

Selskabers mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud

En dansk regel i et europæisk perspektiv

The possibility for companies to claim a cross-border loss relief

A Danish rule in a European perspective

af DANIEL ANDERSEN

Hovedformålet med specialet er at behandle eventuelle uoverensstemmelser mellem et selskabs mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud efter den af EU-domstolen retspraksis skabte Marks & Spencer-undtagelse og efter dansk ret, herunder den foreslåede § 31 E i selskabsskatteloven.

Specialet behandler indledningsvis EU-domstolens retspraksis på området med henblik på 1) at fastslå anvendelsesområdet for Marks & Spencer-undtagelsen, 2) hvornår kriterierne i undtagelsen er opfyldt og 3) hvordan underskuddet skal opgøres. Dernæst behandles gældende dansk ret og selskabsskattelovens § 31 E som foreslået i L 48 med henblik på at fastslå et dansk selskabs mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud. Ved at sammenholde den europæiske retstilling for Marks & Spencer-undtagelsen med gældende dansk ret og selskabsskattelovens § 31 E vurderes det, at de gældende danske regler på området på nuværende tidspunkt er i strid med EU-retten, og at den foreslåede § 31 E i selskabsskatteloven ej heller i sin nuværende udformning vil bringe de danske regler i overensstemmelse med EU-retten. Det skyldes primært, at selskabsskattelovens § 31 E ikke finder anvendelse på den situation, hvor et ikke-hjemmehørende datterselskab ikke kan udnytte sit underskud som følge af, at datterselskabet ikke er berettiget til at overføre underskuddet efter reglerne i den medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende.

Desuden behandler specialet afslutningsvis to afledte spørgsmål angående Marks & Spencer-undtagelsen, som tillige har en betydning for dansk ret. Det er for det første den situation, hvor et datterselskab har mulighed for at udnytte et underskud fra sit ikke-hjemmehørende moderselskab, og for det andet den situation, hvor det ikke er muligt at udnytte et underskud i forbindelse med en grænseoverskridende fusion med bl.a. et ikke-hjemmehørende datterselskab.

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse	1
Executive summary	3
Kapitel I	4
Indledning, problemformulering, metode og afgrænsning.....	4
1. Indledning	4
1.1. Introduktion til emnet	4
1.2. Problemformulering	5

1.3.	Metode	5
1.4.	Afgrænsning	6
Kapitel II		6
Marks & Spencer-undtagelsen		6
2.	Fradrag for et »endeligt underskud« set fra et EU-retligt perspektiv	6
2.1.	Marks & Spencer-undtagelsen	6
2.2.	Anvendelsesområdet for selskabers mulighed for at anvende Marks & Spencer-undtagelsen	8
2.2.1.	Datterselskaber	8
2.2.2.	Datterdatterselskaber	9
2.2.3.	Fast driftssted	10
2.2.4.	Fast ejendom	12
2.2.5.	Opsummering	13
2.3.	Hvornår er et underskud »endeligt«?	13
2.3.1.	En juridisk mulighed?	14
2.3.1.1.	Manglende mulighed for underskudsmodregning	15
2.3.1.2.	Manglende mulighed for underskudsfremførsel og underskudstilbageførsel	15
2.3.1.3.	Manglende mulighed for underskudsoverførsel	17
2.3.1.4.	Kvantitative- og kildeartsbegrænset underskud	18
2.3.2.	Faktisk umulighed	19
2.3.2.1.	Indtægter	20
2.3.2.2.	Overdragelse af datterselskabet	20
2.3.2.3.	Genopstået underskud	20
2.3.2.4.	Overførsel af underskud til en tredjepart	21
2.3.3.	Opsummering	21
2.4.	Hvordan skal et »endeligt underskud« opgøres og anvendes?	22
2.4.1.	Etableringsstatens lovgivning	22
2.4.2.	Begrænsninger i henhold til særegenheder ved kildestatens lovgivning	23
2.4.3.	Opsummering	24
2.5.	Sammenfatning	25
Kapitel III		25
Fradrag for et endeligt underskud i Danmark		25
3.	Det danske udgangspunkt	25
3.1.	Indledning	25
3.2.	Gældende ret	25
3.2.1.	Selskabsskattelovens § 8, stk. 2 om territorialprincippet	25
3.2.2.	Selskabsskattelovens § 31 om national sambeskatning	26
3.2.3.	Selskabsskattelovens § 31 A om international sambeskatning	26
3.2.4.	Opsummering	26
3.3.	Selskabsskattelovens § 31 E	26
3.3.1.	Anvendelsesområde	27
3.3.1.1.	Datterselskaber	27
3.3.1.2.	Faste driftssteder og faste ejendomme	27
3.3.1.3.	Ikke er omfattet af international sambeskatning efter § 31 A	28
3.3.1.4.	Lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne og i Grønland	28
3.3.2.	Betingelserne	28
3.3.2.1.	Endeligt underskud	28

3.3.2.2.	Kunne have været anvendt, hvis der havde været valgt international sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31 A	29
3.3.3.	Begrænsninger i fradragsretten.....	30
3.3.3.1.	Skattelovgivningens almindelige regler med syn til begrænsninger i fradragsretten for tab og anvendelsen af disse tab inden for en eventuel sambeskatning.....	30
3.3.4.	Opgørelsen efter danske regler	30
3.3.5.	Hvornår et underskud kan anses for at være endeligt.....	31
3.3.5.1.	På grundlag af reglerne i kildestaten.....	31
3.3.5.2.	Det hverken i tidligere indkomstår, det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår har været eller vil være muligt at anvende underskuddet	31
3.3.5.3.	Når et underskud er anvendt eller vil kunne anvendes i et andet land.....	31
3.3.5.4.	Når et underskud kunne være anvendt eller ville kunne anvendes, hvis reglerne om adgang til fradrag for underskud havde været identiske med de danske regler herom	33
3.3.6.	Opsummering	34
3.4.	Sammenfatning.....	34
	Kapitel IV	35
	Øvrige bemærkninger	35
4.	Ubesvarede spørgsmål.....	35
4.1.	Kan Marks & Spencer-undtagelsen anvendes nedad i grænseoverskridende situationer?	35
4.2.	Er fusionsskattelovens § 8, stk. 6 i strid med EU-retten?.....	37
	Kapitel V	38
	Konklusion.....	38
5.	Konklusion	38
	Litteraturfortegnelse	40

Executive summary

The purpose of this master thesis is to analyze and problematize any discrepancies between the Marks & Spencer-exception created by the European Court of Justice and the Danish legislation regarding cross-border loss reliefs.

The thesis explores the scope of the exception, when the criteria of the exception are fulfilled and how to calculate the loss relief. By reviewing the case law of the European Court of Justice it is determined that the Marks & Spencer-exception is applicable in almost every situation, where the national law of the Member States only allows companies to deduct a loss from resident units, but when it comes to losses in permanent establishments the case law has however shown that it is necessary to distinguish between the situations where the Member States have limited their tax jurisdiction after national law and after a double taxation convention, since the Marks & Spencer-exception is not applicable in last mentioned scenario. Regarding the second question the European Court of Justice has stated that the criteria of the exception is fulfilled when the loss is considered »final«. As explored in this thesis a loss is as a rule »final« when the non-resident unit has exhausted all possibilities available of having the loss taken into account in its State of residence for the accounting period concerned by the claim for relief, for any of the previous accounting periods and for any future accounting periods. However, if the loss cannot be used in the Member State of residence because the loss is not legally recognized there, it may not be considered final even if the companies have exhausted all other

possibilities. Regarding the size of the final loss, the size must be determined by the rules of the Member State where the loss is to be deducted. Also, the Member State may be allowed to limit the application of the final loss after the rules of the Member State of residence.

The second half of the thesis concerns the Danish legislation. The current provisions in the Law of Corporation Tax do not allow companies to claim a cross-border loss relief. This missing opportunity to claim a relief from final losses is not in compliance with the Marks & Spencer-exception, which the European Court of Justice also has stated in C-650/16 - Bevola & Jens W. Trock. The Danish Ministry of Taxation has as a follow-up on the decision submitted a bill in order to bring the Danish rules in compliance with the EU law. The Ministry have suggested to insert paragraph 31 E in the Law on Corporation Tax which will allow Danish companies to claim a loss relief from final losses. However, as concluded in this thesis the paragraph 31 E is in its current form more burdensome than the Marks & Spencer-exception, which means that the paragraph most likely will not bring the Danish rules in agreement with the Marks & Spencer-exception.

Lastly the thesis also discusses the possibility to use the Marks & Spencer-exception in downward situations and the exemption implication on the Danish rules for cross-border mergers.

Kapitel I

Indledning, problemformulering, metode og afgrænsning

1. Indledning

1.1. Introduktion til emnet

Den 13. december 2005 fastlog EU-domstolen i C-446/03 - Marks & Spencer («*Marks & Spencer*»), at det var i strid med reglerne om den frie etableringsret at nægte et hjemmehørende moderselskab at udnytte et »endeligt underskud«¹ opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab, såfremt moderselskabet havde mulighed for at udnytte et underskud opstået i et hjemmehørende datterselskab. Denne retspraksis skabte udvidelse af muligheden for at fradrage et grænseoverskridende underskud er i litteraturen bedre kendt som »Marks & Spencer-undtagelsen«, og er endnu et eksempel på EU-rettens indirekte påvirkning på medlemsstaternes suverænitet på skatteretsområdet.

Siden sin opstandelse har undtagelsens anvendelse været meget debatteret og kritiseret i litteraturen.² EU-domstolen har dog i sin praksis fastholdt undtagelsens anvendelighed, hvilket med tiden har skabt mere klarhed omkring undtagelsens omfang. Dog er begrebet et »endeligt underskud« forsat lidt af et mysterium. Det er særligt spørgsmålene om, hvornår et underskud er endeligt, samt hvordan et endeligt underskud skal opgøres og anvendes.

Den 12. juni 2018 fastslog EU-domstolen i C-650/16 - Bevola og Jens W. Trock («*Bevola*»), at de danske regler om grænseoverskridende underskududnyttelse ikke tilbød en mulighed for

¹ Udtrykkene underskud og tab vil blive brugt som synonyme i denne afhandling.

² Tell, M. (2015). *Sambeskatning og udnyttelse af underskud på tværs af grænser – Kommissionen mod Storbritannien C-172/13*. SR.2015.36.

at udnytte et »endeligt underskud«, hvilket betød, at de danske regler var uforenelige med EU-retten.

Som opfølgning på afgørelsen har Skatteministeriet den 6. november 2019 fremsendt lovforslaget L 48 (»L 48«).³ I lovforslaget er det foreslået at indsætte § 31 E i selskabsskatteloven, med det formål at bringe de danske regler i overensstemmelse med EU-retten. Spørgsmålet er imidlertid, om dette er lykkedes med bestemmelsens nuværende udformning.

1.2. Problemformulering

Hovedformålet med denne kandidatafhandling er at analysere og problematisere eventuelle uoverensstemmelser mellem selskabers mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud efter den af EU-domstolen retspraksis skabte Marks & Spencer-undtagelse og efter dansk ret, herunder selskabsskattelovens (»SEL«) § 31 E som foreslået i L 48. Med andre ord om de danske regler er i strid med EU-retten eller omvendt, at det ligefrem efter dansk ret er blevet mere fordelagtigt at have et underskud i udlandet.

Det er nødvendigt for en behandling af hovedformålet at fastslå den europæiske retsstilling omkring Marks & Spencer-undtagelsen, herunder begrebet et »endeligt underskud«. Dette sker gennem en systematisk behandling af præmisserne i *Marks & Spencer* samt præmisserne i EU-domstolens efterfølgende retspraksis på området.

Herefter foretages en behandling af gældende ret i Danmark med fokus på hjemmehørende selskabers mulighed for at fradrage et underskud opstået i ikke-hjemmehørende datterselskaber eller i faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet, samt foretages en dybdegående behandling af SEL § 31 E, som fremsat i lovforslag L 48.

Afslutningsvis behandles øvrige uklarheder omkring Marks & Spencer-undtagelsen.

1.3. Metode

Til behandlingen af emnerne og til besvarelsen af problemstillingen anvendes den juridiske metode og en retsdogmatisk tilgang. Den retsdogmatiske tilgang har til formål at fastslå gældende ret – de lege lata – ud fra en beskrivelse, analyse og fortolkning af relevante lovreguleringer og retspraksis.⁴

Gældende ret er som hovedregel det resultat, som domstolen vil opnå ved en fortolkning og systematisering af de relevante retskilder, men af hensyn til, at problemstillingen omhandler, hvorvidt nationale regler er i forenelighed med EU-retten, må gældende ret i denne henseende være det resultat, som EU-domstolen vil opnå ved en retsdogmatisk tilgang.

Det vil hovedsagligt være retskilder i form af retspraksis fra EU-domstolen og SEL §§ 8, stk. 2, 31, 31 A og 31 E, som søges behandlet iht. den retsdogmatiske tilgang. Herudover inddrages supplerende fortolkningsbidrag fra den skatteretlige litteratur.

³ Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, kildeskatteloven, skatteindberetningsloven, skattekontrolloven og forskellige andre love af 6. november 2019.

⁴ Tvarnø, D., C. & Nielsen R. (2017). *Retskilder og retsteorier*. (5. reviderede udgave). København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. Side 29.

1.4. Afgrænsning

Kandidatafhandlingen har sit omdrejningspunkt i et kapitalselskabs mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud inden for EU.

Afhandlingen vil således ikke eller kun i et begrænset omfang afdække (i) øvrige juridiske og fysiske personers mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud inden for EU og (ii) muligheden for at udnytte et underskud uden for EU. Desuden foretages der ikke en behandling af eventuelle byrdefulde forskelle mellem betingelserne i SEL § 31 og § 31 A, som formentlig kan være i strid med EU-retten på baggrund af henvisningen i SEL § 31 E.

Det skatteretlige fokus i afhandlingen vil være koncentreret omkring gældende danske bestemmelser, som omhandler muligheden for at fradrage et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab eller i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet samt SEL § 31 E.

Det EU-retlige fokus i afhandlingen er koncentreret omkring EU-domstolens retspraksis omkring Marks & Spencer-undtagelsen. Det er uden for målskiven at foretage en dybdegående behandling af de bagvedliggende frihedsrettigheder eller EU-domstolens metodiske fremgangsmåde ved bedømmelsen af medlemsstaternes nationale reglers uoverensstemmelse med disse frihedsrettigheder.

Kapitel II

Marks & Spencer-undtagelsen

Omdrejningspunktet for dette kapitel er en gennemgang af retspraksis omkring Marks & Spencer-undtagelsen med det formål at danne et overblik over hvilke situationer et selskab har mulighed for at anvende Marks & Spencer-undtagelsen, hvornår et underskud er endeligt og hvordan et endeligt underskud skal opgøres og anvendes

2. Fradrag for et »endeligt underskud« set fra et EU-retligt perspektiv

2.1. Marks & Spencer-undtagelsen

Indledningsvis gives en kort gennemgang af hovedelementerne i den retspraksis skabte Marks & Spencer-undtagelse samt de bagvedliggende hensyn.

Hindring for etableringsfriheden

Undtagelsen tager sit afsæt i etableringsfriheden efter artikel 49 sammenholdt med artikel 54⁵ i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (»TEUF«), idet en begrænsning i muligheden for at udnytte et grænseoverskridende overskud - i modsætning til udnyttelsen af et nationalt underskud - udgør en hindring for etableringsfriheden. Hvis fx et hjemmehørende moderselskab alene er berettiget til at fradrage et underskud opstået i et datterselskab, som er hjemmehørende på medlemsstatens eget territorium (»etableringsstaten«), udgør det en likviditetsmæssig ulempe for moderselskabet, hvis moderselskabet vælger at udøve sin etableringsfrihed ved at etablere et datterselskab i en anden medlemsstat (»kildestatens«). Reglerne vil med andre ord gøre det mindre attraktivt for moderselskabet at udøve sin etableringsfrihed.

⁵ EU-domstolen har dog senere anvendt undtagelsen med henvisning til kapitalens fri bevægelighed.

Almen tvingende hensyn

Begrænsningerne i muligheden for at udnytte et grænseoverskridende underskud kan imidlertid begrundes i hensynet til at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, i hensynet til at undgå dobbeltfradrag samt i hensynet til at hindre skatteunddragelse.⁶ Hvis der fx ingen begrænsninger er i et selskabs mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud, opnår selskabet reelt en valgfrihed med om et underskud skal anvendes i kildestaten eller i etableringsstaten, og som følge heraf vil der fx være en risiko for at selskabet kan opnå et dobbeltfradrag for underskuddet.⁷ Desuden giver denne »cherry picking« ordning også mulighed for, at underskuddet kan overføres til de medlemsstater med den højeste skattesats, og hvor skatteværdien af underskuddet derfor er størst.⁸

Anvendelsen af disse hensyn er dog i et Marks & Spencer henseende betinget af, at etableringsstaten ikke har beskatningskompetencen over virksomheden i kildestaten. Det er formentlig uden betydning om etableringsstaten aktivt selv har begrænset sin egen beskatningskompetence iht. nationale lovregler eller iht. bilaterale eller multilaterale konventioner, eller om etableringsstatens beskatningskompetence er begrænset iht. det folkeretlige territorialprincip. Hvis en udenlandsk virksomhed fx er underlagt dobbeltbeskatning, er der intet legitimt formål i at begrænse virksomhedens mulighed i at overføre et underskud grænseoverskridende til et selskab beliggende i den medlemsstat, som har beskatningskompetencen, da overførelsen ikke ændrer beskatningsgrundlaget i de to medlemsstater eller giver mulighed for skatteunddragelse.

Proportionalitetsprincippet

De ovennævnte hensyn kan imidlertid ikke opretholde de nationale foranstaltninger i den situation, hvor det udenlandske underskud er »endeligt«. I disse situationer går de nationale foranstaltninger nemlig ud over, hvad er nødvendigt for at nå de forfulgte mål.⁹ Hvis et underskud er endeligt, dvs. når alle muligheder for at tage hensyn til underskuddet i kildestaten er udtømt, er der nemlig ingen risiko forbundet med overførelsen af underskuddet til etableringsstaten. Underskuddet kan netop ikke udnyttes i kildestaten, og som følge heraf vil overførelsen ikke medfører en ændring af beskatningsgrundlaget i kildestaten, at virksomheden opnår et dobbelt fradrag for det »endelige underskud«, eller at der skabes en mulighed for skatteunddragelse.

Skatteevne

Udover proportionalitetsovervejselsen er undtagelsen også begrundet ud fra princippet om skatteevne, hvorefter skatteopkrævningen beror på skattesubjektets skatteevne. I generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordonas forslag til afgørelsen i *Bevola*, forklarede han bl.a., at det er ulogisk - ved beregningen af den skattepligtige indkomst - ikke at medregne de tab, som selskabet har lidt, eftersom selskabets økonomiske kapacitet er blevet nedsat i et tilsvarende omfang.¹⁰ Skattebyrden skal med andre ord tilpasses den reelle økonomiske kapacitet hos det skattesubjekt, der har lidt tabene.

EU-domstolen har således skabt en hovedregel og en undtagelse. Hovedreglen er, at medlemsstaterne er berettiget til at nægte grænseoverstridende underskudsudnyttelse, såfremt reglerne forfølger legitime mål, som er forenelige med traktaten, og som vedrører tvingende almene

⁶ Marks & Spencer, C-446/03, præmis 51.

⁷ Ibid., præmis 4.

⁸ Ibid., præmis 48.

⁹ Ibid., præmis 55.

¹⁰ *Bevola* og Jens W. Trock, C-650/16, præmis 51.

hensyn. Undtagelsen - som er udledt af proportionalitetsprincippet - består i, at medlemsstaterne ikke kan nægte fradrag for disse tab, såfremt de har en »endelig« karakter.¹¹

2.2. Anvendelsesområdet for selskabers mulighed for at anvende Marks & Spencer-undtagelsen

Anvendelsesområdet for Marks & Spencer-undtagelsen var ikke givet ifm. undtagelsens skabelse i *Marks & Spencer*. Undtagelsen er derimod løbende blevet udvidet eller indskrænket i takt med EU-domstolens efterfølgende afgørelser på området. I det følgende gengives retspraksis på området med det formål at skabe et systematisk overblik over et virvar af forskellige situationer, hvorpå et selskab kan anvende Marks & Spencer-undtagelsen med henblik på at udnytte et grænseoverskridende underskud.

2.2.1. Datterselskaber

Iht. afgørelsen *Marks & Spencer* er det muligt for et moderselskab at anvende Marks & Spencer-undtagelsen på et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab, såfremt det er muligt for moderselskabet at udnytte et underskud opstået i et hjemmehørende datterselskab. EU-domstolen fastlog - med henvisning til reglerne om den frie etableringsret - at det hjemmehørende moderselskab var berettiget til at udnytte det »endelige underskud« i datterselskabet. Henvisningen til den frie etableringsret har den betydning, at undtagelsens anvendelighed på underskud opstået i datterselskaber er betinget af, at både moderselskabet og datterselskabet er etableret inden for EU¹². Et moderselskab etableret i EU, som har et underskudsgivende datterselskab etableret i USA, vil derfor ikke kunne påberåbe sig Marks & Spencer-undtagelsen. Det samme er tilfældet i den omvendte situation.

C-446/03 -
Marks & Spencer

I C-446/03 - **Marks & Spencer** ønskede et engelsk moderselskab (Marks & Spencer) at udnytte et underskud opstået i datterselskaber placeret i hhv. Frankrig, Belgien og Tyskland.¹³ De engelske skattemyndigheder afviste imidlertid kravet med henvisning til, at de engelske koncernlempelsesregler kun kunne anvendes på underskud fra hjemmehørende datterselskaber og ikke på underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber.¹⁴ Sagen blev herefter indbragt for EU-domstolen, hvor EU-domstolen fastslog, at det var i strid med etableringsfriheden at nægte koncernlempelse i de situationer, hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab havde udtømt alle muligheder for at udnytte underskuddet (»endeligt underskud«).¹⁵

Selskaber er selvstændigt skattesubjekt

Det kan ved første øjekast virke vanskeligt at forstå, at en medlemsstat er forpligtet til at indrømme et hjemmehørende moderselskab en fradragsret for det »endelige underskud«, som et ikke-hjemmehørende datterselskab har opbygget i en anden medlemsstat, da et selskab i et skatteretligt henseende er at betragte som et selvstændigt skattesubjekt. Det hjælper bestemt heller ikke på forståelsen, at Marks & Spencer-undtagelsen ligeledes skal anses for begrundet i et princip om skatteevne. Dette er bl.a. også påpeget af generaladvokat J. Kokott i forslag til afgørelse i sag C-607/17 - *Memira Holding AB* (»*Memira*«), hvor generaladvokaten forklarer, at princippet om skatteevne er mest forståeligt i en situation med et fast driftssted, eftersom

¹¹ Kommission mod Det Forenede Kongerige, C-172/13, præmis 35.

¹² Sørensen E. K. og Danielsen H. J. (2019). *EU-retten*. (7. reviderede udgave). København. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. Side 572 f.

¹³ Marks & Spencer, C-446/03, præmis 22.

¹⁴ Ibid., præmis 24.

¹⁵ Ibid., præmis 59.

faste driftssteder juridisk set er en ikke-selvstændig del af en skattepligtig virksomhed.¹⁶ Det er imidlertid medlemsstaternes koncernlempelsesregler der forener Marks & Spencer-undtagelsen med selskabernes selvstændighed og uafhængighed.

Det er korrekt, at det er hovedreglen, at et gyldigt stiftet selskab udgør et selvstændigt skatteobjekt,¹⁷ som beskattes særskilt ift. sit eget overskud og underskud. Den omstændighed at selskabet indgår i en koncern med et eller flere selskaber ændrer heller ikke på denne kvalifikation, ligesom koncernen ej heller i sig selv udgør et selvstændigt samlet skattesubjekt.¹⁸

Nationale koncernlempelsesregler

Skatteretligt afføder en koncern imidlertid en række uhensigtsmæssigheder. Disse uhensigtsmæssigheder er ofte forsøgt neutraliseret via nationale koncernlempelsesregler, hvilket bl.a. omfatter, at koncerner er berettiget til at foretage en samlet skattebetaling efter modregning af den underskudsgivende aktivitet (underskudsmodregning) i moderselskabets datterselskaber. Koncernlempelsesreglerne sidestiller således den skattemæssige behandling af datterselskaber og faste driftssteder, således at moderselskabet er berettiget til at medregne underskudsgivende datterselskaber i sin indkomstopgørelse, idet koncernens skattepligtige indkomst nu opgøres som én samlet indkomst – overskud modregnet underskud. Ved at tillade at koncernen kan modregne undergivende datterselskaber sin indkomstopgørelse, er der således reelt tale om en udvidelse af det skatteretlige nettoprincip.

Det er derfor også en betingelse for Marks & Spencer-undtagelsens anvendelse på datterselskaber, at medlemsstaten, hvor moderselskabet er hjemmehørende, har nationale koncernlempelsesregler. Nationale koncernlempelsesregler om underskudsudligning mellem koncernforbundne selskaber bringer således den skattemæssige behandling af datterselskaber i overensstemmelse med den skattemæssige behandling af faste driftssteder, hvorfor princippet om skatteevne også kan anvendes i en situation med et datterselskab.

2.2.2. Datterdatterselskaber

I sagen C-608/17 - Holmen (»Holmen«) fastslog EU-domstolen, at et hjemmehørende moderselskab også har mulighed for at anvende Marks & Spencer-undtagelsen på et underskud opstået i ikke-hjemmehørende datterdatterselskaber.

C-608/17 - Holmen

I **C-608/17 - Holmen** ejede et svensk moderselskab (Holmen) gennem et datterselskab flere datterdatterselskaber i Spanien. Holmen ønskede at udnytte et underskud opstået i disse datterdatterselskaber.¹⁹ Ifølge den svenske lovgivning var det imidlertid et krav, at moderselskabet ejede datterselskabet direkte.²⁰ EU-domstolen fastslog, at det var uforholdsmæssigt at opstille en betingelse om direkte ejerskab, når samtlige mellemliggende datterselskaber mellem moderselskabet og datterdatterselskabet var hjemmehørende i samme medlemsstat.²¹

¹⁶ Memira Holding, C-607/17, præmis 72.

¹⁷ Eriksen, C., Pedersen J., Ferniss J. og Kerzel M. (2019). *Skatteretten 2*. (8. udgave). København. Karnov Group. Side 406.

¹⁸ Langhave, L., Laursen, N. A., Michelsen A., Bolander J & Madsen L. (2019). *Lærebog om indkomstskat*. (18. udgave). København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. Side 977.

¹⁹ Holmen, C-608/17, præmis 10-16.

²⁰ Ibid., præmis 5.

²¹ Ibid., præmis 32.

Ikke er hjemmehørende i samme medlemsstat

I afgørelsen sonderer EU-domstolen mellem to situationer. Den første situation er hvor det eller de datterselskaber, som er indskudt mellem moderselskabet og datterdatterselskabet ikke er hjemmehørende i samme medlemsstat (»tredjeland«).²² I dette tilfælde kan det ikke udelukkes, at koncernen vil opnå en mulighed for at optimere sin koncernbeskatning, idet koncernen selv kan vælge om det vil anvende et underskud opstået i datterdatterselskabet i moderselskabets medlemsstat eller i en medlemsstat for ethvert af de mellemliggende datterselskaber.²³ En sådan valgmulighed vil kunne bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare og medføre, at medlemsstaterne løber en risiko for flerdobbelt fradrag for et underskud.²⁴ Et hjemmehørende moderselskab kan således ikke anvende Marks & Spencer-undtagelsen på et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterdatterselskab, i den situation hvor det eller de datterselskaber, som er indskudt mellem moderselskabet og datterdatterselskabet er hjemmehørende i tredjelande.

Hjemmehørende i samme medlemsstat

Den anden situation er hvor det eller de datterselskaber, som er indskudt mellem moderselskabet og datterdatterselskabet, er hjemmehørende i samme medlemsstat som datterdatterselskabet.²⁵ I denne situation er risikoen for koncernbeskatningsoptimering og dobbelt underskudsudnyttelse af samme omfang som i det tilfælde, hvor der er direkte ejerskab mellem moderselskabet og datterselskabet.²⁶ Hvis datterdatterselskabet og det eller de datterselskaber, som er indskudt mellem moderselskabet og datterdatterselskabet, er hjemmehørende i samme medlemsstat, er der ingen øget risiko for at koncernen kan optimere sin beskatning eller at koncernen kan få dobbelt fradrag for underskuddet, idet underskudsudnyttelsen i moderselskabet er betinget af, at underskuddet er »endeligt«. I begrebet endeligt er det en forudsætning, at det ikke-hjemmehørende datterdatterselskab har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddet, der eksisterer i datterdatterselskabets medlemsstat, herunder at datterdatterselskabet har taget hensyn til underskuddet i det eller de datterselskaber der er hjemmehørende i samme medlemsstat som datterdatterselskabet. Dette er behandlet i pkt. 2.3.2. Marks & Spencer-undtagelsen finder således anvendelse, hvor det eller de datterselskaber, som er indskudt mellem moderselskabet og datterdatterselskabet, er hjemmehørende i samme medlemsstat som datterdatterselskabet.

Iht. afgørelsen har et hjemmehørende moderselskab således mulighed for at anvende kriterierne fra *Marks & Spencer* på den situation, hvor der er opstået et underskud i et ikke-hjemmehørende datterdatterselskab, såfremt det eller de datterselskaber, som er indskudt mellem moderselskabet og datterdatterselskabet, er hjemmehørende i samme medlemsstat som datterdatterselskabet.

2.2.3.Fast driftssted

Marks & Spencer-undtagelsen blev i *Marks & Spencer* udformet med henblik på den situation, hvor et moderselskab ønskede at udnytte et grænseoverskridende underskud opstået i et datterselskab. I modsætning til moder-/datterselskabs situationen er det imidlertid ikke vanskeligt at forene Marks & Spencer-undtagelsen med et hovedselskabs mulighed for at fradrage et underskud fra et udenlandsk fast driftssted, idet et hovedselskab som hovedregel er berettiget til at medregne underskudsgivende faste driftssteder i sin indkomstopgørelse. Et fast driftssted er

²² Ibid., præmis 26.

²³ Ibid., præmis 27.

²⁴ Ibid., præmis 28.

²⁵ Holmen, C-608/17, præmis 30.

²⁶ Ibid., præmis 31.

jo ikke et selvstændigt skattesubjekt, men derimod blot aktiver der, under forskellige former (agentur, filialer), indgår i strukturen af den juridiske person, som ejer aktiverne.

Uanset Marks & Spencer-undtagelsens umiddelbar anvendelighed på udenlandske faste driftssteder, har den efterfølgende retspraksis fra EU-domstolen imidlertid vist, at det er nødvendigt at sondre mellem den situation, hvor beskatningskompetencen over det faste driftssted er opgivet iht. intern ret, og den situation hvor beskatningskompetencen over det faste driftssted er opgivet iht. en dobbeltbeskatningsoverenskomst («DBO»).

Opgivet efter intern ret I den første situation, hvor beskatningskompetencen over det udenlandske driftssted er opgivet iht. intern ret, har EU-domstolen i afgørelsen *Bevola* vist, at kriterierne fra *Marks & Spencer* er anvendelige. Hovedselskabet har således i denne situation fradrag for det udenlandske faste driftsstedes »endelige underskud«. Undtagelsens anvendelse blev begrundet i reglerne om den frie etableringsret, hvorfor undtagelsen alene finder anvendelse på hovedselskaber og faste driftssteder inden for EU.²⁷

C-650/16 - Bevola and Jens W. Trock I **C-650/16 - Bevola and Jens W. Trock** blev det danske selskabs (Bevola) finske filial lukket med et underskud. Bevola anmodede om at få underskuddet fradraget i selskabets skattepligtige indkomst. De danske skattemyndigheder afslog imidlertid anmodningen med henvisning til et lovbestemt territorialprincip.²⁸ EU-domstolen fastslog, at det var i strid med den frie etableringsret at hindre, at et hjemmehørende selskab kan fradrage et »endeligt underskud« fra et udenlandsk fast driftssted.²⁹

Opgivet efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst I den anden situation, hvor beskatningskompetencen over det udenlandske driftssted er opgivet iht. en DBO, valgte EU-domstolen i afgørelsen C-388/14 – *Timac Agro Deutschland* («*Timac Agro*») ikke at anvende Marks & Spencer-undtagelsen. Hovedselskabet har således ikke i denne situation mulighed for at udnytte et underskud opstået i et udenlandsk fast driftssted.

C-388/14 - Timac Agro Deutschland I **C-388/14 - Timac Agro Deutschland** havde et tysk selskab (Timac Agro Deutschland) et fast driftssted i Østrig. Tyskland havde iht. en DBO lempet beskatningen af det udenlandske faste driftssted efter exemptionsmetoden. Det østrigske faste driftssted, der havde et underskud, blev i 2005 solgt. Underskuddene i årene 1997 og 1998 var blevet medregnet i det tyske hovedselskabets skattepligtige indkomst. ifm. salget blev underskuddene i 1997 og 1998 genbeskattet hos hovedselskabet, samt blev hovedselskabet nægtet at medregne underskuddene i årene 1999-2004. Timac Agro anlagde sag ved Finanzgericht Köln (skatteretten i Köln) med påstand om, at den manglende mulighed for at fradrage det udenlandske faste driftsstedes underskud for 1997-2004 var uforeneligt med etableringsfriheden.³⁰ EU-domstolen fandt, at det udenlandske faste driftssted ikke befandt sig i en situation der var sammenlignelig med et hjemmehørende fast driftssted ang. underskuddene i årene

²⁷ Sørensen E. K. og Danielsen H. J. (2019). *EU-retten*. (7. reviderede udgave). København. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. Side 572 f.

²⁸ Bevola og Jens W. Trock, C-650/16, præmis 7-10.

²⁹ Ibid., præmis 66.

³⁰ Timac Agro Deutschland, C-388/14, præmis 9-12.

1999-2004,³¹ og at genbeskatningen af underskuddene i årene 1997-1998 ikke var i strid med den frie etableringsret.³²

Det kan være vanskeligt at forstå, hvorfor Marks & Spencer-undtagelsens anvendelighed på udenlandske faste driftssteder skal afhænge af, om medlemsstaten, hvor hovedselskabet er hjemmehørende, har opgivet sin beskatningskompetence iht. intern ret eller iht. en DBO, da hovedselskabets skatteevne er påvirket ens i begge situationer. EU-domstolen forklarede selv, at situationerne adskiller sig fra hinanden, idet reglerne forfølger forskellige formål, og sammenligneligheden skal afgøres ud fra formålet. Ifølge EU-domstolen var formålet med dobbeltbeskatningsreglerne i *Timac Agro* at forhindre eller formindske dobbeltbeskatning af et hjemmehørende selskabs overskud, hvorimod formålet med territorialprincipreglen i *Bevola* var at undgå dobbeltbeskatning af overskud samt tillige dobbelt fradrag for et hovedselskab, der har udenlandske faste driftssteder.^{33 34}

Af hensyn til hovedselskabets skatteevne, så forekommer EU-domstolens resultat i *Timac Agro* ikke velbegrunderet. Om EU-domstolen i fremtiden vælger at ændre denne retsstilling, må tiden vise. Indtil videre er retstillingen dog den, at et hovedselskab kun har mulighed for at anvende Marks & Spencer-undtagelsen på et underskud opstået i et fast driftssted, såfremt etableringsstaten har opgivet sin beskatningskompetence over driftsstedet efter intern ret, og ikke efter en DBO.

2.2.4. Fast ejendom

I afgørelsen C-322/11- K (»K«) anvendte EU-domstolen kriterierne fra *Marks & Spencer* på et tab lidt ifm. afhændelsen af en fast ejendom beliggende i udlandet. I afgørelsen blev den finske lovgivning dog ikke underkendt. Det var dog begrundet i den omstændighed, at skatteyderen ikke opfyldte kriterierne i Marks & Spencer-undtagelsen og ikke pga. undtagelsens manglende anvendelse.

C-322/11 - K

I **C-322/11 - K** havde en finsk skatteyder (K) lidt et tab ifm. et salg af en fast ejendom beliggende i Frankrig. K blev nægtet et fradrag for tabet i sin skattepligtige indkomst i Finland. K var af den opfattelse, at fradragsnægtelsen var i strid med reglerne om kapitalens frie bevægelighed.³⁵ EU-domstolen udtalte, at K ikke havde udtømt alle mulighederne for at medregne tabet i Frankrig.³⁶ Den finske nægtelse var derfor ikke i strid med reglerne om kapitalens frie bevægelighed.³⁷

Selvom om afgørelsen konkret vedrørte en fysisk persons mulighed for at udnytte et grænseoverskridende tab ifm. afståelsen af en fast ejendom beliggende i udlandet, så forekommer det usandsynligt, at afgørelsens præmisser ikke kan overføres på den situation, hvor det i stedet er et selskab, som lider et tab. Det må derfor vurderes, at det er muligt for et selskab at anvende Marks & Spencer-undtagelsen på den situation, hvor et selskab har lidt et tab ifm. afhændelsen af en fast ejendom beliggende i udlandet.

³¹ Ibid., præmis 66.

³² Ibid., præmis 58.

³³ *Bevola* og Jens W. Trock, C-650/16, præmis 37-40.

³⁴ Se nærmere Jensen, H., L. (2019). *Bevola-sagen – en ”revitalisering” af Marks & Spencer-doktrinen*. SU 2019,2.

³⁵ K, C-322/11, præmis 10-18.

³⁶ Ibid., præmis 76.

³⁷ Ibid., præmis 83.

Kapitalens frie bevægelighed

I den forbindelse skal det påpeges, at eftersom situationen omhandlede et tab ifm. afhændelse af fast ejendom, blev spørgsmålet om Marks & Spencer-undtagelsens anvendelighed afgjort iht. reglerne om kapitalens frie bevægelighed efter artikel 63 og 65 i TEUF.³⁸ Det er begrundet med, at køb og salg af fast ejendom hverken udgør en primær eller en sekundær etablering.³⁹ Det har den betydning, at Marks & Spencer-undtagelsen formentlig kan anvendes på ethvert tab i forbindelse af afhændelse af fast ejendom, og ikke kun på de tab som er opstået ifm. afhændelsen af fast ejendom beliggende inden for EU, da anvendelsesområdet for kapitalens frie bevægelighed ikke er begrænset til kapitalbevægelser inden for EU.⁴⁰

2.2.5. Opsummering

På baggrund af den oven for nævnte retspraksis er det tydeligt, at et hjemmehørende selskab har mulighed for at anvende Marks & Spencer-undtagelsen på et virvar af forskellige situationer. Iht. den nuværende retspraksis har et hjemmehørende selskab således mulighed for at anvende undtagelsen ifm. et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab eller i et fast driftssted beliggende i udlandet og på et tab opstået ifm. med afhændelsen af en fast ejendom beliggende i udlandet.

Ifm. et underskud opstået i et fast driftssted beliggende i udlandet er det dog nødvendigt forinden at undersøge om medlemsstaten, hvor hovedselskabet er hjemmehørende, har opgivet sin beskatningskompetencen over det udenlandske faste driftssted efter intern ret eller efter en DBO, da det er afgørende Marks & Spencer-undtagelsens anvendelighed.

2.3. Hvornår er et underskud »endeligt«?

I ovenstående er det fastslået, i hvilke situationer et selskab kan anvende kriterierne fra *Marks & Spencer*. Spørgsmålet er nu, hvordan selskabet kan opfylde disse kriterier. Med andre ord hvornår et underskud er »endeligt«.

Ifølge EU-domstolen er et underskud endeligt, hvis selskabet, driftsstedet mv. har demonstreret, at:

»Det [...] har udtømt alle de muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemsted med hensyn til det pågældende skatteår ved ansøgning om lempelse såvel som med hensyn til tidligere skatteår, i givet fald ved overførsel af disse underskud til tredjepart eller ved modregning af disse underskud i de overskud, der er opnået i [...] i tidligere skatte år, og der ikke er mulighed for at tage hensyn til det [...] underskud i dettes hjemstat ift. senere skatteår enten af [...] selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af [...] til denne.«⁴¹

The no possibilities test

Kriterierne er i litteraturen betegnet som the »no possibilities test«, og opfyldelsen af denne test har skabt en del fortvivlelse.⁴² EU-domstolen har i sin retspraksis udtalt, at opfyldelsen af

³⁸ Sørensen E. K. og Danielsen H. J. (2019). *EU-retten*. (7. reviderede udgave). København. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. Side 648 f.

³⁹ Ibid., side 561 f.

⁴⁰ Ibid., side 572 f. og 660 f.

⁴¹ Marks & Spencer, C-446/03, præmis 55. Bevola og Jens W. Trock, C-650/16, præmis 64.

⁴² Lang, M. (2014). *Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?* European Taxation. Side 530 ff.

testen skal afgøres efter reglerne i kildestaten,⁴³ men det fortsat mindre klart hvilke praktiske foranstaltninger som vil sikre, at alle muligheder for at tage hensyn til underskuddet er udtømt. Derudover er opfyldelsen af testen ikke blevet nemmere af, at EU-domstolen i *Lidl-Belgien* begyndte at sondre mellem om det var »juridisk muligt« eller »faktisk muligt« at udnytte et underskud.⁴⁴ Denne tendens affødte en række spørgsmål, herunder om et underskud skal kvalificeres som »endeligt« af den årsag, at det iht. lovgivningen i kildestaten ikke er juridisk muligt at udnytte underskuddet.⁴⁵ Disse spørgsmål er efterfølgende blevet fremlagt EU-domstolen i afgørelserne *K, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Memira og Holmen*.

Den metodiske fremgangsmåde

Ved en gennemgang af disse afgørelser er det tydeligt, at EU-domstolen har skabt en metodisk fremgangsmåde for the no possibilities test ift. betydningen af juridiske begrænsninger i kildestaten. Det følger bl.a. af *Kommissionen mod Det Forenede Kongerige*, at hvis der ikke foreligger en tilstrækkelig juridisk mulighed i kildestaten for at tage hensyn til et underskud, så skal underskuddet aldrig kvalificeres som »endeligt«.⁴⁶ Og det er uanset om det også er faktisk umuligt at udnytte underskuddet. Med andre ord er det nødvendigt at fastslå om der foreligger en tilstrækkelig juridisk mulighed for at udnytte underskuddet, forinden det fastslås, om det faktisk også er umuligt at udnytte underskuddet.⁴⁷

I det følgende gengives retspraksis på området med det formål at forsøge at skabe et overblik for hvornår et underskud er juridisk muligt og samtidig faktisk umuligt at udnytte. Med andre ord hvornår et selskab har opfyldt the no possibilities test. Samtidig behandles en række uafklarede situationer, hvor kildestaten juridisk har begrænset muligheden for at udnytte et underskud. I overensstemmelsen med EU-domstolens fremgangsmåde behandles først spørgsmålet om hvornår der foreligger en tilstrækkelig juridisk mulighed for at udnytte et underskud i kildestaten. Derefter behandles spørgsmålet om hvornår et underskud så også er faktisk umuligt at udnytte.

2.3.1. En juridisk mulighed?

Medlemsstaternes selvstændige skattemæssige autonomi

Sondringen mellem faktiske og juridiske omstændigheder har sit afsæt i et princip om »medlemsstaternes selvstændige skattemæssige autonomi«. Princippet blev første gang introduceret i afgørelsen C-157/07 - *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (»*Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*«), som EU-domstolen efterfølgende har henvist til i sin efterfølgende retspraksis.⁴⁸ Ifølge afgørelsen er en medlemsstat ikke forpligtet til at kompensere for eventuelle negative konsekvenser, der er en konsekvens af »særegenheder« ved en anden medlemsstats skatteregler, når medlemsstaten skal behandle en anmodning om udnyttelse af et grænseoverskridende underskud.⁴⁹ Med andre ord skal underskuddet i disse situationer ikke anses for »endeligt«.

⁴³ Bevola, C-650/15, præmis 66.

⁴⁴ Lidl Belgium, C-414/06, præmis 49-50. Se også Lang, M. (2014). *Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line? European Taxation*, s. 536.

⁴⁵ Lang, M., Pistone, P., Rust, A., Schuch, J., Staringer, C & Storck, J. (2019). *CJEU - Recent Developments in Direct Taxation 2018*. Linde Verlag. Side 164.

⁴⁶ Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, C-172/13, præmis 33.

⁴⁷ Lang, M., Pistone, P., Rust, A., Schuch, J., Staringer, C & Storck, J. (2019). *CJEU - Recent Developments in Direct Taxation 2018*. (s. 165). Linde Verlag

⁴⁸ K, C-322/11, præmis 79. Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, C-172/13, præmis 33.

⁴⁹ *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, C-157/07, præmis 49.

Svaret på hvornår skattereglerne i kildestaten imidlertid har sådanne særegenheder, at underskuddet ikke er at anse for »endeligt«, er imidlertid ikke givet. Er der tale om, at det er enhver juridisk begrænsning i mulighed for at udnytte et underskud i kildestaten som gør, at et underskud ikke kan anses for endeligt (»absolut krav«), eller er der kun tale om, at visse juridiske begrænsninger i kildestaten gør, at et underskud ikke kan anses for endeligt (»relativt krav«)?

I det følgende behandles betydningen af juridiske begrænsninger i form af manglende mulighed for underskudsmodregning, underskudsfremførelse (»carry-forward«), underskudstilbageførelse (»carry-back«) og underskudsoverførelse (»carry-over«), samt underskud som er kildeartsbegrænset.

2.3.1.1.Manglende mulighed for underskudsmodregning

Hvis lovgivningen i kildestaten foreskriver, at et tab opstået fra et specifikt formueaktiv ikke kan modregnes i den øvrige indkomst, er spørgsmålet om underskuddet i denne situation skal kvalificeres som endeligt, eller om etableringsstaten kan nægte en modregningsadgang med henvisning til særegenheder ved kildestatens lovgivning? Netop denne situation er behandlet i K.

C-322/11 - K

I **C-322/11 - K** havde en finsk skatteyder (K) et tab ifm. et salg af en fast ejendom beliggende i Frankrig. Ejendommen var underlagt fransk beskatning. Ifølge fransk lovgivning var K ikke berettiget til at modregne et tab, som var opstået ved salget af en fast ejendom (uanset om K havde haft indkomst i Frankrig, hvilket K ikke havde). Ifølge finsk lovgivning var K berettiget til at fradrage et tabet i sin kapitalindkomst, hvis Finland havde haft beskatningskompetencen over den faste ejendom.⁵⁰ EU-domstolen fastslog, at da K i Frankrig aldrig havde haft en mulighed for at medregne tabet opstået ved salget af den faste ejendom, var Finland berettiget til at nægte fradrag for tabet.⁵¹

I afgørelsen fastslog EU-domstolen, at Ks underskud ikke skulle kvalificeres som et endeligt underskud. Tabet var lidt i det indkomstår, hvor K havde frasolgt ejendommen (»ophørsåret«), og hvor alt modregning i den øvrige indkomst var udelukket. Der var derfor ingen juridisk mulighed for at udnytte underskuddet i kildestaten. I afgørelsen udtalte EU-domstolen, at resultatet var uafhængigt af de faktiske omstændigheder i sagen. Det havde derfor været uden betydning, om det faktisk også havde været faktisk umuligt for K at udnytte underskuddet i Frankrig. Det var desuden også uden betydning, at etableringsstaten (Finland) gav mulighed for at modregne et underskud opstået ifm. et salg af en fast ejendom i den øvrige indkomst.

Det kan således udledes af afgørelsen, at et hjemmehørende selskab aldrig kan opfylde kriterierne i the no possibilities test i den situation, hvor det overhovedet ikke er muligt efter reglerne i kildestaten at modregne underskuddet i den øvrige indkomst. Med andre ord er underskuddet i denne situation ikke et endeligt underskud, og selskabet kan derfor ikke få fradrag for underskuddet i sin skattepligtige indkomst i etableringsstaten.

2.3.1.2.Manglende mulighed for underskudsfremførelse og underskudstilbageførelse

⁵⁰ K, C-322/11, præmis 10.

⁵¹ Ibid., præmis 77.

Underskuds- fremførelse

Et andet spørgsmål er, om et underskud skal klassificeres som endeligt som følge af, at underskuddet retligt fortabes i kildestaten. Det kan fx være, at lovgivningen i kildestaten ikke foreskriver en mulighed for, at et underskud kan fremføres til modregning i et overskud i et senere indkomstår, eller at lovgivningen i kildestaten har tidsbegrænset muligheden for, at et underskud kan fremføres og anvendes til modregning. Fx at et underskud alene kan fremføres til modregning i de efterfølgende tre indkomstår efter det indkomstår, hvori underskuddet er opstået.

Det er altså et spørgsmål, om et underskud går fra at være et ikke-endeligt underskud til et endeligt underskud som følge af, at underskuddet fortabes ved udgangen af indkomståret, eller som i eksemplet ved udgangen af det efterfølgende tredje indkomstår? Denne situation blev behandlet i *Kommissionen mod Det Forenede Kongerige*, hvor EU-domstolen udtalte, at et underskud **ikke** skal anses for endeligt som følge af, at underskuddet fortabes pga. en manglende mulighed for underskuds-fremførelse.

C-172/13 - Kommissionen mod Det Fore- nede Konge- rige

I **C-172/13 - Kommissionen mod Det Forenede Kongerige** hævdede Kommissionen, at Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands lovgivning ang. koncernlempelse var i strid med EU-retten. Kommissionen hævdede bl.a., at koncernlempelsesreglerne kun var anvendelige i den situation, hvor lovgivningen i den medlemsstat, hvor det pågældende datterselskab havde hjemsted, ikke foreskrev nogen mulighed for underskuds-fremførelse.⁵² EU-domstolen fastslog, at den endelige karakter af et underskud lidt af et ikke-hjemmehørende datterselskab ikke kan følge af den omstændighed, at den medlemsstat, hvor det pågældende datterselskab har hjemsted, udelukker enhver mulighed for fremførelse af et underskud.⁵³

Ifølge afgørelsen bliver et underskud eller et tidligere fremført underskud ikke endeligt af den grund, at underskuddet fortabes som følge af en manglende mulighed for videre fremførelse. Det har den betydning, at underskuddet går tabt og formentligt aldrig kan opnå karakter af et endeligt underskud. Og det er uden betydning, om etableringsstaten fx har en tidsbegrænset mulighed for underskuds-fremførelse. Et hjemmehørende selskab kan således ikke udnytte et underskud i den situation, hvor underskuddet fortabes i kildestaten som følge af, at kildestatens lovgivning ikke foreskriver en mulighed for underskuds-fremførelse.

Akkumulerede underskud

Hvis der slutes modsætningsvis af EU-domstolens udtalelse i afgørelsen, så har afgørelsen også den afledte betydning, at et fremført underskud fortsat godt kan opnå karakter af et »endeligt underskud«. Dvs., at det er det samlede akkumulerede underskud, som der kan være genstand for the no possibilities test. Hvis præmisserne i dommen overføres til ovenstående eksempel ang. muligheden for underskuds-fremførelse i de efterfølgende tre indkomstår, så har afgørelsen således den betydning, at et underskud opstået i indkomståret ét kan kvalificeres om et endeligt underskud i indkomståret ét, to, tre og fire. Ved udgangen af indkomståret fire vil underskuddet derimod fortabes i kildestaten og kan herefter aldrig kvalificeres som »endeligt«.

Underskudstil- bageførelse

Ang. spørgsmålet om betydningen af en retlig begrænsning i muligheden for underskudstilbageførelse, så har denne situationen ikke været behandlet hos EU-domstolen. Generaladvokat J. Kokott har dog i forslag til afgørelse i *Holmen* anført, at et »underskud, der ikke kan udnyttes

⁵² Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, C-172/13, præmis 15.

⁵³ Ibid., præmis 33.

som følge af, at de i den medlemsstat, hvor de er opstået, ikke anerkendes retligt eller ikke kan udnyttes pga. retlige begrænsninger (f.eks. ikke kan frem- eller tilbageføres), [...] ikke [skal] udgøre endelige underskud som omhandlet i Domstolens praksis«. ⁵⁴

Denne bemærkning fra generaladvokaten forekommer ikke korrekt. Om kildestaten juridisk har begrænset muligheden for tilbageførsel af et underskud til modregning i overskud fra tidligere indkomstår, så kan det ikke anses for at have en selvstændig betydning ift. spørgsmålet om, hvornår et underskud er endeligt.

Et underskud fortages jo ikke som følge af en retlig begrænsning i muligheden for tilbageførelse. I et worst case sernio er størrelsen af underskuddet i ophørsåret jo upåvirket. Det må derfor antages, at et underskud der er opstået i ophørsåret eller et underskud der er fremført, fra et tidligere indkomstår utvivlsomt fortsat kan have karakter af et endeligt underskud, uanset at kildestaten juridisk har begrænset muligheden for at tilbageføre underskuddet til modregning i overskud fra tidligere indkomstår.

Denne begrænsning i kildestaten kan imidlertid have en betydning for hoved-/moderselskabets mulighed for at anvende det endelige underskud. Se her pkt. 2.4.2.

2.3.1.3. Manglende mulighed for underskudsoverførsel

Det er på nuværende tidspunkt konstateret, at et underskud ikke skal kvalificeres som et endeligt underskud som følge af den omstændighed, at kildestaten har udelukket enhver mulighed for modregning af underskuddet i ophørsåret, eller af den omstændighed at underskuddet fortages som følge af, at kildestaten har begrænset muligheden for fremførelse af underskuddet til modregning i overskud i senere indkomstår. Spørgsmålet er nu, hvilken betydning en juridisk begrænsning i form af en manglende mulighed for underskudsoverførsel har for bedømmelsen af the no possibilities test.

Den afgørende forskel mellem denne situation og de to foregående situationer er, at de to foregående situationer alene begrænser enhedens egen mulighed for at udnytte underskuddet. I denne situation er det andre enheder der er begrænset i muligheden for at udnytte et underskud. Spørgsmålet er altså om kildestatens regler om overskudsoverførsel også begrænser muligheden for at overføre det endelige underskud til hoved-/moderselskabet i etableringsstaten. Spørgsmålet er blevet behandlet i *Memira* og i *Holmen*, dog i to forskellige sammenhæng.

C-608/17 –
Holmen

I **C-608/17 – Holmen** ønskede et svensk moderselskab (Holmen), at afvikle flere af sine spanske datterdatterselskaber med henblik på at få fradraget underskuddene i datterdatterselskaberne i moderselskabets skattepligtige indkomst.⁵⁵ Ifølge spansk lovgivning var det imidlertid i likvidationsåret ikke muligt for nogen anden enhed end den, hvori underskuddene var opstået at udnytte disse.⁵⁶ EU-domstolen udtalte, at den omstændighed at Spanien ikke gav mulighed for at overføre et selskabs underskud til en anden skattepligtig person i likvidationsåret, **ikke var afgørende** i bedømmelsen af, om et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud er endeligt.⁵⁷

⁵⁴ Holmen, C-608/17, præmis 58.

⁵⁵ Holmen, C-608/17, præmis 10.

⁵⁶ Ibid., præmis 9.

⁵⁷ Ibid., præmis 40.

C-607/17 -
Memira Holding

I **C-607/17 - Memira Holding** ønskede et svensk selskab (Memira), at overtage sit tyske datterselskab ved en grænseoverskridende fusion, hvorefter det tyske datterselskab skulle opløses uden likvidation.⁵⁸ Det var ikke efter tysk ret muligt at overføre et underskud til et andet selskab i tilfælde af en fusion.⁵⁹ EU-domstolen udtalte, at det **ikke var af afgørende betydning** i bedømmelsen af om et underskud er endeligt, at den medlemsstat, hvor datterselskabet var hjemmehørende, ikke giver mulighed for at overføre et selskabs underskud til en anden skattepligtig person i tilfælde af en fusion, når en sådan overførsel er mulig i tilfælde af en fusion mellem hjemmehørende selskaber i den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.⁶⁰

I begge afgørelser fastslog EU-domstolen, at det ikke er af afgørende betydning i bedømmelsen af om et underskud er endeligt, at lovgivningen i kildestaten ikke giver mulighed for, at et datterselskab kan overføre sit underskud (»carry-over«) til andre enheder. Det er med andre ord uden betydning for bedømmelsen af, om et underskud er endeligt, i hvilket omfang andre enheder - hjemmehørende eller beliggende i samme medlemsstat som det underskudsgivende datterselskab - er blevet begrænset i deres mulighed for at få overført datterselskabets underskud. Underskuddet kan fortsat kvalificeres som »endeligt«. Et hjemmehørende selskab kan således fortsat udnytte et underskud i et ikke-hjemmehørende datterselskab i den situation, hvor datterselskabet efter lovgivningen i kildestaten ikke har mulighed for at udnytte underskuddet.

2.3.1.4. Kvantitative- og kildeartsbegrænset underskud

Kvantitative
begrænsninger

I *Holmen* fastslog EU-domstolen, at det er uden betydning for bedømmelsen af, om et underskud er endeligt, at det underskudsgivende datterselskab er kvantitativt begrænset i sin mulighed for at modregne et underskud, når den uudnyttede del af underskuddet fortsat kan fremføres til modregning i et eventuelt overskud i et senere indkomstår.

C-608/17 –
Holmen

I **C-608/17 – Holmen** havde et svensk moderselskab (Holmen) flere underskudsgivende spanske datterdatterselskaber.⁶¹ Ifølge spansk lovgivning kunne alene en del af et overskud i ét givent indkomstår modregnes i underskud, som var fremført fra tidligere indkomstår. De underskud som pga. denne begrænsning ikke kunne fradrages kunne stadig ubegrænset fremføres til modregning i efterfølgende indkomstår.⁶² EU-domstolen fastslog, at det var uden betydning for bedømmelsen af, om et underskud var endeligt, i hvilket omfang det underskudsgivende selskab var blevet begrænset i sine muligheder for at udnytte et fremført underskud.⁶³

Afgørelsen har den betydning, at hvis fx lovgivningen i kildestaten foreskriver, at alene en vis procentdel (fx 25 %) eller alene et vist beløb (fx 1. mio.) af et overskud i et givent indkomstår kan modregnes med et underskud opstået i et tidligere indkomstår, kan den resterende del af

⁵⁸ Memira Holding, C-607/17, præmis 10.

⁵⁹ Ibid., præmis 8.

⁶⁰ Ibid., præmis 28.

⁶¹ Holmen, C-608/17, præmis 10.

⁶² Ibid., præmis 6.

⁶³ Ibid., præmis 44.

underskuddet fortsat kvalificeres som et endeligt underskud, forudsat at den uudnyttede ikke fortæbes som følge af, at underskuddet ikke kan fremføres.

Eksempel: Hvis en enhed i indkomstår to har et overskud på 100 kr., og et fremført underskud fra indkomstår ét på 200 kr. Vil en kvantitativ begrænsning på 25 % i enhedens mulighed for at udnytte underskuddet i overskuddet betyde, at enheden alene kan fradrage 25 kr. i indkomstår to. Den resterende uudnyttet del af underskuddet på 175 kr. vil blive fremført til indkomstår tre og kan derfor fortsat være genstand for the no possibilities test.

Kildearts begrænsninger

Ang. spørgsmålet om hvilken betydning et kildeartsbegrænset underskud har for bedømmelsen af, om underskuddet er endeligt, så har spørgsmålet endnu ikke været fremlagt EU-domstolen. Det må imidlertid på baggrund af afgørelserne i *Holmen* og *K* være muligt at fastslå retsstillingen.

I et Marks & Spencer henseende kan et kildeartsbegrænset underskud formentlig alene have disse to udfald. Enten (i) at underskuddet aldrig skal kvalificeres som endeligt, jf. *K*, eller (ii) at det er uden betydning for bedømmelsen af om underskuddet er endeligt, at underskuddet er kildeartsbegrænset, jf. *Holmen*. Med andre ord om situationen er mest analog med *K* eller *Holmen*.

Det må vurderes, at den omstændighed at et underskud er kildeartsbegrænset, ikke gør, at underskuddet af den årsag ikke kan kvalificeres som »endeligt«. Det er naturligvis en forudsætning, at underskuddet ikke fortæbes som følge af en manglende mulighed for underskudsfræførsel. Et uudnyttet underskud som således er fremført som følge af, at underskuddet fx alene kan udnyttes i gevinster ved salg af fast ejendom, kan således formentlig fortsat kvalificeres som »endeligt«. Det skal dog påpeges, at medlemsstaten, hvori hoved-/moderselskabet er hjemmehørende, formentlig er berettiget til at begrænse hoved-/moderselskabets mulighed for at udnytte det kildeartsbegrænsede underskud af hensyn til særegenhederne ved kildestatens lovgivning. Se her pkt. 2.4.2.

2.3.2. Faktisk umulighed

Når det er fastslået, at eventuelle juridiske begrænsninger ikke gør, at et underskud ikke kan anses for endeligt, skal det fastslås, om underskuddet også er faktisk umuligt for datterselskabet, driftsstedet mv. at udnytte, for at afgøre om kriterierne i Marks & Spencer-undtagelsen er opfyldt.

Denne betingelse er opfyldt, hvis det er **faktisk umuligt** for datterselskabet, driftsstedet mv. at tage hensyn til underskuddet ved modregning i overskud i det pågældende indkomstår, i tidligere indkomstår og i senere indkomstår. Og at desuden også er **faktisk umuligt** for datterselskabet, driftsstedet mv. at overføre underskuddet til en tredjepart.⁶⁴ Der må med andre ord ikke være en **faktisk mulighed** for, at datterselskabet, driftsstedet mv. eller andre kan udnytte underskuddet.

Det er vanskeligt at give en udtømmende positiv afgrænsning af hvilke faktiske omstændigheder, som vil sikre, at the no possibilities test er opfyldt, da opfyldelsen vil afhænge af, hvordan

⁶⁴ Marks & Spencer, C-446/03, præmis 55. Bevola og Jens W. Trock, C-650/16, præmis 64.

kildestatens lovgivning er udformet. Det vurderes derfor at være mest hensigtsmæssigt at give eksempler på situationer, hvor EU-domstolen har udtalt, at datterselskabet, driftsstedet mv. ikke har formået udtømmende at tage hensyn til samtlige muligheder for at udnytte et underskud.

2.3.2.1. Indtægter

Minimale indtægter

EU-domstolen har udtalt, at så længe et datterselskab, driftssted mv. fortsat har mulighed for at oppebære indtægter i kildestaten, er det ikke muligt at fastslå den endelige karakter af et underskud. Selv minimale indtægter giver datterselskabet, driftsstedet mv. mulighed for at kunne modregne underskuddet i fremtidige indtægter.⁶⁵ Datterselskabet, driftsstedet mv. er derfor nødt til at fjerne samtlige af sine indtægtsgenererende aktiver. I den forbindelse skal det fremhæves, at også indtægterne fra afhændelsen af disse aktiver har en betydning i denne sammenhæng. Et underskud kan derfor formentligt først opnå karakter af et »endeligt underskud« i den situation, hvor datterselskabet, driftsstedet mv. ikke længere ejer indtægtsgenererende aktiver eller øvrige aktiver, herunder rettigheder, goodwill mv. som har en økonomisk værdi.

2.3.2.2. Overdragelse af datterselskabet

Realisere et underskud via købsprisen

Desuden har EU-domstolen udtalt, at den endelige karakter af et underskud ej heller kan fastslås i den situation, hvor det fortsat er muligt for moderselskabet at overdrage kapitalandelene i et datterselskab til en tredjepart. EU-domstolen fastslog bl.a. i *Holmen*, at moderselskabet i denne situation har mulighed for via købsprisen at realisere et underskud i datterselskabet, da fastsættelsen af købsprisen vil omfatte den skattemæssige fordel, som retten til for fremtiden at fradrage et underskud repræsenterer.⁶⁶

Hvis lovgivningen i kildestaten ikke tillader at et moderselskab kan overdrage kapitalandelene i et underskudsgivende datterselskab til en tredjepart med den virkning, at tredjeparten er berettiget til for fremtiden at fradrage underskuddet, må det formentlig anses for faktisk umuligt for moderselskabet at udnytte underskuddet via købsprisen for kapitalandelene. I den omvendte situation er moderselskabet imidlertid nødt til at afvikle datterselskabet forinden underskuddet kan fastslås som »endeligt«. Det kan for eksempel ske gennem en afsluttet likvidation.⁶⁷

2.3.2.3. Genopstået underskud

I de medlemsstater som har underskudsgenopstandelsesregler, der foreskriver, at et uudnyttet underskud hos fx et likvideret datterselskab eller et lukket fast driftssted kan genopstå ifm. stiftelsen af et nyt datterselskab eller etableringen af et nyt fast driftssted, vil et underskud ikke bortfalde som følge af, at et datterselskab likvideres eller som følge af, at et fast driftssted lukkes. Det har formentlig den betydning, at et underskud aldrig kan anses for »endeligt«, da det fortsat vil være faktisk muligt at udnytte underskuddet.

Tidsbegrænset genopstandelsesperiode

Hvis genopstandelsesperioden imidlertid er tidsbegrænset, må det formentlig antages, at underskuddet vil kunne opnå karakter af et »endeligt underskud« på tidspunktet for tidsperiodens udløb. Hvis genopstandelsesperioden fx er de tre efterfølgende indkomstår, vil et underskud

⁶⁵ Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, C-172/13, præmis 36.

⁶⁶ *Holmen*, C-608/17, præmis 38.

⁶⁷ *Ibid.*, præmis 37.

derfor formentlig kunne få karakter af et »endeligt underskud« efter udløbet af det tredje indkomstår. Det er naturligvis forudsat, at de øvrige betingelser i Marks & Spencer-undtagelsen er opfyldt.

2.3.2.4. Overførsel af underskud til en tredjepart

Et underskud kan ej heller anses for endeligt, hvis det fortsat er muligt for en tredjepart at udnytte underskuddene. Fx hvis datterselskabet, driftsstedet mv. har mulighed for at foretage en underskudsoverførsel (»carry-over«) til modregning i overskuddet hos en tredjepart.

Hvis det iht. lovgivningen i kildestaten ikke er juridisk muligt at foretage en overførsel af et underskud, må betingelsen om faktisk umulighed formentlig være opfyldt, da en juridisk begrænsning i muligheden for underskudsoverførsel som nævnt ikke gør, at underskuddet ikke kan kvalificeres som endeligt. Se her pkt. 2.3.1.3.

2.3.3. Opsummering

På baggrund af ovenstående kan det indledningsvis konstateres, at i bedømmelsen af om et selskab har opfyldt the no possibilities test har kildestatens juridiske begrænsninger en betydning for bedømmelsen. Fx har juridiske begrænsninger i form af manglende mulighed for underskudsmodregning og -fremførsel den betydning, at et underskud aldrig kan kvalificeres som »endeligt«. Et selskab kan derfor aldrig i disse situationer udnytte et grænseoverskride underskud.

Det kan imidlertid også konstateres, at der ikke er tale om, at det er enhver juridisk begrænsning i kildestaten som gør, at et selskab ikke har mulighed for at opfylde the no possibilities test. Fx har juridiske begrænsninger i form af manglede muligheder for overskudsoverførsel og kildeartsbegrænsede tab ikke betydning for bedømmelsen. Med andre ord er det ikke et absolut krav, at der er en juridisk mulighed for at udnytte et underskud i kildestaten. Der er derimod tale om et relativt krav, hvis betydning skal bedømmes konkret for hver situation.

Hvis det er konstateret, at en tilstrækkelig juridisk mulighed for at udnytte et underskud i kildestaten, skal der efterfølgende afgøres, om underskuddet også er faktisk umuligt at udnytte i kildestaten. Det skal iht. EU-domstolens retspraksis være umuligt for den pågældende enhed eller andre at udnytte underskuddet i det pågældende indkomstår, i tidligere indkomstår og i senere indkomstår. Det må bl.a. ikke være muligt at oppebære indtægter i kildestaten, da underskuddet kan modregnes i disse indtægter.

Hvad angår et underskud i et datterselskab, så forekommer det vanskeligt, i de situationer, hvor lovgivningen i kildestaten tillader, at en tredjepart kan udnytte et underskud ifm. overdragelsen af kapitalandelene at se, hvordan et underskud nogensinde kan opnå karakter af et endeligt underskud, udover i de tilfælde hvor datterselskabet likvideres eller ophører ifm. en fusion.⁶⁸ I disse situationer er retsstillingen formentlig den, at et underskud aldrig kan opnå karakter af et »endeligt underskud« forinden afslutningen af en likvidation eller en fusion.

I de tilfælde hvor datterselskabet, driftsstedet mv. er hhv. hjemmehørende eller beliggende i en medlemsstat med regler om underskudsgenopstandelse, er ovenstående betragtninger alene re-

⁶⁸ Ibid., præmis 37.

levante, såfremt genopstandelsesperioden er tidsbegrænset, da det er antaget, at en tidsbegrænset genopstandelsesperiode indebærer, at et underskud aldrig kan opnå karakter af et »endeligt underskud«.

2.4. Hvordan skal et »endeligt underskud« opgøres og anvendes?

Når det er konstateret, at underskuddet i datterselskabet, driftsstedet mv. opfylder the no possibilities test og derfor har karakter af et »endeligt underskud«, kommer det næste spørgsmål i rækken. Hvordan skal det endelige underskud så opgøres?

Der er ikke på europæisk plan harmoniserede regler om opgørelse af selskabers skattepligtige indkomst. Det har den betydning, at medlemsstaterne har deres egne skatteregler på området, som afviger fra hinanden.⁶⁹ Som redegjort for i det følgende, så følger det imidlertid af skatteretlige principper og af EU-domstolens retspraksis, at underskuddet skal opgøres efter skattereglerne i den medlemsstat, hvor underskuddet skal fratrækkes. Dvs., at det endelige underskud skal opgøres efter skattereglerne i etableringsstaten, da det er hoved-/moderselskabet, som ønsker at udnytte underskuddet. Dette rejser dog et yderligere spørgsmål. Spørgsmålet om etableringsstaten har mulighed for, med henvisning til særegenheder ved skattelovgivningen i kildestaten, at udforme interne regler, som begrænser muligheden for at anvende det endelige underskud, uden at etableringsstaten hermed handler i strid med EU-retten? Dette spørgsmål har ikke været behandlet hos EU-domstolen, men det har dog en stor betydning for opgørelsen og anvendelsen af det endelige underskud.

I det følgende gennemgås kort EU-domstolens retspraksis og skatteretlige principper, som er relevante ift. opgørelsen og anvendelsen af det endelige underskud. Derefter behandles medlemsstaternes mulighed for at begrænse udnyttelsen af det endelige underskud med henvisning til særegenheder ved skattelovgivningen i kildestaten.

2.4.1. Etableringsstatens lovgivning

EU-domstolens retspraksis

I C123/11 - A (»A«). udtalte EU-domstolen, at opgørelsen af størrelsen på et endeligt underskud i et ikke-hjemmehørende datterselskab ikke må resultere i en ulige behandling ift. den beregning, som ville være blevet foretaget, hvis datterselskabet havde været hjemmehørende i etableringsstaten. Afgørelsen er formentlig også anvendelig på faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet, således at opgørelsen af størrelsen på et endeligt underskud i disse enheder ej heller må resultere i en ulige behandling.

C-123/11 – A

I **C-123/11 – A** ejede et finsk moderselskab (A) et svensk datterselskab (B). A ønskede at foretage en grænseoverskridende fusion med B, hvorefter A ikke længere ville have et datterselskab i Sverige.⁷⁰ EU-domstolen udtalte i afgørelsens andet spørgsmål, at fastlæggelsen af datterselskabets underskud ifm. fusionen ikke måtte udgøre en ulige behandling ift. de beregningsregler, der havde fundet anvendelse, såfremt denne fusion var blevet foretaget med et hjemmehørende datterselskab.⁷¹

⁶⁹ Vinther N. & Hansen G., J. (2018). Nikolaj Vinther, Jan Guldmand Hansen: *A/S Bevola – sambeskatningsreglerne udfordres atter*. SR. 2018.325.

⁷⁰ A, C-123/11, præmis 10-13.

⁷¹ Ibid., præmis 61.

Det må således følge af afgørelsen, at underskuddet skal opgøres på samme måde, som hvis underskuddet havde været lidt af et hjemmehørende datterselskab eller af et driftssted eller en ejendom beliggende inden for etableringsstatens område, hvilket har den betydning, at underskuddet skal opgøres efter skattereglerne i etableringsstaten. Det har den mulige konsekvens, at et allerede opgjort underskud i kildestaten formentlig kan blive forhøjet eller formindsket alt afhængt af udformning af fradragsreglerne i etableringsstaten. Etableringsstaten kan dog formentlig begrænse en eventuel forhøjelse af underskuddet efter kildestatens regler. Se nedenfor.

Skatteretlige principper

Denne udtalelse fra EU-domstolen er også i overensstemmelse med de skatteretlige principper på området. Det følger nemlig af disse principper, at nationale skattemyndigheder og domstole aldrig skal anvende fremmede skatteregler, medmindre der er hjemmel til det i intern ret.⁷²

2.4.2. Begrænsninger i henhold til særegenheder ved kildestatens lovgivning

Særegenheder ved kildestatens skattelovgivning

Det er tidligere fastslået i pkt. 2.3.1, at princippet om medlemsstaternes selvstændige skattemæssige autonomi og hensynet til særegenheder ved kildestatens skattelovgivning kan have en betydning for kvalifikationen af, om et underskud er »endeligt«. Spørgsmålet er nu, om dette princip og hensyn også kan have en betydning for opgørelsen af underskuddet. Hvis fx skattelovgivningen i kildestaten ikke giver mulighed for, at et underskud kan tilbageføres til modregning i overskud fra tidligere indkomstår (»carry-back«), men skattelovgivningen i etableringsstaten derimod giver mulighed for at modregne et underskud i overskud fra tidligere indkomstår, kan etableringsstaten så nægte det hjemmehørende selskab, at modregne det endelige underskud i selskabets overskud fra tidligere indkomstår med henvisning til særegenheder ved skattelovgivningen i kildestaten, uden at etableringsstaten dermed handler i strid med EU-retten.

Det er klart, at en sådan regel vil resultere i en ufordelagtig forskelsbehandling ift. et underskud opstået inden for etableringsstatens område. Det er også klart, at denne forskelsbehandling vil gøre det mindre attraktivt for et selskab at fx udnytte sin frie etableringsret, hvilket som udgangspunkt er i strid med EU-retten.⁷³

Spørgsmålet har aldrig været behandlet hos EU-domstolen, men domstolens afgørelse i *K* kan formentlig fortolkes således, at medlemsstaterne sandsynligvis er berettiget til at pålægge et endeligt underskud de samme begrænsninger, som et underskud ville være underlagt ifølge kildestatens lovgivning.

Det er særligt den omstændighed, at EU-domstolen i afgørelsen nævner, at medlemsstaterne ikke er forpligtet til at fastsætte deres skatteregler således, at de udviser enhver ulighed ift. skattereglerne i en anden medlemsstat, herunder både fordelagtig og ufordelagtige uligheder.⁷⁴ Med andre ord står det altså medlemsstaterne frit for at fastsætte skatteregler, som opretholder enhver ufordelagtig ulighed ift. skattereglerne i en anden medlemsstat. Denne fortolkning er også bedst i overensstemmelse med medlemsstaternes selvstændige skattemæssige autonomi, da medlemsstaten ved anvendelsen af sin skattelovgivning ikke kan være forpligtet til at tage

⁷² Michelsen, A., Laursen, A. og Dalgas, A. (2017). *International skatteret*. København. Karnov Group. Side 129.

⁷³ Sørensen E. K. og Danielsen H. J. (2019). *EU-retten*. (7. reviderede udgave). København. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. Side 264 f.

⁷⁴ *K*, C-322/11, præmis 80.

hensyn til eventuelle negative virkninger, der er en følge af særegenhederne ved en anden medlemsstats lovgivning.⁷⁵

Det der kan tale imod en sådan fortolkning, er bl.a., at et hjemmehørende selskabs mulighed for at anvende et endeligt underskud vil blive meget snævert, da det endelige underskud nu både vil være begrænset efter skattereglerne i etableringsstaten og efter skattereglerne i kildestaten.

Uanset dette modstående hensyn må det dog på baggrund af *K* antages, at en medlemsstat sandsynligvis er berettiget til at begrænse et selskabs mulighed for at udnytte et endeligt underskud, uden at medlemsstaten dermed handler i strid med EU-retten.

Det har bl.a. den betydning, at medlemsstaten iht. tidligere nævnte eksempel er berettiget til at nægte, at selskabet kan tilbageføre det endelige underskud til modregning i overskud fra tidligere indkomstår. Desuden har antagelsen også den betydning, at hvis et endeligt underskud i kildestaten fx er kildeartsbegrænset, kan etableringsstaten foreskrive, at udnyttelsen af det endelige underskud tilsvarende skal være kildeartsbegrænset efter samme betingelser.

*Rådets direktiv
2011/16/EU af
15. februar
2011*

Det skal afslutningsvis påpeges, at håndhævelsen af en sådan regel formentlig vil kræve et dybdegående kendskab til et virvar af forskellige udenlandske skatteregler, hvilket i et praktisk henseende forekommer vanskeligt. I den forbindelse skal det dog fremhæves, at medlemsstaterne har tiltrådt Rådets direktiv 2011/16/EU af 15. februar 2011 om administrativt samarbejde på beskatningsområdet og om ophævelse af direktiv 77/799/EØF. Iht. disse bestemmelser har en medlemsstats kompetente myndigheder mulighed for at anmode en anden medlemsstats kompetente myndigheder om at levere alle de oplysninger, der er nødvendige, for at de kan fastsætte det korrekte selskabsskattebeløb.⁷⁶ De kompetente nationale skattemyndigheder kan således igennem direktivet få de nødvendige oplysninger om skattelovgivningen i den pågældende medlemsstat.

2.4.3. Opsummering

Det kan på baggrund af ovenstående gennemgang og diskussion fastslås, at det endelige underskud skal opgøres efter skattereglerne i den medlemsstat, hvor det endelige underskud skal anvendes, hvilket bl.a. har den betydning, at størrelsen på et allerede opgjort tab i kildestaten formentlig kan blive forhøjet eller formindsket alt afhængt af udformning af fradragreglerne i etableringsstaten.

Desuden kan det fastslås, at etableringsstaten, med henvisning til særegenheder ved skattelovgivningen i kildestaten, lovligt er berettiget til at foretage en forskelsbehandling mellem opgørelsen og anvendelsen af et endeligt underskud og et underskud opstået på medlemsstatens eget område. Hvis fx skattelovgivningen i kildestaten foreskriver, at et underskud alene kan fremføres i de tre efterfølgende indkomstår, så kan etableringsstaten foreskrive, at en tilsvarende begrænsning skal gælde for det endelige underskud, uanset at skattelovgivningen i etableringsstaten ellers ikke har tidsbegrænset muligheden for underskudsfremførelse.

Håndhævelsen af denne regel vil dog kræve, at de nationale skattemyndigheder har et dybdegående kendskab til virvar af fremmede skatteregler. Dette kan dog muligvis opnås gennem

⁷⁵ Ibid., præmis 78.

⁷⁶ Bl.a. artikel 1.

Rådets direktiv 2011/16/EU af 15. februar 2011 om administrativt samarbejde på beskatningsområdet og om ophævelse af direktiv 77/799/EØF.

2.5.Sammenfatning

Iht. ovenstående gennemgang af praksis fra EU-domstolen, er det blev fastslået, i hvilke situationer et selskab har mulighed for at anvendelse kriterierne fra *Marks & Spencer* med henblik på at udnytte et grænseoverskridende underskud. Desuden er det også fastslået, hvad det har af betydning for bedømmelsen af hvornår et underskud er endeligt, at der foreligger juridiske begrænsninger i kildestaten, samt hvad betydning etablerings- og kildestatens lovgivning har for opgørelsen og anvendelsen af det endelige underskud.

Kapitel III

Fradrag for et endeligt underskud i Danmark

Omdrejningspunktet for dette kapitel er en gennemgang af gældende ret i Danmark og SEL § 31 E med henblik på at danne et overblik over danske selskabers muligheder for at opnå et fradrag for et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab eller i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet

3.Det danske udgangspunkt

3.1.Indledning

Den 12. juni 2018 fastslog EU-domstolen i afgørelsen *Bevola*, at de danske regler i SEL § 8, stk. 2 om nægtelse af medregning af underskud fra faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet var i strid med EU-retten. Som opfølgning på afgørelsen har Skatteministeriet den 6. november 2019 fremsendt et lovforslag, som skal bringe de danske regler i overensstemmelse med EU-retten. Lovforslaget har både en betydning ift. medregning af underskud fra faste driftssteder mv. efter SEL § 8, stk. 2 men også ift. underskud fra datterselskaber efter SEL § 31.

I det følgende skal der kort redegøres for, hvad der er gældende ret i Danmark med hensyn til selskabers mulighed for at fradrage et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab eller i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet. Herefter behandles SEL § 31 E som fremsat i L 48 dybdegående.

3.2.Gældende ret

3.2.1.Selskabsskattelovens § 8, stk. 2 om territorialprincippet

Det følger af SEL § 8, stk. 2, at selskaber der er fuldt skattepligtige til Danmark ikke skal beskattes af indtægter fra udenlandske faste driftssteder eller -faste ejendomme. Tilsvarende har selskaberne ikke mulighed for at få fradrag for udgifterne vedr. disse faste driftssteder og faste ejendomme. SEL § 8, stk. 2 regulerer således to forhold. *For det første* begrænser bestemmelsen udgangspunktet i statsskatteloven (»SL«) om globalindkomstbeskatning af fuldt skattepligtige selskaber, foreninger mv. til et princip om territorialindkomstbeskatning. *For det andet* er fuldt skattepligtige selskaber, foreninger mv. alene berettiget til at fradrage udgifter, som kan henføres til et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i Danmark.

Bestemmelsen giver således ikke mulighed for, at et selskab mv. kan fradrage et endeligt underskud opstået i et fast driftssted eller i en fast ejendom beliggende i udlandet. Dette er uforeneligt med EU-

retten, hvilket også blev fastslået af EU-domstolen i *Bevola*. Om betydningen af selskabets mulighed for at vælge international sambeskatning se her pkt. 3.2.3.

3.2.2.Selskabsskattelovens § 31 om national sambeskatning

Det er det skatteretlige udgangspunkt i Danmark, at selskaber er selvstændige skattesubjekter og derfor udelukkende beskattes af deres egen indkomst. Udgangspunktet fraviges dog iht. SEL § 31, da bestemmelsen foreskriver en obligatorisk national sambeskatning for selskaber, foreninger mv. der i indkomståret har indgået i en koncern. Sambeskatningen indebærer, at indkomstgrundlaget i koncernen skal opgøres under ét. Det har den betydning, at et underskud i et selskab kan overføres til et andet selskab i koncernen. Derved kan et underskud i et selskab i en koncern anvendes straks i stedet for, at selskabet blot fremfører underskuddet efter SEL § 12.⁷⁷

Den nationale sambeskatningsordning omfatter imidlertid alene selskaber, som er opregnet i SEL § 31, stk. 1. Denne opregning omfatter ikke ikke-hjemmehørende datterselskaber. Bestemmelsen giver derfor ikke mulighed for at fradrage et endeligt underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab, hvorfor det er overvejende sandsynligt, at bestemmelsen er i strid med EU-retten. Om selskabets mulighed for at vælge international sambeskatning se straks nedenfor.

3.2.3.Selskabsskattelovens § 31 A om international sambeskatning

Det er muligt for danske selskaber at inddrage underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber og fra faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet, såfremt der vælges international sambeskatning. International sambeskatning er reguleret i SEL § 31 A og foreskriver, at **alle** datterselskaber, faste driftssteder og faste ejendomme – hvad enten de er overskuds- eller underskudgivende – skal inddrages under dansk beskatning i 10 år.

Selvom det således er muligt for danske selskaber at vælge international sambeskatning, og på den måde få fradrag for et endeligt underskud fra ikke-hjemmehørende datterselskaber og fra faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet, så fastslog EU-domstolen imidlertid i *Bevola*, at muligheden for at vælge international sambeskatning var uden betydning for bedømmelsen af uforholdsmæssighed af SEL § 8, stk. 2.⁷⁸

3.2.4.Opsummering

Da SEL § 31 ikke giver mulighed for, at et dansk selskab kan fradrage et endeligt underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab, og da muligheden for at vælge international sambeskatning er uden betydning for denne bedømmelse, er det således overvejende sandsynligt, at bestemmelsen på nuværende tidspunkt er uforenelig med EU-retten. Hvad angår SEL § 8, stk. 2, så er dette allerede blevet fastslået i *Bevola*.

3.3.Selskabsskattelovens § 31 E

Den 12. juni 2018 afsagde EU-domstolen som bekendt dom i *Bevola*. EU-domstolen fastslog heri, at de danske regler i SEL § 8, stk. 2 ikke var i overensstemmelse med EU-retten, da de ikke gav mulighed for, at et dansk selskab kunne fradrage et grænseoverskridende underskud i den situation, hvor der ikke længere var nogen mulighed for, at der kunne tages hensyn til underskuddet i kildestaten (»endeligt underskud«).

⁷⁷ Eriksen, C., Pedersen J., Ferniss J. og Kerzel M. (2019). *Skatteretten 2*. (8. udgave). København. Karnov Group. Side 421.

⁷⁸ *Bevola*, C-650/16, præmis 66.

Som opfølgning på EU-domstolens afgørelse, fremsatte Skatteministeriet den 6. november 2019 lovforslag nr. 48. Lovforslaget har bl.a. til formål at bringe de danske regler om beskatning af danske selskaber med ikke-hjemmehørende datterselskaber og med faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet i overensstemmelse med EU-retten.⁷⁹ Lovforslaget indeholder nemlig et forslag til en ordning, som skal sikre, at danske selskaber kan opnå fradrag for endelige underskud i disse enheder. Ordningen indføres i form af SEL § 31 E, som er en ny bestemmelse i selskabsskatte-loven.

3.3.1. Anvendelsesområde

Anvendelsesområdet for SEL § 31 E er defineret i **stk. 1, 1. og 2. pkt.** og i **stk. 2.**

3.3.1.1. Datterselskaber

Direkte ejede datterselskaber

Ifølge **stk. 1, 1. pkt.** kan selskaber og foreninger mv. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j, 3 a-5 og 5 b medregne underskud i direkte ejede datterselskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne eller i Grønland. Ved underskud forstås det akkumulerede underskud på det tidspunkt, hvor kravet om, at underskuddet skal være endeligt er opfyldt, og ved direkte ejet datterselskab forstås et selskab, som uden mellemliggende selskaber mv. ejes direkte af et dansk selskab.⁸⁰

Indirekte ejede datterselskaber

Selskaber og foreninger mv. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j, 3 a-5 og 5 b kan dog også medregne et underskud i et indirekte ejet datterselskab, såfremt alle de mellemliggende selskaber er skattemæssigt hjemmehørende i det samme land som det indirekte ejet datterselskab, jf. **stk. 1, 2. pkt.** Et indirekte datterselskab er defineret som et selskab, som via mellemliggende selskaber er ejet af et dansk selskab. Det er fx et datterdatterselskab.⁸¹ Udvidelsen af anvendelsesområdet til også at omfatte indirekte ejede datterselskaber, er utvivlsomt en konsekvens af resultatet i *Holmen*. Se her pkt. 2.2.2.

De selskaber og foreninger mv. der har mulighed for at medregne et underskud fra et direkte- eller indirekte datterselskab, er tilsvarende de selskaber og foreninger mv. der er omregnet i SEL § 31, stk. 1 om national sambeskatning. Det giver god mening, at fradragsretten for et endeligt underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab er betinget af, at det hjemmehørende moderselskab er omfattet af reglerne om national sambeskatning. Det er som sagt alene den situation, hvor et hjemmehørende moderselskab er berettiget til at fradrage et underskud fra et hjemmehørende datterselskab, men ikke fra et ikke-hjemmehørende datterselskab, som er i strid med EU-retten. Hvis et moderselskab var berettiget til at fradrage et endeligt underskud fra et ikke-hjemmehørende datterselskab, uden tilsvarende at være berettiget til at fradrage et underskud fra et hjemmehørende datterselskab, ville bestemmelsen behandle ikke-hjemmehørende datterselskaber mere fordelagtigt end hjemmehørende datterselskaber.

3.3.1.2. Faste driftssteder og faste ejendomme

Ang. muligheden for at medregne et underskud i faste driftssteder i lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne eller i Grønland, og et underskud i en fast ejendom beliggende i udlandet, så følger det

⁷⁹ Bemærkninger til lovforslag nr. 48 af 6. november 2019, side 9.

⁸⁰ Ibid., 41.

⁸¹ Ibid., 41.

af **stk. 1, 1. pkt. og stk. 2**, at det er selskaber, foreninger og fonde mv. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j, 3 a-5 og 5 b og SEL § 1, stk. 1, nr. 5 a og 6, som har denne fradragsrettighed.

Anvendelsesområdet for fradrag for endelige underskud i faste driftssteder og faste ejendomme er således blevet udvidet med SEL § 1, stk. 1, nr. 5 a og 6 ift. anvendelsesområdet for endelige underskud i ikke-hjemmehørende datterselskaber. Dette er velbegrundet, da foreninger og fonde mv., der omfattes af SEL § 1, stk. 1, nr. 5 a og 6, ikke er omfattet af reglerne i SEL § 31 om obligatorisk national sambeskatning, men derimod fortsat er berettiget til ved indkomstopgørelsen, at fradrage underskud i faste ejendomme i Danmark og underskud ved erhvervsmæssig virksomhed i Danmark.

Det er således alene andelsforeninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3 og investeringsinstitutter med minimumsbeskatning omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5 c, der ikke er berettiget til at fradrage et underskud i direkte- og indirekte ejede datterselskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne eller i Grønland, i faste driftssteder beliggende i lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne eller i Grønland og i faste ejendomme beliggende i udlandet.

3.3.1.3. Ikke er omfattet af international sambeskatning efter § 31 A

Det er alene de selskaber og foreninger mv. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 b, 2 d-2 j, 3 a-5 og 5 b, der ikke har valgt international sambeskatning efter § 31 A, som er omfattet af bestemmelsen. Denne begrænsning skal ses i sammenhæng med, at hvis der havde været valgt international sambeskatning, var det hjemmehørende hoved-/moderselskab jo allerede af den årsag berettiget til at fradrage ethvert underskud i indkomstopgørelsen, herunder et endeligt underskud. SEL § 31 E ville derfor ikke have en selvstændig betydning i denne situation.

3.3.1.4. Lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne og i Grønland

Hvad angår underskud i datterselskaber og i faste driftssteder, så følger det af ordlyden af bestemmelsen, at bestemmelsen alene omfatter underskud i datterselskaber eller i faste driftssteder, som er hhv. hjemmehørende eller beliggende i et land der er medlem af EU/EØS, på Færøerne eller i Grønland. Et underskud i en fast ejendom er derimod ikke geografisk begrænset. Denne sondring skal ses i sammenhæng med, at Marks & Spencer-undtagelsens anvendelse på underskud i ikke-hjemmehørende datterselskaber eller i faste driftssteder beliggende i udlandet er begrundet i reglerne om den frie etableringsret,⁸² hvorimod Marks & Spencer-undtagelsens anvendelse på underskud i faste ejendomme beliggende i udlandet er begrundet i reglerne om kapitalens fri bevægelighed.⁸³ Se her pkt. 2.2.4.

3.3.2. Betingelserne

Betingelserne for at opnå fradragsretten er opstillet i bestemmelsens **stk. 1, 3. og 4. pkt.**

3.3.2.1. Endeligt underskud

Det er et krav for at medregne et underskud efter 1. og 2. pkt., at underskuddet er endeligt, jf. **3. pkt.** Hvornår underskuddet er endeligt er imidlertid reguleret i bestemmelsens **stk. 3**, som er behandlet neden for i pkt. 3.3.5.

⁸² Se bl.a. afgørelserne *Bevola* og *Marks & Spencer*.

⁸³ Se afgørelsen *K*.

3.3.2.2. Kunne have været anvendt, hvis der havde været valgt international sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31 A

Det er desuden en betingelse for at modregne et underskud fra direkte- og indirekte ejede datterselskaber, at underskuddet i datterselskaberne kunne have været anvendt, hvis der havde været valgt international sambeskatning efter SEL § 31 A, jf. **4. pkt.**

Det skatteretlige koncernbegreb

Denne betingelse skal sikre, at det alene er underskud, der er opstået mens det ikke-hjemmehørende datterselskab har været koncernforbundet med det danske moderselskab, som kan fradrages hos moderselskabet. Det skatteretlige koncernbegreb er defineret i SEL § 31 C, og ifølge bestemmelsen opstår der en skatteretlig koncern, såfremt moderselskabet udøver en bestemmende indflydelse over det ikke-hjemmehørende datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger, hvilket moderselskabet som hovedregel vil gøre, hvis det ejer mere end 50 % af stemmerettighederne i datterselskabet.

Særunderskud

Betingelsen har bl.a. den betydning, at hvis et underskud i et ikke-hjemmehørende datterselskab er opstået i en indkomstperiode, som er forud for det tidspunkt, hvor datterselskabet blev koncernforbundet med moderselskabet, kan dette underskud ikke fradrages hos moderselskabet (»særunderskud«). Tilsvarende hvis koncernforbindelsen afbrydes mellem datterselskabet og det danske moderselskab, vil et underskud i det ikke-hjemmehørende datterselskab heller ikke kunne fremføres til modregning hos det danske selskab i senere indkomstår.

Det er logisk, at anvendelsen af et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab skal undergives de samme betingelser som anvendelsen af et underskud opstået i et hjemmehørende datterselskab. Det er imidlertid besynderligt, at Skatteministeriet har valgt at henvise til SEL § 31 A om international sambeskatning, da det ikke er denne bestemmelse, som er i strid med EU-retten. Det er derimod SEL § 31 om national sambeskatning. De to bestemmelser er identiske på mange punkter, men SEL § 31 A indeholder dog i stk. 2-14 en række tilføjelser og undtagelsen i form af forskellige værdiansættelses- og værnsregler. Henvisningen til SEL § 31 A medfører derfor, at der er en nærliggende risiko for, at eventuelle byrdefulde tilføjelser efter SEL § 31 A, stk. 2-14 vil medføre, at SEL § 31 E bliver mere besværlig at anvende end nødvendigt, hvilket ikke vil bringe de danske regler i overensstemmelse med EU-retten. Det er klart, at det er nødvendigt at have forskellige værdiansættelses- og værnsregler ift. håndteringen af et udenlandsk underskud, men om samtlige tilføjelser kan opretholdes i almene tvingende hensyn er ikke givet. Det ligger dog uden for denne afhandling at gennemgå tilføjelserne i SEL § 31 A, stk. 2-14 ift. SEL § 31 samt at vurdere, om disse tilføjelser er i overensstemmelse med EU-retten.

Et uudnyttet underskud i et likvideret datterselskab

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at henvisningen til SEL § 31 A også skal sikre, at et uudnyttet endeligt underskud i et likvideret ikke-hjemmehørende datterselskab ikke kan fremføres til fradrag i den skattepligtige indkomst hos det hjemmehørende moderselskab i indkomstårene efter likvidationen.⁸⁴ Denne begrænsning i muligheden for at udnytte et uudnyttet underskud i et likvideret datterselskab udspringer af, at et selskabs underskud ikke kan modregnes i overskud hos de selskaber, som det pågældende selskab tidligere var sambeskattet med, hvis selskabet ikke længere indgår i sambeskatningskredsen. Begrænsningen er derfor tilsvarende gældende ift. hjemmehørende datterselskaber, som likvideres. Reglen har bl.a. den betydning, at hvis et ikke-hjemmehørende datterselskab likvideres, og i forbindelse hermed har et endeligt underskud, vil det endelige underskud alene

⁸⁴ Bemærkninger til lovforslag nr. 48 af 6. november 2019, side 42.

kunne fradrages indtil sambeskatningsindkomsten går i nul i likvidationsåret. Det resterende endelige underskud vil ikke kunne fremføres og bortfalder derefter.

3.3.3. Begrænsninger i fradragsretten

3.3.3.1. Skattelovgivningens almindelige regler med syn til begrænsninger i fradragsretten for tab og anvendelsen af disse tab inden for en eventuel sambeskatning

Hvad angår muligheden for at udnytte et endeligt underskud i et fast driftssted eller en fast ejendom, så følger det af den foreslåede regel i **stk. 1, 5. pkt.**, at fradragsretten skal begrænses i det omfang de almindelige skatteregler indeholder en begrænsning i fradragsretten for anvendelsen af sådanne underskud.

Kildeartsbegrænset tab

Det er fx i den situation, hvor udnyttelsen af et tab er kildeartsbegrænset, således at tabet ikke frit kan fradrages i den øvrige indkomst. Dette er bl.a. tilfældet ved tab opstået ved afståelsen af fast ejendom, da sådanne tab ifølge ejendomsavancebeskatningslovens («EBL») § 6 alene kan fradrages i eventuelle gevinster ved afståelse af fast ejendom. Reglen har bl.a. den betydning, at hvis et hjemmehørende selskab afhænder en fast ejendom beliggende i udlandet, vil et endeligt tab ifm. afhændelsen alene kunne fradrages i selskabets eventuelle aktuelle eller fremtidige gevinster ved afståelse af fast ejendom. Det er uanset om landet, hvori den faste ejendom er beliggende, ikke har nationale regler der begrænser muligheden for at udnytte et tab ifm. afståelsen af en fast ejendom. Bemærkningerne til reglen nævner også kursgevinstlovens regler om finansielle kontrakter, men der er mange yderligere tabs- og underskudsbegrænsningsregler.⁸⁵

Den foreslåede begrænsning finder ifølge ordlyden alene anvendelse på underskud i et fast driftssted og i en fast ejendom. Denne afgrænsning beror på, at forholdet allerede i medfør af stk. 1, 4. pkt. er reguleret ift. datterselskaber.

Som behandlet i pkt. 2.4.2 er det antageligt muligt at begrænse anvendelsen af et endeligt underskud efter reglerne i kildestaten. Det fremgår imidlertid ikke af lovforslaget eller af bemærkninger hertil, at en sådan begrænsning er tiltænkt. Fravalget kan muligvis skyldes den omstændighed, at en håndhævelse af denne begrænsning ville kræve et dybt kendskab til adskillige lovregler i adskillige lande. Anvendelsen af et endeligt tab er således alene begrænset af de danske skatteregler.

3.3.4. Opgørelsen efter danske regler

Ifølge **stk. 1, 6. pkt.** skal det fradragsberettigede beløb opgøres efter danske regler. Det har bl.a. den betydning, at opgørelsen af underskuddet skal opgøres efter SL og ligningslovens («LL») regler. Ved opgørelsen af underskuddet vil der således kunne indgå beløb, der er fradragsberettiget iht. danske skatteregler, selvom beløbet ikke var fradragsberettiget iht. lovgivningen i kildestaten. Samtidig vil der også i opgørelsen kunne fragå beløb, som var fradragsberettigede efter skattereglerne i kildestaten, men ikke iht. SL og LL.

Reglen må desuden også have den betydning ift. opgørelsen af underskuddet, at omregningen af underskuddet til dansk mønt skal ske iht. dansk ret. I Den Juridiske Vejledning 2019 («DJV») C.F.2.1 om opgørelse af udenlandsk indkomst, er det anvist, at forbrug normalt skal omregnes efter den

⁸⁵ Langhave, L., Laursen, N. A., Michelsen A., Bolander J & Madsen L. (2019). *Lærebog om indkomstskat*. (18. udgave). København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. Side 156.

gældende valutakurs på erhvervelsestidspunktet. Erhvervelsestidspunktet må i dette tilfælde antageligt være tidspunktet, hvor det udenlandske underskud blev endeligt.

3.3.5. Hvornår et underskud kan anses for at være endeligt

3.3.5.1. På grundlag af reglerne i kildestaten

Hvornår et underskud er endeligt er reguleret af bestemmelsens **stk. 3**, og ifølge 1. pkt. skal fastlæggelsen ske på grundlag af reglerne mv. i de lande, hvor datterselskabet er hjemmehørende, eller hvor det faste driftssted hhv. den faste ejendom er beliggende. Om de efterfølgende betingelser i stk. 3, 2. pkt. er opfyldt, skal således afgøres efter lovgivningen i kildestaten.

3.3.5.2. Det hverken i tidligere indkomstår, det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår har været eller vil være muligt at anvende underskuddet

Ifølge **stk. 3, 2. pkt.** er et underskud endeligt, i det omfang selskabet, foreningen eller fonden mv. godtgør, 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 kildestaten.

Faktisk umulighed

Indtægter af en helt minimal størrelsesorden

Det fremgår af bemærkningerne til reglen, at hvis et datterselskab eller et fast driftssted fortsat oppebærer eller har udsigt til at oppebære indtægter, vil et underskud fx ikke kunne anses for endeligt. Uanset om der er tale om indtægter af en helt minimal størrelsesorden.⁸⁶ Dette følger også af *Kommissionen mod Det Forenede Kongerige*. Se her pkt. 2.3.2.1.

Overdragelse af et underskud

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at fx den omstændighed at skattereglerne i kildestaten giver en tredjepart mulighed for at udnytte et underskud gør, at underskuddet ikke kan anses for endeligt.⁸⁷ Det kan fx være ifm. en overdragelse af datterselskabet. Det er uden betydning om datterselskabet reelt har foretaget et ejerskifte. Dette blev bl.a. fastslået i *Holmen*. Se her pkt. 2.3.2.2 og 2.3.2.4.

Genopstandelse af et underskud

Bemærkningerne har også kommenteret på den situation, hvor et underskud kan genopstå og anvendes senere. Der er ikke nationale regler i Danmark, som giver mulighed for at et tidligere uudnyttet underskud kan genopstå, men som anført i bemærkningerne til reglen, er der imidlertid andre lande, som har nationale regler, hvorefter et underskud i fx et nedlukket fast driftssted kan genopstå, hvis det faste driftssted genetableres inden udløbet af en givet tidsperiode. I denne situation vil underskuddet først kunne anses for endeligt, når den pågældende tidsperiode er udløbet.⁸⁸ Det har bl.a. også den betydning, at hvis et uudnyttet underskud kan genopstå uden tidsbegrænsning i kildestaten, vil underskuddet aldrig kunne anses for endeligt iht. SEL § 31 E. Denne situation er også behandlet i pkt. 2.3.2.3.

3.3.5.3. Når et underskud er anvendt eller vil kunne anvendes i et andet land

Stk. 3, 3. pkt. indeholder en undtagelse til hovedreglen i stk. 3, 1. pkt. om kvalifikationen af et endeligt underskud. Ifølge reglen kan et underskud uanset 1. pkt. ikke anses for endeligt, når det er anvendt eller vil kunne anvendes i et andet land end det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende eller hvor det faste driftssted eller den faste ejendom er beliggende.

⁸⁶ Bemærkninger til lovforslag nr. 48 af 6. november 2019, side 43.

⁸⁷ Ibid., side 43.

⁸⁸ Ibid., side 43.

Hybrid mismatch

Ifølge bemærkningerne til reglen, er undtagelsen bl.a. begrundet i reglerne om hybrid mismatch efter SEL §§ 8 C-D. I bemærkningerne er der angivet følgende eksempel:

»Reglen vil [f.eks.] skulle omfatte den situation, hvor det amerikansk moderselskab i en koncern, der yderligere består af et dansk datterselskab med et udenlandsk datterselskab, der er hjemmehørende i andet EU-land, anvender de amerikanske check the box regler [ift.] det danske datterselskab og det udenlandske datterdatterselskab med den virkning, at disse selskaber anses for transparente efter amerikanske regler. Underskud i datterdatterselskabet vil dermed kunne fradrages hos det amerikanske moderselskab. I den situation skal det danske datterselskab ikke tillige kunne fradrage underskud i dets udenlandske datterselskab (det amerikanske moderselskabs datterdatterselskab), idet det i så fald vil medføre, at samme underskud kan fradrages to gange.«⁸⁹

Flytning af ledelsens sæde

I bemærkningerne til lovforslaget er også angivet, at reglen også kan anvendes i den situation, hvor der har været en mellemliggende flytning af ledelsens sæde.

»Et dansk moderselskab har et dobbeltdomicileret udenlandsk datterselskab med løbende underskud. Datterselskabet har ledelsens sæde i EU-medlemsland A og er indregistreret i EU-medlemsland B. I EU-medlemsland A har det udenlandske datterselskab et datterselskab (det danske moderselskabs datterdatterselskab), som det er sambeskattet med. Dette datterdatterselskab anvender ved indkomstopgørelsen i EU-medlemsstat A de løbende underskud i det udenlandske datterselskab. Efter en årrække flyttes ledelsens sæde for det udenlandske datterselskab til EU-medlemsland B, således at det både har ledelsens sæde og er indregistreret i EU-medlemsland B. Herefter likvideres det udenlandske datterselskab. Underskuddet har ikke været anvendt i EU-medlemsland B, hvor datterselskabet er hjemmehørende på likvidationstidspunktet.«⁹⁰

Da reglen begrænser muligheden for at udnytte et endeligt underskud, er det relevant at undersøge, om reglen kunne være i strid med EU-retten. I den første situation har et datterdatterselskab et endeligt underskud, som ønskes fradraget i et mellemliggende datterselskab. I den anden situation er der tale om et mellemliggende datterselskab, som har et endeligt underskud, som selskabet ønsker at fradrage i det ultimative moderselskab. Situationerne minder således om omstændighederne i *Holmen*.

Da der reelt er en risiko for, at datterdatterselskabet i den første situation kan/har udnyttet sit endelige underskud i det ikke-hjemmehørende ultimative moderselskab, og at det mellemliggende datterselskab i den anden situation kan/har udnyttet sit endelige underskud i det ikke-hjemmehørende datterdatterselskab, må det vurderes, at reglen ikke er strid med EU-retten. Reglen er med at sikre, at den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne ikke bringes i alvorlig fare. Hvis reglen ikke fandtes, ville selskaberne reelt have en mulighed for at vælge, om et underskud skulle anvendes i den ene eller i den anden medlemsstat, samtidig ville der være en risiko for, at selskaberne ville få et dobbelt fradrag for det endelige underskud.

⁸⁹ Ibid., side 43.

⁹⁰ Ibid., side 43.

3.3.5.4 Når et underskud kunne være anvendt eller ville kunne anvendes, hvis reglerne om adgang til fradrag for underskud havde været identiske med de danske regler herom

Retlig mulighed

Stk. 3, 4. pkt. indeholder tilsvarende en undtagelse til hovedreglen om, hvornår et underskud er endeligt. Ifølge reglen er et underskud ikke endeligt, i det omfang underskuddet i tidligere indkomstår, det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår kunne være anvendt eller ville kunne anvendes, hvis reglerne om adgang til fradrag for underskud i kildestaten havde været identiske med de danske regler herom.

Manglende mulighed for underskuds-fremførelse

Reglen skal bl.a. tage højde for de situationer, hvor et underskud i kildestaten ikke kan anvendes som følge af en retlig umulighed. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget skal reglen fx omfatte den situation hvor årsagen til, at et datterselskab eller et fast driftssted ikke kan anvende sit underskud i kildestaten beror på, at reglerne i kildestaten begrænser adgangen til underskuds-fremførelse (»carry-forward«).⁹¹ I sådanne situationer kan underskuddet ikke anses for endeligt, da de danske regler ikke foreskriver en begrænsning i muligheden for underskuds-fremførelse. EU-domstolen har behandlet denne situation i *Kommissionen mod Det Forenede Kongerige*. Se her pkt. 2.3.1.2.

Manglende mulighed for underskuds-modregning
Manglende mulighed for underskuds-overførelse

Reglen skal tilsvarende omfatte den situation, hvor en fast ejendom beliggende i udlandet afhændes med et tab, og hvor kildestaten har regler, som foreskriver, at der ikke er fradrag for tabet. I sådanne situationer skal tabet tillige ikke anses for endeligt, da der efter danske regler er fradragsret. Situationen er behandlet af EU-domstolen i *K*. Se her pkt. 2.3.1.1.

Ifølge ordlyden vil reglen imidlertid også finde anvendelse på den situation, hvor et ikke-hjemmehørende datterselskab ikke kan udnytte sit underskud som følge af, at datterselskabet iht. reglerne i kildestaten ikke er berettiget til at overføre underskud (»carry-over«). Det kan fx være, at kildestaten ikke har en national sambeskatningsordning. I denne situation ville et datterselskab, såfremt det havde været hjemmehørende i Danmark, havde været berettiget til at overføre underskuddet, da Danmark har regler om obligatorisk national sambeskatning jf. SEL § 31. Iht. SEL § 31 E, stk. 3, 4. pkt. skal underskuddet i denne situation imidlertid ikke anses for endeligt. Dette har Skatteministeriet også bekræftet i høringskema af 6. november 2019⁹² ifm. besvarelsen af FSRs høringsvar af 9. oktober 2019.⁹³ Denne kvalifikation er imidlertid problematisk ift. Marks & Spencer-undtagelsen, da EU-domstolen i afgørelserne *Holmen* og *Memira* har fastslået, at den omstændighed at et underskud ikke kan overføres til andre selskaber iht. reglerne i kildestaten ikke gør, at underskud ikke fortsat kan kvalificeres som et endeligt underskud, da en nægtelse ikke kan begrundes i hensynet til særegenhederne ved lovgivningen i kildestaten.⁹⁴ Situationen er behandlet i pkt. 2.3.1.3.

Kildeartsbe-grænset

Ifølge høringsvar af 9. oktober 2019 har FSR anmodet »om at få bekræftet, at status som endeligt underskud ikke afskæres efter høringsudkastets forslag til selskabsskattelovens § 31 E, stk. 3, 4. pkt., hvis det udland, hvor den faste ejendom er beliggende, tillader fradrag for kapitaltab på en fast ejendom, men efter et kildeartsprincip som efter den danske ejendomsavancebeskatningslov.«⁹⁵ Skatteministeriet har svaret, »at der er tale om en situation, hvor de udenlandske regler er identiske med de danske, og der er i et sådant tilfælde intet grundlag for at afskære retten til at fradrage underskuddet efter forslaget til selskabsskattelovens § 31 E, stk. 3, 4. pkt.«⁹⁶

⁹¹ Ibid., side 44.

⁹² Høringskema af 6. november 2019, side 96.

⁹³ Høringsvar af 9. oktober 2019, side. 43.

⁹⁴ Se også Tell, M. (2019). *Nyt fra EU-domstolen om sambeskatning og grænseoverskridende underskududnyttelse*. SR. 2019.377 f.

⁹⁵ Høringsvar af 9. oktober 2019, side. 44.

⁹⁶ Høringskema af 6. november 2019, side 97.

Det er korrekt, at Skatteministeriet i den nævnte situation intet grundlag har for at afskære fradragsretten. Hvis tabet imidlertid var fradragsberettiget i kildestaten efter et kildeartsprincip, som ikke var i identisk med de danske regler, må det dog antages, at Skatteministeriet fortsat ikke var berettiget til at afskære fradragsretten med henvisning til SEL § 31 E, stk. 3, 4. pkt. Tabet havde antageligt fortsat kunne kvalificeres som et endeligt tab iht. EU-domstolens praksis. Skatteministeriet har dog mulighed for at tage hensyn til kildestatens lovgivning ift. anvendelsen af underskuddet. Situationen er behandlet i pkt. 2.3.1.4.

3.3.6. Opsummering

Ifølge ovennævnte gennemgang er det tydeligt, at SEL § 31 E skaber en udvidelse for selskabers mulighed for at få fradrag for et endeligt underskud opstået i ikke-hjemmehørende datterselskaber og i fast driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet.

Bestemmelsen giver selskaber, foreninger mv. omfattet af SEL § 31 mulighed for at fradrage et endeligt tab opstået i et ikke-hjemmehørende selskab, og selskaber, foreninger, fonde mv. omfattet af SEL § 1 - dog med undtagelse af andelsforeninger og investeringsinstitutter med minimumsbeskatning - mulighed for at fradrage et endeligt tab opstået i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet. Fradragsretten er dog betinget af, at der er tale om et endeligt tab efter 3. pkt. og at underskuddet kunne have været anvendt efter reglerne i SEL § 31 A, for så vidt angår underskud i direkte- og indirekte ejede datterselskaber.

Et underskud er som hovedregel endeligt, når underskuddet hverken i tidligere indkomstår, det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår har været anvendt eller vil kunne anvendes efter reglerne i kildestaten. Dette udgangspunkt fraviges dog, når et underskud er anvendt eller vil kunne anvendes i et andet land, og når et underskud kunne være anvendt eller ville kunne anvendes, hvis reglerne om adgang til fradrag for underskud havde været identiske med de danske regler herom. Derudover skal underskuddet opgøres efter danske regler, samt er anvendelsen af underskuddet begrænset efter skattelovgivningen almindelige regler.

3.4. Sammenfatning

Det er på nuværende tidspunkt ikke muligt for et dansk selskab at fradrage et endeligt underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab eller i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet, hvilket ikke er i overensstemmelse med den af EU-domstolen skabte Marks & Spencer-undtagelse.

Det er imidlertid blevet foreslået at indføre en ny bestemmelse i selskabsskatteloven, som skal sikre, at danske selskaber i fremtiden kan få fradrag for endelige underskud, og hermed bringe de danske regler i overensstemmelse med EU-retten. SEL § 31 E sikre, at et hjemmehørende selskab kan få fradrag for et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende direkte- og indirekte ejet datterselskab eller i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet. Bestemmelsens betingelser og undtagelser er imidlertid problematiske ift. Marks & Spencer-undtagelsen.

Kapitel IV

Øvrige bemærkninger

Omdrejningspunktet for dette kapitel er en behandling af to atypiske spørgsmål om Marks & Spencer-undtagelsen, som kan få en betydning for dansk ret. Det første spørgsmål er om Marks & Spencer-undtagelsen kan anvendes i en nedadgående situation. Det andet spørgsmål er, om den nuværende § 8, stk. 6 i fusionsskatteloven er i strid med EU-retten

4. Ubesvarede spørgsmål

4.1. Kan Marks & Spencer-undtagelsen anvendes nedad i grænseoverskridende situationer?

Marks & Spencer-undtagelsen udspringer af den situation, hvor et hjemmehørende hoved-/moderselskab ønsker at få et fradrag for et underskud, som er opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab eller i et fast driftssted beliggende i udlandet. Dvs., hvor et grænseoverskridende underskud sendes **opad** til det hjemmehørende hoved-/moderselskab.

Det kan imidlertid overvejes, om Marks & Spencer-undtagelsen også kan anvendes på den omvendte situation. Altså hvor et hjemmehørende datterselskab eller et fast driftssted ønsker at få et fradrag for et underskud, som er opstået i et ikke-hjemmehørende hoved-/moderselskab. Med andre ord hvor et grænseoverskridende underskud sendes **nedad** til det hjemmehørende datterselskab eller det faste driftssted.

Det er åbenlyst, at kriterierne fra *Marks & Spencer* ikke kan overføres direkte til en nedadgående situation, da fastlæggelsen af det ikke-hjemmehørende hoved-/moderselskabs »endelige underskud« vil kræve, at det hjemmehørende datterselskab eller det faste driftssted afvikles. En alternativ løsning er dog muligvis den, som EU-domstolen kom frem til i C-575/17 - Sofina and Others («*Sofina*«).

C-575/17 – Sofina and Others

I C-575/17 – Sofina and Others var selskaberne Sofina, Rebelco og Sidro hjemmehørende i Belgien. I regnskabsårene 2008-2011 modtog selskaberne udbytte af deres andele i franske selskaber. Der blev i Frankrig indeholdt kildeskat af udbyttet med 15 %. Iht. fransk lovgivning skal det udbytte, som et hjemmehørende selskab modtager, medregnes i selskabets beskatningsgrundlag. Sofina, Rebelco og Sidro indgav derfor en anmodning til den franske skattemyndighed med henblik på at få tilbagebetaling af de indeholdte skatter af udbyttet modtaget i disse regnskabsår, da selskabernes resultat var negativt i de pågældende regnskabsår. Anmodningen blev ikke efterkommet.⁹⁷ EU-domstolen fastslog, at reglerne om kapitalens frie bevægelighed var til hindre for, at udbytte pålægges kildeskat, når det modtages af et ikke-hjemmehørende selskab, såfremt beskatningen af udbytte, der modtages af et hjemmehørende selskab, kun sker, hvis det hjemmehørende selskab har et overskud.⁹⁸

Udbyttebeskatning

Det afgørende for EU-domstolens resultat i afgørelsen var, at det udbytte som et hjemmehørende selskab modtager bliver medregnet i selskabets beskatningsgrundlag, men det udbytte som et ikke-hjemmehørende selskab modtager er genstand for en omgående beskatning. Muligheden for at medregne udbyttet i beskatningsgrundlaget har nemlig den betydning, at der reelt sker en udskydning af

⁹⁷ Sofina and Others, C-575/17, præmis 12-15.

⁹⁸ Ibid., præmis 79.

beskatning i det tilfælde, hvor selskabet har et negativt resultat. Da denne udskydning af beskatningen indebærer en likviditetsmæssig fordel, var det derfor i strid med frihedsrettigheder, at der ikke tilsvarende skete en udskydning af beskatning, når modtageren var et ikke-hjemmehørende selskab med et negativt resultat. EU-domstolen fastslog derfor, at beskatningstidspunktet skulle udskydes indtil det tidspunkt, hvor det ikke-hjemmehørende selskab opnåede et overskud.⁹⁹ På dette tidspunkt er medlemsstaterne dog berettiget til at foretage en fuld genbeskatning af udbyttet.

Afgørelsen er særdeles interesseret, og et nærliggende spørgsmål er, om resultatet i afgørelsen også kan overføres på den situation, hvor medlemsstaterne foretager en indkomstbeskatning af det årlige overskud i et hjemmehørende datterselskab eller et fast driftssted, som ejes af et ikke-hjemmehørende hoved-/moderselskab, som har et negativt resultat.

Indkomstbeskatning

Hvis fx et overskudsgivende datterselskab er hjemmehørende i medlemsstat A, og et underskudsgivende moderselskab er hjemmehørende i medlemsstat B, og lovgivningen i medlemsstat A foreskriver, at en hjemmehørende koncern er berettiget til at foretage en samlet skattebetaling efter modregningen af den underskudsgivende aktivitet, er spørgsmålet om medlemsstat A i denne situation er forpligtet til at udskyde beskatningen af den overskudsgivende aktivitet i datterselskabet indtil tidspunktet, hvor koncernen har et samlet positivt resultat. Af hensyn til de bagvedlæggende hensyn og formålsbetragtning i *Sofina* må det vurderes, at det er overvejende sandsynligt, at EU-domstolen vil komme frem til, at det også vil være i strid med EU-retten, at medlemsstaterne foretager en omgående beskatning af indkomsten i et datterselskab i det tilfælde, hvor koncernen har et negativt resultat, og hvor kildestaten har interne koncernlempelsesregler. Det må derfor vurderes, at medlemsstaterne også her er forpligtet til at udskyde beskatningen, indtil koncernen opnår et positivt resultat. Medlemsstaterne er dog tilsvarende berettiget til herefter at foretage en fuld genbeskatning af overskuddet i datterselskabet. Ovennævnte situation er naturligvis også gældende i forholdet mellem et fast driftssted og et ikke-hjemmehørende hovedselskab, dog uden krav om interne koncernlempelsesregler. Resultatet i *Sofina* er således et muligt bud på en model hvorpå Marks & Spencer-undtagelsens kan anvendelse på forholdet mellem et hjemmehørende datterselskab og et ikke-hjemmehørende moderselskab eller på forholdet mellem et fast driftssted og et ikke-hjemmehørende hovedselskab. Afgørelsen har i et dansk perspektiv den betydning, at i de situationer hvor Danmark foretager en umiddelbar og omgående beskatning af udbytte efter SEL § 2, stk. 1, litra c, og hvor det udbyttemodtagende selskab er underskudsgivende, eller af overskud i et hjemmehørende datterselskab efter skattelovgivningens almindelige regler, hvor den ikke-hjemmehørende koncern er underskudsgivende, så handler Danmark reelt i strid med frihedsrettighederne. Det er derfor nødvendigt i disse situationer at foretage en lovændring for at sikre, at det er muligt at udskyde beskatningen indtil det ikke-hjemmehørende selskab eller koncernen opnår et positivt resultat.

Renter og royalty

Afgørelsen har desuden også en afledt betydning ift. Danmarks mulighed for at beskatte renter og royalties, da disse indtægter er skattepligtige efter SEL § 2, stk. 1, litra d og litra g, og da Danmark efter en DBO ofte er tillagt beskatningskompetencen over disse indtægter.^{100 101} I de situationer hvor modtageren af renten eller royaltyen er et ikke-hjemmehørende selskab med et negativt resultat, vil Danmark derfor ikke være berettiget til at foretage en umiddelbar beskatning af disse indtægter, før selskabet har opnået et positivt resultat. Denne situation har ingen betydning i et Marks & Spencer

⁹⁹ Ibid., præmis 59.

¹⁰⁰ Lang, M., Pistone, P., Rust, A., Schuch, J., Staringer, C & Storck, J. (2019). *CJEU - Recent Developments in Direct Taxation 2018*. Linde Verlag. Side 79 f.

¹⁰¹ DJV C.F.8.2.2.11.3.2 Beskatningsret for det land, hvor renten er opstået (kildelandet) og DJV C.F.8.2.2.12.3 Beskatningsretten til royalties.

henseende, men har dog den betydning, at Danmark også her er nødt til at foretage en lovændring, da det på nuværende tidspunkt ikke er muligt at udskyde beskatningen.

4.2. Er fusionsskattelovens § 8, stk. 6 i strid med EU-retten?

I afgørelsen *A* fastslog EU-domstolen, at et selskab også har mulighed for at anvende Marks & Spencer-undtagelsen på den situation, hvor et selskab foretager en grænseoverskridende fusion med et af sine ikke-hjemmehørende datterselskaber. Det kan på baggrund af afgørelsen derfor overvejes, om de danske regler om underskudsoverførelse ifm. grænseoverskridende fusioner er uforenelige med EU-retten.

C-123/11 – A

I **C-123/11 – A** ønskede et finsk moderselskab (A) at foretage en grænseoverskridende fusion med sit svenske datterselskab (B), hvorefter A ikke længere ville have et datterselskab i Sverige.¹⁰² EU-domstolen fastslog, at det var uforeneligt med EU-retten, at den nationale lovgivning ikke gav mulighed for, at moderselskabet kunne fradrage et underskud fra det ikke-hjemmehørende datterselskab, når datterselskabet havde udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddet i sin medlemsstat, og når den nationale lovgivning indrømmede en sådan mulighed for fusioner gennemført med hjemmehørende datterselskaber.¹⁰³

Ifølge afgørelsen var det i strid med den frie etableringsret at nægte det modtagende selskab at fradrage det indskydende selskabs »endelige underskud« ifm. en grænseoverskridende fusion, da kildestaten havde nationale regler, som gav det modtagende selskab mulighed for at fradrage det indskydende selskabs underskud ifm. en national fusion.

I et dansk perspektiv følger det af fusionsskattelovens (»FUL«) § 8, stk. 6, 1. pkt., at et underskud i det modtagende selskab eller det indskydende selskab, som er opstået før den skattemæssige fusionsdato, ikke kan bringes til fradrag hos det modtagende selskab. Et eventuelt underskud opstået før fusionsdato i det modtagende- eller i det indskydende selskab bortfalder således ifm. den efterfølgende fusion.¹⁰⁴ Da formålet med bestemmelsen er at undgå, at et selskab med et skattemæssigt overskud, kan eliminere dette overskud ved at fusionere med et selskab, som har et skattemæssigt underskud, følger det også undtagelsesvis af FUL § 8, stk. 6, 2. pkt., at i en fusion mellem sambeskattede selskaber, vil det underskud, der er opstået mens selskaberne har været sambeskattet, kunne bringes til fradrag i det modtagende selskab. Med andre ord bortfalder et underskud der er opstået, mens selskaberne har været sambeskattet, ikke. Da muligheden for at bevare et underskud opstået før fusionsdatoen utvivlsomt udgør en likviditetsmæssig fordel, er det således efter FUL § 8, stk. 6, 2. pkt. mere fordelagtigt at være omfattet af sambeskatningsreglerne.

Sambeskattede selskaber

Da den obligatoriske nationale sambeskatningsordning i SEL § 31 imidlertid ikke omfatter ikke-hjemmehørende selskab, uanset om de er koncernforbudne eller ej, er det derfor som hovedregel kun hjemmehørende selskaber, som har muligheden for at benytte FUL § 8, stk. 6, 2. pkt. Da hensigten med at begrænse sambeskatningsordningen er at undgå, at ikke-hjemmehørende selskaber kan opnå et dobbeltfradrag, og at alene underskudgivende ikke-hjemmehørende selskaber inddrages i sambeskatning,¹⁰⁵ kan forskelsbehandlingen i FUL § 8, stk. 6, stk. 2. pkt. formentlige opretholdes af hensyn

¹⁰² A, C-123/11, præmis 10-13.

¹⁰³ Ibid., præmis 56.

¹⁰⁴ DJV C.C.5.2.7.3 Fortabelse af underskud – FUL § 8, stk. 6.

¹⁰⁵ Rapport fra Sambeskatningsudvalget, betænkning nr. 1452, november 2004, side 4 ff.

til at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, af hensyn til at undgå dobbeltfradrag samt af hensyn til at hindre skatteunddragelse. Det må dog vurderes, at forskelsbehandlingen nok næppe kan opretholdes i den situation, hvor det indskydende- eller det modtagende selskab har et »endeligt underskud«, da dette går ud over, hvad der er nødvendigt.

International sambeskatning

Den omstændighed at det er muligt at inddrage ikke-hjemmehørende selskaber i sambeskatningen efter reglerne om international sambeskatning, og et underskud i ikke-hjemmehørende selskaber på den måde kan bevares efter FUL § 8, stk. 6, 2. pkt., må antageligt være uden betydning for bedømmelsen af forholdsmæssighed af FUL § 8, stk. 6, 2. pkt., da EU-domstolen fastslog dette i *Bevola* ift. SEL § 8, stk. 2.¹⁰⁶

Da FUL § 8, stk. 6 derfor giver mulighed for, at det modtagende selskab, ifm. en fusion mellem hjemmehørende koncernselskaber, kan bevare et underskud opstået i det modtagende- eller indskydende selskab, men ikke giver mulighed for, at det modtagende selskab, ifm. en fusion mellem et ikke-hjemmehørende og et hjemmehørende koncernselskab, kan bevare et endeligt underskud opstået i det modtagende- eller indskydende selskab, må det vurderes, at FUL § 8, stk. 6 er i strid med EU-retten. På baggrund af afgørelsen *A*, er det derfor nødvendigt at foretage en lovændring for at bringe FUL § 8, stk. 2 i overensstemmelse med EU-retten.

Kapitel V Konklusion

5. Konklusion

Det erindres at hovedformålet med denne kandidatafhandling er at analysere og problematisere eventuelle uoverensstemmelser mellem selskabers mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud efter den af EU-domstolen retspraksis skabte *Marks & Spencer*-undtagelse og efter dansk ret samt SEL § 31 E. Der kan ifm. besvarelsen af denne problemstilling konkluderes følgende.

Hvad angår den af EU-domstolen retspraksis skabte *Marks & Spencer*-undtagelse kan det konkluderes, at undtagelsen har et bredt anvendelsesområde ift. selskabers mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud. EU-domstolen har anvendt eller henvist til undtagelsen i et flertal af situationer, hvor medlemsstaternes interne lovgivning har behandlet selskabers mulighed for at udnytte et underskud forskelligt, alt afhængigt af om underskuddet var opstået hhv. inden- eller uden for medlemsstatens område. I den henseende har det været uden betydning for domstolen, om der var tale om et underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab eller -datterdatterselskab eller i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet. Ift. behandlingen af et underskud opstået i et fast driftssted har det dog en betydning, om etableringsstaten har opgivet sin beskatningskompetence efter intern ret eller efter en DBO, da det må konkluderes, at *Marks & Spencer*-undtagelsen ikke er anvendelig i sidstnævnte situation.

Ifølge vurderingen af om et underskud opstået i en af ovennævnte situationer har karakter af et »endeligt underskud«, og hermed opfylder betingelserne i *Marks & Spencer*-undtagelsen, kan

¹⁰⁶ *Bevola*, C-650/16, præmis 66.

det konkluderes, at den omstændighed at et underskud er faktisk umuligt at udnytte i kildestaten, ikke er ensbetydende med, at kriterierne i the no possibilities test automatisk er opfyldt, da det har en betydning for bedømmelsen, om der er en tilstrækkelig juridisk mulighed for at udnytte underskuddet i kildestaten. Der er dog alene tale om et relativt krav, da det ikke er enhver juridisk begrænsning, som gør, at underskuddet ikke kan opnå karakter af et endeligt underskud. Fx har en manglende mulighed for underskudsoverførelse (»carry-over«) ingen betydning for bedømmelsen af, om et underskud har karakter af et endeligt underskud.

Desuden kan det konkluderes, at det endelige underskud skal opgøres efter reglerne i etableringsstaten, men at lovgivningen i kildestaten kan have en betydning for det hjemmehørende selskabs mulighed for at udnytte underskuddet.

Hvad angår selskabers mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud i Danmark, kan det konkluderes, at det på nuværende tidspunkt efter SEL § 8, stk. 2 og § 31 ikke er muligt for et selskab at udnytte et endeligt underskud opstået i et ikke-hjemmehørende datterselskab eller -datterdatterselskab eller i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet. Den omstændighed at selskaberne har mulighed for at udnytte et endeligt underskud efter reglerne om international sambeskatning i SEL § 31 A har i den henseende ingen betydning.

Den foreslåede SEL § 31 E skaber imidlertid en mulighed for, at et selskab kan fradrage et endeligt underskud i et ikke-hjemmehørende direkte- og indirekte ejet datterselskab eller i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet. Fradraget efter SEL § 31 E er dog betinget af, at underskuddet kunne være anvendt efter reglerne om international sambeskatning i SEL § 31 A. Denne betingelse skal sikre, at et hjemmehørende moderselskab ikke får bedre muligheder for at udnytte et grænseoverskridende underskud i et ikke-hjemmehørende datterselskab end i et hjemmehørende datterselskab. Da det imidlertid er SEL § 31, som er i strid med EU-retten, må det konkluderes, at henvisningen til SEL § 31 A medfører en risiko for, at eventuelle byrdefulde tilføjelser efter SEL § 31 A, stk. 2-14 vil skabe en uoverensstemmelse mellem den af EU-domstolen retspraksis skabte Marks & Spencer-undtagelse og de danske regler.

Desuden foreskriver bestemmelsen, at et underskud ikke er endeligt, når det kunne være anvendt eller vil kunne anvendes, hvis fradragsreglerne i kildestaten havde været identiske med de danske regler herom. Denne undtagelse skal sikre, at eventuelle juridiske begrænsninger i kildestaten ikke medfører, at et underskud opnår karakter af et endeligt underskud. Ifølge ordlyden vil reglen imidlertid også finde anvendelse på den situation, hvor et ikke-hjemmehørende datterselskab ikke kan udnytte sit underskud som følge af, at datterselskabet iht. reglerne i kildestaten ikke er berettiget til at overføre underskuddet (»carry-over«). Denne kvalifikation er imidlertid ikke forenelig med den af EU-domstolen retspraksis skabt Marks & Spencer-undtagelse, da dette følger af afgørelserne *Holmen* og *Memira*. Det må derfor konkluderes, at undtagelsen i SEL § 31 E om at »hvis fradragsreglerne i kildestaten havde været identiske med de danske regler herom« skaber en uoverensstemmelse mellem den af EU-domstolen retspraksis skabte Marks & Spencer-undtagelse og de danske regler.

Hvad angår besvarelsen af hovedspørgsmålet i denne kandidatafhandling, må det på baggrund af det oven for anførte derfor konkluderes, at SEL § 31 E i sin nuværende udformning ikke er i overensstemmelse med den af EU-domstolens retspraksis skabte Marks & Spencer-undtagelse, da SEL § 31 E er mere byrdefulde end Marks & Spencer-undtagelsen ift. selskabers

mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud. Hvis SEL § 31 E vedtages vil de danske regler med andre ord fortsat være i strid med EU-retten.

Afslutningsvis kan det desuden konkluderes, at Marks & Spencer-undtagelsen også er anvendelig i en nedadgående situation. Dvs. i forholdet mellem et ikke-hjemmehørende moderselskab og et hjemmehørende datterselskab og i forhold mellem et ikke-hjemmehørende hovedselskab og et fast driftssted, da et eventuelt underskud i moderselskabet eller hovedselskabet må medføre, at beskatningen af indkomsten i datterselskabet eller i driftsstedet skal udskydes indtil den samlede indkomst er positiv. Derudover må det konkluderes, at EU-domstolens retspraksis også har medført, at reglerne om underskudsudnyttelse ifm. skattefrie fusioner efter FUL § 8, stk. 6 er i uoverensstemmelse med Marks & Spencer-undtagelsen, da bestemmelsen ikke giver mulighed for at overføre et endeligt underskud ifm. en fusion med et ikke-hjemmehørende selskab.

Litteraturfortegnelse

Bøger mv.

Michelsen, A., Laursen, A og Dalgas, A. (2017). *International skatteret*. København. Karnov Group

Tvarnø, D., C. & Nielsen R. (2017). *Retskilder og retsteorier*.(5. reviderede udgave). København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Sørensen E. K. og Danielsen H. J. (2019). *EU-retten*. (7. reviderede udgave). København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Eriksen, C., Pedersen J., Ferniss J. og Kerzel M. (2019). *Skatteretten 2*. (8. udgave). København. Karnov Group

Langhave, L., Laursen, N. A., Michelsen A., Bolander J & Madsen L. (2019). *Lærebog om indkomstskat*. (18. udgave). København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Lang, M., Pistone, P., Rust, A., Schuch, J., Staringer, C & Storck, J. (2019). *CJEU - Recent Developments in Direct Taxation 2018*. Linde Verlag

Artikler mv.

Lang, M. (2014). *Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?* European Taxation

Tell, M. (2015). *Sambeskatning og udnyttelse af underskud på tværs af grænser – Kommissionen mod Storbritannien C-172/13*. SR.2015.36

Vinther N. & Hansen G., J. (2018). Nikolaj Vinther, Jan Guldmann Hansen: *A/S Bevola – sambeskatningsreglerne udfordres atter*. SR. 2018.325

Jensen, H., L. (2019). *Bevola-sagen – en ”revitalisering” af Marks & Spencer-doktrinen*. SU 2019,2

Tell., M. (2019). *Nyt fra EU-domstolen om sambeskatning og grænseoverskridende underskududnyttelse*. SR. 2019.377

Afgørelser fra EU-domstolen

Sag C-446/03, Marks & Spencer

Sag C-414/06, Lidl Belgium

Sag C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt

Sag C-123/11, A

Sag C-322/11, K

Sag C172/13, Kommission mod Det Forenede Kongerige

Sag C-388/14, Timac Agro Deutschland

Sag C-650/16, Bevola og Jens W. Trock

Sag C-575/17, Sofina and Others

Sag C-607/17, Memira Holding

Sag C-608/17, Holmen

Forslag til afgørelser fra Generaladvokaten

Sag C-650/16, Bevola og Jens W. Trock

Sag C-607/17, Memira Holding

Lovgivning fra Danmark

Lov nr. 149 af 10. april 1922 om indkomst til staten

Lovbekendtgørelse nr. 1164 af 6. september 2016 Selskabsskatteloven

Lovbekendtgørelse nr. 806 af 8. august 2019 om påligningen af indkomstskat til staten

Lovforslag fra Danmark

Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, kildeskatteloven, skatteindberetningsloven, skattekontrolloven og forskellige andre love af 6. november 2019

Lovgivning fra EU

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde af 13. december 2007.
(Lissabon-traktaten)

Øvrige

Rapport fra Sambeskatningsudvalget, betænkning nr. 1452, november 2004

Den Juridiske Vejledning 2019 C.C.5.2.7.3 Fortabelse af underskud – FUL § 8, stk. 6

Den Juridiske Vejledning 2019 C.F.2.1 om opgørelse af udenlandsk indkomst

Den Juridiske Vejledning 2019 C.F.8.2.2.12.3 Beskatningsretten til royalties

Den Juridiske Vejledning 2019 C.F.8.2.2.11.3.2 Beskatningsret for det land, hvor renten er opstået (kildelandet)

Høringssvar af 9. oktober 2019 til L 48

Høringsskema af 6. november 2019 til L 48