

# Analyse af sammenlignelige situationer og neutralitetsprincippet i forhold til grænseoverskridende koncerners overførsel af underskud og tab indenfor Den Europæiske Union

Udarbejdet af: Marie-Louise Mikkelsen

Vejleder: Thomas Rønfeldt

## **Titelblad**

Projekttitle: Analyse af sammenlignelige situationer og neutralitetsprincippet i forhold til grænseoverskridende koncerners overførsel af underskud og tab indenfor Den Europæiske Union

English title: Analysis of comparable situations and the principle of neutrality with respect to cross-boarder groups transfer of deficit and losses within The European Union

Projekttype: Specialeafhandling

Fag: EU-skatte

Udarbejdet af: Marie-Louise Mikkelsen

Studienummer: 2011-4226

Underskrift: \_\_\_\_\_

Antal sider: 72

Antal anslag (sider): 143.482 (59,8 sider)

## **English abstract**

The purpose of this thesis is to determine how the European Court of Justice (ECJ) interprets the prohibition of discriminating and restricting legislation in regards to the right of establishment in Articles 49 and 54 TFEU.

The member states are hereby bound to comply with the right of establishment when creating the national tax legislations. Whether or not the tax legislation is in breach of Articles 49 and 54 TFEU is determined by the two situations comparability and the principle of neutrality. These two concepts are frequently being used by the ECJ, and are seen as a tool used in order to find out if national tax legislation is unconstitutional with respect to TFEU.

Throughout this thesis an analysis of case law will be deducted in order to better understand the prohibition of discrimination and restrictions with respect to the two concept, in the end this will lead to a description of which obligations the member states have in insuring the right of establishment within the European Union.

The cases used to determine the width of the comparability test and the principle of neutrality will be divided into two categories, both categories deal with company losses. The first loss is deficit; this will be defined as a loss suffered in a non-resident subsidiary or permanent establishment that the resident parent wishes to transfer and relief in its profits. The second loss is suffered on investment; this will be defined as a loss suffered directly in the resident company because of a fall in value on an investment in a non-resident subsidiary or permanent establishment.

In the analysis it can be seen that in most recent case law the ECJ has been keen to make a comparability test in order to determine whether or not the restrictive national legislation is prohibited, but the ECJ has yet to make a set interpretation of the assessment criteria used to state two situations comparability.

It can be derived by the analysis that the test done in cases revolving around resident parents access to deficit relief is different with respect to the non-resident establishment. If the deficit is suffered in a non-resident subsidiary the comparability with a pure resident situation relies on the purpose of the legislation, which is often interpreted as the companies intention behind using the tax advantage given by the legislation. If the deficit on the other hand is suffered in a non-resident permanent establishment the comparability test relies

on whether or not the resident is allowed to take the profits from a non-resident permanent establishment into account.

The Advocates General, secondary literature and the analysis in this thesis all supports that the comparability test done isn't objective, and that the ECJ's interpretation will lead to the situations always being comparable. This places a question to whether or not the comparability test is just a bright idea that allows the ECJ to use other unwritten accounts than the ones listed in TFEU, when member states are using discriminating legislation.

The tendency when the loss is suffered on an investment abroad is that the situation for a resident company with non-resident investment will almost always be comparable with the situation for a resident parent with resident investments, because the loss is suffered directly by the parent, and therefor no transfer occurs between two member states.

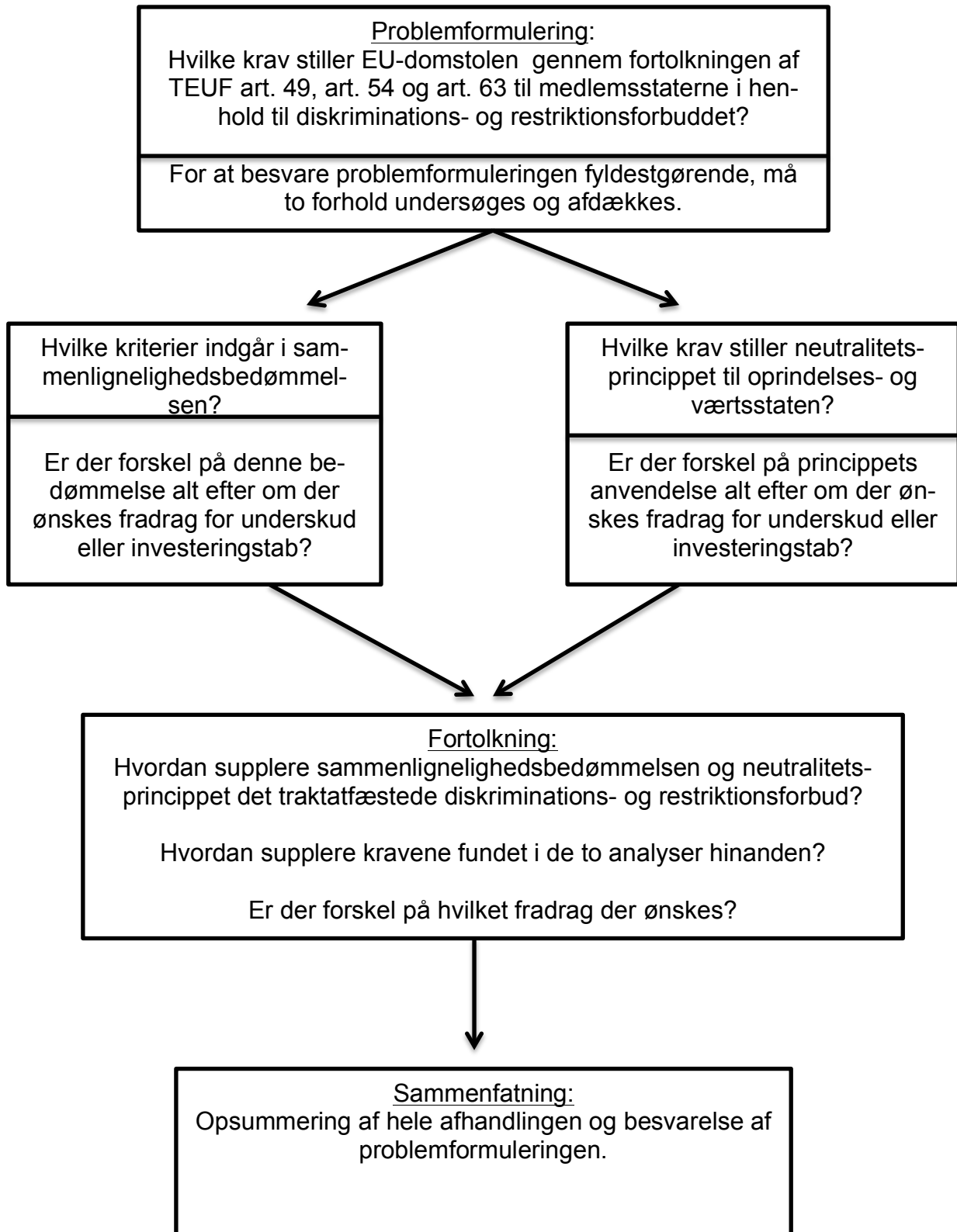
In the analysis of the case law it can furthermore be derived that the principle of neutrality is concerned mostly with the equal treatment of subsidiaries and permanent establishments in the host state. The analysis shows that the ECJ expects the host state to interpret it's national legislation in coherence with the principle of territory, so a permanent establishment is treated as an independent legal entity. Since the obligations are put on the host state the principle of neutrality is mostly relevant for deficit losses, and insures that the host state's legislation on loss relief in subsidiaries also applies for permanent establishments.

The analysis states that the resident state is obligated to treat resident parents with non-resident establishments and resident parents with resident establishments equally, and a different treatment can hereafter only be permitted if it can be justified in legitimate concerns.

The analysis furthermore states that the host state is obligated to treat subsidiaries and permanent establishments equally, this secure the free choice of establishment form for companies within the European Union.

It is also derived that a restrictive legislation revolving investment losses more often isn't allowed, whereas the ECJ accepts that the member states have a more restrictive legislation revolving the transfer of deficit.

## Afhandlingens komposition



# Indholdsfortegnelse

<b>1.0 INDLEDNING .....</b>	<b>8</b>
1.1 AFHANDLINGENS FOKUS OG RELEVANS.....	8
1.1.1 <i>Kravet om sammenlignelighed – Første del af analysen.....</i>	9
1.1.2 <i>Lige behandling af etableringsformer – Anden del af analysen .....</i>	9
1.1.3 <i>Afhandlingens problemformulering.....</i>	10
<b>2.0 METODE, AFGRÆNSNING OG CENTRALE BEGREBER.....</b>	<b>11</b>
2.1 JURIDISK METODE.....	11
2.2 KOMPOSITION .....	12
2.3 AFGRÆNSNING.....	13
2.4 DEFINITIONER.....	13
2.4.1 <i>Oprindelsesstaten .....</i>	13
2.4.2 <i>Værtsstaten .....</i>	13
2.4.3 <i>Hjemmehørende kontra ikke-hjemmehørende .....</i>	13
2.4.4 <i>Selskab.....</i>	14
2.4.5 <i>Fast driftssted .....</i>	14
2.4.6 <i>Underskud.....</i>	14
2.4.7 <i>Investeringsstab.....</i>	15
<b>ANALYSE .....</b>	<b>16</b>
<b>3.0 FØRSTE DEL: SAMMENLIGNE SITUATIONER .....</b>	<b>16</b>
3.1 UNDESKUD .....	16
3.1.1 <i>Formålsfortolkning.....</i>	18
3.1.2 <i>Sammenlignelig på grund af lov.....</i>	22
3.1.3 <i>Opsummering.....</i>	25
3.2 INVESTERINGSTAB .....	29
3.2.1 <i>Etableringsfriheden kontra kapitalens frie bevægelighed.....</i>	29
3.2.2 <i>Formålsfortolkning.....</i>	31
3.2.3 <i>Manglende sammenligningsgrundlag.....</i>	32
3.2.4 <i>Opsummering.....</i>	33
3.3 BESVARELSE AF FØRSTE PROBLEMSTILLING .....	35
3.3.1 <i>Hvilke kriterier indgår i sammenlignelighedsbedømmelsen? .....</i>	35

3.3.2 Er der forskel på denne bedømmelse alt efter om der ønskes fradrag for underskud eller investeringstab?.....	36
<b>4.0 ANDEL DEL: NEUTRALITETSPRINCIPPET .....</b>	<b>37</b>
4.1 UNDERSKUD .....	38
4.1.1 Fradrag for underskud lidt af et datterselskab.....	38
4.1.2 Fradrag for underskud lidt af et fast driftssted .....	41
4.1.3 Opsummering.....	45
4.2 INVESTERINGSTAB .....	47
4.2.1 Fradrag for investeringstab i selskaber .....	47
4.2.2 Fradrag for investeringstab i faste driftssteder.....	49
4.2.3 Opsummering.....	51
4.3 BESVARELSE AF ANDEN PROBLEMSTILLING .....	51
4.3.1 Hvilke krav stiller neutralitetsprincippet til oprindelses- og værtsstaten? .....	51
4.3.2 Er der forskel på princippet anvendelse alt efter om der ønskes fradrag for underskud eller investeringstab?.....	52
<b>5.0 FORTOLKNING .....</b>	<b>54</b>
5.1 DET TRAKTATFÆSTEDE DISKRIMINATIONS- OG RESTRIKTIONSFORBUD .....	54
5.2 INDFØRSLLEN AF SAMMENLIGNELIGHED .....	56
5.2.1 Oprindelsesstatens ret og pligt.....	56
5.3 INDFØRSLLEN AF NEUTRALITETSPRINCIPPET .....	60
5.3.1 Oprindelsesstatens ret og pligt.....	60
5.3.2 Værtsstatens ret og pligt.....	62
5.4 SAMSPILLET MELLEM SAMMENLIGNELIGE SITUATIONER OG NEUTRALITETSPRINCIPPET.....	63
<b>6.0 SAMMENFATNING.....</b>	<b>67</b>
<b>7.0 LITTERATURLISTE .....</b>	<b>70</b>
7.1 BØGER.....	70
7.2 ARTIKLER.....	71
7.3 AFGØRELSER .....	72
7.4 FORSLAG TIL AFGØRELSE .....	72

## 1.0 Indledning

Denne afhandling tager sit afsæt i diskriminations- og restriktionsforbuddet, som er et vigtigt element i fortolkningen af de traktatsikrede frihedsrettigheder. Forbuddet finder imidlertid anvendelse på et stort uspecificeret område, men bliver her afgrænset til kun at omhandle grænseoverskridende koncerners ret til fradrag for underskud og tab på investeringer. Nærværende fremstilling tager fat på to problemstillinger, som afdækker både diskriminations- og restriktionsforbuddet i forbindelse med de to typer fradrag.

### 1.1 Afhandlingens fokus og relevans

Grundet de senere års internationalisering er mange selskaber begyndt at se mulighederne i grænseoverskridende konstruktioner, hvorimod medlemsstaterne ser det som en ulempe, idet dette resulterer i et mindre skattegrundlag. Mange medlemsstater har af denne grund forsøgt sig med en restriktiv skattelovgivning, såkaldte værnsregler, som gør det mindre attraktivt for selskaberne at investere og etablere sig i en anden medlemsstat.<sup>1</sup>

Særlig indenfor EU har disse modsatrettede synpunkter været genstand for mange sager ved EU-domstolen, da disse skatteværnsregler bryder med koncernernes ret til frit at investere og etablere sig på tværs af grænserne indenfor EU jf. Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (senere benævnt TEUF) art. 63 (kapital), art. 49 og art. 54 (etablering).

I EU-retspraksis bliver diskriminationsforbuddet fortolket bredt, og er gennem tiden blevet udbygget, således at der også gælder et restriktionsforbud indenfor området for de direkte skatter.<sup>2</sup> Dette har den betydning, at såfremt en restriktiv lovgivning skal være forenelig med de traktatsikrede grundlæggende friheder, så skal den kunne begrundes i alment tvingende hensyn og være proportionel i forhold til målet der forfølges.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Thomas Rønfeldt: Skatteværn og EU-frihed, 2010, s. 19.

<sup>2</sup> Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2015/16, 2015, s. 54.

<sup>3</sup> F.eks. sammenhængen i skattesystemet, dobbelt dip og rent kunstige arrangementer, se b.la. Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, Maria Hiling i INTERTAX 2013, nr. 5, s. 294, Martin Poulsen i INTERTAX 2012, nr. 3, s. 200, Thomas Rønfeldt: Europæisk Skatteret I, 2013.



### 1.1.1 Kravet om sammenlignelighed – Første del af analysen

Når en sag kommer for EU-domstolen er det almindelig procedure, at det først bliver vurderet om lovgivningen er restriktiv, førend der foretages en evaluering af de legitime hensyn, som ligger til grund for restriktionen. Medlemsstaternes skattelovgivning bliver umiddelbart kun anset som værende EU-stridig, såfremt den beskatter to forskellige situationer ens eller to sammenlignelige situationer forskellige.<sup>4</sup> Hvis der er tale om en sammenlignelig situation mellem en hjemmehørende og en grænseoverskridende koncern, så nyder denne en EU-retlig beskyttelse.<sup>5</sup> Hvis EU-domstolen derimod vurderer, at der ikke foreligger en sammenlignelig situation, så vil der imidlertid ikke være tale om et EU-retligt problem.<sup>6</sup>

EU-domstolen har tidligere udtalt, at hovedreglen er, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende ikke befinder sig i sammenlignelige situationer.<sup>7</sup> Desuagtet hovedreglen bliver der ofte afsagt afgørelser indenfor området for tabsfradrag, hvor det konstateres at situationen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende er sammenlignelig. Første del af analysen omhandler denne undtagelse til hovedreglen, og vil prøve at besvare følgende spørgsmål:

*Hvilke kriterier indgår i sammenlignelighedsbedømmelsen? Er der forskel på denne bedømmelse alt efter om der ønskes fradrag for underskud eller investeringstab?*

### 1.1.2 Lige behandling af etableringsformer – Anden del af analysen

Udover at EU-domstolen gennem retspraksis har krævet, at hjemmehørende og grænseoverskridende koncerner som befinder sig i en objektiv sammenlignelig situation, skal behandles lige, så har EU-domstolen også lige siden første skatteretlige afgørelse krævet neutralitet ved valg af etableringsform.<sup>89</sup>

---

<sup>4</sup> Thomas Rønfeldt: Skatteværn og EU-frihed, 2010, s. 173.

<sup>5</sup> Marjaana Helminen i INTERTAX 2005, nr. 12, s. 595.

<sup>6</sup> Thomas Rønfeldt: Europæisk Skatteret I, 2013, s. 150.

<sup>7</sup> Philip Martin i EC Tax Review 2005/2, s. 61.

<sup>8</sup> Sag C-270/83, Avoir Fiscal, som omhandler fransk skattegodtgørelse, som kun blev givet til selskaber, men ikke faste driftssteder, dette anså EU-domstolen som en diskrimination, og krævede neutralitet mellem selskaber og faste driftssteder.

Selskaber og koncerner indenfor EU, som ønsker at etablere sig i en anden EU-medlemsstat skal således frit kunne vælge, hvilken form etableringen skal have. Medlemsstaternes skattelovgivning må af denne grund ikke bruges til, at gøres det mere attraktivt at oprette et datterselskab fremfor et fast driftssted og vice versa.<sup>10</sup>

Det har imidlertid gennem retspraksis vist sig at være besværlig for medlemsstaterne, at behandle de to etableringsformer neutralt, da de både selskabsretligt og skatteretligt er meget forskellige.

Denne afhandling vil gennem anden del af analysen undersøge neutralitetsprincippet nærmere, og prøve at besvare følgende spørgsmål:

*Hvilke krav stiller neutralitetsprincippet til oprindelses- og værtsstaten? Er der forskel på princippet anvendelse alt efter om der ønskes fradrag for underskud eller investeringstab?*

### **1.1.3 Afhandlingens problemformulering**

Efter besvarelsen af de to problemstillinger ovenfor, vil det være muligt at undersøge hvilke krav der herefter samlet set stilles til medlemsstaterne. Problemformuleringen vil således blive besvaret gennem en fortolkning af det traktatfæstede diskriminations- og restriktionsforbud sammenholdt med nogen af de centrale betragtninger fra analyserne. Med udgangspunkt i ovenstående er problemformuleringen:

*Hvilke krav stiller EU-domstolen gennem fortolkningen af TEUF art. 49, art. 54 og art. 63 til medlemsstaterne i henhold til diskriminations- og restriktionsforbuddet?*

---

<sup>9</sup> Philip Martin i EC Tax Review 2005/2, s. 61.

<sup>10</sup> Thomas Rønfeldt i INTERTAX 2012, nr. 1, s. 13.

## 2.0 Metode, afgrænsning og centrale begreber

I dette afsnit redegøres der for den juridiske metode, da denne er væsentlig for at kunne besvare afhandlingens problemformulering og de to problemstillinger i analysen. Ligeledes vil afhandlingens opbygning og afgrænsning blive gennemgået.

Herefter vil begreberne 'oprindelsesstat', 'værtsstat', 'hjemmehørende contra ikke-hjemmehørende', 'selskab', 'fast driftssted', 'underskud' og 'tab på investering' blive defineret, da de er vigtige i forbindelse med analysen.

### 2.1 Juridisk metode

Den juridiske metode beskæftiger sig med love, forarbejder, retspraksis og sædvaner, samt fortolkningen af disse. Da formålet med denne afhandling er at finde frem til, hvad gældende ret er på området for underskuds- og tabsfradrag, benyttes den dogmatiske retsvidenskab, som er en retning indenfor den juridiske metode.<sup>11</sup> Denne videnskab beskæftiger sig med at beskrive, fortolke, analysere og systematisere, hvad gældende ret er.<sup>12</sup>

Denne afhandling omhandler et område, som endnu ikke er harmoniseret indenfor EU, og der findes derfor ikke nogen direkte lovtekster eller forarbejder. Derimod har EU-domstolen flere gange fastslået, at medlemsstaternes nationale skattelovgivning ikke må opstille hindringer for de traktatsikrede friheder i TEUF.<sup>13</sup> Da fokus er rettet mod koncerners/selskabers ret til fradrag af underskud og investeringstab, er de vigtigste artikler i TEUF art. 49 og art. 54, som sikre at unionsborgere og selskaber frit kan etablere sig indenfor Unionen, ligeledes er art. 18, som forbyder diskrimination og art. 63, som sikre kapitalens frie bevægelighed væsentlige for afhandlingens fokus.

Der er gennem fortolkningen af ovenstående artikler ved EU-domstolen skabt en forventning i medlemsstaterne om, at national skattelovgivning ikke må behandle objektivt sam-

---

<sup>11</sup> Morten Wegener: Juridisk metode, 1994, s. 67.

<sup>12</sup> Carsten M. Hansen: Rettens grund, 2011, s. 95.

<sup>13</sup> Otto Marres i INTERTAX 2011, nr. 39, s. 112.

menlignelige situationer forskelligt.<sup>14</sup> Ligeledes har EU-domstolen fastslået princippet om neutralitet mellem valg af etableringsform, da det forekommer restriktivt at behandle selskaber og faste driftssteder forskelligt.<sup>15</sup>

Da problemstillingerne som skal besvares i denne afhandling omhandler begreber, som er skabt gennem EU-domstolens praksis, spiller afgørelserne herfra en central rolle i analysen. Derudover vil generaladvokatens forslag til afgørelserne også blive inddraget, der hvor det findes relevant. Selvom EU-domstolen ikke er bundet af forslagene, så kan disse til tider give et alternativt perspektiv på sagerne, da generaladvokaterne ofte er mere klare og uddybende i deres udtalelser.<sup>16</sup> Det skal imidlertid understreges, at forslagene ikke er udtryk for gældende ret.

Ydermere vil der blive brugt sekundære litteratur til at uddybe analysen og fortolkningen af retspraksis, samt understøtte hvad gældende ret er.

## **2.2 Komposition**

Analysen vil gennem fortolkning af EU-domstolens afgørelser afklare, hvordan sammenlignelig situationer og neutralitetsprincippet bliver anvendt i praksis.

For ikke at blande de to begreber sammen opdeles analysen i to dele. Første del beskæftiger sig med sammenlignelig situationer, herunder undersøges det, om der er forskel på bedømmelsen alt efter om der ønskes fradrag for underskud eller investeringstab. Anden del vil omhandle den neutralitet Unionen kræver mellem selskaber og faste driftssteder, denne vil ligeledes være inddelt i underskud og investeringstab.

Efter analysen fortolkes de to domstolsskabte begreber i lyset af det traktatfæstede diskriminations- og restriktionsforbud, for at undersøge hvordan begreberne supplerer forbuddet. Derudover vil det blive undersøgt, om der forekommer en sammenhæng mellem de to begreber, og om EU-domstolen selv overholder de to principper. Der henvises her til figuren først i afhandlingen s. 5 for grafisk gennemgang af afhandlingens opbygning.

---

<sup>14</sup> Philip Martin i EC Tax Review 2005/2, s. 61.

<sup>15</sup> Erik Werlauff: EU-selskabsret, 2002, s. 163.

<sup>16</sup> Maria Hilling: Free Movement and Tax Treaties in the Internal Market, 2005, s. 33.

## **2.3 Afgrænsning**

I denne afhandling er det valgt at afgrænse fra de legitime hensyn, som kan begrunde en diskriminerende eller restriktiv lovgivning. Denne afgrænsning er foretaget, da fokuset ligger på hvilke elementer der indgår i sammenlignelighedsbedømmelsen, samt hvornår der kræves neutralitet mellem selskaber og faste driftssteder. De legitime hensyn kommer først i spil, når EU-domstolen har konstateret at der foreligger en EU-stridig restriktion, og er derfor ikke vigtig for afhandlingens problemformulering og de to problemstillinger i analysen.

Ligeledes er det valgt at se bort fra de nationale regler som ligger til grund for tvisten i EU-domstolens afgørelser, da disse ikke er vigtige for afhandling. I analysen vil tvisten i de enkelte afgørelser blive præsenteret kort, og kun de præmisser som findes at være relevante for besvarelse af problemstillingerne vil indgå og blive analyseret.

## **2.4 Definitioner**

Nedenfor vil nogle af de centrale begreber blive defineret, det er de pågældende definitioner som ligger til grund for afhandlingen, og begreber skal ses i lyset heraf i de følgende afsnit.

### **2.4.1 Oprindelsesstaten**

Når sagerne omhandler underskud er oprindelsesstaten udtryk for, den medlemsstat hvori moderselskabet har sit hjemsted.

Omhandler sagerne derimod investeringstab er oprindelsesstaten udtryk for, den medlemsstat hvori det selskab, som har investeret, har hjemme.

### **2.4.2 Værtsstaten**

Værtsstaten er udtryk for den medlemsstat, hvori den sekundære etablering eller investering finder sted. Dette kan både være et datterselskab eller et fast driftssted.

### **2.4.3 Hjemmehørende kontra ikke-hjemmehørende**

Såfremt en etablering er hjemmehørende, så er dette udtryk for at etableringen befinder sig i den medlemsstat som bemærkninger retter sig mod, dette kan både være oprindelses- og værtsstaten. Såfremt der snakkes om etableringer udenfor den specifikke medlemsstat, så er disse ikke-hjemmehørende.

#### **2.4.4 Selskab**

Ved oprettelse af et datterselskab opstår der sjældent problemer i relation til fordeling af indtægter og udgifter, idet denne etableringsform anses som en selvstændig juridisk enhed. Et selskab bliver kun en del af moderselskabet, såfremt der er mulighed for sambeskatning, og at dette vælges for koncernen.

#### **2.4.5 Fast driftssted**

Et fast driftssted i EU-selskabsretlig forstand skal fortolkes i overensstemmelse med OECD-modeloverenskomst art. 5, som foretager en positiv opremsning af hvornår der kan statueres fast driftssted.

Skattemæssigt er hovedreglen, at et fast driftssted ikke er et selvstændigt skattesubjekt, men anses som værende en integreret del af moderselskabet. Ved indførslen af territorial- og neutralitetsprincippet er der skabt en fiktion, om at det faste driftssted ikke er en transparent enhed, men et selvstændigt skattesubjekt.<sup>17</sup>

Da faste driftssteder gennem praksis er gjort til en selvstændig enhed, opstår der oftere problemer med at fordele indtægter og omkostninger mellem moderselskabet og driftsstedet, dette er imidlertid søgt løst gennem OECD-modeloverenskomst art. 7.

#### **2.4.6 Underskud**

Når begrebet underskud bliver anvendt i afhandlingen, hentyder dette til det skattemæssige underskud et selskab eller fast driftssted lider. Der kan godt forekomme et regnskabsmæssigt underskud uden et skattemæssigt, men dette falder udenfor nærværende definition.<sup>18</sup>

Skattemæssigt underskud forekommer, når den skattepligtige indkomst for et givent år giver underskud.<sup>19</sup> I denne afhandling ønskes underskuddet overført og fradraget i et andet koncernbundet selskabs positive indkomst. Der er således tale om en overførsel af underskud, som det pågældende selskab ikke har noget med at gøre skattemæssigt.

---

<sup>17</sup> Thomas Rønfeldt: Skatteværn og EU-frihed, 2010, s. 223.

<sup>18</sup> Se Jakob Bundgaard: Koncernskatteretlig neutralitetsstudier, 1999, s. 230 og Erik Werlauff: Selskabsskatteret 20015/16, 2015, s. 619.

<sup>19</sup> Christina D. Tvarnø: Skattemæssigt underskud i selskaber i EU, 2001, s. 134.

### **2.4.7 Investeringstab**

Når investeringstab eller tab på investering benyttes, henviser dette til et tab som et selskab lider ved nedgang i værdien på en investering. Dette kan både forekomme som kapitalnedgang, afskrivninger, kurstab og lignende. Afgørende er, at der er tale om et tab, som selskabet selv lider, og ikke en overførsel af et andet koncernbundet selskabs tab.

## **Analyse**

Som beskrevet ovenfor i afsnit 2.2, så er analysen delt ind i to dele. Begge dele beskæftiger sig primært med analysering og fortolkning af EU-retspraksis. De afgørelser som bliver brugt, vil hver især blive introduceret kort, men der vil ikke blive gået i dybden med de nationale bestemmelser, som ligger til grund for tvisten eller om restriktionen kan begrundes i alment tvingende hensyn, da dette ikke forekommer vigtigt for besvarelsen af afhandlingens problemformulering og de opstillede problemstillinger, som blev præsenteret i henholdsvis afsnit 1.1.1, afsnit 1.1.2 og afsnit 1.1.3.

### **3.0 Første del: Sammenligne situationer**

I dette afsnit bliver det analyseret, hvilke kriterier EU-domstolen ligger til grund for at konstatere, at to situationer er objektivt sammenlignelige.

Dette afsnit starter med at analysere afgørelser, som omhandler underskud og dernæst investeringstab. Til sidst vil sammenlignelighedsbedømmelsen ved underskud blive holdt op imod den ved tab, for at se om der forekommer en forskel, eller om bedømmelsen er ens, selvom det ønskede fradrag ikke er.

#### **3.1 Underskud**

Gennem EU-retspraksis er der set mange eksempler på national lovgivning, som ikke giver hjemmehørende selskaber mulighed for at fradrage underskud pådraget af et ikke-hjemmehørende datterselskab/fast driftssted.

Dette giver imidlertid god mening, når oprindelsesstaten i henhold til territorialprincippet i værtsstaten ikke har beskatningsretten til ikke-hjemmehørende datterselskaber og faste driftsteders overskud.<sup>20</sup> EU-domstolen ser imidlertid anderledes på situationen.<sup>21</sup>

I Marks og Spencer-sagen tager EU-domstolen for første gang stilling til, om underskud kan fradrages på tværs af medlemsstaterne.<sup>22</sup> Sagen omhandler Marks og Spencer, som

---

<sup>20</sup> Otto Marres i INTERTAX 2011, nr. 39, s. 112.

<sup>21</sup> Luca Cerioni i EC Tax Review 2015/5, s. 268.

<sup>22</sup> Sag C-446/03, Marks & Spencer.



er et selskab etableret i England. Selskabet er i 1990'erne moderselskab til en række datterselskaber både hjemmehørende i England og rundt omkring i Europa.

Datterselskaberne i Frankrig, Belgien og Tyskland giver i en årrække underskud, hvorefter selskaberne enten bliver solgt eller lukket. Marks og Spencer anmoder herefter om retten til at anvende den engelske koncernlempelse til at fradrage underskuddet fra datterselskaberne, dette bliver imidlertid nægtet, da datterselskaberne ikke har nogen form for økonomisk aktivitet i England.

EU-domstolen fastslår i sagen, at en koncernlempelse hvorefter underskud kan modregnes i overskud i andre koncernbudne selskaber udgør en skattemæssig fordel, som ikke kan nægtes, blot fordi det underskudgivende selskab ikke er hjemmehørende.<sup>23</sup> Selvom domstolen ikke direkte anvender sammenlignende situationer, så laver de alligevel sondringen i præmis 34: *"Udelukkelsen udgør således en hindring for etableringsfriheden som omhandlet i artikel 43 EF og 48 EF, for så vidt som den indebærer en skattemæssig forskelsbehandling af underskud pådraget af et hjemmehørende datterselskab og underskud pådraget af et ikke-hjemmehørende datterselskab."*<sup>24</sup>

Ovenstående citat fra afgørelsen bruger ikke udtrykket sammenlignelig, men ligger op til diskussionen, om hvorvidt en forskelsbehandling mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende er EU-stridig eller ej, og kommer således frem til at en forskelsbehandling af de to udgør en hindring.

I forslaget til afgørelsen understreger generaladvokat Maduro imidlertid den alt overvejende hovedregel, hvorefter situationen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende ikke er sammenlignelig.<sup>25</sup>

EU-domstolen nævner imidlertid ikke generaladvokatens synspunkter, og konstaterer blot, at en forskelsbehandling alene på grund af selskabets hjemsted ikke kan anerkendes, da dette ville underminere etableringsfriheden.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 32 og 33.

<sup>24</sup> jf. Sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 34 (ordret).

<sup>25</sup> Forslag til afgørelse i sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 32.

<sup>26</sup> Sag C-446/03, Marks & Spencer præmis 37.

Marks og Spencer-afgørelsen markerer således startskuddet til en lang række afgørelser om grænseoverskridende koncerners ret til fradrag for underskud, og om selskabernes sammenlignelighed.

### 3.1.1 Formålsfortolkning

I Marks og Spencer-afgørelsen fastslår EU-domstolen, at medlemsstaterne ikke kan nægte grænseoverskridende selskabskonstruktioner en skattemæssig fordel med den begrundelse, at det underskudsgivende selskab ikke er hjemmehørende. De efterfølgende sager på området uddyber nogle af bemærkningerne fra Marks og Spencer-afgørelsen yderligere.

En af de efterfølgende afgørelser er X Holding-sagen, som omhandler et nederlandsk moderselskab og dets belgiske datterselskab.<sup>27</sup> I henhold til national lovgivning i Nederlandene kan moder- og datterselskaber vælge, at blive betragtet som én skattemæssig enhed. En sambeskatningsordning som den i sagen, tillader at moderselskabet kan modregne datterselskabets underskud i sit eget overskud.

De nederlandske regler om sambeskatning gælder imidlertid kun for hjemmehørende koncernforhold, så anmodningen nægtes, hvorefter sagen bliver forelagt EU-domstolen.

EU-domstolen fastslår ret hurtigt i sagen, at der er tale om skattemæssig fordel. Denne fordel anses herefter som en restriktion, da sambeskatningsreglerne i Nederlandene gør udøvelse af etableringsfriheden mindre attraktivt for hjemmehørende selskaber.<sup>28</sup> Det er således allerede fastslået, at der er tale om en restriktion af etableringsfriheden i TEUF art. 49 og 54, men i stedet for at gå videre med de alment tvingende hensyn ligesom i Marks og Spencer-afgørelse, går EU-domstolen ud over den daværende norm, og siger: *"For at en sådan forskellig behandling er forenelig med EF-traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, er det en forudsætning, at den vedrører situationer der ikke er objektivt sammenlignelige [...]."*<sup>29</sup>

De intervenerende medlemsstater gør i sagen gældende, at situationen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber ikke er sammenlignelig med hensyn til de neder-

---

<sup>27</sup> Sag C-337/08, X Holding.

<sup>28</sup> Sag C-337/08, X Holding, præmis 19.

<sup>29</sup> jf. Sag C-337/08, X Holding, præmis 20 (ordret).

landske sambeskatningsregler, da ikke-hjemmehørende datterselskab falder udenfor beskatningskompetencen i den medlemsstat, hvori moderselskabet har hjemsted.<sup>30</sup>

Medlemsstaterne mener således ikke, at der er tale om sammenlignelige situationer, når selskaberne har hjemsted i forskellige stater, og derved hører under forskellige skatteretssystemer. EU-domstolen bemærker hertil, at selskabers hjemsted kan være en faktor, som kan indgå som begrundelse for en forskelsbehandling, men støtter også synspunktet i Marks og Spencer-afgørelsen, da bemærkningen rundes af med at det ikke altid er tilfældet, da dette ville gøre etableringsfriheden indholdsløs.<sup>31</sup>

Der hersker imidlertid tvivl om hvornår hjemmehørende og ikke-hjemmehørende kan sammenlignes, dette forstærkes af generaladvokat Kokott der slet ikke henviser eller tager stilling til sammenlignelighedsbedømmelsen i sit forslag til afgørelse, men konstaterer blot, at der er tale om en restriktion.<sup>32</sup> Der ses således en tendens til at der på daværende tidspunkt er tvivl om hvorledes og hvornår man skal gøre en sammenligning gældende, muligvis fordi den retlige behandling af en restriktion og en sammenlignelig situation forekommer sammenfaldende.<sup>33</sup>

EU-domstolen virker imidlertid mere overbevidst om sammenlignelighedsbedømmelsens brug og bemærker hertil, at sammenligneligheden skal bedømmes ud fra formålet med de nationale bestemmelser.<sup>34</sup> Da det imidlertid kommer til bedømmelsen virker EU-domstolen mere optaget af moderselskabets formål med at ville benytte sambeskatningsordningen, og fastslår at både et moderselskab med hjemmehørende datterselskaber og et med ikke-hjemmehørende datterselskaber ønsker ved brug af sambeskatningsordningen, at lette koncerninterne transaktioner og opnå en likviditetsmæssig fordel ved konsolidering af overskud og underskud hos moderselskabet.<sup>35</sup>

Idet både en national og grænseoverskridende koncern har samme formål med at gøre brug af en sambeskatningsordning, så er disse per definition i en sammenlignelig situation, hvilket fremstår som værende en særdeles subjektiv vurdering.

---

<sup>30</sup> Sag C-337/08, X Holding, præmis 21.

<sup>31</sup> Sag C-337/08, X Holding, præmis 23.

<sup>32</sup> Forslag til afgørelse i sag C-337/08, X Holding, præmis 25.

<sup>33</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 1003 F.

<sup>34</sup> Sag C-337/08, X Holding, præmis 22.

<sup>35</sup> Sag C-337/08, X Holding, præmis 24.

Ud fra ovenstående kan det konstateres, at EU-domstolen i X Holding-afgørelsen følger tidligere retspraksis ved at fastslå, at hjemstedskriteriet ikke kan bruges som altovervejende begrundelse for en forskelsbehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende.<sup>36</sup> EU-domstolen går imidlertid videre i forhold til Marks og Spencer-afgørelsen, og fastslår, at der skal være tale om en objektiv sammenlignelig situation førend det kan konstateres, at den nationale lovgivning opstiller en EU-stridig hindring. Dette uddybes senere i X Holding-afgørelsen, hvor det fremgår hvilke kriterier der bør indgå i sammenlignelighedsbedømmelsen efter EU-domstolens opfattelse. Der opstår imidlertid samtidig tvivl, om hvorvidt det er lovgivers formål med lovgivningen eller om det er selskabernes intention med at gøre brug af den skattemæssige fordel i lovgivningen, der skal tages hensyn til.

I en lignende afgørelse, som også omhandler selskabers krav på sambeskatning, får EU-domstolen igen mulighed for at uddybe sammenlignelighedsbedømmelsen. Den pågældende afgørelse er en forening af tre sager, henholdsvis SCA Group Holding BV,<sup>37</sup> MSA Nederland BV<sup>38</sup> og X AG.<sup>39</sup> Ligesom ved EU-domstolen bliver de tre sager behandlet samlet i nærværende afhandling.

Sagerne SCA Group og MSA Nederland BV omhandler de nederlandske sambeskatningsregler, hvorefter de nederlandske skattemyndigheder nægter hjemmehørende moderselskaber at blive betragtet som én skattemæssig enhed med sine hjemmehørende (datter)datterdatterselskaber, med den begrundelse at de hjemmehørende datterdatterselskaber er ejet af et ikke-hjemmehørende datterselskab. X AG omhandler derimod Nederlændenes afvisning af at behandle nederlandske søsterselskaber som én skattemæssig enhed, da disse ejes af et ikke-hjemmehørende moderselskab. Der er således tale om tre sager, som alle omhandler sambeskatning af hjemmehørende selskaber, som alle indgår i samme koncern, men hvor et led i koncernen ikke er hjemmehørende.

EU-domstolen fastslår i de forenede sager, at en koncern ved valg af sambeskatning opnår en likviditets- og skattemæssig fordel, og at en forskelsbehandling begrundet i selska-

---

<sup>36</sup> Se tillige sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 32 og 33.

<sup>37</sup> Sag C-39/13, SCA Group.

<sup>38</sup> Sag C-41/13, MSA Nederland BV.

<sup>39</sup> Sag C-40/13, X AG.

bernes hjemsted ikke kan tages til følge.<sup>40</sup> Så allerede inden sammenlignelighedsbedømmelsen bliver bragt på banen, går EU-domstolen ind og konstaterer, at der er tale om en restriktion af etableringsfriheden. Herefter fastslås det, at restriktionen kun er EU-stridig, hvis forskelsbehandlingen angår objektivt sammenlignelige situationer, og at denne vurderes under hensyntagen til formålet med lovgivningen.<sup>41</sup>

EU-domstolen fastslår således, at det er hensynet til formålet med lovgivningen der skal lægges vægt på, og starter ud med at undersøge den nederlandske lovgivning til forskel fra sammenlignelighedsbedømmelsen i X Holding-afgørelsen. Det påpeges i de forenede sager SCA, MSA og X AG, at formålet bag sambeskatningsreglerne både kan opnås af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber. EU-domstolen afslutter bedømmelsen ved at konstatere, at selskaberne er i en sammenlignelig situation, da selskaberne i begge tilfælde ønsker at udnytte den skattemæssige fordel, som lovgivningen giver.<sup>42</sup> Så selvom EU-domstolen ligger ud med at undersøge formålet med lovgivningen, så er det selskabernes intention som bliver det udslagsgivende argument i sammenligningen.

Medlemsstaterne stiller sig imidlertid skeptisk overfor sammenlignelighedsbedømmelsen i forslaget til afgørelsen, da de mener at der mangler grundlag for bedømmelsen. De argumenterer herefter for at der ikke er tale om en forskellig behandling, da det heller ikke er muligt for en ren national sambeskatning at udelukke nogen selskaber fra skatteenheden.<sup>43</sup> Vedrørende dette fastslår EU-domstolen, at det ikke gør nogen forskel, da en rent national koncernstruktur altid har mulighed for at vælge/fravælge sambeskatning, til forskel fra en konstruktion med ikke-hjemmehørende selskaber som aldrig får mulighed for at vælge/fravælge ordningen.<sup>44</sup>

Det er således ikke på nuværende tidspunkt lykkedes EU-domstolen, at skabe en fast praksis omkring sammenlignelighedsbedømmelsen, da der ikke konsekvent tages hensyn til lovgivningens formål, hvilket generaladvokat Kokott ligeledes gør opmærksom på i sit

---

<sup>40</sup> Sag C-39/13, SCA Group m.fl., præmis 27+47.

<sup>41</sup> Sag C-39/13, SCA Group m.fl., præmis 28.

<sup>42</sup> Sag C-39/13, SCA Group m.fl., præmis 30, 31 og 51.

<sup>43</sup> Forslag til afgørelse i sag C-39/13, SCA Group m.fl., præmis 24.

<sup>44</sup> Sag C-39/13, SCA Group m.fl., præmis 25.

forslag til afgørelse.<sup>45</sup> Kokott bemærker heri, at der er to forskellige tilgange i sammenlignelighedsbedømmelsen, enten tager EU-domstolen hensyn til selskabernes formål/ønske om at opnå den skattemæssige fordel, eller også tages der hensyn til formålet for lovgivningen.<sup>46</sup> De to hensyn som Kokott påpeger i forslaget, bliver begge benyttet af EU-domstolen i de forenede sager SCA, MSA og X AG.

Hensynet til selskabernes formål synes at have et mere subjektivt islæt, end hensynet til det mål der forfølges med den pågældende lovgivning. Det forekommer imidlertid besynderligt, at EU-domstolen vælger at tillægge subjektive kriterier til den objektive sammenlignelighed, og det er tvivlsomt om der overhovedet foreligger en objektiv sammenlignelig situation, eller blot en sammenlignelig situation.

Der ses således en udvikling i begrebet 'sammenlignelige situationer', men det står tillige også klart, at der på nuværende udviklingstrin stadig hersker tvivl om hvilke hensyn der skal ligges til grund i sammenlignelighedsbedømmelsen, ligeledes rejses der tvivl om bedømmelsens objektivitet, idet der tages hensyn til subjektive kriterier.

### **3.1.2 Sammenlignelig på grund af lov**

I afgørelserne ovenfor i afsnit 3.1.1 foretager EU-domstolen en såkaldt formålsfortolkning af lovgivningen og selskabers formål med brugen, der ses imidlertid også en tredje tilgang til sammenlignelighedsbedømmelsen. Denne tredje tilgangsvinkel vil blive analyseret nærmere i nærværende afsnit.

Sammenlignelighedsbedømmelsen er efterhånden blevet fast inventar ved EU-domstolen, dette ses ved at bedømmelsen indgår i samtlige afgørelser førend der kan konstateres en EU-stridig restriktion.<sup>47</sup> Bedømmelsen indgår ligeledes i Nordea-sagen, som omhandler det danske selskab Nordea Bank, som gennem en årrække ejer underskudsgivende faste driftssteder i andre EU-medlemslande.<sup>48</sup> Underskuddet fra driftsstederne bliver i henhold til dansk lovgivning modregnet i det danske selskabs overskud, og bliver herefter genbeskattet, såfremt driftssteder senere bliver afhændet.

---

<sup>45</sup> Forslag til afgørelse i sag C-39/13, SCA Group m.fl..

<sup>46</sup> Forslag til afgørelse i sag C-39/13, SCA Group m.fl., præmis 32, 33 og 34.

<sup>47</sup> Se de analyserede afgørelser ovenfor.

<sup>48</sup> Sag C- 48/13, Nordea.

EU-domstolen ligger i afgørelsen ud med at konstatere, at der er tale om en restriktion, da genbeskatningsreglerne gør det mindre attraktivt for danske selskaber at benytte sig af etableringsfriheden i TEUF art. 49 og art. 54.<sup>49</sup> Umiddelbart herefter understreges det, at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende faste driftssteder ikke befinder sig i en sammenlignelig situation.<sup>50</sup> Det interessante er, at EU-domstolen ved konstateringen af en restriktion tager hensyn til moderselskabet, hvorimod sammenligningen tager sit afsæt i de faste driftssteders situation. I de øvrige afgørelser har sammenlignelighedsbedømmelsen taget hensyn til moderselskaberne, og den situation disse befinder sig i.<sup>51</sup> Hvorimod EU-domstolen i Nordea-sagen tager hensyn til de faste driftssteder, og ikke deres moderselskab i Danmark.

Til forskel fra tidligere afgørelser går EU-domstolen ikke ind og formålsfortolker lovgivningen, men fastslår i stedet: *"[...] Ved imidlertid at opkræve dansk skat af overskud i de faste driftssteder beliggende i Finland, Sverige og Norge har Kongeriget Danmark for så vidt angår fradrag for underskud ligestillet sidstnævnte med hjemmehørende faste driftssteder."*<sup>52</sup>

EU-domstolen fastslår således, at det at Danmark har beskatningskompetencen til de ikke-hjemmehørende faste driftssteders overskud medfører, at der er tale om sammenlignelige situationer.

EU-domstolen synspunkt i afgørelsen synes at gøre undtagelsen til hovedreglen, idet hovedreglen i OECD's modeloverenskomst og de fleste nationale lovgivninger er, at det faste driftssted er en integreret del af moderselskabet, og kun den del af indkomsten som eksplicit kan henføres til det faste driftssted skal beskattes der jf. OECD's modeloverenskomst art. 7.

EU-domstolen henviser imidlertid til at hovedreglen er, at faste driftssteder ikke er sammenlignelige, men eftersom at de bliver sammenlignelige, såfremt oprindelsesstaten beskatter

---

<sup>49</sup> Sag C- 48/13, Nordea, præmis 21.

<sup>50</sup> Sag C- 48/13, Nordea, præmis 24.

<sup>51</sup> Se bl.a. Sag C-337/08, X Holding, præmis 24 og sag C-39/13, SCA Group m.fl., præmis 31.

<sup>52</sup> jf. Sag C- 48/13, Nordea, præmis 24 (ordret).

hjemmehørende selskaber efter globalindkomstprincippet, så må det i henhold til modeloverenskomsten og de fleste nationale lovgivninger være hovedreglen, at faste driftssteder befinder sig i en sammenlignende situation.

Ovenstående retspraksis følger EU-domstolen op på i den nyeste afgørelse på området, C- 388/14 Timac. Sagen omhandler det tyske kapitalselskab Timac Agro, som hører til en fransk koncern. Timac ejer i en årrække et underskudsgivende fast driftssted i Østrig, som herefter bliver afhændet til et andet selskab i den franske koncern. Efter afhændelsen bliver det modregnede underskud fra de tidligere år genbeskattet i Timacs skattepligtige resultat. Timac-sagen har to problemstillinger, den første er med hensyn til den genbeskatning af underskudsfradragene i 1997 og 1998, som sker ved afhændelsen og den anden omhandler de tyske myndigheders afslag på at tage hensyn til underskud lidt i perioden 1999-2004.

Om den første problemstilling fastslår EU-domstolen igen, at hovedreglen er at situationen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende faste driftssteder ikke er sammenlignelig.<sup>53</sup> Hertil bemærkes det efterfølgende, at når en medlemsstat vælger at indrømme fradrag for underskud lidt af et ikke-hjemmehørende fast driftssted, og derved give hjemmehørende selskaber en skattemæssig fordel, som ligeledes kunne opnås såfremt selskabet havde haft et hjemmehørende fast driftssted, har den nationale lovgivningsmyndighed ligestillet hjemmehørende og ikke-hjemmehørende faste driftssteder.<sup>54</sup>

Grundet ovenstående anser EU-domstolen situationen for et hjemmehørende selskab med et hjemmehørende fast driftssted for at være sammenlignelig med situationen for et hjemmehørende selskab med et ikke-hjemmehørende fast driftssted. Det bliver således igen fastslået, at med hensyn til selskaber med faste driftssteder, så befinder de sig i en sammenlignende situation, såfremt lovgivningen tillader at ikke-hjemmehørende faste driftssteder indgår i den nationale beskatning.

Fra og med skatteåret i 1999 bliver de tyske regler imidlertid ændret, og der tages herefter ikke længere hensyn til underskud lidt af ikke-hjemmehørende faste driftssteder, hvilket

---

<sup>53</sup> Sag C-388/14, Timac, præmis 27.

<sup>54</sup> Sag C-388/14, Timac, præmis 28.



Timac også indgiver klage over. Hertil bemærker EU-domstolen, at der er tale om en restriktion for etableringsfriheden, da reglerne kun indrømmer hjemmehørende konstruktioner en skattemæssig fordel.<sup>55</sup>

Restriktionen er imidlertid kun EU-stridig, såfremt der er tale om sammenlignelige situationer. Hertil bemærker EU-domstolen i overensstemmelse med tidligere retspraksis, at eftersom den tyske lovgivning ikke længere inddrager ikke-hjemmehørende faste driftssteder i de tyske skatteregler, så er der ikke tale om en sammenlignelig situation.<sup>56</sup>

Det er hermed lykkedes EU-domstol at slå fast i Nordea og Timac afgørelserne, at situationen for et ikke-hjemmehørende fast driftssted kun er sammenlignelig med situationen for hjemmehørende driftssteder, såfremt den nationale lovgivning indrømmer hjemmehørende selskaber en ret til at tage hensyn til deres ikke-hjemmehørende faste driftssteders aktivitet, hvilket er tilfældet såfremt hjemmehørende selskaber beskattes efter globalindkomstprincippet.

### 3.1.3 Opsummering

Det fremgår tydeligt af de ovenstående afsnit, at førend en national skattelovgivning kan betragtes som værende en hindring for retten til frit at etablere sig, så skal det først konstateres, om lovgivningen behandler to objektivt sammenlignelige situationer forskelligt. Derudover kan det udledes, at sammenlignelighedsbedømmelsen på nuværende tidspunkt er fast praksis ved EU-domstolen, og indgår som et hovedelement i samtlige afgørelser.<sup>57</sup>

Hovedreglen i international skatteret er, at situationen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende ikke er sammenlignelig, da grænseoverskridende etableringer medfører et sammenstød mellem flere forskellige skattemyndigheder og beskatningskompetencer. Desuagtet hovedreglen anser EU-domstolen ofte situationerne som værende sammenlignelig, så længe etableringerne sker indenfor det Europæiske indre marked.<sup>58</sup>

Der forekommer umiddelbart flere forskellige tilgange til sammenlignelighedsbedømmelsen, og der kan således stadig opstå tvivl, om hvorledes bedømmelsen skal foretages i de

---

<sup>55</sup> Sag C-388/14, Timac, præmis 62.

<sup>56</sup> Sag C-388/14, Timac, præmis 65.

<sup>57</sup> Maria Hiling i INTERTAX 2013, nr. 5, s. 294.

<sup>58</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 884.

forskellige sager.<sup>59</sup> Ud fra ovenstående analyse kan det imidlertid udledes, at EU-domstolen enten konstaterer, at situationerne er sammenlignelige på grund af formålet med lovgivningen, selskabernes intention bag brugen af fordelene eller såfremt lovgivningen inddrager ikke-hjemmehørende i beskattningen.

Når sagerne omhandler fradrag for underskud lidt af et ikke-hjemmehørende datterselskab, ligger EU-domstolen vægt på formålet med lovgivningen. Der ses her en tendens til, at dette hensyn har et mere subjektivt islæt, da der ofte tages højde for moderselskabets intention med brug af underskuddet. Dette bliver kritiseret af Dennis Weber i Bruno Da Silvas artikel *"From Marks & Spencer til X Holding"* som angiver at *"hvis en situation er sammenlignelig så længe at selskabet prøver at drage fordel af en indenlandsk fordel, betyder dette at selskaber altid er i en sammenlignelig situation (egen oversættelse)"*.<sup>60</sup>

Ud fra Dennis Webers udsagn virker sammenlignelighedsbedømmelsen indholdsløs, da moderselskaberne altid ønsker at opnå den indenlandske fordel, lige meget om datterselskabet er beliggende i indlandet eller en anden medlemsstat. EU-retspraksis giver således et billede af, at situationen for hjemmehørende moderselskaber med hjemmehørende datterselskaber altid vil være sammenlignelige med hjemmehørende moderselskaber med ikke-hjemmehørende datterselskaber, såfremt dette hensyn ligger til grund.

Det kriterium der ligger til grund for sammenlignelighedsbedømmelse ved faste driftssteder virker derimod mere objektiv, da EU-domstolen i disse afgørelser fastslår, at situationerne er sammenlignelige, såfremt ikke-hjemmehørende faste driftssteder bliver inddraget i den nationale lovgivningen.<sup>61</sup>

Selvom bedømmelsen forekommer mere objektiv, så kan dette kriterium umiddelbart betyde at sammenligneligheden altid vil foreligge, da hovedreglen i OECD's modeloverenskomst og de fleste nationale lovgivninger er, at faste driftssteder er en integreret del af moderselskabet. Det er derfor naturligt for de fleste lovgivninger at inkorporere beskattning af faste driftssteder, desuagtet om disse er hjemmehørende eller ej, således at faste driftssteder bliver sammenlignelige i EU-retlig forstand.

---

<sup>59</sup> Forslag til afgørelse i sag C-39/13, SCA Group m.fl., præmis 32-34.

<sup>60</sup> jf. Bruno Da Silva i INTERTAX 2011, nr. 5, s. 258.

<sup>61</sup> Sag C-48/13, Nordea, præmis 24 og sag C-388/14, Timac, præmis 28.

Objektiviteten i denne bedømmelse bliver imidlertid helt afvist af Generaladvokat Wathelet, som i forslaget til afgørelse i sag C-388/14, Timac, bemærker at det også her er en bedømmelse af formålet med lovgivningen og dens brug, idet formålet med at inddrage ikke-hjemmehørende faste driftssteder set fra selskabets side, er et ønske om at nedbringe beskatningsgrundlaget.<sup>62</sup> En sådan fortolkning af sammenligneligheden øger risikoen for at der opstår et fordrejet syn på den samlede skattemæssige situation.<sup>63</sup> Wathelet mener, at det afgørende forhold for sammenligneligheden burde være, om den nationale lovgivning indebærer et højere skattetryk for ikke-hjemmehørende end for hjemmehørende, en sådan vurdering forekommer langt mere objektivt end ovenstående, og giver mening henset til det mål EU-domstolen forfølger.<sup>64</sup>

Ud fra generaladvokatens bemærkninger og det anerkendte territorialprincippet bliver objektiviteten af sammenlignelighedsbedømmelsen også tvivlsom, såfremt det er faste driftssteder der skal sammenlignes.

Ud fra ovenstående ses der en tendens, hvorefter sammenlignelighedsbedømmelsen forekommer indholdsløs, og dette sår tvivl om oprigtigheden bag begrebet. Denne tvivl bliver imidlertid kun større, såfremt generaladvokaternes meninger tages med i betragtningen.

I forslaget til afgørelse i Marks og Spencer-sagen argumenterer Generaladvokat Maduro for, at forbuddet i art. 18 ikke er nok, da en hindring i art. 18's forstand kun kan gøres gældende, såfremt denne kan begrundes i de traktatfæstede hensyn. Maduro mener, at indenfor skatteområdet er der brug for at kunne gøre flere hensyn gældende, og at en sammenligning af situationerne kan opfylde dette mål.<sup>65</sup>

Dette støttes endvidere op senere af generaladvokat Wathelet i sit forslag til afgørelse i Timac-sagen, som påpeger at sammenlignelighedsbedømmelsen kan give indtryk af, at der er tale om en forskelsbehandling fremfor en restriktion, hvilket ikke forekommer retvisende.<sup>66</sup> Dette bliver videre uddybet i note 12, hvor Wathelet skriver følgende: *"Når Domstolen i stadig højere grad tøver med at tale om forskelsbehandling og samtidig fastholder kravet om, at situationerne skal være sammenlignelige, kan dette skyldes et ønske om at*

---

<sup>62</sup> Forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac, præmis 30.

<sup>63</sup> Forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac, præmis 31.

<sup>64</sup> Forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac, præmis 31, med henvisning til forslag til afgørelse i sag C-10/14, Miljoen.

<sup>65</sup> Forslag til afgørelse i sag C-446/03, Marks & Spencer, præmis 31-35.

<sup>66</sup> Forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac, præmis 27.

*bevare muligheden for at undersøge, om der foreligger begrundelser i form af tvingende almene hensyn, og ikke blot de begrundelser, der udtømmende er opregnet i traktaten.*<sup>67</sup>

Både Maduro og Wathelet støtter således op om det manglende indhold i sammenlignelighedsbedømmelsen, og påpeger, at den umiddelbart kun bliver brugt så andre hensyn kan benyttes. Sammenligningen virker derfor mere og mere som et smart påfund fra EU-domstolen for at kunne gøre brug af andre hensyn end de traktatfæstede, hvorfor hovedreglen i EU-retten nok nærmere burde være, at situationerne er sammenlignelige, så længe indtægterne bliver beskattet indenfor det Europæiske indre marked.<sup>68</sup>

Disse synspunkter støttes også i forslaget til afgørelse i Nordea-sagen, hvor generaladvokat Kokott argumenterer for, at sammenlignelighedsbedømmelsen skal droppes, da den ikke har noget formål længere, eftersom at EU-domstolen har anerkendt uskrevne begrundelser.<sup>69</sup> Det kan heraf udledes, at Kokott mener, at sammenlignelighedsbedømmelsen kun bliver brugt, således at uskrevne hensyn kan gøre gældende, og at forbuddet mod hindringer indenfor etableringsfriheden nu er gjort så bredt, at dette er muligt selv uden sammenligningen.

De kan således konstateres, at indenfor området for underskud er sammenlignelighedsbedømmelsen et fast element ved EU-domstolen, men bliver undertiden bedømt forskelligt alt efter tvisten i sagen.

Der er imidlertid tvivl om indholdet af bedømmelsen, da det ud fra ovenstående kan udledes, at der er en tendens til at se sammenlignelighedsbedømmelsen som et påfund fra EU-domstolen, for at kunne gøre uskrevne begrundelser/hensyn gældende.

Der ses ydermere en tendens til at situationerne bedømmes forskelligt alt efter etableringsformen, hvilket indirekte sender et signal om, at EU-domstolen ikke betragter datterselskaber og faste driftssteder ens, dette kan der imidlertid læses mere om i anden del af analysen afsnit 4.0.

---

<sup>67</sup> jf. Forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac, note 12 (ordret).

<sup>68</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 884.

<sup>69</sup> Forslag til afgørelse i sag C-48/13, Nordea, præmis 22-24.

## 3.2 Investeringstab

I dette afsnit vil sammenlignelighedsbedømmelsen i afgørelser om fradrag for investeringstab blive analyseret, således at det til sidst er muligt at udlede om der forekommer nogle forskelle i bedømmelsen, alt efter om der er i tvisten ønskes fradrag for underskud eller investeringstab.

### 3.2.1 Etableringsfriheden kontra kapitalens frie bevægelighed

Et af de karakteristiske elementer ved investeringstab er, at der kan forekomme stor forskel i størrelsen på ejerandelen i sagerne. Det er af denne grund også forskelligt, om EU-domstolen skal benytte etableringsfriheden i TEUF art. 49 og art. 54 eller kapitalens frie bevægelighed i TEUF art. 63. Nedenfor vil det forsøges udledt, om der er forskel på bedømmelsen alt efter hvilken frihed der benyttes.

I Rewe Zentralfinanz-sagen er det etableringsfriheden, EU-domstolen fortolker ud fra.<sup>70</sup> Sagen omhandler det tyske moderselskab Rewe, som efter en fusionsaftale overtager 100%-ejerskab af et nederlandsk datterselskab, som har et 100%-ejet nederlandsk holdingselskab, som har erhvervet 100% af selskabsandelene i et engelsk selskab og 36% af andelene i et spansk selskab. Grundet nogle værdiforringelser bliver værdien på kapitalandelene nedskrevet, hvilket herefter ønskes afskrevet i moderselskabet i Tyskland. Den tyske lovgivning åbner imidlertid ikke op for at hjemmehørende selskaber kan fradrag tab lidt på investeringer i ikke-hjemmehørende selskaber.

EU-domstolen fastslår i afgørelsen, at når det kommer til tab på kapitalandele så skal der tages hensyn til situationen for moderselskaberne.<sup>71</sup> Dette bliver uddybet i præmis 34, hvor EU-domstolen fastslår, at moderselskaberne: *"[...] befinder [...] sig i en sammenlignelig situation, uanset om det drejer sig om kapitalandele i datterselskaber med hjemsted i Tyskland eller i andre medlemsstater. I begge tilfælde bæres på den ene side de tab, der ansøges om fradrag for, af moderselskaberne, og på den anden side beskattes disse datterselskabers overskud, uanset om de hidrører fra datterselskaber, der er skattepligtige i*

---

<sup>70</sup> Sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz.

<sup>71</sup> Sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, præmis 33.

*Tyskland, eller fra datterselskaber, der er skattepligtige i andre medlemsstater, ikke hos moderselskabet.*<sup>72</sup>

EU-domstolen laver således en klar opdeling af overskud og tab, idet det fastslås, at disse ikke skattemæssigt er hver sin side af samme mønt, som det ellers er tilfældes ved overskud og underskud. Dette fastslås ligeledes, idet EU-domstolen tager afstand fra Marks og Spencer-afgørelsen, og lukker diskussionen om sammenlignelighed af med at konstatere, at et tab på investering ikke kan sammenlignes med underskud.<sup>73</sup> Denne konstatering underbygges også af sammenlignelighedsbedømmelsen, som indirekte påpeger at et investeringstab ikke er en overførsel mellem selskaberne, men er et tab der lides direkte i moderselskabet, idet tabet ikke har nogen sammenhæng med beskatning af datterselskabets overskud.

EU-domstolen fastslår således, at med hensyn til investeringstab, så er situationen for moderselskaber med hjemmehørende datterselskaber sammenlignelig med situationen for moderselskaber med ikke-hjemmehørende datterselskaber. Dette synspunkt støttes også i STEKO-sagen, hvor EU-domstolen skal tale stilling til en lignende tvist omkring kapitalens frie bevægelighed.<sup>74</sup>

Sagen omhandler et tysk selskab, som ejede en række andele i selskaber i andre medlemsstater, hvoraf ejerandelen var på mindre end 10%. I 2001 bliver værdien for andelen nedskrevet grundet et kursfald, hvilket resulterer i et tab for STEKO, som herefter ansøger om fradrag for tabet, et fradrag som imidlertid bliver nægtet af de tyske myndigheder.

Med henvisning til Rewe Zentralfinanz fastslår EU-domstolen, at situationen for selskaber som investerer i hjemmehørende selskaber er sammenlignelig med situationen for selskaber som investerer i en anden medlemsstat.<sup>75</sup>

Ud fra ovenstående kan det således fastslås, at sammenlignelighedsbedømmelsen ikke afhænger af hvor stor ejerandelen er, da det både i Rewe og STEKO fastslås, at situationerne er sammenlignelige og tilmed med samme begrundelse. Ligeledes ses en tendens

---

<sup>72</sup> jf. Sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, præmis 34 (ordret).

<sup>73</sup> Sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, præmis 47.

<sup>74</sup> Sag C-377/07, STEKO.

<sup>75</sup> Sag C-377/07, STEKO, præmis 34-35.

til at behandle underskud og investeringstab forskelligt, hvilket vil blive afklaret nærmere i de følgende afsnit.

### 3.2.2 Formålsfortolkning

I de ovenstående sager ønskes der fradrag tab lidt som følge af værdifald på kapitalandele. I Rewe Zentralfinanz-afgørelsen var der tale om afskrivninger, hvorimod tabet i STEKO-afgørelsen lides på grund af et kursfald. Baggrunden for tabet synes imidlertid ikke at have indvirkning på sagernes udfald, hvilket vil blive undersøgt nærmere i nærværende afsnit.

En anden central afgørelse fra EU-regi er Finanzamt Linz, som omhandler fradrag for goodwillafskrivninger.<sup>76</sup> Det østrigske selskab IFN ejer 99,71% af kapitalen i IFN-Holding der ejer 100% af kapitalen i CEE, som på sin side har 100%-ejerskab i et slovakisk selskab. Efter en fusion i 2007 indtræder IFN-Holding i alle CEE's forpligtelser og rettigheder. I årene 2006-2010 bliver der først af CEE, og efter fusionen af IFN-Holding, gjort en goodwillafskrivning gældende på investeringen i kapitalandelene i det slovakiske selskab i henhold til østrigsk lov. Denne afskrivninger bliver imidlertid nægtet, da fradraget for goodwillafskrivninger kun finder anvendelse på kapitalandele, der besiddes i hjemmehørende selskaber.

I sagen fastslår EU-domstolen overordnet set tre ting. For det første pålægger goodwillafskrivningen hjemmehørende selskaber med en investering i hjemmehørende selskaber en skattemæssig fordel.<sup>77</sup> For det andet udgør en sådan skattemæssig fordel en hindring af retten til frit at etablere sig, da den kun gives hjemmehørende selskaber med indenlandske investeringer og derved gør investering i andre medlemsstater mindre attraktiv.<sup>78</sup> For det tredje skal sammenligneligheden vurderes ud fra formålet med den pågældende lovgivning.<sup>79</sup>

Der henvises således til tidligere praksis, hvorefter sammenlignelighedsbedømmelsen afhænger af en formålsfortolkning af den pågældende lovgivning. EU-domstolen går imidlertid kun kort ind og undersøger formålet med lovgivningen, hvorefter det fastslås at situati-

---

<sup>76</sup> Sag C-66/14, Finanzamt Linz.

<sup>77</sup> Sag C-66/14, Finanzamt Linz, præmis 27.

<sup>78</sup> Sag C-66/14, Finanzamt Linz, præmis 29.

<sup>79</sup> Sag C-66/14, Finanzamt Linz, præmis 31.

onen for et moderselskab med et hjemmehørende datterselskab er sammenlignende med situationen for et moderselskab med et ikke-hjemmehørende datterselskab, idet de begge søger at opnå fordelene ved ordningen.<sup>80</sup>

EU-domstolen tillægger herved den objektive sammenlignelighed et subjektivt islæt, idet der tages højde for selskabernes intention ved brug af lovgivningen. Dette har undertiden modtaget kritik i den sekundære litteratur, da det subjektive islæt, gør at situationerne indenfor EU altid vil være sammenlignende, eftersom at selskaberne altid søger at opnå en fordel.<sup>81</sup> Det forekommer af denne grund tvivlsomt, om sammenlignelighedsbedømmelsen har et reelt indhold, idet undtagelsen om at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende befinder sig i en sammenlignelig situationen nærmere er hovedreglen, såfremt den subjektive tilgang benyttes.

### 3.2.3 Manglende sammenligningsgrundlag

Da investeringstab rummer mange forskellige typer tab, så hænder det at det tab der lides, kun forekommer i grænseoverskridende situationer, således at der ikke er en indenlandsk situation at sammenligne med. Lige netop det scenarium står EU-domstolen overfor i Deutsche Shell-sagen.<sup>82</sup>

Den pågældende sag omhandler det tyske selskab Deutsche Shell, som i 1974 opretter et fast driftssted i Italien, og stiller i denne forbindelse indskudskapital til rådighed. I 1992 bliver det faste driftssteds aktiver indskudt i et italiensk datterselskab og kapitalandelene solgt til et uafhængigt selskab. Fortjenesten som fremkommer ved salget skal bruges til at tilbagebetale den indskudte startkapital, men ved omregning fra LIT (den italienske møntfod) til DEM (den tyske møntfod) lider Deutsche Shell et valutatab, som selskabet bliver nægtet fradrag for.

EU-domstolen fastslår i starten af sagen, at *"[...] alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af denne frihed mindre interessant, betragtes som*

---

<sup>80</sup> Sag C-66/14, Finanzamt Linz, præmis 33.

<sup>81</sup> Bruno Da Silva i INTERTAX 2011, nr. 5, s. 257.

<sup>82</sup> Sag C-293/06, Deutsche Shell.



*sådanne hindringer.*<sup>83</sup> Det bliver således konstateret, at der foreligger en restriktion. I følge gældende EU-retspraksis kan sådanne hindringer kun tillades, såfremt lovgivningen ikke vedrører to sammenlignelige situationer eller kan begrundes i alment tvingende hensyn.<sup>84</sup> I nærværende sag findes der imidlertid ikke et relevant sammenligningsgrundlag, da valutatab ikke forekommer i rent indenlandske transaktioner, hvor der kun investeres i den tyske møntfod.

Eftersom at der ikke foreligger et relevant sammenligningsgrundlag, så springer EU-domstolen helt over denne ellers faste praksis, og fastslår blot at der er tale om en skattemæssig forskelsbehandling, som kun kan tillades, såfremt den kan begrundes i anerkendte hensyn.<sup>85</sup>

Det interessante i sagen er at selvom der ikke foreligger en forskelsbehandling af to objektivt sammenlignelige situationer, så tillader EU-domstolen at hindringen kan være begrundet i uskrevne hensyn. Dette giver indtryk af, at sammenlignelighedsbedømmelsen ikke er så vigtig længere, da diskriminations- og restriktionsforbuddet muligvis på nuværende udviklingstrin er fortolket så bredt, at det også tillader brugen af andre hensyn end de traktatfæstede.

### **3.2.4 Opsummering**

Ud fra ovenstående analyse kan det konstateres, at sammenlignelighedsbedømmelsen også kan indgå i vurderingen af nationale lovgivninger omkring fradrag for investeringstab. Det kan ligeledes udledes, at EU-domstolen ikke umiddelbart tillægger det nogen betydning, om der er tale om retten til frit at etablere sig eller kapitalens frie bevægelighed, da sammenlignelighedsbedømmelserne i henholdsvis C-347/04, Rewe Zentralfinanz og C-377/07, STEKO synes at være ens.

Derudover ses det, at formålsfortolkningen bliver benyttet af EU-domstolen, men det forekommer ikke som værende en fast praksis, når sagerne omhandler investeringstab. Muligvis grundet denne afhandlings brede fortolkning af investeringstab, så er det ikke muligt på

---

<sup>83</sup> jf. sag C-293/06, Deutsche Shell, præmis 28 (ordret).

<sup>84</sup> se bl.a.: sag C-66/14, Finanzamt Linz, præmis 30.

<sup>85</sup> Sag C-293/06, Deutsche Shell, præmis 32.

nuværende tidspunkt, at udlede en fast praksis omkring indholdet af sammenlignelighedsbedømmelsen, men det kan fastslås at bedømmelsen også bliver brugt i sager om fradrag for tab.

Den mest interessante sag er C-293/06, Deutsche Shell, da denne kontroversielle sag omhandler en grænseoverskridende situation, som EU-domstolen kræver bliver behandlet bedre end hjemmehørende, idet den kræver fradrag for et tab, som kun lides i grænseoverskridende investeringer.<sup>86</sup> Dette går imod den hovedreglen som normalt følges i EU-praksis, hvorefter en hindring kun er EU-stridig, hvis den behandler to objektivt sammenlignelige situationer ens eller hvis samme reglen bliver benyttet i to forskellige situationer.<sup>87</sup> Dette giver indtryk af at sammenlignelighedsbedømmelsen kun er vigtig, såfremt det er muligt. Så i tilfælde hvor der ikke er et relevant sammenligningsgrundlag så er bedømmelsen unødvendig, og der konstateres blot en hindring, som kan tillades hvis hensynene taler herfor.

Generaladvokat Sharpston påpeger i sit forslag til afgørelse i sag C-293/06, Deutsche Shell, at hvorvidt der foreligger en forskelsbehandling eller ej afhænger af hvilket sammenligningsgrundlag der vælges. Sharpston mener ligeledes, at sammenligningen ikke forekommer vigtig i sagen, men at fokus burde rettes mod den begrænsning den tyske lov medfører for dem, som ønsker at gøre brug af etableringsfriheden.<sup>88</sup> Der opstår således tvivl om vigtigheden af sammenlignelighedsbedømmelsen, en tvivl EU-domstolen imidlertid ikke bruger tid på at afklare.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at brugen af sammenlignelighedsbedømmelsen forekommer mere løs, når sagen omhandler investeringstab, muligvis fordi der ikke er tale om en økonomisk overførsel mellem selskaberne, men et reelt tab lidt direkte af det hjemmehørende selskab. Derudover kan det konstateres, at en hindring godt kan være EU-stridig selvom der ikke foreligger et relevant sammenligningsgrundlag, hvilket er overraskende i forhold til EU-domstolens tidligere udtalelser, men det gælder formodentligvis kun i sager, hvor der mangler et sammenligningsgrundlag.

---

<sup>86</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 1039.

<sup>87</sup> Philip Martin i EC Tax Review 2005/2, s. 62.

<sup>88</sup> Forslag til afgørelse i sag C-293/06, Deutsche Shell, præmis 34+35.

### 3.3 Besvarelse af første problemstilling

Som beskrevet i afsnit 1.1.1 i nærværende afhandling, så er formålet med første del af analysen, at undersøge hvilke kriterier EU-domstolen ligger vægt på, samt om der er forskel herpå alt efter hvad der ønskes fradrag for, denne problemstilling vil blive besvaret nedenfor.

#### 3.3.1 Hvilke kriterier indgår i sammenlignelighedsbedømmelsen?

Ud fra analysen kan det udledes, at begrebet 'sammenlignelige situationer' bruges til at fastslå, om en hindring forekommer diskriminerende.<sup>89</sup> Hvis en restriktion for etableringsretten eller kapitalens frie bevægelighed fastslås som værende diskriminerende, så kan denne kun tillades, såfremt den kan begrundes i alment tvingende hensyn.<sup>90</sup>

Hvis der imidlertid ikke findes et relevant sammenligningsgrundlag, så har EU-domstolen vist sig villig til at gå videre med sagen, til trods for den manglende sammenlignelighedsbedømmelse.

Selvom EU-domstolen kan acceptere, at der ikke foretages en sammenligning, så er den umiddelbare hovedregel, at der skal foretages en sammenlignelighedsbedømmelse.

Det kan om sammenlignelighedsbedømmelsen konstateres, at der overordnet set anvendes to metoder til at fastslå, om situationerne er sammenlignelige. Den første metode tager hensyn til formålet med den nationale lovgivning og finder umiddelbart kun anvendelse på sager med moder- og de dertil hørende datterselskaber. Selvom EU-domstolen refererer til sammenlignelighedsbedømmelsen som være objektiv, så kan det udledes af praksis, at formålsfortolkningen har et subjektivt islæt, da der også indgår et hensyn til moderselskabets formål med at bruge lovgivningen og den skattemæssige fordel.

Den anden metode tager derimod ikke hensyn til formålet med lovgivningen, men nærmere indholdet heraf. Det er af EU-domstolen fastslået, at faste driftssteder kun befinder sig i sammenlignelig situationer, såfremt den nationale lovgivning tillader hjemmehørende selskaberne at tage hensyn til ikke-hjemmehørende faste driftssteder. Denne metode finder således umiddelbart kun anvendelse på sager, som omhandler selskaber og deres faste

---

<sup>89</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 83.

<sup>90</sup> Forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac, præmis 41.

driftssteder, hvor sammenligneligheden bliver fastslået, såfremt det hjemmehørende selskab beskattes efter globalindkomstprincippet.

Slutteligt om begrebet skal det påpeges, at selvom der forekommer delte meninger om sammenlignelighedsbedømmelsens relevans og reelle indhold, så er det på nuværende tidspunkt stadig et fast parameter ved EU-domstolen.

### **3.3.2 Er der forskel på denne bedømmelse alt efter om der ønskes fradrag for underskud eller investeringstab?**

Først og fremmest kan det konstateres, at der er forskel på underskud og investeringstab.<sup>91</sup> Med hensyn til underskud, så er der tale om et tab, som er lidt i udlandet, og som herefter ønskes overført til moderselskabet, hvorimod investeringstab er et tab lidt af moderselskabet.<sup>92</sup>

Den mest interessante forskel er, at sammenligningen ikke bliver vurderet ens for datterselskaber og faste driftssteder i sager omkring fradrag for underskud, en opdeling som ikke ses ved investeringstab.

En anden forskel er, at der ikke altid foreligger en rent indenlandsk situation at sammenligne med, når sagerne omhandler investeringstab. Hvorimod denne situation endnu ikke er set ved underskud.

På nuværende tidspunkt kan der imidlertid ikke konstateres en direkte forskel i sammenlignelighedsbedømmelsen, om end den synes mere flyvsk i sagerne omkring fradrag for investeringstab.

Sluttelig skal det påpeges, at der er forskel på den skattemæssige behandling af underskud og tab, men at denne forskel først synes at have afgørende betydning i gennemgangen af de alment tvingende hensyn.

---

<sup>91</sup> Sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, præmis 47.

<sup>92</sup> Forslag til afgørelse i sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, præmis 37+38.

## 4.0 Andel del: Neutralitetsprincippet

I EU-retspraksis er det flere gange blevet fastslået, at medlemsstaterne ikke gennem restriktiv lovgivning må tvinge selskaber til at etablere sig i en bestemt selskabsform.<sup>93</sup> Det er således anerkendt i EU-retten, at der skal forelægge neutralitet mellem valg af etableringsform. Der hersker imidlertid tvivl om neutralitetsprincippets udstrækning, og den sekundære litteratur argumentere ofte for, at faste driftssteder og datterselskaber ikke skal behandles skattemæssigt ens.<sup>94</sup>

Neutralitetsprincippet er i praksis med til at understøtte den fiktion, som bliver skabt ved indførslen af territorialprincippet. Dette gør umiddelbart faste driftssteders situation sammenlignelige med situationen for selskaber, og bryder med den anerkendte opfattelse af at driftsstedet er en transparent enhed af hovedselskabet.<sup>95</sup> EU-domstolen har imidlertid endnu ikke fastslået, om neutraliteten kun er påkrævet i værtsstaten, eller om princippet tilmed stiller krav til oprindelsesstatens skattemæssige behandling af ikke-hjemmehørende selskaber og faste driftssteder.

I dette afsnit vil der blive redegjort for EU-domstolens fortolkning af neutralitetsprincippet, samt om der forekommer en forskel på princippets betydning i henhold til underskud og investeringstab.

Til sidst i afsnittet vil problemstillingen blive besvaret, der henvises her til afsnit 1.1.2 foran i afhandlingen for gennemgang af den nævnte problemstilling.

Nærværende afsnit vil være opbygget ligesom første del af analysen, og vil således være delt ind i underskud og investeringstab.

---

<sup>93</sup> Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2015/16, 2015, s. 58.

<sup>94</sup> Se bl.a.: Thomas Rønfeldt i INTERTAX 2012, nr. 1, s. 13f, Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2015/16, 2015, s. 59f, samt Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 1002.

<sup>95</sup> Thomas Rønfeldt: Skatteværn og EU-frihed, 2010, s. 219.

## 4.1 Underskud

For at analysere neutralitetsprincippet brug i praksis er det nødvendigt, at opdele afsnittet i to dele, da der endnu ikke findes en afgørelse som tager stilling til bredden af den indre neutralitet.<sup>96</sup>

Det første afsnit analyserer afgørelser med underskud lidt af datterselskaber, hvorimod det andet afsnit fokuserer på faste driftssteder. Til sidst vil de vigtigste tendenser fra hvert afsnit blive sammenlignet, for at vurdere neutralitetsprincippet udstrækning i praksis.

### 4.1.1 Fradrag for underskud lidt af et datterselskab

I sag C-446/03, Marks og Spencer, skal EU-domstolen tage stilling til, om den engelsk koncernlempelsesordning er i strid med etableringsfriheden i TEUF art. 49 og 54, idet ordningen kun finder anvendelse på hjemmehørende koncerner.<sup>97</sup>

I henhold til Income and Corporation Tax Act 1988 (herefter kaldet ICTA) section 8(1), så beskattes engelske selskaber af hele deres globale indkomst.<sup>98</sup> Det er herefter almindeligt anerkendt, at globalindkomstsprincippet indebærer, at selskabers beskatningsgrundlag består både af inden- og udenlandske indtægter.<sup>99</sup> Det betyder at hjemmehørende selskaber i England, som etablerer sig i en anden medlemsstat gennem et fast driftssted, også bliver beskattet af driftsstedets indkomst, og ligeledes har mulighed for at fradrage underskud lidt af ikke-hjemmehørende faste driftssteder, en fordel som kun er tilgængelig såfremt de engelske selskaber vælger at etablerer sig gennem et fast driftssted.<sup>100</sup>

Generaladvokat Maduro bemærker i sit forslag til afgørelse, at: *”Bestemmelserne om etableringsfrihed er imidlertid ikke til hinder for, at der gøres forskel i den skattemæssige behandling af fysiske eller juridiske personer, som befinder sig i forskellige retlige situationer.”*<sup>101</sup>

Det kan således udledes, at Maduro mener, at neutralitetsprincippet ikke kan strækkes til at gælde ubegrænset, men at den neutralitet som EU-domstolen kræver nok nærmere

---

<sup>96</sup> Thomas Rønfeldt i INTERTAX 2012, nr. 1, s. 13.

<sup>97</sup> For mere dybdegående gennemgang af sag C-446/03, Marks og Spencer, se side 11-12.

<sup>98</sup> Sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 4.

<sup>99</sup> Aage Michelsen m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 2011, s. 158.

<sup>100</sup> Sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 9 og forslag til afgørelse i sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 48.

<sup>101</sup> jf. forslag til afgørelse i sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 49 (ordet).

skal sikre, at medlemsstaterne ikke forbyder eller diskriminere en bestemt etableringsform.<sup>102</sup>

Maduros synspunkt bliver indirekte støttet af EU-domstolen, som konstaterer, at TEUF art. 49 og art. 54 (tidl. art. 43 EF og 48 EF) ikke er til hinder for en national lovgivning, som kun giver moderselskaber mulighed for at fradrage underskud lidt af ikke-hjemmehørende datterselskaber, såfremt det kan bevises at underskuddet ellers ville gå tabt.<sup>103</sup>

Det kan ud fra afgørelsen udledes, at det ikke forekommer EU-stridigt at have en national lovgivning, som tillader fradrag for underskud lidt af både ikke-hjemmehørende datterselskaber og faste driftssted, selvom lovgivningen stiller flere krav førend et datterselskabs underskud kan gøre gældende, og derved behandler de to etableringsformer forskelligt. Der ses således en tendens til at neutralitetsprincippet ikke gælder den skattemæssige behandling af de to etableringsformer i oprindelsesstaten, hvilket Maduro ligeledes påpeger i forslaget til afgørelsen.<sup>104</sup>

Efter afgørelsen i C-446/03, Marks og Spencer, foretager Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland en revision af den pågældende lovgivning, således at der i Corporation Tax Act 2010 (herefter kaldet CTA) fremgår en række betingelser førend underskud i ikke-hjemmehørende datterselskaber kan overføres til fradrag i hjemmehørende moderselskaber. Section 118 i CTA 2010 stiller som krav, at muligheder for at underskuddet kan udnyttet i det pågældende eller tidligere skatteår er udtømt, hvorimod section 119(1)-(3) kræver at underskuddet ikke kan bruge i senere skatteår.<sup>105</sup>

Efter lovændringen i CTA anlægger kommissionen traktatbrudssag an mod Storbritannien og anfægter, at section 118 og 119(1)-(3) i CTA 2010 ikke er forenelige med etableringsfriheden, da det er tæt på umuligt for grænseoverskridende koncern at få adgang til koncernlempelsen.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Forslag til afgørelse i sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 50.

<sup>103</sup> Sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 59.

<sup>104</sup> Forslag til afgørelse i sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 49.

<sup>105</sup> Sag C-172/13, Marks og Spencer II, præmis 2-4.

<sup>106</sup> Sag C-172/13, Marks og Spencer II, præmis 8 og 14.

EU-domstolen forkaster imidlertid kommissionens anbringelser, og konstaterer at CTA 2010 og de krav der heri opstilles er forenelige med etableringsfriheden. Det er således foreneligt med TEUF art. 49 og art. 54 kun at tillade overførsel af underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber, såfremt denne kan bevise, at der er tale om et endeligt tab som ikke kan udnyttes i værtsstaten.<sup>107</sup>

Hverken i sag C-446/03, Marks og Spencer eller sag C-172/13, Marks og Spencer II tager EU-domstolen notits af den forskelsbehandling, som finder sted mellem datterselskaber og faste driftssteder i den engelsk lovgivning.<sup>108</sup> Hvilket kunne tyde på, at EU-domstolen ikke kræver neutralitet i oprindelsesstaten. Dette støttes ligeledes af generaladvokaterne, som til forskel fra EU-domstolen, både i Marks og Spencer I+II kommenterer på den manglende neutralitet som værende tilladt.

Ovenfor er der henvist til generaladvokat Maduros synspunkter i forslaget til afgørelse i sag C-446/03, Marks og Spencer. Maduro synes at mene, at den skattemæssige forskelsbehandling af faste driftssteder og datterselskaber ikke er EU-stridig. Denne holdning synes Generaladvokat Kokott imidlertid at støtte op om i sit forslag til afgørelse.<sup>109</sup>

Kokott påpeger i sit forslag, at datterselskaber ikke umiddelbart skal behandles på lige fod som faste driftssteder, idet ikke-hjemmehørende datterselskaber ikke hører under beskatningskompetencen i det hjemmehørende moderselskabs etableringsstat. Hvorimod et fast driftssted i henhold til globalindkomstprincippet stadig er en integreret del af hovedselskabet. Kokott mener, at der er tale om et undtagelsestilfælde, og at EU-retten umiddelbart bør tillade at forskellige etableringsformer kan kræve en forskellig skattemæssig behandling i oprindelsesstaten.<sup>110</sup>

Der ses således en tendens til, at generaladvokaterne fortolker neutralitetsprincippet til kun at kræve neutralitet ved valg af etableringsform i værtsstaten, og altså ikke en udstrækning af princippet til også at gælde den senere skattemæssige behandling af etableringsformen i oprindelsesstaten.

---

<sup>107</sup> Sag C-172/13, Marks og Spencer II, præmis 45.

<sup>108</sup> Philip Martin i EC Tax Review 2005/2, s. 67.

<sup>109</sup> Forslag til afgørelse i sag C-172/13, Marks og Spencer II.

<sup>110</sup> Forslag til afgørelse i sag C-172/13, Marks og Spencer II, præmis 26.



Fra generaladvokaters side ses således en godkendelse af, at moderselskabets hjemsted behandler ikke-hjemmehørende etableringer forskelligt, alt efter deres selskabs- og skattemæssige karakteristika.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at når sagerne omhandler overførsel af underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber, så er det foreneligt med etableringsretten, at der opstilles krav førend dette er muligt. Eftersom at EU-domstolen ikke har nogen bemærkninger til at kravene kun gøres gældende overfor ikke-hjemmehørende datterselskab, kan det betyde at der ikke stilles krav til neutralitet mellem den skattemæssige behandling af underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber og underskud fra ikke-hjemmehørende faste driftssteder.

Der forekommer ud fra ovenstående en tendens til, at neutralitetsprincippet ikke umiddelbart kan udstrækkes til at gælde oprindelsesstatens skattemæssige behandling af ikke-hjemmehørende etableringer, hvorimod EU-domstolen til stadighed kræver neutralitet ved valg af etableringsform i værtsstaten.

#### **4.1.2 Fradrag for underskud lidt af et fast driftssted**

Ud fra ovenstående ses en umiddelbar tendens til at overførsel af underskud fra ikke-hjemmehørende faste driftssteder er lettere, idet der ikke stilles de samme krav til denne overførsel i forhold til overførslen fra ikke-hjemmehørende datterselskaber. Denne tendens udelukker imidlertid, at neutralitetsprincippet på nuværende tidspunkt kan udstrækkes til at gælde både i oprindelses- og værtsstaten.

Førend ovenstående kan fastslås, skal sager angående underskud i faste driftssteder analyseres.

I sag C-414/06, Lidl, skal EU-domstolen tage stilling til, om det er foreneligt med TEUF art. 49 og art. 54, at et tysk selskab ikke i sit overskud kan fradrage underskud lidt af et fast driftssted i Luxembourg.<sup>111</sup>

I den dagældende dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Tyskland og Luxembourg er det i art. 5, stk. 1 bestemt, at beskatningskompetencen til indkomsten i et fast driftssted tilhører den stat, hvori driftsstedet er hjemmehørende. Hertil uddyber art. 5, stk. 2, hvorefter

---

<sup>111</sup> Sag C-414/06, Lidl, præmis 14.

ter det er bestemt, at: *"Den indkomst, der kan henføres til et fast driftssted, er den, som det faste driftssted ville have opnået, hvis det havde været et uafhængigt fortagende [...]."*<sup>112</sup> Dobbeltbeskatningsoverenskomsten har således sidestillet faste driftssteder med selskaber, og derved skabt neutralitet mellem de to etableringsformer i værtsstaten.

Selvom den altovervejende hovedregel er, at det skal være neutralt at vælge etableringsform, hvilket opnås gennem den tysk/luxembourgiske overenskomst, så fastslår EU-domstolen imidlertid, at et fast driftssted ikke har status som en selvstændig juridisk person.<sup>113</sup> Det kan heraf udledes, at EU-domstolen anerkender, at den selvstændighedsegenskab som tidligere er blevet pålagt faste driftssteder kun er en fiktion, og at hovedreglen stadig er, at faste driftssteder er en transparent enhed.<sup>114</sup> Dette støttes ligeledes senere, hvor EU-domstolen bemærker at såfremt der ikke forelå en overenskomst, så ville det faste driftssteds overskud blive beskattet ved hovedselskabet.<sup>115</sup>

EU-domstolen fastslår ydermere, at den omtalte lovgivning ikke er i strid med etableringsfriheden, da det luxembourgiske faste driftssted har mulighed for at udnytte underskuddet i Luxembourg.<sup>116</sup> Det kan således udledes, at eftersom dobbeltbeskatningsoverenskomsten gjorde det faste driftssted til en selvstændig juridisk person, så er det ikke EU-stridigt at nægte overførsel af underskud, såfremt der kan tages hensyn til underskuddet i det faste driftssteds etableringsstat.

Selvom EU-domstolen virker klar i deres afgørelse, så er generaladvokat Sharpston ikke enig.<sup>117</sup> Sharpston mener derimod, at overførslen burde være forenelig. Denne udmelding sker på baggrund af forslaget til Rådets direktiv om regler for virksomhedernes medregning af underskud i deres faste driftssteder og i datterselskaber i andre medlemsstater (KOM(90)595 endelig udg.), hvori kommissionen tilkendegiver en klar holdning omkring underskudsoverførsler.<sup>118</sup> I første betragtning af præambelen står ifølge Sharpston: *"Natio-*

---

<sup>112</sup> jf. sag C-414/06, Lidl, præmis 5 (ordret).

<sup>113</sup> Sag C-414/06, Lidl, præmis 15.

<sup>114</sup> Sag C-414/06, Lidl, præmis 22.

<sup>115</sup> Sag C-414/06, Lidl, præmis 33.

<sup>116</sup> Sag C-414/06, Lidl, præmis 54.

<sup>117</sup> Forslag til afgørelse i sag C-414/06, Lidl.

<sup>118</sup> Forslag til afgørelse i sag C-414/06, Lidl, præmis 35.

*nal lovgivning, som ikke giver virksomhederne mulighed for at medregne underskud i deres faste driftssteder og i datterselskaber i andre medlemsstater, er uforenelig med det indre marked.*<sup>119</sup>

Hvis ovenstående ligges til grund, så er EU-domstolens afgørelse i sag C-414/06, Lidl, i strid med EU-retten, men eftersom at forslaget endnu ikke er vedtaget, så er EU-domstolen ikke bundet heraf, og det må således accepteres, at mange af afgørelserne ville have et andet udfald såfremt området var harmoniseret indenfor EU.

Desuagtet generaladvokat Sharpston synspunkter, så bliver udfaldet i sag C-414/06, Lidl, at frihedsrettigheder ikke påligger oprindelsesmedlemsstaterne en pligt til at tillade overførsel af underskud lidt i et ikke-hjemmehørende fast driftssted, når der er mulighed for at udnytte underskuddet i værtsstaten.

I ovenstående sag skabte dobbeltbeskatningsoverenskomsten en selvstændighedsfriktion for faste driftssteder, dette var ligeledes tilfældet i sag C-48/13, Nordea.<sup>120</sup> I nærværende sag finder den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst anvendelse, denne bestemmer i art 7, stk. 1, at indkomst fra et fast driftssted i en kontraherende stat skal beskattes ved hovedselskabet, men med lempelse for kildeskat pålagt den del af indkomsten, som kan henføres til det faste driftssted.<sup>121</sup> Overenskomsten følger således hovedreglen, idet det faste driftssted forbliver en transparent enhed af hovedselskabet, men skaber også lidt selvstændighed, idet der pålægges kildeskat på den del af indkomsten som kan henføres til driftsstedet.

Derudover giver den danske lovgivning, der finder anvendelse i sag C-48/13, Nordea, hjemmehørende selskaber ret til at medregne overskud og underskud fra ikke-hjemmehørende driftssted ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.<sup>122</sup> Hovedreglen i Danmark er således, at faste driftssteder ikke er en selvstændig juridisk person, da denne indgår i hovedselskabets regnskaber.

---

<sup>119</sup> jf. Forslag til afgørelse i sag C-414/06, Lidl, præmis 35 nederst (ordret), og note 35.

<sup>120</sup> For en nærmere gennemgang i tvisten i sag C-48/13, Nordea, se s. 17.

<sup>121</sup> Sag C-48/13, Nordea, præmis 3.

<sup>122</sup> Sag C-48/13, Nordea, præmis 5.

Det interessante i sag C-48/13, Nordea, er at EU-domstolen fastslår, at medlemsstaterne som udgangspunkt ikke skal behandle hjemmehørende og ikke-hjemmehørende faste driftssteder ens.<sup>123</sup> Dette støtter ligeledes op om den før sete tendens, hvorefter oprindelsesstaten ikke er forpligtet til at behandle ikke-hjemmehørende etableringer neutralt.

Ovenstående bliver uddybet af at EU-domstolen henviser til sag C-170/05, Denkavit Internationaal. Selvom den pågældende afgørelse omhandler udbytteudbetalinger, og derfor falder udenfor denne afhandlings afgrænsning, så kan den generelle holdning som der henvises til i sag C-48/13, Nordea, godt inddrages.

I sag C-170/05, Denkavit Internationaal fastslår EU-domstolen i præmis 34 og 35 følgende:

*”Det er korrekt, at med hensyn til foranstaltninger, der er truffet i en medlemsstat med henblik på at forhindre eller formindske kædebeskatning eller dobbeltbeskatning af udbytte udloddet af et hjemmehørende selskab, befinder de modtagne hjemmehørende aktionærer sig ikke nødvendigvis i en situation, der er sammenlignelig med situationen for de modtagne aktionærer, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat [...]”*<sup>124</sup>

*”I det øjeblik en medlemsstat ensidigt eller gennem indgåelse af overenskomster gør ikke blot de hjemmehørende aktionærer, men også de ikke-hjemmehørende aktionærer indkomstskattepligtige af det udbytte, de modtager fra et hjemmehørende selskab, nærmer de ikke-hjemmehørende aktionærers situation sig imidlertid de hjemmehørende aktionærers situation [...]”*<sup>125</sup>

Det synes således at være EU-domstolens opfattelse, at såfremt der ikke finder en national beskatning sted, så er oprindelsesstaten ikke forpligtet til at behandle ikke-hjemmehørende på lige fod som hjemmehørende. Således at hvis ikke overskud beskattes, så skal underskud heller ikke kunne overføres.

---

<sup>123</sup> Sag C-48/13, Nordea, præmis 24.

<sup>124</sup> jf. Sag C-170/05, Denkavit Internationaal, præmis 34 (ordret).

<sup>125</sup> jf. Sag C-170/05, Denkavit Internationaal, præmis 35 (ordret).

Denne opfattelse kan bevirke, at faste driftssteder og selskaber ikke behandles ens i oprindelsesstaten, eftersom at hovedreglen er at selskaber er en selvstændig juridisk enhed, hvorimod et fast driftssted er en transparent enhed.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at såfremt oprindelsesstaten giver hjemmehørende selskaber mulighed for at tage hensyn til overskud og underskud i ikke-hjemmehørende faste driftssteder, så medfølger der en forpligtelse til at behandle hjemmehørende og ikke-hjemmehørende driftssteder neutralt. Så i de tilfælde hvor forestående mulighed ikke er givet, stilles der ingen krav til oprindelsesstatens skattemæssige behandling af ikke-hjemmehørende etableringer ifølge EU-retspraksis.

Når sagerne omhandler underskud lidt af faste driftssteder, bliver det af EU-domstolen fastslået, at oprindelsesstaten ikke må opstille hindringer for selskaber, som ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat.<sup>126</sup> Hertil bemærkes det, at der kun stilles yderligere krav til oprindelsesstaten såfremt den nationale lovgivning giver hjemmehørende selskaber mulighed for, at tage hensyn til resultaterne i ikke-hjemmehørende etableringer, hvis denne mulighed ikke foreligger, så er oprindelsesstaten kun forpligtet til at tillade udadgående etableringer.<sup>127</sup> Derudover fastholder EU-domstolen, at neutralitetsprincippet gælder for valg af etableringsform i værtsstaten, således at selskaber ikke tvinges til at etablere sig i en bestemt selskabsform.<sup>128</sup>

#### 4.1.3 Opsummering

Ud fra ovenstående analyse kan det udledes, at oprindelsesstaten ikke umiddelbart er forpligtet til at behandle ikke-hjemmehørende faste driftssted og ikke-hjemmehørende datterselskaber skattemæssigt neutralt, men blot skal sikre, at der ikke opstilles hindringer for hjemmehørende selskabers mulighed for at etablere sig i en anden medlemsstat.

Der ses således ingen tendenser, som peger i retning af at udstrække neutralitetsprincippet til at gælde i oprindelsesstaten, hvilket støttes op i sag C-337/08, X Holding.<sup>129</sup> I sagen fastslår EU-domstolen, at: *"Selv om en medlemsstat beslutter sig for at tillade, at under-*

---

<sup>126</sup> Sag C-414/06, Lidl, præmis 19 og sag C-48/13, Nordea, præmis 18.

<sup>127</sup> Sag C-48/13, Nordea, præmis 24 og sag C-170/05, Denkavit Internationaal, præmis 34 og 35.

<sup>128</sup> Sag C-414/06, Lidl, præmis 18 og sag C-48/13, Nordea, præmis 17.

<sup>129</sup> For nærmere gennemgang af sag C-337/08, X Holding, se s. 13.

*skuddet i et fast driftssted i udlandet modregnes på det sted, hvor virksomheden har hovedsæde, betyder det nemlig ikke, som også generaladvokaten har anført i punkt 51 i forslaget til afgørelse, at denne mulighed ligeledes skal gælde for et hjemmehørende moderselskabs ikke-hjemmehørende datterselskaber.*<sup>130</sup>

Ovenstående standpunkt begrundes i den manglende sammenlignelighed mellem ikke-hjemmehørende faste driftssteder og ikke-hjemmehørende datterselskaber, idet datterselskabet er en selvstændig juridisk person og fuldt skattepligtig i værtsstaten, hvorimod et fast driftssted er en transparent enhed, og således stadig delvist underlagt oprindelsesstatens beskatningskompetence.<sup>131</sup>

Hertil bemærkes det, at hverken oprindelses- eller værtsstaten må begrænse det frie valg af etableringsform gennem diskriminerende skattebestemmelser.<sup>132</sup> Dog med den undtagelse, at oprindelsesstaten frit kan fastsætte betingelserne for beskatningen af forskellige etableringsformer, så længe at indenlandske selskaber som udøver virksomhed i udlandet ikke behandles diskriminerende i forhold til sammenlignelige indenlandske etableringsformer.<sup>133</sup>

Det kan således udledes at neutralitetsprincippet sikrer, at der i værtsstaten ikke sker filialdiskrimination.<sup>134</sup> Dette ses ligeledes i de analyserede afgørelse, idet EU-domstolen flere gange fastslår at et fast driftssted skal behandles som var det et selskab, hvilket kommer til udtryk i det frie valg af etableringsform.<sup>135</sup> Det kan derfor på nuværende tidspunktet ikke afvises, at neutralitetsprincippet er gældende i værtsstaten i sager som omhandler overførsel underskud.

Derimod kan det afvises, at neutralitetsprincippet finder anvendelse i oprindelsesstaten, hvilket generaladvokat Kokott gør klart i sit forsalg i sag C-337/08, X Holding:

*”Efter Domstolens opfattelse kan den skattemæssige behandling af en indenlandsk virksomheds aktiviteter i udlandet kun ske med udgangspunkt i reglerne for den tilsvarende*

---

<sup>130</sup> jf. Sag C-337/08, X Holding, præmis 37 (ordret).

<sup>131</sup> Sag C-337/08, X Holding, præmis 38.

<sup>132</sup> Sag C-337/08, X Holding, præmis 39.

<sup>133</sup> Sag C-337/08, X Holding, præmis 40.

<sup>134</sup> Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2015/16, 2015, s. 59.

<sup>135</sup> Thomas Rønfeldt i INTERTAX 2012, nr. 1, s. 19.

*nationale etableringsform. Indenlandske faste driftssteder må sidestilles med udenlandske faste driftssteder og indenlandske datterselskaber med udenlandske. Fællesskabsretten er derimod ikke til hinder for, at oprindelsesmedlemsstaten anvender en anden skatteordning for udenlandske faste driftssteder end for udenlandske datterselskaber.*<sup>136</sup>

Kokott uddyber senere ovenstående, og påpeger, at værtsmedlemsstaten ikke må behandle faste driftssteder og selskaber forskelligt i forbindelse med skatteopkrævningen, hvorimod oprindelsesstaten kun har kompetence til at beskatte udenlandske faste driftssteder, og derfor ikke er forpligtet til at behandle de to etableringsformer neutralt.<sup>137</sup>

Ud fra de afgørelser som indgår i analysen er det nærliggende at acceptere Kokott's gengivelse af EU-domstolens opfattelse, og således fastslå at med hensyn til underskud, så forpligter neutralitetsprincippet kun værtsstaten til at behandle faste driftssteder og datterselskaber lige, hvorimod oprindelsesstaten er i sin ret til selv at fastsætte de nærmere regler herfor.

## **4.2 Investeringstab**

I dette afsnit vil neutralitetsprincippet i afgørelser om fradrag for investeringstab blive analyseret, således at det til sidst er muligt at udelede om der forekommer nogle forskelle i princippetets udstrækning, alt efter om der i tvisten ønskes fradrag for underskud eller investeringstab.

### **4.2.1 Fradrag for investeringstab i selskaber**

I sag C-347/07, Rewe Zentralfinanz, tager EU-domstolen stilling til, om det er foreneligt med etableringsfriheden, at en national lovgivning kun tillader fradrag for tab på kapitalandele såfremt kapitalandelene ejes i et hjemmehørende selskab.<sup>138</sup> EU-domstolen bemærker for det første, at etableringsfriheden sikrer borgere og selskaber en ret til frit at etablere sig i den selskabsform det ønskes.<sup>139</sup> Det bliver således fastslået, at det land hvor etableringen finder sted, skal behandle etableringsformerne neutralt, idet etableringsretten sikrer det frie valg af etableringsform.

---

<sup>136</sup> jf. Forslag til afgørelse i sag C-337/08, X Holding, præmis 60 (ordret).

<sup>137</sup> Forslag til afgørelse i sag C-337/08, X Holding, præmis 62.

<sup>138</sup> For nærmere gennemgang af sag C-347/07, Rewe Zentralfinanz, se s. 24.

<sup>139</sup> Sag C-347/07, Rewe Zentralfinanz, præmis 25.

Herefter påpeges det, at TEUF art. 49 og art. 54 ikke kun sikrer en national behandling i værtsstaten, men samtidig indebærer et forbud mod hindringer af udadgående etablering i oprindelsesstaten.<sup>140</sup> Det kan heraf udledes, at det er EU-domstolens opfattelse, at diskriminationsforbuddet sikrer en national behandling i værtsstaten, hvorimod restriktionsforbuddet sikrer at en medlemsstats borgere og selskaber frit kan etablere sig i en anden medlemsstat, uden at opleve hindringer herfor i oprindelsesstaten.

I sag C-347/07, Rewe Zentralfinanz, fastslår EU-domstolen, at: *”En forskellig skattemæssig behandling af hjemmehørende moderselskaber i forhold til, om de har eller ikke har udenlandske datterselskaber, kan ikke være begrundet, blot fordi de har besluttet at udøve økonomisk virksomhed i en anden medlemsstat, hvori den pågældende stat ikke kan udøve sin beskatningskompetence.”*<sup>141</sup> En sådan forskellig behandling, hvorefter oprindelsesstaten gør det mindre attraktivt for hjemmehørende selskaber at udnytte sig af etableringsfriheden, er ud fra ovenstående en restriktion.<sup>142</sup>

I henhold til territorialprincippet bliver det anført, at det er foreneligt hermed at hjemmehørende selskaber bliver beskattet af hele deres globale indkomst, hvorimod ikke-hjemmehørende selskaber kun bliver beskattet af den del af indkomsten som kan henføres til et hjemmehørende fast driftssted. Selvom der tillades en forskellig skattemæssig behandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaber, så kan dette ikke begrunde en forskellig behandling af hjemmehørende selskaber som udøver udenlandsk virksomhed og rent indenlandske konstruktioner.<sup>143</sup> Ud fra ovenstående bemærkninger kan det udledes, at etableringsfriheden kræver at oprindelsesstaten ikke opstiller hindringer eller behandler hjemmehørende selskaber med ikke-hjemmehørende datterselskaber ringere end rent hjemmehørende konstruktioner. Hvilket synes mere i linje med sammenlignelighedsbedømmelsen end neutralitetsprincippet.

---

<sup>140</sup> Sag C-347/07, Rewe Zentralfinanz, præmis 26.

<sup>141</sup> jf. Sag C-347/07, Rewe Zentralfinanz, præmis 43 (ordret).

<sup>142</sup> Se ligeledes sag C-66/14, Finanzamt Linz, præmis 26.

<sup>143</sup> Sag C-347/07, Rewe Zentralfinanz, præmis 69.



I overensstemmelse med ovenstående fastslår EU-domstolen i sag C-377/07, STEKO, at EU-retten også stiller krav til oprindelsesstaten.<sup>144</sup> Heri bliver det bemærket, at der foreligger en restriktion, såfremt en medlemsstat anvender forskellige beskatningsordninger på et hjemmehørende selskab, alt efter om dette besidder kapitalandele i hjemmehørende eller i ikke-hjemmehørende selskaber.<sup>145</sup> Her ses der igen et sammenfald med begrebet fra første del af analysen.

Ovenstående konstatering støttes ligeledes i sag C-66/14, Finanzamt Linz.<sup>146</sup> I sagen fastslår EU-domstolen, at oprindelsesstaten ikke må behandle hjemmehørende selskaber som udøver økonomisk virksomhed i udlandet ringere end rent indenlandsk situationer.<sup>147</sup>

Det kan således udledes, at såfremt et hjemmehørende selskab investerer i et ikke-hjemmehørende selskab, så har denne krav på at blive beskattet efter samme skatteordning som finder anvendelse på indenlandske investeringer.<sup>148</sup> Der ses således en tendens til, at neutralitetsprincippet ingen real virkning har i sagerne, eftersom tabet som ligger til grund for tvisterne lides direkte af moderselskabet, og derved bliver det unødvendigt at undersøge den skattemæssige behandling af datterselskaberne.

#### **4.2.2 Fradrag for investeringstab i faste driftssteder**

For at afdække neutralitetsprincippet udstrækning ved investeringstab er det nødvendigt også at analysere, om princippet finder anvendelse, når tabet lides grundet en investering i et ikke-hjemmehørende fast driftssted. Sag C-293/06, Deutsche Shell, omhandler et sådant tab.<sup>149</sup>

I sagen fastslår EU-domstolen, at den tyske lovgivning kan afholde et hjemmehørende selskab fra at etablere sig gennem et fast driftssted i en anden medlemsstat, idet lovgivningen ikke giver mulighed for fradrag af valutatab.<sup>150</sup> Dette er det allerede anerkendte

---

<sup>144</sup> For nærmere gennemgang af sag C-377/07, STEKO, se s. 25.

<sup>145</sup> Sag C-377/07, STEKO, præmis 33.

<sup>146</sup> For nærmere gennemgang af sag C-66/14, Finanzamt Linz, se s. 26.

<sup>147</sup> Sag C-66/14, Finanzamt Linz, præmis 38.

<sup>148</sup> Marjaana Helminen i EC Tax Review 2011/4, s. 174.

<sup>149</sup> For nærmere gennemgang af sag C-293/06, Deutsche Shell, se s. 27.

<sup>150</sup> Sag C-293/06, Deutsche Shell, præmis 29.

princip, hvorefter oprindelsesstaten ikke må opstille hindringer for udadgående etablering. Det interessante er imidlertid her, at det ud fra bemærkningen kan udledes, at der efter EU-domstolens opfattelse heller ikke må gøres forskel i oprindelsesstaten på, hvilke form for etablering der vælges, således at oprindelsesstaten ikke gennem lovgivningen gør en etableringsform mere attraktiv end en anden.

Som begrundelse for den forskelsbehandling som foreligger, argumentere Tyskland for at valutatabet ikke skal kunne fradrages, idet Tyskland ikke har beskatningsretten til en eventuelt valutagevinst.<sup>151</sup> Dette argument bliver imidlertid afvist, da EU-domstolen er af den opfattelse, at et skattemæssig fradrag ikke kan nægtes, blot fordi medlemsstaten ikke har beskatningsretten til en eventuel senere gevinst.<sup>152</sup>

Dette går dog imod den generelle holdning som bliver fastslået i sag C-170/05, Denkavit Internationaal,<sup>153</sup> og som senere bliver gengivet i sag C-48/13, Nordea.<sup>154</sup> Herefter er EU-domstolen opfattelse, at beskattes overskud ikke, så skal underskud heller ikke kunne fradrages. Ud fra den generelle holdning vil det betyde, at beskattes en avance ikke, så skal tabet heller ikke kunne fradrages.

Det unikke i sag C-293/06, Deutsche Shell, er imidlertid at der ikke forekommer en rent indenlandsk situation til sammenligning, og derfor kan det ikke med sikkerhed fastslås om de modstridende opfattelser har et reelt indhold.

Udover ovenstående fastslår EU-domstolen, at eftersom der endnu ikke på fællesskabsplan er indført harmoniserede regler på området, så tilkommer det medlemsstaterne selv at indrette deres skattesystemer. Denne kompetence indebærer ikke et krav til medlemsstaterne om, at deres respektive skattesystemer indrettes med hensyn til de øvrige medlemsstater. I nærværende sag er det imidlertid klart, at valutatabet er lidt af et hjemmehørende selskab, idet et fast driftssted aldrig selvstændig kan lide et sådan tab, og Tyskland skal derfor tillade fradrag for tabet.<sup>155</sup>

---

<sup>151</sup> Sag C-293/06, Deutsche Shell, præmis 29.

<sup>152</sup> Sag C-293/06, Deutsche Shell, præmis 38.

<sup>153</sup> For nærmere gennemgang af sag C-170/05, Denkavit Internationaal, se s. 39.

<sup>154</sup> For nærmere gennemgang af sag C-48/13, Nordea, se s. 17.

<sup>155</sup> Sag C-293/06, Deutsche Shell, præmis 41, 42, 43 og 44.

Der kan således udledes at såfremt tabet lides på en investering i et ikke-hjemmehørende faste driftssted, så har det hjemmehørende selskab krav på fradrag for tabet. EU-domstolen konstaterer i Deutsche Shell-sagen, at der foreligger en diskrimination eftersom at hverken oprindelsesstaten eller værtsstaten tager hensyn til tabet.<sup>156</sup>

Derudover fastslår EU-domstolen, at fradraget ikke kan nægtes blot fordi oprindelsesstaten ikke har beskatningsretten til en eventuel avance. Ydermere ses der en tendens til, at neutralitetsprincippet ikke er et element som indgår i vurderingen, hvilket giver god mening eftersom at tabet altid lides direkte af hovedselskabet.

#### **4.2.3 Opsummering**

Ud fra ovenstående analyse kan det udledes, at neutralitetsprincippet ikke indgår som et bemærkelsesværdigt element i sagerne omkring investeringstab.

Eftersom at investeringstab lides direkte i moderselskabet, så er der ikke tale om en grænseoverskridende overførsel, hvorfor EU-domstolen virker mere optaget af om situationen for hjemmehørende selskaber med udenlandske investeringer er sammenlignelig med situationen for hjemmehørende selskaber med indenlandske investeringer.

Det bliver imidlertid for sagerne om investeringstab fastslået, at selskaberne frit skal kunne vælge hvor de vil investere, samt hvilken etableringsform der investeres i. Der kræves således neutralitet ved valget af etableringsform, hvilket er i overensstemmelse med den anerkendte EU-retspraksis.

### **4.3 Besvarelse af anden problemstilling**

Som beskrevet i afsnit 1.1.2 i nærværende afhandling, så er formålet med anden del af analysen at undersøge, hvilke krav neutralitetsprincippet stiller til medlemsstaternes lovgivning, samt om der er forskel herpå alt efter hvad der ønskes fradrag for.

#### **4.3.1 Hvilke krav stiller neutralitetsprincippet til oprindelses- og værtsstaten?**

Det kan ud fra analysen ses, at der gennem EU-retspraksis er et altovervejende krav, som gælder både oprindelses- og værtsstaten. Dette krav sikre, at borgere og selskaber indenfor Union frit kan etablere sig og ligeledes frit kan vælge etableringsformen. Dette krav bli-

---

<sup>156</sup> Michael Lang i EC Tax Review 2009/3, s. 99.

ver fastslået i samtlige domme, og skal sikre at valget af etableringsform forekommer neutralt.

Det ses imidlertid at EU-domstolen, til trods for kravet om neutralitet, anerkender at etableringsformerne kan have forskellige selskabs- og skattemæssige karakteristika, som kan begrunde en forskellig behandling i oprindelsesstaten. Det er herved almindeligt anerkendt, at selskaber er en selvstændig juridisk enhed, hvorimod det faste driftssted er en transparent enhed af hovedselskabet. Dette medfører, at såfremt den udadgående etablering sker i form af et selskab, så falder denne udenfor beskatningskompetencen i oprindelsesstaten, hvorimod denne stadig beholder en del af beskatningsretten til et ikke-hjemmehørende fast driftssted.

På grund af ovenstående accepterer EU-domstolen, at oprindelsesstaten beskatter ikke-hjemmehørende datterselskaber og ikke-hjemmehørende faste driftssteder forskelligt, og der kræves således ikke neutralitet ved den skattemæssige behandling af de to ikke-hjemmehørende etableringsformer.

Neutralitetsprincippet får derved først reel virkning for værtsstaten, som er forpligtet til at behandle selskaber og faste driftssteder neutralt, det betyder at den skatteopkrævning som finder sted i værtsstaten skal være ens desuagtet etableringsformen. Herved bliver fiktionen, om at det faste driftssted er en selvstændig juridisk person, gjort til en realitet, dog med undtagelse af den del af indkomsten som ikke kan henføres til driftssted, og derfor bliver beskattet i hovedselskabet.

Det kan således fastslås, at neutralitetsprincippet kræver fri adgang til valg af etableringsform, samt at den sikre en lige skattemæssig behandling af selskaber og faste driftssteder i værtsstaten.

#### **4.3.2 Er der forskel på princippet anvendelse alt efter om der ønskes fradrag for underskud eller investeringstab?**

Den forskel som foreligger mellem underskud og investeringstab synes at have stor betydning for neutralitetsprincippet. Når et selskab lider et tab på en investering, så er der tale om et tab, som er lidt direkte i selskabet, som følge af den nedskrivning i værdi som

sker i det/den investerede aktiv/andel. Heroverfor står det underskud som et moderselskab ønsker overført fra det underskudsgivende selskab/fast driftssted, et tab som ikke er lidt i moderselskabet.

Ovenstående kan muligvis være begrundelsen for den forskellige betragtning af neutralitetsprincippet.

I sagerne omkring fradrag for underskud synes neutralitetsprincippet at komme til sin ret, idet tvisterne omhandler selskabers ret til at overføre underskud lidt i enten selskaber eller faste driftssteder, således at etableringsformens karakteristika indgår som et element i sags vurderingen. Selvom princippet sjældent nævnes direkte, så er der ingen tvivl om værtsstatens forpligtelse til at behandle selskaber og faste driftssteder lige.

I sagerne om fradrag for investeringstab er det derimod moderselskaberne, der er i fokus. Det er således i oprindelsesstaten at tvisten opstår, og det er således også denne stats skattelovgivning som ligger til grund herfor. Som allerede fastslået ovenfor, så gælder neutralitetsprincippet primært i værtsstaten, og har derfor ingen relevans i sagerne om investeringstab, da disse per definition lides i oprindelsesstaten af moderselskabet.

Det kan således ud fra analysen og ovenstående bemærkninger konstateres, at neutralitetsprincippet primært finder anvendelse, såfremt der er tvist om en overførsel af underskud på tværs af medlemsstaternes grænser.

## 5.0 Fortolkning

I nærværende afsnit vil betragtningerne fra analyserne ovenfor blive fortolket set i lyset af det traktatfæstede diskriminations- og restriktionsforbud. Dette gøres for at undersøge, hvilken betydning sammenlignelighedsbedømmelsen og neutralitetsprincippet har for EU-domstolens vurdering af medlemsstaternes nationale skattelovgivninger indenfor området for tabsfradrag, både på nuværende tidspunkt og fremadrettet.

### 5.1 Det traktatfæstede diskriminations- og restriktionsforbud

For at kunne fortolke hvilken indvirkning sammenlignelighedsbedømmelsen og neutralitetsprincippet har på det traktatfæstede forbud, er det nødvendigt at undersøge, hvilke rettigheder unionens borgere og selskaber tildeles i henhold til traktaten, samt hvilke krav der herigennem stilles til medlemsstaterne. Af denne grund vil de vigtigste artikler i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) blive gennemgået.

Ved indførslen de frie bevægelsesrettigheder, bliver der ligeledes indført to basale rettigheder.<sup>157</sup> Den første er en ret til frit at cirkulere rundt indenfor de europæiske grænser, det betyder at unionsborgere og europæiske selskaber opnår fri adgang til de forskellige markeder uden hindringer. Den anden er retten til at blive behandlet på lige fod som medlemsstatens egne, hvilket skaber et lige marked indenfor Europa.<sup>158</sup> Tilsammen udgør de to basale rettigheder det traktatfæstede diskriminations- og restriktionsforbud indenfor det pågældende område.

I TEUF art. 18 er anført, at traktaten forbyder enhver forskelsbehandling på baggrund af nationalitet. Dette betragtes som en direkte diskrimination, og kan kun begrundes af hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Der er imidlertid en undtagelse for etableringsfriheden, idet en diskrimination herfor ligeledes kan være begrundet i hensynet til udøvelse af offentlig myndighed jf. TEUF art. 51. I henhold til TEUF art. 18 forekommer mulighederne for at begrunde en forskelsbehandling små, dette bliver imidlertid udvidet af restriktionsforbuddet.

---

<sup>157</sup> Som er følgende tjenesteydelse, kapitalens og varens frie bevægelighed, og retten til frit at etablere sig (gælder både personer og selskaber).

<sup>158</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 53.

TEUF art. 49 pålægger således medlemsstaterne forbud mod restriktive lovgivninger, som forhindre statens borgere i frit at etablere sig i en anden medlemsstat, samt en ret for borgere til frit at kunne oprette faste driftssteder og selskaber i den anden medlemsstat. Dette forbud gælder ligeledes for selskaber, som ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat end der hvor hovedsædet er beliggende jf. TEUF art. 54. Restriktionsforbuddet stiller således både krav til oprindelsesstaten, idet denne ikke må hindre udadgående etablering, samt værtsstaten som ikke må forhindre unionsborgere/-selskaber i at etablere sig på dens område. Derudover tildeler restriktionsforbuddet borgere og selskaber endnu en ret-tighed, idet disse har ret til frit at vælge etableringsformen.

Restriktionsforbuddet kan således siges at være en udvidelse af diskriminationsforbuddet i TEUF art. 18.<sup>159</sup> Denne udvidelse gør det muligt, at vurdere ud fra andre hensyn end dem i traktaten, således at også domstolsskabte hensyn kan gøres gældende.<sup>160</sup> Diskriminationsforbuddet mister imidlertid ikke sit indhold, idet en direkte diskrimination stadig kun tillades, såfremt denne kan begrundes i de traktatfæstede hensyn.

Det sætter således den begrænsning for EU-domstolen, at såfremt der indenfor området for de direkte skatter foreligger en direkte diskrimination, så kan denne kun tillades såfremt den kan begrundes i de traktatfæstede hensyn 'ordre public'.<sup>161</sup> En direkte diskrimination foreligger f.eks. når en grænseoverskridende koncern stilles ringere end en hjemmehørende koncern.<sup>162</sup> Eftersom at hensynet til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed sjældent berører en national skattelovgivning, så forekommer det svært at begrunde en beskatning i 'ordre public'.

Denne begrænsning har EU-domstolen undermineret, idet den ved vurdering af nationale skattelovgivninger tager en mere restriktiv tilgang, i stedet for at fokusere på det diskriminerende element. Det ses således oftere, at der påpeges en restriktion fremfor en diskrimination.<sup>163</sup> Dette har muligvis været grundstenen til oprettelsen af sammenlignelighedsbedømmelsen og neutralitetsprincippet.

---

<sup>159</sup> Jørgen Ullits Olai Nielsen: Kompendium i EU-ret, 2013, s. 69.

<sup>160</sup> Se bl.a. Jørgen Ullits Olai Nielsen: Kompendium i EU-ret, 2013, s. 70.

<sup>161</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s 92.

<sup>162</sup> Philip Martin i EC Tax Review 2005/2, s. 62.

<sup>163</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s 92.

Slutteligt skal det pointeres, at der for kapitalens frihed i TEUF art. 63 findes lignende regler, dog fremgår det i denne at alle restriktioner er i strid med bestemmelsen. Med undtagelse af TEUF art. 65, som tillader at medlemsstaterne benytter deres egen lovgivning på to forskellige situationer, hvor bopælsstedet kan indgå som begrundelse. Der vil imidlertid ikke blive gået mere i dybden med TEUF art. 63, da det ud fra analysen vurderes, at EU-domstolens fortolkning af sammenlignelighed og neutralitet umiddelbart er ens for etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed.

## **5.2 Indførelsen af sammenlignelighed**

Det traktatfæstede diskriminationsforbud sikrer, at unionens borgere og selskaber ikke bliver udsat for en forskellig behandling begrundet i den pågældendes nationalitet. Dette gælder ligeledes, når hjemmehørende selskaber besidder udenlandske etableringer, idet disse har ret til ikke at blive udsat for en ringere behandling end hjemmehørende koncerner.

Denne problemstilling tog EU-domstolen stilling til i sag C-446/03, Marks og Spencer.<sup>164</sup> Det bliver i sagen påpeget, at medlemsstaterne ikke kan nægte koncerner en fordel med den begrundelse, at datterselskaberne ikke er hjemmehørende. Det bliver således fastslået, at et hjemmehørende selskab med ikke-hjemmehørende etableringer har ret til at blive behandlet på lige fod som rent hjemmehørende situationer, medmindre forskelsbehandlingen kan begrundes i alment tvingende hensyn.<sup>165</sup>

Senere bliver bemærkninger i sag C-446/03, Marks og Spencer uddybet, og er således i dag det kendte vurderingsparameter 'sammenlignelige situationer'. EU-domstolen har flere gange fastslået, at en hindring foreligger såfremt to objektivt sammenlignelige situationer behandles forskelligt, og at denne kun kan tillades såfremt den kan begrundes i alment tvingende hensyn, og altså ikke kun de traktatfæstede hensyn som er tilfældet for forbuddet i TEUF art. 18.

### **5.2.1 Oprindelsesstatens ret og pligt**

Det vurderes ud fra bemærkninger i analysen, samt forelæggelsen ovenfor, at den retsstilling som sammenligneligheden medfører primært berører oprindelsesstaten, idet denne bliver pålagt en pligt til umiddelbart at behandle hjemmehørende med ikke-

---

<sup>164</sup> For nærmere gennemgang af sag C-446/03, Marks og Spencer, se s. 11-12.

<sup>165</sup> Thomas Rønfeldt i INTERTAX 2015, nr. 11, s. 703.



hjemmehørende etableringer på lige fod som rent hjemmehørende situationer. Denne pligt opstår imidlertid kun såfremt det kan bevises, at de to situationer er objektivt sammenlignelige.

Den altovervejende hovedregel i den internationale skatteret er imidlertid, at situationen for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende ikke er sammenlignelige.<sup>166</sup> Dette synes imidlertid nærmere at være undtagelsen på det indre marked, idet EU-domstolen hyppigt fastslår sammenlignelighed. Medlemsstaterne skal umiddelbart forvente, at såfremt den behandler hjemmehørende og grænseoverskridende koncern forskelligt, så vil dette blive betragtet som en forskelsbehandling af to sammenlignelige situationer i henhold til EU-retspraksis.

Det har imidlertid vist sig svært for EU-domstolen at opretholde en fast praksis omkring sammenlignelighedsbedømmelsen, dette kommer ligeledes til udtryk i de analyserede sager, hvor det forekommer forskelligt hvilke situationer EU-domstolen vurderer.

I sag C-48/13, Nordea, vurderes det om situationen for et ikke-hjemmehørende fast driftssted er sammenlignelig med situationen for et hjemmehørende fast driftssted. Der tages således ikke hensyn til det hjemmehørende selskab, som ønsker at fradrag underskuddet fra det ikke-hjemmehørende faste driftssted, dette ses ligeledes i sag C-388/14, Timac. Omvendt er det i sag C-337/08, X Holding, her ligger EU-domstolen vægt på, at sammenlignelighedsbedømmelse sker ud fra moderselskabernes situation. Det er således tvivlsomt, hvilke situationer der skal sammenlignes.

Det er imidlertid slået fast, at medlemsstaterne som altovervejende hovedregel skal behandle hjemmehørende og grænseoverskridende koncern ens.<sup>167</sup>

Ovenstående analyse sår også tvivl om det reelle indhold af sammenlignelighedsbedømmelse, idet elementerne i bedømmelsen forekommer subjektive. Såfremt sammenligningen er subjektiv, så vil bedømmelsen altid ende med det samme resultat, hvilket også støtter ovenstående bemærkninger om at hovedreglen er, at situationerne er sammenlignelige.

---

<sup>166</sup> Ben Terra og Peter Wattel: *European Tax Law*, 2012, s. 884.

<sup>167</sup> Michael Lang i *EC Tax Review* 2009/3, s. 99.

Dette støttes ligeledes af generaladvokat Kokott som bemærker, at det er tid til at ophøre med sammenligningen, idet denne kun opstod således at uskrevne hensyn kunne gøres gældende.<sup>168</sup> Efter Kokotts opfattelse bliver begrebet 'sammenlignelige situationer' kun brugt, idet EU-domstolen har brug for at kunne gøre brug af uskrevne hensyn. Kokott mener yderligere, at de uskrevne hensyn er blevet så stor en del af fast retspraksis, at det ikke længere er nødvendigt at bruge tid på sammenlignelighedsbedømmelsen.<sup>169</sup> Det er nærliggende at give Kokott ret, idet bedømmelsens subjektive islæt gør, at sagerne i sidste ende afgøres ud fra de påberåbte hensyn og ikke sammenligneligheden mellem situationerne.

Det subjektive islæt støttes ligeledes af generaladvokat Wathelet i sit forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac. Her påpeger Wathelet, at sammenlignelighedsbedømmelsen bruges til at fastslå en forskelsbehandling i oprindelsesstaten, dette uddybes i noterne, hvor Wathelet synes at mene, at EU-domstolen undgår at fastslå en diskrimination, idet denne er begrænset til kun at kunne begrundes i de traktatfæstede hensyn.<sup>170</sup> Ydermere påpeges det, at den formålsfortolkning, som finder sted i sammenlignelighedsbedømmelsen, altid vil resultere i at der bliver konstateret sammenlignelighed.<sup>171</sup> Wathelets konstateringer bliver også fastslået i afhandlingens analyse, hvor det flere gange bemærkes, at EU-domstolen ligger vægt på selskabernes intentioner bag brugen af den nationale skatteordning. Herefter konstateres det i sagerne, at selskaber gør brug af ordningen for at opnå en fordel, hvilket altid vil være tilfældet, idet ingen vil udnytte en ordning for at skabe en ulempe for sig selv.

Ud fra ovenstående er det nærliggende at tro at sammenlignelighedsbedømmelsen kun er et påskud, som EU-domstolen gør brug af for at få de uskrevne hensyn i spil, men sammenligneligheden kan også ses som en uddybning af diskriminationsforbuddet, således at forbuddet får en bredere fortolkning. Det reelle indhold af bedømmelsen ændrer imidlertid ikke på, at den finder anvendelse, og at en hindring kun nyder EU-retlig beskyttelse såfremt lovgivningen behandler to sammenlignelige situationer forskelligt.<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> Forslag til afgørelse i sag C-48/13, Nordea, præmis 22 og 23.

<sup>169</sup> Forslag til afgørelse i sag C-48/13, Nordea, præmis 24.

<sup>170</sup> Forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac, præmis 27 og note 12.

<sup>171</sup> Forslag til afgørelse i sag C-388/14, Timac, præmis 30.

<sup>172</sup> Marjaana Helminen i INTERTAX 2005, nr. 12, s. 595.

Uanset ovenstående bemærkninger så pålægger diskriminationsforbuddet og sammenlignelighedskriteriet oprindelsesstaten en række pligter som skal respekteres, selvom området endnu ikke er harmoniseret.<sup>173</sup>

Oprindelsesstaten er således forpligtet til at behandle hjemmehørende moderselskaber med ikke-hjemmehørende etableringer og rent interne selskabskonstruktioner ens, denne pligt gælder imidlertid ikke ubegrænset. Dette kan ses i sag C-446/03, Marks og Spencer, hvorefter den engelske koncernlempelsesordning kun skal gælde for hjemmehørende moderselskaber med ikke-hjemmehørende underskudsgivende datterselskaber, såfremt underskuddet kun kan tages i betragtning i England. Ligeledes i sag C-293/06, Deutsche Shell, hvor EU-domstolen fastslår, at såfremt der hverken tages hensyn til tabet i værtsstaten eller oprindelsesstaten, så er sidst nævnte pålagt at give fradrag herfor. Det kan heraf udledes, at såfremt en grænseoverskridende koncern kun kan få fradrag for underskud eller investeringstab i oprindelsesstaten, så er denne forpligtet til at give det. Begrundelsen for at denne ligebehandling ikke gælder ubegrænset, er at selskaber ikke selv skal kunne vælge i hvilket land underskuddet eller investeringstab skal gøres gældende, idet dette bringer den afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen i fare.<sup>174</sup>

Det kan ydermere udledes, at oprindelsesstaten har en ubegrænset pligt til at behandle hjemmehørende selskaber med udenlandske investeringer på samme vilkår som hjemmehørende selskaber med indenlandske investeringer, der ses således en tendens til at oprindelsesstaten skal tillade fradrag for investeringstab, hvorimod dette ikke er tilfældet for underskud.<sup>175</sup> Underskud skal derimod kun tillades overført, såfremt oprindelsesstatens selskaber beskattes efter globalindkomstprincippet, således at et ikke-hjemmehørende driftssted indgår i hjemmehørende selskabers resultatopgørelse, eller såfremt underskuddet ikke kan anvendes i værtsstaten.

Ud fra ovenstående ses det, at oprindelsesstatens pligter afhænger af flere elementer, og det kan derfor forekomme svært at undgå en EU-stridig lovgivning. Ikke desto mindre så

---

<sup>173</sup> Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 1003f.

<sup>174</sup> Se bl.a. sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 46, sag C-414/06, Lidl, præmis 34 og sag C-337/08, X Holding, præmis 31.

<sup>175</sup> Forslag til afgørelse i sag C-293/06, Deutsche Shell, præmis 71.

har oprindelsesstaten ret til at indrette sit skattesystem som den ønsker, så længe denne ikke bruges til at opstille hindringer for etableringsfriheden og ikke forskelsbehandler grænseoverskridende og rent nationale situationer, medmindre dette kan begrundes i alment tvingende hensyn.

### **5.3 Indførslen af neutralitetsprincippet**

Allerede ved indførslen af restriktionsforbuddet bliver unionens borgere og selskaber sikret, at valget af etableringsform i værtsstaten forekommer neutral, idet disse gives adgang til frit at etablere sig i en medlemsstat gennem et fast driftssted eller selskab.

Denne neutralitet bliver uddybet af EU-domstolen i sag C-270/83, *Avoir Fiscal*. Sagen omhandler de franske regler om skattegodtgørelse, herefter er det et krav at etableringen sker gennem et selskab, idet godtgørelsen ikke gives til begrænset skattepligtige f.eks. faste driftssteder. EU-domstolen fastslår herom, at der er tale om en diskrimination. Med afgørelsen i sagen fastslår EU-domstolen således, at erhvervsdrivende frit skal kunne vælge den etableringsform de ønsker, samt at en forskelsbehandling af begrænset (faste driftssteder) og ubegrænset (selskaber) skattepligtige er en diskrimination, som kun kan tillades såfremt alment tvingende hensyn taler herfor.<sup>176</sup>

Ovenstående sag bliver således startskuddet til det EU-domstolen i dag benævner neutralitetsprincippet, princippet sikre at der ikke opstilles restriktioner for valget af etableringsform.

#### **5.3.1 Oprindelsesstatens ret og pligt**

Det anerkendte og hyppigt benyttede globalindkomstprincip bestemmer, at et hjemmehørende selskab beskattes af hele sin globale indkomst. Dette indebærer, at indtægter fra ikke-hjemmehørende faste driftssteder ligeledes indgår i moderselskabets skattepligtige indkomst, idet driftssteder anses som en transparent enhed. Da datterselskaber anses som selvstændige juridiske enheder, indgår disse ikke i et hjemmehørende moderselskabs globale indkomst, hvilket EU-domstolen har accepteret.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at der kun undtagelsesvis stilles krav til oprindelsesstaten i henhold til neutralitetsprincippet. Dette bliver fastslået af generaladvokat Maduro i sit forslag til afgørelse i sag C-446/03, *Marks og Spencer*, at: *"Bestemmelserne om etableringsfrihed er imidlertid ikke til hinder for, at der gøres forskel i den skattemæssige be-*

---

<sup>176</sup> Thomas Rønfeldt: *Skatteværn og EU-frihed*, 2010, s. 205-206.

*handling af fysiske eller juridiske personer, som befinder sig i forskellige retlige situationer. Disse bestemmelser har ikke til formål at gøre de ordninger, der finder anvendelse på de forskellige etableringsformer ensartede. De tilsigter blot at sikre en skattemæssig neutralitet ved udøvelsen af etableringsretten i Fællesskabet.*<sup>177</sup>

Maduro argumentere således for, at oprindelsesstaten ikke er forpligtet til at behandle forskellige ikke-hjemmehørende etableringsformer ens. Dette støttes ligeledes af EU-domstolen, idet den tillader at den engelske koncernlempelsesordning behandler ikke-hjemmehørende driftssteder og ikke-hjemmehørende datterselskaber forskelligt.<sup>178</sup> Generaladvokat Kokott deler også denne mening, og uddyber med følgende: *"Mens et ikke-hjemmehørende driftssted ifølge det internationalt anerkendte globalindkomstprincip fortsat er omfattet af skattekompetencen i selskabets etableringsstat og kan pålægges skat af denne stat, er dette principielt ikke tilfældet for så vidt angår et selskabs ikke-hjemmehørende datterselskaber.*"<sup>179</sup>

Neutralitetsprincippets manglende indvirkning på oprindelsesstaten ses ligeledes i EU-domstolens vurdering af sammenligneligheden, idet situationerne vurderes forskelligt. I de sager hvor hjemmehørende moderselskaber vil overføre underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber, så vurderes sammenligneligheden med en rent intern situation ud fra formålet med den pågældende lovgivning, samt intentionen med moderselskabets udnyttelse af skatteordningen.<sup>180</sup> Omhandler sagen derimod underskudsoverførsel mellem et hjemmehørende moderselskab og dets ikke-hjemmehørende faste driftssted, så vurderes sammenligneligheden ud fra om oprindelsesstatens lovgivning tillader, at hjemmehørende selskaber indregner indkomsten fra ikke-hjemmehørende faste driftssteder i deres skattepligtige indkomst i henhold til globalindkomstprincippet.<sup>181</sup>

EU-domstolens vurdere således ikke sammenligneligheden ud fra de samme kriterier for henholdsvis ikke-hjemmehørende selskaber og ikke-hjemmehørende faste driftssteder, hvilket kan betyde, at de forskellige skattemæssige og selskabsmæssige karakteristika gør at situationen mellem de to ikke-hjemmehørende etableringsformer ikke umiddelbart er

---

<sup>177</sup> jf. Forslag til afgørelse i sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 49 (ordret).

<sup>178</sup> Sag C-446/03, Marks og Spencer, præmis 59.

<sup>179</sup> jf. Forslag til afgørelse i sag C-172/13, Marks og Spencer II, præmis 26 (ordret).

<sup>180</sup> Se f.eks. sag C-337/08, X Holding, præmis 22.

<sup>181</sup> Se f.eks. sag C-48/13, Nordea, præmis 24.

sammenlignelig. Dette må forstås således at den generelle opfattelse ved EU-domstolen er, at ikke-hjemmehørende selskaber og ikke-hjemmehørende faste driftssteder ikke er sikret en neutral behandling i oprindelsesstaten.

Det kan således fastslås, at oprindelsesstaten ikke er forpligtet af neutralitetsprincippet, idet princippet ikke stiller krav til den skattemæssige behandling af ikke-hjemmehørende etableringsformer. Oprindelsesstaten er herefter kun forpligtet til at sikre en skattemæssig neutralitet, når et hjemmehørende selskab ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat, således at selskabet af oprindelsesstatens lovgivning ikke tvinges til at vælge en bestemt retlig form.<sup>182</sup>

### 5.3.2 Værtsstatens ret og pligt

Til forskel fra oprindelsesstaten så pålægges værtsstaten en række pligter, idet neutralitetsprincippet primært fokusere på etableringsstatens lovgivning.

Ved anerkendelsen af territorialprincippet er der skabt en selvstændighedsfiktion i faste driftssteder, idet denne type etablering herefter betragtes som værende en selvstændige juridisk person.<sup>183</sup> Dette har imidlertid kun indvirkning på værtsstatens behandling af faste driftssteder, idet selskaber stadig bliver beskattet af deres globale indkomst i oprindelsesstaten. Territorialprincippet har således skabt en ligestilling af selskaber og faste driftssteder i værtsstaten, hvortil neutralitetsprincippet skal sikre at denne ligestilling overholdes. Eftersom at det er det faste driftssted der nyder godt af beskyttelsen, så kaldes en overtrædelse til tider også filialdiskrimination.<sup>184</sup>

Som det også står beskrevet i analysen, så er værtsstaten forpligtet til at indrette sit skattesystem således at faste driftssteder ikke forskelsbehandles i forhold til selskaber.<sup>185</sup> Det er således faste driftssteder som nyder en ekstra beskyttelse i henhold til neutralitetsprincippet, hvilket er begrundet i det anerkendte territorialprincip.

---

<sup>182</sup> Se bl.a. sag C-414/06, Lidl, præmis 16, sag C-48/13, Nordea, præmis 18 og sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, præmis 26, og Thomas Rønfeldt i INTERTAX 2012, s. 18.

<sup>183</sup> Thomas Rønfeldt: Skatteværn og EU-frihed, 2010, s. 223.

<sup>184</sup> Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2015/16, 2015, s. 59.

<sup>185</sup> Se ligeledes Ben Terra og Peter Wattel: European Tax Law, 2012, s. 1002 og Thomas Rønfeldt i INTERTAX 2012, s. 19.

#### 5.4 Samspillet mellem sammenlignelige situationer og neutralitetsprincippet

Overordnet set udvider de to begreber det traktatfæstede diskriminations- og restriktionsforbud, således at sammenlignelighedsbedømmelsen fælder de sager, hvor det er oprindelsesstatens lovgivning som er EU-stridig. Hvorimod neutralitetsprincippet rammer de sager, hvor det er værtsstatens lovgivning som bevirker filialdiskrimination. Der ses imidlertid også et sammenfald mellem de to begreber, og det kan være svært at skelne, hvilken af de to der støttes ret på.

Samspillet mellem de to kan imidlertid skabe en uheldig situation, som umiddelbart kan føre til misbrug af etableringsfriheden. Denne situation vil blive yderligere gennemgået nedenfor.

De sager som gennemgås omhandler alle fradrag for underskud i faste driftssteder. Sagerne har også det tilfælles, at oprindelsesstatens lovgivning beskatter efter globalindkomstprincippet, mens dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem medlemsstaterne overholder neutralitetsprincippet og tildeler værtsstaten beskatningsretten til det faste driftssted.

I sag C-414/06, Lidl, er EU-domstolen af den holdning, at der er risiko for dobbelt udnyttelse af fradrag. *"Herved bemærkes, at det er åbenbart, at der under omstændigheder som dem, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen, er en risiko for, at det samme underskud anvendes to gange (jf. Marks og Spencer-dommen præmis 48). Det kan således ikke udelukkes, at et selskab i den medlemsstat, hvor selskabets hjemsted er beliggende, gør underskud, der er lidt af et fast driftssted, som tilhører selskabet, og som er beliggende i en anden medlemsstat, gældende, og at der, uanset dette fradrag, senere tages hensyn til sammen underskud i den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende, når dette oppebærer et overskud, hvorved den medlemsstat, hvor hovedselskabet har sit hjemsted, hindres i at beskatte dette overskud."*<sup>186</sup>

Det anerkendes hermed, at den pågældende situation skaber en risiko for dobbeltfradrag for underskud, samt at situationen kun kan afværges såfremt der ikke foreligger en dobbeltbeskatningsaftale, som fratager oprindelsesstatens kompetence til at beskatte driftsstedet. Det vil sige, at såfremt dobbeltbeskatningsoverenskomsten ikke indfører territorial-

---

<sup>186</sup> jf. sag C-414/06, Lidl, præmis 36 (ordret).

princippet ved at tildele værtsstaten beskatningskompetencen over faste driftssteder, så ville situationen kunne afværges, idet det faste driftssted så bliver en transparent enhed af hovedselskabet.<sup>187</sup> Med afgørelse i sag C-414/06, Lidl, fastslår EU-domstolen således en systematisk sammenhæng mellem beskatning af overskud og fradrag for underskud. Afgørelsen kan imidlertid også ses som en afværgelse af det forhold der normalvis er mellem et hovedselskab og dets faste driftssteder, idet EU-domstolen anerkender, at såfremt oprindelsesstaten fratages beskatningsretten til overskud i ikke-hjemmehørende faste driftssteder, så er driftssteder ikke længere en transparent enhed af hovedselskabet.<sup>188</sup>

Lignende tendenser ses i sag C-48/13, Nordea, præmis 24 og sag C-170/05, Denavit Internationaal, præmis 34 og 35, hvor det påpeges, at såfremt en national lovgivning inddrager ikke-hjemmehørende faste driftssteder i beskatningen af hjemmehørende selskaber, så er oprindelsesstaten ligeledes forpligtet til at tage hensyn til underskud lidt i det ikke-hjemmehørende driftssted. Det fastslås således at der foreligger en symmetri mellem beskatning af overskud og fradrag af underskud, hvilket EU-domstolen allerede bemærker i sag C-414/06, Lidl.

Principperne fra sag C-48/13, Nordea, synes at være den generelle opfattelse ved EU-domstolen, hvis den seneste afgørelse tages i betragtning. I sag C-388/14, Timac, fastslår EU-domstolen således, at opfattelsen i C-48/13, Nordea også finder anvendelse i nærværende sag.<sup>189</sup>

Det interessante er imidlertid, at det faste driftssted i henhold til neutralitetsprincippet har ret til at blive behandlet på lige fod som selskaber i værtsstaten, men at hjemmehørende selskaber tillige kan have ret til at inddrage det ikke-hjemmehørende faste driftsstedes indkomst i sit regnskab i oprindelsesstaten i henhold til national lovgivning.

Eftersom at de fleste nationale lovgivninger giver hjemmehørende selskaber ret til at udnytte underskud, enten i tidligere eller senere skatteår, så må denne rettighed ligeledes tilkomme faste driftssteder etableret i værtsstaten efter dennes lovgivning. Hvis det faste driftsstedes hovedselskab i henhold til oprindelsesstatens lovgivning gives mulighed for at

---

<sup>187</sup> Thomas Rønfeldt: Europæisk Skatteret I, 2013, s. 157.

<sup>188</sup> Thomas Rønfeldt: Europæisk Skatteret I, 2013, s. 158.

<sup>189</sup> Sag C-388/14, Timac, præmis 28.



tage hensyn til sit ikke-hjemmehørende driftsstedes indkomst, så kan det faste driftssted både udnytte et underskud i værts- og oprindelsesstaten.

Med hensyn til behandlingen af faste driftssteder indenfor EU, kan det udledes at samspillet mellem sammenlignelighedsbedømmelsen og neutralitetsprincippet umiddelbart skaber et hul, hvorefter det faste driftssted kan fortage et 'dobbel dip', dvs. få fradrag for et underskud to gange.

Dette hul opretholdes af de hovedprincipper som gælder i medlemsstaterne. Den primære hovedregel i oprindelsesstaten er, at selskaber og deres faste driftssteder bliver beskattet ud fra globalindkomstsprincippet, desuagtet om driftsstederne er hjemmehørende eller ej. I modsætning til oprindelsesstatens anvendte princip pålægges faste driftssteder ligeledes en beskatning i værtsstaten, idet denne stat primært beskatter efter territorialprincippet, som betragter driftssteder som en selvstændig juridisk person.

Den belyste konflikt mellem de forskellige nationale lovgivninger kan det imidlertid ikke pålægges medlemsstaterne at løse, hvilket EU-domstolen slog fast i sag C-293/06, Deutsche Shell. *"Etableringsfriheden kan ikke forstås således, at en medlemsstat er forpligtet til at fastsætte sine skatteregler i forhold til en anden medlemsstats skatteregler med henblik på i alle situationer at sikre en beskatning, der udviser enhver ulighed som følge af nationale skatteregler, idet de beslutninger, et selskab træffer med henblik på etablering af kommercielle strukturer i udlandet, alt efter omstændighederne kan være mere eller mindre fordelagtige eller ufordelagtige for et sådant selskab."*<sup>190</sup>

Det kan således tyde på, at territorial- og globalindkomstsprincippets anvendelse i medlemsstaternes lovgivning skaber en gråzone, som ikke kan hindres i henhold til sammenlignelighedsbedømmelsen og neutralitetsprincippet. Medmindre EU-domstolen tillægger sammenlignelighedsbedømmelse eller neutralitetsprincippet en ny fortolkning, så kan et misbrug af gråzonen i retspraksissen kun forbydes, såfremt der ikke findes nogen alment tvingende hensyn, som kan begrunde lovgivningen.

Hvis denne tendens forekommer indenfor unionen, fremgår det klart af EU-domstolens praksis, at såfremt et selskab/fast driftssted gives mulighed for selv at vælge, i hvilken medlemsstat underskuddet skal gøres gældende, så bliver den afbalancerede beskat-

---

<sup>190</sup> jf. Sag C-293/06, præmis 43 (ordret).

ningskompetence mellem medlemsstaterne sat overstyr, hvilket er et alment hensyn som kan begrunde en restriktion.<sup>191</sup> Det er imidlertid stadig uklart, om hensynet kan stå alene, hvilket imidlertid falder udenfor denne afhandlings afgrænsning.

Det kan således blot konstateres, at der i forholdet mellem hovedselskabet og dets ikke-hjemmehørende faste driftssteder opstår en gråzone i henhold til medlemsstaternes skattelovgivning og EU-domstolens retspraksis, som giver Europæiske koncerner mulighed for at udnytte et underskud både i henhold til oprindelsesstatens og værtsstatens skattelovgivning.

---

<sup>191</sup> Se sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, præmis 42 og 43 og Thomas Rønfeldt: Europæisk skatteret I, 2013, s. 200.

## 6.0 Sammenfatning

EU-retten skaber ved indførslen af TEUF art. 49 og art. 54 en rettighed for unions borgere og selskaber til frit at bevæge sig rundt indenfor det indre marked i Europa, disse rettigheder skaber et pres i medlemsstaterne, idet disse vil sikre sig et så højt skatteprovenu så muligt.

Dette kommer til udtryk i mange restriktive lovgivninger, som gerne beskatter ikke-hjemmehørendes overskud, men ikke tillader fradrag for underskud lidt i ikke-hjemmehørende etableringer eller investeringstab lidt på investering i udlandet.

Denne form for forskelsbehandling af henholdsvis overskud/underskud og hjemmehørende/ikke-hjemmehørende har EU-domstolen imidlertid gennem praksis slået ned på i henhold til det traktatfæstede diskriminations- og restriktionsforbud.

EU-domstolen har imidlertid måtte sande, at den manglende harmonisering på skatteområdet medfører nogle ulemper, som ikke umiddelbart kan forhindres af de traktatfæstede forbud.

Der er således ved indførslen af sammenlignelighedsbedømmelsen og neutralitetsprincippet brudt med den gængse opfattelse, hvorefter en diskrimination kun kan begrundes i de traktatfæstede hensyn 'ordre public'. Det har imidlertid også medført en uklarhed, idet EU-domstolen ikke længere skelner mellem, om der foreligger en diskrimination eller en restriktion, og betragtningen herom synes på nuværende tidspunkt sammenfaldende. Om denne uklarhed har en reel virkning er tvivlsomt, idet TEUF både forbyder diskriminationer og restriktioner.

Det er dog klart, at medlemsstaterne aktivt prøver, at sno sig udenom diskriminations- og restriktionsforbuddet, idet flere og flere uskrevne hensyn og sager ser dagens lys ved EU-domstolen.

Indretningen af medlemsstaternes respektive skattelovgivning er således, grundet den manglende harmonisering, stadig en national kompetence, som imidlertid ikke må opstille hindringer for retten til frit af etablere sig.

Overordnet set pålægges, der gennem sammenlignelighedsbedømmelsen, oprindelsesstaten en pligt til at behandle et hjemmehørende selskab med ikke-hjemmehørende etable-

ringer på lige vilkår som en rent hjemmehørende situation, såfremt situationerne er objektivt sammenlignelige. Der ses herom gennem EU-retspraksis en tendens til, at situationerne er sammenlignelige, og at dette nærmere er hovedreglen end undtagelsen.

Neutralitetsprincippet påligger derimod værtsstaten en pligt til at behandle faste driftssteder på samme vilkår som selskaber, således at driftsstedet behandles som en selvstændig juridisk person med de fordele og ulemper det bringer.

Ud fra et nationalt synspunkt er det forståeligt, at oprindelsesstaten vælger at beskatte hjemmehørende selskaber efter globalindkomstsprincippet, idet princippet forhøjer landet skatteprovenu ved at inddrage ikke-hjemmehørende faste driftssteder under det hjemmehørende selskabs beskatning. Det er imidlertid fastslået af EU-domstolen, at medlemsstaten ved at inddrage ikke-hjemmehørende faste driftssteders overskud i beskatningen, ligeledes er forpligtet til at tage hensyn til et eventuelt underskud. Dette begrundes i at situationerne for hjemmehørende og ikke-hjemmehørende faste driftssteder bliver sammenlignelige, såfremt ikke-hjemmehørende driftssteder bevarer deres transparente egenskab i oprindelsesstaten.

Dette gør sig imidlertid ikke gældende for underskuddet lidt af ikke-hjemmehørende datterselskaber, der som altovervejende hovedregel ikke indgår i oprindelsesstatens beskatningskompetence. Oprindelsesstaten bliver kun forpligtet til at tillade en overførsel af underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber, såfremt der for det første tillades underskudsoverførsel i en ren national situation, således at situationerne for moderselskaberne er sammenlignelige, og for det andet er det et krav, at underskuddet ikke kan udnyttes i værtsstat og derfor ville gå tabt.

Med henblik på fradrag for investeringstab ses en tendens til, at oprindelsesstaten altid er forpligtet til at tage hensyn hertil. Dette er fastslået flere gange af EU-domstolen, da situationerne for hjemmehørende selskaber med henholdsvis indenlandske og udenlandske investeringer er objektivt sammenlignelige, idet tabet lides direkte i det hjemmehørende selskab, desuagtet hvor investeringen er foretaget.

Ved anerkendelsen af territorialprincippet i den internationale skatteret, har flere medlemsstater indrettet deres skattesystem, således at ikke-hjemmehørende selskabers hjemmehørende faste driftssteder hører ind under medlemsstatens beskatningskompeten-

ce, hvilket ligeledes forhøjer skatteprovenuet. EU-domstolen har imidlertid også anerkendt, at det ikke er EU-stridigt at beskatte hjemmehørende faste driftssteder efter territorialprincippet i værtsstaten, idet denne behandling er påkrævet af neutralitetsprincippet.

Værtsstaten er således forpligtet til at behandle ikke-hjemmehørende selskabers hjemmehørende faste driftssteder på lige vilkår som hjemmehørende selskaber. Det betyder, at såfremt den nationale lovgivning tillader fradrag for underskud, så skal det hjemmehørende faste driftssted ligeledes kunne fradrage underskud. Neutralitetsprincippet sikre således, at valget af etableringsform i værtsstaten forbliver neutralt, og beskytter faste driftssteder mod en mindre gunsting behandling i forhold til selskaber.

Neutralitetsprincippet finder ikke anvendelse ved investeringstab, idet dette tab ikke lides af det faste driftssted, ligeledes opnår selskaber ikke et krav på neutral behandling i forhold til driftssteder.

Der ses gennem afhandlingen en tendens til, at hvis oprindelsesstaten beskatter hjemmehørende selskaber efter globalindkomst, hvorimod værtsstaten beskatter faste driftssteder efter territorialprincippet. Så kan selskaber, som vælger at etablere sig gennem et fast driftssted, opnå fradrag for underskud både gennem oprindelses- og værtsstatens lovgivning, således at der foretages et dobbelt dip, uden at dette på nuværende tidspunkt er i strid med diskriminations- og restriktionsforbuddet i henhold til sammenlignelige situationer og neutralitetsprincippet.

## 7.0 Litteraturliste

### 7.1 Bøger

**Jakob Bundgaard:** Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, GadJura, 1. udgave, 1. oplag, 1999.

**Hansen, Carsten M.:** Rettens grund, Kompendium, Herning, august 2011.

**Hilling, Maria:** Free Movement and Tax Treaties in the Internal Market, Jönköping International Business School, 2005.

**Michelsen, Aage, Steen Askholt, Jane Bolander, John Engsig og Liselotte Madsen:** Lærebog om indkomstskat, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 14. udgave, 2. oplag, 2011.

**Nielsen, Jørgen Ullits Olai:** Kompendium i EU-ret, KompendieForlaget, 1. udgave, 2013.

**Rønfeldt, Thomas:** Europæisk Skatteret I, Karnov Group, 1. udgave, 1. oplag, 2013.

**Rønfeldt, Thomas:** Skatteværn og EU-frihed, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2010.

**Terra, Ben J.M. og Peter J. Wattel:** European Tax Law, Wolters Kluwer, 6. edition, 2012.

**Tvarnø, Christina D.:** Skattemæssigt underskud i selskaber i EU, Jurist og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, 2001.

**Wegener, Morten:** Juridisk metode, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2. udgave, 1994.

**Werlauff, Erik:** EU-selskabsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 1. oplag, 2002.

**Werlauff, Erik:** Selskabsskatteret 2015/16, Karnov Group, 17. udgave, 1. oplag, 2015.

## **7.2 Artikler**

**Cerioni Luca:** The Never-Ending Issue of Cross-Border Loss Compensation within the EU: Reconciling Balanced Allocation of Taxing Rights and Cross-Border Ability-to-Pay, EC Tax Review, 2015-5.

**Helminen, Marjaana:** Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU?, EC Tax Review, 2011-4.

**Helminen, Marjaana:** The Esab Case (C-231/05) and the Future of Group Taxation Regimes in EU, INTERTAX, Volume 33, Issue 12, 2005.

**Hiling, Maria:** Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance, INTERTAX, Volume 41, Issue 5, 2013.

**Lang, Michael:** Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions, EC Tax Review, 2009-3.

**Marres, Otto:** The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation, INTERTAX, Volume 39, Issue 3, 2011.

**Martin, Philip:** The Marks & Spencer EU group relief case, EC Tax Review, 2005-2.

**Poulsen, Martin:** Freedom of Establishment and the Balanced Allocation of Tax Jurisdiction, INTERTAX, Volume 40, Issue 3, 2012.

**Rønfeldt, Thomas:** Internal and External Neutrality: On the Significance of the Allocation of the Powers of Taxation on the Choice between a Permanent Establishment and a Subsidiary in Relation to the Danish Territoriality Principle, INTERTAX, Volume 40, Issue 1, 2012.

### **7.3 Afgørelser**

**C-270/83:** Avoir Fiscal

**C-446/03:** Marks & Spencer

**C-347/04:** Rewe Zentralfinanz

**C-170/05:** Denkavit Internationaal

**C-293/06:** Deutsche Shell

**C-414/06:** Lidl

**C-377/07:** STEKO

**C-337/08:** X Holding

**C-39/13:** SCA Group m.fl.

**C-48/13:** Nordea

**C-172/13:** Marks og Spencer II (Kommissionen mod Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland)

**C-66/14:** Finanzamt Linz

**C-388/14:** Timac

### **7.4 Forslag til afgørelse**

**C-446/03:** Marks & Spencer, af generaladvokat M. Poiares Maduro, 7. april 2005.

**C-347/04:** Rewe Zentralfinanz, af generaladvokat M. Poiares Maduro, 31. maj 2006.

**C-293/06:** Deutsche Shell, af generaladvokat E. Sharpston, 8. november 2007.

**C-414/06:** Lidl, af generaladvokat E. Sharpston, 14. februar 2008.

**C-337/08:** X Holding, af generaladvokat J. Kokott, 19. november 2009.

**C-39/13:** SCA Group m.fl., af generaladvokat J. Kokott, 27. februar 2014.

**C-48/13:** Nordea, af generaladvokat J. Kokott, 13. marts 2014.

**C-172/13:** Marks og Spencer II (Kommissionen mod Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland), af generaladvokat J. Kokott, 23. oktober 2014.

**C-338/14:** Timac, af generaladvokat M. Wathelet, 3. september 2015.