

De danske sambeskatningsreglers forenelighed med EU-retten

Fradrag af endelige underskud



Titelblad

Titel: *De danske sambeskatningsreglers forenelighed med EU-retten - Fradrag af endelige underskud*

Engelsk titel: *The Danish joint taxations rules in accordance with the EU-law – Deduction of final losses*

Udarbejdet af (studienummer): Sebastian Stæhr Christensen (20154810) og
Olivia Stouby Pedersen (20156589)

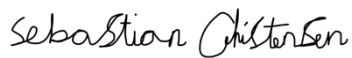
Vejleder: Morten Dahl Bøhm

Uddannelse: Erhvervsjura – Cand.merc.jur.

Uddannelsessted: Aalborg Universitet

Afleveringsdato: 19. maj 2020

Underskrifter:


Sebastian Stæhr Christensen


Olivia Stouby Pedersen

Abstract

This thesis concerns Danish joint taxation regulations from an EU legal perspective. The Bill L 48 2019-20 of the Companies Tax Act (CTA), § 31 E, will be assessed in accordance with EU compliance.

In 2005, the case C-446/03, Marks & Spencer was concluded. It was stated that it is generally not in line with EU law to refuse the deduction of losses from secondary establishments when located in other Member States. Only losses which the parent company cannot claim as final can be denied deduction in the domicile country. C-446/03, Marks & Spencer has become a doctrine and several cases has followed. One of those cases is C-650/16, Bevola. This dealt with Danish joint taxation and stated that these were not in accordance with EU law. In order to comply with EU law, Danish joint taxation laws must be amended, which will take the form of Bill L 48 2019-20 to CTA § 31 E.

The draft for CTA § 31 E has been criticized for not conforming with EU practice. This criticism is addressed in the thesis with a view to clarifying whether the issues raised are important in relation to EU conformity. The thesis includes a theoretical section with a review of Danish joint taxation, both national and international, as well as European tax law and the processing of cases. This aims to provide a basic context for the better understanding of Danish and European tax law prior to the analysis of the criticism of the Bill.

An analysis of the current conflicting EU regulations is the starting point for further analysis. Judgment analysis of C-446/03, Marks & Spencer and C-650/16, Bevola, as well as C-607/17, Memira AB and C-157/07, Krankenhaus Wannee clarifies the fundamental EU law for the area of final deduction losses. C-446/03, Marks & Spencer states that it is a restriction if a Member State's legislation permits a parent company to deduct losses from resident secondary establishment but not from secondary establishments in other Member States. This restriction can only be justified if there are losses that cannot be applied in the other Member State by the company or a third party - that is, if they are final. Based on the doctrine, C-650/16, Bevola takes a direct position on the Danish regulations, which are declared to be contradictory to EU law, as Danish regulations impose strict requirements on deductions for losses from other Member States. The aforementioned conflicting regulations will be further examined in detail. Judgments C-607/17, Memira AB and C-157/07, Krankenhaus Wannee help to clarify the treatment of the final deficit and how Member States should take this into account.

The analysis of the draft law for CTA § 31 E forms an understanding of what the provision entails and what impacts it will have. This opens the discussion for the compatibility of EU practice with the proposed CTA § 31 E.

The thesis will conclude that at present, it is not possible to conclude EU conformity of the new bill. The proposed CTA § 31 E complies with some EU practices as it allows for deduction of final deficit. This is done by allowing for final tax deductions when these could have been deducted through the choice of the international joint taxation scheme. However, this causes problems in assessing EU conformity as it is examined on the basis of the *same effect* for secondary establishments in other Member States and not just the same regulations.

Indholdsfortegnelse

Abstract	2
1. Indledning	6
1.1. Problemformulering	8
2. Metode	9
2.1. Retskilderne og den retlige trinfølge	10
2.2. EU-skatte ret.....	11
2.3. Dansk skatte ret.....	12
2.3.1. Love og lovbekendtgørelser	13
2.3.2. Retspraksis.....	13
2.4. Fortolkningsprincipper	14
2.5. Afgrænsning.....	15
2.6. Fremgangsmåde og struktur	16
3. Teori.....	17
3.1. Den frie etableringsret	17
3.1.1. Afgrænsningen mellem kapitalens & etableringens fri bevægelighed.....	18
3.2. EU-Domstolens test i skattesager	19
3.2.1. Almene tvingende hensyn.....	20
3.2.2. Proportionalitetsvurderingen	22
3.3. Sambeskatningsreglerne §§ 31 og 31 A	22
3.3.1. National sambeskatning.....	23
3.3.2. International sambeskatning	24
4. Analyse	25
4.1. Kritik af de danske sambeskatningsregler.....	25
4.2. Domsanalyser	29
4.2.1. Marks & Spencer (C-446/03).....	30
4.2.2. Bevola (C-650/16).....	35
4.2.3. Memira AB (C-607/17)	40
4.2.4. Krankenhaus Wannesee (C-157/07).....	43
4.3. Sammenfatning af domsanalyser	45
4.4. Lovforslag L 48 – SEL § 31 E	47
4.5. Sammenfatning af lovforslag L 48 - SEL § 31 E	50
5. Diskussion	51
5.1. Anvendelse af SEL § 31 E - i forenelighed med EU-retten	52
5.1.1. Anvendelse i kildelandet	52
5.1.2. Anvendelse hvis reglerne er identiske	57
5.2. Endeligt underskud i sammenhæng med begrænsningen i SEL.....	59
§ 12, stk. 2.....	59
5.3. Misbrug af SEL § 31 E - EU-retlige overvejelser	62
6. Konklusion.....	66

7. Perspektivering	69
8. Litteraturliste	71
9. Dokumentation for anslag.....	73
Bilag.....	74

1. Indledning

Her i landet har vi retsregler som regulerer de situationer, hvor en person eller et selskab har tilknytning til flere lande end kun Danmark, hvilket betegnes som den danske udlandsskatteret (Michelsen m.fl., 2017, s. 40). Denne regulering befinder sig i et dynamisk samspil med EU's frihedsrettigheder. Danmark har nemlig med sin deltagelse i EU-samarbejdet en pligt til at den danske lovgivning er EU-konform. Samarbejdet har medført, at EU kan skabe harmoniserede regler for hele det indre marked. Dette betyder, at der ved indføring af ny lovgivning skal tages hensyn til hvordan reglerne kan påvirke unionsborgere og selskaber i andre medlemsstater i relation til EU's frihedsrettigheder. Siden 1978 har området for de indirekte skatter (momsloven og punktafgifter) været direkte reguleret gennem EU direktiver (Mikelsons, 2016). Området for de direkte skatter, beskatning af indtægter og formue, er ikke i samme omfang reguleret af direktiver fra EU. Udviklingen i EU-retten har dog de seneste år afspejlet, at der er stigende interesse fra EU's side på området for hindring af skatteundgåelse (Michelsen m.fl., 2017, s. 32). Den danske udlandsskatteret bliver nu i højere grad påvirket fra EU's side, med det formål at skabe et mere afbalanceret indre marked.

Et skatteområde, som har været til megen diskussion de seneste mange år, er medlemsstaternes sambeskatningsregler og deres EU-konformitet. Der blev med sagen C- 446/03, Marks & Spencer (herefter: "Marks & Spencer-dommen") skabt en doktrin, som statuerede at medlemsstater skal tage hensyn til endelige underskud fra andre medlemsstater. Dette har skabt en bølge af afgørelser om grænseoverskridende fradrag af underskud mellem koncernforbundne selskaber, hvilket har haft indflydelse på de nuværende sambeskatningsregler.

De danske sambeskatningsregler har siden 2005 været indrettet på en sådan måde, at danske selskaber beskattes efter et territorialbeskatningsprincip, jf. selskabsskatteloven (herefter: SEL) § 8, stk. 2. Sambeskatningsreglerne medfører, at danske selskaber og faste driftssteder, herunder faste ejendomme, er underlagt tvungen sambeskatning. Dog er der mulighed for at udvide sambeskatningen til et globalpuljepincip, hvis koncernen ønsker at inkludere sine udenlandske sekundære etableringer i sambeskatningsordningen ved tilvalg af international sambeskatning. Et sådan tilvalg gør det muligt for danske koncerner med udenlandske selskaber at medregne overskud og underskud fra disse selskaber i den samlede skatteopgørelse. Tilsvarende gør sig

gældende for faste driftssteder og fast ejendom. Ændringerne til sambeskatningsreglerne gav dog anledning til kritik, i relation til Marks & Spencer-dommen som verserede på tidspunktet for behandlingen af lovændringerne. I udvalgsbehandlingen udtrykte flere parter sig kritisk og fremførte, at reglerne for international sambeskatning ikke ville være i overensstemmelse med EU-retten. Sambeskatningsreglerne blev trods kritikken vedtaget og først med EU-Domstolens afgørelse i form af C-650/16, *Bevola A/S* (herefter: "Bevola-dommen"), blev det fastslået, at de danske sambeskatningsregler ikke var EU-konforme.

Den 6. november 2019 har regeringen på baggrund af Bevola-dommen fremsat lovforslag L 48 om implementeringen af en klausul i sambeskatningsreglerne, om fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber og faste driftssteder, herunder faste ejendomme. Udgangspunktet i de danske sambeskatningsregler bliver ændret, så der gives adgang til grænseoverskridende fradrag af underskud i tilfælde hvor underskuddet i de udenlandske sekundære etableringer er endeligt. Det er endnu ikke lykkedes EU-Domstolen at give helt klare retningslinjer for hvilke underskud, der er endelige, hvilket har dannet grundlag for utallige EU-sager. Skatteministeriets opgave er at få den nye bestemmelse til at leve op til de minimumsbetingelser, som er fastsat i praksis, men det forventes ikke at implementeringen af det nye lovforslag vil være helt uden problemer i forhold til samspillet med de danske regler.

1.1. Problemformulering

De danske sambeskatningsregler blev ved vedtagelsen kritiseret for ikke at være EU-konforme. Denne kritik viste sig ved Bevola at være rigtig. Det findes derfor spændende at vurdere kritikken fra udvalgsbehandlingen til det nye lovforslag L 48 af 6. november 2019 og undersøge hvilke overvejelser Danmark har gjort sig for at sikre sambeskatningsreglernes EU-konformitet i det fremlagte lovforslag.

Hovedfokus for specialet vil derfor være, en vurdering af EU-konformiteten i relation til, hvordan og med hvilke overvejelser Danmark ændrer sambeskatningsreglerne.

På baggrund af ovenstående vil følgende problemstilling blive undersøgt:

Er lovforslaget L 48 2019-20 til selskabsskattelovens § 31 E EU-konformt?

De følgende underspørgsmål vil hjælpe med at besvare problemformuleringen:

Hvilken rolle har de gældende sambeskatningsregler i Danmark før og efter indførelsen af den nye regel i SEL § 31 E?

Hvad er betydningen i Marks & Spencer-doktrinen og hvordan er den blevet præciseret siden afsigelsen i 2005?

Hvilke underskud kan kvalificeres som endelige underskud efter EU-retspraksis og efter SEL § 31 E?

Hvilke problemstillinger kan opstå som følge af SEL § 31 E, hvis den vedtages i sin nuværende form?

2. Metode

Inden for det juridiske felt findes der flere metoder såsom retspolitisk-, retshistorisk-, retssociologisk-, og retsdogmatisk metode. Nedenfor vil der være en kort gennemgang af de forskellige metoder.

Den retsdogmatiske metode er et værktøj, for den der beskæftiger sig med analyse, fortolkning, beskrivelse eller systematisering af et specifikt retsområde til at finde ud af hvad der er gældende ret. Retsdogmatikkens formål er todelt ved, at der dels beskrives gældende ret, og dels fortolkes på gældende ret. Metoden anvendes til videnskabelige undersøgelser af lovgivningen og retskilderne på en gennemsigtig måde, hvilket er hovedfokus i specialets første delanalyse (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 29).

Den retspolitiske metode er vurderingen af, hvordan retsstillingen kan og vil blive ved indførelsen af en ny retsregel, herunder ligger vurderingen af, hvordan en regel bør og skal ændres, hvilket er metoden i forhold til specialets anden delanalyse (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 30).

Retshistorisk metode ser på tidligere retsregler eller ret som har eksisteret i fortiden og en historisk udvikling af reglerne, herunder indflydelsen fra tidligere gældende ret for senere ret (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 31). Metoden er ikke interessant for specialet.

Retssociologisk metode analyserer det virkelige retsliv, konsekvenser af retten, og dets retsforestillinger samt vurderer retten ud fra et sociologisk og samfundsvidenskabeligt perspektiv med det formål at beskrive de følgevirkninger retten har i retslivet og samfundet (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 31). Specialet behandler ikke metoden nærmere.

Specialet vil fokusere på den *retsdogmatiske* og den *retspolitiske metode*. Dette begrundes i den retsdogmatiske tilgang til besvarelsen af problemformuleringen, hvor specialet analyserer hvad, der er gældende ret ud fra lovgivningen i Danmark og praksis på området fra EU.

Projektet bevæger sig over i den retspolitiske metode, når den endnu ikke vedtagne regel SEL § 31 E analyseres. Her forsøges at kortlægge hvad gældende ret vil være, når - eller hvis - lovforslaget bliver vedtaget, men grundet der er tale om et lovforslag og ikke gældende ret, er der tale om en retspolitik analyse. I diskussionen sammenholdes de to metodiske tilgange i en komparativ diskussion.

2.1. Retskilderne og den retlige trinfølge

Der findes ingen entydig definition af hvad retskilder er. Dette varierer alt efter hvilken retsteori der anvendes. En retskilde anses for at være de retligt bindende instrumenter, som er reguleret af myndighederne, som har fået delegeret kompetencen til at fastsætte retstilstanden ud fra bindende forskrifter og fortolke retstilstanden ved bindende afgørelser. Retskilder kan opfattes som informationskilder vedrørende retssystemet (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 29). Generelt kan det siges, at regulering af lovgivningen sker efter fastsættelse fra offentlige myndigheder. Folketinget og regeringen er i forening de to myndigheder, som regulerer lovgivningen i Danmark. Domstolen er som den dømmende magt, med til at præcisere retstilstanden på områder med afsigelse af domme om konkrete retsspørgsmål. Denne fordeling af kompetencerne følger af grundloven, nærmere grundlovens (herefter: GRL) § 3.

I samarbejdet med EU, afgiver Danmark suverænitet til de europæiske institutioner jf. GRL § 20. Medlemsstaterne har ved deres indtræden i EU-fællesskabet afgivet beføjelser til EU-institutionerne i et *nærmere bestemt omfang*, jf. § 20. Danmark har ved indtræden i fællesskabet uddelegeret flere beføjelser til EU, som f.eks. domsafsigelse og lovgivningsprocedure. Beføjelserne er dog ikke ubegrænsede, idet der gælder visse forbehold. Ved at Danmark i *nærmere bestemt omfang* har afgivet suverænitet, kan Danmark ikke modsætte sig de forpligtelser som en tiltrædelse i samarbejdet medfører. Afsagte EU-afgørelser skal følges i det omfang dansk lovgivning bryder med EU-reglerne og principperne, hvilket følger princippet om negativ integration (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 114).

Ved Danmarks valg om indtræden i EU, er der dermed blevet truffet en beslutning om at give EU-retten forrang for dansk ret. I EU-retten findes et generelt forrangsprincip, jf. C-270/83 Kommissionen mod Frankrig. Det har den virkning, at hvis de nationale skatteregler virker tyngende på de traktatfæstede frihedsrettigheder, må den nationale skattelovgivning vige for EU-retten, jf. Costa mod ENEL 6/64.

Nedenstående er opstillet et hierarki for dansk regulering og regulering på EU-plan. Med Danmarks indtræden i EU samarbejdet er hovedreglen, at national ret må vige for EU-retten (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 114). De retskilder som anvendes i dette speciale, er for det første dansk ret, herunder lovgivningen med fokus på international selskabsskatteret og for det andet EU-retten. Retskilderne består både af lovgivning og praksis. Der er ikke noget retskildehierarki

mellem kilderne lovgivning og praksis, men inden for kategorien lovgivning findes der et hierarki (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 33). Disse er opstillet nedenfor:

Dansk ret

1. Grundloven
2. Almindelige love
3. Administrative forskrifter

EU ret

1. Traktater
2. Forordninger
3. Direktiver

2.2. EU-skatte ret

Skatteretten på EU-plan for de direkte skatter sætter de overordnede rammer for medlemsstaternes lovgivning, hvilket gælder for skatteretten som det gælder for andre retsområder. Disse rammer består af frihedsrettighederne, som medlemsstaterne skal tage hensyn til ved reguleringen af national ret. Så længe medlemsstaternes lovgivning er i overensstemmelse med frihedsrettighederne, er der frihed og suverænitet til selv at regulere de direkte skatter, hvilket skyldes at området ikke er fuld harmoniseret gennem direktiver. Frihedsrettighederne omfatter et diskriminationsforbud samt et restriktionsforbud, og det er bl.a. disse medlemsstaterne skal tage hensyn til, når de regulerer nationale skatteregler (Michelsen m.fl., 2017, s. 599).

EU-retten påvirker overordnet dansk skatte ret på to måder, (i) gennem udstedelse af sekundære retsakter, herunder direktiver (positiv integration), hvilket ikke eksisterer på området for de direkte skatter, og (ii) gennem EU-Domstolens fortolkning af nationale regler i lyset af TEUF-traktatens frihedsrettigheder (negativ integration) (Michelsen m.fl., 2017, s. 599). Kun den negative integration vil være genstand for undersøgelse i specialet.

Den negative integration bygger på princippet om, at medlemsstaterne er tvunget til at indrette egen lovgivning, ud fra den måde EU-Domstolen har fortolket en medlemsstats lovgivning i lyset af TEUF-traktatens frihedsrettigheder. Hvis EU-Domstolen når frem til, at en medlemsstat ikke har fastlagt sin lovgivning i overensstemmelse med frihedsrettighederne, skal der ske en tilpasning af reglerne, hvorved der skal foretages en lovændring i medlemsstatens EU-stridige lovgivning, så denne harmonerer med EU-retten. I praksis har det vist sig, at den negative integration spiller den største rolle for området for direkte skatter (Michelsen, m.fl., 2017, s. 112 ff.).

Et centralt element i specialets analyse er gennemgangen af EU-praksis i form af præjudicielle afgørelser. EU-Domstolen har en særegen kompetence til at afsige sager om traktatbrudssøgsmål eller fortolke frihedsrettighedernes indhold i præjudicielle afgørelser. I EU-Domstolens sager afsiges der på forhånd forslag til afgørelser af en generaladvokat. EU-Domstolen er ikke bundet af disse forslag, men forslaget indeholder ofte dybere juridiske overvejelser og perspektiver af teoretisk karakter samt en nærmere forklaring af problemstillingen på området, hvor retstilstanden endnu ikke er helt udviklet. Retskildeværdien af disse udtalelser fra Generaladvokaten er uklar (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 158). Det vurderes dog, at der tillægges en forskellig fortolkning på tilfælde, hvor (i) EU-Domstolens afgørelse ligger i forlængelse af forslag til afgørelse eller direkte henviser hertil og (ii) hvor EU-Domstolens afgørelse adskiller sig fra forslag til afgørelse.

2.3. Dansk skatteret

Alt lovgivning i Danmark er bygget op omkring grundloven (herefter: "GRL"), herunder også den danske skattelovgivning. Hovedreglen i dansk skatteret er, at *"ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov (...)"* jf. GRL § 43.

GRL § 43 er overordnet og bred. En skatteyder vil ud fra reglens klare ordlyd, kun kunne blive pålagt eller få fradraget en skat af en offentlig myndighed, hvis det har hjemmel i lov. Da Danmark, som tidligere nævnt har forpligtet sig til i en vis grad at være reguleret af EU-retten, spiller denne bestemmelse en stor rolle, sammen med EU's krav om, at der skal ske integration af EU-retten på nationalt plan. Hovedreglen i GRL § 43 modificeres af GRL §§ 19 og 20, hvor Danmark kan afgive dets kompetence til at lovgive.

Nogle af de samarbejder som Danmark har indgået, f.eks. Danmarks OECD-samarbejde er ikke suverænitetsafgivende, jf. § 19 og her gælder udgangspunktet i § 43 således. Modsat er Danmarks samarbejde med EU suverænitetsafgivende, jf. GRL § 20, f.eks. overdragelse af lovgivningskompetence og domskompetence til EU-institutioner i nærmere bestemt omfang. Afgørelser fra EU kan derfor være med til at ændre skatte- og afgiftsregler i Danmark (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 64).

2.3.1. Love og lovbekendtgørelser

I retskildehierarkiet befinder almindelige love sig under grundloven. Regulering ved lov skaber pligt og ret for borgere og virksomheder. De kan både angive et forbud mod at handle på en bestemt måde eller en pligt til at følge bestemte retningslinjer i nærmere angivne situationer.

Lovens eksistens baserer sig på, at der på et tidspunkt er fremsat et lovforslag fra regeringen om vedtagelse af en ny lov som kan være en helt ny lov, eller en ændringslov, som ændrer allerede eksisterende love. Et lovforslag er ikke gældende ret før det har været igennem Folketingets lovgivningsprocedure for vedtagelse – dvs. 1., 2., og 3. behandling, hvorunder en udvalgsbehandling sker i den første behandling (Hansen, 2013, s. 41).

En forståelse af hvordan loven skal fortolkes i dens endelige form kan være vanskelig, og dette giver tit anledning til at anvende forarbejderne som fortolkning (Hansen, 2013, s. 41 f.). Forarbejderne er et hjælpeværktøj afgivet af lovgiver til at kunne forstå lovens retsvirkning, formål og baggrund (motiverne), inden dens ikrafttræden. Inddragelsen af disse kaldes for en subjektiv fortolkning eller formålsfortolkning. Ofte anvendes de til fortolkning i afgørelser ved domstolene eller hos skatterådet/landsskatteretten i skattesager (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 69). Forarbejderne får begrænset indflydelse, hvis lovforslaget er udarbejdet på baggrund af et direktiv eller en EU-dom, fremfor de tilfælde hvor ændringerne sker på baggrund af rent nationale beslutninger (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 203).

Den danske selskabsskat reguleres hovedsageligt efter lovbekendtgørelsen 2016-09-06 nr. 1164, også kaldet selskabsskatteloven (SEL). SEL er en lovbekendtgørelse, hvilket betyder, at det er en lov, som danner rammen for ændringer, der er sket på det selskabsskatteretlige område. En lovbekendtgørelse udstedes af Folketinget og opsamler reglerne fra en rammelov og et antal ændringslove. Formålet med proceduren er at skabe et overblik (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 73).

2.3.2. Retspraksis

Retspraksis er på lige fod med loven en vigtig brik i retskildehierarkiet. Retspraksis består af domme fra domstolene, som er med til at danne praksis for hvordan loven skal fortolkes og følges fremadrettet. Der skabes altså præcedens for fremtidige domme. Der er flere forskellige faktorer, der har betydning for hvilken præcedens en dom har, herunder bl.a. hvilken instans dommen er afsagt i, hvor gammel dommen er, om loven er blevet ændret siden dommen, om den har været

praksisændrende, samt om faktum i sagen er generelt eller meget særegen (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 141 ff.). Retspraksis kan tillægges en præjudikatværdi og medføre at det er forventeligt at opnå samme resultat i en sag som i en anden identisk sag. Der er altså i denne sammenhæng tale om en retssikkerhed i form af ligebehandling (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 144).

2.4. Fortolkningsprincipper

Retsdogmatisk og retspolitisk fortolkning behandles i forhold til dansk ret og EU ret, herunder hvordan retskilderne skal fortolkes fra de forskellige institutioner. Fortolkningsmetoder er med til at skabe et mere nuanceret billede af hvordan en retsregel kan forstås ud fra hvilken kontekst retsreglen fortolkes ud fra. Det er svært at danne sig et indblik i hvordan EU-Domstolen og de danske domstole fortolker i afsigelsen af sager. Formentlig kan man dog sige, at de fortolker ud fra den konkret bestemmelses ordlyd, kontekst, formål, retssystemet som helhed og samfundets udvikling (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 205). I specialet er foretaget lignende overvejelser, når reglerne fortolkes. Herunder vil de fortolkningsprincipper som er anvendt i specialet blive gennemgået.

En ordlydsfortolkning af retsregler er udgangspunktet for fortolkningen af enhver retsregel som følge af, at den er nedfældet i en tekst. Tilsvarende gør sig gældende for ikke vedtagne retsregler, som er fremsat i Folketinget til behandling. Fortolkningsmetoden er objektiv, og kendetegnes ved, at man udelukkende ser på den sproglige forståelse i ordlyden (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 220 f.).

Teleologisk fortolkning, også kaldet *formålsfortolkning*, er en subjektiv fortolkningsmetode. I denne fortolkning inddrages lovens forarbejder som et relevant bidrag til fortolkningen, da disse udgør motiverne bag den givne lovgivning. I Danmark spiller denne fortolkningsmetode en stor rolle, f.eks. nævnes forarbejderne ofte direkte citeret i afgørelser og domme (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 243 f.).

EU-konform fortolkning er et afledt princip af vores samarbejde med EU og den suverænitæt som er afgivet til EU-Domstolen til at træffe afgørelse om fortolkningen af frihedsrettighederne. EU-konform fortolkning lægger sig bl.a. op ad den negative integration af praksis. (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 206).

Ordlydsfortolkningen anvendes løbende i analysen, som redskab til forståelsen af lovgivning, både gældende og foreslået. Formålsfortolkningen anvendes i analysen af den foreslåede SEL § 31 E. Her analyseres forarbejderne, som udgør motiverne og dermed formålet med indførelsen. EU-konform fortolkning vil være et gennemgående fokus som følge, af at specialet tager udgangspunkt i hvordan det danske lovforslag skal fortolkes i overensstemmelse med gældende EU-praksis. Klarlæggelsen af retstilstanden gennem formålsfortolkning og ordlydsfortolkningen danner grundlag for den EU-konforme fortolkning. Denne EU-konforme fortolkning foregår i behandlingen af lovforslaget og er derfor at finde i forarbejderne.

Specialets fokus på fortolkning har baggrund i en formodning om, at hvis der er tale om et fuldt EU-konformt lovforslag, vil der være overensstemmelse mellem formålet med den relevante EU-praksis, formålet med lovforslaget og ordlyden i lovforslaget. Dog er der opmærksomhed på, at der kun skal være overensstemmelse mellem minimums-forpligtelserne statueret i den relevante EU-praksis, hvilket betyder, at Danmark gerne må tage hensyn til et større underskud end statueret af EU.

2.5. Afgrænsning

Udgangspunktet for behandlingen i dette speciale er det nye lovforslag i SEL § 31 E. Det primære undersøgelsesområde for bestemmelsen er betingelserne i stk. 1, samt stk. 3, om endelige underskud.

Skatteministeriet har i udkastet til SEL § 31 E lagt vægt på gældende EU-praksis i form af domme på området for endeligt underskud, samt udenlandske skatteordninger som tillader grænseoverskridende fradrag af underskud med visse modifikationer i forhold til de danske regler. I specialet vil der ikke blive foretaget en dybdegående analyse af andre landes skattelovgivning. I specialet er der udvalgt to fundamentale domme, Marks & Spencer-dommen og Bevola-dommen, som er centrale for lovforslaget i SEL § 31 E. Det resterende praksis vil blive behandlet mindre dybdegående, som bidrag til besvarelse af problemformuleringen.

Ordlyden af lovforslaget angiver anvendelsesområdet for hvilke selskabstyper som er omfattet. Specialet afgrænser sig fra at gå ind i forskellen på selskabstyperne samt beskrivelsen af kendetegn ved f.eks. ApS, A/S, fonde og foreninger. I den analyserede praksis foreligger de udenlandske enheder i en sekundær etableringsform, hvorfor specialet primært omhandler fortolkningen af TEUF art. 49. Bestemmelsen i SEL § 31 E, stk. 2, vil således ikke blive yderligere

behandlet i nærværende fremstilling. Den foreslåede værnsregel i SEL § 31 E, stk. 3, 3. pkt., er tilsvarende ikke genstand for behandling i nærværende fremstilling.

En stor del af forarbejderne vedrører omstruktureringer i form af fusion og spaltning, hvilket specialet ikke vil behandle. Disse omstruktureringer har således også indflydelse på fradrag af endeligt underskud, men af hensyn til specialets afgrænsede undersøgelsesområde, vil der ikke yderligere blive taget hensyn til disse problemstillinger. Der vil ligeledes ikke blive taget hensyn til sambeskatningsreglerne i forhold til indgangsværdier, genbeskatningssaldo, afskrivningsregler og lempelsesregler.

Den skattemæssige opgørelse af det endelige underskud behandles ikke nærmere. Skatteministeriet behandler flere spørgsmål i udvalgsbehandlingen, hvor de tager stilling til hvor stor en del af underskuddet i det udenlandske selskab som et moderselskab skal tage hensyn til i forhold til fiktive indkomstopgørelser. Opgørelserne kan blive nødvendige, når et selskab ønsker at godtgøre, at de har et underskud, men det er dog en vurdering som relaterer sig til Told- og Skattestyrelsens kompetenceområde. Disse problemstillinger vil ikke blive behandlet.

2.6. Fremgangsmåde og struktur

Specialet indledes med en generel fremstilling af emnefeltet, som gennem afgrænsningen snævres ind til problemformuleringen. Problemformuleringen giver et konkret udgangspunkt for behandlingen af emnet.

Teoriafsnittet er opdelt i to. Den første del består af en redegørelse af relevante dele af EU-retten. Anden del består af en redegørelse af de danske sambeskatningsregler, både national og international sambeskatning, som bruges senere i specialet i forbindelse med analysen af SEL § 31 E. Teorien danner således grundlag for forståelsen af sambeskatningsregler i Danmark.

Den indledende del af analysen beskriver baggrunden og kritikken af de gældende regler i SEL §§ 31 og 31 A. Dernæst fortolkes EU-retspraksis i domsanalysen, for at klarlægge retstilstanden og gældende EU-ret. Sidste del af analysen består af en analyse af SEL § 31 E.

I diskussionen tages der udgangspunkt i hvorvidt der er overensstemmelse mellem formålet med den relevante EU-praksis, formålet med lovforslaget og ordlyden i SEL § 31 E. Diskussionen vil

dermed sammenholde domsanalysen og analysen af SEL § 31 E. Et andet perspektiv om muligheden for misbrug af den nye regel vil også blive omdiskuteret afslutningsvis.

I konklusionen bliver problemformuleringen besvaret gennem sammenfatning af relevante aspekter fra analysen og diskussionen. Konklusionen er altså en gengivelse af specialets videnskabelige undersøgelser, og resultaterne udledt heraf.

I specialets afsluttende del perspektiveres der til en ny vinkel på hvordan specialet kunne have set ud, hvis der var anvendt andre metoder end den retsdogmatiske metode.

3. Teori

Teoriafsnittet danner den grundlæggende teoretiske viden for specialets videre behandling. Dette omfatter en gennemgang af den fremgangsmåde EU anvender til behandlingen af skattesager generelt, når vurderingen vedrører spørgsmålet om medlemsstaters nationale lovgivning kan udgøre en restriktion eller diskrimination. Frihedsrettighederne forpligter som tidligere nævnt Danmark til at udforme regler, som stemmer overens med frihedsrettighederne. Den retspraksis som analyseres i specialet, vedrører netop disse spørgsmål, om hvordan nationale regler skal fortolkes i overensstemmelse med etableringsfriheden, hvorfor teorien danner den viden, som er nødvendig for at kunne forstå sammenhængen mellem dansk ret og EU-ret.

En teoretisk beskrivelse af de danske sambeskatningsregler, både nationale og internationale, skal danne forståelse for den foreslåede regel i SEL § 31 Es baggrund.

3.1. Den frie etableringsret

Etableringsfriheden er en frihedsrettighed som findes i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) art. 49. Den betydning i sammenhæng med TEUF art. 54 betyder, at personer eller selskaber frit skal kunne etablere sig i alle medlemsstater inden for EU (Michelsen m.fl., 2017, s. 645). I TEUF art. 49 fremgår det, at både primære- og sekundære etablering er omfattet. I art. 54 udvides retsvirkningen af det forbud som ligger i art. 49 så bestemmelsen sidestiller selskaber inden for EU med unionsborgere. Det får den betydning, at ordlyden i ovenstående art. 49 også er gældende for selskaber og ikke kun statsborgere.

I TEUF art. 49 hjemles der et forbud mod diskrimination pga. nationalitet, og mod at medlemsstater opstiller restriktioner for etableringsretten. Selskaber fra andre medlemsstater skal uhindret kunne etablere sig på en anden medlemsstats område på samme vilkår, som hvis selskabet var hjemmehørende. Forbuddet gælder også i de tilfælde, hvor en medlemsstats lovgivning forhindrer statsborgere, der er bosat på en anden medlemsstats område, i at oprette datterselskaber, agenturer eller filialer, jf. stk. 1, 2. pkt. (Michelsen m.fl., 2017, s. 645).

Af bestemmelsen fremgår også et diskriminationsforbud i stk. 2 ved, at etableringsfriheden hjemler adgang til at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed, samt oprette og lede virksomheder på de vilkår, som er fastsat efter domicillandets egne statsborgere.

Den primære etablering omhandler, i relation til etableringsfriheden, de tilfælde hvor selskabet har flyttet sit hjemsted, hovedkontorer og hovedvirksomhed til en anden medlemsstat, jf. art. 54, stk. 1. Det betyder, at det vil være en primær etablering, hvis en person opretter et helt nyt selskab fra bunden eller overtager et allerede eksisterende selskab i en anden medlemsstat. Det vil f.eks. også være en primær etablering, hvis et selskab flytter ledelsens sæde til en anden medlemsstat (Engsig Sørensen & Hartig Danielsen, 2019, s. 556).

I relation til etableringsfriheden sker der sekundær etablering, når den primære etablering udvider sin erhvervsaktivitet gennem et datterselskab, en filial eller et agentur i en anden medlemsstat (Engsig Sørensen & Hartig Danielsen, 2019, s. 556).

3.1.1. Afgrænsningen mellem kapitalens & etablerings fri bevægelighed

I skatteretlig henseende er det i særdeleshed etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed, der regulerer disse sager. Betaling af skat kan umiddelbart sættes i sammenhæng med kapitalens frie bevægelighed, da det omhandler betalinger, altså kapital. I denne henseende handler kapitalens fri bevægelighed dog nærmere om at sikre retten til at flytte penge på tværs af landegrænser fremfor selve betalingen af skat. I Danmark forstås begrebet *skat* i almindelighed som *enhver offentligretlig bestemt ydelse til det offentlige, der ikke kan anses for vederlag for en speciel modydelse fra det offentliges side* (Madsen m.fl., 2019, s. 51). Under kapitalens fri bevægelighed kan blandt andet henføres både udbyttebeskatningsregler og aktieavance, se bl.a. C-35/98, Verkooijen. Af samme årsag kan EU-skattesager behandles under kapitalens fri bevægelighed (Michelsen m.fl., 2017, s. 605).

Afgrænsningen mellem etableringsfriheden, jf. TEUF art. 49, og kapitalens fri bevægelighed, jf. TEUF art. 63, har været genstand for juridisk diskussion i praksis, og spørgsmålet har således været behandlet hos EU-Domstolene. Det er ikke uvæsentligt, hvilken af de to friheder, der benyttes til kortlægge den juridiske problemstilling. Etableringsfriheden gælder kun, når begge selskaber er beliggende inden for EU, jf. C-35/11, FII (2) og kapitalens fri bevægelighed finder også anvendelse på tredjelande uden for EU, jf. C-47/12, Kronos, pr. 38 (Michelsen m.fl., 2017, s. 605).

Det afgørende i sontringen om hvorvidt en national lov skal vurderes efter kapitalens fri bevægelse eller etableringsfriheden er formålet bag den. Hvis lovgivningen har til formål at regulere beskatning, hvor der udøves grænseoverskridende *kontrol* (kontrolbetingelsen) af de driftsmæssige beslutninger i et selskab, er det etableringsfriheden, der kommer i spil. Alle andre tilfælde, hvor denne kontrolbetingelse ikke er opfyldt hører under kapitalens fri bevægelighed (Michelsen m.fl., 2017, s. 606 f.). I specialet vil der udelukkende blive analyseret praksis, hvor den behandlede lovgivning kræver kontrolbetingelsen opfyldt og denne praksis vil derfor blive prøvet i henhold til etableringsfriheden.

3.2. EU-Domstolens test i skattesager

En vigtig del i EU-Domstolens test i skattesager er vurderingen af om, hvorvidt der er tale om objektivt sammenlignelige situationer, da det danner hele grundlaget for restriktions- og diskriminationstesten. EU-Domstolens sager vil ofte tage udgangspunkt i et spørgsmål hvor et skattesubjekt fra medlemsstat A får en ringere behandling i medlemsstat B sammenlignet med et skattesubjekt fra medlemsstat B. Der vil derfor være tale om en vertikal sammenligning (Michelsen m.fl., 2017, s. 612).

Når en skatteretssag ender hos EU-Domstolen, vurderes sagen efter en test som tilnærmelsesvis følger en fast skabelon. For at EU-retten finder anvendelse i den pågældende sag, og EU-Domstolen går videre med testen, er det et krav, at skattesagen vedrører et grænseskridende element mellem minimum to medlemsstater (Michelsen m.fl., 2017, s. 604).

Dernæst identificeres den eller de frihedsrettigheder som sagen vedrører. Selvom frihedsrettighederne skal beskyttes i samme omfang, er det ikke altid uvæsentligt, hvilken frihedsrettighed, der finder anvendelse, netop fordi anvendelsesområdet for kapitalens frie bevægelighed er bredere.

Næste led i EU-Domstolens test er, om den nationale lovgivning udgør en restriktion eller en diskrimination. Samtlige afgørelser i denne afhandling omhandler restriktioner, hvorfor der vil blive taget udgangspunkt i EU-Domstolens restriktionstest. EU-Domstolen benytter deres egen restriktionstest udviklet gennem praksis i form af afgørelsen C-55/94, Gebhard, pr. 37. Testen består af fire-led ("Gebhard-testen"), som kan begrunde en restriktion og dermed medføre at reglen er i overensstemmelse med EU-retten (Michelsen m.fl., 2017, s. 604).

Gebhard-testen består af følgende fire led:

- i) Den omhandlende regel skal anvendes uden forskelsbehandling, og
- ii) reglen skal kunne begrundes i tvingende almene hensyn, samt
- iii) reglen skal være egnet til at sikre et legitimt formål, og
- iv) reglen må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde dette legitime formål.

Disse fire-led er akkumulerede betingelser som alle skal være opfyldt før en restriktion kan begrundes som lovlig (Michelsen m.fl., 2017, s. 605).

3.2.1. Almene tvingende hensyn

Udgangspunktet i sager om frihedsrettighederne er, at der ikke må være hverken diskriminationer eller restriktioner. Det er ikke nødvendigvis givet, at en restriktion altid er i strid med EU-retten. Rent praktisk findes der vigtige og afgørende EU-retlige overvejelser, der har vist sig at være vigtigere og mere afgørende end opretholdelsen af frihedsrettighederne. De alment tvingende hensyn skaber en beskyttelse af samfundsmæssige interesser, som vejer tungere end frihedsrettighederne. Der er gennem praksis udviklet en række hensyn, tvingende almene hensyn der kan retfærdiggøre en restriktion for frihedsrettighederne. Det er som nævnt ovenfor en del af Gebhard-testen at tage hensyn til de tvingende almene hensyn, når der i skattesager vurderes om en medlemsstats lovgivning er EU-konform (Michelsen m.fl., 2017, s. 623).

Der findes i alt syv anerkendte tvingende almene hensyn:

- 1) Hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne
- 2) Hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen
- 3) Hensynet til at bekæmpe misbrug (skatteunddragelse)
- 4) Hensynet til at modvirke dobbelt fradrag
- 5) Hensynet til territorialprincippet

6) Hensynet til effektiv skattekontrol

7) Hensynet til en effektiv skatteopkrævning

Hensynene hænger i stor grad sammen og bunder i ét eller to overordnede hensyn, alt efter hvordan man ser på det. Fælles er dog anerkendelsen af det formelle og materielle aspekt i hensynene. Det overordnede materielle hensyn er *at sikre den enkelte medlemsstats skattebases integritet*. Dette omfatter hensyn 1) til 5). Det overordnede formelle hensyn er *at sikre skattesystemets effektivitet* og dette omfatter hensyn 6) og 7). Forskellen ligger dermed i om, det overordnede materielle og formelle hensyn opfattes som to enkelte hensyn eller ét overordnet hensyn med en formel og en materiel side (Michelsen m.fl., 2017, s. 624).

Det, at EU-Domstolen anerkender disse to overordnede principper i form af flere hensyn, anses som en naturlig følge af, at det udtrykkeligt i flere sager er fastslået, at medlemsstaterne udgør selvstændige skattejurisdiktioner. Det betyder, at når ikke der er EU-retlige harmoniseringsforanstaltninger på et område, skal medlemsstaterne selv have kompetence til at fastsætte deres lovgivning. I forlængelse heraf, er det også fastslået af EU-Domstolen, at EU-retten ikke pålægger den enkelte medlemsstat at tage hensyn til andre medlemsstats skattelovgivning (Michelsen m.fl., 2017, s. 626 f.).

I overensstemmelse med at alle hensynene udspringer af lignende grundhensyn, ses de ofte brugt i sammenhæng med hinanden. I Marks & Spencer afgørelsen udgjorde 1), 3) og 4) tilsammen en retfærdiggørelse af den engelske restriktive lovgivning.

Hensyn 1) om at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og hensyn 2) om at sikre sammenhængen i beskatningsordningen lægger sig begge tæt op ad princippet om, at medlemsstaterne har ret til at sikre en symmetri i deres beskatning. Med symmetri menes, at der er sammenhæng mellem beskatning af overskud og fradrag af underskud. I forlængelse heraf ligger også hensyn 3), som bunder i princippet om, at den skattepligtige ikke selv skal have mulighed for at bestemme, hvor overskuddet skal beskattes og underskud fradrages. Dette ville udgøre et incitament til at indrette sig efter hvad der skattemæssigt er mest gunstigt for skattesubjektet, hvilket potentielt kan udgøre skatteunddragelse, hvis der ikke ligger en fornuftig forretningsmæssig begrundelse bag (ofte omtalt som kunstige arrangementer) (Michelsen m.fl., 2017, s. 630). Denne form for misbrug har ikke altid været tillagt så megen værdi i EU-Domstolens vurderinger. I C-270/83, Kommissionen mod Frankrig fremgik det, at *"risikoen for skatteunddragelse ikke kunne begrunde de traktatsikrede frihedsrettigheder"* (Michelsen m.fl., 2017, s. 630).

Hensyn 4) om dobbelt fradrag af underskud har ligeledes tilknytning til hensyn 1) og synes at være en følgevirkning heraf. Det må synes som en selvfølge, at der forekommer ubalance hvis der

sker dobbelt fradrag, dvs. hvor to stater fradrager det samme underskud og kun én medlemsstat beskatter indkomsten. Det er i flere afgørelser fastslået, at medlemsstaterne skal have mulighed for at forhindre risikoen for dobbelt fradrag, men det er dog tilkendegjort i afgørelse C-18/11, Philips Electronics, at det er domicillandets opgave og ikke kildelandets (Michelsen m.fl., 2017, s. 632).

Når medlemsstaterne har påberåbt sig hensyn 5), har det ofte været et forsøg på at få EU-Domstolen til at acceptere almindelige skatteretlige principper. Det har været usikkert om hensynet er blevet behandlet som et tvingende alment hensyn eller blot en del af sammenlignelighedstesten. I Marks & Spencer afgørelsen, blev hensynet dog inddraget som et tvingende alment hensyn, men blev afvist. Det virker således til, at EU-Domstolen har været forsigtige med at anerkende dette hensyn muligvis med den begrundelse, at de ikke har ønsket at medlemsstater skulle kunne begrunde restriktiv lovgivning i almindelige skatteretlige principper, som dette hensyn har været et udtryk for (Michelsen m.fl., 2017, s. 632).

Hensyn 6) og 7) ses ikke påberåbt i de relevante afgørelser inddraget i specialet og de vil derfor ikke blive yderligere gennemgået.

3.2.2. Proportionalitetsvurderingen

Når EU-Domstolen er nået frem til, at der er et eller flere tvingende almene hensyn, der kan retfærdiggøre en restriktiv lovgivning, vil de efterfølgende vurdere om, *proportionalitetsprincippet* er overholdt. Princippet omfatter en vurdering af hvorvidt, den restriktive regel er (i) egnet til at sikre formålet den forfølger og (ii) om den går ud over hvad der er nødvendigt for at sikre formålet. Proportionalitetsprincippet har praktisk den virkning, at medlemsstaterne på trods af begrundede tvingende almene hensyn, bliver tvunget til at indrette sin lovgivning så lidt byrdefuldt som muligt.

3.3. Sambeskatningsreglerne §§ 31 og 31 A

I bestemmelsen SEL § 8 stk. 2, findes de danske regler om territorialbeskatning, hvilket er en modifikation af hovedreglen i dansk skatteret, nemlig statsskattelovens (SL) § 4 "globalindkomstprincippet". Efter SL § 4 er udgangspunktet, at alt indkomst som et dansk selskab tjener skal beskattes i Danmark, uanset hvor i verden indkomsten kommer fra. Dette princip fraviges i SEL § 8, stk. 2. Den nugældende bestemmelse lyder jf. LBK nr 1164 af 06/09/2016 således:

”Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke indtægter og udgifter, som vedrører et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland, jf. dog § 31 A.”

Undtagelsen til territorialbeskatning fraviges i de tilfælde hvor en koncern vælger reglerne for international sambeskatning, hvorimod national sambeskatning gælder umiddelbart for selskaber, når de er etableret i Danmark.

3.3.1. National sambeskatning

I SEL §31, stk. 1, 1. pkt. er nævnt hvilke skattesubjekter som indgår i en national sambeskatning. De omfattede skattesubjekter er primært fuldt skattepligtige kapitalselskaber og foreninger, samt begrænsede skattepligtige faste driftssteder og ejendomme beliggende i Danmark. Det er en betingelse, at der er etableret koncernforbindelse mellem subjekterne der indgår i sambeskatningen. Bestemmelsen definerer koncernforbundne selskaber som, selskaber og foreninger m.v., der på noget tidspunkt i indkomståret tilhører samme koncern. Selskabsskattelovens § 31 C, stk. 1 definerer yderligere en koncern, som et selskab eller forening m.v. med ét direkte moderselskab og med et eller flere datterselskaber.

Om der er tale om et moderselskab i et koncernforhold skal vurderes i SEL § 31 C, stk. 2-6. Et moderselskab, er det selskab som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over et andet selskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger, jf. stk. 2. Bestemmende indflydelse over datterselskabet skabes, når moderselskabet direkte eller indirekte ejer mere end 50-pct. af stemmerettighederne i selskabet. Det betyder, at koncernforhold etableres når et selskab ejer mere end 50-pct., af den stemmeafgivende aktiekapital i et andet kapitalselskab, medmindre det kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke giver bestemmende indflydelse. Det afgørende er stemmerettighederne og ikke aktiekapitalen. Ejer et selskab f.eks. majoriteten af aktiekapitalen 75 pct., men kun 10 pct. af stemmerettighederne, foreligger der ikke bestemmende indflydelse, og der er dermed ikke koncernforbindelse. Hvis flere selskaber opfylder kriterierne i stk. 2-6, så er det selskabet som faktisk udøver den bestemmende indflydelse, der er direkte moder (Michelsen, M., Dalgas, A. S., Nørgaard Laursen, 2017, s. 518).

I SEL §31, stk. 2, 4-8 pkt. beskrives der i hvilken prioritetsrækkefølge underskud skal fradrages. Et selskab eller fast driftssted med underskud fra før sambeskatningsperioden, dvs. fra før koncernforbindelsen, kan kun fradrage dette underskud i fremtidige overskud i samme enhed – hvilket gør det til et såkaldt særunderskud. Herefter modregner alle overskudsgivende selskaber i sambeskatningen, det underskud som de har fra tidligere indkomstperioder, i det overskud de har.

Hvis der herefter fortsat er selskaber med positiv og negativ indkomst i sambeskatning, så fordeles underskuddet, til de selskaber med positiv indkomst, forholdsmæssigt mellem selskaberne med positiv indkomst – først fra indeværende indkomstår og derefter underskud fra tidligere år. Hvis der fortsat er selskaber i sambeskatningen med underskud, så fremføres dette underskud til modregning i senere indkomstperioder, jf. SEL § 31, stk. 2.

3.3.2. International sambeskatning

Det ultimative moderselskab i en koncern kan vælge, at reglerne om sambeskatning tillige skal gælde alle koncernforbundne udenlandske selskaber, som er tilsvarende kapitalselskaber efter danske regler, og foreninger m.v. (Michelsen et al., 2017, s. 517). Valg af international sambeskatning sidestiller danske koncerner, omfattet af den obligatoriske sambeskatning, med danske/internationale koncerner, som både har udenlandske og danske selskaber, jf. SEL § 31 A, stk. 2-14.

Valg af international sambeskatning

Det ultimative moderselskab, efter SEL § 31 A, stk. 1, kan frivilligt vælge international sambeskatning for hele koncernen. Således bliver alle udenlandske og alle danske selskaber samt faste driftssteder og fast ejendom, omfattet af den internationale sambeskatning. Princippet om at alle selskabers indtægter og underskud er inkluderet i sambeskatningsordningen kaldes globalpuljeprincippet, og fraviger princippet om territorialprincippet. Uden dette tilvalg kan der ikke fremføres underskud fra udenlandske sekundære etableringer til det danske moderselskab, som reglerne er nu.

Der følger hovedsageligt to krav med valget om international sambeskatning.

Første krav for valg af international sambeskatning er, at selskabet forpligter sig til en bindingsperiode på 10 år, jf. SEL § 31 A, tk. 3, 3. pkt. Ordningen kan igen vælges ved udløbet af bindingsperioden. Et genvalg har som konsekvens, at de genbeskatningssaldi som allerede findes videreføres, jf. lovbemærkningerne til § 31 A, stk. 3, i § 1, nr. 16, L 121 2005. Hvis ordningen ikke genvælges, sker der ordinær genbeskatning, jf. SEL § 31 A, stk. 10.

Det ultimative moderselskab kan på hvilket som helst tidspunkt i sambeskatningen vælge at afbryde bindingsperioden. Afbrydelsen medfører dog, at der sker fuld genbeskatning, jf. SEL § 31 A, stk. 11.

Andet krav for valg af international sambeskatning er, at der vælges et dansk administrationsselskab. Dette hænger også sammen med, at der skal indgå mindst ét dansk selskab før ordningen kan vælges. Udgangspunktet ved udpegning af administrationsselskabet findes i SEL § 31 A, stk. 4, 1. pkt. Hvis det ultimative moderselskab er skattepligtigt til Danmark, enten efter SEL §§ 1 eller 2, så bliver dette automatisk også administrationsselskab i sambeskatningen. Hvis ordningen er valgt, og det danske administrationsselskab senere udgår af koncernforbindelsen, vil det have den konsekvens, at der sker fuld genbeskatning, jf. SEL § 31 A, stk. 5.

4. Analyse

Analysen indledes med et afsnit, der skal skabe en forståelse for tiden forud for lovforslag L 48 2019/20. I forlængelse af dette afsnit dykkes der ned i en gennemgående analyse af baggrunden for det EU-retsgrundlag, der har dannet basis for det lovforslag, der behandles i anden del af analysen. Marks & Spencer-dommen er fundamentet for domsanalysen, som udgør doktrinen om endeligt underskud, sammen med Bevola-dommen, som spiller en afgørende rolle i fortolkningen af doktrinen om endeligt underskud i lyset af de danske sambeskatningsregler. Herudover, vil der være en kortere gennemgang af anden EU-praksis som ligesom Bevola afgørelsen, ligger i forlængelse af Marks & Spencer-doktrinen og præciserer forståelsen af doktrinen. Den præciserende forståelse er relevant for analysen af lovforslaget L 48.

4.1. Kritik af de danske sambeskatningsregler

I overvejelserne omkring SEL § 31 E findes det relevant at inddrage behandlingen af de gældende sambeskatningsregler. Disse regler blev gennemgående kritiseret for den manglende EU-konformitet, men blev på trods af denne vedtaget. I dette afsnit undersøges hvorfor og på hvilket grundlag reglerne blev vedtaget.

I 2005 blev lovforslag L 121 fremsat med det formål at ændre de danske sambeskatningsregler. Før L 121 blev L 153 fremsat med et næsten identisk indhold, hvilket blev overført til L 121 i uændret tilstand. I udarbejdelsen, blev der nedsat et sambeskatningsudvalg, hvis opgave var at foreslå de mest optimale regler for de selskaber, som ville blive omfattet af reglerne. Dette drejede sig om danske koncerner, som enten ville blive omfattet af den obligatoriske sambeskatning, eller den tilvalgte ordning for international sambeskatning. Det var en nyskabelse i reglerne, at man

ville opsplitte national sambeskatning og international sambeskatning. Før lovforslaget var der valgfrihed for koncernen til selv at vælge hvilke selskaber, der skulle med i ordningen. I forbindelse med disse nye foreslåede regler ville det også være nødvendigt at indføre en regel om territorialbeskatning i selskabsskattelovens § 8, stk. 2, som modifikation til reglerne om sambeskatning. Udgangspunktet blev herefter, at fast driftssted og fast ejendom i udlandet ikke var omfattet af sambeskatningsordningerne, dog kun i tilfælde hvor international sambeskatning aktivt blev tilvalgt (Winther-Sørensen, 2005, afs. 1)

Forud for udarbejdelsen af lovforslaget blev der af Skatteministerens kommissorium efterspurgt tidssvarende og fremtidssikrede regler for koncernbeskatning. Bl.a. blev følgende ønsker opstillet til ændringerne af skattereglerne (Danmark & Sambeskatningsudvalget, 2004, s. 4):

- i) Så enkle regler som muligt – herunder, at reglerne skal være administrativt hensigtsmæssige for både selskaber og myndigheder.
- ii) Reglerne skal være modstandsdygtige over for skatteunddragelse og uden huller.
- iii) Reglerne skal være i overensstemmelse med EU-retten.
- iv) Reglerne skal give fleksibilitet mht. etableringen af forskellige koncern-strukturer – herunder vurderingen af reglerne i andre EU lande.

På trods af ovenstående fokuspunkter blev lovforslaget alligevel kritiseret for ikke at være i overensstemmelse med EU-retten. Denne kritik bundede i, at den verserende EU-sag Marks & Spencer-dommen, ikke på dette tidspunkt var afsagt endnu. Spekulationerne gik bl.a. på, om lovbehandling bør vente indtil efter afsigelsen af sagen, for at sikre at lovforslaget blev i overensstemmelse med den nye EU-praksis (Danmark & Sambeskatningsudvalget, 2004, s. 9 f). Blandt kritikerne, der optræder i udvalgsbehandlingen, er Professor Søren Friis Hansen og Professor Niels Winther-Sørensen.

Lovudvalgets kritik

Af Søren Friis Hansen bliver Skatteministeriet bedt om at svare på hvorfor, der er anvendt en anden fortolkningsmetode af den foreslåede beskatningsordning, i forhold til fortolkningsmetoden som EU-Domstolen foretager, når de vurderer de almene tvingende hensyn og proportionaliteten i afgørelser. Han udtaler, at EU's vurdering, der er gengivet i

bemærkningerne til L 121, hviler på et forkert grundlag, når Skatteministeriet når frem til, at ordningen vil kunne begrundes i saglige hensyn og ikke kan opnås på en mindre gunstig måde. Friis Hansen fremhæver i denne forbindelse også, at motiverne bag et globalpuljeprincip ikke lovligt kan forfølges, og allerede på baggrund heraf er reglerne uforholdsmæssige (L 121, Svar på spg. 1, s. 8). Han mener, at Skatteministeriets argument for ændring af reglerne skulle være at forhindre tab af skatteprovenu.

Friis Hansen mener ikke, at EU-Domstolens begrundelse om, at hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen kan retfærdiggøre den restriktion reglerne udgør, netop fordi ordningen rammer to forskellige subjekter.

Af forarbejderne fremgår også professor Niels Winther-Sørensen kritisk i forhold til reglerens udformning i L 121. Winther-Sørensen mener ikke, at reglerne vil kunne indføres med det fremsatte indhold. Hertil anførte han nærmere sin bekymring som primært gik på, at det vil være svært at kunne se, at de foreslåede regler er i overensstemmelse med EU-retten, hvis EU-Domstolen gav Marks & Spencer medhold. Winther-Sørensen sår tilmed tvivl om hvorvidt, tilvalget og de konsekvenser der medfølger, er i overensstemmelse med EU-retten (L 121, Svar på spg. 1, s. 12).

Han mente også, at det var tvivlsomt om EU-Domstolen vil anerkende sammenhængen i beskatning som et alment tvingende hensyn (L 121, Svar på spg. 1, s. 9).

Skatteministeriets holdning

Skatteministeriet tager i forarbejderne stilling til ovenstående kritik. De mener, at ændringerne til sambeskatningsreglerne kan begrundes ud fra den måde, som EU-Domstolen tester skattesager på, ved at begrunde reglerne ud fra almene tvingende hensyn og proportionalitet. Både Friis Hansens notater og Winther-Sørensen artikel (SR.2005.0032) er begge skrevet før Generaladvokatens forslag til Marks & Spencer-dommen, hvorfor ministeriet finder det nærliggende at tage udgangspunkt heri.

Der bliver af ministeriet taget forbehold for, at beskatningsordningen adskiller sig fra den i Marks & Spencer-dommen på to punkter. For det første afskærer ordningen ikke muligheden for at tage hensyn til et udenlandsk underskud, og for det andet medregnes underskud fra faste driftssteder som udgangspunkt ikke i indkomstopgørelsen i domicillandet.

Skatteministeriet har ikke, som anført af Friis Hansen begrundet skatteordningen i hensynet om at forhindre tab af skatteprovenu, men nærmere hensynet om at beskatningsretten og fradragsretten skal ske i samme medlemsstat (L 121 lovbemærkningerne Pkt. 10), hvilket Generaladvokaten mener er et legitimt formål, som vil kunne begrunde en restriktion (forslag til afgørelse C-446/03, pkt. 65).

Skatteministeriet fremfører endvidere Generaladvokatens ord om, at et forbud mod modregning af underskud fra et udenlandsk datterselskab er berettiget, når underskuddet også kan udnyttes efter kildelandets regler.

Skatteministeriets opfattelse danner konsensus med Generaladvokatens holdning, om hvorledes det anførte hensyn kan begrunde en restriktion hvortil anføres, at de ændrede sambeskatningsregler etablerer en sådan sammenhæng i den danske beskatningsordning, at det kan betragtes som en begrundet restriktion (L 121, Svar på spg. 1, s. 9).

Skatteministeriet anerkender i forarbejderne, at Generaladvokaten i sit forslag til afgørelse af Marks & Spencer-dommen har fremført, at en medlemsstat generelt ikke må nægte et datterselskab i kildelandet at fradrage deres underskud i et moderselskab i domicillandet alene på den baggrund, at datterselskabet ikke har betalt skat af overskud i denne medlemsstat. Skatteministeriet fremfører i denne sammenhæng, at L 121 ikke er en generel nægtelse af underskudsoverførsel fra datterselskaber i kildelande til moderselskaber i Danmark, da der er mulighed for at tilvælge den internationale sambeskatningsordning (L 121, Svar på spg. 1, s. 9). Således mener de ikke, at en tilvalsordning er i strid med EU-retten.

Dog kommer tilvalget af den internationale sambeskatningsordning med en 10 års bindingsperiode og en genbeskatning inden for denne periode. Den genbeskatning der medfølger ved tilvalsordningen, begrundes Skatteministeriet i hensynet om sammenhængen i beskatningsreglerne. De anfører, at genbeskatning er nødvendig for at sikre, at der ikke sker dobbelt fradrag. I sammenhæng med dette tilføjer de, at genbeskatning derudover kun sker i det tilfælde, hvor Danmark har givet fradrag for et underskud, de ikke var forpligtet til efter gældende EU-ret.

Til at begrunde den 10 år lange bindingsperiode, lægger de vægt på deres overvejelser tidligere i bemærkningerne til L 121. Disse overvejelser går på, at hvis ikke der var denne bindingsperiode, ville det skabe incitament for *cherry-picking*, der går ud på at koncernen springer ind og ud af sambeskatningen alt efter hvad, der medfører de mest fordelagtige skatteforhold. De tager

ligeledes stilling til om denne bindingsperiode går videre end hvad der er nødvendigt for at opretholde dette hensyn. Hertil tilføjer de, at bindingsperioden ikke er for vidtgående, da det altid er muligt at tilvælge ordningen, altså gå fra national sambeskatning til international sambeskatning, og der kun sker genbeskatning inden for bindingsperioden, hvis der faktisk er anvendt et underskud til fradrag. Det betyder også, at hvis der faktisk ikke er anvendt et underskud til fradrag, kan bindingsperioden afbrydes uden genbeskatning.

Skatteministeriet fastholdt derfor, trods den gennemgående kritik, den holdning, at lovforslaget var EU-konformt. Reglerne har siden vedtagelsen af Lovforslag L 121 udgjort gældende ret på området. Der er lavet meget få ændringer til sambeskatningsreglerne siden vedtagelsen, som ikke vil blive gennemgået i specialet.

Først i 2016, hvor Marks & Spencer-doktrinen blev prøvet i forhold til de ovenstående danske regler i form af Bevola-dommen, blev det klart, at Skatteministeriets holdning ikke var den samme som EU-Domstolens.

I nedenstående afsnit vil Marks & Spencer-dommen og Bevola-dommen, samt andre efterfølgende EU-afgørelser blive analyseret. Dette spiller sammen med både de tidligere overvejelser i forarbejderne til de nuværende regler, som gennemgået ovenfor, og danner baggrunden for de foreslåede regler i det senere behandlede lovforslag til SEL § 31 E.

4.2. Domsanalyser

Marks & Spencer-dommen udgør doktrinen om endeligt underskud og vil derfor være en af de to centrale afgørelser i følgende analyse. Doktrinen anvendes i en lang række senere afgørelser. Her har den anden centrale afgørelse, Bevola-dommen, stor interesse for specialet. Denne afgørelse danner udgangspunkt for lovændringen i Danmark. Bevola-dommen er derfor afgørende i relation til udarbejdelsen af SEL § 31 E. I forbindelse med udarbejdelsen af SEL § 31 E, anvendes også andre afgørelser i forarbejderne som belæg for bestemmelsens ordlyd. En kortere analyse af disse afgørelser indgår i domsanalysen. Her er der tale om C-608/17, Memira AB (herefter: "Memira-dommen") og C-157/07, Krankenhaus Wannesee (herefter: "Krankenhaus-dommen").

4.2.1. Marks & Spencer (C-446/03)

Faktum

Anmodningen om en præjudiciel afgørelse sker på baggrund af en tvist mellem Marks & Spencer og de britiske myndigheder. Tvisten omhandler fortolkningen af TEUF artikel 43 og 48 (nu 49 og 54) i forbindelse med de britiske myndigheders afslag på en ansøgning om fradrag af underskud.

Marks & Spencer, som er beliggende i Storbritannien, har igennem en længere årrække ekspanderet i udlandet og har flere datterselskaber i flere lande i Europa (EU) (herefter fælles refereret til som medlemsstater). Den 31. december 2001 blev et datterselskab i Frankrig solgt til tredjeparter, mens de resterende af datterselskaberne blev likvideret, herunder datterselskaberne i Belgien og Tyskland.

Marks & Spencer fremsatte da krav om såkaldt koncernlempelse for underskud, som datterselskaberne i Belgien, Tyskland og Frankrig havde pådraget sig gennem fire regnskabsperioder. Disse underskud blev omberegnet, så de blev opgjort efter de britiske skatteregler.

Datterselskaberne havde kun udøvet virksomhed i de medlemsstater, de var hjemmehørende i, altså Belgien, Tyskland og Frankrig, og af den grund afviste de britiske myndigheder, at Marks & Spencer kunne fradrage underskud fra disse datterselskaber. De begrundede dermed afvisningen med, at datterselskabernes underskud ikke var bogført i Storbritannien.

Marks & Spencer appellerede sagen til High Court of Justice, Chancery Division, som udsatte sagen med det formål at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen til afklaring.

De præjudicielle spørgsmål

De britiske myndigheder ønskede afklaring på om, der var tale om en restriktion i henhold til artikel 49 og 54 (etableringsfriheden) ved forskellige tilfælde. Herunder gennemgås de relevante præjudicielle spørgsmål.

De britiske myndigheder ønskede at vide om, der er tale om en restriktion, når national lovgivning forhindrer skattemæssigt hjemmehørende moderselskaber i at nedsætte deres skattepligtige overskud ved modregning af et underskud fra datterselskaber beliggende i andre medlemsstater,

hvis en sådan modregning er mulig, når der er tale om moderselskaber og datterselskaber beliggende i samme medlemsstat.

Derudover ønsker de ligeledes svar på om, noget, der minder om international sambeskatning vi kender fra den danske lovgivning, er i overensstemmelse med artikel 49 og 54. Her er der tale om en lovgivning, der giver koncerner i Storbritannien mulighed for at beskatte det samlede overskud i et selskab, herunder selskabets filialer beliggende uden for domicillandet med forbehold for lempelse af dobbeltbeskatning, og her også mulighed for at tage hensyn til en filials underskud i et andet selskabs overskud.

De britiske myndigheder, ønsker tilmed at vide om eventuelle restriktioner kan begrundes i henhold til fællesskabsretten.

I forbindelse med de stillede spørgsmål, har de britiske myndigheder gjort sig nogle tanker om hvorvidt det har en indflydelse, at datterselskabet har mulighed for at fradrage underskud i kildelandet. De beder dermed EU-Domstolen om at tage stilling til hvorvidt, det skal stå moderselskaber/koncerner frit for at vælge hvor de vil udnytte et underskud, hvis der er mulighed for det i flere stater, hvor koncernen har selskaber beliggende.

I forlængelse heraf, ønsker de britiske myndigheder at vide om, det har nogen betydning at et ophørt datterselskab i kildelandet, ikke har udnyttet et underskud, selvom dette var en mulighed. Igen, ønsker de britiske myndigheder dermed at vide hvor stor en valgfrihed, der skal være i koncernen for at vælge, hvor et underskud i koncernen skal udnyttes.

I forlængelse af ovenstående ønsker de britiske myndigheder ligeledes svar på om, det har nogen betydning for fortolkningen af etableringsfriheden, at et selskab med underskud er blevet solgt til en tredjepart, med mulighed for udnyttelse af underskuddet og tilmed om, en stat hvor moderselskabet er beliggende vil skulle tage hensyn til og lempe for et underskud, der muligvis allerede er blevet udnyttet i en anden medlemsstat. De ønsker altså at vide om, det har nogen betydning at underskuddet på nogen måde er udnyttet i den anden medlemsstat, og om det har indflydelse på vurderingen af hvorvidt, der må foregå en forskelsbehandling - både når den udnyttelse sker hos datterselskabet eller hos en ubeslægtet tredjepart.

EU-Domstolens indledende bemærkninger

EU-Domstolen slår først fast, at det følger af retspraksis, at selvom medlemsstaterne selv har kompetencen til at beskatte, skal denne beskatning ske i overensstemmelse med fællesskabsretten, jf. præmis 29.

Som tidligere gennemgået jf. afsnit 3.1. "*Den frie etableringsret*", skal lovgivning i medlemsstaterne ikke bare lave lige vilkår for dets statsborgere, men herunder også for selskaber der ønsker at etablere sig i medlemsstaten. Staten må ligeledes ikke stille hindringer i vejen for at en statsborger eller et selskab frit kan etablere sig.

EU-Domstolen mener, at der er tale om en skattefordel for selskaber, der opnår en koncernlempelse, når selskaberne i koncernen er beliggende i samme medlemsstat. De mener ligeledes, at denne skattefordel udgør en hindring for etableringsfriheden, da denne skattefordel gør det mere gunstigt for datterselskaber beliggende i medlemsstaten i forhold til datterselskaber beliggende i en anden medlemsstat. Det vil dermed kunne hindre et moderselskab i at udøve sin etableringsfrihed, idet det vil være mere gunstigt at oprette datterselskaber i moderselskabets domicilland fremfor i en anden medlemsstat.

Som tidligere gennemgået jf. afsnit 3.2. "*Test i Skattesager*", er sådan en hindring kun tilladt, hvis den følger et legitimt formål, som (i) er foreneligt med traktaten, (ii) kan begrundes i tvingende almene hensyn og (iii) følger proportionalitetsprincippet.

Parterne som har indgivet indlæg til sagen, er af den opfattelse at datterselskaber beliggende i kildelandet og domicillandet ikke er i objektivt sammenlignelige situationer af den årsag at moderselskabet, i en koncernlempelsesordning kun vil have beskatningsretten til datterselskaber beliggende i domicillandet. De mener denne opfattelse skaber sammenhæng i staternes beskatningskompetence.

EU-Domstolen tager med i sin vurdering, at bopælssted kan være en legitim begrundelse for nationale bestemmelser. I dette tilfælde afslår EU-Domstolen dog, at dette hensyn kan begrunde en sådan forskelsbehandling, jf. pr. 37. Hvis det blev anerkendt, at en stat frit kunne forskelsbehandle, som følge af selskabets beliggenhed og hvor det blev beskattet, vil TEUF art. 49 blive indholdsløs.

De fremfører ligeledes det, at en medlemsstat ikke beskatter overskud i et datterselskab i kildelandet, ikke i sig selv kan være en legitim grund til forskelsbehandlingen. Det betyder, at en ubalance i skattekompetencen og dermed et lavere skatteprovenu ikke i sig selv er en legitim begrundelse.

EU-Domstolens behandling

Storbritannien og de andre medlemsstater har påberåbt sig tre forhold, som begrundelse for restriktionen.

For det første fremfører de, at overskud og underskud hænger unægteligt sammen. De mener, at der skal være en symmetri inden for rammerne af en stats skattesystem for at sikre, at der er balance i skattekompencen mellem de berørte medlemsstater.

Ligeledes begrundes de forskelsbehandlingen i, at hvis der gives mulighed for at man kan udnytte et underskud på tværs af medlemsstaterne, er der større risiko for at denne udnyttelse kan foregå mere end én gang. Det vil blive sværere at kontrollere, om der sker dobbeltfradrag.

Det tredje hensyn der fremføres, er risikoen for skatteunddragelse. Dermed menes risikoen for at selskaber vil begynde at spekulere i etableringen af selskaberne for at opnå den største skattemæssige værdi af underskuddet, dvs. skabe overskud i et land med højt skattetryk, hvor underskuddet kan modregnes i. Underskud fradrages i de lande hvor skatteværdien er højest, hvilket er den stat med det højeste skattetryk. Balancen bliver betydelig forværret, hvis selskaberne selv har mulighed for at beslutte, hvor de vil beskattes og udnytte eventuelle underskud (cherry-picking).

EU-Domstolen påpeger dog endnu engang at hensynet om, at medlemsstaterne opnår et lavere skatteprovenu, ikke er et tvingende alment hensyn. Det kan dermed ikke begrunde en foranstaltning, der er i strid med etableringsfriheden jf. bl.a. sag C-319/02, Manninen, pr. 49.

I forhold til medlemsstaternes mulighed for hindring af dobbelt fradrag, anerkender EU-Domstolen at medlemsstaterne skal have mulighed for dette. De anerkender også at muligheden for dobbelt fradrag vil blive forhøjet, hvis et datterselskab i kildelandet skal have mulighed for at udnytte et underskud i domicillandet. Dog mener EU-Domstolen, at denne risiko kan undgås ved indførelse af en national bestemmelse, der udelukker udnyttelse af underskud, der allerede er udnyttet i kildelandet.

Med hensyn til forholdet om skatteunddragelse, anerkender EU-Domstolen ligeledes, at overførsler af underskud mellem medlemsstaterne kan udgøre en risiko for, at koncerner vil spekulere i disse regler. Der kan altså være en risiko for, at koncerner vil indrette sig efter at opnå den laveste beskatning af et overskud.

Den samlede vurdering af de tre hensyn er derfor, at Storbritanniens og andre medlemsstaters lovgivning, der forhindrer udnyttelse af underskud på tværs af medlemsstaterne, følger et

legitimt formål, som er foreneligt med traktaten og udgør tvingende almene hensyn. Lovgivningen anses derfor som *egnet* til at sikre gennemførelsen af de pågældende mål.

Proportionalityvurderingen

På baggrund af ovenstående resultat, skal det vurderes hvorvidt lovgivningen strækker sig *videre* end hvad der kan begrundes i de tvingende almene hensyn.

Marks & Spencer og Kommissionen har fremført, at der som eksempel kan indføres lovgivning, der betinger udnyttelsen af underskuddet fra et datterselskab i kildelandet. Udnyttelse af et underskud ville kunne betinges af, at datterselskabet i kildelandet har udtømt alle dets muligheder i kildelandet, jf. pr. 54, første led.

Et andet eksempel på en mulighed, er at betinge udnyttelsen af underskud i et datterselskab i kildelandet, af et krav om, at fremtidige overskud fra dette datterselskab skal medregnes i den skattepligtige indkomst fra det selskab, der tidligere har udnyttet datterselskabet underskud, jf. pr. 54, andet led.

I tråd med ovenstående eksempler, statuerer EU-Domstolen at en lovgivning generelt ikke må udelukke underskud fra et datterselskab i kildelandet, når (i) datterselskabet har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddet i kildelandet, med hensyn til det pågældende eller tidligere indkomstår, både af selskabet selv eller af tredjeparter, eller (ii) det umuligt kan udnyttes i fremtidige indkomstår af selskabet selv, eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse til denne, jf. pr. 55.

Det endelige underskud

Det første som leder specialet mod en definition af *endeligt underskud* er præmis 55 i dommen. Det endelige underskud bliver her beskrevet som det underskud, der på ingen måde kan udnyttes af datterselskabet i kildelandet selv eller af en tredjepart, f.eks. ved overdragelse.

EU-Domstolen når dermed frem til, at etableringsfriheden ikke er til hinder for at medlemsstaterne kan vedtage eller opretholde lovgivning, der følger formålet om, (i) at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, (ii) at forhindre risikoen for at koncerner kan indrette sig efter at opnå skattemæssige fordele, altså skatteunddragelse, og (iii) at forhindre dobbelt fradrag.

Hovedreglen er, at medlemsstater selv har suverænitet til at bestemme hvordan de vil beskatte selskaber, både selskaber beliggende i deres egen medlemsstat og i andre medlemsstater. I forlængelse heraf fremgår det af Marks & Spencer-dommen, at etableringsfriheden ikke er til hinder for at en medlemsstat har regler om national sambeskatning uden lovgivning om international sambeskatning. Dog, skal der, hvis reglerne ikke tillader det, være en undtagelse, der gør det muligt for moderselskabet at fradrag endelige underskud fra sekundære etableringer i andre medlemsstater. Dette udgør Marks & Spencer-doktrinen.

4.2.2. Bevola (C-650/16)

Faktum

A/S Bevola (herefter Bevola) er et dansk selskab med hjemsted i Danmark. Bevola er datterdatterselskab af Jens W. Trock, som er koncernens ultimative moderselskab, der ligeledes har hjemsted i Danmark.

Bevola har en filial i Finland med et akkumulerede underskud på 2,8 mio. DKK, som Bevola ønskede at fradrage i Bevolas indkomst, idet filialen ikke selv kunne fradrage underskuddet i Finland, som følge af filialen var lukket i 2009.

I Danmarks blev fradraget nægtet af Skattestyrelsen med den begrundelse, at filialen ikke hørte til dansk beskatningskompetence, jf. territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2. I bestemmelsen fremgår, at faste driftssteder beskattes i det land, hvor det territorielt er beliggende. Dermed afgiver man ved de danske regler beskatningskompetence og fradragsretten til Finland. Ifølge SEL § 31 er der tvungen national sambeskatning for selskaber og filialer. Hvis koncernen ønsker sambeskatningen udstrakt til udenlandske selskaber og filialer, kræver det et aktivt tilvalg, jf. SEL § 31 A.

Som følge af sambeskatningsordningen i Danmark er der forskel på rene danske sambeskatning strukturer og ikke rene danske sambeskatning strukturer. I Bevolas tilfælde udgør denne mangel på tilvalg af international sambeskatning en mindre fordelagtig behandling af filialen i Finland, hvilket kan medføre en restriktion af etableringsfriheden.

Det præjudicielle spørgsmål

Efter Bevola tabte sagen til Skatteministeriet, lagde de sag an ved Østre Landsret. Sagen er senere blevet forelagt til fortolkning ved EU-Domstolene af Landsretten som en præjudiciel forelæggelse. Sagen blev anlagt med henvisning til tidligere EU-praksis på området i form af Marks & Spencer-dommen. Sagerne er forskellige på flere punkter, bl.a. 1) at Marks & Spencer vedrører et *moder-datter-selskabsforhold*, hvor Bevola-dommen vedrører et *Selskab-filial-forhold* og 2) at det ikke er endegyldigt udelukket, at der kan ske fradrag af et endeligt underskud, idet der kan ske modregning, hvis koncernen vælger ordningen for international sambeskatning. Spørgsmålet var imidlertid, om de danske sambeskatningsregler var EU-konforme set i lyset TEUF art. 49, herunder om Marks & Spencer-doktrinen vil få indflydelse på de danske regler.

Den forelæggende ret har fremført følgende præjudicielle spørgsmål:

"Den forelæggende ret ønsker med spørgsmålet nærmere bestemt oplyst, om artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, der udelukker muligheden for et hjemmehørende selskab for at fradrage tab i et fast driftssted beliggende i en anden medlemsstat i sit skattepligtige overskud, selv i tilfælde, hvor der definitivt ikke længere kan tages hensyn til dette tab i denne anden medlemsstat, medmindre dette hjemmehørende selskab har valgt en ordning for international sambeskatning som den i hovedsagen omhandlede".

EU-Domstolens indledende bemærkninger

EU-Domstolen gør det klart at art. 49 TEUF i henhold til art. 54 TEUF omfatter selskaber og indebærer et forbud mod, at domicillandet lægger hindringer i vejen for, at statens egne statsborgere etablerer sig i en anden medlemsstat, eller dets selskaber gør det. Tilsvarende gør sig gældende, når et selskab vil drive virksomhed i en anden medlemsstat via et fast driftssted, jf. C-414/06, Lidl Belgium.

EU-Domstolen fremfører, at der tidligere er taget stilling til, at det udgør en skattemæssig fordel når der i en medlemsstat tages hensyn til et fast driftssteds underskud ved opgørelsen af det skattepligtige overskud, i det selskab som driftsstedet er knyttet til. Det betyder, at det medfører en skattemæssig fordel, når selskabet har et fast driftssted i domicillandet fremfor i kildelandet. Denne forskellige behandling udgør en hindring. Dog skal denne forskellige behandling vurderes i forhold til objektiv sammenlignelighed og tvingende almene hensyn.

Forskellig behandling

Indledningsvist undersøges, om SEL § 8, stk. 2 medfører en forskellig behandling af danske og udenlandske sekundære etableringer. Med denne bestemmelse udelukkes muligheden for fradrag af udenlandske filialer. En territorialbeskatning kan være en *fordel* eller en *ulempe*. I de tilfælde hvor filialen har indkomst til beskatning, vil det være en fordel, hvis filialen er etableret i et land med lavere skattesats end den danske, som på nuværende tidspunkt er 22 %, jf. SEL § 17, stk. 1. Dog er tilfældet anderledes for det danske selskab Bevola, som har et ophørt fast driftssted i Finland hvis tab ikke kan fradrages i Finland. I dette tilfælde er SEL § 8, stk. 2 årsagen til en negativ påvirkning på det danske selskab, som ikke kan fradrage underskuddet fra det faste driftssted i kildelandet. Dermed sker der forskellig behandling af de faste driftssteder alt efter, hvor de er beliggende.

Dernæst bliver det undersøgt, om en sådan forskelsbehandling vil kunne retfærdiggøres af, at selskaber med faste driftssteder i udlandet har mulighed for at få samme retsstilling, hvis de vælger ordningen for international sambeskatning i SEL § 31 A. Men det er først nødvendigt, at undersøge om en dansk og udenlandsk filial befinder sig i objektivt sammenlignelige situationer.

Objektivt sammenlignelige situationer

De deltagende medlemsstater har i sagen anført, at den finske filial ikke er i en objektivt sammenlignelig situation med en dansk filial, da den finske filial ikke er undergivet Danmarks beskatningskompetence. Denne opfattelse begrundes i EU-Domstolens tidligere praksis jf. C-48/13 Nordea Denmark & C-388/14 Timac Agro, hvor et fast driftssted i kildelandet kun var i en sammenlignelige situation, hvis lovgivningen i domicillandet også regulerede beskatningen af dette driftsstedes indtægter.

EU-Domstolen konstaterer, at sammenligneligheden skal vurderes under hensyn til hvilket formål de nationale bestemmelser forfølger, jf. pr. 32.

EU-Domstolen har afvist at anvende den nævnte praksis i C-48/13 Nordea Denmark & Timac Agro af den årsag, at EU-Domstolen ikke i disse sager vurderede formålet med de nationale bestemmelser nærmere, når disse fastsatte en ens behandling af driftsstedet, ligegyldigt i hvilken medlemsstat de var beliggende.

EU-Domstolen anfører endvidere, at man ikke kan anvende C-48/13 Nordea Denmark & C-388/14 Timac Agro modsætningsvist. Sagerne skal således ikke forstås på den måde, at såfremt en medlemsstat vælger at behandle de to situationer skattemæssigt forskelligt, så kan disse situationer ikke anses for sammenlignelige.

EU-Domstolen har fastslået, at faste driftssteder beliggende i kildelande og domicillande som udgangspunkt ikke befinder sig i objektivt sammenlignelige situationer.

Der er objektiv sammenlignelighed - mellem danske og udenlandske sekundære etableringer - i den specifikke situation hvor et tab i et ophørt fast driftssted i kildelandet ikke længere kan anvendes i den medlemsstat hvor det er beliggende. EU-Domstolen lægger vægt på, at skatteordningen forfølger formålet om at undgå dobbelt fradrag af underskud, hvilket ikke længere er en risiko.

EU-Domstolen anfører også, med henvisning til pkt. 59 i forslag til afgørelsen, at en ens behandling af situationerne er med til, at et selskabs skatteevne sikres bedre, når et endeligt underskud fra et fast driftssted i kildelandet kan fradrages i selskabets overskud. Skatteopkrævningen hænger sammen med skatteevne. Der er en logisk sammenhæng i, at der ved beskatningen af en juridisk persons overskud også skal tages hensyn til dennes tab. Beskatningen medfører, at moderselskabets økonomiske kapacitet (skatteevne) bliver reduceret, hvilket tilsvarende gælder, hvis et grænseoverskridende *endeligt underskud* fra det udenlandske datterselskab ikke kan fradrages.

Begrundelsen for restriktionen

Danmark gør gældende, at den forskellige behandling kan begrundes i hensynet om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. De anfører endvidere, at hvis Danmark skulle tage hensyn til underskud fra faste driftssteder beliggende i kildelandet uden at have haft mulighed for at beskatte overskuddet, ville dette bringe den afbalancerede fordeling af skattekompentencen i *alvorlig fare*.

Det andet hensyn, der fremføres som en begrundelse for forskelsbehandlingen, er hensynet om at sikre sammenhængen i beskatningsordningen, hvilket tidligere er anerkendt i EU-praksis. Afgørende i denne vurdering er dog, at det er godtgjort at den forskellige behandling er i direkte sammenhæng med en regel, der udligner denne forskellige behandling.

Dette godtgøres i SEL § 8, stk. 2. Denne bestemmelse begrænser faste driftssteder i kildelandet fra at medregne sit underskud i det danske selskabs opgørelse af skattepligtig indkomst. Dog fungerer den også som det direkte modstykke, ved ikke at medregne overskuddet og dermed heller ikke beskatte dette.

EU-Domstolen anerkender de to fremførte hensyn og tilføjer tilmed hensynet om, at de danske regler også bidrager til at hindre risikoen for dobbelt fradrag. Endvidere vurderes det, om reglerne går længere end nødvendigt for at nå formålet.

Proportionalitetsvurderingen

I proportionalitetsvurderingen anføres det indledende, at den eneste mulighed for at faste driftssteder i kildelandet kan få mulighed for at udnytte et underskud i Danmark på lige fod med danske faste driftssteder, er gennem tilvalget af den internationale sambeskatningsordning med de krav der medfølger. Det fremhæves anerkendende i denne sammenhæng, at disse krav skal sikre, at der ikke sker skatteunddragelse. Dette ville være til fare for den afbalancerede fordeling af skattekompetencen og symmetrien i det danske skattesystem i forhold til beskatning af overskud og fradrag for underskud.

Dog henleder EU-Domstolen opmærksomheden på det spørgsmål, der ønskes besvaret i sagen. I spørgsmålet tages der udgangspunkt i situationen, hvor der er tale om et endeligt underskud. Når der er tale om et endeligt underskud, er der ikke længere risiko for dobbelt fradrag. EU-Domstolen understreger vigtigheden i, at moderselskabet skal godtgøre, at underskuddet er endeligt efter de krav, som er formuleret i Marks & Spencer-dommen.

EU-Domstolen tager ikke stilling til om der i den pågældende sag er tale om et endeligt underskud, da dette tilkommer den nationale ret at bedømme.

EU-Domstolen besvarer det præjudicielle spørgsmål med, at de danske regler er for vidtgående i forhold til formålet. Formålet med reglerne er at undgå dobbeltbeskatning og dobbelt fradrag af underskud, hvilket ikke længere er en risiko, når filialen i Finland, dels har udtømt alle muligheder for at fradrage tabet i medfør af lovgivningen i kildelandet, og dels ikke længere oppebærer indtægter af nogen art. Den danske lovgivning må altså ikke forhindre et endeligt underskud fra et fast driftssted beliggende i udlandet i at blive fradraget, selvom de ikke har valgt den internationale sambeskatningsordning.

4.2.3. Memira AB (C-607/17)

Faktum

Memira Holding AB er en koncern med svensk hovedsæde. Koncernen er bl.a. sekundært etableret i Tyskland i form af et datterselskab. Memira ønskede ikke længere aktivitet i Tyskland, hvorfor datterselskabet af den årsag blev afviklet, hvor der i opgørelse kun var passiver og visse likvide aktiver tilbage. De tidligere underskud beløber sig til 7,6 mio. EUR, idet dette beløb står tilbage efter at have modregnet i de tidligere års indtægter.

Moderselskabet ønskede modregning af underskuddet i Sverige, og ansøgte skattemyndigheden om at få denne modregning. Her kom skattemyndigheden frem til, at Memira ikke kunne udnytte datterselskabets underskud i Sverige. Memira ønskede at selskabet i Tyskland skulle indgå i en ophørsfusion med moderselskabet, men reglen i Sverige krævede, at der var tale om en *kvalificeret fusion*, hvilket betingede, at datterselskabets indkomst helt eller delvist var skattepligtigt i Sverige. Datterselskabets indkomst var udelukkende skattepligtigt i Tyskland. Efter de svenske koncernlempelsesregler var modregning af underskuddet heller ikke muligt. Koncernlempelsen, hvorved endeligt underskud kan videreføres for Memira, kræver: i) at datterselskabet ejes direkte, ii) at datterselskab bliver likvideret, samt iii) at moderselskabet ikke via et forbundet selskab fortsætter datterselskabets virksomhed efter likvidationstidspunktet. I tysk ret kunne underskud anvendes i den tyske selskabsskat for datterselskabet, ved bl.a. modregning i overskud uden tidsmæssig begrænsning. Men i forhold til den fusion som Memira ønskede, var det ikke i tysk ret muligt at overføre sit underskud jf. pr. 11. Memira mente, at reglerne om koncernlempelse, samt kravet i en kvalificeret fusion, om at selskabets indkomst var skattepligtigt til Sverige, var uforenelig med doktrinen om endeligt underskud, når selskabet blev begrænset i at fradrage underskuddet i domicillandet, i de tilfælde hvor underskuddet ikke kunne udnyttes ved en grænseoverskridende fusion.

De præjudicielle spørgsmål

Følgende problemstilling har ledt frem til to præjudicielle spørgsmål, om hvordan begrænsningen skal fortolkes i forhold til doktrinen om endeligt underskud, og om betingelserne i svensk ret er forenelige med TEUF art. 49 og 54:

- 1) Om vurderingen af endeligt tab i Memiras situation skal tage datterselskabsstatens regler i betragtning?
- 2) Hvis spørgsmål 1 besvares bekræftende, vil vurdering af endeligt tab være anderledes for Memiras situation, såfremt der er et andet skattesubjekt i datterselskabsstaten som vil have kunnet udnytte fradraget, hvis det var tilladt dér?

Spørgsmål 1 - hvad kan udledes?

Det blev i besvarelsen af første spørgsmål statueret, at Sveriges regler, der tillod overførsel af underskud ved fusion, ikke havde betydning i forhold til endelighedsvurderingen af underskuddet i Tyskland. Det er dermed kildelandets regler, der er afgørende i endelighedsvurderingen og der skal først tages hensyn til domicillandets regler omkring behandling af underskuddet, når det er godtgjort at der er tale om et endeligt underskud og dermed et underskud, der er muligt at overføre grænseoverskridende.

EU-Domstolen indleder med besvarelse det første præjudicielle spørgsmål. Heri bliver EU-Domstolen bedt om at præcisere hvordan Marks & Spencers præmis 55, andet led, skal forstås. Her pointerer EU-Domstolen, med reference til andet led i pr. 55, at et underskud ikke kan anses for endeligt, når der foreligger en mulighed for, at underskuddet kan udnyttes i fremtiden af selskabet selv eller en tredjepart.

I dommen bliver Generaladvokatens bemærkninger fremført, som et vigtigt aspekt i overvejelsen omkring udnyttelse i kildelandet. Referencen sker som et led i forklaringen på, at underskud efter Marks & Spencer pr. 55 ikke skal anses for endeligt, hvis det fortsat er muligt at udnytte underskud ved at overdrage dem til en tredjepart. Hovedtemaet for pkt. 65-70, er sondringen mellem faktisk og retlig endelig karakter.

Det fremgår i forslag til afgørelsen, at medlemsstaterne i praksis sonderer mellem retligt og faktisk underskud, jf. Generaladvokatens anførsel i forslag til afgørelsens pkt. 65.

Underskud som ikke anerkendes retligt i den stat hvor de er opstået, skal ikke anses som endelige tab, dvs. at de ikke kan fradrages, idet lovgivningen ikke tillader det. Tabene kan ikke fortabes, og dette er logikken bag, at de aldrig kan blive endelige. F.eks. er der lande som begrænser underskudsfrem- og tilbageførsel jf. pkt. 66. Kun underskud der kan anvendes retligt, men ikke faktisk, kan udgøre endelige underskud.

Hvad angår et faktisk underskud, er det svært at forestille sig et retligt underskud, der ikke reelt kan anvendes. Det skulle i så fald være tilfælde, hvor en virksomhed i sin levetid aldrig opnår et overskud i et eneste af de år, hvor virksomheden lever, jf. pkt. 67.

Generaladvokaten gør det ligeledes klart, at det endelige underskud, kun er underskud som bliver konstateret i endelighedsåret, dvs. der ikke skal tages hensyn til de underskud, der ligger før endelighedsåret, jf. pkt. 57. Det begrundes i, at et akkumuleret underskud er blevet fremført, hvorfor det ikke lever op til betingelsen om at være endeligt, idet der altid har været en risiko for at det kunne modregnes i indtægter i senere skatteår. Generaladvokaten pointerer her, at et underskud der tidligere ikke har været endeligt, ikke efterfølgende kan ændre karakter til endeligt, når det ikke kan fremføres igen, jf. C-172/13, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige. I sammenhæng hermed fremgår det, at en medlemsstat vil skulle give de fordele der følger med et fradrag i kildelandet, uden at blive beskattet, på et tidspunkt hvor situationerne ikke engang er blevet objektivt sammenlignelige, jf. pkt. 59.

Spørgsmål 2 - hvad kan udledes?

Det ønskes nærmere bestemt oplyst om der, hvis forholdet i spg. 1 bekræftes, skal tages hensyn til den omstændighed, at der ikke i kildelandet er et andet selskab, som havde kunnet opnå et fradrag for underskuddet, hvis et sådant fradrag havde været tilladt dér.

EU-Domstolen konkluderer i spg. 1, at begrænsninger i kildelandets lovgivning for overførsel af underskud *gennem en fusion*, ikke er afgørende, så længe moderselskabet ikke har godtgjort, at det er umuligt for en tredjepart at tage hensyn hertil jf. pr. 30.

Har moderselskabet dog godtgjort, at underskuddet umuligt kan udnyttes i kildelandet, enten af selskabet selv eller af en tredjepart, vil det være uforholdsmæssigt at udelukke en sådan mulighed for fradrag i moderselskabet af disse underskud.

Det er således uden betydning for bedømmelsen af, om et underskud er endeligt, om der i kildelandet faktisk er et andet selskab, hvortil datterselskabets underskud kunne have været overført til inden for rammerne af fusion, hvis det havde været tilladt, jf. pr. 32.

Det betyder, at skattemyndighederne ikke må lægge vægt på, om et underskud opstået i et tidligere indkomstår kunne have været fradraget i dette tidligere eller andre indkomstår, hvis der faktisk eksisterer et andet selskab som kunne have udnyttet underskuddet ved en fusion.

4.2.4. Krankenhaus Wannsee (C-157/07)

Faktum

I denne sag blev spørgsmålet om fradrag af underskud fra et fast driftssted beliggende i Østrig, til et selskab beliggende i Tyskland, besvaret i forhold reglerne om etableringsfriheden (TEUF art. 45 og 54). I den daværende østrigske lovgivning kunne underskuddet ikke fradrages for begrænsede skattepligtige, og ifølge den tysk-østrigske overenskomst skulle indkomst fra driftsstedet i Østrig ikke medregnes i indkomsten hos selskabet i domicillandet. I sagen blev underskuddet fradraget i moderselskabet i Tyskland, med betingelse om, at et tilsvarende fremtidigt overskud skulle beskattes op til et beløb svarende til det underskud som i sin tid var blevet fradraget. Således var underskuddet Østrig uvedkommende. Denne beskatningsmekanisme var fastsat i den daværende tyske lovgivning.

Som følge af den østrigske skattelovgivning, vil det aldrig blive muligt at fradrage et tysk fast driftssteds underskud i Østrig i årene 1982-1988. Der var således nogle forskelle i østrigsk og tysk lovgivning, som medførte at underskuddet ikke kunne fortabes i Østrig, idet underskudsmodregning ikke var retligt tilladt der.

De præjudicielle spørgsmål

Den ovenstående problemstilling har givet anledning til tre præjudicielle spørgsmål, som skal besvares i forhold til, om den i hovedsagen omhandlede beskatningsmekanisme i tysk lovgivning var tilladt, samt, hvordan reglerne skal vurderes i sammenhæng med EØS-aftalens art. 31 (nugældende art. 49 og 54). Forkortet kan spørgsmålet stilles således:

- 1) Er etableringsfriheden til hinder for, at en medlemsstat kan have regler, hvorefter et fast driftssted i kildelandet i visse tilfælde kan fradrage underskud til et selskab i domicillandet, når en DBO fritager det for beskatning i domicillandet?
- 2) I bekræftende fald: Har det betydning for domicillandet, når underskudsbegrænsningen i kildelandet er i strid med etableringsfriheden?
- 3) I bekræftende fald: Skal domicillandet give afkald på sin ret til efterbeskatning af de udenlandske underskud, for så vidt som det ikke er muligt at fradrage underskuddet i nogen anden medlemsstat?

Forskellig behandling

Den mindre gunstige behandling, som et fast driftssted i kildelandet er udsat for, ligger i den beskatningsmekanisme som Tyskland har valgt, hvor et fradrag for underskud, som udgør en fordel for selskabet, senere skal beskattes, hvis driftsstedet eventuelt opnår et fremtidigt overskud. Den skattepligtige indkomst i et tysk selskab skal således forhøjes med det tidligere fradragne underskud.

Domstolen beskriver det således, at selvom modregningen udelukkende sker med beløb svarende til det overskud, som er opnået i samme faste driftssted, forholder det sig sådan, at den tyske lovgivning underlægger et hjemmehørende selskab med driftssteder i Østrig en mindre fordelagtig behandling, end hvis selskabet havde et hjemmehørende fast driftssted. Denne skattemæssige forskelsbehandling vil kunne afholde et tysk selskab fra at drive virksomhed gennem et fast driftssted, der er etableret i en anden medlemsstat, jf. pr. 36-38.

Er forskelsbehandlingen begrundet?

En restriktion for etableringsfriheden vil kun kunne begrundes i almene tvingende hensyn. Hvis den i bekræftende fald er det, skal det også vurderes om den er egnet til at sikre gennemførelsen af de pågældende mål, og ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det tilsigtede formål.

Den omhandlende beskatningsmekanisme bliver af EU-Domstolen begrundet i hensynet til at sikre sammenhængen i det tyske skattesystem. Det logiske modstykke til det fradrag som tidligere er tildelt selskabet, bliver udlignet ved en senere beskatning, hvilket sikrer at Tyskland har en mere afbalancerede beskatningskompetence.

Ordningen er egnet til at opnå en sådan sammenhæng, da den anvendes parallelt, hvor det kun er underskud som tidligere er blevet fradraget som medregnes.

Tyskland har i sagen præciseret, at den tyske skattelovgivning ikke specifikt foreskrev en medregning af underskuddet, som den i hovedsagen, når lovgivningen i kildelandet ikke i almindelighed tillod fradrag af underskud for begrænsede skattepligtige, i andre år, end de år hvor underskuddet var opstået. Det var således ikke tilfældet her, når østrig i princippet indrømmede retlig mulighed for fradrag, men at den skattepligtige i denne henseende ikke kunne

kræve muligheden anvendt. På denne baggrund afviste de østrigske myndigheder at tage hensyn til de underskud, som var lidt af datterselskabet i kildelandet i årene 1982-1990.

På baggrund af disse bemærkninger fremfører EU-Domstolen, at medlemsstaterne har kompetence til selv at fastsætte regler på området for direkte beskatning af indkomst og formue, jf. pr. 48. Kompetencen forpligter ikke medlemsstaterne til at tage hensyn til de negative virkninger, der er en følge af særegenhederne ved en anden stats lovgivning, som finder anvendelse i en situation som denne, jf. pr. 49, med henvisning til C-293/06 - Columbus Container Services-dommen, pr. 51, & Deutsche Shell, pr. 42.

Etableringsfriheden skal ikke fortolkes således, at en medlemsstat er forpligtet til at indordne sine skatteregler i forhold til det andet lands skatteregler med det formål at fjerne enhver forskel og ulighed. Dette er begrundet i, at et selskab selv træffer sine beslutninger om kommercielle udenlandske strukturer, som enten kan være til fordel eller ulempe for selskabet, jf. pr. 50. EU-Domstolen konstaterer, at et konkret tilfælde som det i hovedsagen, hvor restriktionen skyldes en kombinerede effekt af den tyske og den østrigske lovgivning, kan restriktionen udelukkende tilregnes kildelandet, jf. pr. 51. I et sådant tilfælde er den omhandlende restriktion ikke en følge af den i hovedsagen diskuterende beskatningsordning, men derimod en følge af fordelingen af beskatningskompetencen i den tysk-østrigske DBO.

EU-Domstolen kommer frem til, at etableringsfriheden skal fortolkes således, at den ikke forhindrer nationale regler, der tager hensyn til et ikke-hjemmehørende fast driftssteds underskud med henblik på opgørelse af selskabets indkomst, men hvorefter underskuddet senere beskattes, når det faste driftssted senere opnår overskud, jf. pr. 55. Samme konklusion nåede EU-Domstolen frem til i Marks & Spencer pr. 54, andet led.

4.3. Sammenfatning af domsanalyser

Ifølge praksis fra EU er der ikke længere tvivl om, at et datterselskab eller fast driftssted i EU/EØS skal have adgang til fradrag for endelige tab i moderselskabet på tilsvarende vis, som hvis det var et hjemmehørende datterselskab eller fast driftssted. EU skabte i Marks & Spencer-dommen en hovedregel og en undtagelse. Hovedreglen bestod i, at medlemsstater ikke var udelukket fra kun at have national sambeskatning uden samtidig at have en ordning for international sambeskatning. Det var dog i strid med etableringsfriheden såfremt moderselskabets domicilland

ikke tillod en mulighed for, at der kunne opnås fradrag for endelige underskud fra udenlandske datterselskaber. Undtagelsen blev til det som betegnes *Marks & Spencer-doktrinen*.

I Marks & Spencer-dommen fastslog EU-Domstolen, at proportionalitetsprincippet kun blev overholdt, hvis de nationale regler om sambeskatning tillod fradrag for endeligt underskud, som ikke kunne udnyttes i tidligere, indeværende eller senere indkomstår, af selskabet selv eller af en tredjepart i den medlemsstat, hvor det var beliggende.

EU-Domstolen anerkendte i Marks & Spencer-dommen tre almene tvingende hensyn. Efter EU-Domstolens afgørelse, må det vurderes at moderselskabet skal godtgøre, at der ikke består nogen som helst risiko for dobbelt fradrag, da der i så fald ikke vil blive taget hensyn til underskuddet. EU-Domstolen fastlagde, at underskuddet først er endeligt, når det kun kan fradrages i domicillandet, hvilket medfører, at der ikke kan ske dobbelt fradrag. Det vil dog kunne skabe en ubalance i beskatningskompetencen, at en medlemsstat kan blive tvunget til at tage hensyn til et underskud fra et selskab de aldrig har beskattet den positive indkomst fra. Yderligere, vil dette også kunne skabe et incitament til at selskaber vil misbruge reglerne til skatteunddragelse. Således er hindring af dobbelt fradrag det eneste EU-Domstolen har fokus på i fuld udstrækning.

I *Bevola-dommen* fastslog EU-Domstolen, at Danmark ikke må lave en generel udelukkelse af grænseoverskridende fradrag for underskud i faste driftssteder og fast ejendom, jf. SEL § 8, stk. 2. EU-Domstolen accepterede sammenhængen i beskatningsordningen og hensynet til at forhindre dobbelt fradrag af underskud som alment tvingende hensyn, men på trods af anerkendelsen fandt de, at international sambeskatning ikke var proportional, som følge af de restriktive krav i SEL § 31 A. Retsstillingen er nu, at der kan tages hensyn til endeligt underskud uden tilvalg af international sambeskatning. Yderligere blev det fastslået, at doktrinen også gælder for faste driftssteder.

EU præciserede doktrinen i *Memira-dommen* med, at man ikke kan anse et underskud for endeligt i tilfælde, hvor der består en mulighed for, at selskabet fremtidigt kan udnytte underskuddet selv eller ved overdragelse til tredjepart. Retlige begrænsninger for overdragelse af underskud i kildelandet *f.eks. gennem en fusion*, er ikke i sig selv afgørende, når moderselskabet ikke har godtgjort, at tredjepart ikke vil kunne tage hensyn hertil. Endelighedsvurderingen skal dermed tage hensyn til muligheder for udnyttelse af underskuddet i alle tilfælde og vurderingen kan dermed ikke begrænses til et enkelt tilfælde.

I *Krankenheim-dommen* statuerede EU-Domstolen, at en medlemsstat ikke er forpligtet til at tage hensyn til negative virkninger af andre medlemsstaters lovgivning. I den forbindelse blev det også fremført, at det er kildelandets regler, der bærer ansvaret for restriktionen, hvis samspillet mellem domicillandet og kildelandets lovgivning udgør en restriktion.

Af ovenstående kan følgende betingelser kort fastsættes for doktrinen om endeligt underskud:

- i) Et moderselskab skal kunne fradrage lignende underskud i datterselskaber/faste driftssteder etableret i domicillandet.
- ii) Alle muligheder for at anvende underskuddet i kildelandet er udtømt.
- iii) Det er moderselskabet som skal godtgøre, at der består et underskud opgjort efter domicillandets regler.

4.4. Lovforslag L 48 – SEL § 31 E

I denne del af analysen vil ordlyden i forslag til SEL § 31 blive gennemgået, særligt med fokus på stk. 1 og 3. Dette vil blive efterfulgt af en fortolkning af betingelserne i reglen, med vægt på forarbejderne til lovforslaget. Med gennemgangen skabes en overordnet forståelse for hvad lovforslaget indeholder, og hvordan reglerne skal forstås.

Udarbejdelsen af SEL § 31 E sker som en opfølgning på *Bevola-dommen*. På baggrund af dommen foreslås en ny regel indført, der gør det muligt at medregne endelige underskud fra udenlandske datterselskaber, faste driftssteder og fast ejendom i danske moderselskabers skattepligtige indkomst, på trods af at koncernen ikke har tilvalgt ordningen om international sambeskatning efter SEL § 31 A, som ellers hidtil har været et krav. I sammenhæng med lovforslaget er det foreslået at tilføje formuleringen "*og § 31 E*" slutvis i SEL § 8, stk. 2. Dette vil betyde at territorialprincippet dermed ikke vil være gældende i de tilfælde hvor reglerne i fremtiden vil skulle tage hensyn til udenlandske endelige underskud.

Efter SEL § 31 E, stk. 1, 1. pkt., skal disse regler omfatte danske selskaber og foreninger m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j, 3 a-5 og 5 b, når disse ikke er omfattet af international sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31 A. I bestemmelsens stk. 2 foreslås det, at reglerne tilsvarende skal omfatte danske foreninger m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 5 a og 6, og danske fonde m.v. omfattet af fondsbeskatningsloven.

Der fastsættes to betingelser i stk. 1, førend underskud kan medregnes. Betingelsen i SEL § 31 E, stk. 1, 3. pkt., er generel, og betingelsen i 4. pkt. gælder for datterselskaber.

i) Medregning af underskud efter 1. og 2. pkt., kræver at underskuddet er endeligt, jf. stk. 3, jf. 3. pkt.

ii) For så vidt angår underskud i datterselskaber, er det endvidere en betingelse, at underskuddet kunne have været anvendt efter reglerne i § 31 A, hvis der havde været valgt international sambeskatning, jf. 4 pkt.

For faste driftssteder og fast ejendom gælder skattelovgivningens almindelige regler med hensyn til begrænsninger i fradragsretten for tab og anvendelsen af tab i en eventuel sambeskatning, jf. 5 pkt. Opgørelsen af det fradragsberettigede beløb skal ske efter danske regler, jf. 6 pkt., og dermed skal der også tages hensyn til gældende danske regler omkring begrænsninger i fradragsretten inden for sambeskatning.

I stk. 3 bliver betingelserne fastlagt for hvornår underskuddet kan kvalificeres som endeligt. Fastlæggelsen skal ske på grundlag af reglerne i kildelandet, hvor den sekundære etablering er beliggende, jf. stk. 3, 1. pkt.

Hovedreglen er, at underskuddet er endeligt, hvis selskabet kan godtgøre, at det hverken i tidligere indkomstår, det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår har været, eller vil være muligt at anvende underskuddet efter reglerne i kildelandet, jf. 2. pkt.

I stk. 4 er der en administrativ regel, hvorefter selskaber m.v., skal indsende oplysninger til told- og skatteforvaltningen, der godtgør, at betingelserne i stk. 1-3 er opfyldt. Told- og skatteforvaltningen har beføjelse til at fastlægge hvilke oplysninger som skal indsendes.

Indførelsen af SEL § 31 E vil dermed medføre, at et dansk moderselskab får mulighed for at fradrage underskud fra sekundære etableringer i kildelandet, når der er tale om endelige underskud. Det fremgår af forarbejderne til lovforslaget at underskud ifølge denne bestemmelse, skal betyde *det akkumulerede underskud* på det tidspunkt, hvor det kan godtgøres som endeligt efter kildelandets regler (Lovforslag 48 2019/20, bilag 1, høringsvar s. 80).

I forarbejderne opremses de fire typer endelige underskud, der kan fradrages efter bestemmelsen. Adgang til fradrag vil for det første omfatte underskud i (i) direkte ejede datterselskaber, som det var tilfældet i Marks & Spencer-dommen. Reglen vil også omfatte

endelige underskud fra (ii) indirekte ejede datterselskaber, når alle mellemliggende datterselskaber ligger i samme kildeland, som det indirekte ejede datterselskab. Dette følger af C-608/17, Holmen AB, hvor EU-Domstolen kom frem til, at det kun skulle være muligt at nægte underskud fra indirekte ejede datterselskaber, når dette selskab ikke befandt sig i samme kildeland, som de mellemliggende datterselskaber, af den grund at dette ville øge risikoen for dobbelt fradrag. Omfattet er også (iii) underskud opstået i et fast driftssted. Det faste driftssted skal forstås i overensstemmelse med betydningen ifølge praksis efter artikel 5 i OECD's modeloverenskomst. Sidste underskudstype er (iv) underskud opstået fra fast ejendom, og omfatter akkumulerede tab fra driften af den faste ejendom eller andre fradragsberettigede tab ved afståelse af den faste ejendom. Etableringsfriheden kræver som tidligere nævnt, at disse skattesubjekter skal sidestilles, når de er i objektivt sammenlignelige situationer, jf. TEUF art. 49 og 54. Det er gennem praksis konstateret, at netop faste driftssteder i kildelandet og faste driftssteder i domicillandet er i sammenlignelige situationer, hvorfor de skal have adgang til samme fordele, jf. Bevola-dommen.

For at få fradrag for underskud i faste ejendomme er det ifølge forarbejderne uden betydning i hvilket land ejendommen er beliggende. Begrundelsen er, at reguleringen af fast ejendom vedrører reglerne om kapitalens frie bevægelighed, jf. TEUF art. 63, hvorimod reguleringen af datterselskaber og fast driftssted er underlagt reglerne om etableringsrettens frie bevægelighed, jf. TEUF art. 49 og 54. Det er således i overensstemmelse med EU-retten at afgrænse datterselskaber og faste driftssteder til EU/EØS lande. Et fast driftssted kan godt indeholde en fast ejendom, hvilket gør, at der skal afgrænses hvilken frihed der skal finde anvendelse. Afgrænsningen af reglerne mellem fast driftssted og fast ejendom skal findes i den afgrænsning der finder sted i SEL § 2, stk. 1, litra a og b. I det tilfælde hvor et fast driftssted også omfatter en fast ejendom, vil reglerne de snævrer regler om etableringsfriheden finde anvendelse for det faste driftssted.

Som nævnt, er det ifølge den foreslåede bestemmelses stk. 1, 4. pkt. kun muligt at anvende endelige underskud, hvis det havde kunnet været anvendt ved international sambeskatning. Det betyder bl.a. at underskuddet fra det udenlandske datterselskab skal være opstået i en periode, hvor der er koncernforbindelse. Dette medfører, at et uudnyttet underskud i et likvideret datterselskab vil bortfalde efter likvidationsåret.

I forarbejderne specificeres det at hovedreglen i stk. 3 skal forstås sådan, at så længe der er mulighed for at anvende eller nedbringe selskabets underskud med et mindre beløb i fremtiden, kan underskuddet ikke godtgøres som endeligt. Dog kan manglende indkomst eller mulighed for

indkomst ikke i sig selv medføre endelighed. Det er derudover også et krav at underskuddet heller ikke kan anvendes af en ubeslægtet tredjepart bl.a. ved overdragelse til denne. Dette forhold følger af Marks & Spencer-dommen, pr. 55, andet led, og er siden også bekræftet i både Memira-dommen og C-608/17 Holmen AB. Det afgørende er ikke om muligheden for overdragelse faktisk er blevet udnyttet - så længe den eksisterer, kan underskuddet ikke godtgøres som endeligt. Det forhindrer at selskaber selv får friheden til at vælge, hvor de vil have fradraget deres underskud.

I stk. 3, 3. pkt. modificeres hovedreglen endvidere ved at foreslå, at underskuddet heller ikke kan anses for endeligt, hvis det kan anvendes i et andet land end kildelandet. Dette spiller sammen med værnsreglerne om hybride mismatch i SEL § 8 C-D. Disse regler vil f.eks. forhindre at der kan ske dobbelt fradrag ved udnyttelse af de amerikanske check-the-box-regler. Her kan der være tale om et tilfælde, hvor et amerikansk selskab opretter et selskab i Danmark og dette selskab opretter et EU/EØS-datterselskab i en anden medlemsstat. Disse selskaber er dermed omfattet af etableringsfriheden og der vil være en koncernstruktur, som kan anvende reglerne om endeligt underskud. Med de amerikanske check-the-box regler vil selskabet i Danmark kunne kvalificeres som transparent, hvilket kunne få den betydning, at underskuddet også ville kunne fradrages i det amerikanske selskab. Det ville derfor være risiko for dobbelt fradrag. Med denne værnsregel i stk. 3, 3. pkt. kan myndighederne i Danmark udelukke vælge ikke at tage hensyn til underskuddet, hvis reglerne om check-the-box finder anvendelse og dermed forhindre at der sker dobbelt fradrag.

Hovedreglen modificeres yderligere i stk. 3, 4. pkt. hvor det betinges, at underskud ikke er endeligt i den situation, hvor det var muligt at anvende underskuddet, hvis reglerne i kildelandet havde været identiske med de danske. Dette begrundes i EU-Domstolens praksis, hvor det fremgår at en medlemsstat ikke er forpligtet til at tage hensyn til negative virkninger af andre medlemsstaters lovgivning. Dette vil betyde, at Danmark ikke ville skulle tage hensyn til underskud fra datterselskaber beliggende i kildelandet, hvor reglerne for fradrag er mindre gunstige end de danske regler.

4.5. Sammenfatning af lovforslag L 48 - SEL § 31 E

Udarbejdelsen af lovforslaget som tager udgangspunkt i Bevola-dommen havde til formål at gøre de danske regler EU-konforme og tager derfor udgangspunkt i, at det skal være muligt at fradrage endelige underskud i Danmark uden at have tilvalgt international sambeskatning efter SEL § 31 A. I motiverne, herunder forarbejderne, til lovforslaget fremgår det, at der er lavet visse

overvejelser, der tydeligt bygger på gældende EU-praksis på området. Her har skatteministeriet direkte inddraget overvejelser fra Marks & Spencer, Memira og Holmen mv.

Overordnet må det vurderes, at den foreslåede SEL § 31 E, stk. 1 efter ordlyden lever op til det fastsatte udgangspunkt om, at medlemsstater ikke generelt må nægte grænseoverskridende fradrag af underskud fra datterselskaber og faste driftsteder samt fast ejendom. Dog modificeres dette udgangspunkt i stk. 3, 4. pkt. som fokuserer mere på forholdet til den danske skattelovgivning. I forarbejderne er der gjort overvejelser omkring, hvordan grænseoverskridende fradrag af underskud skal spille sammen med de nuværende danske regler. Der er i stk. 3 taget stilling til hvad Danmark vil acceptere som endeligt underskud og dermed hvad de vil tage hensyn til, på trods af kvalificeringen af underskuddet skal ske efter kildelandets regler.

Det besværliggør vurderingen om EU-konformitet, at disse modifikationer bygger på forholdet til egen lovgivning og dermed ikke tager udgangspunkt i den EU-praksis, der er på området. Besværliggørelsen består i, at EU-rettens fastsatte retningslinjer ikke tager højde for hvordan de danske regler skal spille sammen med de overordnede retningslinjer. Marks & Spencer-doktrinen, Bevola og andre afgørelser fungerer udelukkende som overordnede retningslinjer og det er dermed op til medlemsstaterne at vurdere hvordan implementeringen specifikt skal ske på nationalt plan i overensstemmelse hermed. Ingen regler kan dog med sikkerhed siges at være EU-konforme indtil en efterprøvelse hos EU-Domstolen.

5. Diskussion

Specialets diskussion vil med baggrund i domsanalyserne og analysen af SEL § 31 E diskutere bestemmelsens forenelighed med EU-retten. Her vil der tages udgangspunkt i kritikken af bestemmelsens ordlyd. Der vil tilmed være en vurdering af hvorvidt virkningen af SEL § 31 E er i overensstemmelse med EU-retten. I denne vurdering vil der fokuseres på begrænsningen i SEL § 12, stk. 2. Der vil afslutningsvist være en vurdering af bestemmelsen i relation til de almene tvingende hensyn og spørgsmålet om hvorvidt doktrinen får den ønskede virkning i medlemsstaterne.

5.1. Anvendelse af SEL § 31 E - i forenelighed med EU-retten

I følgende afsnit diskuteres betingelserne, og retsvirkningen af lovforslaget i sammenhæng med de danske regler. Retsvirkningen af den nye bestemmelse i samspillet med de gældende danske sambeskatningsregler er nødvendig at undersøge, idet det skal erindres, at der vil foreligge en restriktion hvis nationale skatteregler behandler to situationer, som er objektivt sammenlignelige, forskelligt.

Gennem nærværende diskussion forsøges det at blive fastlagt, om den nye bestemmelse stemmer overens med den EU-praksis som foreligger på området. Her tages der udgangspunkt i en række problemstillinger, der stammer fra den kritik lovforslaget har mødt på sin vej gennem forarbejderne. Det bliver hermed vurderet, om disse kan skabe udfordringer i forhold til EU-konformiteten.

5.1.1. Anvendelse i kildelandet

I ordlyden til SEL 31 E fremgår det i stk. 3, 1. pkt., at det endelige underskud defineres efter reglerne i kildelandet. Dog tilføjes det, at visse krav skal være opfyldt før Danmark vil anerkende underskuddet som endeligt. I stk. 3, 2. pkt. fremgår det, at et underskud ikke kan være endeligt, og dermed fradragsberettiget, medmindre det kan godtgøres at underskuddet hverken kan *anvendes i tidligere, pågældende eller senere* indkomstår i kildelandet eller en anden medlemsstat.

I forarbejderne til lovforslaget beskrives denne mulighed for at *anvende* underskuddet lidt nærmere. Det fremgår at *"... hvis datterselskabet eller det faste driftssted fortsat oppebærer indtægter i hjemlandet, vil der ikke kunne konstateres et endeligt underskud"* (L 48, 2019, s. 23). Det tilføjes, at dette også gælder minimale indtægter, da der dermed eksisterer mulighed for at underskuddet bliver modregnet i disse indtægter. Dette statueres bl.a. også i Bevola-dommen.

Det, at selskabet ikke længere har mulighed for at oppebære indtægter, er dog ikke i sig selv nok til at underskuddet i det pågældende selskab bliver anset for endeligt. Det kommer sig af, at et underskud heller ikke kan anses for endeligt, hvis det er muligt at overdrage underskuddet til en tredjepart, som udnytter eller ville kunne udnytte underskuddet (L 48, 2019, s. 43). Det vil bl.a. omfatte tilfældet, hvor det er muligt at overføre underskuddet til en koncernforbundet tredjepart, f.eks. et datterdatterselskab eller et fast driftssted, der gennem reglerne i kildelandet kan udnytte underskuddet. Det omfatter også muligheden, hvor datterselskabets aktier og underskud sælges, og der opstår en mulighed for, at underskuddet kan anvendes hos denne tredjepart.

Dermed kan et underskud ikke anses for endeligt, hvis datterselskabet selv kan anvende underskuddet, eller hvis det er muligt for en koncernforbundet tredjepart eller en ubeslægtet tredjepart, ved overdragelse kan anvende underskuddet (L 48, 2019, s. 43). Dette statueres også i Marks & Spencer-dommen, pr. 55, andet led og bekræftes senere bl.a. i Memira-dommen pr. 24-27 og i C-608/16, Holmen, pr. 36-39. Problemstillingen om hvilke parter der kan modtage underskuddet og fradrage det er også relevant i forhold til dansk ret. Reglerne i lovforslaget om fradrag for endelige underskud sidestilles nemlig med reglerne om fradrag for underskud efter SEL § 31 A, jf. forslag til SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt. Disse regler forudsætter, at underskuddet skal være opstået i koncernen, for at de kan blive fradraget, hvilket betyder, at underskud i udenlandske datterselskaber opstået inden koncernforbindelsen blev etableret, ikke kan fradrages, jf. SEL § 31 A, stk. 2.

Udvalgsbehandlingen

I udvalgsbehandlingen til lovforslaget til SEL 31 E stiller CORIT P/S (herefter CORIT), undertegnede Michael Tell, sig kritisk overfor problemstillingen, omhandlende overdragelse til tredjepart, jf. bilag 10 d.s.s. spørgsmål 33 til L 48.

CORIT mener ikke, at det er i overensstemmelse med EU-retten, at lovforslaget indeholder bemærkninger om, at underskuddet ikke kan anses for endeligt, når der er mulighed for at sælge aktierne i datterselskabet inklusiv underskuddet, når det ikke er afgørende om denne mulighed faktisk er blevet udnyttet.

På denne baggrund mener CORIT, at der bliver statueret:

"... at et underskud aldrig kan blive endeligt, hvis det kunne være overdraget, men faktisk ikke blev overdraget, og dermed at endelighedsvurderingen derved kommer til at indeholde en bagudrettet teoretisk vurdering, der er fuldstændig løsrevet fra, om der faktisk består en risiko for, at underskuddet udnyttes flere gange."

Det vurderes ud fra ovenstående udmelding, at CORIT derfor antager, at *overdragelsesmuligheden* ikke kun skal vurderes ud fra et nutidigt perspektiv, men i al datid med begrundelse i bemærkninger til lovforslaget, som lyder: *"Det følger af EU-Domstolens praksis, at det ikke er afgørende, om denne mulighed faktisk er blevet udnyttet"* (L 48, 2019, s. 43).

Skatteministeriet svarer CORIT, at formålet med SEL § 31 E blot er at rette ind og sikre, at de danske regler er i overensstemmelse med EU-retten. De pointerer tilmed, at EU-Domstolen har

udtalt, at et underskud ikke kan anses som endeligt, hvis blot der eksisterer en mulighed for at sælge aktierne i datterselskabet inklusiv underskuddet. I forlængelse heraf, tilføjer Skatteministeriet at det ikke skal tolkes sådan, at et underskud er endeligt, hvis ikke der er en konkret risiko for dobbelt fradrag (L 48 - spg. 33, 2019-20, s. 5).

Skatteministeriet forholder sig ikke yderligere til CORITs tolkning af bemærkningerne, men henleder blot til afgørelserne C-607/16, Memira, pr. 24-27 og C-608/16, Holmen, pr. 36-39, hvor de mener grundlaget for det pågældende udsagn fremgår.

I Memira-dommen, pr. 24 henvises til i Marks & Spencer-dommen, pr. 55, 2, hvor det anføres, at *umulighed* i forhold til udnyttelse af underskuddet i kildelandet også skulle omfatte overdragelse til tredjeparter og deres *umulighed i forbindelse med* at udnytte underskuddet i senere indkomstår.

I Memira-dommen, pr. 26 begrundes overdragelsen til tredjepart som, en undtagelse til *endeligheden*, da det ikke kan udelukkes, at en tredjepart ved overdragelsen erhverver den skattemæssige fordel, det er at kunne fradrage underskuddet i fremtiden. I C-608/16, Holmen, pr. 36-39 fremføres tilsvarende med henvisning til Memira-dommen.

Det kan af ovenstående udledes at, der i praksis lægges vægt på de *fremtidige* og *senere* muligheder for at udnytte underskuddet hos en tredjepart. Det vurderes derfor ud fra gældende EU-praksis, at princippet om muligheden for overdragelse til tredjepart og dennes mulighed for efterfølgende at kunne udnytte underskuddet i henhold til en *endelighedsvurdering*, bygger på en nutidig vurdering og ikke en bagudrettet teoretisk vurdering.

Det er dog uvist om, de omstændigheder som de danske regler medfører, vil føre til en anden vurdering. Som tidligere pointeret, besvares Memira-dommen, spørgsmål 2, med, at det ikke er relevant for vurderingen, hvilke muligheder, der har været i datiden for at overdrage selskabet jf. Memira-dommen, pr. 33. Dette skal dog muligvis forstås ud fra omstændighederne i afgørelserne, hvor det endelige underskud kun udgør det underskud fra likvidationsåret. Det vil sige, at der ikke tages hensyn til det akkumuleret underskud, som der ville skulle gøres efter de danske regler. Dermed kunne det tænkes, at vurderingen omkring muligheden for udnyttelse ville forekomme mere legitimt, når omstændighederne efter de danske regler også tillader udnyttelse af underskud opstået i datiden. Der vil altså være tale om et tilfælde, hvor den tidsmæssige vurdering følger den tidsmæssige opståelse af underskuddene. Det betyder, at det muligvis er relevant at lave en bagudrettet vurdering, på det grundlag, at der tages hensyn til flere års akkumuleret underskud.

Tage hensyn til underskuddet gennem overdragelse til tredjepart

I Marks & Spencer-dommen pr. 55 fremgår det, som tidligere nævnt, at et underskud ikke er endeligt, med mindre datterselskabet har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddene, samt at der ikke er mulighed for at datterselskabet eller en tredjepart kan tage hensyn til underskuddene i tidligere, indeværende og senere indkomstår.

Det fremgår ikke klart hvad definitionen af at *tage hensyn* er, men vendingen ses brugt i mange efterfølgende afgørelser, bl.a. Memira-dommen og C-608/17 Holmen.

Der er i den danske udarbejdelse af forslag til SEL § 31 E brugt andre synonyme begreber for at *tage hensyn til*. Af forarbejderne fremgår ”... Hvis der f.eks. efter skattereglerne i det pågældende land er mulighed for, at en tredjepart kan udnytte eller ville have kunnet udnytte underskuddet i et datterselskab, vil datterselskabets underskud således ikke kunne anses for endeligt” (L 48, 2019, s. 43, afs. 3). I selve ordlyden til SEL § 31 E i lovforslaget benyttes anvende, jf. forslag til SEL 31 E, stk. 1 og 3.

De følgende tre synonyme begreber ses anvendt:

(i) at tage hensyn til

(ii) at udnytte

(iii) at anvende

I afklaringen af betydningen af disse synonyme begreber, findes det især relevant i forhold til endelighedsvurderingen i forbindelse med overdragelse til tredjepart.

I spørgsmålet om, hvorvidt hensyntagen spiller en rolle i endelighedsvurderingen, at en tredjepart skal kunne udnytte underskuddet efter overdragelse, findes besvarelsen af det andet spørgsmål i Memira-dommen relevant. I spørgsmålet ønskes der svar på, om der skulle tages hensyn til, at der i Tyskland ikke var nogen anden part, som kunne have opnået fradrag for underskuddene, hvis reglerne i domicillandet tillod det. EU-Domstolen besvarede spørgsmålet med, at begrænsninger om overførsel af underskud i datterselskabets hjemstat ikke er afgørende, ”... så længe moderselskabet ikke har godtgjort, at det er umuligt at gøre det muligt for en tredjepart at tage hensyn til underskuddene, bl.a. efter en overdragelse, hvor prisen indbefatter underskuddenes skattemæssige værdi”, jf. Memira-dommen pr. 30.

EU-Domstolen udtalte dermed, at underskuddet skal kunne tages hensyn til af tredjeparten *efter* en overdragelse. Det har den betydning for endelighedsvurderingen, at der efter ovenstående må bestå en toleddet vurdering, af om underskuddet er endeligt. Først skal det vurderes, om det er muligt at overdrage til en tredjepart og derefter om denne tredjepart kan tage hensyn til underskuddet.

Der fremgår tilmed følgende i Memira-dommen pr. 26:

"Det kan nemlig, således som generaladvokaten har anført i punkt 65-70 i forslaget til afgørelse, ikke uden videre udelukkes, at en tredjepart skattemæssigt kan tage hensyn til datterselskabets underskud i sidstnævntes hjemstat, f.eks. som følge af en overdragelse af datterselskabet til en pris, som indbefatter værdien af den skattemæssige fordel, som retten til for fremtiden at fradrage underskud repræsenterer (jf. i denne retning dom A, C-123/11, pr. 52 ff., og af dags dato, Holmen, C-608/17, pr. 38)."

Det, at *tage skattemæssigt hensyn* til underskuddet, kan tolkes som at være en overdragelse af underskuddet til en købspris, som indbefatter den *skattemæssige fordel, som retten til for fremtiden at fradrage underskud repræsenterer*. Det vurderes at det må betyde, at der i dette overdragelses-krav skal være en form for overdragelse af en skattemæssig fordel. Det taler igen for, at det ikke er tilstrækkeligt, at der blot sker en overdragelse.

Ovenstående præmis henviser til pkt. 65-70 i forslag til afgørelse. I disse punkter fremgår det, at underskud ikke anses for endeligt, når der er lovhjemlet mulighed for at overdrage underskuddet til tredjepart, da det i dette tilfælde altid vil være reelt muligt at udnytte underskuddet jf. pkt. 69.

Tilmed fremgår det i pkt. 68, at en køber (tredjeparten) *tager hensyn* til de eksisterende underskud *igennem* købsprisen, hvorved sælgeren (virksomheden) realiserer sit underskud.

Her fremgår umiddelbart ikke krav om, at tredjeparten (køberen) skal kunne udnytte underskuddet efter overdragelsen, hvilket er modsætningsvis i forhold til Memira-dommen. Ordlyden i pkt. 68, kan fortolkes således, at selve det at *tage hensyn* til underskuddet sker i selve købet, hvor sælgeren realiserer sit underskud.

Det vurderes dermed at være uklart, hvilke krav der reelt stilles for at tage hensyn til underskuddet i forbindelse med overdragelse til tredjepart. Følger det ordlyden i Marks & Spencer pr. 55, andet led, og Memira-dommen, vurderes det, at der skal kunne tages hensyn til underskuddet efter overdragelsen. Hvorimod, ordlyden i Generaladvokatens forslag til Memira-dommen tegner et billede af en forståelse, hvor der bliver taget hensyn til underskuddet i selve

overdragelsen via købsprisen. Der er dog fortsat tvivlsomt hvilken værdi som Generaladvokatens udtalelser udgør. Det må således vurderes, at det er EU-Domstolens afgørelse der har virkning for Danmark.

5.1.2. Anvendelse hvis reglerne er identiske

Advokatfirmaet CORIT, har i udvalgsspørgsmål 33 (Bilag 10) udtalt sig om sine bekymringer ved betingelsen i SEL § 31 E, stk. 3, 4 pkt., som de anser for EU-stridig. Betingelsen lyder således:

“Et underskud er heller ikke endeligt, i det omfang det i tidligere indkomstår, [m.v.] kunne være anvendt eller vil kunne anvendes, hvis reglerne om adgang til fradrag for underskud i [kildelandet] havde været identisk med de danske regler herom”

Hertil har de anført, at fastlæggelsen af om underskuddet er endeligt helt korrekt skal ske på baggrund af lovgivningen i kildelandet, jf. SEL § 31 E, stk. 3, 1. pkt.

CORIT mener, at et helt centralt punkt i EU-retten er, at retfærdiggørelsen af en restriktion på dette område skal kunne måles i nødvendigheden af at undgå risikoen for dobbelt fradrag. Michael Tell, som bistår CORIT, har tidligere anført, at hensynet om dobbelt fradrag indtager en helt særlig rolle i den samlede retfærdiggørelse, men at der stadig er tale om en samlet vurdering, som fastslået i to svenske sager Memira-dommen, og C-608/17 Holmen (Tell, 2019, afs. 2). Det er i analysen af Marks & Spencer-dommen fremført, at hensynet om at forhindre dobbelt fradrag af underskud har indtaget en meget afgørende rolle i forhold til sambeskatningsreglerne.

CORIT henviser til lovbemærkningerne og fremfører, at der bl.a. er sket en sammenblanding af den foreliggende praksis i forhold til endeligt underskud.

Såfremt en sag omhandler endeligt underskud, skal der ske en sontring mellem (i) kvalificeringen af underskuddet efter de danske regler, og (ii) risiciene for at det samme underskud fradrages i udlandet efter den dér gældende lovgivning.

CORIT ser ikke at der er et behov for betingelsen, eller at den på nogen måde kan være relevant, for om der foreligger en risiko for dobbelt fradrag af underskud. Yderligere mener de ikke, at betingelsen er EU-konform med den praksis som EU-Domstolen henviser til.

EU-Domstolen har bl.a. henvist til *Krankenheim-dommen*. I forhold til denne praksis, så var der ingen retlig mulighed for at tage hensyn til underskuddet i kildelandet. CORIT har kommenteret, at praksis i C-322/11, *K*, som henviser til *Krankenheim-dommen*, ikke er anvendelig i forhold til betingelsen i stk. 3, 4. pkt., idet omstændighederne i sagen ikke tages i betragtning af Skatteministeriet.

Uden hensyntagen til de konkrete omstændigheder i *Krankenheim-dommen*, pr. 49, har Skatteministeriet valgt, at et underskud aldrig kan blive kvalificeret som endeligt, hvis det er retligt tilladt i kildelandet, uden at se på om det faktisk kan fradrages. Der fremgår af Generaladvokatens forslag til afgørelse i *Memira-dommen*, at kun underskud der retligt kunne anvendes, men som grundet omstændighederne, faktisk ikke kunne udnyttes, skulle udgøre endelige underskud.

Hvad angår et faktisk underskud, finder Generaladvokaten det svært at forestille sig et retligt underskud, der ikke faktisk kan anvendes til modregning. Det skulle i så fald være tilfælde, hvor en virksomhed i sin levetid aldrig opnår et overskud i et eneste af de år, hvor virksomheden lever jf. pkt. 67. Ganske givet vil der være tale om underskud i år et, underskud i år to, og så fremdeles, indtil virksomheden stopper. Her vil virksomhedsejere have oparbejdet et retlig underskud, som en ejer aldrig har haft mulighed for faktisk at udnytte.

Praksis i *Krankenheim-dommen* tillader ikke denne retlige mulighed i kildelandet. Det vil sige, at hvis det ikke retligt er tilladt at fradrage underskud i kildelandet, vil domicillandet ikke være forpligtet til at skulle tage hensyn til det, jf. *Krankenheim-dommen* pr. 49.

Denne opfattelse bekræftes af Skatteministeriet, hvor FSR har opstillet et eksempel (L 48 2019/20, bilag 1, høringsvar s. 96 f.). FSR ønsker at vide, om et underskud kan kvalificeres som endeligt efter de danske regler, hvis underskuddet ikke retligt kan blive fradraget i den anden medlemsstat. Skatteministeriet anfører, i overensstemmelse med praksis, at underskuddet ikke kan være endeligt, hvis kildelandets retsregler ikke retligt tillader et fradrag der.

Skatteministeriet forholder sig ikke til den kritik som FSR angiver i sit spørgsmål til lovforslaget, de gentager blot deres eget standpunkt, hvilket ikke skaber klarhed om retsstillingen. Ud fra betingelsens ordlyd er det svært at finde symmetri i retspraksis og den ønskede retsvirkning med betingelsen.

Foretages der derimod en formålsfortolkning af de overordnede rammer for SEL § 31 E, om muligheden for fradrag af endeligt underskud, så vurderes det at betingelsen vil kunne begrundes i den praksis som Skatteministeriet henviser til.

Det vurderes, at der efter ordlyden i stk. 3, 4. pkt., vil være hjemmel til at ændre kvalificeringen af det endelige underskud, hvilket synes at modsige stk. 1, 1. pkt. og EU-Domstolens praksis, jf. bl.a. Marks & Spencer-dommen pr. 55. Det synes ikke at være i overensstemmelse med EU-praksis, hvis det endelige underskud kan omkvalificeres af de danske skattemyndigheder. Det er her vigtigt at pointere, at Marks & Spencer-doktrinen ikke statuerer krav om, at alle endelige underskud skal kunne tages hensyn til i moderselskabet i domicillandet, men udelukkende, at datterselskaber i kildelandet skal sidestilles med datterselskaber i Danmark og dermed give moderselskabet samme mulighed for at fradrage underskud, når de er endelige, jf. Marks & Spencer-dommen, pr. 59, første led.

Den omstændighed, at medlemsstaterne ikke skal lade sig påvirke negativt af andre medlemsstaters lovgivning, jf. bl.a. C-322/11 K, pr. 79 og Krankenheim-dommen pr. 49, skal dermed forstås sådan, at hvis kildelandets regler har ringere vilkår for udnyttelse af underskud, f.eks. en tidsbegrænsning på 5 år, så skal de danske regler ikke tage hensyn til disse, men kan håndhæve sine egne regler, så længe disse skaber lige vilkår for datterselskaber og faste driftssteder i domicillandet og kildelandet. Skatteministeriets hensigt med denne bestemmelse, har muligvis været at sikre sig, at de ikke blev påvirket negativt af eventuelle udenlandske regler, der var mindre fordelagtige end de danske. Ordlyden af bestemmelsen skaber dog tvivl, idet teksten i bestemmelsen giver anledning til at tro, at Danmark har skabt et krav, der ikke kan begrundes i retspraksis, fordi den indikerer at Danmark kan kvalificere det endelige underskud, hvilket er en kompetence som er tildelt kildelandet.

5.2. Endeligt underskud i sammenhæng med begrænsningen i SEL § 12, stk. 2

Når underskuddet er kvalificeret som endeligt i kildelandet og opgjort efter kildelandets regler, skal domicillandet tage hensyn til underskuddet, i det omfang et underskud ville være blevet fradraget, hvis der var valgt international sambeskatning, jf. SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt. Ifølge reglerne om international sambeskatning, finder de obligatoriske regler om national sambeskatning samtidig anvendelse, jf. 31 A, stk. 1, med de begrænsninger som gælder for danske selskaber.

FSR's spørgsmål til Skatteministeriet

I forhold til hvordan den foreslåede betingelse i stk. 1, 4. pkt. skal forstås, stiller FSR et spørgsmål i udvalgsbehandlingen, hvor de spørger (i) om der skal udarbejdes *fiktive indkomstopgørelser* for alle de år hvor det ikke hjemmehørende datterselskab eksisterer, eller (ii) kun i det indkomstår hvor selskabet likvideres (endelighedsåret). Yderligere spørger de, om (iii) det kun er den endelige del underskuddet i det sidste år, som vil kunne fradrages i det danske selskab. Skatteministeriet svarer, at moderselskabet vil have lettere ved at løfte bevisbyrden, for at et underskud er endeligt, ved at udarbejde fiktive indkomstopgørelser i alle de indkomstår selskabet/det faste driftsstedet eksisterer. Det underskud som vil kunne fradrages, er det akkumulerede underskud, så længe det kan rummes i det danske selskabs overskud. Moderselskabet overtager således kun det underskud der kan rummes og resten forsvinder som et uudnyttet underskud (L 48 2019/20, bilag 1, høringsvar s. 82 f.).

FSR stiller spørgsmål til, om opgørelsen af underskuddet skal udarbejdes under hensyntagen til den maksimerede anvendelse af underskud efter 60 pct. reglen i SEL § 12, stk. 2 og i så fald, om den skal anvendes på det danske selskabs indkomst eller baseres på den fiktive sambeskatningsindkomst.

Skatteministeriet bekræfter, at denne regel finder anvendelse, samt at denne skal anvendes på den fiktive sambeskatningsindkomst (L 48 2019/20, bilag 1, høringsvar s. 85). Reglen i SEL § 12, stk. 2 skal ikke anvendes i alle år, hvor der har været koncernforbindelse, men kun i endelighedsåret, idet reglen ikke i sig selv medfører en reduktion af det underskud, der kan anses for endeligt underskud efter reglen i SEL § 31 E. Det betyder, at reglen kun har betydning i forhold til endelighedsåret. Begrænsningen medfører således ikke i sig selv, at et underskud bliver forhindret i at blive fremført til senere indkomstår af selskabet. Hvis SEL § 12, stk. 2 skulle anvendes på det udenlandske datterselskab eller faste driftssted årligt, vil den uudnyttede del blot blive videreført. Dermed skal underskudsbegrænsningen kun anvendes i endelighedsåret (L 48 - Svar på spg. 57, bilag 25, s. 3).

Begrænsning

I Danmark er der i SEL § 12, stk. 1, adgang for selskaber til at kunne fremføre uudnyttede underskud i den skattepligtige indkomst fra et indkomstår til fradrag i et senere indkomstårs positive skattepligtige indkomst uden tidsbegrænsninger. Reglen finder også virkning for sambeskattede selskaber.

Fremførslen af underskud begrænses af SEL § 12, stk. 2, både for singulært beskattede og sambeskattede selskaber, jf. SEL § 31, stk. 3. Underskud fra tidligere indkomstår kan fradrages fuldt ud i den del af indeværende års skattepligtige indkomst, som ikke overstiger 7,5 mio. kr. (2010 niveau), hvorefter det resterende underskud kun kan fradrages i 60 pct, af den skattepligtige indkomst, som overstiger det fastsatte grundbeløb. Det resterende underskud som ikke kan modregnes, bliver "tilbageført" til selskabet som et uudnyttet underskud. På den måde sikres det, at selskabet bevarer underskuddet i tilfælde af, at det udtræder fra koncernen. Hvis et selskab modregner underskud fra flere forskellige indkomstår, skal reglen begrænse de yngste underskud først. Det betyder, at de ældste underskud modregnes først. Selskaber som er en del af koncernen, risikerer ikke, at de får beskåret en del af deres underskud, men tidspunktet for hvornår underskuddet kan modregnes, bliver rykket til et senere indkomstår (DJV C.D.2.4.5.1).

Reglerne har følgende akkumulerede betingelser:

- (i) Ved modregning skal det ældste underskud modregnes først,
- (ii) Underskudsbegrænsning sker, hvis summen af de sambeskattedes selskabers indkomst før fremførsel af underskud overstiger 7,5 mio. kr.
- (iii) Begrænsningen skal ske forholdsmæssigt mellem særunderskud, egne underskud og andre selskabers underskud.

Når Danmark har valgt at kunne tage hensyn til et akkumuleret endeligt underskud, skaber det en problemstilling i forhold til begrænsningsreglen for fradrag underskud i SEL § 12, stk. 2. Underskudsbegrænsningen anvendes årligt på selskaber der indgår i en national eller international sambeskatning, men anvendes kun det sidste år for EU/EØS-selskabet, som ikke har valgt international sambeskatning (forudsat at der er endeligt underskud).

En dansk koncern der ikke har valgt international sambeskatning, opgør årligt en samlet national skattepligtig indkomst. Er sambeskatningsindkomsten negativ et år, vil dette underskud kunne fremføres til senere indkomstår, jf. SEL § 12, stk. 1, dog med begrænsningen i SEL § 12, stk. 2. Er det fremførte underskud meget højt, vil det kunne have en indflydelse på hvor meget som kan fradrages af det fremførte underskud. Hvis det ikke kan fradrages næste indkomstår, videreføres det igen. Det er de ældste underskud, her det fremførte underskud, som der modregnes først, hvilket kan reducere det potentielle overskud, som det endelige underskud kunne modregnes i. Det endelige underskud kan ikke fremføres til modregning i senere indkomstår, idet det

forsvinder som et uudnyttet endeligt underskud, som følge af likvidationen (L 48 2019/20, bilag 1, høringsvar s. 82 f.). Reglen begrænser ikke det endelige underskud i sig selv, dog kan det blive begrænset, uden mulighed for fremførsel, som følge af de tidligere fremførte underskud, samt likvidationen, hvilket giver en øget negativ effekt for koncerner med udenlandske enheder.

5.3. Misbrug af SEL § 31 E - EU-retlige overvejelser

I dette afsnit vil den foreslåede bestemmelse blive vurderet i et EU-retligt perspektiv i relation til misbrug. I denne vurdering tages der udgangspunkt i de tvingende almene hensyn og den afgørende rolle de spiller i forhold til EU-konformiteten. Vurderingen vil indeholde overvejelser om hvordan indførelsen af de gældende sambeskatningsregler byggede på de tvingende almene hensyn. I forlængelse heraf er der overvejelser omkring hvordan indførelsen af SEL § 31 E spiller sammen med de tvingende almene hensyn, som optræder i Marks & Spencer-doktrinen.

En vigtig del af EU-rettens overvejelser i skattesager er, som behandlet i ovenstående, de hensyn, der ligger bag udformningen af skattelovgivningen. Dette ses bl.a. gennem brugen af de almene tvingende hensyn, hvor en restriktion eller diskrimination kan retfærdiggøres. Disse hensyn var også en stor del af behandlingen inden indførelsen af de gældende sambeskatningsregler, som blev kendt for EU-stridige i Bevola-dommen. Her blev der netop lagt vægt på, at den 10 års binding ved valg af international sambeskatning var til for at sikre, at der ikke skete skatteunddragelse i form af cherry-picking. Dette hensyn blev med Bevola-dommen ikke anerkendt som proportionelt og der er dermed ikke på samme måde en værnsregel, der forhindrer cherry-picking i de danske regler.

Forarbejderne til de gældende sambeskatningsregler indeholder overvejelser omkring de scenarier og dilemmaer, som kunne opstå i forhold til de gamle regler, hvilket bl.a. omfatter risikoen for at danske koncerner kun valgte at tage hensyn til deres udenlandske sekundære etableringer med underskud. Den mulighed for selskaberne til selv at vælge hvilken indkomst som skulle beskattes i Danmark indebærer, at sammenhængen i beskatningsordningen ikke bliver tilgodeset. Dette skabte mulighed for en effektiv skatteplanlægning, nærmere skatteunddragelse. I sammenhæng hermed blev der skabt et globalpuljeprincip, som medførte, at man inkluderer både overskud og underskud, altså et princip om alt eller intet (bemærkninger til L 121 2004, afs. 2). Der var på daværende tidspunkt tvivl, om det nævnte hensyn om sammenhængen i beskatningsordningen, var et sagligt hensyn, som vil blive accepteret af EU-Domstolen (Winther-Sørensen, 2005, afs. 6.1). Hensynet blev i Marks & Spencer-dommen anerkendt. Samtidig blev det dog konkluderet, at

der var andre interesser, som efter EU's vurdering skulle gå forud for dette hensyn, netop muligheden for fradrag af endelige underskud, som bryder symmetrien, der eksisterer i territorialbeskatningsprincippet.

Marks & Spencer-doktrinen statuerede et krav om mulighed for fradrag af udenlandske endelige underskud med begrundelse i (i) sikringen af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen, (ii) hindring af risikoen for, at koncerner kan indrette sig efter at opnå skattemæssige fordele, altså skatteunddragelse, og (iii) hindring af dobbelt fradrag. Når der skal tages hensyn til endelige underskud, vurderes det dog, at der stadig foreligger en vis risiko for at to af de tre hensyn ikke bliver anerkendt i fuld udstrækning. Der kan dermed opstå en formodning om, at der sker en vis afvejning af de enkelte hensyn, på trods af at de i forenelighed danner begrundelse for den restriktive lovgivning. I definitionen af det endelige underskud, vurderes det, at der i særlig grad er lagt vægt på hindring af dobbelt fradrag. Endelighedsvurderingen indeholder netop et hensyn om, at underskuddet ikke er endeligt, hvis det kan udnyttes flere steder. Når et domicilland skal tage hensyn til et endeligt underskud fra et kildeland, vil der være tale om et underskud, der skal fradrages i domicillandet på trods af, at det er kildelandet, der har beskattet det eventuelle tidligere overskud. Det er på baggrund heraf, at der stadig kan opstå manglende symmetri i beskatningskompetencen og dermed ubalance i fordelingen af beskatningskompetencen. Med denne ubalance opstår der også risiko for skatteunddragelse, da selskaberne kan konstruere rent kunstige arrangementer, hvor de underskudsgivende datterselskaber eller faste driftssteder er beliggende i medlemsstater med lavt skattetryk og fradrager et endeligt underskud i et moderselskab beliggende i en medlemsstat med højt skattetryk, f.eks. Danmark.

Reglerne i SEL § 31 E kan tilmed vurderes at kunne medføre endnu større risiko for at blive en del af et cherry-picking arrangement, da SEL § 31 E giver mulighed for fradrag af akkumuleret underskud. Der vil dermed muligvis kunne blive fradraget større underskud i Danmark end i andre medlemsstater.

Eksempel

Et dansk moderselskab (M) har et EU/EØS-datterselskab (D), med 2 mio. EUR underskud, og et indirekte ejet datterselskab (DD) i samme kildeland (Tyskland), med 3 mio. EUR underskud, samlet 5. mio. EUR underskud. Underskuddene fra DD er fra tidligere indkomstår. I D er underskuddet fordelt med 1 mio. EUR fra tidligere år og 1 mio. i indeværende år. Disse to selskaber indgår i en national sambeskatning i Tyskland. DD ønsker at likvidere sit selskab, således at underskuddet fremføres til udnyttelse i D's

fremtidige positive indkomst. Reglerne i Tyskland tillader at underskuddet kan medregnes til D's negative indkomst, og sondre ikke mellem om D har positiv indkomst at modregne i eller ej.

Det akkumulerede underskud i DD på 3 mio. EUR er ikke endeligt, når der består en mulighed for at et andet koncernselskab kan tage hensyn til dette underskud, jf. Marks & Spencer-dommen pr. 55, andet led.

Efter en årrække ønsker koncernen ikke længere aktivitet i Tyskland, og D likvideres. Tyskland har regler som ikke tillader, at underskuddet udnyttes ved overførsel til ikke-koncernforbundne tredjeparter, hvorfor D ikke har mulighed for at fremføre underskuddet i Tyskland. Herefter er der ikke længere mulighed for, at dette underskud kan anvendes i Tyskland. Det antages dermed at dette underskud defineres som endeligt efter Tysklands regler. M i Danmark ønsker at fradrage dette samlede underskud på 5 mio. EUR, idet der er nok positiv indkomst til at rumme underskuddet.

Dermed opstår der en situation, hvor Danmark vil skulle tage hensyn til et underskud, der er 4 mio. EUR større end hvis der kun skulle tages hensyn til underskuddet fra likvidationsåret i D. Dette er en sammenholdelse af forslag til afgørelse af Memira-dommen og forarbejderne til SEL § 31 E (L 48 2019/20, bilag 1, høringssvar s. 88). I forslag til afgørelse af Memira-dommen, pkt. 58, fremgår det netop, at når underskuddet har kunne overdrages til udnyttelse i D, så var det ikke et endeligt underskud, og denne kvalificering ændrer sig ikke efterfølgende. Det betyder, at underskuddet efter Generaladvokatens udmelding kun ville udgøre underskuddet i det indeværende år, hvilket er 1 mio. EUR. I forarbejderne til SEL § 31 E fremgår det derimod, at denne bestemmelse vil tage hensyn til akkumuleret underskud og det vil dermed være det samlet underskud i likvidationsåret, hvilket må formodes også at være det, der oprindeligt stammer fra DD, da dette ligeledes ville kunne være blevet udnyttet, hvis de tyske regler var identiske med de danske. Dermed ville Danmark tage hensyn til alle 5 mio. EUR.

Ved en fastholdelse af doktrinen bliver de andre hensyn, som tilgodeser (i) hindring af misbrug, samt (ii) sammenhæng i skatteordningen, potentielt ikke prioriteret i samme omfang. EU-Domstolen anerkender dog medlemsstaternes muligheder for at vedtage og bevare regler, som har til formål at udelukke tilfælde, hvor selskaber misbruger reglerne, jf. Marks & Spencer-dommen, pr. 57. I forslag til afgørelsen C-172/13, Kommissionen mod Storbritannien, har Generaladvokaten foreslået, at man opgiver doktrinen om endeligt underskud, som følge af de hensyn reglen ikke tilgodeser.

Generaladvokaten henviser til, at EU-Domstolen i Marks & Spencer-dommen gjorde gældende, at en koncernlempelsesordning ville sikre en mindre restriktiv lovgivning. Ordningen betinger hensyntagen til underskud af, at fremtidige overskud i udenlandske sekundære etableringer medtages i det selskab som har indrømmet fradrag, med et beløb svarende til det tidligere fradragne underskud. På den måde opvejes den fordel det er kun at tage hensyn til underskuddet, med en ulempe. Forslaget vil sikre en omfattende ligebehandling af underskud mellem indenlandske og udenlandske sekundære etableringer. Løsningen vil dog forkaste den faste praksis på området, som er forbundet med fradrag af endelige underskud, jf. pkt. 49. På baggrund af det nævnte hensyn mener Generaladvokaten, at en forkastelse af Marks & Spencer-doktrinen vil være den mest afbalancerede løsning, da der ikke findes mindre restriktive midler, jf. pkt. 50.

6. Konklusion

I dette speciale er behandlingen af de danske sambeskatningsregler analyseret i forhold til sammenhængen med doktrinen om endeligt underskud, som udspringer fra *Marks & Spencer-dommen*. Specialet har med fokus på struktur og metode søgt at besvare problemformuleringen i form af redegørelse, flere analyser og diskussion. Der er indledningsvist redegjort for hvordan de danske sambeskatningsregler, både nationale og internationale, historisk har været udsat for en gennemgribende kritik i forhold til EU-konformitet. Det har, indtil klarlæggelsen af retstilstanden ved afsigelsen af *Bevola-dommen* været Danmarks opfattelse, at der var overensstemmelse mellem etableringsfriheden i TEUF art. 49 og 54 og de danske sambeskatningsregler. I specialet analyseres det hvordan EU-Domstolen forkastede Danmarks opfattelse af sambeskatningsreglerne, hvortil det blev fastslået, at reglerne ikke var proportionale, hvis Danmark generelt udelukkede grænseoverskridende fradrag af underskud med den begrundelse, at international sambeskatning i SEL § 31 A kunne have været valgt. På baggrund af resultatet i *Bevola-dommen* var Danmark tvunget til at indføre regler, som tillod grænseoverskridende fradrag for underskud i tilfælde hvor international sambeskatning ikke blev valgt. Det diskuteres hvordan den foreslåede regel i SEL § 31 E kan rette op på sambeskatningsreglerne, så de er EU-konforme med den EU-praksis der foreligger på området for endeligt underskud.

Praksis på området er ganske overordnet og fastsætter meget få praktiske retningslinjer. Ganske enkelt kan det konkluderes, at et underskud er endeligt, når det ikke kan anvendes andre steder af selskabet selv eller af en tredjepart. Der er dog stadig i stor udstrækning uvished omkring hvordan det endelige underskud skal behandles i praksis og i sammenhæng med nationale regler.

Vurderingen af hvorvidt et underskud er endeligt er afhængig af medlemsstatens regler, og da der endnu ikke er skattesager vedrørende den danske behandling af et endeligt underskud, er det ikke muligt at vurdere præcist, hvordan behandlingen skal ske. Det må forventes, at der i fremtiden vil forekomme skattesager, hvor spørgsmålet om det endelige underskud er omdrejningspunktet. Indtil da, er det ikke muligt at vide præcis hvordan Danmark tager hensyn til endelige underskud fra andre medlemsstater. Ud fra ordlyden i lovforslaget vurderes det, at Danmark ikke fradrager endelige underskud, medmindre det også bliver erklæret endeligt efter SEL § 31 E, stk. 3. Det vurderes, at det er EU-konformt, at Danmark kan nægte fradrag for underskud. Det kan ske i tilfælde, hvor det efter kildelandets regler ikke er retligt muligt at få fradrag for endeligt underskud. Etableringsfriheden skal ikke fortolkes sådan, at der skal skabes

ens forhold i hele EU. Medlemsstaterne skal altså ikke indrette sin lovgivning efter andre landes regler. Formålet er at forhindre national lovgivning som kan være diskriminerende eller restriktive for selskaber eller personer fra andre medlemsstater.

I lovforslaget til SEL § 31 E stk. 3, 3. og 4. pkt. kan det dog tolkes, som at Danmark vil kunne omkvalificere underskuddet. Det kan derfor synes misvisende, at SEL § 31 E, stk. 3, 1. pkt. indledningsvis statuerer, at fastlæggelsen af det endelige underskud skal ske efter reglerne i kildelandet. Det synes at virke som om, at Danmark alligevel tilegner sig beføjelsen til at definere det endelige underskud efter egne regler. Specialet tager dog den holdning, at der grundet den misvisende ordlyd ikke skal ordlydsfortolkes, men formålsfortolkes. Ved en formålsfortolkning af bestemmelsen må det vurderes, at formålet er at forhindre at Danmark er forpligtet til at tage hensyn til endelige underskud, såfremt der heller ikke vil være taget hensyn hertil fra et dansk datterselskab, fast driftssted eller fast ejendom.

Foruden vurderingen af EU-konformiteten med hensyn til kvalificering af det endelige underskud, indeholder specialet en vurdering af mulige konsekvenser ved medregning af endeligt underskud på lige vilkår med underskud medregnet efter danske sambeskatningsregler. Lovforslagets nuværende form sidestiller det endelige underskud med et underskud, der kunne være blevet fradraget efter SEL § 31 A. Det betyder, at en koncernens udenlandske enhed, som udelukkende er blevet drevet med underskud, hvilke gentagne gange er blevet fremført, kan få fradrag for hele det akkumulerede endelige underskud. Den objektive sammenlignelighed sker på endelighedstidspunktet, hvilket ofte sker når selskabet likvideres, eller det faste driftssted nedlægges. I specialet vurderes der således at være en højere risiko for at et underskud fra en sekundær etablering i kildelandet, kan være langt større end underskud fra en dansk sekundær etablering. Dette synes at kunne få den konsekvens, at begrænsningen i SEL § 12, stk. 2, kan reducere det endelige underskuds skattemæssige værdi, idet underskuddet må vige for fremførte nationale underskud, hvis ikke der er en stor nok sambeskatningsindkomst at modregne i. Den negative effekt øges af, at endelige underskud ikke kan fremføres til modregning i de efterfølgende indkomstår, så den uudnyttede del at underskuddet vil bortfalde efter principperne for likvidation af sambeskattede selskaber med underskud.

Opsummerende må det konkluderes, at Danmark har tilstræbt EU-konformitet i det omfang, at lovforslaget giver mulighed for grænseoverskridende fradrag for endelige underskud. Dog er det vanskeligere at konkludere EU-konformiteten i det resterende af bestemmelsen, herunder den omtalte omkvalificering af det endelige underskud og tilhørende krav i form af sidestilling med allerede eksisterende danske sambeskatningsregler. Det bliver især besværliggjort i form af EU-konformitetsvurderingen, da denne lægger sig op ad princippet om samme virkning, ikke samme regler. Det er dermed ikke muligt for Danmark at sikre sig EU-konformitet blot ved at sidestille

de udenlandske sekundære etableringer med danske sekundære etableringer. Det er nødvendigt at foretage en vurdering af, hvorvidt sidestillingen også vil medføre sidestilling i retsvirkningen af reglerne.

7. Perspektivering

Behandlingen af specialets overordnet emne omkring EU-konformiteten i lovforslaget til SEL § 31 E har taget udgangspunkt i en analyse af praksis og lovforslag. I denne behandling, er der ikke inddraget retspolitiske overvejelser omkring EU-rettens udvikling, som kunne have haft indflydelse på hvordan EU-retten udspiller sig i praksis. Det findes derfor nærliggende i denne perspektivering at inddrage disse overvejelser omkring EU-rettens udvikling og dennes påvirkning på praksis og dermed medlemsstaternes lovgivning.

EU-retten er i en konstant udvikling. Når det sker udvikling på et retsområde, er det særligt vigtigt at have retssikkerheden i fokus. Retssikkerhedsprincippet er et almindeligt anerkendt EU-retligt princip, som EU-Domstolen anvender til løsning af tvister (Tvarnø & Nielsen, 2017, s. 29). Vigtigheden af dette princip og dets indflydelse på forståelsen af frihedsrettighederne, følger af Generaladvokatens forslag til afgørelse C-172/13, Kommissionen mod Storbritannien, hvor det fremgår:

“Retssikkerhedsprincippet kræver dels, at retsreglerne skal være klare og præcise, dels, at deres anvendelse er forudsigelig for de enkelte. Dette gælder tillige for retsforskrifter, der følger af Domstolens fortolkning af grundlæggende frihedsrettigheder.”

I forlængelse af ovenstående, kan det dermed anses som et problem, at der ikke er klare og enkle retningslinjer for hvordan frihedsrettighederne skal fortolkes. Dette må vurderes at gælde for behandlingen af frihedsrettighederne igennem skattesager, da det netop er disse, der fastsætter retningslinjerne for anvendelsen af frihedsrettighederne.

I forhold til anvendelsen af frihedsrettighederne i EU-praksis og i relation til udviklingen i EU-retten, kan det muligvis antages, at der er et øget fokus på hindring af dobbelt fradrag af underskud. Et øget fokus på området, betyder en vis ændring i forhold til tidligere. Det kan potentielt medføre at den praksis, der tidligere har udgjort gældende retningslinjer, muligvis ændrer sig til nye retningslinjer.

Det øget fokus på hindring af dobbelt fradrag kan udledes af C-28/17 NN A/S, sammenholdt med C-18/11 *Philip Electronics*.

I NN-dommen undersøgte EU-Domstolen om den foreliggende restriktion kunne begrundes i hensynet til en afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen og hensynet til at forhindre dobbelt fradrag af underskud. Det første hensyn blev afvist, imens det andet hensyn blev accepteret. EU-Domstolen udtalte, at det i tidligere praksis var blevet fastslået at medlemsstaterne skulle kunne hindre risikoen for dobbelt fradrag af underskud. Udtalelsen kan synes undrende, i forhold til EU-Domstolens tidligere udtalelse i C-18/11 *Philip Electronics* om netop selv samme hensyns selvstændige indhold.

I Philip Electronics-dommen undersøgte EU-Domstolen om en tilsvarende britisk regel kunne begrundes i hensynet til at forhindre dobbelt fradrag af underskud, hvortil EU-Domstolen fremførte (Nørgaard Laursen, 2019, afs. 1):

”Hvad for det andet angår målet om at forhindre dobbelt anvendelse af underskud bemærkes, at selv om det antoges, at en sådan begrundelse kunne påberåbes selvstændigt, kan den i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede under alle omstændigheder ikke påberåbes for at begrunde værtsmedlemsstatens nationale lovgivning.”

Med følgende udtalelse synes EU-Domstolens kraftigt at antyde, at hensynet til at modvirke dobbelt fradrag af underskud ikke kunne anvendes alene (Michelsen m.fl., 2017, s. 631).

Generaladvokaten i sit forslag til afgørelsen i NN-dommen frem til en lignende konklusion som i Philip Electronics-dommen. Generaladvokaten foreslog dog, at *”det [...] måske alligevel [er] på tide at moderere disse bemærkninger i Philips Electronics-dommen, eftersom EU-lovgiver er blevet særligt opmærksom på bekæmpelsen af dobbelt fradrag”*, jf. pkt. 65.

Generaladvokaten foreslår, at hensynet til at forhindre dobbelt fradrag skal have et selvstændigt anvendelsesområde. Et øget fokus på den selvstændige betydning af hensynet kan potentielt have en betydning for hvordan EU-Domstolen vil afsige sager fremadrettet. Det er specialets forventning, at EU-Domstolen i større omfang vil lægge vægt på formålet om at undgå skatteunddragelse og skatteundgåelse, hvorfor lovgivning som forfølger disse formål anerkendes i videre omfang end tidligere, hvis der er synergi mellem reglens formål og reglensvirkning.

8. Litteraturliste

Domme:

C-650/16 Bevola A/S.

C-172/13 Kommissionen mod Storbritannien.

C-18/11 Philips Electronics UK.

C-28/17 NN A/S.

446/03 Marks & Spencer.

C-608/17 Holmen AB.

C-322/11 K.

C- 157/07 Krankenhaus Ruhesitz.

C-48/13 Nordea Bank Danmark.

C-388/14 Timac Agro, (EU).

C-293/06 Deutsche Shell.

C-35/11, FII (2)

C-47/12, Kronos

C-35/98, Verkooijen

C-414/06 Lidl Belgium.

Forslag til afgørelse C-172/13 - Kommissionen mod Storbritannien.

Forslag til afgørelse C-607/17 - Memira Holding.

Forslag til afgørelse C-650/16 - Bevola A/S.

Artikler:

Winther-Sørensen, N. (2005). International sambeskatning og EU-retten. *SR.2005.0032, 2005*.

Tell, M. EU-domstolen underkender danske regler, der begrænser anvendelsen af underskud opstået i udlandet (Bevola-sagen). *SU 2019,3, 2019*.

Nørgaard Laursen, A. Bevola-dommen, NN-dommen og de danske sambeskatningsregler: En status. *RR.7.2019.24*, 2019. Karnov.

Mikelsons. *Retssikkerhed og EU-konform fortolkning af momsloven*. 2016.

Tell, M. (2019) EU-domstolen underkender danske regler, der begrænser anvendelsen af underskud opstået i udlandet (Bevola-sagen). *SU 2019,3*, 2019.

Winther-Sørensen, N. (2005). International sambeskatning og EU-retten. *SR.2005.0032*, 2005.

Bøger:

Engsig Sørensen, K., & Hartig Danielsen, J. (2019). *EU-Retten*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Hansen, L. L. (2013). *Den juridiske metode: En introduktion*. Jurist- og Økonomforbundet.

Michelsen, A., Bolander, J., Madsen, L., Nørgaard Laursen, A., & Langhave, I. *Lærebog om indkomstskat* (Bd. 2019a).

Michelsen, A., Nørgaard Laursen, A., & Dalgas, A. S. (2017). *International Skatteret*. Karnov Group.

Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2017). *Retskilder og retsteorier*.

Love & lovforslag:

Grundloven

Selskabsskatteloven LBK nr 1164 af 06/09/2016

Statsskatteloven LOV nr 149 af 10/04/1922

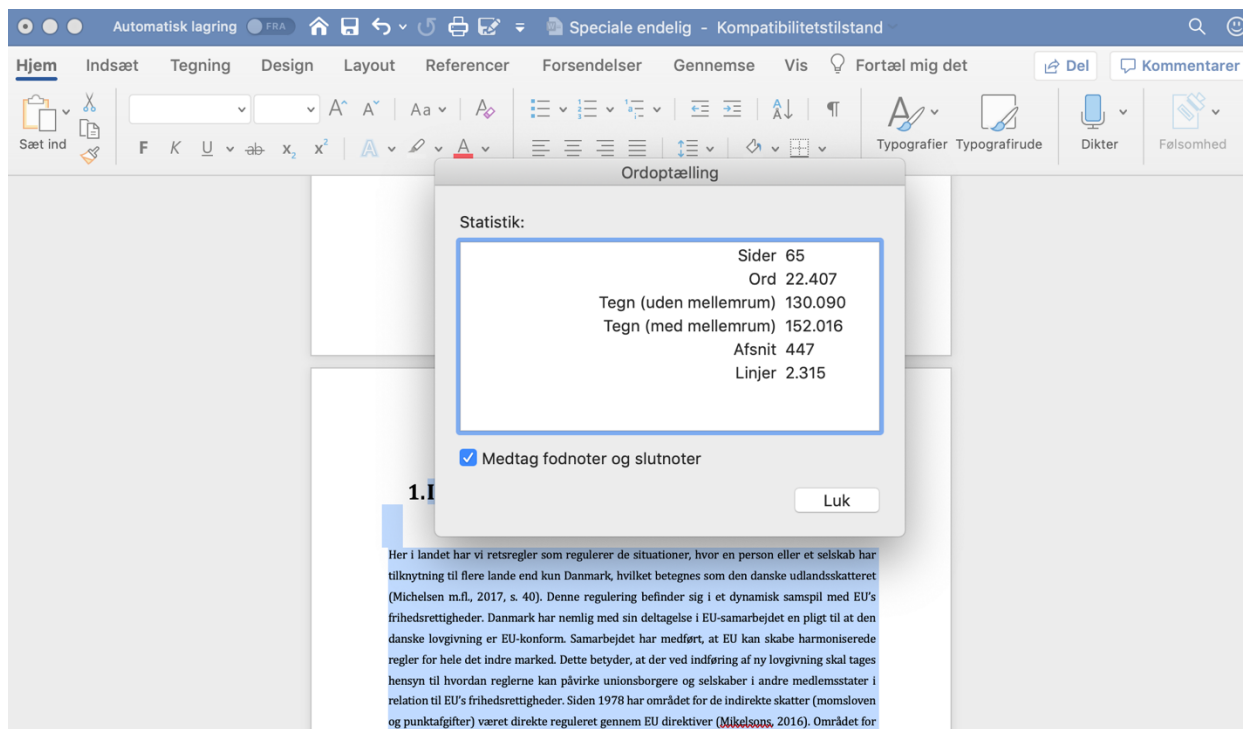
L 48 2019/20. Skatteudvalget, Skatteministeriet.

L 121 2004/05. Skatteudvalget, Skatteministeriet.

Andet:

Danmark, & Sambeskatningsudvalget. (2004). *Rapport fra Sambeskatningsudvalget*. Skatteministeriet.

9. Dokumentation for anslag



Bilag 1

L 48 2019/20. Skatteudvalget, Skatteministeriet.

Bilag 2

Opsplittingsansøgning

Bilag 3

Samarbejdsaftale

Bilag 4

Procesafsnit