

ENDELIGE UNDERSKUD, JF. SELSKABSSKATTELOVEN § 31 E: ANVENDELSE I PRAKSIS

Final losses, cf. Section 31 E of the Danish Corporation Tax Act: practical application

af CHRISTIAN ELLEHAGE

Denne afhandling undersøger anvendelsen af selskabsskattelovens § 31 E, som blev indført ved lov nr. 1835 af 8. december 2020, for at adressere fradragsberettigelsen af endelige underskud i udenlandske datterselskaber og faste driftssteder. Den primære motivation for denne lovændring stammer fra EU-Domstolens afgørelse i sag C-650/16, Bevola, som identificerede uoverensstemmelser mellem dansk ret og EU-ret, især vedrørende retten til fri etablering, som er beskrevet i artikel 49 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. Denne afgørelse krævede, at Danmark reviderede sine regler for at tillade fradrag for endelige underskud, således at de stemmer overens med EU-principperne, som fortolket i Marks & Spencer-doktrinen. § 31 E giver danske selskaber mulighed for at fradrage endelige underskud, som er opstået i udenlandske datterselskaber, faste driftssteder og fast ejendom i andre EU/EØS-lande, Færøerne og Grønland, uden at skulle vælge international sambeskatning i henhold til § 31 A. Denne afhandling undersøger omfanget, kriterierne og de praktiske implikationer af disse regler, med vægt på de betingelser, hvorunder et underskud betragtes som "endeligt" og dermed fradragsberettiget.

Afhandlingen omfatter en kort gennemgang af den juridiske ramme samt dens historiske udvikling og en detaljeret gennemgang af de praktiske anvendelser af § 31 E. Den inkluderer en undersøgelse og juridisk fortolkning af administrativ praksis bestående af bindende svar fra Skattestyrelsen. Endvidere dykker denne undersøgelse ned i de implikationer, som konceptet Corporate Social Responsibility (CSR) kan have på virksomheders skatteplanlægning. Ved at adressere krydsfeltet mellem aggressiv skatteplanlægning og CSR, udforsker afhandlingen den fremvoksende diskurs om Corporate Tax Responsibility (CTR). Den vurderer, om ansvarlig skatteadfærd er integreret i den bredere CSR-ramme og de potentielle konsekvenser for virksomheder, der engagerer sig i uansvarlig skattepraksis. Resultaterne antyder, at selvom CSR omfatter ansvar og forventninger relateret til virksomheders skatteplanlægning, er den praktiske anvendelse begrænset og underlagt tvetydige betingelser. Overordnet set sigter denne afhandling mod at bidrage til forståelsen af den praktiske anvendelse af § 31 E ved at tilbyde indsigt i administrativ praksis vedrørende de betingelser, som anvendelsen af § 31 E er underlagt. Formålet med denne afhandling indebærer også en forståelse af forholdet mellem virksomheders skatteplanlægning og CSR. Analysen understreger behovet for klare retningslinjer og konsistent håndhævelse for at sikre, at lovgivningens mål opfyldes, samtidig med at retfærdig og ansvarlig skattepraksis blandt virksomheder fremmes.

Indholdsfortegnelse

Indledning	3
Problemformulering	4
Oversigt over forkortelser	4

Del 1 Teori og metode	5
1.1 Metode	5
1.1.1 Juridisk metode	5
1.1.1.1 Bindende svar og deres virkning.....	5
1.1.1.2 EU-skattebetragtning	6
1.1.1.3 EU-Domstolens retsskabende funktion.....	6
1.1.2 Økonomisk metode	7
1.2 Afgrænsning.....	7
1.2.1 Juridisk afgrænsning	7
1.2.2 Økonomisk afgrænsning	7
Del 2 Selskabsskattebetragtning § 31 E – baggrund og indhold	8
2.1 Baggrund og formål	8
2.1.1 Sambeskatningsreformen	8
2.1.2 Marks & Spencer-doktrinen og Bevola-dommen	9
2.2 Selskabsskattebetragtning § 31 E: det omfattede skatteobjekt og krav til underskuddet.....	11
Del 3 Hittidig praksis vedrørende selskabsskattebetragtning § 31 E.....	12
3.1 Hypotetiske og ikke-udnyttede muligheder for at tage hensyn til underskuddet i tidligere, indeværende og fremtidige indkomster	13
3.1.1 Uændret videreførelse af aktivitet.....	17
3.2 Tidspunktet for underskuddets endelighed og dets betydning for medregningen i den danske indkomst.....	18
3.3 Opgørelsen af underskuddet.....	22
3.4 Sammenfattende om hittidig praksis	24
Del 4 Skatteplanlægning, selskabsskat og socialt ansvar	26
4.1 Indledende om CSR og skatteplanlægning	26
4.1.1 Corporate Tax Responsibility (CTR).....	27
4.2 Fælles drivkræfter og følger.....	28
4.3 Forholdet mellem aggressiv skatteplanlægning og CSR	30
Konklusion.....	32
Litteraturliste	33

Abstract

This thesis explores the application of Section 31 E of the Danish Corporation Tax Act, enacted by Law No. 1835 of December 8, 2020, to address the deductibility of final losses in foreign subsidiaries and permanent establishments. The primary motivation for this legislative amendment stems from the European Court of Justice's ruling in case C-650/16, *Bevola*, which identified inconsistencies between Danish law and EU law, particularly regarding the right to free establishment outlined in Article 49 of the Treaty on the Functioning of the European Union. This decision mandated Denmark to revise its regulations to allow deductions for final losses, aligning them with EU principles as interpreted in the Marks & Spencer doctrine. Section 31 E permits Danish companies to deduct final

losses incurred by foreign subsidiaries, permanent establishments, and real estate in other EU/EEA countries, the Faroe Islands, and Greenland, without the requirement of having to choose to be internationally joint taxed under Section 31 A. This thesis investigates the scope, criteria, and practical implication of these regulations, emphasizing the conditions under which a loss is considered "final" and thereby eligible for deduction.

The thesis encompasses a short review of the legal framework along with its historical development and a detailed review of the practical applications of Section 31 E. It includes an examination and legal interpretation of administrative practices consisting of “*bindende svar*” from the Danish Tax Agency. Furthermore, this study delves into the implications which the concept of Corporate Social Responsibility (CSR) may have on corporate tax planning. In addressing the intersection between aggressive tax planning and CSR, this thesis explores the emerging discourse on Corporate Tax Responsibility (CTR). It assesses whether responsible tax behavior is incorporated into the broader CSR framework and the potential consequences for companies that engage in irresponsible tax practices. The findings suggest that even though CSR encompasses responsibilities and expectations related to corporate tax planning, the practical application remains limited and subject to ambiguous conditions.

Overall, this thesis aims to contribute to the understanding of the practical application of Section 31 E, offering insights into administrative practice regarding the conditions which the application of Section 31 E is subject to. The aim of this thesis also entails an understanding of the relationship between corporate tax planning and CSR. The analysis underscores the need for clear guidelines and consistent enforcement to ensure that the objectives of the legislation are met while promoting fair and responsible tax practices among corporations.

Indledning

Da de danske regler om sambeskatning blev ændret og territorialprincippet indført ved lov nr. 426 af d. 6. juni 2005 om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove, gav dette anledning til en del kritik. Samme år afsagde den Europæiske Unions Domstol (Domstolen) dom i sag C-446/03, *Marks & Spencer*, hvorefter Storbritannien blev pålagt at indrømme hjemmehørende selskaber fradrag for *endelige underskud*, som det hjemmehørende selskabs udenlandske datterselskaber realiserede ifm. deres opløsning. Dette på trods af at Storbritannien ikke havde haft beskatningsretten til de tilsvarende indtægter i datterselskaberne, da det ifølge Domstolen udgjorde en hindring for den frie etableringsret i artikel 49 i Traktaten for Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), når medregning af ethvert underskud realiseret i andre stater kategorisk blev afvist. Den nye retstilling i Danmark var på det tidspunkt magen til den, som blev underkendt i Storbritannien. Underskud i udlandet kunne dog medregnes, hvis der var tilvalgt international sambeskatning, jf. selskabsskatteloven § 31 A.

Med Domstolens afgørelse i sag C-650/16, *Bevola*, stod det efter flere års spekulationer klart, at territorialprincippet i selskabsskatteloven § 8, stk. 2, udgjorde en hindring for den frie etableringsret i TEUF art. 49. Dette skyldtes, at bestemmelsen ikke tillod hjemmehørende selskaber at tage hensyn til endelige underskud – idet Marks & Spencer-doktrinen således fandt analog anvendelse på udenlandske faste driftssteder og (formentligt) fast ejendom – uanset at territorialprincippet kan fraviges, såfremt der er tilvalgt international sambeskatning, jf. selskabsskatteloven § 31 A, da denne mulighed blev fundet uproportional.

På denne baggrund blev selskabsskatteloven § 31 E indsat ved lov nr. 1835 af d. 8. december 2020. Bestemmelsen implementerede Marks & Spencer-doktrinen i dansk ret, og med den fulgte dermed

de samme vurderingsvanskeligheder, om hvornår et underskud kan anses som endeligt. Både lovbe- mærkningerne til bestemmelsen og litteraturen synes at beskrive adgangen til at medregne underskud fra udenlandske datterselskaber, faste driftssteder og fast ejendom i sin danske indkomst som ganske snæver. Spørgsmålet er nu, hvordan bestemmelsen så er blevet anvendt i praksis indtil videre.

Efter historisk at have fokuseret mest på virksomheders sociale ansvar, øges opmærksomheden i den økonomiske litteratur omkring virksomheders ansvar ift. skat. Ulovreguleret ansvar knyttet til Corporate Social Responsibility er et velkendt emne, men omfatter konceptet også ansvarlige skattebet- alinger? Og kan det have konsekvenser at være ”uansvarlig” i dette henseende?

Problemformulering

Formålet med denne afhandling er at analysere den praksis, som vedrører selskabsskatteloven § 31 E om fradrag for endelige underskud med henblik på at afgøre, hvordan bestemmelsen hidtil er blevet anvendt i praksis, herunder hvornår et underskud er endeligt, samt at analysere sammenhængen mel- lem skatteplanlægning og corporate social responsibility (CSR) og konsekvenserne af en uansvarlig skatteplanlægning.

I besvarelsen heraf vil bestemmelsens baggrund, indhold og tilknytning til EU-retten blive præsen- tet med henblik på at facilitere en bedre forståelse for bestemmelsen og grundlaget for dens hidtidige anvendelse. Herefter vil den eksisterende praksis vedr. selskabsskatteloven § 31 E blive gennemgået og analyseret. I denne forbindelse opdeles praksis i emner, og der er således ikke tale om en krono- logisk gennemgang. Endeligt vil sammenhængen mellem skatteplanlægning og corporate social re- sponsibility blive undersøgt vha. den dertil knyttede akademiske litteratur.

Oversigt over forkortelser

ABL	Lov om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier mv. (aktieavancebeskatningsloven)
EU	Den Europæiske Union
EBL	Lov om beskatning af fortjeneste ved afståelse af fast ejendom (ejendoms- avancebeskatningsloven)
Domstolen	Den Europæiske Unions Domstol
FUSL	Lov om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver mv. (fusionsskatteloven)
KGL	Lov om skattemæssig behandling af gevinst og tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter
KSL	Kildeskatteloven
SEL	Selskabsskatteloven
SFL	Skatteforvaltningsloven
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde

Del 1 Teori og metode

1.1 Metode

1.1.1 Juridisk metode

Formålet med denne afhandling er at fortolke og systematisere den hidtidige praksis vedr. SEL § 31 E med henblik på at beskrive den retstilstand, som bestemmelsen medfører. Retsdogmatisk anvendes der således alene *de lege lata*-betragtninger. De centrale retskilder er i sagens natur de uskrevne, herunder navnlig administrativ praksis i form af bindende svar fra Skatterådet, men også dansk retspraksis samt praksis fra Domstolen, ligesom EU-retlige principper også vil blive anvendt. Skreven ret vil blive anvendt i form af danske lovbestemmelser og i mindre grad EU-retlige traktatbestemmelser. At der primært anvendes administrativ praksis fra skatteforvaltningen har den naturlige begrænsning, at disse afgørelser ikke har bindende virkning over for domstolene, idet de er uafhængige af den udøvende magt. Dokumenteret praksis er dog traditionelt blevet tillagt en ikke ubetydelig vægt af domstolene, som har været utilbøjelige til at tilsidesætte en sådan praksis¹. Selv langvarig og fast praksis er dog ikke fredet for domstolenes prøvelse, når der kan rejses spørgsmål om, hvorvidt den pågældende praksis i retlig henseende er hjemlet eller i strid med lovgivningen².

Det interessante i denne fremstilling er, at den pågældende praksis drejer sig om en ny bestemmelse. Praksis, hvortil der ikke findes klare og dokumenterede fortilfælde fra Domstolen, kan derved muligvis betragtes som mere usikker end praksis, hvor det modsatte gør sig gældende. Det er også et usikkerhedsmoment, at der endnu ikke findes praksis fra Landsskatteretten, som Skattestyrelsen kan læne sig op ad i sin praksis, idet det især er landsskatteretspraksis, som domstolene er anerkendende overfor³. I det følgende vil retskildeværdien af de anvendte retskilder blive gennemgået.

1.1.1.1 Bindende svar og deres virkning

Der kan indhentes bindende svar fra Skatteforvaltningen vedr. både påtænkte og allerede udførte dispositioner, jf. SFL § 21. Reglerne herom spiller en vigtig rolle i praksis, idet deres formål er at give skatteydere sikkerhed om de skattemæssige konsekvenserne af en bestemt disposition. Spørgsmål af principiel karakter, herunder hvor svaret angår fortolkning af væsentlig betydning for lovgivningen eller EU-retlige spørgsmål af væsentlig rækkevidde, skal forelægges Skatterådet, jf. SFL § 21, stk. 4, nr. 1-5. Dette er tilfældet for samtlige bindende svar, der vil blive behandlet i denne afhandling, hvilket i skrivende stund også er samtlige bindende svar, der findes, med tilknytning til SEL § 31 E. Skattestyrelsen, Skatterådet og de administrative klageorganer (medmindre svaret er påklaget) er bundet af bindende svar – som udgangspunkt i en periode på 5 år. Et bindende svar er dog kun bindende ift. de faktiske forudsætninger, som spørgeren har opstillet i sit spørgsmål. Svaret er således ikke bindende i det omfang, de faktiske forudsætninger ændrer sig, jf. SFL § 25, stk. 2. Det samme gælder for ændringer i det retsgrundlag, der har ligget til grund for svaret. Det er således afgørende for Spørgernes anvendelse af bindende svar-instituttet ifm. med SEL § 31 E, at de faktiske omstændigheder omkring nedlukningen af de pågældende aktiviteter i udlandet ikke afviger fra det, som Spørgerne beskriver i deres anmodning om bindende svar.

Bindende svar fra Skatterådet fungerer som en tjenestebefaling for medarbejderne i Skatteforvaltningen⁴. Skatterådets afgørelser har ikke bindende virkning for Landsskatteretten, der fungerer som en rekursinstans for bl.a. Skatterådet. Bindende svar kan dermed påklages til Landsskatteretten.

¹ Jan Pedersen m.fl.: Skatteretten 1 (9. udg., 2021), Karnov, s. 122

² Ibid.

³ Jane Bolander m.fl.: Lærebog om indkomstskat (20. udg., 2023), Djøf Forlag, s. 122

⁴ Ibid. s. 120

Landskatterettens afgørelser kan ikke indbringes for andre administrative myndigheder, hvorfor en fortsat prøvelse kun kan foretages gennem et sagsanlæg ved domstolene. Hvis en domstolsprøvelse i sidste ende giver spørgeren medhold, må Skatteforvaltningen naturligvis rette ind i overensstemmelse hermed. Der er endnu kun i et enkelt tilfælde, at endelige underskud har været behandlet af de danske domstole, hvilket vel at mærke skete inden indsættelsen af SEL § 31 E. Som det fremgår af denne afhandling, er det ikke alle afgørelser vedr. SEL § 31 E, der har direkte støtte i EU-retten og Domstolens praksis, hvorfor det bliver interessant at følge potentielle fremtidige sager.

1.1.1.2 *EU-skatteeret*

Indkomstbeskatning er principielt et nationalt anliggende og har ikke været genstand for harmonisering. Dette udgangspunkt er dog blevet fraveget på navnlig det selskabsskatteretlige område, idet der med hjemmel i TEUF art. 115 er blevet udstedt en række direktiver. Artikel 115 begrænser dog harmoniseringen i det omfang, at direktiver kun kan udstedes, for så vidt de alene indeholder bestemmelser, der direkte indvirker på det indre markeds oprettelse eller funktion. Som det fremgår nedenfor – og i øvrigt af den blotte eksistens af SEL § 31 E – er EU-rettens påvirkning af den nationale indkomstbeskatning dog alligevel ikke begrænset til direktiver med hjemmel i TEUF art. 115. De EU-retskilder, der anvendes i denne afhandling, har gennem Domstolen fået direkte betydning for legaliteten og anvendelsen af dansk skattelovgivning, og derved indgår EU-retlige retskilder alligevel i indkomstbeskatningen på trods af, at denne principielt er et nationalt anliggende.

1.1.1.3 *EU-Domstolens retsskabende funktion*

SEL § 31 E er et resultat af Marks & Spencer-doktrinen, herunder men ikke begrænset til Domstolens afgørelse i sag C-650/16, *Bevola*, og skal ifølge lovbemærkninger bringe danske regler i overensstemmelse hermed. Domstolens rolle udføres – og er blevet udført – gennem kompetencen til at afgøre præjudicielle spørgsmål, som Domstolen forelægges af nationale retter, jf. TEUF art. 267. Dette på trods af, at Domstolen ikke har kompetence til at prøve gyldigheden af eller fortolke nationale regler⁵. I sag C-177/94, *Perfili*, blev det fremhævet, at Domstolen iht. art. 267 savner kompetence til ifm. med den præjudicielle procedure at træffe afgørelse om, hvorvidt en national ordning er forenelig med unionsretten, men at Domstolen forsyner den nationale ret med de nødvendige EU-retlige fortolkningsbidrag, for at retten selv kan afgøre, om de nationale bestemmelser er forenelige med unionsretten. Derved kommer udfaldet af sager ved nationale domstole reelt til at afhænge af Domstolens præjudicielle afgørelse, når sagen afhænger af fortolkningen af en unionsretlig regel. På denne måde afgør Domstolen, om nationale ordninger er i overensstemmelse eller i strid med bl.a. de traktatfæstede frihedsrettigheder, der garanterer det indre marked. Nationale beskatningsordninger kan dog godt være i strid med frihedsrettighederne, såfremt dette er begrundet i alment tvingende hensyn, herunder hensynet til risikoen for *double dip* og hensynet til opretholdelse af en effektiv skattekontrol af navnlig skatteunddragelse⁶. Da traktaten er umiddelbar anvendelig for den enkelte unionsborger⁷, kan alle skatteydere i unionen påberåbe sig disse. Når Domstolen afgør en sag om et endeligt underskud, der ønskes medregnet hos et moderselskab i en anden medlemsstat, kan danske skatteydere, der udfører grænseoverskridende aktiviteter, således også påberåbe sig denne retsstilling. Praksis fra Domstolen spiller dermed en afgørende rolle for både udformningen og anvendelsen af SEL § 31 E.

⁵ Engsig Sørensen og Danielsen: EU-Retten (8. udg., 2022), Djøf Forlag, s. 244

⁶ Jan Pedersen m.fl.: Skatteretten 1 (9. udg., 2021), Karnov, s. 94

⁷ Engsig Sørensen og Danielsen: EU-Retten (8. udg., 2022), Djøf Forlag, s. 172

Det er på grundlag af ovenstående, at Domstolens praksis anvendes i denne afhandling. Set i lyset af EU-rettens indflydelse, bliver det interessant at følge udviklingen af SEL § 31 E samt Marks & Spencer-doktrinen i såvel dansk praksis som EU-praksis.

1.1.2 Økonomisk metode

Formålet med del 4 af denne afhandling er at udføre en litteraturgennemgang af den allerede eksisterende akademiske litteratur vedrørende sammenhængen mellem Corporate Social Responsibility (CSR) og skatteplanlægning, herunder navnlig aggressiv skatteplanlægning. Litteraturgennemgangen udføres med henblik på at skabe en forståelse for emneområdet – forholdet mellem CSR og skatteplanlægning – og på den baggrund forsøge at drage konklusioner om den akademiske opfattelse af emnet. Litteraturgennemgangen udarbejdes som en *systematisk* gennemgang, da der sigtes på at besvare konkrete og specifikke spørgsmål vedr. CSR og skatteplanlægning, hvilket fordrer en mere stringent tilgang, end hvis emnet eksempelvis alene drejede sig om incitament for skatteplanlægning. Dette betyder bl.a., at målet med afhandlingen ikke er at forholde sig kritisk til den valgte litteratur, som det f.eks. er tilfældet ved en *traditionel* gennemgang. Den valgte metode egner sig således ikke til at udpege huller i litteraturen eller forslå fremtidige retninger for forskningen, men alene at drage specifikke konklusioner om forståelsen af det specifikke forhold mellem CSR og skatteplanlægning, herunder navnlig aggressiv skatteplanlægning.

1.2 Afgrænsning

1.2.1 Juridisk afgrænsning

Denne afhandling fokuserer på, hvordan SEL § 31 E anvendes af skattemyndighederne i praksis. Hvilke skattesubjekter, der kan anvende bestemmelsen, har endnu ikke været relevant for hverken skattemyndighederne eller domstolene at tage stilling til, hvorfor denne del af bestemmelsen ikke tildeles opmærksomhed i denne afhandling. Spørgsmål vedr. bestemmelsens udformning, herunder bestemmelsens generelle overensstemmelse med EU-retten, vil ikke blive behandlet. Domstolens praksis om fradrag for endelige underskud vil blive inddraget i relevant omfang, men der er ikke tale om en udtømmende gennemgang, og den anvendte EU-praksis vil for de fleste dommes vedkommende alene blive præsenteret i hovedtræk, idet kun Domstolens principielle bemærkninger om anvendelsesområdet for Marks & Spencer-doktrinen inddrages, herunder dog også Domstolens bemærkninger vedr. helt konkrete spørgsmål, såsom muligheden for at overdrage underskud til tredje mand ved en aktieoverdragelse. SEL § 31 E har en nær tilknytning til sambeskatningsreglerne, som vil blive inddraget i relevant omfang. De nærmere betingelser og indhold af SEL §§ 31 og 31 A vil ikke blive behandlet. Den praksis, der skal analyseres i denne afhandling, er hovedsageligt bindende svar fra Skatterådet. Regelsættet herfor i skatteforvaltningsloven vil ikke blive præsenteret udover hvad, der fremgår ovenfor af metodeafsnittet. Eksempelvis SFL § 24, stk. 2, om hvornår Skatterådet kan afvise at give et bindende svar vil således ikke blive overvejet i andet omfang end hvad, Skatterådet selv bemærker i sine afgørelser.

1.2.2 Økonomisk afgrænsning

I introduktionen til del 4 i denne afhandling vil Corporate Social Responsibility (CSR) som koncept kort blive præsenteret, ligesom visse tilknyttede elementer og incitament også omtales i relevant omfang. CSR i bred forstand vil dog ikke være genstand for videre behandling eller refleksion, men vil kun indgå i det omfang, der er nødvendigt og relevant henset til sammenhængen med skatteplanlægning. Som det også blev anført under den økonomiske metode, vil litteraturgennemgangen ikke indeholde kritisk stillingtagen til litteraturen eller forslag til fremtidig forskning. Formålet er alene at finde svar i litteraturen på, om CSR indeholder et ansvar ift. skatteplanlægning, og om aggressiv

skatteplanlægning har CSR-relaterede konsekvenser. Det er desuden vigtigt at afgrænse mellem de skatterelaterede emner i den ikke-juridiske litteratur. I denne afhandling anvendes litteratur relateret til skatteplanlægning ("*tax aggressiveness*") og ikke litteratur relateret til eksempelvis ("*tax risk*"), mens litteratur relateret til skatteunddragelse ("*tax avoidance*") som udgangspunkt heller ikke anvendes, undtaget hvor det overlapper med skatteplanlægning eller på anden måde relaterer sig dertil.

Del 2 Selskabsskatteloven § 31 E – baggrund og indhold

Behovet for at indsætte en regel om fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber, faste driftssteder og fast ejendom stammer fra udformningen af de danske regler om frivillig international sambeskatning – særligt efter sambeskatningsreformen i 2005 – og doktrinen om endelige underskud (Marks & Spencer-doktrinen), som Den Europæiske Unions Domstol (Domstolen) har udviklet gennem sine afgørelser i en række sager.

I det følgende vil der blive redegjort for baggrunden for og formålet med SEL § 31 E, ligesom bestemmelsens indhold vil blive overfladisk gennemgået.

2.1 Baggrund og formål

2.1.1 Sambeskatningsreformen

Ved lov nr. 426 af d. 6. juni 2005 om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove blev de danske sambeskatningsregler ændret således, at der efter vedtagelsen af ændringsloven blev skelnet mellem en obligatorisk national sambeskatning og en frivillig international sambeskatning⁸.

Indtil lovændringen var de daværende regler for sambeskatning udformet således, at danske selskaber, der ejede datterselskaber i udlandet, kunne til- og fravælge på selskabsniveau i sambeskatningen. Det var således muligt alene at medtage de udenlandske selskaber, som var underskudsgivende, i sambeskatningen og fradrage underskuddene i den danske skattepligtige indkomst, mens overskudsgivende selskaber blev overladt til skatteregimet i de lande, hvor de var hjemmehørende, når det pågældende skatteregime var lempeligere end det danske⁹. For så vidt angik faste driftssteder i udlandet, var indkomst derfra omfattet af dansk beskatning, jf. globalindkomstprincippet i statskattelovens § 4, i det omfang det faste driftssted ikke blev domicillandsbeskattet iht. en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller blev lempet for udenlandsk beskatning iht. intern ret.

Efter lovændringen blev dette imidlertid ændret således, at selskaber hjemmehørende i Danmark *skal* sambeskattes, jf. SEL § 31, når de er koncernforbundne, jf. SEL § 31 C, dvs. når et selskab kan udøve bestemmende indflydelse over et andet selskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger enten ved at eje mere end halvdelen af stemmerettighederne eller på anden vis de facto er i stand til at udøve bestemmende indflydelse. Den nationale sambeskatning blev således gjort obligatorisk. For så vidt angår international sambeskatning, blev der indsat en ny bestemmelse i SEL § 31 A, hvorefter international sambeskatning frivilligt kan tilvælges. Hvis ordningen tilvælges, vil dette dog medføre, at samtlige datterselskaber, faste driftssteder og fast ejendom i udlandet, som direkte eller indirekte er kontrolleret i det danske moderselskab, bliver underlagt dansk beskatning. Dette tilvalg vil desuden som udgangspunkt være bindende i en periode på 10 år. Derudover indførtes territorialprincippet (det

⁸ L 121 (2004-05), særlige bemærkninger til § 1, nr. 16

⁹ L 121 (2004-05), almindelige bemærkninger, afsnit 5.1.1

modificerede globalindkomstprincip) i SEL § 8, stk. 2¹⁰, hvorefter faste driftssteder og fast ejendom i udlandet skattemæssigt sidestilles med udenlandske datterselskaber. Indkomst og underskud i faste driftssteder og fast ejendom beliggende i udlandet påvirker således ikke den skattepligtige indkomst i Danmark.

Lovændringen betød også, at danske selskaber som udgangspunkt blev behandlet forskelligt, efter- som f.eks. underskud i danske datterselskaber kunne fradrages i den nationale sambeskatning, mens underskud i udenlandske datterselskaber ikke kunne fradrages i den danske skattepligtige indkomst, medmindre der var tilvalgt international sambeskatning, jf. SEL § 31 A. Dette gav anledning til kritik med henvisning til, at reglerne var i strid med EU-retten, hvilket Skatteministeriet dog afviste¹¹. Usikkerheden herom blev dog anerkendt i lovforslagets almindelige bemærkninger, idet det blev anført, at Domstolen ikke tidligere havde taget stilling til et beskatningssystem bygget på et territorialprincip med mulighed for fravigelse heraf (ved tilvalg af international sambeskatning)¹². I umiddelbar tilknytning hertil blev det dog bemærket, at den forskelsbehandling, som lovforslaget medførte, var begrundet i saglige hensyn, og at det ønskede formål ikke kunne opnås på en mindre indgribende måde¹³. Det var med andre ord lovgivers opfattelse, at i tilfælde af at territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2, skulle blive genstand for Domstolens vurdering, ville det blive anerkendt som begrundet i alment tvingende hensyn og som værende proportional.

2.1.2 *Marks & Spencer-doktrinen og Bevola-dommen*

Samtidig med at L 121 blev behandlet og vedtaget som lov nr. 426 af d. 6. juni 2005, verserede sag C-446/03, *Marks & Spencer*, for Domstolen¹⁴. Sagen drejede sig om et britisk selskab, Marks & Spencer plc, som havde realiseret en række tab i forbindelse med salg og nedlukning af aktiviteter i andre medlemsstater. Reglerne i Storbritannien tillod koncernlempelse for sådanne tab, således at underskud i datterselskaber kunne føres til modregning i moderselskabets indkomst. Dette gjaldt dog kun underskud i datterselskaber, der var beliggende i Storbritannien og ikke datterselskaber beliggende i andre medlemsstater. Tvisten i hovedsagen var således, hvorvidt dette udgjorde en hindring for den frie etableringsret i TEUF art. 49 og 54 (daværende artikel 43 og 48), hvorefter selskaber etableret inden for Unionen har ret til frit at etablere sig i en hvilken som helst medlemsstat og udøve virksomhed på lige vilkår med medlemsstatens egne statsborgere. Dette gælder for både værtsstaten og oprindelsesstaten, således at oprindelsesstaten er forhindret i at lægge hindringer for egne borgeres mulighed for at udøve etableringsretten i andre medlemsstater¹⁵.

Domstolen fastslog i Marks & Spencer-sagen, præmis 32-34, at der var tale om en forskelsbehandling af hjemmehørende moderselskaber med datterselskaber inden for Storbritanniens område og hjemmehørende moderselskaber med datterselskaber etableret uden for Storbritanniens område, hvilket således udgjorde en hindring for etableringsretten. En sådan hindring kunne dog begrundes i alment tvingende hensyn, hvis hindringen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over hvad, der er nødvendigt, for at nå det, jf. præmis 35. Domstolen anerkendte tilstedeværelsen af alment tvingende hensyn i form af hensynene til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstater, risikoen for double dip og skatteunddragelse, jf. præmis 51. Domstolen bemærkede herefter, at foranstaltninger som de i hovedsagen omhandlede var

¹⁰ Lov nr. 426 af d. 6. juni 2005 § 1, nr. 5

¹¹ L 121, svar på spørgsmål 1 og 2 fra Folketingets Skatteudvalg ([link](#))

¹² L 121 (2004-05), almindelige bemærkninger, afsnit 10

¹³ Ibid.

¹⁴ Der blev afsagt dom ca. et halv år efter vedtagelsen af sambeskatningsreformen d. 13. december 2005

¹⁵ F.eks. sag C-81/87, *Daily mail*

uproportionale i en situation, hvor de generelt udelukkede fradrag for underskud i udenlandske datterselskaber, selv når skatteyderen kunne påvise, at hverken datterselskabet selv eller tredjemand kunne anvende underskuddet i et tidligere, det pågældende eller et senere indkomstår, jf. præmis 55 og 59.

Domstolen mente med andre ord, at medlemsstater godt kunne nægte fradrag for underskud i udenlandske datterselskaber. Dog ikke kategorisk – som vel er et bedre ordvalg end ”generelt” – således at der skal tillades fradrag for visse underskud, der efter dommen er blevet kendt som *endelige underskud*, idet Domstolen i præmis 55-59 beskriver en situation, hvor det kan påvises, at et underskud endegyldigt ikke kan, har kunnet eller nogensinde vil kunne blive anvendt i værtsstaten eller i en tredje stat af selskabet selv, et andet koncernforbundet selskab eller en tredjepart og følgelig må anerkendes som fradragsberettiget i oprindelsesstaten. Selskabet skal således have udtømt enhver mulighed for at tage hensyn til underskuddet. Denne doktrin om endelige underskud blev efterfølgende gentaget i flere afgørelser fra Domstolen.

For de nye danske regler om obligatorisk national sambeskatning og frivillig international sambeskatning fik dette dog ingen umiddelbar betydning, idet lovgiver blot henviste til, at sambeskatningsreglerne netop ikke kategorisk afviste fradrag for underskud i udenlandske datterselskaber, faste driftssteder eller faste ejendomme, idet der kunne tilvælges international sambeskatning, jf. SEL § 31 A¹⁶. Dermed fastholdtes synspunktet fra L 121 (2004-05), om at de danske regler – skulle de blive anset som en hindring for etableringsfriheden – var i overensstemmelse med EU-retten, da de forfulgte alment tvingende hensyn og var proportionale.

Spørgsmålet om hvorvidt muligheden for at tilvælge international sambeskatning bragte de danske regler inden for rammerne af Marks & Spencer-doktrinen blev endeligt besvaret i sag C-650/16, *Bevola*. Sagen drejede sig om et dansk selskab med fast driftssted i Finland, som blev lukket med et samlet underskud til følge. Tabet kunne ikke fradrages i Finland, idet der ikke var nogen positiv indkomst at medregne det i, og der var ikke tilvalgt international sambeskatning, jf. SEL § 31 A, hvorfor tabet ikke kunne medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i Danmark, jf. territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2. Domstolens praksis vedr. Marks & Spencer-doktrinen ift. udenlandske datterselskaber finder analog anvendelse på udenlandske faste driftssteder, jf. dommens præmis 64. Domstolen udtalte, at der var tale om en forskelsbehandling, jf. præmis 28, og at for så vidt angik situationer, hvor der var tale om et *endeligt* tab, var der desuden tale om objektivt sammenlignelige situationer, jf. præmis 40. Ligesom i Marks & Spencer-sagen var forskelsbehandlingen dog begrundet i alment tvingende hensyn, jf. præmis 53, og foranstaltningernes proportionalitet skulle derefter vurderes. Domstolen nåede frem til, at i det omfang der var tale om endelige tab i overensstemmelse med Domstolens hidtidige praksis herom, gik de danske regler længere end hvad, der var nødvendigt, og de var således uproportionale, jf. præmis 59.

Afgørende for retten til medregning af underskud er således, at der består en forskelsbehandling af objektivt sammenlignelige situationer. Dette er ifølge Domstolen tilfældet for så vidt angår både datterselskaber og faste driftssteder i andre EU/EØS-medlemsstater, når der er tale om *endelige* underskud, som i en rent intern kontekst vil kunne medregnes ved sambeskatning eller kunne være genstand for eksemptionslempelse.

¹⁶ SAU alm. del – svar på spørgsmål 96 (2005-06)

Med afgørelsen i sag C-650/16, *Bevola*, blev det således fastslået, at SEL § 8, stk. 2, var uforenelig med EU-retten i det omfang, den udelukkede fradrag for endelige tab, uanset at der godt kunne opnås fradrag herfor gennem tilvalg af international sambeskatning, jf. SEL § 31 A. Dermed var der behov for en regelændring, således at endelige tab i udenlandske datterselskaber og faste driftssteder kunne medregnes i den skattepligtige indkomst i Danmark. Den valgte løsning blev at indsætte en ny regel i SEL § 31 E ved lov nr. 1835 af d. 8. december 2020, som tillader fradrag for underskud i udenlandske datterselskaber, faste driftssteder og fast ejendom, selvom der ikke er tilvalgt international sambeskatning, når underskuddet kan betragtes som endeligt, jf. SEL § 31 E, stk. 3. Bestemmelsens formål er at bringe de danske regler i overensstemmelse med EU-retten¹⁷, dvs. betingelserne for at et underskud kan anses som endeligt svarer (i hvert fald) til hvad, der kan udledes af EU-Domstolens praksis herom. Skatteforvaltningen har desuden udstedt et styresignal vedrørende underkendelse af dansk ret og genoptagelse af tidligere indkomstår for så vidt angår endelige tab¹⁸.

2.2 Selskabsskatteoven § 31 E: det omfattede skatteobjekt og krav til underskuddet

Bestemmelsen stiller en lang række krav til de underskud, der kan medregnes i moderselskabets danske skattepligtige indkomst. Underskuddet skal ikke overraskende opgøres efter danske regler, jf. SEL § 31 E, stk. 1, sidste pkt. Underskuddet skal desuden forstås som det akkumulerede underskud på det tidspunkt, hvor underskuddet kan anses som endeligt, jf. SEL § 31 E, stk. 3¹⁹. Her skal opmærksomheden henledes tilbage på Domstolens anerkendelse af double dip som et alment tvingende hensyn, da det først er på endelighedstidspunktet, at der ikke længere består en risiko herfor, og således først på dette tidspunkt, at fradrag kan komme på tale.

For underskud i datterselskaber er det en betingelse, at underskuddet kunne have været anvendt efter reglerne i § 31 A, jf. SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt. Der skal således udarbejdes en fiktiv sambeskatningsopgørelse²⁰. Dette betyder også, at bestemmelsen alene omfatter underskud, der er opstået i den periode, hvori selskaberne har været koncernforbundne, mens underskud opstået før eller efter koncernforbindelse, jf. SEL § 31 C, er etableret hhv. afbrudt ikke kan medregnes. Den fiktive sambeskatningsopgørelse skal som bemærket ovenfor foretages i det indkomstår, hvor endelighedsbetingelsen er opfyldt. Henvisning til SEL § 31 A betyder også, at underskud i datterselskaber alene kan medregnes i det omfang, det kan rummes i det danske moderselskabs positive indkomst. Der stilles ikke krav om en eller flere (hvis der har været underskud i flere indkomstår) egentlige sambeskatningsopgørelser, så længe underskuddets størrelse er opgjort efter danske regler, og det er behørigt dokumenteret²¹. Ift. underskud i faste driftssteder og underskud vedrørende fast ejendom, finder skattelovgivningens almindelige regler anvendelse, jf. SEL § 31 E, stk. 1, 5. pkt. Dvs. eventuelle kildeartsbegrænsninger kan blive aktuelle at overveje, f.eks. for så vidt angår tab ved afståelse af fast ejendom samt kurstab på finansielle kontrakter.

Hvad, der skal forstås ved et *endeligt* underskud, fremgår af SEL § 31 E, stk. 3. Vurderingen skal ske på grundlag af reglerne i kildelandet, og underskuddet er kun endeligt i det omfang, det godtgøres, at det hverken i tidligere indkomstår, det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår har været eller vil være muligt at anvende underskuddet. Dvs. enhver mulighed for at tage hensyn til

¹⁷ L 28 (2020-21), almindelige bemærkninger, afsnit 2.2.2, og de særlige bemærkninger til § 1, nr. 8

¹⁸ SKM2021.5.SKTST

¹⁹ Ibid.

²⁰ SR.2021.0082, s. 3

²¹ L 28 (2020-21) svar på spg. 7 og SR.2021.0082, s. 4

underskuddet skal være udtømt²². Underskuddet må derudover ikke kunne anvendes i et tredje land (f.eks. hvis det ultimative moderselskab er beliggende i et tredje land, og underskuddet kan anvendes i dette land, vil underskuddet ikke kunne anvendes af et mellemliggende dansk selskab). Desuden er underskuddet ikke endeligt i det omfang, det kunne have været anvendt, hvis reglerne i kildelandet havde været identiske med de danske. F.eks. hvis to datterselskaber er etableret i samme medlemsstat, som ikke har regler for sambeskatning, og det ene selskab likvideres med et underskud, mens det andet selskab oppebærer positiv indkomst, vil underskuddet i førstnævnte selskab ikke kunne anses for endeligt i det omfang, det kan rummes i sidstnævnte selskabs overskud, da regler identiske med de danske sambeskatningsregler, ville have pålagt det overskudsgivende selskab at modregne det underskudgivende selskabs negative indkomst i det pågældende indkomstår. Denne betingelse er blevet kritiseret for at være uforenelig med Domstolens praksis, idet betingelsen ikke er relevant i vurderingen af, hvorvidt der består en risiko dobbelt fradrag²³. Lovgiver begrundet betingelsen med, at Danmark iht. Domstolens praksis ikke er forpligtet til at tage hensyn til negative virkninger af sær-egenheder ved lovgivningen i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende²⁴. Dette spørgsmål behandles imidlertid ikke indgående i denne afhandling.

Et underskuds endelighed skal ligeledes forstås i overensstemmelse med Domstolens praksis vedrørende Marks & Spencer-doktrinen, idet SEL § 31 E er en implementering af Domstolens praksis, som også gennemgås af bestemmelsens forarbejder²⁵. At det formentligt har været lovgivers hensigt at affatte reglen så indskrænkende som muligt kan ikke ændre ved dette udgangspunkt²⁶.

Endeligt følger det af SEL § 31 E, stk. 4, at opfyldelsen af betingelserne i bestemmelsen skal dokumenteres ved at indsende oplysninger til told- og skatteforvaltningen. Det skal således dokumenteres, at underskuddet er opgjort efter danske regler, at det er endeligt, jf. stk. 3, og at det ville have været omfattet af en international sambeskatning, jf. SEL § 31 A. Told- og skatteforvaltningen kan også fastsætte nærmere regler for de oplysninger, der skal indsendes, jf. SEL § 31 E, stk. 5. Denne bemyndigelse er udnyttet ved bekendtgørelse nr. 1115 af 2. juni 2021, hvoraf der fremgår en række yderligere dokumentationskrav.

Del 3 Hittidig praksis vedrørende selskabsskatteloven § 31 E

I denne del af afhandlingen vil den eksisterende praksis vedrørende SEL § 31 E blive behandlet. Med undtagelse af Østre landsrets dom i Bevola-sagen²⁷ findes der endnu ikke retspraksis om denne bestemmelse, hvorfor de afgørelser, der skal behandles nedenfor, udtrykker Skattemyndighedernes opfattelse af bestemmelsens indhold. Det er dog værd at bemærke, at der findes megen praksis fra Domstolen med tilknytning til Marks & Spencer-doktrinen, som bidrager til fortolkning af bestemmelsen, da denne udspringer af netop EU-retten, jf. i det hele ovenfor. Ikke desto mindre er det essentielt for danske hjemmehørende moderselskaber at få afklaring om bestemmelsens anvendelse også i dansk praksis.

²² Som ordvalget er i sag C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 59

²³ Se f.eks. L 48 (2019-20) svar på spg. 33, s. 4 og RR.2021.10.50, s. 7

²⁴ L 28 (2020-21), særlige bemærkninger til § 1, nr. 8

²⁵ L 28 (2020-21), almindelige bemærkninger, afsnit 2.2.1.2

²⁶ Se f.eks. SR.2021.82, s. 1

²⁷ SKM2020.299.ØLR, som ganske vist blev afsagt inden bestemmelsen blev indsat, men som naturligvis er relevant, da Østre Landsret – ligesom lovgiver – måtte følge Domstolens afgørelse i sag C-650/16, *Bevola*. Dommen blev da også anvendt i lovbemærkningerne til SEL § 31 E.

3.1 Hypotetiske og ikke-udnyttede muligheder for at tage hensyn til underskuddet i tidligere, indeværende og fremtidige indkomstår

Som tidligere anført følger det af bestemmelsen i SEL § 31 E, stk. 3, 2. pkt., samt Domstolens praksis²⁸, at et underskud ikke er endeligt, i det omfang det kunne have været anvendt i tidligere, det pågældende eller senere indkomstår iht. til reglerne i det land, hvori datterselskabet eller det faste driftssted er hjemmehørende hhv. den faste ejendom er beliggende. Det er desuden ikke kun fradrag, der skal kunne udelukkes, men i det hele taget muligheden for at ”tage hensyn til” underskuddet, som Domstolen udtrykker det. Der kan f.eks. ikke være tale om et endeligt underskud i et datterselskab, hvis aktier kan overdrages til en tredjepart, hvor aktiernes pris afspejler underskuddets skattemæssige værdi, jf. sag C- 607/17, *Memira Holding AB*. Det fremgår desuden af bestemmelsens forarbejder, at det ikke har nogen betydning, om denne mulighed faktisk ikke blev udnyttet eller ej²⁹.

I forhold til spørgsmålet om potentiel anvendelse af underskuddet i senere indkomstår, har skattemyndighederne det privilegium, at Østre Landsret allerede har taget stilling til et spørgsmål i dette henseende, da Landsretten afsagde dom i *Bevola-sagen*³⁰. Sagen handlede som tidligere nævnt om et fast driftssted i Finland, hvor der eksisterede en teoretisk adgang til underskudsfremførsel i en 10-årig periode. De finske skattemyndigheder erklærede, at skulle det faste driftssted blive etableret igen af samme moderselskab inden for denne periode, ville underskuddet formentligt kunne anvendes i Finland. Der eksisterede ikke finsk praksis herom. Østre Landsret konstaterede at det faste driftssted blev lukket permanent og ikke midlertidigt, hvorefter underskuddet måtte anses som endeligt, uanset at der forelå en hypotetisk mulighed for, at underskuddet formentligt kunne anvendes i senere indkomstår, hvis det faste driftssted blev genetableret. Lovgiver har fortolket denne konklusion således, at det afgørende kriterium var, at der ikke forelå et klart regelsæt eller en entydig praksis, om hvorvidt underskuddet ville kunne anvendes i tilfælde af en genetablering inden for den 10-årige periode, hvorefter underskuddet i det modsatte tilfælde, først ville være endeligt ved udløbet af perioden for adgang til underskudsfremførsel³¹. I det konkrete tilfælde ville underskuddet således først have været endeligt i 2019 (de stammede fra indkomstårene 2005-2008). Østre Landsret betragtede dog underskuddet som endeligt i 2009, hvor det faste driftssted blev (permanent) nedlukket. Det afgørende kriterium synes derved at være, hvorvidt nedlukning er permanent eller midlertidig³².

Det er således ikke helt klart, hvornår et underskud er endeligt i tilfælde, hvor værtslandet har regler, hvorefter et underskud i et likvideret selskab eller et nedlukket fast driftssted kan fremføres inden for en vis periode efter likvidation/nedlukning. SKM2020.299.ØLR er afsagt før vedtagelsen af lov nr. 1835 af d. 8. december 2020, hvorfor der er behov for, at en dansk domstol tager stilling til denne problemstilling igen, og i den forbindelse enten tilslutter sig lovgivers bemærkninger i L 28 (2020-21) eller gentager/tydeliggør Østre Landsrets begrundelse i *Bevola-dommen*. For skatteyderne er det dog et væsentligt element i denne vurdering at SKM2020.299.ØLR er afsagt før indsættelsen af SEL § 31 E, idet Østre Landsret ikke anvendte en dansk bestemmelse med tilknyttede lovbemærkninger, som giver indikationer om, hvordan bestemmelsen skal anvendes, mens det modsatte vil være tilfældet for fremtidige sager. Skatterådet synes imidlertid at anvende lovgivers opfattelse af dommen, idet denne blev gengivet i begrundelsen til besvarelsen af spørgsmål 1 i SKM2023.17.SR, skønt dette

²⁸ Bl.a. sag C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 59

²⁹ L 48 (2019-20) svar på spg. 33, s. 6, og L 28 (2020-21), særlige bemærkninger til § 1, nr. 8

³⁰ Dommen er trykt i SKM2020.299.ØLR

³¹ L 28 (2020-21), særlige bemærkninger til § 1, nr. 8

³² Se også SR.2024.31, s. 4

bindende svar ikke handlede om en hypotetisk genetablering af aktiviteter. Det bindende svar er behandlet nærmere nedenfor.

I SKM2022.356.SR havde Skatterådet også anledning til at vurdere et underskud, som hypotetisk godt kunne anvendes i senere indkomstår, og som i øvrigt opfyldte betingelserne i SEL § 31 E. Det bindende svar vedrørte et svensk datterselskab, som det danske moderselskab havde til hensigt at likvidere, da det med enkelte undtagelser havde været underskudsgivende i alle sine indkomstår. Efter svensk ret er det ikke tilladt at have en negativ egenkapital, hvorefter det danske moderselskab havde været nødsaget til yde kapitaltilskud til datterselskabet ifm. med realiseringen af underskuddene, da datterselskabet ikke selv havde realiseret overskud, der kunne overføres til egenkapitalen. Det var ikke muligt – og havde ikke tidligere været muligt – for selskabet selv at anvende underskuddene iht. reglerne i Sverige, men det var dog muligt at overføre underskuddet til tredjemand ved et ejerskifte. Overdragelsen af underskud til tredjemand var dog begrænset derved, at salgsprisen for aktierne i selskabet skulle reduceres med eventuelle kapitaltilskud, der er blevet ydet i salgsåret og de to forudgående år. Den reducerede salgspris skulle derefter multipliceres med 2, hvilket iht. svenske regler ville give det beløb, som så kunne underskudsføres af erhververen af aktierne. På den baggrund mente Spørgeren ikke, at det reelt var muligt at overdrage underskuddet under de konkrete omstændigheder, da underskuddet blev udlignet af de kapitaltilskud, som moderselskabet havde været pålagt at yde iht. svensk lovgivning. Skatterådet var enig i denne opfattelse, hvorefter de betragtede underskuddet som endeligt. Skatterådet tog derudover stilling til det forhold, at det havde været muligt for det danske moderselskab at tilrettelægge sine kapitaltilskud således, at yderligere tilskud ikke ville være nødvendige i to år op til salgsåret, hvorefter underskudsforeførslen ikke ville blive begrænset. Skatterådet bemærkede, at kravet om at datterselskabet skal have udtømt alle muligheder for at fradrage underskud i værtslandet bl.a. er begrundet i hensynet til en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen. I dette lys mente Skatterådet ikke, at det ville være ”en proportionel foranstaltning at begrænse fradragsretten med henvisning til, at det underskudsgivende selskab kunne have solgt underskuddet til en tredjepart, når handlen bygger på omstændigheder, der ikke er forretningsmæssigt begrundet eller udgør misbrug af skattereglerne”. Det bindende svar kan muligvis forstås således, at skønt et underskud hypotetisk godt kunne have været anvendt i tidligere, indeværende eller senere indkomstår, forhindrer dette forhold ikke, at et underskud kan anses som endeligt, når denne hypotetiske mulighed for at anvende underskuddet strider mod de alment tvingende hensyn, som Domstolen har anerkendt og i hvert fald ikke, når muligheden er udtryk for misbrug af skattereglerne i værtslandet³³.

I Tyskland består der også en delvis mulighed for underskudsforeførsel ved overdragelse af et datterselskab til tredjemand. Ved overdragelser på mere end 50% af aktierne i datterselskabet bortfalder underskuddet dog, hvilket i SKM2022.226.SR medførte, at underskuddet reelt ikke havde mulighed for at overdrage underskuddet til tredjemand, hvorefter det måtte anses som endeligt, da det i øvrigt opfyldte betingelserne herfor. Skattestyrelsens henviste i sin afgørelse til SKM2020.392.SR³⁴ fra tiden før indsættelsen af SEL § 31 E, hvor Skattestyrelsen også tillod medregning af et underskud under lignende omstændigheder dog uden konkret omtale af de tyske regler. Det synes således at være Skattestyrelsens klare opfattelse, at regler som de tyske, hvorefter underskud ikke kan overdrages ved aktieoverdragelser på mere end 50% af aktiekapitalen, ikke statuerer en reel mulighed for at tage hensyn til et underskud i SEL § 31 E's forstand.

³³ Se bl.a. sag C-446/03, *Marks & Spencer*, hvor Domstolen anerkendte hensynet til en hensigtsmæssig fordeling af beskatningskompetencen.

³⁴ Som også er omtalt i SKM2021.5.SKSTS, afsnit 5.3.1

I Frankrig findes der ligeledes regler om underskudsfrømsel ifm., at et datterselskab overdrages til en tredjemand uden for koncernen. I SKM2022.579.SR anmodede Spørgeren om svar på, om et underskud i et Fransk datterselskab ville kunne anses som endeligt ifm. en påtænkt likvidation, når underskuddet ikke kunne anvendes af selskabet selv, men godt kunne anvendes ved overdragelse til tredjemand uden for koncernen, såfremt der ikke skete en reel ændring af selskabets aktivitet i forbindelse med overdragelsen. Datterselskabets aktivitet bestod af udnyttelse af licenser ejet af den koncern (moderselskabet), som datterselskabet var en del af. Spørgeren mente ikke, at underskuddet reelt kunne overdrages, da denne aktivitet af forretningsmæssige årsager ikke ville blive overdraget sammen med datterselskabet. Det fremgår af forarbejderne til SEL § 31 E, at det ikke er afgørende, om en mulighed for at overføre underskud ved aktieoverdragelse faktisk er blevet udnyttet³⁵, hvorefter det ikke forekommer usandsynligt, at en streng håndhævelse i denne situation vil føre til, at underskuddet ikke er endeligt, idet der faktisk består en hypotetisk mulighed for at tage hensyn til underskuddet. I sin indstilling bemærkede Skattestyrelsen, at det alene var afgørende, om der i datterselskabets hjemland forelå en principiel mulighed for at udnytte underskuddet ved en aktieoverdragelse til tredjemand, og at det ikke var afgørende, om denne mulighed faktisk var udnyttet³⁶. På denne baggrund mente Skattestyrelsen ikke, at alle muligheder var udtømt, uanset at Spørger savnede forretningsmæssig interesse og begrundelse for at overdrage datterselskabets aktivitet til tredjemand, da sådanne forhold vedrørte Spørger og var endelighedsvurderingen uvedkommende. Skatterådet var dog – ganske kortfattet – af den opfattelse, at Spørgeren ”ikke kan pålægges at overdrage aktierne med tilhørende aktivitet til tredjemand som en betingelse for at anse underskuddet for endeligt”. Skatterådet syntes således netop at tildele det betydning, om denne mulighed faktisk ikke var – eller rettere, kunne – udnyttes.

Det kan tænkes, at Skatterådet sonderer mellem muligheder for at tage hensyn til underskud, som en skatteyder praktisk kan gennemføre og ikke kan gennemføre. Med det første spørgsmål i SKM2023.17.SR ønskede et dansk selskab svar på, om et underskud i et norsk fast driftssted kunne medregnes i dets danske indkomst i en situation, hvor en norsk koncernregel gav mulighed for overførsel af underskud, såfremt det faste driftssted blev overført til et koncernforbundet selskab ved en skattefri virksomhedsoverdragelse. Spørgeren havde dog allerede gennemført en skattepligtig overdragelse. Ikke overraskende svarede Skatterådet nej, da selskabet åbenlyst ikke havde udnyttet enhver mulighed for at tage hensyn til underskuddet, der eksisterede, efter norske regler. Det er bemærkelsesværdigt, at Skattestyrelsen i sin indstilling bemærkede, at fravalget af den norske koncernregel forekom ”at være af skattemæssig snarere end af forretningsmæssig karakter”, når sådanne overvejelser ellers ikke var relevante i SKM2022.579.SR, hvor forretningsmæssige hensyn var endelighedsvurderingen uvedkommende. Norsk ret gav imidlertid mulighed for at ændre i sin skatteangivelse 3 år bagud i tid, hvorefter selskabet fortsat havde mulighed for at ændre overdragelsen til skattefri virksomhedsoverdragelse. I spørgsmål 2 ønskede Spørgeren det bekræftet, at underskuddet blev endeligt efter udløbet af denne frist for ændring af selvangivelsen, da overdragelsen på det tidspunkt var endegyldigt umuligt at ændre skattemæssigt. Heller ikke på dette tidspunkt mente Skatterådet, at selskabet havde udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddene efter de norske regler, sådan som det foreskrives af SEL § 31 E, stk. 3 og Domstolens praksis³⁷. Der var snarere tale om en situation, hvor Spørger frivilligt havde valgt ikke at udnytte underskuddet i Norge, og Spørger skulle således ikke have mulighed for selv at vælge i hvilket land et underskud skulle anvendes³⁸. Når et underskud ikke kan anvendes i værtslandet som konsekvens af skatteyderens egne fravalg, har det

³⁵ Se afsnit 2.2.2

³⁶ Under henvisning til L 28 (2020-21), særlige bemærkninger til § 1, nr. 8, og L 48 (2019/20), svar på spørgsmål 32

³⁷ Bl.a. sag C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 55

³⁸ Se sag C-446/03, *Marks & Spencer*, præmis 46, hvor Domstolen udtrykker bekymring for netop denne mulighed

således den retsvirkning, at underskuddet ikke er endeligt, da skatteyderen blot kunne have valgt at udnytte underskuddet, og denne må således selv bære konsekvenserne heraf.

Det er værd at bemærke, at skønt SKM2022.579.SR og SKM2023.17.SR adskiller sig derved, at der er tale om hhv. et datterselskab og et fast driftssted, som omtales hver for sig i både SEL § 31 E og dens forarbejder, anvender Skattestyrelsen i dele af sin indstilling den samme argumentation for, at underskuddene ikke er endelige – I SKM2023.17.SR blev aktiviteten dog ligeledes videreført i Norge. For denne problemstilling se nedenfor under afsnit 3.1.1. Henset til muligheden for at tage hensyn til et underskud gennem reglerne i det land, hvori et datter selskab er hjemmehørende hhv. et fast driftssted er beliggende, er det dog interessant, at Spørgeren i SKM2022.579.SR ikke fik med pisken og henvistes til at udtømme enhver mulighed for at tage hensyn til underskuddet, da en udtømmning af de pågældende muligheder ville føre til et for ubehageligt resultat for Spørgeren, mens Spørgeren i SKM2023.17.SR godt kunne tvinges til at foretage visse mindre ubehagelig valg. Dette er især interessant, henset til at lovbemærkningerne udtrykkeligt angiver, at når det netop handler om aktieoverdragelser, er det ikke afgørende, om en evt. mulighed for at tage hensyn til et underskud ved overdragelse til tredjemand faktisk er udnyttet eller ej³⁹, når der netop bestod en sådan mulighed i SKM2022.579.SR. Alligevel blev der dog lagt vægt på, at denne mulighed ikke var praktisk mulig eller i hvert fald ikke forretningsmæssigt begrundet for Spørgeren. Set fra et forretningsmæssigt synspunkt var det også i høj grad uhensigtsmæssigt at anvende de franske regler om overførsel af underskud ved aktieoverdragelse. Det modsatte var imidlertid tilfældet i SKM2023.17.SR, hvor Spørgeren (formentligt) uden andre ulemper end en anderledes skattepligtig indkomst kunne have taget hensyn til underskuddet. I den ovenfor omtalte SKM2022.356.SR om underskud i et svensk datterselskab afviste Skatterådet også, at et underskud ikke skulle være endeligt, selvom der var/havde været mulighed for at tage hensyn til underskuddet ved overførsel til tredjemand. Dette med den begrundelse, at det bl.a. ikke var forretningsmæssigt begrundet at anvende denne mulighed, og at muligheden i øvrigt muligvis udgjorde en omgåelse af de svenske skatteregler.

De nævnte bindende svar vedr. aktieoverdragelser bemærker sig alle ved, at de rent teoretisk ikke udelukker en overdragelse til tredjemand. Dog vil en udnyttelse af de pågældende muligheder for at tage hensyn til underskuddet væsentligt besværliggøre opløsningen af datterselskaberne, være udtryk for misbrug eller være uden forretningsmæssig begrundelse. Udtømmningen af alle muligheder for at tage hensyn til et underskud ifm. aktieoverdragelser synes således anvendt ud fra den forudsætning, at overdragelsen under de konkrete omstændigheder faktisk kan lade sig gøre bl.a. under inddragelse af forretningsmæssige overvejelser, og at der i øvrigt ikke er tale om misbrug. Denne praksis forekommer umiddelbart mere lempelig, end endelighedskriteriet ellers er blevet omtalt i litteraturen⁴⁰. Det forekommer dog hensigtsmæssigt og i overensstemmelse med Marks & Spencer-doktrinen, at Skatterådet er afvisende overfor at indrømme fradrag, når en udtømmning af enhver mulighed for at tage hensyn til underskud ikke er praktisk mulig eller i høj grad er uhensigtsmæssig for skatteyderen. Henset til de alment tvingende hensyn, som Domstolen har anerkendt i Marks & Spencer-doktrinen, forekommer det ligeledes korrekt ikke at betragte muligheder, hvis anvendelse i det konkrete tilfælde vil udgøre misbrug, som reelle muligheder i SEL § 31 E's forstand. I SKM2022.356.SR blev hensynet til en hensigtsmæssig fordeling af beskatningskompetencen fremført, hvorefter selskaber ikke vilkårligt skal kunne vælge den nemmeste og bedste løsning for dem set fra et skattebesparelsessynspunkt, også udtrykkeligt nævnt.

³⁹ L 28 (2020-21), særlige bemærkninger til § 1, nr. 8

⁴⁰ Se f.eks. RR.2021.10.50 og SR.2019.0377

Betingelsen i SEL § 31 E, stk. 3, 2. pkt., synes iht. ovenstående i al fald ikke anvendt alt for bogstaveligt, således at Skatterådet (og muligvis Østre Landsret) godt kan se bort fra hypotetiske og teoretiske muligheder for at tage hensyn til underskud, når dette kan begrundes i de konkrete omstændigheder. Skatterådet synes muligvis at have en vis forståelse for hvad, der rent faktisk er muligt set fra et forretningsmæssigt perspektiv, ift. betingelsen om at enhver mulighed for at tage hensyn til underskuddet skal være udtømt. Hvor den hypotetiske mulighed består i, at reglerne i det pågældende land tillader underskudsfremførsel, hvis aktiviteter genetableres inden for en vis periode, er det dog usikkert, om selskabet må afvente, at denne periode udløber, som lovens forarbejderne foreskriver, eller om kriteriet er et andet.

3.1.1 Uændret videreførelse af aktivitet

I sag C-172/13, *Kommissionen mod Storbritannien*, præmis 36, bemærkede Domstolen, at så længe et datterselskab (eller et fast driftssted, jf. Bevola-dommen) fortsat ”oppebærer indtægter, selv minimale eksisterer muligheden for, at de lidte underskud endnu kan modregnes i fremtidige overskud”, og et underskud kan i så fald ikke anses som endeligt. Dette giver anledning til at overveje, om det samme gør sig gældende, når det underskudgivende datterselskab eller faste driftssted ganske vist opløses hhv. nedlukkes, således at et underskud ikke kan anvendes i det pågældende land, men hvor aktiviteten fortsætter i et vis omfang.

I SKM2023.598.SR ønskede Spørger det bekræftet, om vedkommende kunne fradrage et underskud realiseret i et norsk datterselskab, som skulle likvideres i samme ombæring. Det særlige var, at den aktivitet, som datterselskabet hidtil havde udført, fremover skulle varetages af moderselskabet selv. Spørger var af den opfattelse, at den fortsatte aktivitet var af forberedende og hjælpende karakter, hvorefter der ikke var tale om et fast driftssted i Norge, mens Skattestyrelsen i sin indstilling var af den modsatte opfattelse. Ifølge Skattestyrelsen var årsagen til, at vurdering vedr. etableringen af et fast driftssted var afgørende, at Spørger ved likvidation af datterselskabet og en efterfølgende uændret videreførelse af samme aktivitet gennem et fast driftssted, ønskede adgang til selv at vælge, om der skulle tages hensyn til underskuddet i Danmark eller i Norge. I sag 446/03, *Marks & Spencer*, præmis 46, udtalte Domstolen, at selskaber ikke skal gives mulighed for selv at vælge i hvilken medlemsstat, der skal tages hensyn til et underskud, da dette ville ”bringe den afbalancerede fordeling af beskæftigelseskompetencen mellem medlemsstaterne i alvorlig fare”⁴¹. Skattestyrelsen bemærkede også, at bedømmelsen af, om der fortsat oppebæres indtægter i den pågældende medlemsstat, skal foretages på grundlag af de eksisterende/hidtidige aktiviteter. Dette synes ikke at følge udtrykkeligt af hverken Domstolens praksis eller af lovbemærkningerne, men Skatteministeren har dog i et svar til FSR anført, at dette fremgår implicit af Domstolens praksis⁴². Under henvisning til det anførte præmis fra *Marks & Spencer*-dommen, synes Skattestyrelsen derved at anvende Domstolens udtalelser i sag C-172/13, *Kommissionen mod Storbritannien*, præmis 36, på aktivitetsniveau og ikke på baggrund af aktiviteterernes formelle organiseringsform, selvom dette ikke umiddelbart følger af præmissens ordlyd. Det fremgår imidlertid også af dommens præmisser, at Storbritannien ligeledes anvender den eksisterende aktivitet som kriterium frem for organiseringen af aktiviteten, hvilket Domstolen derved synes at anerkende⁴³. Skattestyrelsens praksis forekommer således korrekt, især henset til, at det modsatte velsagtens ville virkeliggøre domstolens bekymring som anført i *Marks & Spencer*-dommens præmis 46.

⁴¹ Dette blev desuden gentaget i sag C-608/17, *Holmen*, præmis 23

⁴² L 28 (2020-21), bilag 2 (høringsskema), s. 30

⁴³ Se dommens præmis 37. Derefter forkastes Kommissionens klagepunkt om tilsidesættelse af etableringsfriheden

Det skal dog bemærkes, at Skatterådet ikke tiltrådte Skattestyrelsens indstilling, men afviste at besvare spørgsmålet, jf. SFL § 24, stk. 2, da det var Skatterådet opfattelse, at det ud fra de forelagte faktiske oplysninger ikke med fornøden sikkerhed kunne afgøres, om der blev etableret et fast driftssted i Norge, og at besvarelsen afhang heraf. Skønt spørgsmålet ikke blev besvaret, syntes Skatterådets dog således at være enig i konsekvenserne af, om der kan statueres et fast driftssted.

I sin besvarelse af spørgsmål 1 i den ovenfor omtalte SKM2023.17.SR skulle Skatterådet taget stilling til en lignende situation, nemlig hvor et fast driftssted blev nedlagt, mens aktiviteten blev overdraget i uændret form til et datterselskab i samme land. På baggrund af den samme argumentation, som blev anvendt i SKM2023.598.SR, var Skatterådet af den opfattelse, at Spørger ønskede adgang til selv at vælge i hvilket land, der skulle tages hensyn til underskuddet. I dette tilfælde var der dog også det særlige forhold, at der faktisk var mulighed for at tage hensyn til underskuddet, men Spørger havde valgt ikke at udnytte denne. Ikke desto mindre synes Skattestyrelsens og Skatterådets praksis dog klar ift. videreførelse af aktiviteten i udlandet, således at når denne videreføres i uændret form gennem et nyetableret eller eksisterende datterselskab eller fast driftssted, vil der ikke blive indrømmet fradrag for underskud i den danske skattepligtige indkomst iht. SEL § 31 E.

3.2 Tidspunktet for underskuddets endelighed og dets betydning for medregningen i den danske indkomst

Iht. SEL § 31 E, stk. 3, og Domstolens praksis⁴⁴ kræves det, at aktiviteterne i det underskudgivende datterselskab eller faste driftssted er ophørt, således at det ikke længere er muligt at tage hensyn til underskuddet, førend underskuddet kan betragtes som endeligt. Det har dog ingen selvstændig betydning for selve muligheden for at tage hensyn til underskuddet, om moderselskabet har ophørt aktiviteterne i det pågældende land eller ej, jf. sag C-123/11, *A Oy*. Det er f.eks. stadig muligt at tage hensyn til et underskud i et datterselskab, selvom selskabet er uden erhvervsmæssig aktivitet, ligesom muligheden for at tage hensyn til underskuddet i fremtidig overskud efter omstændighederne fortsat kan eksistere efter aktiviteten ellers er ophørt.

I SKM2022.232.SR skulle Skatterådet tage stilling til underskuddet i et tysk datterselskab, som på forespørgselstidspunktet var under konkursbehandling og uden forretningsmæssig aktivitet. Spørgrens motivation (og bekymring) for det bindende svar var betingelsen om, at underskuddet skal kunne have været anvendt efter reglerne i § 31 A, hvis der havde været valgt international sambeskatning, jf. SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt. Når der er afsagt konkursdekret over et selskab, skal dette holdes uden for sambeskatningen fra og med det pågældende indkomstår, jf. SEL § 31 C, stk. 8, hvorefter den førnævnte betingelse medfører, at underskud ikke kan medregnes i det danske moderselskabs indkomst, hvilket Skatterådet bekræftede i det bindende svar.

Spørgeren ønskede det bekræftet, om underskuddet kunne betragtes som endeligt på 4 konkrete tidspunkter (foruden spørgsmålene vedrørende ophørsmetoden, som behandles nedenfor, men som ikke er relevante i denne sammenhæng): 1) når det tyske datterselskabs selvangivelser for de underskudsgivende indkomstår var indsendt, 2) når selvangivelserne var godkendt, 3) når der var indgivet konkursbegæring, eller 4) når konkursbehandlingen blev afsluttet, og selskabet blev endeligt opløst. Skatterådet svarede nej til de første to med henvisning til, at der på de tidspunkter fortsat bestod en mulighed for at starte en ny aktivitet op i selskabet, som derved fortsat kunne anvende underskuddene. Dette synes ikke overraskende, henset til den netop anførte sag C-123/11, *A Oy*, og SEL § 31 E, stk. 3, i øvrigt. De to sidstnævnte tidspunkter blev der ligeledes svaret nej til på den baggrund, at på det

⁴⁴ Bl.a. sag C-172/13, *Kommissionen mod Det forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland*

tidspunkt, der indgives konkursbegæring, er selskabet ikke retligt ophørt, og på det tidspunktet konkursbehandling afsluttes, indgår selskabet ikke længere i sambeskatningen. Skatterådet understregede således, at vurderingen af det akkumulerede underskuds endelighed, herunder vurdering af om det er omfattet af SEL § 31 A, skal foretages i endelighedsåret, som er det år, hvori et datterselskab er retligt ophørt. Hvorvidt de enkelte dele af det akkumulerede underskud kunne have været anvendt i de (tidligere) indkomstår, som de blev realiseret i, er således uden betydning. For at underskud i datterselskaber skal kunne anses som endelige, skal datterselskabet således være retligt ophørt f.eks. ved likvidation, som Skatterådet også bekræftede i spørgsmål 7. Skatterådet har desuden bekræftet i flere andre bindende svar, at underskud i datterselskaber som udgangspunkt kan anses som endeligt, når et datterselskab er ophørt ved likvidation⁴⁵. I de tilfælde, hvor det udenlandske datterselskab er insolvent, er det således nødvendigt at rekapitalisere selskabet for derefter at gennemføre en solvent likvidation⁴⁶.

Da underskuddet skal opgøres efter danske regler, jf. SEL § 31, stk. 1, sidste pkt., skal skatteydere dog være opmærksomme på en potentiel underskudsbegrænsning ifm. med rekapitalisering. I SKM2022.226.SR skulle Skatterådet taget stilling til et underskud i et helejet tysk datterselskab, som skulle opløses ved solvent likvidation. Da datterselskabet på tidspunktet for anmodningen om det bindende svar var insolvent, skulle der dog først foretages en rekapitalisering ved en kapitalforhøjelse og efterfølgende indfrielse af gæld til moderselskabet – dvs. en såkaldt maskeret gældskonvertering. En sådan gældskonvertering kan give anledning til underskudsbegrænsning iht. SEL § 12 C. Ved opgørelsen af selve nedsættelsesbeløbet, skal der dog bortses fra kapitalindskuddet (eller tilskuddet), der gav anledning til underskudsbegrænsningen, jf. stk. 3. Nedsættelsesbeløbet skal desuden reduceres med gevinsten, jf. KGL § 8, 1. pkt., da tab på koncerngæld ikke er fradragsberettiget, jf. KGL § 4. På denne baggrund mente Skatterådet ikke, at den pågældende rekapitalisering påvirkede størrelsen af det fradragsberettigede underskud, idet der ikke skulle ske underskudsbegrænsning. Der blev spurgt ind til en lignende problemstilling i SKM2024.166.SR, hvor moderselskabet påtænkte at konvertere en fordring mod sit norske datterselskab til aktier, da alle gældsforpligtelser skal afvikles, førend et selskab kan likvideres iht. til norsk selskabsret. Konverteringen ville ikke medføre reduktion af underskuddet eller den skattepligt indkomst efter norske regler. Skatterådet bemærkede at SEL § 12 A-12 C fandt anvendelse, da der var tale om kapitalindskud ifm. erhvervelse af aktier. Af samme grund som i SKM2022.226.SR⁴⁷, mente Skatterådet ikke, at underskuddet skulle begrænses, da nedsættelsesbeløbet iht. de ovenfor nævnte bestemmelser opgøres som forskellen mellem moderselskabets anskaffelsessum for den pågældende fordring, og fordringens kursværdi på indfrielsestidspunktet, hvilket er det samme, som reduktionen af nedsættelsesbeløbet, jf. SEL § 12 C, stk. 5. Der synes således at være mulighed for rekapitalisering af insolvente datterselskaber i udlandet, uden at dette reducerer det fradragsberettigede underskud, hvilken har væsentligt betydning for anvendelsen af SEL § 31 E, idet underskud ikke er omfattet af bestemmelsen, når det realiseres ifm. konkurs.

Hvornår, et underskud kan anses som endeligt, kan være af afgørende betydning, idet underskuddet for datterselskabers vedkommende skal kunne have været anvendt efter reglerne i § 31 A. Dette medfører, at den del af et underskud, der ikke kan rummes i moderselskabets positive indkomst eller evt. den positive sambeskatningsindkomst i endelighedsåret, ikke kan fradrages, når der ikke er adgang til underskudsfremførsel. I visse ikke-offentliggjorte afgørelser synes Skattestyrelsen imidlertid at anvende den samme begrænsning i forhold til underskud i udenlandske faste driftssteder⁴⁸, selvom

⁴⁵ Se f.eks. SKM2022.226.SR og SKM2022.356.SR

⁴⁶ Se også SR.2022.195, s. 4

⁴⁷ Som Skattestyrelsen også henviste til i sin indstilling

⁴⁸ SR.2024.31, s. 3

dette ikke umiddelbart kan støttes i ordlyden af SEL § 31 E. Henvisningen til SEL § 31 A angår udtrykkeligt datterselskaber, jf. SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt., mens underskud i faste driftssteder er underlagt skattelovgivningens almindelige regler med hensyn til begrænsninger i fradragsretten for tab og anvendelsen af disse tab inden for en eventuel sambeskatning, jf. SEL § 31 E, stk. 1, 5. pkt. Det forekommer ikke oplagt at udstrække denne begrænsning til faste driftssteder, når det ikke følger udtrykkeligt af ordlyden og i øvrigt heller ikke af lovbemærkningerne. Skattestyrelsen synspunkt kan muligvis støttes med, at Marks & Spencer-doktrinen, som handlede om datterselskaber, i Bevolagsagen fandt analog anvendelse på faste driftssteder, hvilket muligvis kan tolkes som om, at hvad der gælder for udenlandske datterselskaber, også skal gælde for udenlandske faste driftssteder. Ved den blotte læsning af bestemmelsen og lovbemærkningerne fremstår dette dog ikke som indlysende, idet der tages konkret stilling til, at en sådan begrænsning skal gælde for datterselskaber, mens den ikke nævnes i tilknytning til faste driftssteder. Der er imidlertid tale om ikke-offentliggjorte afgørelser fra Skattestyrelsen, som derved ikke har nogen særlig retskildeværdi. Ikke desto mindre er afgørelserne muligvis udtryk for, hvordan Skattestyrelsen tilsyneladende anvender bestemmelsen.

Endelighedstidspunktet i faste driftssteder virker oplagt⁴⁹, idet et fast driftssted almindeligvis ophører med at eksistere, når foretagendet er afviklet, eller når den erhvervsmæssige aktivitet er ophørt⁵⁰. I visse ikke-offentliggjorte afgørelser henviser Skattestyrelsen imidlertid til tidspunktet for afregistrering⁵¹, hvilket der heller ikke umiddelbart kan findes støtte for i bestemmelsen, lovbemærkninger eller Domstolens praksis. Domstolen har dog slet ikke taget stilling til den begrænsning, som SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt. udgør for datterselskaber (og tilsyneladende også faste driftssteder iht. til den førnævnte praksis). Ligesom ovenfor er der her tale om afgørelser med begrænset retskildeværdi.

Tilvalget af international sambeskatning, jf. SEL § 31 A, har dog ikke den konsekvens, at alle underskud udelukkes fra medregning i moderselskabets indkomst iht. SEL § 31 E. I SKM2023.523.SR skulle Skatterådet tage stilling til et underskud, hvor Spørger ganske vist havde tilvalgt international sambeskatning i endelighedsåret, men tilvalget var først blevet foretaget efter udløbet af de indkomstår, hvor underskuddene var realiserede. Der er ikke taget højde for denne situation i bestemmelsen forarbejder, ligesom den heller ikke tidligere har været behandlet i praksis. Skattestyrelsen bemærkede i sin indstilling, at det ville være i overensstemmelse med bestemmelsens formål at give adgang til underskud i det pågældende tilfælde, da det akkumulerede underskud faktisk ikke kunne anvendes i den internationale sambeskatning, og betingelserne for endelighed i øvrigt var opfyldt. Skatterådet var enig i denne fortolkning af bestemmelsen.

Som tidligere nænt er det i flere bindende svar (og i forarbejderne til SEL § 31 E) blevet bekræftet, at et underskud kan anses som endeligt på det tidspunkt, hvor et datterselskab er ophørt ved (solvent) likvidation. I SKM2023.281.SR blev der i spørgsmål 1 spurgt ind til, om et underskud kunne anses som endeligt på det tidspunkt, hvor et datterselskab ophørte ved en grænseoverskridende skattefri fusion med Spørger (moderselskabet). Når et i Danmark hjemmehørende selskab er det modtagende selskab i en lodret fusion med et datterselskab hjemmehørende i udlandet, kan reglerne om skattefri fusion i FUSL § 8 anvendes, jf. FUSL 15, stk. 1⁵². Ved en skattefri fusion fortabes underskud fra tiden før fusionen i både det indskydende og det modtagende selskab, medmindre selskaberne var sambeskattede, da underskuddene blev realiseret, jf. FUSL § 8, stk. 6, 1.-2. pkt. Spørger og

⁴⁹ Bortset fra problemstillingen vedrørende tilfælde hvor underskuddet kan anvendes i senere indkomstår hvis det faste driftssted genetableres inden for en vis periode. Se afsnit 3.1.

⁵⁰ Se punkt 44 i kommentaren til art. 5 i OECD's modeloverenskomst

⁵¹ SR.2024.31, s. 3

⁵² For de øvrige betingelserne se FUSL § 15, stk. 2-5

datterselskabet var naturligvis ikke sambeskattede, men såfremt international sambeskatning havde været tilvalgt, kunne underskuddene således godt have været anvendt. Betingelsen i SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt. var således opfyldt. Da bestemmelsens øvrige betingelser ligeledes var opfyldt, blev spørgsmålet besvaret bekræftende. Dette er i overensstemmelse med Domstolens praksis, jf. f.eks. sag 607/17, *Memira Holding AB*, præmis 31, og sag C-123/11, *A Oy*, præmis 56, hvor Domstolen har fastslået, at en medlemsstat har pligt til at anerkende et underskud i et udenlandsk datterselskab som endeligt, også når selskabet ophører ved en grænseoverskridende fusion, og betingelserne i Marks & Spencer-dommens præmis 55 i øvrigt er opfyldt.

Det samme gør sig formentlig ikke gældende for skattepligtige fusioner, da sådanne efter danske regler sidestilles med almindelig ophørsbeskatning, jf. SEL § 5, samt avancebeskatning i medfør af ABL⁵³. Der vil således alene være mulighed for at tage hensyn til underskuddet i likvidationsåret iht. SEL § 12⁵⁴. I denne henseende er der således reelt ingen forskel på likvidation og en skattepligtig fusion. Ved en grænseoverskridende skattefri (ophørs)spaltning, jf. FUSL § 15 a, stk. 7, fortabes og bevares muligheden for at udnytte underskud i det indskydende selskab på samme måde som ved grænseoverskridende fusioner, jf. FUSL § 15. Derved kan denne omstruktureringsmodel formentlig også anvendes som alternativ til en likvidation, hvis betingelserne i SEL § 31 E i øvrigt er opfyldt. For nuværende er det mest sikre for skatteyderne dog at holde sig til grænseoverskridende skattefri fusion, jf. FUSL § 15, stk. 1, da praksis ikke har taget stilling til andre omstruktureringsmodeller. Det skal bemærkes at hverken skattefrie fusioner eller skattefrie spaltninger giver det modtagende selskab mulighed for at anvende ikke-udnyttede kildeartsbegrænsede tab⁵⁵ i det indskydende selskab, jf. FUSL § 8, stk. 8, idet sådanne tab heller ikke er omfattet af sambeskatningsreglerne.

I sin besvarelse af det tredje spørgsmål bekræftede Skatterådet i øvrigt, at endelighedsåret er det år, hvori datterselskabet endeligt opløses. Det blev ligeledes bekræftet, at et evt. resterende underskud fra datterselskabet, som ikke kunne rummes i sambeskatningsindkomsten i endelighedsåret, kan fremføres til senere indkomstår på sædvanlig vis, såfremt fusionen gennemføres som en skattefri fusion. Sidstnævnte er værd at bemærke, da dette f.eks. ikke er muligt, når et datterselskab likvideres, idet sambeskatningsreglerne ikke giver mulighed for at anvende et underskud ifm. med en likvidation efter likvidationsåret, og betingelsen i SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt., er således til hinder for, at et underskud kan fremføres til senere indkomstår, når datterselskabet ophører ved likvidation. En grænseoverskridende skattefri fusion er således en favorabel løsning for moderselskabet, når datterselskabets underskud ikke kan rummes i sambeskatningsindkomsten, og en fusion i øvrigt er meningsfuld for moderselskabet. Hvis det antages, at grænseoverskridende spaltning, jf. FUSL § 15 a, stk. 7, ligeledes kan anvendes som ophørsmetode, vil denne omstruktureringsmodel formentlig også give adgang til underskudsfræmførsel, da muligheden for at udnytte underskud i det indskydende selskab fortabes og bevares på samme måde som ved grænseoverskridende skattefri fusioner, jf. FUSL § 15.

Der synes således at være mulighed for at anvende reglerne om skattefri omstrukturering i stedet for en likvidation – i det omfang underskuddet i øvrigt kan anses som endeligt og kunne være anvendt i en international sambeskatning – hvilket kan give mulighed for underskudsfræmførsel, således som dette i hvert fald er tilfældet for grænseoverskridende skattefrie fusioner. Det er dog af afgørende betydning, om der efter danske regler eller reglerne i det land, hvori datterselskabet er hjemmehørende hhv. det faste driftssted beliggende, eksisterer en anden ordning end den valgte, hvorefter det

⁵³ Se Birgitte Sølvkær Olesen: *Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag* (7. udg., 2023) Djøf Forlag, s. 312-313

⁵⁴ Se også den juridiske vejledning 2024-1 C.D.1.5.1.2

⁵⁵ Tab der reguleres af ABL, EBL og KGL. F.eks. tab på ejendomme og værdipapirer der ikke er næringsaktiver

er muligt at tage hensyn til underskuddet, sådan som det bl.a. var tilfældet for overdragelsen af et fast driftssted i Norge i den ovenfor omtalte SKM2023.17.SR. Se hertil afsnit 3.1. Skatteyderen skal desuden være opmærksom på, at aktiviteten ikke fortsættes uændret blot i en anden organiseringsform, sådan som det var tilfældet i SKM2023.598.SR. Se hertil afsnit 3.1.1. For så vidt angår faste driftssteder, må det betragtes som uafklaret, om det dansk moderselskab kan fremføre underskuddet til senere indkomstår, idet Skattestyrelsen også synes at anvende SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt., på faste driftssteder. Da dette ikke har været genstand for nogen prøvelse eller Skatterådets vurdering, må denne praksis anses som usikker.

3.3 Opgørelsen af underskuddet

Det fremgår af SEL § 31 E, stk. 1, sidste pkt., at opgørelsen af det fradragsberettigede beløb (det endelige underskud) skal ske efter danske regler. Endelighedsvurdering skal dog foretages på grundlag af reglerne i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende hhv. det faste driftssted eller den faste ejendom er beliggende, jf. stk. 3, 1. pkt. Før det er relevant at overveje opgørelsen af det fradragsberettigede underskud, skal det først vurderes, om beløbet overhovedet er fradragsberettiget i udlandet. Således var Domstolens konklusioner også i sag C-322/11, *K*, som vedrørte en finsk statsborgers tab på en ejendom beliggende i Frankrig. De finske regler tillod fradrag for tab på fast ejendom i fortjeneste fra afståelse af værdipapirer, når ejendommen var beliggende i Finland, mens de franske regler slet ikke indrømmede fradrag for det pågældende tab. Domstolens udtalte, at medlemsstater ikke er forpligtet til at tage hensyn til eventuelle negative virkninger, der er en følge af sær egenhederne ved en anden medlemsstats lovgivning, og at de beslutninger, en skatteyder træffer med henblik på investering i udlandet, alt efter omstændighederne kan være mere eller mindre fordelagtige eller ufordelagtige, jf. præmis 79-80. Sagen adskiller sig fra de øvrige domme om endelig underskud, idet den vedrørte en fysisk persons faste ejendom og derved kapitalens frie bevægelighed. Domstolens resultat byggede dog på en analog anvendelse af praksis fra en række domme om endelige underskud og etableringsfriheden (selskaber), hvor værtsstatens manglende adgang til fradrag for det pågældende underskud medførte, at underskuddet ikke var endeligt⁵⁶. Domstolen antog et autonomi-synspunkt, hvorefter en medlemsstat ikke skal indrømme fradrag for endelige underskud, når underskuddets endelighed skyldes, at det pågældende fradrag slet ikke indrømmes i værtsstaten⁵⁷. Denne retsstilling vedrører situationer, hvor anvendelsen af det pågældende underskud savner retligt grundlag i værtsstaten, og den må således afgrænses ift. de situationer, hvor det konkret ikke er muligt for et datterselskab, et fast driftssted eller en fast ejendom at udnytte et underskud i værtsstaten, herunder ved overdragelse til tredjemand, men hvor det principielt havde været muligt under andre omstændigheder⁵⁸. Til illustration kan der f.eks. henvises SKM2022.226.SR, hvor et underskud i et tysk datterselskab ikke kunne overføres ved overdragelse af selskabet til tredjemand, da aktieoverdragelsen iht. tyske regler ikke må udgøre mere end 50% af aktierne i selskabet. Det var således de konkrete omstændigheder – og ikke en generel mangel på retligt grundlag – der afskar selskabet fra at tage hensyn til underskuddet. I *K*-dommen mv. kunne de konkrete omstændigheder godt have været anderledes, men dette ville ikke ændre på, at underskuddet – tab ved afståelse af fast ejendom – slet ikke kunne anvendes i værtsstaten.

⁵⁶ Se således sag C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*, præmis 48-50, om et tysk selskabs underskud i et fast driftssted i Østrig og sag C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co.*, præmis 51.

⁵⁷ Se også RR.2021.10.50, s. 4

⁵⁸ Se f.eks. sag C-607/17, *Memira Holding AB*, hvor der i værtsstaten ganske vist ikke eksisterede et retligt grundlag, men hvor dette var isoleret til den påtænkte situation, hvor datterselskabet ønskedes opløst ved en grænseoverskridende fusion. Dette forhold kunne ikke i sig selv medføre endelighed, idet andre muligheder for at tage hensyn til underskuddet også skulle afdækkes, f.eks. en overdragelse til tredjemand

I den ovenfor omtalte SKM2023.281.SR skulle Skatterådet tage stilling til et spørgsmål vedr. et underskud i et tysk datterselskab. Spørger havde tidligere haft et koncerninternt tilgodehavende i datterselskabet, som var indfriet dels ved at konvertere gæld til egenkapital og dels ved gældseftergivelse. Som en konsekvens heraf havde de tyske skattemyndigheder forhøjet datterselskabets skattepligtige indkomst for to indkomstår, da værdien af den eftergivne fordring efter deres vurdering var lavere end pålydende. Det endelige underskud blev derved reduceret af indkomstforhøjelsen. Efter danske regler ville gældseftergivelsen imidlertid ikke have resulteret i en indkomstforhøjelse, da betingelserne for skattefri gevinst på koncerngæld var opfyldt, jf. KGL §§ 4 og 8, og eftergivelsen var ligeledes skattefri, uanset om den var sket til lavere værdi end fordringens pålydende, da eftergivelsen desuden kunne kvalificeres som et skattefrit tilskud fra et direkte moderselskab, jf. SEL § 31 D. Som en konsekvens af den danske skattefrihed for gevinst på koncerngæld, ville underskuddet således udgøre et større beløb efter danske regler end efter de tyske regler.

Skattestyrelsen behandlede betydningen af indkomstforhøjelsen under Spørgers spørgsmål 1, hvor der ellers kun blev spurgt ind til underskuddets endelighed, mens det var i spørgsmål 2, at der blev spurgt ind til underskuddets opgørelse. Skattestyrelsen mente, at den del af underskuddet, der svarede til indkomstforhøjelsen, allerede var blevet anvendt, og at denne del af underskuddet derfor ikke var endeligt. Skattestyrelsen henviste til Generaladvokat A. Collins' forslag til afgørelse af sag C-538/20, *W AG*, præmis 75, hvoraf det fremgik, at i tilfælde af at værtslandets opgørelse af underskuddet resulterede i et større beløb end opgørelsen i moderselskabets land, skal den sidstnævnte opgørelse anvendes, da moderselskabets hjemstat ellers vil bære de negative følger af, at en anden medlemsstat har andre regler, og fordi selskaber med et ikke-hjemmehørende fast driftssted, ellers vil opnå en fordel i forhold til selskaber, der har et hjemmehørende fast driftssted. Domstolen tog dog ikke stilling til dette spørgsmål i sin dom. Skattestyrelsen henviste endvidere til sag C-123/11, *A Oy*, præmis 61, hvor Domstolen udtalte, at reglerne for beregningen af underskuddet i det ikke-hjemmehørende datterselskab, ikke må resultere i en ulige behandling i forhold til den beregning, som ville være blevet foretaget i et hjemmehørende datterselskab. Skattestyrelsens praksis forekommer som noget af en udstrækning af Domstolens ovenfor omtalte bemærkninger om hensynet til medlemsstaternes autonomi på skatteområdet, da underskuddets medregning ikke savner retligt grundlag, og da der netop gøres forskel på beregningen af underskud i datterselskaber, der er ikke-hjemmehørende hhv. hjemmehørende i samme land som moderselskabet, idet underskuddene opgøres efter to forskellige regelsæt. I tilknytning til generaladvokatens forslag til afgørelse af sag C-538/20, *W AG*, præmis 75, skal det desuden bemærkes, at TEUF art. 49 som udgangspunkt ikke forbyder omvendt diskrimination⁵⁹.

Det er også tankevækkende, at Skattestyrelsen tilsyneladende mener, at det er et spørgsmål om *endeligheden* af en nærmere afgrænset del af underskuddet, men henviser selv til præmisser fra EU-praksis, der vedrører præjudicielle spørgsmål om *beregningen* af underskuddet. Henset til underskuddets endelighed synes der desuden ikke at være risiko for *double dip*, idet underskuddet netop ikke er blevet fradraget i Tyskland. Der er blot tale om to indkomstår, hvor den endelige skattepligtige indkomst er blevet forhøjet, hvilket imidlertid ikke ændrede på, at der i begge de pågældende indkomstår blev realiseret et underskud. Indkomstforhøjelsen udgjorde således alene en ændring i indkomstopgørelsen for de pågældende indkomstår og ikke derved et fradrag af de – eller dele af de – realiserede underskud.

I tilknytning hertil skal det også bemærkes, at lovgiver selv har valgt, at underskuddet skal opgøres efter danske regler, og at dette ikke er et krav fra EU-retten, jf. også C-123/11, *A Oy*, præmis 58. Af

⁵⁹ Se Engsig Sørensen & Danielsen: EU-Retten (8. udg., 2022), Djøf Forlag, s. 296

lovbemærkninger til SEL § 31 E, stk. 1, sidste pkt., fremgår blot, ”at der ved opgørelsen af underskuddet kun vil kunne indgå beløb, der har en sådan karakter, at der efter de danske skatteregler er fradragsret herfor”⁶⁰. Der synes ikke umiddelbart at være holdepunkter for, at sådanne beløb ikke kan udvide fradragsretten ift. reglerne i datterselskabets land, når opgørelsen efter danske regler fører til et større underskud. Modsat har Skatterådet i andre bindende svar dog ikke holdt sig tilbage fra at overveje en potentiel underskudsbegrænsning, som er en vurdering, der ligeledes indebærer anvendelsen af KGL § 8 og SEL § 31 D. Det kan vel nærmest siges, at Danmark i denne situation blot bærer de negative konsekvenser af sin egen lovgivning.

Det er opsigtsvækkende, at Skattestyrelsen underlagde gældseftergivelsen en selvstændig endelighedsvurdering, idet Skattestyrelsen ikke mente, at denne isolerede del af underskuddet svarende til indkomstforhøjelsen var endelig, mens den resterende del var endelig. Det fremstår herefter uklart, hvornår der er tale om underskuddets opgørelse, som skal ske efter danske regler, og hvornår der er tale om underskuddets endelighed, som vurderes på grundlag af reglerne i værtslandet. Ikke desto mindre synes ovenstående at være Skattestyrelsens fortolkning af Domstolens praksis (som blev tiltrådt af Skatterådet). Det skal dog bemærkes, at SKM2023.281.SR er anket til Landsskatteretten⁶¹.

I sin besvarelse af spørgsmål 2 i nærværende SKM2023.281.SR, afviste Skatterådet at tage stilling til den beløbsmæssige opgørelse af underskuddet, da det faldt udenfor rammerne af bindende svar instituttet at tage stilling til opgørelsen af den beløbsmæssige opgørelse, da det ligger ud over den forenklede sagsbehandling, som Skatterådet har mulighed for at foretage, jf. SFL § 24, stk. 2. Skatterådet understregede i samme ombæring, at der ikke blev taget stilling til, om gældskonverteringen havde været skattepligtig efter danske regler eller ej. I SKM2023.523.SR angives der i spørgsmål 1 ligeledes et bestemt beløb, som Skattestyrelsen ikke tager stilling til, men blot lægger til grund i indstillingen. I SKM2023.17.SR, hvor der i spørgsmål 3 blev spurgt ind til et bestemt beløb opgjort efter danske regler, bortfaldt dette spørgsmål ganske belejligt, da der blev svaret nej til det første spørgsmål.

Bindende svar kan således ikke for nuværende bidrage til at afdække, om et endeligt underskud er opgjort korrekt efter danske regler. Under visse omstændigheder er det dog tilsyneladende muligt at få besvaret, i hvilket omfang underskuddet skal opgøres efter danske regler. Skattestyrelsens praksis om sidstnævnte forekommer dog tvivlsom og afventer i første omgang Landsskatterettens afgørelse. Formentligt går der dog flere år, før dette spørgsmål er behandlet i retspraksis. Skatteydere står således på egne ben i denne henseende og bibringes ikke med anden vejledning end den, der følger af SEL § 31 E, stk. 1, sidste pkt.

3.4 Sammenfattende om hidtidig praksis

Af betingelserne for at medregne endelige underskud i udenlandske datterselskaber, faste driftssteder og faste ejendomme, jf. SEL § 31 E, er det ikke overraskende endelighedsbetingelsen, der optager de fleste spørgsmål. En del af endelighedsbetingelsen er som sagt, at det hverken i tidligere, det pågældende eller senere indkomstår har været eller vil være muligt at anvende underskuddet. Allerede inden bestemmelsen blev indsat, stod det klart at enhver hypotetisk adgang til at tage hensyn til underskuddet i fremtiden ikke kan medføre, at underskuddet ikke er endeligt, jf. SKM2020.299.ØLR. Når værtslandet har regler, hvorefter underskud kan anvendes i fremtiden, såfremt aktiviteterne genetableres inden for en vis periode, er der dog tvivl om, hvornår dette forhindrer hhv. ikke forhindrer, at

⁶⁰ L 28 (2020-21), særlige bemærkninger til § 1, nr. 8

⁶¹ Den juridiske vejledning 2024-1 C.D.2.4.5.4

underskuddet er endeligt. Østre Landsret synes at lægge vægt på, om nedlukningen er af permanent karakter, mens lovbemærkninger – under henvisning til SKM2020.299.ØLR – lægger vægt på klarheden af reglerne eller praksis i værtslandet. Hvis fokus skal ligge på Skattestyrelsens anvendelse af bestemmelsen, som det er tilfældet i denne afhandling, bør sidstnævnte for nuværende tages til følge. Hypotetiske og praktiske muligheder for at tage hensyn til et underskud i tidligere, indeværende eller senere indkomstår synes desuden iht. praksis ikke at omfatte hensyntagen til et underskud, der har karakter af misbrug eller omgåelse af skattereglerne i den pågældende stat, ligesom mulighedens forretningsmæssige ræsonnement muligvis også spiller en rolle. Det synes i hvert fald klart, at endelighedsbetingelsen ikke anvendes helt firkantet, således at de konkrete omstændigheder spiller en fremtrædende rolle i vurderingen. Således også modsat hvor manglende hensyntagen til underskuddet er et resultat af et aktivt fravalg, vil underskuddet ikke blive anset som endeligt⁶². Ændringer i den formelle udformning af en etablering, vil hellere ikke føre til, at underskuddet kan anses som endeligt, idet Skattestyrelsen vurderer underskuddets endelighed pba. den hidtidige aktivitet, der er blevet udført i den pågældende stat⁶³. Det er således uden betydning, at f.eks. et datterselskab i en anden stat opløses med tab til følge, når den tabsgivende aktivitet videreføres uændret i et fast driftssted eller et andet datterselskab.

Hvornår – og hvordan – et underskud kan betragtes som endeligt, er også et væsentlig element af endelighedsvurdering, idet dette har betydning for i hvilket indkomstår, underskuddet kan medregnes, i hvilket omfang det kan medregnes, og om det overhovedet er omfattet af bestemmelsen. Hvis international sambeskatning er tilvalgt, er det desuden klart, at SEL § 31 E ikke finder anvendelse, da underskuddet i så fald uden videre kan anvendes i den danske indkomst. Dette er dog kun afgørende i de underskudsgivende indkomstår, jf. SKM2023.523.SR. Et underskud er ikke omfattet af bestemmelsen, når den udløsende begivenhed f.eks. er datterselskabets konkurs, da underskuddet i så fald ikke havde været omfattet af SEL § 31 A, hvis dette havde været tilvalgt, jf. SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt.⁶⁴ Hvor et udenlandsk datterselskab er insolvent, synes der dog at være god mulighed for rekapitalisering, hvorefter selskabet f.eks. kan likvideres i stedet. Datterselskabet kan også opløses ved en grænseoverskridende fusion, jf. FUSL § 15, hvilket sammenlignet med likvidation har den fordel, at der er mulighed for underskudsfræførsel, mens et endeligt underskud realiseret ved likvidation kun kan anvendes i endelighedsåret, hvorefter det fradragsberettigede beløb er begrænset til moderselskabets danske indkomst eller en evt. dansk sambeskatningsindkomst. Ift. underskudsfræførsel af underskud fra faste driftssteder, er retsstillingen uklar. Henset til den begrænsede retskildeværdi af ikke-offentliggjorte afgørelser og ordlyden af SEL § 31 E, kan det dog muligvis antages, at underskud i faste driftssteder, der overstiger den danske indkomst, kan fræføres til senere indkomstår på almindelig vis.

En del af bestemmelsen, som den hidtidige praksis ikke har hjulpet med at belyse, er opgørelsen af det endelige underskud. Dette forekommer imidlertid heller ikke som noget, der har behov for den store afklaring, idet det fremgår udtrykkeligt af SEL § 31 E, stk. 1, sidste pkt., at underskuddet skal opgøres efter danske regler. Det er dog forståeligt, når Spørgere forsøger at få et bestemt beløb bekræftet, når nu der alligevel bliver anmodet om et bindende svar, mens det dog heller ikke forekommer betænkeligt, når Skatterådet afviser at forholde sig til et bestemt beløb med henvisning til SFL § 24, stk. 2. Denne del af bestemmelsen synes dog alligevel usikker, når Skattestyrelsen under visse omstændigheder, som ellers umiddelbart synes at vedrøre indkomstopgørelsen i de enkelte indkomstår, tilsyneladende antager en endelighedsvurdering for en nærmere afgrænset del af

⁶² Se SKM2023.17.SR

⁶³ Se SKM2023.598.SR

⁶⁴ Se f.eks. SKM2022.232.SR

underskuddet⁶⁵, mens spørgsmål, der udtrykkeligt vedrører opgørelsen af underskuddet, afvises. Hidtidig praksis har således ikke bidraget til klarhed i denne henseende.

Skatteyderne kan anvende den foreløbige praksis til selv at vurdere deres evt. endelige underskud i udlandet. Det kan f.eks. udledes af praksis, at de norske⁶⁶ og tyske regler i flere tilfælde udelukker anvendelse af underskud i faste driftssteder og datterselskaber, herunder ved overdragelse til tredje-mand. Også de franske regler synes at udelukke hensyntagen til underskud i likviderede datterselskaber dog muligvis kun under visse omstændigheder. Yderligere praksis herom er ønskelig for skatteyderne. I hvert fald i Tyskland men formentligt også i andre lande, er det også muligt at opløse et datterselskab ved en grænseoverskridende skattefri fusion i stedet for likvidation. Denne ophørsmetode er væsentlig for skatteyderne at være opmærksom på, da den modsat likvidation åbner op for underskudsfræmsørelse. Det må desuden betragtes som positivt – i hvert fald fra Domstolens perspektiv – at SEL § 31 E bestemt synes at have et anvendelsesområde, henset til mængden af den hidtidige praksis, hvoraf der i flere tilfælde faktisk indrømmes fradrag iht. bestemmelsen.

Del 4 Skatteplanlægning, selskabsskat og socialt ansvar

4.1 Indledende om CSR og skatteplanlægning

Som begreb lader Corporate Social Responsibility (CSR) sig ikke som sådan fast definere, idet CSR består af flere dimensioner af ansvarlighed, som virksomheder forventes at tilgodese i forbindelse med deres drift. Disse dimensioner er ikke begrænset til etiske hensyn og (ulovreguleret) bæredygtighed, men omfatter også økonomiske hensyn samt naturligvis hensynet til at overholde gældende lovgivning, således at virksomheder er forpligtet over for deres stakeholdere⁶⁷ til at være profitable, at handle inden for lovens rammer og tilgodese etiske hensyn, uanset om der findes hel eller delvis regulering på området⁶⁸. Der kan ikke være nogen tvivl om, at der eksisterer en CSR-forpligtelse knyttet til selskabers sociale og miljømæssige ansvar⁶⁹, ligesom selskaber er forpligtet til at betale skatter og afgifter i overensstemmelse med gældende lovgivning, men har CSR nogen betydning for hvordan, virksomheder overholder – eller anvender – skattelovgivningen?

Rent juridisk er der som bekendt ikke i sig selv noget odiøst over skatteplanlægning, uagtet om en (reel) disposition i væsentlig grad er motiveret af et ønske om at opnå en skattebesparelse⁷⁰. Fra et rent økonomisk perspektiv findes der også bevæggrunde for at minimere sine skattebetalinger. I økonomisk teori kan nutidsværdien af en virksomhed opgøres som summen af fremtidige pengestrømme diskonteret med en passende rente. Dette kan opstilles med følgende formel:

$$PV = \sum_{n=0}^N \frac{CF_n}{(1 + i_n)^n}$$

⁶⁵ Se SKM2023.281.SR som dog er det eneste eksempel herpå

⁶⁶ Se også SKM2024.211.SR hvor underskuddet i et norsk datterselskab var endeligt, bl.a. fordi det ikke kunne overdrages til tredje-mand efter norske regler, idet dette forudsatte, at der var andre koncernselskaber i Norge

⁶⁷ Personer (juridiske eller fysiske) der har en interesse i virksomheden, f.eks. aktionærer, kreditorer, medarbejdere, kunder eller myndigheder

⁶⁸ Schwartz & Carroll. (2003)

⁶⁹ Se bl.a. Carroll. (2021)

⁷⁰ Se f.eks. Erik Werlauff: Selskabsskatteret (21. udg., 2019), Karnov, s. 439

CF afspejler den samlede pengestrøm efter skat i en periode (Cash Flow), *n* er antal perioder, og *i* er renten. I denne sammenhæng kan skattebetalinger betragtes som negative pengestrømme, hvorefter *CF* vil vokse, når skattebetalinger reduceres. *Ceteris paribus* bliver virksomheden således mere værd, når fremtidige skattebetalinger kan reduceres ved skatteplanlægning, idet *CF* forøges. Dette illustrerer også baggrunden for (visse) stakeholderes forventning om en bestemt skattestrategi, idet de har interesse i, at virksomhedens værdi forøges så meget som muligt.

Fra et CSR-perspektiv kan der dog stilles spørgsmål ved, om skatteplanlægning begrænses af en forpligtelse til at betale en retfærdig skat, selvom virksomheden ganske og aldeles inden for lovens rammer kan indrette sig således, at der skal betales mindre. Dette spørgsmål er navnlig relevant i tilfælde, hvor virksomheder engagerer sig i såkaldt aggressiv skatteplanlægning. En sådan skatteplanlægning består i, at en skatteyder – i denne kontekst et selskab/koncern – udnytter juridiske og finansielle redskaber for at minimere sin skattepligtige indkomst uden at overtræde lovgivning. Dette er dog med risiko for, at der potentielt kan blive tale om skatteomgåelse og -unddragelse, men også med den risiko at virksomheden kan blive mødt med anklager om uansvarlighed og skade sit omdømme, uagtet at der dokumenterbart ikke er tale om skatteunddragelse. Aggressiv skatteplanlægning kan f.eks. kendetegnes ved en intensiv brug af juridiske og finansielle værktøjer, etableringer i skattely eller ubalancerede kapitalstrukturer og koncernintern prissætning, i det omfang det kan udføres inden for skattelovgivningens rammer.

4.1.1 *Corporate Tax Responsibility (CTR)*

I den akademiske litteratur har skatteplanlægning historisk ikke modtaget nogen bemærkelsesværdig opmærksomhed i et CSR-perspektiv. Christensen og Murphy (2004) betragtede skat som den måske mest fundamentale måde, hvorpå virksomheder interagerede med det bredere samfund og som kernen af samfundskontrakten. Forfatterne undrede sig derfor over, at stakeholdere betragtede skatteminimering som en pligt for ledelsen i virksomheder, og at litteratur vedr. CSR kun i et meget begrænset omfang var begyndt at sætte spørgsmålstejn ved dette.

Der er dog i senere år opstået en øget opmærksomhed omkring skatteplanlægningens rolle inden for CSR⁷¹. De la Cuesta-González & Eva Pardo (2019) har forsøgt at definere et CSR-lignende ansvar i forhold til skat: Corporate Tax Responsibility (CTR). Forfatterne betragter dette ansvar som bestående af skatterelaterede praksisser og politikker, efter hvilke en virksomhed betaler en "fair" skat i forhold til den værdi, som den skaber i de jurisdiktioner, den driver virksomhed i. Ansvarret indebærer også offentliggørelse af skattebetalingerne samt de praksisser og politikker, der er blevet anvendt. En "fair" skat skal forstås som en horisontal *fairness*, altså at selskaber opfører sig (og behandles) skattemæssigt ligesom selskaber, der har et sammenligneligt økonomisk udgangspunkt.

Francesco & Signori (2023) har i en litteraturoversigt søgt at afdække, hvad virksomheder holdes ansvarlige for ift. skat. Forfatterne beskriver fire dimensioner, der retfærdiggør eksistensen af CTR som begreb, samt fire komponenter, der udgør indholdet af begrebet. CTR eksisterer i kraft af 1) en instrumentel dimension, der består af sammenhængen mellem at være en ansvarlig skatteyder og økonomisk aktør, 2) en politisk dimension, der henviser til den samfundskontrakt, som virksomheder indgår i, når de er aktører i en bestemt stat, 3) en integrativ dimension, der taler ind i sammenhængen mellem skat og andre CSR-anliggender, og 4) en etisk dimension, der henviser til en normbaseret tilgang til ansvarlig skatteadfærd. CTR i sig selv består ifølge forfatterne af gennemsigtighed,

⁷¹ Scarpa & Signori. (2023)

overholdelse af gældende lovgivning, betaling af en fair skat og håndtering af stakeholdere, der har indflydelse på eller bliver påvirket af selskabets skatteadfærd.

På trods af en historisk lille interesse for de skattemæssige aspekter af CSR synes der således i en vis udstrækning at være konsensus i litteraturen om, at selskaber bliver pålagt et ansvar ift. deres skattebetalinger/skattegennemsigtighed, der svarer til det ansvar, som virksomheder pålægges ift. til mere klassiske CSR-forhold såsom bæredygtighed i produktionen. I det følgende skal det undersøges hvilke incitament, der ligger bag CTR, samt om der er en sammenhæng mellem CSR og ”uansvarlige” skatteydere – dvs. virksomheder der ikke opfylder den ovenstående definition af CTR.

4.2 Fælles drivkræfter og følger

Det er veldokumenteret, at der findes flere incitament for virksomheder til at engagere sig i klassiske CSR-aktiviteter. Amalric & Hauser (2005) fandt, at virksomheder i flere tilfælde under ufuldkommen konkurrence kan øge sin værdi gennem udvikling og implementering af CSR-aktiviteter. De værdiforøgende fordele, som virksomheder kan opnå, stammer fra to kilder. Den første kilde er de umiddelbare stakeholderes forventninger til virksomhedens ansvarlige adfærd, idet en forsømmelse af at tilgodese disse forventninger afskrækker både aktuelle og potentielle stakeholdere fra at engagere sig økonomisk i virksomheden. Den anden kilde er udsigten til, at lovgiver vil indføre regulering på området for at skabe overensstemmelse mellem virksomheders adfærd og samfundshensyn. Sidstnævnte er dog både en mulighed og en trussel, idet nogen virksomheder har interesse i regulering, f.eks. hvis de helt eller delvist allerede lever op til reguleringen og dermed opnår en lovgiverskabt konkurrencemæssig fordel, mens andre virksomheder har interesse i selvregulering, f.eks. fordi statslig regulering vil føre til mere omkostningstunge tiltag.

Et oplagt incitament at overveje er den effekt, som CSR har på en virksomheds omdømme. Dette incitament må adskilles fra forventninger fra stakeholdere, da omdømme formes af en meget bredere population end stakeholdere alene. Vlastelica et al. (2018) undersøgte sammenhængen mellem en lang række CSR-elementer, herunder lovlighed, miljøansvar, gennemsigtighed og kommunikation mv, og et positivt omdømme for en virksomhed. Blandt ikke-stakeholdere var der stærkest sammenhæng ved lovlighed, gennemsigtighed, arbejdsgivers attraktivitet samt forholdet mellem pris og kvalitet, hvoraf de to sidstnævnte i hvert fald ikke i snæver forstand almindeligvis betragtes som klassiske CSR-elementer. Effekten blandt stakeholdere varierer imidlertid efter typen af stakeholder. For kommercielle stakeholdere var sammenhængen f.eks. stærkest ved forholdet mellem pris og kvalitet, mens det for en stakeholder som den offentlige forvaltning var lovlighed.

For CSR i almindelighed er der således flere incitament for virksomheder til at engagere sig i CSR-aktiviteter. Spørgsmålet er, om de samme incitament kan genfindes for så vidt angår CTR. Hillenbrand et al. (2019) har undersøgt, hvilke forventninger stakeholdere har ift. selskabsskat, og hvad virksomheder kan gøre for at indfri disse forventninger. Forfatterne betragtede to typer stakeholdere: ”business”, som bestod af erhvervsledere og brancherepræsentanter, og ”community”, der bestod af NGO’er, tænketanke og andre stakeholdere med ”særlig interesse”. Årsagen til opdelingen af stakeholderne i disse to grupper var, at det viste sig, at skønt begge grupper betragtede forskellige tilgange til selskabsskat ens på ”tema-niveau”, herunder gennemsigtighed og magt, adskilte grupperne sig ved, at de havde forskellige attituder ift. temaerne. Undersøgelsen viste således, at der bestemt var forventninger til, hvilken adfærd virksomheder udviser ift. skat, men at holdninger om specifikke tiltag varierer ift. hvilken type stakeholder, der er tale om. Et tema, som stakeholdere har forventninger til, er eksempelvis ligestilling ift. magt. Community-stakeholdere betragtede dette som et spørgsmål om, at store, magtfulde virksomheder som minimum skal overholde de samme regler, som mindre

virksomheder og ikke drage skattemæssige fordele af deres position og størrelse. *Business*-stakeholdere betragtede imidlertid dette tema i et internationalt perspektiv, således at virksomheder af samme kaliber skal ligestilles på tværs af landegrænser gennem f.eks. fælles minimumskrav. Et andet tema er gennemsigtighed ift. indkomst og skatteplanlægning, hvor begge grupper ønsker øget gennemsigtighed for den brede offentlighed, samtidig med at de anerkender virksomheders interesse i at undersøge forskellige muligheder ift. skat. *Community*-gruppen mener dog ikke, at selskaber gør nok for at gøre deres skattestrategier tilgængelige, mens *Business*-gruppen mener, at virksomheder savner belønning og incitament for at gøre sig besværet, og at den bredere befolkning mangler forståelse for de ofte komplekse og specialiserede overvejelser, som virksomheder foretager sig om selskabsskat.

Stakeholdere har således forventninger til virksomheders tilgang til selskabsskat, men de er imidlertid genstand for tvetydighed, hvorefter virksomheder må afgøre hvilke forventninger, der er vigtigst for dem. I den forbindelse er det relevant at overveje, hvilke kriterier en virksomhed har anledning til at overveje, når modstridende forventninger skal tilgodeses. Med hensyn til omdømme, har Hardeck & Hertl (2014) fundet, at aggressiv skatteplanlægning resulterer i et dårligt omdømme blandt forbrugere, mens ”ansvarlig” skatteplanlægning resulterer i et godt omdømme. Forbrugerne er dog ikke villige til at betale ekstra for produkter udbudt af ansvarlige skatteydere, men de er – i en vis udstrækning – villige til ikke at købe produkter af uansvarlige skatteydere. Dette bekræfter også risikoaspektet af aggressiv skatteplanlægning, idet selskaber isoleret set ikke vinder noget med et godt omdømme, mens de dog kan tabe noget med et dårligt omdømme. Det er også værd at bemærke, at undersøgelsen er foretaget ud fra den præmis, at virksomhedens skattepraksis har været genstand for medieopmærksomhed.

Zeng (2016) opstillede imidlertid en økonomisk model, hvorefter virksomheder ud fra et profitmaksimeringssynspunkt ville være villige til at øge sine omkostninger til CSR, herunder betale mere i skat, såfremt de derved kan differentiere sig ift. til mindre ansvarlige selskaber og tage en højere pris for deres produkter. Dette korresponderer imidlertid ikke med Hardeck & Hertl (2014), som fandt, at ansvarlig skatteplanlægning ikke resulterede i en øget købevillighed blandt forbrugere. Zeng (2016) underbyggede bl.a. sin model med, at de respektive effektive skattesatser for selskaber registreret i Canadas S&P/TSX 60 indeks var positivt korreleret med deres CSR-score, som var positivt korreleret med selskabernes markedsværdi. Sammenhængen kan således ikke isoleres til ansvarlig skatteadfærd, da markedsværdien var knyttet til den samlede CSR-score. Samlet synes Hardeck & Hertl (2014) og Zeng (2016) at indikere, at et godt omdømme henset til skatteansvarlighed muligvis spiller en rolle ift. markedsværdi, herunder købevillighed blandt forbrugere, og at et godt omdømme i kraft af ansvarlig skatteadfærd formentligt ikke kan stå alene, men må suppleres med CSR i øvrigt. Dette er dog forbundet med usikkerhed, bl.a. henset til at undersøgelserne er baseret på selskaber i forskellige lande (hhv. Storbritannien og Canada (alene børsnoterede selskaber)), og at Hardeck & Hertl (2014) ikke inkluderer CSR i øvrigt, mens dette er tilfældet for Zeng (2016). Det fremstår desuden ikke klart, om en ansvarlig skatteadfærd indebærer, at en virksomhed aktivt skal forsøge at betale (mere) skat i overensstemmelse med en retfærdighedsfølelse fastsat ud fra andre kriterier end de rent juridiske, eller om virksomheder godt kan engagere sig i skatteplanlægning (evt. kun på sikker afstand af grænsen til omgåelse og unddragelse) samtidig med, at der betales en fair skat, idet undersøgelserne i sine beskrivelser af ansvarlige skattestrategier alene henviser til en ”*fair share of taxes*”.

De negative konsekvenser ved et dårligt omdømme som følge af aggressiv skatteplanlægning er således beskrevet i litteraturen som både en risiko for at blive straffet af kunder og stakeholdere og som en forspildt mulighed for – under visse omstændigheder – at blive belønnet for en ansvarlig skatteadfærd. Sammenhængen mellem skatteplanlægning og omdømme samt konsekvenserne af dårligt

omdømme (blandt større amerikanske selskaber) er også undersøgt af Baudot et al. (2020), som imidlertid ikke fandt en sammenhæng mellem skatteplanlægning og offentligt omdømme. Selskaber, der betalte høje effektive skattesatser i USA, havde ikke nødvendigvis et godt omdømme, idet selskabets generelle skatteplanlægning, herunder datterselskaber i skattely, også havde indflydelse på omdømme. Hvorvidt mængden af overskud, der blev flyttet i skattely, havde indflydelse på offentligt omdømme, var dog vilkårligt. Selskaber, der betalte lave effektive skattesatser i USA – og som i øvrigt havde flere midler i skattely end selskaber med højere effektive skattesatser – var desuden i høj grad i stand til at vedligeholde et godt ry på trods af medieopmærksom og sagsanlæg fra de amerikanske skattemyndigheder. Baudot et al. (2020) forklarede dette med at, 1) selskaberne anså det som en pligt at følge ”*the letter of the law, as opposed to the spirit of the law*”, og 2) manglende gennemsigtighed, hvorefter stakeholdere ikke havde de fornødne informationer til at vurdere aggressiv skatteplanlægning.

Sammenfattende kan det bemærkes, at de drivkræfter, som virksomheder har for at leve op til et generelt CSR-ansvar, kan genfindes ved CTR. Dette forekommer naturligt, idet en ansvarlig skattestrategi kan betragtes som en del af CSR-ansvaret, jf. ovenfor. Incitamentene forekommer dog ikke lige så stærke for CTR, da forventningerne til virksomheders ansvarlighed ift. skat afhænger af synspunkt, og der er generelt ikke enighed om, hvilke pligter selskaber har ift. skat. Derudover synes omdømme ikke at udgøre en passende sanktion for uansvarlighed, idet tilegnelsen af et dårligt omdømme forekommer vilkårligt, mens effekten af et godt omdømme kun synes af begrænset omfang.

4.3 Forholdet mellem aggressiv skatteplanlægning og CSR

Af det ovenstående fremgår bl.a., at der er lav gennemsigtighed ift. virksomheders skatteplanlægning. For så vidt angår CSR i øvrigt, er der imidlertid mange muligheder for at tilegne sig viden om tiltag, som iværksættes eller ikke iværksættes af virksomheder⁷². Mens gennemsigtigheden i relation til CSR generelt øges, er det således fortsat besværligt at opnå kendskab til skatteplanlægning. Det er dog interessant at overveje, om en potentiel sammenhæng mellem (manglende) CSR-tiltag og (aggressiv) skatteplanlægning kan give indikationer, om hvorvidt en virksomhed engagerer sig i uansvarlige skattestrategier.

Hoi et al. (2013) fandt på baggrund af en omfangsrig empirisk undersøgelse af data fra offentligt tilgængelige kilder om uforsvarlige CSR-aktiviteter og skatteunddragelse, at virksomheder med omfangsrige uforsvarlige CSR-aktiviteter har en øget sandsynlighed for også at engagere sig i skatteunddragelse. Lignende resultater kan genfindes i Lanis & Richardson (2015), som fandt, at CSR-performance har en negativ sammenhæng med skatteunddragelse, således at det er usandsynligt, at virksomheder (børsnoterede amerikanske selskaber) med et højt niveau af CSR-ansvarlighed engagerer sig i skatteunddragelse og omvendt. Forfatterne fandt ligeledes, at denne sammenhæng varierede alt efter hvilken CSR-aktivitet, der var tale om. Eksempelvis reduceres sandsynligheden for skatteunddragelse mest, når selskabet er ansvarlig ift. samfundsrelationer og diversitet. På baggrund af en undersøgelse af en international population fandt Zeng (2019) ligeledes, at høj CSR-ansvarlighed resulterede i mindre sandsynlighed for skatteunddragelse. Derudover indikerede undersøgelsen, at CSR kan substituere regulering, idet CSR-ansvarlige virksomheder ikke engagerede sig i skatteunddragelse, uanset at de var etablerede i lande med et lavt reguleringsniveau ift. CSR-relevante områder.

⁷² F.eks. indekser såsom CSR Europe & Fair Tax Foundation’s Tax Responsibility and Transparency Index. Derudover er der også blevet indført ESG-rapportering i EU ved direktiverne CSRD og CSDDD

Det er værd at bemærke, at ovenstående undersøgelser beskriver den udviste adfærd som decideret skatteunddragelse ("*Tax Avoidance*"). Der afgrænses ikke ift. begrebet *aggressiv skatteplanlægning*. OECD har defineret aggressiv skatteplanlægning som planlægning, der ganske vist er lovlig, men som medfører resultater og konsekvenser, lovgiver ikke havde forudset, og som er baseret på en usikker skattemæssig position, der ikke er gennemsigtig eller offentliggjort⁷³. Skatteunddragelse, -omgåelse mv. er imidlertid arrangementer, der er i strid med den skattelovgivning, som arrangementet er underlagt. Denne afgrænsning kan formentligt lægges til grund i almindelighed, men det er uklart, om de ovenstående undersøgelser anvender den, hvilket dog må antages.

Hvordan CSR-aktiviteter påvirker aggressiv skatteplanlægning ("*Corporate Tax Aggressiveness*") blev undersøgt i Laguir et al. (2015). Her viste undersøgelsen – lignende undersøgelsen i Lanis & Richardson (2015) – at sammenhængen varierede ift. CSR-dimensionerne. Eksempelvis blev sandsynligheden for, at en virksomhed engagerede sig i aggressiv skatteplanlægning reduceret, når den samme virksomhed havde høj ansvarlighed inden for social-dimensionen, mens det modsatte var tilfældet, når virksomheden engagerede sig mest i den økonomiske dimension. Virksomheder, der engagerede sig mest i forretningsmæssige CSR-aktiviteter, syntes således at udvikle en kultur, hvor etisk ansvarlighed blev kommunikeret til et eksternt publikum, som var afkoblet fra den interne, profitmaksimerende praksis, der bl.a. indebærer en mere eller mindre aggressiv skattestrategi. Dette harmonerer med de tidligere omtalte resultater i Hillenbrand et al. (2019), som fandt en lignende divergens knyttet til forventningerne blandt forskellige grupper af stakeholdere. Ovenfor omtalte Zeng (2016) viste også resultater, der indikerede, at virksomheder med høj CSR-ranking var mindre tilbøjelige til at engagere sig i aggressiv skatteplanlægning, dog uden at overveje de forskellige CSR-dimensioner og aktiviteter.

Henset til ansvarlig skatteadfærd synes der således at være en CSR-intern konflikt mellem på den ene side forpligtelsen til loyalt at bidrage til det samfund, under hvis nåde selskabet eksisterer, og på den anden side de økonomiske hensyn og forpligtelser til selskabets drift og stakeholdere. Litteraturen synes at betragte aggressiv skatteplanlægning fra et perspektiv, hvori det anses som gennemgående uansvarligt. Bird & Davis-Nozemack (2018) argumenterer for, at skatteundgåelse bedst forstås som et bæredygtighedsproblem, og at det kan anses som uansvarligt bl.a. henset til offentlighedens attitude, hvilket i deres undersøgelse eksemplificeres med Starbucks' skattestrategi i Storbritannien. I denne undersøgelse synes der imidlertid ikke at være en skarp afgrænsning mellem skatteunddragelse og aggressiv skatteplanlægning, idet Starbucks ikke var i uoverensstemmelse med lovgivning. En bedre beskrivelse af Starbucks' skattestrategi kan findes i Campbell & Helleloid (2016). Bird & Davis-Nozemack (2018) anvender også Starbucks som en illustration af, at konsekvenserne for omdømme ændrede virksomhedens skattestrategi. Set i lyset af at Starbucks' skatteplanlægning til dags dato fortsat er relativt aggressiv⁷⁴, om end mindre end den tidligere har været i UK, forekommer dette argument dog tvivlsomt, ligesom det heller ikke harmonerer med resultaterne i tidligere omtalte Baudot et al. (2020), hvilket Starbucks' nuværende skattestrategi derimod synes at gøre. Ansvarlig skatteplanlægning forekommer dermed som et spørgsmål om synsvinkel. Skønt litteraturen tydeligt afspejler, at den brede offentlighed – ligesom lovgivere – fordømmer aggressiv skatteplanlægning, så er reaktionerne tilsyneladende ikke stærke nok eller vedvarende nok til at afskrække i tilstrækkeligt omfang. Det anførte taler også ind i en argumentation, hvorefter det er problematisk at betragte ansvarlig skat som et CSR-anliggende, og at en komplet CSR-ansvarlighed er uopnåelig, da enhver

⁷³ OECD: Study into the Role of Tax Intermediaries, 2008, pp. 10-11. En lignende definition kan genfindes i publikationer fra EU-Kommissionen og danske lovforarbejder

⁷⁴ Se bl.a. artikel fra det britiske medie TaxWatch af 27. juni 2019. *Grounds for Concern – Starbucks Tax Payments in Europe, the Middle East and Africa*. (senest besøgt 3. juni 2024)

CSR-strategi er forbeholdt trade-offs pga. de meget brede CSR-dimensioner, hvoraf ingen er *pareto optimale* (Devinney 2009).

Konklusion

På baggrund af analysen af den hidtidige praksis vedr. SEL § 31 E, kan der drages visse – i hvert foreløbige – konklusioner om, hvordan bestemmelsen bliver anvendt. Litteraturen, der findes om bestemmelsen, og lovbemærkningerne synes at lægge op til en meget streng regel, hvorefter det er særdeles svært at opnå ret til fradrag for endelige underskud⁷⁵.

Hvis vi betragter Skatterådets fortolkning af bestemmelsen i de bindende svar, der er afgivet, synes den opfattelse dog ikke helt at kunne genfindes i praksis. Domstolens praksis og lovbemærkninger angiver udtrykkeligt, at det ikke er afgørende om muligheden for at tage hensyn til underskuddet ved en aktieoverdragelse til tredjemand faktisk er blevet udnyttet. Dette skal dog efter praksis ikke forstås sådan, at den blotte tilstedeværelse af enhver teoretisk mulighed herfor medfører, at et underskud ikke er endeligt. I Tyskland består der ikke en reel mulighed, da underskud ikke kan overføres ved aktieoverdragelser på mere end 50% af aktiekapitalen. I Sverige begrænses muligheden for at overdrage et underskud af, at insolvente selskaber ikke kan likvideres, og kapitaltilskud skal modregnes det underskud, der kan overføres. I Frankrig er der også betingelser, der i praksis kan forhindre en overdragelse, mens en overdragelse af underskud i Norge kun kan ske til andre Norske koncernselskaber⁷⁶. Skønt den principielle mulighed for at overdrage underskud til tredjemand, forhindrer disse regelsæt ikke, at et underskud er endeligt. Denne del af endelighedsbetingelsen synes således anvendt sådan, at der skal være tale om en mulighed, som reelt kan anvendes i praksis henset til de konkrete omstændigheder, herunder bl.a. forretningsmæssige overvejelser⁷⁷. Potentielle muligheder for at tage hensyn til et underskud synes desuden hovedsageligt at være relevant, når dette kan ske ved overdragelse af datterselskabet eller ved genetablering. Det må stå klart, at aktive fravalg af sådanne muligheder, afskærer retten til fradrag, når muligheden reelt kan gennemføres⁷⁸. På trods af særlig omtale til aktieoverdragelser i lovbemærkningerne, synes endelighedsbetingelsen således ikke anvendt anderledes i den henseende, end betingelsen anvendes i øvrigt for andre muligheder. Ved genetablering kan det lægges til grund, at den blotte tilstedeværelse af en mulighed for at tage hensyn til et underskud i fremtiden ikke afskærer retten til fradrag, men at det er endnu usikkert, hvornår endeligheds-tidspunktet indtræder i en sådan situation.

I tilfælde hvor den aktivitet, som udføres af et datterselskab eller et fast driftssted i et andet land, ikke ophører fuldstændig, håndhæves bestemmelsen imidlertid strengt. Det er ikke muligt blot at ændre lidt på den udførte aktivitet, ændre et datterselskab til et fast driftssted, overføre aktiviteten til en anden enhed eller lignende og stadig have mulighed for at medregne underskuddet i den danske indkomst. Det modsatte forekommer dog også i modstrid med formålet med SEL § 31 E og Marks & Spencer-doktrinen. Endelighedsbetingelsen er også i et enkelt tilfælde blevet udstrakt til at omfatte tilfælde, der ellers umiddelbart synes at være et spørgsmål om opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Dette har den konsekvens, at Danmark ikke skal bære konsekvenserne af i visse tilfælde at have lempeligere regler end værtslandet. Denne retsstilling må dog indtil videre betragtes som

⁷⁵ Se f.eks. RR.2021.10.50 og SR.2019.0377

⁷⁶ Jf. redegørelsen af norsk ret i SKM2024.211.SR og SKM2023.17.SR

⁷⁷ Se også SR.2022.195, s. 3

⁷⁸ Sådan som det eksempelvis var tilfældet i SKM2023.17.SR vedr. nedlukning af et fast driftssted i Sverige

tvivlsom, og den hidtidige praksis i øvrigt har heller ikke afdækket den del af bestemmelsen, der vedrører underskuddets opgørelse.

Udover endelighedsbetingelsen er det ligeledes en betingelse, at underskuddet kunne have været anvendt i en international sambeskatning, jf. SEL § 31 A. Denne vurdering skal foretages i endelighedsåret, således at eksempelvis underskud realiseret i konkursbehandling ikke kan anvendes, og et negativt likvidationsprovenu kan ikke fremføres til senere indkomstår af moderselskabet. Sidstnævnte er dog en mulighed, hvis et datterselskab ophører ved grænseoverskridende skattefri fusion i stedet for ved likvidation, jf. SKM2023.281.SR. For at et faktisk tilvalg af international sambeskatning kan forhindre underskuddets endelighed, er vurderingen imidlertid den modsatte, nemlig at det skal være tilvalgt i de enkelte underskudsår, jf. SKM2023.523.SR.

Da den danske praksis, der findes om endelige underskud, er underlagt både Domstolen og naturligvis de danske domstole og Landsskatteretten, skal det blive interessant at følge udviklingen af bestemmelsen i praksis. Indtil videre er det alene SKM2023.281.SR, der er påklaget til Landsskatteretten, som derved får anledning til at tage stilling til Skattestyrelsen anvendelse af endelighedsbetingelsen.

På baggrund af den økonomiske analyse af sammenhængen mellem aggressiv skatteplanlægning og CSR er der ikke tvivl om, at CSR også rummer et ansvar ift. ansvarlig skatteadfærd, og at virksomheder har lignende incitament for at leve op til sidstnævnte. Sammenlignet med CSR i øvrigt, forekommer incitamenterne for ansvarlig skatteadfærd dog ikke lige så stærke. Dette kan hænge sammen med, at virksomheders skatteplanlægning generelt ikke er underlagt nogen særlig gennemsigtighed, at uansvarlighed ikke synes at blive effektivt sanktioneret hverken socialt eller lovgivningsmæssigt, og stakeholderne forventningerne til virksomheders skatteadfærd er tvetydige, ligesom CSR-strategier generelt statuerer trade-offs.

Det er veldokumenteret, at der er en sammenhæng mellem ansvarlighed ift. CSR generelt og ansvarlighed ift. skatteplanlægning, således at virksomheder, der udviser ansvarlig CSR-adfærd, sandsynligvis også udviser ansvarlig skatteadfærd. Virksomheder, som derimod er uansvarlige henset til CSR generelt, er imidlertid mere tilbøjelige til at engagere sig i ikke bare aggressiv skatteplanlægning, men også decideret skatteunddragelse. Denne sammenhæng varierer dog alt efter hvilken CSR-dimension eller aktivitet, der betragtes, hvorefter virksomheder med størst fokus på den økonomiske dimension af CSR er tilbøjelige til at engagere sig i aggressiv skatteplanlægning, mens det modsatte er tilfældet, når en virksomhed har størst fokus på den sociale dimension. Dette synes at hænge sammen med, at forventninger fra stakeholdere afviger på samme måde, alt efter om der er tale om hhv. forretningsorienterede eller fællesskabsorienterede stakeholdere. Det må konkluderes, at det ulovregulerede CSR-ansvar for nuværende ikke i noget vidt omfang kan fungere som en effektiv drivkraft eller substitut for lovregulering ift. at promovere en ansvarlig skatteadfærd blandt selskabsskatteydere.

Litteraturliste

Artikler

Juridiske

- Inge Langhave i SR.2022.195. *Kommentarer til udvalgte afgørelser – SKM2022.226.SR, SKM2022.232.SR og SKM 2022.356.SR: Fradrag for endelige underskud efter selskabsskatteovens § 31 E – om kravet til endelighed og samspillet med sambeskatningsreglerne*

- Jane Bolander i SR.2023.90. *Kommentarer til udvalgte afgørelser – Endeligt underskud – Selskabsskatteloven § 31 E*
- Marie Pugholm Pedersen og Jan Guldmand Hansen i RR.2021.10.50. *Reglerne om fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber mv. – Hvornår er der fradrag?*
- Michael Tell i SR.2019.377. *Nyt fra EU-domstolen om sambeskatning og grænseoverskridende underskudsudnyttelse*
- Michael Tell i SR.2021.82. *SEL § 31 E: Fradrag I Danmark for underskud i udenlandske datterselskaber samt vedrørende faste driftssteder og fast ejendom beliggende i udlandet*
- Michael Tell i SR.2024.31. *Fradrag for endelige underskud efter SEL § 31 E – Udvalgte problemstillinger*

Økonomiske

- Schwartz, M.s & Carroll, A. (2003) “Corporate Social Responsibility: A Three-Domain Approach.” *Business Ethics Quarterly*, pp. 503-530: [link](#)
- Carroll, A. (2021) “Corporate Social Responsibility: Perspectives on the CSR Construct’s Development and Future”. *Business & Society*, Vol. 60(6), pp.1258-1278: [link](#)
- Scarpa, F. & Signori, S. (2023) “Understanding corporate tax responsibility: a systematic literature review.” *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, Vol.14(7), p.179-201: [link](#)
- De la Cuesta-González, M. and Pardo, E. (2019) “Corporate tax disclosure on a CSR basis: a new reporting framework in the post-BEPS era.” *Accounting, Auditing & Accountability Journal* Vol. 32 No. 7, pp. 2167-2192: [link](#)
- Vlastelica, T. et al. (2018) “How Corporate Social Responsibility Affects Corporate Reputation: Evidence from an Emerging Market.” *Journal of East European Management Studies*, vol. 23, no. 1, pp. 10–29: [link](#)
- Amalric, F. & Hauser, J. (2005) “Economic Drivers of Corporate Responsibility Activities.” *The Journal of Corporate Citizenship*, no. 20, pp. 27–38: [link](#)
- Hillenbrand, C. et al. (2019) “Corporate Tax: What Do Stakeholders Expect?” *Journal of Business Ethics*, vol. 158, no. 2, pp. 403–426
- Hardeck, I. & Hertl. R. (2014) “Consumer Reactions to Corporate Tax Strategies: Effects on Corporate Reputation and Purchasing Behavior.” *Journal of Business Ethics*, vol. 123, no. 2, pp. 309–326: [link](#)
- Zeng, T. (2016) “Corporate Social Responsibility, Tax Aggressiveness, and Firm Market Value.” *Account Perspectives*, vol. 15, no. 1, pp. 7-30: [link](#)
- Baudot, L. et al. (2020) “Is Corporate Tax Aggressiveness a Reputation Threat? Corporate Accountability, Corporate Social Responsibility, and Corporate Tax Behavior.” *Journal of Business Ethics*, vol. 163, pp. 197–215: [link](#)
- Christensen, J. & Murphy, R. (2004) “The social irresponsibility of corporate tax avoidance: Taking CSR to the bottom line.” *Development*, 47(3), pp. 37–44: [link](#)
- Laguir, I. et al. (2015) “Does corporate social responsibility affect corporate tax aggressiveness.” *Journal of Cleaner Production*, vol. 107, pp. 662-675: [link](#)
- Hoi, C. K. et al. (2013) “Is Corporate Social Responsibility (CSR) Associated with Tax Avoidance? Evidence from Irresponsible CSR Activities.” *The Accounting Review*, vol. 88, no. 6, pp. 2025–2059: [link](#)
- Lanis, R. & Richardson, G. (2015) “Is Corporate Social Responsibility Performance Associated with Tax Avoidance?” *Journal of Business Ethics*, vol. 127, no. 2, pp. 439–457.

- Zeng, T. (2019) "Relationship between corporate social responsibility and tax avoidance: international evidence." *Social Responsibility Journal*, vol. 15, no. 2, pp. 244-257: [link](#)
- Devinney, T. M. (2009) "Is the Socially Responsible Corporation a Myth? The Good, Bad and Ugly of Corporate Social Responsibility." *Academy of Management Perspectives*, May 2009: [link](#)
- Campbell, K. & Helleloid, D. (2016) "Starbucks: Social responsibility and tax avoidance." *Journal of Accounting Education*, vol. 37, pp. 38-60: [link](#)
- Bird, R. & Davis-Nozemack, K. (2018) "Tax Avoidance as a Sustainability Problem." *Journal of Business Ethics*, vol. 151, no. 4, pp. 1009–25: [link](#)

Bøger

- Birkmose, H. S., Neville, M., and Sørensen, K. E. (2019). *Selskaber (1. udg.)*, Djøf Forlag
- Bolander, J., Madsen, L., Laursen, A. N., and Langhave, I. (2023). *Lærebog om indkomstskat (20. udg.)*, Djøf Forlag
- Sørensen, K. E., and Danielsen, J. H. (2022). *EU-Retten (8. udg.)*, Djøf Forlag
- Werlauff, E. (2019). *Selskabsret (21. udg.)*, Karnov

Lovbekendtgørelser, ændringslove mv.

- Lovbekendtgørelse nr. 1241 af 22. august 2022 (selskabsskatteloven)
- Lovbekendtgørelse nr. 835 af 3. juni 2022 (skatteforvaltningsloven)
- Lovbekendtgørelse nr. 743 af 23. april 2021 om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver m.v. (fusionsskatteloven)
- Lovbekendtgørelse nr. 172 af 29. januar 2021 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven)
- Lov nr. 1835 af d. 8. december 2020 om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love
- Lovforslag nr. 28 af 7. oktober 2020 om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love.
- Lovforslag nr. 48 af 6. november 2019 om ændring af selskabsskatteloven, kildeskatteloven, skatteindberetningsloven, skattekontrolloven og forskellige andre love
- Lov nr. 426 af 6. juni 2005 om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove
- Lovforslag nr. 121 af 2. marts 2005 om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove
- SAU alm. del – svar på spørgsmål 96 (2005-06)

Retspraksis

EU-domme

- C-81/87, *Daily mail*
- C-177/94, *Perfili*
- C-446/03, *Marks & Spencer*
- C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co.*
- C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*
- C-123/11, *A Oy*
- C-322/11, *K*
- C-172/13, *Kommissionen mod Det forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland*
- C-650/16, *Bevola*
- C- 607/17, *Memira Holding AB*

- C-608/17, *Holmen*
- C- 538/20, *W AG*
- Generaladvokat A. Collins' forslag til afgørelse af sag C-538/20, *W AG*, præmis 75,

Danske domme

- SKM2020.299.ØLR

Dansk administrativ praksis

Administrative afgørelser

- Skatterådets bindende svar af 19. marts 2024, j.nr. 23-1857019 (SKM2024.211.SR)
- Skatterådets bindende svar af 19. december 2023, j.nr. 23-1096006 (SKM2024.166.SR)
- Skatterådets bindende svar af 29. august 2023, j.nr. 22-1154613 (SKM2023.598.SR)
- Skatterådets bindende svar af 24. oktober 2023, j.nr. 23-1089500 (SKM2023.523.SR)
- Skatterådets bindende svar af 23. maj 2023, j.nr. 23-0427248 (SKM2023.281.SR)
- Skatterådets bindende svar af 20. december 2022, j.nr. 22-0562458 (SKM2023.17.SR)
- Skatterådets bindende svar af 27. september 2022, j.nr. 22-0358098 (SKM2022.579.SR)
- Skatterådets bindende svar af 21. juni 2022, j.nr. 22-0452745 (SKM2022.356.SR)
- Skatterådets bindende svar af 26. april 2022, j.nr. 21-0741738 (SKM2022.232.SR)
- Skatterådets bindende svar af 26. april 2022, j.nr. 21-1163574 (SKM2022.226.SR)
- Skatterådets bindende svar af 18. december 2018, j.nr. 18-1250557 (SKM2020.392.SR)

Styresignaler

- Den Juridiske Vejledning 2024-1 (version 3.12 – 31.01.2024)
- Skatteforvaltningens styresignal af 06. januar 2021, j.nr. 18-1080619 (SKM2021.5.SKTST)

Traktater og internationale overenskomster

- OECD modeloverenskomst af 2017 til overenskomst til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Øvrige publikationer

- OECD: Study into the Role of Tax Intermediaries, 2008, pp. 10-11
- Artikel fra det britiske medie TaxWatch af 27. juni 2019. *Grounds for Concern – Starbucks Tax Payments in Europe, the Middle East and Africa*. Link: https://www.taxwatchuk.org/starbucks_uk_tax_2018/ senest besøgt 3. juni 2024