danmark, Landsbankernes Reallånefond, Dansk Landbrugs Realkreditfond, Danmarks Skibskreditfond og Dansk Eksportfinansieringsfond,

Også faste driftssteder i Danmark af udenlandske selskaber er omfattet, jf. SEL § 11, stk. 5. Såfremt lån optages af det udenlandske hovedkontor hos tredjemand til gavn for det faste driftssted i Danmark vil hovedkontoret anses som debitor i henhold til SEL § 11. Der henvises til afsnit 2.11. for en behandling af de særlige forhold der gør sig gældende for faste driftssteder.

115. Det skal dog bemærkes, at investeringsforeninger ikke må optage lån, jf. § 28, stk. 1 i lovbehold. nr. 298 af 11.5. 1999 om investeringsforeninger og specialforeninger. I henhold til § 28, stk. 2 kan Finanstilsynet dog tilade, at en forening eller afdeling optager visse lån på indtil 10% af formuen hvilke dog i henhold til stk. 3 i alt er maksimeret til 15% af foreningens eller afdelingens formue. Det er herved svært at se anvendelsesområdet for SEL § 11 i relation til investeringsforeninger.

2.2.2 Selskaber og foreninger mv. som har ledelsens sæde i Danmark
 Det fremgår af forarbejderne til SEL § 11 (Lovforslag nr. L 101), at reglerne om tynd kapitalisering også finder anvendelse for udenlandsk registrerede selskaber, som er fuldt skattepligtige til Danmark, fordi ledelsens sæde er i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 6¹¹⁶.

Begrundelsen for at man ikke direkte har medtaget en henvisning til SEL § 1, stk. 6 i SEL § 11 er formentlig, at SEL § 1, stk. 6 alene er en bestemmelse, der tilsigter at definere og specificere, hvornår udenlandske selskaber kan blive anset for at være hjemmehørende i Danmark. Den egentlige beskatningshjemmel udgøres derimod af de øvrige dele af SEL § 1¹¹⁷. Dette synspunkt støttes også af *Jens Olav Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 62, *Niels Josephsen* i SU 1999.7 og af *Jan Pedersen* i Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 82. Det må derfor konstateres, at også selskaber med ledelsens sæde i Danmark er omfattet af reglerne om tynd kapitalisering. Dette skaber dog formentlig ikke problemer i praksis, idet selskabet har adgang til udenlandsk regnskabsmateriale. Dog skal det konkret vurderes, om de enkelte gældsposter hos et sådant selskab er omfattet af kursgevinstloven, jf. SEL § 11, stk. 2., et forhold der dog efter omstændighederne kan volde visse vanskeligheder. Ligeledes kan værdiansættelse af udenlandske aktiver og passiver volde visse problemer, idet de skal opgøres efter danske regler. Dokumentationspligten påhviler debitorselskabet.

I situationer hvor en koncerns danske moderselskab har et udenlandsk mellemholdingselskab, der igen ejer et udenlandsk datterselskab, kan der formentlig forekomme et samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering og kriteriet om ledelsens sæde. Som udgangspunkt omfatter SEL § 11 også gæld til udenlandske datterselskaber. Såfremt modersel-

116. Ordlyden af denne bestemmelse er følgende: stk. 6. *Selskaber og foreninger m.v. omfattet af stk. 1, nr. 2-6 anses for hjemmehørende her i landet, hvis ledelsen har sit sæde her i landet. Dette gælder uanset hvor selskabet eller foreningen m.v. eventuelt er indregistreret. Bestemmelsen i 1. og 2. pkt. finder dog ikke anvendelse på et selskab eller en forening mv., som er omfattet af fuld skattepligt i en fremmed stat efter denne stats skatteregler, hvis Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomst med den pågældende stat medfører, at Danmark skal lempe dobbeltbeskatning af indkomst fra et fast driftssted i den pågældende stat ved at nedsætte den danske skat af denne indkomst med et større beløb end det beløb, der er betalt i skat af denne indkomst i den pågældende stat.*

117. Noget andet er dog, at udenlandske selskaber med ledelsens sæde i Danmark formentlig først blev fuldt skattepligtige i Danmark med indførelsen af SEL § 1, stk. 6 med lov nr. 312 af 17.5.1995 (L 35). Se herom eksempelvis *Aage Michelsen*: International skatteret, 1996, s. 152, *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 1995 s. 285 samt *Anders Lund og Lars Yde* i Inspi 1997/9, s. 34.

skabet har gæld til holdingselskabet vil dette altså som udgangspunkt være omfattet af SEL § 11. Dog kan det udenlandske mellemholdingselskab blive anset som hjemmehørende i Danmark efter SEL § 1, stk. 6, såfremt hovedparten af den ledelsesaktivitet, der foregår, sker i Danmark, jf. herved LV 1999 S.A.1. Herved vil holdingselskabet blive anset som et dansk selskab og en eventuel gæld for moderselskabet til dette selskab bliver irrelevant i relation til reglerne om tynd kapitalisering. Kun i det omfang mellemholdingselskabet selv har gæld, eksempelvis til det underliggende datterselskab har dette relevans i henhold til SEL § 11. Der skal da foretages en konsolideret opgørelse mellem holdingselskaber og moderselskaber, jf. SEL § 11, stk. 4.

2.2.3 Udenlandske sambeskattede datterselskaber

Det anføres ligeledes i forarbejderne til SEL § 11, at også udenlandske sambeskattede selskaber er omfattet af bestemmelsen. Derimod medtog man ikke udenlandske lavt beskattede finansselskaber undergivet CFC-beskatning under reglens anvendelsesområde som et omfattet dansk debitorselskab. Denne udeladelse er ikke nærmere begrundet. *Niels Josephsen* anfører – formentlig med rette – i SU 1999.7, at udeladelsen formentlig skyldes, at underskud fra et udenlandsk CFC-selskab ikke kan fratrækkes i den danske sambeskatningsindkomst i modsætning til tilfældet for selskaber omfattet af SEL § 31.

En problemstilling af praktisk betydning er, om det er hjemlet at antage, at også udenlandske frivilligt sambeskattede selskaber er omfattet af SEL § 1 og hermed altså, om det er acceptabelt at henvise hertil, når også udenlandske sambeskattede selskaber haves for øje. Dette antages til tider at kunne besvares bekræftende¹¹⁸. For denne opfattelse taler, at sambeskatningsindkomsten skal opgøres på grundlag af den materielle danske skatteret, herunder netop reglerne om tynd kapitalisering. Modsat kan det antages, at dette ikke er tilfældet¹¹⁹. Sidstnævnte opfattelse kan tilsluttes idet sambeskatningsmuligheden blot udgør regler til beregning af sambeskatningsindkomsten for det danske moderselskab. Denne indkomst skal opgøres i henhold til danske indkomstopgørelsesregler. Selvom udenlandske datterselskabers indkomst derved medgår i den danske sambeskatningsindkomst, som bliver underkastet fuld skattepligt til

118. Jf. *Erik Werlauff* i forfatterens Selskabsskatteret, fra 1994, s. 349 og s. 350 med note nr. 100 og 101 med henvisning til TfS 1991.126 LR. Spørgsmålet ses ikke behandlet i forfatterens 3. udgave fra 1999. Samme konklusion nås af *Susanne Pedersen* i forfatterens ph.d.-afhandling; Sambeskatning i koncernforhold, 1995, s. 234.

119. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 2000, s. 305. Samme standpunkt indtager *Niels Josephsen* i SU 1999.7, samt *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 82.

Danmark, er der ikke holdepunkter for at antage, at det udenlandske datterselskab derved bliver fuldt skattepligtigt til Danmark¹²⁰. Dette er da også denne konklusion, man når til i forarbejderne til SEL § 11 for så vidt angår CFC-beskattede selskaber efter SEL § 32. Derfor er det min opfattelse, at konsekvensen heraf er, at fradraget i sambeskatningsindkomsten for renter eller kurstab hidrørende fra et tyndt kapitaliseret udenlandsk selskab næppe kan reduceres¹²¹.

I forbindelse med behandlingen af L 53 (lov nr. 1026 af 23.12. 1998) blev der stillet spørgsmål om hvorledes "udenlandske" i SEL § 11, stk. 1, skal forstås i relation til udenlandske sambeskattede selskaber. Uddybende blev der spurgt om, hvorvidt gæld som et udenlandske sambeskattede selskab har optaget hos et ikke-sambeskattet koncernselskab hjemmehørende i Danmark eller i det land, hvori det udenlandske sambeskattede selskab er hjemmehørende, skal betragtes som gæld til en udenlandsk koncernforbunden part, jf. spørgsmål 9 i bilag 11 til L 53. Ministeren svarede herpå i bilag 11, hvor det hedder:

"...Reglerne finder også anvendelse på udenlandske sambeskattede selskaber. Om dette er tilfældet i den konkrete situation, afhænger dels af, hvem långiver er, dels af om også långiver indgår i sambeskatningen. Således vil et låntagende selskab, der som nævnt i spørgsmålet er hjemmehørende i udlandet og indgår i en dansk sambeskatning, være omfattet af regelsættet, såfremt långiver er et udenlandsk koncernselskab, der ikke indgår i sambeskatningen. Har et udenlandsk sambeskattet selskab som anført i eksemplet derimod optaget lån hos et dansk koncernselskab, anvendes regelsættet ikke. Dette gælder, uanset om den danske långiver indgår i sambeskatningen eller ej, idet der her principielt vil være symmetri mellem den skattemæssige behandling af låntager og långiver, eftersom begge selskabers skattepligtige indkomst opgøres efter danske regler."

120. Jan Pedersen: Transfer pricing- i international skatteretlig belysning, 1998 s. 82 anfører at sambeskatningen indebærer alene en særlig opgørelsesmetode for det danske moderselskab, og konkluderer følgelig, at de udenlandske sambeskattede datterselskaber ikke omfattes af opgørelsen i SEL § 1, stk. 1 og derfor ikke er omfattet af SEL § 11.

121. Jan Pedersen op.cit., finder, at der ikke bør skelnes mellem om der foreligger frivillig eller tvungen sambeskatning, uanset om man når til det ene eller det andet resultat. Forfatteren henviser i denne forbindelse til SEL § 32, stk. 6 til støtte for denne antagelse. Forfatteren henviser faktisk til SEL § 31, stk. 6, men jeg tillader mig at antage, at det var hensigten at henvise til SEL § 32, stk. 6. Det følger af SEL § 32, stk. 6, at de almindelige regler om indkomstopgørelsen for sambeskattede selskaber tillige finder anvendelse for CFC-beskattede selskaber med mindre andet er bestemt. Se herom ligeledes Peter Dyhr i SU 1999.147, der tilslutter sig fortolkningen.

Der findes dog, som nævnt ovenfor, efter min vurdering i Danmark ikke hjemmel til at opfatte udenlandske sambeskattede selskaber som værende omfattet af SEL § 1¹²². Dette forhold synes generelt meget vel at kunne fortjene præcis afklaring fra lovgivers side, eventuelt i forbindelse med en fremtidig sambeskatningslov.

Såfremt skatteministerens opfattelse håndhæves, vil udenlandske sambeskattede selskaber være underlagt kravet om en maksimal debt-to-equity ratio på 4:1. Dette skaber dog formentlig ikke problemer i praksis, idet det moderselskabet oftest har adgang til udenlandsk regnskabsmateriale for datterselskaberne. Dog skal det konkret vurderes, om de enkelte gældsposter hos et sådant selskab, er omfattet af kursgevinstloven, jf. SEL § 11, stk. 2. Dette kan volde visse vanskeligheder. Ligeledes kan værdiansættelse af udenlandske aktiver og passiver volde visse problemer, idet de skal opgøres efter danske regler. Dokumentationspligten påhviler debitorselskabet.

2.2.4 Faste driftssteder

Med vedtagelsen af L 53, ved lov nr. 1026 af 26.12.1998 blev SEL § 11, stk. 5 indføjet.

stk. 5.

Stk. 1-4 gælder tilsvarende for skattepligtige omfattet af § 2, stk. 1, litra a. Ved opgørelsen af gæld og egenkapital efter stk. 2 og 3 indgår alene værdien af aktiver og gæld, der har tilknytning til det faste driftssted.

Herefter er også faste driftssteder omfattet, såfremt de ordinære betingelser for eksistensen heraf er til stede, altså hvis der udøves erhverv fra en lokalitet, der er fast, jf. SEL § 2, stk. 1, litra c og OECD MDBO art. 5. Nedenfor behandles nogle af de særlige problemer, som reglerne om tynd kapitalisering giver anledning til i relation til filialer, herunder primært vedrørende forudsætningen om fradragsret for renter og kurstab.

Filialer/faste driftssteder er ikke selvstændige rets- eller skattesubjekter, hvorfor aftaler mellem filialen og hovedkontoret opfattes som ikke-juridisk bindende selvkontrahering. Filialen i Danmark er blot en del af det udenlandske foretagende.

122. *Niels Josephsen* finder i SU 1999.7, at man dog godt for så vidt angår SEL § 11 kan nå til det resultat, at sambeskattede selskaber er omfattet heraf, når man navnlig henser til, at dette fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen. Selvom noget taler for at indtage et sådant standpunkt, må lovgivning i bemærkningerne i videst muligt omfang undgås. Almindelige retssystematiske betragtninger taler tillige principielt imod dette.

Grundlaget for opgørelsen af et fast driftssteds skattepligtige indkomst er det faste driftssteds indtægter med fradrag af de udgifter, der vedrører filialens drift, jf. SEL § 2 og SEL § 9. I Danmark benyttes i denne forbindelse som udgangspunkt den *direkte metode*, hvorefter det faste driftssted beskattes af de direkte dansk tilknyttede indtægter med fradrag af de hertil hørende udgifter¹²³. Ligeledes er det udgangspunktet, at opgørelsen skal ske ud fra en (begrænset) selvstændighedsfiktion. Kun varekøb, tjenesteydelseskøb, finansudgifter mv. med tilknytning til den danske indkomst kan derfor medregnes hos selve filialen. Flere hovedprincipper for indkomstopgørelsen i filialen kan identificeres¹²⁴. Således er det udgangspunktet, at faste driftssteders skattepligtige resultat som udgangspunkt skal opgøres efter de regler, der gælder ved aktieselskabsbeskatningen. Skattepligten påhviler ikke driftsstedet selv, men derimod den udenlandske hovedvirksomhed, idet driftsstedet ikke udgør et selvstændigt skatteretssubjekt. Der skal indleveres selvangivelse for filialens resultat.

Mange lande pålægger filialer med faste driftssteder begrænset skattepligt af deres erhvervsmæssige indkomst. I relation til indkomstopgørelsen i faste driftssteder medfører den af OECD MDBO art. 7, stk. 2 og 3 udspringende selvstændighedsfiktion, at man skal lade som om det faste driftssted er en selvstændig enhed¹²⁵. Meget taler for, at selvstændighedsfiktionen er begrænset¹²⁶.

Yderligere er en filial karakteriseret ved ikke at være underlagt tilsvarende regnskabskrav som selskaber, hvilket følger af EU's 11. selskabsdirektiv (89/666/EØF) og der stilles ej heller kapitalkrav til filialer, hvilket dog formentlig er modificeret med vedtagelsen af lovforslag L 212 26.5.

123. Den indirekte metode anvendes i dansk skatteret kun i forbindelse med indkomstopgørelsen for udenlandske forsikringsforetagender, der driver forsikringsvirksomhed i Danmark, jf. SEL § 12.

124. Jf. eksempelvis herom *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 2000 s. 144 ff og samme forfatters doktordisputats, Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000 passim og *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1999, s. 109 f

125. Jf. herom *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 2000, s. 144 ff med henvisninger.

126. Jf. *Niels Winther-Sørensen op.cit.*, med en gennemgang af teorierne på området: ubegrænset selvstændighedsfiktion/funktionsnytteteorien og begrænset selvstændighedsfiktion.

2000¹²⁷. Dog gælder der et krav om udarbejdelse af filialregnskab til skattebrug. Endelig kan man ikke sige, at filialer har en egentlig egenkapital, som tilfældet er det for selskaber. Man kan tale om en filials dotationskapital i stedet¹²⁸.

Bemærkningerne til L 53 udtalte følgende om baggrunden for indførelsen af stk. 5:

“...Ved det foreliggende forslag foreslås en udbygning af dette regelsæt, således at dette også kommer til at gælde for faste driftssteder af udenlandske selskaber og foreninger m.v. Derved opnås der neutralitet i relation til den skattemæssige behandling af fradrag for renter og kurstab, der opstår i forbindelse med tynd kapitalisering, uanset om en aktivitet i Danmark drives via et dansk selskab eller via et fast driftssted. Indføres der ikke samme regler for faste driftssteder, som allerede gælder for datterselskaber, vil det kunne føre til omgåelse af reglerne om værn mod tynd kapitalisering ved, at udenlandske koncerner i stigende grad organiserer deres aktiviteter inden for rammerne af faste driftssteder, eventuelt således at aktiviteterne i Danmark alene organiseres gennem udenlandske selskaber, hvis eneste formål er at have et fast driftssted her i landet...”

Det forhold, at faste driftssteder omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a) oprindeligt ikke var medtaget skal formentlig søges forklaret i hovedreglen om begrænsningen af filialers selvstændighedsfiktion, hvorved der ikke er fradragsret for renteudgifter påløbet i interne låneforhold mellem filialen og dennes hovedkontor.

127. I henhold til dette gælder det, at alle der ønsker registrering af en virksomhed, der har fast forretningssted her i landet, og er skattepligtige efter SEL § 1, stk. 1, jf. stk. 6 (det vil sige skattepligtigt grundet ledelsens sæde i Danmark) eller SEL § 2, stk. 1, stille sikkerhed for tilsvarende af afgifter, A-skat, arbejdsmarkedsbidrag, selskabsskat og lønsumsafgift, jf. momslovens § 62 b. Der skal kun stilles sikkerhed i det omfang virksomhedens formue, opgjort efter reglerne i SEL § 14, stk. 2-7 (hvilket ikke inkluderer goodwill), på registreringstidspunktet ikke udgør mindst 125.000 kr. Sikkerheden skal stilles for et beløb svarende til forskellen mellem 125.000 kr. og virksomhedens formue, medmindre virksomheden efter reglerne i momslovens § 62 pålægges at stille sikkerhed for et større beløb. Virksomheden kan ikke registreres, før sikkerhedsstillelseskravet er opfyldt.

128. Jf. for dansk rets vedkommende *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 172 f uddybet med note 388 og samme i *Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted*, 2000, s. 409ff. Se også *Jens Wittenborff* i *SR-skat* 1997, s. 163 f. Standpunktet om anvendelse af begrebet dotationskapital i dansk skatteret lader dog ikke til generelt at have vundet tilslutning, jf. nok *Aage Michelsen* i *R&R* 1993 SM 175.

Grunden til at SEL § 11, stk. 5 rent faktisk blev indført må således søges i det forhold, at der i visse situationer alligevel indrømmes filialer fradragsret. Det må efterfølgende overvejes, hvornår forudsætningen om fradragsret for renteudgifter og kurstab er opfyldt for filialer.

Fradragsret?

Efter dansk og international skattepraksis skal der ikke beregnes renter ved interne lån mellem et foretagendes faste driftssted og hovedkontor, jf. herved eksempelvis TfS 1993.7 H (*Texaco*) og TfS 1996.715 Ø (*Citibank*) og kommentarerne til art. 7 pkt. 18.3 i OECD's modelbeskatningsoverenskomst (1997-versionen). Der er herved ikke nogen rente at fratrække. Dette gælder såvel efter intern dansk ret som ved fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dette følger af, at filialen ud fra en civilretlig anskuelse ikke er udstyret med selvstændig retsevne, idet filialen blot anses for at udgøre en del af hovedvirksomheden.

Det anerkendes i kommentarerne til OECD MDBO art. 7, stk. 3 pkt. 18, at der kan gøre sig særlige forhold gældende i relation til rentebetalinger foretaget af forskellige dele af finansforetagender (eksempelvis banker), se også TfS 1996.715 Ø og TfS 1994.552 LR. Det er blandt andet i sådanne situationer, hvor reglerne om tynd kapitalisering finder anvendelse for filialer¹²⁹.

TfS 1996.715 tilkendegivelse fra Østre Landsret:

En bank i USA havde en filial i Danmark. For at efterleve den danske banklovgivnings regler om størrelsen af filialindskud og egenkapital havde selskabet i USA indskudt kapital i den danske filial, ligesom denne som lån havde modtaget ansvarlig indskudskapital fra selskabets filial på Jersey. Landsskatteretten fandt, at der ikke kunne fradrages rente og kurstab af den tilførte kapital. Der var ikke påvist en sådan sammenhæng mellem selskabets lånekapital og driften på filialen, at der kunne henføres en forholdsmæssig del af selskabets renteudgifter til filialen. For landsretten drejede sagen sig alene om fradragsret for renter og kursreguleringer for lånet fra filialen på Jersey til den danske filial. Landsretten fandt, at der ikke var fradragsret, og tiltrådte således Landsskatterettens afgørelse i det omfang, den var indbragt.

129. Se herom også Skatteministeriets cirkulære nr. 135 af 2.9.1999 om lov nr. 1026 af 23. december 1998 om ændring af forskellige skattelove (International beskatning af udbytter og aktieavance mv.), pkt. 8, hvor udelukkende dette sigte vedrørende banker og lignende filialer nævnes. Se dog *Erik Werlauff* for et formentlig bredere anvendelsesområde, i *Selskabsskatteret*, 1999, s. 394 idet forfatteren snarere vil ændre det gængse syn på konfusionsspørgsmålet ved at lade dette svare til dissensen i *Texaco-dommen*, TfS 1993.7 H.

Se kritisk hertil *Jens Wittendorff* i SR-skat 1997.162 ff, der anfører, at tilkendegivelsen fra Østre Landsret fejlagtigt nægtede driftsstedet fradragsret idet:

- Tilknytningen til den erhvervsmæssige aktivitet og ledelsens hensigt på tidspunktet for kapitaloverførslen tilsagde, at den ansvarlige lånekapital burde behandles som fremmedkapital
- Dansk banklovgivnings kapitalkrav var opfyldt ved overførsel af både egenkapital og fremmedkapital til filialen, hvorfor den ansvarlige lånekapital også i skattemæssig henseende burde behandles som fremmedkapital
- Kriteriet om “egentlige bankforretninger” medfører antageligt også, at den ansvarlige lånekapital burde behandles som fremmedkapital, da der ikke var rejst tvivl om, at låneprovenuet blev anvendt som led i filialens bankforretninger
- Løbetiden for den ansvarlige lånekapital har ingen betydning for rentefradragsretten – forfatteren påviser det fejlagtige i den danske oversættelse af ordet “advances etc.” til “kortvarige lån” i stedet for “lån”
- Formodningsreglen i OECD’s bankrapport medfører, at interne lån til en bankfilial antages at modsvares af eksterne renteudgifter, hvorfor det ikke er nødvendigt at påvise en faktisk sammenhæng mellem en ekstern låneoptagelse og et internt lån.

Niels Winther-Sørensen finder i Skatteretten 3, 2000, s. 175, note 394 dog ikke den fremførte kritik berettiget. Det anføres, at præmissernes henvisning til, at der var tale om et 5-årigt lån, der var anvendt som ansvarlig lånekapital, næppe skal forstås således, at Østre Landsret i sig selv tillagde det afgørende vægt, at der ikke var tale om kortvarige lån. Forfatteren finder, at præmisserne snarere må forstås således, at den særlige undtagelse for interne lån mellem forskellige dele af et finansielt foretagende kun omfatter interne lån med en nær tilknytning til foretagendets indkomstskabende aktivitet og ikke – som her – interne lån der vedrører grundlaget herfor.

Se videre også TfS 1994.552 LR.

TfS 1994.552 LR

Ligningsrådet blev spurgt, om den danske filial af et engelsk finansieringsselskab i en bilkoncern er et finansforetagende (financial enterprise) i overensstemmelse med forståelsen af dette begreb i henhold til kommentarerne til artikel 7 i OECD’s modeloverenskomst, og om der i så fald principielt kan fratrækkes renteudgifter, der betales til det engelske hovedkontor ved opgørelsen af filialens indkomst. Finansieringsselskabet er

hjemmehørende i England og har som formål at yde lån til køb af koncernens motorkøretøjer. Desuden finansierer selskabet leasing af koncernens produkter. I forbindelse med en strukturændring ønskedes alle kreditfunktionerne samlet under finansieringsselskabet med henblik på at få adgang til billigere fremmedfinansiering af kreditaktiviteterne. Banklån udgjorde mere end 75 pct. af finansieringsselskabets kapitalfremskaffelse. Finansieringsselskabet skulle herefter være koncernens bank. Der var i sagen nærmere anført kriterier, vedrørende den konkrete beregning af rente mellem hovedkontoret i England og den danske filial. Ligningsrådet fandt, at opgørelsen af den danske filials indkomst i henhold til selskabs-skattelovens §§ 2 og 9 skal ske i overensstemmelse med dansk og international skattepraksis, herunder OECD's modeloverenskomst med kommentarer, jf. TfS 1993.7 H. Det bemærkedes, at artikel 7 i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med UK i sit indhold ikke afviger fra modeloverenskomsten. I henhold til kommentaren til modeloverenskomstens artikel 7, pkt. 18, anerkendes, at særlige hensyn tages til rentebetalinger foretaget indbyrdes af forskellige dele af et finansforetagende og hidrørende fra kortvarige lån i konsekvens af, at det at yde og modtage kortvarige lån er snævert knyttet til sådanne foretagenders almindelige forretning. På grundlag af det oplyste, fandt Ligningsrådet, at den virksomhed, som selskabet udøver – at modtage lån på engrosbasis og videreudlåne disse – måtte anses for omfattet af begrebet finansforetagende som nævnt i pkt. 18 i kommentaren til artikel 7. I konsekvens heraf ville den danske filial principielt kunne fratrække renteudgifter til hovedkontoret vedrørende videreudlånsvirksomheden. Det blev sluttelig anført, at den konkrete afgørelse af, hvorvidt optagne lån hos hovedkontoret vedrører den danske videreudlånsaktivitet, henhører under de lignende myndigheder.

Ligeledes kan adgangen til rentefradrag (og fradrag for kurstab) aktualiseres hvor filialer optager lån hos hovedkontorets søsterselskaber eller moderselskab. Det fremgår endvidere af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst, art. 7, pkt. 18, at der skal beregnes renter svarende til de faktisk betalte renter, når et hovedkontor optager et lån hos tredjemand og allokerer dette til det faste driftssted. Selvom kommentarerne formentlig havde sigte på den situation, hvor lånet ydes af en uafhængig tredjemand, gælder tilsvarende ved lån fra et andet koncernselskab. I denne forbindelse er det uden betydning, om lånet fysisk overføres til hovedkontoret eller filialen, og om det er hovedkontoret eller filialen, der betaler renterne, jf. artikel 7, stk. 3 i OECD modellen. Afgørende for fradragsretten er, om lånet kan henføres til filialen hvorunder, der vil blive lagt vægt på de almindelige fordelingskriterier (tilknytning til den

erhvervsmæssige aktivitet og ledelsens beslutning på dispositionstidspunktet).

I dansk ret følger dette blandt andet af TfS 1993.7 H (Texaco A/S), hvor et rentefradrag blev anerkendt ved opgørelsen af den danske filials indkomst, selvom långiveren var koncernforbundet med filialens hovedselskab. Sagen drejede sig om det amerikanske selskab Texaco Denmark Inc, som er et datterselskab af Texaco Inc. Selskabet har ikke haft anden aktivitet end gennem sin danske filial at deltage som partner i Danish Underground Consortium (DUC). Finansieringen af aktiviteten skete primært ved overførsler fra hovedkontoret i USA, betegnet som lån. Spørgsmålene der var til prøvelse i sagen var, dels, i hvilket omfang kapitaltilførslen kunne anses som et lån eller som et indskud af egenkapital, dels om lånet kunne anses for anvendt som led i filialens drift. Ultimo 1983 optog filialen, som led i en finansieringsomlægning grundet i skattemyndighedernes nægtelse af fradrag for renter og kurstab, et lån hos det amerikanske moderselskab Texaco Inc. I forbindelse med omlægningen gennemførtes en udlodning til moderselskabet. Dette var grunden til, at skattemyndighederne begrænsede fradragsretten for 1984 og 1985, idet man ikke fandt, at den del af lånet, der var anvendt til udlodning til moderselskabet, kunne anses som værende anvendt som led i filialens drift. Højesterets flertal udtalte, at det må lægges til grund, at det i dansk og international skattepraksis har været fast antaget, at renter af lån mellem et hovedkontor og dets udenlandske filial ikke kan fradrages ved beregningen af filialens skattepligtige fortjeneste. Der fandtes ikke holdepunkter for, at man ved selskabsskatteoven, kulbrinteskatteoven eller den dansk-amerikanske dobbeltbeskatningsoverenskomst har tilsigtet at hjemle fradragsret for sådanne interne renter, og fradragsretten fandtes ikke at være en nødvendig følge af princippet om filialens skatteretlige selvstændighed. På den baggrund tiltrådte Højesteret, at de interne renteudgifter ikke kunne fradrages ved filialens indkomstopgørelse. Renteudgifter efter finansieringsomlægningen ultimo 1983, hvorefter lånet hidrørte fra tredje-mand, kunne i princippet fradrages dog ikke med virkning for tiden før 30.12. 1983. Herudover antog Højesteret ikke, at den omtalte udlodning til moderselskabet kunne bevirke, at lånet i sin helhed ikke vedrørte filialens drift, uanset at en del af lånebeløbet måtte være anvendt til udlodning. Der blev i den forbindelse lagt vægt på den samlede investering i filialen i perioden 1981-1985.

Således er mulighederne opregnet for rentefradragsret hos filialen. Filialen kan i disse situationer blive omfattet af SEL § 11, jf. SEL § 11, stk. 5 forudsætningsvis¹³⁰. Se også TfS 1997.506 H, refereret ovenfor, hvor

skatteyderen havde indrettet sig således, at den belgiske skatteyder der drev virksomhed i Danmark gennem et fast driftssted, stiftede et selskab på Jersey. Selskabet på Jersey ydede et lån til det danske faste driftssted, og Højesteret tillod at renteudgifterne var fradragsberettigede i det faste driftssteds indkomstopgørelse.

Det må derfor antages, at SEL § 11, stk. 5 blev indsat for at hindre udhuling af dansk filialindkomst gennem de skitserede fradragsmuligheder.

Henførsel til filialen

Herefter skal behandles spørgsmålet om henførelsen af renteudgifter, kurstab samt lånet til filialen. Dette er ligeledes en forudsætning for anvendelse af reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11.

Såfremt renteudgifter og/eller kurstab ikke kan henføres til det faste driftssted, vil der ikke være fradrag herfor. Ved opgørelsen af et fast driftssteds finansieringsudgifter skal der formentlig tages udgangspunkt i en allokering af foretagendets gæld. Denne allokering skal ske ud fra de almindelige kriterier for allokeringen af indkomst, nemlig tilknytningen til det faste driftssteds erhvervsmæssige aktivitet og ledelsens hensigt på dispositionstidspunktet. Ved vurderingen af tilknytningen til det faste driftssteds erhvervsmæssige aktivitet er det først og fremmest nærliggende at konstatere, hvorledes gælden er opstået, og herunder hvad lånet er anvendt til¹³¹. Det kan eksempelvis antages, at et lån har tilknytning til et fast driftssteds erhvervsmæssige aktivitet, såfremt køb af aktiver til et fast driftssted finansieres ved optagelse af særskilte lån. På den anden side vil det modsatte formentlig være tilfældet, såfremt der købes aktiver til brug for hovedkontorets erhvervsmæssige aktivitet, hvorved dette ikke kan allokere til det faste driftssted¹³².

130. En streng ordlydsfortolkning medfører nok ikke, at denne situation er omfattet af SKL § 3 B. Dog fremgår det klart, som en forudsætning til SEL § 11, stk. 5, at dette er tilfældet. Se herom også Skatteministeriets cirkulære nr. 135 af 2.9.1999 om lov nr. 1026 af 23. december 1998 om ændring af forskellige skattelove (International beskatning af udbytter og aktieavance mv.), pkt. 8. Se dog *Erik Werlauff* for et formentlig bredere anvendelsesområde, i *Selskabsskatteret*, 1999, s. 394.

131. *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 173 f.

132. *Niels Winther-Sørensen* anfører op.cit., med henvisning til TfS 1993.7 H (Texaco), at der dog formentlig i et vist omfang må gælde en undtagelse herfra i tilfælde af en ændring af foretagendets finansieringsstruktur.

Der opstår i denne forbindelse ofte praktiske vanskeligheder med henblik på at dokumentere, hvorledes forskellige gældsposter er opstået, og herunder hvad foretagendets lån er anvendt til¹³³.

Ved opgørelsen af det faste driftssteds egenkapital og gæld indgår alene værdien af aktiver og gæld, som har tilknytning til det faste driftssted. Dette spørgsmål behandles i detaljer nedenfor under afsnittet om særlige forhold for filialer, del II, afsnit 2.11.

2.3 Gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer

2.3.1 Kontrolleret gæld

Den næste betingelse for anvendelse af reglerne om tynd kapitalisering består efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2, i at debitor, jf. ovenfor, *har gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B, stk. 1 (kontrolleret gæld)*. Hvad gældsbegrebet nærmere indeholder, analyseres nedenfor i afsnit 2.8. Det er naturligvis en forudsætning, at der foreligger et civilretligt retskraftigt gældsforhold.

SKL § 3 B, stk. 1 lyder som følger:

Skattepligtige, der

- 1) kontrolleres af udenlandske fysiske eller juridiske personer eller*
- 2) kontrollerer udenlandske juridiske personer eller*
- 3) er koncernforbundet med en udenlandsk juridisk person eller*
- 4) har fast driftssted beliggende i udlandet eller*
- 5) er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med fast driftssted i Danmark*

skal i selvangivelsen afgive oplysninger om art og omfang af handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med ovennævnte udenlandske fysiske og juridiske personer og faste driftssteder (kontrollerede transaktioner). § 1, stk. 2 finder tilsvarende anvendelse.

Den direkte henvisning til personkredsen i SKL § 3 B, om selvangivelses- og dokumentationspligt vedrørende transfer pricing, giver anledning til en vis sproglig forbistring. En ren sproglig fortolkning af SEL §

133. Det kan anføres, at der på den ene side må kunne stilles krav om, at de henførte gældsposter, ikke samlet overstiger de akkumulerede investeringer og underskud i det faste driftssted. Som anført af *Niels Winther-Sørensen* op.cit., s. 173, kan sådanne gældsposter næppe siges at have noget med driftsstedets erhvervsmæssige aktivitet at gøre og bør derfor ikke accepteres som en del af grundlaget for opgørelsen af driftsstedets indkomst. På den anden side kan der formentlig heller ikke opstilles noget krav om, at det kan påvises, at de gældsposter, som allokeres til driftsstedet, klart er anvendt til at finansiere driftsstedets aktiviteter.

11 i sammenhæng med SKL § 3 B ville medføre, at et dansk debitorselskab blot skulle have gæld til et skattesubjekt, der i øvrigt var omfattet af SKL § 3 B, for at tilfredsstille kriterierne i SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Strengt taget står der ikke noget om en krævet forbindelse mellem debitor og kreditor i øvrigt. Når der henses til formålet med bestemmelsen og bemærkningerne hertil, er der dog næppe tvivl om meningen med bestemmelsen. Således hedder det i bemærkningerne til SEL § 11, stk. 1:

“...Efter nr. 2 finder bestemmelsen anvendelse på et datterselskab, der oppebærer lån fra den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber...”.

En til SEL § 11 foretaget omskrivning af SKL § 3 B medfører derfor, at debitor skal have¹³⁴:

- 1 Gæld til kontrollerende udenlandske juridiske eller fysiske personer
- 2 Gæld til udenlandske juridiske personer, der kontrolleres af det danske debitorselskab
- 3 Gæld til udenlandske juridiske personer, der er koncernforbundet med det danske debitorselskab
- 4 Gæld til udenlandske juridiske personer med fast driftssted i Danmark

Heraf ses at det udelukkende er fundet relevant at henvise til de situationer, der nævnes i SKL § 3 B, stk. 1, nr. 1-3 og 5 da det ikke er meningsgivende at henvise til nr. 4.

Lars Cort Hansen har anført, at henvisningen til SKL § 3 B, stk. 1, nr. 4 er forkert, idet den vedrører danske skattepligtige med faste driftssteder i udlandet. Denne fortolkning må antages at være korrekt, idet der ikke er fradragsret i Danmark for renteudgifter ved et lån fra en udenlandsk filial, idet der er tale om samme enhed.

Henvisningen i SKL § 3 B på kreditorsiden til udenlandske selskaber med faste driftssteder i Danmark er nu også på debitorsiden direkte omfattet af den særlige bestemmelse for faste driftssteder i SEL § 11, stk. 5. Der var altså inden vedtagelsen af SEL § 11, stk. 5 kun hjemmel til kvalifikationen af kreditor når der var tale om faste driftssteder og disses hovedkontorer. Med vedtagelsen af SEL § 11, stk. 5 er der således skabt hjemmel til at omfatte også faste driftssteder af udenlandske selskaber som debitorenheder. Det erindres herved, at SEL § 11, stk. 1 udelukkende vedrører debitorselskaber i henhold til den nærmere opregning i SEL § 1.

Reglerne om tynd kapitalisering finder udelukkende anvendelse på internationale låneforhold, hvor kreditor er udenlandsk, eller nationale og

134. Se også Lars Cort Hansen i TfS 1998.569.

internationale låneforhold, hvor kreditor får stillet en vis sikkerhed fra en udenlandsk kontrollerede part. Dette står i modsætning til den hidtidige retstilstand vedrørende underskudsmedregningsbegrænsningen i sambeskatningsforhold efter sambeskatningsvilkår 2.4.2. For så vidt angår rent interne danske forhold, hvor der kan konstateres tynd kapitalisering, kan der formentlig korrigeres med hjemmel i LL § 16 A eller realitetsgrundsætningen.

En juridisk eller fysisk person anses for udenlandsk, hvis personen er hjemmehørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland, herunder efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Det er uden betydning, om det udenlandske selskab igen er ejet af danske aktionærer. Gæld til et udenlandsk selskab, der er omfattet af en dansk sambeskatning, anses som nævnt ikke efter forarbejderne til L 101 (lov nr. 1026 af 23.11. 1998) for udenlandsk gæld og medfører således, efter denne fortolkning, ingen fradragsbegrænsning. Dog må det antages, at dette alligevel vil være tilfældet, såfremt den ovenfor fremhævede fortolkning skal lægges til grund, hvorved et udenlandsk sambeskattet datterselskab ikke skal anses for dansk.

Om end reglerne navnlig tager sigte på udlån til danske datterselskaber, fremgår det af ordlyden af SEL § 11, at også udlån fra udenlandske datterselskaber til et dansk moderselskab er omfattet, idet SKL § 3 B, stk. 1 omfatter såvel kontrollerende som kontrollerede kreditorenheder. Derfor kan fradragsbegrænsning også komme på tale hvor et dansk moderselskab modtager lån fra udenlandske datterselskaber.

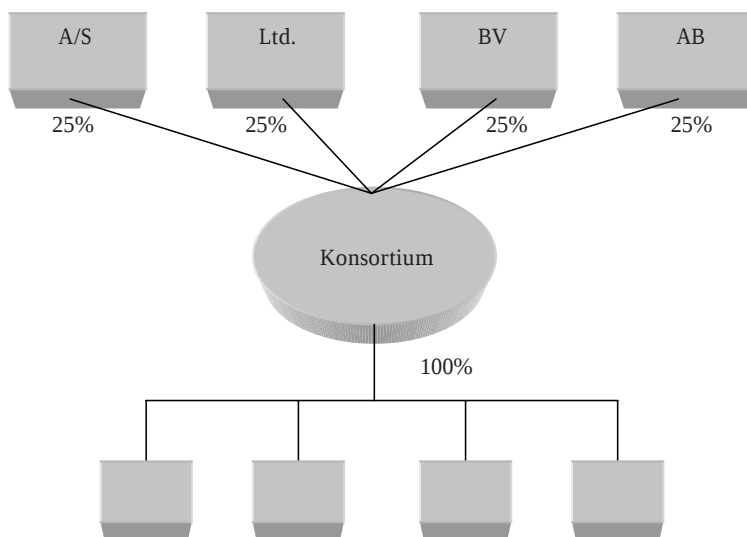
2.3.2 Kvalifikation af kreditor

Den kreds af långivere, der tages sigte på med SEL § 11, stk. 1, nr. 2, er fysiske personer, selskaber, fonde, trusts og dødsboer. Det er uden betydning, om det er den konkrete långiver selv, der har den krævede kontrol med det danske selskab, blot långiver deltager i kontrolkredsen. Det er i denne forbindelse uden betydning, om det udenlandske selskab, der kontrollerer det danske debitorselskab, er ejet af en dansk aktionær. Hertil kommer, at det ydermere er underordnet, om den udenlandske långiver overhovedet har ejerandele i det danske debitorselskab, hvis blot selskaberne er koncernforbundne i den specifikt skatteretlige forstand.

Ved brugen af begrebet “juridisk person” i SEL § 11, stk. 1 kan der selvsagt opstå tvivl om hvorvidt I/S, – eller K/S-lignende enheder skal omfattes af personkredsen i SKL § 3 B, ligesom forskellige typer af konsortiekonstruktioner og firmagrupper kan give anledning til tvivl. Man kan forestille sig en situation, hvor et I/S-lignende konsortium er etableret mellem nogle selvstændige selskaber i forskellige lande, der hver har

en ejerandel på 25%. Konsortiet har hovedsæde i udlandet og selskabs-skatten betales af de enkelte konsortiedeltagere. Herunder findes adskillige 100% ejede underkoncerner som både findes internt i Danmark, men også i udlandet. Det juridiske ejerskab til disse aktier ligger hos konsortiet. I relation til reglerne om tynd kapitalisering må der formentlig indføres en sondring mellem situationer, hvor der er gæld hos et dansk selskab eller danske selskaber i koncernen til konsortiet, eller om der er gæld mellem inden- og udenlandske selskaber i underkoncernerne.

Figur 1: I/S-lignende konsortium



Såfremt der er tale om gæld til den I/S- eller K/S-lignende enhed eller til en firmagruppe som sådan, vil dette formentlig ikke blive opfattet som kontrolleret gæld, idet man ikke uden videre kan klassificere enheden som en juridisk person. Dette sidste afhænger af, i hvilken relation spørgsmålet kommer på tale. Under alle omstændigheder forekommer det hensigtsmæssigt, såfremt der i forbindelse med lovbehandlingen var fremkommet ytringer om en eventuel særskilt skatteretlig forståelse af begrebet "juridisk person". Det er i denne relation uhyre vigtigt at bemærke, at der benyttes et begreb, der end ikke i andre discipliner er endeligt og klart præciseret. Dog bør det være muligt, at definere begrebets kerneindhold, hvilket således kunne give retningslinier til, hvordan begrebet kan benyttes på forskellige områder, herunder skatterettens.

En bindende forhåndsbesked fra Ligningsrådet synes at bekræfte synspunktet om, at der skatteretligt skal udvises forsigtighed vedrørende den

skatteretlige fortolkning af almindelige begreber¹³⁵. En repræsentant for et I/S-lignende foretagende der var næsten identisk med ovenstående figur, stillede et spørgsmål vedrørende fortolkningen af SKL § 3 B og bad Ligningsrådet bekræfte, at (1) grænseoverskridende transaktioner mellem den I/S-lignende konsortieenhed og underkoncernerne samt (2) grænseoverskridende transaktioner mellem underkoncernerne ikke var omfattet af SKL § 3B om oplysningspligt og dokumentationspligt for kontrollerede transaktioner. Told- og Skattestyrelsens indstilling indfører den ovenfor nævnte sondring som i nærværende kontekst er tillempt reglerne om tynd kapitalisering. Told- og Skattestyrelsen bemærkede ad (1), at den mulige hjemmel er SKL § 3 B, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med SKL § 3B, stk. 2, 1. pkt. Det er herefter en betingelse for anvendelse af reglen, at et dansk datterselskab kontrolleres af en udenlandsk fysisk eller juridisk person. Told- og Skattestyrelsen bemærker at:

“...Efter det af revisor oplyste kan det lægges til grund, at konsortiet har status som et interessentskab, der undergives beskatning hos de enkelte deltagere. Interessentskaber er efter dansk skatteret ikke undergivet selvstændig skattepligt. På den baggrund er Told- og Skattestyrelsen enig med revisor og Københavns Kommune, Selskabsbeskatningen, i at der ikke er hjemmel til at anse konsortiet som værende en juridisk person efter SKL § 3 B...”

Idet forhåndsbeskeden forekommer meget generelt formuleret, må det heraf forsigtigt kunne udledes, at gæld fra en dansk debitor til en I/S eller K/S-lignende enhed ikke vil blive opfattet som værende kontrolleret gæld. Det skal dog noteres, at kvalifikationen af kreditorenhedens karakter er konkret, hvorfor det skal kunne dokumenteres, at denne efter dansk ret vil opfylde de normale karakteristika herfor. Lignende betragtninger må formentlig tillige kunne gøres gældende i relation til europæiske økonomiske firmagrupper.

Det må så afgjort bifaldes, at Ligningsrådet med den refererede forhåndsbesked har valgt at respektere det faktum, at der i SKL § 3 B i realiteten er henvist til et civilretligt begreb. Man har afstået fra at foretage en skatteretlig fortolkning af begrebet juridisk person, selvom dette i civilretlig forstand ikke er ganske afklaret (endsige meningsgivende), selv-

135. Se Skat 1999.875 og TfS 1999.976.

om det havde været nærliggende at foretage en bred fortolkning og dermed bidrage til skabelsen af en selvstændig skatteretlig civilret¹³⁶.

Såfremt der er tale om gæld mellem selskaberne mv. i underkoncernerne, må dette modsat blive opfattet som kontrolleret gæld, såfremt dette er grænseoverskridende. Begrundelsen for denne antagelse skal findes i SKL § 3 B, stk. 1, nr. 3 sammenholdt med SKL § 3 B, stk. 2, 2. pkt. Anvendelsen af SKL § 3 B, stk. 1, nr. 3 kræver, at det danske selskab er koncernforbundet med den udenlandske juridiske person, jf. SKL § 3B, stk. 2, 2. pkt. Som det er analyseret nedenfor, skal der herved forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer, jf. KGL § 4, stk. 2¹³⁷. Da det ene kriterium i KGL § 4, stk. 2's kontrolbegreb som bekendt er *ejerskab*, og da konsortiet i ovennævnte eksempel ejer aktierne i de selskaber, der udgør moderselskaberne i underkoncernerne, er der tale om tale om koncernforbundne selskaber i kursgevinstlovens forstand. Underkoncernerne kontrolleres jo netop af samme kreds af aktionærer, idet der ikke efter KGL § 4, stk. 2 stilles krav til den retlige beskaffenhed af en "aktionær". I nævnte bindende forhåndsbesked bemærkes det, at *"....det med sikkerhed [kan] udledes, at udtrykket "kontrollerer" i skattekontrollovens § 3B, stk. 2, 2. pkt., ikke indebærer, at det er en betingelse at en (fysisk eller) juridisk person med status som selvstændigt skattesubjekt direkte eller indirekte skal eje mere end 50% af kapitalen eller besidde mere end 50% af stemmerne i to eller flere selskaber, førend disse selskaber anses for koncernforbundne efter skattekontrollovens § 3B, stk. 1, nr. 3..."*.

I eksemplet ovenfor ville koncernstatueringen også kunne gennemføres, selvom konsortiets ejere var ejere af underkoncernernes moderselskaber i det angivne ejerforhold. Underkoncernerne ville også i denne situation være kontrolleret af den samme kreds af aktionærer, men blot ikke af konsortiet, men nu i stedet af de ultimative ejerselskaber.

Lignende problemstillinger opstår, såfremt debitorselskabet ejer en I/S- eller en K/S-lignende enhed i Danmark eller i udlandet og eventuelt har gæld hertil. Såfremt et dansk debitorselskab har gæld til en udenlandsk I/S eller K/S-lignende enhed i udlandet, vil eventuelle renteindtægter i udlandet blive medregnet hos debitor i Danmark, såfremt der gælder et transparensprincip i udlandet. Herved findes der ikke noget

136. Se om begrebet selvstændig skatteretlig civilret; *Göran Grosskopf* i Festskrift til Kurt Grönfors, 1991, s. 211 ff ("Finns det en särskild skatterättslig civilrätt?"). Det er vel næppe muligt at få afklaret, hvorvidt et interessentskab er en "juridisk person" eller ej. *Thøger Nielsen* anfører stor skepsis overfor brugen af det kunstige begreb "juridiske personer", jf. J. 1961.610 ff.

137. Bemærkningerne til L 84, til lov. nr. 131 af 25.2. 1998, der indførte SKL § 3 B, benytter ordene "...jf. tilsvarende principper i kursgevinstlovens § 4, stk. 2..."

incitament for at placere låntagning hos udenlandske I/S eller K/S-lignende enheder. Skulle dette ikke være tilfældet, ville låneforholdet dog nok ikke blive klassificeret som kontrolleret gæld, jf. ovenfor.

I Danmark sker det ofte, at et selskab ejer et skattemæssigt transparent selskab (K/S, I/S, P/S eller måske EØFG). Der skal ikke foretages en konsolidering i det danske selskab med sådanne enheder. Derimod medregnes renteudgifter i enheden og værdien heraf hos det danske debitorselskab. Man kunne tale om, at der blev foretaget en bruttoopgørelse i sådanne situationer.

Herefter skal der undersøges, hvornår den fornødne kontrol foreligger.

2.3.3 Kontrolkravet¹³⁸

2.3.3.1 Generelt

Det relevante kontrolbegreb i sager om tynd kapitalisering defineres i SKL § 3 B, stk. 2, 1. pkt., jfr. SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Heraf følger:

Ved kontrol forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder som nævnt i selskabsskattelovens § 32, stk. 1, 2. pkt. og 3 pkt., og ligningslovens § 16 H, stk. 1, 2.-5. pkt., dog således at der direkte eller indirekte skal ejes mere end 50% af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50% af stemmerne.

Denne sidste modifikation til kontrolbegrebet i SEL § 32 og LL § 16 H bør have in mente. Der statueres altså kontrol, såfremt der ejes eller rådes over mere end 50%. Som det fremgår nedenfor af SEL § 32, er det efter denne bestemmelse et krav, at der foreligger mindst 25% ejerskab eller stemmeretsrådighed.

SEL § 32, stk. 1, 2.-3. pkt.:

Moderselskabet anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, hvis det direkte eller indirekte ejer mindst 25% af aktiekapitalen i datterselskabet eller direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i datterselskabet. Ved bedømmelsen af, om moderselskabet anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på datterselskabet, medregnes aktier og stemmerettigheder, som indehaves

138. Se herom Cirk. nr. 82 af 29.5.1997, pkt. 7.2.2. samt LV 1999 S. 1.2.3. og Jan Pedersen: Transfer pricing- i international skatteretlig belysning, 1998, s. 62 ff samt Søren Rasmussen i SR-skat 1998.252 og Malene Kerzel: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 49 ff

af koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 1, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truster stiftet af disse.

Efter denne bestemmelse anses et moderselskab således for at kontrollere et datterselskab, såfremt moderselskabet direkte eller indirekte ejer mindst 50% af aktiekapitalen i det pågældende udenlandske datterselskab. Ligeledes fremgår det, at kontrolbetingelsen kan være opfyldt, selvom det ikke er det udenlandske moderselskab selv, der ejer kapitalandelen eller råder over stemmerettighederne. Også koncernforhold hvor der er indskudt et eller flere selskaber mellem moderselskabet og det tyndt kapitaliserede datterselskab vil kunne opfylde kontrolbetingelsen¹³⁹.

Med vedtagelsen af L 118 (lov nr. 487 af 12.6. 1996 om international sambeskatning mv.) blev der gennemført en udvidelse af kontrolbegrebet i SEL § 32 til også at omfatte aktier og stemmerettigheder, som indehaves af koncernforbundne selskaber (herunder søsterselskaber), jf. KGL § 4, stk. 2 (fælles aktionærkreds), af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. LL § 16 H, stk. 1 eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truster stiftet af disse.

Med ordet *indirekte* er det angivet, at aktieandele og stemmerettigheder ejes gennem danske eller udenlandske selskaber mv. også indgår ved vurderingen af, om kontrolkravet er opfyldt.

LL § 16 H, stk. 1 lyder som følger:

Såfremt en skattepligtig omfattet af kildeskattelovens § 1 eller dødsbo-skattelovens § 1, stk. 2., kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på et udenlandsk selskab eller forening m.v. (selskabet), hvis virksomhed i væsentlig grad er af finansiel karakter, og hvis afkast beskattes væsentligt lavere end efter danske regler, medregnes selskabets indkomst opgjort efter danske regler ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Tilsvarende gælder, hvis den skattepligtige i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller trust stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående eller fonde eller truster stiftet af disse kontrollerer eller har væsentlig indflydelse på et udenlandsk selskab som nævnt i 1. pkt. Den skattepligtige anses for at kontrollere eller have væsentlig indflydelse på et sel-

139. Intermediary companies. Struktureringsformen benævnes som x-tier, hvor x udtrykker det mellemliggende selskabs nummer i en række af selskaber.

skab, hvis vedkommende direkte eller indirekte eller i fællesskab med nærtstående ejer mindst 25% af aktiekapitalen i selskabet eller råder over mere end 50% af stemmerne i selskabet. Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer. Stedbarns- og adoptivforhold si-destilles med ægte slægtsskabsforhold.

I kraft af henvisningen i SEL § 32 til denne bestemmelse er det kun aktie- og stemmerettigheder fra personlige aktionærer, som alene eller i fællesskab med de nævnte personer og fonde mv. der skal medregnes ved afgørelsen af kontrolkriteriet. Der sker herved altså en identifikation med nærtstående.

Der sondres som nævnt mellem kontrol på baggrund af stemmer og kontrol på baggrund af aktiebesiddelse. Denne sondring er fastlagt fra administrativ side, og fremgår ikke af hverken SEL § 32 eller LL § 16 H, men er første gang dukket op i Cirk. nr. 82 af 29. maj 1997, om international beskatning, pkt. 7.2.2.1. og 7.2.2.2. samt nu i LV 1999 S.I.2.2. vedrørende transfer pricing¹⁴⁰.

Det fremkommer af ovennævnte retsgrundlag, at de danske regler om tynd kapitalisering (og transfer pricing og CFC-beskatning) statuerer kontrol de jure, altså hvor lovgivningens objektive og stive betingelser er opfyldt. Derimod er der ikke taget hensyn til sådanne situationer, hvor der foreligger de facto kontrol¹⁴¹. Dette gjaldt tidligere efter SEL § 12, hvor der var mulighed for at medtage situationer hvor der forelå de facto kontrol under lovgivningens anvendelsesområde.

Den følgende gennemgang af kontrolbegrebet tager udelukkende sigte på danske debitorselskaber, der er kontrolleret af udenlandske enheder. Som det allerede er bemærket ovenfor, finder reglerne i SEL § 11 ligeledes anvendelse på situationer, hvor et dansk debitorselskab kontrollerer et udenlandsk selskab mv. Det skal bemærkes, at kontroldefinitionen kun yderst sjældent i praksis giver anledning til nævneværdige problemer, idet der typisk er tale om 100% ejerskab i den overvejende del af de omfattede tilfælde.

2.3.3.2 Kontrol på baggrund af ejerandel

Direkte kontrol

Som det er fremhævet, foreligger der kontrol over et udenlandsk datterselskab på baggrund af moderselskabets ejerandel, hvis moderselskabet alene eller i fællesskab med et andet datterselskab ejer mere end 50% af aktiekapitalen i datterselskabet.

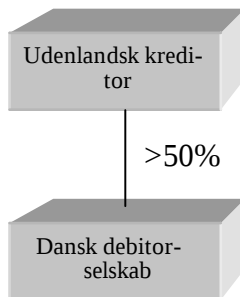
Der skal i denne forbindelse udelukkende tages hensyn til den del af datterselskabets aktier, som det ikke selv besidder. Altså skal der bortses fra datterselskabets egne aktier, da disse i almindelighed betragtes som værende retligt suspenderede.

Hvis ikke moderselskaber ejer hele aktiekapitalen i et datterselskab, der også ejer aktier i debitorselskabet, er det kun den forholdsmæssige del af det andet datterselskabs aktier i debitorselskabet, der svarer til moderselskabets ejerandel i D2, der skal medregnes.

-
140. Jf. herom *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 50 med note 48. Forfatteren finder at der kan være anledning til at kritisere denne sondring idet det forekommer vanskeligt forståeligt hvad der ligger til grund herfor. Det fremhæves, at den anførte sondring ikke fremgår bemærkningerne til SEL § 32 eller bemærkningerne til ændringsforslaget hertil. Forfatteren analyserer, s. 53 om der i givet fald kan antages at eksistere en selskabsretlig begrundelse for sondringen. Idet AL § 49, stk. 2, jf. § 77 foreskriver at bestyrelsen vælges af generalforsamlingen med simpelt stemmeflertal, må det selskabsretligt være afgørende for kontrollen, over de daglige driftsrelaterede beslutninger, hvor stor en procentdel af stemmerne der besiddes, hvorfor der efter forfatterens opfattelse ikke kan antages, at eksistere en selskabsretlig begrundelse for sondringen. Yderligere findes det, at sondringen kan lede til uhensigtsmæssige resultater idet en kontrolkonstatering på baggrund af såvel direkte som indirekte kontrol formentlig er baseret på den opfattelse, at indirekte aktiebesiddelse medfører en form for instruktionsbeføjelse overfor det selskab for hvilket den indirekte besiddelse medregnes. Endelig finder forfatteren, at det i det hele taget kan diskuteres om kontrol skal baseres på baggrund af aktiebesiddelse. Det konkluderes, at sondringen må antages, at være begrundet i nogle hensyn, der relaterer sig til det særlige regelsæt om CFC-beskatning, men at det imidlertid ikke forekommer velbegrundet at opretholde sondringen i forbindelse med afgrænsningen af kontrollerede transaktioner i relation til LL § 2, da korrektionsadgangen derved vil komme til at omfatte transaktioner mellem parter, der reelt ikke har nogen mulighed for at påvirke priser og vilkår. Således hedder det, s. 54, at *“...Afgørende i denne sammenhæng er ikke at fastslå, hvornår det ene selskab kan gennemtvunge beslutninger relateret til den daglige drift i det andet selskab, men i stedet, hvornår der foreligger en så udpræget grad af samhørighed og dermed interessefællesskab mellem selskaberne, at et krav om tvungen sambeskatning forekommer berettiget...”*. Tilsvarende betragtninger må selvsagt kunne gøres i relation til SEL § 11, selvom konstateringen af modsætningen i disse forhold formentlig også kunne kritiseres. Forfatteren konstaterer, at den mest rigtige fremgangsmåde derfor må være, at der ikke foretages en sondring mellem stemmebesiddelse og aktiebesiddelse, men at der i stedet i alle situationer lægges afgørende vægt på, om det pågældende selskab mv. som følge af aktie- eller stemmebesiddelse har mulighed for at påvirke de beslutninger, der træffes i debitorselskab.
141. Der tages ej heller hensyn til muligheden for at opnå kontrollerende ejerindskydelse ved besiddelse af optioner, warrants eller konvertible. Det lader til, at der i økonomisk teori gælder en antagelse om, at sådanne besiddelser medfører en reel mulighed for at udøve kontrol over et selskab.

Denne situation er den mest simple kontrolform på baggrund af ejerskab.

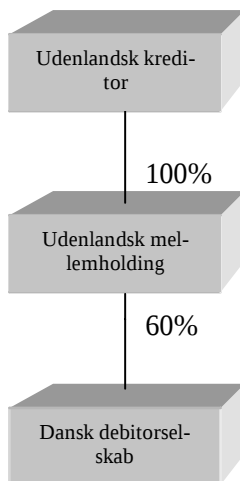
Eksempel 1: Kontrol ved direkte ejerskab



Indirekte kontrol

Situationer med indirekte kontrol kan illustreres som følger:

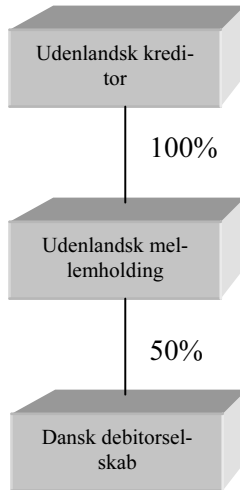
Eksempel 2: Kontrol ved indirekte ejerskab



I den her skitserede situation er debitorselskabet kontrolleret af det udenlandske moderselskab, idet dette kontrollerer debitor med 60% (100% af 60%). Ligeledes kontrolleres debitorselskabet direkte af mellemholdingselskabet. Derimod kontrolleres det danske datterselskab

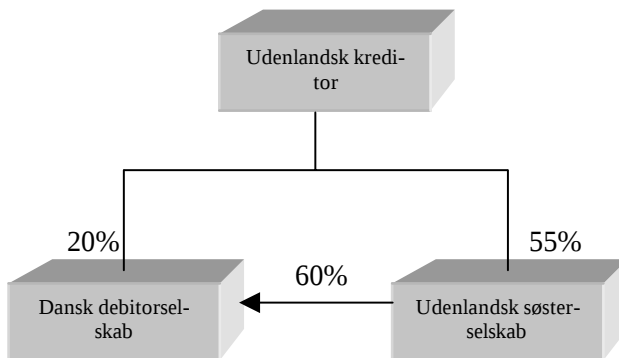
ikke i den følgende situation, idet det indirekte ejerskab samlet beregnes til kun at udgøre 50% (100% af 50%).

Eksempel 3: Ikke kontrol ved indirekte ejerskab



Kontrol på baggrund af direkte og indirekte ejerskab

Eksempel 4: Kontrol på baggrund af direkte og indirekte ejerskab



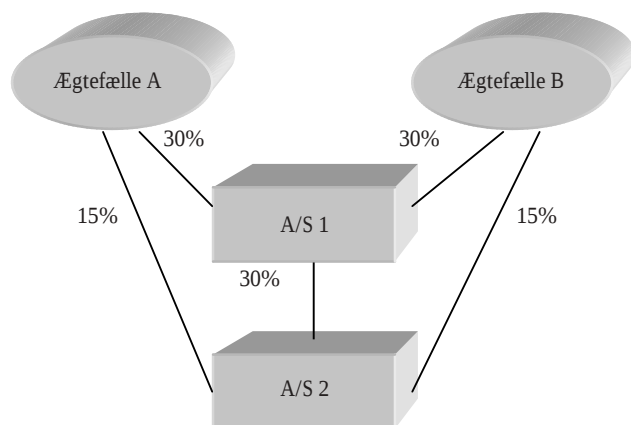
I denne situation vil det udenlandske moderselskab på baggrund af det direkte ejerskab på 20% og det indirekte ejerskab på 33% (55% af 60%) medføre, at moderselskabets ejerskab over debitorselskabet skal opgøres til 53%, hvilket dermed medfører, at kontrolkriteriet er opfyldt. Det

udenlandske søsterselskab vil ligeledes blive anset for at kontrollere det danske debitorselskab på grundlag af det direkte ejerskab på 60%. Endelig vil debitorselskabet og det udenlandske søsterselskab blive anset for at være koncernforbundne i henhold til definitionen i KGL § 4, stk. 2.

Kontrol sammen med nærtstående

Det følgende eksempel viser, hvorledes kontroldefinitionen kan opfyldes af et selskab i forening med ægtefæller, der er aktieejere i selskaberne.

Eksempel 5: Kontrol sammen med nærtstående



I dette eksempel kontrollerer både ægtefælle A og ægtefælle B A/S 1 på baggrund af ejerandele på 60% (30% + 30%). A/S 2 ejes kun med 48% (15% + 15% + 60% af 30%).

2.3.3.3 Kontrol på baggrund af stemmerettigheder

Kontrol på baggrund af stemmeretter foreligger i tilfælde, hvor et moderselskab enten alene, gennem kontrollerede selskaber eller sammen med andre kontrollerede selskaber råder over mere end 50% af stemmerne i det danske debitorselskab. Forskellen mellem kontrolkravet på baggrund af stemmerettigheder og kontrolkravet på baggrund af ejerandel er, at der ved stemmerettigheder skal besiddes mere end den gældende sats således, at moderselskabet reelt behersker datterselskabet. Dette kommer ligledes til udtryk i de situationer, hvor der er indirekte kontrol, idet man herved skal se på, om moderselskabet reelt kontrollerer det andet datterselskab og herved kan bestemme, hvordan dette selskab skal benytte sine stemmerettigheder i debitorselskabet. Når moder-

selskabet råder over 50% eller mindre af stemmerettighederne i et andet datterselskab, skal ingen af det andet datterselskabs stemmerettigheder medregnes ved kontrolbedømmelsen.

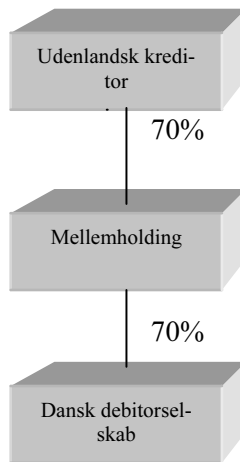
Direkte kontrol

Direkte kontrol på baggrund af stemmerettigheder kan eksemplificeres på samme måde som ovenfor vedrørende kontrol på baggrund af ejerskab.

Indirekte kontrol

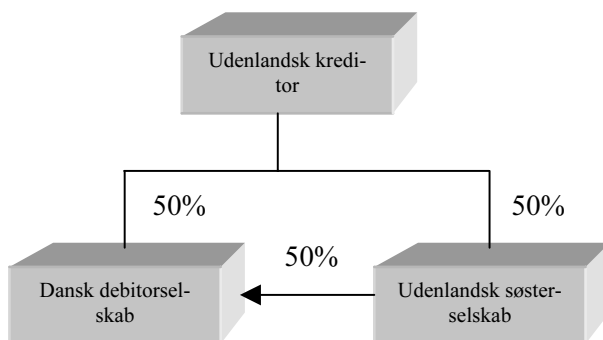
Hvis det udenlandske moderselskab besidder såvel direkte som indirekte stemmeretter, skal begge poster medregnes under iagttagelse af ovenstående bemærkninger om bestemmende indflydelse via dispositionsfrihed over andre stemmerethaveres stemmeretter.

Eksempel 6: Kontrol på baggrund af indirekte stemmerettigheder



I dette tilfælde kontrolleres debitorselskabet, idet samtlige 70% af stemmerettigheder skal medregnes ved vurderingen heraf.

Eksempel 7: Ikke kontrol på baggrund af stemmerettigheder



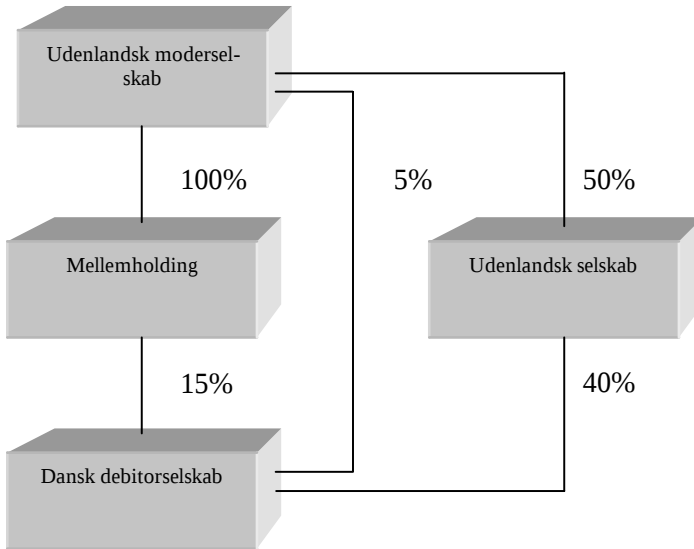
I dette eksempel vil der derimod ikke være tale om kontrol over debitorselskabet, idet der udelukkende direkte og indirekte, rådes over 50% stemmeretter. Det bemærkes herved, at ingen af det udenlandske søsterselskabs stemmeretter medregnes, idet dette selskab ikke selvstændigt kontrolleres af det udenlandske moderselskab, der besidder præcis 50% af stemmerettighederne heri, hvilket ikke er nok i sig selv i relation til kontrolkonstateringen på baggrund af stemmerettigheder.

Ved kontroltesten skal der tages hensyn til eventuelle begrænsninger i andre aktionærernes adgang til at anvende stemmeretterne. En indgået aktionæroverenskomst, der begrænser visse aktionærers stemmeret samt stemmerettigheder knyttet til suspenderede aktier, skal indgå i kontrolvurderingen. Det er således andelen af aktive stemmeretter der er afgørende.

Kontrol på baggrund af direkte og indirekte kontrol

Ovenstående eksempler vedrørende ejerskab kan ligeledes tillempes til at eksemplificere kontrol gennem direkte og indirekte råderet over stemmeretsandele. Blot skal det forhold observeres, at den indirekte kontrol skal være baseret på kontrol over mellemselskaber eller lignende før disses stemmeretter skal medregnes.

Eksempel 8: Ikke kontrol på baggrund af direkte og indirekte stemmeretter

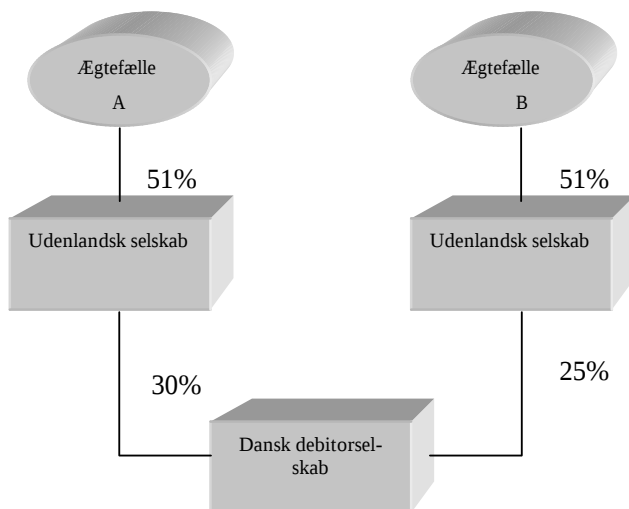


I denne relation vil det udenlandske moderselskab kun blive anset for at kontrollere 20% af debitorselskabet idet der direkte rådes over 15% og 5% af stemmerne i debitorselskaber. Derimod vil aktierne ejet af det udenlandske selskab ikke skulle medregnes, idet der ikke er tale om et koncernforbundet selskab i KGL § 4, stk. 2's forstand, idet det udenlandske moderselskab ikke råder over mere end 50% af stemmerne eller aktierne i det udenlandske selskab. Kontroldefinitionen er følgelig ikke opfyldt. Udfaldet kan ændres ved blot, at ændre aktieejerskabet fra 50% til 51% i det udenlandske selskab. Herved skal samtlige dettes selskabs ejerandele på 40% medregnes, hvorved det udenlandske moderselskab kontrollerer debitorselskabet på baggrund af 60% (15% + 5% + 40%).

Kontrol sammen med nærtstående

Nedenstående eksempel viser hvorledes et dansk debitorselskab eksempelvis kan være kontrolleret af en udenlandsk kreditor sammen med nærtstående.

Eksempel 9: Kontrol sammen med nærtstående på baggrund af stemmerettigheder

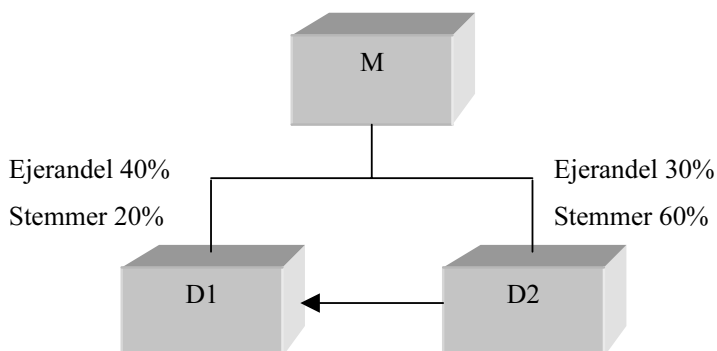


I dette eksempel kontrolleres det danske selskab af begge de udenlandske selskaber og ville derfor, såfremt disse var kreditorselskaber være, omfattet af SEL § 11.

2.3.3.4 Kontrol på baggrund af såvel ejer- som stemmeretsandele?

Det er ikke afklaret om det er muligt, at opfylde kontrollkriteriet på baggrund af såvel ejer- som stemmeretsandele. *Jan Pedersen* gør sig i *Transfer pricing- i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 63 f dog til talsmand for at dette bør kunne være tilfældet. Forfatteren anfører, at såfremt et selskab har forskellige aktieklasser med forskellig stemmевærdi, kan kontrolkravet over et indirekte ejet selskab formentlig opfyldes på grundlag af en samlet opgørelse af såvel ejerandele som stemmeretsandele.

Eksempel 10: Kontrol på baggrund af såvel ejer- som stemmeretsandele?



I dette eksempel kontrollerer M såvel D2 (stemmer 60%) som D1 (direkte ejerandel 40% + indirekte stemmeretsandel 30% = 70%).

Selvom kontrolbetingelsen opfyldes på baggrund af stemmerettigheder, kan det meget vel forestilles praktisk forekommende, at ejerandelen er signifikant mindre end den kontrollerende stemmeret. Den ovenstående fortolkning er dog ikke uden videre acceptabel, idet der ikke direkte i SEL § 32, LL § 16 H eller SKL § 3 B er hjemmel til en sådan opgørelse eller støtte herfor i eksisterende fortolkningsbidrag.

2.3.4 Undgåelse af kontrol- og koncernkonstateringen

Som det er påpeget omfatter kontroldefinitionen ikke alle situationer. Særligt er der ikke taget højde for situationer hvor der foreligger de facto kontrol. Jan Pedersen påpeger, i Transfer pricing- i international skatteretlig belysning, 1998, s. 66, at de materielle transfer pricing regler i international sammenhæng må anses som værende for snævre, og at der da også i forhold til den tidligere retstilstand efter SEL § 12 foreligger en væsentlig indsnævring¹⁴². Det anføres, “...Det er navnlig bemærkelsesværdigt, at der skal foreligge ejer- eller stemmeretsandele, som overstiger 50%. F.eks. vil 50% ejede selskaber ikke være omfattet, selvom der består et utvivlsomt interessefællesskab...”, og senere side 67, “...Det er ligeledes bemærkelsesværdigt, at kontrolkravet alene er opfyldt, når der foreligger en retlig kontrol i form af ejerskab eller stemmeretsbesiddelse. Anden retlig kontrol f.eks. på grund af sammenfald i ledelse og organisation eller faktisk

142. Se eksempelvis hertil Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning, Bind I, 1965, s. 195, Leif Weizman i TfS 1993.114 om kontrolbegrebet i SEL § 12 samt Jan Pedersen i Skatteretten 2, 1995, s. 447 og samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 329 f.

kontrol bestående i kreditorafhængighed, franchiseaftaler, strategisk samarbejde etc. er således ikke tilstrækkelig...”. Heraf ses også, at bestemmelsen i SEL § 11 ikke omfatter konkrete interessefællesskaber.

Efter de gældende regler er det muligt at undgå kontrolstatueringen i sådanne situationer, hvor der mellem to parter oprettes et dansk 50/50 joint venture. Sådanne konstruktioner med de facto kontrol ville tidligere blive opfattet som kontrollerede, jf. herved TfS 1993.236 Ø (*Alfa Holding*).

Ligeledes fritaget fra reglernes anvendelsesområde er selskaber, som ejes af et mindre antal aktionærer, som ikke er nærtstående og som ikke enkeltvis kontrollerer selskabet¹⁴³.

Den objektive udformning af SEL § 11, kan medføre, at visse koncernforhold formentlig ikke vil blive omfattet af konsolideringsreglen, jf. SEL § 11, stk. 4. Der henvises i denne bestemmelse udelukkende til selskaber, der er omfattet af definitionen i KGL § 4, stk. 2. Visse koncernforhold vil derimod være omfattet af SKL § 3 B, men ikke af SEL § 11, stk. 4, jf. KGL § 4, stk. 2: En i udlandet bosiddende fysisk person ejer et tysk GmbH, der ejer et dansk A/S. Den fysiske person stifter en engelsk trust, der stifter et dansk ApS. De to danske selskaber er kontrollerede efter reglen i SKL § 3 B men er formentlig ikke koncernforbundne efter bestemmelsen i KGL § 4, stk. 2, såfremt den fysiske person ikke har bestemmende indflydelse over trusten.

2.3.5 Kontrolbegrebet i international kontekst

I international sammenligning er et krav om 50% ejerskab eller stemmeretsrådighed rimeligt højt sat. Mange lande opererer med en sats på 25%. Internationalt er der også lande, der benytter enkeltsagsafgørelser om, hvorvidt der er tale om kontrol¹⁴⁴ samt generelle regler, der omfatter situationer, hvor der foreligger de facto kontrol.

2.3.6 Koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2

Reglen i SEL § 11 omfatter tillige selskaber, der er koncernforbundet med en juridisk person, jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 2 med henvisning til SKL § 3 B. Grunden til at dette nævnes selvstændigt er, at koncernforbundne selskaber efter reglen i KGL § 4, stk. 2 ikke nødvendigvis vil opfylde kontrolkravet som behandlet ovenfor. Situationen kan dog også være den modsatte, hvor et selskab omfattet af kontroldefinitionen i SKL § 3

143. Herom Søren Rasmussen i SR-skat 1998.254 og Jan Pedersen op.cit., s. 66.

144. Jf. eksempelvis systemet i Schweiz beskrevet af Ruud A. Sommerhalder i ET 1996.82 – Approaches to Thin Capitalization.

B ikke nødvendigvis vil være omfattet af KGL § 4, stk. 2 såfremt der ikke specifikt var henvist hertil.

Af SKL § 3 B, stk. 2, 2. pkt. følger, at der ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer. I bemærkningerne til L 84 (lov nr. 131 af 25.2.1998) der indførte SKL § 3 B følger det, at reglerne også omfatter koncernforbundne selskaber. Det anføres, at der ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer, jf. tilsvarende principperne i KGL § 4, stk. 2.

KGL § 4, stk. 2 lyder som følger¹⁴⁵:

Ved koncernforbundne selskaber forstås

- 1) selskaber og foreninger mv., hvor samme aktionærkreds ved fordringens erhvervelse eller på noget senere tidspunkt direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen i hvert selskab,*
- 2) selskaber og foreninger mv., hvor samme aktionærkreds ved fordringens erhvervelse eller på noget senere tidspunkt direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i hvert selskab,*
- 3) en fond og selskaber, hvori fonden ved fordringens erhvervelse eller på noget senere tidspunkt direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen i hvert, eller*
- 4) en fond og selskaber, hvori fonden ved fordringens erhvervelse eller på noget senere tidspunkt direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i hvert selskab.*

Aktionærer som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 3, anses ved bedømmelsen af aktionærkredsen som en og samme aktionær. Ved opgørelsen af stemmeandele ses bort fra stemmer, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed i aktier.

Som det fremgår indebærer begrebet, at der foreligger et koncernforhold ved fælles beherskelse (de jure- ikke de facto) af mere end 50% af selskabers kapital eller stemmer. Koncernbegrebet er betydeligt videre, end hvad der følger af selskabsretten og en almindelig koncernopfattelse.

Der er ikke indeholdt nogen definition af, hvad der ligger i begrebet "samme aktionærkreds". Formentlig skal kriteriet dog forstås således, at blot en hvilken som helst gruppe af personer, selskaber eller fonde ejer

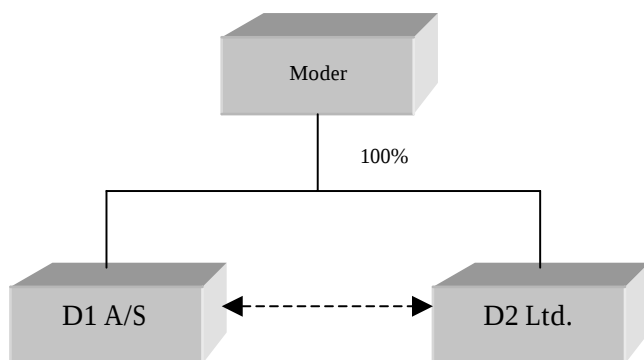
145. Se eksempelvis herom Claus Witt & Bjarne Baymler i R&R 1993/6, s. 28 ff samt Kursgevinstloven med kommentarer af Anders Oreyby Hansen, Jan Børjesson & Henrik Peytz, 1998, s. 54 samt Cirk. nr. 134 af 29.7.1992, pkt. 60-61.

mere end 50% af aktierne i de to selskaber eller råder over mere end 50% af stemmerne, er de to selskaber koncernforbundne efter KGL, stk. 2, uanset om ejerforholdene inden for kredsen kan være forskellige¹⁴⁶.

I LV 1999 S.I.2.3.3. (jf. tidligere det nu ophævede Cirk. nr. 84 af 15.5.1998, pkt. 3.1.1.) anføres følgende eksempel på en koncernforbindelse:

Såfremt et dansk eller udenlandsk moderselskab har to helejede datterselskaber (ejerandelen er 100%) i henholdsvis Danmark og England vil de to datterselskaber være koncernforbundet, jf. også LV 1999 S.I.2.3.3.

Eksempel 11: koncernforbundne selskaber efter KGL § 4, stk. 2



I Cirk. nr. 134 af 29.7.1992 (cirkulære om kursgevinstloven) opregnes følgende eksempler på koncernforbindelse efter bestemmelsen:

- 1) Et selskab A råder over 60% af stemmerne i selskabet B og 45% af stemmerne i selskab C, og selskab B råder over 10% af stemmerne i selskab C. Dette medfører, at såvel selskab A og B som selskab A og C er koncernforbundne.
- 2) Råder selskab A over 49% af stemmerne i henholdsvis selskab B og C, og råder selskab B over 10% af stemmerne i selskab C, er ingen af selskaberne koncernforbundne.
- 3) Råder en person over 51% af stemmerne i selskab A, og råder X's ægtefælle Y over 51% af stemmerne i selskab B, er selskab A og selskab B koncernforbundne.

146. Jf. herom Kursgevinstloven med kommentarer af Anders Oreby Hansen, Jan Børjesen & Henrik Peytz, 1998, s. 55, men anderledes Gitte Skovby, Jytte Hjort & Peter Nølleman: Kursgevinstloven – en lovkommentar, 2000, s. 55. Standpunktet må opretholdes når der henses til formålet med KGL § 4, og den direkte ordlyd af bestemmelsens stk. 2.

Der foreligger ligeledes et koncernforhold i følgende eksempel: Selskab A ejer og råder over 60% af aktierne henholdsvis stemmerne i et selskab D1 og D2. D2 ejer 60% af aktierne og råder over 60% af stemmerne i D3. Herved eksisterer koncernforholdet mellem D1 og D2. Derimod foreligger det krævede koncernforhold ikke mellem D1 og D3 i relation til aktieejersandel, idet A's ejersandel i D3 udgør 36% (60% af 60%). Bedømmes den kontrollerende indflydelse derimod i relation til stemmets andelen, foreligger den krævede kontrol.

Omfattet af koncerndefinitionen er formentlig også sådanne situationer, hvor en fælles aktionærkreds ejer hele aktiekapitalen i to udenlandske selskaber, og hver af disse selskaber videre ejer 50% hver af et dansk selskab. Der er ikke med koncerndefinitionen taget højde for situationer, hvor den fælles ejerskare eksempelvis skyldes, at et eller flere udenlandske selskaber er børsnoterede. Herved kan man næppe tale om en fælles aktionærkreds, der burde være omfattet af koncerndefinitionen.

2.4 Solvenskravet

2.4.1 Generelt

Som den tredje egentlige hovedbetingelse før reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 kan finde anvendelse, indgår der et solvenskrav, jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 3. Herefter er det et krav, at selskabets eller foreningens fremmedkapital(gæld) set i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1. Man taler typisk om en debt-to-equity ratio på 4:1. Af denne betingelse følger, at der skal være en solvensgrad på 20% i selskabet. Solvensgraden beregnes som selskabets samlede gæld $\times$ 100 divideret med selskabets samlede aktiver (eller passiver). Det er væsentligt, at være opmærksom på, at det er den samlede gæld i det danske selskab, der sigtes til. Således er både koncernintern og koncernekstern gæld omfattet af solvensopgørelsen¹⁴⁷.

Et krav om en solvens på 20% medfører i realiteten, at der findes en såkaldt safe harbour for koncernerne, hvorved der ikke kan komme fradragsbeskæring eller omkvalificering på tale, når solvensgraden overstiger 20%. Dog skal det erindres, at bevisbyrden herom påhviler selskaberne, jf. herom infra. Der risikeres således ikke fradragsbegrænsning, såfremt selskabets egenkapital stedse udgør mindst 20%. Er dette tilfæl-

147. I henhold til bemærkningerne til SEL § 11 (L 101) sondres der ikke mellem koncerner, der er fuldt integrerede og mindre integrerede koncerner. Således påvirkes fradragsbegrænsningen ikke af forskellige grader af ejerskab. Bliver fradragsbegrænsningen aktuel, gennemføres denne for renter og kurstab på lån fra udenlandske koncernforbundne selskaber uden hensyn til, om moderselskabet ejer for eksempel 60% eller 100% af debitorselskabet.

det, vil der være fuld fradragsret for renter og kurstab på gælden efter dansk rets almindelige regler herom. Låneforhold mister sin betydning i relation til reglerne om tynd kapitalisering, såfremt solvensminimumskravet er opfyldt. Dette kan naturligvis give anledning til manipulation med opgørelsesgrundlaget. Dog skal det absolutte udgangspunkt haves i erindring, hvorefter det ikke er skattemyndighedernes eller lovgivningsmagtens opgave at belære selskaberne om den rette soliditetsgrad¹⁴⁸. Solvensgraden må bestemmes af selskabets og koncernens forretningsmæssige policy og af dens dygtighed til at geare sine investeringer etc.

De danske regler om tynd kapitalisering hører til den kategori der opstiller objektive regler. Dette kan indebære såvel fordele som ulemper, derved at forudsigeligheden forøges, men at der opereres med firkantede krav til soliditet. Dette sidste opblødes ved den mulighed, der eksisterer for at inddrage forretningsmæssige hensyn ved den konkrete bedømmelse af, hvorvidt der foreligger et tilfælde af tynd kapitalisering, jf. herom i detaljer nedenfor.

I relation til L 101, bemærkede Finansrådet under lovforslagets behandling, jf. bilag 2, at reglerne vedrørende tynd kapitalisering ikke tager hensyn til kapitalforholdene i den finansielle sektor, hvor den krævede solvensprocent er 8, jf. herom nedenfor i afsnit 4 i del II. Hertil bemærkede skatteministeren i bilag 10 til samme lovforslag, at lovforslagets regler om tynd kapitalisering er søgt udformet således, at de indebærer en høj grad af overskuelighed og enkelhed. Det betyder, at der f.eks. ikke er foreslået branchespecifikke krav til forholdet mellem gæld og egenkapital. Yderligere anførte ministeren, at den foreslåede generelle grænse for, hvornår et selskab anses for tyndt kapitaliseret (forholdet mellem gæld og egenkapital 4:1) med den følge, at retten til at fradrage renter og kurstab på koncerninterne lån beskæres, er relativt høj set i international sammenhæng. Ministeren bemærkede, at der i regelsættet både indgår den faste grænse for, hvornår fradragsretten som udgangspunkt beskæres, og en adgang til en konkret vurdering af den enkelte lånesituation. Selv om grænsen er overskredet, har det låntagende selskab således mulighed for at godtgøre, at det pågældende lån er optaget på vilkår, der kunne være opnået på det fri marked mellem uafhængige parter, således at fradragsbeskæringen alligevel ikke bliver aktuel. Om lånet anses for ydet på sådanne vilkår, afhænger af en samlet konkret vurdering af lånet. En række af de forhold, der kan tages hensyn til ved denne vurdering er omtalt i bemærkningerne til lovforslaget. Skatteministeren henviste også i denne forbindelse især til forslagens bemærkninger (side 11, 2. spalte) om, at der ved vurderingen af, om et lån kunne

148. Jf. herved Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 1999, s. 391.

været opnået hos en uafhængig part, kan henses til soliditetsgraden i den pågældende branche. Det fremgår yderligere af bemærkningerne, at hvis forholdet mellem gæld og egenkapital ikke afviger fra den gennemsnitlige soliditetsgrad i branchen, vil dette normalt indicere, at lånet kunne være ydet af en uafhængig part. Selv om der således ikke er foreslået særregler for finanssektoren eller andre brancher, er der i forslaget taget højde for, at kapitalforhold i de enkelte brancher er et hensyn, der kan indgå i den konkrete vurdering af, om der skal ske en beskæring af fradragsretten for renter og kurstab på koncerninterne lån. Sluttelig tilføjede ministeren, at der heller ikke i andre lande, der har indført lovregler om tynd kapitalisering, almindeligvis forekommer specifikke regler for enkeltbrancher.

2.4.2 Hvert enkelt indkomstårs udløb

Forholdet mellem gæld og egenkapital i debitorselskabet skal opgøres ultimo hvert indkomstår, jf. SEL § 11, stk. 1, nr. 3 in fine.

Som en konsekvens heraf kan blandt andet (kortfristede) lån ydet sidst på året få stor betydning på, om der foretages fradragsbegrænsning eller ej. Dette fremkommer ved følgende eksempel¹⁴⁹:

Eksempel i DKK

Egenkapital	1.000.000
Langfristet koncerninternt lån	4.000.000
Årlig renteudgift (8%)	320.000
Kortfristet (1 måned) koncerninternt lån	1.200.000
Rente (5% i 1 måned)	5.000

Fradragsbegrænsningsbeløb¹⁵⁰:

$$\frac{(5.200.000 - (4 \times 1.000.000)) \times 325.000}{5.200.000} = 75.000 \text{ DKK}$$

Heraf ses det, at en yderligere koncernintern renteudgift på DKK 5.000 medfører en fradragsbegrænsning på 75.000 DKK.

149. Jf. *Niels Josephsen* i SU 1999.7 og *Detlev Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International: International aspects of Thin Capitalization*, 1996, Vol. 82b, s. 107.

150. Se nedenfor i afsnit 2.5.4. for en generel præsentation af fradragsbegrænsningsformlen.

Er indkomstårene ikke sammenfaldende for flere omfattede koncernselskaber, må den samlede opgørelse efter SEL § 11, stk. 4 (konsolideringsreglen) foretages ved hvert enkelt indkomstårs udløb.

I bilag 3 til L 53 spørgsmål 5 blev der spurgt om følgende:

“Pr. hvilken dato skal afgørelsen af, om flere danske koncernforbundne selskaber og filialer er tyndt kapitaliserede, jf. SEL § 11, foretages i de tilfælde, hvor de danske selskaber og hovedkontoret til filialen ikke har samme regnskabsår, jf. SEL § 11, stk. 5?”¹⁵¹

Skatteministeren svarende hertil i bilag 11, at det afgørende tidspunkt i relation til reglerne i SEL § 11 i alle tilfælde er indkomstårets udløb. Forholdet mellem et selskabs gæld og egenkapital opgøres således også ved udløbet af indkomståret. Er der tale om flere koncernforbundne selskaber, skal forholdet mellem gæld og egenkapital opgøres samlet ved udløbet af indkomståret for hvert enkelt selskab, hvor fradragsbegrænsning kan komme på tale. Er indkomstårene ikke sammenfaldende, må den samlede opgørelse foretages ved hvert enkelt indkomstårs udløb.

I bilag 15 spørgsmål 4 til L 53 blev skatteministeren i denne forbindelse anmodet om at bekræfte, at selv om der for koncernforbundne selskaber og faste driftssteder, hvis indkomstår (regnskabsår) ikke udløber samtidigt, skal foretages en samlet opgørelse af fradragsbegrænsningen ved hvert enkelt indkomstårs udløb, så får hvert enkelt opgjorte fradragsbegrænsning alene skattemæssig betydning for de selskaber, hvis indkomstår udløber på opgørelsestidspunktet¹⁵².

I bilag 19 svarede skatteministeren herpå. Således anførtes det, at hvor der er tale om koncernforbundne selskaber, hvor indkomstårene ikke er sammenfaldende, skal den samlede opgørelse af forholdet mellem gæld og egenkapital som anført svaret på spm. 5 i ovennævnte henvendelse foretages ved hvert enkelt indkomstårs udløb. Ministeren kunne således vedrørende spørgsmål 4 bekræfte, at den opgjorte fradragsbegrænsning på et givet tidspunkt kun har betydning for de selskaber, hvis indkomstår udløber på dette tidspunkt.

151. Dette blev uddybet med, at ifølge den foreslåede bestemmelse i SEL § 11, stk. 5 gælder stk. 1-4 også for faste driftssteder. Ifølge stk. 4 finder stk. 1-3 anvendelse på alle danske koncernforbundne selskaber under ét. Det er imidlertid ikke givet, at alle selskaber og filialer har samme regnskabsår. Da opgørelsen af forholdet mellem gæld og egenkapital alene skal foretages ultimo indkomståret, jf. stk. 1, er det af betydning at få fastslået pr. hvilken dato opgørelsen skal finde sted i de tilfælde, hvor der er flere koncernforbundne selskaber, der ikke har samme regnskabsår, og hvis der er et eller flere koncernforbundne selskaber og en filial i Danmark af et koncernforbundet selskab, eller hvis moderselskab ikke har samme regnskabsår som det eller de danske koncernforbundne selskaber.

Det er ligeledes i forbindelse med behandlingen af L 101 blevet afklaret om, det alene er forholdet mellem gælden og egenkapitalen ved indkomstårets udløb, der er afgørende for, om der sker fradragsbegrænsning. Uanset fluktuation i datterselskabets gæld sammenlignet med egenkapitalen i løbet af indkomståret¹⁵³. Skatteministeren svarede hertil, at egenkapitalen efter SEL § 11, stk. 3 opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af aktiver med fradrag af gæld. Reglen indeholder dog en bestemmelse om, at egenkapital, der er indskudt af den udenlandske ejerkreds, kun medregnes i det omfang, den forbliver i selskabet i mindst to år. Hensigten hermed er at modvirke, at den udenlandske ejerkreds – for at få forholdet mellem gæld og egenkapital ned på eller under 4:1 – umiddelbart før udløbet af datterselskabets indkomstår indskyder egenkapital, som hjemtages primo det følgende indkomstår. Denne besvarelse må antages at være bekræftende, således at det udelukkende er forholdet mellem gæld og egenkapital ved indkomstårets udløb, der er afgørende ved vurdering af, om der skal ske fradragsbeskæring.

2.4.3 Solvenskravet i international kontekst

I international kontekst befinder det danske solvenskrav sig i den lempeelige ende. Typisk befinder debt-to-equity ratios sig mellem 1:1 og 9:1, og der findes talrige varianter heraf. Følgende skema viser i oversigtsform, hvilke ratios der typisk benyttes i de OECD-lande, der har indgrebsmuligheder overfor tynd kapitalisering¹⁵⁴. Der skal naturligvis her-

152. Dette spørgsmål blev uddybet med, at Skatteministeren i L 53, bilag 11 til spm. 5 havde udtalt, at for koncernforbundne selskaber og faste driftssteder, hvis indkomstår ikke er sammenfaldende, må den samlede opgørelse foretages ved hvert enkelt indkomstårs udløb. Denne udtalelse betyder efter forespørgerens opfattelse, at det alene er det selskab eller de selskaber, hvis indkomstår udløber på det pågældende tidspunkt, hvor fradragsbegrænsningen opgøres, der kan blive omfattet af en fradragsbegrænsning, mens de øvrige koncernforbundne selskaber og faste driftssteder blot indgår ved opgørelsen og fordelingen af fradragsbegrænsningen. Selve fradragsbegrænsningen opgøres og fordeles således beregningsteknisk på normal vis mellem alle koncernforbundne selskaber og faste driftssteder, men det vil alene være det selskab eller de selskaber, hvis indkomstår udløber på opgørelsestidspunktet, som beregningen har betydning for. I modsat fald finder forespørgeren, at det enkelte selskab i koncernen skulle sammenlægge de indtil flere gange på et år opgjorte fradragsbegrænsninger, hvilket ikke kan antages at være i overensstemmelse med ordlyden af SEL § 11, stk. 4 og reglernes formål.

153. Jf. herved spørgsmål 4 fra BDO SKAT i bilag 7.

154. Se *Lars Cort Hansen* i SU 1998.236, *Ruud A. Sommerhalder* i ET 1996.82 og *Detlev J. Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, International aspects of thin capitalization, 1996, Vol. 82b, s. 106 hvoraf sidstnævnte konstaterer, at forholdet 3:1 mellem gæld og egenkapital er det mest udbredte.

ved tages det forbehold for sammenligningen, at der i de enkelte lande benyttes forskellige opgørelsesmetoder.

Australien	2:1: Generelt 6:1: For “financial institutions”
Belgien	1:1: F.s.v.a. omkvalificering 7:1: F.s.v.a. rentefradragsbegrænsning
Canada	3:1
Danmark	4:1
Frankrig	1,5:1
Japan	3:1
Korea	3:1: Generelt 6:1: “financial industries”
New Zealand	110% i forhold til den øvrige del af koncernen, se nedenfor
Polen	3:1
Portugal	2:1
Schweiz	Varierer fra kanton til kanton. Normalt mellem 2:1 og 6:1
Spanien	3:1
Storbritannien	1:1
Tjekkiet	4:1: Generelt 6:1: For banker og forsikringselskaber
Tyskland ^a	0,5:1: Driftsafhængige lån 3:1: Driftsuafhængige lån 9:1: Driftsuafhængige lån (holdingselskaber)
Ungarn	4:1: Generelt (banker og forsikringselskaber undtaget)
USA	3:1: Generelt
	1,5:1: Earnings stripping rules

a. Med vedtagelsen af den tyske skattereform bliver dette ændret til 1,5:1 og 3:1 for holdingselskaber.

Der findes dog også regler om tynd kapitalisering i andre lande. Senest er der begyndt at dukke regler op i Sydamerika, hvor der ellers tidligere ikke blev foretaget skattemæssige begrænsninger i selskabers adgang til frit at vælge finansieringsform¹⁵⁵.

155. Argentina har således indført regler i 1998 med et krav om debt:equity på 2,5:1. Det vurderes at Brasilien snart følger efter. Se herom *Mario de Castro, Manuel Di-skenstein, John Mascaro & Romero Tavaró*: Argentina leads on thin capitalization, *International Tax Review*, march 2000, s. 41 ff.

2.5 Sanktionen – fradragsbegrænsning

2.5.1 Indledning

Retsfølgen af, at danske debitorselskaber har en solvensgrad under de påbudte 20% er, at fradragsretten for renter og kurstab vedrørende den kontrollerede gæld kirurgisk skæres bort. Dette følger af SEL § 11, stk. 1, hvoraf det under kumulativ opfyldelse af de ovenfor nævnte kriterier fremkommer, at renteudgifter og kurstab, der vedrører den kontrollerede gæld ikke kan fradrages. Fradragsbegrænsningen gælder fuldt ud for de omfattede selskaber uanset, hvilken grad af kontrol der udøves over debitorselskabet¹⁵⁶.

2.5.2 Kurstab

Ved også at inkludere kurstab kan visse rentetyper der ikke omfattes af skatterettens snævre rentebegreb blive omfattet af SEL § 11¹⁵⁷. Ligeledes kan medtagelse af kurstab under fradragsbegrænsningsreglen formentlig begrundes med det forhold, at man vil skabe neutralitet for debitorselskaberne alt efter, om disse har rentebetalinger eller kurstab, eksempelvis i form af påtagelse af en uforrentet gældsbyrde udbetalt til for eksempel kurs 95, som skal indfries efter en periode til kurs 100¹⁵⁸.

Kurstab kan dog fradrages i kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår, jf. SEL § 11, stk. 1, 2. pkt. Skatteministeren har i forbindelse med behandlingen af L 53 som svar på spørgsmål 8 i bilag 11 udtalt, at hvis fradragsbegrænsningen er mindre end de samlede renteudgifter og kurstab kan et selskab eller et fast driftssted vælge at lade fradragsbegrænsningen omfatte kurstabet, således at renteudgiften fratrækkes¹⁵⁹. Dermed bevares muligheden for at modregne kurstabet i en eventuel kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår¹⁶⁰. For kurstab, der ikke senere kan modregnes, fortabes fradragsretten endeligt. Herved ses det også, at der er forskel på, om der er tale om renteudgifter eller kurstab, idet renteudgiften tabes endeligt.

Det er ikke afklaret, om der frit kan foretages en fordeling af renteudgifter og kurstab mellem danske koncernforbundne selskaber, der skal opgøre fradragsbegrænsningen samlet.

156. I modsætning hertil medregnes, som bekendt for CFC-selskaber efter SEL § 32, kun den til ejerandelen svarende del af de finansielle indtægter til den danske skattepligtige CFC-indkomst.

157. Hertil sigtes eksempelvis til "overskudsafhængige" renter, der som hovedregel ikke anses for en renteudgift men et kurstab. Se hertil TfS 1998.77 LR kommenteret af *Sven Erik Holm* i R&R 1998 SM 85.

158. Dette er typisk situationen ved de såkaldte commercial papers, hvor den uforrentede gældsbyrde påtages i form af gældsbreve eller obligationer med 0-rente.

2.5.3 Ikke omkvalifikation

Det blev i bemærkningerne til L 101 fremhævet, at der ikke foretages en egentlig omkvalifikation af renteudgifter til udbytte, hvorfor der ikke skal indeholdes kildeskat på udbytte omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra C eller KSL § 2, stk. 1, litra f. Det vil kun være i sjældne tilfælde, at der efter den nuværende formulering af SEL § 2, stk. 1, litra C (indført med lov nr. 1026 af 23.11. 1998 – L 53) vil blive opkrævet dansk udbyttekildeskat. Videre anførtes i bemærkningerne, at da der ikke er begrænset skattepligt på renter betalt til udenlandske selskaber mv. og kun i meget begrænset omfang for så vidt angår udenlandske personer, vil hele rentebetalingen kunne udbetales – uden indeholdelse af udbyttekildeskat til udenlandske aktionærer. Også i relation til de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster vil rentebetalingerne blive opfattet som rente og ikke som udbytte, se hertil også LV 1999 S.I.3.4., s. 454.

Det må antages, at der med dette karakteristikum ved SEL § 11 i forhold til tidligere tiders uafklarede retstilstand i et vist omfang er tale om en principielt ændret holdning til tynd kapitaliserings problematikken, hvor omkvalificering blev overvejet¹⁶¹.

159. Spørgsmålet lød: “...I tilfælde, hvor et selskab eller fast driftssted både har renteudgifter og kurstab, der ikke er fradragsberettigede efter selskabsskattelovens § 11, ønskes det bekræftet, at selskabet henholdsvis det faste driftssted selv kan vælge, om det er renteudgifterne eller kurstabet, der er fradragsberettigede...”. Dette spørgsmål blev af forespørgeren uddybet med et eksempel. Renteudgifter 100, kurstab 100 i alt 200. Ikke fradragsberettigede renteudgifter og kurstab, jf. SEL § 11: 100. Da SEL § 11 ikke indeholder særlige bestemmelser om, hvorledes de ikke fradragsberettigede renteudgifter og kurstab på 100 skal fordeles på renteudgifter henholdsvis kurstab, må det være op til det enkelte selskab eller faste driftssted selv at vælge, hvorledes de ikke fradragsberettigede beløb skal fordeles mellem renteudgifter og kurstab. I eksemplet kan selskabet således vælge fuldt ud at fratrække renteudgifterne. Det ikke-fradragsberettigede kurstab på 100 kan herefter modregnes i kursgevinster på samme lån i fremtidige år, jf. SEL § 11, stk. 1. Som nævnt svarede Skatteministeren i bilag 11 på spørgsmålet. Således hed det: “...I eksemplet i spørgsmålet nævnes et tilfælde, hvor der er tale om renteudgifter på 100 og kurstab på 100, og hvor fradragsbegrænsningen udgør 100. I et sådant tilfælde, hvor fradragsbegrænsningen udgør et beløb, der er mindre end de samlede renteudgifter og kurstab, kan det pågældende selskab eller faste driftssted vælge at lade fradragsbegrænsningen omfatte kurstabet, således at renteudgifterne fratrækkes. Derved bevares også muligheden for at modregne kurstabet i en eventuel kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår. For kurstab, der ikke senere kan modregnes, fortabes fradragsretten endeligt...”.

160. Dette udsagn følger af bestemmelsen i SEL § 11, stk. 1, 2. pkt. Denne regel udgør en indskrænkning af den almindelige tabsfremførselsret, der ikke er begrænset til modregning i fremtidige gevinster på samme lån, jf. udgangspunktet i LL § 15.

161. Jf. herved Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 81.

2.5.4 Fradragsbegrænsningen

Herefter følger en generel beskrivelse af selve fradragsbegrænsningen i henhold til SEL § 11. Det er i den forbindelse vigtigt at hæfte sig ved ordlyden af SEL § 11, idet det fremgår, at fradragsbeskæringen eller afskæringen er maksimeret til den del af gælden, der overstiger den maksimalt tilladte gæld. Yderligere fremgår det af bestemmelsens ordlyd, at begrænsningen er maksimeret til renter og kurstab vedrørende den overskydende del af den *kontrollerede gæld*.

Det fremgår af bemærkningerne til L 101, at det på baggrund af forholdet mellem gæld og egenkapital skal afgøres ved udløbet af hvert indkomstår, hvorvidt der er fradragsret for renter og kurstab på koncernintern gæld. Er forholdet mellem gæld og egenkapital ved indkomstårets udløb lig med eller mindre end 4:1, er der fuld fradragsret for renter og kurstab på gælden efter almindelige regler. Låneforhold eller lånevilkår er i så fald uden interesse efter reglerne om tynd kapitalisering. Overstiger datterselskabets gæld ved indkomstårets udløb derimod $4 \times$ egenkapitalen, er konsekvensen som udgangspunkt, at fradragsretten på koncerninterne lån afskæres eller begrænses, dog kun for så vidt angår den overskydende del af gælden. Det anføres videre i bemærkningerne til L 101, at fradragsbegrænsning aldrig kan komme på tale for lån, der ligger inden for grænsen for gælden på 80%. Dette standpunkt stemmer dog ikke ganske overens med den praktiske anvendelse af bestemmelsen. Som nævnt opgøres det ved hvert indkomstårs udløb, om forholdet mellem gæld og egenkapital i det enkelte år ligger inden for 4:1. Fradragsretten består således i år, hvor forholdet ligger under 4:1, mens der foretages beskæring i år, hvor forholdet er større end 4:1.

Fradragsbegrænsningen sker både i låneåret og i senere indkomstår, hvor forholdet mellem gæld og egenkapital overstiger forholdet 4:1. Gælden og egenkapitalen, der skal indgå ved beregningen af fradragsbeskæringen i et senere indkomstår, er den gæld og egenkapital der kan konstateres tilstedeværende ved udløbet af det pågældende indkomstår. Renteudgifter og kurstab der skal medgå i beregningen er de *faktiske renteudgifter og kurstab i det pågældende indkomstår*. Det skal således vurderes hvert år om der er grundlag for at beskære fradragsretten¹⁶².

Faktiske renteudgifter må herved antageligvis skulle forstås i overensstemmelse med almindelige principper om renteudgifternes betaling. Således følger det af LL § 5, stk. 1, at renteudgifter fradrages i det indkomstår, hvori de forfalder til betaling (forfaldsprincippet). Heraf må

162. Som det påpeges af Lars Cort Hansen i TfS 1998.569, indeholder bemærkningerne ikke nogen nærmere afgrænsning af, hvad der skal forstås ved faktiske renteudgifter og kurstab.

det i relation til SEL § 11 følge, at de renteudgifter der forfalder til betaling i den givne indkomstår kan undergives fradragsbeskæring efter SEL § 11. Dette udgangspunkt fraviges i en række situationer, idet der findes særlige regler om periodisering i LL § 5, stk. 2.-9. Såfremt der fikseres en renteudgift hos debitorselskabet må denne medregnes i det år, hvori forhøjelsen finder sted.

Der er ej heller taget stilling til, hvornår der anses at foreligge et *faktisk kurstab*. Der er således heller ikke taget stilling til, hvorvidt det har betydning for opgørelsen af det faktiske kurstab, om selskabet anvender realisations- eller lagerprincippet. Det er min vurdering, at tab der medregnes efter begge opgørelsesmetoder må indgå i fradragsbegrænsningen, hvorved det altså er de almindelige opgørelsesprincipper der finder anvendelse.

Det må lægges til grund, at kurstab vedrørende gæld og fordringer udgør sådanne tab, der ikke kan anses som en renteudgift. Begrebet kurstab indikerer tab på gæld, der som udgangspunkt foreligger, hvor en gæld indfries med et beløb, der overstiger det oprindelige lånebeløb.

Det antages, at det er relevant særskilt at indføre regler om fradragsbegrænsning ved tab på fordringer som følge af tynd kapitalisering ud over den særlige koncernregel i KGL § 4, stk. 2, idet denne sidstnævnte regel vedrører behandlingen af kreditors kurstab (ikke debtors) og ligeledes ikke finder anvendelse i sådanne tilfælde, hvor kreditor ikke er dansk eller et udenlandsk sambeskattet selskab.¹⁶³ I forbindelse med tabsfradrag efter KGL § 6 findes der ikke nogen særlig koncernregel.

2.5.4.1 Fradragsbegrænsningsformlen

Fradragsbeskæringen fremkommer ved at opgøre den del af de samlede renteudgifter og kurstab, der svarer til forholdet mellem den del af gælden, der overstiger 4 gange egenkapitalen og den samlede gæld.

Dette kan udtrykkes ved følgende formel, jf. bemærkningerne til L 101¹⁶⁴;

$$\text{Fradragsbeskæring} = \frac{(\text{samlet gæld} - (4 \times \text{egenkapital})) \times (\text{samlede renter og kurstab})}{\text{samlet gæld}}$$

Det er praktisk hensigtsmæssigt at beregne den overskydende gæld, og herefter undersøge, hvor stor en del af renteudgifter- eller kurstab der begrænses. Er der tale om såvel kontrollerede lån som ikke-kontrollerede lån, kommer der alene begrænsning på tale vedrørende den kontrollerede gæld, jf. bemærkningerne til SEL § 11.

Det følgende simple eksempel viser reglernes anvendelse i den situation, hvor der i koncernen udelukkende er én enhed i Danmark. Som finansielle oplysninger der ligger til grund for opgørelsen, må man ofte tage til takke med tilgængeligt regnskabsmateriale, selvom dette ikke udtrykker de aktuelle talstørrelser. Eventuelle senere korrektioner må i sådanne tilfælde foretages med henblik på at tilvejebringe det korrekte billede af det danske debitorselskabs finansiering.

Eksempel 8: Ét dansk debitorselskab eller filial af udenlandsk selskab

Finansielle oplysninger	kr.
Aktiver	1.000
Total gæld	900
Skattemæssig egenkapital	100
Kontrolleret gæld	600
Anden gæld	300
Renteudgifter	90

163. “Koncernreglen” har som sit hovedindhold, at tab på koncernfordringer ikke kan fradrages. Begrundelsen for bestemmelsen er, at det uden tabsfradragsbegrænsningen ville være muligt for koncernforbundne selskaber at opnå fradrag for tab på anlægsinvesteringer ved at lade et selskab i koncernen lånefinansiere et andet koncernselskabs anlægsinvesteringer. Derudover skal begrænsningen forhindre dobbeltfradrag i sambeskattede selskaber, dels ved at overføre underskuddet, og dels ved at fradrage tabet på fordringen. Betingelsen for tabsfradragsbegrænsningens indtrædelse er, at der skal foreligge et *koncernforhold*, som dette er selvstændigt defineret i KGL § 4, stk. 2. *Flere undtagelser* kan identificeres til koncernreglen. For det første fremgår det af § 4, stk. 1, 2. pkt., at der altid er fradrag for valutakurstab. For det andet fremgår det af § 4, stk. 5, at banker mv. der midlertidigt overtager styringen (gennem pant mv.) over selskaber grundet nødlidende kreditforhold ikke udgør koncernforhold. Denne regel kunne kaldes “*bankreglen*”. Af samme bestemmelse fremgår det, at banker mv.’s medvirken til omstruktureringer ej heller skal anses som et koncernforhold i lovens forstand. Denne regel kunne kaldes “*re-konstruktionsreglen*”. Yderligere er vederlagsnæringsfordringer fritaget efter § 4, stk. 3. Vederlagsnæringsfordringer er her forstået som fordringer erhvervet som skattepligtige vederlag for leverede varer og andre aktiver samt tjenesteydelser og kreditor ikke har været sambeskattet med debitor eller fordringen er stiftet efter ophør af sambeskatningen. Denne regel antages at have stor praktisk betydning. Ligeledes af stk. 3 men sidste pkt. fremgår, at børsnoterede fordringer er fritaget fra tabsfradragsbegrænsningen. Endelig fritages efter stk. 4, rentefordringer, såfremt de omhandlede renter er medregnet ved opgørelsen af kreditors skattepligtige indkomst, og kreditor ikke har været sambeskattet med debitor eller rentefordringen er stiftet efter sambeskatningens ophør.

164. I bemærkningerne mangler der dog en parentes i forhold til den her angivne formel, jf. hertil *Klaus Okholm* i Inspi 1998/9, s. 37. Formlen er gentaget – uden parentes – i LV 1999 S.I.3.4.

Forholdet mellem gæld og egenkapital kan umiddelbart bestemmes til at være: 9:1, hvor den skattemæssige egenkapital er fremkommet ved samlede aktiver på 1.000 fratrukket den samlede gæld i henhold til fordringer efter kursgevinstloven på 900, hvilket udgør 100. Det skal sikres, at alle poster i balancens passivside, der ikke er egentlig gæld efter kursgevinstloven, fjernes ved opgørelsen, idet billedet ellers kan ændre sig. Ligeledes bør det erindres, at også ikke balanceførte immaterielle aktiver så som goodwill og know how bør medregnes til de samlede aktiver. Hvis opgørelsen viser, at der ikke vil være problemer for debitorselskabet uden inddragelsen af disse aktiver, bør man ikke gøre yderligere tiltag med henblik på værdiansættelse heraf mv.

Beregning af overskydende gæld	kr.
Total gæld	900
Maksimal gæld efter kravet om 4:1 (4×100)	(400)
Overskydende gæld	<u>500</u>

Beregning af fradrag	
Kontrolleret gæld	600
Overskydende gæld	(500)
Kontrolleret gæld med fradragsret for renter og kurstab	<u>100</u>

I dette eksempel kan fradragsbeskæringen beregnes som følger:

$$\frac{(900 - (4 \times 100)) \times 90}{900} = 50$$

Herefter kan det konstateres, at der kun vil være fradragsret for 40 (90–50).

I bemærkningerne til SEL § 11 (L 101) fremkommer ligeledes to beregningseksempler. I eksemplet forudsættes en gæld hos datterselskabet på 1.000, der udelukkende er gæld til moderselskabet. Egenkapitalen udgør 100. Forholdet mellem gæld og egenkapital er derfor 10:1. Da renteudgifter og kurstab udgør 100 er fradragsbegrænsningen;

$$\frac{(1.000 - (4 \times 100)) \times 100}{1.000} = 60$$

Eksemplet varieres herefter. Således fordeles gælden med 500 til moderselskabet og 500 til en uafhængig finansieringskilde. Egenkapitalen for-

bliver uændret. Renteudgifter og kurstab er 100 fordelt med 50 til hver kreditor. I en sådan situation anføres det, at der vil være fradragsret for de 50, hvorved maksimeringen vil udeholde de resterende 10.

2.5.4.2 Kritik af fradragsbegrænsningsformlen

Den ovenfor introducerede og eksemplificerede formel har dog mødt en vis kritik. *Lars Cort Hansen* finder i TfS 1998.569 og samme med spørgsmål til skatteministeren i bilag 7, spørgsmål 1 til L 101, at ordlyden af SEL § 11 formentlig leder til, at en anden formel end den anførte skal finde anvendelse.

Der blev herved stillet det spørgsmål til ministeren, om det kunne bekræftes, at beregningsreglen i det daværende lovforslag ikke kan anvendes generelt ved opgørelsen af fradragsbegrænsningen, og om der i stedet kan anvendes følgende beregningsregel til udfindelsen af fradragsbegrænsningen¹⁶⁵:

$$\frac{\text{Gæld} - (4 \times \text{egenkapital}) \times (\text{renter og kurstab til moderselskab})}{\text{gæld til moderselskab}}^{166}$$

Forfatteren har fulgt denne kritik op i TfS 1998.569, hvor tankegangen udvikles nærmere. Indledningsvis henvises til ordlyden af SEL §11, hvorefter det findes mere naturligt, såfremt fradragsbegrænsningen udgør andelen af renteudgifter og kurstab vedrørende *kontrolleret gæld*, som svarer til forholdet mellem den del af den *totale gæld*, der overstiger

165. Det uddybes i spørgsmålet hvad motiveringen for denne formelanvendelse er: *“...Efter vor opfattelse er der ikke overensstemmelse mellem bemærkningerne i L 101 før beregningsreglen, selve beregningsreglen og eksempel 2) i bemærkningerne, der er anført efter beregningsreglen. Årsagen til den manglende sammenhæng er muligvis, at den beregningsregel, der fremgår af bemærkningerne ikke kan anvendes generelt og der bliver derfor ikke sammenhæng mellem den illustrerede beregningsregel og bemærkningerne før og efter beregningsreglen. Det fremgår således af bemærkningerne til s. 7 [i lovforslaget] før beregningsreglen, at såfremt datterselskabets gæld ved indkomstårets udløb overstiger 4 × egenkapitalen, svarende til egenkapital på under 20%, er konsekvensen som udgangspunkt, at fradragsretten på koncerninterne lån afskæres eller begrænses, dog kun for så vidt angår den overskydende del af gælden...”*

166. Begrebet gæld til moderselskab anvendes, idet det er forfatterens opfattelse, at tynd kapitalisering udelukkende opstår for gæld til et udenlandsk moderselskab. Dog nævnes der tillige i TfS 1998.569 en formel hvor begreberne gæld til moderselskab, og renter og kurstab til moderselskab er udskiftet med kontrolleret gæld og renter og kurstab vedrørende kontrolleret gæld. Det skal bemærkes, at denne formel medfører identiske regler som skatteministeriets formel såfremt forretningen af koncernintern og koncernekstern gæld er den samme. Er dette ikke tilfældet, kan der forekomme forskelle i fradragsbegrænsningsbeløbet.

4 gange egenkapitalen, og den samlede *kontrollerede gæld*. Altså formlen præsenteret just ovenfor. Dette findes efter forfatterens opfattelse at have støtte i bemærkningerne til L 101.

Fradragsbegrænsningens maksimering tydeliggøres på følgende vis, loc.cit.

- 1) Såfremt overskydende gæld er større end kontrolleret gæld vil fradragsbegrænsningen udgøre renter og kurstab vedrørende kontrolleret gæld, og
- 2) såfremt overskydende gæld er en negativ talstørrelse, så skal der ikke foretages fradragsbegrænsning idet der herved ikke er tale om tynd kapitalisering.

Til sammenligning mellem de to beregningsmetoder fremhæves, forskellene mellem metoderne. Således finder forfatteren, at ministeriets formel i visse tilfælde giver et fradrag for renteudgifter og kurstab, som vedrører den kontrollerede gæld, selvom hele den kontrollerede gæld vedrører den overskydende del af gælden¹⁶⁷. Heraf sluttet det, at ministeriets beregningsregel i visse tilfælde vil føre til fradrag mod formålet med SEL § 11. Hertil kommer efter forfatterens opfattelse, at ministeriets beregningsregel i visse situationer kan medføre en vilkårlig opgørelse af fradragsberegningen, nemlig såfremt der ikke er proportionalitet mellem renteudgifter og kurstab vedrørende henholdsvis den kontrollerede og ikke-kontrollerede gæld. Disse standpunkter underbygges med 3 eksempler. I det ene eksempel påvises det, at ministeriets formel medfører et for højt fradrag i forhold til ordlyden af SEL § 11. Herved henvises til ordene “...renteudgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld ikke kan fradrages...”. Det er herefter forfatterens opfattelse, at der skal beregnes fradragsbegrænsning for den del af den kontrollerede gæld, som overstiger $4 \times$ egenkapitalen (den overskydende gæld).

Den overskydende gæld beregnes som anvist. Er det fremkomne beløb større end den kontrollerede gæld, er fradragsbeskæringen maksimeret til renteudgifterne vedrørende denne kontrollerede gæld. Er det fremkomne beløb lig den kontrollerede gæld gælder det samme. Såfremt den

167. Den overskydende gæld beregnes som anvist. Er det fremkomne beløb større end den kontrollerede gæld er fradragsbeskæringen maksimeret til renteudgifterne vedrørende denne kontrollerede gæld. Er det fremkomne beløb lig den kontrollerede gæld gælder det samme. Såfremt den overskydende gæld er mindre end den kontrollerede gæld beregnes der kun fradragsbegrænsning vedrørende den overskydende gæld og ikke vedrørende hele den kontrollerede gæld.

overskydende gæld er mindre end den kontrollerede gæld beregnes der kun fradragsbegrænsning vedrørende den overskydende gæld og ikke hele den kontrollerede gæld.

Man kunne gå så langt som til at sige, at ordlyden af SEL § 11, stk. 1 kan give ophav til mindst 3 forskellige fortolkninger: (1) den af skatteministeriets fremførte, (2) den ovenfor fremførte samt (3) en sådan beregning, hvorefter det er renteudgifter og kurstab vedrørende den del af den overskydende kontrollerede gæld, der ikke kan fradrages. Bestemmelsen kunne derfor meget vel tydeliggøres.

Selvom forfatteren i sin egenskab af forespørger ikke efter egen vurdering mener at have fået svar på spørgsmålet om anvendeligheden af beregningsreglen, jf. anførte artikel, s. 1670, fremkommer skatteministerens svar dog ganske utvetydigt i bilag 9 til L 101. Heri hedder det:

“...Den af BDO SKAT foreslåede beregningsregel har ikke hjemmel i lovforslaget eller i dets bemærkninger, hvorfor beregningsreglen ikke kan anvendes...”.

Retskildemæssigt synes der efterhånden at være meget, der taler for en generel anvendelse af den indledningsvist introducerede formel, idet denne er optrykt i lovforslagets bemærkninger samt det forhold at skatteministeren klart har afvist det fremførte alternativ hertil. Dog er det i retslitteraturen blevet påvist, at den af ministeriets udstukne formel formentlig kan medføre utilsigtede resultater. Efter min vurdering må den almindelige formel tillægges generel anvendelse, selvom det af ordlyden af SEL § 11 kan give anledning til tvivl, hvorledes fradragsbegrænsningen skal beregnes¹⁶⁸.

Lars Cort Hansen op.cit. berører ved denne diskussion også indirekte spørgsmålet om, hvordan den kontrollerede gæld skal opfattes i forhold til anden gæld. Efter den af ham fremførte fortolkning vil kontrolleret gæld skattemæssigt skulle behandles ringere end anden gæld, idet kontrolleret gæld altid skal fremføres til fradragsbegrænsning. En sådan yderligere diskriminering af finansieringsform er vel næppe hensigtsmæssig. Det er ikke entydigt, at SEL § 11, stk. 1 tilsigter dette og ministeriets fortolkning medfører ej heller dette resultat, idet fradragsbegrænsningen herefter angår den overskydende del af den samlede gæld maksimalt til rente og kurstab vedrørende kontrolleret gæld. Også på dette punkt synes bemærkningerne til SEL § 11 dog at være uklare.

168. Jan Pedersen citerer den alternative formel i Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 86 dog uden at udtrykke præference herfor eller for den i bemærkningerne introducerede formel. Søren Rasmussen kritiserer tillige den anførte formel i SR-skat 1998.255, idet han ikke finder, at den tager hensyn til forskellige rentesatser. Det uddybes dog ikke nærmere, hvad der menes hermed.

2.5.4.3 Ingen eller negativ egenkapital

Der er i bemærkningerne til L 101 ikke taget stilling til, hvorledes der skal ske fradragsbeskæring i sådanne tilfælde, hvor den opgjorte egenkapital er negativ eller udgør 0 eller om det i sådanne situationer er muligt, at opnå fradrag for renteudgifter eller kurstab. Da det ikke er muligt at henhøre den kontrollerede gæld til den overskydende gæld, idet dette begreb i sådanne situationer ikke eksisterer, har det formentlig formodningen for sig, at skattemyndighederne vil foretage fuld fradragsbegrænsning, hvorved hele den kontrollerede gæld anses for overskydende gæld.

Dette problem blev berørt af Søren Steenholt i bilag 16 til L 53, spørgsmål 16. Det blev heri spurgt om skatteministeren overvejede at foreslå en ændring af SEL § 11, stk. 1 og den foreslåede bestemmelse i SEL § 11, stk. 5 således, at der kun skal ske fradragsbegrænsning af renter og kurstab for den del af et selskabs eller fast driftsstedes gæld, der overstiger 80% af aktiverne. Baggrunden for denne forespørgsel er, at der ved anvendelse af beregningsformlen overhovedet ikke indrømmes fradrag for renteudgifter og kurstab af kontrolleret gæld såfremt et selskabs eller fast driftsstedes egenkapital er nul eller negativ.

Såfremt reglerne om tynd kapitalisering skal finde anvendelse, hvis et selskabs eller fast driftsstedes egenkapital er mindre end 20%, tilsiger enhver rimelighed, efter forespørgerens opfattelse, at disse udformes således, at en del af den kontrollerede gæld skattemæssigt omkvalificeres til egenkapital indtil denne udgør 20%¹⁶⁹.

Ministeren har ikke siden fundet anledning til at svare på denne forespørgsel, selvom forespørgslen i realiteten berører et vigtigt punkt. Indtil videre må der herefter antages, at fradragsbegrænsningen i selskaber med negativ eller 0 i egenkapital udgør en fuld fradragsbegrænsning.

169. Der gives følgende eksempel på problematikken:

Finansielle oplysninger:

Aktiver 100

Kontrolleret gæld: 100

Egenkapital: 0

Renteudgifter: 10% eller 10

Ifølge de gældende regler er der ikke fradrag for nogen renteudgifter. Udgjorde gælden 80 og egenkapitalen 20, ville renteudgifter af hele gælden på 80 være fradragsberettigede. Reglerne burde på denne baggrund efter forespørgerens opfattelse udformes således, at alene renter af den del af gælden, der overstiger 80% af aktiverne, ikke er fradragsberettigede. Dette vil i eksemplet medføre, at der ikke er fradrag for renteudgifter af gæld på 20, eller renteudgifter på 2.

2.5.4.4 *Indlån og udlån i samme koncern*

I bilag 4 og 8 til L 101 indeholder FSR's hørings svar et eksempel, der frembringer den problemstilling om, hvorledes man skal forholde sig, såfremt der eksisterer indlån og udlån, således at der både er renteudgifter og renteindtægter i relation til den samlede koncern.

Selvom FSR formentlig herved spurgte om adgangen til modregning af renteudgifter og renteindtægter (nettoopgørelse) opfattede Skatteministeren formentlig spørgsmålet anderledes. For så vidt angår spørgsmålet henviste Skatteministeren således i sit svar (jf. bilag 8 til L 101) til, at fordringer, herunder på koncernselskaber, indgår i opgørelsen af datterselskabets egenkapital. Da fordringer på koncernselskaber vil medvirke til at øge egenkapitalen, vil fordringerne også medvirke til at formindske forholdet mellem gæld og egenkapital, således at beskæringen af fradragsretten reduceres. Beskæringen af fradragsretten relaterer sig som anført i forslaget alene til renteudgifter og kurstab på selskabets koncerninterne lån. Forslaget er således, efter Skatteministerens opfattelse, neutralt set i forhold til, hvorledes datterselskabets renteindtægter er sammensat.

Se dog nedenfor i afsnit 2.8.6. om modregning af renteindtægter og renteudgifter.

2.5.4.5 *Fradragsbegrænsningen i international kontekst*

Internationalt svarer den danske fradragsbegrænsningsmetode vist nok i store træk til sådanne metodikker, der anvendes i andre lande. Som det anføres af *Detlev J. Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 82b, *International aspects of thin capitalization*, 1996, s. 121, findes der to hovedsystemer til beregning af fradragsbegrænsningen. (1) Der findes den canadiske tilgang og (2) den amerikanske tilgang. I henhold til den canadiske tilgang beregnes fradragsbegrænsningen nogenlunde som i Danmark. I den anden kategori knytter fradragsbegrænsningen sig ikke til overskridelsen af safe haven debt to equity ratio'en, men snarere til nettoindtjeningen i debitorselskabet.

Den canadiske metode fortjener yderligere bemærkninger, idet denne på nogle punkter afviger fra den danske opgørelsesmetode. For det første medfører gældsopgørelsen, at der udelukkende medregnes kontrolleret gæld efter canadiske regler. Derudover defineres renter som rentebetalinger til de kontrollerende aktionærer i indkomståret, altså udelukkende kontrollerede renter. Der ses ikke umiddelbart i anførte rapport fra IFA, eller i øvrigt tilgængeligt materiale, at fremgå systemer, der direkte lader sig sammenligne med det danske, hvorfor det ikke på denne baggrund er muligt at hente bidrag til en forøget forståelse af den danske beregningsregel.

2.5.4.6 *Debt creation rules?*

I australsk ret er der indsat særlige regler, der sigter mod omgåelse af safe haven regler – såkaldte debt creation rules.

I hovedtræk er den situation, der søges imødekommet med debt creation rules, følgende: antag at et datterselskabs indtjening og dermed også egenkapital øges. Det udenlandske moderselskab kan herefter inden for 4:1-grænsen ønske at gældsbelaste datterselskabet yderligere, eksempelvis ved at overdrage forskellige aktiver til datterselskabet. Ved at moderselskabet eller andre forbundne parter overdrager aktiver til datterselskabet, øges datterselskabets gæld i samme størrelsesorden som egenkapitalen øges. Herved overskrides niveauet på 4:1 ikke, men den nominelle størrelse af gælden øges. De optjente midler kan efterfølgende betales som de forøgede renteudgifter med den følge, at de frie reserver formindskes tilsvarende i datterselskabet. Regler om debt creation er et supplement til regler om tynd kapitalisering, og fungerer som en omgåelsesregel til reglerne om tynd kapitalisering. Debt creation rules indebærer primært, at man nægter datterselskabet fradrag for den del af gælden til koncernselskaber, som kan henføres til koncerninternt overdragene aktiver.

Det kan overvejes, om der i Danmark er tilsvarende behov for indførelse af sådanne regler. Der findes ikke regler i Danmark, der hindrer den skitserede situation. Der findes regler til modvirkning af lånefinansierede aktiekøb i lavt beskattede finansielle selskaber, jf. LL § 5 E samt regler til modvirkning af lånefinansierede køb af fordringer, jf. LL § 5 F.

2.6 *Lån mod sikkerhed mv.*

2.6.1 Generelt

Af SEL § 11, stk. 1, 3. pkt. følger, at “...lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld.”

I bemærkningerne til L 101 anføres, at indirekte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor f.eks. moderselskaber har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet. Der kan typisk være tale om en bank eller anden professionel långiver, der indskydes som en formel kreditor.

Inden en nærmere behandling af begrebet lån mod sikkerhed i henhold til SEL § 11 påbegyndes, skal der knyttes nogle bemærkninger til international koncernfinansiering i almindelighed herunder vedrørende lån og garantistillelse mellem koncernselskaber¹⁷⁰.

Koncernselskaber støtter ofte hinanden, når der skal skaffes lån fra tredjemand. Denne støtte kan antage mange former herunder kaution,

hensigts- eller støtteerklæringer (letters). Typisk vil et moderselskab støtte de selskaber, der er under dettes kontrol. En sådan støtte kan dog også fremkomme gennem et specielt finansselskab, eller gennem sikkerhedsstillelse fra datterselskaberne i koncernen. I international sammenhæng opstår særligt spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en intra-group service, jf. kap. VII i OECD's Transfer pricing guidelines¹⁷¹.

2.6.2 Back-to-back-lån – indirekte sikkerhedsstillelse

Udtrykket indirekte sikkerhedsstillelse i SEL § 11, stk. 1, 3. pkt. dækker over back-to-back lån, hvor moderselskaber f.eks. aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet lån mod, at moderselskabet yder et lån til tredjemand. Ligeledes foreligger et back-to-back lån, hvor et moderselskabs bank yder et lån til et datterselskab, samtidig med at moderselskabet indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank. Lån der ydes af en reelt uafhængig tredjemand berøres ikke af bestemmelsen.

Tilsvarende gælder for personer eller selskaber, som nok befinder sig i et interessefællesskab med långiver, men hvor kontrolkravet ikke opfyldes. I tilfælde af både koncernintern og koncernekstern långivning hvor der skal ske fradragsbeskæring, beskæres dog alene fradragsretten for koncerninterne lån. Motivationen til back-to-back lån er klar, idet det ville være muligt at undgå fradragsbegrænsninger i et ellers tyndt kapitaliseret selskab ved at placere lånene hos uafhængige tredjemænd mod sikkerhedsstillelse.

I SU 1999.7 rejser *Niels Josephsen* spørgsmålet om, hvorvidt back-to-back-lån er omfattet af ordlyden af SEL § 11. Forfatteren finder, at besvarelsen af dette spørgsmål primært afhænger af indholdet af en aftale mellem långiver og koncernen og – såfremt en sådan ikke foreligger – de omstændigheder hvorunder lånet blev ydet, herunder tilstedeværelsen af modregningsadgang for kreditor.

2.6.3 Modregningsadgang vedrørende back-to-back-lån

I sit høringssvar til L 101 tilkendegav FSR (jf. bilag 4) at det er foreningens opfattelse, at man kun kan tale om indirekte sikkerhedsstillelse, såfremt långiveren har modregningsadgang mellem det ydede og det

170. Jf. herom *Irene J.J. Burgers og Huub M.M. Bierlaagh*: Some tax Aspects of Guaranties, Letters of Comfort and Keep-well Agreements between Group Companies, BIFD 1998.81, *Susanne Pedersen og Klaus Okholm* i SU 1999.94 – Lån og garanti-stillelser mellem koncernforbundne selskaber samt *Leif Gäverth*: Stødbrev, 1994.

171. Se om koncernfinansiering *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, s. 113 ff og samme i R&R 1992/6, s. 55 ff.

modgående lån. FSR betoner hermed, at der i civilretlig forstand med rimelighed bør kunne være tale om en indirekte sikkerhedsstillelse før denne umiddelbart kan gives et sådant indhold i skattemæssig sammenhæng. Før en indirekte sikkerhedsstillelse bør gives tilsvarende retsvirkning som en direkte sikkerhedsstillelse, bør der altså eksistere fyldestgørelsesmuligheder i tilfælde af debtors manglende betalingsevne.

Hertil replicerede skatteministeren i bilag 8 til L 101, at foreligger der en direkte modregningsadgang, vil der ikke være nogen tvivl om, at der er tale om en sikkerhedsstillelse (der antageligvis ved datterselskabets konkurs kan sidestilles med kaution), mens dette ikke vil være tilfældet, hvis der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser. Ved indirekte sikkerhedsstillelse foreligger der, efter ministerens opfattelse, en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er forbundne. Konstateres det herefter, at det låntagende selskab er tyndt kapitaliseret, vil der således ikke være fradragsret for renter og kurstab på lånet fra tredjemand, medmindre selskabet godtgør, at lånet kunne være opnået hos en uafhængig finansieringskilde, uden sikkerhedsstillelse fra koncernforbundne selskaber.

Heraf kan formentlig udledes, at der ikke vil være tale om kontrolleret gæld, såfremt de almindelige betingelser om udjævnethed, afviklingsmodenhed og gensidighed ikke opfyldes og dermed medfører en positiv besvarelse af spørgsmålet om den civilretlige modregningsadgang. Er disse modregningsbetingelser ikke opfyldt vil der formentlig ikke være tale om indirekte sikkerhedsstillelse idet der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser i juridisk forstand. Ministerens svar kan imidlertid også opfattes modsat, et svar der dog ikke ville forekomme hensigtsmæssigt.

Dog vil der ofte være en direkte modregningsadgang når koncerner indgår såkaldte cash-pooling-aftaler med en bank, idet banken ofte vil være tillagt ubegrænset modregningsadgang over for alle koncernselskabers indeståender¹⁷².

172. Der findes vist nok ikke nogen dækkende definition på dansk for cash pooling, der er en del af finansselskabers cash management. Somme tider anvendes dog ordet "koncernkontosystem". I cash pooling ligger, at koncernens positive og negative saldi på bankkonti udlignes, således at der kun beregnes rente på nettosaldoen. Udligningen kan ske såvel ved fysisk flytning af likviditet (fysisk pooling) som beregningsmæssigt (ikke-fysisk pooling). Heraf fremgår således, at cash pooling kan siges at være udtryk for en aktiv, central styring af likviditet på tværs af landegrænser med det mål for øje at nedbringe de samlede finansieringsomkostninger.

En sådan aftale vil sædvanligvis indebære, at banken har sikkerhed i alle koncernselskabers indeståender.

En modsætningslutning af SEL § 11 medfører herefter, at der ikke vil kunne foretages fradragsbegrænsninger i de givne situationer, hvor der foreligger back-to-back-lån uden modregningsadgang¹⁷³.

I international sammenhæng er det normalt, at også back-to-back-lån omfattes af reglerne om tynd kapitalisering, cf. dog eksempelvis engelske regler herom, hvor dette ikke er tilfældet.

2.6.4 Støtteerklæringer, letters etc.

I bilag 7 til L 101, spørgsmål 2 og 3 forespurgte BDO Skatteministeren om hvorvidt moderselskabets hensigtserklæringer eller letters of intent om økonomisk støtte over for datterselskabets långivende banker i forbindelse med låneoptagelse og over for datterselskabets leverandører og samhandelspartnere i forbindelse med datterselskabets samhandel med leverandører m.v. kan anses for kontrolleret gæld. Denne forespørgsel blev uddybet med det forhold, at det i en del koncerner er sædvanligt, at moderselskabet afgiver hensigtserklæringer eller såkaldte letters of intent over for datterselskabets långivende banker i forbindelse med låneoptagelsen eller overfor datterselskabets leverandører og samhandelspartnere, hvoraf det fremgår, at moderselskabet har til hensigt at støtte datterselskabet økonomisk. Moderselskabets hensigtserklæringer og letters er ofte ikke juridisk bindende for moderselskabet over for den långivende bank, samhandelspartner eller leverandør, men alligevel udbejder banker mv. sig en sådan. På denne baggrund anser forespørgeren ikke at sådanne erklæringer og letters, som ikke er juridisk bindende for moderselskaber, i relation til SEL § 11 at kunne udgøre en sikkerhedsstillelse, garanti mv. som er omfattet af begrebet "kontrolleret gæld" eller "kontrolleret lån".

Hertil svarende skatteministeren i bilag 9 til L 101:

"...Formålet med bestemmelsen er at sikre mod omgåelse, idet lån, der er ydet af tredjemand, behandles på samme måde som koncernintern gæld, hvis lånet alene er ydet som følge af den kontrollerende indflydelse. Eksempler på såvel direkte som indirekte sikkerhedsstillelse er omtalt i forslagens bemærkninger (side 11, 1. spalte). I relation til koncernintern sikkerhedsstillelse for lån fra tredjemand er det afgørende for, om der vil være tale om at sidestille sikkerhedsstillelsen med kontrolleret gæld, om der foreligger en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er indbyrdes forbundne. Dette må antages at være tilfældet i de af

173. Jeg kan ikke tilslutte mig udsagnet hos Lars Cort Hansen i TfS 1998.569, hvor det anføres, at der i sådanne situationer formentlig vil eksistere mulighed for fradragsbegrænsning med baggrund i realitets- og/eller omgængelsesbetragtninger.

BDO SKAT beskrevne situationer, hvor moderselskabet afgiver hensigts-erklæringer eller letters of intent om økonomisk støtte over for datterselskabets långivende banker i forbindelse med låneoptagelse og over for datterselskabets leverandører og samhandels partnere i forbindelse med datterselskabets samhandel med leverandører mv....”.

Skatteministeren skaber hermed en formodning for at koncerninterne hensigtserklæringer og letters kan bevirke, at reglerne om tynd kapitalisering kan omgås. Der henses i denne forbindelse ikke til det forhold, at erklæringerne og letters of intent oftest ikke vil skabe et retligt krav gennem et løfte for kreditor overfor moderselskabet og dermed antage kautionslignende indhold. Det synes tvivlsomt, om hensynet til omgåelse bør og kan udstrækkes til at omfatte situationer, hvor der ret beset ikke består nogen omgåelsesmulighed. Se nærmere herom supra afsnit 6.4.3.2.

Under alle omstændigheder bør der foretages en mere nuanceret vurdering af de enkelte tilfælde af støtteerklæringer mv., der konkret vurderer indholdet af erklæringen mv.¹⁷⁴.

Det må antages, at det er juridisk bindende sikkerhedsstillelse, der sigtes til med ordene *direkte og indirekte sikkerhedsstillelse*, for som det med rette er anført, vil der ellers slet ikke være tale om sikkerhedsstillelse men snarere om moralske løfter¹⁷⁵.

Støtteerklæringer kan være af vidt forskelligt indhold, spændende fra udtalelser af beroligende karakter til erklæringer der mere præcist indeholder en forpligtelse for moderselskabet. Terminologisk omfatter begrebet støtteerklæringer for eksempel i udlandet såkaldte; *comfort letters*, *letters of awareness*, *letters of intent* og *patronatserklärung* fra tysk ret¹⁷⁶. Udtrykket hensigtserklæring er ikke passende i denne rela-

174. Sml. Susanne Pedersen og Klaus Okholm i SU 1999.94 samt Niels Josephsen i SU 1999.7

175. Jf. Lars Cort Hansen i TfS 1998.569.

176. Der kan eksempelvis henvises til Hans Viggo Godsk Pedersen: Kaution, 1999, s. 112 ff, Torsten Iversen: Støtteerklæringer, 1994, Erik Røsæg: Garantier eller fattigmandstrøst (disputats), 1992, Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten, 1995, s. 302 ff, Erik Werlauff: Koncernretten – Juridiske grundprincipper for danske og internationale koncerner, 1996, s. 123 ff, Bernhard Gomard: Almindelig Kontraktsret, 1996, s. 86 ff, Mads Bryde Andersen: Praktisk aftaleret, 1995, s. 55 ff, Lennart Lynge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard: Aftaler og mellem-mænd, 1997, s. 92 ff, Christian Harboe Wissum i UfR 1986 B.340 ff, Peter Blok i UfR 1994 B.436 ff samt Jonas Christoffersen og Niels Bang Sørensen i R&R 1999/11, s. 8 ff for en nærmere redegørelse af retsstillingen i relation til støtteerklæringer mv.

tion¹⁷⁷. Mens kaution er udtryk for en dispositiv erklæring, der tilsigter retlig binding, er en støttererklæring som hovedregel tilsigtet at være udtryk for en indispositiv erklæring, der normalt alene fortæller om noget faktisk (bagud- eller fremadrettet). I henhold til domstolspraksis kan det, om end denne praksis er noget sparsom, fastslås, at det langt fra er hver gang en støttererklæring binder afgiveren. For at dette skal være tilfældet, skal erklæringen bevæge sig ud over det moralsk eller kommercielt forpligtende, og den må da indeholde et løfte i juridisk forstand¹⁷⁸. Erklæringer der har kautionsslignende virkninger kaldes ofte “stærke” eller hårde” erklæringer, og disse vil efter indholdet berettige modtageren til erstatning, mens de kun kommercielt eller moralsk forpligtende ikke vil. Problemerne ligger i den store mellemgruppe, der består af varianter heraf med glidende overgange. Det må antages, at ukonkrete erklæringer, der udelukkende er oplysende eller af historisk karakter, vanskeligt kan udgøre et løfte i juridisk forstand. På den anden side må det antages, at klart formulerede og ubetingede løfter som udgangspunkt binder afgiveren¹⁷⁹. Vurderingen heraf er vanskelig i civilretlig henseende. Den danske praksis kan formentlig anses som mere restriktiv med hensyn til anerkendelse af støtteerklæringers bindende karakter end tilfældet i andre EU-lande¹⁸⁰.

Sammenfattende må det nok skatteretligt konstateres, at støtteerklæringer mv., der ikke forpligter afgiveren overfor modtageren, ikke bevirker, at der vil være tale om kontrolleret gæld i henhold til SEL § 11. Modsat vil dette være tilfældet, hvor støtteerklæringen mv. moderselskabet har afgivet et egentligt løfte om at sikre debitorselskabets betalingsevne, her må forholdet være omfattet som kontrolleret gæld. Det er derfor nødvendigt, at der foretages en konkret vurdering af den enkelte

177. Jf. herved *Hans Viggo Godsk Pedersen: Kaution*, 1999, s. 112 og *Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten*, 1995, s. 302 hvor det anføres, at begrebet “hensigtserklæring” dækker et relativt bredt område, der for eksempel kan udgøre en art forkontrakt for et projekt, hvorom der senere skal udarbejdes mere detaljerede kontrakter.

178. Jf. senest UfR 1998.1289 H (SCS Holding A/S) – letter of comfort til Varde Bank – ikke grundlag for at pålægge moderselskabet at friholde banken for tab.

179. Omstændighederne kan føre til, at der ikke kan konstateres at være afgivet et retligt løfte. Modsat kan omstændighederne ligeledes føre til, at et ikke klart formuleret løfte alligevel må karakteriseres som et løfte fra afgiverens side.

180. Jf. *Jonas Christoffersen og Niels Bang Sørensen i R&R 1999/11*, s. 8 ff, der ligeledes anfører, at lovvalget kan blive afgørende for, hvorvidt støtteerklæringen bliver bindende for afgiveren. Hermed skabes yderligere vanskeligheder for den her tilskynede nuancerede skatteretlige bedømmelse, idet en sådan forudsætter kendskab til forholdene i udlandet.

aftale mv., før det kan konstateres, om der er tale om kontrolleret gæld¹⁸¹.

I international sammenhæng er det ligeledes uafklaret, hvorvidt der kræves en formel retlig forpligtelse for moderselskabet, før reglerne om tynd kapitalisering finder anvendelse, eller om det er tilstrækkeligt, at der foreligger et uformelt ikke bindende letter of comfort¹⁸².

Idet begrebet kontrolleret gæld indebærer, at der skal eksistere gæld til en udenlandsk kontrollerende eller kontrolleret part, forudsætter dette i relation til støtteerklæringer mv., at erklæringsafgiveren skal være et udenlandsk selskab. Herved kompliceres forholdet, idet der herved kan opstå problemer vedrørende erklæringens bindende virkning for modtageren, herunder IP-problemer om hvilket lands lovregler, der skal finde anvendelse ved fortolkningen af erklæringen¹⁸³. Det afgørende må i denne forbindelse være, om kreditor kan dokumentere, at der konstateres et tab, såfremt debitorselskabets betalingsevne svigter. Det er straks sværere konkret at dokumentere dette. Som reglen fortolkes af myndig-

181. I samme retning se *Susanne Pedersen og Klaus Okholm* i SU 1999.94, *Klaus Okholm* i *Inspi* 1998/9, s. 37 og *Niels Josephsen* i SU 1999.7 samt *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret 1999, 393, samt nok *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 84 der alle kan tages til indtægt for det synspunkt, at man bør følge de civilretlige bedømmelse af, hvorvidt en erklæring mv. er juridisk bindende til at bestemme, hvorvidt der således er tale om kontrolleret gæld. Sidstnævnte finder, at det forudsætter om ikke en formel, men så dog en reel forpligtelse for, at letters mv. skal være omfattet. Modsat finder *Lars Cort Hansen* op.cit. at det må bero på en konkret vurdering af det enkelte lån, om tilstedeværelsen af en hensigtserklæring mv., der ikke er juridisk bindende, vil være nok til at anse lånet for omfattet af begrebet kontrolleret gæld. Forfatteren finder, at det i den konkrete situation kan være af betydning, om det har været afgørende for långiveren, om der er ydet en sådan ikke-juridisk bindende hensigtserklæring, samt om den ikke-juridisk bindende hensigtserklæring er ydet i forbindelse med långivningen (forinden långivningen) eller om den først er givet et stykke tid efter, at långivningen er på plads, og det dermed ikke kan anses for at have forbindelse med låneoptagelse.

182. Jf. *Detlev J. Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, International aspects of thin capitalization, Vol. 82b, 1996, s. 108.

183. Kontraktstatutttet skal udfindes. Lovvalgskonventionen (konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser – 80/934/EØF, gennemført ved lov nr. 188 af 9.5. 1984) indebærer som udgangspunkt, at der er partsautonomi i lovvalget, og at dette skal fremgå udtrykkeligt eller med rimelig sikkerhed. Partsautonomien begrænses at det forhold, at præceptive regler i det land, som retsforholdet har særlig tilknytning til, ikke kan fraviges. Såfremt der ikke er foretaget et lovvalg i aftalen, eller såfremt lovvalget er ugyldigt, skal aftalen underlægges loven i den stat, hvor retsforholdet har den nærmeste tilknytning til, jf. herved art. 4, stk. 1 i konventionen. Se generelt om disse spørgsmål *Peter Arnt Nielsen*: International privat- og procesret, 1997, s. 507 ff, *Joseph Lookofsky*: International privatret på formuerettens område, 1998 og *Allan Phillip*: EU-IP, 1994.

hederne, er det underordnet om den nærmere beskaffenhed af støtteerklæringen mv. kan dokumenteres. Men såfremt den her anførte alternative fortolkning lægges til grund, opstår netop problemerne vedrørende bevisbyrde. Det er herved klart, at skattemyndighederne ikke kan bebyrdes med fremskaffelsen af dokumentation for en given støtteerklærings retlige karakter som bindende eller ej. Noget sådant må påhvile skatteyderne.

Såfremt det i overensstemmelse med skatteministerens opfattelse antages, at der foreligger kontrolleret gæld, når en given låntagning hviler på støtteerklæringer eller lignende, gælder fortsat muligheden for at dokumentere armslængdemæssigheden af finansieringen, jf. SEL § 11, stk. 1. Fremskaffelse af en sådan dokumentation lader sig ikke realistisk foretage, ligesom et realistisk sammenligningsgrundlag ikke lader sig fremskaffe, jf. hertil også *Susanne Pedersen og Klaus Okholm* i SU 1999.94. Det må altså antages at være så godt som umuligt at dokumentere, at der kunne opnås en tilsvarende finansiering uden den pågældende støtteerklæring mv. fra den udenlandske kontrollerende part.

2.6.5 Nationale låneforhold vedrørende back-to-back-lån og støtteerklæringer mv.

Det er i henhold bemærkningerne til L 101 uden betydning, om den formelle långiver i situationer med direkte eller indirekte sikkerhedsstillelse er hjemmehørende i Danmark eller i udlandet. Hermed kan der forekomme sådanne situationer, der ikke er udtryk for grænseoverskridende finansiering, hvilket jo ellers er udgangspunktet for SEL § 11, idet rent danske lån vil kunne blive omfattet, såfremt en dansk kreditor modtager direkte eller indirekte sikkerhedsstillelse fra udenlandske parter, der kontrollerer debitorselskabet. Det er efter min vurdering en smule anstrengt at skulle indfortolke dette resultat i ordlyden af SEL § 11. Hertil kommer, at inddragelsen af de aktuelle nationale låneforhold ikke forekommer logisk, idet der ikke består et skattemæssigt motiv til også at udstrække reglerne hertil. Det almindelige hensyn, der ligger til grund for reglerne, har ikke relevans i sådanne situationer, idet renteindtægten beskattes med samme sats, som fradraget har skatteværdi i Danmark¹⁸⁴. Det er dog formentlig begrænset, hvor stor tyngde argumentet om manglende begrundelse for rent national anvendelse kan tillægges, idet det som påvist ovenfor også forekommer at der internationalt ikke findes skattemæssige motiver til tynd kapitalisering, såfremt moderselskaber mv. er beliggende i et land med en "normal" selskabsskattesats.

184. Se hertil *Niels Josephsen* i SU 1999.7.

Uagtet denne betænkelighed skal man dog også være opmærksom på, at der kan ske fradragsbegrænsning vedrørende sikrede danske lån. Ligeledes kan dette eksempelvis komme på tale, hvor et dansk selskab optager et lån i en dansk bank, hvortil der er stillet sikkerhed af det danske selskabs datterselskab, blot såfremt begge danske selskaber er kontrolleret af et koncernforbundet udenlandsk selskab¹⁸⁵.

En variant af ovenstående situation forekommer i praksis hvor et dansk moder/holdingselskab stiller garanti eller afgiver kautionserklæring overfor eksempelvis en dansk kreditforening der låner penge til et andet dansk selskab, hvor begge danske selskaber er koncernforbundne med et udenlandsk moderselskab. En sådan situation vedrører som udgangspunkt et rent dansk låneforhold. Spørgsmålet er herved om også en sådan sikkerhedsstillelse også skal anses som kontrolleret gæld. Ordlyden af SEL § 11, stk. 1 vil formentlig medføre, at der vil være tale om kontrolleret gæld. Situationen er dog omfattet af konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4. Det er dog uklart om ordlyden af denne bestemmelse kan udstrækkes til også at vedrøre fastlæggelsen af kontrolleret gæld. Er dette tilfældet, vil der i situationen være tale om et internt dansk lån der skal elimineres efter konsolideringsreglen. Såfremt dette ikke var tilfældet ville der opstå en forskelsbehandling mellem situationer, hvor der blev foretaget koncerninterne lån i Danmark og situationer, hvor der foretaget indirekte sikkerhedsstillelse. Det følger jo netop af SEL § 11, stk. 4, at et internt dansk lån ville blive elimineret ved den konsoliderede opgørelse mens dette ikke er tilfældet ved indirekte sikkerhedsstillelse. Konsekvensen er derfor at der fremkommer en større gæld mens denne ikke kan nedbringes gennem konsolideringen.

Herefter behandles de dokumentationsmuligheder, der findes til afkræftelse af formodningsreglen.

2.7 Dokumentation

2.7.1 Generelt

Den formodningsregel der skabes af SEL § 11 om, at alle lånemellemværender mellem koncernselskaber mv., der bevirker, at solvensen i debitorselskabet falder til under 20% er skattebegrundede, kan afkræftes, såfremt skatteyderen godtgør, at den givne finansiering er på armslængde vilkår.

Af SEL § 11, stk. 1, sidste pkt. følger det at: *“...fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter”*. Dette vil sige, at finansieringen i debitorselskabet skal opfylde en armslængde test. Herved kan

185. Jf. eksemplet hos Lars Cort Hansen i TfS 1998.569, s. 1668.

det nok konstateres, at reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 underkaster sig det almindelige armlængde princip, som dette i Danmark nu kommer til udtryk i LL § 2. Undgåelse af fradragsbeskæring, som følge af godtgørelse for finansieringens markedsmæssighed, afhænger af en konkret samlet vurdering, hvor det navnlig er af betydning, om en uafhængig långiver under hensyntagen til låntagers kommercielle og økonomiske situation ville yde selskabet eller filialen et tilsvarende lån på de givne vilkår. Heri ligger tillige, at lånet ville være ydet, uden at der stilles sikkerhed fra de kontrollerende ejere eller øvrige koncernselskaber.

I det følgende undersøges nærmere de enkelte momenter, der kan indgå i dokumentationen fra skatteyderens side.

2.7.2 Branchesoliditet

Ved vurderingen af finansieringsvilkårenes armlængdemæssighed kan der foretages en sammenligning med soliditetsgraden i den pågældende branche. Hvis forholdet mellem gæld og egenkapital ikke afviger fra den gennemsnitlige soliditetsgrad i branchen, vil dette normalt indicere, at lånet kunne være ydet af en uafhængig part. Kapitalforhold i de enkelte brancher er således et hensyn, der kan indgå i den konkrete vurdering af, om der skal ske fradragsbeskæring for renter og kurstab på koncerninterne lån. Inddragelsen af branchesoliditet er således et af de elementer, der vedrører en samlet bedømmelse af, om lånevilkårene svarer til lånevilkår i det fri marked. En jævnførelse med gennemsnitlig branchesoliditet kan således indikere, om lånet kunne være ydet på de givne vilkår, eller om der eventuelt ville have været krævet en højere forrentning eller større sikkerhedsstillelse mv.

Det bemærkes i denne forbindelse, at soliditeten kan variere mellem forskellige brancher og forskellige typer af virksomheder¹⁸⁶.

Nyoprettede virksomheder må også antages at have en højere grad af fremmed finansiering. Afviger forholdet mellem gæld og egenkapital så-

186. Jan Pedersen anfører i *Transfer pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 86, at det generelt gælder, at kapitalkrævende og risikofyldte brancher har højere grad af fremmed finansiering. Dette står dog i modstrid med de almindelige økonomiske betragtninger i den økonomividskabelige litteratur. Her anføres det således, at gældsandelen i risikoprægede brancher alt andet lige vil være mindre grundet behovet for den større sikkerhedsmargin for at undgå insolvens med dertil hørende konkursomkostninger, se hertil gennemgangen i del I, afsnit 4.4.

ledes ikke fra den gennemsnitlige soliditetsgrad i branchen, vil dette normalt indikere, at lånet kunne være ydet af en uafhængig part¹⁸⁷.

2.7.3 Konkrete lånetilbud

Under behandlingen af L 53 (lov nr. 1026 af 23.12. 1998) blev det til en vis grad afklaret, hvorledes konkrete lånetilbud kan bevirke opfyldelse af dokumentationskravet i SEL § 11, stk. 1, sidste pkt. Bemærkningerne til L 101 er ikke ganske klare med hensyn til kravet til den dokumentation, som et selskab skal indhente for at godtgøre, at et koncerninternt lån også kunne være ydet af en uafhængig part. I praksis kan det ofte være en anvendelig fremgangsmåde for et selskab eller et fast driftssted at dokumentere, at et koncerninternt lån kunne være ydet af en uafhængig part, hvis selskabets normale bankforbindelse udfærdiger et konkret lånetilbud ved udløbet af selskabets eller det faste driftssteds indkomstår, da selskabets bankforbindelse allerede har foretaget en kreditvurdering af selskabet. I spørgsmål 6 i bilag 15 til L 53 blev Skatteministeren således anmodet om at oplyse, hvorvidt et konkret lånetilbud fra en uafhængig bank kan anses for tilstrækkelig dokumentation for et selskab eller fast driftssted for, at et koncerninternt lån kunne være ydet af en uafhængig part. Det var spørgsmålsstillerens opfattelse, at et sådant konkret lånetilbud fra en bank i mange tilfælde vil kunne anses for en tilstrækkelig dokumentation for, at lånet kunne være ydet af en uafhængig part, hvis vilkår, afdragsprofil og rentesats mv. i lånetilbuddet svarer til vilkårene for det koncerninterne lån. I bilag 19 til L 53 svarede Skatteministeren, at det må afhænge af de konkrete omstændigheder, om et lånetilbud kan anses for tilstrækkelig dokumentation for, at et koncerninternt lån kunne have været ydet af en uafhængig part. Det må derfor indtil videre anses som værende et åbent spørgsmål, hvorledes behandlingen af konkrete lånetilbud vil blive håndteret i praksis.

2.7.4 Lovfæstede solvenskrav og filialer af udenlandske kreditinstitutter

Der vil formentlig i brancher, hvor der i lovgivningen er fastsat særlige solvenskrav, som tilfældet er for eksempelvis banker og andre finansielle

187. Denne soliditetssammenligning gøres til genstand for kritik hos *Klaus Okholm*, der i Inspi 1998/9, s. 40 bemærker, at bemærkningen er interessant, idet Skatteministeren 14.11.1997 i forbindelse med behandlingen af L 84 om transfer pricing lovgivningen i SKL § 3 B udtalte, at det ikke er nødvendigt for virksomhederne at købe sig adgang til databaser med sammenlignelige data. Dette fulgtes op i Cirk. nr. 84 af 15.6.1998, pkt. 4.2., der nu er erstattet af LV 1999 S.I.2.6. Forfatteren finder – med rette – at et sådant krav herved er ved at snige sig ind ad bagdøren. Der henvises til del I for en gennemgang af soliditetsforhold i praksis i dansk erhvervsliv.

virksomheder, normalt være adgang til at foretage fradrag, selv om forholdet mellem gæld og egenkapital opgjort efter SEL § 11 overstiger 4:1, jf. Cirk. nr. 135 af 2.9.1999, pkt. 8.1 og 8.2. Allerede under behandlingen af L 101 fremførte Finansrådet (jf. bilag 2), at det ville give anledning til store problemer for den finansielle sektor, hvor den lovfæstede solvensprocent er 8, såfremt der skal leves op til et generelt skatteretligt krav om solvens på 20%. Skatteministeren svarede hertil, at reglerne om tynd kapitalisering er søgt udformet således, at de indebærer en høj grad af overskuelighed og enkelhed [SIC!]. Det betyder blandt andet at der ikke er fundet anledning til at lave branchespecifikke regler samtidig med, at det fastsatte solvenskrav i international kontekst er relativt højt sat. Der indgår i reglerne derfor såvel den faste grænse ved forholdet 4:1 samt adgang til at foretage en konkret vurdering af den enkelte lånesituation. På denne baggrund finder Skatteministeren, selvom der ikke blev fastsat særregler for finanssektoren eller branchespecifikke regler i almindelighed, at der med reglerne er taget tilstrækkelig højde for at kapitalforhold i de enkelte brancher, et hensyn der kan indgå i den konkrete vurdering af, om der skal ske fradragsbegrænsning. Ministeren fremhævede endeligt i denne forbindelse, at branchespecifikke regler ej heller typisk forekommer i andre lande med regler om tynd kapitalisering¹⁸⁸. Modsat dette et det blevet ytret, at særregler for den finansielle sektor formentlig bør indføres idet visse uhensigtsmæssigheder ellers vil indtræde¹⁸⁹.

Der gælder særlige forhold for filialer af udenlandske kreditinstitutter, idet det som udgangspunkt forudsættes, at forholdet mellem gæld og egenkapital ("soliditetsgraden") i filialen ikke er lavere end i det udenlandske kreditinstitut selv, medmindre det udenlandske kreditinstitut er

188. Se hertil også *Detlev J. Piltz*: *Cahiers de Droit Fiscal International*, International aspects of thin capitalization, Vol. 82b, 1996, s. 123, der dog ikke konkluderer så håndfast som Skatteministeren.

189. Jf. for eksempel *Lars Cort Hansen* i SU 1998.236 der anfører, at det vil være hensigtsmæssigt at indføre branchespecifikke regler i Danmark for den finansielle sektor, således at der ikke sker fradragsbegrænsning i skattemæssig henseende, såfremt øvrige lovmæssige solvenskrav mv. opfyldes. I modsat fald, anføres det, kan skattereglerne have den følge, at de øvrige offentlig-/privatretnlige regler sættes ud af kraft. Se endvidere *Niels Josephsen* i SU 1999.7 og *Christen Amby* i SO 1998.270 hvor sidstnævnte påpeger problemets eksistens dog uden at tage stilling hertil.

etableret med henblik på filialdrift i andre lande, jf. også pkt. 8.2. i Cirk. nr. 135 af 2.9. 1999¹⁹⁰.

2.7.5 Konkrete forhold i låneaftalen

I bemærkningerne til L 101 anføres det endvidere, at der kan tages hensyn til de konkrete forhold i låneaftalen ved vurderingen af, om de enkelte lån opfylder armslængde princippet. Der henvises i denne forbindelse som vejledende parametre til de elementer, der opregnes af OECD i rapporten – Thin Capitalisation, Issues in International Taxation, 1987, pkt. 75. OECD opregner følgende momenter, der kan tages hensyn til ved bedømmelsen¹⁹¹:

- om forholdet mellem gæld og egenkapital blev meget højt som følge af lånet,
- om lånet tilgodeser et langfristet finansieringsbehov hos selskabet,
- om lånet er ydet i forbindelse med, at selskabet har lidt betydelige tab,
- om renten på lånet er afhængig af selskabets resultat,
- om lånet er konvertibelt,
- om renten på lånet er urimeligt høj,

190. En tidligere formulering af et udkast til cirkulæret indebar, at der i denne forbindelse blev talt om soliditetsgraden i filialer. Dette blev ændret i den endelige udgave, idet FSR i foreningens høringssvar havde kritiseret brugen af begrebet solvensgrad for en filial. Således anførte foreningen, at det ingen mening giver at tale om soliditetgrader for filialer. Yderligere blev det anført, at det kunne ønskes uddybet, hvilke situationer der tænkes på i cirkulæret, hvor der ikke er fuldstændig lighed mellem soliditetsgraden i filialen og selve kreditinstituttet. Endelig blev det anført, at der er behov for at afklare, om tilsvarende synspunkter gør sig gældende for filialer generelt, eller om dette udelukkende er tilfældet for så vidt angår udenlandske kreditinstitutters filialer i Danmark. FSR spurgte ligeledes om anvendeligheden af SEL § 11, stk. 4, når kun en finansiel virksomhed er tyndt kapitaliseret mens de øvrige selskaber ikke er det. Spørgsmålet er i denne forbindelse, om fradragsbeskæringen samlet set falder bort for koncernens danske selskaber eller om dette kun gælder for det danske selskab, når det finansielle selskab (filial), kan godtgøre markedsmæssigheden i finansieringen heraf. Spørgsmålet er stadig ikke endeligt afklaret, idet Skatteministeriet hertil svarede, at det i alle situationer afhænger af en konkret vurdering.

191. Det er interessant at observere, at denne rapport er nævnt i bemærkningerne til L 101 for så vidt angår dansk ret (lov nr. 432 af 28.6. 1998). Det er uklart, om hele rapporten herved får retskildeværdi som forarbejder selvom der udelukkende henvises til opregningen af kriterier vedrørende til vurderingen af givne finansieringsarrangements markedsmæssighed. Det skal yderligere bemærkes, at OECD benytter de opregnede kriterier til bestemmelsen af, hvorvidt en given finansiering har gælds- eller egenkapitalkarakteristika.

- om lånet i henseende til rentebetaling eller tilbagebetaling af selve lånebeløbet er efterstillet øvrige kreditorer (herunder uafhængige långivere),
- om der ikke er nogen aftale om, på hvilket tidspunkt lånet skal betales tilbage, eller
- om tilbagebetalingen er afhængig af selskabets indtjening.

Tilstedeværelsen af ét af disse momenter kan være en vigtig, men ikke nødvendigvis afgørende faktor ved vurderingen af, om armslængde princippet er overholdt og dermed om fradragsretten skal beskæres. Jo flere momenter der er til stede, desto større vil sandsynligheden være for, at der ikke er tale om et reelt lån, der kunne være ydet af en uafhængig part, og at fradragsretten derfor skal beskæres. Et selskab er ikke afskåret fra at godtgøre, at långivningen kunne være ydet af en uafhængig part, selvom et eller flere af disse momenter er til stede. Tilsvarende har selskabet, hvor ingen af de nævnte momenter er til stede ikke hermed automatisk godtgjort, at selskabets finansiering kunne være ydet af en uafhængig part. Denne vurdering relaterer sig ikke til, hvorvidt selve lånet kunne være ydet på lignende vilkår, men snarere om lånet overhovedet kunne opnås. Vurderingen efter de opregnede momenter går således mere i retning af en vurdering af lånets karakter som lån, eller om dette har karakter af skjult egenkapital.

Endelig fremkommer det af bemærkningerne til L 101, at den del af en given fradragsbeskæring, der vedrører et lån, for hvilket det er dokumenteret, at det kunne være opnået hos en uafhængig tredjepart, falder bort. Hermed tilkendegives det formentlig, at koncernen har mulighed for at dokumentere markedsmæssigheden i et enkelt lån i selskabets fremmedfinansiering. Dette følger formentlig af ordene *“i det omfang”*, der må betyde, at der skal foretages en selvstændig vurdering af hver enkelt kontrolleret gældsforhold. På den anden side udelukker dette ordvalg nok ikke koncernens mulighed for at gøre noget tilsvarende for hele fremmedfinansieringen og hermed dokumentere, at denne kunne være opnået på tilsvarende vis hos en uafhængig part.

Da ovenstående kriterier i vidt omfang er baseret på bemærkningerne til SEL § 11, kan der retligt stilles det spørgsmål, om disse kriterier er de samme momenter, der indgår i bedømmelsen af markedsmæssigheden af lån efter LL § 2, og herved om der i givet fald vil være overensstemmelse mellem armslængde vurderingerne efter de to bestemmelser¹⁹². Denne spørgsmålsstilling lyder som udgangspunkt helt absurd, idet der

192. Jf. herom *Lars Cort Hansen*: Tynd kapitalisering – armslængdeprincippet i SU 2000.55.

i sagens natur kun kan findes ét armslængde princip¹⁹³. Dog er der ikke klarhed om dette spørgsmål, hvilket til dels kan tilskrives formuleringen af bemærkningerne til L 101. I relation til LL § 2 og SKL § 3 B henvises der til OECD Transfer Pricing Guidelines, mens der for så vidt angår SEL § 11 henvises til OECD's rapport om tynd kapitalisering fra 1987¹⁹⁴. På denne baggrund kan stilles spørgsmålet, om disse forskellige henvisninger i realiteten indebærer, at der er tale om to forskellige armslængde vurderinger. Med henvisning til den overordnede begrebsfastlæggelse i OECD-regi af armslængde princippet i OECD MDBO art. 9 må det dog konstateres, at det ikke kan antages, at der eksisterer to forskellige armslængde begreber. Der erindres herved, netop at reguleringer som følge af tynd kapitalisering antageligvis kan rummes i OECD MDBO art. 9. Yderligere er det anført i Transfer Pricing Guidelines, at rapporten om tynd kapitalisering udgør en særreport, der uddyber nogle af de særegne problemstillinger på området for tynd kapitalisering, der er en underkategori af transfer pricing i almindelighed¹⁹⁵. Heraf må det også sluttes, at der heller ikke i dansk skatteret er tale om to forskellige armslængde begreber.

Som udgangspunkt finder de transaktionsbaserede metoder anvendelse til vurdering af givne låns markedsmæssighed, men der må ved den konkrete vurdering efter SEL § 11 indgå en række supplerende momenter, som formentlig kan udledes af OECD's rapport om tynd kapitalisering fra 1987¹⁹⁶. Men udgangspunktet bør fastholdes, idet det principielt er de samme kriterier, der skal anvendes ved den konkrete vurdering af givne lån. Det skal herved også anføres, at det forekommer betænkeligt, såfremt en vurdering efter LL § 2 kunne foretages uden at tage hensyn til de elementer, der fremgår af den særlige rapport om tynd kapitalisering, herunder blandt andet om selskabet er solvent¹⁹⁷. Formuleringen af LL § 2 indebærer da også, at der skal ses på andre konkrete elementer i lånet

193. I praksis er der udelukkende den forskel mellem de to bestemmelser, SEL § 11 henholdsvis LL § 2 vedrørende lån, at armslængdevurderingen skal foretages på forskellige tidspunkter, henholdsvis ved indkomstårets udløb og på låneoptagelses-tidspunktet.

194. OECD; Thin Capitalisation, Issues in International Taxation, No. 2, 1987.

195. Det erindres at der også er varslet udarbejdet et selvstændigt kapitel i Guidelines vedrørende tynd kapitalisering. I relation til OECD's rapport om tynd kapitalisering skal det også erindres, at de i denne opregnede kriterier benyttes til bestemmelsen af, hvorvidt en given finansiering har gælds- eller egenkapitalkarakteristika og ikke til en egentlig armslængde vurdering.

196. Jf. *Lars Cort Hansen* i SU 2000.55.

197. Selvom det må erkendes, at disse momenter er opstillet med henblik på vurderingen af, om et givent kapitalsindskud antager karakter af egen- eller fremmedkapital.

end selve rentesatsen. En konkret armslængdevurdering må på ovenstående baggrund være identisk efter LL § 2 og SEL § 11, og såfremt der er sket en korrektion af givne lån efter LL § 2, må dette pr. definition indebære en afkræftelse af formodningsreglen i SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. Der er med andre ord tale om to sider af samme sag¹⁹⁸.

Hermed er grænsen for den samlede korrektion også givet, idet kun én af bestemmelserne kan finde anvendelse på det givne låneforhold, idet den samlede korrektion ellers formentlig vil være i strid med OECD's anbefalinger vedrørende tynd kapitalisering og OECD MDBO art. 9, stk. 1.

Herefter behandles spørgsmålet om bevisbyrde.

2.7.6 Bevisbyrde¹⁹⁹

Det er skatteyderne der har dokumentationspligten, såfremt det ønskes godtgjort, at en lignende finansiering kunne opnås hos en uafhængig tredjemand. I almindelighed gælder det dog på skatteområdet, at bevisbyrden påhviler skattemyndighederne²⁰⁰.

Efter de almindelige transfer pricing regler påhviler bevisbyrden påhviler skattemyndighederne, hvorved altså introduktionen af SKL § 3 B og LL § 2 ikke har rykket ved dette udgangspunkt²⁰¹. Som udgangspunkt må det antages, at bevisbyrden efter reglerne om tynd kapitalisering antager samme form som efter de almindelige transfer pricing regler, jf. LL § 2 og dokumentations- og oplysningsreglerne i SKL § 3 B. Der stilles efter SEL § 11 strengere beviskrav end efter LL § 2, idet der stilles krav om fremskaffelse af sammenlignelige data samt eksempelvis eksternt udarbejdede kreditværdighedsanalyser mv.²⁰². Dette beviskrav indebærer i realiteten omvendt bevisbyrde, men giver ikke i sig selv anledning til betænkeligheder, idet bevisbyrdekravet er hjemlet med formuleringen af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.: *“...Fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter.”*

Med introduktionen af den omvendte bevisbyrde er den omtalte formodningsregel tilvejebragt, hvorefter armslængdeprincippet ikke formodes opfyldt, såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital overstiger

198. Jf. Lars Cort Hansen i SU 2000.55.

199. Se herom tillige afsnit 3 nedenfor.

200. Dog med mulighed for indtræden af processuel skadevirkning for selskabet, såfremt dette ikke opfylder en påhvilende oplysningspligt, jf. herved RPL § 344, stk. 2 og 3.

201. Se herom eksempelvis Peter Bang i SU 1999.59 og Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 72 f.

202. Se herved Klaus Okholm i Inspi 1998/9, s. 41.

den objektive regel på 4:1. Det er herefter op til selskabet at afkræfte denne formodning²⁰³.

2.7.7 Sikkerhed på markedsmæssige vilkår

I bilag 4 til L 101 angav FSR i sit høringssvar, at der kan opstå problemer vedrørende sådanne situationer, hvor en forbunden part har stillet sikkerhed på markedsmæssige vilkår over for en uafhængig långiver. Ministeren svarede hertil, at lån fra tredjemand, for hvilke koncernforbundne selskaber stiller sikkerhed, det være sig direkte eller indirekte, anses som kontrolleret gæld. For at undgå fradragsbegrænsning for et sådant lån skal debitorselskabet kunne dokumentere, at lånet kunne være optaget mellem uafhængige parter, uden at der stilles sikkerhed fra koncernforbundne selskaber, jf. samme svar som ovenfor vedrørende begreberne direkte og indirekte sikkerhedsstillelse, jf. bilag 8 til L 101²⁰⁴.

Bevisbyrdespørgsmålet kan yderligere komme på prøve i sådanne situationer hvor debitorselskabet har tabt egenkapitalen og derved ikke har fradrag for sine renteudgifter efter SEL § 11. Konkret kan selskabet have meget svært ved at løfte armlængde testen, idet selskabets soliditet indgår i denne, og en uafhængig tredjemand ikke må antages at ville udlåne penge til et selskab med ingen eller yderst begrænset egenkapital uden tilsvarende sikkerhedsstillelse. Det kunne overvejes, om der i sådanne situationer ved godtgørelsen kunne tages udgangspunkt i selskabets kapitalforhold på tidspunktet for låneoptagelsen. I henhold til OECD's rapport om emnet lader det til, at gældsandele på tidspunktet

203. Der kan siges at være tale om en negativ formodningsregel. Det kan imidlertid også antages, at man kan anse den objektive regel om 4:1 for at indeholde en positiv formodningsregel, idet der er skabt formodning for overholdelse af armlængde princippet, såfremt forholdet mellem gæld og egenkapital ikke overstiger forholdet 4:1.

204. Denne fortolkning af SEL § 11, stk. 1, sidste pkt., hvorefter skatteministeriet i forbindelse med lovforslagets behandling har tilkendegivet, at selskabet skal kunne dokumentere, at lånet kunne være opnået uden sikkerhedsstillelse fra den kontrollerende ejerkreds, finder *Lars Cort Hansen* i TfS 1998.569, udgør en indskrænkning i adgangen til at godtgøre finansieringernes markedsmæssighed. Under henvisning til lovens ordlyd og bemærkningerne til bestemmelsen synes der ikke at være holdpunkter for et krav om, at selskaber skal kunne dokumentere, at et lån kunne være opnået hos en uafhængig part uden at der stilles sikkerhed for lånet. På denne baggrund finder forfatteren, at en almindelig juridisk forståelse af bestemmelsen må føre til, at selskaber der kan godtgøre, at et lån kan optages på lignende vilkår mellem uafhængige parter, herunder at uafhængige parter også ville kunne have stillet samme sikkerhed for lånet ikke skal undergives fradragsbegrænsning. Det er svært at se den nærmere begrundelse herfor, idet armlængde vurderingen ikke bør tage udgangspunkt i en situation, hvor kontrollerende ejere har stillet sikkerhed for lånet.

for låneoptagelsen skal overvejes. Dog må det formentlig erkendes, at de danske regler er udformet så tilpas objektivt, at dokumentationen skal kunne foretages ved indkomstårets udløb.

Omfattet af SEL § 11 er formentlig også sådanne situationer, hvor et udenlandsk moderselskab har stillet sikkerhed for et lån for debitorselskaber, men får en provision herfor. Der er ikke tale om markedsmæssige vilkår, såfremt debitorselskabet ikke ville have kunnet opnå et lån på tilsvarende vilkår under samme forudsætninger. Udfaldet kunne tænkes anderledes, såfremt tredjemand ville stille sikkerhed mod en provision.

Såfremt et moderselskab stiller selvskyldnerkaution for debitorselskabets gæld (eller en del heraf), er der formentlig ligeledes tale om indirekte sikkerhedsstillelse efter SEL § 11. Markedsmæssige vilkår ville kræve en modydelse.

I det følgende behandles de særlige problemer, der vedrører filialers dokumentation i henhold til SEL § 11.

2.7.8 Særligt om faste driftssteder

I relation til faste driftssteder opstår der yderligere et problem i forbindelse med dokumentationsmulighederne efter SEL § 11, stk. 1, sidste pkt. Spørgsmålet er således, hvorvidt det er muligt for et fast driftssted at godtgøre, at det kunne opnå en tilsvarende finansiering fra en tredjemand²⁰⁵. Dette afhænger for så vidt af, om det faste driftssted skal vurderes isoleret set (fra en stand-alone-betragtning,) eller om det udenlandske selskab (hovedkontoret) skal inddrages i vurderingen.

Umiddelbart er det tvivlsomt at konstatere, hvorvidt der skal ses på det faste driftssted eller den juridiske enhed i sådanne tilfælde, hvor den givne finansiering skal dokumenteres som værende på markedsmæssige vilkår. Ud fra en modsætningsslutning af pkt. 8.2. i Cirk. nr. 135 af 2.9.1999 må det antages, at der skal foretages stand-alone vurderinger undtagen i sådanne situationer, hvor der er tale om bankfilialer eller filialer af kreditinstitutter²⁰⁶. Det er dog som nævnt tvivlsomt, om det overhovedet giver nogen mening at tale om soliditetsgrad for en filial, og det burde være anført i angivne cirkulære, hvilke situationer der tænkes på, hvor der ikke skulle være fuldstændig lighed mellem soliditetsgraden i filialen og selve hovedvirksomheden, sml. FRS's høringssvar til cirkulæret ad pkt. 8.2.

205. Jf. herved *Susanne Pedersen og Klaus Okholm* i SU 1999.94 – Lån og garantistillelser mellem koncernforbundne selskaber.

206. Sml. antagelsen hos *Susanne Pedersen og Klaus Okholm* op.cit. før fremkomsten af nævnte cirkulære.

I Cirk. nr. 135 af 2.9.1999 angives det i pkt. 8.2., at reglerne om tynd kapitalisering finder anvendelse for filialer i det omfang, der anerkendes at være fradragsret. Dette giver desværre ikke noget klart billede af situationen. Selvom der tidligere i anførte cirkulære udelukkende fremhæves de særlige forhold, der følger af international praksis for forskellige dele af finansforetagender, der tillader fradragsret, er den fremhævede formulering af en sådan uklar karakter, at reglerne også ud fra en ordlydsfortolkning kan antages at finde anvendelse i andre situationer, hvor der altså ikke er tale om finansfilialer.

Herefter vil det være særdeles vanskeligt at dokumentere, at det faste driftssted kunne opnå en tilsvarende finansiering fra en uafhængig tredjemand. Dette kan begrundes med, at det faste driftssted ikke kan bringe sig i en situation, hvor hovedkontoret ikke også hæfter for gælden. Reelt vil fremskaffelse af dokumentation for finansieringens markedsmæssighed derfor være udelukket, medmindre det faste driftssted kan godtgøre, hvad en uafhængig virksomhed af tilsvarende karakter og omfang ville kunne opnå af finansiering fra en uafhængig tredjemand.

2.7.9 Praktisk dokumentationshåndtering, bench marking, mv.
Debitorselskaber kan søge at argumentere ud fra de enkelte vurderingselementer af låneforhold, der indgår i LV 1999 S.I.3. Der er i alle tilfælde tale om en samlet konkret vurdering fra myndighedernes side. Dette gør det naturligvis svært at anføre noget generelt herom. Dog må det anføres, at det alt andet lige gælder, at der på det fri lånemarked vil være restriktive lånevilkår for et tyndt kapitaliseret selskab (høj rente, sikkerhed, kort løbetid osv.). Såfremt et selskab er tæt på at være fuldstændigt gældsfinansieret er spørgsmålet vel også, om der findes et lånemarked for debitorselskaber i samme situation. I sådanne situationer vil koncernselskaber kunne tilføre debitor likviditet grundet koncernforbindelsen. Det er i denne forbindelse svært at forestille sig, at der kan antages at findes et (accepteret) marked for koncern interne lån, der kunne danne grundlag for sammenligningen.

De mest ligefremme metoder er generelt at søge at indhente eksterne lånetilbud. Også kreditværdighedsanalyser og andre forhold kan som nævnt tillægges betydning. Et vigtigt forhold i den forbindelse kan i praksis være at armslængde testen søges opfyldt ved at sammenligne med øvrige virksomheder i samme branche. Typisk har rådgiver adgang til databaser, hvorefter der kan foretages sådanne sammenligninger.

Der er særligt behov herfor i den finansielle branche, hvor solvensgraden for banker lovfæstet skal være 8% baseret på vægtede aktiver. Der kan derfor som et led i dokumentationen for selskaber i denne branche beregnes en uvægtet solvensgrad for disse selskaber til sammenligning

med skatteyderen. Det anerkendes dog efterhånden, at der er fradragsret for finansielle virksomheder, der opfylder de i øvrigt lovfæstede krav hertil, jf. Cirk. nr. 135 af 2.9. 1999, pkt. 8.1., selvom der dog lægges op til, at der skal foretages en konkret vurdering, jf. ordet *normalt*. Den praktiske dokumentationshåndtering volder, som indikeret ovenfor, store problemer for filialer i almindelighed og der er ikke udstukket nærmere retningslinier herfor.

Det er givet, at der skal foretages en vurdering ved udgangen af hvert indkomstår, hvilket i visse virksomheder kan indebære, at ikke bogførte aktiver skal værdiansættes til brug for vurderingen efter SEL § 11 med meromkostninger til følge for virksomhederne (efterlevelsесomkostninger). Udgangspunktet er dog typisk, at man efterser årets regnskabstal og budgetter for herved at danne sig et overblik over, hvorvidt debitorselskab overhovedet kan komme i nærheden af farezonen.

Det er min vurdering, at det kræver en stor indsats for skatteyderne at løfte bevisbyrden i sager vedrørende tynd kapitalisering. Det skal således konkret fra situation til situation vurderes, hvilken dokumentationsstrategi der vælges, såfremt det i det hele taget kan betale sig at sætte noget sådant i værk. Fradragsbeskæringens størrelse skal således holdes op mod de formodede efterlevelsесomkostninger.

Som det allerede er anført, kan det ikke antages, at der findes to forskellige armslængde vurderinger alt afhængigt af om vurderingen foretages efter SEL § 11 eller LL § 2. Derfor kan den hidtidige praksis fra transfer pricing området også tillægges betydning i relation til dokumentationshåndteringen ved tynd kapitalisering. Således kan kommercielle, driftsmæssige, økonomiske eller andre objektive omstændigheder tilsige en fravigelse af sædvanligvis almindelige lånevilkår²⁰⁷. I vurderingen af lånevilkår indgår naturligvis rentesatsen, men også som en vurdering heraf de konkrete afdrags- og opsigelsesbetingelser mv. Af yderligere betydning er navnlig finansieringens karakter af kortfristet eller langfristet långivning, graden af sikkerhedsstillelse, kursrisiko på de involverede valutaer etc. Det er ikke ganske klart, hvilken objektiv rentestørrelse de danske skattemyndigheder vil anvende i praksis. Formentlig gælder det, fortsat, at maksimum for rentebetalingen er det beløb i danske kroner, som et tilsvarende lån optaget på samme tidspunkt i Danmark ville have kostet. Kurssvingninger i den udlånte valuta kan dog medføre, at højere eller lavere rente må accepteres²⁰⁸. Formentlig vil den gældende

207. Jf. herved *Jan Pedersen*: Transfer pricing – international skatteretlig belysning, 1998, s. 259 ff samt TfS 1993.249 LSR, TfS 1994.191 LR, TfS 1997.506 H (*Tage S. Nielsen*), TfS 1997.102 Ø og TfS 1997.862 LSR.

208. Jf. *Jan Pedersen* op.cit., s. 261 f.

praksis med fastsættelse af markedsrente som diskontoen + 4% p.a., selvom denne ofte er blevet kritiseret for ikke at være anvendelig. I stedet kunne anvendes en armslængde rente med tilknytning til den markeds-mæssige indlånsrente. Herved kunne formentlig med fordel kursgevinstlovens mindsterente inddrages, jf. KGL § 38²⁰⁹.

Herefter behandles gældsbegrebet i SEL § 11, stk. 2.

2.8 Gældsbegrebet

2.8.1 Generelt

Som det fremgår af SEL § 11, stk. 1 er det nødvendigt for at foretage en opgørelse af den eventuelle fradragsbegrænsning, at det defineres, hvad der forstås ved gæld. Dette begreb defineres til brug for reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, stk. 2. Heraf følger:

Stk. 2

Som gæld anses gæld i henhold til fordringer omfattet af kursgevinstloven samt konvertible obligationer. Gælden opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb.

Heraf fremkommer det, at gældsbegrebet dækker over gæld i henhold til alle fordringer omfattet af kursgevinstlovens bestemmelser. Det var forudsat ved vedtagelsen af kursgevinstloven fra 1997, at loven udtømmende regulerer gevinst og tab ved alle typer pengefordringer og gæld bortset fra, hvor loven direkte henviser til statsskattelovens regler. Kursgevinstloven omfatter derfor som udgangspunkt gæld i henhold til alle pengefordringer, uanset deres art. Afgørende er alene, om der foreligger et retligt krav på betaling i form af penge. Det er i denne forbindelse uden betydning, hvorledes fordringen opstår, idet for eksempel gevinst eller tab på et *erstatningskrav* i princippet kan behandles efter kursgevinstloven. Omfattet er således *obligationer*, *pantebreve* og andre pengefordringer samt gevinst eller tab på fordringer, der erhverves ved *kreditsalg*, *løntilgodehavender* og *lejlighedslån* uden sikkerhedsstillelse der alle er eksempler på fordringer i kursgevinstlovens forstand. Der etableres derimod ikke et gældsforhold ved påtagelsen af en *kautionsforpligtelse*.

Udbyttegivende gældsbreve er også pengefordringer og omfattes derfor af kursgevinstloven. Kursværdien af udbyttegivende gældsbreve skal derfor medregnes ved opgørelsen af forholdet mellem gæld og egenkapital som gæld. Det må dog påpeges, at fastlæggelsen af en sådan kurs er

209. Jf. herved *Ove Lykke Zeimer* i TfS 1994.345, *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, s. 271, *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner i skatteretlig belysning, 2000, s. 133ff og *Jan Pedersen* op.cit., 263.

forbundet med vanskeligheder, idet kursen er afhængig af det udstedende selskabs fremtidige afkast. Kursfastsættelsen kan herved tænkeligt tage udgangspunkt i debitorselskabets budgetter. Dog skal opmærksomheden rettes mod det forhold, at afkastet efter udbyttegivende gældsbreve formentlig ikke opfylder skatterettens rentebetingelser. Der er formentlig i stedet tale om et kurstab, der skal behandles efter kursgevinstloven.

Konvertible obligationer er alene omfattet af aktieavancebeskatningsloven fra og med indkomståret 1998, jf. ABL § 1, stk. 1. En konvertibel obligation er defineret ved, at der er tale om et gældsbrief udstedt af et selskab, der giver fordringshaveren ret til at vælge at konvertere sin fordring til aktier eller anpartar i selskabet til en på forhånd given kurs eller i stedet kræve fordringen indfriet på forfaldstidspunktet. Konvertible obligationer er udtryk for gæld indtil de konverteres til aktier, hvorefter der er tale om regulær egenkapital. Konverteringen er derfor udtryk for en kapitalforhøjelse. Udstederen af en konvertibel obligation beskattes ikke ved konverteringen idet der er tale om en udstedelse af aktier. I regnskabsmæssig sammenhæng opfattes konvertible obligationer tillige som gæld. Såfremt konvertible obligationer konverteres til aktier, forøges egenkapitalen i regnskabsmæssig sammenhæng²¹⁰.

Det forhold, at også kurstab skal medregnes efter SEL § 11, medfører, at overskudsafhængig rente på lån også medregnes ved opgørelsen af det beløb, der kan undergives fradragsbeskæring, idet denne som udgangspunkt skal medregnes som kurstab grundet det almindelige rentebegrebs snævre karakter, jf. TfS 1998.77 LR. Dog afhænger dette resultat formentlig af lånets vilkår²¹¹.

TfS 1998.77 LR

A påtænkte at yde parilån til selskaber omfattet af kursgevinstlovens § 2. Afkastet på fordringerne ville blive opdelt i 2 dele. De blev benævnt henholdsvis "basisrente" og "overskudsafhængigt afkast". "Basisrenten" kunne være såvel fast som variabel. Den ville blive beregnet som en procent-

210. Aage Michelsen kritiserer i NTS 1999/1, s. 99, at der med introduktionen af de hybride finansieringsformer; konvertible obligationer og udbyttegivende gældsbreve i selskabsretlig sammenhæng ved aktieselskabslovens indførelse (lov nr. 503 af 29.11.1973) ikke blev taget stilling til den skattemæssige behandling heraf. Siden er forholdene blevet afklaret, men særligt hvor der er tale om udbyttegivende konvertible obligationer, vil en tillægsrente ikke kunne behandles efter reglerne i kursgevinstloven, da konvertible obligationer som nævnt ikke er omfattet heraf. Det er derfor et åbent spørgsmål, hvorledes sådanne tillægsrenter skal behandles skatteretligt. Se også Svend Erik Holm i R&R 1997 SM 85.

211. Se også Niels Josephsen i SU 1999.7.

del af den til enhver tid værende gæld. Det “overskudsafhængige afkast” blev beregnet som en andel af overskuddet i det låntagende selskab. Der blev forespurgt, om afkastet skattemæssigt kunne anses for at være en rente. Ligningsrådet fandt, at den del af afkastet, der udgjorde “basisrenten”, skattemæssigt kunne anses for en rente. Den del af afkastet, der udgjorde “det overskudsafhængige afkast”, blev anset for en kursopskrivning. Debitor i låneforholdet ville have fradrag for dette kurstab, idet låneforholdet blev anset for sortstemplet.

Forrentningen af et udbyttegivende gældsbrev kunne således ikke anerkendes som en rente i skatteretlig forstand med deraf følgende fradragsret i henhold til SL § 6 e. Der blev herved lagt vægt på, at forrentningens størrelse er afhængig af virksomhedens økonomiske resultat og følgelig ikke lever op til rentedefinitionens betingelse om beregning på baggrund af den til enhver til værende restgæld. Såfremt det ikke er muligt på forhånd at beregne den pålydende rente, må en overskudsafhængig forrentning formentlig sidestilles med et fradragsberettiget kurstab.

Warrants er en ret, men ikke en pligt til at tegne nye aktier i det udstedende selskab. Exercise af warrants medfører derfor, at udstederselskabets aktiekapital forøges. Warrants omfattes udtrykkeligt ikke af kursgevinstloven, jf. § 30, stk. 1, nr. 2 og 4. I relation til reglerne om tynd kapitalisering vil warrants derfor blive medtaget som egenkapital, hvilket følger af den teknik, der ligger bag udstedelse af warrants. Dette kan illustreres ved, at der eksempelvis indbetales en præmie på 100 der giver tegningsret til 500 i aktier. Der vil således være en kassebeholdning på 100 (aktiv) og en gæld på 100. Ved selve tegningen af aktier kommer der 500 i kassebeholdning, og der bliver en egenkapital på 500, og de 100 i gæld elimineres. Derimod må det i regnskabsmæssig sammenhæng forholde sig således, at enhver præmie, der betales vedrørende warrants, behandles som gæld. Såfremt warranten exercises vil præmien og exerciseprisen omdannes til egenkapital.

Indeksbaserede obligationer er lån, hvor hovedstolen knyttes til et aktieindeks. Sådanne obligationer er omfattet af kursgevinstlovens regler, jf. TfS 1998.661 LR. Rentebetalinger vedrørende lånet er fradragsberettigede, og debitorselskabet har ligeledes fradragsret for kurstab. Disse obligationer er omfattet af gældsbegrebet i relation til reglerne om tynd kapitalisering. I regnskabsretlig sammenhæng behandles indeksbaserede obligationer tillige som lån.

Såkaldte *perceptual loans* er lån, der ikke har en udløbsdag eller har en meget lang løbetid og ikke skal tilbagebetales. Besidderen modtager dog en løbende betalingsstrøm. Et perceptual loan kan kombineres med overskuds/tabsrettighed (jouissance right) eller sammenblandes med en

efterstillet karakter. Der er ikke i dansk skatteret taget stilling til behandlingen af sådanne lån, men det må antages, at de vil blive behandlet efter kursgevinstlovens regler²¹². Dermed vil sådanne lån i givet fald indgå i gældsbegrebet efter reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11. Også i regnskabsmæssig sammenhæng vil perceptual loans blive behandlet som gæld.

Præferenceaktier beskattes som almindelige aktier og medregnes til selskabets egenkapital. I relation til SEL § 11, stk. 2 og 3 medregnes sådanne aktier derfor som egenkapital. Det samme gør sig gældende for så vidt angår den regnskabsmæssige behandling, hvorefter præferenceaktier medgår i selskabets egenkapital på lige fod med andre aktier.

Der er for så vidt heller ikke tvivl om, at *ansvarlig lånekapital* er omfattet af kursgevinstloven. Derfor behandles sådanne også som gæld, hvor der skal foretages en opgørelse i henhold til SEL § 11, stk. 2. I regnskabsmæssig henseende behandles ansvarlig lånekapital tillige som gæld i den særlige kategori i balancen, der benævnes efterstillede kapitalindskud.

Sleeping partners' indskud i virksomheder må opfattes som et låneforhold og dermed gæld i relation til kursgevinstloven. Dette afviger ikke fra behandlingen som langfristet fremmedkapital i regnskabsmæssig henseende.

Kursgevinstloven er trods udgangspunktet ikke udtømmende, hvorfor der kan forekomme situationer, der ikke er omfattet af denne lov. Der tænkes herved på de specielle tilfælde, hvor en gevinst for kreditor ved indfrielse anses som udbytte. Dette gælder udbetalinger, der uanset den formelle fremtrædelsesform i retlig henseende må kvalificeres som udbytte²¹³. Erhverves for eksempel alle aktier i et nødlidende selskab sammen med en fordring på dette selskab for 1 kr., vil afdrag på fordringen blive beskattet som maskeret udlodning. Det er formentlig ikke muligt at klarlægge præcist, hvornår sådanne omstændigheder er foreliggende omkring et selskabs erhvervelse af fordringer, at just nævnte konsekvens indtræder. Dog skal der formentlig være en sammenhæng mellem erhvervelsen af aktierne og erhvervelsen af fordringen.

Se hertil Tfs 1999.346 H

Sagen drejede sig om spørgsmålet, om beløb, som en eneaktionær modtog fra aktieselskabet, var udlodning af aktieudbytte eller afdrag på hans fordringer på selskabet. Et anpartsselskab, der var stiftet i 1979, blev i 1980

212. Sml. Erik Banner-Voigt og Jens Wittendorff i Journal of Derivatives and financial instruments 2000.3, Taxation of Hybrid Instruments in Denmark.

213. Jf. Tfs 1999.346 H (fysisk hovedaktionær) og R&R 1999 SM 327 (moderselskab) kommenteret af Svend Erik Holm i R&R 1999 SM 310 og Tfs 2000.318 Ø.

omdannet til aktieselskab under navnet Tradehaus Aalborg A/S med en aktiekapital på 100.000 kr., hvoraf sagsøgeren ejede 20 pct. Senere overtog et schweizisk selskab alle aktierne, og aktiekapitalen blev forhøjet til 300.000 kr. I 1987 købte sagsøgeren alle aktierne, nominelt 300.000 kr., for 1 kr., og nogle udenlandske selskaber solgte deres fordringer på aktieselskabet til sagsøgeren for 100 USD. De samlede fordringer udgjorde ca. 3,3 mio. kr. Sagsøgeren lagde overskudsgivende aktiviteter ind i selskabet, og for årene 1987 til 1991 modtog han som afdrag på fordringer i alt 2.443.386 kr. Landsretten fandt, ligesom tidligere skattemyndighederne, at der var tale om en maskeret udlodning af aktieudbytte, som var skattepligtig i medfør af ligningslovens § 16 A, stk. 1. Højesteret stadfæstede landsrettens dom.

Når således en fordring ikke anses for at være omfattet af kursgevinstloven, kan den ej heller medregnes ved bedømmelsen af, hvorvidt et debitorselskab er tyndt kapitaliseret i henhold til SEL § 11.

Det er ligeledes uafklaret, hvorledes såkaldte *earn outs* eller *løbende ydelser* skal behandles i denne forbindelse. Det erhvervede aktiv skal indgå ved opgørelsen af debitorselskabets aktiver, hvad enten dette er optaget i regnskabet eller ej. Den skattemæssige behandling af løbende ydelser som følge af gensidigt bebyrdende aftaler følger af LL § 12 B. Det er således usikkert, hvorvidt der er tale om gæld i henhold til kursgevinstloven, såfremt et debitorselskab har foretaget et aktivkøb, der betales med løbende ydelser.

Det kan antages, at der herved at påtaget en retlig forpligtelse, der indebærer, at der er tale om gæld i kursgevinstlovens forstand. Dog kan der ikke fastlægges noget endeligt retligt krav idet dette kan ændres i fremtiden. Det er uklart om der gælder et krav om at kunne fastsætte den eksakte talstørrelse af gæld efter kursgevinstloven. Det springende punkt bliver herefter fastsættelsen af værdien af denne gældsforpligtelse. Hertil kan der siges, at det må have formodningen for sig, at der skal anvendes en tilsvarende værdi som den, der medtages som et aktiv. Værdien skal kapitaliseres eventuelt i overensstemmelse med retningslinierne i LL § 12 B. Der kan forekomme praktiske problemer ved fastlæggelsen af den konkrete beløbsstørrelse.

Et modsat standpunkt om, at der med *earn outs* ikke er tale om en retlig forpligtelse kan også fremsættes. Til støtte herfor taler det forhold, at løbende ydelser som led i gensidigt bebyrdende aftaler er omfattet af LL § 12 B. Eventuelle betalinger der overstiger den kapitaliserede værdi i henhold til LL § 12 B beskattes. Såfremt der tillige kunne forekomme kursgevinstbeskatning i samme situation ville der være tale om en regelkollision. Såfremt det lægges til grund, at påtagelsen af pligten til at be-

tale en løbende ydelse ikke er udtryk for gæld, kan der formentlig foretages skatteplanlægning på en sådan måde, at debitorselskaber erhverver aktiver på denne måde for herved at forøge aktivmassen uden samtidigt at forøge gælden i henhold til SEL § 11.

På ovenstående baggrund kan der ikke foretages håndfaste konklusioner. Noget taler for at earn outs ikke er gæld omfattet af kursgevinstloven. På den anden siden er det svært at forestille sig at dette resultat kan opretholdes grundet de asymmetrier der tilsyneladende opstår herved. Samtidig er der holdepunkter for at opfatte earn outs som gæld i kursgevinstlovens forstand.

En obligationsretlig definition af ordet gæld kan være: *“en fordring på en pengeydelse”*. Herved fremkommer efterfølgende problemet vedrørende definitionen af en fordring, hvilket indebærer en ret for kreditor til af en anden person (debitor) at kræve en (penge)ydelse erlagt. I årsregnskabsretlig henseende findes der tilsyneladende ikke nogen entydig definition af gældsbegrebet. IASC's begrebsramme (E 59) adskiller ikke gæld og hensættelser, men anfører i afsnit 49, litra b, at en gældspost er en nuværende forpligtelse for virksomheden opstået som resultat af tidligere begivenheder, og hvis indfrielse forventes at resultere i et træk på virksomhedens økonomiske ressourcer²¹⁴.

Det er relevant at gennemgå posterne i årsregnskabets balance på passivside med henblik på at konstatere, hvorvidt der er afvigelser mellem den skattemæssige definition af gæld, der fremgår af SEL § 11, stk. 2, og den behandling forskellige poster undergives regnskabsmæssigt. Dette er en konsekvens af, at årsregnskabet er det bedste udgangspunkt for en vurdering af hvorvidt et selskab er tyndt kapitaliseret. Bliver resultatet efter en præliminær beregning med udgangspunkt i årsregnskabets tal, at et dansk debitorselskab er tyndt kapitaliseret, skal de aktuelle værdier for selskabets aktiver og gæld inddrages. Det skal dog bemærkes, at det følgende udelukkende vedrører debitorselskaber der er omfattet af årsregnskabsloven. Dette gælder i praksis for den overvejende del af tilfældene.

2.8.2 Sammenligning med regnskabets poster

Det følgende tager udgangspunkt i passivside i en standardbalance. Dette skyldes, at der ikke opstår tilsvarende problemer i relation til identifikationen af aktiver til brug for reglerne om tynd kapitalisering. Det må det antages, at samtlige aktiver (bogførte og ikke-bogførte) ud-

214. Jf. *Olaf Hasselager m.fl.: Årsregnskaber; Kommentarer til regnskabslovgivningen*, 1998, s. 929.

gør aktiver i henhold til SEL § 11. Da der ikke er andre holdepunkter, må det som udgangspunkt lægges til grund at den regnskabsmæssige definition af et aktiv skal lægges til grund. Dette kan medføre nogle u hensigtsmæssige resultater idet der i visse kan fremkomme situationer, hvor der ikke er tale om gæld i kursgevinstlovens forstand mens det modsvarende aktiv vil udgøre et aktiv. Der knyttes derfor særlige bemærkninger på de steder hvor et sådant forhold fremkommer. Se også i detaljer nedenfor i afsnit 2.9.1 vedrørende aktiver.

Hvad enten der i regnskabsaflæggelsen benyttes en kontoform eller en beretningsform skal navnlig følgende poster vurderes²¹⁵. De enkelte poster bedømmes ud fra en skatteretlig synsvinkel.

2.8.2.1 Hensættelser

I begrebet hensættelser indgår elementer af gæld. Dog adskiller hensættelser sig fra andre gældsposter derved, at forpligtelsens nøjagtige beløb eller forfaldstidspunkt ikke kendes på balancetidspunktet. Udgangspunktet er derfor, at hensættelser ikke udgør gæld i kursgevinstlovens forstand. Der må imidlertid kunne forekomme sådanne situationer, hvor hensættelsen er udtryk for en retlig forpligtelse. I praksis tillades driftsomkostningsfradrag for hensættelser i forskellige situationer. Således blev der i TfS 1995.804 LSR tilladt fradrag for hensættelse til afhjælpning af konkrete mangler, hvor mangelsindsigelsen var accepteret af sælger, og hensættelsen blev anset for tilstrækkeligt konkret opgjort. Ligeledes blev der i TfS 1995.764 LSR tilladt fradrag for hensættelser til udgifter til overenskomstbestemt efteruddannelse for medarbejdere. Endelig blev der tilladt fradrag for hensættelse til overarbejde og afspadsering i TfS 1995.227 LR.

Der indgår ikke noget krav om en retlig forpligtelse til driftsomkostningsbedømmelsen, men det er muligt at forestille sig, at der vil være en vis sammenhæng i bedømmelserne efter henholdsvis SL § 6 a vedrørende driftsomkostningsfradrag og gældsbegrebet i kursgevinstloven, blandt andet idet det forekommer anstrengt at tillade fradrag for hensættelser, der ikke udgør en reel forpligtelse.

Det må dog antages at afhænge af den underliggende civilret i hvert enkelt konkret tilfælde, om der er tale om en retlig forpligtelse.

215. Se herom *Olaf Hasselager m.fl.: Årsregnskaber – Kommentarer til regnskabslovgivningen*, 1998, s. 863 ff. Det skal bemærkes, at der i praksis kan forekomme utallige varierende poster i balancen. Dog behandles udelukkende i denne kontekst de poster, der omtales i regnskabsskemaerne samt visse off-balance sheet items, idet sidtsnævnte tillige skal indgå i en soliditetsberegning for det enkelte debitorselskab.

I det følgende gennemgås de enkelte typer af hensættelser, der typiske forekommer i et årsregnskab.

Hensættelser til pension og lignende forpligtelser

I regnskabsmæssig henseende medtages under hensættelser til pensioner og lignende forpligtelser den kapitaliserede værdi af aktuelle pensionsforpligtelser overfor f.eks. fratrådte direktører m.fl., som ikke skal afdækkes forsikringsmæssigt. God regnskabsskik indebærer formentlig kun et krav om passivering af den kapitaliserede værdi af de uafdækkede pensionsforpligtelser. Kravet om passivering må primært rette sig mod forpligtelser, der er sandsynlige eller nærmer sig tidspunktet for, at de er aktuelle, jf. herved ÅRL § 46 og § 51.

Idet der udelukkende foretages hensættelser til pension og lignende, når denne er aktuel, må det antages, at der også er tale om gæld i kursgevinstlovens forstand. Derimod afsvækkes formodningen for, at der er tale om gæld, når forpligtelsen ikke endnu er aktuel.

Hensættelser til udskudt skat

Udskudt skat som en hensættelse er udtryk for, at der på selskabets indkomst er sket en mindre beskatning, end der egentlig skulle finde sted, hvis ikke selskabet havde benyttet sig af særlige opgørelsesmåder, skatteudskydelse mv²¹⁶.

Generelt gælder det, at der anses for at bestå et retligt krav på betaling af skatter, når sluskskatten er pålignet. Dette kan udledes analogt af den tidligere praksis vedrørende fradrag i bruttoformuen i relation til formueopgørelsen efter reglerne om formueskat, jf. dagældende SL § 13. Herefter gjaldt det generelt, at værdien af enhver forpligtelse af konkretiseret økonomisk indhold kunne fradrages i formuen i det omfang, der var tale om en egentlig retlig forpligtelse. Det må antages, at "*egentlig retlig forpligtelse*" i denne henseende har samme betydning som efter den nugældende kursgevinstlov, selvom ordvalget i relation til SL § 13 vedrørte enhver retlig forpligtelse af økonomisk indhold, mens kursgevinstloven som bekendt tager sigte på alle pengefordringer, uanset deres art, blot der foreligger et retligt krav på betaling i form af penge. Ordene

216. Udskudt skat kan også aktiveres når der eksempelvis findes fremførbare under-skud eller mulighed for at foretage afskrivninger der endnu ikke er foretaget. Udskudt skat som en hensættelse udgør formentlig ikke gæld i kursgevinstlovens forstand. Ligeledes må det lægges til grund, at aktiveret udskudt skat skal undergives en konkret vurdering der indebærer at aktivets civilretlige karakteristika inddrages. Der vil næppe herved være tale om et aktiv til brug for SEL § 11.

betaling i form af penge kan tillige antages at svare til det tidligere krav efter SL § 13 om tydeligt økonomisk indhold.

Efter den tidligere formueskattepraksis var det et krav for at tillade fradrag for ikke-betalte skatter og andre periodiske afgifter til det offentlige, at disse var pålignede og forfaldne til betaling. Praksis blev siden ændret således, at forudbetalinger af forventet pålignede skatter (med en rentegodtgørelsesadgang) ikke blev anset som et depositum (hvilket ellers tidligere var tilfældet), men måtte betragtes som en betaling, der endeligt gjorde op med skatteydernes skattetilsvær, hvorfor det betalte beløb var udgået af skatteydernes formue²¹⁷. I praksis var der dog ikke fradrag for de ikke-pålignede, ikke-forfaldne restskatter (de beregnede restskatter), jf. herved UfR 1974.387 V, hvor det forhold, at det efter kildeskattesystemets gennemførelse var muligt ved udgangen af et indkomstår at beregne den skyldige, men endnu ikke-pålignede eller forfaldne skat af årets indkomst, ikke fandtes at kunne begrunde en fravigelse af de hidtil gældende regler.

Af den tidligere gældende praksis gjaldt tillige, at restskat, der var pålignet i slutningsåret, ansås for at påhvile den skattepligtige som en aktuel gæld, der i henhold til SL § 13, litra kunne fradrages ved formueopgørelsen, uanset at den ikke var forfalden på formueopgørelsestidspunktet²¹⁸.

Efter denne praksis kunne den restskat, der var angivet på årsopgørelsen, og som endnu ikke var betalt på statustidspunktet, fradrages ved formueopgørelsen for det indkomstår, hvori årsopgørelsen blev modtaget. En tilsvarende vurdering må kunne anvendes i relation til gældsbegrebet efter SEL § 11. Tidligere var restskat også fradragsberettiget, når der var givet henstand med betalingen, også selv om henstanden var givet på grund af klagebehandling. I TfS 1989.674 statuerede Landsskatte retten, at restskat kunne fradrages ved formueopgørelsen for det indkomstår, hvori kendelsen er afsagt, idet restskatten på dette tidspunkt kan opgøres med tilstrækkelig klarhed. Der var dog ikke fradrag for indkomstårets beregnede restskat²¹⁹. Af TfS 1988.487 LSR fremgår det, at frivillig indbetaling af foreløbig skat – muliggjort ved låneoptagelse – principielt kunne fradrages i formuen.

Med ovenstående in mente må det formentlig sluttes, at der ikke eksisterer en egentlig retlig forpligtelse til betaling af udskudt skat, idet denne post ikke er pålignet eller forfalden. Derfor er udskudte skatter ikke

217. Jf. herom C. Helkett: Opgørelse af den skattepligtige indkomst, 1979, s. 47.

218. Jf. LSRM 1983.112 og LV 1996 A.H.4.1.

219. Jf. LV 1996 A.H.4.1. og LSRM 1981.159.

omfattet af kursgevinstloven og dermed heller ikke gældsbegrebet i relation til SEL § 11.

Latente skatter må antages ej heller at være omfattet af kursgevinstloven, idet der herved udelukkende er tale om en hensættelse til den skat, der udløses ved realisation af selskabets aktiver ud over den udskudte skat. Den latente skat er således ikke pålignet eller forfalden.

Andre hensættelser

Denne balancepost kan dække over mange typer af hensættelser. Efter praksis kan henlæggelser omfatte; garantier for leverancer til kunder, hensættelser til kendte og sandsynlige risici på balancetidspunktet vedrørende indgåede kontrakter om varekøb eller valutaforretninger på termin, hensættelser til forpligtelser vedrørende igangværende, besluttede hovedreparationer af anlæg eller ovne, klassifikationsudgifter vedrørende skibe, udgifter til retssager, vedrørende ikke afgjorte erstatningskrav, til lovfæstede vedligeholdelsesforpligtelser i udlejningsejendomme, til kontraktlige indløsningsforpligtelser vedrørende emballage etc., jf. herved *Olaf Hasselager m.fl.*: Årsregnskaber – Kommentarer til regnskabslovgivningen, 1998, s. 257. Sådanne poster vil næppe blive anset som værende omfattet af kursgevinstlovens gældsbegreb. Således bemærkes, at terminskontrakter i kursgevinstloven er omfattet af de særlige regler om finansielle kontrakter i lovens §§ 29 ff i kapitel 7, men ikke af reglerne om fordringer og gæld.

Herefter behandles de egentlige gældsposter fra årsregnskabsbalancens passivside.

2.8.2.2 Gæld

Obligationslån

Der er ikke tvivl om, at obligationslån er omfattet af kursgevinstloven og dermed SEL § 11, stk. 2.

Konvertible gældsbreve

Konvertible gældsbreve er ligeledes omfattet af SEL § 11, stk. 2.

Udbyttegivende gældsbreve

Også udbyttegivende gældsbreve er som nævnt omfattet af kursgevinstloven og dermed SEL § 11, stk. 2.

Kreditinstitutter

Posten omfatter gæld til kreditinstitutter i ind- og udland, herunder banker og sparekasser m.fl. Der er ikke tvivl om, at den af denne post

omfattede gæld tillige er gæld i henhold til definitionen med udgangspunkt i kursgevinstloven.

Modtagne forudbetalinger fra kunder

Under denne post opføres beløb, der modtages fra kunder forud for tidspunktet for leveringen af det aftalte produkt eller færdiggørelsen af en tjenesteydelse. Der er derfor tale om en gæld der er omfattet af kursgevinstloven.

Afhængig af den underliggende aftale vil forudbetalte serviceabonnementer formentlig ikke være omfattet som gæld, idet der ikke altid eksisterer en forpligtelse til levering af serviceydelsen.

Leverandører af varer og tjenesteydelser

Posten omfatter selskabets varekreditorer, herunder skyldige omkostninger. Der er som udgangspunkt tale om gæld omfattet af kursgevinstloven.

Vekselgæld

Posten indeholder selskabets gæld ifølge veksler og medtages følgelig som omfattet af kursgevinstloven.

Gæld til tilknyttede virksomheder og associerede virksomheder

Disse poster kan der være anledning til at være opmærksomme på, idet disse kan udgøre den kontrollerede gæld på balancetidspunktet i debitorselskabet. I sådanne situationer hvor der i Danmark er flere selskaber eller filialer, skal der rettes opmærksomhed mod den omstændighed, at der skal ske eliminering af interne mellemværende mellem enhederne i Danmark som følge af konsolideringsreglen, jf. SEL § 11, stk. 4.

Selskabsskat

Denne post omfatter den indkomstskat, som forventes at blive pålignet selskabet dels for regnskabsåret, med fradrag af betalte beløb i henhold til acontoskatteordningen dels for tidligere regnskabsår.

I henhold til den beskrevne praksis vedrørende udskudt skat, kan det formentlig sluttes, at der ikke med regnskabsposten selskabsskat er tale om gæld for regnskabsåret, idet skatten ikke er pålignet og forfalden. Er selskabsskatten for tidligere år pålignet inden statustidspunktet, vil der være tale om en gæld, uanset at selskabsskatten først forfalder til betaling efter statustidspunktet.

Det er som nævnt et uafklaret spørgsmål, hvorledes skat betalt efter acontoskatteordningen skal behandles. Således opstår spørgsmålet også om bestående aktiver som følge af for meget indbetalte beløb på aconto-

skatteordningen reelt udgør et aktiv. Dette vil formentlig være tilfældet. I regnskabsmæssig sammenhæng vil der ske en modregning således at eksempelvis et indbetalt beløb på DKK 14.000 vil resultere i et aktiv på DKK 4.000, såfremt der pålignes en selskabsskat på DKK 10.000. Følges den ovenfor refererede praksis om formueskatteberegningen vil der ikke være tale om et aktiv i henhold til § 11 i selskabsskatteoven. Men der er dog den forskel, at den tidligere praksis drejede sig om afgrænsningen af, hvad der udgjorde gæld, og ikke hvad der udgjorde aktiver. Noget taler dog også for at betragte et for meget indbetalt beløb via acontoskatteordningen som et aktiv i relation til SEL § 11 på opgørelsestidspunktet.

Anden gæld, herunder skyldige skatter og skyldige bidrag til social sikring
Balanceposten *anden gæld* dækker blandt andet over gæld over for offentlige myndigheder og personale, herunder løn, feriepenge, pensionsydelse, skatter og afgifter, herunder indeholdt men ikke afregnet kilde-skat, merværdiafgift, punktafgifter og gældsforpligtelser som ikke henhører under andre poster i skemaerne, for eksempel skyldig tantieme til direktion og bestyrelse.

Det helt klare udgangspunkt for denne post er, at der er tale om gæld efter kursgevinstloven. Dog kan der være anledning til at være opmærksom på de regnskabsmæssige forpligtelser, der indgår som gæld til ferie med løn eller lignende. Forpligtelsen til at udrede løn under ferie må antages at udgøre en gældsforpligtelse i kursgevinstlovens forstand. Feriegodtgørelse hvor der er indbetalt 12,5% af lønnen, jf. ferielovens § 12, der er forfalden til betaling efter statustidspunktet må anses for at udgøre en gæld. Det bemærkes herved, at det udelukkende er den skyldige del, der angives i årsregnskabet.

For lønmodtagere, der modtager løn under ferie med et ferietillæg, jf. ferielovens § 14, oparbejdes der en gæld hertil i indtjeningsåret for arbejdsgiverselskabet. Denne gæld må antages at være omfattet af kursgevinstloven. Selve ferietillægget på 1% af den løn, der er indtjent i det foregående optjeningsår, må antages at udgøre en gæld. Således er beregningsgrundlaget for tillægget det samlede indkomstskattepligtige arbejdsvederlag, som lønmodtageren i kraft af arbejdsforholdet har retligt krav på at oppebære, bortset fra den del af vederlaget der kan henføres til betaling under ferie. Tillægget udbetales sædvanligvis ved ferieårets start i maj måned. Resultatet ændres ikke ved anvendelse af den særlige lønsumsmetode i forbindelse med opgørelsen.

Bonus, tantieme og kommission er formentlig ikke udtryk for en egentlig gæld, såfremt størrelsen ikke er endeligt fastlagt, men derimod åben for forhandling. Dette ændres dog formentlig, såfremt en given

bonus er direkte afhængig af eksempelvis styksalg. Det vil i denne forbindelse være en fordel at undersøge det nærmere indhold af kontraktmateriale. Efter praksis anerkendes skattemæssigt fradrag imidlertid i det indkomstår, hvor beløbet udgiftsføres. Som en konsekvens heraf kan der argumenteres for, at der tillige er tale om gæld i henhold til kursgevinstloven.

Skyldigt revisionshonorar skal udelukkende indgå i gældsopgørelsen i det omfang, den endelige forpligtelse til at betale gælden er indtrådt på opgørelsestidspunktet. I praksis tillades fradrag for revisionsarbejde, der endnu ikke er udført og for bestyrelseshonorar, selvom disse endnu ikke er udbetalt. Det må siges, at der er tvivl om, der er tale om gæld eller ej, men samtidig at det taler for en accept af posten som gæld, at der i praksis ofte accepteres fradrag for revisionshonorarer.

Det vil eksempelvis være udtryk for gæld, såfremt et bestyrelseshonorar er vedtaget på generalforsamlingen men endnu ikke er udbetalt på opgørelsestidspunktet.

Periodeafgrænsningsposter

I ÅRL § 18, stk. 1, 2. pkt. defineres periodeafgrænsningsposter, der skal passiveres, som indtægter, der er indgået før balancetidspunktet, men som vedrører de efterfølgende år. Der er herved næppe generelt tale om gæld i kursgevinstlovens forstand. Dog skal der foretages en konkret vurdering af hvorvidt der foreligger en retlig forpligtelse til at erlægge en ydelse²²⁰.

Udbytte for regnskabsåret

Under balanceposten *udbytte for regnskabsåret* medtages den del af årets overskud som af bestyrelsen foreslås udloddet. Et sådant medtaget beløb udgør ikke gæld i kursgevinstlovens forstand indtil det tidspunkt, hvor det er endeligt vedtaget af generalforsamlingen efter regnskabsaflægningen. Et udbyttebeløb, der optages i årsregnskabet inden godkendelsen på selskabets generalforsamling, er ikke udtryk for gæld. Så snart beløbet godkendes er der imidlertid tale om gæld efter SEL § 11, stk. 2. Typisk vil det afsatte udbyttebeløb på opgørelsestidspunktet være blevet udbetalt, hvorfor der ikke på dette tidspunkt foreligger en gældsforpligtelse.

220. Hvor periodeafgrænsningsposter optages som et aktiv skal der formentlig foretages en konkret vurdering af hvorvidt der er tale om et aktiv. Denne konkrete bedømmelse indebærer formentlig en sammenholdelse med visse civilretlige karakteristika ved et aktiv. Der henvises til afsnit 2.9. for en nærmere redegørelse herfor.

Ikke hævet udbytte for tidligere regnskabsår

Udbytte fra tidligere år skal regnskabsmæssigt forblive som gældspost, indtil det hæves eller eventuelt forældes efter AL § 24, stk. 2 eller særlige forældelsesfrister i vedtægterne. Hermed er sådanne poster gæld i henhold til kursgevinstloven og dermed gæld i henhold til SEL § 11, stk. 2.

Oplysninger uden for balancen

Der forekommer tillige visse oplysninger uden for balancen. Sådanne kan være pantsætninger og garantistillelser samt eventualforpligtelser. I det omfang der for så vidt angår garantistillelser og eventualforpligtelser ikke på opgørelsestidspunktet er indtrådt en endeligt retlig forpligtelse, vil der ikke være tale om gæld i henhold til kursgevinstloven. Pantsætninger har ikke indflydelse på gældsopgørelsen efter SEL § 11, stk. 2.

Sammenfattende om forholdet mellem skatte- og regnskabsretten

Det kan af ovenstående udledes, at gældsposteringen i årsregnskabs balance ikke ganske nøje tilsvare gældsbegrebet, der følger af kursgevinstloven. Dette er for så vidt ikke bemærkelsesværdigt, idet der ligger forskellige hensyn bag de to reguleringsområder. Regnskabslovgivningen er båret af hensynet om, at regnskabet skal være retvisende og forsigtighedsprincippet mv. Hermed medtages nogle forpligtelser, der ikke er endeligt indtruffet. Heroverfor står i et vist omfang skattelovgivningens provenuskabende mål. Ses det forsøgsvist opstillede obligationsretlige gældsbegreb i sammenhæng med kursgevinstlovens gældsbegreb, kan det formentlig konstateres, at der kun findes ganske få afvigelser, nemlig i de tilfælde hvor en fordring eller gæld ikke efter konkrete omstændigheder kan anses for at være omfattet af kursgevinstloven.

2.8.3 Tidsmæssige aspekter – Gælden opgøres ved udløbet af indkomståret

Som det følger af ordlyden af SEL § 11, stk. 2 in fine skal gælden opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb. Således skal debitorselskabets gæld opgøres ved udløbet af dette selskabs indkomstår.

Svingninger i løbet af indkomståret

Opgørelsesreglen medfører, at det samlede forhold mellem gæld og egenkapital overstiger forholdet 4:1, såfremt der forekommer svingninger i løbet af året, der medfører en overskridelse af denne, uden at dette dog herved udløser fradragsbeskæring²²¹. På den anden side må der tillige tages hensyn til, at selv marginale svingninger i gældens kursværdi

221. Se også Klaus Okholm i Inspi 1998/9, s. 37.

der kan registreres på opgørelsestidspunktet ved en ubetydelig egenkapital kan betyde, at egenkapitalen bliver begrænset. Herved kan egenkapitalen udgøre 0 eller være negativ, hvorved hele fradragsretten begrænses²²². Der kan derfor let opstå uventet fradragsbegrænsning for et selskab, der ikke har egenkapital meget over den accepterede grænse, og som får et uforudset underskud i driften eller (valuta)kursstab på gælden. Der må derfor stilles skærpede krav til budgetopfølgning i selskaber med et relativt lille egenkapitalgrundlag²²³.

Kapitalindskud ultimo året

Opgørelsesreglerne medfører tillige, at fradragsbegrænsning kan undgåes ved at foretage en kapitaltilførsel ultimo året.

2.8.4 Gælden opgøres til kursværdien

Efter reglerne om tynd kapitalisering opgøres gælden til kursværdien ved udløbet af indkomståret, jf. ligledes 2. pkt. i SEL § 11, stk. 2. Udgangspunktet for en opgørelse vedrørende tynd kapitalisering er oftest debitorselskabet årsregnskab. Årsregnskabsloven indeholder ikke specifikke regler vedrørende værdiansættelsen af gældsposterne²²⁴. Forsigtighedsgrundsætningen medfører, at gældsposter skal være udtryk for den gæld, der skal betales. Ikke realiserede kursgevinster som følge af forudiskontering af en ringere pengeværdi på forfaldstidspunktet kan ikke vises ved en reducere af gældsbeløbet. Kravet om opdeling i kort- og langfristet gæld forudsætter også, at alle gældsbeløb optages uden diskontering af inflationsvirkning mv.

I skattemæssig sammenhæng må værdiansættelsen af den relevante gæld, ske ud fra principperne i værdiansættelsescirkulæret (eller dødsbocirkulæret), jf. Cirk. nr. 185 af 17.11.1982, når ikke andet er anført. Det fastslås heri, jf. pkt. 44, at værdiansættelsen af passiver normalt ikke giver anledning til tvivl, idet de normalt ansættes efter pålydende (pari). Dette antages også at gælde egentlig gældsforpligtelser. I situationer, hvor tynd kapitalisering typisk er aktuelt, vil store dele af gælden bestå af kontant anfordringsgæld, der således umiddelbart kan medregnes til pari ved opgørelsen af den relevante gæld i henhold til SEL § 11, stk. 2. Dog forekommer der i praksis ofte mere brogede situationer, hvorved enkeltposterne må opgøres til kursværdien.

222. Se hertil også *Christen Amby* i SO 1998.270.

223. Jf. *Michael Sørensen* i R&R 1998/3, s. 33.

224. Jf. *Olaf Hasselager m.fl.*: Årsregnskaber – Kommentarer til regnskabslovgivningen, 1998, s. 287.

Da konvertible obligationer og obligationer tillige er omfattet at gældsbegrebet skal sådanne også værdiansættes. Konvertible obligationer værdiansættes under hensyn til afdragstidens længde, rentefoden og den sikkerhed, der er stillet for gældens indfrielse. Værdiansættelsen kan eventuelt ske under hensyn til Told- og Skattestyrelsens kvartalsvise cirkulæreskrivelser, jf. herved meddelelsen i TfS 2000.264, der angiver, hvorledes kursen for pantebreve skal beregnes som en blanding af sikkerhed, forrentning og retsløbetid. En konkret sagkyndig vurdering, der fører til en afvigende værdiansættelse, vil dog almindeligvis blive lagt til grund. Det samme må gøres sig gældende for private pantebreve.

2.8.5 Fremmed valuta

Det følger af bemærkningerne til L 101, at såfremt gælden er i fremmed valuta, skal der foretages en omregning til danske kroner, ligeledes ved udløbet debitorselskabets indkomstår²²⁵.

2.8.6 Opgørelse af samlede renteudgifter og kurstab

Til brug for beregningen af fradragsbegrænsningen skal de samlede renteudgifter og kurstab medregnes. Disse størrelser opgøres brutto, hvorved selskabets renteudgifter vedrørende gæld til kreditor skal medregnes, selvom selskabet har både gæld til kreditor og en fordring på samme. Der kan altså ikke foretages modregning mellem posterne.

2.8.7 Gældsbegrebet i international kontekst

Gældsbegrebet varierer meget mellem de lande, der har indført regler om tynd kapitalisering. Almindelige lån medtages som gæld i alle lande. Det er ud over i Danmark kun i Tyskland, at også ikke rentebærende lån er medtaget i opgørelsen af forholdet mellem gæld og egenkapital til brug for fradragsbegrænsningen²²⁶. Som oftest medtages også hybride

225. *Lars Cort Hansen* finder i TfS 1998.569, s. 1673, konstateringen umiddelbart indlysende, idet det jo netop er dette tidspunkt, hvor debitorselskabets gæld skal værdiansættes. Derimod er der efter forfatterens opfattelse en vis fortolkningstvivel om lovgivers hensigt i relation til, hvorvidt det også er kursen på den fremmede valuta ved udløbet af debitorselskabets indkomstår, der skal anvendes (statuskursen) eller om det også er tilladt at anvende gennemsnitskursen. Hertil konstateres det, at det fremgår af ordlyden af SEL § 11, stk. 2, 2. pkt., at gælden opgøres som kursværdien ved indkomstårets udløb, hvilket efter forfatterens opfattelse må betyde, at gæld i fremmed valuta formentlig skal opgøres efter statuskursen. Det slutes derfor, at gennemsnitskursen ikke finder anvendelse i relation til reglerne om tynd kapitalisering. Dette må tiltrædes.

226. Jf. herved *Detlev J. Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, 1996, Vol. 82b, International aspects of thin capitalization, s. 106.

finansieringsformer under de anvendte gældsbegreber. Hvad angår de tidsmæssige aspekter af gældsopgørelsen i international kontekst, kan det konstateres, at der findes forskellige metoder. Således anvendes i nogle lande, som også i Danmark, udløbet af indkomståret. I andre lande benyttes årets gennemsnitlige gæld. Hertil kommer lande der benytter den højeste gældsandel i året til opgørelsen mens der tillige er lande der tillader valgfrihed mellem den højeste gældsandel og gennemsnitsgælden for det givne år²²⁷.

Herefter gennemgås nærmere hvad der ligger i begrebet egenkapital i henhold til SEL § 11, stk. 3.

2.9 Egenkapitalbegrebet

2.9.1 Generelt

Af SEL § 11, stk. 3 følger, at egenkapitalen til brug for beregningen efter reglerne om tynd kapitalisering opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af aktiver opgjort til handelsværdi med fradrag af gæld efter stk. 2. Egenkapital indskudt af den udenlandske ejerkreds medregnes kun i det omfang, den forbliver i selskabet i mindst 2 år. Bestemmelsens første led fastlægger, at egenkapitalen skal opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af samtlige aktiver opgjort til handelsværdien med fradrag af gæld, jf. ovenfor om gældsbegrebet.

Den normale forståelse af begrebet egenkapital udspringer af det regnskabsmæssige begrebsapparat. IASC's Begrebsramme omtaler egenkapitalen i afsnit 65-68, og definerer den i afsnit 49, litra (c):

“Egenkapital er den forskelsværdi, der fremkommer, når man fra alle virksomhedens aktiver fratrækker alle dens gældsposter.”

Dette svarer jo ganske til det specifikt skatteretlige begreb, der fremkommer af SEL § 11, stk. 3. Der er derfor umiddelbart kongruens mellem civil/regnskabsretten og skatteretten. Imidlertid indgår gældsbegrebet i udfindelsen af den relevante egenkapital. Heraf følger, jf. ovenstående analyse af gældsbegrebet, at der kan opstå visse forskelle mellem begreberne i forhold til de regnskabsmæssige begreber²²⁸. Hertil kommer det forhold, at tillige ikke bogførte aktiver formentlig skal medregnes til brug for denne således skatteretlige egenkapital²²⁹. Det er dog

227. Jf. Detlev J. Piltz op.cit. Der henvises for en nyere komparativ analyse til ITPJ 1997/4 og 1997/5 for så vidt angår; Australien, Canada, Luxembourg, Holland, Sydafrika, Østrig, Frankrig, Tyskland, Italien, Portugal og USA.

228. Sml. Christen Amby i SO 1998.270.

229. Jf. Søren Rasmussen i SR-skat 1998.225.

ikke uden videre klart, at dette resultat er tilsigtet. Umiddelbart synes det derfor uklart, hvorvidt der ved reglerne i SEL § 11 tilsigtes en særegen skatteretlig vurdering af, hvorvidt et aktiv skal medregnes til egenkapitalen, eller om den regnskabsmæssige bedømmelse så at sige er præjudiciel herved. Det antages mest nærliggende at benytte førstnævnte løsning, idet der i bemærkningerne til SEL § 11, stk. 3 er benyttet ordene *samlede aktiver*. Den relevante egenkapital til brug for SEL § 11 indebærer som en følge af dette fortolkningsresultat altså en medregning af såvel bogførte som ikke bogførte aktiver, idet det er omgærdet af stor usikkerhed, hvorvidt immaterielle aktiver skal værdiansættes i årsregnskabet. Aktivering af immaterielle aktiver i årsregnskabet kan ses som et led i opfyldelsen af periodiseringsprincippet, hvorved omkostningerne udgiftsføres i det indtægtsår, de henhører til. Da der er stor usikkerhed vedrørende muligheden for overhovedet at komme til at konstatere fortjeneste endsige indtægter som følge af de handlinger, der ligger bag omkostningerne, fører anvendelsen af forsigtighedsgrundsætningen til, at aktivering kun sker, hvor forventningerne om fremtidig fortjeneste er bekræftet ved erhvervelsen af rettighederne ad omsætningsvejen, jf. ÅRL § 19. Dette medfører, at koncessioner, patenter, licenser, varemærker, know how og lignende rettigheder samt goodwill kun medtages i selskabets balance, når sådanne aktiver er erhvervet mod vederlag²³⁰.

Det defineres ikke i SEL § 11 eller eksisterende fortolkningsbidrag hertil, hvad der skal *forstås ved et aktiv*, men udelukkende at samtlige aktiver skal medregnes ved opgørelsen af den skattemæssige egenkapital. Der gives ingen fortolkningsbidrag til forståelsen heraf i bemærkningerne til L 101. Af denne årsag må der derfor være et stort rum for fortolkning af aktivbegrebet. På denne baggrund er det min vurdering, at det regnskabsmæssige aktivbegreb i bredeste forstand kan anvendes som udgangspunkt. I henhold til IASC's begrebsramme defineres aktiver i afsnit 49 som en ressource, som er under virksomhedens kontrol som et resultat af tidligere begivenheder, og hvorfra fremtidige økonomiske fordele forventes at tilflyde virksomheden. Det fremgår videre i afsnit 50, at ikke alle poster skal indregnes i balancen. Dette skyldes, at definitionen af aktiver (og gæld) udelukkende redegør for deres væsentligste kendetegn, men ikke gør forsøg på at specificere de kriterier, der skal være opfyldt, før de kan indregnes i balancen.

230. Denne sammenholdelse med regnskabsmæssige termer har selvsagt udelukkende betydning for selskaber der også er omfattet af årsregnskabsloven, særligt aktie- og anpartsselskaber. I praksis her tynd kapitaliseringsproblematikken størst betydning for disse selskabstyper.

I afsnit 53-59 i begrebsrammen omtales aktiverne yderligere, idet det ytres, at den fremtidige økonomiske fordel der ligger i et aktiv, er det potentiale, der, direkte eller indirekte, bidrager til pengestrømmene i virksomheden. Det kan være et produktionspotentiale, der udgør en del af virksomhedens driftsmæssige aktiviteter. Det kan også være fordele, der kan konverteres til kontante pengestrømme eller en mulighed for at reducere udbetalinger. Det anføres, at de fremtidige økonomiske fordele ved et aktiv kan tilflyde virksomheden på forskellig vis, herunder for eksempel ved anvendelse alene eller sammen med andre aktiver ved produktion af varer eller tjenesteydelser der sælges af virksomheden, byttes med andre aktiver, anvendes til afvikling af gæld, eller udloddes til ejerne af virksomheden.

Dette udgangspunkt vil i de fleste situationer kunne følges uden der er forbundet vanskeligheder hermed. Hvad man derfor regnskabsmæssigt kan acceptere som et aktiv vil derfor også være et aktiv i relation til SEL § 11. Dog er der visse situationer hvor en accept af regnskabets aktivposter ikke forekommer umiddelbart acceptabelt i skatteretlig sammenhæng. Der tænkes herved på eksempelvis på aktiveret udskudt skat og periodeafgrænsningsposter samt aktiverede forsknings- og udviklingsomkostninger. Lægges det til grund, at disse poster også skattemæssigt udgør aktivposter vil der fremkomme asymmetrier der ikke er taget højde for med reglerne om tynd kapitalisering idet posterne kun sjældent vil udgøre gæld i kursgevinstlovens forstand.

Situationerne illustrerer af at man regnskabsmæssigt rent teknisk har accepteret at lade visse poster aktivere. I disse situationer er det tvivlsomt om man kan tale om et aktiv der understøttes af civilretlig realitet. Det er min vurdering, at der ikke i disse situationer kan være tale om fuldstændig identitet eller kongruens mellem regnskabsretten og skatteretten, idet vi ellers bevæger os for langt væk fra en almindelig civilretlig opfattelse af et aktiv. Civilretligt må det antages, at den almindelige opfattelse af et aktiv indebærer (1) en omsætningsmulighed, (2) tilstedeværelsen af et retligt krav, og /eller (3) ejerskab. Anskuet på denne baggrund vil visse af de nævnte aktiver næppe udgøre aktiver i henhold til SEL § 11. Det må dog antages, at der skal foretages en konkret vurdering i hver enkelt situation.

Sammenfattende kan det konstateres, at udgangspunktet for hvad der er et aktiv tages i de regnskabsmæssige termer. I tvivlstilfælde skal der foretages en konkret vurdering der tager hensyn til aktivets civilretlige karakteristika.

Et eksempel herop kan yderligere være aktiverede leasingaktiver der efter årsregnskabsloven udgør et aktiv, men næppe efter ovenstående vil udgøre et aktiv.

Endelig skal der nævnes den relevante situation, at en debitorpost, ud fra devicen om at tage tabet når det truer, er nedskrevet i balancen. Her ved er der regnskabsmæssigt tale om et aktiv af en mindre størrelse end der formentlig efter den modificerende civilretlige bedømmelse vil være tale om. I sådanne situationer må der derfor antages, at hele det retlige krav på debitorer kan medtages som aktiver til brug for opgørelsen af debitorselskabets egenkapital.

I det følgende afsnit behandles de særlige spørgsmål om værdiansættelse af debitorselskabets aktiver, hvilket kan vise sig at have stor betydning for det enkelte selskab i henhold til SEL § 11.

2.9.2 Værdiansættelse af debitorselskabets aktiver

2.9.2.1 Generelt

Udgangspunktet i forbindelse med beregning af egenkapitalen er, at de bogførte aktiver plus oparbejdet goodwill skal medregnes²³¹. Denne størrelse vil dog ikke i alle situationer være udtryk for handelsværdien af aktiverne, og det skal aktiv for aktiv vurderes, om der er grundlag for at antage, at handelsværdien af aktivet afviger fra regnskabsværdien. Dog er der tale om to sider af samme sag, idet værdien af virksomheden, forstået som de bogførte aktiver plus oparbejdet goodwill, er den samme som den situation hvor enkeltaktiverne værdiansættes. Der vil i denne situation blot være et mindre beløb, der er udtryk for goodwill, såfremt aktiverne har en højere handelsværdi, end den bogførte værdi umiddelbart udtrykker.

Det er næppe tænkeligt, at skattemyndighederne i relation til tynd kapitaliseringsproblematikken vil acceptere en værdiansættelse af den samlede virksomhed på baggrund af eksisterende finansieringsteoretiske værdiansættelsesmodeller. Dog kan der i nyere skatteretlig praksis konstateres en tendens til en større accept af erhvervslivets egne metoder i andre relationer. Særligt når det drejer sig om værdifastsættelse til værdien i handel ogandel i en overdragelsessituation, er det dog vigtigt i skatteretlig sammenhæng at foretage den rigtige fordeling mellem enkeltaktiver, idet der skal fastsættes afskrivningsgrundlag og anskaffelsesummer og afståelsessummer i relation til eventuelle avanceopgørelser. Situationen besværliggøres af, at der jo rent faktisk ikke foretages en overdragelse af aktiver hver gang, der skal foretages en opgørelse efter reglerne om tynd kapitalisering. Dog må det alligevel antages at være

231. Jf. Christen Amby i SO 1998.270.

udgangspunktet i denne forbindelse, at enkeltaktiverne skal værdiansættes som det er tilfældet på andre af skatterettens områder. Det gælder i alle tilfælde, at aktivernes markedsværdi kan fastsættes efter et konkret skøn inden for det konkrete område²³². Heraf følger også, at der er visse aktiver, der åbenbart ikke i handel ogandel har en værdi, der svarer til den bogførte værdi. Værdien af sådanne aktiver må opskrives til handelsværdien. Eksempelvis kan fast ejendom medtages til den seneste offentlige vurdering eller en købspris inden for den senere tid. Til brug for den konkrete værdiansættelse af andre ikke-bogførte aktiver kan der søges inspiration i værdiansættelsescirkulæret, Cirk. nr. 185 af 17.11.1982, pkt. 2 ff hvoraf det fremgår, hvorledes aktivers værdi i handel ogandel kan findes²³³. Den følgende fremstilling aktivgruppe for aktivgruppe tager sit udgangspunkt heri.

I regnskabsmæssig henseende værdifastsættes aktiver som hovedregel med udgangspunkt i anskaffelses- eller kostprisen, jf. ÅRL § 27, stk. 1 for anlægsaktiver og ÅRL § 31, stk. 1 for omsætningsaktiver. For anlægsaktiver er salgsprisen uden betydning for værdiansættelsen, fordi de ikke skal sælges, mens lovens værdiansættelsesregler for omsætningsaktiver tilsigter at vise aktivets værdi med salg for øje.

Handelsværdien til brug for den skattemæssige opgørelse er derfor ganske tænkeligt en anden størrelse. Til værdiansættelsen må der derfor findes hjælperedskaber til bestemmelsen af, hvad der er et givent aktivs markedsværdi.

2.9.2.2 Fast ejendom

Fast ejendom værdifastsættes med udgangspunkt i en eventuel overdragselspris, såfremt en sådan foreligger. I overdragelsessituationer skal den senest offentliggjorte ejendomsværdi lægges til grund. Den tidligere gældende praksis om accept af en kontantværdi i koncernforhold, der ligger indenfor +/- 15% af senest bekendtgjorte offentlige ejendomsvurdering, er ophævet af Ligningsrådet på rådets møde 22.2. 2000. Ophæ-

232. Dette er ikke identisk med den bogførte værdi. Dog er det af arbejdsgruppen vedrørende unoterede aktier blevet anført, at de bogførte værdier som hovedregel er det tætteste, man kan komme på en handelsværdivurdering uden at anvende et frit skøn, samt at årsregnskabs oplysninger udgør en del af det grundlag, som uafhængige parter vil hense til ved en eventuel overdragelse, jf. Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende unoterede aktier, februar 1999, s. 20. Arbejdsgruppen er dog også af den opfattelse, at to meget vigtige regnskabsmæssige poster ikke umiddelbart kunne lægges til grund, idet det på forhånd må erkendes, at de ikke svarer til handelsværdien. Det drejer sig om værdien af immaterielle aktiver, herunder goodwill, og værdien af fast ejendom.

233. Sml. *Michael Serup*: Generationsskifte – Omstrukturering, 1998, s. 210 ff.

velsen gælder for overdragelser, der foretages 1.4. 2000 eller senere. Der henvises generelt til TS-cirk. 2000-5 af 15.3 2000 om værdiansættelse af fast ejendom ved overdragelse mellem interesseforbundne parter.

2.9.2.3 *Aktier, anparter og konvertible obligationer*

Tidligere værdiansættelsespraksis for aktier er ændret med TS-cirk. 2000-9 af 28. marts 2000 om værdiansættelse af aktier og anparter. Den særlige anvisning finder anvendelse for overdragelser mellem juridiske personer, der ikke er omfattet af dødsbocirkulæret.

Den af Told- og skattestyrelsen nedsatte arbejdsgruppe har den 23.2.1999 afgivet rapport om værdiansættelse af unoterede aktier. Ligningsrådet nye retningslinier for unoterede aktier, jf. herved beslutningen på Ligningsrådets møde 21.3. 2000 udmundet i anvisningen i TS-cirk. 2000-9. Arbejdsgruppen anbefalede, at en ny kursberegningsmodel tager udgangspunkt i den regnskabsmæssige indre værdi dog reguleret således, at værdien af fast ejendom medregnes til værdien ifølge den seneste offentlige ejendomsvurdering, og at værdien af goodwill medtages opgjort efter skattemæssige principper. De nye vejledende regler har virkning fra og med 14.4. 2000.

Børsnoterede aktier

I henhold til anvisningens pkt. 1 ansættes børsnoterede aktier til kursværdien svarende til den noterede kurs på det for skatteberegningen afgørende tidspunkt. Aktier i unoterede aktieklasser i børsnoterede selskaber medtages til samme værdi som kursen på den noterede aktier. Dette gælder dog ikke, såfremt de rettigheder der knytter sig til den unoterede aktieklasse, navnlig med hensyn til ret til forlods udbytte eller ved forlods dækning ved likvidation af selskabet. Der skal i sådanne tilfælde foretages en konkret vurdering af den unoterede aktieklasse.

I henhold til værdiansættelsescirkulæret har det hidtil for aktier, samt tegningsretter (warrants) og konvertible obligationer, der noteres på Københavns Fondsbørs eller på en børs i udlandet, været antaget, at disse måtte ansættes til den nærmest forud for skæringsdagen gældende køberkurs, jf. værdiansættelsescirkulærets pkt. 17.

Unoterede aktier

Værdien af unoterede aktier- og anparter fastsættes til handelsværdien. Kendes handelsværdien heraf ikke²³⁴, kan vurderingen foretages med

234. Hvilket eksempelvis kan skyldes, at aktierne ikke har været omsat, eller fordi de stedfundne omstændigheder ikke anses som egnet som grundlag for skønnet over handelsværdien.

udgangspunkt i den anviste hjælperegulering, der, som det anføres, er vejledende.

Hjælpereglen fremgår af cirkulærets pkt. 2. Heraf fremgår det, at udgangspunktet for værdiansættelse er, at aktiernes værdi beregnes som summen af værdierne af de enkelte aktivposter i selskabet minus de respektive gældsposter i selskabet. Den opgjorte værdi tillægges værdien af goodwill. Det betones, at der herved anvendes et substansprincip. Opgørelsen foretages på grundlag af selskabets indre værdi ifølge seneste aflagte årsregnskab, idet følgende regnskabsmæssige poster korrigeres som følger.

Fast ejendom korrigeres således, at den regnskabsmæssige værdi erstattes med den senest kendte offentlige ejendomsvurdering. Eventuelle ombygningsudgifter tillægges dog, såfremt disse udgifter ikke er indeholdt i ejendomsvurderingen. Udenlandske ejendomme medtages til den bogførte værdi. Beholdningen af unoterede aktier/anpartar i associerede selskaber og tilknyttede virksomheder medtages til værdien opgjort efter hjælpereglen, når handelsværdien i øvrigt er ukendt. Begreberne associerede og tilknyttede forstås i overensstemmelse med årsregnskabsloven. *Goodwill og andre immaterielle aktiver* medtages til den værdi, der fremkommer i henhold til TS-cirk. 2000-10, se herom nedenfor. Beregnet *udskudt skat* (netto) medtages og korrigeres under hensynstagen til ovenstående korrektioner. Negativ udskudt skat kan også medregnes, men kun til en værdi under pari.

Under overskriften *andre forhold* medtages det forhold, at en eventuel bogført værdi af egne aktier ikke medtages i beregningen af den indre værdi. Det anføres, at den nominelle aktiekapital, ved beregning af kursen, reduceres med den andel, som de egne aktier repræsenterer.

Hjælpereglen kan fraviges, enten i sin helhed eller for så vidt angår enkeltposter, når det må anses for relevant og væsentligt for at finde et egnet udtryk for værdier af de overdragne aktier.

Anvisningen trådte i kraft 14.4. 2000.

Også indtil den nye anvisnings ikrafttræden skulle aktier, anpartar og konvertible obligationer ansættes til handelsværdi. I mangel af en objektivt konstaterbar handelsværdi har man hidtil i almindelighed kunnet anvende den kurs, som er udarbejdet efter de af Ligningsrådet fastsatte retningslinier for beregning af formueskattekursen²³⁵. Som følge af lov nr. 1219 af 27.12.1996 er Told- og Skattestyrelsen ophørt med at beregne formueskattekursen for unoterede aktie- og anpartsselskaber. Der var herefter ikke længere noget behov for beregning af formueskatte-

235. Jf. Værdiansættelsescirkulæret pkt. 17-18.

kurser for unoterede aktier og anparter, og derfor heller ikke længere noget behov for, at Told- og Skattestyrelsen hvert år udarbejdede en kursliste over disse formueskattekurser. Told- og Skattestyrelsen udarbejdede den sidste kursliste for kurserne pr. 31. december 1996. Se hertil TfS 1997.599 hvoraf det fremgår, at den hidtil gældende praksis for værdiansættelse af unoterede aktier og anparter ved arv og gave i princippet fortsat kan finde anvendelse, uanset at kurslisten er afskaffet. Da Told- og Skattestyrelsen ikke længere udsender den årlige kursliste, vil selskabet som udgangspunkt være henvist til selv at foretage beregningen, eventuelt med bistand fra skattemyndigheden.²³⁶ Dette betyder, at kursen beregnet efter de af Ligningsrådet fastsatte retningslinier indtil 22.4. 2000 fortsat i et vist omfang kunne anvendes. Den følgende – retshistoriske eksercits – har derfor relevans for selskaber, der for eksempel er havnet i skattesager om tynd kapitalisering for så vidt angår indkomståret 1999.

Handelsværdien på unoterede aktier kunne normalt fastsættes på baggrund af de kurser, som har været anvendt ved almindelig omsætning af aktierne. Der kan dog ofte ikke skaffes oplysninger herom, enten fordi omsætning slet ikke har fundet sted, eller fordi den stedfundne omsætning er sket under forhold, som bevirker, at den anvendte overdragelseskurs er uegnet som udtryk for handelsværdien.

Den omstændighed, at sælger f.eks. forgæves havde udbudt til aktierne til salg til en bestemt kurs, er ikke tilstrækkelig dokumentation for, at værdien kunne ansættes lavere end udbudskursen. Derimod ville en kursfastsættelse, der tog sit udgangspunkt i en kurs, der fremkom ved salg eller ved offentlig auktion formentlig kunne lægges til grund, forudsat overdragelsen skete til en uafhængig tredjemand.

Skattekursen beregnedes som hovedregel på grundlag af selskabets indtjeningsevne, udbytte og indre værdi, således som disse kunne opgøres efter selskabets årsregnskab for det senest afsluttede regnskabsår (og de to forudgående regnskabsår), kombineret med de kapitaliseringsfaktorer, som Ligningsrådet hvert år fastsatte pr. 1. januar²³⁷.

Ved værdiansættelsen var det som udgangspunkt den skattekurs, der var beregnet på grundlag af det årsregnskab, der var afsluttet nærmest forud

236. For den seneste beskrivelse af disse beregningsregler henvises til LV 1996 A.H.3.1.1. (aktier og anparter) og A.H.3.1.2. (konvertible obligationer).

237. Jf. senest TfS 2000.255.

for skæringsdagen, der skulle anvendes. Hvis skæringsdagen lå indenfor en måned forud for udløbet af selskabets regnskabsår, var det dog det årsregnskab, som afsluttes umiddelbart efter skæringsdagen, som skulle anvendes ved beregningen af skattekursen.²³⁸

Beregningen af kursen skete under anvendelse af de beregningsregler, herunder de kapitaliseringsfaktorer, som var gældende for fastsættelsen af formueskattekursen pr. 1. januar i det kalenderår, hvori skæringsdagen lå²³⁹.

Hvis selskabets kapital var opdelt i forskellige aktieklasser, der bar forskellige rettigheder, kunne der blive tale om forskellig kursfastsættelse for de enkelte aktieklasser, hvis forskellene efter en konkret vurdering gav baggrund herfor. I praksis blev der typisk tale om forskellige kurser, hvis aktieklasserne havde forskellige udbytterettigheder. Derimod ville forskelle i aktieklassernes stemmerettigheder normalt ikke medføre forskellige kursfastsættelser²⁴⁰. Dette indebar også, at hvis et selskab eksempelvis havde to aktieklasser, hvoraf kun den ene var børsnoteret, så ville kursen på den unoterede aktieklasse skulle fastsættes med udgangspunkt i børskursen på den noterede aktieklasse, med mindre forskellene i aktiernes rettigheder kunne begrunde en anden kurs på de unoterede aktier.²⁴¹ Ved værdiansættelsen blev der normalt ikke taget hensyn til vedtægts- eller aftalemæssige begrænsninger i aktiernes omsættelighed. Der blev kun undtagelsesvis taget hensyn til en forringelse af selskabets økonomiske forhold i perioden fra udløbet af det regnskabsår, der skulle anvendes ved kursfastsættelsen, til værdiansættelsestidspunktet.

Formueskattekursen på aktier i nystiftede selskaber, dvs. selskaber der endnu ikke havde indsendt regnskab eller selvangivelse inden kursberegningen foretages, kunne ansættes i henhold til de af Ligningsrådet fastsatte regler til pari.²⁴²

2.9.2.4 Obligationer, pantebreve og andre fordringer

Børsnoterede obligationer, statsgældsbeviser og lignende må ansættes til den nærmest forud for skæringsdagen gældende køberkurs.²⁴³

238. Jf. LV 1996 S.F.1.2.3.3 og TfS 1989.285 LSR.

239. Kapitaliseringsfaktorerne pr. 1. januar 1997 er offentliggjort i TfS 1996.733. Ligningsrådet har i TfS 1998.162 offentliggjort justerede kapitaliseringsfaktorer, som må antages at finde anvendelse pr. 1. januar 1998.

240. Jf. TfS 1997.81 H.

241. Jf. TfS 1997.81 H.

242. Jf. TfS 1991.528 LSR.

243. Jf. værdiansættelsecirkulæret pkt. 17.

Private pantebreve ansættes til kursværdi, som må skønnes ud fra det aktuelle renteniveau, samt pantebrevets sikkerhed og afdrags- og rentevilkår²⁴⁴. De af Told- og Skattestyrelsen kvartalsmæssigt udsendte meddelelser om kontantomregning af pantebreve i fast ejendom vil kunne være vejledende, se ovenfor og Tfs 2000.264 og Tfs 2000.360. Der er dog visse situationer, hvor pante- og gældsbreves handelsværdi ansættes efter andre kriterier²⁴⁵. Gældsbreve og andre usikrede fordringer ansættes til kursværdi.

Hvis et pantebrev eller en anden fordring ikke er nødlidende, må de vedhængende renter værdiansættes til pari. For både pantebreve og gældsbreve vil en vurdering, der er foretaget af et pengeinstitut eller lignende normalt blive anerkendt.

Uerholdelige fordringer

Udestående fordringer, der ikke kan inddrives, medtages i opgørelsen til kurs 0. Dette forudsætter dog, at uerholdeligheden kan dokumenteres ved forgæves udlæg eller på anden måde.²⁴⁶

2.9.2.5 Finansielle instrumenter (terminkontrakter, futures, optioner mv.)

Børsnoterede finansielle instrumenter må ansættes til den nærmest forud for skæringsdagen gældende køberkurs. Finansielle instrumenter, der ikke er børsnoterede, skal ansættes til handelsværdien. En vurdering, der er foretaget af et pengeinstitut eller lignende vil normalt blive anerkendt.

2.9.2.6 Driftsmidler og skibe

Driftsmidler og skibe ansættes til handelsværdi. Hvis disse aktiver er omfattet af et samlet udlæg af en erhvervsvirksomhed, skal værdien ansættes til handelsværdien ved et sådant salg²⁴⁷. Værdien af driftsmidler (maskiner og inventar mv.) og skibe kan ansættes med udgangspunkt i den skattemæssigt opgjorte værdi, med mindre denne må antages at afvige væsentligt fra handelsværdien.

244. Jf. værdiansættelsescirkulæret pkt. 19.

245. Jf. *Karsten Liljegren: Dødsbøbeskatning*, 1999, s. 340, for så vidt angår praksis fra dødsbøbeskatningens områder.

246. Jf. værdiansættelsescirkulæret pkt. 20.

247. Jf. værdiansættelsescirkulæret pkt. 25.

2.9.2.7 Varelagre

Varelagre skal principielt ansættes til salgsværdien ved samlet salg, men i almindelighed accepteres en vis nedskrivning i forhold til dags- indkøbs, eller fremstillingsprisen. Der kan hertil hentes støtte i kataloger og prisangivelse mv. I praksis vil de nedskrevne værdier i virksomhedens driftsregnskaber udgøre grundlaget for værdiansættelsen, medmindre der forud er foretaget usædvanlige af- eller nedskrivninger.

2.9.2.8 Immaterielle rettigheder

Goodwill

En vurdering af en virksomheds enkeltaktiver kan afvige fra den bedømmelse, der fremkommer på baggrund af den samlede virksomhed. Ligningsmyndighederne vil foretage en selvstændig og konkret vurdering af værdien af en virksomhed ved en handel hermed, med udgangspunkt i foreliggende regnskaber med en konkret vurdering af reguleringer af såvel materielle aktiver som en eventuel goodwill. Udgangspunktet for værdiansættelsen vil almindeligvis være virksomhedens indtjeningssevne således, at værdiansættelsen sker på grundlag af en rentabilitetsvurdering. En vurdering på grundlag af den forventede fremtidige indtjenning vil sjældent svare til summen af værdien af virksomhedens materielle aktiver, og en positiv forskelsværdi betegnes almindeligvis som goodwill.

Handelsværdien af goodwill kan værdiansættes efter et skøn under hensyntagen til de konkrete foreliggende omstændigheder, jf. herom LV 1999 E.I.4.1.2. Hvis der i en branche eksisterer en fast kutyme for værdiansættelse af goodwill anerkendes også skattemæssigt sådanne kutyper. Foreligger der ingen branchekutyme, kan værdiansættelsen blandt andet sandsynliggøres ved hjælp af tilstrækkeligt underbyggede sagkyndige erklæringer eller dokumenterede købstilbud fra fremmede. Såfremt der ikke er andre holdepunkter for udøvelsen af skønnet over handelsværdien, har Ligningsrådet vedtaget en beregningsregel, der som vejledende regel kan danne grundlag for skønnet over handelsværdien. Det skal understreges, at reglen er vejledende og derfor må fraviges, såfremt særlige forhold gør sig gældende, og det resultat der fremkommer som følge af reglen skal underkastes en selvstændig vurdering af, om det afspejler handelsværdien.

Beregningsreglen fremgår af Ligningsrådets vejledende anvisning om værdiansættelse af goodwill vedtaget i marts 2000, jf. TS-cirk. 2000-10. Beregningsreglen er udtryk for en standardiseret form for beregning af goodwill. Der kan derfor foreligge konkrete omstændigheder, der gør beregningsmodellen mindre anvendelig. I disse tilfælde skal der korrigeres i resultatet, således at den endelige værdiansættelse skønsmæssigt

svarer til den pris, en uafhængig tredjemand antages at ville betale for goodwill under de foreliggende omstændigheder. Ved anvendelsen af beregningsmodellen er det således afgørende, at der tages stilling til, hvorvidt beregningsmodellen giver en realistisk værdiansættelse af goodwill, samt om der i den situation foreligger omstændigheder, der skal tages højde for.

Grundlaget for beregningen er de regnskabsmæssige resultater før skat for de seneste 3 regnskabsår opgjort efter reglerne i årsregnskabsloven. Såfremt der tages udgangspunkt heri, skal der korrigeres for følgende poster i de enkelte år:

- ÷ Finansielle indtægter
- + Finansielle udgifter
- +/÷ Eventuelle ekstraordinære poster i henhold til årsregnskabsloven
- + Afskrivninger på tilkøbt goodwill

Det korrigerede resultat for 3. sidste regnskabsår ganges med 1, det korrigerede resultat for 2. sidste regnskabsår ganges med 2 og det korrigerede resultat for sidste regnskabsår ganges med 3. Herefter divideres med 6, hvorved en vægtet gennemsnitsindtjening fremkommer.

Såfremt der har været en konstant resultatmæssig udvikling (positiv eller negativ) inden for de 3 år, beregnes der et tillæg/fradrag for udviklingstendensen. Denne beregning tager udgangspunkt i den resultatmæssige udvikling, der har været fra det tredjesidste regnskabsår før overdragelsen til det sidste år før opgørelsestidspunktet. Som udtryk for gennemsnittet af udviklingen i de to udviklingsperioder divideres den samlede udvikling med 2. Det beregnede tillæg for udviklingstendens tillægges/fratrækkes den vægtede gennemsnitsindtjening.

Herefter fratrækkes en forrentning af samtlige aktiver i virksomhedens seneste balance forud for overdragelsen bortset fra driftsfremmede aktiver som for eksempel obligationer og pantebreve samt bogført værdi af tilkøbt goodwill. Forrentningen fastsættes til den på overdragelsestidspunktet gældende kapitalafkastssats, jf. VSL § 9 plus 3%. Kapitaliseringsfaktoren udtrykker forholdet mellem det forventede årlige afkast i form af en forrentningsprocent og goodwillens forventede levetid, som udtryk for, i hvor mange år man kan forvente et afkast på den erhvervede goodwill. Forrentningsprocenten er den samme som just nævnt. Goodwill kan have varierende levetid og kapitaliseringsfaktoren må ansættes i forhold hertil. I anvisningen nævnes som eksempler på, hvad der er afgørende for levetiden for erhvervet goodwill: (1) type og kompleksitet af virksomhedens produkter og/eller tjenesteydelser, (2) produktion/forhandling af et indarbejdet og anerkendt varemærke må antages at have en forlængende effekt på goodwillens levetid, (3) hvis køber i løbet af kort tid ved etablering af en helt ny virksomhed kan opbyg-

ge en tilsvarende goodwill, som den der er knyttet til den aktuelle virksomhed, må goodwill antages at have en forholdsvis kort levetid. Som eksempler i anvisningens pkt. 4 på elementer der kan have betydning for værdiansættelsen og dermed føre til justering af ansættelsen efter modellen fremhæves: (1) velbegrundede forventninger til fremtiden, (2) udviklingen fra afslutningen af sidste regnskabsperiode til opgørelses-tidspunktet, (3) situationer, hvor medarbejdere med afgørende indflydelse på virksomhedens indtjening, ikke følger med virksomheden, (4) i tilfælde hvor virksomhedens indtjening udelukkende eller i det væsentligste er baseret på en eller ganske få meget store kunder, vil beregningsmodellen være mindre anvendelig, og der bør ske nedslag som udtryk for den usikkerhed der er forbundet hermed.

Såfremt en virksomhed ikke har aflagt årsregnskab for de seneste 3 regnskabsår, må anvisningen anvendes med de fornødne tilpasninger.

Der er næppe tvivl om, at det vil give anledning til diskussion om, hvad der er den rette goodwill i et debitorselskab, idet størrelsen heraf i relation til reglerne om tynd kapitalisering kan være udslagsgivende i relation til bedømmelsen af, hvorvidt der skal foretages fradragsbeskæring eller ej. På denne baggrund kunne det tænkes ønskeligt, at der blev iværksat foranstaltninger, der kunne imødekomme sådanne stridigheder og unødvendige skattesager.

I forbindelse med Folketingets behandling af L 53 (lov, nr. 1026 af 23.12. 1998) blev der fremsat spørgsmål om værdiansættelsesproblemerne vedrørende goodwill og andre immaterielle aktiver, jf. bilag 3 spørgsmål 10. Det blev herved spurgt, om det overvejes at indføre retningslinjer for værdiansættelse af goodwill og andre immaterielle rettigheder ved opgørelsen af et selskabs eller et fast driftssteds egenkapital efter selskabsskattelovens § 11. Baggrunden herfor anførtes som det forhold, at værdien af et selskabs eller faste driftssteds immaterielle aktiver, herunder goodwill, indgår ved opgørelsen af selskabets eller driftsstedets egenkapital, der skal opgøres efter SEL § 11, stk. 3. Hertil fremhævede forespørgeren imidlertid, at ingen retningslinier for opgørelsen af værdien af disse aktiver foreligger i de tilfælde, hvor der ikke findes en fast markedsværdi herfor, for eksempel fordi aktivet ikke er blevet handlet mellem uafhængige parter omkring opgørelsestidspunktet. Spørgeren konstaterede herved, at det derfor i langt de fleste tilfælde ikke er muligt i praksis med sikkerhed at opgøre egenkapitalen, og som følge heraf, at det heller ikke er muligt i langt de fleste tilfælde med nogenlunde sikkerhed at forudsige, om et selskab eller filial er tyndt kapitaliseret i henhold til SEL § 11. Det påpegedes derfor, med rette, at der af disse årsager er et stort behov for at have nogle objektive beregningsregler, der kan anven-

des i de tilfælde, hvor der ikke foreligger en markedsværdi for de pågældende aktiver.

Skatteministeren svarede på spørgsmålet i bilag 11 til L 53. Heri hed det blandt andet, at:

“...Immaterielle rettigheder skal således som andre aktiver opgøres til handelsværdien. For opgørelsen af værdien gælder almindelige principper. Goodwill, som specielt er nævnt i spørgsmålet, værdiansættes efter et skøn under hensyntagen til de konkret foreliggende omstændigheder. Værdiansættelsen må i mangel af særlige holdepunkter ske på grundlag af et skøn, hvor der tages hensyn til samtlige de i det konkrete tilfælde foreliggende omstændigheder. Foreligger der ikke andre holdepunkter for udøvelsen af skønnet over handelsværdien, har Ligningsrådet vedtaget en beregningsregel, der som vejledende regel kan danne udgangspunkt for skønnet. Værdiansættelsen af goodwill foretages således også i sammenhæng med reglerne i selskabsskattelovens § 11 efter samme principper, som gælder andre steder i skattelovgivningen...”

Det tilføjes, at Told- og Skattestyrelsen har påbegyndt overvejelser om, hvorvidt der generelt kan være behov for en ændring af den vejledende regel om beregning af handelsværdien af goodwill. Det er altså disse overvejelser, der har udmøntet sig i TS-cirk. 2000-10.

Der er ikke taget stilling til sådanne situationer, hvor der kan konstateres *badwill*, men det må antages, at sådan *badwill* ikke kan medregnes ved opgørelsen efter SEL § 11. Goodwill-beregningen kan efter almindelig praksis ikke udgøre en negativ talstørrelse, hvorfor en *badwill* i en konkret situation maksimalt kan få den effekt, at der ikke medregnes nogen goodwill til debitorselskabets aktiver.

Andre immaterielle rettigheder

Ophavs- og patentrettigheder medtages som aktiver til en skønnet værdi, hvor man ved ansættelsen af denne værdi er henvist til at foretage beregninger over de fremtidige indtægter på grundlag af ydelser som er modtaget. Der kan blandt andet lægges vægt, på om ydelsen gennem årene har været stigende eller faldende. I mangel af andet grundlag kan rettigheden sættes til 2/3 af det samlede afkast i de sidste 3 år. Branche-kutymen eller dokumenterede købstilbud fra tredjemand kan også spille en rolle i værdiansættelsen.

Særligt know how, koncessioner, varemærker og lignende immaterialrettigheder kan også volde vanskeligheder i forbindelse med opgørelsen af en handelsværdi til brug for SEL § 11, stk. 3. Der kan formentlig også

ved det konkrete skøn henses til branchekutymen eller dokumenterede købstilbud fra tredjemand.

2.9.2.9 Andele/anparter i interessentskaber og kommanditselskaber

En andel i et interessentskab skal værdiansættes med den hertil hørende andel af handelsværdien af interessentskabets aktiver og passiver. For anparter i større kommanditselskaber vil der normalt kunne indhentes købstilbud eller vurdering fra det selskab, der har udstedt anparten, eller fra DAI (Dansk Anparts Investering) i Horsens.

2.9.3 Kommentar

Det er for så vidt uhensigtsmæssigt, at der indføres et egenkapitalbegreb, der klart tager sit sproglige udgangspunkt i den almindelige forståelse af, hvad der er egenkapital, men samtidig ikke nærmere redegør for, at der i realiteten ikke er tale om identiske begreber. Dog er det trods alt en trøst, at begrebet egenkapital opgøres på samme måde regnskabsmæssigt som i skatteretten. Der skal blot foretages visse udlugninger i årsregnskabet før den skatteretlige egenkapital i relation til SEL § 11, stk. 3 fremkommer korrekt. Det erindres yderligere herved, at de historiske talstørrelser i årsregnskabet udelukkende kan fungere som vejledende. Såfremt debitorselskabet er tyndt kapitaliseret, skal der ved udgangen af indkomståret foretages en opgørelse til handelsværdier.

Det er klart, at årsregnskabet benyttes som udgangspunkt for bestemmelsen af den relevante skattemæssige egenkapital. Dog skal aktiverne opgøres til handelsværdien ved udløbet af debitorselskabets indkomstår. Det er blevet anført, at dette krav udspringer af behovet for at modvirke de ulemper, der gjorde sig gældende ved sambeskatningsvilkår 2.4.2., hvor den skattemæssige egenkapital blev anvendt som værdien af nettoaktiverne²⁴⁸.

2.9.4 Egenkapitalbegrebet i international kontekst

Der findes store variationer vedrørende definitionen af relevant egenkapital i international sammenhæng. Som udgangspunkt anvendes internationalt oplysningerne fra regnskabets balance, men i eksempelvis New Zealand ses til dels en regel som den danske, hvorefter der er mulighed for at benytte den egentlige handelsværdi af aktiverne. Også ved-

248. Jf. Lars Cort Hansen i TfS 1998.569, s. 1674. Forfatteren finder dog tillige, at den nye bestemmelse i SEL § 11, stk. 3 vil give anledning til en vis tvivl i praksis med hensyn til, hvad der er den korrekte handelsværdi af selskabets aktiver, herunder ikke mindst i relation til opgørelsen af immaterielle aktiver såsom goodwill, varemærkerettigheder, patentrettigheder, værdien af knowhow mv.

rørende beregningen af egenkapital ses der benyttet forskellige varianter i de forskellige lande. Nogle benytter værdien ultimo det foregående år, andre ultimo det aktuelle indkomstår og endelig nogle en gennemsnitsbetragtning. Nogle lande opererer med særlige regler der medfører, at tab vedrørende den forretningsmæssige drift i debitorselskabet ikke medfører en ændring af den relevante egenkapital.

2.9.5 Karensperiode (claw back-regel²⁴⁹)

Af SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. fremkommer det som et krav, at egenkapital der er indskudt af den udenlandske ejerkreds kun skal medregnes i det omfang, den forbliver i debitorselskabet i mindst to år.

Denne særlige regel er indsat for at modvirke, at den udenlandske ejerkreds – for at få forholdet mellem gæld og egenkapital ned på eller under 4:1 – umiddelbart før udløbet af datterselskabets indkomstår indskyder egenkapital som så hjemtages primo det følgende indkomstår, jf. bemærkningerne til L 101.

Reglen i SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. om karenstiden giver anledning til visse yderligere tvivlsspørgsmål, idet reglen formentlig er formuleret lidt uheldigt²⁵⁰.

Konvertible obligationer

I relation til konvertible obligationer er det ikke ganske klart, om det er et krav, at aktierne efter en konvertering skal forblive en del af egenkapitalen i debitorselskabet i mindst to år efter konverteringen, eller om tiden inden konverteringen skal medregnes som en del af de to år²⁵¹. Antageligvis vil aktierne skulle forblive som egenkapital i to år. Konvertible obligationer medtages jo netop som gæld, jf. SEL § 11, stk. 2.

Simultan kapitalforhøjelse og nedsættelse

Det er ej heller afklaret, hvorvidt en kapitalnedsættelse i debitorselskabet, hvorved aktiekapitalen nedskrives til 0 kr., efterfulgt af en kapitalforhøjelse medfører en genoptaget skatteansættelse for tidligere år, idet egenkapitalen må anses at have udgjort 0 kr. i tidligere år²⁵². Som reglerne er udformet, må denne situation antageligvis omfattes af claw-back reglen.

249. Jf. *Niels Josephsen* i SU 1999.7 for denne begrebsanvendelse og de australske regler om tynd kapitalisering.

250. Jf. *Michael Sørensen* i R&R 1998/9, s. 32, *Lars Cort Hansen* i TfS 1998.569 og *Niels Josephsen* i SU 1999.7.

251. Jf. herom *Lars Cort Hansen* i TfS 1998.569, s. 1673.

252. Jf. herved også *Lars Cort Hansen* i TfS 1998.569.

Udloddede beløb

Et spørgsmål er også, (1) om et udloddet beløb skal anses som en del af egenkapitalen i henhold til SEL § 11, såfremt der i debitorselskabet (hvis dette er et aktie- eller anpartsselskab) tegnes aktie- eller anpartskapital til overkurs, som efterfølgende udloddes inden der er gået to år, og (2) herefter om der som en følge heraf skal ske genoptagelse af tidligere år. Dette vil næppe være tilfældet²⁵³.

Hvornår/hvor længe skal et beløb medregnes til egenkapitalen

Det er ikke afklaret, hvorledes det afgøres om egenkapital forbliver i selskabet, idet bemærkningerne til L 101 er noget uklare på dette punkt. Dog må det antages, at egenkapital forbliver i debitorselskabet, så længe den skal medregnes til egenkapitalen efter selskabsrettens regler (når der er tale om aktie- eller anpartsselskaber).

Omstruktureringer

Såfremt et aktie- eller anpartsselskab likvideres, spaltes, fusioneres mv. inden for to år efter kapitalindskuddet, og selskabets aktie- eller anpartskapital herved annulleres fremkommer, således spørgsmålet om, hvorvidt der for debitorselskabet skal foretages en genoptagelse af tidligere års skatteansættelser med eventuel fradragsbegrænsning til følge.

Det konstateres af *Lars Cort Hansen* op.cit. på baggrund af ordlyden af SEL § 11, stk. 3, at samtlige ovennævnte situationer formentlig vil medføre en genoptagelse af skatteansættelserne for tidligere år. Denne fortolkning kan tiltrædes, idet reglen er objektivt formuleret og dermed ikke levner rum for særlige fortolkninger i situationer som de skitserede.

Udlodning af ekstraordinære udbytter, køb af aktiver og konkurs

Egenkapitalen i et selskab kan også ændres som følge af udlodning af ekstraordinære udbytter, køb af aktiver og selskabets konkurs, ændres. Dette bevirker formentlig efter en ordlydsfortolkning af SEL § 11, stk. 3, at skatteansættelsen for debitorselskabet genoptages for tidligere indkomstår, men der er ikke taget stilling hertil direkte i bemærkningerne til SEL § 11. For så vidt angår spørgsmålet om udlodning af ordinære eller ekstraordinære udbytter finder *Niels Josephsen* i SU 1999.7, at det må være afgørende, om dette udloddes på baggrund af årets eller tidligere

253. Det skal herved også erindres, at overkursfonden i henhold til AL § 111 har begrænsede anvendelsesmuligheder. Således skal den primært anvendes til dækning af underskud, der ikke dækkes af den fri egenkapital og emission af fondsaktier, men ikke andre formål med mindre der udstedes 3 måneders proklama.

års overskud. I tilfælde af sidstnævnte bør udlodningen efter forfatterens vurdering ikke blive ramt af reglen i SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. Denne fortolkning må tiltrædes.

Hvem har indskudt egenkapitalen, og hvilket princip anvendes til bestemmelsen heraf?

Claw-back reglen kan ligeledes give anledning til et spørgsmål om, hvorvidt det er den specifikke egenkapital, der er indskudt af den kontrollerende kreds, der er forblevet i selskabet i to år og i denne sammenhæng, hvilket princip, der skal benyttes til bestemmelsen heraf (FIFO- eller LIFO-princip). Spørgsmålet er ikke afklaret i bemærkningerne til L 101.

Kommentar

Af ovenstående fremgår det, at reglen i SEL § 11, stk. 3, 2. pkt. formentlig har fået et videre anvendelsesområde end egentligt tiltænkt, idet flere transaktioner der er båret af forretningsmæssige hensyn kan medføre ændringer i egenkapitalen. Målet med bestemmelsen er jo netop at ramme sådanne situationer, hvor der umiddelbart efter en kapitalforhøjelse udloddes udbytte eller foretages en udlodning i forbindelse med en kapitalnedsættelse. Af denne årsag er reglen blevet kritiseret i litteraturen, hvori der tillige er blevet ytret behov for en særlig hensyntagen til forretningsmæssige omstruktureringer mv., eller som et mindstemål, at der ved udarbejdelsen af et cirkulære om reglerne, blev beskrevet i hvilke situationer ændringer af egenkapital medfører at claw-back reglen finder anvendelse²⁵⁴. Såfremt reglen finder anvendelse, er debitorselskabet henvist til at forsøge at dokumentere, at den givne finansiering er på markedsmæssige vilkår.

På internationalt plan findes der en tilsvarende regel i de Australske regler om tynd kapitalisering, jf. herom kort nedenfor i del IV.

2.10 Konsolideringsreglen

2.10.1 Generelt

Det er min opfattelse, at den eksisterende litteratur samt administrativ vejledning om tynd kapitalisering er gået lidt let hen over den såkaldte konsolideringsregel i SEL § 11, stk. 4. Efter kort tids praktisering af reglerne om tynd kapitalisering danner der sig et tydeligt billede af, at konsolideringsreglen er den ene regel, der giver anledning til absolut flest vanskeligheder i praksis. Nogle af disse skal i det følgende søges afklaret,

254. Jf. *Niels Jøsephsen* i SU 1999.7 og *Lars Cort Hansen* i TfS 1998.569 og i samme retning, men ikke direkte kritisk *Michael Sørensen* i R&R 1998/9, s. 32.

men det skal samtidig erindres, at der stort set ikke findes nogen hjælp at hente vedrørende praktiseringen eller fortolkningen af denne regel.

SEL § 11, stk. 4. lyder som følger:

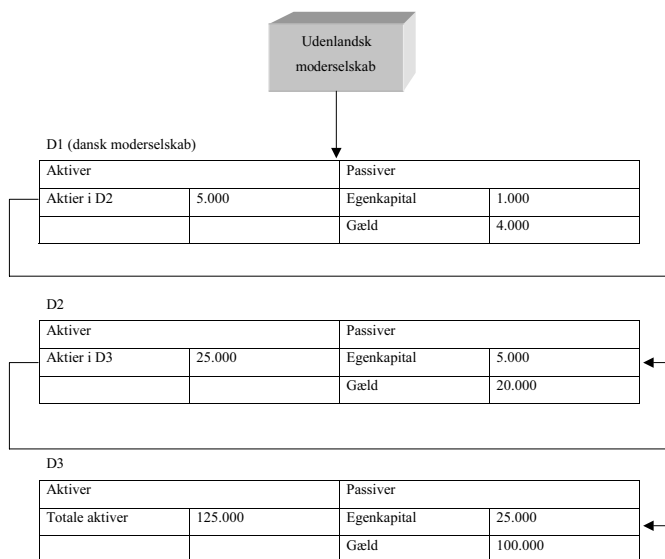
“Kontrolleres flere danske koncernforbundne selskaber, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, finder stk. 1-3 samlet anvendelse på aktiver og passiver i disse selskaber, og der bortses fra danske selskabers aktier i andre selskaber, der indgår i den samlede opgørelse, samt fordringer og gæld mellem disse.”

I henhold til bemærkningerne til L 101 (lov nr. 432 af 26.6. 1998) er baggrunden for konsolideringsreglen, at man vil søge at undgå, at der kan ske omgåelse af reglerne i stk. 1-3, idet en koncern ved at indskyde yderligere selskaber kunne udtynke kapitalen, samtidig med at forholdet mellem gæld og egenkapital blev opretholdt i det enkelte datterselskab²⁵⁵. Denne effekt benævnes *kaskadeeffekten* og er almindeligt kendt i international kontekst (the cascade effect).

Den omtalte kaskadeeffekt kan illustreres ved følgende eksempel og bør have i erindring ved brug af reglen i SEL § 11, stk. 4. En huskeregel er, at den samlede egenkapital, hvis der findes en kæde af danske selskaber efter konsolideringen vil svare til egenkapitalen i det danske moderselskab. Dette udgangspunkt holder imidlertid ikke stik, såfremt der er flere selskabsgrene i den danske del af koncernen, idet egenkapitalen i disse situationer svarer til summen af egenkapitalen i enkeltselskaberne.

255. Metodikken demonstreres i bemærkningerne til stk. 4.

Eksempel på kaskadeeffekten



Der vil i dette eksempel udelukkende være fradragsret for renteudgifter vedrørende gæld, der kan holdes inden for 4.000 ($4 \times$ egenkapitalen i D1). Alle renteudgifter mv. herudover begrænses af reglen.

2.10.2 Fuld konsolidering – konsolideringsreglens nærmere indhold

Det anføres uddybende i bemærkningerne til L 101, at regelsættet i SEL § 11, stk. 1-3 i henhold til stk. 4 skal anvendes samlet på alle danske koncernforbundne datterselskaber (og filialer), herunder frivilligt sam-beskattede udenlandske datterselskaber, men ikke CFC-selskaber. Der henvises til ovenfor, for så vidt angår en behandling af selve koncernbe-grebet i KGL § 4, stk. 2.

Ordet konsolidering introduceres tillige i bemærkningerne til SEL § 11, stk. 4. I dette begreb ligger, at forholdet mellem gæld og egenkapital i henhold til SEL § 11, stk. 1, skal opgøres samlet. Det fremgår direkte af bestemmelsen, at der ved opgørelsen af forholdet mellem gæld og egenkapital skal bortses fra visse poster, men disse poster er næppe udtømmende opregnet i bestemmelsen. Det antages således, at der ved en konsolideret opgørelse skal foretages visse elimineringer for at foretage den samlede opgørelse af forholdet mellem gæld og egenkapital. Dette om-fatter:

- aktiebesiddelser i andre danske selskaber

- gæld og fordringer mellem disse danske selskaber
- rente og kurstab der udspringer af denne gæld

De to førstnævnte udspringer direkte af ordlyden af § 11, stk. 4, men det må dog antages, at også renter og kurstab mellem disse selskaber skal elimineres ved en konsolideret opgørelse²⁵⁶.

2.10.2.1 Fuld eller delvis konsolidering?

Efter nærmere eksemplifikation og dokumentation kan der argumenteres for, at SEL § 11, stk. 4 efter sit indhold bør fortolkes derhen, at koncernkonsolideringen skal foretages på fuldstændig basis. Der kan således argumenteres for, at en fortolkning der medfører delvis konsolidering er ulogisk og medfører urimelige resultater. Problemet fremkommer tydeligst ved fordelingen af fradragsbeskæringen mellem de enkelte koncernselskaber.

Terminologisk benyttes i det følgende begreberne delvis og fuld konsolidering. Om delvis konsolidering menes den situation, hvor der foretages eliminering (bortseelse) af de i Danmark eksisterende koncerninterne aktiebesiddelser samt gæld og fordringer. Fuld konsolidering omfatter tillige eliminering af de til den danske koncerninterne gæld knyttede renteudgifter og kurstab. Det er denne sidstnævnte konsolideringsmetode, der efter min opfattelse medfører det korrekte resultat.

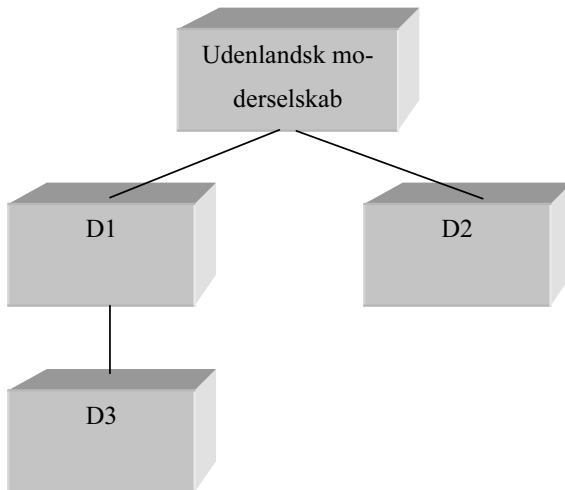
Det essentielle spørgsmål opstår ved anvendelsen af SEL § 11, stk. 4 og relaterer sig til opgørelsesmetoden for den konsoliderede fradragsbegrænsning, idet det efter min erfaring har vist sig at være af stor betydning, hvorvidt rentebetalinger mellem de kontrollerede selskaber i Danmark tillige skal elimineres ved opgørelsen. Foretages der ingen eliminering af denne rentebetaling bliver fradragsbegrænsningen selvsagt større, end hvis der foretages en eliminering af den mellem datterselskaberne betalte rente. Ligeledes kan ved fordelingen af fradragsbeskæringen opstå den situation, at der ved delvis konsolidering bliver fradragsbegrænsning i koncernselskaber, hvor der ingen kontrolleret gæld eksisterer. Om selve fordelingen er der i bemærkningerne til stk. 4 anført, at den samlede fradragsbeskæring fordeles mellem alle de danske datterselskaber, i forhold til hvert datterselskabs andel af de samlede renteudgifter og kurstab. Heraf fremgår altså, at der kan ske fradragsbeskæring i det enkelte selskab, selvom dette ikke isoleret set er tyndt kapitaliseret. Der fremgår derimod ikke, at der skal kunne ske fradragsbeskæring ved-

256. Jf. herved *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff* i TfS 1999.36. De følgende bemærkninger om hvorvidt SEL § 11, stk. 4 indebærer et system med fuld eller delvis konsolidering tager udgangspunkt i denne artikel.

rørende renteudgifter og kurstab, der ikke udspringer af kontrolleret gæld, hvilket må antages at være i direkte modstrid med stk. 1. Det kan anføres, at såfremt logikken i bestemmelsen skal følges, bør der tillige bortses fra rentebetalinger, der udspringer af den eliminerede gæld. I modsat fald kan der ske fradragsbegrænsning, der relaterer sig til gæld, der er elimineret i den konsoliderede opgørelse. Dette er ikke logisk eller hensigtsmæssigt.

Det fremgår af et svar fra skatteministeren til FSR, at reglen er neutral i relation til sammensætningen af renteindtægter. Således bør det heller ikke påvirke opgørelsen efter konsolideringsreglen, at der er interne danske koncernlån ved, at der ikke elimineres for rentebetalinger mellem de danske selskaber. Lånes der til tredjemand indgår dette ikke i opgørelsen, hvorfor det følgelig ikke efter udsagnet bør gøre det f.s.v.a. fordringer på danske søsterselskaber.

Problemerne kommer tydeligst frem ved en eksemplifikation. I de følgende eksempler er forudsætningerne; en koncernstruktur som vist nedenfor, renten er 10%, debt/equity er i eksemplerne over det accepterede forhold på 4:1. Der er i de to eksempler forskel på omfanget af kontrolleret gæld og øvrig koncernintern gæld.



Eksempel 1

Datterselskab 1

	t.kr.
Aktier i D3	10
Andre aktiver	90
Egenkapital	10
Gæld	90

Datterselskab 2

	t.kr.
Fordring på D3	50
Andre aktiver	50
Egenkapital	20
Gæld	80

Datterselskab 3

	t.kr.
Aktiver	100
Egenkapital	10
Gæld	90

	D1	D2	D3	Eliminering	I alt
Aktier	10	0	0	(10)	0
Andre aktiver	90	100	100	(50)	240
Egenkapital	10	20	10	(10)	30
Kontrolleret gæld	90	80	40	0	210
Dansk koncernintern gæld	0	0	50	(50)	0
Anden gæld	0	0	0	0	0
Renteudgifter	9	8	9	0/(5)	26/21

Forskellen mellem delvis og fuld konsolidering er følgende:

1. Delvis konsolidering:

$$\frac{(210 - (4 \times 30)) \times 26}{210} = 11,14$$

Der vil herefter være fradrag for 14,86.

2. Fuld konsolidering:

$$\frac{(210 - (4 \times 30)) \times 21}{210} = 9$$

Der vil herefter være fradrag for 17.

Der ses altså at være en forskel på 2,14 i fradragsbegrænsningen alt efter, om danske koncerninterne renter fra de borteliminerede fordringer medregnes eller ej. Dette svarer til 24% afvigelse, hvorved spørgsmålet ses at have stor betydning for de involverede skattesubjekter. Betydningen vil stige i takt med omfanget af dansk koncernintern gæld.

Resultatet siger dog næppe meget i sig selv bortset fra, at der sker en større fradragsbegrænsning ved delvis konsolidering. Foretages der en fordeling af den her fremkomne begrænsning, ville denne tage sig ud som følgende:

	D1	D2	D3
Delvis konsolidering	3,86	3,42	3,86
Fuld konsolidering	3,86	3,42	1,72

Eksempel 2

Ejerforholdet er det samme som ovenfor i eksempel 1, men D2 har i stedet en fordring på 90 på D3.

	D1	D2	D3	Eliminering	I alt
Aktier	10	0	0	(10)	0
Andre aktiver	90	100	100	(90)	200
Egenkapital	10	20	10	(10)	30
Kontrolleret gæld	90	80	0	0	170
Dansk koncernintern gæld	0	0	90	(90)	0
Anden gæld	0	0	0	0	0
Renteudgifter	9	8	9	0/(9)	26/17

Fradragsbegrænsning:

1. Delvis konsolidering:

$$\frac{(170 - (4 \times 30)) \times 26}{170} = 7,65$$

Der vil herefter være fradrag for 18,35

2. Fuld konsolidering:

$$\frac{(170 - (4 \times 30)) \times 17}{170} = 5$$

Der vil herefter være fradrag for 21

Herved kan konstateres en nominel forskel på 2,65 i fradragsbegrænsningen. Den eneste forskel der er på eksempel 1 og 2, er forholdet mellem intern dansk koncerngæld og kontrolleret gæld. Det ses, at hvor der foretages delvis konsolidering, vil den maksimale fradragsbegrænsning (svarende til de samlede renteudgifter af kontrolleret gæld) overstige renteudgifterne af den gæld der regnes med i konsolideringsopgørelsen. Den renteudgift, der opereres med, harmonerer altså ikke med størrelsen af den kontrollerede gæld.

I eksemplerne bør fradragsbegrænsningen rettelig være 9 hhv. 5, idet der herved tages højde for den interne danske rente. Ellers bliver der yderligere fradragsbegrænsning på hhv. 2,14 og 2,65. Fradragsbegrænsningen rammer således forholdsmæssigt hårdere, når der er større intern gæld ved delvis konsolidering. Der er i begge eksempler reelle renteudgifter på 26, og tillades fuld konsolidering vil det sande billede fremkomme, nemlig renteudgifter til konsolideringsbrug på 21 hhv. 17. Derfor er der tale om en ringere skattemæssig behandling ved delvis konsolidering.

Ovenstående eksempel viser en yderligere problemstilling omkring fordelingen af rentebeskæringen.

	D1	D2	D3
Delvis konsolidering	2,65	2,35	2,35
Fuld konsolidering	2,65	2,35	0

Efter formålet med SEL § 11 forekommer det, at sidstnævnte fordeling er rigtig, idet D3 netop ikke har kontrolleret gæld²⁵⁷. I den modsatte si-

tuation ville D3 blive tildelt en fradragsbegrænsning på 2,65 vedrørende den interne danske koncerngæld. To løsninger herpå kan tænkes, (1) fuld konsolidering og (2) udeholdelse ved fordelingen når der ikke findes kontrolleret gæld hos det enkelte datterselskab. Resultatet af disse to metoder er det samme: en samlet begrænsning i eksempel 2 på 5. Er løsning 2 da at foretrække for nummer 1. Dette må besvares afkræftende, idet denne metode udelukkende afværger problemet ved fordelingen, og ikke på samme generelle niveau løser problemet som fuld konsolidering. I eksempel 1 ville hensynstagen ved den efterfølgende fordeling ikke ændre ved det faktum, at der er sket en forkert beregning af fradragsbegrænsningen og D3 ville få tildelt en uforholdsmæssig stor fradragsbegrænsning i forhold til den aktuelle kontrollerede gæld, idet fradragsbeskæringstildelingen ikke overstiger renteudgiften af den kontrollerede gæld. Styrken ved en fuldstændig konsolidering ses da også derved, at fordelingsproblemet ikke opstår, idet der herved er taget højde for renter af gæld, der ikke indgår i konsolideringsopgørelsen. Forholdet mellem renter og gæld bør harmonere. I eksemplerne kan det herved argumenteres, at forholdet mellem renteudgifter og den omfattede gæld ville være 26 over 260, hvis der ud over kontrolleret gæld var tale om gæld til tredjemand. Forholdet bør være det samme, når der er tale om gæld til danske koncernforbundne selskaber; altså 21 over 210 og ikke 26 over 210 som er tallene uden renteeliminering.

Et tankeeksperiment kan gøres i denne forbindelse. Et enkeltstående selskabs fradragsbeskæring forsvinder i det omfang, dette godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter. Vil det herved være muligt efterfølgende for det selskab, der efter konsolideringsreglen uden fuldstændig konsolidering tildeles en rentebeskæring vedrørende gæld, der ikke er kontrolleret, at påvise markedsmæssigheden i det pågældende selskabs finansiering. Dette problem aktualiseres ved situationer hvor danske koncernselskaber befinder sig i forskellige brancher. Eksempelvis kan forestilles den situation, hvor et selskab er i den finansielle sektor, hvor der traditionelt er meget lave soliditetsgrader, men et andet selskab, der indgår i konsolideringen, befinder sig i en branche med høj soliditetsgrad. Dette kan medføre, at den danske del af koncernen havner i den situation, at ét selskab i den finansielle sektor med en meget stor gæld, der kan påvise markedsmæssigheden af den

257. Fordelingsproblematikken berøres også af Søren Steenholdt i bilag 3 til L 53 af 10.11. 1998, spm. 7. Spørgsmålsstilleren behandler dog fordelingsproblematikken mere generelt. Der plæderes a.st. for, at fordelingen af fradragsbegrænsningen af renteudgifter og kurstab bør ske efter den forholdsmæssige andel hos de enkelte selskaber af kontrolleret gæld.

tynde kapitalisering, alligevel kan trække et andet ikke tyndt kapitaliseret selskab ind under reglen anvendelsesområde med fradragsbegrænsning til følge. Altså vi har ét selskab, der er meget tyndt kapitaliseret, men har en meget stor gæld. Samtidig har vi et andet selskab, der isoleret set ikke er tyndt kapitaliseret men ikke har en nævneværdig egenkapital i forhold til det førstnævnte selskab. Foretages der en konsolidering mellem disse selskaber vil det samlet vise sig, at der er tale om tynd kapitalisering, men samtidig at det ikke er muligt som helhed at påvise at kapitalstrukturen er på armslængde vilkår, idet der er tale om forskellige brancher, og det netop er selskabet fra den branche, hvor der accepteres tynd kapitalisering, der så at sige "trækker" det hele ind under reglen. Under sådanne omstændigheder forekommer det ikke rimeligt, såfremt det ikke kan lade sig gøre for det enkelte selskab at bevise finansieringstransaktionernes markedsmæssighed og derved undgå reglen i SEL § 11, stk. 4. Der henvises for en stillingtagen til dette spørgsmål nedenfor i afsnit 2.10.5. om konsolideringsreglen og dokumentation

Problemet er om sigtet med reglen kan tilsige, at vi tvangsmæssigt anser koncernen som en helhed og er indifferente med hensyn til, om de enkelte selskaber ved tildelingen får beskåret i renteudgifter, der end ikke er kontrollerede udenlandske, men rent interne danske. Dette sker jo faktisk, hvis der i et selskab kun er anden gæld til tredjemand, men hertil må anføres, at der jo heller ikke i fradragsbegrænsningsopgørelsen er elimineret for denne gæld, som tilfældet er det for interne dansk koncerngæld.

Endnu en problemstilling fremkommer ved konsolideringsreglen. Det er nemlig uklart hvordan den skattemæssige behandling vil være, såfremt intern dansk gæld er nedbragt på opgørelsestidspunktet. Herved er der ikke nogen gæld at eliminere, men der er renteudgifter, der skal elimineres.

Endelig bør det bemærkes, at konsolideringsreglen kan have en positiv effekt for danske koncernselskaber. Såfremt et temmelig tyndt kapitaliseret selskab skal foretage en konsolideret opgørelse sammen med et selskab, der er bedre kapitaliseret. Herved mindskes fradragsbeskæringen.

På grundlag af ovenstående kan det konkluderes, at konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 indeholder og bør indeholde et fuldt konsolideringssystem. Dette standpunkt kan uddybes med følgende argumentation.

1. Det må være en logisk følge af det faktum, at SEL § 11, stk. 4 henviser til stk. 1-3, hvorefter renteudgifter vedrørende den kontrollerede gæld ikke kan fradrages, at danske koncerninterne renter tillige skal elimineres ved en konsolideret opgørelse af koncernen.

2. Ved konsolidering i regnskabsmæssig henseende foretages der eliminering af koncernintern renter, jf. Regnskabsbekendtgørelsens § 15. Da det i bemærkningerne til lovforslaget ikke er angivet, at konsolideringsreglen afviger fra de regnskabsmæssige regler om konsolidering, skabes der en formodning for, at indholdet af de to regler er identisk.

3. Begrundelsen for konsolideringsreglen er undgåelse af de såkaldte kaskadeeffekter, men ikke at forøge fradragsbegrænsningen. Koncerninterne danske renteudgifter har ingen betydning i relation til reglens sigte.

4. Det ville skabe en asymmetri i behandlingen af selskaber med intern dansk koncerngæld og selskaber med gæld til tredjemand, hvis ikke eliminering af renter mellem danske koncernselskaber tillades. Dette har ikke været tilsigtet med lovændringerne.

5. Vælges det at benytte den delvise konsolidering, kan det for det enkelte selskab føre til fradragsbegrænsninger, der er større end renteudgiften af den kontrollerede gæld.

6. Det forekommer forkert at beregne den konsoliderede fradragsbegrænsning på baggrund af renter, der ikke stammer fra kontrolleret gæld, og hvor selve gælden er elimineret ved konsolideringen, jf. SEL § 11, stk. 4.

Derfor bør konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 opfattes som indeholdende et system om fuld konsolidering. Af de i debatten øvrige fremhævede beregningseksempler er anledning til at gøre opmærksom på den manglede anvendelse af fuld konsolidering²⁵⁸.

Endelig afklaring

I bilag 15 til L 53 blev skatteministeren anmodet om at oplyse, om der ved opgørelsen af fradragsbegrænsningen for koncernforbundne selskaber og faste driftssteder skal foretages fuld eller delvis konsolidering. Det var også forespørgerens opfattelse, at der samtidigt med, at der bortses fra gæld og fordringer mellem de koncernforbundne selskaber, der ind-

258. Når *Klaus Okholm* i *Inspi* 1998/9, s. 39 undlader eliminering af koncernintern danske renteudgifter medfører dette en for høj fradragsbeskæring i forhold til, hvad der kan logisk kan retfærdiggøres. Der er ikke taget højde for problematikken hos *Michael Sørensen* i *R&R* 1998/9, s. 33 og *Lars Cort Hansen* op.cit. Opgørelsens resultat hos *Søren Rasmussen* i *SR-skat* 1998, s. 256 forekommer derimod rigtigt.

går i den samlede opgørelse af fradragsbeskæringen, også bør bortses fra renteudgifter og kurstab vedrørende gæld (fordringer) mellem disse selskaber. Der blev i spørgsmålet lagt en lidt anden begrundelse til grund for ønsket om fuld konsolidering end ovenfor. Ønsket skyldes, at fradragsbegrænsningen opgøres med udgangspunkt i renteudgifter og kurstab, og da de tilsvarende renteindtægter og evt. kursgevinster vedrørende fordringerne (gælden) mellem de selskaber, der indgår i den samlede opgørelse, vil blive indtægtsført af selskabet, der ejer fordringen, uanset en eventuel fradragsbegrænsning af renteudgifterne og kurstabet, kan en manglende bortseelse fra renteudgifterne og kurstabet medføre en ensidig (asymmetrisk) beskatning af renteindtægterne og evt. af kursgevinsterne i koncernen. Forespørgeren finder, at denne ensidige beskatning af renteindtægterne og evt. af kursgevinsterne kan undgås, hvis der ved opgørelsen af fradragsbegrænsningen også ses bort fra renteudgifterne og kurstabet mellem de selskaber, der indgår i den samlede opgørelse.

Skatteministeren har nu i et svar ved behandlingen af L 53 tilkendegivet, at konsolideringsreglen tillige bevirker, at der skal ske eliminering af interne danske renter og kurstab, jf. bilag 19 til L 53, hvor spørgsmålet blev besvaret trods det forhold, at det ikke fandtes relevant i forbindelse med behandlingen af L 53. Således anføres det:

“...Vedrørende spørgsmål 5 om koncerninterne fordringer kan jeg oplyse, at virkningen af SEL § 11, stk. 4, er, at fradragsbegrænsningen gøres uafhængig af koncernstrukturen. Dette medfører, at samtlige koncerninterne fordringer og gældsposter omfattet af bestemmelserne elimineres og dermed også renteindtægter og renteudgifter...”

Der henvises til afsnit 2.4.2. ovenfor for en gennemgang af de særlige situationer, hvor selskaberne og filialerne omfattet af konsolideringsreglen har forskellige indkomstår.

2.10.3 Fordelingsreglen

Det fremgår at bemærkningerne til L 101, at den samlede fradragsbeskæring for selskaber omfattet af konsolideringsreglen fordeles mellem alle de danske datterselskaber i forhold til hvert datterselskabs andel af de samlede renteudgifter og kurstab. Det anføres, at dette også indbefatter selskaber, hvor forholdet mellem egen- og fremmedkapital er mindre end 4:1.

Fordelingen skal antageligvis ske efter elimineringen af interne danske renter og kurstab²⁵⁹.

259. Jf. Jens Wittendorff i SR-skat 1999, s. 78.

I forbindelse med behandlingen af L 53 spurgte Ernst & Young til den nærmere forståelse af fordelingsreglen ved konsolidering, jf. spørgsmål 7 i bilag 3 til loven. Følgende spørgsmål blev stillet:

“Såfremt der skal ske begrænsning af fradragsretten for renteudgifter og kurstab for flere koncernforbundne danske selskaber, ønskes det oplyst, om fradragsbegrænsningen skal fordeles mellem de enkelte selskaber og eventuelt faste driftssteder på grundlag af det enkelte selskabs eller faste driftsstedes samlede renteudgifter og kurstab eller renteudgifter og kurstab til koncernforbundne parter.”

Dette spørgsmål følges op af et eksempel til illustration²⁶⁰:

	Selskab A	Selskab B	I Alt
Egenkapital	100	100	200
Gæld	500	700	1.200
Renteudgifter og kurstab:			
Kontrolleret gæld	20	10	30
Anden gæld	10	40	50
Renteudgifter og kurstab i alt	30	50	80
Fradragsbegrænsning i alt			27
Fradragsbegrænsning forholdsmæssigt	10	17	27
Fradragsbegrænsning i forhold til renter af kontrolleret gæld	18	9	27

Skatteministeren gav sit svar på denne forespørgsel i bilag 11 til samme lov. Heraf fremkom det, at koncerner vil i vidt omfang selv kunne bestemme fordelingen af renteudgifter og kurstab på intern gæld i de enkelte dele af koncernen, hvorfor den samlede beskæring fordeles i forhold til hvert selskabs andel af de samlede renteudgifter og kurstab. Der

260. Forespørgeren uddyber herefter sit spørgsmål med henvisning til eksemplet: “...Det fremgår af bemærkningerne til L 101 af 2. juni 1998, at ved fradragsbeskæring fordeles den samlede beskæring mellem de danske datterselskaber i forhold til hvert datterselskabs andel af samlede renteudgifter og kurstab. Anvendes denne fordelingsnøgle i ovennævnte eksempel, indebærer det, at der sker fradragsbeskæring i selskab A med 10 og i selskab B med 17. Herved opstår den særlige situation, at selvom selskab B kun har renteudgifter og kurstab til koncernforbundne parter med 10, sker det en samlet beskæring af dets renteudgifter og kurstab med 17. Det ville være mere rimeligt, såfremt det samlede fradragsbeskæringsbeløb fordeles forholdsmæssigt mellem de enkelte koncernselskaber i forhold til renteudgifter og kurstab af kontrolleret gæld...”

anvendes således de samme principper som ved beregning af fradragsbeskæringen for et enkelt selskab.

Forordningsreglen blev også berørt i bilag 15, spørgsmål 3 til L 53, hvor skatteministeren blev bedt bekræfte, at et selskabs eller fast driftsstedes fradragsbegrænsning for renteudgifter og kurstab som følge af tynd kapitalisering altid vil være maksimeret til det pågældende selskabs faktiske renteudgifter og kurstab vedrørende den kontrollerede gæld. Denne forespørgsel skal ses på baggrund af ministerens svar på ovenstående, i bilag 11 ad spørgsmål 7, hvor det jo udtaltes, at fordelingen af renteudgifter og kurstab, hvor der skal ske fradragsbegrænsning for flere koncernforbundne selskaber, skal foretages i forhold til hvert selskabs andel af de samlede renteudgifter og kurstab. Efter forespørgerens vurdering vil dette svar i visse situationer medføre, at et selskab tildeles en fradragsbegrænsning på eksempelvis 100, selvom selskabets renteudgifter og kurstab vedrørende den kontrollerede gæld udgør et mindre beløb. Forespørgeren finder i sådanne tilfælde, at det pågældende selskab alene maksimalt kan få foretaget en fradragsbegrænsning svarende til selskabets egne renteudgifter og kurstab vedrørende den kontrollerede gæld, idet det efter dennes opfattelse strider mod ordlyden af SEL § 11, og formålet med bestemmelsen, at foretage en fradragsbegrænsning af udover selskabets egne renteudgifter og kurstab vedrørende kontrolleret gæld. Til støtte for denne opfattelse fremhæves, at det endvidere fremgår af bemærkningerne til L 101, at fradragsbegrænsningen alene rammer datterselskabets interne lån. Ministeren svarede herpå i bilag 19, og anfører, at:

“...Efter SEL § 11, stk. 4, finder bestemmelserne om tynd kapitalisering samlet anvendelse på aktiver og passiver i de berørte selskaber og ikke på det enkelte selskab. Jeg kan således ikke bekræfte det anførte spørgsmål 3, jf. mit svar på spørgsmål 7 i henvendelse fra Ernst & Young...”

Som nævnt er udgangspunktet for fordelingsreglen efter SEL § 11, stk. 4, at fordelingen alene vedrører renteudgifter og kurstab vedrørende den kontrollerede gæld. SEL § 11, stk. 4 bliver dog af skatteministeren fortolket således, at der ikke gælder en maksimering for hvert enkelt selskab, men at denne i stedet gælder for hele den danske del af koncernen, jf. svaret i bilag 19 til L 53 og bemærkningerne til L 101. Således kan hvert enkelt selskab blive begrænset for flere renteudgifter og kurstab, end de selv har afholdt henholdsvis lidt. Denne fortolkning kan jeg tiltræde, idet enhedstankegangen i denne sammenhæng netop bør udføres konsekvent. Det skal jo også erindres, at der stadig gælder en samlet maksimering. Det er min vurdering at dette resultat følger af selve systematikken og skatteenutralitetstankegangen, der ligger bag reglen i SEL § 11, stk. 4²⁶¹.

Formentlig i erkendelse af, at særligt konsolideringsreglen giver anledning til flere problemer, lader det ikke til, at skattemyndighederne alligevel vil benytte reglen for indkomståret 1999 og dermed opererer med en ikke offentliggjort overgangsregel. Dette betyder imidlertid ikke, at problemerne er løst, men blot at de er udskudt.

Et forhold, der er væsentlig at holde sig for øje, er, efter min vurdering, at kaskadereglen i virkeligheden omfatter situationer, hvor kaskadeeffekten ikke kan forekomme. Der tænkes her på de særlige $0+0=1$ -situationer, hvorefter ingen koncernenheder isoleret set er tyndt kapitaliserede, men fælles er det. Idet koncernen i sådanne situationer har to eller flere sideordnede grene af koncernstrukturen i Danmark, kan kaskadeeffekten ikke forekomme. Herved har reglen et videre anvendelsesområde end hensynet bag reglen (omgåelseshensynet), synes at kunne bære.

2.10.4 Placering af renteudgifter og kurstab?

Som det allerede er blevet anført, er der valgfrihed til at vælge mellem, hvorvidt det er renteudgifter eller kurstab, der ønskes udsat for fradragsbegrænsning, jf. skatteministerens svar i bilag 11 til L 53, hvor det blev svaret, at hvis fradragsbegrænsningen er mindre end de samlede renteudgifter og kurstab, kan et selskab og et fast driftssted vælge at lade fradragsbegrænsningen omfatte kurstabet, således at renteudgiften fratrækkes, se afsnit 2.5.2. Dermed bevares muligheden for at modregne kurstabet i en eventuel kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår. For kurstab, der ikke senere kan modregnes, fortabes fradragsretten endeligt. Herved ses det også, at der er forskel på, om der er tale om renteudgifter eller kurstab, idet renteudgiften tabes endeligt.

På denne baggrund er det blevet ytret, at der kan argumenteres for, at fortolkningen også må antages at gælde for så vidt angår placeringen af renteudgifter og kurstab mellem selskaber, der er omfattet af konsolideringsreglen²⁶². Det anføres, at en konsekvent gennemførsel af enhedstankegangen eventuelt kunne antages at medføre en sådan mulighed, hvilket altså ville indebære, at en koncern frit kunne vælge hvilke selskaber, der skulle have gavn af renteudgifter og hvilke selskaber, der skulle have gavn af kurstab, uanset hvilke selskaber der rent faktisk havde haft de konkrete udgifter eller kurstab. Forfatteren finder dog ikke, at en sådan mulighed ville være i overensstemmelse med det generelle arms-

261. Som det anføres, af *Lars Cort Hansen* i SR-skat 1999, s. 50 kan der argumenteres for, at der for det enkelte selskab ellers kunne forekomme omgåelse, hvis dette selskab ikke har kontrollerede renter eller kurstab.

262. Jf. *Lars Cort Hansen* i SR-skat 1999, s. 50.

længdeprincip i LL § 2, stk. 1. Jeg er enig i resultatet, men vil nu nok snarere sige at en pligtregel som SEL § 11 ikke, og herunder heller ikke SEL § 11, stk. 4, kan medføre, at koncernselskaber opnår fordele, der end ikke følger af den øvrige skattelovgivning. Et er at koncernenhedsbetragtningen kan medføre, at selskaber uden kontrolleret gæld få begrænset sine renteudgifter eller kurstab, men noget andet er at tillade et selskab fradrag for udgifter, der ikke eksisterer og dermed ikke er hjemmel til i SL § 6 e eller kursgevinstloven. Således kan der ikke efter min vurdering tænkes en sådan fradragsmulighed.

2.10.5 Særlige overvejelser om dokumentation og armslængde princippet i relation til SEL § 11, stk. 4

For så vidt angår selskaber omfattet af konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 kan der tillige rejses det spørgsmål, om koncernen kan undgå fradragsbegrænsning ved, at et enkelt selskab opfylder armslængdeprincippet, eller om dette skal gøres på koncernniveau²⁶³. Det er formentlig skatteministerens opfattelse, at der skal ske opfyldelse af armslængdeprincippet på koncernniveau, hvorfor det for selskaber i koncernen ikke vil være tilstrækkeligt, at armslængdeprincippet er opfyldt af enkeltsselskaberne, jf. herved bilag 19 til L 53²⁶⁴. Der er næppe tvivl om, at vurderingen skal foretages på koncernniveau efter SEL § 11, stk. 4 i henhold til reglernes nuværende udformning, idet det kan udledes af sammenhængen, at også dokumentationen må finde sted samlet for koncernen. Som det imidlertid er påpeget forskellige steder i denne bog, kan der hermed opstå temmelig uheldige og formentlig utilsigtede resultater i praksis. Det er ganske enkelt spørgsmålet, hvor langt de eventuelle omgåelsesmuligheder (gennem kaskadeeffekten), der tilsigtes hindret med SEL § 11, stk. 4, kan betinge en udstrækning af reglernes anvendelses-

263. Jf. herved *Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff* i TfS 1999.36 og *Lars Cort Hansen* i SU 2000.55.

264. Se også *Lars Cort Hansen* der i SR-skat 1999, s. 50 konstaterer, at enkeltsselskaberne i koncernen bør have mulighed for at dokumentere, at netop dette selskabs kapitalstruktur er på markedsmæssige vilkår. Jeg er enig i denne betragtning i det omfang, der er tale om en koncern, hvor det kun er det selskab, der kan dokumentere markedsmæssigheden af kapitalstrukturen, der forårsager, at der skal foretages fradragsbegrænsning. I de, klart uhensigtsmæssige, situationer hvor enkeltsselskaber omfattes uden at have kontrolleret gæld, mens der dog også er andre selskaber, der er tyndt kapitaliserede er det åbenbart, at der herved er tale om et udslag af reglernes objektive karakter, såfremt der skal være overensstemmelse med reglens formål, nemlig omgåelsesværnet til modvirkning af kaskadeeffekten. Såfremt der ikke i praksis eller ved en lovændring rettes op på dette, gælder armslængdeprincippet ikke for visse selskaber omfattet af konsolideringsreglen.

område²⁶⁵. Det lader dog til, at skattemyndighederne har øje for disse problemstillinger og formentlig modificerer sådanne spørgsmål med en kommende lovændring.

Selvom udgangspunktet efter de gældende regler er dokumentation på koncernniveau, kan der stilles spørgsmålstejn ved rigtigheden heraf²⁶⁶.

2.10.6 Konsolideringsreglen i international kontekst

Der er international enighed om, at det kan udgøre et problem, at de enkelte landes givne safe havens kan forøges uforholdsmæssigt, idet indskudt egenkapital og fremmedkapital i moderselskabet kan forekomme igen i datterselskabet som egenkapital. Der findes internationalt flere metoder til imødegåelse af kaskadeeffekten. Nogle lande har indført regler, hvorefter et moderselskabs egenkapital reduceres med den bogførte værdi af selskabets datterselskabsinvesteringer. Andre lande reducerer datterselskabers egenkapital i det omfang, der er ydet moderselskabet lån fra fremmede aktionærer, og lånet indskydes som egenkapital i datterselskabet. Endnu andre lande, herunder Danmark, behandler koncernselskaberne som én enkeltstående skatteyder – en tvungen koncernenhedsbetragtning. Sluttelig er der lande, der har indført særlige regler for holdingselskaber.

265. Dette skyldes, at der i praksis meget vel kan forekomme situationer, hvor selskaber uden kontrolleret gæld omfattes af reglerne ligesom koncernselskaber, der isoleret set kan dokumentere markedsmæssigheden i den givne finansiering, men samlet bliver omfattet af reglerne, også selv om kaskadeeffekten ikke kan forekomme ($0+0=1$). Det er meget vanskeligt at argumentere for omgåelse i sådanne situationer. *Lars Cort Hansen* finder i SU 2000.55, at det ligeledes er vanskeligt at argumentere for omgåelseshensigten i sådanne tilfælde, hvor de enkelte koncernforbundne selskaber på transaktionsniveau opfylder armslængdeprincippet. Forfatteren anfører, at selskaberne i denne sammenhæng da blot kunne optage lånene hos en uafhængig tredjemand og dermed opnå fradrag for renteudgifterne og kurstab. Videre anføres det, at selskaberne således ville blive stillet ringere ved låneoptagelse hos koncernforbundne selskaber fremfor hos uafhængige tredjemænd. Tilsvarende ville selskaberne blive stillet bedre i den situation, hvor det enkelte selskab ikke var tyndt kapitaliseret, men at koncernen ikke efter konsolideringsreglen ville blive anset som værende tyndt kapitaliseret. Forfatteren finder, at reglerne i stedet burde ligestille fradrag retten for lån optaget hos koncernforbundne selskaber med lån optaget hos tredjemand. Blandt andet på denne baggrund og grundet det forhold, at armslængdeprincippet efter SEL § 11, stk. 1 skal være opfyldt på transaktionsniveau, slutter forfatteren, at det har formodningen imod sig, at konsolideringsreglen medfører, at armslængdetesten for selskaber omfattet heraf skal opfyldes på koncernniveau. Endelig anføres det, at den manglende udtrykkelige stillingtagen fra lovgivers side taler for, at armslængdetesten for koncerner omfattet af konsolideringsreglen skal opfyldes på transaktionsniveau. Dette kan jeg ikke tilslutte mig, men er enig i at der skal tages stilling til problemet i praksis.

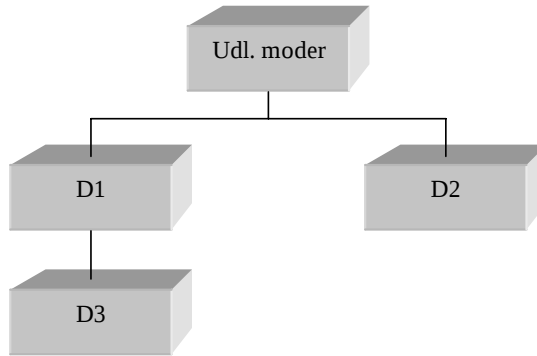
2.10.7 Eksempel på konsolideringsreglens anvendelse

Det følgende eksempel på anvendelse af reglen i SEL § 11, stk. 4 er forsimplet i forhold til de i praksis hyppigt forekommende situationer. Imidlertid skal der udelukkende på dette sted foretages en illustration,

-
266. Således finder *Lars Cort Hansen* anledning til at kritisere forholdet i SU 2000.55. Forfatteren finder som udgangspunkt, at en ren ordlydsfortolkning af SEL § 11, stk. 4 godt kan føre til at armslængdeprincippet skal være opfyldt på koncernniveau. Imidlertid anføres det, at omgængelseshensynet bag reglen må have begrænset værdi i sådanne situationer, hvor et selskab slet ikke har kontrolleret gæld, eller hvor de koncernforbundne selskaber kan opfylde armslængdeprincippet for de enkelte lån. Forfatteren fremhæver, at en fortolkning der indebærer, at armslængdeprincippet skal finde anvendelse på koncernniveau i visse situationer vil føre til fordele og i andre tilfælde til ulemper. Dette kan efter forfatterens opfattelse ikke have været hensigten med reglerne, idet dette snarere må være at ligestille selskaber, der har lån til tredjemand med selskaber, der har koncernintern lån. Med henvisning til den manglende stillingtagen i bemærkningerne til L 101 samt til hovedreglen om koncernselskabers selvstændige skatteretssubjektivitet i dansk skatteret anføres det, at armslængdeprincippet efter forfatterens opfattelse kan opfyldes af enkelt-selskaberne (på separations-/transaktionsniveau efter forfatterens egen terminologi). Der henvises yderligere til sammenhængen mellem OECD's Transfer Pricing Guidelines, art. 9 i OECD's modelbeskatningsoverenskomst samt specialrapporten om tynd kapitalisering fra OECD, hvoraf det udledes, at beskrivelsen af situationer vedrørende tynd kapitalisering blot er en uddybning af de i Transfer Pricing Guidelines præsenterede transaktionsbaserede metoder. Videre sættes de danske transfer pricing regler og SEL § 11 i tæt forbindelse med de anførte bidrag fra OECD, og det slutes på denne baggrund, at OECD's rapporter og retningslinier har en væsentlig fortolkningsmæssig betydning i relation til SEL § 11. Idet OECD MDBO art. 9 og OECD Transfer Pricing Guidelines samt efter forfatterens opfattelse indirekte OECD's rapport om tynd kapitalisering bygger på princippet om koncernselskaber som enkeltstående skattesubjekter (separationsprincippet efter forfatterens oversættelse), taler dette for, at de danske regler i SEL § 11 skal fortolkes i overensstemmelse hermed, og at det må have formodningen imod sig, at lovgiver har haft til hensigt at tilsidesætte OECD's opfattelse af armslængdeprincippet. På denne baggrund slutes det, at det ikke umiddelbart kan antages, at armslængdeprincippet i relation til reglerne om tynd kapitalisering har et andet materielt indhold end armslængdeprincippet i LL § 2 for så vidt angår separationsprincippet og de transaktionsbaserede metoder uden, at en sådan fravigelse særskilt havde fremgået af bemærkningerne til SEL § 11, stk. 4. Trods denne vurdering slutter forfatteren, at der er tvivl om, hvilken fortolkning der skal lægges til grund, men ønsker ikke at afgøre, om den ene eller den anden fortolkning skal lægges til grund. Afslutningsvis finder forfatteren, at det materielle indhold af armslængdeprincippet under alle omstændigheder bør være i overensstemmelse med OECD Transfer Pricing Guidelines samt, at såfremt der skal foretages en egentlig koncernvurdering at denne bør involvere samtlige af koncernens enheder i verden, idet SEL § 11, stk. 4 ellers kan være i strid med ikke-diskrimineringsklausulerne i de indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster samt unionsrettens regler om fri etableringsret.

af hvorledes konsolideringsreglen virker. Nedenfor i del III bliver mere detaljerede eksempler gennemgået.

Et udenlandsk moderselskab har to helejede datterselskaber D1 og D2. S1 ejer 100% et tredje datterselskab, D3.



D1

Aktier i D3	100.000
Andre aktiver	900.000
Egenkapital	100.000
Gæld	900.000
Betalte renter	90.000

D2

Fordring på D3	500.000
Andre aktiver	500.000
Egenkapital	200.000
Gæld	800.000
Betalte renter	80.000

D3

Aktiver	1.000.000
Egenkapital	100.000
Total gæld	900.000
Gæld til D2	500.000
Totale betalte renter	90.000
Renter betalt til D2	50.000

Det forudsættes, at al anden gæld end den danske koncerninterne gæld er kontrolleret gæld.

Konsolidering

	D1	D2	D3	Eliminering	Total
Total aktiver	1,000,000	1,000,000	1,000,000	(600,000)*	2,400,000
Total gæld	900,000	800,000	900,000	(500,000)**	2,100,00
Egenkapital					300,000

* Eliminering af aktiebeholdninger i andre koncernselskaber (DKK 100,000) og D2's fordring på D3 (DKK 500,000).

** Eliminering af D3's gæld til D2 (DKK 500,000).

Heraf kan det ses, at det konsoliderede forhold mellem gæld og egenkapital er 7:1.

Fradragsbeskæringen skal foretages efter de retningslinier, der blev illustreret ovenfor. Den fremkomne fradragsbeskæring fordeles mellem koncernselskaberne efter disses andel af den samlede gæld (også selvom der ikke findes kontrolleret gæld i dette selskab).

Beregning af fradragsbegrænsningen er følgende:

$$\frac{(2.100.000 - (4 \times 300.000)) \times 210.000}{2.100.000} = 90.000$$

Fordelingen af fradragsbeskæringen sker mellem samtlige de danske selskaber (også ikke tyndt kapitaliserede selskaber) i forhold til hvert selskabs andel af de samlede renteudgifter og kurstab. Fordelingen af fradragsbeskæringen mellem de danske selskaber er den følgende:

	D1	D2	D3
Fradragsbeskæring	38.600	34.300	17.100

Efter denne gennemgang skal de særlige regler for faste driftssteder behandles.

2.11 Faste driftssteder

2.11.1 Generelle bemærkninger

I dette afsnit behandles nogle af de særegne forhold, der gør sig gældende i relation til filialer. Der henvises til afsnit 2.2.4. ovenfor for behandlingen af filialers fradragsret mv. Filialen er i sin natur væsensforskellig fra selskabet. I SEL § 11, stk. 5 findes som nævnt den bestemmelse, der vedrører faste driftssteder. Der er ikke i bemærkningerne til L 53 anført uddybende kommentarer til den nærmere forståelse af reglerne om tynd kapitalisering i relation til filialer. Dette må beklages, idet det i praksis giver anledning til vanskeligheder at anvende de regler der gælder for selskaber mv. for filialer.

SEL § 11, stk. 5 har følgende ordlyd:

Stk. 1-4 gælder tilsvarende for skattepligtige omfattet af § 2, stk. 1, litra a. Ved opgørelsen af gæld og egenkapital efter stk. 2 og 3 indgår alene værdien af aktiver og gæld, der har tilknytning til det faste driftssted.

Det følger heraf, at udenlandske fysiske personer der driver virksomhed i Danmark gennem et fast driftssted ikke er omfattet af SEL § 11²⁶⁷. Udenlandske selskaber der driver virksomhed gennem et fast driftssted, er derimod omfattet af bestemmelsen.

I international sammenhæng ses der ikke ofte at findes regler om tynd kapitalisering for faste driftssteder. Dog findes der i Japan og Australien sådanne regler.

2.11.2 Kontrolleret gæld

Det er særligt relevant at redegøre for, hvornår der er tale om kontrolleret gæld i relation til faste driftssteder. Bestemmelsen i SEL § 11, stk. 5 omfatter først og fremmest lån til filialen fra det udenlandske selskabs hovedaktionær mv. Sådanne lån udgør kontrolleret gæld i henhold til SEL § 11, stk. 3²⁶⁸. Lån, der er ydet af uafhængige udenlandske fysiske el-

267. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000, s. 432, der anfører, at en eventuel korrektion derfor må støtte sig på almindelige regler.

268. Ved vurderingen af om der er tale om kontrolleret gæld må der altså tages udgangspunkt i den juridiske enhed (hovedkontoret). Spørgsmålet i denne forbindelse er, hvorvidt gælden er kontrolleret i forhold til hovedkontoret. Se herom *Niels Josephsen* i SU 1999.7. Opfattelsen støttes på ordlyden af SEL § 11, stk. 5, hvor det fastslås, at stk. 1-4 finder tilsvarende anvendelse for skattepligtige omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra c. Den skattepligtige omfattet af sidtsnævnte bestemmelse er det udenlandske selskab, der er skattepligtigt til Danmark gennem etableringen af det faste driftssted.

ler juridiske personer til foretagendet som sådant, vil også skulle medregnes som gæld i det omfang, der er tale om gæld, der er stillet direkte eller indirekte sikkerhedsstillelse for af den kontrollerende kreds, såfremt gælden kan henføres til filialen efter de almindelige kriterier herom. Lån, ydet af udenlandske koncernforbundne selskaber til selve foretagendet skal følgelig medregnes til filialens gæld, såfremt gælden kan henføres til filialen efter de almindelige kriterier. Omfattet vil også være lån fra tredjemand i Danmark til hovedvirksomheden i udlandet, såfremt der er stillet direkte eller indirekte sikkerhed herfor af det udenlandske moderselskab til hovedvirksomheden. Endelig skal det erindres, at der formentlig også skal ske konsolidering i henhold til SEL § 11, stk. 4, såfremt der er flere filialer i Danmark, eller såfremt der er såvel filialer(er) og datterselskab(er) i Danmark. Henvisningen i SEL § 11, stk. 4 til KGL § 4, stk. 2 giver ikke mening i enhver sammenhæng, men når der henses til formålet med SEL § 11, stk. 5 er der næppe tvivl om at der også skal ske konsolidering i de nævnte tilfælde.

Det fremgår ikke udtrykkeligt af hverken ordlyden af SEL § 11, stk. 5 eller forarbejderne hertil, om også interne lån fra en udenlandsk hovedvirksomhed til det faste driftssted i Danmark er omfattet. Som også anført ovenfor i afsnit 2.2.4., er det i denne forbindelse udelukkende lån, for hvilke der i medfør af selvstændighedsfiktionen skal, beregnes fiktive armslængde renter, der anses som kontrolleret gæld²⁶⁹. Der er også støtte for denne fortolkning i SEL § 11, stk. 1, nr. 2, der henviser til SKL § 3 B, der også omfatter udenlandske selskaber med fast driftssted i Danmark. I situationer, hvor der ikke skal beregnes fiktive armslængde renter ved interne lån, grundet begrænsningen af fiktionen om det faste driftssteds selvstændighed, er det afgørende, om der er tale om gæld til selskabets hovedaktionær mv. eller ej.

Lån, som det udenlandske selskabs faste driftssted selv har optager, og lån, som hovedkontoret har optaget hos en uafhængig tredjemand til

269. Se også *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000, s. 433, der anfører, at de samme hensyn, som gør sig gældende i forhold til det faste driftssteds lån fra selskabets udenlandske hovedaktionærer mv., gør sig gældende ved sådanne interne lån.

gavn for det faste driftssted, må i henhold til SEL § 11 anses at udgøre ikke-kontrolleret gæld for det faste driftssted²⁷⁰.

2.11.3 Opgørelse af filialens gæld og egenkapital

Som nævnt har filialer ikke nogen egentlig egenkapital. Af denne årsag udgør det et selvstændigt problem, hvorledes gæld og egenkapital opgøres i henhold til SEL § 11. Det må antages, at det i relation til vurderingen af egenkapitalkravet på 20% alene er filialens "egenkapital" der skal tages i betragtning, jf. SEL § 11, stk. 5.

Faste driftssteder ikke har nogen egenkapital. Et af problemerne ved fordeling af renter ved indkomstopgørelsen følger af selvstændighedsfiktionen, hvorefter man må anerkende, at en vis ikke-forrentet kapital (dotationskapital) henføres til et fast driftssted. Dette er også baseret på den omstændighed, at såfremt størrelsen af de aktiver, der kan henføres til en filial, er lig filialens gæld, vil dotationskapitalen udgøre 0²⁷¹.

270. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000, s. 434. Forfatteren henviser til SEL § 11, stk. 1, 3. pkt. for det forhold, at også lån optaget hos tredjemand, som et udenlandsk moderselskab direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, skal anses som kontrolleret gæld. Det anføres, at det, da et udenlandsk selskabs hovedkontor som en del af det samlede foretagende hæfter for alle det faste driftssteds overfor tredjemand, kunne det være nærliggende at sidestille sådanne lån med kontrolleret gæld. Konsekvensen heraf ville imidlertid blive, at samtlige faktiske gældsposter hos det faste driftssted måtte anses som kontrolleret gæld. Forfatteren finder – med rette – et sådant resultat for utilsigtet med indførelsen af SEL § 11, stk. 5. Lovgiver har udelukkende tilsigtet en sidestillelse af datterselskaber og faste driftssteder i Danmark. Det kan derfor i denne henseende ikke antages at gøre nogen forskel, om hovedkontoret har stillet yderligere eller har afgivet en kautionserklæring overfor tredjemand. Sluttelig anføres det dog, at dette udgangspunkt kan ændres såfremt det faste driftssted skyldes deltagelse som begrænset hæftende selskabsdeltager i et personsselskab, som driver virksomhed i Danmark. Det anføres således, at det i sådanne situationer kan give mening at tage hensyn til selskabets sikkerhedsstillelse for det faste driftssteds lån hos tredjemand.

271. Jf. herved *Niels Josephsen* i SU 1999.7.

Det er blevet diskuteret i teorien, hvorledes dotationskapitalen skal opgøres, og der findes ikke nogen faste retningslinier herfor²⁷².

Det lader til, at dotationskapital næppe skal tillægges afgørende betydning som en begrænsning af et fast driftssteds fradragsret²⁷³.

Niels Josephsen finder i SU 1999.7, at praksis nærmest har været, at renteudgifterne blot skulle fordeles efter de almindelige kriterier. Disse kriterier indebærer, at fordelingen af renteudgifterne sker efter tilknytningen til den erhvervsmæssige aktivitet eller ledelsens beslutning på dispositionstidspunktet²⁷⁴. Konsekvensen heraf har derfor formentlig været, at det kunne accepteres, at en filial 100% kunne lånefinansieres og dermed få fradrag for alle de renteudgifter, der blev allokeret til filialen, medmindre særlige forhold har talt for, at der på grund af konkrete forhold skulle henføres en dotationskapital til filialen, der mindst svarede til filialens investeringer. De danske regler om tynd kapitalisering ændrer imidlertid på dette forhold.

272. Se dog *I.J.J. Burgers*: Taxation and supervision of branches of international banks – A comparative study of banks and other enterprises, 1991 passim, *OECD*: Attribution of Income to permanent Establishments, Issues in international taxation, 1994 samt *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 72 og samme i *Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for det faste driftssted*, 2000, s. 409ff. De eksisterende teorier om dotationskapitalens opgørelsen benævnes kapitalspejmetoden, sammenligningsmetoden samt fastlæggelse ud fra kapitalkrav. Ligeledes er ledelsens hensigt som subjektiv opgørelsesmetode er ligeledes diskuteret. *Niels Josephsen* anfører i SU 1999.7, at alle opgørelses metoderne stiller krav om, at filialen ikke udelukkende kan lånefinansieres, idet der skal henføres en vis dotationskapital hertil og at disse metoder dermed medfører, at filialens fradrag for renteudgifter begrænses på samme måde som efter reglerne om tynd kapitalisering. Forfatteren finder, at forskellen mellem disse metoder og de ordinære regler om tynd kapitalisering er, at de tre teorier – på hver sin måde – alle lægger en begrænsning på, hvorledes renteudgifterne kan fordeles mellem filialen og øvrige foretagender. Metoderne beskærer ikke ligesom reglerne om tynd kapitalisering den samlede koncernrentefradragsret men ændrer blot ved fordelingen af denne.

273. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: *Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted*, 2000, s. 456. Forfatteren konstaterer dog at dette ikke udelukker, at man i tvivlstilfælde kan inddrage en eller flere af de objektive opgørelsesmetoder som et element ved en bevisbedømmelse. Det anføres hertil, at såfremt forholdet mellem et dansk driftssteds dotationskapital og gæld f.eks. er markant lavere end forholdet mellem hovedkontorets egenkapital og gæld, uden at foretagendet kan forklare denne forskel med henvisning tiul forskellige funktioner, synes der efter forfatterens opfattelse rimeligt at skærpe kravene til bevis for de enkelte gælds posters opståen og ledelsens hensigt på dispositionstidspunktet.

Skatteministeren blev i forbindelse med behandlingen af L 53 i 1998 stillet følgende spørgsmål i relation til filialers kapitalforhold, jf. bilag 3 spørgsmål 11:

“Det ønskes bekræftet, at ved opgørelsen af et fast driftssteds gæld jf. den foreslåede bestemmelse i selskabsskattelovens § 11, stk. 5, anses filialens gæld til hovedvirksomheden ikke for at være gæld, uanset at renteudgifter af en sådan gæld skattemæssigt er fradragsberettiget ved opgørelse af filialens skattepligtige indkomst.

Ifølge SEL § 11, stk. 2 er gæld i henhold til regler om tynd kapitalisering defineret som gæld i henhold til fordringer omfattet af KGL samt konvertible obligationer. Da en filials “gæld” til moderselskabet ikke anses for at være gæld i henhold til KGL, og da en sådan gæld i øvrigt ikke anses for at foreligge i civilretlig forstand, er det vor opfattelse, at en sådan gæld ikke medregnes til filialens gæld opgjort efter SEL § 11, stk. 2.

Der gælder særlige regler for fradrag for renter af gæld for et finansforetagende, for eksempel en bank, jf. pkt. 19 til kommentarerne til OECD MDBO art. 7, stk. 2. Et finansforetagende kan efter gældende praksis fratrække renteudgifter af lån optaget hos hovedvirksomheden, i det omfang der er tale om kortvarige lån²⁷⁵ til finansiering af filialens drift. Det er vor opfattelse, at en filials “lån” hos hovedvirksomheden ikke kan betragtes som gæld, jf. SEL § 11, stk. 2 selvom renteudgifterne af “gælden” skattemæssigt er fradragsberettigede”.

Skatteministerens svar i bilag 11 lød således:

“Grundlaget for opgørelsen af et fast driftssteds (en filials) skattepligtige indkomst er filialens indtægter med fradrag af de udgifter, der vedrører filialens drift, jf. selskabsskattelovens § 2 og § 9. Efter dansk og international skattepraksis, herunder OECD's modeloverenskomst med kommen-

274. Niels Winther-Sørensen anfører i SR-skat 1993, s. 118, at det efter Højesterest praksis i Texaco-sagen ikke vil være nødvendigt at operere med en mellemgruppe vedrørende interne lån. Såfremt der udover sædvanlig driftskapital overføres uforrentet kapital til driftsstedet fra hovedkontoret, er det hensigtsmæssigt også at karakterisere denne kapital som (yderligere) dotationskapital. Forfatterens finder, at det afgørende spørgsmål er, om overført kapital fra hovedkontoret kan karakteriseres som dotationskapital eller fremmedkapital. Kun hvis der er en forbindelse til et lån hos tredjemand, kan der gives det faste driftssted fradragsret. På baggrund af Texaco-dommen i TfS 1993.7 H, findes det formentlig at kunne sluttes, at man som udgangspunkt må tillægge virksomhedens påviselige vilje ved kapitaltilførslen betydelig vægt ved afgørelsen af, om det overførte beløb skal betragtes som fremmedkapital eller dotationskapital. Det må antages, at tilsvarende betragtninger kan gøres gældende i relation til fradragsret ved kurstab på interne lån fra et hovedkontor til et dansk fast driftssted.

275. Se kritisk til dette ordvalg Jens Wittendorff i SR-skat 1997.162 ff.

tarer, kan en filial ikke fratrække renter og kurstab ved ren intern finansiering fra hovedkontoret, da en filial ikke er et selvstændigt retssubjekt.

Det er korrekt som anført i kommentaren til spørgsmålet, at det i kommentaren til OECD's modeloverenskomst anerkendes, at der kan gøre sig særlige forhold gældende i relation til rentebetalinger foretaget af forskellige dele af finansforetagender (f.eks. banker). I det omfang, hvor der anerkendes at være fradragsret, vil reglerne om fradragsbegrænsning i ligningslovens § 11, stk. 5, finde anvendelse. Man kan ikke tænke sig fradrag for skattemæssige rente uden, at der også er tale om skattemæssig gæld. Dette er med til at sikre den ligestilling mellem datterselskaber og faste driftssteder, som der tilstræbes med lovforslaget.”

Sidstnævnte svar er gentaget i Cirk. nr. 135 af 2.9.1999, pkt. 8.2.

På ovenstående baggrund ses det, at filialer ikke har nogen direkte egenkapital, samt at der ikke udarbejdes noget filialregnskab. Dotationskapitalen skal dog ikke anvendes som udtryk for egenkapital i henhold til reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, stk. 5²⁷⁶. Spørgsmålet om opgørelse af dotationskapitalens størrelse skal adskilles fra reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, stk. 5. Dotationskapitalens funktion vedrører først og fremmest spørgsmålet om, hvorvidt der skal foretages en korrektion af samtlige det faste driftsstedes renteudgifter, herunder renteudgifter til uafhængige tredjemænd, hvilket ikke stemmer overens med sigtet med SEL § 11, stk. 5, der udelukkende vedrører spørgsmålet om fradragsbegrænsning for så vidt angår kontrolleret gæld²⁷⁷. Efter denne bestemmelse skal det faste driftsstedes kapital opdeles i egenkapital og gæld ud fra de i bestemmelsen angivne kriterier.

Det er dog svært at se, hvilket begreb der skal knyttes til det faste driftsstedes egenkapital. I henhold til SEL § 11, stk. 5 må egenkapitalen i en filial til brug for reglerne om tynd kapitalisering imidlertid kunne be-

276. *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 2000 s. 172, note 388 og samme i Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000, s. 434 f.

277. Det, som i medfør af SEL § 11, stk. 5, jf. stk. 3, skal anses for det faste driftsstedes egenkapital, vil således i modsætning til udtrykket dotationskapital omfatte interne lån, som ikke er knyttet til faktiske lån fra tredjemænd. Det anføres dog af *Niels Winther-Sørensen* i Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000, s. 439, at de nævnte metoder for opgørelsen af dotationskapitalen ikke har nogen betydning i forhold til formodningsreglen i SEL § 11, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 5. Dog anføres det, at såfremt man måtte nå frem til, at forholdet mellem gæld og egenkapital hos det faste driftssted overstiger 4:1, vil de objektive metoder imidlertid kunne indgå ved afgørelsen af, om der faktisk skal ske en begrænsning af det faste driftsstedes fradragsret for kontrolleret gæld.

regnes ved, at filialens gæld ved indkomstårets udløb fratrækkes størrelsen af de aktiver, der kan henføres hertil. Er størrelsen af de aktiver, der kan henføres til filialen, lig filialens gæld, vil egenkapitalen være 0. Dette vil være tilfældet, hvis filialens aktiviteter udelukkende har været lånefinansieret.

Afgørende for fradragsbegrænsning efter SEL § 11 er følgelig, at der er tale om gæld, der kan henføres til filialen, og som er ydet til hele foretagendet.

Det må således antages, at spørgsmålet skal afgøres ud fra de almindelige tilknytningskriterier. Af de almindelige tildelingskriterier vedrørende indkomstopgørelsen for faste driftssteder kan udledes kravet om tilknytning til den erhvervsmæssige aktivitet og ledelsens beslutning på dispositionstidspunktet²⁷⁸. Allokering af gæld følger de samme principper. Denne allokering af et foretagendes indtægter og udgifter sker på baggrund af en forudgående allokering af foretagendets indkomstgrundlag, herunder en forudgående allokering af foretagendets aktiver og passiver²⁷⁹.

2.11.4 Filialer og konsolideringsreglen

Som et sidste spørgsmål i relation til faste driftssteder skal spørgsmålet om, hvorvidt afgørelsen af om et dansk selskab og et dansk fast driftssted skal foretage en samlet opgørelse eller for selskaber henholdsvis det faste driftsstedes hver for sig. Dette spørgsmål fremkom i bilag 3 til L 53. Spørgsmålet uddybes med, at selvom der i SEL § 11, stk. 5 refereres til stk. 4, synes det ikke entydigt at fremgå, om afgørelsen af, om et selskab henholdsvis et fast driftssted er tyndt kapitaliseret, skal ske under ét eller hver for sig. Skatteministeren svarede herpå i bilag 11. Heraf fremkom, at såfremt der indgår både et selskab og en filial i koncernen, skal afgørelsen af, om disse er tyndt kapitaliserede, ske efter en samlet opgørelse, hvori indgår såvel selskab som filial²⁸⁰. Dette følger ganske vist af ordlyden af SEL § 11, stk. 1-5, men er vist nok forladt i praksis grundet de betydelige praktiske problemer, der relaterer sig til en sådan fortolkning. Endelig i de situationer hvor der er en eller flere filialer i Danmark og et eller flere selskaber, opstår spørgsmålet videre om der skal konsolideres mellem disse enheder, såfremt filialerne ikke har fradrag for eventuelle

278. Jf. herom *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 157 ff.

279. Jf. *Niels Winther-Sørensen* op.cit., s. 155.

280. Som nævnt ovenfor giver henvisningen i SEL § 11, stk. 4 til KGL § 4, stk. 2 ikke mening i alle relationer vedrørende faste driftssteder. Når der imidlertid henses til formålet med SEL § 11, stk. 5 er der næppe tvivl om at der skal konsolideres mellem filialer og mellem filialer og selskaber.

renteudgifter. Det må følge af formålet med SEL § 11, at dette ikke vil være tilfældet, men der er ikke anført noget om spørgsmålet i de eksisterende fortolkningsbidrag til reglerne.

Som det ses, medfører reglerne om tynd kapitalisering således nogle særlige problemer i relation til filialer, idet der ikke findes retningslinier for behandlingen heraf. Formentlig skal henføringen af gæld og aktiver ske i henhold til de almindelige tildelingskriterier.

2.11.5 Særligt om filialer af finansielle virksomheder

Som det ovenfor er fremgået, eksisterer der en mulighed for fradrag for filialer af finansielle virksomheder vedrørende interne låneforhold. Baggrunden herfor er, at renteudgifter anses for at udgøre en naturlig driftsudgift for sådanne filialer²⁸¹. Bankfilialer er undergivet en *ubegrænset selvstændighedsfiktion*. Af denne årsag vil et lån fra en udenlandsk hovedvirksomhed til den danske filial blive betragtet som et almindeligt koncerninternt lån modsat situationen for andre filialer undergivet den *begrænsede selvstændighedsfiktion*. Dette faktum er dog ikke ensbetydende med, at SEL § 11 dermed finder anvendelse, idet denne bestemmelsen forudsætter, at det er det udenlandske selskab, der har modtaget et koncerninternt lån²⁸². SEL § 11, stk. 5 tager derfor efter alt at dømme ikke højde for, at der gælder en undtagelse for bankfilialer i relation til spørgsmålet om fradragsret for renter. Dog synes det at fremgå af pkt. 8.2. i Cirk. nr. 135 af 2.9.1999 om International beskattning af udbytter og aktieavancer mv., at SEL § 11, stk. 5 finder anvendelse på sådanne situationer, der involverer bankfilialer. Dog må det understreges, at SEL § 11, stk. 5 i relation til filialer synes at lægge vægt på det udenlandske selskabsfinansieringsforhold, jf. ordene “den skattepligtige omfattet af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a”, hvilket netop er hovedvirksomheden. Det er således afgørende, om det udenlandske hovedkontor har modtaget et koncerninternt lån. Fortolkningen må også antages at gælde for bankfilialer, selvom disse er undergivet en

281. Jf. herved OECD's bankrapport i “Transfer Pricing and Multinational Enterprises – Three Taxation Issues, The Taxation of Multinational Banking Enterprises”, 1984, pkt. 48 og 49, I.J.J. Burgers: Taxation and Supervision of Branches of International Banks, 1991, s. 456 samt Peter Athanas i Cahiers de Droit Fiscal International, LXXXIa, “Permanent Establishments of Banks, Insurance companies and other financial institutions”, s. 88 ff og endelig Niels Josephsen i SU 1999.7.

282. Som anført af Niels Josephsen i SU 1999.7.

ubegrænset selvstændighedsfiktion.²⁸³ Den kontrollerede gæld skal altså befinde sig hos hovedkontoret, mens den danske filial skal være tyndt kapitaliseret. Dette må give anledning til kontrolproblemer for de danske ligningsmyndigheder og dokumentationsproblemer for skatteyderne.

Førstnævnte fortolkning af SEL § 11, stk. 5 kan indebære nogle uhenigtsmæssige resultater, idet størrelsen af bankfilialers udlån har betydning for hvordan filialen i Danmark fremskaffer den kapital, som skal udlånes²⁸⁴. En metode vedrørende fremskaffelse af store beløb indebærer, at der i realiteten er tale om lån fra tredjemand, hvilket ikke giver anledning til problemer vedrørende tynd kapitalisering. En anden metode indebærer en overførsel fra hovedvirksomheden til filialen, der herefter foretager videreudlånning. Ved denne metode er det ikke muligt at øremærke de enkelte beløb. Endelig er der efter den tredje metode mulighed for at øremærke pengene, idet hovedvirksomheden optager lånet hos en dansk bank, og det efter omstændighederne er klart, at det er disse penge, der videreudlåner til filialen. Såfremt den ovenfor anførte fortolkning af SEL § 11, stk. 5 er korrekt, medfører dette, at det udelukkende er den anden nævnte metode, der har relevans i relation til tynd kapitaliseringsproblematikken, idet det alene efter denne metode er umuligt at øremærke pengene. Det må derfor antages, at en del af de penge, som filialen låner, anses at hidrøre fra koncerninterne lån²⁸⁵.

Skatteadministrationen følger efter alt at dømme et princip, hvorefter filialer af udenlandske banker ikke berøres af reglerne om tynd kapitalisering, såfremt hovedkontoret opfylder de solvenskrav, der er gældende i bankens hjemland. Dette gælder formentlig også for andre finansielle virksomheder. Ligeledes forfølges et princip om at konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 ikke finder anvendelse mellem et dansk koncernselskab og en dansk bankfilial. Såfremt koncernselskabet har gæld til filialen, betragtes dette som kontrolleret gæld, der ikke skal elimineres. Hermed bliver forholdet lettere at administrere og anvende, men der dannes samtidig basis for et forøget kontrolleret gæld. Begrundelsen for denne administrationspraksis synes vanskelig at se.

283. Jf. *Niels Josephsen* i SU 1999.7. Forfatteren finder det mere rimeligt, om der i stedet for egentlige regler om tynd kapitalisering var blevet indført krav om en vis egenkapital eksempelvis efter kapitalspejlsmetoden, til besvarelse af spørgsmålet om begrænsning af rentefradragsretten.

284. Jf. *Niels Josephsen* i SU 1999.7.

285. På denne baggrund finder *Niels Josephsen* op.cit., at anvendelse af den anden metode således vil kunne indebære, at filialen delvis vil blive beskattet af et bruttobeløb, hvilket efter forfatterens opfattelse fører til et ganske urimeligt resultat.

2.12 Ikrafttræden

Bestemmelserne i SEL § 11 havde virkning fra og med indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 1999 eller senere, jf. § 4, stk. 3 i lov nr. 432 af 26.6.1998 og § 10, stk. 2 i lov nr. 1026 af 23.12.1998. For selskaber med kalenderår som indkomstår (1/1-31/12) og selskaber med fremad forskudt indkomstår (indkomstår påbegyndt 2/1-1/4) vil reglerne have virkning fra og med indkomståret 1999, mens reglerne for selskaber med bagudforskudt indkomstår (indkomstår påbegyndt 2/4-31/12) først har virkning fra og med indkomståret 2000.

Det forlyder i denne forbindelse, at der fra myndighedshold arbejdes med indfasningsregler. For så vidt angår bankfilialer opereres med et indfasningsår (1999), hvor myndighederne for bankfilialer vil acceptere en debt:equity ratio svarende til udenlandske tilsynsmyndigheders solvenskrav. Altså, hvis hovedvirksomheden i udlandet er undergivet et solvenskrav på 8% skal den danske filial også opfylde et solvenskrav på 8%. Denne praksis antages kun at gælde for banker og f.eks. ikke for finansieringsselskaber. Efter indfasningsåret – dvs. 2000 – vil nævnte indfasningspraksis eventuelt blive forladt. I relation til konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4, opereres tillige med et indfasningsår (1999) hvor myndighederne bedømmer flere selskaber mv. isoleret. Konsolideringsreglen anvendes med andre ord ikke i indkomståret 1999. Efter indfasningsåret – dvs. 2000 – vil indfasningspraksisen eventuelt blive forladt. Ovennævnte praksis er ikke offentliggjort.

3 Proceduremæssige spørgsmål

I dette afsnit skal der redegøres for hvorledes bevisbyrdeforholdene er i sager vedrørende tynd kapitalisering, samt i hvilken udstrækning der er muligt, at indhente bindende forhåndsbesked vedrørende en given finansieringsstruktur.

3.1 Bevisbyrde

Da der med SEL § 11 er blevet indført en objektiv regel, har skattemyndighederne så at sige løftet deres bevisbyrde ved at debitorselskabets solvens er under 20%. Herefter må der tages udgangspunkt i den generelle beskrivelse af spørgsmålet i LV 1998 S.I.3.5.²⁸⁶ Det følger af ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., at fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen *godtgør*, at lignende finansiering kan opnås

286. Jf. herved Skatteministeriet, Departementets svar på FSR høringssvar vedrørende Cirk. nr. 135 af 2.9.1999 om lov. nr. 1026 af 23.12.1998 (L 53), ad. pkt. 8.2.

mellem uafhængige parter. Herved ses det, at bevisbyrden falder over på skatteyderne i det omfang, debitorselskabet er tyndt kapitaliseret, idet der er skabt en formodningsregel der indebærer, at gældsfinansiering ud over 80% er skattemotiveret. Der er altså en formodning for, at finansieringsvilkårene ikke er foretaget på armslængdevilkår, så snart debitorselskabets solvens er under 20%. Denne formodningsregel fremkommer direkte af ordlyden af SEL § 11, og det kan på den baggrund konstateres, at bevisbyrden skærpes for tyndt kapitaliserede debitorselskaber. Den omvendte bevisbyrde har herved direkte lovhjemmel og kan følgelig ikke antastes.

Det er således op til selskabet at påvise, at der ikke reelt er ydet lån på vilkår, der alene er affødt af den udenlandske ejers kontrollerende indflydelse. Denne regel fungerer samtidigt som en sikkerhedsventil for armslængdefinansiering²⁸⁷. Der må henvises til ovenfor for en nærmere gennemgang af den konkrete dokumentation for at den givne finansiering er på armslængdevilkår.

3.2 *Bindende forhåndsbesked*

Den bedste måde, hvorpå der kunne skabes en forøget sikkerhed på området for den skattemæssige behandling af tynd kapitalisering, er formentlig gennem indhentelse af bindende forhåndsbeskeder. Det lader da også til, at myndighederne indtager denne holdning. Det erindres, at det følger af SSL § 20 A, stk. 1, at enhver, for hvem det skønnes at være af væsentlig betydning, hos Ligningsrådet kan opnå en bindende forhåndsbesked vedrørende den skattemæssige virkning af påtænkte dispositioner. Retten til bindende forhåndsbesked omfatter som udgangspunkt ikke forhåndsbesked om dispositioner, der er gennemført, jf. SSL § 20 A, stk. 4, sidste pkt. Der kan dog være tilfælde, hvor der er et væsentligt behov for bindende forhåndsbesked om en gennemført disposition, for eksempel tilfælde, hvor dispositionen i tilfælde af gunstigt svar tænkes gentaget, eller den beskrevne situation er årligt tilbagevendende.

På denne baggrund kan det formentlig antages, at det vil være muligt at opnå bindende forhåndsbeskeder i sager vedrørende tynd kapitalisering, idet den beskrevne situation er årligt tilbagevendende, selvom der vel principielt er tale om en allerede gennemført disposition. Det må således forespørges hvilke konsekvenser, om nogen, en given finansiering for det følgende år kan tænkes at udløse i henhold til SEL § 11.

287. Herved stemmer reglerne temmelig godt overens med anbefalingen hos *Leif Gäverth* i *Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor*, 1998, s. 76.

4 Særlige spørgsmål vedrørende brancher med lovfæstede kapitalkrav

4.1 Indledning

Som der er tilkendegivet forskellige steder i denne bog, gælder der ikke andre solvenskrav for almindelige aktie- og anpartsselskaber end de almindelige mindstekapitalkrav som følge af selskabslovgivningen. For aktieselskaber kræves en minimumskapital på 500.000 kr., jf. AL § 1, stk. 3 og for anpartsselskaber et krav på 125.000 kr., jf. APL § 1, stk. 3. Hertil kommer kapitaltabsreglerne efter AL § 69a samt ApL § 52. For særlige brancher, der afhænger af offentlighedens tillid, er der imidlertid indsat særregler vedrørende kapitalkrav. Disse skal i det følgende kort ridses op med henblik på at vurdere virkningen af reglerne om tynd kapitalisering for de enkelte brancher²⁸⁸.

4.2 Børsnoterede selskaber

Det gælder, at selskaber der ønsker optagelse på Københavns Fondsbørs skal have en samlet aktiekapital på mindst 15 mio. kr., jf. § 4, stk. 1 i Bekg. om betingelserne for optagelse til notering af værdipapirer på en fondsbørs, Fondsrådets bekendtgørelse nr. 331 af 23. april 1996 og den forventede kursværdi af de aktier, der søges optaget til notering, skal udgøre mindst 8,5 mio. kr., jf. stk. 2. Solvenskravet efter SEL § 11 kolli-derer ikke med dette kapitalkrav.

4.3 Pengeinstitutter

Der stilles særlige krav til banker og kreditinstitutter, jf. BSL § 21a, hvorefter der gælder et krav om 8% i solvensgrad på baggrund af de risikovægtede aktiver og ikke-balanceførte poster. Banker og sparekasser er tillige omfattet af SEL § 11, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2, litra 2a).

Den nævnte bestemmelse i bank- og sparekasseloven gennemfører EU's direktiv af 18. december 1989 om solvensnøgletal for kreditinstitutter (89/647/EØF) (solvensdirektivet), direktiv af 17. april 1989 om kreditinstitutters egenkapital (89/299/EØF) (egenkapitaldirektivet) og direktiv af 15. marts 1993 om kravene til investeringselskaber og kreditinstitutters kapitalgrundlag (93/6/EØF) (CAD-direktivet). Disse regler gælder for kreditinstitutter i hele EU. Finanstilsynet har udstedt en bekendtgørelse i henholdt til bestemmelserne.

Som en konsekvens af SEL § 11's objektive karakter tages der ikke særlige branchehensyn eller lignende gennem reglerne om tynd kapitalise-

288. Der henvises til artiklen: Egenkapitalregler i selskabslovgivningen af Poul Jensen og Ole Steen Jørgensen i Revisionsorientering E.1., 1991.

ring. Således kræves det som udgangspunkt, at alle danske debitorselskaber skal have en solvensgrad på 20%. Dette gælder således også banker og andre finansielle virksomheder. Imidlertid er disse virksomheder, jf. supra, undergivet selvstændige branchespecifikke solvenskrav som følge af EU's bankdirektiver. Solvenskravet udgør 8% opgjort på baggrund af de risikovægtede aktiver. Såfremt der foretages en renset opgørelse af sådanne selskabers solvens på baggrund af tilgængeligt regnskabsmateriale, viser det sig, at den egentligt regnskabsmæssige solvens er endnu lavere. Hermed er udgangspunktet altså, at banker og andre finansielle virksomheder vil blive undergivet en fradragsbegrænsning som følge af reglerne om tynd kapitalisering. Der findes dog mulighed for at dokumentere, at den givne finansieringssammensætning er foretaget på markedsmæssige vilkår²⁸⁹. Der findes endnu ikke retningslinier eller offentliggjort praksis, der tilkendegiver om banker og andre finansielle virksomheder vil kunne opfylde dette dokumentationskrav nemmere end andre ikke-regulerede brancher.

Hermed er der i princippet skabt en uhensigtsmæssig modvirkende effekt i skattelovgivningen i forholdet til andre retsdiscipliner og andre beskyttelseshensyn. Det er næppe meningsfuldt i denne sammenhæng at foretage en afvejning af, hvilke hensyn der bør tillægges størst vægt, og herved hvilket regelsæt der bør tillægges forrang. Traditionelle lovforklkningsprincipper fører heller ikke til noget givtigt resultat. Uofficielle ytringer fra skattemyndighedernes side i den seneste tid har dog indikeret, at det ved ligningen vil blive tillagt vægt, om debitorselskaber (filialer) opfylder anden lovgivning vedrørende solvens herunder i udlandet for så vidt angår filialer.

Det kan herved også diskuteres, om de danske regler er i modstrid med direktiv 89/646/EØF, idet der med SEL § 11 stilles større solvenskrav til filialer af udenlandske banker end danske banker.

4.4 Forsikringsselskaber

Forsikringsaktieselskaber er omfattet af selskabsbeskatning, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Det samme gælder for gensidige forsikringsforeninger, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 5. Forsikringsselskaber skal have en basiskapital, der mindst svarer til selskabets solvensmargen, jf. § 34 i lov om forsikringsvirksomhed for så vidt angår aktieselskaber og § 73 for så vidt angår gensidige forsikringsselskaber. Se hertil Bekg. nr. 638 af 6.7.1994 om kapitalgrundlag for skadesforsikringsvirksomhed for forsikringsselskaber med vedtægtsmæssige hjemsted her i landet og Bekg. nr. 637 af 6.7.1994 om kapitalgrundlag for livsforsikringsvirksomhed for forsikringsselska-

289. Sml. *Peter Rose Bjare* i R&R 2000/6, s. 26.

ber med vedtægtsmæssigt hjemsted her i landet. Der angives heri nærmere retningslinier for, hvorledes solvensmargen og basiskapital skal beregnes. Reglerne om tynd kapitalisering er ikke koordineret med disse regler således, at der kræves en solvensgrad på 20%, uanset om forsikringsselskabet i øvrigt lever op til kravene i den særlige lovgivning herom. Dog medregnes forsikringsmæssige hensættelser som egenkapital efter reglerne om tynd kapitalisering. Forsikringsselskaber vil derfor i praksis ikke blive ramt af SEL § 11²⁹⁰.

4.5 Realkreditinstitutter

Også realkreditinstitutter er omfattet af fuld skattepligt i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 5b). Solvenskravene til realkreditinstitutter følger af kapitel 9 i realkreditloven, jf. lovbekg. nr. 582 af 8.7.1999. Således følger det af lovens § 9, at den ansvarlige kapital og den kortfristede supplerende kapital til enhver tid skal udgøre mindst 8% af realkreditinstituttets risikovægtede aktiver, dog mindst 150 mio. kr. Dette solvenskrav svarer til det, der gælder for pengeinstitutter. De nærmere retningslinier for opgørelsen af den ansvarlige kapital følger af § 53 a, og af § 53b for så vidt angår kernekapital, § 53 d for så vidt angår den supplerende kapital. Der kan gøres tilsvarende indvindinger gældende som ovenfor i relation til pengeinstitutter. Typisk er den uvægtede solvens i realkreditinstitutter da også væsentligt lavere end 20%, som kræves i henhold til SEL § 11. Derfor kunne reglerne om tynd kapitalisering medføre problemer for udenlandsk ejede realkreditinstitutter, der har koncernintern gæld. En præliminær beregning af offentligt tilgængelige regnskabstal bekræfter dette. Det samme gælder for danske institutter, der har datterselskaber i udlandet. Dog vil der formentlig kunne foretages dokumentation af aktuelle lånemellemværenders markedsmæssighed såfremt der henses til soliditetsgraden i den pågældende branche. Således vil der i lighed med pengeinstitutter, normalt være adgang til at foretage fradrag, selv om forholdet mellem gæld og egenkapital overstiger 4:1²⁹¹. Dette gælder også for filialer af udenlandske kreditinstitutter, idet det herved som udgangspunkt forudsættes, at forholdet mellem gæld og egenkapital i filialen i henhold til SEL § 11, ikke er lavere end i det udenlandske kreditinstitut selv, medmindre det udenlandske kreditinstitut er etableret med henblik på filialdrift i andre lande.

290. Jf. herved *Peter Rose Bjare* i R&R 2000/4, s. 38 ff.

291. Sml. *Peter Rose Bjare* i R&R 2000/6, s. 26.

4.6 Fondsmæglerselskaber

Fondsmæglerselskaber er i vidt omfang underlagt de samme krav til solvens som banker og sparekasser. Af FML (lovbekg. nr. 659 af 12.8.1999 om fondsmæglerselskaber) § 16 fremgår således, at den ansvarlige kapital med tillæg af kortfristet supplerende kapital til enhver tid skal udgøre mindst 8% af fondsmæglerselskabets vægtede aktiver mv., herunder poster med markedsrisiko. Et fondsbørsmæglerselskabs ansvarlige kapital beregnes efter lovens § 17 og § 18. Der kan derfor gøres tilsvarende bemærkninger for så vidt angår fondsmæglerselskaber som ovenfor om pengeinstitutter og realkreditinstitutter.

4.7 Leasingselskaber, factoringselskaber og finansieringsselskaber

Der kan ligeledes i relation til leasing-, factoring- og finansieringsselskaber opstå problemer som følge af SEL § 11. Sådanne selskaber vil antageligvis blive omfattet af reglerne om tynd kapitalisering. Praktiske erfaringer viser da også, at dette i udpræget grad er tilfældet. De nævnte virksomhedstyper har brug for et stort cash flow og har brug for store lån og forholdet til eksisterende egenkapital²⁹².

Koncerner der benytter sig af cash pooling kan i høj grad også risikere at blive tyndt kapitaliserede. Risikoen herfor skønnes særligt at være aktuell ved de såkaldte fysiske cash pools. Det selskab der modtager likviditet vil akkumulere koncernintern gæld og risikerer herved at blive tyndt kapitaliseret. Ved ikke-fysiske pools er der dog også en risiko herfor idet lån ydet af banken til top-konto finansselskabet kan blive betragtet som et koncerninternt lån grundet brug af krydskauttioner og back-to-back lån. Dog vil dette ikke stedse være tilfældet.

5 Samspil med andre regler – regelkrydsning

5.1 Generelt

Der kan opstå et samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering og andre danske antiudnyttelsesregler på skatteområdet. Dette samspil er ofte kompliceret og bør have in mente ved rådgivning i relation til tyndt kapitaliserede selskaber eller faste driftssteder. Der kan forekomme situationer, hvor der sker såkaldt regelkrydsning eller blot ses at eksistere sam-

292. Niels Josephsen har i SU 1999.7 gjort sig til talsmand for, at mulighederne for at undgå fradragsbegrænsning (i relation til leasingselskaber og factoringselskaber) er større, såfremt debitorselskabet udstilles i et selvstændigt selskab, end hvis blot den her behandlede aktivitet er en del af aktiviteten i et selskab. Dette skyldes det forhold, at långiver derved formentlig vil være eneste kreditor i selskabet.

spilsproblemer. For så vidt angår regelkrydsningsproblematikken har *Stefan Aldén* i svensk ret behandlet en tilsvarende problemstilling i sin doktordisputats; Om regelkonkurrens inom inkomstskatterätten, 1998, s. 31 ff. Forfatteren opererer med begrebet regelkonflikt som et samordningsproblem på skattelovgivningsområdet, om sådanne situationer: “...da två eller flera tillämpliga rättsregler omöjligen kan användas samtidigt och därför försätter rättstillämparen i en regelvalsituation. Även när en samtidig tillämpning av två tillämpliga rättsregler inte är helt omöjlig, kan detta i visse fall fremstå som så uppenbart olämpligt eller osäkligt att man i praktiken bliver tvungen att välja mellan reglerna...”. Regelkonkurrence kan opfattes som værende udtryk for en samlebetegnelse for alle former for regelvalgssituationer. Regelkonflikter bliver herved til en særskilt type af regelkonkurrence. Ligeledes kan der forekomme situationer, hvor to eller flere retsregler blot ikke passer sammen, herved kan der tales om en *retligt defekt*. Før det kan antages, at der foreligger en regelkonkurrencesituation, skal flere grundlæggende forudsætninger være opfyldt. Reglernes anvendelsesområder skal være sammenfaldende, hvorved reglerne i det mindste til dels skal tage sigte på samme situationer. Er dette ikke tilfældet, opstår der ikke en konkurrencesituation, man taler herved om det forhold at anvendelsesområderne er *disjunkte*²⁹³. Det er muligt at udsondre tre mængdeteoretiske relationer ved reglers anvendelsesområder i tilfælde af sammenfald i anvendelsesområder; identitet, indskrænkning (delmængde) og interferens (fællesmængde). Det er naturligvis ikke muligt at afgøre dette eksakt, men der kan opstilles visse hjælperegler. Desuden skal retsfølgerne af de aktuelle regler være uforenelige, før man kan tale om regelkonkurrence²⁹⁴.

Forfatteren behandler regelkrydsning på området for transfer pricing. *Stefan Aldén* anvender herved en 4-trins metode ved regelkrydsningskonflikter, der formentlig kan anvendes ved valg af regel²⁹⁵. (1) Første skridt udgøres af et forsøg på at fortolke de krydsende regler, så de harmoniserer indbyrdes (harmoniserende omfortolkning, hvilket indebærer en restriktiv fortolkning af den ene af bestemmelserne i fokus). Når dette ikke lykkes, henses der til (2) de traditionelle derogationsprincipper (i.e. *lex superior*, *lex specialis* og *lex posterior*). Hvor disse principper ikke heller findes tilfredsstillende, må man efter forfatterens vurdering (3) vende sig mod en kasuistisk bedømmelse, hvorved sagens omstæn-

293. Jf. *Stefan Aldén*: Omregelkonkurrens inom inkomstskatterätten, 1998, s. 34.

294. *Aldén* sonderer i denne forbindelse mellem *logisk* (hvor retsfølgerne logisk set er modsatrettede), *empirisk* (hvor praktiske forhold taler herfor) og *axiologisk uforenelighed* (hvor resultatet forekommer etisk forkasteligt), op.cit.

295. Der tales om en “generell regelvalsmetode”, s. 275.

digheder bestemmer valg af regel (udslagsgivende kan herunder være, hvorvidt situationen omfattes af en retsregels kerneområde eller ydreområde, eller om hvilket resultat der stemmer bedst overens med reglerens formål). Endelig (4) i tilfælde hvor dette ikke lykkes, vender forfatteren sig mod den regel, der er mindst bebyrdende for skatteyderen, jf. legalitetsprincippet. Modellen legitimeres, s. 285 med det forhold, at den er enkel at anvende, kun levner meget lidt plads til skønsmæssige afgørelser og at den er stærkt forankret i en traditionel juridisk tankegang. Metoden skønnes generelt anvendelig på indkomstbeskatningens område.

De danske regler om tynd kapitalisering kan i flere relationer komme til at kolliderer med andre regelsæt²⁹⁶. Det lader ikke til, at de danske regler om tynd kapitalisering på alle områder er tilstrækkeligt koordineret med andre skatteregler, og som det skal fremgå nedenfor, lader det ej heller til at reglerne er tilstrækkeligt koordineret med civilretten. Dette forekommer bemærkelsesværdigt, idet det er en opgave for 2. kontor i skatteministeriets departement at sikre en sådan koordination ved alle lovforslag. Problemerne skyldes formentlig det forhold, at der successivt er indført regler, der sigter til at hindre koncerners skatteudnyttelse, og at der herved ganske enkelt ikke er foretaget en tilstrækkelig koordinering. Selvom en eventuel asymmetrisk beskatning formentlig ikke har været tilsigtet, må skatterådgiveren i sit arbejde tage hensyn til muligheden for, at der kan komme mérbeskatning på tale som følge af samspilsproblemer. Dette forstærkes ved det, at der endnu ikke findes tilkendegivelser af, hvorledes problematikken vil blive håndteret af skattemyndighederne.

I det følgende behandles samspillet mellem SEL § 11 og:

- sambeskatningsvilkår 2.4.2
- det almindelige armslængdeprincip i LL § 2, samt
- CFC-reglerne for selskaber i SEL § 32, og
- armslængdeprincippet og CFC-reglerne.

296. Disse problemstillinger er i vidt omfang beskrevet og analyseret af *Lars Cort Hansen* i SR-skat 1999.42. Forfatterens analyser udgør en væsentlig inspirationskilde til det følgende. Dog behandles tillige samspillet mellem CFC-reglerne og armslængdeprincippet i anførte artikel. Selvsagt udelades denne problemstilling i nærværende fremstilling, ligesom de problemer, der vedrører samspil mellem mere end to regelsæt, også inddrages i nærværende fremstilling.

5.2 Samspil med sambeskatningsvilkår 2.4.2

Sambeskatningsvilkår 2.4.2. blev, trods kritik, jf. ovenfor, ophævet med sambeskatningscirkulæret fra 1998 fra Ligningsrådet, TS-cirk 1998-40 med virkning for indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 1999 eller senere²⁹⁷. Dette kan medføre det problem, at ophævelsestidspunktet for de forskellige selskaber i en koncern kan være forskelligt, såfremt der i koncernen er både sambeskattede og ikke-sambeskattede selskaber²⁹⁸.

Mellem SEL § 11 og sambeskatningsvilkår 2.4.2. vil der derfor ikke umiddelbart forekomme tilfælde af direkte overlapning, idet ikrafttrædelsestidspunkterne er koordineret. Men der savnes stillingtagen til de overgangsproblemer, der må fremkomme for selskaber, der tidligere var omfattet af vilkår 2.4.2. Det må antages, at underskud i holding (moder)-selskabet, som ikke har kunnet modregnes i datterselskabers underskud i tidligere år på grund af begrænsningen i vilkår 2.4.2., uden begrænsning kan fremføres til modregning i sambeskatningsindkomsten i indkomstår, der påbegyndes den 1. januar 1999 eller senere efter de almindelige regler om underskudsfræførsel i LL § 15²⁹⁹.

5.3 Samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering og det almindelige armlængde princip

Det må indledningsvis konstateres, at armlængdeprincippet i Danmark har forrang for den fastsatte safe haven debt:equity ratio på 4:1, hvilket stemmer temmelig godt overens med internationale tendenser³⁰⁰.

5.3.1 Findes der en forrangsproblematik?

Særligt to overordnede problemer kan dog dukke op i forbindelse med samspillet mellem det almindelige armlængdeprincip og reglerne om tynd kapitalisering. (1) Situationer hvor der både sker vilkårskorrektion af det enkelte lån i debitorselskaber og samtidig fradragsbeskæring i

297. Hermed må det antages, at der skabes forbedrede finansieringsmuligheder i forbindelse med dansk finansierede management buy-outs og lignende.

298. Jf. herved *Lars Cort Hansen* i TfS 1998.569.

299. Dette standpunkt imødegås af *Erna Christensen m.fl.* i Selskabsbeskatning, 1999, s. 505, hvor det anføres, at en underskudsbegrænsning, der er foretaget efter reglerne i vilkår 2.4.2., fortsat *kun* vil kunne anvendes efter de i vilkår 2.4.2. beskrevne regler. Denne fortolkning kan ikke tiltrædes, idet det forekommer ejendommeligt, i praksis at skulle kunne at indføre særlige overgangsregler, uden der i øvrigt er gjort bemærkninger herom andet steds i forbindelse med vedtagelsen af SEL § 11 eller ophævelsen af vilkår 2.4.2., særligt når der henses til, at der ikke er anden funktion med en sådan manøvre end den rent provenuskabende.

300. Herved *Detlef J. Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 82 b, *International Aspects of Thin Capitalization*, 1996, s. 125 f og OECD: *Thin Capitalisation*, Issues in International taxation, no. 2, 1987 passim.

samme som følge af reglerne om tynd kapitalisering og (2) den tænkte situation, at der udover SEL § 11 findes hjemmel til at omkvalificere rentebetalingerne i et tyndt kapitaliseret selskab.

5.3.1.1 *Situationer hvor der foretages korrektion efter såvel LL § 2 som efter SEL § 11 i samme selskab*

Der kan forekomme situationer, hvor der skal foretages korrektioner hos et dansk debitorselskab såvel efter armslængdeprincippet i henhold til LL § 2³⁰¹ som efter reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11. Dette kan komme på tale, såfremt debitorselskabet har et lån til et udenlandsk moderselskab, og lånet forrentes for højt i forhold til markedsmæssige vilkår. I realiteten må det dog nok antages, at det primært vil være i fokus at hæve rentebetalingen hos debitorselskabet, idet dette netop er tyndt kapitaliseret, hvorved markedsvilkår formentlig ofte vil tilsige, at prisen for lånet er højere end for almindeligt kapitaliserede selskaber. Men på dette sted behandles udelukkende sådanne situationer, hvor rentesatsen nedsættes, og nedenfor under afsnittet om rentefiksering behandles de øvrige situationer, hvor rentebetalingen forhøjes.

Hvor renten er for høj, vil der skulle ske en primær justering hos debitorselskabet svarende til det beløb, der er givet afkald på gennem en for høj rentebetaling. Såfremt debitorselskabet samtidig er tyndt kapitaliseret, vil der kunne ske fradragsbegrænsning af selskabets renteudgifter og kurstab.

Lars Cort Hansen påviser i SR-skat 1999, s. 46 f, at der i alt kan komme en merbeskatning på tale for koncernen, udover hvad der reelt er betalt af renteudgifter, såfremt begge regelsæt anvendes uafhængigt af hinanden. Forfatteren finder det endda sandsynligt, at myndighederne vil anvende en valgmulighed, hvorefter der først foretages en korrektion efter armslængdeprincippet og herefter en fradragsbeskæring efter SEL § 11.

301. LL § 2, stk. 1 har følgende ordlyd:

Skattepligtige, der

- 1) kontrolleres af fysiske eller juridisk personer eller
- 2) kontrollerer juridiske personer eller
- 3) er koncernforbundet med en juridisk person eller
- 4) har et fast driftssted beliggende i udlandet eller
- 5) er en udenlandsk fysisk eller juridisk person med et fast driftssted i Danmark, skal ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst anvende priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner med ovennævnte fysiske eller juridiske personer og faste driftssteder (kontrollerede transaktioner) i overensstemmelse med, hvad der kunne være opnået, hvis transaktionerne var afsluttet mellem uafhængige parter.

Efter min vurdering vil den tekniske gennemførelse af myndighedernes korrektioner med overvejende sandsynlighed medføre, at begge regelsæt vil blive anvendt, såfremt der er anledning hertil. Det er efter min vurdering utvivlsomt, at der efter LL § 2 vil kunne foretages vilkårskorrektioner af aktuelle låneforhold, jf. bemærkningerne til L 101³⁰². Korrektion indebærer i denne relation, at en for høj rentebetaling i Danmark ned sættes til armslængdevilkår. Mekanismen er herefter, at der i Danmark foretages en primær justering med det for høje rentebeløb. Herefter foretages der typisk i udlandet en korresponderende justering hos moderselskabet og endelig formentlig også en sekundær justering hos dette selskab.

Der er som udgangspunkt forskel på, om der foretages en korrektion af lånemellemværendets vilkår, eller om der foretages en korrektion på grundlag af debitorselskabets kapitalstruktur. Det kunne herved siges, at der snarere er tale om et opgørelsesteknisk problem vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der først skal foretages den ene eller den anden korrektion. Men som det erindres, er der lige netop tale om to tilfælde af vilkårskorrektion, én ordinær korrektion (efter LL § 2, stk. 1) og et dispositionsindgreb med en vilkårskorrektion som sanktion (SEL § 11). I forbindelse med den rent praktiske håndtering er der ikke anledning til at diskutere eventuelle forrangsproblemer mellem regelsættene, men i stedet at der blot skal tages stilling til, hvordan en opgørelse skal foretages. Den, efter min vurdering, mest realistiske metode vil være en sådan opgørelsesmetode, der indebærer, at eventuelle lånevilkår først korrigeres i overensstemmelse med LL § 2, og der herefter foretages eventuelle fradragsbegrænsninger som følge af tynd kapitalisering i henhold til SEL § 11 på baggrund af armslængderenten³⁰³. Til støtte herfor kan anføres, at det må være en forudsætning for korrektioner efter reglerne om tynd kapitalisering, at der foreligger en materielt rigtig rentebetaling i

302. Det forudsættes af OECD i forbindelse med anerkendelsen af regler om tynd kapitalisering i overensstemmelse med armslængdeprincippet, at de nationale regler ikke bør have den virkning, at de forhøjer den skattepligtige indkomst i det pågældende indenlandske foretagende ud over en armslængde fortjeneste, jf. herved OECD: *Thin Capitalisation*, 1987, pkt. 50 og pkt. 79.

303. Det kan måske implicit udledes af ytringerne hos *Ole Bjørn* i SO 1999, s. 57 f, at en sådan rækkefølge tillige foretrækkes af denne forfatter, selvom det anførte sted behandles den modsatte situation, at der hos debitorselskabet fikseres en renteudgift som følge af et ikke forrentet lån eller et lavt forrentet lån. Dette må kunne udstrækkes til også at gælde for så vidt angår situationer, hvor der er betalt en for høj rentesats. Det fremgår endvidere af OECD: *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, No. 2, 1987, s. 15, at en korrektion som følge af tynd kapitalisering er præjudiciel.

overensstemmelse med markedsmæssige vilkår. En markedsmæssig forrentning, der ikke korrigeres efter LL § 2, kan efter reglerne også blive udsat for fradragsbeskæring, selvom satsen er armslængde. Sagt med andre ord: skatteyderne har ikke retskrav på, at der opretholdes en markedsmæssig rente med dertil hørende skattemæssige konsekvenser. Sagen er jo den, at SEL § 11 udgør et andet regelsæt med et andet sigte, blot med en tilsvarende retsvirkning, nemlig fradragsbeskæring. Det kunne siges, at en generel fradragsbeskæring af en rentebetaling eller et kurstab på markedsmæssige vilkår ej heller medfører, at der herved er foretaget korrektioner i disharmoni med armslængde princippet. Men på den anden side kunne det, som straks nedenfor, ytres, at armslængdetesten jo netop er opfyldt, såfremt rentesatsen er markedsmæssig. Argumentationen er cirkulær og forårsaget af det forhold, at korrektionen efter SEL § 11 er en hybrid mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner. Problematikken kan også anskues som i bund og grund omhandlende det praktiske spørgsmål om, hvornår en given korrektion skal foretages, og hvorvidt der skal tages hensyn til den ene korrektion, når den anden foretages. Den sidstnævnte metode må forventes at blive foretrukket i praksis. I Canadisk skatteret foretages korrektionen efter en tilsvarende metode.

Et eksempel kan illustrere dette forhold:

Det antages, at et dansk 100% ejet debitorselskab er tyndt kapitaliseret og samtidig betaler for høj rente for rente for sit lån. Rentebetalingen er 18 og det antages, at markedsmæssige vilkår ville indebære, at der betales 9 vedrørende debitorselskabet gæld på 90. Debitorselskabet har en egenkapital på 10.

1. Først korrigeres rentebetalingen således, at der ikke længere er et fradrag for selskabet på 18, men i stedet på 9. Der er herefter et fradrag på 9 tilbage.
2. Dernæst foretages der en fradragsbegrænsning efter reglerne om tynd kapitalisering, hvilket indebærer, at der foretages en fradragsbeskæring på 5³⁰⁴.

Heraf fremkommer, at korrektionerne efter de to regelsæt i alt har medført en korrektion på 14. Ved først at foretage vilkårskorrektionen vil man også undgå den situation, der ellers kunne fremkomme, såfremt

304. $\frac{(90 - 40) \times 9}{90} = 5$

reglerne om tynd kapitalisering blev anvendt først, nemlig at fradragsbeskæringen efter SEL § 11 er højere, end hvad en logisk betragtning kan føre til.

Sammenfattende kan det siges, at opgørelsesproblemet må forventes løst ved, at der først foretages vilkårskorrekationer efter LL § 2 og herefter foretages eventuelle fradragsbegrænsninger i henhold til SEL § 11 af den fremkomne markedsmæssige rentebetaling. Det er efter min opfattelse givet, at ovenstående fortolkning vil blive den praktiske konsekvens af regelgrundlaget, som det tager sig ud i foreliggende form. Det er dog ikke herved givet, at resultatet materielt set er rigtigt.

Det erindres, at en korrektion efter SEL § 11 er udtryk for en dispositionskorrektion, hvorefter den konkrete tilknyttede sanktion er en vilkårskorrektion. Der vil herved i samspilssituationer komme dobbelt vilkårskorrektion på tale. Dette kunne formentlig undgås ved at ændre SEL § 11 til at indeholde en egentlig dispositionskorrektion.

Som LL § 2 og SEL § 11 er formuleret, kan det antages, at der er tale om to sider af samme sag, idet begge bestemmelser vedrører vilkårskorrektion og begge vedrører armlængdeprincippet. Samtidig er det netop disse konstateringer, der giver anledning til de store og uafklarede problemer. Det kan antages, at når først én gang et selskabs lånevilkår er blevet undergivet kritisk vurdering efter LL § 2, vil dette medføre, at armlængdeprincippet er opfyldt. Forestiller man sig, at skattemyndighederne skal finde en armlængde rentesats for det tyndt kapitaliserede selskabs låneforhold, må det antages, at det i denne forbindelse vil indgå i vurderingerne, at debitorselskabet er tyndt kapitaliseret (og renten derfor teoretisk set formentlig skulle hæves³⁰⁵). Derfor vil en vurdering føre til, at lånevilkårene skal afspejle selskabets forhold i øvrigt. Dette må efterfølgende indebære, at der skabes en formodning for, at armlængdetesten er opfyldt, og at SEL § 11 ikke også kan finde anvendelse. Kort sagt kan der ikke logisk opereres med forskellige vurderinger af lånenes markedsmæssighed efter de to regelsæt, og der kan ikke siges at være tale om forskellige bedømmelser af armlængdeprincippet efter de to regelsæt. Derfor vil det fra et ideelt synspunkt være at foretrække, såfremt begge regelsæt ikke finder anvendelse samtidigt, idet korrektion efter det ene regelsæt bør indebære opfyldelse af begge. For denne opfattelse taler det forhold, at begge bestemmelser er udslag af armlængde

305. Jf. herved også *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 134 og SD-Revisionsmeddelelse 1983-3, pkt. 6.3.1.

princippet³⁰⁶, og at der herved ikke bør kunne ske beskatning ud over, hvad der tilsvarende markedsmæssige vilkår. Det erindres at der i SEL § 11 endda findes mulighed for at undgå fradragsbeskæring, såfremt det kan dokumenteres, at finansieringen er på markedsmæssige vilkår³⁰⁷. Området giver anledning til cirkulære slutninger, og der findes desværre ikke autoritative bidrag, der giver klarhed over problemerne. Som nævnt eksisterer problemet dog også i andre lande, uden herved at der nødvendigvis er fundet en endelig afklaring af spørgsmålet.

Efter denne sidste argumentation kan det overvejes, om der herved bliver tale om et kollisionsproblem mellem LL § 2 og SEL § 11 i situationer, hvor der foretages korrektioner af lånevilkår efter førstnævnte og korrektion for så vidt angår debitorselskabets kapitalstruktur efter sidstnævnte. Nogen klar konklusion er ikke givet på dette område, idet det kunne overvejes om reglerne er disjunkte og om resultatet af anvendelse af begge regelsæt er usagligt eller uanvendeligt, hvorved der skulle vælges mellem reglerne.

5.3.1.2 Tynd kapitalisering og fiksering af renteudgifter – for lav forrentning

Der kan tillige forekomme situationer, hvor et samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering og rentefiksering aktualiseres. Som det er anført, vil det formentlig typisk være denne situation, der kan opstå, såfremt betalingen skal tilsvare markedsmæssige vilkår idet et tyndt kapitaliseret selskab alt andet lige skal betale en højere rente end andre debitorselskaber. Det skal indledningsvis bemærkes, at der ikke i bemærkningerne til LL § 2 eller SEL § 11 findes bidrag til en endelig stillingtagen til eventuelle samspilsproblemer.

Rentefiksering kan komme på tale ved lavt- eller uforrentede lån, der i denne sammenhæng tildeles et dansk debitorselskab. Det er formentlig tillige en forudsætning for problematikken, at der hos moderselskabet i udlandet foretages en primær korrektion, og dermed at moderselskabets domicilland har regler om transfer pricing, jf. forudsætningsvis bemærkningerne til LL § 2 (lov nr. 432 af 26.6. 1998 – L 101).

306. Det kan dog diskuteres, om en primær korrektion, der indtil videre fortsat kan fastsættes til diskontoen + 4%, også svarer til markedsmæssige vilkår i relation til SEL § 11.

307. Om end formuleret med henblik på at argumentere for en forrangsproblematik, kan jeg tilsluttes mig udsagnet hos *Lars Cort Hansen* i SR-skat 1999.50, der anfører, at det tillige er en betingelse for, at de danske regler om tynd kapitalisering er i overensstemmelse med OECD's modeldobbeltskatningsoverenskomst, at der ikke herefter foretages en fradragsbegrænsning, der går ud over, hvad der følger af armslængdeprincippet.

Typisk foretages en indkomstforhøjelse (primær justering) hos den part, der har solgt for billigt/købt for dyrt og en indkomstnedsættelse (korresponderende justering) hos den anden part, her det danske debitorselskab der får et yderligere rentefradrag. Skattemæssigt er transaktionerne dermed behandlet, som om de var foretaget på armlængde vilkår. Da dette imidlertid ikke er tilfældet, vil transaktionerne fortsat have tilført den ene part en økonomisk fordel. For at tage højde herfor mellem de to skatteyderne, kan der foretages en sekundær justering. I dansk skatteret kvalificeres sekundære justeringer hos et datterselskab som skattepligtige tilskud³⁰⁸. I overensstemmelse hermed vil der for det udenlandske moderselskab blive foretaget en primær justering efter udenlandske nationale regler, der forhøjer indkomsten med det beløb, selskabet har givet afkald. Som en korresponderende justering vil det danske debitorselskab opnå en fikseret renteudgift vedrørende de rentefrie lån fra det udenlandske moderselskab. Samtidig vil det danske selskab blive beskattet af rentefordelen som et tilskud (den sekundære justering). Hermed vil den skattemæssige situation i Danmark for debitorselskab være, at der netto ikke udløses nogen konsekvenser. Sammenfattende kan det derfor konstateres, at et rentefrit lån til et dansk datterselskab isoleret set i udløser nogen skattemæssige konsekvenser. Dette kan imidlertid ændres, såfremt reglerne om tynd kapitalisering tillige finder anvendelse på fikserede renteudgifter³⁰⁹.

Ovenstående scenarium kan formentlig også udbygges med den situation, hvor debitorselskaber reelt betaler renten i overensstemmelse med

308. Jf. *Jens Wittendorff* i SR-skat 1999, s. 77 og bemærkningerne til L 101.

309. I Skat Udland 1999.7 antager *Niels Josephsen*, at en fikseret renteudgift formentlig skal anses som en renteudgift i relation til SEL § 11, hvorved fradragsbeskæring kan komme på tale. Forfatteren støtter denne antagelse på bemærkningerne til LL § 2 (L 101) hvoraf det fremgår, at et dansk datterselskab som følge af reglen vil opnå fradrag for en fikseret renteudgift i tilfælde af modtagne rentefrie lån. I SO 1999, s. 56 når *Ole Bjørn* til den samme konklusion, idet det derved anføres, at O-stillingen i Danmark formentlig vil påvirke grundlaget for en nægtelse af rentefradrag efter SEL § 11, fordi konstruktionen er, at der gives låntageren et rentefradrag, der ganske vist neutraliseres af tilskuddet. Jeg kan tilslutte mig denne vurdering.

omgørelsesadgangen i LL § 2, stk. 4³¹⁰. Herved vil nettoresultatet være, at der kun beskattes én gang hos debitor og én gang hos kreditor, og forskellen er alene skatteprocenten mellem de to. Også sådanne situationer kan antages at blive omfattet af fradragsbeskæringen i SEL § 11³¹¹.

Selvom udgangspunktet efter ovenstående er, at der typisk tillades forøget rentefradragsret, kan der meget vel forekomme situationer hvor ikke-forrentede mellemværende må accepteres. Myndighederne har ikke grundlag for at korrigere, såfremt en fravigelse fra armslængde princippet kan begrundes med driftsmæssige eller kommercielle omstændigheder³¹².

310. LL § 2, stk. 4 har følgende ordlyd:

Ved ændringer i ansættelsen af den skattepligtige indkomst i henhold til stk. 1, kan den skattepligtige undgå yderligere følgeændringer (sekundære justeringer) ved at forpligte sig til betaling i overensstemmelse med de i stk. 1. Anvendte priser og vilkår. 1. pkt. finder alene anvendelse for en kontrolleret transaktion omfattet af skattekontrollovens § 3 B, såfremt den pågældende udenlandske skattemyndighed foretager en beskatning, der er i overensstemmelse med de priser og vilkår, der er lagt til grund ved ansættelsen af den skattepligtige indkomst i henhold til stk. 1.

Ovenstående situationer med rentefiksering uden foretagelse af omgørelse efter LL § 2, stk. 4 forudsætter således, at betingelserne herfor ikke er opfyldt. Når Ole Bjørn i SO 1999, s. 57 anfører, at dette eksempelvis kunne være tilfældet, såfremt den udenlandske skattemyndighed ikke foretager korresponderende korrektion, kan dette ikke terminologisk være helt korrekt idet den korresponderende korrektion jo i princippet skal foretages i Danmark. I stedet burde der være tale om den primære korrektion i udlandet, men herved kommer situationen aldrig på tale, idet en korresponderende korrektion, og en sekundær korrektion i Danmark formentlig forudsætter en primær korrektion i udlandet.

311. Jf. herved Ole Bjørn i SO 1999, s. 57.

312. Jf. herved Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 259.

Skyldes rentefriheden eller rentereduktionen således debitorselskabets betalingsudlytighed, særlig lovgivning om renter eller andre objektive omstændigheder, må myndighederne acceptere dette³¹³.

5.3.1.3 Hjemmel uden for SEL § 11?

Før det overhovedet kan komme på tale at behandle et samspilsproblem, hvorefter der findes hjemmel til indgreb ved tynd kapitalisering såvel i som uden for SEL § 11, mellem armslængde princippet i LL § 2 og reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, må flere forudsætninger være opfyldt:

- det må forudsættes, at der principielt er hjemmel til at foretage dispositionskorrektioner efter LL § 2, hvorved et fremmedkapitalindskud kan omkvalificeres til et egenkapitalindskud,
- en fortolkning af reglerne må føre til, at begge regelsæt finder anvendelse samtidig,
- og en generel armslængdevurdering skal medføre, at der skal fastsættes en anden finansieringsstruktur end kravet efter SEL § 11.

En samtidig opfyldelse af disse forudsætninger forekommer efter min vurdering temmelig søgt og vil næppe dukke op i praksis. Forholdet skal derfor ikke forfølges yderligere. Dog skal det kort undersøges om der er hjemmel til at foretage dispositionskorrektioner efter LL § 2 i sådanne situationer, hvor SEL § 11 ikke finder anvendelse.

Som det allerede er omtalt ovenfor, er det tvivlsomt om der uden for anvendelsesområdet af SEL § 11 findes hjemmel til at foretage dispositionskorrektioner hos tyndt kapitaliserede selskaber. Som det blev anført, har der gennem tiderne været uenighed om, hvorvidt der i dansk ret indtil vedtagelsen af SEL § 11 har eksisteret en omkvalificeringshjemmel. Som det også konstateredes ovenfor, har der været stor uenighed herom

313. Jf. TfS 1993.249 LSR og TfS 1994.191 LR for så vidt angår rentefrihed ved insolvens. Også rentefrihed ved kortfristede lån må sandsynligvis accepteres. I norsk ret har man ikke accepteret skattefrihed for lån til datterselskaber med en svag økonomisk stilling. Se således den norske Høyesteretsdom gengivet af 5.11. 1999 (*Norsk Hydro ASA*), Rt. 1999, s. 1663. Norsk Hydro ASA overførte betydelig kapital til sit britiske datterselskab Norsk Hydro Fertilizer Ltd., som var helejet af det britiske datterselskab Norsk Hydro UK Ltd. Kapitaltilførslen havde dels form af aktiekapital dels form af lån i forskellige varianter, herunder blandt andet et ansvarligt lån, hvor rentesatsen skulle aftales hvert halvår. I 1986 blev dette lån gjort rentefrit for en femårs periode. For andre lån blev der fastsat en rentepagt. På grund af datterselskabets svage økonomiske stilling blev disse renter imidlertid eftergivet ved udløbet af hvert år. Moderselskabet blev i Norge beskattet for de eftergivne renter og Høyesteret opretholdt ligningen. Selskabets påstand om, at der reelt var tale om tilførsel af egenkapital ikke blev fulgt.

i Danmark. Såfremt man er tilhænger af synspunktet om, at der ikke hidtil har eksisteret en dispositionskorrektionshjemmel i dansk skatteret stopper diskussionen hermed også i relation til spørgsmålet om regelkollision³¹⁴. Er man på den anden side tilhænger af, at der principielt i dansk skatteret har eksisteret en korrektionshjemmel i SEL §12 eller LL § 16A, kan der måske være anledning til at gå videre i diskussionen om, hvorvidt der efter gældende ret vil være hjemmel til at foretage en korrektion³¹⁵. Efter min vurdering taler det mod eksistensen af en korrektionshjemmel uden for anvendelsesområdet for SEL § 11, at man med indførelse af reglen og den herved introducerede safe haven ved solvens på 20%, implicit har tilkendegivet overfor skatteydere, at der med denne regel er gjort op med den skattemæssige behandling af tynd kapitalisering (uden for sambeskatningssituationer hvor der stedse kan indføres nye vilkår, der tager sigte herpå). Det er derfor min vurdering, at SEL § 11 er udtømmende. Idet de dansk skattemyndigheder formentlig stedse har fundet den tilstrækkelige hjemmel i det generelle armslængde princip, kan introduktionen af SEL §11 dog nok ikke ses som en erkendelse af, at der ikke tidligere har været hjemmel til dispositionskorrektioner i tyndt kapitaliserede selskaber. Derimod må indførelsen af SEL § 11 formentlig ses som et ønske om en særlig regel, der tilvejebringer objektive kriterier for, hvornår der kan ske fradragsbeskæring.

Selvom der således i dele af litteraturen og hos myndighederne kunne ses en tilslutning til eksistensen af korrektionshjemmelen i situationer med tynd kapitalisering før introduktionen af SEL § 11, er det ikke hermed givet, at samme forfattere vil finde, at der i dag ved siden af SEL § 11 gælder en generel omkvalificeringsmulighed med hjemmel i LL § 2 eller LL § 16 A. Derimod må det antages, at der i relation til interne låneforhold i helt ekstraordinære tilfælde eksisterer omkvalificeringsadgang med baggrund i LL § 16 A eller i realitetsgrundsætningen³¹⁶.

5.3.2 Tynd kapitalisering og sekundære reguleringer

Korrektioner som følge af tynd kapitalisering, kan antages at være udtryk for en primær korrektion efter gængs transfer pricing terminologi,

314. Jf. herved også *Erik Werlauff*, der i *Selskabsskatteret*, 1999, s. 393, konstaterer, at det af tidligere praksis modsætningsvis kan slutes, at der på områder, som ikke omfattes af SEL §11, ikke er hjemmel til fradragsbeskæring som følge af tynd kapitalisering.

315. Hjemmelen fandtes tilstedeværende i betænkning nr. 1060 1985, s. 218 ff og Statskattedirektoratets revisionsmeddelelse 1983-3, afsnit 6.2.4. og *Ivar Norland* finder også i *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 82 b, 1996, s. 403 ff, at der i SEL § 12 principielt var indeholdt den fornødne korrektionshjemmel.

316. Jf. herved *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 2, 1999, s. 395 f.

idet det kan antages, at debitorselskabet ved dets for høje fremmedkapitalandel har givet afkald på en fortjeneste. Denne antagelse fremkommer da også forudsætningsvis i analysen foretaget af OECD i *Thin Capitalisation, Issues in International taxation*, no. 2, 1987, pkt. 64 og 65. Dette lader sig dog formentlig ikke entydigt fastlægge. I relation til de danske regler er det vel heller ikke givet, at en sådan eksercits er gavnlig. Kvalifikationen kan udelukkende være vigtig i forhold til at fastlægge, om der i moderselskabets domicilland tillades en korresponderende justering samt eventuelt en sekundær justering, der eventuelt medfører, at det antages, at der er foretaget en udbyttelignende overførsel til moderselskabet, der formentlig vil være skattefri i modtagerlandet.

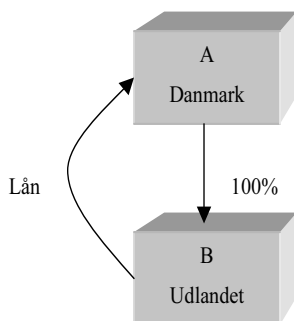
Såfremt det lægges til grund, at en fradragsbeskæring efter SEL § 11 er udtryk for en primær justering eller endog slet ikke passer ind i den gængse transfer pricing terminologi, får det følgelig ikke relevans at undersøge, om det er muligt, at undgå sekundære justeringer, jf. LL § 2, stk. 4, idet sekundære justeringer typisk foretages hos den part, der har modtaget den reelle økonomiske fordel – typisk kreditorselskabet³¹⁷.

5.4 Samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering og CFC-reglerne

Der kan tillige opstå visse samspilsproblemer mellem CFC-reglerne i SEL § 32 og reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11. Følgende eksempler kan illustrere dette samspil. Det skal dog understreges, at der ikke herved er tale om egentlig regelkollision, men udelukkende om samspilsproblemer. Der skal således ikke foretages valg mellem reglerne efter en generel regelvalgsmetode.

317. Modsat *Lars Cort Hansen* i SR-skat 1999, s. 49, hvor det konkluderes, at det er muligt at undgå reguleringer efter SEL § 11 i sådanne tilfælde, hvor LL § 2, stk. 4 påberåbes. Hvordan dette i praksis skulle finde sted synes vanskeligt at indse, idet der således skulle foretages et kapitalindskud med tilbagevirkende kraft i debitorselskabet.

Eksempel 1



I en situation hvor:

- et dansk moderselskab (A) har et 100% ejet datterselskab (B) der er beliggende i et lavskatteland,
- moderselskabet er omfattet af reglerne om tynd kapitalisering,
- B er et CFC-selskab, hvorfor A skal medregne B's CFC-indkomst ved sin danske indkomstopgørelse,
- A har modtaget et lån fra B, hvor der er knyttet en renteudgift på 50 til,
- A har en indkomst før rentefradragsbegrænsning efter SEL § 11 på 100, hvilket vil sige, at A har en bruttoindkomst på 150,
- A's fradragsbegrænsning som følge af SEL § 11 udgør 50,
- B's CFC-indkomst udgør 50,
- A og B har kalenderåret som indkomstår

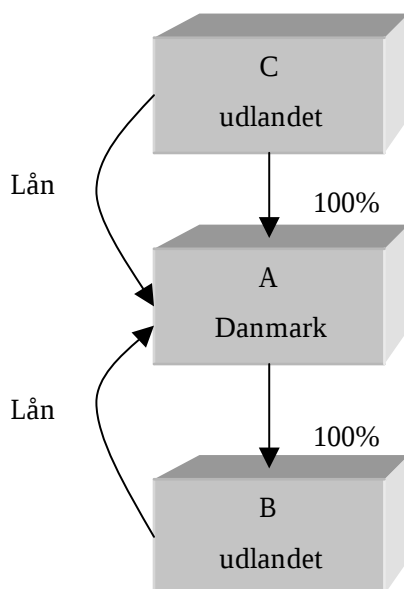
I denne situation udgør A's skattepligtige indkomst for 1999: 200 (100 + 50 + 50). Denne situation kan derfor medføre en asymmetrisk beskatning, idet det danske selskab er omfattet af såvel reglerne om tynd kapitalisering som CFC-reglerne, hvilket medfører, at moderselskabet ikke har fradragsret for renteudgifterne til datterselskabet, men samtidig efter CFC-reglerne skal medregne renteindtægterne vedrørende samme lån til sin skattepligtige indkomst. Årsagen til denne asymmetri er det forhold, at CFC-selskaber i henhold til bemærkningerne til L 101 anses som værende udenlandske selskaber³¹⁸. Problemet kan derfor løses ved at anse CFC-selskaber som danske selskaber. Problemet kunne dog også løses ved at lade A og B frivilligt sambeskatte efter SEL §31. Det er min vurdering, at en sidestillelse (i denne relation) af CFC-selskaber med frivilligt sambeskattede selskaber der som nævnt efter ministerens opfattelse bør sidestilles med danske selskaber i relation til SEL § 11, ville løse

318. Jf. Lars Cort Hansen i SR-skat 1999, s. 43.

problemet umiddelbart. Uanset dette, bør der gælde ensartede fortolkninger for så vidt angår sambeskattede selskaber, hvad enten de er undergivet frivillig sambeskatning eller CFC-beskatning.

Eksempel 2

Hvis ovenstående eksempel udbygges med den omstændighed, at det danske selskab (A) er 100% ejet af et udenlandsk moderselskab (C), og at det danske selskab (A) også har modtaget et lån fra sit udenlandske moderselskab (C), vil situationen formentlig være den samme med asymmetrisk beskatning til følge³¹⁹.



Dog ville A stadig anses for at være omfattet af SEL § 11, selv om asymmetrien blev løst ved en sidestillelse mellem CFC-selskaber og danske selskaber. I sådanne situationer skal der foretages en konsolidering mellem A og B, jf. SEL § 11, stk. 4. Denne konsolidering ville indebære, at den asymmetriske beskatning i eksemplet kan undgås, idet hverken rentudgifterne på 50 til B eller renteindtægterne på 50 ville skulle indgå ved opgørelsen af fradragsbegrænsningen. Som reglerne er udformet på nuværende tidspunkt, er der altså risiko for, at koncerner der har CFC-beskattede datterselskaber, til hvilke de har gæld, undergives en asymmetrisk beskatning. Samspillet giver dog ikke anledning til problemer, hvor der ikke findes lån mellem A og B, men kun mellem A og C, idet

319. Jf. Lars Cort Hansen op.cit.

der herved er tale om to uafhængige situationer, der beskattes efter hvert sit regelsæt.

Eksempel 3

I dette eksempel gælder de samme forudsætninger som ovenfor, men blot med den modifikation,

- at A ikke ejer 100% af B, men kun 90%, hvorved A kun skal medregnes 90% af den finansielle indkomst i B ved sin indkomstopgørelse, at
- renterne vedrørende lånet til B udgør 60, at
- A's bruttoindkomst før rentefradrag udgør 160,
- B's CFC-indkomst der skal medregnes hos A, udgør 80.
- Alle tre selskaber har kalenderåret som indkomstår.

Herefter kan følgende scenarium udspille sig. A's skattepligtige indkomst udgør herved 220 ($100 + 40 + 80$). Der kan heraf af samme årsag som ovenfor konstateres en asymmetrisk beskatning af koncernen, idet A kun har fradrag for 20 af renteudgifterne til B, men samtidig formentlig skal medregne 54 (90% af 60) af renteindtægterne på samme lån til A's skattepligtige indkomst som følge af CFC-reglerne³²⁰.

På baggrund af disse tre eksempler fremsætter *Lars Cort Hansen* op.cit., nogle løsningsmuligheder. Først og fremmest påpeges det, at det ikke har været hensigten med reglerne, at der skulle opstå asymmetrisk koncernbeskatning. Dernæst anføres, at reglerne om tynd kapitalisering i visse situationer bliver overflødiggjort som følge af CFC-reglerne³²¹. Forfatteren introducerer to løsningsmetoder i relation til samspilsproblemet mellem CFC-reglerne og reglerne om tynd kapitalisering; (1) en elimineringsmetode og (2) en simpel metode. *Elimineringsmetoden* indebærer, at udenlandske CFC-selskaber bør opfattes som danske selskaber i relation til SEL § 11. Herefter skal der som bekendt ske fuld konso-
lidering mellem de således danske enheder i koncernen. Forfatteren finder dog kun, at en sådan metode bør introduceres på en pro rata basis,

320. *Lars Cort Hansen* op.cit., anser, at der herved er sket en asymmetrisk beskatning på 34 ($54 - 20$) som følge af, at A er omfattet af begge regelsæt. Løsningen kan også her være den samme som tilkendegivet ovenfor.

321. Nemlig i sådanne situationer hvor CFC-reglerne i SEL § 32 medfører, at renteindtægter og kursgevinster af samme lån mellem koncernselskaber inddrages til beskatning. Denne problemstilling kommer først og fremmest til udtryk i koncerner med 100% integration og afsvækkes i takt med mindre grad af integration indtil en integrationsgrad, hvor SEL § 11 ikke finder anvendelse, forudsat at situationen ikke omfattes af den vide koncernbestemmelse i KGL § 4, stk. 2.

på baggrund af ejerandelen, idet der ellers beviseligt eksisterer planlægningsmuligheder for koncernerne, ved at det herved ville være muligt at fratrække et større beløb, end der beskattes efter CFC-reglerne. En anden særregel overvejes tillige under omtalen af elimineringsmetoden, hvorefter kun de finansielle poster skulle medgå ved opgørelsen af fradragsbeskæringen, idet det kun er afkastet af disse der indgår ved beregningen af CFC-indkomsten. *Den simple metode* indebærer en lovændring, der medfører, at der tilsiges nedslag i fradragsbegrænsningen for så vidt angår CFC-indkomst, der udspringer af det samme låneforhold. Også denne metode bør efter forfatteren opfattelse ske efter en pro rata-opgørelse.

Forfatteren tager ikke endeligt stilling til valg af metode, men finder, s. 45, at samspilsproblemet bør løses ved en lovændring, da det findes svært at argumentere for, at et selskab ikke skal have fradragsret for en renteudgift eller et kurstab på grund af regler om tynd kapitalisering, men samtidig skal beskattes af renteindtægterne og kursgevinsten på samme lån på grund af CFC-reglerne.

5.5 Samspil mellem reglerne om tynd kapitalisering, det almindelige armslængdeprincip og CFC-reglerne

Der kan tillige i praksis opstå et samspil mellem SEL § 11, det almindelige armslængdeprincip og CFC-reglerne. Dette skal i det følgende belyses ved to eksempler.

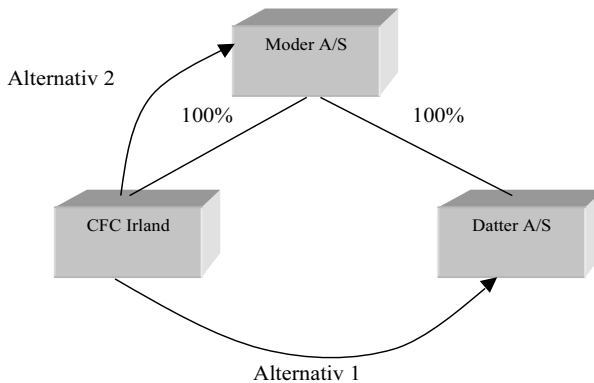
Første eksempel på praktisk samspil

Det følgende eksempel viser hvorledes samspillet mellem CFC-reglerne, armslængdeprincippet og reglerne om tynd kapitalisering kan være en vigtig faktor i planlægningen af placeringen af koncernintern finansiering.

Et dansk moderselskab ejer 100% af aktierne i et irsk datterselskab, der er et CFC-selskab samt 100% af aktierne i et dansk selskab. På en konsolideret basis er den danske del af koncernen tyndt kapitaliseret. Der foreligger et koncerninternt rentefrit lån fra CFC-Irland til Datter A/S. Dette medfører, at det irske CFC-selskabs indkomst forhøjes med eksempelvis 10, jf. LL § 2. Grunden til, at det irske CFC-selskabs berøres af danske regler, er netop det forhold, at selskabet er undergivet CFC-beskatning efter SEL § 32, hvorunder indkomsten skal opgøres efter danske regler. Efter den almindelige praksis vedrørende rentefiksering, anses der herefter for at være ydet Datter A/S et tilskud grundet rentefriheden for lånet. Herefter tillades der sædvanligvis Datter A/S et fradrag for den fikserede renteudgift, i eksemplet på 10. Imidlertid medfører reglerne om tynd kapitalisering formentlig det resultat, at denne rente-

udgift kan beskæres, idet den danske del af koncernen samlet set er tyndt kapitaliseret. Den samlede beskatning af koncernen kan derfor i værste fald medføre, at beskatningsgrundlaget i denne situation udgør 20 (10 i CFC indkomst for CFC Irland + 10 i tilskud, idet der nægtes fradrag for Datter A/S, såfremt fradragsbegrænsningsberegningen viser at hele rentebeløbet skal beskæres).

Såfremt placeringen af lånet ændres fra Datter A/S til Moder A/S vil udfaldet ændres, idet Moder A/S ejer mere end 25% af CFC-Irland, hvilket umiddelbart medfører, at dette tilskud må anses for skattefrit datterselskabsudbytte, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Nettovirkningen for Moder A/S er derfor samlet set 10 i fradrag og samlet for koncernen 0. Reglerne om tynd kapitalisering kan også i denne situation medføre, at der sker fradragsbegrænsning af den fikserede renteudgift, hvorved det samlede beskatningsgrundlag kan udgøre 10 (10 i CFC-indkomst for CFC Irland samt en beskæring af hele Moder A/S' rentefradrag på 10). Det samlede resultat kan derfor alt andet lige blive lavere grundet omplaceringen af lånet i forhold til første variant af eksemplet.



Andet eksempel på praktisk samspil

Samtlige tre regelsæt kan også spille sammen i sådanne tilfælde, hvor der i henhold til SEL § 32 skal foretages en vurdering af beskatningsniveauet af udenlandske finansielle datterselskaber. I dette eksempel er der tale om et udenlandsk ejet dansk selskab der ejer et hollandsk gældsfinansieret mellemholdingselskab hvilket igen ejer et irsk selskab. Det hollandske selskab har optaget lån fra moderselskabet til det danske selskab. Det hollandske selskab videreudlåner til det irske selskab. Det hollandske selskab betaler renter til det udenlandske moderselskab og

modtager selv rentebetalinger fra det irske selskab. Efter hollandsk ret er det muligt at opnå forhåndsaccept om et vist rentespread i Holland.

Ved bedømmelsen af hvorvidt det hollandske selskab er undergivet en beskatning der afviger væsentligt fra dansk selskabsbeskatning, kan der lægges vægt på (1) størrelsen af det aftalte rentespread³²², (2) det forhold at der ikke findes regler om tynd kapitalisering i Holland og (3) selve placeringen af holdingselskabet i Holland³²³.

Lægges det efterfølgende til grund, at det hollandske mellemholdingsselskab er lavt beskattet og derefter er et CFC-selskab, kan der igen ved selve indkomstopgørelsen efter danske regler forekomme et samspil mellem de relevante regler. Således kan der i CFC-selskabet ske en korrektion op til armslængde vilkår af rentespreadet og måske vil myndighederne samtidig nægte rentefradrag idet CFC-selskabet er tyndt kapitaliseret i henhold til SEL § 11.

6 Tynd kapitalisering og civilretten³²⁴

6.1 Indledning

Regler om tynd kapitalisering i almindelighed berører tillige det centrale retssystematiske spørgsmål vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. De danske regler om tynd kapitalisering berører i særdeleshed dette spørgsmål, idet disse regler på adskillige punkter aktualiserer en stillingtagen til den mere konkrete relation mellem retsdisciplinerne. Nedenfor behandles visse af problemerne i forholdet til civilretten. Det henvises for andre konkrete aspekter af relationen til bogens gennemgang af gældende dansk ret. Dette aspekt af tynd kapitaliseringsproblematikken er medtaget, idet det faktisk viser sig, at netop forholdet mellem skatteret og civilret har betydning i flere relationer vedrørende udfindelsen af gældende ret.

6.2 Grundproblemet – *disrespekt af kontraktsfriheden – omkvalificering og armslængde princippet*

Det materielle grundproblem ved regler om tynd kapitalisering er tilsi-desættelsen af den af skatteyderne valgte kapitalstruktur, dog således at

322. Afhængig af funktion og risiko vil der formentlig blive accepteret et spread på 5-10% i Danmark.

323. Jf. Ligningsrådets afgørelse i TfS 2000.197 og SU 2000.27. Afgørelsen er dog næppe rigtig.

324. Dette afsnit er baseret på de overvejelser jeg har gjort mig i artiklen: Aspekter af skatterettens civilretlige relationer – belyst ved selskabsskattelovens § 11, SR-skat 2000/3.

kapitalstrukturen opretholdes, men med potentiel rentefradragsbeskæring som retsfølge. Der henvises til bogens del I for en generel behandling af begrebet tynd kapitalisering.

Det selskabsretlige udgangspunkt vedrørende selskabers kapitalforhold er som bekendt, at der ikke, ud over selskabslovenes minimumskapitalkrav, stilles krav til selskabers finansiering. En af fordelene ved at drive virksomhed gennem filial er, at der ikke gælder noget offentligretligt kapitalkrav³²⁵. Imidlertid hæfter både det udenlandske selskabs henværende aktiver og hele selskabet øvrige formue for forpligtelser, der gyldigt er indgået eller opstået for en filial. Selskabets "globalformue" hæfter for forpligtelser, som indgås i selskabets eller i dets filialers navn af den, der har tegningsret eller på andet grundlag en behørig fuldmagt hertil. Der gælder tillige for filialer særlige brancheregler, herunder for banker og finansielle virksomheder.

*Problemet forudsætning*³²⁶

Korrektion som følge af tynd kapitalisering kan siges at være udtryk for en fravigelse af det civilretlige udgangspunkt, hvorefter der formentlig foreligger en gyldig låneaftale, der under normale omstændigheder ville medføre fradragsret for debtors renteudgifter eller kurstab på armslængde vilkår. Hermed berøres et yderligere centralt punkt, idet anvendelse af reglerne om tynd kapitalisering selvsagt forudsætter, at der foreligger et civilretligt retskraftigt gældsforhold, der indebærer en reel gældsforpligtelse. Der må med andre ord ikke være tvivl om, at der i civilretlig henseende foreligger fremmedkapital, og at denne er rentebærende eller har udløst kurstab, jf. eksempelvis TfS 1999.201 V (Patricia records), TfS 1999.180 Ø (SU 1999.30 Ø) og TfS 1997.506 H (UfR 1997.1150 H) (Tage S. Nielsen).

Fravigelsens begrundelse

Som nævnt skal reglerne i SEL § 11 om tynd kapitalisering ses som et led i en dansk tilpasning til international skatteret på samme måde som de tidligere gennemførte regler om CFC-beskatning og transfer pricing. I bemærkningerne til lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) fremkommer følgende formålsbetragtninger: "...Målet med de foreslåede regler er at modvirke en vilkårlig flytning af skattetilsvær fra Danmark til udlandet ved, at henværende datterselskaber af udenlandske koncerner finansieres på vilkår, som ikke kunne være opnået på det fri marked mellem uafhængige par-

325. Et udgangspunkt der er modificeret betragteligt, med vedtagelsen af L 212 26.5. 2000 vedrørende sikkerhedsstillelse ved registrering på 125.000 kr. vedtages.

326. Se også afsnit 1.1 i del II for større detaljeringsgrad.

ter..”. Der er med andre ord tale om et udslag af armlængdeprincippet særligt rettet mod selskabers kapitalstruktur. Der er herved skabt formodning om, at der stedse eksisterer et skattemotiv til fremmedkapitalfinansiering, men erfaringer og beregningerne ovenfor viser klart, at det ikke er i alle situationer, at et sådant skattemotiv overhovedet eksisterer³²⁷. I takt med en sådan konstatering må det tillige antages, at berettigelsen for regler om tynd kapitalisering aftager.

Dog kan der nok ikke gøres store indvindinger gældende mod korrektioner med udgangspunkt i armlængde princippet, der kan siges generelt at værne mod misbrug, jf. dog ovenfor om det aftagende skattemotiv og den herved dalende berettigelse for regler om tynd kapitalisering³²⁸. Denne problemstilling er ikke specifik for SEL § 11, men udgør en generel skatteretlig problemstilling. I relation til reglerne om tynd kapitalisering skal det fremhæves, at det kun er en del af den civilretlige aftale, der fraviges, idet ikke-kontrollerede renteudgifter ikke beskæres. Kun kontrolleret overskydende gæld medtages under opgørelsen.

Sammenfattende kan det konstateres, at selve fænomenet “værn mod tynd kapitalisering” udgør en fravigelse af civilretligt gyldige aftaler. Det kan dog formentlig ligeledes udledes, at der ikke umiddelbart lader til at kunne gøres tungtvejende indsigelser gældende herimod³²⁹.

327. Det er indres, at dette særligt kommer til udtryk, hvor selskabsbeskatningen i kreditorselskabets hjemland er lig den danske selskabsskattesats (32%) eller højere end denne, idet der i sådanne situationer ikke vil findes et skattemotiv til tynd kapitalisering, idet der herved ikke er en fordel i at modtage renter fremfor udbytter i udlandet. Denne bedømmelse afhænger tillige af behandlingen af de modtagne betalinger i kreditorselskabets domicilland. Nationalt er indres det, at der i vid udstrækning er symmetri i beskatningen mellem udbytter og rentebetalinger, hvorfor der ikke tilsvarende eksisterer et motiv til tynd kapitalisering med undtagelse af sådanne situationer, hvor der er tale om selskaber omfattet af kulbrintebeskatningen.

328. Noget ganske andet er dog, hvorledes man i det hele taget forholder sig til denne praktisk uhåndtérbare størrelse – the arm's length principle.

329. Noget andet er yderligere, at der formentlig kan stilles spørgsmålstejn ved den objektive fremgangsmåde, idet det alt andet lige må være de skatteydende koncerner selv, der bedst kan afgøre hvilken kapitalisering, de vil anvende. Der kunne herved alternativt foretages fradragsbeskæring i det omfang soliditeten i Danmark er mindre end i koncernen i øvrigt. Denne betragtningmåde er udtryk for en større respekt for koncernens egne valg, end den rigoristiske brøk/safe haven tilgang, sml. Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 1999, s. 392. Der henvises i denne forbindelse til reglerne om tynd kapitalisering i New Zealand, hvor der overordnet udtrykt tillades en lokalsoliditet, der må være op til 10% ringere end globalsoliditeten, før der er grundlag for at reagere. Samtidig findes der særlige regler for banker og andre finansielle institutioner. En sådan tilgang kunne måske betegnes som mere acceptabel.

6.3 Koncernenhedsbetragtningen

Et andet relationsfænomen udgøres af den såkaldte koncernenhedsbetragtning, hvorefter enkeltstående koncernselskaber i skatteretlig (eller anden) kontekst opfattes som én enhed, hvilket dog oftest også stemmer overens med virkelighedens verden. Det er det klare selskabsretlige udgangspunkt, at koncernselskaber anses som enkeltstående retssubjekter, jf. herved udgangspunktet i AL § 65, stk. 1, hvorefter ledelsesretten over datterselskaber kun kan udøves på generalforsamlingen. Moderselskaber kan således ikke indordne datterselskaber under en overordnet koncerninteresse³³⁰. Enhver korrektion af den skattemæssige stilling i koncerner ud fra en betragtning om armslængde princippet indebærer en fravigelse af dette civilretlige udgangspunkt³³¹. Ved at anse koncernen som en enhed fraviges det selskabsretlige udgangspunkt. Rentefradragsbegrænsning efter reglerne om tynd kapitalisering kan anses som en pligtmæssig enhedsbetragtning, idet koncernens samlede skatteposition netop udgør baggrunden for reglernes indførelse³³². Man kan i denne sammenhæng anføre, at koncernen anskues som en helhed med henblik på at finde frem til, hvorledes beskattningen skal foretages hos koncernens enkeltelskaber.

Yderligere findes der i det danske regelsæt om tynd kapitalisering et pligtmæssigt udslag af fravigelse fra det skatte- og selskabsretlige udgangspunkt. Det drejer sig in concreto om reglen i SEL § 11, stk. 4 – konsolideringsreglen³³³. Efter denne regel skal koncernforbundne selskaber, der er beliggende i Danmark, har ledelsens sæde i Danmark eller er undergivet sambeskatning med et dansk selskab pligtmæssigt, opfattes som en enhed. Denne regel skal modvirke den, i international skatteret almindeligt kendte, *kaskadeeffekt*. Af reglen følger, at der skal foretages en samlet opgørelse af soliditeten i den danske del af koncernen.

330. Jf. herved *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999, s. 34 note 46 med henvisninger.

331. Armslængde problematikken er i koncernretlig sammenhæng et udslag af, at skattemyndighederne forventer at koncernen har handlet ud fra en sambehandlings- tankegang og skattemyndighederne insisterer på en særbehandling, som bringer samhandelspriserne for handels- og finanstransaktioner mellem koncernens enkelte retsenheder frem i lyset og om fornødent foretager skattemæssige korrektioner af samhandelsvilkårene, jf. herved *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 1999, s. 333 og samme i *Koncernretten* 1996, s. 259 ff, samt *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999 passim.

332. Selvom formodningsreglen medfører, at flere koncerner vil blive omfattet, selvom den ikke samlet set beskattes lavere end rent danske koncerner.

333. Jf. herom *Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff* i TfS 1999.36 og ovenfor i afsnit 2.10.

Heri ligger videre, at der skal ske en eliminering af aktiebesiddelser mellem disse selskaber, samt gæld, fordringer, renteudgifter og kurstab.

Fravigelsens begrundelse

Det første af de her behandlede problemer kan henføres til ovenstående vedrørende armslængde princippet. Derimod er det et andet hensyn, der ligger til grund for den fravigelse der kommer til udtryk gennem SEL § 11, stk. 4. Denne regel tager som nævnt sigte på at forhindre en kaskadeeffekt, hvorefter de enkelte koncernselskaber på enkeltstående basis opfylder lovgivningens solvenskrav, men samlet set er tyndt kapitaliserede. At denne planlægningsmulighed eksisterer hersker der ikke tvivl om, idet fænomenet tillige dokumenteres i bemærkningerne til L 101³³⁴. En regel som den indførte synes herved at dæmme op for åbenlyse skatteplanlægningsfordele³³⁵. Samtidig har reglen sidestykker i flere andre landes regulering af tynd kapitalisering.

Det er ofte forekommende, at man gennem såkaldt pligtlovgivning fraviger det selskabs- og skatteretlige udgangspunkt om koncerner som bestående af separate enheder, idet der ellers findes misbrugsmuligheder³³⁶. Fravigelser gennem koncernenhedsbetragtninger er almindeligt forekommende og internationalt benyttet og er i vidt omfang indført af nødvendighed. Som skatteretten er indrettet på nuværende tidspunkt, synes betragtningen derfor umiddelbart ikke at kunne gøres til genstand for kraftige modargumenter³³⁷.

Herefter undersøges i hvilken udstrækning, der i SEL §11 med tilhørende bemærkninger anvendes civilretlige begreber, samt hvorledes disse i givet fald fortolkes, samt hvorvidt samspillet har betydning for anvendelsen af reglerne om tynd kapitalisering.

334. Selvom udnyttelsesmuligheden således kan forekomme, er reglernes udformning dog uheldig idet kaskadeeffekten udelukkende kan komme på tale, hvor der i Danmark findes koncernselskaber på en lige linie (vertikale koncerner), mens udnyttelsesmuligheden ikke kan opstå med vandrette (horisontale) koncerner. Der sondres ikke ifølge SEL § 11, stk. 4 mellem disse situationer, hvorved visse koncerner omfattes af fradragsbeskæringen, selvom kaskadeeffekten ikke praktisk kan forekomme. Dette synes uheldigt.

335. Praktisk arbejde med internationale virksomhedsovertagelser bekræfter da også, at reglerne virker efter hensigten.

336. Der tildeles dog også rettigheder efter koncernenhedsbetragtningen.

337. Endda kan der mere generelt argumenteres for en generel enhedsopfattelse i koncernskatteretten, hvilket ville eliminere eksisterende misbrugsmuligheder. Se hertil analysen hos *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999 og samme i TfS 1999.205 og TfS 1999.220 samt *Sylvain Plasschaert* i ET 1997.1.

6.4 *Anvendelse af civilretlige begreber og fortolkningen heraf*

6.4.1 Omfattede skatteretssubjekter – debitorselskabet – national civilret

Kvalifikationen af de omfattede debitorselskaber aktualiserer spørgsmålet om anvendelse af nationale civilretlige termer i skatteretligt kontekst. Afgrænsningen af omfattede debitorselskaber efter de danske regler om tynd kapitalisering foretages i SEL § 11, stk. 1 nr. 1). Det første kriterium er herefter, at debitorselskabet der er beliggende i Danmark skal være undergivet selskabsbeskatning efter selskabsskatteoven og dermed have fradragsret for renteudgifter. Nærmere præciseret omhandler dette selskaber eller foreninger, der er omfattet § 1, stk. 1, nr. 1-2f, 3a-5b. Med vedtagelsen af L 53, ved lov nr. 1026 af 26.12.1998 blev SEL § 11, stk. 5 indføjet, hvorefter faste driftssteder, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a er omfattet. Yderligere vil også visse udenlandske selskaber, der har ledelsens sæde i Danmark, skulle medtages under fuld skattepligt i Danmark og bedømmes efter kriterierne i SEL § 1³³⁸. Hermed aktualiseres tillige spørgsmålet om, hvorledes den udenlandske enhed skal kvalificeres i henhold til dansk ret.

Der er ikke herved tale om en skatteretlig fravigelse fra civilretten. Men henvisningen belyser på et helt overordnet plan det samspil, der kan forekomme mellem selskabsret og skatteret. Det er givet, at det ikke medfører problemer at henvise til begreberne aktieselskab og anparts-selskab, men nogle andre selskabstyper er ikke lige så klart afgrænsede i selskabsretten, hvorved en skatteretlig begrebsanvendelse vanskeliggøres. Man har søgt at imødegå dette ved at lade skattepligtskonstateringen afhænge af objektive kriterier, der ikke kan tage hensyn til varierende udfald af kontraktsfriheden. Disse problemstillinger vedrørende skismaet mellem skattesubjekter og retssubjekter i øvrigt er af en vis kompleksitet og i vidt omfang begrundet i de forskellige hensyn, der ligger til grund for de to discipliner. Der skal derfor ikke på dette sted foretages en nærmere analyse af problemstillingen vedrørende forholdet mellem skattesubjekter og retssubjekter.

Ligeledes dukker der i relation til kvalifikationen af debitor et spørgsmål frem vedrørende den skattemæssige behandling af filialer. I civilretlig henseende udgør en filial udelukkende en del af hovedvirksomheden, mens skatteretten i et vist omfang har anerkendt, at filialer behandles efter en (begrænset) selvstændighedsfiktion.

Ingen af disse fremhævede problemstillinger er specifikt forekomme-
de for det her behandlede eksempel, men er nærmere af generel betyd-

338. Samt også udenlandske sambeskattede datterselskaber efter skatteministeriets opfattelse.

ning for hele området for selskabsbeskatning (og fondsbeskatning). Begrundelsen for henvisningen til det selskabsretlige begrebsapparat synes nødtvunget, idet der ikke fandtes eller findes udviklet bedre og mere anvendelige alternativer. Det er blandt andet derfor vanskeligt at vurdere, hvorvidt henvisningen til selskabsrettens begreber giver anledning til større problemer.

Herefter skal fremdrages den tilsvarende problemstilling blot i relation til kvalifikationen af kreditor-enheden i henhold til SEL § 11.

6.4.2 *Omfattede skatteretssubjekter – kreditorenheden – udenlandsk civilret*

Det er ligeledes en betingelse for reglernes anvendelse, at debitor, jf. ovenfor *har gæld til udenlandske fysiske eller juridiske personer som nævnt i skattekontrollovens § 3 B, stk. 1 (kontrolleret gæld)*. Hvad gældsbegrebet nærmere indeholder, analyseres nedenfor. Det er naturligvis en forudsætning, at der foreligger et civilretligt retskraftigt gældsforhold.

Den nærmere fortolkning af SKL § 3 B, tillempt de særlige forhold omfattet af SEL § 11, er analyseret i afsnit 2.3 i del II, hvortil der henvises.

Reglerne om tynd kapitalisering finder udelukkende anvendelse på internationale låneforhold, hvor kreditor er udenlandsk eller nationale eller internationale låneforhold, hvor kreditor får stillet en vis sikkerhed fra en udenlandsk kontrollerende part. I sidstnævnte situation er kvalifikationen af kreditor lettere at foretage.

Om end reglerne navnlig tager sigte på udlån til danske datterselskaber, fremgår det af ordlyden af SEL § 11, at også udlån fra udenlandske datterselskaber til et dansk moderselskab er omfattet, idet SKL § 3 B, stk. 1 omfatter såvel kontrollerende som kontrollerede skattepligtige. Derfor kan fradragsbegrænsning også komme på tale, hvor et dansk moderselskab modtager lån fra udenlandske datterselskaber.

Den kreds af långivere der tages sigte på er, fysiske personer, selskaber, fonde, trusts og dødsboer, jf. henvisningen i SKL § 3 B, stk. 2 til SEL § 32 og LL § 16 H. Det er uden betydning, om det er den konkrete långiver selv, der har den krævede kontrol med det danske selskab, blot långiver deltager i ejerkredsen. Det er i denne forbindelse uden betydning, om det udenlandske selskab, der kontrollerer det danske debitorselskab, igen er ejet af en dansk aktionær. Hertil kommer, at det ydermere er underordnet, om den udenlandske långiver overhovedet har ejerandele i det danske debitorselskab, hvis blot selskaberne er koncernforbundne. Det anvendte koncernbegreb fremkommer ved henvisning til principperne i KGL § 4, stk. 2, hvilket indebærer en koncernkonstatering, når selskaber har en fælles ejerskare, der direkte eller indirekte besidder

mere end 50% af aktiekapitalen i hvert selskab eller råder over mere end 50% af stemmerne i hvert selskab. Det er herved umiddelbart klart, at der ikke er tale om et koncernbegreb, der tilsvarende det selskabs- eller regnskabsretlige, jf. AL § 2 og ÅRL § 1, stk. 2, nr. 6. Sidstnævnte kan i korte termer siges at vedrøre konstateringen af bestemmende indflydelse. En sådan fravigelse mellem koncernbegreberne giver dog ikke anledning til indvindinger, idet det skatteretlige relationsbetingede koncernbegreb er en nødvendig følge af de misbrugsmuligheder, der ellers kan forekomme i skatteretlig henseende. Ligeledes kan det skatteretligt være en nødvendighed at indføre koncernbegunstigende regler til koncerner med en lavere integrationsgrad, end hvad der umiddelbart følger af den selskabsretlige definition. Selvom det sprogligt kan opfattes som værende forvirrende at operere med flere varianter af koncernbegrebet omfattende endog sådanne tilfælde, man ikke efter normal sprogbrug ville opfatte som et koncernforhold, må det antages, at forskellen er en nødvendighed. Der foreligger således ikke efter min vurdering praktiske forhold, der taler mod en bevarelse af koncernbegrebet som et relationsbegreb.

Som ovenstående viser, bliver det af afgørende betydning at konstatere, hvorledes kreditor skal kvalificeres retligt. Begrebet "juridisk person" benyttes i denne relation uden nogen nærmere afklaring heraf, men henvisningen må opfattes som et lån fra den øvrige juridiske verden. Der må derfor som udgangspunkt formentlig også gælde, at dette begreb ikke direkte kan tillægges et fra civilretten (og procesretten mv.) afvigende indhold. Der nævnes endvidere begreber som trust og fond³³⁹. Det er almindeligt accepteret, at kvalifikationen af udenlandske enheder til brug for dansk skatteret skal ske efter intern dansk ret³⁴⁰. Dog kan udenlandsk civilret herved komme til at spille en rolle i kvalifikationen, idet praksis viser, at det ikke kan udelukkes at tillægge det betydning, at en enhed er stiftet i overensstemmelse med intern ret i det pågældende land.

339. Se eksempelvis herom *Aage Michelsen: The Tax Treatment of Foreign Foundations and Foreign Trusts in Danish Law and the Taxation in Denmark of Investments in Foreign Foundations and Trusts in Tax Havens* – i *Gustaf Lindencrona, Sven-Oluf Lodin og Bertil Wiman (eds.): International Studies in Taxation: Law and Economics – Liber Amicorum Leif Mutén*, 1999, s. 273 ff.

340. Jf. herved *Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II*, 1972, s. 103 ff og *Aage Michelsen: International skatteret* 1996, s. 160 ff og bredere formuleret i cirkulære nr., 135 af 2.9.1999, pkt. 2.3.

Ved brugen af begrebet “juridisk person” kan der selvsagt opstå tvivl om, hvorvidt I/S, – eller K/S-lignende enheder skal omfattes af personkredsen i SKL § 3 B, ligesom forskellige typer af konsortiekonstruktioner og firmagrupper kan give anledning til tvivl. Denne situation er nærmere analyseret ovenfor i del II, afsnit 2.3.2, hvor også Ligningsrådets bindende forhåndsbesked offentliggjort i TfS 1999.976 analyseres.

Det må så afgjort bifaldes, at Ligningsrådet med den refererede forhåndsbesked har valgt at respektere det faktum, at der i SKL § 3 B i realiteten er henvist til et civilretligt begreb. Man har afstået fra at foretage en skatteretlig fortolkning af begrebet juridisk person, selvom dette i civilretlig forstand ikke er ganske afklaret (endsige meningsgivende), selvom det havde været nærliggende at foretage en bred fortolkning og dermed bidrage til skabelsen af en selvstændig skatteretlig civilret³⁴¹.

Sammenfattende kan der derfor siges, at anvendelsen af en almen juridisk referenceramme gennem henvisning til begrebet “juridisk person” i henhold til den sparsomme praksis ikke giver anledning til teoretiske betænkeligheder. Dog er det også klart, at der i skatteretten ikke kan opereres med alt for uskarpe konturer. Men dette ændrer ikke ved, at andre juridiske begreber som udgangspunkt skal respekteres, med mindre særlige forhold gør sig gældende.

Herefter følger et eksempel på forsøgt autonom skatteretlig fortolkning af et fasttømret civilretligt begreb om, hvilket der er rimelig sikkerhed med hensyn til retsvirkningerne af i civilretlig henseende.

6.4.3 Direkte og indirekte sikkerhedsstillelse

Af SEL § 11, stk. 1, 3 pkt. Følger som behandlet ovenfor, at “...lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld”. Se nærmere herom afsnit 2.6.4. i del II, hvor begreberne direkte og indirekte sikkerhedsstillelse analyseres.

6.4.3.1 Back-to-back-lån og modregningsadgang

Udtrykket indirekte sikkerhedsstillelse i SEL § 11, stk. 1, 3. pkt., dækker over de såkaldte back-to-back lån, hvor moderselskaber f.eks. aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet et lån mod, at mo-

341. Se om begrebet selvstændig skatteretlig civilret; Göran Grosskopf i Festskrift til Kurt Grönfors, 1991, s. 211 ff (“Finns det en särskild skatterättslig civilrätt?”). Det er vel næppe muligt at få afklaret, hvorvidt et interessentskab er en “juridisk person” eller ej. Thøger Nielsen anfører stor skepsis overfor brugen af det kunstige begreb “juridiske personer”, jf. J. 1961.610 ff.

derselskabet yder et lån til tredjemand. Ligeledes foreligger et back-to-back-lån, hvor et moderselskabs bank yder et lån til et datterselskab, samtidig med at moderselskabet indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank. Lån, der ydes af en reelt uafhængig tredjemand, berøres ikke af bestemmelsen. Tilsvarende gælder for personer eller selskaber, som nok befinder sig i et interessefællesskab med långiver, men hvor kontrolkravet ikke opfyldes. I tilfælde af både koncernintern og koncernekstern långivning, hvor der skal ske fradragsbeskæring, beskæres dog alene fradragsretten for koncerninterne lån. Motivationen til back-to-back-lån er klar, idet det ville være muligt at undgå fradragsbegrænsninger i et ellers tyndt kapitaliseret selskab ved at placere lånene hos uafhængige tredjemænd mod sikkerhedsstillelse.

I sit hørings svar til L 101 tilkendegav FSR (jf. bilag 4), at det er forningens opfattelse, at man kun kan tale om indirekte sikkerhedsstillelse, såfremt långiveren har modregningsadgang mellem det ydede og det modgående lån. FSR betoner hermed, at der i civilretlig forstand med rimelighed bør kunne være tale om en indirekte sikkerhedsstillelse, før dette umiddelbart kan gives et sådant indhold i skattemæssig sammenhæng. Før en indirekte sikkerhedsstillelse bør gives tilsvarende retsvirkning som en direkte sikkerhedsstillelse, bør der altså eksistere fyldestgørelsesmuligheder i tilfælde af debtors manglende betalingsevne.

Hertil replicerede skatteministeren i bilag 8 til L 101, at foreligger der en direkte modregningsadgang, vil der ikke være nogen tvivl om, at der er tale om en sikkerhedsstillelse (der antageligvis ved datterselskabets konkurs kan sidestilles med kaution), mens dette ikke vil være tilfældet, hvis der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser. Ved indirekte sikkerhedsstillelse foreligger der efter ministerens opfattelse en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er indbyrdes forbundne. Konstateres det herefter, at det låntagende selskab er tyndt kapitaliseret, vil der således ikke være fradragsret for renter og kurstab på lånet fra tredjemand, medmindre selskabet godtgør, at lånet kunne være opnået hos en uafhængig finansieringskilde, uden at der stilles sikkerhed fra koncernforbundne selskaber.

Heraf kan formentlig udledes, at der ikke vil være tale om kontrolleret gæld, såfremt de almindelige betingelser om udjævnelighed, afviklingsmodenhed og gensidighed ikke opfyldes og dermed medfører en positiv besvarelsen af spørgsmålet om den civilretlige modregningsadgang. Såfremt disse modregningsbetingelser ikke er opfyldt, vil der formentlig ikke være tale om indirekte sikkerhedsstillelse, idet der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser i juridisk forstand. Ministerens svar kan imidlertid også opfattes modsat, et svar der dog ikke ville forekomme hensigtsmæssigt. Det forekommer da også bemærkelsesværdigt, at

man for så vidt angår støtteerklæringer, jf. infra, kommer til et andet resultat, for så vidt angår forholdet til civilretten.

En modsætningsslutning af SEL § 11 medfører herefter, at der ikke vil kunne foretages fradragsbegrænsninger i de givne situationer, hvor der foreligger back-to-back-lån uden modregningsadgang. Hermed er det min opfattelse, at samspillet mellem civilretten og skatteretten ikke giver anledning til uhensigtsmæssige resultater.

6.4.3.2 Støtteerklæringer

I bemærkningerne til L 101 anføres, at direkte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor f.eks. moderselskaber har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet. Der kan typisk være tale om en bank eller anden professionel långiver, der indskydes som en formel långiver. Koncernselskaber støtter ofte hinanden når der skal skaffes lån fra tredjemand. Denne støtte kan antage mange former herunder eksempelvis kaution, hensigts- eller støtteerklæringer (letters). Typisk vil et moderselskab støtte de selskaber, der er under dettes kontrol. En sådan støtte kan dog også fremkomme gennem et specielt finansselskab, eller hvor der stilles sikkerhed fra datterselskaberne i koncernen.

Det erindres, at Skatteministeren med sit svar i bilag 9 til L 101 skabte en formodning for at koncerninterne hensigtserklæringer og letters kan bevirke, at reglerne om tynd kapitalisering kan omgås. Der henses i denne forbindelse ikke til det forhold, at erklæringerne og letters oftest ikke vil skabe et retligt krav gennem et løfte for kreditor overfor moderselskabet og dermed antage kautionslignende indhold.

Det må antages, at det er juridisk bindende sikkerhedsstillelse, der sigtes til i SEL § 11 med ordene “direkte og indirekte sikkerhedsstillelse”, for som det med rette er anført, vil der ellers slet ikke være tale om sikkerhedsstillelse i de anførte situationer, men snarere om moralske løfter³⁴².

Der henvises til afsnit 2.6.4. for den civilretlige anskuelse af støtteerklæringer.

Baggrunden for den skatteretlige løsrivelse

Skatteministeren henviser i ovenstående svar til muligheden for omgåelse af reglerne om tynd kapitalisering, såfremt ikke også støtteerklæringer omfattes heraf. Det synes tvivlsomt, om hensynet til omgåelse bør og kan udstrækkes til at omfatte situationer, hvor der ret beset ikke kan

342. Jf. Lars Cort Hansen i TfS 1998.569.

identificeres nogen omgængelsesmulighed. Hvis der ikke eksisterer juridisk håndhævelsesgrundlag, er der vel heller ikke tale om direkte eller indirekte sikkerhedsstillelse. Hvis man i stedet valgte at følge den civilretlige doktrin på området, ville et hensyn til retssikkerhed og systematik i retssystemet være tilgodeset. Der ville ikke herved åbnes for store omgængelsesmuligheder, idet der som nævnt ikke er forbundet planlægningsmuligheder med en sådan bibringelse af skatte- og civilretlig kongruens. Det er blevet anført, at den civilretlige behandling af støttereklæringer mv. taler skarpt imod den brede specifikt skatteretlige fortolkning af fænomenet, men samtidig at den civilretlige bedømmelse ikke i sig selv kan være afgørende i relation til bedømmelsen efter de skatteretlige regler om tynd kapitalisering. Det er min vurdering, at nok virker civilretten ikke direkte og pr. automatik styrende, herunder særligt såfremt der ikke foreligger sammenlignelige forhold. Men det må også være klart, at hensynet til systematik, overskuelighed og retssikkerhed bør bevirke, at der ikke sker en skatteretlig fravigelse fra civilretlige begreber, der med en vis sikkerhed eksisterer enighed om indholdet af, såfremt der ikke gør sig særlige forhold gældende. Sådanne særlige forhold i denne specifikke kontekst skulle altså være omgængeshensynet, og som det er anført, synes dette ikke selvstændigt i denne sammenhæng at kunne begrunde en fravigelse fra den civilretlige begrebsfastlæggelse. Et andet hensyn kunne formentlig være kontrollens hensyn, idet det ofte vil være nærmest umuligt at fremskaffe dokumentation for en given støttereklærings juridiske status i kreditorlandet. Under alle omstændigheder bør der foretages en mere nuanceret vurdering af de enkelte tilfælde af støttereklæringer mv., der konkret vurderer indholdet af erklæringer mv.

Sammenfattende må det nok skatteretligt konstateres, at støttereklæringer mv., der ikke forpligter afgiveren over for modtageren, ikke bevirker, at der vil være tale om kontrolleret gæld i henhold til SEL § 11. Modsat vil dette være tilfældet, hvor støttereklæringen mv. udgør et egentligt løfte om at sikre debitorselskabets betalingsevne. I sådanne situationer må forholdet være omfattet som kontrolleret gæld. Det er der-

for nødvendigt, at der foretages en konkret vurdering af den enkelte aftale mv., før det kan konstateres, om der er tale om kontrolleret gæld³⁴³.

Et yderligere forhold er, at der tilsyneladende inden for skatteretten opereres med to forskellige opfattelser af begrebet støtteerklæring. I forbindelse med behandlingen af L 139 (lov om ændring af forskellige skateloove – handel med underskudsselskaber, gældseftergivelse og renter ved gældseftergivelse, vedtaget 1.6.1995) har den daværende skatteminister i bilag 15 afgivet et svar til Folketingets Skatteudvalg på spørgsmål 3 og 4 i bilag 5 vedrørende fortolkningen af LL § 15, stk. 4, der tilkendegiver en anden opfattelse af begrebet støtteerklæring end den i forbindelse med L 101 fremkomne³⁴⁴. Herved opereres der altså ikke kun med forskellige begrebsopfattelser i skatte- henholdsvis civilretten, men tillige inden for skatterettens område. Dette forekommer ejendommeligt og

343. I samme retning se *Susanne Pedersen og Klaus Okholm* i SU 1999.94, *Klaus Okholm* i Inspi 1998/9, s. 37, *Niels Josephsen* i SU 1999.7, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret 1999, 393, samt nok *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig betylning, 1998, s. 84, der alle kan tages til indtægt for det synspunkt, at man bør følge den civilretlige bedømmelse af, hvorvidt en erklæring mv. er juridisk bindende, til at bestemme, om der således er tale om kontrolleret gæld. Sidstnævnte forfatter finder dog, at det forudsætter om ikke en formel så dog en reel forpligtelse, for at letters mv. skal være omfattet. Modsat finder *Lars Cort Hansen* op.cit., at det må bero på en konkret vurdering af den enkelte lån, om tilstedeværelsen af en hensigts-erklæring mv., der ikke er juridisk bindende, vil være nok til at anse lånet for omfattet af begrebet kontrolleret gæld. Forfatteren finder, at det i den konkrete situation kan være af betydning, hvorvidt det har været afgørende for långiveren, om der er ydet en sådan ikke-juridisk bindende hensigtserklæring, samt om den ikke-juridisk bindende hensigtserklæring er ydet i forbindelse med långivningen (forinden långivningen), eller om den først er givet et stykke tid efter, at långivningen er på plads, og det dermed ikke kan anses for at have forbindelse med låneoptagelse.

344. Skatteministeren svarede som følger: *“Et letter of intent eller en hensigtserklæring kan i visse tilfælde være af en sådan stærk karakter, at det må anses for at være et juridiske bindende løfte om eksempelvis at tilføre et datterselskab kapital, således at det er i stand til at opfylde sine forpligtelser. Herved vil erklæringsafgiveren kunne ifalde erstatningsansvar over for datterselskabets kreditorer. Uanset at hensigtserklæringen rent juridisk ikke er en kautionserklæring, vil den hermed i realiteten kunne komme til at have samme virkning som kautionserklæringen. I forhold til en kautionserklæring, hvor den juridiske retsvirkning er klar og entydig, vil den juridiske vurdering af en hensigtserklæring dog være meget konkret og afhænge af erklæringens indhold og de omstændigheder, hvorunder den er afgivet. Alene det, at der er tale om en hensigts-erklæring, vil således ikke betyde, at erklæringsafgiveren vil kunne ifalde erstatningsansvar”. På denne baggrund var det ministerens opfattelse, at det ikke er muligt i LL § 15, stk. 4 at medtage de betalinger, der foretages af afgiveren af en hensigtserklæring. Herved ses det, at fortolkningen respekterer de underliggende civilretlige omstændigheder. Dette kan bifaldes.*

bør ændres, eventuelt ved en indretning af fortolkningen af SEL § 11 i forhold til det øvrige skatte- og civilretlige system.

Herefter behandles sådanne situationer, hvor der efter SEL § 11 fremkommer, hvad der kunne kaldes egentlige skatteretlige begreber uden civilretligt ophav.

6.5 Forekomst af egentlig skatteretlig begrebsdannelse uden civilretligt ophav

6.5.1 Gældsbegrebet i SEL § 11, stk. 2

Som det fremgår af SEL § 11, stk. 1 er det nødvendigt for at foretage en opgørelse af den eventuelle fradragsbegrænsning, at det defineres, hvad der forstås ved gæld. Dette begreb defineres til brug for reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, stk. 2.

Heraf fremgår det, at gældsbegrebet dækker over gæld af alle fordringer omfattet af kursgevinstlovens bestemmelser. Loven omfatter som udgangspunkt alle pengefordringer, uanset deres art. Afgørende er alene, om der foreligger et retligt krav på betaling i form af penge. Gældsdefinitionen efter KGL omfatter alle retlige forpligtelser på betaling i form af penge uden hensyntagen til, hvorledes forpligtelsen er opstået.

En obligationsretlig definition af ordet gæld i et kreditorperspektiv kan være; "*en fordring på en pengeydelse*". Gæld i relation til debtors forpligtelse ville derfor indebære negationen af den nævnte definition, men en sådan findes ikke i civilretten. Efterfølgende fremkommer problemet vedrørende definitionen af en fordring, hvilket indebærer en ret for kreditor til af en anden person (debitor) at kræve en (penge)ydelse erlagt. I årsregnskabsretlig henseende findes der tilsyneladende ikke nogen entydig definition af gældsbegrebet. IASC's begrebsramme (E 59) adskiller ikke gæld og hensættelser, men anfører i afsnit 49, litra b, at en gælds-post er en nuværende forpligtelse for virksomheden opstået som resultat af tidligere begivenheder, og hvis indfrielse forventes at resultere i et træk på virksomhedens økonomiske ressourcer³⁴⁵.

Det er relevant at gennemgå posterne i årsregnskabs balance på passivsiden med henblik på at konstatere, hvorvidt der er afvigelser mellem den skattemæssige definition af gæld der fremgår af SEL § 11, stk. 2, og den behandling forskellige poster undergives regnskabsretligt.

En sådan gennemgang, som foretaget i afsnit 2.8. i del II, overfor viser, at *hensættelser* som udgangspunkt ikke er omfattet af kursgevinstlovens gældsbegreb. Det samme kan antages for så vidt angår *udbytte for regn-*

345. Jf. Olaf Hasselager m.fl.: Årsregnskaber; Kommentarer til regnskabslovgivningen, 1998, s. 929.

skabsåret samt *periodeafgrænsningsposter*. Det afgørende er, hvorvidt en endelig forpligtelse til udredning af beløbet er indtruffet.

Det kan af ovenstående udledes, at gældsposteringen i årsregnskabs balance ikke ganske nøje tilsvare gældsbegrebet, der følger af kursgevinstloven. Dette er for så vidt ikke bemærkelsesværdigt, idet der ligger forskellige hensyn bag lovgivningen. Regnskabslovgivningen er båret af hensynet om, at regnskabet skal være retvisende og af forsigtighedsprincippet mv. Hermed medtages nogle forpligtelser, der ikke er endeligt indtruffet. Herooverfor står i et vist omfang skattelovgivningens provenuskabende mål. Ses det obligationsretlige gældsbegreb i sammenhæng med kursgevinstlovens gældsbegreb kan det formentlig konstateres, at der kun findes ganske få afvigelser, nemlig i de tilfælde hvor en fordring eller gæld ikke efter konkrete omstændigheder kan anses for at være omfattet af kursgevinstloven.

Herefter skal det af SEL § 11 udspringende egenkapitalbegreb nærmere omtales.

6.5.2 Egenkapitalbegrebet

Af SEL § 11, stk. 3 følger, at egenkapitalen opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af aktiver opgjort til handelsværdi med fradrag af gæld efter stk. 2. Egenkapital indskudt af den udenlandske ejerkreds medregnes kun i det omfang, den forbliver i selskabet i mindst 2 år. Bestemmelsens første led fastlægger, at egenkapitalen skal opgøres ved indkomstårets udløb som værdien af samtlige aktiver opgjort til handelsværdien med fradrag af gæld, det vil sige fordringer omfattet af kursgevinstloven samt konvertible obligationer til kursværdien.

Den normale forståelse af begrebet egenkapital udspringer af regnskabsretten. IASC's Begrebsramme omtaler egenkapitalen i afsnit 65-68, og definerer den i afsnit 49, litra (c);

“Egenkapital er den forskelsværdi, der fremkommer, når man fra alle virksomhedens aktiver fratrækker alle dens gældsposter”.

Dette svarer jo ganske til det specifikt skatteretlige begreb, der fremkommer af SEL § 11, stk. 3. Der er derfor umiddelbart kongruens mellem civil/regnskabsretten og skatteretten. Imidlertid indgår gældsbegrebet i udfindelsen af den relevante egenkapital. Heraf følger, jf. ovenstående, at der kan opstå visse forskelle mellem begreberne i forhold til de regnskabsretlige begreber³⁴⁶. Hertil kommer det forhold, at tillige ikke bogførte aktiver formentlig skal medregnes til brug for denne således skatteretlige egenkapital³⁴⁷. Det er dog ikke uden videre klart, at dette

346. Sml. Christen Amby i SO 1998.270.

347. Jf. Søren Rasmussen i SR-skat 1998.225.

resultat er tilsigtet. Umiddelbart synes det derfor uklart, hvorvidt der ved reglerne i SEL § 11 tilsigtes en særegen skatteretlig vurdering af, hvorvidt et aktiv skal medregnes til egenkapitalen eller om den regnskabsmæssige bedømmelse så at sige er præjudiciel herved. Det antages at være mest nærliggende at benytte førstnævnte løsning, idet der i bemærkningerne til SEL § 11, stk. 3 er benyttet ordene *“samlede aktiver”*. Den relevante egenkapital til brug for SEL § 11 indebærer som en følge af dette fortolkningsresultat en medregning af såvel bogførte som ikke bogførte aktiver, idet det er omgærdet af stor usikkerhed, hvorvidt immaterielle aktiver skal værdiansættes i årsregnskabet.

Det er klart, at årsregnskabet benyttes som udgangspunkt for bestemmelsen af den relevante skattemæssige egenkapital. Dog forholder det sig således, at aktiverne skal opgøres til disses handelsværdi. Herved kan der forekomme situationer, hvor der skal ske værdikorrektioner i forhold til de bogførte aktiver, idet aktiverne enkeltvis (inklusive goodwill) skal vurderes efter skatterettens almindelige værdiansættelsesprincipper. Resultatet heraf er, at der i realiteten er tale om en skattemæssig opgørelse af begrebet egenkapital, og som følge heraf fraviges det regnskabsmæssige udgangspunkt³⁴⁸.

Det er for så vidt uhensigtsmæssigt, at der indføres et begreb, der klart tager sit sproglige udgangspunkt i den almindelige forståelse af hvad der udgør egenkapital, men samtidig ikke nærmere redegør for, at der i realiteten ikke er tale om identiske begreber. Dog er det trods alt en trøst, at begrebet egenkapital opgøres på samme måde regnskabsmæssigt som i skatteretten. Der skal blot foretages visse udligninger i årsregnskabet, før den skatteretlige egenkapital i relation til SEL § 11, stk. 3 fremkommer korrekt. Begrundelsen for denne fravigelse er den ovenfor anførte afvigelse vedrørende gældsbeholdningen.

348. I Leif Gäverth's doktordisputats, Skatteplanering och Kapitaliseringsfrågor – En skatterättslig studie av olika metoder att ingripa mot internationell skatteplanering med under- respektive överkapitaliserade bolag, 1998, s. 75 anföres det, i förbindelse med nogle generelle betragtninger om den eventuelle udformning af fremtidig svensk lovgivning til værn mod tynd kapitalisering, at et af de elementer reglerne i hovedtræk bør indeholde er, *“...En väl genomarbetad definition på vad som är skuld, eget kapital, övriga tillgångar etc. En sådan skulle möjligen kunna byggas på bilaga 2 till Årsredovisningslagen, som i sin tur bygger på motsvarande begrepp i EG:s fjärde bolagsdirektiv (78/660/EEG). Samma gäller vid värderingsreglerna i 4. kap. nämnda lag som också bygger på fjärde bolagsdirektivet. Härigenom uppnår man dels en harmonisering till vår årsredovisningslag och till dels blir det lättare att bedöma för utländska moderbolag hurvida kvotaletrisikkerer att överskridas eller ej...”*. En sådan målsætning lever det danske regelsæt ikke op til. Ad kuriosum kan det bemærkes, at samme forfatter, op.cit. bemærker, at eventuelle svenske regler kan udformes med de danske regler i SEL § 11 som forebillede. Dette kan ikke anbefales.

Det defineres ikke i reglerne, hvad der skal forstås ved et aktiv, men udelukkende at samtlige aktiver skal medregnes ved opgørelsen af den skattemæssige egenkapital. Der henvises til afsnit 2.9. i del II, for en nærmere analyse heraf. Som det fremkom lægges de regnskabsmæssige begreb som udgangspunkt til grund. Imidlertid kan der i visse situationer finde en civilretlig realitetsprøvelse sted, hvor en given regnskabsmæssig post udelukkende et udtryk for en regnskabsteknisk postering uden at man herved ville tale om et aktiv i civilretlig forstand.

Herefter følger nogle eksempler på koordinationsproblemer mellem skatteretten og øvrige retsområder.

6.6 Koordinationsproblemer – modvirkning af anden normering – solvensforhold i den finansielle sektor

Som en konsekvens af SEL § 11's objektive karakter tages der ikke særlige branchehensyn eller lignende gennem reglerne om tynd kapitalisering. Således kræves det som udgangspunkt, at alle danske debitorselskaber skal have en solvensgrad på 20%. Dette gælder således også banker og andre finansielle virksomheder. Imidlertid er disse virksomheder, jf. ovenstående afsnit 4 i del II, undergivet selvstændige branchespecifikke solvenskrav som følge af EU's bankdirektiver. Solvenskravet udgør 8% opgjort på baggrund af de risikovægtede aktiver. Såfremt der foretages en rensset opgørelse af sådanne selskabers solvens, på baggrund af tilgængeligt regnskabsmateriale, viser det sig, at den egentligt regnskabsmæssige solvens er endnu lavere. Hermed er udgangspunktet altså, at banker og andre finansielle virksomheder vil blive undergivet en fradragsbegrænsning som følge af reglerne om tynd kapitalisering. Der findes dog mulighed for at dokumentere, at den givne finansieringssammensætning er foretaget på markedsmæssige vilkår, men der findes endnu ikke retningslinier, der tilkendegiver om banker og andre finansielle virksomheder vil kunne opfylde dette dokumentationskrav nemmere end andre ikke-regulerede brancher.

Hermed er der i princippet skabt en uhensigtsmæssig modvirkende effekt i skattelovgivningen i forholdet til andre retsdiscipliner og andre beskyttelseshensyn. Det er næppe meningsfuldt i denne sammenhæng at foretage en afvejning af, hvilke hensyn der bør tillægges størst vægt, og herved hvilket regelsæt der bør tillægges forrang. Traditionelle lovforkløringsprincipper fører heller ikke til noget givtigt resultat. Uofficielle ytringer fra skattemyndighedernes side i den seneste tid har dog indikeret, at det ved ligningen vil blive tillagt vægt, om debitorselskaber (filialer) opfylder anden lovgivning vedrørende solvens herunder i udlandet for så vidt angår filialer.

Det kan herved også diskuteres, om de danske regler er i modstrid med direktiv 89/646/EØF, idet der stilles større solvenskrav til filialer af udenlandske banker end danske banker.

Til slut behandles spørgsmålet om skatterettens eventuelle afsmitning på andre retsdiscipliner.

6.7 Afsmitning på civilretten

Udelukkende civilretligt anskuet kan tyndt kapitaliserede selskaber også tænkes at udløse nogle problemer. Der tænkes her på eventuel hæftelse hos et moderselskab overfor datterselskabets kreditorer³⁴⁹.

Det er et uafklaret spørgsmål, hvorvidt de skatteretlige regler til normering af situationer, hvor der foreligger tynd kapitalisering kan have en afsmittende virkning på en eventuel selskabsretlig bedømmelse i andre relationer. *Erik Werlauff* finder i *Selskabsret*, 1997, s. 41, som et godt råd til erhvervslederen med henblik på undgåelse af et eventuelt hæftelses-gennembrud³⁵⁰, at selskabet skal tildeles egenkapital i rigeligt omfang, og at skatterettens skrevne og uskrevne principper om tynd kapitalisering herved kan give nogen vejledning i bedømmelsen af, om et selskab i selskabsretlig henseende er underkapitaliseret. *Aage Michelsen* analyserer blandt andet dette udsagn i *Tynd kapitalisering – skatteretligt belyst*, i *Nis Jul Clausen (red.)*; Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995, s. 217 ff. Forfatteren slutter s. 218 i henhold til retsstillingen før indførelsen af SEL § 11, at: *“...Som det vil fremgå.... er retsstillingen med hensyn til tynd kapitalisering i skatteretlig henseende ikke af en sådan karakter, at det vil kunne være en fordel endsige overhovedet muligt at drage nogen slutninger fra den skatteretlige retsstilling med virkning for den selskabsretlige retsstilling. Hertil er problemstillingerne vedrørende tyndt kapitaliserede selskaber i henholdsvis selskabsretlig og skatteretlig henseende for forskellige. Dette er ikke ensbetydende med, at det ikke i andre henseender ville være hensigtsmæssigt, om skatteretten i videre omfang, end det er tilfældet i dag, fik indflydelse på den selskabsretlige kvalifikation...”*

349. Se eksempelvis herom *Lennart Lynge Andersen, Erik Werlauff & Niels Ørngaard*: Holdingselskaber, 1998, s. 53 ff, hvor gode råd udstikkes vedrørende interne danske holdingstrukturer udstikkes s. 60, *Erik Werlauff*: Selskabsmasken, 1991 samt *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997.

350. Der ligger ikke i medtagelsen af dette begreb udtryk for en stillingtagen til eksistensen heraf i dansk ret eller ej. Medtagelsen har udelukkende for øje at vurdere muligheden for, at skatteretten kan have afsmittende virkning på andre retsdiscipliner.

Hermed synes at fremgå en klar afstandstagen fra synspunktet om anvendelse af den skatteretlige kvalifikation til brug for en selskabsretlig bedømmelse, trods en generel anerkendelse af den retlige mulighed for afsmittende virkning for skatteretten³⁵¹. Den skatteretlige retstilstand er efter indførelsen af SEL § 11 blevet meget mere klar, men der eksisterer formentlig stadig de af *Aage Michelsen* omtalte forskelligheder i problemets karakter. Der skal ikke nærmere tages stilling hertil på dette sted, men klart må det dog være, at det trods alt nu herved har mere for sig at anvende den skatteretlige bedømmelse ved en eventuel selskabsretlig bedømmelse end tidligere. En endelig stillingtagen fordrer en analyse af problemernes nærmere karakter i deres respektive retsdiscipliner og noget sådant er ikke hensigten. Naturligvis skal en sådan analyse foretages også hvor problemet vedrører den modsatte situation vedrørende skatterettens anvendelse af civilrettens begreber og termer mv.

6.8 Foreløbige udledninger

I det følgende skal det søges at trække nogle linier ud af ovenstående gennemgang. Dette foretages ved en besvarelse af nedenstående spørgsmål.

351. Typisk påberåbes TfS 1990.21 H (UfR 1990.174 H) om stille selskabsdeltagelse til støtte for denne antagelse. *En i Tyskland bosat skatteyder begyndte i 1970 som stille deltager at indskyde penge i sin mands i Tyskland hjemmehørende personlige firma. Aftalen mellem ægtefællerne blev bekræftet ved aftale af 31/12 1975, hvoraf fremgik, at skatteyderens andel i gevinst og tab var begrænset til 20 pct. af virksomhedens over- og underskud, mens gevinst yderligere var begrænset til 10 pct. af indskuddet. Det fremgik endvidere, at hendes indskud skulle behandles som egenkapital, men at hun ikke havde nogen andel i firmaets formue og eventuelle reserver, ligesom hun ikke i øvrigt opnåede medejendomsret til nogen del af firmaets aktiver. Efter at skatteyderen i 1978 havde taget bopæl i Danmark, fremsatte hun efter mandens konkurs krav om, at tab (og fortjeneste) ved deltagelse som stille interessent i det tyske firma efter dobbelt-beskatningsoverenskomsten skulle medregnes ved opgørelsen af den danske skattepligtige indkomst. Landsrettens flertal fandt, at skatteyderen efter sine begrænsede beføjelser ikke kunne betragtes som parthaver, der i skatteretlig henseende kunne sidestilles med en kommanditist, men måtte anses for en passiv indskyder eller långiver, hvis gevinst og tab, herunder valutakurstab, ikke vedrører den skattepligtige indkomst. Højesteret kunne ikke karakterisere skatteyderens indskud som egentligt lån, men heller ikke som sædvanligt kommanditindskud. Herefter fandtes der hverken efter reglerne i statsskattelovens § 4-6 eller i administrativ praksis vedrørende kommanditindskud, der er forbundet med medejendomsret til virksomhedens formue, at være tilstrækkelig støtte for at tillægge skatteyderen ret til at fradrage tabet i sin skattepligtige indkomst. Med denne begrundelse stadfæstedes landsrettens dom.*

Hvor kan der konstateres fravigelse?

Før dette spørgsmål besvares er det påkrævet at slå fast, at det stedse er en forudsætning for i det hele taget at tale om en skatteretlig fravigelse fra civilretten, at der foreligger en civilretlig gyldig handling mv. Såfremt dette ikke er tilfældet, er der således ikke tale om en skatteretlig fravigelse, men derimod om et udslag af det forhold, at man naturligvis heller ikke skatteretligt skal acceptere dispositioner, der ikke kan anerkendes civilretligt.

På denne baggrund kan der konstateres skatteretlige fravigelser på følgende områder vedrørende regelsættet om tynd kapitalisering i SEL § 11:

- selve armslængdeanfægtelsen
- koncernenhedsbetragtningen
- den skatteretlige fortolkning af begrebet støtteerklæring
- det relevante gældsbegreb samt
- det relevante egenkapitalbegreb

Hertil kommer de koordinationsproblemer, der skabes i relation til samspillet med normeringen af finansielle virksomheders solvens. Derimod kunne der ikke konstateres egentlige fravigelser i relation til kvalifikationen af de relevante debitor- og kreditorenheder. Den eneste offentliggjorte praksis på området viser i denne forbindelse, at i hvert tilfælde Ligningsrådet respekterer den civilretlige kvalifikation af enhederne. Derimod illustrerer debitor- og kreditorkvalifikationerne samspillet mellem selskabsretten og skatteretten men giver ikke umiddelbart anledning til problemer, der er specifikke for så vidt angår reglerne om tynd kapitalisering. Endelig kunne der ikke gives entydigt svar på spørgsmålet om, hvorvidt den skatteretlige bedømmelse af situationer med tynd kapitalisering kan have en afsmittende effekt på en eventuel civilretlig bedømmelse af samme.

Hvorfor er denne fravigelse sket?

Gennemgående er fravigelserne fra det civilretlige begreb begrundet i muligheden for misbrug³⁵². Dette ses således at være tilfældet ved selve vilkårskorrektionen som følge af tynd kapitalisering med hjemmel i armslængdeprincippet. Hensynet spiller ligeledes ind ved introduktionen af konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 og forsøges tillige anvendt ved fortolkningen af begrebet støtteerklæring. Det må antages, at misbrugshensynet tillige dækker over en neutralitetsmålsætning, der i den-

352. Selvom en klar og entydig definition heraf i skatteretlig sammenhæng ikke eksisterer.

ne sammenhæng retter sig specifikt mod koncernforhold. Det søges således sikret, at der ikke opstår muligheder for mindrebeskatning, der udelukkende er baseret på det forhold, at der foreligger et koncernforhold. Derimod må det antages, at den fravigelse der kan konstateres mellem regnskabsrettens gældsbegreb og egenkapitalbegreb er funderet i de hensyn, der ligger bag de respektive discipliner. Forskellen mellem kursgevinstlovens gældsbegreb og det almindelige civilretlige gældsbegreb begrænser sig til tilfælde, hvor forholdet må indplaceres under andre skatteretlige regler. De konstaterede koordinationsproblemer i relation til finansielle virksomheders solvenskrav er derimod formentlig udelukkende begrundet i den konkrete objektive udformning af reglerne om tynd kapitalisering. Man har bevidst udeladt særlige brancheregler eller lignende med henvisning til dokumentationsmuligheden for finansieringsvilkårenes markedsmæssighed.

Før spørgsmålet om fravigelsernes hensigtsmæssighed kan stilles, bør det bemærkes, at der i det hele taget kan stilles spørgsmålstegn ved hensigtsmæssigheden i et generelt krav om kongruens mellem disciplinerne på dette område, idet de kan være for forskellige til, at et sådant krav forekommer meningsgivende. Min umiddelbare vurdering er, at en sådan indsigelse er begrundet, og at man derfor ikke kan opstille et generelt kongruenskrav på området. Derimod forekommer det mig nødvendigt, af retssikkerhedshensyn, gennemskuelighedshensyn og strukturmæssige hensyn, at civilretlige begreber på visse områder respekteres. Der tænkes herved på sådanne situationer, hvor der eksisterer klart afgrænsede civilretlige begreber med anerkendte retsvirkninger. Den egentlige og grundlæggende fravigelse ved tynd kapitalisering er formentlig uundgåelig, idet der ligger et misbrugshensyn bag dette. Men det må ligeledes være klart, at misbrugshensynet ikke kan benyttes hver gang, dette forekommer skattemyndighederne konvenient. Til disse betragtninger må tillige føjes det forhold, at også andre omstændigheder kan nuancere bedømmelsen af forholdet mellem skatteretten og civilretten. Hvor således et skatteretligt begreb eller en skatteretlig fortolkning ligger inden for et begrebs civilretlige kerneindhold, må dette formentlig accepteres. Ligeledes kan det forholde sig således, at der i civilretten ikke eksisterer et tilstrækkeligt klart defineret eller udviklet civilretligt begreb i den specifikke relation. Andre forhold kan tillige spille ind på bedømmelsen, jf. herved diskussionerne i særligt svensk og tysk, schweizisk, italiensk, fransk og østrigsk ret.

Synes fravigelsen legitim?

De fremførte begrundelser for den skatteretlige fravigelse må antages at være af varierende holdbarhed. Det er min vurdering, at misbrugshen-

synet i relation til selve armlængde fravigelsen ikke kan antastes. Det samme må gøre sig gældende i relation til introduktionen af konsolideringsreglen til modvirkning af kaskadeeffekten. Derimod forekommer det, som det også fremgår af ovenstående, ikke hensigtsmæssigt, at der introduceres en særegen skatteretlig fortolkning af begrebet støtteerklæringer. Det er vist, at der er tale om et nogenlunde civilretligt fastlagt begreb, for hvilket der har udviklet sig en vis konsekvens i retspraksis. Det forhold, at fravigelsen af skatteministeren begrundes i hensynet til imødegåelse af misbrugsrisikoen, ændrer ikke ved denne bedømmelse. Som det allerede er fremhævet er det efter min vurdering ikke muligt at identificere en konkret misbrugsmulighed, idet der ikke foreligger civilretlig håndhævelsesadgang og dermed civilretlig sikkerhedsstilling, jf. ordlyden af SEL § 11, stk. 1. De konstaterede afvigelser i relation til gælds- og egenkapitalbegreberne giver derimod ikke give anledning til nævneværdig kritik. Fravigelserne er formentlig begrundet i de forskellige hensyn, der ligger bag regnskabsretten og skatteretten, hvilket medfører en forskellig behandling af begreberne. Dog kan der udtrykkes en vis skepsis overfor det forhold, at egenkapitalgrebet benyttes i skatteretlig sammenhæng, når der er tale om et fastlagt begreb med et fasttømret regnskabsmæssigt indhold, når der i virkeligheden er tale om skatteretlig egenkapital. Dette følger blandt andet af det forhold, at der i årsregnskabet ikke er tale om en egentlig økonomisk værdiansættelse, men snarere at vurderingen af aktiverne tager udgangspunkt i anskaffelsespriserne. Skatteretligt skal der foretages en konkret bedømmelse for aktiv til aktiv. Typisk vil en virksomhed værdiansættes til bogførte aktiver plus oparbejdet goodwill.

De anførte koordinationsproblemer for virksomheder i den finansielle sektor bør ikke opstå, såfremt der opereres med en målsætning om sammenhæng i retssystemet. Det kan derfor kun tilføjes, at der snarest bør indføres særregler eller ske en indordning af praksis, der tager fornødent hensyn til disse koordinationsproblemer. Efter de seneste forlydender indtager skattemyndighederne også uofficielt denne holding til afhjælpning af de behandlede problemer. Det kan vel heller ikke ganske udelukkes, at der indeholdes diskriminerende elementer for udenlandske banker mv., såfremt disse mødes med højere solvenskrav i Danmark end rent nationale banker mv.

6.9 Hvilke implikationer har den nuværende retstilstand?

Ovenstående analyse frembringer nogle, efter min vurdering, vigtige spørgsmål om relationerne mellem skatteret og civilret. Disse udledninger har betydning for fortolkningen af de gældende danske regler om tynd kapitalisering i SEL § 11 og dermed betydelig praktisk relevans.

Hvor der sker en fravigelse af civilretligt gyldige låneaftaler og koncerners retlige karakter gennem armlængde princippet, kan der ikke gøre alvorlige indvindinger. Fravigelsen er begrundet i det forhold, at det ellers ville være muligt for skatteyderne, at indrette finansieringen af debitorselskaber således, at den samlede skattebetaling mindskes, og der herved mistes et dansk skatteprovenu. Dette misbrugshensyn forhindrer vilkårlige resultater, der afviger fra markedsmæssige vilkår, og det er nødvendigt i skatteretten at operere med værn rettet her imod, idet skattesystemet ellers systematisk ville blive nedbrudt. Det samme gør sig gældende i relation til konsolideringsreglen. Den fravigelse, der derimod kan konstateres ved fortolkningen af støttererklæringers retlige karakter, kan ikke begrundes i misbrugshensyn, men snarere i konvens fra myndighedernes side. Dette hensyn kan ikke tillægges betydning som et acceptabelt hensyn. Den praktiske konsekvens af den nuværende myndighedsfortolkning er, at der skabes usystematiske regler på skatterettens område, idet der ikke opretholdes sikker forankring i civilrettens faste begrebsdannelse. Dette forekommer nedbrydende for den gængse retsopfattelse og kan i et vist omfang forringe skatteydernes retssikkerhed ved, at en ikke civilretligt pligtskabende disposition udløser en adverse skattemæssig konsekvens. Endelig formindskes retssystemets gennemsigtighed og overskueligheden forværres yderligere. Visse fravigelser er begrundet med de forskellige hensyn, der ligger bag reglerne på området. Dette medfører blot den konsekvens, at der ved arbejdet med reglerne skal tages behørigt hensyn til forskellene mellem det regnskabsmæssige gælds- og egenkapitalbegreb og det specifikt skatteretlige begreb. De konstaterede koordinationsproblemer vedrørende bankers lovfæstede solvenskrav skaber i praksis store problemer. Dette gør sig gældende derved, at bankerne herved får beskåret fradragsretten i det omfang det ikke kan godtgøres, at finansieringen er på markedsmæssige vilkår, selvom man i øvrigt lever op til de fastsatte lovgivningskrav. Dette forværres i sådanne situationer, hvor der skal foretages en konsolidering mellem danske koncernselskaber, hvoriblandt der figurerer banker eller andre finansielle virksomheder undergivet særligt solvensnormering. Herved kan solvente banker mv. så at sige trække hele koncernen med ind under reglernes anvendelsesområde. Dette er selvsagt ikke hensigtsmæssigt, og det forventes da også, at der snarest tages stilling til problemet i administrativ praksis.

Som det ses, er det i SEL § 11 oftest misbrugshensynet, der udgør årsagen til fravigelsen fra et civilretligt udgangspunkt. På denne baggrund kan der dog ikke opstilles en tese om, at dette altid vil være tilfældet. Men det kan vel uproblematisk bemærkes, at det ofte vil være antiudnyttelseslovgivning der belaster forholdet mellem skatteret og civilret.

Der er derfor særlig anledning til at være opmærksom på problemstillingen i sådanne situationer.

Det er derfor påkrævet, at der foretages en forudgående analyse af skattereglers samspil med andre retsregler, så snart disse er på tegnebordet. Dette indebærer naturligvis et forøget samarbejde ministerierne imellem. Skatteretsrådet støtter tilsyneladende et sådant synspunkt, idet rådet i sit seneste notat finder, at lovforslag altid bør indeholde en beskrivelse af, hvorledes forslaget forholder sig til andre relevante dele af lovgivningen, herunder eksempelvis formueretten, strafferetten, menneskerettighederne og lignende, jf. Notat om hvorvidt der lovgives for specifikt og for detaljeret på skatteområdet, 15.10.1999, s. 43.

Del III – Praktisk håndtering – rådgivning, forebyggelse og eksempler

1 Generelt

Det følgende indeholder en generel gennemgang af relevante forhold, der bør tages i betragtning, når der skal ydes rådgivning i relation til tynd kapitalisering. Indledningsvis fremhæves nogle generelle træk der tillige fremgår mere detaljeret af den øvrige fremstilling. Herefter følger en beskrivelse af nogle almindelige strategier til undgåelse af fradragsbegrænsningen efterfulgt af eksempler på reglernes anvendelsesområde.

2 Rådgivning – huskeliste

Flere af nedenstående huskepunkter bør erindres i forbindelse med varretagelsen af en overordnet strategi om at forebygge skattekonflikter frem for at løse disse, når de er opstået.

- Der tages typisk ved håndteringen af sager om tynd kapitalisering udgangspunkt i de involverede selskaber årsregnskaber eller budgetter. Ved gennemgangen af ethvert årsregnskab findes der normalt poster, der ikke skal medtages ved en opgørelse efter reglerne om tynd kapitalisering. Ligeledes er der forhold af relevans, der ikke fremgår af et årsregnskab.
- Sambeskattede udenlandske selskaber og selskaber med ledelsens sæde i Danmark skal efter Skatteministeriets opfattelse inddrages i den danske opgørelse.
- Man skal tage hensyn til den situation, hvor der er flere danske selskaber eller filialer.
- Ikke alle typer af hensættelser i et årsregnskab skal medregnes som gæld.
- Ansvarlig lånekapital skal derimod medregnes som gæld.
- Eventuelle forpligtelser og aktiver der ikke er medtaget i regnskabet skal indregnes. Gæld skal dog være omfattet af kursgevinstloven.
- Garantier mv. skal ikke medregnes som gæld efter kursgevinstloven.
- Periodeafgrænsningsposter kan såvel være et aktiv som gæld i relation til reglerne om tynd kapitalisering. Dog skal det bemærkes, at en

periodeafgrænsning, der er gældspost, ikke nødvendigvis er omfattet af kursgevinstloven idet der ikke er opstået en retlig forpligtelse.

- De regnskabsmæssige opgørelser af aktiver og gæld er ikke identiske med handelsværdierne af samme. Aktiver i årsregnskabet er baseret på historiske kostpriser afskrevet over tiden. Dette giver de største problemer, hvor der ikke umiddelbart forud for opgørelsen efter reglerne om tynd kapitalisering er foregået en virksomhedshandel, hvorved der er fastsat handelsværdi af virksomheden. Særligt langfristet gæld kan ikke antages at svare til den kursværdi, der påbydes af kravet om handelsværdi. I yderste konsekvens må der kunne benyttes syn- og skøn.
- Det skal erindres, at der ikke er medregnes goodwill og andre ikke aktiverede immaterielle aktiver, når man benytter talmaterialet fra årsregnskabet.
- Der kan ikke foretages modregning mellem gæld og tilgodehavender mellem udenlandske og danske selskaber.
- Det kan umiddelbart overraske at, også selskaber der ikke er ejet fra udlandet, men selv har datterselskaber i udlandet, kan være omfattet af reglerne om tynd kapitalisering, såfremt moderselskabet har optaget lån hos det udenlandske datterselskab.
- Det kan ligeledes overraske i flere situationer, at konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 rammer nogle situationer, man ikke som udgangspunkt havde regnet med. Således kan eksisterende strukturer vise sig at være tyndt kapitaliserede på konsolideret basis. Det samme kan gøre sig gældende i forbindelse med etableringen af nye koncernstrukturer.
- Som gennemgået nedenfor, findes der visse strategier til undgåelse af fradragsbeskæring som følge af SEL § 11.
- Reglerne om tynd kapitalisering stiller visse krav til virksomhederne om, at der løbende skal foretages budgetopfølgning, således at der ved udløbet af indkomst ikke pludseligt konstateres en situation, der medfører fradragsbegrænsning.
- Udviklingen af gældens kursudvikling skal følges op mod udløbet af indkomståret.
- SEL § 11 skal indgå i overvejelserne for selskaber i en kapitaltabssituation og ved rekonstruktioner.
- SEL § 11 skal ligeledes indgå i overvejelserne ved eventuelle omstruktureringer af koncerner, der er omfattet heraf.
- Der er visse muligheder for at undgå kontrolkonstateringen i henhold til SEL § 11, stk. 1.
- Ligeledes kan det meget vel betale sig at benytte den fastsatte grænse på 4:1 for så vidt angår den tilladte gældsandel.

- Såfremt debitorselskabet er tyndt kapitaliseret hjælper det ikke herpå at erhverve flere aktiver i dette selskab, såfremt gælden i selskabet øges tilsvarende.
- Man skal være opmærksom på den påvirkning af en eventuel opgørelse efter SEL § 11, som kortfristede lån kan have. På den anden side kan kortfristede lån i løbet af indkomståret uden problemer optages, når blot de ikke påvirker gældsniveauet ved udløbet af indkomståret.
- Eventuelle yderligere kapitalindskud i et selskab skal bevares i selskabet i mindst to år.

Nedenfor angives nogle mulige strategier til undgåelse af fradragsbegrænsning. Herefter følger nogle praktiske eksempler.

3 Undgåelse af fradragsbegrænsning – strategier

3.1 Generelt

Der findes forskellige metoder eller strategier til at undgå eller nedbringe en eventuel fradragsbegrænsning³⁵³. Disse skal i det følgende beskrives. Der er tale om muligheden for at undgå rentefradragsbeskæring ved at undlade eller nedsætte gældens forrentning, ved at foretage en gældskonvertering, muligheden ved at lease eller udleje aktiver til debitorselskabet i stedet for at stille fremmedkapital til rådighed for dette selskab. Yderligere omtales muligheden for at slanke balancen, så selskabet ikke længere er tyndt kapitaliseret og endelig omtales muligheden for dokumentation for lånenes markedsmæssighed.

3.2 Undladelse eller nedsættelse af gældens forrentning

En meget nærliggende reaktion på udsigten til fradragsbeskæring efter reglerne om tynd kapitalisering kan være at nedsætte eller undlade forrentning af koncernintern gæld. I sådanne situationer hvor kreditorstaten har regler om transfer pricing og faktisk foretager en primær korrektion hos kreditorselskaber, er der mulighed for at opnå et tilsvarende fradrag i Danmark (den korresponderende korrektion) samt at blive tilskudsbeskattet (den sekundære korrektion). Som analysen ovenfor viste, er det tænkeligt, at de danske skattemyndigheder vil lade fikserede renteudgifter medgå i fradragsbegrænsningen, hvorved rentenedsættel-

353. Se eksempelvis herom for så vidt angår tysk ret *Stephan Schauhoff: Tax Planning under Germany's new Thin capitalization' Rules*, i Intertax 1993.466 og for så vidt angår Australien *Brian Lawrence: Government Restrictions on International Corporate Finance (Thin Capitalisation)*, BIFD 1990.118, særligt s. 124 ff.

se eller rentefrihed ikke er en farbar vej. Dog bør det være muligt at undlade forrentning eller nedsætte forrentning på koncerninterne lån, såfremt der i kreditorstaten ikke findes hjemmel til vilkårskorrektioner. Herved vil der formentlig ej heller fikseres renteudgifter i Danmark, jf., bemærkningerne til LL § 2, stk. 1 i L 101. Dog kan der forekomme tilskudsbeskatning som følge af den tilførte fordel, jf. SL § 4. Herved undgås fradragsbegrænsning i Danmark efter SEL § 11, men i stedet er der risiko for tilskudsbeskatning af et beløb svarende til markedsforrentningen for den tilførte fremmedkapital. Herved er man lige vidt.

Det må derfor konstateres, at en nedsættelse eller undladelse af gældens forrentning ikke er en anvendelig strategi i relation til undgåelse af eventuelle fradragsbegrænsninger efter SEL § 11.

3.3 Kapitalforhøjelse

Som den nok mest ligefremme metode kan der foretages en kapitalforhøjelse i debitorselskabet ved kontant eller realindskud. Dette kræver dog, at der indskydes mere egenkapital i selskabet. Selskabsrettens almindelige regler for kapitalforhøjelse skal opfyldes for kapitalselskaber³⁵⁴. For filialer skal der henføres yderligere kapital hertil for at opnå samme resultat. Et forhold, der er grund til at være opmærksom på i denne forbindelse er, at gælden ikke nedbringes ved kapitalforhøjelsen, men stadig eksisterer efter forhøjelsen. Kapitalforhøjelsen skal derfor sikre, at forholdet 4:1 mellem gæld og egenkapital efterfølgende overholdes.

For hver en krone kapitalen forhøjes med kan der optages 4 kroner i yderligere gæld efter, at forholdet én gang er udlijnet op til det påkrævede niveau på 4:1. Det skal dog erindres, at indskudt kapital skal forblive i debitorselskabet i mindst to år, jf. SEL § 11, stk. 2. I det hele taget kan det udgøre en likviditetsmæssig ulempe for koncernen at skulle binde kapitalen i selskaber, som egenkapital frem for som fremmedkapital.

3.4 Gældskonvertering

Som en særlig kapitalforhøjelsesmetode, kan der foretages en konvertering af gæld til egenkapital i det danske debitorselskab. Denne metode kan benyttes, når der er tale om et datterselskab og ikke en filial³⁵⁵.

354. Se generelt Erik Werlauff: Selskabsret, 1997, s. 323 ff.

355. Jf. herved Niels Josephsen i SU 1999.7, der med note 45 anfører, at vilkårene ved rentebærende gæld mellem hovedkontor og filial formentlig kan ændres således, at der ikke skal beregnes renter, og at gælden i så fald formentlig må betragtes som dotationskapital for filialen.

De selskabsretlige regler for gældskonvertering skal naturligvis imødekomes i forbindelse med en gældskonvertering. Det selskabsretlige retsgrundlag til at foretage en konvertering af gæld til aktie- eller anpartskapital følger af AL § 33a og ApL § 40. Ved konverteringen bindes kapital til selskabet, som allerede er indskudt i selskabet fastere til selskabet.

Der skal i denne forbindelse dog gøres opmærksom på den særlige situation, hvor debitorselskabet er insolvent, idet denne situation kan give anledning til visse uheldige konsekvenser³⁵⁶. Det forhold at moderselskabet i relation til de her omhandlede situationer vil være udenlandsk, medfører at de danske skattemæssige konsekvenser af en gældskonvertering afhænger af behandlingen af moderselskabet efter dettes hjemlands interne regler, jf. herved KGL § 8 (ved singulær ordning) og LL § 15, stk. 3. pkt. (ved samlet ordning). Således gælder det, at der kan indtræde danske skattemæssige konsekvenser som følge af gældskonverteringen, såfremt moderselskabet i hjemlandet ville have fradrag for tab i forbindelse med konverteringen. En samlet ordning kan medføre en begrænsning af de skattemæssige underskud, idet det af LL § 15, stk. 2 fremgår, at med gældsnedsettelse sidestilles med hel eller delvis konvertering af gælden til aktier eller konvertible obligationer. Underskuddet skal i disse tilfælde nedsættes med det beløb, hvormed den konverterede fordrings pålydende overstiger fordringens kursværdi på konverteringstidspunktet³⁵⁷. I LL §§ 15, stk. 4 og 5 er der indsat bestemmelser, hvorefter der også skal ske underskudsnedsettelse i de situationer, hvor der sker hel eller delvis indfrielse af fordringen, men hvor dette sker i forbindelse med, at fordringens kreditor foretager kapitalindskud i selskabet, dvs.

356. Se eventuelt generelt om beskatning ved gældseftergivelse ved konvertering af gæld til aktier eller konvertible obligationer *Jane Bolander*: Skat ved gældseftergivelse, 1999, s. 207 ff.

357. I TfS 1995.766 og TfS 1997.222 gennemgår *Jan Børjesson og Ulrik Fleischer-Michaelsen* nogle måder, hvorpå underskudsreduktion kan undgås ved gældskonvertering. Anbefalingerne er i korte træk som følger; rekonstruktivering af selskabers forhold bør klares, medens selskabet er solvent, idet underskudsreduktionen kun bliver aktuel, når fordringens værdi er mindre end dens pålydende. Herved følger, at der ikke opstår skattepligt, at der ikke sker reduktion i § 15-underskuddet, og at aktietegneren opnår fuld værdi på aktiernes anskaffelsessum. Som en yderligere mulighed anbefales at holde værdien af den indfrielede fordring til pari, enten ved andre fordringers tilbagetræden herfor eller sikkerhedsstillelse for den. Heraf kan sluttes, at det ikke skorter på muligheder for at undgå fortabelse af fremførselsbeholdningen underskud.

hvor der er tæt sammenhæng mellem kapitalindskuddet og gældens indfrielse³⁵⁸.

En singularer ordning kan eventuelt medføre en beskatning efter kursgevinstloven³⁵⁹. Sidstnævnte risiko kan undgås ved, at moderselskabet først foretager et kontant kapitalindskud, hvorefter datterselskabet anvender dette til at indfri gælden til moderselskabet³⁶⁰.

Såfremt en gældskonvertering vælges, er det vigtigt, at overveje, hvornår denne transaktion skatteretligt tænkes gennemført, idet vurderingen af selskabets solvens efter SEL § 11 skal foretages ved udgangen af hvert indkomstår.

Selskabsretligt anses kapitalforhøjelsen for gennemført allerede, når generalforsamlingen har besluttet kapitalforhøjelsen. Derfor skal en gældskonvertering blot være besluttet på en ekstraordinær generalforsamling inden indkomstårets udløb.

3.5 Leasing eller leje

Et yderligere alternativ, er at det udenlandske moderselskab i stedet for kontant långivning køber aktiverne og herefter udlejer eller leaser disse aktiver til datterselskabet. Såvel rentebetalinger som lejebetalinger er som hovedregel fradragsberettigede. Datterselskabets rentebetaling bliver derfor i stedet leje- eller royaltybetalinger eller lignende. Datterselskabets indkomst reduceres således, uanset om datterselskabet betaler renter eller leje o.lign. Der er dog den forskel, at det udenlandske moderselskab bliver debitor, samt at der ikke i dansk skatteret findes regler om fradragsbegrænsning ved lejebetalinger mv³⁶¹. I visse dobbeltbeskatningsoverenskomster kan der være indeholdt beskatningsret til leasingydelse, men der er ikke internt i Danmark hjemmel til at udnytte denne beskatningsret, jf. SEL § 2, stk. 1, litra g, modsætningsvis.

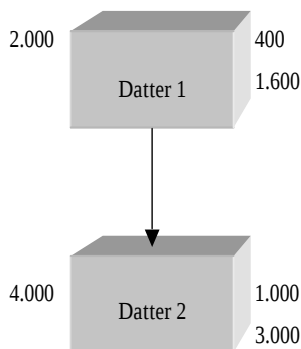
358. Situationen var tidligere efter praksis, at maskerede gældskonverteringer ikke begrænsede underskudsfræførselsretten. Denne praksis blev kritiseret af Erik Werlauff i UfR 1994B. 11 og er altså nu ved lov. nr. 412 af 14.6. 1995 blevet ændret til det nævnte, jf. stk. 4 og 5.

359. Nils Josephsen anfører i SU 1999.7, at der efter hans og andres opfattelse dog formentlig ikke er hjemmel til en sådan beskatning, men erkender samtidig med note 46, at Landsskatte retten i TfS 1997.653 og TfS 1998.558 implicit har tilkendegivet, at en sådan hjemmel er til stede. Dog anfører forfatteren, at man skal være varsom med at slutte alt for vidtgående konsekvenser af kendelserne, idet der ikke i nogen af de to sager var procederet på spørgsmålet.

360. Som det fremføres af Nils Josephsen op.cit., kan denne situation ikke sidestilles med gældskonvertering idet der ikke i kursgevinstloven findes en regel svarende til LL § 15, stk. 4, der sigter mod maskerede gældskonverteringer.

361. I Canada overvejer man at inddrage sådanne betalinger under anvendelsesområdet for reglerne om tynd kapitalisering.

Følgende eksempel illustrerer, hvorledes udleje eller leasing i stedet for aktivkøb er fordelagtigt i relation til reglerne om tynd kapitalisering. Der er tale om en situation, hvor der eksisterer to danske datterselskaber. Der forudsættes i eksemplet at eksistere et udenlandsk moderselskab.



Datter 1 har aktiver på 2.000 hvoraf 1.000 vedrører intern aktiebesiddelse. Hertil kommer egenkapital på 400 og gæld på 1.600. Datter 2 har aktiver på 4.000 og egenkapital på 1.000 og koncernintern gæld på 3.000. En konsolidering af de to selskaber medfører for disse selskaber, at debt:equity ratio'en er 11,5:1 (4.600:400). Såfremt Datter 2 ikke har erhvervet samtlige aktiver, men i stedet udelukkende har erhvervet, hvad der svarer til 1.000 og den koncerninterne gæld på 3.000 ikke er opstået, idet Datter 2 i stedet lejer eller leaser de resterende aktiver, medfører dette, at debt:equity ratio'en i stedet på en konsolideret basis udgør 4:1 (1.600:400). Derved vil fradragsretten blive bevaret for ydelser fra Datter 2 til det udenlandske moderselskab nu blot som en leasingydelse eller lejebetaling.

Hvorvidt dette alternativ konkret er fordelagtigt afhænger af eventuelt indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster og behandlingen af ydelser i modtagerlandet mv.

3.6 *Slanke balancen*

Endnu en mulighed er at foretage en nedjustering af den samlede balancensum hos debitorselskabet. Således kan eventuelle fordringer og gæld udlignes, såfremt dette er muligt. Det samme kan gøres ved andre poster i regnskabet med henblik på at "slanke balancen". Herved forøges forholdet mellem gæld og egenkapital, idet gælden nedbringes ved interne poster, mens egenkapitalen forbliver den samme. Det skal i denne forbindelse understreges, at der ikke foretages en regnskabsmæssig udligning, men at der foretages en faktisk udligning af fordringer på moderselskaber og gæld hertil. Denne metode forudsætter naturligvis,

at der findes koncerninterne fordringer og gæld begge veje mellem selskaberne i koncernen.

3.7 Dokumentation

Ligeledes er det en mulighed at dokumentere, at det givne forhold mellem gæld- og egenkapital er i overensstemmelse med markedsvilkår, i.e. armslængdeprincippet.

Der henvises for en udførlig gennemgang af denne mulighed for undgåelse af fradragsbegrænsning til ovenstående fremstilling i afsnit 2.7. i del II.

4 Eksempler

4.1 Indledning

I det følgende gennemgås eksempler, der illustrerer hvorledes håndteringen af situationer vedrørende tynd kapitalisering kan foregå. De følgende eksempler er udarbejdet med større detaljeringsgrad end de øvrige eksempler i bogen. Ligeledes er medtaget eksempler på, hvordan forløbet kan håndteres ud over selve konstateringen af tynd kapitalisering med dertil hørende fradragsbegrænsning eller dokumentation.

4.2 Flere danske datterselskaber/filialer med interne mellemværender og aktiebesiddelser

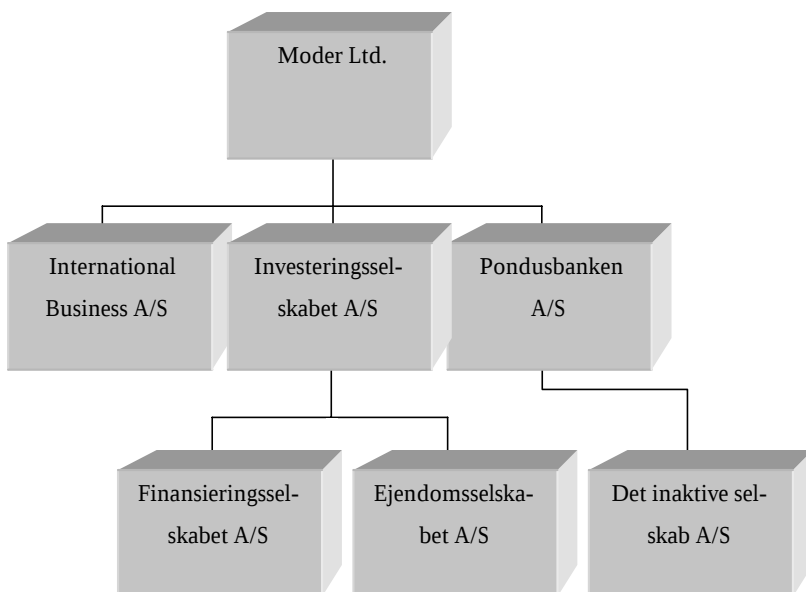
Der skal i det følgende vises, hvordan en konsolideret opgørelse udarbejdes, hvor der tages hensyn til alle relevante forhold i de involverede selskaber.

Forudsætningerne i det følgende er:

- Al koncernintern gæld er kontrolleret gæld, der skyldes til et udenlandsk koncernforbundet selskaber (hvis ikke andet fremgår af regnskaberne)
- Der er ikke andre selskaber i den danske del af koncernen end de nedenstående
- Der er ikke etableret sambeskatning med udenlandske selskaber
- Opgørelserne er baseret på tilgængeligt regnskabsmateriale for 2000. Hermed er opgørelserne ikke udtryk for de helt eksakte værdier i koncernen og dermed i princippet forkert.

Det anbefales generelt at understøtte regnskabsopgørelser med budgetter eller periodebalance så tæt på status som muligt. Rådgiver bør forholde sig kritisk, hvis der ikke er adgang til relevant materiale. Hermed ses også at SEL § 11 medfører en del administrative byrder for virksomhederne.

Koncernstruktur (100% ejerskab)



Regnskabsoplysninger – balance

International Business A/S

	kr.
AKTIVER	
Depositum	1.794
Indretning lejede lokaler	275.410
Immaterielle anlægsaktiver i alt	277.204
Driftsmidler	832.318
Materielle anlægsaktiver i alt	832.318
ANLÆGSAKTIVER I ALT	1.109.522
Tilgodehavender hos tilknyttede virksomheder	4.147.008
Andre tilgodehavender	52.512
Periodeafgrænsningsposter	41.328
Tilgodehavender i alt	4.240.848
Likvide beholdninger	2.165.356
OMSÆTNINGSKAKTIVER I ALT	6.406.204
AKTIVER I ALT	7.515.726
PASSIVER	1.000.000
Overført resultat	5.272.318
EGENKAPITAL I ALT	6.272.318
Eventualskat	87.000
HENSÆTTELSER I ALT	87.000
Selskabsskat	338.384
Anden gæld	818.024
Kortfristed gæld i alt	1.156.408
GÆLD I ALT	1.156.408
PASSIVER I ALT	7.515.726

Kommentar til balancen i International Business A/S

De poster, der påkalder sig størst interesse i ovenstående årsregnskabsmateriale, er at det på aktivsiden, skal undersøges hos hvilke selskaber, de nævnte tilgodehavender haves. Det forudsættes at der er tale om tilgodehavender hos udenlandske koncernforbundne selskaber.

På passivsiden skal det bemærkes, at hensættelserne til eventualskat ikke er udtryk for en gæld omfattet af kursgevinstloven.

Investeringselskabet A/S

	kr.
AKTIVER	
Grunde og bygninger	115.538.368
Tekniske anlæg	533.690
Materielle anlægsaktiver i alt	116.072.058
Kapitalandele i tilknyttede virksomheder	259.990.842
Værdipapirer	4.563.648
Finansielle anlægsaktiver	264.554.490
ANLÆGSAKTIVER I ALT	380.626.548
Tilgodehavende hos tilknyttede virksomheder	7.964.228
Tilgodehavende udbytte, datterselskab	24.000.000
Andre tilgodehavender	3.246.188
Periodeafgrænsningsposter	37.719.294
Tilgodehavender i alt	72.929.710
Likvide beholdninger	20.861.564
OMSÆTNINGSAKTIVER I ALT	93.791.274
AKTIVER I ALT	474.417.822
PASSIVER	
Aktiekapital	6.000.000
Reserve for nettoopskrivning af kapitalandele	233.120.842
Overført resultat	1.201.682
EGENKAPITAL I ALT	240.322.524
Udskudt skat	601.664
HENSÆTTELSER I ALT	601.664
Ansvarlig kapital	80.000.000
ANSVARLIG KAPITAL I ALT	80.000.000
Langfristet prioritetsgæld	55.602.000
Deposita	762.076
Langfristet gæld i alt	56.364.076
Gæld til tilknyttede virksomheder	83.215.818
Anden gæld	1.913.740
Udbytte	12.000.000
Kortfristet gæld i alt	97.129.558
GÆLD I ALT	153.493.634
PASSIVER I ALT	474.417.822

Kommentarer til balancen for Investeringselskabet A/S

I denne balance skal det bemærkes, at der er kapitalandele i tilknyttede virksomheder. Det skal undersøges, om der er tale om danske selskaber eller udenlandske sambeskattede selskaber. I så fald skal posten elimineres ved den konsoliderede opgørelse. Der er konkret tale om interne danske aktiebesiddelser.

Det skal ligeledes undersøges, hvad posten *tilgodehavende* hos tilknyttede virksomheder dækker over. Det forudsættes at tilgodehavendet er hos udenlandske koncernselskaber.

Ligeledes skal man være opmærksom på, at der er et tilgodehavende på 24.000.000 for udbytte fra et dansk datterselskab. Dette skal elimineres.

På passivsiden skal det bemærkes, at hensættelsen til udskudt skat ikke er gæld efter kursgevinstlovens regler. Ansvarlig lånekapital er derimod udtryk for gæld efter kursgevinstloven, idet der er en retlig forpligtelse til tilbagebetaling.

Det skal undersøges, hvad posten gæld til tilknyttede virksomheder dækker over. Det forudsættes at der er tale om kontrolleret gæld. Samtidig skal det bemærkes, at udbytte er udtryk for en gæld til det udenlandske moderselskab. Herved er der konkret tale om kontrolleret gæld, og posten skal følgelig medregnes ved opgørelsen af forholdet mellem gæld og egenkapital.

Finansieringsselskabet A/S

	kr.
AKTIVER	
Indretning af lejede lokaler	1.287.996
Inventar	11.245.746
Leasingaktiver	234.174
ANLÆGSAKTIVER I ALT	12.767.916
Kontodebitorer	986.714.664
Tilgodehavende hos moderselskab	35.397.792
Andre tilgodehavender	13.357.728
Tilgodehavender i alt	1.035.470.184
Likvide beholdninger i alt	15.978
OMSÆTNINGSAKTIVER I ALT	1.035.486.162
AKTIVER I ALT	1.048.254.078
PASSIVER	
Aktiekapital	20.000.000
Overført overskud	237.911.942
EGENKAPITAL I ALT	257.911.942
ANSVARLIG LÅNEKAPITAL	100.000.000
EGENKAPITAL OG ANSVARLIG KAPITAL I ALT	357.911.942
Pengemarkedslån	250.000.000
Kassekreditter	80.988.674
Leverandørgæld	16.081.718
Gæld til tilknyttede virksomheder	254.496.658
Selskabsskat	34.544.000
Anden gæld	30.231.086
Udbytte for regnskabsåret	24.000.000
KORTFRISTET GÆLD I ALT	690.342.136
PASSIVER I ALT	1.048.254.078

Kommentar til balancen for Finansieringsselskabet A/S

På aktivsiden skal det bemærkes, at tilgodehavende hos moderselskab er et internt dansk mellemværende og derfor skal elimineres ved den konsoliderede opgørelse.

På passivsiden skal det bemærkes, at ansvarlig lånekapital også er gæld omfattet af kursgevinstloven. Det forudsættes at der er tale om kontrolleret gæld. Skyldigt udbytte er intern dansk gæld, der skal elimineres ved konsolideringen.

Ejendomsselskabet A/S

	kr.
AKTIVER	
Automobiler	535.038
Materielle anlægsaktiver i alt	535.038
ANLÆGSAKTIVER I ALT	535.038
Tilgodehavender hos tilknyttede virksomheder	3.575.180
Andre tilgodehavender	515.452
Periodeafgrænsningsposter	199.872
Tilgodehavender i alt	4.290.504
Likvide beholdninger	4.070.688
OMSÆTNINGSAKTIVER I ALT	8.361.192
AKTIVER I ALT	8.896.230
PASSIVER	
Aktiekapital	2.000.000
Overkurs ved emission	450.000
Overført overskud	(371.100)
EGENKAPITAL I ALT	2.078.900
Udskudt skat	20.200
HENSÆTTELSER I ALT	20.200
Gæld til tilknyttede selskaber	5.901.736
Leverandører af varer og tjenesteydelser	341.122
Selskabsskat	19.424
Anden gæld	534.848
Kortfristet gæld i alt	6.797.130
GÆLD I ALT	6.797.130
PASSIVER I ALT	8.896.230

Kommentar til balancen for ejendomsselskabet A/S

På aktivsiden skal det undersøges, hvad posten *tilgodehavender hos tilknyttede virksomheder* dækker over. Det forudsættes at der er tale om tilgodehavender hos udenlandske koncernselskaber.

På passivsiden skal man blot være opmærksom på, at hensættelser til udskudt skat ikke er gæld omfattet af kursgevinstloven.

Det skal ligeledes undersøges, hvilket selskab der skyldes penge til under posten "gæld til tilknyttede selskaber (kontrolleret eller intern dansk gæld).

Pondusbanken A/S

	kr.
AKTIVER	
Kassebeholdning og anfordringstilgodehavender	22.864.000
Tilgodehavender hos kreditinstitutter og centralbanker	1.365.459.972
Udlån	494.028
Obligationer	563.310.000
Aktier mv.	101.316.000
Kapitalandele i tilknyttede virksomheder	88.068.000
Materielle aktiver	6.324.000
Andre aktiver	59.254.000
Periodeafgrænsningsposter	1.400.000
AKTIVER I ALT	2.208.490.000
PASSIVER	
Gæld til kreditinstitutter og centralbanker	2.794.000
Indlån	1.796.054.000
Andre passiver	51.028.000
Periodeafgrænsningsposter	268.000
Hensættelser til forpligtelser	16.500.000
Efterstillede kapitalindskud	130.000.000
Aktiekapital	160.000.000
Overkurs ved emission	8.486.000
Reserve for nettoopskrivning efter indre værdis metode	11.796.000
Overført fra tidligere år	18.304.000
Overført af årets resultat	13.260.000
Egenkapital i alt	211.846.000
PASSIVER I ALT	2.208.490.000
IKKE-BALANCEFØRTE POSTER	
Garantier	101.028.000

Kommentar til balancen for Pondusbanken A/S

I relation til denne balance skal det bemærkes, at posten "kapitalandel i tilknyttede virksomheder" dækker over aktiebesiddelsen i Det inaktive selskab A/S og derfor skal elimineres ved den konsoliderede opgørelse.

På passivsiden skal det bemærkes, at hensættelser ikke er gæld omfattet af kursgevinstloven. Mens det modsatte er tilfældet for så vidt angår efterstillede kapitalindskud. Det skal herved undersøges, hvor de efterstillede kapitalindskud er foretaget fra. Det forudsættes konkret at der er tale om kontrolleret gæld. Periodeafgrænsningsposter er oftest ikke gæld

i kursgevinstlovens forstand. Dette forudsættes dog at være tilfældet i dette eksempel.

Endelig vil de ikke-balanceførte garantier ikke være gæld omfattet af kursgevinstloven.

Det Inaktive selskab A/S

	kr.
AKTIVER	
Tilgodehavender hos kreditinstitutter mv.	93.404.000
Andre aktiver	436.000
AKTIVER I ALT	93.840.000
PASSIVER	
Periodeafgrænsningsposter	222.000
Hensættelser til omkostninger	5.550.000
Aktiekapital	50.000.000
Overkurs ved emission	4.770.000
Overført overskud fra tidligere år	30.334.000
Overført af årets resultat	2.964.000
Egenkapital i alt	88.068.000
PASSIVER I ALT	93.840.000

Kommentarer til balancen for Det inaktive Selskab A/S

Hensættelserne er ikke udtryk for gæld og fordringer omfattet af kursgevinstloven og skal derfor fjernes ved opgørelsen af den samlede gæld. Det samme gør sig gældende for periodeafgrænsningsposterne. Disse forudsættes dog konkret af være gæld i kursgevinstlovens forstand.

Konsolideret opgørelse efter reglerne om tynd kapitalisering

På baggrund af det ovenfor præsenterede talmateriale, kan der foretages en konsolideret beregning for hele den danske del af koncernen, jf. SEL § 11, stk. 4.

Den foretagne opgørelse er baseret på tilgængeligt årsregnskabsmateriale for 2000 og det forudsættes at de fremhævede uklarheder som anført under kommentarerne til regnskaberne er afklaret. Der er så vidt muligt søgt at fremhæve den værst tænkelige situation. Reglerne om tynd kapitalisering indebærer, at der skal foretages en opgørelse ved udgangen af indkomståret 2000. Der er ikke taget højde for goodwill og andre ikke bogførte immaterielle aktiver, der eventuelt måtte være. Sådanne aktiver skal medregnes ved en opgørelse vedrørende tynd kapitalisering og kan ændre forholdet i fornødent omfang. Endelig er der ikke foretaget særlige værdiansættelser til brug for den skatteretlige bedøm-

melse. Noget sådant er nødvendigt før en endelig beregning kan finde sted. Dog foreligger der kun sjældent opgørelser af aktiver og gæld til handelsværdier.

Det ses af nedenstående tabel, at forholdet mellem gæld og egenkapital (debt-to-equity ratio) er 6,14:1. Isoleret set er Pondusbanken A/S det eneste selskab, der er tynd kapitaliseret. Men der er ikke tale om kontrolleret gæld i dette selskab. På en konsolideret basis vil Pondusbanken A/S formentlig trække flere selskaber med sig til at være tynd kapitaliserede. Hermed beskæres fradragsretten for de øvrige selskaber kontrollerede renteudgifter, uden at disse selskaber herved er tyndt kapitaliserede. Der kan ikke argumenteres for, at der i denne situation bør kunne undgås fradragsbeskæring, eftersom situationen vil være omfattet af en ordlydsfortolkning af SEL § 11. Derimod kan der argumenteres for, at finansieringen af Pondusbanken A/S er på markedsmæssige vilkår, og der derfor ikke kan ske fradragsbeskæring. Årsagen til dette er den, at såfremt armlængde princippet er opfyldt, så skal reglerne om tynd kapitalisering ikke finde anvendelse.

Beregning af fradragsbegrænsning, jf. tallene fra nedenstående tabel³⁶²:

$$\frac{(2.952.757.516 - (4 \times 481.199.706)) \times 118.025.880}{2.952.757.516} = 41.101.749$$

Renter- og kurstab til brug for en sådan beregning vil typisk være angivet i selskabernes resultatopgørelse, og eventuelt uddybet gennem noterne hertil. Hvis dette ikke er tilfældet, må specifikationerne til det enkelte selskabs årsregnskab indhentes, eller der må rettes direkte kontakt til den ansvarlige afdeling eller person i debitorselskabet eller koncernen, eventuelt økonomiafdelingen.

Der kan maksimalt i eksemplet beskæres et rentefradrag på 30.162.700 DKK idet fradragsbeskæringen er maksimeret til de kontrollerede renter, jf. nedenstående tabel.

Fordelingen af ovenstående fradragsbegrænsning skal fordeles efter det enkelte selskabs andel af de samlede renteudgifter og kurstab.

International Business A/S	Investerings-selskabet A/S	Finansierings-selskabet A/S	Ejendomsselskabet A/S	Pondus-banken A/S	Det inaktive selskab A/S
4.870	3.246.758	8.844.903	4.718	18.061.451	0

362. De samlede renteudgifter og kurstab forudsættes kendt.

Denne fordeling beregnes ved at finde den procentvise andel af de samlede renteudgifter og kurstab for det enkelte selskab og gange dette tal med den samlede fradragsbeskæring.

Den følgende tabel er et konsolideringsskema, hvor de relevante regnskabsoplysninger for koncernen er medtaget, og de relevante elimineringer er foretaget, så fradragsbeskæringen kan beregnes, jf. resultat just ovenfor. Det forudsættes som nævnt at de rejste spørgsmål er afklaret.

Beløbene er anført i DKK	International Business A/S	Investerings-selskabet A/S	Finansierings-selskabet A/S	Ejendoms-selskabet A/S	Pondusbanken A/S	Det inaktive selskab A/S	Eliminering	Total
Aktiver	7.515.726	474.417.822 (1)	1.048.254.078 (3)	8.896.230	2.208.490.000 (5)	93.840.000	(407.456.634) (6)	3.433.957.222
Gæld	1.156.408	233.493.634 (2)	790.342.136 (4)	6.797.130	1.980.144.000	222.000	(59.397.792) (7)	2.952.757.516
Egenkapital								481.199.706
Kontrolleret gæld	0	95.215.838	354.496.658	5.901.372	130.000.000	0	-	585.613.868
Intern dansk gæld	0	35.397.792	24.000.000	0	0	0	-	59.397.792
Renteudgifter og kurstab	19.058	12.704.480	34.609.880	18.462	70.674.000	0	0	118.025.880
Kontrollerede renteudgifter og kurstab	18.796	7.831.622	18.780.420	17.862	3.514.000	0	0 (8)	30.162.700

(1) Inkl. kapitalandele i tilknyttet virksomhed (Finansieringsselskabet A/S og Ejendomsselskabet A/S) DKK 259.990.842 og tilgodehavende udbytte DKK 24.000.000.

(2) Inkl. gæld til Finansieringsselskabet A/S på DKK 35.397.792.

(3) Inkl. tilgodehavende på DKK 35.397.792 hos Investeringselskabet A/S.

(4) Inkl. skyldigt udbytte til Investeringselskabet A/S på DKK 24.000.000.

(5) Inkl. kapitalandele i tilknyttet virksomhed (Det inaktive selskab A/S) på DKK 88.068.000.

(6) $239.990.842 + 24.000.000 + 35.397.792 + 88.068.000 = 407.456.634$.

(7) $35.397.792 + 24.000.000 = 59.397.792$.

(8) Det forudsættes at der ikke er nogen interne danske renter og kurstab.

Det videre forløb

Det videre forløb, som den ovenfor behandlede situation kan give anledning til, skal nærmere behandles i det følgende.

En nærmere vurdering af de ovenfor i afsnit 3 i del 3 fremhævede mulige strategier til undgåelse af fradragsbegrænsning kan medføre, at det viser sig mest hensigtsmæssigt at søge at påvise, at finansieringen er i overensstemmelse med markedsmæssige vilkår (armslængde princippet). Der ses herved bort fra muligheden om at foretage en kapitalforhøjelse, idet denne løsning jo rent faktisk indebærer penge op af lommen som efterfølgende er bundet i mindst to år. I stedet for at søge at dokumentere at armslængde princippet er overholdt, kunne der iværksættes nærmere foranstaltninger med henblik på at værdiansætte goodwill og andre ikke bogførte aktiver. I eksemplet lægges det imidlertid til grund, at størrelsesordenen af disse aktiver ikke ændrer billedet i nærværdig grad. Herved vil dokumentation i den givne situation formentlig være den bedste mulighed for at undgå fradragsbegrænsning. Dette understøttes af, at Pondusbanken A/S befinder sig i banksektoren og dermed formentlig tillades at operere med en anden soliditet end de øvrige selskaber i koncernen.

Fradragsbeskæringen bortfalder som nævnt i det omfang, at selskabet godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter, jf. SEL § 11, stk. 1 (armslængde test). Hertil anføres i bemærkningerne til Lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101), at: *“...ved vurderingen kan der henses til soliditetsgraden i den pågældende branche. Afviger forholdet mellem gæld og egenkapital således ikke fra den gennemsnitlige soliditetsgrad i branchen, vil dette normalt indicere, at lånet kunne være ydet af en uafhængig part...”*.

På grundlag heraf kan der foretages en sammenligning med andre virksomheder inden for samme branche. Dette påregnes at kunne overbevise skattemyndighederne om, at fradragsretten for koncernens renteudgifter og kurstab ikke bør blive påvirket af reglerne om tynd kapitalisering for så vidt angår det pågældende indkomstår.

På ovenstående grundlag kan man henvende sig til de lokale skattemyndigheder, der foretager ligningen af de omhandlede selskaber. Dog skal henvendelsen formentlig rettes på vegne af det selskab, man søger at godtgøre markedsmæssigheden i finansieringen for, altså her Pondusbanken A/S' ligningsinstans. Antageligvis vil det også være muligt at anmode Ligningsrådet om en bindende forhåndsbesked, også selvom der ikke er tale om en påtænkt disposition, jf. skattestyrelsesloven § 20A. Spørgsmålet skal nok blot formuleres på den rigtige måde.

En eventuel skriftlig henvendelse til skattemyndighederne bør indeholde nøje beskrivelser af koncernen, de nærmere beregninger i henhold til SEL § 11 samt dokumentation. Således kan der på vegne af koncernen eller Pondusbanken A/S (SE-nr. xxxxxx) eventuelt anmodes om den relevante Told- og Skatteregions bekræftelse af, at selskabet ikke er tyndt kapitaliseret, jf. selskabsskattelovens § 11.

Anmodningen kan indledes med en baggrundsbeskrivelse af koncernen som sådan og forholdene vedrørende tynd kapitalisering. I eksemplet kunne henvendelsen efterfølgende fremhæve, at den foretagne beregning viser, at Pondusbanken A/S er tyndt kapitaliseret, men samtidig at de øvrige koncernselskaber alle har solvensgrader der overstiger de af SEL § 11 krævede 20%.

Til opfyldelse af selve dokumentationskravet, kan der foretages en sammenligning med andre virksomheder inden for den samme branche.

Det er således min opfattelse, at Pondusbanken A/S kan godtgøre, at en solvensgrad på omkring 8% er i overensstemmelse med markeds-mæssige vilkår i den finansielle sektor.

Til sammenligning er her valgt 3 danske banker hvilket er baseret på oplysninger fra 1998-årsregnskaber.

	Vægtet solvensgrad	Uvægtet solvensgrad
Den Danske Bank	11,1%	5,65%
Unibank	10,7%	5,4%
Jyske Bank	14,4%	7,6%
Pondusbanken A/S	24,4%	8,86%

Ifølge den danske lovgivning skal den vægtede solvensgrad for banker mv. mindst udgøre 8%, jf. bank- og sparekasselovens § 21, stk. 1 og § 21a. Det skal bemærkes, at ovenstående solvensgrader er baseret på årsregnskaberne og ikke er udtryk for en opgørelse efter reglerne om tynd kapitalisering. Efter reglerne om tynd kapitalisering kan egenkapitalen være anderledes end den regnskabsmæssige egenkapital. For Pondusbanken A/S vil solvensgraden opgjort efter den særlige egenkapital i henhold til SEL § 11 være 10,34%, idet visse passiver fra årsregnskabets balance ikke medregnes ved opgørelsen af gæld efter kursgevinstloven, hvorved den til dette formål udregnede egenkapital er større end den regnskabsmæssige egenkapital.

Det fremgår af tabellen, at solvensgraden for Pondusbanken A/S ikke adskiller sig fra niveauet for de undersøgte virksomheder i branchen. Derimod ligger Pondusbanken på et højere solvensniveau end de øvrige

undersøgte banker. Det skal i øvrigt bemærkes, at solvensgraden for bankerne antageligt ville være lavere, hvis der ikke fandtes et lovgivningsmæssigt minimumskrav på 8%.

Den relevante skattemyndighed kan formentlig på denne baggrund anmodes om at bekræfte, at en uvægtet solvensgrad på mindst 8% for Pondusbanken A/S for det pågældende indkomstår vil blive anset for at være på markedsmæssige vilkår, hvorfor der ikke vil ske fradragsbeskæring efter selskabsskattelovens § 11.

Det skal bemærkes, at ovenstående ikke isoleret set kan løfte bevisbyrden og dokumentationskravet. Der skal foretages en samlet konkret bedømmelse, hvori også indgår vilkårene vedrørende den givne finansiering. Således bør det være muligt at dokumentere, at Pondusbanken A/S har opnået fremmedkapitalfinansieringen på markedsmæssige vilkår fra tredjemand. Men det endnu uafklarede spørgsmål er følgelig om det er tilstrækkeligt, at Pondusbanken A/S dokumenterer dette, eller om dokumentationen skal findes sted på koncernniveau. Som det tidligere er fremkommet, er det min vurdering, at det i princippet bør være muligt at undgå fradragsbegrænsning i situationer, som den her omhandlede idet det udelukkende er Pondusbanken A/S, der så at sige trækker resten af koncernselskaberne med sig ind under reglens anvendelsesområde.

Ovenstående er blot én måde at gribe sagen an på. Andre muligheder kan meget vel forfølges, såfremt sådanne findes velegnede. Formentlig kan der anmodes om bindende forhåndsbesked. Ligeledes skal det bemærkes, at den gennemsnitlige soliditetsgrad i branchen ikke selvstændigt udgør tilstrækkelig dokumentation, men dette kan normalt indice-re, at lånet kunne være ydet af en uafhængig part.

Herefter gennemgås et ligeledes typisk forekommende eksempel på anvendelse af reglerne om tynd kapitalisering – virksomhedsovertagelse via fremmedkapital.

4.3 *Virksomhedsovertagelse via fremmedkapital (leveraged acquisitions) – køb af dansk selskab via holdingselskab – debt push down*

Ofte vil man komme i den situation, at reglerne om tynd kapitalisering skal benyttes præventivt. Herunder findes sådanne situationer, hvor en udenlandsk virksomhed vil købe et dansk targetselskab. Dette vil ofte blive udført ved at placere et holdingselskab i Danmark, hvilket skal erhverve targetet. Det danske holdingselskab optager lån til erhvervelse af targetet. Dette kan være et led i en generel strategi om at lave såkaldt “debt push down” i koncernen for at udnytte renteudgifter og lade disse modregne i erhvervsindkomst, eventuelt via dansk sambeskatning mellem

selskaberne³⁶³. En sådan situation ville tidligere blive ramt af sambeskatningsvilkår 2.4.2., men skal nu udelukkende leve op til kravene i SEL § 11.

Det er værd at være opmærksom på, at der ikke er fuldstændig konsensus om, hvilken værdi virksomheder optages til i internationale concernomstruktureringsplaner.

Således er det udbredt i corporate finance sammenhæng, at der benyttes cash flow modeller til værdiansættelse. Det er vigtigt at overveje, hvilke konsekvenser en given model medfører i relation til tynd kapitalisering. De underliggende forudsætninger bør oplyses idet omfattende concernstrukturer kan falde til jorden grundet SEL § 11, stk. 4.

Benyttes nettoaktiverne (de gældfri aktiver) i et selskab som den midlertidige værdi heraf til brug for struktureringen (eller planlægningen), medfører dette ikke problemer i relation til opgørelser efter reglerne om tynd kapitalisering, idet man herved har forudsat ved værdifastsettelsen, at der ikke skal medregnes gæld. Ligeledes forekommer det, at den værdi der benyttes er en bruttoangivelse, der udelukkende er udtryk for balancesummen i de involverede selskaber. I disse situationer har man ved at benytte det angivne tal taget stilling til den værst tænkelige situation for så vidt angår en debt-to-equity beregning efter SEL § 11. I endnu andre sammenhænge benytter man en nettostørrelse heraf, hvorved værdien af et selskab optages til selskabets egenkapital plus eventuel goodwill. Dette medfører derimod problemer, idet der ved inddragelse af denne værdi ikke er taget stilling til den eventuelle gæld, der ligger i selskaberne, hvilket jo netop skal inddrages i den danske opgørelse efter konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4. I disse situationer er det vigtigt at få kendskab til gældsposterne i de overtagne selskaber og følgelig medregne disse.

Såfremt der kun er ét enkelt dansk selskab involveret, er der ikke nogen problemer, men så snart der er mere end et dansk selskab eller udenlandsk sambeskattet selskab, skal man være meget opmærksom.

Der kan forekomme situationer, hvor tilgængeligt materiale medfører kendskab til bruttotal eller netttotal. Man kan komme ud for at skulle udregne den fornødne egenkapital for at modsvare den eksisterende gæld eller beregne den maksimalt tilladte gæld i forhold til den eksisterende egenkapital.

363. Det er ligeledes et internationalt benyttet instrument, at lade holdingselskabet og targetselskabet fusionere efterfølgende.

Hvis man har fået oplyst de samlede aktiver³⁶⁴ skal man blot dividere dette med 5, hvorved den fornødne minimumsegenkapital fremkommer. Skal man modsat udregne den maksimalt tilladte gæld ud fra den eksisterende egenkapital, kan man blot gange det nævnte tal med 4.

Nedenfor gengives et eksempel, hvor en udenlandsk investor vil opkøbe et dansk selskab med udenlandske datterselskaber via et dansk holdingselskab ved brug af gældsfinansiering. I eksemplet er de opgivne tal udtryk for nettoaktivmassen, hvorfor der kan foretages en beregning uden yderligere oplysninger. Var der derimod tale om en inddragelse af egenkapital plus eventuel goodwill, måtte man opnå kendskab til den eksisterende gæld i de overtagne selskaber. Det er ligeledes en forudsætning, at nogle af de udenlandske selskaber i nedenstående eksempel er sambeskattede med det danske selskab. Uanset hvilken værdifastsættelsesmodel der er anvendt til ansættelsen af datterselskabet, er det afgørende at finde ud af, hvilken værdi der vil indgå som et aktiv i moderselskabet efter overtagelsen. Det er dette tal, der benyttes i beregningerne.

Værdi – der vil fremgå af holdingselskabets aktivside	m. kr.
Belgisk sambeskattet datterselskab	300
Brasiliansk datterselskab	160
Canadisk sambeskattet datterselskab	260
Kinesisk datterselskab	160
Indisk datterselskab	520
Norsk sambeskattet datterselskab	220
Dansk selskab	2.500
I alt	4.120

Denne overtagelse planlægges foretaget med 824 i egenkapital og 3.296 i gæld, idet dette for en umiddelbar betragtning opfylder forholdet 4:1. Konsolideringsreglen i SEL § 11, stk. 4 kan imidlertid ændre dette resultat. Således skal interne aktiebesiddelser og mellemværender mv. elimineres mellem de selskaber, der anses for at være danske selskaber. Dette omfatter også som nævnt udenlandske sambeskattede selskaber efter skatteministerens opfattelse.

Idet der er tale om angivelse af nettoaktiver (gældfrie aktiver) i disse selskaber vil konsolideringsreglen ikke få betydning, idet der ikke ved konsolideringen vil blive inddraget yderligere gæld under den danske

364. Balancesum er jo den samme, uanset fordelingen mellem gæld og egenkapital og eventuelle udeladelser i den skattemæssigt opgjorte gæld medfører en tilsvarende højere skattemæssig egenkapital. Aktiverne er uberørte.

beregning. Aktiebesiddelserne i datterselskaberne indgår i holdingselskabets aktiver. Det danske selskab og de udenlandske sambeskattede selskaber skal inddrages i opgørelsen. Således skal aktiebesiddelserne i de nævnte selskaber elimineres ved konsolideringen og medregnes fra selskabernes egen balance.

I bogens næste og sidste del behandles den internationale dimension ved tynd kapitalisering.

Del IV – Den internationale dimension

1 Indledning

Idet nationale regler om tynd kapitalisering typisk tager sigte på lånefinansiering, der stammer fra udenlandske aktionærer, er det nødvendigt at undersøge om nationale regler er i overensstemmelse med international ret. Ligeledes er det relevant at undersøge, hvilke internationale initiativer der er iværksat med henblik på ensretning af national normering, så også dobbeltbeskatning kan undgås.

En beskrivelse af emnets internationale dimension har praktisk relevans derved, at der blandt andet gives et overblik over relevante regler i andre lande, hvilket kan være af stor vigtighed i forbindelse med planlægningen af koncernstrukturer. OECD's overvejelser kan have stor betydning ved fortolkningen af nationale regler og indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. På nuværende tidspunkt har supranationale overvejelser dog formentlig mindre praktisk relevans.

2 OECD initiativer og traktatretlige aspekter

OECD har bidraget til den nærmere forståelse af begrebet tynd kapitalisering gennem organisationens analyser af fænomenet. Det har været vigtigt for OECD at få afklaret, om nationale regler om tynd kapitalisering har nogen indvirkning på dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er indgået med OECD's modeldobbeltbeskatningsoverenskomst som forbillede. Nedenfor gengives de væsentligste overvejelser, der er blevet gjort i OECD-regi.

Der er ikke i direkte taget stilling til problemerne vedrørende tynd kapitalisering i OECD Transfer Pricing Guidelines, 1995-1999. Men det varsles, at der i fremtiden skal udarbejdes et selvstændigt afsnit om tynd kapitalisering, jf. pkt. 19, P-6 i Guidelines³⁶⁵. OECD Transfer Pricing Guidelines udbygger og reviderer imidlertid blot tidligere rapporter fra OECD's fiskale komité. I pkt. 13 i Guidelines påpeges det således, at OECD Transfer Pricing Guidelines bygger på blandt andet rapporten fra

365. På forespørgsel har OECD i Paris oplyst, at arbejdet med dette kapitel i skrivende stund (marts 2000) endnu ikke er påbegyndt.

1987 om tynd kapitalisering. Det anerkendes at tynd kapitalisering udgør en del af transfer pricing problematikken.

I de tidligere OECD Transfer Pricing Guidelines fra 1979 (Transfer Pricing and Multinational Enterprises) blev der kun ganske kort taget stilling til problemerne vedrørende tynd kapitalisering, jf. rapportens pkt. 183-191.

2.1 OECD's rapport om tynd kapitalisering fra 1987³⁶⁶

OECD's rapport om tynd kapitalisering fra 1987 præsenterer mange gode overvejelser om de problemer, der kan opstå vedrørende tynd kapitalisering og det generelle spørgsmål om sondringen mellem gæld og egenkapital. Rapporten dækker følgende hovedområder:

- De skattemæssige konsekvenser af gælds- eller egenkapitalfinansiering.
- De skattepolitiske aspekter heraf.
- En beskrivelse af de forskellige metoder til imødegåelse af tynd kapitalisering.
- Interaktionen mellem nationale regler om tynd kapitalisering og 1977 OECD modeldobbeltskatningsoverenskomsten.
- Præsenterer brede politiske anbefalinger vedrørende udformningen af nationale regler om tynd kapitalisering.

Rapporten er formuleret i meget generelle termer og giver ikke detaljerede beskrivelser af national lovgivning eller detaljerede skattepolitiske anbefalinger. Det skal også bemærkes, at særligt Frankrig og Tyskland har foretaget visse reservationer overfor rapporten.

Skattepolitiske aspekter og anbefalinger

Rapporten fremhæver særligt otte skattepolitiske spørgsmål vedrørende gældsfinansiering frem for egenkapitalfinansiering. Disse kan kort sammenfattes i følgende:

1. Muligheden for at visse investorer opnår skattefordele gennem kunstig brug af lånefinansiering i stedet for egenkapitalfinansiering.
2. Denne mulighed forøges, såfremt en forbunden långiver er lavt beskattet eller skattefritaget.
3. Potentiel risiko for tab af skatteprovenu hos kildelandet, når der benyttes kunstig lånefinansiering i stedet for egenkapitalfinansiering, og kildelandet ikke pålægger rentebetalinger kildeskat eller pålægger lav kildeskat på renter.

366. Jf. i det hele OECD: Thin Capitalisation, Issues in international Taxation, no. 2, 1987.

4. Der er mulighed for, at den nævnte fordel kan opnås af investorer gennem et mellemselskab beliggende i et tax haven.
5. Muligheden for at kildelandet ikke opnår en tilstrækkelig del af den samlede skat, når der benyttes lånefinansiering kunstigt i stedet for egenkapitalfinansiering.
6. Spørgsmålet om skatteneutralitet mellem datterselskaber og filialer, såfremt den kunstige brug af lånefinansiering i stedet for egenkapital medfører fordele for virksomheder, der opererer gennem datterselskaber, men ikke hvis de opererer gennem en filial eller et fast driftssted.
7. Spørgsmålet om skatteneutralitet kan også opstå, hvis et udenlandsk moderselskab, der ikke kan drage fordel af et imputation system, idet den tilladte credit oftest tilfalder nationale aktionærer, gennem kunstig lånefinansiering forsøger at opnå en tilsvarende fordel.
8. Muligheden for at kapaciteten til at opnå skattefordele, som følge af kunstig brug af lånefinansiering i stedet for egenkapitalfinansiering, kan overstige fordelene ved egenkapital finansiering og hermed potentielt forværre handelskreditorens position og endda underminere stabiliteten af nationalt eller internationalt investeringsklima.

Det kan anføres, at rapporten formentlig overvurderer den skattefordel, der kan opnås gennem tynd kapitalisering for majoriteten af investorer, og herved underbetoner, at forekomsten af tynd kapitalisering formentlig oftest skyldes udelukkende forretningsmæssige overvejelser. Det skal dog retfærdigvis bemærkes, at rapporten nævner denne mulighed.

De skattepolitiske anbefalinger, der kan udledes af rapporten, er som nævnt ikke detaljerede, men der kan dog udledes visse retningslinier, som lovgivere bør følge ved udarbejdelsen af regler om tynd kapitalisering. Det konstateres, at der skal benyttes en fleksibel tilgang til problematikken, således at der foretages en konkret bedømmelse af hver enkelt sag. På forhånd fastlagte debt-to-equity regler bør efter OECD's opfattelse ikke benyttes, idet der i de forskellige lande imellem benyttes vidt forskellig finansieringspraksis samt det forhold, at aktionærerne i disse situationer er udenlandske. Som også nævnt tidligere i relation til art. 9 i OECD MDBO bør en korrektion som følge af tynd kapitalisering ikke overstige, hvad der følger af armslængdeprincippet, og dette princip bør tillige følges ved anvendelsen af eksisterende dobbeltbeskatningsoverenskomster. I det omfang der opstår dobbeltbeskatning, bør nationale regler tillade lempelse herfor, og eventuelle uenigheder herom mellem to landes skattemyndigheder bør løses i henhold til den gensidige aftaleprocedure, jf. art. 25 i OECD MDBO. De i rapporten drøftede forhold anbefales sluttelig inddraget i forhandlingen af nye overenskomster.

Den mest omfattende del af OECD's rapport er den del der vedrører samspillet med dobbeltbeskatningsoverenskomster. Konklusionerne heri behandles nedenfor. Formålet med den korte gennemgang er at belyse, at regler om tynd kapitalisering i specifikke situationer kan give anledning til treaty overriding³⁶⁷ eller kvalifikationsproblemer når der tages udgangspunkt i OECD's modeldobbeltbeskatningsoverenskomst. Derfor har nedenstående bemærkninger også kun relevans for de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er indgået med OECD modellen som forbillede. Dette gælder dog for flertallet af de danske overenskomster.

2.2 Samspil med dobbeltbeskatningsoverenskomster³⁶⁸

Den mest omfattende del af OECD's rapport om tynd kapitalisering omhandler forholdet mellem dobbeltbeskatningsoverenskomster og national ret vedrørende tynd kapitalisering. Særligt artiklerne 9, 10, 11, 23, 24 og 25 har relevans. Rapporten tager dog stilling til forholdet til modeloverenskomsten fra 1977, men kommentarerne i 1987-rapporten har været en forudsætning for revisionen i 1992 af OECD's modeldobbeltbeskatningsoverenskomst. Det skal også holdes for øje, at fortolkningen af enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster afhænger af intern ret i de involverede lande. OECD's rapport om tynd kapitalisering kan imidlertid tillægges en vis betydning, når fortolkningen vedrører overenskomster, der i vidt omfang er udfærdiget over modellen.

2.2.1 Armslængde princippet – OECD MDBO art. 9

Det er anført, at problematikken vedrørende tynd kapitalisering kan henføres under transfer pricing problematikken. I OECD-regi udspringer armslængde princippet af definitionen i art. 9 i OECD's dobbeltbeskatningsmodeloverenskomst.

I relation til OECD MDBO artikel 9 konkluderes det i rapporten, at en typisk formulering af art. 9 i en overenskomst (1) ikke forhindrer, at gæld kan omkvalificeres til egenkapital og (2) ikke forhindrer anvendelse af nationale regler om tynd kapitalisering, såfremt disse ikke medfører en korrektion, der overstiger armslængde resultatet. Resultatet heraf kan, såfremt en national regel om tynd kapitalisering medfører en kor-

367. Se eksempelvis generelt herom *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 38 ff.

368. Jf. i det hele ud over OECD rapporten også *Detlev J. Piltz* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, *International aspects of Thin Capitalization*, Vol. 82 b 1996, s. 128 ff og *Marjaane Helminen*: *The Dividend Concept in International Tax Law*, 1999, s. 334 ff.

rektion, der overstiger armslængde resultatet, være at den nationale regel ikke er i overensstemmelse med den aktuelle dobbeltbeskatningsoverenskomst og måske skulle stå tilbage herfor.

Med pkt. 3 under paragraph 1 i kommentaren til OECD MDBO art. 9 støttes dette standpunkt og det er hermed fastlagt, at art. 9 ikke forhindrer nationale regler om tynd kapitalisering³⁶⁹. Ligeledes er det fastlagt, at nationale regler vedrørende tynd kapitalisering ikke må medføre en samlet korrektion der overstiger et armslængde resultat.

Armslængde princippet fremgår ligeledes af OECD MDBO art. 11, stk. 6. Denne bestemmelse regulerer de tilfælde, hvor renten på en fordring overstiger markedsrenten og dette skyldes et interessefællesskab. I sådanne situationer skal art. 11 alene finde anvendelse for rentebeløbene op til markedsrenten.

Da det som udgangspunkt må antages, at fradragsbegrænsninger efter intern dansk ret ikke medfører korrektioner ud over armslængdeprincippet, strider SEL § 11 formentlig ikke mod dobbeltbeskatningsoverenskomster, der indeholder bestemmelser svarende til OECD MDBO art. 9, stk. 1 og art. 11, stk. 6. Men som det er påpeget ovenfor i del II, afsnit 5, kan der forekomme visse situationer hvor der vil blive korrigeret ud over, hvad armslængde princippet kan bære, såfremt der ikke nærmere tages stilling til samspillet mellem det almindelige armslængde princip i LL § 2, stk. 1 i dansk skatteret og SEL § 11 om tynd kapitalisering. I disse situationer kan der være anledning til nærmere at undersøge de indgåede overenskomster, idet Danmark i denne sammenhæng kan tænkes at foretage treaty overriding. Det skal dog erindres, at der er mulighed for skatteyderne til at godtgøre finansieringens markedsmæssighed.

369. Som anført af *Jan Pedersen* i *Transfer pricing*, 1998, s. 248 f, udvider OECD ved denne udvidelse, transfer pricing begrebet ud over sit principindhold, idet begrebet herved udvides til også at omfatte dispositionskorrektioner. At OECD MDBO art. 9 således finder anvendelse ved tynd kapitalisering har dog ikke stået uimod sagt hen. Således finder *Geerten M.M. Michielse* i *Thin capitalisation in het fiscale recht*, 1994 og samme i *BIFD* 1997, s. 565-573, at dette er tvivlsomt. Det anføres, at OECD MDBO ikke er til hinder for nationale regler om tynd kapitalisering, der begrænser rentefradragsretten hos debitorselskabet, mens bestemmelsen derimod er til hinder for regler der medfører en egentlig omkvalificering af rentebetalinger til udbytte. Dette begrundes særligt med, at (1) OECD MDBO art. 9 udelukkende finder anvendelse på vilkår, (2) at bestemmelsen kun finder anvendelse i relation til intern prissætning og ikke ved underkapitalisering, samt (3) at omkvalificering strider mod formålet med art. 9, stk. 1. For at en omkvalificering skal være mulig, kræves det efter forfatterens opfattelse, at den interne regel mod tynd kapitalisering korresponderer med bestemmelserne om udbytte og rente i overenskomstbeskatningsretten.

2.2.2 Udbytte- og rentedefinitionen – OECD MDBO art. 10 og 11

Udbytte- og rentedefinitionerne i OECD MDBO art. 10(3) og 11(3) er defineret således, at der ikke bør ske overlapning mellem disse bestemmelser, jf. herved pkt. 19 i kommentaren til art. 11. Rapporten om tynd kapitalisering konkluderer, at bestemmelserne vedrørende udbytte (art. 10) og rente (art. 11) i overenskomster, der følger OECD MDBO og hermed den givne definition af udbytte og rente, ikke forhindrer rente i at blive behandlet som udbytte, såfremt långiver egentlig har en vis risiko i debtors virksomhed. Såfremt de nationale regler om tynd kapitalisering udelukkende indebærer en fradragsbegrænsning, kan der ikke opstå en konflikt mellem bestemmelser svarende til art. 10 og 11 og intern ret. Dette skyldes det forhold, at overenskomstbestemmelserne ikke vedrører spørgsmålet om renters fradragsret. De nævnte bestemmelser kan udelukkende komme i konflikt med national lovgivning om tynd kapitalisering, såfremt disse regler medfører en egentlig omkvalificering af rentebetalinger til udbytte såvel i relation til intern ret som i relation til landets dobbeltbeskatningsoverenskomster. Se også herom pkt. 25 til art. 10 i kommentaren til OECD MDBO og tilsvarende i pkt. 19 i kommentarerne til art. 11.

De fleste lande, der har regler der medfører en omkvalificering af rente til udbytte, mener ikke at dette strider mod de indgående overenskomster.

Idet de danske regler om tynd kapitalisering ikke medfører en egentlig omkvalificering af renter til udbytter, giver reglerne ikke anledning til problemer i forhold til rente- og udbyttedefinitionerne i de dobbeltbeskatningsoverenskomster, der tager udgangspunkt i OECD MDBO art. 10 og 11. Derimod kan bestemmelsen få betydning, såfremt overenskomstens anden stat som overenskomstens kildeland omkvalificerer rentebetalinger fra et datterselskab i denne stat til et dansk moderselskab til udbyttebetalinger i medfør af interne regler om tynd kapitalisering. Danmark skal efter overenskomsten acceptere, at det er art. 10 (og ikke art. 11), som skal lægges til grund ved anvendelse af overenskomsten i Danmark³⁷⁰.

2.2.3 Beskatning i domicilstaten – OECD MDBO art. 23

For så vidt angår artikel 23 i OECD MDBO indikerer rapporten om tynd kapitalisering, at kreditorstaten er *forpligtet* til at tillade lempelse,

370. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 198 note 471. Det anføres videre, at det er de interne danske skatteregler, der skal lægges til grund ved opgørelsen af moderselskabets indkomst, således at betalingerne skal betragtes som renter, hvis dette følger af kvalifikationen efter interne danske regler.

som om der i realiteten var tale om en udbyttebetaling. Dette gælder under forudsætning af, at debitorstatens regler om tynd kapitalisering medfører, at der sker en behandling af rente som udbytte og at den pågældende artikel, der svarer til art. 23 i OECD MDBO, henviser til den bestemmelse, det tilsvarende OECD MDBO art. 10 vedrørende udbytte. I andre situationer synes rapporten at indikere, at kreditorstaten *burde* tillade lempelse. Dette gælder særligt når:

- rente i kildelandet blev behandlet som udbytte efter regler, der er i overensstemmelse med OECD MDBO art. 9
- når kreditorstaten har tilsvarende regler om tynd kapitalisering, der ville indebære en behandling af rentebetalingen som udbytte i en tilsvarende situation, samt
- i andre situationer hvor kreditorstaten accepterer de korrektioner, der foretages i debitorstaten.

Spørgsmålet behandles også af OECD i pkt. 67 og 68 i kommentarerne til OECD MDBO art. Art. 23.

I praksis forholder det sig vistnok anderledes end forudsat af OECD. I IFA's rapport om de internationale aspekter af tynd kapitalisering rapporterer flere nationalrapportører, at man i de enkelte lande ikke føler sig forpligtede til at acceptere en omkvalificering ved anvendelse af en given dobbeltbeskatningsoverenskomst. Begrundelsen herfor synes at være konkurrence staterne imellem om den størst mulige provenuandel.

For andre lande der ikke foretager en egentlig omkvalificering af rentebetalinger, giver bestemmelser tilsvarende OECD MDBO art. 23 ikke anledning til nogen vanskeligheder i relation til interne regler om tynd kapitalisering. Derimod melder sig imidlertid spørgsmålet, om hvordan dansk praksis er i den forbindelse, hvor Danmark er kreditorstat. Som det fremgår, er overenskomstlandene forpligtede til at acceptere en omkvalificering. Der foreligger ikke tilgængelig praksis, der tager stilling til Danmark som modtagerland. Det lader dog til at fremgå af TfS 1994.536 TSS, at de danske myndigheder vil søge at få en eventuelt opstået dobbeltbeskatning ophævet, med mindre der i den givne dobbeltbeskatningsoverenskomst er taget direkte forbehold overfor situationen. Det fremgår dog ikke af afgørelsen, om der er tale om en sag vedrørende tynd kapitalisering efter intern britisk ret.

2.2.4 Ikke-diskriminering – OECD MDBO art. 24(4) og (5)

Det følger af art. 24, stk. 1 i OECD MDBO, at statsborgere fra den anden kontraherende stat ikke kan undergives beskatning eller dermed forbundne krav, som er anderledes eller mere byrdefulde, end den beskatning og dermed forbundne krav som er pålagt egne statsborgere.

Udgangspunktet efter artikel 24 i OECD MDBO er, at kildestater ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst hos et selskab skal tillade fradrag for rentebetalinger og andre betalinger til et udenlandsk selskab i en anden traktatstat, på samme betingelser som rent nationale betalinger. Som det er fremgået ovenfor, kan art. 9 imidlertid tillade en begrænsning af fradragsretten som følge af tynd kapitalisering. Af denne årsag har OECD i kommentaren til art. 24(4), pkt. 56, anført, at der er visse begrænsninger i adgangen til korrektion.

Udgangspunktet efter bestemmelser svarende til OECD MDBO art. 24(5) er, at foretagender i en traktatstat, der ejes af aktionærer i en anden traktatstat, ikke skal undergives en mere byrdefuld behandling end andre foretagender i førstnævnte traktatstat. Enkelte nationale regler kan således komme i konflikt med denne bestemmelse, såfremt der eksisterer en tilsvarende bestemmelse i den aktuelle dobbeltbeskatningsoverenskomst, men kun i det omfang rentefradragsretten begrænses³⁷¹.

Man kan stille sig uforstående over for denne rangordning af bestemmelserne, idet ordlyden af art. 24(5) efter sin ordlyd kan finde anvendelse selvstændigt ved siden af art. 24(4)³⁷². Dette kan antages at være af stor betydning, idet art. 24(5) ikke indeholder en tilsvarende armslængde begrænsning. Herved kan det tænkes, at en korrektion som følge af tynd kapitalisering kan stride mod en bestemmelse svarende til art. 24(5) i en overenskomst, selvom korrektionen er i overensstemmelse med armslængde princippet.

I relation til OECD MDBO art. 24 om ikke-diskriminering konkluderer OECD-rapporten om tynd kapitalisering fra 1987, at en ikke-diskrimineringsklausul med forbillede i OECD MDBO art. 24(5) ikke forhindrer rentebetalinger i at blive behandlet som udbytte efter regler om tynd kapitalisering, såfremt disse regler er i overensstemmelse med OECD MDBO art. (1) og 11(6). Dog forhindrer art 24(5) dette, såfremt reglerne om tynd kapitalisering udelukkende finder anvendelse, når kreditor er udenlandsk, og når reglerne ikke er i overensstemmelse med de nævnte artikler i OECD MDBO. Yderligere konkluderer rapporten, at de øvrige regler om ikke-diskrimination ikke er specifikt designet til den givne problemstilling.

371. I pkt. 58 i kommentaren til OECD MDBO art. 24(5) anføres det: “58. Paragraph 5, though relevant in principle to thin capitalisation, is worded in such general terms that it must take second place to more specific provisions in the Convention. Thus, paragraph 4 (referring to paragraph 1 of Article 9 and paragraph of Article 11) takes precedence over this paragraph in relation to the deduction of interest.”

372. Jf. Detlev J. Piltz i International aspects of thin capitalization, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 82b, 1996, s. 134.

I international praksis er nationale regler om tynd kapitalisering af nationale domstole i enkelte konkrete tilfælde fundet i strid med indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Særligt de franske regler om tynd kapitalisering er blevet fundet overenskomststridige. Se hertil en dom fra retten i Orleans fra maj 1997 samt en dom fra Conseil d'Etat fra 16. februar 1990 (SAS France).

Se hertil SU 1997.266

Retten i Orleans har i en dom statueret, at de franske regler om tynd kapitalisering er i strid med ikke-diskrimineringsbestemmelsen i art. 26, stk. 3 i den tidligere dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Frankrig og Østrig fra 1959. Der findes ikke en tilsvarende begrænsning af fradragsretten vedrørende renter, der betales til franske moderselskaber som den reglerne om tynd kapitalisering indebærer. På denne baggrund fandt den franske domstol, at det franske datterselskab af det østrigske moderselskab blev undergivet en mere byrdefuld beskatning end fransk ejede selskaber, alene på grund af det udenlandske ejerskab.

Ligeledes interessant er Conseil d'Etat's afgørelse af 16. Februar 1990 omtalt i ET 1990.56

Det franske datterselskab til SAS (SAS France) var ejet 99,4% af SAS i Sverige. Datterselskabet betalte en årlig rente til moderselskabet vedrørende gæld til samme. Rentefradragsretten blev nægtet af de franske myndigheder. SAS bestred dette med henvisning til ikke-diskrimineringsbestemmelsen i den svensk-franske dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. bestemmelserne svarende til OECD MDBO art. 24(1). Domstolen fulgte imidlertid argumentationen fremført af de franske myndigheder, idet den fandt, at ikke-diskrimineringsbestemmelsen i den svensk-franske dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke blev overridet af de nationale regler. Særligt to argumenter vandt gehør for domstolen. (1) For det første blev det antaget, at en fransk skatteyder ikke kunne påberåbe sig den pågældende ikke-diskrimineringsklausul. Nærmere gik dette argument ud på, at den svensk-franske overenskomst ikke kan påberåbes af franske skatteydere som SAS France, med henblik på at bestride anvendeligheden af intern fransk ret. Nogle kommentatorer begrunder dette standpunkt med den konkrete formulering af den svensk-franske overenskomst, hvorefter overenskomsten kun kan påberåbes overfor et lands skattemyndigheder af personer, der er hjemmehørende i den anden stat. Det påpeges, at såfremt der i overenskomsten havde eksisteret en bestemmelse svarende til OECD MDBO art. 24(5) og 24(6) ville der ikke være noget til hinder for at overenskomstens ikke-diskrimineringsbestemmelse kunne påberåbes af et fransk hjemmehørende selskab vedrørende intern fransk skatte-

ret. (2) Det andet forhold der medførte opretholdelse af fradragsbegrænsningen udspringer tillige af den konkrete udformning af ikke-diskrimineringsbestemmelsen i den svensk-franske overenskomst. Således fandt retten, at overenskomsten udelukkende kunne påberåbes, såfremt det svenske moderselskab var skattepligtigt i Frankrig på diskriminerende vilkår. Dette var ikke tilfældet, idet det jo netop var det franske selskab, hvis rentefradragsret blev beskåret. Gauthier Blanluet anfører dog i ET 1990, s. 58, at dommen er konkret begrundet og at den utvivlsomt havde fået et andet udfald såfremt den pågældende overenskomst havde indeholdt bestemmelser svarende til OECD MDBO art. 24(5) og art. 24(6). De franske interne regler om tynd kapitalisering er dog ændret siden.

Afgørende for om dansk ret kommer i konflikt med ikke-diskriminationsbestemmelsen er, om de enkelte dobbeltbeskatningsoverenskomster har en bestemmelse svarende til OECD MDBO art. 24(4) eller ej, idet det ellers kan anføres, at tynd kapitaliserings problematikken falder uden for overenskomsternes anvendelsesområde. Hvis der findes en bestemmelse svarende til OECD MDBO art. 24(4) er der dog ingen problemer såfremt korrektionen er i overensstemmelse med OECD MDBO art. 9 eller art. 11(6) samt hvis reglerne finder tilsvarende anvendelse ved nationale kreditorer. Sidstnævnte er som udgangspunkt ikke tilfældet i henhold til SEL § 11. Det bemærkes dog herved, at der i henhold til SEL § 11 er mulighed for at godtgøre, at lånet er på markedsmæssige vilkår. Det følger af OECD rapport fra 1987 pkt. 79 samt kommentarerne til OECD MDBO art. 9, stk. 1, at også en for streng eller uproportional bevisbyrde kan medføre, at reglen er i strid med en ikke-diskrimineringsklausul³⁷³. Det er min vurdering, at det danske beviskrav ikke indebærer et brud med ikke-diskrimineringsprincippet efter OECD MDBO art. 24. Det samme gælder det forhold, at de danske regler som udgangspunkt udelukkende finder anvendelse i relation til udenlandske kreditorer, idet også argumentet om, at der ikke nationalt eksisterer et skatteincitament til tynd kapitalisering, må antages at kunne tillægges en vis værdi i denne henseende.

2.2.5 Den gensidige aftaleprocedure – OECD MDBO art. 25

Idet flere stater ikke accepterer andre staters omkvalificering af betalinger fra rente til udbytte, kan der opstå dobbeltbeskatning. Skatteydernes eneste mulighed i sådanne situationer er at søge at gøre brug af den gen-

373. Sml. José M. Calderón Carrero: Spanish Thin Capitalisation in the Light of the Non-Discrimination Principle: its Compatibility with Double Tax Treaties and EC Law i Intertax 1996, s. 295.

side aftaleprocedure i henhold til bestemmelser svarende til OECD MDBO art. 25. I OECD-rapporten om tynd kapitalisering fra 1987 sluttes det, at denne bestemmelse er velegnet til at løse de problemer, der opstår i forbindelse med tynd kapitalisering. Dette følges op af flere citater i kommentarerne til OECD MDBO, særligt kan nævnes pkt. 8 i kommentarerne til art. 25.

Kommentaren i pkt. 68 til OECD MDBO art. 23 tilføjer et nyt aspekt til fortolkningen af OECD MDBO art 25, idet der her anføres, at kreditortstaten har pligt til at undgå dobbeltbeskatning³⁷⁴. I sager der involverer den gensidige aftaleprocedure, skal der særligt spørges om omkvalificeringen stemmer overens med art. 9, og om aktionærens hjemland accepterer dette eller er klar til at acceptere dette. Videre skal der spørges, om aktionærstaten anvender en tilsvarende metode i den omvendte situation. Hvis ingen af just nævnte forhold kan besvares bekræftende, må der spørges om aktionærlandet finder det acceptabelt, at datterselskabets hjemland omkvalificerer rentebetalinger.

Det er uklart, hvorledes de danske myndigheder forholder sig i denne situation.

3 EU-retlige aspekter

3.1 Indledning

I EU-regi er der ikke foretaget egentlige tiltag med sigte på tynd kapitalisering. Der findes således ikke endnu direkte supranational regulering af tynd kapitaliseringsproblematikken. Tynd kapitalisering er ikke direkte omfattet af eksisterende unionsretlige lovgivningstiltag. Dog skal i det følgende omtales den indflydelse, den primære unionsret kan have på national normering af tynd kapitalisering, ligesom sekundære retsakter og påtænkte sekundære retsakter konsulteres.

3.2 Ruding-rapporten – harmoniseringsinitiativer

Som nævnt er der i EU-sammenhæng endnu ikke taget direkte initiativ til en harmonisering af materielle regler om tynd kapitalisering. Dog er det af Ruding-komiteen blevet anbefalet, at der indføres særlige fælleseuropæiske regler herom. Således hedder det s. 216 i Ruding-rapporten³⁷⁵: “...*The Committee considered that there should be some uniformity in both defining and dealing with “thin capitalization”. Accordingly,*

374. Jf. Detlev J. Piltz op.cit., s. 134.

375. Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation, Commission of the European Communities, 1992.

The Committee recommends that the Commission should take action to coordinate with the Member States a common approach to the definition and treatment of thin capitalization (Phase II)...”.

Disse anbefalinger har endnu ikke ført til konkrete forslag fra Kommissionens side og vil formentlig heller ikke gøre det de nærmeste år³⁷⁶.

3.3 Moder/datterselskabsdirektivet

Som bekendt omhandler moder-/datterselskabsdirektivet³⁷⁷ afskaffelse af juridisk og økonomisk dobbeltbeskatning af udbytter mellem koncernselskaber. Det er omdiskuteret om moder/datterselskabsdirektivet har betydning for situationer vedrørende tynd kapitalisering. Særligt tre argumenter synes at kunne opstilles for at regler om tynd kapitalisering ikke berører moder-/datterselskabsdirektivets anvendelsesområde³⁷⁸. For det første gives der ikke i direktivet nogen definition af udbyttebegrebet, hvilket således overlades til nationalstaterne. For det andet rummer direktivet ikke regler om fradragsret for udgifter i forbindelse med bestemmelsen af, hvordan overskud defineres. For det tredje forhindrer direktivet ikke nationalstaterne i at anvende interne regler til at hindre skatteudnyttelse (svig og misbrug), jf. art. 1, stk. 2. Dog kan det alligevel antages, at rentebetalinger der omkvalificeres til udbytte også kan nyde godt af de fordele, der tildeles gennem moder-/datterselskabsdirektivet for så vidt angår koncerninterne udbyttebetalinger i kildestaten³⁷⁹. Dette må også antages at gælde i relation til opfyldelse af den påkrævede ejerandel, idet gæld der omkvalificeres til egenkapital efterfølgende må skulle medregnes som egenkapital i relation til ejerkriteriet. Derimod er det et mere problematisk spørgsmål, om modtagerstaten skal respektere kvalifikationen i kildestaten. Nogle forfattere er fortalere for, at fordelene tillige skal tildeles af modtagerstaterne³⁸⁰. Nogle stater kunne tænkes at modsætte sig kildestatens kvalifikation. Men det må som et mindstemål anbefales, at modtagerstaterne lever op til de samme krav, som følger af indgående dobbeltbeskatningsoverenskomster, der er udformet

376. Sml. Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 287.

377. Rådets direktiv af 23.7. 1990 (90/435/EØF) om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

378. Jf. herved Detlev J. Piltz i Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 82b, International aspects of thin capitalization, 1996, s. 136 f.

379. Sml. vurderingen hos Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 226 og Marjaana Helminen: The Dividend Concept in International Tax Law – Dividend Payments Between Corporate Entities, 1999, s. 331 ff.

380. Marjaana Helminen loc.cit.

efter OECD's modeldobbeltskatningsoverenskomst. Der findes dog ikke noget krav herom i EU-retten³⁸¹.

Idet det ses, at den potentielle problematik i relation til moder-/datterselskabsdirektivet udelukkende har relevans, hvor der foretages en egentlig omkvalificering, må det sluttes, at de danske regler i SEL § 11 ikke får betydning i denne relation. Derimod kan spørgsmålet tænkes forekommende for danske virksomheder, der har datterselskaber eller filialer i udlandet.

3.4 Rente- og royalty direktivforslaget

Kommissionen har tilkendegivet, at det har høj prioritet at få vedtaget udkastet til et direktiv om beskatning af renter og royalties mellem koncernforbundne selskaber³⁸². Formålet med dette direktivforslag er at fjerne de forvriddninger, der fortsat eksisterer i Det Indre Marked gennem dobbeltskatning. Direktivet foreskriver hertil, at en medlemsstat ikke må beskatte renter og royalties, der fremkommer på dennes territorium, men retmæssigt ejes af virksomheder, som ikke er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat. Direktivforslaget indeholder flere bestemmelser, der tager sigte mod antiudnyttelse.

I art. 6 findes en bestemmelse, der tilkendegiver, at direktivet ikke hindrer en medlemsstat i at træffe passende foranstaltninger til bekæmpelse af svig eller misbrug, jf. art. 6, stk. 2. Af stk. 2 i samme bestemmelse følger, at en medlemsstat kan tilbagekalde fordele i henhold til direktivet eller nægte at anvende direktivet i tilfælde af transaktioner, der har skatteunddragelse eller skatteundgåelse som hovedformål eller et af hovedformålene³⁸³. Det angives i art. 4 i forslaget, at den medlemsstat, hvor renterne opstår kan udelukke betalinger, der påstås at være renter fra direktivets anvendelsesområde, herunder indtægter, der behandles som udlodning af udbytte eller afdrag. Videre anføres det i art. 4 in fine, at renter der behandles som udbytte dermed falder ind under bestemmelserne i moder-/datterselskabsdirektivet, såfremt de betales mellem virksomheder, der er omfattet af rente- og royaltydirektivforslaget. Endelig angives i art. 5, at direktivet udelukkende finder anvendelse på armslængde rente- og royaltybetalinger, såfremt der er tale om interesseforbundne parter. En overskydende betaling vil således ikke være omfattet

381. *Marjaana Helminen* loc.cit.

382. Se KOM (1998) 67 endelig udgave af 4.3.1998, Forslag til Rådets direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede virksomheder i forskellige medlemsstater.

383. Se *Søren Næsborg Jensen* i SU 1998.242 med kritik af den valgte formulering af den danske version af direktivforslaget.

af direktivet, men den del af betalingen, der svarer til armslængde vilkår, vil dog fortsat være omfattet³⁸⁴.

Forslaget til rente-/royaltydirektivet er ydermere interessant i relation til bestemmelse af, hvad der anses for at være profit i henhold til moder-/datterselskabsdirektivet, idet der henvises til moder-/datterselskabsdirektivet for så vidt angår betalinger, der ikke omfattes af rente- og royaltykildeskattedirektivet. Kommissionen har herved klart tilkendegivet, at det er dennes opfattelse, at indkomst fra gæld, der behandles som udbytte, skal behandles efter moder-/datterselskabsdirektivet³⁸⁵.

3.5 Voldgiftskonventionen

Den såkaldte voldgiftskonvention³⁸⁶ blev inkorporeret i dansk ret ved Lov nr. 763 af 27.11. 1991³⁸⁷. Konventionen træder først endeligt i kraft når de manglende stater har ratificeret den. Konventionen har til formål at afskaffe dobbeltbeskatning, jf. hensigtserklæringen i daværende TEF art. 220 (nu art. 294). Dette søges gennemført ved en særlig voldgifts-procedure³⁸⁸. Konventionen kan formentlig ses som et supplement til konsultationsproceduren i visse dobbeltbeskatningsoverenskomster med forbillede i OECD MDBO art. 25.

Selvom konventionen vedrører ophævelse af dobbeltbeskatning følger det ikke direkte af ordlyden, at den kan medvirke til at løse problemer i kølvandet på korrektioner som følge af tynd kapitalisering. Flere forfattere har tilkendegivet, at en fortolkning af konventionen medfører, at korrektioner vedrørende tynd kapitalisering ikke er omfattet³⁸⁹. Som det

384. Det er i denne forbindelse interessant, at EF-Domstolen herved får kompetence til at pådømme eventuelle sager vedrørende armslængdespørgsmål, jf. herved *Søren Næsborg Jensen* i SU 1998.242. Art. 5 kan eventuelt give anledning til betydelig fortolkningsvivl, idet de enkelte EU-lande har indført forskellige safe haven debt-to-equity ratios, der objektivt definerer, hvornår en uafhængig tredjemand ville have stillet kapital til rådighed for debitorselskabet. Som anført af *Søren Næsborg Jensen* op.cit. kunne art 5 formentlig undværes, idet denne bestemmelse blot udtrykker, hvad der allerede følger af art. 6.

385. Jf. *Marjaana Helminen*: The Dividend Concept in International Tax Law – Dividend Payments Between Corporate Entities, 1999, s. 332 f.

386. Konvention 90/436/EØF om ophævelse af dobbeltbeskatning i forbindelse med regulering af forbundne foretagenders overskud. Konventionen kaldes også dobbeltbeskatningskonventionen.

387. Senest ændret ved L 143 vedtaget 24.2. 2000.

388. Jf. herom eksempelvis *Jakob Bundgaard*: Concernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999, s. 223 ff, *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 294 ff, og *Søren Næsborg Jensen*: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 340 ff med henvisninger.

389. Jf. herved *Luc Hinnekens* i ECTR 1992, s. 70 og *Ruud A. Sommerhalder* i ET 1996.82.

er anført ovenfor finder OECD, at tynd kapitalisering vedrører transfer pricing problematikken og kan henføres under armslængde princippet i OECD MDBO art. 9, stk. 1, også selvom der som udgangspunkt er tale om dispositionskorrektur i stedet for vilkårskorrektur. Bestemmelserne i OECD MDBO art. 9, stk. 1 og artikel 4 i voldgiftskonventionen er næsten enslydende og kan derfor formentlig antages at have identisk indhold. Efter denne fortolkning vedrører armslængde princippet i konventionen tillige korrektioner som følge af tynd kapitalisering³⁹⁰. En fortolkning af konventionen kan også selvstændigt føre til, at korrektioner som følge af tynd kapitalisering omfattes. Men dette resultat er ikke generelt accepteret, hvorfor det kan være nødvendigt at benytte den gensidige aftaleprocedure i indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Idet national lovgivning om tynd kapitalisering oftest sigter til at ramme koncernforbundne selskaber, kan det siges, at dette netop medfører, at de omhandlede situationer kommer ind under moder-/datterselskabsdirektivets anvendelsesområde. Herved hindres det ofte, at der kan opkræves kildeskat af udbyttebetalinger, der er blevet omkvalificeret til denne betalingstype. Moder-/datterselskabsdirektivet er dog ikke anvendeligt i sådanne stater (som Danmark), hvor der udelukkende sker en rentefradragsbegrænsning i tilfælde af tynd kapitalisering³⁹¹.

3.6 SEL § 11 og den primære fællesskabsret

I det følgende skal det fremhæves hvordan regler om tynd kapitalisering kan konfronteres med den primære fællesskabsret. På baggrund af den efterhånden omfattende praksis fra EF-domstolen kan der stilles krav til national lovgivning, herunder national antiudnyttelseslovgivning og national lovgivning skal tage hensyn til EU-retten³⁹².

I teorien har flere forfattere gjort sig til talsmænd for det standpunkt, at de danske regler om tynd kapitalisering kan antages at stride mod den primære fællesskabsret, selvom der i bemærkningerne til L 101 blev det anført, at lovforslaget ikke indeholder EU-retlige aspekter. Dette spørgsmål kan naturligvis ikke endeligt afklares, men mulige argumenter i forbindelse hermed skal præsenteres i det følgende. Det skal indledningsvis bemærkes, at der ikke findes nogen afgørelse fra EF-domstolen, der tager stilling til foreneligheden af nationale regler om tynd kapitalisering med de grundlæggende bestemmelser i EF-traktaten.

390. Jf. Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 294, Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 353 og Detlev J. Piltz: International aspects of thin capitalization, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 82b, 1996, s. 137.

391. Jf. Marjaana Helminen op.cit., s. 333 f.

I relation til en bedømmelse af de danske regler om tynd kapitalisering i SEL § 11 kan ikke alle EF-traktatens diskriminations- og restriktionsforbud tænkes relevante. Særligt relevant er det generelle diskriminationsforbud i EF-traktatens art. 12 sammenholdt med etableringsretten i art. 43 jf. art. 48, ligesom kapitalens frie bevægelighed i henhold til EF-traktatens art. 56 ff³⁹³ og reglerne om den frie bevægelighed for tjenesteydelser i TEF kap. 3 har relevans.

Lånekapital kan tilføres som led i en etablering i et andet land. Ligeledes kan tilførslen af fremmedkapital ses som udførelsen af en finansiel tjenesteydelse eller som en kapitalbevægelse.

Der lader ikke umiddelbart til at være betydningsfulde forskelle mellem de situationer, hvor der etableres en filial i Danmark og sådanne situationer, hvor der etableres et datterselskab i relation til regler om tynd kapitalisering. Dette begrundes med det forhold, at der i begge situationer kan identificeres potentielle skatteudnyttelsesmuligheder.

Det kan først overvejes, om de danske regler om tynd kapitalisering i SEL § 11 er i overensstemmelse med TEF kapitel 2 – art. 12, og art. 43 jf. art. 48.

De danske regler om tynd kapitalisering er ikke udtryk for direkte diskrimination i henhold til EF-traktaten. Derimod er det et åbent spørgsmål, om reglerne er udtryk for skjult diskrimination overfor udenlandske moderselskaber, der stilles ringere end nationale moderselskaber eller i relation til etableringen af datterselskaber i Danmark, idet dette kan siges at blive hindret med SEL § 11. En prøvelse af dette spørgsmål skal gennemføres i to led. For det første skal det undersøges, om reglerne reelt stiller de nævnte skattesubjekter dårligere i en sammenlignelig situation. Såfremt dette er tilfældet skal det efter diskriminationsprøvelsen

392. Litteraturen herom er righoldig. Se for danske generelle bidrag *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000, s. 687ff og samme i *Skatteretten* 3, 2000, s. 422 ff, *Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen*: EU-retten 2 – Harmoniseringen – udvalgte emner, 1999, s. 201 ff, samme i *National skatteret og EU-retten – om EU-domstolens prøvelse af nationale skatteregler*, 1994, *Erik Werlauff*: EU-selskabsret, 1999, s. 113 ff og samme i *Selskabsskatteret*, 1999, s. 41 ff. Se for en specifik stillingtagen til reglerne om tynd kapitalisering: *Lars Cort Hansen* i SU 1998.236 og *Karsten Engsig Sørensen* i SU 1998.320. I international kontekst kan eksempelvis henvises til *David B. Oliver* i ECTR 1998.170; The impact of EU non-discrimination provisions in UK corporate tax law og *José M. Calderón Carrero* i *Intertax* 1996.282; *Spanish Thin Capitalisation in Light of the Non-Discrimination Principle: its Compatibility with Double Tax Treaties and EC Law*.

393. Se generelt om kapitalens frie bevægelighed i EU og skatteretlige hindringer herfor, *Karsten Engsig Sørensen* i R&R 1996/7, s. 25 ff.

undersøges, om der kan identificeres en saglig grund til denne forskelsbehandling.

Vurderingen, af hvorvidt der er tale om sammenlignelige forhold, beror på en konkret bedømmelse. Såfremt der kan konstateres objektive forskelle mellem situationerne, er der ikke tale om en sammenlignelig situation. I relation til SEL § 11 kunne det anføres, at der ikke består sammenlignelighed idet der er symmetri i beskatningen af renter og udbytter internt i Danmark, mens dette ikke nødvendigvis er tilfældet internationalt. Risikoen for erosion af beskatningsgrundlaget er betydeligt større ved et dansk tynd kapitaliseret datterselskab, der har gæld til sit udenlandske moderselskab (eller datterselskab) end med et dansk moderselskab, såfremt det udenlandske selskab er undergivet en lavere beskatning end efter danske regler. Rent interne situationer vil oftest kun kunne medføre en skatteudskydelse, mens internationale transaktioner kan medføre en egentlig skattebesparelse³⁹⁴. Dog rammer den danske regel også situationer, hvor der er symmetri i beskatningen internationalt, ligesom reglen rammer situationer, hvor der ikke kan konstateres nogen skattefordel af tynd kapitalisering. SEL § 11 begrænser alene fradragsretten for renter og kurstab vedrørende gæld til udenlandske selskaber eller renter og kurstab vedrørende gæld, som udenlandske koncernforbundne selskaber har stillet sikkerhed for. Det er på denne baggrund klart, at SEL § 11 alene vil ramme selskaber, der er koncernforbundet med udenlandske selskaber (herunder i andre medlemsstater). Der foretages ikke tilsvarende fradragsbegrænsning i rent interne danske forhold. Ydermere kan det anføres, at danske selskaber, der vil blive omfattet af SEL § 11 i stedet for udenlandske koncerninterne lån, vil vælge danske lån. SEL § 11 kan altså ramme situationer, hvor der er tale om sammenlignelige forhold, men har som sit hovedområde formentlig situationer, hvor der ikke er sammenlignelighed. Der kunne på denne baggrund argumenteres for, at EF-domstolen under sådanne omstændigheder vil afvise, at der er tale om sammenlignelige situationer.

Hvis det imidlertid lægges til grund, at den danske regel i SEL § 11 i realiteten medfører en dårligere behandling af etablerede datterselskaber eller udenlandske moderselskaber i en sammenlignelig situation, er spørgsmålet følgende, hvorvidt der findes en saglig begrundelse herfor.

EF-domstolen har i et vist omfang med *Bachmann*, Sag C-204/90 accepteret hensynet til sammenhæng i skattesystemet. Dette er dog siden med *Wielockx* af 11.8.1995, Sag C-80/94, blevet indskrænket, så kriteriet nu formentlig ikke kan få afgørende betydning ved prøvelsen. Det har formentlig ingen tyngde at argumentere for, at tilladelse til rentefradrag

394. Jf. herved *Lars Cort Hansen* i 1998.236, s. 422.

forudsætter en beskatning af renteindtægten et andet sted hos et andet skattesubjekt på et niveau svarende til dansk selskabsbeskatning. Dette argument giver heller ikke mening internt i Danmark.

Hensynet til skattekontrol kan ikke siges at udgøre et hensyn efter reglerne i SEL § 11. Dette hensyn er begrænset af EF-domstolen og undergives en konkret vurdering, der vurderer den reelle sammenhæng mellem den omdiskuterede regel og hensynet til skattekontrol og en proportionalitetsvurdering.

Af den generelle undtagelsesbestemmelse til TEF art. 43 nemlig art. 46 følger blandt andet undtagelsesbestemmelser vedrørende hensynet til den offentlige orden. Heraf lader det til at kunne udgøre en saglig begrundelse, at medlemsstaterne efter omstændighederne opretholder visse diskriminerende bestemmelser, der skal hindre skattetænkning. I afgørelsen C-264/96 *ICI*, har EF-domstolen tilkendegivet, at den ikke altid accepterer medlemsstaternes værnsregler. Denne afgørelse betyder, at medlemsstaterne må indrette deres værnsregler således, at de alene rammer de arrangementer, der tilsigter skatteunddragelse. Der kan ikke generaliseres, således at værnsreglerne rammer virksomheder allerede, fordi de har aktiviteter i udlandet³⁹⁵. Det er imidlertid ikke klart, i hvilket omfang lærdommen fra *ICI*-dommen kan benyttes i relation til reglerne i SEL § 11. I det omfang tynd kapitalisering etableres med henblik på udnyttelse af skatteoaser, må det dog antages, at det er Domstolens opfattelse, at der er grænser for hvilke hindringer medlemsstaterne kan opstille overfor virksomheder, der ønsker at drive virksomhed i udlandet og formentlig også for hvilke hindringer, der kan opstilles for virksomheder fra andre medlemsstater. Det er dog klart, at SEL § 11 klart lever op til sigtet om at ville hindre skatteudnyttelse. Men samtidig kan det anføres, at reglerne rammer for bredt herunder også situationer, hvor der ikke kan dokumenteres en udnyttelsesmulighed. Det skal betones, at det taler mod traktatstridighed, at det er muligt at undgå fradragsbegrænsning efter de danske regler, såfremt armslængde testen opfyldes. Dette taler nemlig for, at reglerne i SEL § 11 som udgangspunkt er proportionale i det omfang, der er tale om overensstemmelse med armslængde princippet. På den anden side kan der argumenteres for, at reglerne ikke er proportionale, idet SEL § 11 rammer alle selskaber, der er koncernforbundne med udenlandske selskaber, også selvom der ikke består et motiv til tynd kapitalisering i alle situationer.

395. Jf. Karsten Engsig Sørensen i SU 1998.320 og Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten 2, 1999, s. 231.

I stedet for diskriminationsprøvelse kunne der tænkes argumenteret ud fra et restriktionsforbud med hjemmel i EF-traktatens art. 43 jf. art. 48, som det blev gjort i *Futura Participations-dommen*, Sag C-250/95. SEL § 11 rammer alene udenlandske lån, men omfatter altså både udenlandske moderselskaber og datterselskaber af danske moderselskaber. Der kan derfor argumenteres for, at det er lånet snarere, end selskabet der berøres. Hermed skal der foretages en bedømmelse efter forbudet mod hindring i kapitalens fri bevægelighed. Dog er der mulighed for, at udenlandske moderselskaber underkastes en hårdere beskatning end efter danske regler, hvilket vanskeligt kan forenes med EF-traktatens art. 43.

Som i sagen C-1/93 *Halliburton* kan det anføres, at SEL § 11 medfører større besvær i forbindelse med international låntagning end i forbindelse med national låntagning. Af *Futura Participations SA* Sag C-250/97 kan yderligere udledes, at visse hindringer kan begrundes med objektive grunde, der er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. De danske regler om tynd kapitalisering kunne derfor som udgangspunkt siges at være i overensstemmelse med EF-traktaten, idet reglerne tager sigte på at hindre skatteudnyttelse, såfremt dette mål opfylder kravet om proportionalitet. SEL § 11 kan i visse situationer siges ikke at leve op til kravet om proportionalitet, idet formodningsreglen medfører, at alle udenlandske koncerninterne lånetransaktioner principielt kan blive omfattet af reglerens anvendelsesområde.

Det forhold, at de danske regler i SEL § 11 kan gøre det mindre attraktivt at låne fra parter fra andre EU-lande end Danmark, lader i et vist omfang også til at stride mod EF-domstolens udtalelser i *Eurowings*, sag C-294/97 (TEF art. 59 nu art. 49 fri bevægelighed for tjenesteydelser). Domstolen udtalte i denne sags præmis 43 og 44, at en forskelsbehandling som den omhandlede ikke kan begrundes med, at den udlejer der er etableret i en anden medlemsstat eventuelt er undergivet en lav beskatning i den pågældende stat. En eventuel skattemæssig fordel, som tjenesteydere måtte have på grund af en lav beskatning i etableringsstaten, kan ikke tjene som begrundelse for, at en anden medlemsstat skattemæssigt udsætter tjenesteydelsesmodtagere i den sidstnævnte stat for en mindre fordelagtig behandling. I EU er der ikke mange stater der har et selskabsbeskatningssystem, der indebærer en potentiel signifikant skattebesparelse som følge af tynd kapitalisering i Danmark.

Af *Saint Gobain* sag C-307/97 (TEF art. 52 nu art. 43) fremgår det, at faste driftssteder af selskaber fra andre medlemsstater har krav på samme skattemæssige fordele som indenlandske selskaber. Det er tvivlsomt, hvilken vægt det vil have at argumentere for, at den danske behandling af faste driftssteder i henhold til SEL § 11, stk. 5 vedrører nægtelsen af en

fordel, idet fradragsretten også nægtes for datterselskaber etableret i Danmark. Den almindelige rentefradragsret er vel i øvrigt ej heller en fordelsregel som sådan

De danske regler om tynd kapitalisering kan medføre forøgede byrder for skatteydere der er koncernforbundet med enheder i andre EU-lande i forhold til rent internt danske koncernforhold. Derfor kan der opstå forøgede efterlevelsessomkostninger i disse situationer, hvilket potentielt kan stride mod centrale frihedsrettigheder i EF-traktaten. Særligt *Futura*, Sag C-250/95, kan give støtte til et standpunkt om, at eventuelle efterlevelsessomkostninger (og andre byrder) skal være proportionale.

Det kan ligeledes overvejes, om SEL § 11 er i overensstemmelse med reglerne om tjenesteydelsernes frie bevægelighed, TEF kap. 3, særligt art. 49 og det kan overvejes om SEL § 11 er i overensstemmelse med reglerne om kapitalens frie bevægelighed i TEF kap. 4, artikel 56 og 58³⁹⁶.

Restriktionsforbuddet i TEF art. 56 indebærer dels, at der skal være tale om en hindring af den frie bevægelighed for tjenesteydelser, og dels at denne hindring rammer grænseoverskridende transaktioner hårdere end nationale transaktioner. Der anvendes i denne forbindelse ligeledes en proportionalitetsvurdering. Reglerne om tynd kapitalisering indebærer pålæggelse af forøgede byrder på tyndt kapitaliserede selskaber grundet det blotte faktum, at der er koncernforbindelse med selskaber i udlandet. Hertil kommer, at SEL § 11 som omtalt medfører en negativ formodningsregel, der skal vendes af det danske selskab mv. Reglen er dog klart velbegrundet og baseret på saglige grunde. Spørgsmålet er imidlertid om dette er tilstrækkeligt efter eksisterende praksis fra EF-domstolen. Reglen i SEL § 11 går formentlig videre end objektive grunde kan tillade, idet reglen er generelt udformet og endda kan omfatte sådanne situationer, hvor moderselskaber bliver beskattet højere end i Danmark.

Som nævnt skaber SEL § 11 en negativ formodningsregel med omvendt bevisbyrde. EF-domstolen har i flere tilfælde taget stilling til for-

396. Dog skal det nævnes, at visse forfattere finder at indgreb i medlemsstaternes skatteregler efter reglerne om kapitalens frie bevægelighed formentlig kun vil kunne finde sted i begrænset omfang, idet det kan anføres, at undtagelsesbestemmelserne i art. 58 TEF er vanskelige at forene med de øvrige frihedsrettigheder Jf. *Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten 2, 1999, s. 233*. Standpunktet står dog ikke uimodsagt hen.

modningsregler og bevisbyrdespørgsmål³⁹⁷. Udfaldet af disse sager lader til at tegne et klart billede af, at Domstolen ofte finder sådanne regler i strid med EF-traktaten. På denne baggrund kan der findes yderligere støtte til et eventuelt søgsmål vedrørende overensstemmelsen mellem de danske regler om tynd kapitalisering og den primære EU-ret. Det er formentlig acceptabelt, at en vis bevisbyrde væltes over på skatteyderne, men en formodningsregel der reelt medfører forskellig skattemæssig behandling af skatteydere alt afhængigt om tjenesteydelsen modtages fra en udenlandsk eller national tjenesteyder, kan være i strid med reglerne i EF-traktaten om den frie bevægelighed for tjenesteydelser. Dog skal det ikke glemmes, at regler om tynd kapitalisering i modsætning eksempelvis formodningsreglen vedrørende kursusaktivitet i udlandet tager sigte på interessefællesskab. Dog tjener begge formodningsregler til fremme af administrativ konvensiens ved at placere byrder på skatteyderne, base-

397. Se hertil *C.P.M. Meeusen*, Sag C-337/97 (TEF art. 48 vedrørende en generel belgisk formodningsregel i relation til automatisk eksklusion af eneaktionærer og direktørers ægtefæller fra arbejdstagerbegrebet), *Eftalia Dafeko* Sag C-336/94 (vedrørende bevirkraftigheden af dokumenter fra andre medlemsstater end Tyskland der blev tillagt lavere status end tyske), *Garage Molenheide BVBA*, forenende sager C-286/94, 340/95, 401/95, 47/96 (vedrørende en uomvendelig formodningsregel på momsområdet. Reglen fandtes i strid med proportionalitetsprincippet), *Kohll*, Sag C-158/96 (stridende mod tjenesteydelseernes frie bevægelighed, at der skulle gives forhåndsgodkendelse for visse udgifter fra udlandet som en forudsætning for refusion heraf), *Centros*, Sag C-212/97 (vedrørende etableringsretten – sætter snævre grænser for medlemsstaternes muligheder for at imødegå omgåelse generelt, men udelukker ikke den løsning, af der i konkrete tilfælde statueres omgåelse på baggrund af, en konkret vurdering), *Leur-Bloem*, Sag C-28/95 (vedrørende fortolkningen af art. 11(1), litra a) i fusionsbeskatningsdirektivet (90/434/EØF). Medlemsstaterne kan vedtage, at den omstændighed, at en transaktion ikke er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, kan skabe formodning for, at der foreligger skattesvig eller skatteunddragelse. De hollandske myndigheder opstillede imidlertid er række generelle betingelser for, at der kunne opnås skattefritagelse. Domstolen udtalte, at de nationale myndigheder ikke blot skal anvende forudsatte kriterier, men skal foretage en samlet undersøgelse af de konkrete transaktioner. Videre tilsagde proportionalitetsprincippet, at art. 11 ikke kunne implementeres ved at opstille nogle generelle betingelser) og endelig *Vestergaard*, Sag C-55/98 (Tidligere skabte det forhold, at et kursus afholdtes på et almindeligt turiststed i udlandet, der ikke som sådan er fagligt begrundet, en forhåndsformodning i dansk skatteret for, at der med kurset var forbundet et så betydeligt turistmæssigt islæt, at kursusudgiften ikke kunne anses som en fradragsberettiget omkostning. EF-domstolen fastslog, at den danske formodningsregel var i strid med EFT art. 59 (nu art. 49 om den fri bevægelighed for tjenesteydelser). EF-domstolen udtalte, at de danske regler gør det vanskeligere at opnå fradrag for udgifter til deltagelse i faglige kurser, der afholdes i udlandet, end udgifter til faglige kurser, der afholdes i Danmark).

ret på en forudsætning om, at visse aktiviteter eller relationer per se er suspekte.

Endelig kan det overvejes, om antiudnyttelsesregler på skatteområdet, herunder regler mod tynd kapitalisering, indebærer, en tilsidesættelse af loyalitets- eller solidaritetsprincippet, som det udspringer af EF-traktatens art. 10 idet reglerne om tynd kapitalisering grundet deres generelle udformning vil forhindre selskaber i én medlemsstat i at handle med selskaber i en anden medlemsstat.

Der kan ikke på ovenstående sparsomme grundlag fremsættes en endelig konklusion vedrørende de danske regler om tynd kapitalisering og forholdet til den primære EU-ret. Flere forhold taler for at visse elementer i reglerne strider mod etableringsretten eller kapitalens og tjenstedelsernes frie bevægelighed. Det afgørende er afvejningen af, hvorvidt reglerne går for vidt, idet det formentlig kan lægges til grund, at de ikke er unødvendige. Spørgsmålet er herefter blot om man er gået for langt i den generelle udformning, idet EF-domstolens praksis tydeligt viser, at der ikke accepteres diskrimination eller restriktioner gennem nationale skatteregler. En endelig afklaring kan kun afvente et præjudicielt søgsmål for EF-domstolen.

I det følgende skitseres indholdet af reglerne om tynd kapitalisering i udvalgte lande.

4 Kort om tynd kapitalisering i andre lande

4.1 Indledning

I det følgende præsenteres hovedtrækkene i reglerne om tynd kapitalisering i udvalgte lande, der har indført egentlige regler herom. Nogle af landene er medtaget ud fra den betragtning, at landene udgør vigtige samhandelspartnere for danske virksomheder. Andre er medtaget, fordi de giver indblik i de variationer, der kan findes i reglerne rundt om i verden, hvilket måske kunne tænkes at have tjene til inspiration i relation til udformningen af de danske regler, der næppe kan antages at have fundet sin endelige udformning. Endelig er det så vidt muligt søgt at medtage samtlige EU-lande, der har indført regler om tynd kapitalisering. Det er gennemgående i nedenstående afsnit, at der ikke medtages litteraturhenvisninger samt at paragrafhenvisninger begrænses, idet det udelukkende har været tanken at gengive hovedtrækkene i de pågældende landes systemer. Af denne årsag gengives der ej heller fortolkninger i tvivlsspørgsmål i de omhandlede landes regler om tynd kapitalise-

ring. Afsnittet har således praktisk relevans derved, at virksomheder og rådgivere kort kan orientere sig om hovedtrækkene i lande, hvor man eventuelt ønsker at etablere sig eller opkøbe virksomhed i. Rækkefølgen af de udvalgte lande er alfabetisk.

4.2 Australien

Generelt

I oktober 1987 indførte Australien som et af de første lande egentlige regler om tynd kapitalisering. Dette skete ved indsættelsen af Division 16 F (section 159 GZA-GZX) i Income tax Assessment Act 1936 (ITAA).

Lovgivningen omfatter selskaber, truste, partnerskaber, filialer af udenlandske selskaber samt fysiske personer.

De australske regler medfører som sanktion en fradragsbegrænsning af renteudgifter for tyndt kapitaliserede selskaber. Der opereres med en debt-to-equity ratio på 2:1 for kontrollerede selskaber (der ikke er finansielle institutioner) og en ratio på 6:1 for finansielle institutioner.

I det følgende præsenteres kort de vigtigste aspekter af reglerne.

Foreign Controller

En foreign controller er en ikke-hjemmehørende person der, alene eller sammen med en anden eller andre har bestemmende indflydelse (substantial control) over stemmerettighederne i debitorselskabet eller har ret til at modtage 15% eller mere af de udloddede udbytter fra debitorselskabet. Substantial control defineres som direkte eller indirekte kontrol over mindst 15% af stemmerne i selskabet.

Kontrolbegrebet er udvidet med en særlige regel, der tager sigte på de facto kontrol, som ellers ville kunne medføre undgåelse af kontrolkonstateringen. Heri ligger, at der også er tale om kontrol, når det australske selskab eller dets direktører er underlagt en forpligtelse til at handle i overensstemmelse med ønsker og instruktioner fra den ikke-hjemmehørende part. Det stilles ikke krav om eksistensen af en juridisk forpligtelse hertil.

Også udenlandske selskaber der ejes fra Australien omfattes.

Foreign Debt

Den relevante gæld omfatter rentebærende kontrolleret gæld (gæld til foreign controller eller dennes associates) samt gæld til tredjemand, der er garanteret af kontrolgruppen³⁹⁸. Rentefri gæld og gæld til tredjemand

398. Der gælder dog en væsentlig undtagelse hertil, nemlig såfremt det er muligt på armslængde vilkår at optage et tilsvarende lån uden garanti.

er undtaget fra reglernes anvendelsesområde. Ligeledes undtaget er gæld, for hvilken rentebetalingen er skattepligtig i Australien (dog ikke kun kildeskattepligtig). Endelig er kortvarige handelsmellemværender (mindre end 30 dage) undtaget. Dog er visse ydelser, der med hjemmel i anden lovgivning anses for at være renteudgifter, omfattet.

Foreign Equity

Der benyttes en særlig opgørelse af såkaldt foreign equity. Denne udgøres af kontrolgruppens andel af aktiekapitalen tillagt gruppens andel af de såkaldte retained profits. Herfra trækkes gæld til den udenlandske kontrolgruppe. Det er vigtigt i denne forbindelse at bemærke, at de forskellige komponenter i denne opgørelse foretages på forskellige tidspunkter af året.

Ligesom i Danmark er der i Australien en claw-back klausul for at forhindre kortsigtede kapitalindskud lige før udløbet af indkomståret. Der gælder således et krav om, at egenkapital skal forblive i debitorselskaber i mindst to år før denne medregnes som foreign equity.

Fradragsbegrænsningsformlen

Begrænsningsformlen indebærer en fradragsbegrænsning for den overskydende del af den kontrollerede gæld. Dette beregnes ved at gange totale renteudgifter vedrørende udenlandsk gæld med den overskydende udenlandske gæld. Den overskydende udenlandske gæld er det beløb, som det højeste gældsbeløb i løbet af året overstiger den relevante egenkapital (the foreign equity product – hvilket er foreign equity gange to for ikke-finansielle virksomheder).

Denne beregning kan medføre urimelige resultater, når den udenlandske gæld kun i meget korte perioder er høj i løbet af året. Derfor kan skatteyderne vælge at beregne de udenlandske ikke-fradragsberettigede renteudgifter på baggrund af en formel, der tager udgangspunkt i daglige rentebetalinger. Ved brug heraf kan der beregnes en gennemsnitlig daglig overskydende gældsandel.

Særlige regler for finansielle institutioner

Ud over den særlige safe haven regel på 6:1 for finansielle institutioner gælder der en række af specialregler for disse institutioner. Der er tale om særregler vedrørende såvel kontroldefinitionen som mere opgørelsestekniske aspekter. Disse skal ikke nærmere behandles her.

Myndighedernes praksis

De australske skattemyndigheder (Australian Tax Office – ATO) har udstedt to såkaldte ruling vedrørende anvendelse af reglerne om tynd

kapitalisering: IT 2479 og TR 92/6. IT 2479 vedrører i hovedtræk: back-to-back lån³⁹⁹, udenlandsk gæld, opgørelse af egenkapitalen efter anerkendte australske regnskabsprincipper (ASRB), værdiansættelse gæld og egenkapital, foreign equity, særregler for nationale koncernselskaber der minder om den danske konsolideringsregel (kaskadeeffekten).

TR 92/6 vedrører spørgsmål om hvorvidt en udenlandsk ejer af en konvertibel obligation skal anses for en foreign controller. Hvorvidt dette er tilfældet beror på en konkret afvejning, der blandt andet indeholder spørgsmålene om:

- The length of any “nonoption period”
- The note’s maturity date
- The note’s conversion price and premium
- Any restrictive covenants that enable a trustee to have some say in matters that effect the noteholder’s interest
- The voting rights and dividend and capital distribution entitlements attaching to the relevant shares.

Debt creation rules

I Division 16G (sections 159 GZY-GZZF) findes der nogle særlige regler, såkaldte debt creation rules. Formålet med disse regler er at indføre restriktioner i sådanne situationer, hvor der optages lån i forbindelse med køb af aktiver mellem forbundne selskaber. Teknikken, der søges dækket op for, er nærmere den, at et selskab låner penge til køb af aktiver hos koncernforbundne selskaber. I almindelighed lånes pengene fra udenlandske koncernforbundne selskaber, hvilket resulterer i, at der betales renteudgifter ud af Australien.

Kontrolkravet for disse regler er 50% i stedet for 15% som efter de almindelige regler om tynd kapitalisering.

Såfremt reglerne finder anvendelse, reduceres eller ophæves debtors rentefradragsret efter en kompleks formel til beregning heraf. Det potentielle anvendelsesområde for reglerne er temmelig bredt, hvorfor der er indført nogle undtagelsesmuligheder hertil.

Fremtiden

Den australske regering arbejder for tiden på en omfattende reform af erhvervsbeskatningen. Således blev der 21.9. 1999 fremlagt en rapport herom (“A Tax System Redesigned”). Denne rapport indeholder nogle forslag, der vedrører de australske regler om tynd kapitalisering. Regler-

399. Reglerne vedrørende back-to-back lån blev ophævet i 1998 og sådanne arrangementer søges nu i stedet ramt af de generelle omgåelsesregler.

ne er i skrivende stund endnu ikke vedtaget og skal følgelig kun sporadisk berøres.

Det foreslås i rapporten at udvide reglernes gældsbegreb til at omfatte den totale gæld. Der foreslås en generel debt-to-equity ratio på 3:1. For finansielle institutioner anbefales en deling mellem virksomheder, der er underlagt andre solvenskrav (hvor safe harbour skal tage udgangspunkt i de tal, der indrapporteres efter anden lovgivning i overensstemmelse hermed), og dem der ikke er underlagt sådanne krav (for hvilke der foreslås en generel ratio på 3:1 med visse modifikationer vedrørende såkaldt on-lending, hvor der i stedet kan opereres med en maksimal ratio på 20:1).

Der foreslås indførelse af en generel armlængde test også for selskaber der ikke opfylder den anviste safe haven. Der foreslås en række momenter til fastlæggelse af en sådan test. Yderligere foreslås det, at australske selskaber, der ejer CFC-selskaber eller faste driftssteder i udlandet, bliver omfattet af reglerne om tynd kapitalisering for så vidt angår deres australske aktiviteter. Der foreslås en ændring af kontroldefinitionen til at være i overensstemmelse med CFC-reglerne (hvilket typisk indebærer et krav om 50% i stedet). Debt creation rules foreslås ophævet. Endelig foreslås det, at reglerne om tynd kapitalisering finder anvendelse for alle filialer herunder bankfilialer af udenlandske banker.

4.3 *Belgien*

Den 20. December 1996 blev der i Belgien indført to regler om tynd kapitalisering i art. 18, 3° i henholdsvis art. 198, 1, 11° i indkomstskatteloven.

Omkvalificering af rente til udbytte (art. 18, 3°)

Renter på lån kan omkvalificeres til udbytter, såfremt en af de følgende grænser overskrides:

- Renten overstiger den maksimalt fradragsberettigede rente i henhold til art. 55 i indkomstskatteloven,
- Den totale gæld overstiger summen af den indbetalte kapital ved udgangen af indkomståret og de beskattede reserver ved begyndelse af indkomståret.

Gæld defineres som alle lån, hvad enten der er stillet sikkerhed herfor eller ej, som ydes af:

- En fysisk person til et selskab (kapitalselskab eller partnerskab) i hvilket personen ejer aktierne, eller
- En fysisk eller juridisk person til et selskab i hvilket personen indtager en stilling som direktør, manager, likvidator eller lignende.

Følgende lån er undtaget fra reglen:

- Obligationer og lignende værdipapirer der er offentligt udstedte
- Fordringer på anerkendte kooperative selskaber
- Lån til direktører, managers, likvidatorer eller personer med lignende funktion, som selv er et hjemmehørende selskab undergivet belgisk indkomstbeskatning.

Fradragsbegrænsning af overskydende renter (art. 198, 1, 11°)

Fradrag for renter nægtes såfremt:

- Rente betales til den retmæssige modtager, som enten ikke beskattes i Belgien eller er undergivet et mere favorable beskatning end normal belgisk indkomstskat, og
- Summen af lån overstiger syv gange summen af de beskattede reserver og kapitalen ved udgangen af indkomståret.

De belgiske regler om tynd kapitalisering finder anvendelse selvom kreditor ikke er aktionær i debitorselskabet. Dette gælder dog ikke for så vidt angår obligationer og lignende værdipapirer, der handles offentligt.

4.4 Canada

I canadisk skatteret findes der specifik tynd kapitalisering lovgivning i section 18(4) i Income Tax Act. Generelt gælder det, at kun den generelle antiudnyttelsesregel kan tilsidesætte eller udgøre et supplement til denne specielle regel. Canadas tilgang til problematikken indebærer nægtelse af fradrag for renteudgifter, der betales til særlige enheder i hjemmehørende i udlandet på den specifikke del af gælden, der overstiger tre gange egenkapitalen i debitorselskaber (debt:equity 3:1). Begrænsningen foretages i forhold til den største rentebetaling i indkomståret.

Forholdet mellem debitor og kreditor

I henhold til section 18(4) er det kun rentebetalinger vedrørende gæld til særlige ikke-hjemmehørende personer, for hvilke fradragsretten kan begrænses, når debitorselskabet er tyndt kapitaliseret. Denne gruppe indbefatter:

1. Ikke-hjemmehørende aktionærer i debitorselskabet der enten alene eller sammen med personer, med hvilke aktionæren ikke har handlet på armslængde vilkår, ejer aktier der repræsenterer 25% eller mere af stemmerettighederne eller handelsværdien af alle udstedte aktier,

2. enhver ikke-hjemmehørende person, eller et investeringsselskab⁴⁰⁰ der er ejet af ikke-hjemmehørende, som på ethvert tidspunkt i året, ikke har handlet på armslængde vilkår med en person, der ejer aktier som beskrevet under 1.

Hvor en person har en ret til at erhverve aktier, sidestilles dette med ejerskab i bedømmelsen vedrørende de 25%. Tilsvarende gælder ved ret til at erhverve aktier ved andre aktionærers tilbagesalg til selskabet (redemption), idet sådanne rettigheder medregnes i 25%-testen.

Særligt i relation til punkt 2 bør følgende forhold have sig i mente. Den udenlandske person behøver ikke nødvendigvis at være aktionær i det canadiske selskab. Armslængde vilkår er ikke specifikt defineret i Income Tax Act. I section 251(1)(a) udtrykkes det, at der er en formodning for at alle forbundne parter ikke har handlet på armslængde vilkår, mens det i section 251(1)(b) vedrørende ikke-afhængige parter udtrykkes, at; “...*It is a question of fact whether persons not related to each other were at a particular time dealing with each other at arm's length....*”. Begrebet “related persons” er defineret i section 251(2).

Heraf følger således, at en udenlandsk kreditor, der ellers ikke ville blive anset som en uafhængig part efter omstændighederne, kan blive omfattet af reglen ved at det vurderes, om der er handlet på ikke-armslængde vilkår.

Højeste gældsbeløb

Til bestemmelsen af det højeste gældsbeløb samles al gæld til ikke-hjemmehørende personer. Tilsvarende samles rentebetalingerne til udenlandske kreditorer. Det skal herved bemærkes, at fradragsbeskæringen kommer på tale, såfremt forholdet 3:1 på noget tidspunkt i indkomståret overskrides. Rentebærende gæld, der har kort løbetid (helt ned til én dag), kan derfor resultere i ganske betragtelige fradragsbeskæringer.

Fradragsbeskæringen beregnes som følger:

Den overskydende gæld findes ved at fratrække $3 \times$ egenkapitalen fra den totale gæld.

400. Som sådanne anses selskaber, der er specielle investerings “vehicles”, der defineres i Income Tax Act og som er inkorporeret som et canadisk selskab og ejet af ikke-hjemmehørende personer. Selskabet kan handle som conduit vedrørende finansiering fra en ikke-hjemmehørende til et canadisk operativt selskab.

Herefter er beregningsformlen, der udtrykker fradragsbegrænsningen:

$$\frac{\text{Totale renteudgifter} \times \text{overskydende gæld}}{\text{Total gæld}}$$

Section 18(4) vedrører udelukkende renteudgifter, der som udgangspunkt er fradragsberettigede. Hvis eksempelvis et rentefradrag for renter ud over normale forretningsmæssige vilkår nægtes efter andre bestemmelser i skattelovgivningen, idet den overskydende del af renten ikke kan anerkendes, er det udelukkende armslængde renten, der skal benyttes til beregning af fradragsbegrænsningen efter section 18(4). Derfor foretages der i realiteten to begrænsninger i rentefradraget.

Koncerninterne mellemværende omfattes af reglen ud over almindelige lån og lignende. Således omfattes rentebærende handelsmellemværender tillige. Skattemyndighederne stiller ofte krav om forrentning af handelsmellemværenderne, hvorfor fluktuationer i gælden nøje bør overvåges.

Rentefri mellemværende medtages ikke efter section 18(4), også selv om samme kreditor også har rentebærende fordringer. Af denne årsag er der derfor mulighed for i Canada at minimere effekten af reglerne om tynd kapitalisering, såfremt det er muligt at opsplitte lånene i en rentebærende og en ikke-rentebærende del, uden at komme i konflikt med kreditorselskabets hjemland

Gældsdefinitionen omfatter tillige back-to-back lån, men egentlig gæld til tredjemand, der blot er koncerninternt garanteret, omfattes ikke af reglerne anvendelsesområde, herunder garantier og letters of credit.

Beregning af egenkapital

I forbindelse med beregning af egenkapitalen til brug for opgørelsen af fradragsbegrænsningen er der særligt tre komponenter, der skal lægges sammen;

1. Retained earnings

Egenkapitalen udgøres for det første af begrebet retained earnings, hvilket skal opgøres i overensstemmelse med den canadiske regnskabslovgivning (GAAP-principperne). Retained earnings omfatter derfor udelukkende indtjening mv. i det enkelte selskab og ikke datter- eller moderselskabers indtjening. Når et canadisk datterselskab derfor skal kapitaliseres, er det vigtigt at holde for øje, hvilke der har retained earnings. De canadiske skattemyndigheder er af den opfattelse, at beløbet ikke kan udgøre en negativ størrelse.

2. Contributed surplus

Egenkapitalen omfatter også det såkaldte contributed surplus, der kan siges at vedrøre en form for overkurshenlæggelse. Men dette vedrører udelukkende den del af kapitalen, der er indbetalt af de omfattede udenlandske aktionærer.

3. Paid-up capital

Den del af selskabskapitalen, der er indbetalt af den omfattede aktionærgruppe, medregnes tillige. Det største beløb af henholdsvis primo og ultimo værdien skal medregnes. Denne regel er indsat for at skabe lidt fleksibilitet i systemet og sørge for, at et moderselskab ved udgangen af året kan indbetale kapital i datterselskabet og dermed bevare fradragsretten. Det her behandlede kapitalbeløb er ikke altid identisk med det beløb, der fremgår af selskabets regnskaber, hvorfor en erhverver af et canadisk selskab skal sikre sig, at dette ikke i uvidenhed kommer til at placere debitorselskabet i en position, hvor det er tyndt kapitaliseret, når der introduceres en ny finansiering.

Undtagelsen

Section 18(4) finder ikke anvendelse på selskaber, hvis primære forretning i Canada gennem året har været udvikling eller produktion af fly eller flykomponenter.

Antiudnyttelsesreglen i section 18(6)

Der findes i section 18(6) en vigtig antiudnyttelsesregel. Såfremt en ikke-hjemmehørende person, der er omfattet af Sec. 18(4), låner penge til tredjemand på betingelse af, at tredjemand låner pengene til det canadiske selskab, vil rentebetalingerne til tredjemand blive omfattet af reglerne om tynd kapitalisering. Renten behandles i sådanne tilfælde som værende blevet betalt direkte til den udenlandske aktionær mv.

Undgåelse af section 18(4)

Der eksisterer rimeligt gode muligheder for i Canada på at indrette sig således, at reglen i section 18(4) undgås.

Omkvalificering af gæld til egenkapital

Selvom der ikke i canadisk skatteret eksisterer en generel hjemmel til at omkvalificere gæld til egenkapital, er der alligevel mulighed for almindelig vilkårskorrektion af en eventuel overskydende rentebetaling og yderligere, at den overskydende del bliver behandlet som “appropriation of property”. Såfremt aktionærerne ikke er hjemmehørende i Canada behandles dette som udbytte i relation til kildebeskatning. Det sam-

me gælder, såfremt kreditor ikke er aktionær men er forbundet med en udenlandsk aktionær.

Der bør også tages hensyn til den generelle canadiske omgåelsesregel.

Myndighedspraksis

De canadiske skattemyndigheders (Revenue Canada) fortolkning af reglerne om tynd kapitalisering fremgår af interpretation Bulletin IT-59R3. Revenue Canada har kommenteret, at den specielle antiudnyttelsesregel vedrørende back-to-back lån kun vil kunne finde anvendelse, hvor reglerne ellers bliver omgået eller undgået.

Sluttelig skal det bemærkes, at der i Canada eksisterer meget objektive og specifikke regler vedrørende den generelle konstatering af renteudgifter og disses fradragsret.

Fremtiden

I finanslovsforslaget for 2000 er der foreslået ændringer i reglerne om tynd kapitalisering. Efter forslaget ønskes det at reducere debt-to-equity ratioen til 2:1 og udvide de omfattede lån til også at omfatte garanterede lån der er sikret af specificerede ikke-hjemmehørende personer. Ligeledes ønskes det at ændre værdiansættelsesmetoderne til brug for reglerne om tynd kapitalisering. Endelig er foreslået det at indføre særlige antiudnyttelsesregler vedrørende gældssubstitutter (for eksempel leasing) og brug af enheder der ikke er canadiske. Reglerne foreslås at have virkning fra og med indkomstår der begynder efter år 2000. Se herom eksempelvis World Tax News 2000/3, s. 10 ff.

4.5 Frankrig

Der findes i Frankrig ikke regler, der medfører en generel omkvalifikation af gæld til egenkapital. Derimod findes der fradragsbegrænsningsregler i art. 39.1.3 og 212 i Code Général des Impôts (CGI).

Heraf følger, at der ikke er rentefradrag gældende for alle involverede selskaber:

- Renteudgifter er udelukkende fradragsberettigede, såfremt selskabets kapital er helt indbetalt.
- Renteudgifter vedrørende lån fra en aktionær er fradragsberettigede op til et loft svarende til den gennemsnitlige årlige rentesats krævet af banker og finansielle virksomheder for variabelt forrentede lån med en løbetid på mere end to år. Denne sats offentliggøres hvert år af de franske skattemyndigheder.

- Begrænsningen finder ikke anvendelse, såfremt rentebetalingen er betalt som et led i den normale erhvervsvirksomhed i det omfang, aktionæren er enten leverandør eller kunde.
- Siden 1. januar 1999 har der i denne forbindelse eksisteret en mulighed for at blive undtaget fra begrænsningen, såfremt der er tale om rentebetalinger i et cash pooling arrangement under forudsætning af; *at* det betalende selskab er del af en koncern med enheder i mindst 3 forskellige lande, *at* cash pooling strukturen er formaliseret gennem en skriftlig aftale forevist skattemyndighederne, og *at* cash pooling centralization strukturen skal være placeret i Frankrig

For så vidt angår selskaber der er skattepligtige i Frankrig gælder følgende:

- Der er ikke rentefradrag i relation til gæld fra kontrollerende aktionærer i debitorselskabet (de jure eller de facto) såfremt debt-to-equity forholdet overstiger 1,5:1. Denne regel finder dog ikke anvendelse for franske selskaber, der kan kvalificeres som moderselskaber i henhold til artikel 145 i CGI. Dette gælder tillige for selskaber, der ejer mere end 50% af aktiekapitalen af et andet selskab.
Lån fra tredjemand er ikke omfattet af disse betingelser.

4.6 Japan

Der har i Japan eksisteret regler mod tynd kapitalisering siden 1992.

Også i Japan er sanktionen, som følge af tynd kapitalisering at der sker fradragsbegrænsning af kontrollerede renteudgifter. Reglerne omfatter japanske selskaber eller filialer af udenlandske selskaber, som er ejet mere end 50% fra udlandet og som er tyndt kapitaliserede.

Forbundne selskaber er defineret som følger:

1. Et udenlandsk selskaber der direkte eller indirekte ejer 50% af aktiekapitalen i det japanske selskab. Dette krav opfyldes ved 50% ejerskab til enten samtlige udstedte aktier eller summen af indskudt kapital.
2. Et udenlandsk selskab, såfremt aktierne heri og i det japanske selskab direkte eller indirekte er ejet af det samme selskab. Ejerskabskravet kan opfyldes som også nævnt just ovenfor.
3. En ikke-hjemmehørende person (og dennes nærtstående), såfremt han eller hun opfylder kravet under punkt 2.
4. Et udenlandsk selskab der kan antages at have en særlig forbindelse, således at hvert selskab i realiteten helt eller delvis kan bestemme forretningspolitikken i det andet selskab.

De japanske regler for beregning af indirekte ejerskab anses for at være temmelig restriktive. Eksempelvis antages et selskab, der ejer 50% eller mere af aktierne i et mellemliggende selskab, at eje samtlige aktier i det underliggende selskab, som ejes af det mellemliggende selskab.

Fradragsbegrænsningen beregnes ved at tage de gennemsnitlige passiver hos det japanske selskab grundet den udenlandske forbundne part. Herfra fratrækkes den udenlandske enheds andel af det japanske selskabs nettoaktiver gange tre og divideret med de gennemsnitlige passiver, der skyldes den udenlandske forbundne part. Dette ganges med renterne af den kontrollerede gæld.

Fradragsbegrænsede renter kan ikke fremføres i Japan.

Selvom debt-to-equity ratioen på 3:1 overskrides, betyder dette ikke, at der dermed automatisk indtræder fradragsbegrænsning. Japanske selskaber kan til deres selvangivelse vedlægge et bilag, hvori der ytres ønske om anvendelse af en anden ratio end 3:1. Der skal i den forbindelse tillige fremsendes data fra et sammenligneligt selskab til bevis for anvendelsen af en højere debt-to-equity ratio. På denne baggrund vil de japanske myndigheder beslutte om anmodningen skal imødekommes.

4.7 New Zealand

I juli 1991 fremsatte de New Zealandske myndigheder første gang ønske om at reducere beskatningen af ikke-hjemmehørende personer⁴⁰¹. Politikken der blev ytret i nævnte dokument tog sigte på at skabe et provenu uden herved at hæve skatten og skabe barrierer for udenlandske investeringer samt uden at erodere landets skattebase. Den 28. februar 1994 blev der udgivet et andet dokument "*International Tax – A Discussion Document*", der gav omridset af den nødvendige regulering til opfølgning af de politiske målsætninger, herunder blandt andet regler om tynd kapitalisering.

På denne baggrund blev lovgivning om tynd kapitalisering indført i august 1995 og gennemført 12. december 1995 som *Income Tax Act 1994 Amendment Act (No. 3) 1995*. Reglerne om tynd kapitalisering findes i Part F subpart G i *Income Tax Act 1994* (Sektionerne FG1 til FG10).

Formålet med reglerne er at sikre, "...an appropriate apportionment to the New Zealand taxpayer of the worldwide interest expenditure of the group of entities of which the New Zealand taxpayer is a part". Effekten af reglerne er, at de begrænser fradragsretten for rentebetalinger for så vidt den new zealandske concerns debt to equity-ratio overstiger 75% og

401. Jf. dokumentet "*Taxing Income Across International Borders – A Policy Framework*", udsendt af Ministers of Finance and Revenue.

110% af koncernens world wide debt to equity-ratio. Dette beregnes i overensstemmelse med de nedenfor gennemgåede formler.

Anvendelse af reglerne om tynd kapitalisering

Reglerne finder anvendelse på tre typer af skatteydere:

1. Skatteydere der ikke er hjemmehørende i New Zealand

Ikke-hjemmehørende skatteydere, der har en filial eller et fast driftssted i New Zealand, vil være underlagt reglerne i relation til deres aktiviteter. Dette sikrer, at ikke-hjemmehørende ikke allokerer en overskydende del af deres samlede renteudgifter til deres New Zealand filial eller faste driftssted.

2. Selskaber hjemmehørende i New Zealand der er kontrolleret af en enkelt ikke-hjemmehørende

Denne gruppe af skatteydere er mest berørt af reglerne. Et selskab hjemmehørende i New Zealand vil være omfattet af reglerne såfremt en enkelt ikke-hjemmehørende person enten:

- a. ejer 50% eller mere af aktiekapitalen i selskabet, eller
- b. sammen med alle nærtstående kontrollerer selskabet på enhver tænkelig måde (by any other means whatsoever)

3. Ikke-kvalificerede trusts stiftet af en ikke-hjemmehørende

Såfremt en ikke-kvalificerende trust der er 50% eller mere stiftet i New Zealand af en ikke-hjemmehørende, vil denne være omfattet af reglerne. Dette gælder, når værdien af settlements fra stifteren sammen med værdien af settlements fra nærtstående udgør 50% eller mere af den samlede værdi af trustens samlede settlements.

Den relevante koncern

Når det er blevet bestemt, at reglerne finder anvendelse for skatteyderen, skal den relevante New Zealand koncern bestemmes. Hvor skatteyderen er et selskab, indebærer dette, at det new zealandske moderselskab skal identificeres. Dette selskab udgøres af det øverstliggende selskab i New Zealand i hvilket den ikke-hjemmehørende person ejer 50% eller mere af selskabet. New Zealand koncernen vil herefter bestå af alle selskaber enten hjemmehørende i New Zealand, eller selskaber der driver erhvervsvirksomhed i New Zealand gennem et fast driftssted, som er kontrolleret af det new zealandske moderselskab. Kontrolkriteriet er i denne sammenhæng defineret ved, at:

- det new zealandske moderselskab (og selskaberne i dettes koncern) direkte ejer mere end 50% af selskabet

- New Zealand moderselskabet og enhver ikke-hjemmehørende der har en 50% eller større ejerandel i såvel New Zealand moderselskabet som selskabet (og andre selskaber grundet denne test) tilsammen har 66% eller mere direkte ejerinteresser.

Såfremt der ikke foretages et valg gælder 66%-reglen.

Beregning af koncernens solvens (gældsandelen)

Når New Zealand moderselskabet er identificeret skal New Zealand gældsandelen beregnes. Der skal foretages en koncernkonsolidering, der eliminerer interne transaktioner fra balancen i de enkelte koncernselskaber. Dette gøres i overensstemmelse med SSAP 8 (der er en af New Zealands regnskabsstandarter). Andelen beregnes som den totale gæld i New Zealand koncernen divideret med koncernens totale aktiver.

Aktiverne værdiansættes generelt efter almindeligt anerkendte regnskabsstandarter i New Zealand (GAAP). Gældsbegrebet dækker "financial arrangements", hvor det finansielle arrangement indebærer fremskaffelse af midler til debitorselskaber eller et andet koncernselskab og giver anledning til en fradragsberettiget renteutgift for debitorselskabet (eller et andet koncernselskab) ud over, hvad der følger af almindelige valutakursudsving. Gældsdefinitionen er meget bred og dækker, med undtagelse af visse ting så som aktier mv., over et arrangement, hvorefter en person modtager penge mod en modydelse.

I det omfang New Zealand koncernens gældsandel overstiger 75% skal skattemynderen bestemme den samlede koncern (world wide group). Dette sker på grundlag af GAAP definitionen. I det omfang gældsandelen i New Zealand koncernen overstiger 110% af den samlede koncerns gældsandel, må der foretages en fradragsbeskæring.

Fradragsbegrænsningen

Såfremt ovenstående betingelser er opfyldt og skattemynderen er et selskab eller en trustee, så nedsættes det fradragsberettigede rentebeløb. Beskæringen kan beregnes på grundlag af følgende formel:

$$(I - GI - IFD) \times \frac{TNZD - NZDA}{TNZD} \times \frac{NZDP - TDP}{NZDP}$$

Hvor

I: *is the amount that would be allowed as an interest deduction but for these rules*

- GI: *is the amount allowed as an interest deduction to the taxpayer in respect of amounts payable to a company included in the taxpayer's New Zealand group*
- IFD: *is the amount allowed as in interest deduction in respect of financial arrangements excluded from total debt for the taxpayers New Zealand group*
- TNZD: *is the total debt of the taxpayer's New Zealand group for the income year*
- NZDA: *is the amount, if any, deducted under a concession for on lending*
- NZDP: *is the taxpayer's New Zealand group debt percentage for the income year*
- TDP: *is 75%, or if the taxpayer is a company of trustee, the greater of 75% or 110% of the world wide group debt percentage.*

Myndighedspraksis

Der er udstedt to uddybende cirkulærer. Det ene uddyber og afklarer reglernes anvendelsesområde i forskellige situationer⁴⁰², mens det andet vedrører definitionen af den relevante koncern⁴⁰³. Der findes endnu ikke nogen retspraksis på området.

4.8 Norden

I Norden er det ud over Danmark udelukkende i Norge, der findes særlige regler om tynd kapitalisering. For retstilstanden i Sverige kan der henvises til *Leif Gäverths* doktorafhandling, *Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor*, 1998, hvori det konstateres, at de eksisterende indgrebsmuligheder er for begrænsede.

4.8.1 Norge

Specifikke regler

Der findes ikke generelle regler om tynd kapitalisering i norsk ret. Der findes dog særlige regler i lovgivningen vedrørende olieselskaber, der udnytter olieressourcerne på den norske kontinentalsokkel, se senest NOU 2000:18 s. 111 ff. Det følger heraf, at sådanne selskaber skal have en egenkapital på 20% (solvens) af deres samlede gæld og egenkapital (balancesum). Såfremt dette solvenskrav ikke opfyldes, vil der udelukkende tillades rentefradragsret for den del af selskabets nettofinansieringsomkostninger, der tilsvare den del, der ligger mellem 80% af den totale kapital og den totale gæld. Såfremt gælden eksempelvis udgør 85% af den totale kapital, medfører dette, at kun 80/85 af nettofinansie-

402. TIB Volume Seven, No. 11 of March 1996.

403. TIB Volume Eight, No. 11 of December 1996.

ringsomkostningerne vil være fradragsberettigede. Reglen omfatter udelukkende finansielle aktiver, der har tilknytning til kontinentalsoklen. Reglerne finder såvel anvendelse vedrørende tredjemandsgæld og koncernforbundet gæld.

Hertil kommer de generelle regler, der følger af Skattelovens (Sktl) § 54, der ligeledes finder anvendelse for olieselskaber, jf. nedenfor. Heraf følger, at i det omfang gæld omkvalificeres til egenkapital efter disse retningslinier også skal betragtes som egenkapital i relation til de nye regler for olieselskaber ved opgørelsen af disses solvens.

Generelle regler

Som allerede nævnt er det accepteret, at § 54,1 i Sktl finder anvendelse som en restriktion vedrørende tynd kapitalisering. Essensen af § 54, 1. led er, at skattemyndighederne ved ligningen kan bortse fra at et rentefradrag, såfremt et selskabs indkomst er blevet reduceret som følge af rentebetalinger til andre personer, der ikke er på armslængde vilkår. Yderligere gælder en formodningsregel såfremt kreditor er udenlandsk, om at reduktionen af indkomsten eller kapitalen skyldes den forbundne rentebetaling, med mindre skatteyderen kan godtgøre noget andet.

Tre domstolsafgørelser vedrørende olieselskaber, før introduktionen af særregler herom, tager bekræftende stilling til anvendeligheden af Sktl § 54. Der er tale om *Armada-Hess-sagen* af 28.3.1989, som er en ikke offentliggjort dom fra Eidsivating lagmannsrett. Yderligere er der afsagt domme af Oslo byrett 20.1.1989 (*Amoco*) og 6.2.1989 (*British Petroleum*). I disse sager besluttede skattemyndighederne (oliebeskatningsmyndighederne) at omkvalificere gæld til egenkapital baseret på de retningslinier, der specifikt var gældende for selskaber, der er tildelt licensrettigheder til at udnytte olieressourcerne på Norges kontinentalsokkel. I henhold til disse retningslinier beregnes den nødvendige egenkapital i skattemæssig sammenhæng årligt efter en cash flow basis på følgende måde: 100% af undersøgelsesomkostningerne, plus 20% af udviklingsomkostningerne (inklusive finansielle omkostninger vedrørende udviklingsfasen) minus brutto overskud, plus årlige driftsomkostninger (eksklusiv afskrivninger, men inklusive finansielle omkostninger vedrørende udnyttelsesfasen). Såfremt debt-to-equity-ratio'en er acceptabel ved udgangen af året, vil oliebeskatningsmyndighederne ikke automatisk acceptere, at egenkapitalen kan reduceres ved næste års udgang med et beløb svarende til den negative egenkapital indskud, der påkræves for det år. Med andre ord vil myndighederne ikke acceptere et argument om, at en del af gælden, der i det foregående år blev klassificeret som egenkapital i skattemæssig henseende, skal behandles som gæld, såfremt selskabets værdi er steget som et resultat af succesfulde undersøgelses- og ud-

nyttelsesfaser. En reduktion af tidligere års påkrævede egenkapital accepteres udelukkende, såfremt (1) der reelt er sket en indbetaling og, (2) egenkapitalen udgør mindst 20% af balancesummen. I sidstnævnte tilfælde tages der ikke højde for kapitaliserede undersøgelsesomkostninger og kapitaliserede renter mv.

I den omtalte *Amoca-sag* blev der fra selskabets side procederet på, at anvendelsen af ovennævnte retningslinier var stridende mod ikke-diskrimineringsklausulen i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Norge og USA. Retten fastslog imidlertid, at § 54, 1 kunne finde anvendelse for nationale situationer, selvom det var klart, at de fleste relevante situationer vedrører grænseoverskridende tilfælde. I sagen om *British Petroleum* blev det fastslået, at selskabets kapital i skattemæssig henseende skulle anses som værende markant forøget, hvorved fradragsretten for renteudgifter blev tilsvarende mindsket.

Myndighedernes praksis

Trods ovenstående skal det bemærkes, at det er yderst sjældent, at der rejses sager vedrørende tynd kapitalisering for andre selskaber end olie-selskaber i norsk ret. Der er ikke fra myndighedsside offentliggjort objektive retningslinier for enkelte branchers solvenskrav i skattemæssig henseende.

Der er dog på baggrund af praksis anledning til at være opmærksom på en situation, der dog ikke nøjagtig vedrører tynd kapitalisering, men snarere er omvendt. Sktl § 54, 1 er blevet anvendt af de norske skattemyndigheder til at hæve skatteansættelsen hos et norsk moderselskab, såfremt dette selskabet (delvis) har kapitaliseret sit udenlandske datterselskab med uforrentet gæld, også selvom dette er foranstaltet for at imødekomme regler om tynd kapitalisering i datterselskabslandet. De norske skattemyndigheder vil som udgangspunkt hævde, at al gæld skal være rentebærende, men vil dog i et vist omfang acceptere at en del af gælden kan anses som værende egenkapital i skattemæssig sammenhæng hvis og i det omfang datterselskabet ikke selv har en egen lånekapacitet. I en nyere lagmannsrettsafgørelse fra 15.10.1998 påstod skattemyndighederne, at det skulle antages at egenkapitalen skulle udgøre 25% idet det blev anført, at dette svarede til den gennemsnitlige egenkapital for selskaber noteret på Oslo Fondsbørs på det pågældende tidspunkt (1993 og 1994), og at der derfor skulle foretages en korrektion i overensstemmelse hermed. Sagen vedrørte et norsk moderselskab og dennes datterselskaber i Østrig og USA (*Nycomed*). Retten var imidlertid ikke enig i den aktuelle korrektion og udtalte, at den estimerede egenkapital, selvom den dog kan ansættes omtrentligt, skal baseres på en konkret bedømmelse af hvert involveret selskab, og at en sammenligning

skal foretages med uafhængige selskaber i den samme industri (medicinalindustrien). Yderligere viste det sig, at skattemyndighederne anvendte en forkert gennemsnitlig solvens for de børsnoterede selskaber. Af denne årsag blev ansættelsen tilsidesat.

Retten konstaterede dog, at skattemyndighederne meget vel kan hæve indkomsten i Norge, uden at være bundet af reglerne om tynd kapitalisering i datterselskabslandet. Bevisbyrden påhviler i disse situationer det norske moderselskab.

4.9 Portugal

Den 29. januar 1996 blev der i Portugal indført særlige regler om tynd kapitalisering.

Såfremt den samlede direkte og indirekte gæld til en ikke-hjemmehørende forbunden part hos et skattesubjekt undergivet selskabsskattepligt overstiger to gange egenkapitalen, kan renteudgiften vedrørende den overskydende del af gældende ikke fradrages.

Ved en ikke-hjemmehørende forbunden part forstås situationer, hvor:

- den ikke-hjemmehørende direkte eller indirekte ejer 25% eller mere af debitorselskabets selskabskapital, eller
- hvor den udenlandske part har bestemmende indflydelse vedrørende ledelsen i debitorselskabet, eller
- hvor den ikke-hjemmehørende og den hjemmehørende er under fælles kontrol fra den samme enhed, eller
- hvor tredjemand udlåner penge til det nationale debitorselskab, hvilket garanteres af eller stilles sikkerhed for fra et ikke-hjemmehørende selskab, der er omfattet af en af de tre ovenstående punkter.

Ved solvensberegningen medregnes alle typer af mellemværender mellem de forbundne parter, herunder også varemellemværender, såfremt mellemværende har eksisteret i 6 måneder eller længere.

I forbindelse med beregningen af egenkapitalen i debitorselskabet bliver ikke-realiserede kapitalgevinster eller tab udeholdt.

4.10 Spanien

Specifikke regler

Den spanske selskabsbeskatningslov indebærer, at der kan ske omkvalificering af en rentebetaling vedrørende en overskydende gældsandel til udbytte med fradragsbegrænsning til følge. En sådan omkvalificering kommer på tale, såfremt direkte eller indirekte gæld i et spansk hjemmehørende selskab til en ikke-hjemmehørende person eller enhed overstiger en nærmere specificeret multiplum af selskabets egenkapital i skattemæssig

sammenhæng. Den udslagsgivende koefficient er for øjeblikket 3 (altså en debt:equity ratio på 3:1). Når forholdet skal beregnes ganges dette tal med selskabets gennemsnitlige kapital i skattemæssig henseende i indkomståret, og resultatet sammenlignes med den gennemsnitlige direkte eller indirekte gæld, der skyldes til tilknyttede personer eller enheder gennem indkomståret. Andre solvensforhold kan accepteres, såfremt det kan godtgøres, at denne finansiering er på armslængde vilkår.

Finansielle enheder er undtaget fra reglerne om tynd kapitalisering.

Generelle regler

De spanske skattemyndigheder har ikke forsøgt at anvende generelle regler i sager vedrørende tynd kapitalisering. Sec. 16 i selskabsbeskatningsloven no. 43 har trods dette relevans, idet denne bestemmelse danner udgangspunkt for myndighedernes fastsættelse af markedsværdien af transaktioner mellem forbundne parter. Generelle OECD-principper finder i denne forbindelse anvendelse. Som forbundne selskaber forstås herefter den situation hvor: (1) begge selskaber er medlemmer af den samme koncern, (2) de samme aktionærer direkte eller indirekte besidder mindst 25% af begge selskaber, (3) ét selskab har beslutningsmyndighed over et andet selskab.

4.11 Tyskland

Indledning

Rentebetalinger fra et tysk datterselskab til dets aktionærer vil konstituere en maskeret udlodning, såfremt det tyske selskab tillige er tyndt kapitaliseret. § 8 a i KStG finder anvendelse i relation til alle aktionærer i et tysk datterselskab, der ikke har mulighed for at opnå den særlige selskabsbeskatnings credit og som ejer en væsentlig del af egenkapitalen i selskabet. Reglerne opererer med to forskellige typer af aktionærer; (1) ikke-hjemmehørende aktionærer og (2) skattefritagne tyske enheder.

Reglen § 8 a KStG indebærer, at den del af rentebetalingen, der vedrører den del af gælden, der overstiger en nærmere bestemt debt-to-equity ratio (safe harbour) fastsat efter lovgivningen, vil blive omkvalificeret til en maskeret udbytteudlodning. Dog vil den overskydende del af gælden stadig blive anset som værende gæld og ikke som egenkapital. Denne omkvalificering medfører en korrektion af indkomsten i selskabet. Dette indebærer for det første, at der betales en effektiv selskabsskat på 31,65%, og dernæst at betalingen undergives en udbyttekildeskat på effektivt 26,375% vedrørende udlodninger inden for Tyskland. Der gives credit for denne skat i den skattepligtige indkomst for det modtagende selskab, såfremt dette er beliggende i Tyskland og ikke er fritaget for skat. Kildeskatten vedrørende betalinger til udlændinge afhænger af,

hvorvidt der findes en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller om moder-/datterselskabsdirektivet finder anvendelse. Potentiel dobbeltbeskatning opstår, såfremt indkomsten i moderselskabslandet allerede er medregnet som almindelige indkomst.

Definitionen af egenkapital og bestemmende indflydelse

I henhold til § 8a KStG baseres egenkapitalbegrebet på selskabets balance vedrørende det foregående år. Såfremt et selskab er nystiftet, vil åbningsbalancen danne grundlag for beregningen af, om selskabet er tyndt kapitaliseret.

Det følger ligeledes af bestemmelsen, at bestemmende indflydelse skal defineres med henvisning til de tyske CFC-regler. Heraf følger et krav om 25% direkte eller indirekte stemmerets- eller ejer indflydelse.

Finansieringstyper

Der skelnes i § 8a KStG mellem to typer af finansiering;

1) Finansiering med en variabel rentesats. For sådanne lån findes der en safe harbour ratio på 0,5:1 uden muligheden for en tredjemands test vedrørende de overskydende rentebetalinger.

2) Finansiering med en fast rentesats. For sådanne lån (normale lån) findes der en safe harbour ratio på 3:1. Overskydende rentebetalinger undersøges efter en tredjemandstest, hvilken kan hindre, at en rentebetaling behandles som udbytte, såfremt selskabet ville have kunnet modtage det samme lån fra en tredjemand på de samme betingelser.

I de situationer hvor der er tale om blandet finansiering med dele, der er variabelt forrentet og dele, der er fast forrentet, finder reglerne om tynd kapitalisering først anvendelse på lånene med variabel forrentning og herefter på de fastforrentede lån. I henseende til skattebehandlingen inden for hver af disse to kategorier, vil lånene blive vurderet i deres kronologiske orden.

Holding privilegiet

Der findes i de tyske regler en særregel for holdingselskaber. Holdingselskaber defineres som selskaber, hvis hovedaktivitet er at besidde aktier eller lignende i andre selskaber, og finansieringen af disse selskaber eller selskaber, hvis aktiver for mere end 75% af balancesummens vedkommende, består af sådanne besiddelser i andre selskaber. Efter de tyske skattemyndigheders fortolkning, kræves det, at der ejes mindst to selskaber, førend holdingselskabsstatus kan imødekommes. Når et tysk selskab opfylder holdingsselskabsdefinitionen, er det berettiget til at anvende en safe harbour ratio på 9:1 for så vidt angår lån med fast rente. For andre lån med variabel rente finder den almindelige ratio på 0,5:1

principielt anvendelse. Der er i øvrigt ikke nogen safe harbour regler i relation til selskaber længere nede i koncernen.

Et moderselskab, der ikke opfylder holdingdefinitionen, skal bestemme dets egenkapital ved yderligere at fratrække den bogførte værdi af dets ejerbesiddelser i andre selskaber før 3:1 ratio'en skal anvendes. Dog kan selskabet også anvende den ordinære 3:1 ratio for så vidt angår normale lån.

Finansiering gennem tredjemand

Bestemmelsen i § 8a KStG finder ud over finansiering af tyske datterselskaber gennem forbundne parter til aktionæren tillige anvendelse ved långivning fra uafhængige parter (eksempelvis banker) i det omfang, tredjemand har regresmulighed overfor aktionæren eller dennes nærtstående. Når der er tale om koncernselskaber, antages det regelmæssigt, at moderselskabet anses at have påtaget sig datterselskabets forpligtelser, medmindre det modsatte godtgøres. Selve begrebet "regres" er af afgørende betydning, idet myndighederne åbenbart finder, at alle garantier og andre typer af sikkerhed er omfattet af reglerne.

Såfremt en tredjemand, der har regres mod aktionæren (der ikke har adgang til credit) eller dennes nærtstående, har ret til skattec credit (eksempelvis en tysk bank), vil det ikke anses at være sket en maskeret udlodning, såfremt det godtgøres, at vederlaget er skattepligtigt i Tyskland hos tredjemand, og at vederlaget ikke er tilknyttet indkomst (særligt renteindkomst), af hvilken den direkte eller indirekte modtager er aktionæren eller en nærtstående person (back-to-back finansiering).

Midlertidige tab

Så længe den påkrævede debt-to-equity ratio indledningsvis er opfyldt, vil senere tab eller fremførte underskud ikke reducere aktionærens egenkapital i relation til KStG § 8 a i en periode på indtil 3 år. I sådanne situationer vil rentefradragsretten blive accepteret. Herefter vil rentebetalinger retroaktivt blive anset som maskeret udbytte efter udløbet af treårs perioden, såfremt tabene ikke kan dækkes af senere overskud eller aktionærtilskud. Denne behandling er fordelagtig, idet aktionæren herved har valgmulighed mellem at lade rentebetalingen behandle som rente eller udbytte

Det var planlagt, at reglerne om tynd kapitalisering skulle være ændret med den seneste tyske skattereform, men dette blev aldrig gennemført.

De tyske skattemyndigheder har udgivet et cirkulære til fortolkning af reglerne.

Fremtiden

I skrivende stund er der i Tyskland fremsat forslag til ændring af reglerne om tynd kapitalisering i forbindelse med en justering af 1999 skattereformen. Efter lovforslaget nedsættes den eksisterende safe haven til 1,5 og for holdingselskaber til 3, således at et selskab som udgangspunkt anses for tynd kapitaliseret, såfremt gælden overstiger 1,5 gange egenkapitalen. Forslaget indeholder ligeledes planer om at udvide reglerens anvendelsesområde til også at gælde for faste driftsteder.

4.12 United Kingdom

Indledning

I engelsk ret findes der tre regelsæt, efter hvilke der principielt kan foretages en nægtelse eller begrænsning af fradragsretten for rentebetalinger fra et UK selskab. Disse regler finder anvendelse i følgende situationer:

1. Hvor rentebetalingen udgør mere end et normalt forretningsmæssigt afkast for udlån (den generelle regel). Denne test fokuserer på afkastet af midlerne og ikke på summen heraf, og der er udelukkende overskydende rente, der bliver fanget af reglen.

2. Rentebetalinger (og andet afkast) der ikke omfattes af (1), hvor

- modtageren er et 75% affilieret moderselskab eller et søsterselskab ikke hjemmehørende i UK, og
- rentebetalingen udgør mere, end hvad der ville blevet betalt, såfremt der ikke var nogen forbindelse mellem parterne (reglen om tynd kapitalisering).

Denne test er i virkeligheden en armslængde test, der sammenligner de aktuelt optagne lån med de lån, der kunne have været opnået fra en uafhængig långiver i fraværet af koncernforbindelsen. Den rentebetaling (eller andet afkast), der relaterer sig til den overskydende del af gælden, omfattes af begrænsningen.

3. Hvor hverken (1) eller (2) finder anvendelse, men hvor rentebetalingen overstiger armslængde vilkår, og parterne er forbundet, finder transfer pricing reglerne anvendelse. Disse regler omfatter lån, der ikke er omfattet af (2) og lån fra tredjemand, der er støttet af et arrangement med et forbundet selskab.

Enhver rentebetaling der omfattes af (1) eller (2) behandles som en udlodning. Siden 6.4.1999 er der ikke længere noget krav om indeholdelse af acontoskat eller noget andet kildeskattekrav vedrørende disse udbytter. Rentebetalinger omfattet af (3) opfattes ikke som udlodninger, men

der nægtes fradrag ved selskabsskatten. Dog kan der stadig være et krav på kildeskat af betalingen, idet rentebetalingen ikke omkvalificeres.

Den generelle regel

Section 209(2)(d) i Income and Corporation Taxes Act (ICTA) 1988 behandler enhver rente (eller anden udlodning ud af selskabets aktiver) vedrørende “securities⁴⁰⁴” som udbytte hvor selskabets modydelse vedrørende den sikrede hovedstol repræsenterer en ydelse, der overstiger et rimeligt forretningsmæssigt afkast undtagen for så vidt angår den del af ydelsen, der er udtryk for et rimeligt forretningsmæssigt afkast for rådigheden over hovedstolen⁴⁰⁵ eller udgør en betaling af hovedstolen. Således behandles udelukkende den overskydende del af rentebetalinger som udlodninger, hvormed der nægtes fradragsret. Denne regel finder anvendelse uanset interessefællesskabet mellem parterne og långivers hjemsted.

Reglens fokus er ikke at vurdere overordnet, om transaktionerne er forretningsmæssigt begrundet, men snarere at vurdere hvorvidt långivers afkast er forretningsmæssigt begrundet. Dette testes ved låneforholdets indtræden. Testen vurderer låntagers forhold.

Tynd kapitaliseringsreglen

Den særlige regel om tynd kapitalisering har et videre anvendelsesområde end ovenstående, men for en snævrere kreds af skattesubjekter. Der blev med The Finance Act 1995 introduceret en mere præcis regel. Reglerne findes primært i Section 209(2)(da) og (8A) til (8F) ICTA 1988. Ligeledes findes vigtige regler i section 212 ICTA 1988 og de afklarende regler vedrørende den tidligere lovgivning i Section 808 A(2) til (4) ICTA som er bibeholdt som en del af den nye lovgivning. Hovedmål-sætningen med ændringen i 1995 af disse regler var at bringe forholdet ind under national engelsk ret og ikke lade spørgsmålet afhænge af indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Dog har Inland Revenue anerkendt, at visse bestemmelser i visse overenskomster kan begrænse reglernes anvendelsesområde. Et eksempel herpå er overenskomsten mellem UK og Spanien.

404. Hvilket er temmelig bredt defineret, hvorved stort set alle rentebetalinger vedrørende de fleste lånetyper bliver omfattet af reglen. Der er dog visse modifikationer så som handelsmellemværender mv.

405. Begrebet “*principal thereby secured*” anvendes og er ikke defineret i lovgivningen. Men antages at betyde, beløbet som långiver skal betale ved tilbagebetalingen eller konvertering af security. Begge disse termer anvendes tillige i relation til de specifikke regler om tynd kapitalisering.

Enhver rentebetaling eller andet afkast fra aktiverne i låntagerselskabet (normalt et UK datterselskab) vedrørende værdipapirer udstedt af et selskab og ejet af et andet selskab skal behandles som udbytte, såfremt det udstedende selskab er et 75% ejet datterselskab⁴⁰⁶ af det andet selskab eller begge er 75% ejede datterselskaber af et tredje selskab, idet omfang betalingen udgør et beløb, der ikke ville være blevet betalt til det andet selskab, hvis der ikke var nogen forbindelse mellem selskaberne.

Der ligger således basalt set en armslængdetest i reglerne. Udelukkende en overskydende del af rentebetalingen eller andre udlodninger vil blive behandlet som udbytte i skattemæssig sammenhæng, hvorved der nægtes fradrag.

Armslængde testen

Armslængde testen indebærer en bedømmelse af hvilke lån mv., og på hvilke vilkår, der ville kunne fremskaffes af det engelske selskab, såfremt der ikke var den eksisterende koncernforbindelse mellem selskabet og långiver. Testen skal udføres på det tidspunkt, hvor en forskudsbetaling er gennemført. Faktisk skal der gennemføres en vurdering af debitorselskabs lånekapacitet hver gang et forskud ydes. Bevisbyrden påhviler debitorselskabet. Testen indeholder tre elementer; (1) om lånet overhovedet kunne være ydet uden interessefællesskab, (2) lånets størrelse og (3) renten og andre vilkår vedrørende lånet. Ved bedømmelsen af disse faktorer, kan der tages hensyn til effekten af "relationship, arrangement or other connection" med andre personer, som ikke har nogen relevant forbindelse med debitorselskaber eller er medlemmer af samme UK-koncern (se nedenfor) vedrørende: (1) selskabets overordnede gælds niveau, (2) om debitorselskabet og en bestemt person ville have være parter i en forudbetaling af lån og (3) rentesatsen og andre vilkår, der må forventes i en sådan transaktion.

UK Grouping

Der findes i britisk ret en særregel for UK-koncerner, hvorved ikke kun debitorselskabet anskues, men hele koncernen i United Kingdom. Reglen om UK Groupings er vigtig, når lånekapaciteten hos debitorselskabet ("the UK issuer") skal vurderes, idet det er den finansielle position i hele UK koncernen, der herved tages i betragtning. Der findes en kompleks definition af begrebet "UK grouping", der i hovedtræk involverer koncernen bestående af UK moderselskabet og dets 51%-ejede datterselskaber, hvoriblandt debitorselskabet befinder sig.

406. Dette begreb er defineret i Section 838(1)(b) ICTA 1988, hvilket henviser til direkte eller indirekte ejerskab over 75% af den ordinære aktiekapital.

Praktisk anvendelse af reglen

Der findes ikke nogen retningslinier vedrørende debt-to-equity ratios. Den fundamentale test, der anvendes, er den samme armslængdetest som omtalt ovenfor. Debt-to-equity ratios har derfor udelukkende relevans i det omfang, at sådanne størrelser er relevante ved långivers overvejelser. Trods dette, ser Inland Revenue (IR) i praksis på debt-to-equity og andre finansielle ratios ved anvendelse af tynd kapitaliseringsreglen⁴⁰⁷. Således accepterer IR armslængdemæssigheden af selskabsfinansieringen, hvor et lån i øvrigt opfylder armslængde standarden, såfremt gearingen i den relevante UK grouping ikke overstiger forholdet 1:1 og koncernens “interest cover” mindst udgør 3:1. Begrebet “interest cover” dækker over antallet af gange, renten kan betales ud af indtjeningen før renter og skat. Inland Revenue tager særligt hensyn til brancherne, sikkerhedsstillelse, cash flow og selskabets generelle økonomiske tilstand. I praksis accepteres højere ratios for banker og lignende.

Som egenkapital anses aktiekapital, overkurs, reserver, tilskud og rentefri lån. Sidstnævnte i det omfang rentebærende gæld har forrang ved tilbagebetalingen. Som gæld anses al rentebærende gæld.

Transfer pricing reglen

Med finansloven fra 1998 blev der indført nye transfer pricing regler i United Kingdom der harmoniserer reglerne med OECD Transfer Pricing Guidelines og OECD MDBO art. 9. Reglerne omfatter lån og finansielle arrangementer. Derfor omfattes den situation, hvor en bank udlåner penge til UK selskab mod en garanti fra et koncernselskab. Herved udvider reglen i praksis reglen om tynd kapitalisering. Inland Revenue har indikeret, at følgende situationer, der falder udenfor anvendelsesområdet af reglerne om tynd kapitalisering, vil blive ramt af transfer pricing reglerne:

- Hvor lånet til det engelske datterselskab er fra et udenlandsk moderselskab eller andet udenlandsk koncernselskab, og aktieejerskabet er under 75% som krævet efter reglerne om tynd kapitalisering, men hvor forholdet ligger inden for den såkaldte “control and association test” efter de nye transfer pricing regler. Eksempler herpå er, hvor datterselskabet ejes mellem 50% og 75% af det udenlandske moderselskab eller er et joint venture selskab, som ejes af mindst to parter med hver mindst 40%

407. Jf. eksempelvis; “Intra-Group Interest Treated As Distributions”, i Tax Bulletin Issue 17, juni 1995.

- Hvor lånet kommer direkte fra en tredjemand, så som en bank, men er støttet af en garanti fra det udenlandske moderselskab eller et andet UK-koncernselskab.

Inland Revenue finder, at en tilsvarende armslængde test kan anvendes i disse situationer. Rentebetalinger, der opfanges af transfer pricing reglerne i stedet for reglerne om tynd kapitalisering, medfører ikke, at beløbet behandles som udbytte, men blot at fradragsretten nægtes i skattemæssig sammenhæng. Der kan herved stadig være krav på rentekildeskat i det omfang, der ikke sker en omkvalifikation.

4.13 USA

I amerikansk føderal skatteret findes der tillige regler til værn mod tynd kapitalisering. Reglerne herom findes i Internal Revenue Code (IRC). Værnet mod tynd kapitalisering i USA er tredelt. Således findes der hjemmel til at foretage den rette kvalifikation af et kapitalindskud i henhold til IRC Sec. 385. Hertil kommer at den almindelige armslængde regel i IRC Sec. 482 stiller krav om en markeds-mæssig forrentning af et givent mellemværende. Endelig kan der ske rentefradragsbegrænsning eller rentefradragsudskydelse i henhold til IRC Sec. 163j (Earnings stripping). Førstnævnte regel behandler således spørgsmålet om den rette kvalificering af et kapitalindskud som enten egen- eller fremmedkapital. Sidstnævnte vedrører derimod udelukkende spørgsmålet om den rette solvens.

IRC Sec. 385 – Rette kvalifikation

IRC Sec. 385 hjemler adgang til udstedelse af mere detaljerede retningslinier vedrørende omkvalificering af afkastet på kapitalindskud. Bestemmelsen blev indført i 1969 med henblik på at skabe mulighed for at beskatte hybride finansieringsinstrumenter. Der findes en lang praksis angående fortolkningen af reglen i SEC. 385. I IRC Sec. 385(b) angives fem faktorer, der blandt andre kan inkluderes i afgørelsen af, om en faktisk situation er et gældsforhold, eller om der er tale om et aktionærforhold.

1. Kapitalindskuddets form

Der lægges vægt på, om der mod kapitaltilførslen er udfærdiget et skriftligt rentebærende lånedokument for hvilket der er aftalt tilbagebetalingsvilkår.

2. Kreditors stilling

Der fokuseres yderligere i denne forbindelse på, hvorledes kapitalindskuddet er stillet i en eventuel konkursorden, herunder om der er dækning i lighed med andre kreditorer, eller om indskuddet er efterstillet. I denne sammenhæng kendetegnes en kreditor ofte ved at have en udvidet ret til betaling af et fastsat beløb på en bestemt dag med en fast forrentning uafhængig af debitorselskabets økonomiske situation. Større usikkerhed er aktionærernes ret til forrentning af kapitalindskud omgærdet af. Aktieposterne kan dog være opdelt således, at visse aktionærer besidder retten til udbytte eller fyldestgørelse forud for andre aktionærer.

3. Forholdet mellem gæld og egenkapital

Som et tredje element indgår forholdet mellem gæld og egenkapital i vurderingen af, om et aktuelt indskud har karakter af gæld eller egenkapital. Der er dog ikke længere fastsat en egentlig debt-to-equity ratio.

4. Kan lånet konverteres til aktier

Konverteringsretten indgår også som et element idet muligheden stiller kreditor potentiel indflydelse i udsigt, hvorved indskuddet har ligheds-træk med et internt lån eller kapitalindskud.

5. Forholdet mellem lånekapital og aktiebeholdning hos den enkelte kapitalindskyder

Andre forhold kan efter praksis tages i betragtning ved bedømmelsen. I forlængelse af disse fem forhold, kan der således i praksis ligeledes lægges vægt på kapitalindskyderens identitet. Er indskyderen ikke identisk med eksisterende aktionærer, men en uafhængig part der driver finansieringsvirksomhed, må det i praksis formodes, at der reelt er tale om et lån, mens det modsatte er udgangspunktet, hvor kreditor allerede er aktionær. Yderligere antages det i øvrigt, at det peger i retning af et egenkapitalindskud, selvom benævnelsen lån benyttes, når kreditor opnår indflydelse på ledelsen af virksomheden, og forretningen reelt er overskudsafhængig. Flere andre forhold kan tages i betragtning, jf. herved *Fin Hay Realty Co. v US* (398 F.2d 694 (3d Cir. 1968) fra the Court of Appeals for the Third Circuit.

Den skattemæssige kvalifikation af kapitalindskuddet har udelukkende betydning i skattemæssig henseende, jf. Sec. 385(c)(1). Således oprettholdes den civilretlige aftale. Der opkræves kildeskat ved omkvalificering til udbytteudlodninger. Sec. 385 finder anvendelse såvel internt i USA som internationalt.

Bevisbyrden påhviler skatteyderen. IRS kan hermed opretholde en omkvalificering indtil det tidspunkt, hvor skatteyderen har godtgjort, at der i realiteten er tale om et gældsforhold.

Bestemmelse af armslængde rentesatsen

I det omfang det er blevet bestemt, at der er tale om et egentligt lån i henhold til Sec. 385, skal der findes en armslængde rentesats på lånet i henhold til de med hjemmel i Sec. 482 udstedte regulations. Alle relevante faktorer vil i denne forbindelse indgå i overvejelserne. Dette indebærer, at der lægges vægt på lånets hovedstol og løbetid, sikkerhedsstillelse, debtors kreditværdighed, tilstedeværelsen af markedsrente på kreditor eller debtors situs. Forrentningen skal påbegyndes dagen efter låneoptagelsen. Der findes dog visse undtagelser til denne hovedregel.

IRC Sec. 163j Earnings stripping

I 1989 blev der tillige indført særlige regler om earnings stripping med vedtagelsen af IRC Sec. 163j. Reglen finder anvendelse ved låneforhold i internationale koncernforhold (forbundne parter). Nærmere bestemt er den omfattede skatteyderkreds: amerikanske datterselskaber af udenlandske selskaber, udenlandske selskaber involveret i amerikansk "business or trade", jf. IRC Sec. 163j(8)(a). I relation til filialer medtages ved en opgørelse udelukkende de beløb, der effektivt kan henføres til filialen. Formålet med reglen er at forhindre, at det amerikanske skatteprovenu udhules ved, at der betales for store renteudgifter til udenlandske selskaber.

Som interesseforbundne parter anses i denne relation hovedaktionærer, der direkte eller indirekte besidder mere end 50% af aktierne i debtorselskabet. Begrebet defineres i IRC Sec. 267. Omfattet er tillige lån fra amerikanske långivere som er garanteret af et udenlandsk forbundet selskab. De særlige regulations vedrørende reglen i Sec. 163j anfører, at det er substansen og ikke formen, der er afgørende ved vurderingen af, hvornår der foreligger et koncernforhold.

I henhold til Sec. 163j(2)A, i og ii, finder reglen anvendelse, når selskaber har renteudgifter ud over det sædvanlige. Et amerikansk datterselskab af udenlandske selskaber skal opfylde en treleddet test førend begrænsningen kan komme på tale; (1) et gæld:egenkapitalforhold på 3:2, (2) renteudgiften⁴⁰⁸ skal overstige 50% af den skattepligtige indkomst og (3) renteindtægterne undergives ikke beskatning i USA. Der eksisterer således en safe haven regel, der indebærer accept af gældsfinansiering indtil 60%.

Til brug for vurderingen af hvad der er gæld anvendes *Generally applicable tax principles (GATP)*, jf. IRC Sec. 163j(2)(C). I henhold til disse

408. Uden hensyntagen til nettoopgørelse medregnet renteindtægter eller tab.

principper er hovedparten af langfristede forpligtelser at opfatte som gæld. Kortfristede forpligtelser, såsom rentefrie kreditter med en løbetid på under 90 dage, herunder leverandørgæld, hensættelser til skyldig skat, og stiftet driftsgæld, medtages ikke ved gældsopgørelsen. Egenkapitalen opgøres som alle aktiver reduceret med gælden. Til bestemmelsen af hvad der er aktiver anvendes *Generally accepted accounting principles* (GAAP). Der findes særlige regler, der skal sikre mod erhvervelse af aktiver udelukkende til det formål at reducere debt:equity ratioen. Hertil kommer et værn mod overførsel af aktiver uden fuld betaling fra en koncernforbundet part inden for de sidste 90 dage op til skatteårets afslutning efterfulgt af en tilbageførsel af samme eller lignende aktiver inden for de første 90 dage af skatteåret. Ligeledes anerkendes det ikke, at der sker en reduktion af gælden 90 dage før status, såfremt den samlede gæld igen stiger inden for de første 90 dage af det nye indkomstår. Opgørelsen af forholdet mellem gæld og egenkapital foretages ved skatteårets afslutning, men der er mulighed for, at myndighederne kan foreskrive krav om en hvilken som helst anden dag.

Flere nationale koncernselskaber, der indgår i en *affiliated group*, jf. Sec. 1504(a), anses om en enhed efter reglerne om *earnings stripping*, jf. Sec. 163j(6)(c).

Den skattemæssige konsekvens af reglerne om earnings stripping er rentefradragsbeskæring. Denne begrænsning er dog maksimeret til det mindste af (1) overskydende renteudgifter (excess interest expense, som defineret ovenfor) eller (2) beløb betalt til skattefritaget nærtstående.

IRC Sec. 267 Udskydelse af rentefradragsretten

Det er tillige et element i det amerikanske værn mod tynd kapitalisering, at fradragsretten på lån kan blive udskudt, også selvom der er tale om et lån efter Sec. 385, og at rentesatsen er på armslængde vilkår. IRC Sec. 267 opstiller et krav om, at skatteyderne skal udskyde rentefradraget for rentebetalinger til forbundne parter, indtil dette beløb er indeholdt i kreditors bruttoindkomst. Således, kan det siges, at renteindtægten og rentefradraget matches i visse nærmere bestemte situationer. Formålet med bestemmelsen er at forhindre, at debitor og kreditor benytter forskellige skatteopgørelsesmetoder med en deraf følgende mulighed for at skabe kunstige fradrag. Yderligere sigter bestemmelsen til at forhindre udskydelsen af fradrag til år, hvor skatteyderen har betydelig indkomst, samt at forhindre skatteyderne i at udskyde indkomstrapporteringen til indkomstår, hvor der er tab, der kan modregnes i indkomsten.

Med hjemmel i Sec 267(a)(3) er der udstedt særlige regulations, vedrørende den situation, hvor kreditor er udenlandsk, der medfører, at matching princippet tillige er anvendeligt i disse situationer.

Litteraturfortegnelse

Aldén, Stefan

- Om regelkonkurrens inom inkomstskatterätten, 1998 (doktordisputats), Nerenius & Santérus Förlag.

Amby, Christen

- Loven om tynd kapitalisering, SO 1998.270.

Andersen, Lennart Lynge & Erik Werlauff

- Kreditretten, 2. udgave, 1995, Gadjura.

Andersen, Lennart Lynge, Erik Werlauff & Niels Ørgaard

- Holdingselskaber, 1998, Gadjura.

Arvidsson, Richard

- Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor – Några synspunkter med anledning av en doktoravhandling, Svensk Skattetidning 1999.195.

Banner-Voigt, Erik & Jens Wittendorff

- Taxation of Hybrid Instruments in Denmark, Journal of Derivatives and Financial Instruments, 2000.3.

Betænkning nr. 1060/ 1987

Bjerke, Joachim M.

- Internprissætning, 1997, Tano Aschehoug.

Bjørn, Ole

- Fikseret vederlag – et forsøg på at gøre status, i SO 1999.54.

Blanluet, Gauthier

- Thin capitalization and Non-Discrimination, ET 1991.56.

Blumberg, Phillip I.

- The Multinational Challenge to Corporation Law – The Search for a New Corporate Personality, 1993, Oxford.

Bundgaard, Jakob

- Aspekter af skatterettens civilretlige relationer – belyst ved SEL § 11, SR-skat 2000/3
- CFC-beskatning og udenlandske mellemholdingselskaber, SU 2000.13.
- Koncernbeskatingen med skatteneutralitet som reguleringsideal,

Del I, almindelig del, Tfs 1999.205.

– Koncernbeskatningen med skatteneutralitet som reguleringsideal,

Del II, speciel del, Tfs 1999.220.

– Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999, Gadjura.

Bundgaard, Jakob og Jens Wittendorff

– Placering af holdingselskaber i Danmark?, SU 1999.2.

– Tynd kapitalisering efter selskabsskattelovens § 11, stk. 4 – fuld eller delvis konsolidering?, Tfs 1999.36.

Burgers, Irene J.J.

– Taxation and Supervision of Branches of International Banks – A Comparative Study of Banks Enterprises, 1991, IBFD Publications.

Burgers, Irene J.J. & Huub M.M. Bierlaagh

– Some Tax Aspects of Guarantees, Letters of Comfort and Keep-well Agreements between Group Companies, BIFD 1998.81.

Carrero, José M. Calderón

– Spanish Thin Capitalisation in Light of the Non-Discrimination Principle: its Compatibility with Double Tax Treaties and EC Law, Intertax 1996.282.

Christensen m.fl, Erna

– Selskabsbeskatning, 19. udgave, 1999, Kommuneinformation.

Deloitte & Touche

– Thin Capitalization, 1992.

– Thin Capitalization, 1999 (Database der løbende opdateres).

Dyhr, Peter

– Boganmeldelse af Transfer pricing i international skatteretlig betydsning, SU 1999.147.

Erhvervsministeriet m.fl.

– Debatoplæg om aktivt ejerskab, 1999.

Falk, Lena & Claus Pedersen

– Skatteplanlægning i internationale koncerner, 1996, FYR.

Gomard, Bernhard

– Aktieselskaber & anpartsselskaber, 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Gäverth, Leif

– Stödbrev – Borgensliknande handlingar utställda företrädevis för svagt kapitaliserade bolag, 1994, Iustus Förlag.

- Skatteplanering och Kapitaliseringfrågor – En skatterättslig studie av olika metoder att ingripa mot internationell skatteplanering med under- respektive överkapitaliserade bolag, Uppsala University, 1998 (doktordisputats), Iustus.

Hansen, Anders Oreby, Jan Børjesson & Henrik Peytz

- Kursgevinstloven med kommentarer, 1998, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Hansen, Anders Oreby

- Tynd kapitalisering- opgørelse af gæld og egenkapital, SU 1999.6.

Hansen, Lars Cort

- Tynd kapitalisering, CFC-regler og armslængdeprincippet, SR-skat 1999.42.
- Nye regler om tynd kapitalisering, TfS 1998.569.
- Tynd kapitalisering – Armslængdeprincippet, SU 2000.55.
- Tynd kapitalisering – i et internationalt perspektiv, SU 1998.236.

Hariton, David P.

- Distinguishing Between Equity and Debt in the new Financial Environment, Tax Law Review 1994.499.

Hasselager m.fl, Olaf

- Årsregnskaber – Kommentarer til regnskabslovgivningen, 2. udgave, 1998, Gadjura.

Helkett, C.

- Opgørelse af den skattepligtige formue, 1979, GEC GAD.

Helminen, Marjaana

- The Dividend Concept in International Tax Law – Dividend Payments Between Corporate Entities, Series on International Taxation no. 25, 1999, Kluwer.

International Fiscal Association

- Secondary Adjustments and related Aspects of Transfer Pricing Corrections, 1994, Kluwer.
- Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 82 b, International aspects of thin capitalization, 1996.

International Transfer Pricing Journal

- Comparative Survey on Thin Capitalization and Transfer Pricing, Temanumre 1997/4 og 1997/5.

Jackson, Brian

- Thin Capitalisation, ET 1990.319.

Jacobsen m.fl., Christen Boye

- Bank- og sparekasseloven med kommentarer, 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Jacobsen, J.O. Engholm

- Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, Gadjura.

Jacobsen, Jens Olav Engholm, Jan Pedersen, Kurt Siggaard & Niels Winther-Sørensen

- Skatteretten 1-3, 2000, Gadjura.

Jensen, Poul og Ole Steen Jørgensen

- Egenkapitalregler i selskabslovgivningen, Revisionsorientering E.1., 1991.

Jensen, Søren Næsborg

- EU-selskabsskatteret (ph.d-afhandling), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.
- Forslaget til rente- og royaltydirektiv, SU 1998.242.

Josephsen, Niels

- Tynd kapitalisering herunder reglernes betydning for filialer, SU 1999.7.

Kerzel, Malene

- Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning (ph.d-afhandling), 2000, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Kjær, Ole

- Tynd kapitalisering ved etablering i Danmark, SU 1993.360.

Koefoed, Niels Lolk

- Det faste driftssteds skatteretlige karakter – med særligt henblik på fradrag for renteudgifter, R&R 1978.301.

Lawrence, Brian

- Government Restrictions on International Corporate Finance (Thin Capitalisation, BIFD 1990.118.

Liljegren, Karsten

- Dødsbøbeskatning, Gadjura 1999.

Lüthi, D.

- Thin Capitalisation of companies in international tax law, Intertax 1991.446.

Michelsen, Aage

- Den skatteretlige betydning af sondringen mellem egenkapital og

fremmedkapital, R&R 1991 SM 143.

– International skatteret, 1996, Gadjura.

– Transfer pricing – rette indkomstmodtager, R&R 1998 SM 41.

– Tynd kapitalisering – skatteretligt belyst, i Nis Jul Clausen (red.): Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995, s. 217 ff.

Møller, Michael & Claus Parum

– Virksomhedens valg af kapitalstruktur, RådgivningsOrientering 1999 3.3.

Møller, Ulrik Gorm

– Skatterådgivning – metode og teknik, 1996, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Nielsen, Thøger

– Indkomstbeskatning – Systematisk fremstilling af lovgivning og retspraksis på indkomstbeskatningens område, bind I, 1965 og bind II 1972.

OECD

– Attribution of income to permanent establishments.

– Model Tax Convention on Income and on Capital, 1992-1997.

– Thin capitalisation, Issues in international taxation no. 2, 1987.

– Transfer pricing and multinational enterprises – three taxation issues, 1984.

– Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations, 1995-1999.

– Transfer pricing, Corresponding adjustments and the mutual agreement procedure.

Okholm, Klaus

– Tynd kapitalisering, Inspi 1998/9, s. 36 ff.

Oliver, David B.

– The impact of EU non-discrimination provisions in UK corporate tax law, ECTR 1998.170.

Overgaard, Pia & Jan Nygaard

– Tynd kapitalisering, Inspi 1993/6, s. 19 ff.

Parum, Claus

– Virksomhedens kapitalstruktur og kapitalomkostninger, 1987, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Pedersen, Frank

– Finansieringsplanlægning, 5. udg. 1995, Systime.

Pedersen, Hans Viggo Godsk

- Kaution, 5. udgave, 1999, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Pedersen, Jan

- Skatteudnyttelse (doktordisputats), 1989, Gad.
- Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Pedersen, Susanne og Klaus Okholm

- Lån og garantistillelse mellem koncernforbundne selskaber, i SU 1999.94.

Pørksen, Claus

- Tynd kapitalisering i Tyskland, SU 1994.134.

Rasmussen, Søren

- Armslængde og tynd kapitalisering, SR-skat 1998.252.
- Ændring af sambeskatningsvilkårene, R&R 1984.65.

Schauhoff, Stephan

- Tax Planing under Germany's new "Thin Capitalization" Rules, Intertax 1993.466.

Serup, Michael

- Generationsskifte – Omstrukturering, 1998, Gadjura.

Sommerhalder, Ruud A.

- Approaches to Thin Capitalization, ET 1996.82.

Svolgaard, Jens Chr. G.

- Transfer pricing in Denmark, i Robert Feinschreiber (ed.): Transfer pricing handbook, 2000.

Sørensen, Karsten Engsig & Poul Runge Nielsen

- EU-retten 1 og 2, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

Sørensen, Michael

- Nye regler om international selskabsbeskatning, i R&R 1998/9, s. 30 ff.

Teixeira, Gloria

- Thin Capitalisation in the Portuguese Tax System, Intertax 1996.472.

Thomsen, Aage Brink

- Bestemmelser om tynd kapitalisering – i væsentlige samhandelslande, R&R 1991/2, s. 28 ff.

Told- og Skattestyrelsen

- Rapport fra arbejdsgruppen vedrørende unoterede aktier, 1999.
- Ligningsvejledning 1999/ Aktionærer & selskaber
- Ligningsvejledning 1999/ Dobbeltbeskatning
- Ligningsvejledning 1999/Almindelig del
- Ligningsvejledning 1999/Erhvervsdrivende

Vanpeteghem, Rik & Ann Goethals

- New Thin Capitalization Rules in Belgium, Intertax 1997.392.

Vogel, Klaus

- On Double Taxation Conventions, Third edition, 1997, Kluwer.

Weizman, Leif

- Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Werlauff, Erik

- Anmeldelse af Jan Pedersen: Transfer pricing – international skatteretlig belysning, UfR 1999 B., s. 157 ff.
- EU-selskabsret – 18 staters fælles virksomhedsret, 1999, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Koncernretten – juridiske grundprincipper for danske og internationale koncerner, 1996, Gadjura.
- Selskabsret, 3. udgave, 1997, Gadjura.
- Selskabsskatteret, 3. udgave, 1999, Gadjura.
- Werlauff's kommenterede aktieselskabslov, 1999, Greensjura.
- Selskabsmasken (doktordisputats), 1991, Gad.

Winther-Sørensen, Niels

- Faste driftsteders fradragsret ved lån, SR-skat 1993.111.
- Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted (doktordisputats), 2000, GADJura Thomson.

Witt, Claus & Bjarne Baymler

- Koncernmellemværender, R&R 1993/6, s. 28 ff.

Wittendorff, Jens

- Bankfilials fradrag for renter af interne lån, SR-skat 1997.162.
- Codification of the Arm's Length Principle And Introduction of Thin Capitalization legislation International Transfer Pricing Journal 1998.251.
- International skatteret, SR-skat 1999.75.
- Ny OECD Modeloverenskomst, SR-skat 1992.434.

- Transfer pricing: Denmark Legalizes the Arm's length Principle and Introduces Thin Capitalization Provisions, World Tax News, 1998/5, s. 1 f.

Domme, kendelser mv.

European taxation

ET 1990.56 293

LSRM

LSRM 1981.159 154

LSRM 1983.112 154

R&R

R&R 1999 SM 327 149

EF-domstolens domme

Sag C-204/90 301

Sag C-1/93 Halliburton 303

Sag C-80/94 301

Sag C-336/94 (Eftalia Dafeko) 305

Sag C-286/94, 340/95, 401/95, 47/96
(Garage Molenheide BVBA,
forenende sager) 305

Sag C-28/95 (Leur-Bloem) 305

Sag C-250/95 303, 304

Sag C-158/96 (Kohll) 305

Sag C-264/96 302

sag C-212/97 57

Sag C-212/97 305

Sag C-250/97 303

Sag C-294/97 303

Sag C-337/97 (C.P.M. Meeusen) 305

Sag C-55/98 (Vestergaard) 305

Skat

Skat 1999.875 94

Skat Udland

SU 1997.266 293

SU 1999.30 Ø 71, 235

SU 2000.27 234

Tfs

Tfs 1984, 105 BF 63

Tfs 1984.559 LSK 34

Tfs 1985.324 32

Tfs 1985.324 LR 47

Tfs 1988.487 LSR 156

Tfs 1989.535 LR 65

Tfs 1989.674 156

Tfs 1990.21 H 30, 252

Tfs 1990.240 LSR 32

Tfs 1991.126 LR 80

Tfs 1991.528 LSR 172

Tfs 1993.236 Ø (Alfa Holding) 108

Tfs 1993.249 LSR 147, 226

Tfs 1993.7 H 85, 87

Tfs 1993.7 H (Texaco A/S) 32, 88

Tfs 1993.7 H (Texaco) 85

Tfs 1994.191 LR 145, 226

Tfs 1994.536 TSS 291

Tfs 1994.552 LR 85, 86

Tfs 1995.227 LR 154

Tfs 1995.764 LSR 154

Tfs 1995.804 LSR 154

Tfs 1996.176 LR 33

Tfs 1996.715 Ø 85

Tfs 1996.715 Ø (Citibank) 32, 85

Tfs 1997.102 Ø 147

Tfs 1997.506 H 86, 235

Tfs 1997.506 H (Tage S. Nielsen) 74,
147

Tfs 1997.653 264

Tfs 1997.81 H 172

Tfs 1997.862 LSR 147

Tfs 1998.558 264

Tfs 1998.77 LR 117, 149

Tfs 1999.180 Ø 71, 233

Tfs 1999.201 V (Patricia Records) 71,
235

Tfs 1999.346 H 151

Tfs 1999.976 92, 242

Tfs 2000.197 234

Tfs 2000.318 Ø 151

Domme, kendelser mv.

UfR

UfR 1941.563 HD 72

UfR 1974.387 V 156

UfR 1990.174 H 252

UfR 1997.1150 H (Tage S. Nielsen)

235

Stikordsregister

A

acontoskatteordningen 158
affiliated group 334
aktier
– værdiansættelse 169
aktiv
– definition 165
aktiver
– værdiansættelse 167
Alfa Holding 108
almindelige armslængde princip, det
– samspil med 218
Amoco 321
Andele/anparter i interessentskaber
og kommanditselskaber
– værdiansættelse 178
Andre hensættelser 157
anparter
– værdiansættelse 169
ansvarlig lånekapital 35, 151
ansvarlige kapital, den 214
Anvendelse af civilretlige
begreber 239
appropriation of property 314
Armada-Hess-sagen 321
Armslængde princippet
– definition 42
ASRB 309
Asymmetrisk information 37
Aureva 73
Australian Tax Office 309
Australien 307
axiologisk uforenelighed 216

B

back-to-back finansiering 326
back-to-back-lån 129, 135, 309, 313
– modregningsadgang 129
badwill 177
basiskapital 213
Belgien 310

bench marking 146
bench-marking 39
beskatningen af andelshavere 32
bestyrelshonorar 160
Bevisbyrde 143, 210
Bindende forhåndsbesked 211
Bonus 159
Branchesoliditet 137
branchespecifikke regler 66
British Petroleum 321
Brugsforeninger 78
børsnoterede aktier
– værdiansættelse 169
Børsnoterede selskaber 212

C

Canada 311
cash flow 215
cash flow basis 321
cash management 130
cash pooling 215
cash pooling arrangement 316
Cash pooling centralization
strukturen 316
cash-pooling-aftaler 130
Centros-dommen 57
CFC-beskatning 80
CFC-regler 47
CFC-reglerne
– samspil med 228
Citibank) 85
civilretlig sikkerhedsstillelse 255
claw back 179
claw-back klausul 308
Code Général des Impôts 315
comfort letters 132
Contributed surplus 314
control and association test 330
corporate governance 36

D

Danmarks Skibskreditfond 78
 Danmarks Statistik 58
 Dansk Eksportfinansieringsfond 78
 Dansk Landbrugs Realkreditfond 78
 Dansk Undergrunds Consortium (DUC) 58
 Debt creation rules 128, 309
 debt push down 282
 debt-push-down
 – strategier 27
 debt-push-down strategier 27
 delvis konsolidering 184
 det separate enhedsparadigme 23
 Direkte credit 53
 direktiv 89/646/EØF 251
 dispositionskorrektio n og
 vilkårskorrektion
 – sondringen mellem 42
 dispositionskorrektioner 42
 disrespekt af kontraktsfriheden 234
 Dokumentation 136
 Domicillandsbeskatning 50
 Driftsmidler og skibe
 – værdiansættelse 173
 DSB 78

E

Earn outs 152
 Earnings stripping 331, 333
 efterlevels esomkostninger 304
 egenkapital
 – definition 248
 Egenkapitalbegrebet 164, 248
 egenkapitalbegrebet
 – i international kontekst 178
 egne aktier 39
 ekstraordinære udbytter 39, 180
 eliminer ing 238
 elselskaber 78
 empirisk uforenelighed 216
 enhedsteorien 42
 erstatningskrav 148
 excess interest expense 334
 Exemption 54

exemptionlempelse 50
 exerciseprisen 150

F

factoringselskaber 215
 faktisk kurstab 120
 Faktiske renteudgifter 119
 fast driftssted
 – betingelserne 82
 – egenkapital 90
 fast ejendom
 – værdiansættelse 168
 Faste driftssteder 82
 Fat/thick capitalization 46
 feriepenge 159
 ferietillæg 159
 FIFO 181
 Fin Hay Realty Co. v US 332
 financial arrangements 319
 Finansielle instrumenter
 – værdiansættelse 173
 Finansiering med en fast
 rentesats 325
 Finansiering med en variabel
 rentesats 325
 finansieringsmiks 36
 finansieringsselskaber 215
 firmagrupper 92
 Fixed ratio approach 66
 fly eller flykomponenter 314
 Fondsmæglerselskaber 215
 fordelsregler 22
 Foreign Controller 307
 foreign controller 309
 Foreign Debt 307
 Foreign Equity 308
 foreign equity 309
 forfaldsprincippet 119
 formodningsreglen 136, 303
 formodningsregler 305
 Forsikringsaktieselskaber 213
 Forsikringsselskaber 213
 forventede konkursomkostninger 37
 fradragsbegrænsning 117
 – international kontekst 127

- Fradragsbegrænsningen 119
 fradragsbeskæring
 – formel 120
 Frankrig 315
 fremmed valuta 36, 163
 Fuld konsolidering 183
 fuld konsolidering 184
 Fuldstændig koncernintegration 53
 futures 173
 fysiske cash pools 215
- G**
- GAAP 319
 GAAP-principperne 313
 Garantifonden for Danske Optioner
 og Futures 78
 Generally accepted accounting
 principles (GAAP) 334
 Generally applicable tax principles
 (GATP), 334
 gennembrudsbeskatning
 (durchgriffbesteuerung) 42
 gensidige forsikringsforeninger 78,
 213
 global harmonisering 69
 GmbH 108
 Goodwill
 – værdiansættelse 174
 Grænsedragningen mellem
 egenkapital og fremmedkapital 28
 Gæld 157
 gæld
 – Anden gæld 159
 – fremmedvaluta 163
 – Gæld til tilknyttede virksomheder
 og associerede virksomheder 158
 – Ikke hævet udbytte for tidligere
 regnskabsår 161
 – Konvertible gældsbreve 157
 – Kreditinstitutter 157
 – Leverandører af varer og tjeneste-
 ydelser 158
 – Modtagne forudbetalinger fra
 kunder 158
 – Obligationslån 157
 – obligationsretlig definition 153
 – opgøres til kursværdi 162
 – Oplysninger uden for
 balancen 161
 – Periodeafgrænsningsposter 160
 – Selskabsskat 158
 – Svingninger i løbet af indkomst-
 året 161
 – Tidsmæssige aspekter 161
 – Udbytte for regnskabsåret 160
 – Udbyttegivende gældsbreve 157
 – Vekselgæld 158
 Gældsbeholdningen 148, 247
 – international kontekst 163
 gældsfinansierede overtagelser 64
- H**
- Hensynet til skattekontrol 302
 Hensættelser 154
 Hensættelser til pension og lignende
 forpligtelser 155
 Hensættelser til udskudt skat 155
 hidden equity capitalisation 40
 Holding privilegiet 325
 holdingselskab 282
 hybride finansieringsformer 35,
 149
 hybride finansieringsinstrumenter
 331
- I**
- I/S-lignende 92
 I/S-lignende konsortium 93
 ikke afregnet kildeskat 159
 ikke-fysiske pools 215
 Immaterielle rettigheder
 – værdiansættelse 174
 indeksbaserede lån 35
 Indeksbaserede obligationer 150
 Indirekte credit 54
 indkomstår
 – udløb 113
 Indlån og udlån i samme koncern 127
 Industriøkonomiske forhold 37
 ingen egenkapital 126

- Inland Revenue 330, 331
- integrationsprincip 35
- interest cover 330
- international affiliation privilege 50
- internationale skatteplanlægning 27
- internationalisering 21
- Internationalt overblik 66
- investeringsforeninger 78
- investeringsselskab 312
- IRC Sec. 267 Udskydelse af
rentefradragsretten 334
- IRC Sec. 385 - Rette kvalifikation 331

- J
- Japan 316
- Jersey 89
- joint venture 331
- juridisk person
 - begrebet 92

- K
- K/S-lignende 92
- kantonalt niveau 66
- Kapitalindskud ultimo året 162
- Kapitalstrukturforhold i praksis 37
- Karensperiode 179
- kaskadeeffekt 237
- kaskadeeffekten 255
- kaution 133
- kautionsforpligtelse 148
- kernekapital 214
- Kildelandsbeskatning 49
- kommission 159
- koncernbebyrdende regler 30
- koncernbebyrdende regulering 22
- Koncernbegrebet 25, 108
- koncernbegunstigende regulering 22
- Koncernenhedsbetragtningen 237
- koncernfinansiering 128
- koncernregel 120
- Konkrete forhold i låneaftalen 140
- Konkrete lånetilbud 138
- konkurs 180
- konkurstrussel 36
- Konsolideringsreglen 181
 - i international kontekst 197
- konsolideringsreglen 237
 - eksempel 198
- konsortiekonstruktioner 92
- konsortium 92
- kontrol
 - med nærtstående 102
 - stemmerettigheder 102
- Kontrolkravet 96
- Kontrolleret gæld 90
- kontrolleret gæld
 - faste driftssteder 201
- konvertibel obligation 309
- Konvertible obligationer 149, 179
- konvertible obligationer 35
- korresponderende justering 224
- kortfristede lån 36
- kortfristede supplerende kapital 214
- Kreditforeningen af Kommuner 78
- kreditor
 - kvalifikation 92
- kreditorenheden 240
- kreditsalg 148
- kreditværdighedsanalyser 143
- kulbrinteskatteloven
 - motiv til tynd kapitalisering 58
- Kurstab 117
- køb af aktiver 180
- Københavns Fondsbørs 78

- L
- L 53 81
- Landsbankernes Reallånefond 78
- lavt beskattede finansselskaber 80
- Leasingselskaber 215
- ledelsens sæde i Danmark 79
- ledelsesretten 237
- lejlighedslån 148
- letters 131
- letters of awareness 132
- letters of credit 313
- letters of intent 132
- leverage effect 30
- LIFO-princip 181
- livsforsikringsvirksomhed 213

logisk uforenelighed 216
 loss utilization strategy 52
 loyalitetsprincippet 306
 løbende ydelser 152
 løbetid 36
 løntilgodehavender 148
 Lån mod sikkerhed 128

M

maskeret udlodning 151
 matching princippet 335
 merværdiafgift 159
 Midlertidige tab 326
 misbrugshensyn 254
 misbrugsrisikoen 255
 multitiers 51

N

Nationale låneforhold 135
 negativ egenkapital 126
 negativ formodningsregel 144
 nettofinansieringsudgift 63
 neutralitet 24
 Neutralitetsprincippet 23
 neutralitetsprincippet 22
 New Zealand 317
 Norge 320
 Nycomed 322

O

obligationer 148
 – værdiansættelse 169
 offentlige orden, den 302
 Omkvalificering 66
 omkvalificering 234
 Omkvalificering af gæld til
 egenkapital 314
 Omkvalificering af rente til
 udbytte 310
 on-lending 310
 Opgørelse af filialens gæld og
 egenkapital 203
 optioner 173

P

Paid-up capital 314
 pantebreve 148
 participation exemption 50
 Patricia Records 73
 Patricia records 235
 patronatserklæring 132
 Pengeinstitutter 212
 pensionsydelser 159
 perceptual loans 150
 periodeafgrænsningsposter
 – aktiv 160
 positiv formodningsregel 144
 Post Danmark 77
 Praktisk dokumentationshåndtering
 146
 primær justering 224
 Principal-agent problemstillinger 37
 Proceduremæssige spørgsmål 210
 processuel skadevirkning 143
 proportionalitetsprincippet 303
 proportionalitetsvurdering 302
 Præferenceaktier 151
 præferenceaktier 35
 punktafgifter 159

R

Rapport om Sambeskatning af
 selskaber 63
 Realkreditinstitutter 214
 redemption 312
 reel gældsforpligtelse 235
 regelkrydsning 215
 regres 326
 related persons 312
 rentefiksering 223
 Retained earnings 313
 retained profits 308
 Retsmisbrugsgrundsætninger
 (omgåelsesklausuler) 67
 Revenue Canada 315
 risikovægtede aktiver 213

S

sambeskatningslov 82
 Sambeskatningssituationer 62
 sambeskatningsvilkår -
 vilkår 2.4.2. 62
 sambeskatningsvilkår 2.4.2.
 – samspil med 218
 samlede renteudgifter og kurstab
 – opgørelse 163
 sammenhæng i retssystemet 255
 sammenhængen i beskattningen af
 egen- og fremmedkapital 31
 sammenlignelige forhold 301
 Sanktionen 117
 sekundære reguleringer 227
 selskabsskattesatsen 49
 senest offentliggjorte
 ejendomsværdi 168
 shot gun approach 21
 Sikkerhed på markedsmæssige
 vilkår 144
 Simultan kapitalforhøjelse og
 nedsættelse 179
 skattefinansierede
 majoritetsovertagelser 63
 skattefri virksomhedsomdannelse 33
 skattelylande 51
 Skatteplanlægning 26
 skatteretlig begrebsdannelse 247
 skyldig tantieme 159
 skyldige bidrag til social sikring 159
 skyldige skatter 159
 Skyldigt revisionshonorar 160
 Sleeping partners' indskud 151
 solidaritetsprincippet 306
 Solvenskravet 111
 Solvenskravet i international kontekst
 115
 solvensmargen 213
 Spanien 323
 stand-alone-betragtning 145
 statuskursen 163
 stille selskabsdeltageres skattemæssige
 retsstilling 32
 Støtteerklæringer 131

støtteerklæringer 135
 subjektive approach 67
 substance over form 67
 supplerende kapital, den 214

T

tabsfradrag 120
 Tage S. Nielsen 74, 235
 tantieme 159
 terminskontrakter 173
 territorialitetsprincippet 50
 Texaco 85, 88, 89
 TfS 1993.7 H (Texaco) 89
 the cascade effect 182
 the UK issuer 329
 thick capitalization 46
 tjenesteydelsernes frie
 bevægelighed 304
 Told- og Skattestyrelsen 94
 transparent selskab 96
 tynd kapitalisering
 – begrebsindhold 40
 – forudsætninger 72
 – historik 59
 – konkrete korrektionsadgang 46
 – motiver i Danmark 52
 tynd kapitalisering i snæver
 forstand 41
 Tynd kapitalisering i vid forstand 41
 Tyskland 324

U

Udbyttegivende gældsbreve 148
 udbyttegivende lån 35
 udenlandsk civilret 240
 udenlandske kreditinstitutter 138
 Udenlandske sambeskattede
 datterselskaber 80
 udskudt skat
 – aktiv 155
 UK Grouping 329
 ulempereregler 22
 underskudsmedregnings-
 muligheder 66
 United Kingdom 327

Unoterede aktier
 – værdiansættelse 169
 USA 331

V

valutakursrisiko 30
 valutarestriktioner 69
 Varelagre
 – værdiansættelse 174
 Vilkårskorrekationer 42
 virksomheders
 kapitalstrukturbeslutninger 37
 Virksomhedsovertagelse via
 fremmedkapital 282
 værdiansættelse
 – aktier 169
 – aktiver 167
 – andre immaterielle aktiver 177
 – anparter 169
 – børsnoterede aktier 169

– driftsmidler og skibe 173
 – fast ejendom 168
 – finansielle kontrakter 173
 – goodwill 174
 – immaterielle aktiver 174
 – obligationer 169
 – unoterede aktier 169
 – varelagre 174
 Værdipapircentralen 78

W

WACC (Weighted Average Cost of
 Capital) 37
 Warrants 150
 warrants 35

Ø

økonomiske syn på
 kapitalstrukturer 34