

# EU-Skatteret

---

EU-RETTENS BESKYTTELSE I HENHOLD TIL BEVARELSE,  
BESKÆRING OG FORTABELSE AF FREMFØRBART UNDERSKUD  
HOS JURIDISKE PERSONER SOM SKATTESUBJEKTER

Mark Paul Stahlbaum Larsen  
STUDIENUMMER: 20103350

## Indholdsfortegnelse

1. Abstract.....	2
2. Indledning .....	2
3. Problemformulering .....	4
4. Metode og afgrænsning.....	5
5. Dansk ret om bevarelse, beskæring og fortabelse af fremførbart underskud for juridiske personer som skattesubjekter .....	6
5.1. Almindelige regler om underskud .....	6
5.2. Sambeskatning .....	8
5.3. Dobbelt fradrag .....	14
5.4. Omstrukturering .....	15
6. EU-retten om bevarelse, beskæring og fortabelse af fremførbart underskud hos juridiske personer som skattesubjekter .....	18
6.1. Nogle komparative iagttagelser .....	19
6.2. Sekundær EU-ret om underskud .....	21
6.2.1. Foreslåede retsakter.....	21
6.2.2. Allerede udstedte retsakter .....	23
6.3. Primær EU-ret .....	24
6.3.1. Etableringsfriheden .....	24
6.3.2. Kapitalfriheden .....	25
6.4. Praksis om underskud .....	25
6.4.1. Praksis om fusionsskattedirektivet.....	25
6.4.2. Praksis om etableringsretten.....	27
6.4.3. Praksis om kapitalfriheden .....	38
6.4.4. Sammenfatning på praksis.....	39
7. Analyse og sammenfatning .....	40
7.1. EU-domstolens proportionalitetsvurdering.....	40
7.2. Fortabelse af underskud i en omstrukturering .....	41
7.3. Regler om dobbelt fradrag .....	46
7.4. Fuld genbeskatning .....	52
8. Sammenfatning.....	54
9. Perspektivering .....	55
10. Litteratur .....	56

## 1. Abstract

The main purpose of this thesis is to analyze and discuss if the Danish rules, due to taxational deficits carried forward, are in accordance with European Union regulations and the legal practice of the Court of the European Union. The focus is on the Freedom of establishment and the Free Movement of Capital, expressed in article 49 and 63 in the Treaty on the Functioning of the European Union.

It is shown that Denmark has very detailed and dense rules according to taxational deficits in both common Danish rules, and the special rules due to the deficits in a joint taxation and a restructuring.

The question is, if the Danish taxation rules meet the legal requirements of the European Union. These requirements have been founded through the practice of the European Court according to the Freedoms of article 49 and 63 in TFEU. Practice shows that small disadvantages in the Freedoms are being categorized as restrictions. However, the member states can maintain their national rules if they are justified by overriding reasons in the public interest and they fulfill the principle of proportionality.

The analysis states that the Danish Rules according to taxational deficits carried forward, raises several complications due to the practice of the European Court. Firstly, the Danish rules causes the transferring company and the receiving company in a restructuring, both are losing their taxational deficits, which is definitely not proportional. Secondly, the Danish rules concerning double dip in a joint taxation are restrictions, which cannot be justified by overriding reasons in the public interest, especially after similar British rules were overruled in *C-18/11, Philips Electronics UK*. Thirdly, the Danish rules about full retaxation were overruled in *C-48/13, Nordea*. Despite this, the Danish Tax Ministry have sent out a control signal and a legal draft, which does not take the full consequences of the judgment. These initiatives will therefore not form the necessary efforts in bringing the Danish Rules in accordance to the practice of the European Court.

## 2. Indledning

Når et selskab har haft et underskud vækker det ofte en række negative associationer. Et underskud er udtryk for, at driften i selskabet ikke går som det skal.

## EU-Skatteret

Underskud kan dog også udgøre et skattemæssigt aktiv. De fleste lande har i dag regler om at fremføre underskud, således at disse kan bringes til modregning i fremtidige overskud. Særligt under finanskrisen genererede mange selskaber underskud, og at disse kunne modregnes senere.

I en mere internationalt og globalt orienteret verden har store koncerner i højere grad aktiviteter på tværs af landegrænserne. En stor del af danske selskaber nyder særlig godt af EU's indre marked, hvor personer, selskaber, arbejdskraft, varer og kapital kan flyde frit mellem medlemslandene. Når selskaber og faste driftssteder opererer i forskellige lande, vil disse overveje, hvordan de anvender deres underskud, så dette ikke går tabt. Det har dog vist sig, at nogle selskaber udnytter det indre marked til at spekulere i selskabsskatten, og udnytter det komplekse samspil, der opstår mellem nationale skatteregler, EU-retten og dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Mange medlemsstater har, med rette, forsøgt at imødegå sådanne skatteretlige konstruktioner, som helt eller overvejende har haft til hensigt at nedbringe selskabsskatten. De opstiller værnregler, som for eksempel CFC-beskatning, regler om tynd kapitalisering, exitbeskatning, som har til formål at hindre, at skattemotiver er bærende hensyn i et selskabs måde at handle og indrette sig på.

Medlemslandene skal dog have EU-retten in mente, når de skaber disse regler. På den ene side er enhver værnregel en hindring for et frit og indre europæisk marked, og på den anden side er det oplagt, at medlemsstaterne ikke skal acceptere skatteretligt misbrug af EU-retten.

Medlemslandene har ikke frit råderum til at opstille skatteværn. Medlemsstaterne er forpligtede til at skabe ordentlige og velafbalancerede værnregler. Dette fik Danmark for alvor at føle ved EU-domstolens afgørelse i *Nordea, C-48/13* og Østre Landsrets dom af 5. december 2014, hvor de danske regler om fuld genbeskatning af underskud blev kendt i strid med etableringsretten.

Der er ingen tvivl om, at der lige nu sker en del på det EU-retlige område i forhold til EU-domstolens fortolkning af medlemsstaternes, og særligt Danmarks, underskudsregler. Formålet med dette speciale er derfor at vurdere, hvorvidt de danske regler om underskud kan opretholdes i lyset af EU-domstolens praksis for at kunne anvende grænseoverskridende skattemæssige underskud.

Situationen, hvor et skattemæssigt underskud aktualiseres er mange. Det kan være et selskab, som gennem en årrække har haft succes med en ny type forretning, og som ønsker at ekspandere sin forretning til udlandet. En sådan etablering – uanset om det er via et datterselskab eller fast driftssted – har en række etableringsomkostninger, hvorfor initiativet vil give underskud de første par år. Selskabet overvejer nu, om det overhovedet kan betale sig at tage denne risiko, da underskuddet vil påvirke hele selskabets forretningsidé i Danmark.

Situationen kunne også dreje sig om en dansk koncern med grænseoverskridende aktiviteter, og med datterselskaber og faste driftssteder beliggende i forskellige europæiske lande. En del af disse selskaber og faste driftssteder er begyndt at udvise underskud. De produkter, som produceres her, komplementerer en del af koncernens øvrige produktportefølje, og ledelsen ønsker derfor ikke at afhænde disse virksomheder.

En tredje situation kunne være en stor dansk koncern, som ønskede at opkøbe eller fusionere med en anden stor koncern eller virksomhed inden for samme branche i EU. Dette kunne være begrundet i strategiske overvejelser om at stå stærkere over for fælles konkurrenter på markedet, eller af produktionsmæssige årsager, f.eks. stordriftsfordele eller overtagelse af viden eller teknologi.

For alle ovennævnte situationer gælder, at selskabet i høj grad bør overveje, hvilke muligheder der er for at anvende de pågældende underskud til deres fordel. Det er vigtigt for de pågældende aktører at overveje, hvilke *retlige instrumenter*, som de har til rådighed.

Selskabsskatten er, set fra selskabets eller koncernens synsvinkel, kun en driftsomkostning, som må nedbringes. Et selskab eller en koncern må til stadighed overveje ikke bare den selskabsretlige, men også den i skatteretlig henseende, mest optimale struktur for at kunne anvende dens skattemæssige underskud. Et underskud er et skattemæssigt aktiv, som ville være synd at miste.

### 3. Problemformulering

---

*Hvordan beskytter EU-retten juridiske personer som skattesubjekter i henhold til bevarelse, beskæring og fortabelse af fremførbare underskud?*

---

Til at belyse denne problemformulering har jeg valgt at stille følgende underspørgsmål, som vil være retningsgivende for besvarelsen af det overordnede spørgsmål:

1. *Hvordan kan en juridisk person anvende et skattemæssigt underskud efter danske regler om fremførbart underskud; sambeskatning; omstrukturering og dobbelt fradrag?*
2. *Hvordan beskytter EU-retten, i henhold til både den sekundære og primære EU-ret, juridiske personers anvendelse af skattemæssige underskud og tab?*
3. *Hvorledes kan de danske regler på baggrund af svaret i spørgsmål 1 og 2 opretholdes?*

#### 4. Metode og afgrænsning

Projektet vil beskrive, fortolke og systematisere gældende ret, såkaldt retsdogmatisk metode. Der vil ydermere fremkomme en række retspolitiske synspunkter frem (*de lege ferenda*).

I del 1 vil jeg redegøre for juridiske personers anvendelse af de danske regler om anvendelse af skattemæssige underskud. Se afsnit 5. Det vil *for det første* dreje sig om de almindelige regler om underskud i selskabsskattelovens §§ 12-12D. *For det andet* vil reglerne om national og international sambeskatning i selskabsskattelovens §§ 31-31A gennemgås, herunder særligt selskabsskattelovens §§ 31, stk. 2-10 om underskud. *For det tredje* vil reglerne om skattefrie omstruktureringer i fusionskattelovens § 8 stk. 6-8 blive behandlet. *For det fjerde* vil der blive redegjort for reglerne om dobbeltfradrag i ligningslovens § 5G. Til besvarelsen heraf vil jeg benytte mig af den juridiske litteratur, loven, forarbejder og den Juridiske Vejledning 2015-2.

I del 2 vil jeg undersøge, hvordan EU-retten beskytter juridiske personers mulighed for bevarelse, beskæring og fortabelse af fremførbare underskud hos juridiske personer som skattesubjekter. Denne del vil blive indledt med nogle komparative iagttagelser mellem EU-retten og dansk ret, og konsekvensen heraf for dansk retsanvendelse. Afsnittet skal kun give et overblik, og det tilsigter på ingen måde at være en udtømmende eller dyberegående analyse af forskellene.

Afsnittet vil herefter gennemgå *sekundær og primær EU-ret* vedrørende underskud. De sekundære retsakter vil blive opdelt i foreslåede og vedtagne retsakter. De foreslåede retsakter vedrører det (næsten) hedengangne *forslag om fremførsel af underskud ved udlandsaktivitet*, og det ambitiøse forslag om *en fælles konsolideret beskatningsbase for europæiske koncerner (CCCTB)*. Selvom disse ikke er vedtaget, og vedtagelsen kan forekomme udsigtsløs, kan det ikke afvises, at forslagene helt eller delvis kan få betydning i en nær fremtid. Kommissionen er EU's politiske og lovmæssige primus motor og vil give forslagene en renæssance, når der opstår et politisk vindue herfor. I skrivende stund påtænker Kommissionen at fremsætte en revideret udgave af *CCCTB*, se pressemeddelelse af 8. oktober 2015.<sup>1</sup>

Kun *fusionsskattedirektivet (2009/133)* vil blive gennemgået som vedtagen retsakt, da rente- og royaltydirektivet og moder- og datterselskabsdirektivet har begrænset betydning for underskud.

---

<sup>1</sup> Se kommissionens pressemeddelelse af 8. oktober 2015. Den er trykt i *SU.2015.298*.

Den primære EU-ret behandles efter den sekundære EU-ret. Her vil der blive set på betydningen af *etableringsretten*. Der vil knyttes bemærkninger til *kapitalens frie bevægelighed*, da denne i fremtiden kan få større selvstændig betydning og kan påvirke underskud over for tredjelande.

Del 2 afsluttes med en gennemgang og sammenfatning af EU-domstolens vigtigste praksis omkring skattemæssige underskud efter etableringsretten, kapitalfriheden og fusionsskattedirektivet.

I del 3 vil jeg sammenholde danske underskudsreglers medholdelighed med den gennemgåede praksis fra EU-retten. Dette sker ved at foretage enkelte nedslag i forhold til de dele af de danske regler, som kan skabe EU-retlige komplikationer, og herefter teste om disse udgør restriktion, som kan begrundes i tvingende almene hensyn, og overholder proportionalitetskravet. Se afsnit 7.

## 5. Dansk ret om bevarelse, beskæring og fortabelse af fremførbart underskud for juridiske personer som skattesubjekter

### 5.1. Almindelige regler om underskud

#### 5.1.1. Generelle regler om underskud

Reglerne om fremførsel af underskud fremgik tidligere af ligningslovens § 15, men er ved *lov nr. 591 af 18. juli 2012* overført til selskabsskattelovens §§ 12 - 12 D med en række ændringer.

Reglerne har virkning for indkomstår, der påbegyndes den 1. juli 2012 eller senere. Ændringen af reglerne var primært motiveret af, et ønske om, at komme nulskatteselskaber til livs ved at begrænse den skattemæssige værdi af underskudsfræførslen.

Hvis den skattepligtige indkomst udviser underskud, kan den skattepligtige fradrage dette underskud ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for følgende indkomstår, jf. selskabsskattelovens § 12, stk. 1. Indtil et beløb på 7,5 mio. kr. kan underskud fra tidligere indkomstår fradrages fuldt ud i årets skattepligtige indkomst. Herefter kan det resterende underskud fradrages i 60 pct. af den del af årets skattepligtige indkomst, der overstiger grundbeløbet, jf. § 12, stk. 2. Grundbeløbet reguleres efter personskattelovens § 20 og udgør i 2015 et beløb på 7.747.500 kr.

Underskud kan kun fremføres til fradrag i et senere indkomstår, i det omfang det ikke efter reglerne i stk. 2 kan rummes i tidligere års indkomst, jf. § 12, stk. 3.

Fremførbareheden (*carry-forward*) af underskuddet er *tidsmæssigt ubegrænset*. Selskabets skatteevne skal derved betragtes over en længere periode end et år. De registrerede oplysninger om tab og underskud fremgår af de efterfølgende års fortrykte årsopgørelser for selskaber. Den

skattepligtige skal kun selvangive i de år, hvor der er ændringer til underskudssaldoen. Der er ingen forskel på, om en virksomhed drives i en filial eller i et datterselskab.<sup>2</sup>

### **5.1.2. Underskudsbegrænsning i akkordsituationer og kapitalindskud**

Generelt gælder der de samme regler for underskudsbegrænsning i tilfælde af tvangsakkorder, frivillige akkorder og for kapitalindskud i selskabsskattelovens §§ 12A-C.

Opnåelse af frivillig eller tvangsmæssig akkord er som udgangspunkt skattefri, jf. kursgevinstlovens § 24, hvis akkorden sker 1) som led i en samlet ordning, og 2) at gælden ikke nedskrives til et lavere beløb end fordringens værdi for kreditor på gældseftergivelsestidspunktet.

Nedsættelsesbeløbet i kursgevinstloven medfører en tilsvarende reduktion af uudnyttede fremførselsberettigede underskud i tvangsakkordsituationer, jf. selskabsskattelovens § 12A. Underskuddet mv. begrænses med gældseftergivelsens fulde beløb og uden hensyn til, hvilken sammenhæng der er mellem underskuddet mv. og den bortakkorderede gæld. Begrænsningen af underskud i selskabsskattelovens § 12A finder tilsvarende anvendelse på aftaler om frivillig akkord, jf. selskabsskattelovens § 12 B, og for kapitalindskud, jf. selskabsskattelovens § 12C.

Reglerne om begrænsning af akkordbeløb og kapitalindskud anvendes også ved erhvervelse af aktier eller konvertible obligationer i debitorselskabet.<sup>3</sup>

### **5.1.3. Underskudsbegrænsning ved hovedaktionærskifte**

Selskabsskattelovens § 12 D har til formål at modvirke handel med selskaber, hvis væsentligste aktiv er et uudnyttet skattemæssigt underskud, som køberne af aktiemajoriteten kan anvende, f.eks. til modregning i afkast af aktiver, der lægges ind i selskabet.

Underskudsbegrænsningen adskiller sig fra § 12A-C ved at underskuddet ikke modregnes i positive kapitalindtægter + tillæg fra indkomst af udlejede afskrivningsberettigede fra driftsmidler og skibe. Beløbet defineres i stk. 3. Der sker derved fuld fremførsel, men kun i *reelle erhvervsindtægter*.<sup>4</sup>

Reglen finder anvendelse, når et selskab i et indkomstår har udvist underskud, og mere end 50 pct. af aktiekapitalen i et selskab eller mere end 50 pct. af den samlede stemmевærdi i selskabet har skiftet ejer, jf. § 12 D, stk. 1. Det er ikke afgørende, på hvilken måde, at majoritetsskiftet sker. Det kan også ske indirekte via en kapitalforhøjelse.

---

<sup>2</sup> Se afsnit C.D.2.4.5.1 og C.D.2.4.5.3 i den Juridiske Vejledning, 2015-2

<sup>3</sup> Se afsnit C.D.2.4.5.2.1 i den Juridiske Vejledning, 2015-2.

<sup>4</sup> Se side 624 ff. i *Selskabsskatteretten 2015/16* af Erik Werlauff.



Bestemmelsen gælder tillige, hvor aktierne i underskudsselskabet ejes via et andet selskab, fx et moderselskab. Denne regel (kaldet transparensreglen<sup>5</sup>) omhandler, at der skal findes frem til underskudsselskabets bagvedliggende og ultimative ejere. Uden stk. 5 ville overdragelse af aktier i moderselskabet ikke være omfattet, idet aktierne i underskudsselskabet ikke skifter ejer.

Der bortses helt fra underskud, hvis selskabet på tidspunktet for ændring i ejerforholdene *i det væsentlige er uden økonomisk risiko ved erhvervsmæssig aktivitet*, jf. selskabsskattelovens § 12D, sk. 2. stk. 2. Herved forstås selskaber, hvor den erhvervsmæssige aktivitet er ophørt eller er ubetydelig, det vil sige *tomme selskaber*. Den erhvervsmæssige aktivitet behøver ikke at være i selskabet selv. Definitionen svarer til den i selskabsskattelovens § 33A, stk. 3.<sup>6</sup>

I S selskabsskattelovens § 12 D, stk. 4-7, er der anført undtagelser fra begrænsningen af underskudsfræmførsel efter selskabsskattelovens § 12 D, stk. 1-3. Det drejer sig *for det første* om selskaber, hvis aktier er optaget til handel på et reguleret marked. Det må her kræves, at selskabets aktier omsættes på et reguleret marked ved udgangen indkomståret, jf. stk. 4, nr. 1.<sup>7</sup> *For det andet* vedrører undtagelsen overdragelser som led i generationsskifte mv. Her skal overdragelse af kapitalandele ske til personkredsen i boafgiftsloven § 1, stk. 2, litra a-f, en ægtefælle, forældres afkom eller stedforældre, jf. stk. 4, nr. 2. Dette gælder også overgang af aktierne ved arv. *For det tredje* gælder underskudsbegrænsningen ikke finansiel virksomhed som pengeinstitut, forsikringselskab, investeringsforening eller realkreditinstitut eller som i øvrigt udøvede næring ved køb og salg af fordringer eller drev næringsvirksomhed ved finansiering. Se selskabsskattelovens § 12 D, stk. 7. Det er et krav, at den nævnte virksomhed har været udøvet i hele underskudsåret.

### 5.2. Sambeskatning

#### 5.2.1. Generelt om sambeskatning

Sambeskatning for en koncern medfører, at resultaterne for de af sambeskatningen omfattede selskaber, faste driftssteder og faste ejendom, puljes. Reglerne har derfor stor betydning for muligheden for at anvende et sambeskattet selskabs fremførbare underskud til at nedbringe den samlede skattepligtige indkomst i koncernen.<sup>8</sup>

Ved *lov nr. 426 af 6. juni 2005* indførtes *territorialprincippet* i selskabsskattelovens § 8, stk. 2 i forbindelse med en reform af reglerne om sambeskatning. Baggrunden var, at Folketinget ønskede

<sup>5</sup> Se den Juridiske Vejledning C.D.2.4.5.2.2

<sup>6</sup> Se endvidere den Juridiske Vejledning, 2015-2 C.D.2.4.5.2.2

<sup>7</sup> Se den Juridiske Vejledning 2015-2, C.D.2.4.5.2.3

<sup>8</sup> Se side 365 i *Selskabsskatteretten 2015/16* af Erik Werlauff.

at sikre sig mod, at danske selskaber udnyttede underskud fra udenlandske ejendomme eller faste driftssteder til at reducere beskatningen i Danmark.<sup>9</sup>

Reglerne efter lov nr. 426 af 6. juni 2005 består derfor nu af en *tvungen national sambeskatning* og en *frivillig international sambeskatning*.

Reglerne for *national sambeskatning* fremgår af selskabsskattelovens § 31 og er tvungen for koncernforbundne selskaber, som er hjemmehørende i Danmark, samt for faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i Danmark af ikke-hjemmehørende selskaber.

Heroverfor står muligheden for *frivillig international sambeskatning*, hvor også udenlandske selskaber, faste driftssteder og faste ejendomme indgår i en stor global sambeskatning, jf. selskabsskattelovens § 31A. Her gælder der et enten/eller-princip, hvorved forstås, at *alle* koncernforbundne selskaber, såvel opad som nedad i koncernen, vil være omfattet af sambeskatningen.

Den frivillige internationale sambeskatning bygger på de nationale sambeskatningsregler, og derfor vil de mest centrale bestemmelser for national sambeskatning gennemgås først.

### **5.2.2. Underskud i en national sambeskatning**

For nationalt sambeskattede selskaber opgøres en sambeskatningsindkomst, der består af summen af den skattepligtige indkomst for hvert enkelt selskab omfattet af sambeskatningen opgjort efter skattelovgivningens almindelige regler, med respekt for de undtagelser, der gælder for sambeskattede selskaber, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 1. pkt.

Dette indebærer at alle de af sambeskatningen omfattede subjekters særindkomst lægges sammen, og summen af alle disse indkomster udgør sambeskatningsindkomsten. Sambeskatning er derfor en særlig fordel, når et af de øvrige selskaber eller faste driftssteder udviser et anvendeligt *underskud*.

Der gælder særlige regler for opgørelsen for *udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark*. Efter selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. kan underskud i et fast driftssted kun modregnes i andre selskabers indkomst, hvis reglerne i den fremmede stat, medfører, at underskud ikke kan modregnes ved beregningen af selskabets indkomstopgørelse i den fremmede stat, hvor selskabet er hjemmehørende, eller hvis der er valgt international sambeskatning efter § 31 A. Se afsnit 6.3.

Underskuds rækkefølgen er et princip defineret ved hvordan og i hvilken rækkefølge, underskuddene fra de sambeskattede selskaber anvendes, jf. SEL § 31, stk. 2, 3. - 10. pkt.

---

<sup>9</sup> Se den Juridiske Vejledning 2015-2 C.D.2.3.1

Før sambeskatningsindkomsten opgøres, modregner hvert overskudsgivende selskab først den del af egne underskud fra indkomstperioder *inden sambeskatningen*, der kan rummes i indkomstårets positive indkomst (særunderskud). Et selskabs underskud fra indkomstperioder inden sambeskatningen kan kun modregnes i selskabets eget overskud.

Herefter modregner hvert overskudsgivende selskab den del af egne underskud fra tidligere indkomstperioder *under sambeskatningen*, der kan rummes i indkomstårets resterende positive indkomst. Hvis der herefter både er selskaber med positiv indkomst og selskaber med negativ indkomst i sambeskatningen, fordeles den del af indkomstårets underskud, der kan rummes i andre selskabers positive indkomst, forholdsmæssigt mellem selskaber, der har positiv indkomst.

Hvis der fortsat er selskaber med positiv indkomst, modregnes forholdsmæssigt den del af andre selskabers resterende underskud fra tidligere indkomstperioder under sambeskatningen, der kan rummes i indkomstårets positive indkomst. Er der fortsat selskaber med resterende underskud i indkomståret eller resterende underskud fra tidligere indkomstperioder, fremføres disse til modregning i efterfølgende indkomstår.

Et selskab, der modregner underskud fra tidligere indkomstperioder, skal modregne de ældste underskud først, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 9. pkt. Et selskabs underskud fra tidligere indkomstår kan kun modregnes i overskud i et andet selskab, hvis underskuddet er opstået i et indkomstår, hvor det underskudsgivende selskab har været sambeskattet med det andet selskab og sambeskatningen ikke efterfølgende har været afbrudt jf. § 31, stk. 2, 10. pkt.<sup>10</sup>

Hvis der opstår *koncernforbindelse i løbet af indkomståret* skal særindkomsten periodiseres på en bestemt måde. Der skal udarbejdes en særskilt indkomstopgørelse (delopgørelse) på det tidspunkt, hvor koncernforbindelsen etableres eller ophører.

Sambeskatningsreglerne giver mulighed for *subsambeskatning*. En subsambeskatning er en del af en allerede eksisterende sambeskatning, inddraget i en overordnet sambeskatning. Der opstår en ny sambeskattet kreds (subsambeskatningskredsen) inden for sambeskatningskredsen (den overordnede sambeskatningskreds). Subsambeskatningskredsen kan herved udnytte underskud imellem sig, som ikke kan anvendes af den overordnede sambeskatningskreds, hvilket medfører en bedre mulighed for at udnytte skattemæssige underskud.

---

<sup>10</sup> Se side 363 og 494 ff. i *Selskabsskatteretten 2015/16* af Erik Werlauff.

Underskud ved *likvidation* af et datterselskab overføres ikke til moderselskabet, og der foretages ikke en ikke afsluttende ansættelse af datterselskabet.

Efter selskabsskattelovens § 31, stk. 7 kan et sambeskattet selskab ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst *vælge at se bort fra underskud*, herunder underskud fra tidligere indkomstår efter selskabsskattelovens § 12. Der kan ses bort fra underskud, der svarer til den skattepligtige indkomst i et sambeskattet fast driftssted eller et sambeskattet datterselskab i Danmark, når disses indkomst medregnes ved indkomstopgørelsen i et land, hvor moderselskabet er hjemmehørende. Det ikke-hjemmehørende selskab vil opnå lempelse af dansk skat efter ligningslovens § 33. Den skattemæssige virkning af at se bort fra datterselskabets underskud og i stedet fremføre er, at der bliver skat at betale i Danmark, som kan modregnes i udenlandsk skat. Her må koncernen selv overveje, hvilken fremgangsmåde, som er mest fordelagtig.

En koncern skal udpege et *administrationsselskab*, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 4. Dette selskab forvalter sambeskatningen og betale den skat, som påhviler koncernen. Dette gælder også restskat, tillæg, renter, samt overskudsskat og godtgørelser. De sambeskattede selskaber skal have *samme indkomstår* som administrationsselskabet, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 5. Nye selskab i sambeskatningen må omlægge indkomståret, jf. selskabsskattelovens § 10, stk. 1-4.

Ved udnyttelse af underskud i danske selskaber skal administrationsselskabet forpligte sig til at betale underskudsselskabet et beløb svarende til skatteværdien af det udnyttede underskud, senest på dagen for rettidig betaling af skatten, jf. selskabsskattelovens § 30, jf. § 31, stk. 6

Overskudsgivende sambeskatningsselskaber og faste driftstider, hvis indkomstskat betales af administrationsselskabet eller som udnytter underskud i danske selskaber eller faste driftssteder, skal forpligte sig til betaling til administrationsselskabet af et beløb svarende til henholdsvis den betalte indkomstskat og skatteværdien af underskudsudnyttelsen. Betalingerne har ingen skattemæssige konsekvenser for betaleren eller modtageren.<sup>11</sup>

### **5.2.3. Underskud i en international sambeskatning**

International sambeskatning er - modsat national sambeskatning - et valg. Dette valg skal træffes senest i forbindelse med rettidig selvangivelse for det første indkomstår, hvor international sambeskatning ønskes. Dette valg gælder for en *10-årig bindingsperiode*, og der kan efter udløb vælges en ny 10-årig periode, jf. SEL § 31A, stk. 3.

---

<sup>11</sup> Se den juridiske vejledning 2015-2 afsnit C.D.3.1 og C.D.3.1.4.3

## EU-Skatteret

Det ultimative moderselskab er *administrationsselskab*, forudsat at det enten er hjemmehørende i Danmark eller har et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i Danmark, jf. SEL § 31A, stk. 4, 1. pkt. Opfylder intet selskab dette, er det øverste danske moderselskab administrator.

Ved international sambeskatning udvides sambeskatningskredsen med *alle udenlandske koncernforbundne selskaber og faste driftssteder*, jf. selskabsskattelovens § 31A, stk. 1. De selskaber som indgår, svarer til selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2, og der skal foretages en konkret vurdering af hvert enkelt udenlandsk selskab.

Opgørelsen af sambeskatningsindkomsten sker *på samme måde som national sambeskatning* i selskabsskattelovens § 31, men er udbygget med reglerne i § 31A, stk. 2-14.

*Underskud* i udenlandske selskaber og faste driftssteder for indkomstår forud for sambeskatningens etablering kan ikke fradrages i senere overskud, jf. selskabsskattelovens § 31 A, stk. 2, 1. pkt. *Udgifter* i udenlandske selskaber afholdt før sambeskatningen kan heller ikke fradrages i den skattepligtige indkomst, medmindre der på afholdelsestidspunktet var fradragsret for herfor i medfør af selskabsskattelovens § 2 (begrænset skattepligt), jf. selskabsskattelovens § 31A, stk. 2. 2 pkt.

Ved afbrydelse af international sambeskatning kan underskud i udenlandske selskaber og udenlandske faste driftssteder ikke fremføres til modregning i senere indkomstår, jf. selskabsskattelovens § 31A, stk. 2, 3. pkt.

For *koncernbidrag* gælder selskabsskattelovens § 31 A, stk. 2, 3. pkt. Koncernbidrag er et bloktilskud mellem koncernforbundne selskaber, som anvendes i en række lande i stedet for underskudsfræførelse. Koncernbidraget er fradragsberettiget for bidragsyderen og skattepligtigt for bidragsmodtageren. Danmark anerkender denne metode og giver fradrag for koncernbidragene, når selskabet medregner tilskuddet i den skattepligtige indkomst.

Udenlandske datterselskaber har ikke fradrag for udgifter, hvis der foreligger en *intern ydelse* inden for samme skattemæssige enhed. Der foreligger en intern ydelse, hvis modtageren af indtægten og det udenlandske datterselskab efter udenlandske regler skattemæssigt behandles som transparente enheder af de samme juridiske personer, jf. selskabsskattelovens § 31A, stk. 13, 3. pkt.

Når udenlandske selskaber og faste driftssteder opgør og betaler dansk skat, skal det stadig betale skat efter udenlandske regler. Teknisk set rettes der op på dette ved at give credit-lempelse for udenlandsk skat efter ligningslovens § 33. Efter selskabsskattelovens § 5, 4. pkt. skal flere internationalt sambeskattede selskaber, som er hjemmehørende i samme land opgøre disse selskaber og faste driftssteders indkomst i lempelsesbrøken samlet. Opgørelsen sker for hvert land.

Ved udnyttelse af underskud i udenlandske selskaber skal det udnyttende selskab forpligte sig til betaling til administrationsselskabet, af et beløb svarende til skatteværdien af det udnyttede underskud, jf. SEL § 31A, stk. 6. Administrationsselskabet betaler den samlede indkomstskat. Der gives creditlempelse for den udenlandske skat, jf. ligningslovens § 33. Betalingerne i SEL § 31A, stk. 6. har ingen skattemæssige virkninger.

Når et udenlandsk selskab indgår i en international sambeskatning efter danske regler, hvor det erindres, at der skal udarbejde dansk *og* udenlandsk skatteregnskab, skal der beregnes indgangsværdier for aktiver og passiver, jf. selskabsskattelovens § 31A, stk. 7. Aktiver og passiver skal anses for anskaffet på det faktisk anskaffelsestidspunkt til handelsværdien ved begyndelsen af det første indkomstår under sambeskatningen. Der fastsættes ingen anskaffelsessum på oparbejdede immaterielle aktiver efter AL § 40. For afskrivningsberettigede aktiver og genvunde afskrivning, se selskabsskattelovens § 31A, stk. 8 og 9.

*Ordinær genbeskatning* kan ske på to måder. Enten ved 1) at selskaberne ved udløbet af 10 års bindingsperioden ikke ønsker en ny 10 års bindingsperiode eller 2) hvis et udenlandsk selskab eller et dansk selskab med fast driftssted eller fast ejendom i udlandet udgår af koncernen, jf. SEL § 31A, stk. 10. Den ordinære genbeskatning beskattes maksimalt med likvidationsfortjenesten.

*Fuld genbeskatning* udløses når der sker afbrydelse af den internationale sambeskatning inden udløbet af den 10 årige bindingsperiode, jf. stk. 11. Forskellen på ordinær og fuld genbeskatning er, at genbeskatningen ved fuld sambeskatning ikke er maksimeret til likvidationsfortjenesten. Fuld genbeskatning sker ved et beløb svarende til alle genbeskatningssaldi divideret med selskabsskatteprocenten + eventuelle genbeskatningssaldi efter ligningslovens § 33D.<sup>12</sup>

#### **5.2.4. Skyggesambeskatning**

Med sambeskatningsreformen fra 2005 blev territorialprincippet gennemført i SEL § 8, stk. 2. Genbeskatning af fratrukne underskud fra udenlandske faste driftssteder og datterselskaber kan herefter kun komme på tale, hvis der er valgt international sambeskatning, eller det var selskaber med eksisterende genbeskatningssaldi.

Mange af selskaber og faste driftssteder havde genbeskatningssaldi efter de tidligere regler og blev herved tilgodeset ved en overgangsregel i § 15, stk. 8 og 9 i *lov nr. 426 af 6. juni 2005*. Reglen medfører, at de hidtil gældende regler - herunder dagældende ligningslovs §§ 33 D (genbeskatning af faste driftssteder) og 33E (genbeskatning af datterselskaber) - fortsat ville finde anvendelse ved

---

<sup>12</sup> Se Den Juridiske Vejledning 2015-2 afsnit C.D.3.2.1.

genbeskatning af underskud vedrørende indkomstår påbegyndt før 15. december 2004, medmindre de faste driftssteder og datterselskaber bevarede skattepligten til Danmark i medfør af de nye regler om international sambeskatning. Skyggesambeskatning kan opretholdes, så længe betingelserne herfor daværende i selskabsskattelovens § 31 er opfyldt.<sup>13</sup>

### 5.3. Dobbelt fradrag

Ved *lov nr. 487 af 12. juni 1996* blev ligningslovens § 5G indført. Bestemmelsen indebærer, at der ved den danske indkomstopgørelse ikke kan opnås fradrag for udgifter, som efter udenlandske regler kan fradrages, enten i 1) indkomst oppebåret af skatteyderen selv 2) eller af selskaber, der er koncernforbundne med skatteyderen, hvis indkomsten ikke indgår i den danske skatteberegning.

Bestemmelsen skal modvirke fradrag to gange for samme udgift (i Danmark og i udlandet), mens den modsvarende indtægt kun beskattes i udlandet. Reglens første punktum omfatter tilfælde, hvor der ikke foreligger en udenlandsk lokal sambeskatning, men hvor der er udenlandske skatteregler, der har en lignende effekt. Fradragsbegrænsningen omfatter alle typer udgifter, herunder renteudgifter, andre finansielle udgifter, afskrivninger og driftsomkostninger i øvrigt.<sup>14</sup>

Bestemmelsen stammer fra før, at Danmark indførte territorialprincippet ved *lov nr. 426 af 6. juni 2005*. Med indførelsen af territorialprincippet er anvendelsesområdet for ligningslovens § 5G snævret væsentligt ind, idet en international sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31A inkluderer *alle* koncernens selskaber og faste driftssteder, da indtægten herved altid skal henføres til Danmark.

Ligningslovens § 5G har dog stadig relevans, hvor den danske koncerndefinition er snævrere end en udenlandsk koncerndefinition. Desuden er den stadig relevant, når et dansk datterselskab deltager i en udenlandsk grænseoverskridende sambeskatning.<sup>15</sup> Reglen er en generel bestemmelse og har derfor fortsat betydning, da den skal modvirke fradrag både i Danmark og i udlandet, mens den korresponderende indtægt kun beskattes i udlandet.<sup>16</sup>

Skatteministeriet har i TfS 2000.483 og TfS 2000.580 udtalt, at bestemmelsen er en generel regel, som også kan anvendes, når det er det danske selskab, der er datterselskab.

---

<sup>13</sup> Se side 157 i *Sambeskatning 2013/14* af Jan Guldmand, Nikolaj Vinther og Erik Werlauff. Se endvidere lovforslag nr. 121 af 2. maj 2004 og ministerens svar på spørgsmål 36 og 38. Se også *TSSCIR 2004-42*.

<sup>14</sup> Se i det hele pkt. 5.2 i cirkulære 1997-05-29 nr. 82.

<sup>15</sup> Se side 392-393 i *Selskabsskatteretten 2015/16* af Erik Werlauff.

<sup>16</sup> Se også den juridiske vejledning 2015-2 i afsnit C.D.2.3.3.1.

## 5.4. Omstrukturering

### 5.4.1. Forholdet mellem de danske regler og EU-regler

Den nugældende fusionsskattelovs hovedlov er *lov nr. 647 af 19. dec. 1975*. Loven er siden 1975 ændret flere gange og er i dag stærkt påvirket af EU-retten, og særligt fusionsskattedirektivet 1990/434. Fusionsskattedirektivet er ny-kodificeret i 2009 og hedder nu *direktiv 2009/133/EF*.

Danmark indført alternative regler til de direktivstyrede regler. Der eksisterer et europæisk spor og et dansk spor. Danske selskaber har to spor, som består af:

- 1) et spor som direkte eller indirekte styres af direktiv 90/434, senest ændret ved 2009/133 (direkte for grænseoverskridende fusioner og indirekte for rent danske fusioner), samt
- 2) et spor som er rent dansk, og som ikke kræver en forretningsmæssig begrundelse eller tilladelse, og er baseret på objektive kriterier for transaktionens gennemførelse.<sup>17</sup>

Det gentages for en god ordens skyld, at da fokuset i dette projekt er skattemæssige underskud, vil der kun ske en ganske overfladisk gennemgang af de enkelte transaktionstyper, hvorefter der kan opnås skattefrihed. Det ligger uden for dette speciales formål at gå nærmere ind i betingelserne for en fusion, spaltning eller aktivoverdragelse, med/uden tilladelse mv. Læseren kan forudsætte, at betingelserne for at opnå succession efter fusionsskattelovens regler er opfyldt.

### 5.4.2. Transaktionstyperne

Der fuldstændig sammenfald mellem det selskabs- og skatteretlige fusionsbegreb.<sup>18</sup> En **fusion** kan ske på to forskellige måder. Den *uegentlige fusion* medfører, at et eller flere selskaber opløses uden likvidation ved at overdrage selskabets aktiver og forpligtelser til et allerede eksisterende selskab, jf. selskabslovens § 236, 1. pkt. Den *egentlige fusion* gør, at de bestående deltagende selskaber overdrager deres aktiver og forpligtelser til et nyt selskab, der opstår som led i fusionen, jf. selskabslovens § 236, 2. pkt. Definitionen af fusioner bygger 3. selskabsdirektiv.<sup>19</sup>

Også **spaltninger** kan ske på to måder. Ved *ophørsspaltning* overdrages aktiver og forpligtelser som helhed til flere bestående eller nye aktie- eller anpartsselskaber, der dannes ved spaltningens gennemførelse, mod vederlag til det indskydende kapitalselskabs kapitalejere, jf. selskabslovens § 254, stk. 1, 2. pkt. Den anden er *grenspaltning*, som sker ved, at kapitalselskabet overdrager en del af sine aktiver og forpligtelser til et eller flere bestående eller nye kapitalselskaber, der dannes ved

---

<sup>17</sup> Se side 530 ff. i *Selskabsskatteretten 2015/16* af Erik Werlauff.

<sup>18</sup> Se *SPO2008.353* af Søren Friis Hansen.

<sup>19</sup> Se også side 753 i *Selskabsret* af Erik Werlauff og Den Juridiske Vejledning afsnit C.D.5



spaltnings gennemførelse. Overdragelserne kan gennemføres uden kreditorernes samtykke, jf. selskabslovens § 254, stk. 1, 3. pkt. Definitionen bygger på 6. selskabsdirektiv.<sup>20</sup>

Med **skattefri tilførsel af aktiver** forstås den transaktion, hvor et selskab tilfører aktiver og passiver, der udgør en virksomhed, eller en gren heraf, til et modtagende selskab mod at blive vederlagt med aktier i det modtagende selskab. Definitionen fremgår af FUL § 15 c, stk. 2.<sup>21</sup>

Fusionsskattelovens § 8 gælder *direkte for fusioner*, men for spaltninger og tilførsel af aktiver finder successions- og underskudsreglerne tilsvarende anvendelse.

I fusionsskattelovens § 15 b, stk. 1, om *spaltning af selskaber* hjemmehørende i udlandet, og i § 15 b, stk. 2, om spaltning af selskaber hjemmehørende her i landet er fastsat, at fusionsskattelovens § 8 finder tilsvarende anvendelse. Dette vil også gælde for det foreslåede stk. 8 i lovens § 8.

Endelig finder de foreslåede regler anvendelse ved *skattefri tilførsel af aktiver*. I fusionsskattelovens § 15 d, stk. 1, om tilførsel af aktiver fra et selskab hjemmehørende her i landet, og i § 15 d, stk. 3, om tilførsel af aktiver fra et selskab hjemmehørende i udlandet er fastsat, at fusionsskattelovens § 8 finder tilsvarende anvendelse.

Da reglerne om succession og underskud for disse transaktioner vil begrebet *omstrukturering* blot blive benævnt som fællesbetegnelse for fusioner, spaltninger eller aktivoverdragelser.

### 5.4.3. Med eller uden skatteretlig succession

Det teoretiske udgangspunkt for ovenstående transaktioner er, at der sker en afståelse af aktier eller aktiver, som er *skattepligtig* for indskyderen. Det indskydende selskabs aktionærer stilles i skatteretlig henseende, som dem, der har afstået deres aktier mod vederlag for nye aktier i det nye modtagende selskab. Skatteretten kræver en beskatning af det indskydende selskab og dets aktionærer som om, der blev foretaget likvidation.<sup>22</sup>

Opfylder et selskab betingelserne i fusionsskatteloven, kan transaktionen gennemføres *skattefrit*. Loven bygger på et successionsprincip. Herefter anses alle formegoderne som om de i skattemæssig henseende var anskaffet af det modtagende selskab. Det modtagende selskab indtræder i anskaffelsessum og afskrivningsforløb, principvalg (lager- eller realisationsprincip) mv., jf. fusionsskattelovens § 8, stk. 1-3.

---

<sup>20</sup> Se side 776 i *Selskabsret* af Erik Werlauff og Den Juridiske Vejledning afsnit C.D.6.1.

<sup>21</sup> Se side 742 i *Selskabsret* af Erik Werlauff og Den Juridiske Vejledning afsnit C.D.6.2.

<sup>22</sup> Se side 542-546 og 555-557 i *Selskabsskatteretten 2015/16* af Erik Werlauff.

Det modtagende selskabs egne formuegoder påvirkes ikke skattemæssigt af den skattemæssige behandling af de overtagne formuegoder. Det udmønter sig ved, at den indfusede beholdning og egenbeholdningen hos modtagerselskabet fremstår som adskilte poster i årsregnskabet og skatteregnskabet, jf. § 8, stk. 5. Hvis det modtagende selskab selv var aktionær i indskyderselskabet, modtager det som vederlag aktier i sig selv. En annullation af disse udløser ikke skat, jf. § 9.

Indskyder og modtager har således et skattemæssigt incitament til at gøre fusionen, spaltningen eller overdragelsen skattefri ved succession, og derved udskyde beskatningen. Successionsprincippet brydes dog på et meget væsentligt punkt: *underskud*.

#### **5.4.4. Fortabelse af underskud ved omstrukturering**

Reglen om underskudsfortabelse findes i fusionsskattelovens § 8, stk. 6 og har været i fusionsloven siden denne blev indført ved *lov nr. 647 af 1975-12-19*. Ved *lov nr. 144 af 1987-03-25* fandt bestemmelsen dog i det væsentligste sin nutidige formulering.

Foreligger der ved fusionen i et af selskaberne underskud fra tidligere år, kan dette underskud uanset bestemmelsen i selskabsskattelovens § 12 ikke bringes til fradrag ved det modtagende selskabs indkomstopgørelse, jf. § 8, stk. 6, 1. pkt. Bestemmelsen medfører, at både det modtagende og indskydende selskab fortaber deres underskud. Underskuddet, som mistes, er de skattemæssige underskud frem til den skattemæssige fusionsdato, jf. fusionsskattelovens § 5 og SKM 2013.628.HR.

Derimod bevares fremførselsretten *sambeskattede selskaber*, jf. § 8, stk. 6, 2. pkt., medmindre det modtagende selskab eller faste driftssted ved en skattefri omstrukturering direkte eller indirekte har modtaget aktiver eller passiver fra selskaber, som ikke var en del af sambeskatningskredsen på tidspunktet, da underskuddet opstod. Fusionsskattelovens § 8, stk. 6 begrænser derfor ikke adgangen til at udnytte underskud, der kunne udnyttes inden for en etableret sambeskatning.

Opstår der ved fusionen en ny sambeskatningskreds kan underskud fra før fusionsdatoen ikke fremføres, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 6. pkt. Underskud før fusionsdatoen kan dog fortsat anvendes i subkoncerner, såfremt sambeskatning imellem disse subkoncerner ikke afbrydes ved fusionen, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 10 pkt.

Lovens § 8, stk. 6 taler om underskud "i et af selskaberne", "det modtagende selskab" mv. Bestemmelsen omfatter også udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark. Faste driftssteder af udenlandske selskaber er omfattet af begrebet selskab i fusionsskattelovens forstand. Det *er* selskaber, selv om Danmark kun beskatter den del af det udenlandske selskabs indkomst, som henføres til det faste driftssted. Når et udenlandsk selskabs faste driftssted i Danmark derfor får

tilført aktiver og/eller passiver via en skattefri omstrukturering, mister det modtagende faste driftssted retten til at fremføre driftsstedets underskud efter de regler der gælder for selskaber.

Fusionsskattelovens § 8, stk. 6 gælder underskud før fusionsdatoen. I *perioden mellem fusionsdatoen og vedtagelsen af fusionen*, der kan ligge flere måneder efter fusionsdatoen gælder § 8, stk. 7. Bestemmelsen har kun betydning ved omstruktureringer, hvor omstrukturingsdatoen og vedtagelsesdatoen ikke er sammenfaldende.

Fusionsskattelovens § 8, stk. 7 begrænser adgangen til at fremføre et eventuelt underskud mellem den skattemæssige fusionsdato og den dag, hvor fusionen er vedtaget i alle de fusionerede selskaber på samme måde som i selskabsskattelovens § 12D, se afsnit 5.1. Bestemmelsen indførtes ved *lov nr. 399 af 22. maj 1996* og var et led i en større skattereform for at imødegå tomme selskaber.<sup>23</sup>

Ved *lov nr. 874 af 3. december 1999* kom § 8, stk. 8, som supplerer stk. 6 og 7. Reglen regulerer ikke underskud, men *ligestiller visse uudnyttede fradrag for tab med underskud*. Dette betyder, at uudnyttede fradragsberettigede tab på visse aktietyper, fordringer og faste ejendommen fortabes. Bestemmelsen indebærer, at både det indskydende og modtagende selskab ikke kan fremføre uudnyttede tab, der er realiseret i et af de fusionerede selskaber før den skattemæssige fusionsdato.

Der er i reglen ikke indsat nogen undtagelse for sambeskattede selskaber, som i § 8, stk. 6, 2. pkt. Det vil sige, at også sambeskattede selskaber, der fusionerer, mister adgangen til fremførelse af kildeartsbegrænsede tab efter fusionen.<sup>24</sup>

### 6. EU-retten om bevarelse, beskæring og fortabelse af fremførbart underskud hos juridiske personer som skattesubjekter

Specialets del 2 omhandler de rammer, som EU-retten sætter for medlemslandenes skatteretlige regler. Generelt findes der få EU-retlige reguleringer af skattemæssige underskud, men som det vil fremgå er der en ganske indholdsrig praksis fra EU-domstol vedrørende underskud.

Indledningsvist vil der fremføres nogle komparative iagttagelser mellem dansk ret og EU-retten. Afsnittet tilsigter ikke at være udgøre en fyldestgørende gennemgang af diskriminations- og restriktionsforbuddenes rækkevidde, men skal blot forstås som en meget overordnet gennemgang-

---

<sup>23</sup> Se *circulære 1966-12-19 nr. 233* om afgrænsning af tomme selskaber og underskudsbegrænsning ved skattefri fusion m.v.

<sup>24</sup> Se side 553-55 i *Selskabsskatteretten 2015/16* af Erik Werlauff og Den Juridiske Vejledning afsnit C.D.5.2.5.7.

Herefter vil de Kommissionens forslag til en *fælles konsolideret beskatningsbase (CCCTB)* og *forslag til direktiv om underskud ved udlandsaktivitet* gennemgås i afsnit 6.2.1. Dette efterfølges af den sekundære EU-ret, som direkte eller indirekte kan få betydning for virksomhedernes mulighed for at udnytte deres skattemæssige underskud. Her vil analysen af den sekundære EU-ret centrere sig om behandlingen af fusionsskattedirektivet, se afsnit 6.2.2. Når den sekundære EU-ret er gennemgået, vil fokus rettes mod den primære EU-ret. Se afsnit 6.3.2.

Afsnittet vil afsluttes med en analyse af EU-domstolens praksis for fusionsskattedirektivet, etableringsretten og kapitalens frie bevægelighed og hvordan Domstolen forholder sig til medlemsstaternes underskudsregler. Analysen afsluttes med en sammenfatning af praksis i 6.4.4.

### 6.1. Nogle komparative iagttagelser

#### 6.1.1. EU-rettens forrang og fortolkning af traktaterne

I den principielle sag *C-6/64, Costa del Enel*, lagde EU-domstolen fundamentet for Fællesskabets nærmere karakter. Sagen omhandlede om en italiensk borger, som nægtede at betale sin elregning i forbindelse med en nationalisering af den italienske elsektor.

Domstolen slog fast, at der ved oprettelsen af Det Europæiske Fællesskab var opstået en særlig retsorden. Domstolen udtalte, at 1) EU-retten har forrang for nationale regler, 2) EU-domstolen går langt for at sikre EU-rettens gennemslagskraft og effektivitet, 3) og at EU-domstolen i den forbindelse tager hensyn til traktatens mål og ånd.

Det følger af fast retspraksis, at selv om *direkte beskatning* henhører under medlemsstaternes kompetence, skal de dog udøve kompetencen under overholdelse af fællesskabsretten.

EU-retten finder kun anvendelse, når der foreligger et *grænseoverskridende moment*. Det vil sige, at den forudsætter, at selskaber mv. har foretaget en eller anden form for aktivitet, som passerer en grænse på tværs af medlemslandenes territorier.

#### 6.1.2. Betydning af harmonisering – sekundære retsakter

De grundlæggende friheder i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde har til formål, at selskaber, arbejdskraft, varer, tjenesteydelser, kapital og personer skal flyde frit inden for Unionen. Målet er at sikre et effektivt og frit indre marked. Men traktaterne er ikke fyldestgørende i sin regulering, og det er helt tilsigtet. De er vage og elastiske i deres formuleringer. Det er grundlæggende principper og mål som udgør et styringsredskab for EU som union.

Traktatens bestemmelser er midlertidige. Ikke ment på den måde, at de er tidsbegrænsende. Men traktaten skal sikre et frit indre marked indtil EU har harmoniseret området. Når et retsområde er

harmoniseret, via forordninger eller direktiver, finder traktaten ikke længere anvendelse inden for det harmoniserede område. Om der er sket harmonisering vil ofte fremgå af retsakten. Hvis ikke det er klart, da kan en bestemmelse have harmoniseret et område efter en konkret fortolkning af den pågældende retsakt.

### **6.1.3. Traditionel indgangsvinkel: diskriminationsforbud**

Traditionelt har traktatfæstede rettigheder været formuleret som diskriminationsforbud. Domstolen har dog ikke haft nogen konsekvent terminologi og bruger betegnelsen *diskrimination* og *forskelsbehandling* synonymt.<sup>25</sup> Diskrimination foreligger, når en medlemsstats lovgivning, underlægger personer eller selskaber af udenlandsk nationalitet strengere regel, end dem som gælder for landets egne statsborgere eller selskaber. Diskriminationsforbuddet er udvidet til også at forbyde foranstaltninger, hvor der forskelsbehandles på andre kriterier end nationalitet, men hvor resultatet eller effekten af foranstaltningen reelt fører til en diskrimination, se for eksempel *C-237/94, O'Flynn*. Forbuddet gælder derved både *direkte og indirekte diskrimination*.

Diskriminationsforbuddet gælder både, hvor ensartede situationer behandles forskelligt, men også hvor forskellige situationer behandles ens. Dette stiller et krav om, at de to situationer, som forskelsbehandles, skal være sammenlignelige.

### **6.1.4. Nutidig indgangsvinkel: restriktionsforbud**

I dag er de grundlæggende friheder, med enkelte undtagelser<sup>26</sup>, formuleret som restriktionsforbud i Traktaten. Restriktionsforbuddet har et bredere anvendelsesområde end diskriminationsforbuddet.

Overordnet foreligger der en restriktion, når en national bestemmelse regulerer samhandlen på en måde, der gør det mindre attraktivt at anvende de traktatmæssige rettigheder.

### **6.1.5. Tvingende almene hensyn og proportionalitet**

Medlemsstaterne er ikke altid tilfreds med den praksis, som EU-domstolen anlægger i forbindelse med traktaten og forordningerne/direktiverne.<sup>27</sup>

Det er helt naturligt, at medlemslandene opstiller værneregler. Der er et klart hensyn at tage til medlemsstaterne. Med større kompleksitet og uigennemskuelighed i den internationale skatteret, er der behov for særlige regler. Selskaber skal ikke have mulighed for at misbruge de traktatfæstede rettigheder til at opnå en utilbørlig skattemæssig fordel.

---

<sup>25</sup> Se side 235 ff. i *EU-retten af Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen*.

<sup>26</sup> F.eks. i TEUF artikel 110 om interne diskriminerende afgifter.

<sup>27</sup> Se side 173 ff. og 321 ff. i *Skatteværn og EU-frihed af Thomas Rønfeldt*.

Problemet med værnreglerne er dog, at disse også i vidt omfang hindrer samhandlen i det indre marked. Hvis EU-domstolen konstaterer, at en national skatteretlig værnregel udgør en restriktion har medlemsstaten mulighed for at fremføre nogle hensyn som legitimerer reglen. Det vil ofte være følgende to modstående hensyn, som skal vurderes i forhold til hinanden: hensynet til nationalstaternes skattesystemer og det fællesskabsretlige hensyn til det indre marked.

Domstolen er ganske lydhør over for medlemsstaternes bekymringer, og der har dannet sig en meget fintmasket praksis med nogle hensyn, som medlemsstaterne kan påberåbe sig ved Domstolene. En restriktion efter TEUF artikel 49 kan herefter opretholdes, når denne er begrundet i *tvungende almene hensyn* og den nationale regel er proportionel. Med proportionel forstås, at den nationale regel er egnet til dens formål, og ikke går videre end nødvendigt.

De hensyn, som særligt har gjort sig gældende på skatteområdet er: Dobbelt dip, skatteunddragelse, fordelingen af beskatningskompetencen, symmetri i en beskatningsordning og hensynet til en effektiv skattekontrol.<sup>28</sup> Disse vil blive gennemgået mere udførligt i afsnit 6.4.4.

Mens de tvungende almene hensyn er skabt og udviklet i praksis, kan diskrimination kun begrundes i saglige hensyn. Med saglige hensyn menes der de i traktaten opregnede hensyn.

Både tvungende almene hensyn og saglige hensyn er undtagelser og skal fortolkes indskrænkende.<sup>29</sup>

### 6.2. Sekundær EU-ret om underskud

#### 6.2.1. Foreslåede retsakter

##### **6.2.1.1. Kommissionens forslag til direktiv om underskud ved udlandsaktivitet**

I 1991 nedsattes desuden *Rüding-Udvalget af Uafhængige Ekspertter*, som aflagde en rapport, der anbefalede et handlingsprogram med det formål at afskaffe dobbeltbeskatning, harmonisere selskabsskatten inden for en margen på 30-40 % og sikre fuld gennemskuelighed i de forskellige investeringsfremmende skattebegunstigelsesordninger i medlemsstaterne.

Efterfølgende foreslog Kommissionen at ændre direktiverne om fusioner og moder- og datterselskaber (*KOM(1993)0293*). Kommissionen henviste til to for længst fremlagte direktivforslag om overførsel af underskud (*KOM(1984)0404*) og underskud i datterselskaber i andre medlemsstater (*KOM(1990)0595*).

---

<sup>28</sup> Se side 551-646 i *Skatteværn og EU-frihed* af Thomas Rønfeldt og side 97-164 i *Europæisk Skatteret I* af Thomas Rønfeldt

<sup>29</sup> Se side i 587 ff. i *EU-retten* af Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen.

Det fremgår af Kommissionens *Memo P(94)5*<sup>30</sup>, at de hedengangne direktivforslag ville give virksomhederne mulighed for medregning af underskud i faste driftssteder og datterselskaber i andre medlemsstater. Formålet var at eliminere en række forhindringer i virksomhedernes aktiviteter i et fælles indre marked. Forslaget tog blandt andet sigte på at forpligte medlemsstaterne til at indføre bestemmelser, der sikrer, at deres virksomheder i deres overskud kan fradrage underskud i deres faste driftssteder og i datterselskaber, der er beliggende i en anden medlemsstat.

### 5.2.1.2. CCCTB-direktivet

CCCTB-direktivet ("*Common Consolidated Corporate Tax Base*") er et ambitiøst direktivforslag, COM(2011) 121/4, fra Kommissionen, som endnu ikke er vedtaget af medlemslandene.

CCCTB indeholder et helt EU-regelsæt, efter hvilket koncerner med aktiviteter inden for EU skal kunne vælge at opgøre deres samlede konsoliderede skattepligtige EU-indkomst. Når den konsoliderede skattepligtige indkomst er opgjort, fordeles denne til beskatning – i de EU-lande hvor koncernen har aktiviteter – på baggrund af såkaldt formelallokering. Den del af indkomsten, som skal allokere til det enkelte EU-land, beskattes herefter med den nationale selskabsskattesats i det pågældende land. Der er således ikke tale om, at medlemslandenes *skattesatser* skal harmoniseres under CCCTB – det er alene *opgørelsen* af den skattepligtige indkomst, der under CCCTB skal ske efter ét fælles regelsæt.<sup>31</sup>

For underskud foreslås det, at selskaber og faste driftssteder efter artikel 43, skal kunne fremføre og fradrage underskud i senere skatteår. Underskud opstået forud for en koncerns tilvalg af CCCTB-beskatning kan ikke modregnes i koncernens samlede CCCTB-indkomst.

I forbindelse med en omstrukturering allokere alle uudnyttede tab for en koncern til dens medlemmer efter direktivets artikel 86-102 på grundlag af de faktorer, der er gældende for det skatteår, hvor fusionen finder sted, og de fremføres til senere år, jf. forslagens artikel 71.

I direktivets artikel 80 er der en generel regel om bekæmpelse af misbrug. Bestemmelsen har dannet forbillede for fusionsskattedirektivets artikel 15, samt den nyligt indførte misbrugsklausul i moder- og datterselskabsdirektivet. Se ligningslovens § 3, der indførtes ved *lov nr. 540 af 29. april 2015*.

Kommissionen fremsætter en revideret udgave af CCCTB i den kommende fremtid.

---

<sup>30</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-94-5\\_da.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-94-5_da.htm)

<sup>31</sup> Se *CCCTB – Europa Kommissionens direktivforslag om en konsolideret selskabsskattebase* Af Peter Koerver Schmidt og Jakob Bundgaard i Revision & Regnskabsvæsen nr. 7, 2011, s. 40

### 6.2.2. Allerede udstedte retsakter

*Fusionsskattedirektivet* har fået sin seneste udtryksform med *direktiv 2009/133*. Reglerne i direktivet er implementeret i dansk ret ved fusionsskatteloven. Formålet med direktivet er at harmonisere beskatningen af erhvervsmæssige omstruktureringer ved at give mulighed for at disse kan gennemføres skattefrit. Dog tilgodeser direktivet medlemsstaternes finansielle interesser ved, at medlemsstaterne skal bevare muligheden for at beskatte ved et senere salg af de overførte aktiver.

Fusionsskattedirektivet har ingen detailregler om underskud. Fusionskattedirektivet tvinger heller ikke medlemsstaterne til at have regler om underskudsfræmførelse.<sup>32</sup> Dog indeholder direktivet en misbrugs klausul i artikel 15, stk. 1, litra a, at en omstrukturering kan nægtes, såfremt, at den har:

---

*a) som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse; forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som f.eks. omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse*

---

Efter bestemmelsens formulering gælder der en formodning for skatteunddragelse, når disposition ikke er forretningsmæssigt eller kommercielt begrundet. Bestemmelsen udelukker ikke, at der må være skattemæssige motiver involveret. Den påtænkte disposition må blot ikke have som hovedformål at opnå en skattereduktion. Dette betyder, at såfremt forholdet - ved siden af en i øvrigt velbegrundet selskabsmæssig begrundelse – medfører en ikke uvæsentlig skattebesparelse, da kan staten ikke nægte omstruktureringen. Der skal foretages en konkret vurdering af forholdet.

Ved *lov nr. 540 af 29. april 2015* blev der indført en generel misbrugs klausul i ligningslovens § 3.

Med ligningslovens § 3 indføres for første gang i dansk skattelovgivning en generel omgåelses klausul sigtende på misbrug af fordele forbundet med moder-/datterselskabsdirektivet, rente- og royaltydirektivet, samt fusionsskattedirektivet. Det fremgår af bemærkningerne til *lovforslag nr. 167 af 20. marts 2015*, at skattemyndighederne skal foretage en objektiv analyse af alle relevante faktiske forhold og omstændigheder ved vurdering af, hvorvidt et arrangement eller en serie af arrangementer udgør et misbrug. Skulle dette være tilfældet, påhviler det den skattepligtige at

---

<sup>32</sup> Se side 71 i side 624 ff. i *Selskabsskatteretten 2015/16* af Erik Werlauff.



godtgøre, at arrangementet er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed. Der er ligeledes hjemmel i ligningslovens § 3, stk. 3 til, at myndighederne kan nægte skattefordelene i en af Danmark indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Det er forfatterens opfattelse, at den nye lov rejser nogle interessante problemstillinger, og formentlig kan påvirke fortolkningen og bedømmelsen af fusionsskattedirektivets artikel 15, se afsnit 5.4. Bestemmelsen er endnu ikke bragt i anvendelse i en konkret skattesag. Det ligger uden for dette speciales emne at behandle problemstillingen yderligere.<sup>33</sup>

### 6.3. Primær EU-ret

#### 6.3.1. Etableringsfriheden

Ifølge *Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmådes artikel 49* gælder der et forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Etableringsfriheden sikrer lige adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.

For selskaber gælder *Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde artikel 54*, hvorefter selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, ligestilles med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Selve traktaten er meget spartansk skrevet. Etableringsretten har været primus motor i realiseringen i det indre marked. Etableringsfriheden har haft særlig stor betydning på det selskabsretlige område, se afgørelser som *SEVIC*, *Centros* og *Inspire Art* og *Überseering* mv., men - som det formentlig vil blive klargjort i dette speciale – også på det skatteretlige område.

De hensyn, der ligger heri er hvis den pågældende aktivitet er varigt eller lejlighedsvist er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed eller den er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Disse undtagelse har et meget snævert anvendelsesområde, og findes for etableringsrettens vedkommende i TEUF artikel 51, 52 og 54.

---

<sup>33</sup> Se Den Juridiske Vejledning afsnit C.I.4.1.8.

### 6.3.2. Kapitalfriheden

Reglerne om kapitalens frie bevægelighed udviklede sig ikke med samme hastighed som de øvrige friheder. Først ved direktiv 88/361 (kapitalliberaliseringsdirektivet) blev bestemmelsen erklæret umiddelbart anvendelig ved *C-163, 165 og 250/94, Sanz de Lera*.<sup>34</sup>

I dag er direktivet ophævet og kapitalfriheden fremgår nu af artikel 63 i TEUF, hvorefter alle restriktioner for *kapitalbevægelser og betalinger* mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande er forbudte. Kapitalens frie bevægelighed er sekundær i forhold til de øvrige friheder i Traktaten.

Det helt særegne ved kapitalfriheden er, at denne har *tredjelandsvirkning*, hvilket betyder, at betalinger til og fra lande, som ikke er medlem af EU. Se også *C-157/05, Holböck, C-315/02, Annelise Lenz, C-319/02, Mannien* og *C-101/05, A*. Kapitalfriheden kan dog ikke anvendes over for tredjelande over for restriktioner, der eksisterede før 31. december 1993, jf. artikel 64, stk. 1.

Kapitalliberaliseringsdirektivet er ophævet, men begrebet *kapitalbevægelser* er stadig styret af Nomenklaturen i Bilag 1 fra direktiv 88/361, hvilket fremgår af *C-222/97 Trummer & Meyer*. I afgørelsen udtalte Domstolen, at bilaget stadig har vejledende værdi.<sup>35</sup>

De beskyttede subjekter er selve betalingerne og kapitalbevægelserne. Af de mest praktiske eksempler kan nævnes kontanter, checks, mønter, udbytter, renter men også værdipapirer, såsom aktier, udbytter og obligationer er beskyttede. Der kræves en ligebehandling uagtet investeringens objekt, kapitalens anbringelsessted mv.<sup>36</sup>

### 6.4. Praksis om underskud

#### 6.4.1. Praksis om fusionskattedirektivet

Første gang fusionskattedirektivets regler var til prøvelse var i *C-28/95 Leur Bloem*.<sup>37</sup> Leur Bloem var eneste selskabsdeltager og direktør i to hollandske anpartsselskaber. Han ville erhverve anparter i et tredje anpartsselskab, et holdingselskab, idet betalingen skulle finde sted ved en ombytning med anparter. Leur Bloem ville herefter indirekte stadig være eneste selskabsdeltager i de to selskaber. De hollandske myndigheder nægtede Leur Bloem skattefri fusion med ombytning af aktier.

---

<sup>34</sup> Se side 277-283 i *Skatteværn og EU-frihed* af Thomas Rønfeldt.

<sup>35</sup> Se side 278 i *Skatteværn og EU-frihed* af Thomas Rønfeldt.

<sup>36</sup> Se side 283-285 i *Skatteværn og EU-frihed* af Thomas Rønfeldt

<sup>37</sup> Se side 213-220 i *Europæiske Skatteret I* af Thomas Rønfeldt

## EU-Skatteret

Domstolen udtaler, at det i artikel 15 er præciseret, at en medlemsstat kan fastsætte bestemmelser om, at der er formodning for skattesvig eller skatteunddragelse, såfremt transaktionen ikke er båret af forsvarlige økonomiske betragtninger, jf. præmis 39. Dog vil en generel regel, hvor visse former for transaktioner *automatisk* er afskåret fra at opnå skattefordele, uanset om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse, går ud over, hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for skattesvig eller skatteunddragelse, og vil være i strid med direktivets formål, jf. præmis 44.

Leur Bloem giver nogle retningslinjer til forståelsen af artikel 15, men angiver ikke, hvad der *konkret* kan udløse skattesvig eller skatteunddragelse som følge af EU-rettens sekundære retsakter.

Dette kom EU-domstolen nærmere i *C-321/05, Kofoed*. To selskabsdeltagere ejede begge halvdelen af anparterne i Cosmopolit Holding.

Den 26. oktober erhvervede de én af to aktier a 1 IEP, som udgjorde aktiekapitalen i Doolarong Ltd. – et irsk kapitalselskab. Herefter forhøjede de to nye anpartshavere selskabskapitalen i Doolarong ved at udstedte 21.000 nye aktier a 1 IEP. Den 29. oktober ombyttede Hans Markus Kofoed og Niels Toft alle deres anparter i Cosmopolit Holdings med alle nyudstedte aktier i Doolarong. Efter ombytningen ejede de hver 10.501 aktier i Doolarong, som nu ejede hele anpartskapitalen i Cosmopolit Holding. Den 1. november modtog Doolarong et udbytte fra det nyerhvervede datterselskab Cosmopolit på 2.742.616 IEP (omtrent 26.000.000 kr.) hvis egenkapital blev reduceret til 1.709.806 kr. Den 3. november 1993 besluttedes det på generalforsamling i Doolarong at udlodde et udbytte til anpartshaverne på 2.742.616 IEP. Ved indkomstopgørelsen for 1993 selvangav de, at ombytningen af aktier og anparter var skattefri. De danske myndigheder nægtede dette.

EU-domstolen udtaler sig her om misbrugsbegrebet i artikel 15. EU-domstolen fastslår, at der *helt undtagelsesvist* kan ske afslag på helt eller delvis anvendelse af de skattefordele, som er hjemlet i fusionsskattedirektivet. Bestemmelsen afspejler *det almindelige fællesskabsretlige forbud mod retsmisbrug*. Borgerne kan ikke med henblik på misbrug gøre fællesskabsbestemmelser gældende. Deres anvendelsesområde kan ikke udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner, dvs. transaktioner, som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, jf. præmis 37.

Selvom forholdet klart indikerer misbrug, påhviler det medlemsstaterne efter artikel 4 og 288 i TEUF at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivets fulde virkning i overensstemmelse med dets formål, jf. præmis 41. Danmark havde ikke implementeret direktivet på beskatningstidspunktet, hvorfor Danmark ikke kunne påberåbe sig retsmisbrugsbegrebet, jf. præmis 42. Danmark tabte således sagen på baggrund af den manglende implementering.

I den præjudicielle sag, *C-126/10 Foggia*, skulle Foggia SGPS, et holdingselskab, overtage tre andre holdingselskaber i samme koncern ved en fusion. Selskabet rettede en ansøgning om tilladelse til at fradrage de skattepligtige tab for de overtagne holdingselskaber i Foggias overskud. Myndighederne imødekom denne ansøgning for to af selskaberne. Selvom fjernelsen af det tredje selskab fra koncernstrukturen klart kunne føre til en nedsættelse af koncernens administrative omkostninger og forvaltningsomkostninger, henviste myndighederne til, at selskabet ikke havde haft noget indtjening ved sine aktiviteter og havde alene investeret i værdipapirer. Selskabet havde endvidere selvangivet et skattemæssige tab på ca. 2 mio. EUR, som det var uklart, hvor stammede fra.

En fusion, som bygger på flere formål, hvori skattemæssige betragtninger kan indgå, udgør en forsvarlig økonomisk betragtning, hvis det skattemæssige ikke er fremherskende i forbindelse med den påtænkte transaktion, jf. præmis 35. I sagen ville besparelsen på de strukturelle omkostninger, som koncernen opnår, være helt marginale i forhold til det opnåede underskud.

Ved systematisk at antage, at en besparelse i de strukturelle omkostninger udgør en forsvarlig økonomisk betragtning, uden at tage hensyn til andre formål med den påtænkte transaktion, og særligt de skattemæssige fordele, vil bestemmelsen i artikel 15 være frataget hele sit formål. Medlemsstaterne bør have mulighed for at kunne afslå at anvende direktivets bestemmelser i tilfælde af skattesvig eller skatteunddragelse, jf. dommens præmis 49.

At det overtagne selskab på tidspunktet for fusionen ikke udøver nogen virksomhed, ikke råder over nogen finansielle andele og alene overfører store skattemæssige tab, af ubestemt oprindelse, til det overtagende selskab, kan udgøre en formodning for, at transaktionen ikke er kommercielt begrundet. jf. præmis 52.

Domstolen fandt derfor frem til, at nægtelsen af fradrag var i overensstemmelse med EU-retten.

### 6.4.2. Praksis om etableringsretten

Sagen *C-264/96 ICI* vedrørte den britiske lovgivning, hvorefter et selskabs fradrag for underskud i et fælles datterselskab (konsortialbeskatning) gjorde fradragsretten afhængig af, om 1) det fælles datterselskab i sin egenskab af holdingselskab overvejende ejede selskaber med hjemsted i Storbritannien, eller 2) om det overvejende ejede selskaber med hjemsted uden for Storbritannien. Skattefradraget kunne kun opnås i førstnævnte situation.

Reglen skulle hindre skatteunddragelse, samt sikre de britiske skatteindtægter, jf. præmis 25. Derudover skulle reglen sikre sammenhængen i den britiske beskatningsorden.

Domstolen replicerede herpå, at den pågældende lovgivning ikke specifikt havde til formål at udelukke *rent kunstige arrangementer*. Storbritannien skattelovgivning tog generelt sigte på enhver situation, i hvilken flertallet af en koncerns datterselskaber var etableret uden for Storbritannien. *Etableringen af et selskab uden for Det Forenede Kongerige indebærer imidlertid ikke i og for sig en skatteunddragelse, idet det pågældende selskab under alle omstændigheder er omfattet af skattelovgivningen i etableringsstaten*, jf. præmis 26

Hvad angik tabet af skatteindtægter, kunne dette ikke begrunde en forskelsbehandling, jf. præmis 27. Heller ikke sammenhængen i beskatningsordning kunne begrunde reglerne, da der ikke var nogen direkte sammenhæng mellem beskatningen af overskuddet og fradragsretten, jf. præmis 28.

EU-domstolen underkendte til sidst den britiske lovgivning. Det kan ud fra dommen udledes, at lovgivning skal have til formål at hindre skatteunddragelse, og ikke må afskærer en skattefordel på baggrund af generelle kriterier. Rent kunstige arrangementer er eksempel på skatteunddragelse, hvor medlemslandene kan nægte selskabet at nyde godt af – i dette tilfælde – en fradragsret.

Dertil kommer, at begrundelse om, at staten vil miste skatteindtægter, aldrig kan begrunde en restriktion. Derudover kræves der ved hensynet symmetri i beskatningsordenen en meget snæver og tæt sammenhæng mellem beskatningen af indtægten og fradragsretten.

En af de mest centrale EU-domme vedrørende underskud er *C-446/03, Marks & Spencer*.

Marks & Spencer, hjemmehørende i Storbritannien, havde en række datterselskaber i det kontinental Europa, som gav underskud. I 2001 valgte Marks & Spencer at sælge en del af selskaberne eller helt at indstille driften. Marks & Spencer anmodede herefter de britiske myndigheder om koncernlempelse for disse underskud. Dette blev nægtet.

EU-domstolen udtalte, at en koncernlempelse, hvorefter der gives en fradragsret for underskud, udgør en skattefordel for de hjemmehørende datterselskaber. Underskud pådraget af ikke-hjemmehørende datterselskaber kan ikke fradrages. Der kan reglerne hindre moderselskabet i at udøve sin etableringsfrihed, idet det afskrækkes fra at oprette datterselskaber i andre medlemsstater. En sådan skattemæssig forskelsbehandling af underskud pådraget af et hjemmehørende datterselskab og underskud pådraget af et ikke-hjemmehørende datterselskab er en restriktion efter TEUF artikel 49 og 54, ff. præmis 32-33

Der var blevet anført 3 forhold, der kunne begrunde den begrænsede adgang til koncernlempelse: 1) fordeling af beskatningskompetencen og 2) risiko for dobbeltfradrag og 3) skatteunddragelse.

## EU-Skatteret

Hvad angår hensynet til statens skatteindtægter, kan dette aldrig være et tvingende hensyn. Det vil *bringe den fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i alvorlig fare*, hvis selskaberne gives mulighed for at vælge, om der skal tages hensyn til underskuddet i etableringsstaten eller i en anden medlemsstat, jf. præmis 45 og 46. EU-Domstolen anerkender også, at der kan være *en frygt for dobbelt anvendelse af underskud*, hvis koncernlempelse udstrækkes til også at omfatte ikke-hjemmehørende datterselskab, og vil således udgøre et tvingende alment hensyn, og derved begrunde en lovlig restriktion, præmis 48. Disse to hensyn kan, sammen med hensynet til *at hindre skatteunddragelse*, udgøre tvingende hensyn.

EU-Domstolen måtte dog udtale, at den britiske lovgivning *går ud over, hvad der er nødvendigt* for at nå de forfulgte mål, og er derved ikke i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet

Der skal ske koncernlempelse, når det ikke-hjemmehørende datterselskab *har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat, og der ikke er mulighed for at tage hensyn til det udenlandske datterselskabs underskud i dets hjemstat i forbindelse med senere skatteår enten af selskabet selv eller af en tredjepart*, jf. præmis 55.

De britiske regler om koncernlempelse var i strid med EU-retten, da disse var uproportionelle.

Domstolen fortæller os, at dobbeltfradrag og hensynet til en balanceret fordeling af beskatningskompetencen er tvingende almene hensyn. Derudover fastslår dommen et vigtigt krav til proportionaliteten i medlemslandene lovgivning vedrørende underskud: Hvis underskuddet vil gå tabt, og selskabet kan godtgøre at det har udtømt alle muligheder må medlemslandet indrømme koncernlempelse/underskudsfræførsel.

I *C-347/04, Rewe Zentralfinanz*, følges der op på resultatet i Marks & Spencer. I sagen nægtede de tyske myndigheder hjemmehørende selskaber at kunne afskrive på værdipapirer i udenlandske datterselskaber. Sådanne afskrivninger kunne foretages for værdipapirer i indenlandske selskaber.

Det blev af Tyskland gjort gældende, at situationen i det hele svarede til dem i Marks & Spencer, og påberåbte sig de samme hensyn. Her måtte Domstolen dog præcisere, at den tyske nægtelse af fradrag på ingen måde kunne sammenlignes med situationen i Marks & Spencer, jf. præmis 47.

En forskellig skattemæssig behandling af hjemmehørende moderselskaber i forhold til, om de har eller ikke har udenlandske datterselskaber bringer ikke landets beskatningskompetence i fare, jf. præmis 43. Derudover opstår der ikke nogen risiko for dobbeltfradrag i nærværende tilfælde.

## EU-Skatteret

De tyske regler var derfor i strid med TEUF artikel 49 og 54. Dommen uddyber hensynene fra Marks og Spencer. Fordelingen af beskatningskompetencen blev ikke bragt i fare, fordi selskabet vælger at have datterselskaber i andre medlemslande. Derudover var det ikke påvist, hvori risikoen for dobbeltfradrag bestod.

*C-231/05, OY AA* omhandler finsk sambeskatning og koncernbidrag. De finske myndigheder havde nægtet fradrag for koncerntilskud ydet af et hjemmehørende overskudsgivende selskab til et ikke-hjemmehørende underskudsgivende selskab. Fradraget for koncerntilskud var tilladt mellem to hjemmehørende selskaber. EU-domstolen kvalificerer herefter forholdet som en restriktion.

Heroverfor anfører den finske regering m.fl. at reglen skulle sikre sammenhængen i beskatningsordningen, en rimelig fordeling af medlemsstaternes beskatningskompetence, frygten for skatteunddragelse og territorialprincippet, jf. præmis 45.

Domstolen foretager herefter en nøje gennemgang af hensynene. Hvis det anerkendtes, at et grænseoverskridende koncernbidrag vil kunne fradrages i giverens skattepligtige indkomst, ville det have som følge, at koncerner frit vil kunne vælge den medlemsstat, hvori overskud i datterselskabet skulle beskattes, jf. præmis 53. Denne form for skattespekulation ville domstolen ikke blåstemple.

Hvad videre angår risikoen for, at underskud fratrækkes to gange, bemærkede domstolen, at den finske koncernbidragsordning ikke vedrører fradrag for underskud, jf. præmis 57, og derfor kan dette ikke påberåbes som hensyn.

Hvad endelig angår forebyggelse af skatteunddragelse anerkendte Domstolen, at muligheden for at overføre skattepligtige indkomster fra et datterselskab til et moderselskab, hvis hjemsted er i en anden medlemsstat, indebærer en risiko for, at der ved hjælp af rent kunstige arrangementer foretages overførsler af indkomst inden for en koncern i retning mod selskaber, med hjemsted i lande med lavere beskatning. Denne mulighed bestyrkes af, at der i den finske koncernbidragsordning ikke kræves, at modtageren af koncernbidraget har lidt tab, jf. præmis 58.

Domstolen konkluderer, at en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og nødvendigheden af at forebygge skatteunddragelse kan påberåbes som tvingende almene hensyn i nærværende situation, se præmis 60. Der godkendes samme hensyn, som i *Marks & Spencer*, bortset fra dobbeltfradrag. Koncernbidragsmetoden er derved væsensforskellig i forhold til en fremførsel af direkte skattemæssige underskud.

Det skal imidlertid efterprøves, om en sådan ordning er proportionel. Medlemsstaterne kan opstille værn mod adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen

økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område, jf. præmis 62. En sådan fare, kan ikke forebygges ved at pålægge betingelser om behandlingen af indkomst, hidrørende fra koncernbidraget i det modtagende selskabs medlemsstat.

Oy AA foreslog en mindre indgribende løsning om kun at anerkende fradrag, når koncernbidraget var begrundet i det modtagende selskabs økonomiske situation. Løsningen indebærer, at valget af beskatningsmedlemsstaten i sidste ende tilkommer koncernen.

EU-domstolen når frem til, at den finske regering har godtgjort, at TEUF artikel 49 ikke er til hinder for en sådan ordning.

Selvom dommen ikke bliver aktuel i Danmark, fordi Danmark har valgt at nægte al fradragsret herfor, mens modtagerselskabet under visse betingelser kan modtage bidraget skattefrit. Dog synes dommen at uddybe hensynet til en rimelig fordeling af beskatningskompetencen i henhold til selskabers underskudsanvendelse. Et selskab skal ikke kunne placere et underskud i en medlemsstat efter dennes forgodtbefindende.

Domstolen synes desuden her at anerkende et ret strengt territorialprincip for medlemslandenes beskatningsordninger. Det er her afgørende, at der er tale om et "lukket" system.

Dog synes Domstolen at have anlagt en meget overfladisk proportionalitetsvurdering. Dette kunne tyde på, at Domstolen ved dommen har "blødt op" over for medlemsstaternes værneregler.

*C-337/08, X-holding*, vedrørte hollandske sambeskatningsregler. Efter disse regler havde et moderselskab i Holland mulighed for at blive sambeskattet med skattemæssigt hjemmehørende datterselskaber. Ikke-hjemmehørende datterselskaber kunne ikke inddrages i sambeskatningen, såfremt dette datterselskabs overskud ikke var underlagt hollandsk skattelovgivning. Reglerne gjorde det mindre attraktivt for moderselskabet at etablere et datterselskab i en anden medlemsstat. Der forelå derfor en restriktion, jf. præmis 19.

De repræsenterede regeringer anførte her, at ordningen skete under hensyn til en rimelig fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemslandene, jf. præmis 27.

EU-domstolen måtte udtale, at et moderselskab, der frit kan beslutte at indgå i en skattemæssig enhed med sit datterselskab og lige så frit kan beslutte at opløse denne enhed fra det ene år til det andet, frit ville kunne vælge, hvilken beskatningsordning, der skulle være gældende for dette



datterselskabs underskud, og hvor disse underskud skulle fradrages, jf. præmis 31 og 32. Domstolen godkendte derved, at der forelå tvingende almene hensyn.

X-holding og Kommissionen anførte, at der er mindre restriktive løsninger. De hollandske regler kunne i stedet tillade et hovedselskab fradrag for underskud i udenlandske faste driftssteder kombineret med en geninddrivelsesordning i senere skatteår. Anvendelsen af denne ordning på ikke-hjemmehørende datterselskaber kunne udgøre en mindre indgribende foranstaltning for at opnå det tilsigtede formål, end et fuldstændigt forbud mod, at et moderselskab opretter en skattemæssig enhed med et ikke-hjemmehørende datterselskab.

Domstolen udtalte herefter, at udenlandske faste driftssteder og ikke-hjemmehørende datterselskaber ikke er i en sammenlignelig situation, fordi ikke-hjemmehørende datterselskab er ubegrænset skattepligtigt, mens det faste driftssted kun er begrænset skattepligtigt i den fremmede stat, se præmis 38.

Domstolen kan herefter ikke finde nogen mindre vidtgående måde at tillade sambeskatning på for ikke-hjemmehørende datterselskaber, og Domstolen godkender herved den hollandske lovgivning.

Dommen i *X-holding*, C-337/08, er igen et eksempel på en vis tilbageholdenhed fra EU-domstolen. Det er korrekt, at udenlandske faste driftssteder og udenlandske datterselskaber er i forskellige situationer, da driftsstedet vil være begrænset skattepligtigt, mens datterselskabet vil være ubegrænset skattepligtigt i den pågældende medlemsstat. Dette har ikke tidligere afholdt Domstolen fra at gribe ind over for en filialdiskrimination.

Præmis 38 i *X-holding* er i sig selv interessant i relation til den skattemæssige behandling af faste driftssteder og datterselskaber, da der er et generelt princip om neutralitet mellem datterselskaber og faste driftssteder, hvilket blev slået fast allerede tilbage i *Avoir Fiscal*, C-270/83.

Thomas Rønfeldt anfører i *SU2010.177*, at der findes en indre neutralitet og ydre neutralitet, når det gælder beskatning af faste driftssteder. Den ydre neutralitet vedrører værtslandets forhold til et tredjeland inden for EU/EØS. Den indre neutralitet vedrører forholdet mellem oprindelseslandet og værtslandet. Med *X-holding* underkender EU-Domstolen endeligt den indre neutralitet. De to typer af etableringer er ikke sammenlignelige. Derfor kan en ens behandling i oprindelsesstaten ikke retfærdiggøres.

Den skattemæssige forskel mellem faste driftssteder og datterselskaber er forskellig. Det faste driftssted er en del af hovedselskabet, og kan medregne denne indkomst i hovedselskabets samlede indkomst. Et datterselskab er en selvstændig enhed, og underskudsfræmførsel kræver lovhjemmel.

Der tillades en forskellig behandling, hvilket vil sige, at den retsstilling, der gør sig gældende for datterselskaber ikke fuldt ud kan anvendes analogt på faste driftssteder, når det er det indre forhold, som er til prøvelse. Derfor må udgangspunktet være, at underskud i et fast driftssted automatisk kan overføres til hovedselskabet, idet disse er samme juridiske person, og i modsætning til selskaber, hvor der kræves lovhjemmel, så kræver faste driftssteder og hovedselskabet ikke denne hjemmel.

Problemstillingen omkring underskudsfremførelse i faste driftssteder var for første gang direkte til prøvelse i *C-293/06 Deutsche Shell*. Deutsche Shell havde hjemsted og ledelse i Tyskland, og oprettede et fast driftssted i Italien med henblik på efterforskning og udvinding af naturgas og råolie. Ved hjemtagning af overskud fra det faste driftssted blev der i den fremførte indskudskapital foretaget fradrag under anvendelse af kursen mellem DEM og ITL på datoen for hver overførelse fra det faste driftssted til selskabet i Tyskland. I Italien blev der ikke taget hensyn til valutanedskrivningen af værdien af den indskudskapital, der var bevilget det faste driftssted ved beskatningen af det faste driftsstedes overskud, da beskatningen blev opgjort i Lire.

Deutsche Shell indskød det faste driftsstedes aktiver i et italiensk datterselskab. Samme dag afstod Deutsche Shell andelene. Beløbet ved denne transaktion blev overført til Deutsche Shell som tilbagebetaling af indskudskapitalen. Det tilbagebetalte kapitalindskud gav, ved omregningen til dagskurs en negativ difference, som selskabet anså for et valutatab.

De tyske myndigheder nægtede at anerkende dette tab som et reelt tab, da valutanedskrivningen af kapitalindskuddet ikke udgjorde en del af det faste driftsstedes resultat, og at selskabet under hensyn til denne nedskrivning havde opnået et positivt resultat i det pågældende skatteår.

Domstolen konstaterede, at denne nægtelse af valutatab var en restriktion. Tyskland mente, at dette var begrundet i en risiko for, at selskabet kunne anvende underskuddet to gange, og der dermed var risiko for dobbelt fradrag.

Domstolen lagde her vægt på dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Tyskland og Italien. Når en medlemsstat har givet afkald på sin beskatningsret i en dobbeltbeskatningsoverenskomst, kan denne ikke påberåbe sig manglende beskatningsret til et fast driftssted, der tilhører et selskab, der er etableret på denne medlemsstats område, og som efter deres art ikke kan tages hensyn til i den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende.

Nægtelsen af fradrag var herefter i strid med etableringsfriheden. Domstolens afgørelse betød, at medlemsstaten ved at frasige sig beskatningsretten, også frasiger sig muligheden for at sikre sig

mod den dobbelte hensyntagen til underskud, der potentielt er risiko for, når underskuddet overføres fra faste driftssteder til hovedselskabet.

Afgørelsen fastslår, at der er forskel på faste driftssteder og datterselskaber, og at denne forskel kan komme til udtryk ved de aftalte dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem medlemslandene.

Spørgsmålet omkring en mere direkte underskudsanvendelse kom til prøvelse i *C-414/06, Lidl-belgium*. Lidl Belgium, med hjemsted i Tyskland, havde et underskudsgivende fast driftssted i Luxembourg. Ifølge landenes dobbeltbeskatningsoverenskomst havde den kontraherende stat, hvori det faste driftssted er beliggende, beskatningsretten til indtægter, som det faste driftssted oppebærer. Det tyske hovedselskab ønskede på trods af disse regler at fradrage underskuddet fra sit udenlandske faste driftssted i Luxembourg.

EU-Domstolen mener, særligt under hensyn til fordelingen af beskatningskompetecen i de to landes dobbeltbeskatningsoverenskomster, at landene har skabt en symmetri i beskatningen, jf. præmis 33, samt at der er risiko for dobbeltfradrag, jf. præmis 36.

Hvad angår reglernes proportionalitet gentog Domstolen her mantraet fra *Marks & Spencer* om, at en foranstaltning er uproportional, hvis alle hjemstatens muligheder for at anvende underskuddet er udtømt, jf. præmis 51. Endvidere henvises der til *Oy AA*, hvorefter et selskab ikke skal kunne placere sit underskud i en anden medlemsstat efter forgodtbefindende, jf. dommens præmis 52.

I generaladvokatens forslag til afgørelse præmis 24, gøres det gældende, at der kunne ske genbeskatning af det beløb, der tidligere er blevet fradraget, hvis driftsstedet senere viser overskud. Domstolen går dog imod forslaget. I præmis 53 udtales, at den tyske lovgivning, stod i rimeligt forhold til at nå det ønskede mål, og den omhandlede DBO overholdt proportionalitetsprincippet.

Her fandt domstolen det i orden, at Lidl i Tyskland ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst til Tyskland havde fradrag for underskud fra sit faste driftssted i Luxembourg, når blot underskuddet i Luxembourg ville kunne bringes til fradrag i fremtidige overskud i den luxembourgske indkomst, dvs. når blot underskudsfrøførsel (carry-forward) var sikret og underskuddet faktisk blev udnyttet på et senere tidspunkt i underskudsfrøførselsperioden.

Hvis det uudnyttede underskud ikke udnyttes inden for carry-forward perioden, kræver EU-retten at det uudnyttede underskud kan bringes til fradrag i Lidl i Tysklands skattepligtige indkomst.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Se side 55-56 i *Selskabsskatteretten af Erik Werlauff*

Der ses igen en ret unuanceret prøvelse af proportionaliteten, og et blev igen bekræftet, at dobbeltbeskatningsoverenskomsterne spiller en central rolle, når det gælder beskatning (og herunder underskudsanvendelsen) for et fast driftssted. Udfaldet kunne være anderledes, hvis landene ved en dobbeltbeskatningsoverenskomst havde brudt den indre neutralitet mellem driftsstedet og moderselskabet.<sup>39</sup>

I *C-157/07, Krankenheim*, havde Krankenheim fra 1982 et fast driftssted i Østrig, men solgte dette i 1994. Driftsstedet i Østrig havde i perioden 1982-1990 realiseret et skattemæssigt underskud på alt 2.467.407 DEM. Der var taget hensyn til underskuddet i Krankenheims tyske indkomstopgørelse. Det faste driftssted i Østrig realiserede i perioden 1991-1994 et skattemæssigt overskud på 1.191.672 DEM, hvoraf 746.828 DEM vedrørte indkomståret 1994.

Krankenheim skulle ifølge tyske regler medregne (genbeskattes af) disse overskud. Interne regler i Østrig medførte imidlertid, at overskuddene også udløste skat i Østrig, fordi de forudgående underskud ikke længere kunne fremføres i Østrig. Dermed fik Krankenheim i sidste ende hverken fradrag for underskuddene i Østrig eller Tyskland.

Domstolen fandt, at de tyske skatteregler udgjorde en restriktion i henhold til Traktatens regler om fri etableringsret, idet genbeskatningsreglerne alene angik grænseoverskridende forhold. Domstolen nåede frem til, at det var berettiget i hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordenen, når der efter at have været givet fradrag for et underskud i et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat som efterfølgende medregnede dette underskud i selskabets beskatningsgrundlag, når driftsstedet senere opnåede overskud.

Den afgørende forskel mellem på *Krankenheim* og *Marks & Spencer, Oy AA* og *Lidl* er, at de adskiller sig fra hinanden på ét væsentligt punkt. I *Krankenheim* havde Tyskland regler om grænseoverskridende sambeskatning. I *Marks & Spencer, Oy AA* og *Lidl* var kun national sambeskatning tilladt. Nationalstater, herunder Danmark, som har regler om international sambeskatning må særligt tage *Krankenheim* i betragtning ved udformning af deres regler for fremførelse af skattemæssige underskud.

Retsstillingen blev yderligere uddybet i *C-18/11, Philips Electronics UK*. Philips Electronics, hjemmehørende i Storbritannien, havde et hollandsk datterselskab, som drev et fast driftssted i Storbritannien. Da dette faste driftssted begyndte at udvise underskud, ville Philips UK fradrage

---

<sup>39</sup> Se side 158 i *Europæisk Skatteret I* af Thomas Rønfeldt

dette underskud i sin skattepligtige indkomst. Dette blev nægtet, da det faste driftssted, ifølge de britiske myndigheder, kunne fradrage dette hos det hollandske datterselskab. En sådan særlig betingelse gjaldt ikke hjemmehørende selskaber.

Domstolen udtaler, at det udgør en begrænsning af et ikke-hjemmehørende selskabs ret til frit at etablere sig i en anden medlemsstat, hvis muligheden for til et hjemmehørende selskab gennem koncernlempelse at overføre tab, som er lidt af det ikke-hjemmehørende selskabs faste driftssted i denne medlemsstat, i henhold til en national lovgivning underlægges en betingelse om, at disse tab ikke kan anvendes ved beregningen af en udenlandsk skat. Overførslen af tab, som et hjemmehørende selskab har lidt i denne medlemsstat, er ikke underlagt en tilsvarende betingelse.

For at legitimere reglerne gør de britiske myndigheder gældende, at ordningen er begrundet i en rimelig fordeling af beskatningskompetencen og risikoen for dobbelte fradrag.

Domstolen vender sig imod denne argumentation, da de tab, som det faste driftssted i Storbritannien har overført til Philips UK er et i Storbritannien hjemmehørende selskab, og dermed knyttet til Storbritanniens beskatningskompetence. Denne beskatningskompetence kan ikke berøres af det forhold, at de overførte tab i påkommende fald også kan medtages i Nederlandene, se præmis 31.

Derfor er der ingen frygt for dobbelte fradrag, eftersom den britiske beskatning ikke vil blive berørt af en eventuel overførsel til Holland, se i det hele præmis 33. Der foreligger derved ikke tvingende almene hensyn, hvorfor der ikke er behov for at vurdere reglernes proportionalitet.

Afgørelsen supplerer og præciserer domstolens synspunkter i *Deutsche Shell* og *Lidl Belgium, samt Krankenheim*. Det var klart, at en abstrakt præventiv beskyttelse mod dobbelt fradrag ikke kan føre til automatisk nægtelse af fradrag i det land, hvor underskuddet er opstået.

I *C-48/13, Nordea*, vedrørte det Nordea Bank Danmark og de danske genbeskatningsregler. Nordea Bank Danmark havde en række faste driftssteder i Finland, Norge og Sverige. Disse driftssteder led underskud i indkomstårene 1996-2000, hvorefter Nordea Danmark anvendte disse underskud til modregning i deres skattepligtige indkomst. Herefter blev driftsstederne omstruktureret, og aktiverne overgik til datterselskaber i de pågældende lande.

De danske skattemyndigheder anså denne omstrukturering for en overdragelse af en del af en virksomhed til koncernforbundne selskaber og gennemførte i henhold til den dagældende ligningslov § 33 D, stk. 5 en genbeskatning af samtlige fradragne underskud fra de faste driftssteder, som ikke var blevet modsvaret af senere års overskud (fuld genbeskatning).

## EU-Skatteret

EU-Domstolen fastslår, at der i princippet ikke forelå objektivt sammenlignelige situationer for danske faste driftssteder og faste driftssteder i andre EU- og EØS-lande. Danmark havde imidlertid, ved at udstrække sin beskatningskompetence til overskud i faste driftssteder i andre EU- og EØS-lande, ligestillet disse med danske faste driftssteder for så vidt angår fradrag for underskud.

Reglerne var herefter en restriktion, men Danmark anførte, at reglerne var begrundet i hensynene til en rimelig fordeling af beskatningskompetencen, samt for at undgå skatteunddragelse.

EU-Domstolen anerkendte herefter, at den danske genbeskatningsregel var begrundet i et tvingende alment hensyn, nemlig forebyggelse af skatteunddragelse og sikring af en afbalanceret fordeling af beskatningsretten. Ligningslovens § 33 D, stk. 5, gik imidlertid ud over, hvad der var nødvendigt for at nå det nævnte mål. EU-Domstolen vurderede, at målet i tilstrækkeligt omfang ville kunne være varetaget ved at beskatte de overskud, som var opnået i det faste driftssted inden afhændelsen, herunder overskuddene hidrørende fra gevinster opnået i forbindelse med afhændelsen.

For så vidt angår sammenlignelighed, følger dommen den linje, der blev lagt i *OY AA, Lidl Belgium* og *Krankenheim* vedrørende faste driftssteder og datterselskaber.

Mens *Krankenheim* blev foretaget ud fra det tvingende almene hensyn, som vedrører hensynet til sammenhængen i skattesystemet, blev prøvelsen i *Nordea* foretaget ud fra to hensyn, her hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen og hensynet til at forebygge risikoen for skatteunddragelse.

EU-Domstolen sondrer ikke længere mellem hensynet til "en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen" og "sammenhængen i skattesystemet", se generaladvokatens forslag til afgørelse præmis 43, og EU-Domstolens præmis 32 i *Nordea*. Retfærdiggørelsesprøvelsen af grænseoverskridende sambeskatningsregler bliver en prøve af, om reglerne sikrer symmetri mellem beskatning af overskud og fradrag for underskud. Manglende symmetri er ikke proportionalt.

EU-Domstolen lægger op til en meget streng vurdering af kravet til symmetri, og EU-Domstolen ville ikke acceptere en genbeskatning, der ligger ud over det overskud, der er indtjent i et udenlandsk fast driftssted eller datterselskab i perioden under medlemsstatens beskatningskompetence, og de urealiserede skattepligtige avancer, der måtte hvile på de tilknyttede aktiver på tidspunktet for afståelsen/ophøret af det faste driftssted eller datterselskab. Der må med andre ord ikke gennemføres en "unødvendig" genbeskatning.

### 6.4.3. Praksis om kapitalfriheden

I *C-35/98, Verkooijen mod Staatssecretaris von Financien* gav de hollandske regler skattefrihed for udbytte af nogle mindre aktieposter. Reglen gjaldt kun, hvis der forelå udbytte fra selskaber, der var hjemmehørende i Holland. Der var spurgt ind til både til artikel 18 og TEUF artikel 49, samt direktiv 88/361. Domstolen fandt, at der forelå en restriktion, som ikke kunne begrundes i sammenhængen i beskatningssystemet. Derfor var reglerne i strid med daværende direktiv 88/361. Dommen viser, at der er et overlap i anvendelsesområdet for kapital- og etableringsfriheden.

Se også *C436/00, X og Y mod Riksskatteverket*, om svenske regler om aktieavancebeskatning. En svensk skattepligtig person, der overdrog aktier til underpris til sit udenlandske selskab beskattedes han eller hun af forskellen op til markedsprisen. En sådan beskatning skete derimod ikke ved overdragelse af aktier til sit i Sverige hjemmehørende selskab. Reglerne var i strid med EU-retten.

I *C-112/05, Volkswagen*, handlede det ikke om direkte beskatning, men om en stats golden shares. Det bemærkelsesværdige i sagen er, at afgørelsen blev afgjort udelukkende på artikel 63, selvom Kommissionen havde påberåbt sig artikel 49 og 63. I den juridiske litteratur er det anført, at selvom dommen ikke vedrører de direkte skatter, så vil dommens argumentation og resultat medføre, at vi fremtiden vil opleve, at kapitalens frie bevægelighed *får endnu større selvstændig betydning*.<sup>40</sup>

En sådant skred i anvendelsen af kapitalfriheden synes allerede at være sket. I dommene *C-589/13, Eisenstadt*, og de forenede sager i *C-10/14, C-14/14 og C-17/14, Miljoen*, blev afgørelserne truffet rent efter kapitalens frie bevægelighed. Dette selvom etableringsfriheden også kunne anvendes!

I førstnævnte, *Eisenstadt, C-589/13*, vedrørte sagen en privat østrigsk fond, som havde udbetalt støttebeløb til en modtager i henholdsvis Tyskland og Belgien. Efter de østrigske regler, blev der pålignet en mellemskat af støttebeløbet, som fonden senere kunne fradrage sin indkomst, såfremt modtagerne af disse støttebeløb beskattes heraf i den medlemsstat, hvor fonden er skattepligtig. Et sådant fradrag udelukkedes efter de østrigske regler, hvis modtageren var bosiddende i en anden medlemsstat og i denne medlemsstat henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst var fritaget for den skat, som i princippet opkræves på støttebeløb. En sådan generalpræventiv regel var i strid med artikel 63 TEUF.

---

<sup>40</sup> Se side 354 i *Sambeskatning 2013/14* af Jan Guldmand, Nikolaj Vinther og Erik Werlauff.

### 6.4.4. Sammenfatning på praksis

Hvad angår etableringsfriheden, er det et generelt princip, at der ikke må ske forskelsbehandling af faste driftssteder og datterselskaber, men særligt i forbindelse med sambeskatning og underskud gør nogle andre forhold sig gældende, for så vidt angår disses sammenlignelighed.

Der er forskel på nationale regler, som kun tillader national sambeskatning, og andre lande, som tillader international sambeskatning. Forskellen ligger i, hvornår Domstolen anser hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber og faste driftssteder for at være i en sammenlignelig situation. Efter territorialprincippet er ikke-hjemmehørende selskaber og faste driftssteder ikke omfattet af det enkelte lands beskatningskompetence, se her *Marks & Spencer, Krankenheim og Nordea*. Hvis en stat muliggør international sambeskatning, har staten ligestillet hjemmehørende og ikke-hjemmehørende datterselskaber og faste driftssteder. Dermed kan der foretages en fuld, traditionel prøvelse af, hvorvidt restriktionen er begrundet i tvingende almene hensyn og er proportionel.<sup>41</sup>

EU-Domstolens praksis viser, at der ikke skal meget til, før der foreligger en restriktion. Nationale sambeskatningsregler medfører ofte en mindre fordelagtig skattemæssig behandling af ikke-hjemmehørende selskaber mv. end af selskaber, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat. Selv relativt små ulemper anses for at udgøre en restriktion.

For de tvingende almene hensyn viser praksis, at nationale regler kan være begrundet hensynet til at bekæmpe skatteunddragelse eller –misbrug. Der gælder et generelt princip om retsmisbrug, hvorefter Domstolen ikke vil beskytte selskaber, der ved rent kunstige arrangementer eller ikke-kommercielt begrundende transaktioner, forsøger at udnytte EU-retten på en utilbørlig måde. Hensynet til skatteunddragelse kan stå alene eller indgå som et støttehensyn til de andre hensyn. Fusionsskattedirektivets artikel 15 er en henvisning til dette generelle retsmisbrugsprincip.

Fordelingen af beskatningskompetencen er et stærkt hensyn. For underskud betyder dette, at selskaberne ikke skal kunne placere et skattemæssigt underskud efter forgodtbefindende – se forudsætningsvis *Marks & Spencer, OY AA og X-holding*. Ligeledes må medlemsstaterne sikre en skattemæssig symmetri, som led i en samlet beskatningsorden. Se her *Krankenheim og Lidl Belgium*, hvor der blev stillet strenge krav til at overskuddet og underskuddet hang sammen. Domstolen bruger fordelingen af beskatningskompetencen og symmetri-hensynet uden en klar adskillelse af disse begreber, se her *Nordea-dommen*.

---

<sup>41</sup> SU 2014, 257 af *Nikolaj Vinther og Jan Guldmand Hansen*



Derudover er risikoen for at et selskab skal kunne anvende et underskud to gange et stærkt hensyn. Se her *Marks & Spencer* og *Lidl Belgium* og præciseringen heraf i *Rewe Zentralfinanz*, hvorefter denne risiko ikke opstår i alle tilfælde.

Om proportionalitetsvurderingen bemærkes, at det mest præcise udtryk for denne prøvelse må være: "svingende". Igen ses det i *Marks & Spencer*, at Domstolen nøje vurderer alternativer til det regelsæt, som det havde til bedømmelse, og fastsætter en helt ny grundsætning som tillader underskud for ikke-hjemmehørende datterselskab, når disse har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddene dets hjemstat, og der ikke er mulighed for at tage hensyn til det udenlandske datterselskabs underskud i dets hjemstat. Se ligeledes en dyb proportionalitetsprøvelse i *ICI, Deutsche Shell* og *Nordea*. Og modsat i *Lidl Belgium, OY, X-holding*.

Slutteligt må det fremhæves, at kapitalens frihed er inde i en meget betydningsfuld udvikling, og det kan ikke udelukkes, at denne frihedsrettighed i fremtiden vil blive anvendt frem for etableringsfriheden. Dermed vil den kunne få betydning for fremtidige underskud, også i tredjelande.

## 7. Analyse og sammenfatning

### 7.1. EU-domstolens proportionalitetsvurdering

Medlemsstaterne har igennem mange år følt sig magtesløse over for EU-domstolens fortolkning af etablerings- og friheden i skattemæssig henseende, hvor mange af medlemsstaternes værnsregler har måttet ændres.

Særligt i *Lidl Belgium, OY* og *X-holding* foretog Domstolen en unuanceret og overfladisk proportionalitetsvurdering. Det er indlysende, at et selskab ikke både skal have fradrag i hjemlandet for underskuddet og fremførselsret for det samme underskud i filialstatens hjemland. Men et sådant hensyn kan dog påses effektivt af skattemyndighederne.

Under *Lidl Belgium* anførte generaladvokaten i præmis 24 i sit forslag til afgørelse, at der kunne ske genbeskatning af det beløb, der tidligere er blevet fradraget, hvis driftsstedet senere viser overskud. Denne mellemform virker som en afbalanceret løsning, der naturligvis kan virke som en administrativ byrde i forhold til medlemsstaterne. En sådan løsning vil dog helt klart være proportionel. Det samme ses for eksempel i *X-holding*, hvor der blev foreslået en geninddrivelsesordning

Medlemsstaterne har alle de nødvendige redskaber til at kontrollere dette, da myndighederne har mulighed for at indhente oplysninger fra andre medlemslandes skattemyndigheder. Der er klar hjemmel hertil i Rådets direktiv 2011/16/EU af 15. februar 2011 artikel 8 og 9. Endvidere får

myndighederne fremover endnu bedre muligheder for at indhente skatteoplysninger med indførelse af BEPS-aftalen, som i øvrigt allerede er gennemført i Tyskland.<sup>42</sup>

På den måde får selskabet eller driftsstedet sit underskud, og medlemslandene kan herefter genbeskatte et eventuelt overskud fra selskabet eller driftsstedet.

Resultatet af afgørelsen i *Lidl Belgium* er, at det bliver meget mindre attraktivt at drive virksomhed gennem en filial i en anden medlemsstat. Mange selskaber, som prøver at komme ind på et marked i en anden medlemsstat, vil ofte operere med at skulle have et skattemæssigt underskud i de første par år. I en sådan situation kan værdien af en fremførselsret ikke måle sig med værdierne af en fradragsret på hovedselskabets selvangivelse.<sup>43</sup>

Der er ingen tvivl om, at der er ved at danne sig en politiske enighed i den Europæiske Union, om i højere grad forsøger at komme skattespekulation og -unddragelse til livs. Den øgede opmærksomhed omkring skattesnyd ses blandt andet ved BEPS-projektet fra OECD, FATCA-aftalen med USA om automatisk udveksling af oplysninger og EU's eget rentebeskatningsdirektiv mv.

Det kan ikke med sikkerhed fastslås, om EU-Domstolens tilbageholdenhed skyldes et stigende politisk pres fra medlemslandene. Tanken om, at sådanne overvejelser kan have spillet ind, virker ikke helt fjern. Det er denne forfatters opfattelse, at særligt i en situation, hvor medlemslandene garderer sig mod skattely, at EU-domstolen værner om retssikkerheden og bevarer en vis skepsis over for medlemslandenes skatteregler.

*Sammenfattende* udviser Domstolen en unødvendig tilbageholdenhed i deres vurdering af proportionaliteten og godkender i *Lidl Belgium* en restriktion i national lovgivning, som tilmed har en diskriminerende virkning. Domstolens synspunkt virker firkantet og unuanceret. Der findes mellemformer, og det behøver ikke at være et spørgsmål om alt eller intet. Domstolens resultat i disse sager er for vidtgående og Domstolene går for langt for at imødekomme medlemsstaterne.

### 7.2. Fortabelse af underskud i en omstrukturering

Den mest vidtgående konsekvens af en skattefri omstrukturering er, at det indskydende selskab og det modtagende selskab mister deres fremførbare underskud, og en lang række uudnyttede tab, op til fusionsdatoen, jf. fusionskattelovens § 8, stk. 6 og 8, jf. fusionskattelovens § 5.

---

<sup>42</sup> *SU.2015.282* af Lars Eriksen

<sup>43</sup> Se side 55-56 i *Selskabsskatteretten* af Erik Werlauff

### **Restriktion**

Reglen i fusionsskattelovens § 8, stk. 6 og 8 gælder for både rent nationale omstruktureringer, samt omstruktureringer mellem danske og udenlandske selskaber. Der foreligger derfor *ingen direkte eller indirekte diskriminerende effekt*, da de skattemæssige konsekvenser gælder uden hensyntagen til de af omstruktureringen omfattede selskabers nationalitet.

Derimod har fusionsskattelovens § 8, stk. 6 og 8 en restriktiv virkning.

I den situation, hvor to selskaber vil foretage en omstrukturering, på baggrund af fusionsskattelovens regler, hvad enten, der foreligger en fusion, spaltning eller aktivoverdragelse, mellem et dansk og et udenlandsk selskab, er prisen for skattefriheden, at begge selskaber mister deres skattemæssige underskud, samt tab på aktier, ejendomme og fordringer, der opstår i perioden op til fusionsdatoen, jf. fusionsskattelovens § 8, stk. 6 og 8.

Denne fortabelse af underskud og tab op til fusionen, gør det mindre attraktivt for et selskab at foretage en grænseoverskridende omstrukturering inden for EU. Dermed foreligger der en restriktion for etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 49 og 63.

### **Tvingende almene hensyn**

Det skal dog vurderes, om der foreligger tvingende almene hensyn, som kan begrunde reglen. De mest nærliggende at gribe fat i, er her skatteunddragelse eller skattesvig, hensynet til en balanceret fordeling af beskatningskompetencen, samt risiko for dobbelt fradrag.

I lovforslag nr. 22 af 6. oktober 1990, anføres det, at "*begrundelsen for, at skattemæssige underskud som hovedregel bortfalder i forbindelse med en skattefri fusion, er at undgå, at et selskab med skattemæssige overskud kan eliminere sit overskud ved fusion med et selskab med skattemæssige underskud, når transaktionen i øvrigt ikke har skattemæssige konsekvenser. Når også det modtagende selskabs eget underskud fortabes ved fusionen, skyldes det hensynet til at sikre, at underskudsselskabet ikke blot i stedet bliver valgt som det modtagende selskab.*

*Der gælder tilsvarende regler for bortfald af skattemæssige underskud ved skattefri tilførsel af aktiver og spaltning efter fusionsskatteloven. "*

Derudover ses, at forholdet til EU-retten overvejes videre i lovforslaget. I forbindelse med Direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 (fusionsskattedirektivet) blev ordlyden af successionsbestemmelserne i daværende fusionslov ændret. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget nr. 20 af 10. marts 1991, at der ikke var tilsigtet nogen ændring af reglerne fra den oprindelige lov af 1975.

Det fremhæves i lovforslag nr. 20 af 10. marts 1991, at Danmarks underskudsregler er i overensstemmelse med Direktiv 90/434/EØF artikel 6.

Daværende artikel 6 fremhæver, at når selskaber i det indskydende selskabs medlemsstat, anvender bestemmelser, der giver mulighed for, at det modtagende selskab overtager det indskydende selskabs i skattemæssig henseende endnu ikke afskrevne tab, udvider de disse bestemmelser til også at gælde for det modtagende selskabs faste driftssteder, som er beliggende på deres område, når de overtager det indskydende selskabs i skattemæssig henseende endnu ikke afskrevne tab.

Det vil sige, at der skal gives mulighed for at overføre det indskydende selskabs underskud fra tidligere år til fradrag i indkomsten hos det modtagende selskabs faste driftssteder i det indskydende selskabs medlemsstat. Artikel 6 udtrykker det almindelige diskriminationsforbud.

I lovforslag nr. 20 af 10. marts 1991 fremføres det videre, at "*... Hovedreglen i fusionsskattelovens § 8, stk. 6, er, at foreligger der ved fusion i et af selskaberne underskud fra tidligere år, kan dette underskud ikke fradrages ved det fortsættende selskabs indkomstopgørelse. Der gøres alene undtagelse herfra, når et moderselskab fusioneres med et datterselskab, som det har være sambeskattet med indtil fusionsdatoen.*"

Videre anføres det, at "*Fusionsskattelovens § 8, stk. 6, jf. fusionsdirektivets artikel 6, indebærer, at foreligger der ved spaltning og tilførsel af aktiver i et af selskaberne underskud fra tidligere år, kan dette underskud ikke fradrages ved det modtagende selskabs indkomstopgørelse.*"

Ved direktiv 2009/133/EF blev Direktiv 90/434/EØF ny-kodificeret og artikel 6 udgik herefter af direktivet. Det må dog, på trods af den ændrede formulering, antages, at daværende artikel 6 stadig må tillægges en vis vægt i den fællesskabsretlige bedømmelse af de danske regler. Særligt, når Danmark direkte henviser til bestemmelsen og derved har sat sin lid til, at artikel 6 kunne hjemle og dermed bære de danske underskudsregler igennem fællesskabsretten.

Det underliggende fusionsskattedirektiv *tvinger* således ikke medlemsstaterne til at indføre regler, om selskabers underskudsfremførsel af deres skattemæssige underskud og tab. Tillader medlemsstaterne dog en sådan ordning, er det afgørende, at denne sker uden forskelsbehandling.

Det er uacceptabelt, hvis selskaberne skulle kunne omstrukturere sig til et underskud og derigennem nedbringe den skattepligtige indkomst. I en situation, hvor det blev tilladt at anvende underskud i ét selskab i en koncern, ville koncernen kunne udpege hvilket selskab, der skulle være det modtagende selskab. Koncernen vil derfor kunne allokere underskuddet til den medlemsstat, hvor det skattemæssigt ville være mest fordelagtigt at placere det. De danske regler kunne derfor være

begrundet i en rimelig balance i medlemsstaternes fordeling af beskatningskompetencen. Se også principperne afgørelserne *OY AA*, *Foggia* og *X-Holding*.

I forlængelse af medlemsstaternes beskatningskompetence er der hensynet til at hindre skatteunddragelse og skattesvig. Det må dog formodes, at dette hensyn er varetaget i tilstrækkelig grad ved direktivets artikel 15. Hvis der bag omstruktureringen ikke foreligger gyldige forretningsmæssige årsager, er der en formodning for, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen, er skatteunddragelse, jf. fusionsskattedirektivets artikel 15. Reglen udtrykker samtidig EU-rettens almindelige retsmisbrugsprincip, jf. *Kofoed*.

Der opstår ikke nogen risiko for dobbelt fradrag, da fremførbare underskud og uudnyttede tab helt bortfalder ved anvendelsen af fusionsskattelovens regler.

Det må indtil videre anføres, at de danske regler forudsætningsvist er begrundet i hensynet til en rimelig fordeling af beskatningskompetencen og for at undgå skatteunddragelse. Slutteligt skal det vurderes om reglen overholder kravene til *proportionalitet*.

### **Proportionalitet**

Reglen i fusionsskattelovens § 8, stk. 6 og 8 er ikke en total nægtelse af underskud, da selskaberne kan omstrukturere sig skattepligtigt. Denne løsning er ikke særlig interessant, og selv for de fleste veldrevne selskaber, vil den skattepligtige omstrukturering være likviditetstung. Herved forfalder alle aktiver og passiver til beskatning i forbindelse med omstruktureringen, hvorefter det indskydende selskabs ejere eller aktionærer likvidationsbeskattes. Denne løsning stiller store likviditetsmæssige krav til de af omstruktureringen omfattede selskaber.

I henhold til Danmarks varetagelse af hensynet til skatteunddragelse, må det erindres, at det ikke er i strid med det underliggende fusionsskattedirektivs artikel 15, hvis omstruktureringen medfører en mere lempelig beskatning af selskabet. Som bestemmelsen er formuleret, må selskaberne gerne lægge vægt på, at omstruktureringen medfører en mere lempelig beskatning af selskaberne. Det afgørende er, om selskabet kan påvise, at skattemotivet ikke er hovedmotivet. Direktivet tillader, at der kommer en skatterabat "med ind af døren", når der omstruktureres.

Et selskab kan have mange grunde til at omstrukturere sig. Det kan være for at nedbringe administrative omkostninger, stordriftsfordele, rationaliseringer, godt samarbejde mellem leverandør- og produktionsselskab, opnå større og stærkere position på markedet mv.

Reglen i fusionsskatteloven § 8, stk. 6 og 8 finder anvendelse i enhver fusion, spaltning eller aktivoverdragelse, og medfører per automatik, at skattemæssige underskud eller tab fortabes. Og

dette uden, at der behøver at foreligge nogen form for skatteunddragelse. En sådan generel regel, som nægter underskud i alle situationer, er at gå langt udover for, hvad der kræves, imødegå de ovenfor nævnte tvingende almene hensyn.

Efter reglerne afskæres selskaberne fra at kunne godtgøre eller begrunde, at omstruktureringen er forretningsmæssigt begrundet. Dette er for vidtgående og det gør den skattepligtige omstrukturering til en mindre interessant løsning på visse selskabers problemer.

En mindre vidtgående ordning ville være et system, hvor der blev indført et fuldstændigt og rendyrket successionsprincip, herunder muligheden for at fremføre sine underskud eller tab. Danmark kunne indføre en ordning for alle selskaber, hvor der på forhånd skulle ansøges om godkendelse for omstruktureringen.

En sådan ordning eksisterer allerede, når der ansøges om omstrukturering med tilladelse, men den kunne med fordel kobles op på underskudsreglerne. Efter ansøgningsprocessen vil skattemyndighederne have et solidt grundlag for at vurdere de selskabs- og skattemæssige forhold. Her vil selskaberne typisk have udarbejdet en meget detaljeret fusions- eller spaltningsplan efter selskabslovens regler, have årsrapporter, ledelsesberetninger og et stort antal dokumenter, som kan underligges en prøvelse fra skattemyndighederne.

Hvis der foreligger utilstrækkeligt materiale eller myndighederne fik en mistanke om, at selskaberne havde et forkert motiv for at opnå omstrukturering, må SKAT herefter anmode om yderligere oplysninger. Hvis SKATs anmodning ikke imødekommes eller SKAT på baggrund heraf kan påvise, at der foreligger et, i henhold til selskabets overordnede driftsmæssige forhold, abnormt stort skattemæssigt underskud, eller at der indgår tomme selskaber, da kunne omstruktureringen eller underskuddet nægtes helt eller delvist.

Dette skulle ske efter en konkret og objektiv vurdering af de samlede forhold, herunder, hvor stor en del af omstruktureringen det må antages at skyldes skattemæssige motiver, samt hvor valide og realistiske de forretningsmæssige og kommercielle bevæggrunde synes at være.

Medlemslandenes økonomiske interesser er endvidere sikret, da der påhviler det eller de nye omstrukturerede selskaber en latent skattebyrde, som medlemsstaterne kan beskutte, når disse selskaber senere afhænder deres aktiver og passiver.

*Sammenfattende* udgør fusionsskattelovens § 8, stk. 6 og 8 en restriktion for selskabers mulighed for frit at etablere sig. Reglerne er imidlertid begrundet i tvingende almene hensyn, som manifesterer sig ved en rimelig fordeling af beskatningskompetencen og for at undgå skatteunddragelse. Derimod

er reglerne for vidtgående og indgribende, da de generelt og præventivt afskærer underskud, også i omstruktureringer. Dette, selvom de er begrundet i forretningsmæssige eller kommercielle årsager, og som ikke bærer præg af nogen form for misbrug. Der findes mindre indgribende ordninger, såsom en tilladelsesordning, hvor skattemyndigheder efter en konkret og objektiv vurdering kunne tildele selskabet mulighed for at omstrukturere sig skattefrit.

### 7.3. Regler om dobbelt fradrag

Landsskatteretten traf den 8. februar 2012 afgørelse om selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt.<sup>44</sup> Sagen drejede sig om et svensk selskab, der havde et fast driftssted i Danmark, som indgik i en obligatorisk national sambeskatning med danske koncernforbundne selskaber. Det faste driftssteds skattepligtige indkomst udgjorde et skattemæssigt underskud på godt 93 mio. kr., der hovedsagligt bestod af skattemæssige afskrivninger på goodwill fra en koncernintern overdragelse.

De svenske skatteregler byggede på globalindkomstprincippet, og et underskud i det danske faste driftssted ville derfor kunne bringes til fradrag i den svenske indkomst, herunder udnyttedes i den svenske sambeskatningsindkomst eller fremføres til senere brug. I den konkrete situation udgjorde den svenske skattepligtige indkomst fra det danske faste driftssted umiddelbart 0 kr., idet der efter svenske regler skete succession, således at der ikke kunne foretages skattemæssige afskrivninger på goodwillværdien. Goodwillafskrivningerne kunne ikke fratrækkes ved opgørelsen af den svenske skattepligtige indkomst, da afskrivningerne på goodwill ikke var fradragsberettigede efter svenske regler. Der forelå derfor ikke skattemæssige underskud efter de svenske regler, men efter de danske.

Landsskatteretten mente, at underskuddet fra det danske faste driftssted ikke kunne modregnes i den danske sambeskatningsindkomst, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. Der blev særligt lagt vægt på en række ministersvar til loven.

Landsskatterettens afgørelse er truffet før *C-18/11, Philips Electronics*, hvor det fremgår, at det er underordnet, om der er underskud, når indkomsten opgøres efter udenlandske regler, og om underskuddet i det pågældende indkomstår kan anvendes (når underskuddet efter udenlandske regler kan fremføres til modregning i senere års overskud). Landsskatteretten tog ikke stilling til, om bestemmelsen i selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. var EU-stridig eller ej.

Ved brev af 19. juni 2014 rettede Kommissionen åbningskrivelse mod Danmark vedrørende selskabsskattelovens § 31 stk. 2 og ligningslovens § 5G om afskæring af adgang til dobbelt fradrag

---

<sup>44</sup> Journal nr. 11-00576

for skattemæssige underskud og udgifter. Kommissionen mener, at de danske regler udgør restriktioner af den frie etableringsret, jf. artikel 49 i TEUF og artikel 31 i EØS-aftalen.<sup>45</sup>

Landsskatterettens afgørelse af 8. februar 2012 er indbragt for Østre Landsret, som ved kendelse af 4. juni 2015 besluttede at foretage en præjudiciel forelæggelse af spørgsmålet om, hvorvidt selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. strider imod EU-retten.<sup>46</sup> Mens der ventes på EU-domstoles resultat, har selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. været under kritik af den juridiske litteratur.<sup>47</sup>

### **Sammenlignelighed**

For at en forskelsbehandling skal være forenelig med EF-traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, er det en forudsætning, at den vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller at den er begrundet i tvingende almene hensyn. Sammenligneligheden af forholdene på fællesskabsplan og forholdene på nationalt plan skal vurderes under hensyn til, hvilket formål der forfølges med de nationale regler, jf. præmis 22 i *C-337/08, X-Holding*.

Kommissionen anfører i deres åbningsskrivelse af 19. juni 2014, at de situationer, som skal sammenlignes, er den skattemæssige behandling i Danmark af 1) underskud i et udenlandsk selskabs faste driftssted eller datterselskab og 2) underskud i selskaber generelt, uden hensyn til om selskabet indgår i en grænseoverskridende eller rent indenlandsk koncern.

Derimod mener Regeringen, at de situationer, der skal sammenlignes, er den skattemæssige behandling i Danmark af 1) underskud i et udenlandsk selskabs faste driftssted og 2) underskud i et udenlandsk selskabs datterselskab. Situationer, hvor der er adgang til dobbelt fradrag for underskud eller udgifter, kan ikke sammenlignes med situationer, hvor der ikke eksisterer en sådan adgang.

I henhold til ligningslovens § 5G kan denne rumme en situation med både 1) dansk hjemmehørende selskab med et fast driftssted/datterselskab i Danmark og 2) et udenlandsk selskab med fast driftssted/datterselskab i Danmark. De faste driftssteder/datterselskaber vil være sammenlignelige, da det danske territorialprincip kræver en beskatning af faste driftssteder/datterselskaber, uanset at disse er etableret af et dansk eller udenlandsk hjemmehørende selskab.

---

<sup>45</sup> Se skrivelse nr. 2014/2249, Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Skatteudvalg om besvarelse af Kommissionens åbningsskrivelse nr. 2014/2249 vedrørende afskæring af adgang til dobbelt fradrag

<sup>46</sup> Trykt i *OE2015.BS 23 OE2015.B-402-13* Præjudiciel forelæggelse

<sup>47</sup> Se *SU.2011.372* af *Thomas Rønfeldt*, *SU 2013.270* af *Kim Wind Andersen* og *SR.2015.35* af *Michael Tell*



Endvidere er de to situationer, også under hensyn til målet med en sådan beskatningsordning, objektivt sammenlignelige i deres mulighed for at overføre underskud, der er lidt i Danmark. Se også *Philips-dommens* præmis 20.

Bestemmelsen i selskabsskatteloven § 31, stk. 2, 2. pkt. omfatter de samme sammenlignelige situationer, som nævnt ovenfor, men dog kun for faste driftssteder.

Konklusionen er derfor, at ligningslovens § 5G og selskabsskatteloven § 31, stk. 2, 2. pkt. omhandler to skattemæssige situationer, som er objektivt sammenlignelige.

### **Restriktion**

Kommissionen anfører i deres åbningskrivelse, at ligningslovens § 5G og selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. kan afholde selskaber i andre medlemsstater fra at etablere sig i Danmark, og de kan afholde danske selskaber fra at udøve grænseoverskridende aktiviteter.

Det er samtidig Kommissionens opfattelse, at Danmark, der har førsteretten til at beskatte overskud i faste driftssteder eller datterselskaber, som er etableret i Danmark, ikke kan opretholde regler, der har til formål at forhindre dobbelt fradrag. Sådanne regler kan alene opretholdes af den eller de andre stater, hvori koncernen også er etableret, og som ikke har førsteretten til at beskatte overskud genereret i Danmark.

Det er Skatteministeriets opfattelse, at bestemmelsen i selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt., ikke berøres af EU-Domstolens dom, fordi Danmark samtidig har bestemmelsen i ligningslovens § 5G om dobbelt fradrag. Der sker således ikke nogen forskelsbehandling af danske og udenlandske faste driftssteder/datterselskaber.<sup>48</sup> De er ud fra Skatteministeriets synspunkt underlagt tilsvarende betingelser, da ligningslovens § 5G er en generel regel.

Det må dog vurderes om ligningslovens § 5G *selvstændigt og i sig selv udgør en restriktion i strid med EU-retten*. Da ligningslovens § 5G er en generel regel med et bredere anvendelsesområde end selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. må den retlige konsekvens heraf være, at hvis ligningslovens § 5G er i strid med EU-retten, da vil selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. automatisk også være det.

I Østre Landsrets dom af 22. november 2010<sup>49</sup> stadfæstede Østre Landsret Landsskatterettens afgørelse, hvorefter ligningslovens § 5G var i overensstemmelse med EU-retten. Afgørelsen er, så

---

<sup>48</sup> Se afsnit C.D.3.1.4. i Den Juridiske Vejledning 2015-2.

<sup>49</sup> Trykt i *SKM2011.486.ØLR* og *TfS 2011, 687*

vidt ses, den eneste afgørelse, der indgående behandler ligningslovens § 5G's overensstemmelse med fællesskabsretten.

Sagen drejede sig om H1 A/S, som var moderselskab for en række datterselskaber i såvel ind- som udland. I 2000-2001 var det danske moderselskab, H1 A/S, under dansk sambeskatning med datterselskabet H1 Deutschland AG. Den tyske del af koncernen var tillige under lokal sambeskatning i Tyskland i begge indkomstår. Den kommunale erhvervsskat er af varierende størrelse afhængig af, i hvilken kommune det enkelte selskab er beliggende, og er fradragsberettiget ved opgørelsen af den indkomst, der danner grundlag for almindelig selskabsbeskatning.

For indkomståret 2000 har H1 A/S selvangivet en sambeskatningsindkomst, hvori der indgik underskud fra H1 Deutschland AG med 23.841.217 kr. og i 2001 på 30.492.000 kr. SKAT havde forhøjet den skattepligtige indkomst med de pågældende underskud under hensyn til ligningslovens § 5G og SKM2001.632LSR, da underskuddene i givet fald ville blive fratrukket både i den danske sambeskatningsindkomst og i den tyske sambeskatningsindkomst.

Klageren procederede hovedsageligt på, at ligningslovens § 5G var i strid med etableringsfriheden. Det er i den forbindelse væsentligt at være opmærksom på Østre Landsrets dom af 22/11 2010 og dennes præmisser, hvorefter "*Landsretten lægger til grund - hvilket Skatteministeriet heller ikke har bestridt i deres procedure for landsretten - at bestemmelsen i ligningslovens § 5 G, stk. 1, udgør en restriktion for etableringsfriheden (...) for så vidt at bestemmelsen indebærer en skattemæssig forskelsbehandling af underskud pådraget af et dansk datterselskab og underskud pådraget af et udenlandsk datterselskab*"

Landsretten mente, at de danske regler var begrundet i tvingende almene hensyn med henvisning til *Marks & Spencer* og *OY AA*. Afgørelsen er afsagt før afsigelsen af dommen i *Philips Electronics*. Dog udgør bestemmelsen, alene på baggrund af Landsrettens dom, en restriktion.

Det er således klart, at ligningslovens § 5G og selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. udgør en restriktion for etableringsfriheden i artikel 49 TEUF.

### **Tvingende almene hensyn**

Under sagen i *Philips Electronics* afgav Danmark indlæg. Danmarks indlæg er det tætteste vi kommer på de argumenter, Danmark vil påberåbe sig i forbindelse med en traktatbrudssag. Den danske regering afgav indlæg i EU-Domstolens sag *Philips Electronics* med følgende begrundelse:

*"Regeringen afgiver indlæg i sagen, fordi de danske regler om sambeskatning af koncernforbundne selskaber, herunder reglerne om modregning af underskud, der er lidt i et fast driftssted, er beslægtede med de britiske regler. De danske regler om modregning af et fast driftssteds underskud i andre selskabers indkomst fremgår af selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt.*

*Sagen har principiel betydning for Danmark, fordi sagens afgørelse kan få betydning for, om de danske regler om afskæring af underskudsfremførelse i tilfælde, hvor et underskud samtidig kan medregnes ved indkomstopgørelsen i anden stat kan opretholdes." <sup>50</sup>*

Danmark anfører her, at såfremt EU-domstolen når frem til, at der forelå en restriktion, var disse begrundet i tvingende almene hensyn, som var egnede til at sikre virkeliggørelsen af disse hensyn, og ikke gik videre, end hvad der var nødvendigt.

Den danske regering henviste til, at EU-Domstolen i en række sager havde anerkendt, at medlemsstaterne skal kunne hindre en risiko for dobbeltfradrag for underskud. Dette fulgte blandt andet af *Marks & Spencer, Lidl Belgium* og *X-Holding*. Derudover er fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion i de grundlæggende frihedsrettigheder. Dette var blandt andet fastslået i *Marks & Spencer, Lidl Belgium* og *X-Holding*.

Slutteligt mente den danske regering, at reglerne ikke generelt udelukkede muligheden for at anvende et underskud i et fast driftssted. Underskuddet kunne dels fremføres til modregning i andre koncern- eller konsortiumselskaber.

*Ligningslovens § 5G* indebærer, at der ved den danske indkomstopgørelse ikke kan opnås fradrag for udgifter, som efter udenlandske regler kan fradrages, enten i indkomst oppebåret af skatteyderen selv eller af selskaber, der er koncernforbundne med skatteyderen hvis denne indkomst ikke indgår i den danske skatteberegning. Bestemmelsen skal modvirke fradrag to gange for samme udgift (i Danmark og i udlandet), mens den modsvarende indtægt kun beskattes i udlandet.

Af bestemmelsens forarbejder fremgår det, at bestemmelsen skal *"videreføre den linie (...), hvorefter skatteydere med grænseoverskridende transaktioner ikke efter forgodtbefindende skal kunne opnå vilkårlige skattefordele, som andre skatteydere ikke kan opnå. F.eks. foreslås regler for at imødegå*

---

<sup>50</sup> Notat af 20/4 2011 fra Udenrigsministeriet til Folketingets Europaudvalg

*“gratis” ekstrafradrag ved, at der for den samme udgift opnås fradrag såvel her i landet som i udlandet, mens de modsvarende indtægter alene beskattes i udlandet”.*<sup>51</sup>

Reglen omfatter de situationer, hvor der ikke foreligger en lokal udenlandsk sambeskatning, men hvor der i stedet optræder udenlandske skatteregler, der har en lignende virkning. I visse lande er reglerne om sambeskatning mellem koncernforbundne selskaber udformet på en anden måde end i Danmark. Reglerne får, ifølge Skatteministeriet, samme virkning som traditionel sambeskatning. Eksempler herpå er det tyske skattegodtgørelsessystem eller de svenske regler om koncernbidrag.<sup>52</sup>

Det fremgår af forarbejderne og historien bag ligningslovens § 5G, at reglerne skal modvirke et misbrug af sambeskatningsreglerne.

I *Philips Electronics*, mente Domstolen, at de tab, som det faste driftssted i Storbritannien havde overført til Philips Electronics UK var et i Storbritannien hjemmehørende selskab, og dermed knyttet til Storbritanniens beskatningskompetence. Denne beskatningskompetence kunne ikke berøres af det forhold, at de overførte tab i påkommende fald kunne medtages i Holland, se præmis 31.

Det er en lignende betragtning om fordelingen af beskatningskompetencen, som Kommissionen fremfører i dets åbningsskrivelse om “førsteretten” til at beskatte de af sambeskatning omfattede selskaber. Det er ikke helt klart, hvad Kommissionen mener med førstebeskatningsretten. Det kunne være en henvisning til OECD’s modelkonvention, hvorefter kildelandet har beskatningsretten til faste driftsteder. Ud fra en sådan betragtning vil den danske regel være unødvendig og være i strid med EU-retten. Derfor kan reglen ikke opretholdes på baggrund af en rimelig fordeling af beskatningskompetencen.

Der er derfor heller ingen risiko for dobbelt anvendelse af tab, eftersom de danske regler ikke vil blive berørt af en overførsel til en anden medlemsstat. Se i det hele præmis 33 i *Philips Electronics*. På baggrund heraf, og særligt præmisserne i *Philips Electronics*, må det være tydeligt, at de danske regler end ikke kan begrundes i tvingende almene hensyn.

Allerede fordi de danske regler ikke kan begrundes i tvingende almene hensyn, behøves der ikke at vurderes proportionalitet. Dog kan det tilføjes, at de danske regler virker generelt præventive.

---

<sup>51</sup> Se afsnit C.D.3.1.4. i Den Juridiske Vejledning 2015-2.

<sup>52</sup> Se afsnit C.D.2.3.3.1. i Den Juridiske Vejledning 2015-2.

Derudover har Danmark de nødvendige regler og oplysninger for at administrere en mindre indgribende ordning, se *ICI* og *Philips Electronics*.

*Sammenfattende* er et dansk selskab med et hjemmehørende fast driftssted i Danmark, og et udenlandsk selskab med fast driftssted i Danmark, objektivt sammenlignelige, for så vidt det drejer sig om muligheden for til et andet af denne koncerns selskaber at overføre tab lidt i Danmark.

Selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. udgør herefter en restriktion for etableringsfriheden allerede fordi ligningslovens § 5G har en restriktiv virkning. Ligningslovens § 5G pålægger et dansk fast driftssted/datterselskab i en national sambeskatning, at den kun kan modregne underskud i andre sambeskattede selskabers indkomst, såfremt underskuddet ikke samtidig kan fradrages i det udenlandske selskab. Dermed sker der en forskelsbehandling mellem danske og udenlandske selskabers faste driftssteder. De danske regler kan ikke begrundes i tvingende almene hensyn, da Danmark har førstebeskatningsretten til de faste driftssteder og datterselskaberne på det danske territorie, og reglen har et generalpræventivt sigte.

### 7.4. Fuld genbeskatning

EU-Domstolen har i *Nordea* fastslået, at den tidligere regel i ligningslovens § 33 D, stk. 5, om genbeskatning af tidligere fratrukne underskud i et fast driftssted, beliggende i et EU- eller EØS-land ved koncernintern overdragelse af det faste driftssted, var i strid med den frie etableringsret. Reglen medførte, at der skete genbeskatning af alle tidligere fratrukne underskud, der ikke var modsvaret af efterfølgende overskud i det faste driftssted.

Denne genbeskatning gik ud over, hvad der var nødvendigt, for at forebygge skatteunddragelse og sikre en afbalanceret fordeling af beskatningsretten. EU-Domstolen vurderede, at det var tilstrækkeligt at beskatte de overskud, som var opnået i det faste driftssted inden afhændelsen, herunder overskuddene hidrørende fra gevinster opnået i forbindelse med afhændelsen.

Reglen blev ophævet under sambeskatningsreformen i 2005. Principperne i reglen blev dog videreført i en overgangsregel, der fortsat finder anvendelse på underskud i faste driftssteder fra før 2005, som endnu ikke er modsvaret af overskud i det faste driftssted (skyggesambeskatning). Afgørelsen har derfor også betydning for disse regler.

SKAT har den 10. juli 2015 udsendt styresignal SKM2015.505.SKAT, om genoptagelse af genbeskatning af udenlandske filialer efter den dagældende ligningslovens § 33 D, stk. 5, og

genbeskatning efter skyggesambeskatningsreglerne i § 15, stk. 9, i lov nr. 426 af 6. juni 2005 under henvisning til den tidligere ligningslovs § 33 D, stk. 5.

Det fremgår af styresignalet, at SKAT fortolker *Nordea* således, at det kun er reglerne om *fuld genbeskatning af faste driftssteder*, der er i strid med EU-retten. I styresignalets pkt. 4 er det fastslået, at det følger det af *Nordea*, at der alene må ske genbeskatning af underskud svarende til værdien af filialerne på tidspunktet for afståelsen til de koncernforbundne selskaber. Formuleringen er en henvisning til de almindelige regler om ordinær genbeskatning, hvorefter selskabet højst kan genbeskattes af et beløb svarende til den fortjeneste, som det faste driftssted ville have opnået ved ophør af virksomheden og salg til handelsværdi af aktiver og passiver.

Der kan efter styresignalet ske ordinær og ekstraordinær genoptagelse, jf. skatteforvaltningslovens §§ 26 og 27 helt tilbage til 2003, jf. også skatteforvaltningslovens § 34a, stk. 4. Styresignalet er blevet fulgt op af Skatteministeriets udkast til lovforslag af 5. oktober 2015<sup>53</sup>, hvor hovedelementerne i styresignalet i det væsentligste ønskes indarbejdet i loven.

Spørgsmålet er, om SKATs styresignal indebærer en alt for restriktiv fortolkning af EU-domstolens dom i *Nordea*. SKAT har med styresignalet anlagt en bemærkelsesværdig snæver fortolkning af *Nordea*, idet der kun kan ske genoptagelse af sager afgjort efter dagældende ligningslovs § 33 D, stk. 5 og overgangsreglen i § 15, stk. 9 i lov nr. 426 af 6. juni 2005 (skyggesambeskatning).

SKAT opfatter derimod ikke *Nordea* som udtryk for EU-domstolens generelle holdning til fuld genbeskatning, herunder EU-rettens til regler om fuld genbeskatning efter selskabsskatteloven § 31 A, stk. 11, eller reglerne om fuld genbeskatning af udenlandske datterselskaber efter dagældende ligningslovs § 33E, som med sambeskatningsreformen 2005 blev videreført i § 15, stk. 8 i lov nr. 426 af 6. juni 2005.<sup>54</sup>

Den af SKAT anlagte holdning kan ikke tiltrædes. *Nordea* skal fortolkes videre end de i sagen pådømte bestemmelser. Derfor bør styresignalet, og det af Skatteministeriet udarbejdede lovudkast, naturligvis også indeholde en revidering af disse regler.

*Sammenfattende* må der anlægges den betragtning, at SKAT har fortolket *Nordea* alt for snævert. EU-domstolen har anlagt en generel holdning til fuld genbeskatning, og derfor burde

---

<sup>53</sup> Journal nr. 15-1386553

<sup>54</sup> Se også *SpO2010.210* af Jan Guldmand, Nikolaj Vinther og Erik Werlauff, samt *SR.2015.113* af Anders Nørgaard Laursen.

skattemyndighederne overveje, om der er grundlag for at ændre reglerne i selskabsskattelovens § 31A, stk. 11, som hovedsageligt er en videreførelse af de gamle regler.

Ligeledes burde SKAT have overvejet, om ikke også dagældende ligningslovs § 33E (videreført i skyggesambeskatningen) om fuld genbeskatning af udenlandske datterselskaber skulle kunne genoptages på baggrund af *Nordea*.

### 8. Sammenfatning

Det viser sig, at Danmark har et meget effektivt og detaljeret system af regler for anvendelse af juridiske personers skattemæssige underskud. Der er nogle generelle regler om underskud, og særlige regler herom i en dansk eller international sambeskatning eller i en omstrukturering.

På fællesskabsplan er der relativt få reguleringer af juridiske personers skattemæssige underskud. Kun én retsakt, fusionsskattedirektivet, kan få betydning for skattemæssige underskud, og det kun indirekte. Herudover ligger der en række forslag til direktiver, som muligvis vil komme frem en dag og for alvor sætte gang i realiseringen af et indre marked.

EU-domstolen har med deres fortolkning af etablerings- og kapitalfriheden i Traktaten sat nogle overordnede rammer for, hvilke krav der stilles til medlemslandenes regler om direkte beskatning, herunder skattemæssige underskud og tab.

EU-Domstolens ovennævnte praksis viser, at der ikke skal meget til, før der foreligger en restriktion. Nationale sambeskatningsregler medfører ofte en mindre fordelagtig skattemæssig behandling af ikke-hjemmehørende selskaber mv. end af selskaber, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat. Selv relativt små ulemper anses for at udgøre en restriktion.

Medlemsstaterne kan dog opretholde deres regler, hvis disse er begrundet i tvingende almene hensyn. Disse er hensynet til at bekæmpe skatteunddragelse, en afbalanceret fordeling af medlemsstaternes beskatningskompetence eller en symmetri i skattesystemet og hensynet til at modvirke dobbeltfradrag.

Medlemsstaterne må, uanset om der foreligger tvingende almene hensyn, ikke fastsætte nationale skatteregler, som går udover, hvad disses formål kan bære.

Det ses dog, at Domstolen ikke altid prøver proportionaliteten helt i bund, hvilket ellers kunne være ønskeligt. Domstolen antager ofte en "alt eller intet løsning", i stedet for at gå dybere ned i reglerne og vælge mindre indgribende og mere afbalancerede mellemformer.

Det er forfatterens opfattelse, at fusionsskattelovens regler, hvor både det indskydende og modtagende selskabs fortabelse af skattemæssige underskud og tab, ved en omstrukturering er i strid med EU-retten. Reglerne er begrundet i hensynet til en rimelig fordeling af beskatningskompetencen og skatteunddragelse. Danmark har alle redskaber og informationer til at indføre mindre indgribende regler, som kunne bygge videre på allerede eksisterende regler om tilladelser til at opnå en omstrukturering.

Ligeledes vurderes, de danske sambeskatningsregler i ligningslovens § 5G og selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 2. pkt. at udgøre en restriktion. Ligningsloven § 5G udgør i sig selv en restriktion for etableringsfriheden. Bestemmelsen medfører en forskellig skattemæssig behandling af underskud pådraget af et dansk datterselskab eller fast driftssted, og underskud pådraget af et udenlandsk datterselskab eller fast driftssted. Bestemmelsen har en restriktiv virkning, da det udenlandske datterselskab eller faste driftssted er henvist til at anvende underskuddet i udlandet før, at det kan bringes til modregning i den danske sambeskatningsindkomst.

Særligt på baggrund af *Philips Electronics* er det tydeligt, at de danske regler ikke kan begrundes med tvingende almene hensyn, da Danmark har førstebeskatningsretten til at beskatte den indkomst, som modsvarer underskuddene. Derfor er reglen unødvendig og har et alt for generalpræventivt sigte for at hindre misbrug af underskud.

Slutteligt må det anføres, at Skatteministeriet har draget en for mild konsekvens af resultatet i *Nordea* vedrørende de danske regler om fuld genbeskatning. EU-domstolen har udtalt en generel holdning til genbeskatning, og skatteministeriet burde derfor i SKM2015.505.SKAT og lovudkast af 5. oktober 2015, ikke blot have genoptaget og ændret de regler, som dommen tog konkret stilling til. Dommen skal fortolkes bredere og bør tillige rumme dagældende ligningslovs § 33E om genbeskatning af udenlandske datterselskaber, ligesom en revision selskabsskattelovens § 31A, stk. 11 ville være nærliggende.

### 9. Perspektivering

Der blev gjort nogle korte bemærkninger om ligningslovens § 3 og dennes potentielle betydning for fusionsskattedirektivets artikel 15. Med misbrugsklausulen indføres samtidig, et ønske om at definere og afgrænse en generel standard for, hvornår der foreligger misbrug af internationale skatteregler. Derfor kunne det være relevant at overveje, hvordan disse to bestemmelser vil udvikle sig, og eventuelt spille sammen, i den retlige bedømmelse af misbrug fremover.



Specialet har endvidere haft sit fokus på etableringsfriheden, og hvordan EU-domstolens tolkning heraf, påvirker danske underskudsregler. Kapitalfriheden har, helt bevidst, været underlagt en overfladisk gennemgang og analyse. Der rejser sig dog nogle interessant problemstillinger i henhold til, om EU-domstolens praksis om etableringsfriheden kan overføres til kapitalfriheden. Dette kunne få særligt vidtgående konsekvenser, da kapitalfriheden har virkning over for tredjelande.

## 10. Litteratur

### Bøger:

- *EU-retten, 5. udgave, 1. oplag, 2010* Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- *Europæisk Skatteret I, 1. udgave, 1. oplag, 2013* af Thomas Rønfeldt, Karnov Group
- *Selskabsskatteret 2015/2016, 17. udgave, 1. oplag, 2015* af Erik Werlauff, Karnov Group
- *Sambeskatning 2013/2014, 1. udgave, 1. oplag, 2013*, Karnov Group
- *Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave, 1. oplag, 2010* af Thomas Rønfeldt, Jurist- og Økonomforbundets forlag

### Artikler

- *SPO2008.353* af Søren Friis Hansen.
- *SpO.2010.210* af Nikolaj Vinther, Jan Guldmand Hansen og Erik Werlauff
- *SU2010.177* af Thomas Rønfeldt
- *Revision & Regnskabsvæsen, s. 40 nr. 7, 2011*, Af Peter Koerver Schmidt og Jakob Bundgaard
- *SU.2011.372* af Thomas Rønfeldt
- *SU 2013.270* af Kim Wind Andersen
- *SU 2014, 257* af Nikolaj Vinther og Jan Guldmand Hansen
- *SR.2015.35* af Michael Tell
- *SR.2015.113* af Anders Nørgaard Laursen
- *SU.2015.282* af Lars Eriksen

### EU-retlige afgørelser

- *C-6/64, Costa del Enel*
- *C-163, 165 og 250/94 Sanz de Lera,*
- *C-237/94 O'Flynn*
- *C-157/05 Holböck*
- *C-315/02 Annelise Lenz*
- *C-319/02 Mannien og*
- *C-101/05 A*
- *C-222/97 Trummer & Meyer*
- *C-28/95 Leur Bloem*
- *C-321/05 Kofoed*
- *C-126/10 Foggia*
- *C-264/96 ICI*

## EU-Skatteret

- *C-446/03 Marks & Spencer*
- *C-347/04 Rewe Zentralfinanz*
- *C-231/05 OY AA*
- *C-337/08 X-holding*
- *C-293/06 Deutsche Shell*
- *C-414/06 Lidl-belgium*
- *C-157/07 Krankenhaus*
- *C-18/11 Philips Electronics UK*
- *C-48/13 Nordea*
- *C-35/98 Verkooijen mod Staatssecretaris von Financiën,*
- *C436/00, X og Y mod Riksskatteverket*
- *C-112/05 Volkswagen*
- *C-589/13 Eisenstadt*
- Forenede sager *C-10/14, C-14/14 og C-17/14 Miljoen*

### Cirkulærer

- *TSSCIR 2004-42.*
- *Cirkulære 1997-05-29 nr. 82.*
- *Cirkulære 1966-12-19 nr. 233*
- *SKM2015.505.SKAT*

### Danske afgørelser

- *SKM2013.797.SR*
- *TfS 2000.483*
- *TfS 2000.580*
- *OE2015.B-402-13, kendelse af 4. juni 2015*
- *SKM2011.486.ØLR*
- *SKM2001.632LSR*
- *SKM2013.797.SR*

### Andre

- *Kommissionens pressemeddelelse af 8. oktober 2015. Trykt i SU.2015.298.*
- *Skrivelse nr. 2014/2249, Notat til Folketingets Europaudvalg og Folketingets Skatteudvalg.*
- *Notat af 20/4 2011 fra Udenrigsministeriet til Folketingets Europaudvalg.*