

De danske sambeskatningsreglers forenelighed med EU-retten

Fradrag for endeligt underskud i SEL § 31 E set ud fra et europæisk perspektiv

The compatibility of the Danish joint taxation rules with EU law

Deduction of final losses in Danish CTA section 31 (E) from an EU perspective

Afhandling – Cand.merc.aud.

CBS – Copenhagen Business School

Udarbejdet af: Frederik Rudebeck Rasmussen (studienr: 142383)

Vejleder: Peter Koerver Schmidt

Afleveringsdato: 12. maj 2022.

Antal anslag / antal sider: 181.931 anslag / 79,96 sider.

Executive Summary

The purpose with this thesis is to investigate whether the Danish Corporate Tax Act (CTA) is in conformity with EU law and its developed Marks & Spencer-doctrine regarding the deduction of cross-border finally lost deficits.

The territorial principle in CTA section 8 (2) cause that Danish companies cannot claim a deduction for losses incurred in foreign permanent establishments (PE) and subsidiaries. Danish subsidiaries and PE, that are part of a group, are locked to mandatory joint taxation according to section 31. Danish companies get opportunity to choose international joint taxation according to section 31 (A), which means all foreign entities must be included in join taxation and that lead to a binding period of 10 years.

A review of the European Court of Justice (ECJ) in the form of C-446/03 *Marks & Spencer*, C-650/16 *Bevola*, C-607/17 *Memira*, C-608/17 *Holmen* states that it is a restriction if a member state's legislation permits the parent company's deduction of cross-border deficits from secondary establishments located in other Member States. However, it is allowed to refuse deduction of losses when the parent company cannot prove that the deficit is final. According to the case law of ECJ, if all possibilities for utilizing the deficit in the other Member State have been exhausted, a deficit can be considered final. The deficit is also final if it is impossible to utilize the deficit in the future and that a third party does not have or cannot take the deficit into account.

In the *Bevola* case, the provisions mentioned above were not in conformity with the EU law, as they do not allow companies to claim deductions for cross-border deficits. The inability to claim deductions for final deficits is not in line with the Marks & Spencer doctrine. As a follow-up on the decision, the Ministry of Taxation submitted a bill, which CTA section 31 (E) is introduced. This was passed in 2020. CTA 31 (E) must give Danish companies the opportunity to claim a deduction of cross-border final deficits.

The analysis of CTA 31 (E) forms an understanding of what the provision entails and what impacts it will have. Based on the analysis, a discussion about the compatibility of the provision with EU case law has been made. This thesis concludes that CTA 31 (E) is in its current form more burdensome than the Marks & Spencer doctrine, which means that the provision most likely does not bring the Danish rules in conformity with the EU law.

Indholdsfortegnelse

EXECUTIVE SUMMARY	2
1. INDLEDNING	5
1.1 PROBLEMFOMULERING	7
1.2 AFGRÆNSNING	8
2. METODE.....	9
2.1 ANALYSETILGANG	9
2.2 RETSKILDER	10
2.2.1 EU-retskilder	11
2.2.2 Danske retskilder	12
2.3 FREMGANGSMÅDE OG STRUKTUR.....	14
3. SAMBESKATNINGSREGLER I DANMARK.....	16
3.1 NATIONAL SAMBESKATNING	16
3.2 TERRITORIALPRINCIP	18
3.3 INTERNATIONAL SAMBESKATNING.....	19
3.3.1 Valg af international sambeskatning	19
3.3.2 Retsvirkningerne af international sambeskatning.....	20
4. FORENELIGHEDEN MED EU-RETEN.....	21
4.1 EU-RETEN	22
4.2 FRI BEVÆGELIGHED "DET INDRE MARKED"	23
4.3 FRIHEDSRETTIGHEDERNE.....	25
4.3.1 Etableringsfriheden	25
4.3.2 Kapitalens fri bevægelighed	27
4.4 HINDRING FOR DEN FRI BEVÆGELIGHED	30
4.4.1 Diskrimination eller restriktion	30
4.5 RETFÆRDIGGØRENDE HENSYN.....	32
4.5.1 Hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne	33
4.5.2 Hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen.....	34
4.5.3 Hensynet til at bekæmpe misbrug (skatteunddragelse).....	34
4.5.4 Hensynet til at modvirke dobbelt fradrag ("double dip").....	35
4.5.5 Hensynet til territorialprincippet.	35
4.5.6 Hensynet til en effektiv skattekontrol og skatteopkrævning.....	36
4.6 PROPORTIONALITETSPRINCIPPET	37
5. FORTOLKNING AF EU-RETEN – RELEVANTE DOMSAFGØRELSER	38
5.1 MARKS & SPENCER SAGEN.....	39
5.1.1 Debatten om de danske sambeskatningsregler inden domsafsigelsen	40
5.1.2 Gennemgangen af den afsagte dom	43
5.1.3 Debatten i Danmark efter domsafsigelsen ved EU-Domstolen	47
5.2 BEVOLA.....	50
5.2.1 EU-Domstolens svar	51
5.2.2 Bevola-sagens følgervirkninger	56
5.3 MEMIRA HOLDING AB.....	59
5.3.1 EU-Domstolens svar	60
5.4 HOLMEN AB	62
5.4.1 EU-Domstolens svar	63
5.5 SAMMENFATNING AF DOMSANALYSERNE	65
6. SELSKABSSKATTELOVEN §31 E.....	67

6.1	ANVENDELSESOMRÅDE.....	67
6.2	BETINGELSERNE	69
6.2.1	<i>Hvornår anses et underskud for at være endeligt</i>	70
6.3	DISKUSSION OM BESTEMMELSENS FORENELIGHED MED EU-RETEN	71
6.3.1	<i>Endeligt underskud.....</i>	71
6.3.2	<i>Kunne have været anvendt under international sameskatning i SEL § 31 A</i>	74
6.3.3	<i>Anvendelse hvis reglerne er identiske med de danske regler.</i>	76
7.	PERSPEKTIVERING	80
8.	KONKLUSION	82
9.	LITTERATURLISTE	84
10.	DOKUMENTATION FOR ANSLAG	87

1. Indledning

I Danmark har vi retsregler, der regulerer de situationer, hvor selskaber og personer har tilknytning til flere lande end kun Danmark. Dette betegnes som den danske udlandsskatteret.¹

Disse retsregler, som Danmark regulerer, befinder sig i et dynamisk samspil med EU's frihedsrettigheder. Danmark har med sin deltagelse i EU-samarbejde en pligt til at sørge, for at de danske retsregler er EU-konforme. Samarbejdet med EU og andre landes deltagelse i EU-samarbejdet er med til at gøre, at EU kan skabe harmoniserede regler for hele det indre marked. Dette har den betydning, at når der indføres en ny lovgivning, skal der tages hensyn til, hvordan reglerne kan påvirke unionsborgerne og selskaber i andre medlemsstater og samt at lovgivningen skal opnå konformitet med EU's rettigheder.

EU har gennemgået en betydelig udvikling og harmonisering gennem årene. Siden 1978 er der i området for de indirekte skatter sket en næsten fuldstændig harmonisering ved vedtagelse af et stort antal direktiver, mens der i området for direkte skatter, beskatning af indtægter og formue, kun i begrænset omfang er sket en harmonisering.² Udviklingen i EU-retten har dog de seneste år afspejlet, at der er stigende interesse fra EU's side på området for hindring af skatteunddragelse. Derfor bliver den danske udlandsskatteret nu i højere grad påvirket fra EU's side, med det formål, at skabe et mere afbalanceret indre marked.³

De seneste mange år har et skatteområde været meget diskuteret. Det omhandler medlemsstaternes sambeskatningsregler og deres EU-konformitet. I 2003 var der sagen om Marks & Spencer (C-446/03). Sagen medførte en større diskussion og en doktrin blev skabt. Doktrinen statuerede, at medlemsstater skal tage hensyn til endelige underskud fra andre medlemsstater. Dette har resulteret i at der i de senere år har været adskillelige afgørelser om grænseoverskridende fradrag af underskud mellem koncernforbundne selskaber, hvilket har haft indflydelse på de nuværende sambeskatningsregler.

Siden 2005 har de danske sambeskatningsregler været indrettet på en sådan måde, at danske selskaber beskattes efter et territorialbeskatningsprincip, jf. Selskabsskatteloven (Herefter: SEL) §8, stk. 2. Sambeskatningsreglerne i Danmark medfører, at danske selskaber og faste driftssteder, herunder faste ejendomme, er underlagt tvungen national sambeskatning. Hvis koncerner ønsker at inkludere sine

¹ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 40.

² Tell, M., m.fl. (2020). *International skatteret – i et dansk perspektiv.*, side 241.

³ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 843.

udenlandske sekundære etableringer i sambeskatningsordningen, kan de gøre det ved tilvalg af international sambeskatning. International sambeskatning er bygget op på et globalpuljebegreb. Et sådan tilvalg gør det muligt for danske koncerner med udenlandske selskaber at medregne overskud og underskud fra disse selskaber i den samlede skatteopgørelse. Tilsvarende gør sig gældende for faste driftssteder og fast ejendom. Ændringerne til sambeskatningsreglerne i 2005 gav dog anledning til kritik. Marks & Spencer-dommen verserede på tidspunktet for behandlingen af lovændringerne. Flere parter i udvalgsbehandlingen udtrykte sig kritisk og fremførte, at reglerne for international sambeskatning ikke ville være i overensstemmelse med EU-retten. Trods kritikken blev sambeskatningsreglerne vedtaget og først i 2018 med EU-domstolens afgørelse i Bevola-sagen (C-650/16) blev det afgjort, at de danske sambeskatningsregler ikke var EU-konforme.

Regeringen fremsatte på baggrund af Bevola-dommen den 7. oktober 2020 et lovforslag L 28 om implementering af en klausul i sambeskatningsreglerne, om fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber og faste driftssteder, herunder faste ejendomme. Udgangspunktet i de danske sambeskatningsregler blev ændret, så der gives adgang til grænseoverskridende fradrag af underskud i tilfælde, hvor underskuddet i de udenlandske sekundære etableringer er endeligt. Den 3. december 2020 blev Lov nr. 1835 af 08-12-2020 vedtaget, hvor SEL § 31 E blev indført. Indførslen af SEL § 31 E har betydet, at der kan gives adgang til grænseoverskridende fradrag af underskud i udenlandske datterselskaber mm. De nye regler i SEL § 31 E er på visse områder simple og på andre områder komplicerede og uklare. Dette skyldes dels at lovgiveren ikke ønsker at gå videre, end hvad der følger af EU-Domstolens praksis, hvorved visse iboende usikkerhedsmomenter fra EU-retten overføres til SEL § 31 E og dels at lovgiveren har valgt at indarbejde visse indskrænkninger. Disse skal sikre den snævrere mulige adgang til fradrag. Derfor er der stadigvæk tvivl om de danske sambeskatningsregler efter indførsel af SEL § 31 E er EU-konforme.⁴

⁴ Tell, M. (2021). SEL § 31 E: Fradrag i Danmark for underskud i udenlandske ... i udlandet. SR.2021.82

1.1 Problemformulering

På baggrund af Bevola-sagen blev det statueret at de danske sambeskatningsregler ikke var EU-konforme. Det førte til, at et nyt lovforslag blev udarbejdet i 2020, som skulle være med til at sikre sambeskatningsreglernes EU-konformitet. Lovforslaget blev i slutningen af 2020 vedtaget, hvor SEL § 31 E blev indført med det formål at bringe de danske sambeskatningsregler i overensstemmelse med EU-retten. Det findes derfor interessant at vurdere kritikken fra udvalgsbehandlingen til det nye lovforslag i 2020 og undersøge hvilke overvejelser, Danmark har gjort sig for at sikre sambeskatningsreglernes EU-konformitet. Hovedfokus for specialet vil derfor være en vurdering af EU-konformiteten i forhold til, hvordan og med hvilke overvejelser Danmark udarbejder og ændrer sambeskatningsregler og om det med den vedtagne lov er lykkedes at opnå overensstemmelse med EU-retten.

På baggrund af ovenstående vil afhandlingens hovedformål således være:

At undersøge de gældende sambeskatningsregler i Danmark fra et EU-retligt perspektiv samt på baggrund af relevant EU-domspraksis analysere og vurdere om sambeskatningsreglerne efter indførelse af SEL § 31 E er bragt i overensstemmelse med frihedsrettighederne i form af TEUF art. 49 og 54.

Besvarelsen af følgende undersøgelsesspørgsmål vil være med til at understøtte en fyldestgørende behandling af ovenstående problemstilling:

- Hvad er i hovedtræk de gældende sambeskatningsregler i Danmark?
- Hvilken betydning har de traktatfæstede frihedsrettigheder for medlemsstaternes udformning af sambeskatningsreglerne?
- Hvilken betydning i praksis har EU-domme for udformningen af sambeskatningsreglerne i Danmark?
- Hvilke underskud kan kvalificeres som endelige underskud efter EU-retspraksis og efter SEL § 31 E?
- Er den vedtagne lov nr. 1835 af 08-12-2020 til Selskabsskattelovens §31 E bragt i overensstemmelse med de traktatfæstede frihedsrettigheder?

1.2 Afgrænsning

I afhandlingens analyser og diskussioner tages udgangspunkt i det nylige vedtagne regel SEL § 31 E. Det primære undersøgelsesområde for bestemmelsen er betingelserne i stk. 1, samt stk. 3, om endelige underskud.

I udkastet til SEL §31 E har Skatteministeriet lagt vægt på gældende EU-praksis i form af domme på området for endeligt underskud, samt udenlandske skatteordninger som tillader grænseoverskridende fradrag af underskud med visse modifikationer i forhold til de danske skatteregler. Der vil i afhandlingen ikke blive foretaget en dybdegående analyse af andre landes skattelovgivning.

I den analyserede del vil de udenlandske enheder i en sekundær etableringsform blive omtalt, hvorfor afhandlingen primært omhandler fortolkningen af TEUF-frihedsrettighederne, hvor især TEUF art. 49 bliver fremhævet. Hvoraf vil direktiver fra EU derfor ikke blive behandlet. Yderligere vil bestemmelsen i SEL § 31 E, stk. 2 således ikke blive behandlet.

Da afhandlingen har til formål ud fra nuværende regelsæt og domstolsafgørelser helt overordnet at klarlægge, hvordan EU-retten bør fortolkes i relation til sambeskatning, samt diskutere, hvorvidt det danske regelsæt er i overensstemmelse hermed, vurderes det ikke relevant at behandle omstruktureringer i form af fusion og spaltninger, som er en stor del af forarbejderne til det nylige vedtagne lov. Disse omstruktureringer har også indflydelse på fradrag af endeligt underskud, men af hensyn til afhandlingens afgrænsede undersøgelsesområde, vil der ikke yderligere blive taget hensyn til disse problemstillinger.

Med hensyn til, at afhandlingens problemstilling er af principiel karakter, er det heller ikke vurderet afgørende at præsentere de kvantitative konsekvenser af regelsættene i form af f.eks. beregning af det endelige underskud og den skattemæssige opgørelse af det endelige underskud.

2. Metode

Indledningsvis beskrives i dette afsnit den metodiske tilgang, der er anvendt ved udfærdigelsen af denne afhandling. Herefter præsenteres de forskellige typer af kilder anvendt samt de forskellige dimensioner indenfor skatteret i Danmark og Europa. Afslutningsvis i afsnittet illustreres afhandlingens struktur, hvoraf der beskrives kort om fremgangsmåden i afhandlingen.

2.1 Analysetilgang

Ved udarbejdelsen af denne afhandling anvendes en juridisk kritisk metode, som kendetegnes ved, at udgangspunktet tages i selve reguleringen, herefter retspraksis, efterfulgt af retssædvaner og hvis nødvendigt forholdets natur. Fokus i denne afhandling vil bygge på selve reguleringen i form af henholdsvis EU-retten og de danske regler. Derudover vil retspraksis i form af EU-Domstolens afgørelser også blive inddraget. Derfor er afhandlingen opbygget på en retsdogmatisk tilgang. Nedenfor beskrives der kort om den retsdogmatiske metode og den retspolitiske metode, som bliver anvendt i afhandlingen.

Den retsdogmatiske metode er et værktøj, man kan bruge til at beskrive, analysere, fortolke eller systematisere et specifikt retsområde, for at finde ud af, hvad der er den gældende ret (de lege lata). Formålet med metoden er todelt ved at der dels beskrives og analyseres gældende ret på et generelt plan samt at den dels fortolkes og anvendes ved løsning af konkrete retstvister. Derfor vil metoden i afhandlingen blive anvendt til videnskabelige undersøgelser af de gældende danske sambeskatningsregler og de EU-retlige forhold. Dette er særligt hovedfokus i afhandlingen.⁵

Den retspolitiske metode analyserer, hvordan udformningen af reguleringen bør være (de lege ferenda). Her foretages vurderingen af, hvordan retstillingen kan og vil blive ved indførelse af en retsregel, herunder ligger vurderingen af, hvordan en regel bør og skal ændres. Metoden anvendes i analyse og diskussion omkring SEL § 31 E.⁶

Anvendelsen af den retsdogmatiske og den retspolitiske metode begrundes i den retsdogmatiske tilgang til afhandlingens problemstilling om de nye danske sambeskatningsregler er forenelige med EU-retten.

⁵ Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2021). *Retskilder og retsteorier.*, side 33 og 55.

⁶ Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2021). *Retskilder og retsteorier.*, side 57.

Problemstillingen forsøges løst ved at de relevante gældende danske regler, EU-retten og dens domspraksis analyseres. Med systematisering af den gældende ret forsøges der at skabe et overblik, som den nye danske lovgivning kan holdes op imod. Desuden forsøges her at kortlægge, hvad gældende ret er efter den nye regel SEL §31 E er vedtaget og der foretages en vurdering af, hvordan retsstillingen er. Desuden foretages der en diskussion om SEL §31 E er forenelige med EU-retten.

2.2 Retskilder

Datamaterialer, som undersøges i retsdogmatikken kaldes retskilder. Definitionen af hvad retskilder er, er ikke entydig. Dette varierer alt efter hvilken retsteori der anvendes. En retskilde anses for at være en norm, der er et normativt udsagn om et retsspørgsmål, afgivet af nogen, der har fået og handler inden for en bestemt retlig kompetence, fx dommere, lovgiver, administrative myndigheder. Med andre ord, en retskilde anses for at være de retligt bindende instrumenter, som er reguleret af myndighederne, som har fået delegeret kompetencen til at fastsætte retstilstanden ud fra bindende forskrifter og fortolke retstilstanden ved bindende afgørelser. Retskilder kan opfattes som informationskilder vedrørende retssystemet.⁷ I det danske reguleringshierarki er alt lovgivning bygget op omkring Grundloven. Grundloven har højere rang end almindelige love, der har højere rang end bekendtgørelser og andre administrative forskrifter. Af det danske reguleringshierarki følger der også nogle bestemte principper bl.a. lex superior-princippet, hvor regler af lavere rang normalt er ugyldige, hvis de strider mod regler af højere rang.

Danmark afgiver suverænitet til de europæiske institutioner i samarbejdet med EU, jf. GRL §20.

Ved deres indtræden i EU-fællesskabet har medlemsstaterne afgivet beføjelser til EU-institutionerne i et nærmere bestemt omfang, jf. GRL § 20. Danmark har ved indtræden i fælleskabet uddelegeret flere beføjelser til EU, som fx domsafsigelse og lovgivningsprocedure. Beføjelserne er dog ikke ubegrænsede, idet der gælder visse forbehold.⁸

Ved at Danmark i nærmere bestemt omfang har afgivet suverænitet, har Danmark visse forpligtelser, som en tiltrædelse i samarbejdet medfører og kan ikke modsætte sig de forpligtelser. Afsagte EU-afgørelser skal følges i det omfang dansk lovgivning bryder med EU-reglerne og principperne, hvilket følger princippet om negativ integration.⁹

⁷ Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2021). *Retskilder og retsteorier.*, side 54.

⁸ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 51.

⁹ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 110-114.

Ved at indtræde i EU-samarbejdet, har Danmark derfor truffet beslutning om at give EU-retten forrang for dansk ret. Forrangsprincippet i EU har den virkning, at den nationale retsregel må ændres og indrettes således, at de EU-retlige forpligtelser overholdes. Altså hvis de nationale skatteregler strider mod de traktatfæstede frihedsrettigheder, må den nationale skattelovgivning vige for EU-retten.¹⁰

Ligesom der er et hierarki for dansk regulering, er der også et hierarki for EU-reguleringer. Traktater, forordninger og direktiver er nogle af de vitale EU-reguleringer. Desuden har EU-domstolens afgørelser også en stor betydning for reguleringer på nationalt plan.

Idet hensigten med opgaven, som nævnt ovenfor, er hvorvidt den nye retskilde i form af L 28 vedtaget den 3. december 2020 er i overensstemmelse med EU-retten, vil kilderne, der anvendes i afhandlingen, bestå primært af retskilder fra henholdsvis EU-retten i form af domstolsafgørelser, traktater samt retskilder fra den danske ret i form af lovgivningen med fokus på international sambeskatning og diverse forarbejder og kommentarer hertil. Kilderne beskrives kort her.

2.2.1 EU-retskilder

EU-retten sætter de overordnede rammer for medlemsstaternes lovgivning indenfor skatteretten og andre retsområder. Området for de direkte skatter er ikke fuldt harmoniseret gennem direktiver som de indirekte skatter er. Derfor har medlemsstaterne frihed og suverænitet til selv at regulere de direkte skatter, dog så længe medlemsstaternes lovgivning er i overensstemmelse med frihedsrettighederne.

Frihedsrettighederne er de overordnede rammer, som EU-retten har sat for skatteretten og andre retsområder på EU-plan og som medlemsstaterne skal tage hensyn til, når de regulerer nationale skatteregler. Frihedsrettighederne omfatter bl.a. et diskriminations- og restriktionsforbud.¹¹

Den danske skatteret bliver påvirket af EU-retten på 2 måder; 1) gennem udstedelse af sekundære retsakter, primært i form af direktiver (positiv integration), hvilket eksisterer i begrænset omfang på området for de direkte skatter, og 2) gennem EU-Domstolens fortolkning af nationale retsregler med hensyn til TEUF-traktatens frihedsrettigheder (negativ integration). Kun den negative integration vil være genstand for undersøgelse i afhandlingen, idet afhandlingen omhandler SEL §31 E's forenelighed med frihedsrettighederne.

¹⁰ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side s. 600.

¹¹ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 599.

Den negative integration går ud på at medlemsstaterne er tvunget til at indrette egen lovgivning ud fra den, som EU-domstolen har fortolket en medlemsstats nationale retsregler med hensyn til TEUF-traktatens frihedsrettigheder. Såfremt EU-Domstolen finder, at en medlemsstats lovgivning er ikke i overensstemmelse med frihedsrettighederne, skal den EU-stridige nationale retsregel ændres og tilpasses, således denne harmoniserer med EU-retten. Den negative integration har i praksis vist sig, at den spiller den største rolle på området for direkte skatter.¹²

Udover frihedsrettighederne er et centralt element i afhandlingen EU-praksis i form af præjudicielle afgørelser. EU-domstolen har en særegen kompetence til at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten, hvilket forudsætter, at når sager om traktatbrudssøgsmål afsiges eller frihedsrettighedernes indhold i præjudicielle afgørelser fortolkes, fører det til, at EU-domstolens afgørelser har præjudikatværdi, dvs. at afgørelserne er bindende for medlemsstaterne.

Ved behandling af en sag for EU-Domstolen kan denne udbede sig et forslag til afgørelsen fra en generaladvokat, som er en upartisk og uafhængig fagperson. EU-Domstolen er ikke bundet af forslaget, men forslaget indeholder ofte dybere juridiske overvejelser, perspektiver og en nærmere forklaring af problemstillingen på området, hvor retstilstanden endnu ikke er helt udviklet.¹³

2.2.2 Danske retskilder

Udgangspunktet for afhandlingens problemstilling er det nye regelsæt for sambeskatning som hjemlet i den nuværende selskabsskattelovs § 31 - § 31 E (LBKG 2021-02-22, nr. 251).

Retskilderne i opgaven tilstræbes generelt en objektiv fortolkning, dvs. ud fra retskildernes ordlyd. Dog kan en forståelse af hvordan loven skal fortolkes i dens endelige form være vanskelig, derfor giver dette anledning til at anvende forarbejderne, lovbemærkningerne og høringssvarene som fortolkning. Inddragelserne af forarbejderne og lovbemærkningerne kan indikere en mere subjektiv fortolkning, hvor der undersøges, hvad myndighederne har ment med og haft til hensigt med lovgivningen (formålsfortolkning). Forarbejderne og lovbemærkningerne benyttes udelukkende til at få en indsigt i, hvordan lovgiveren har forholdt sig til EU-Domstolens afgørelser, og i hvordan de har fortolket EU-retten.

¹² Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 112.

¹³ Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2021). *Retskilder og retsteorier.*, side 170.

I afhandlingen anvendes også forskellige diskussionspapirer, artikler og høringsvar. Disse kilder indeholder de respektive fageksperter og forfatteres kommentar til og opfattelser af den nye lovgivning omkring sambeskatning. I denne forbindelse er det afgørende at være opmærksom på, at der i disse materialer fremkommer subjektive holdninger og perspektiver. Dermed er opmærksomheden rettet på denne subjektivitet, hvorfor kilderne anvendes kritisk og alene som inspiration til afhandlingens diskussioner.

Med afhandlingen forsøges der ud fra ovenstående retskilder at komme frem til konklusion om den nye danske regelsæt er forenelighed med EU-retten.

2.3 Fremgangsmåde og struktur

Afhandlingen indledes med en generel introduktion til emnet. Ligeledes indeholder afsnittet afhandlingens problemformulering som er afledt af indledningen. Problemformuleringen giver et konkret udgangspunkt for behandlingen af emnet. Afgrænsning og de metodiske overvejelser i forbindelse med afhandlingen fremkommer også i begyndelsen af afhandlingen.

Derefter kommer 2 kapitler, hvor den første del består af en redegørelse af de relevante gældende danske sambeskatningsregler, både national og international sambeskatning, som bruges senere i afhandlingen i forbindelse med analysen af SEL § 31 E. Den anden del består af en redegørelse af relevante dele af EU-retten, der regulerer de nationale regler for sambeskatning.

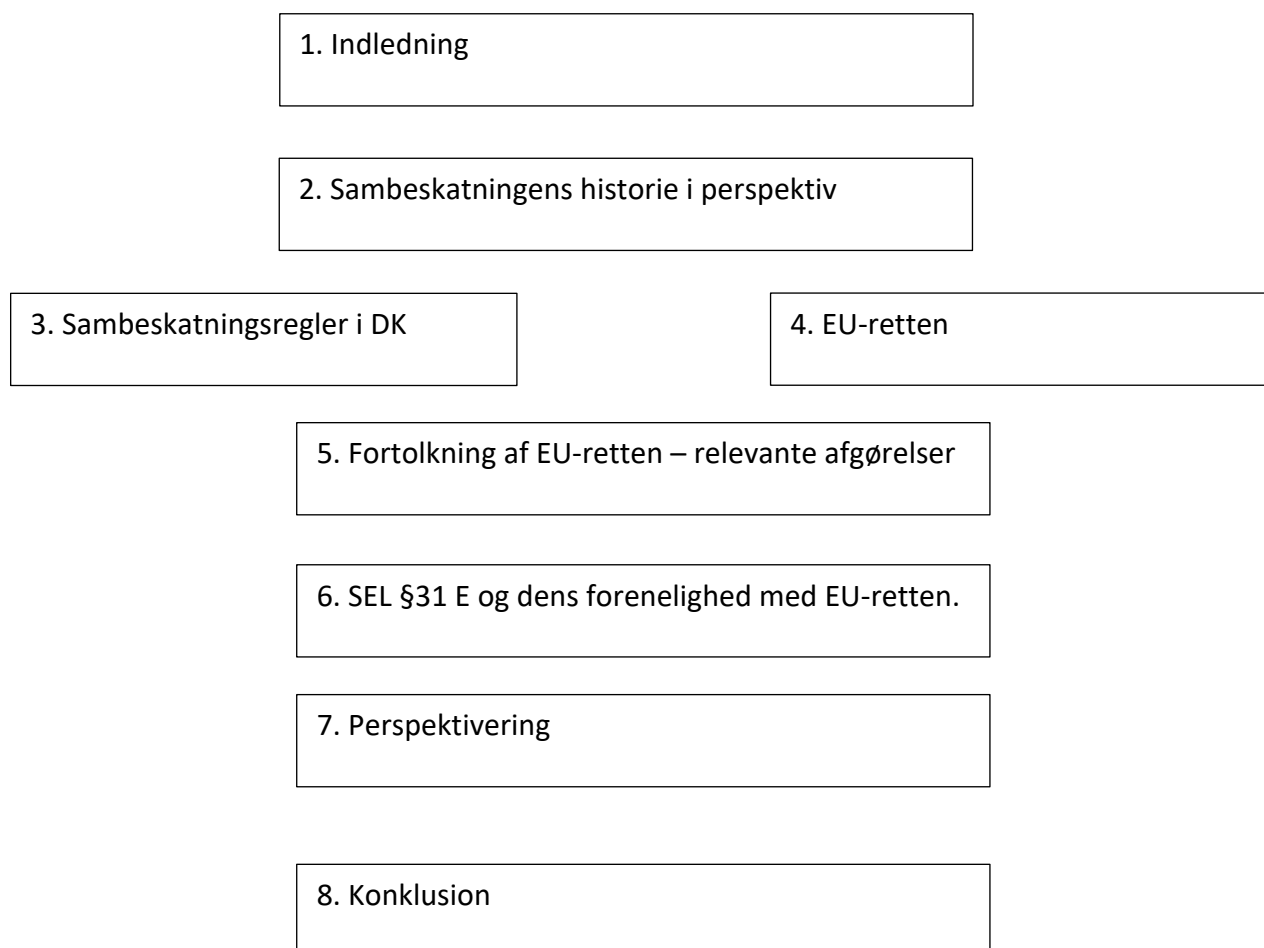
Efter at have opnået kendskab til regelsættene anvendes kapitel 5 til at undersøge, hvordan denne del af EU-retten i praksis skal fortolkes i relation til sambeskatning. Opnåelse af denne forståelse tager afsæt i en række EU-domme, hvorved der blandt andet klarlægges retstilstanden og gældende EU-ret samt hvorfor de gamle danske sambeskatningsregler, før vedtagelsen af de nye regler, blev dømt i strid med EU-retten. Heraf foretages domsanalyser af Bevola-sagen, Mark & Spencer-sagen, C-607/17 Memira-sagen og C-608/17 Holmen AB. Indblik i EU-retten og dens praksis samt de danske regler skal være med til at danne grundlag for forståelsen af hvorfor de gamle sambeskatningsregler i Danmark bliver dømt EU-stridige og at der skulle ske lovændringer.

Kapitel 6 består af en analyse af SEL § 31 E, hvoraf der dannes overblik over, hvad for nogle betingelser og krav til fradrag af endeligt underskud i udenlandske datterselskaber fremgår af SEL § 31 E. Efterfølgende foretages der en diskussion, hvor der tages udgangspunkt i hvorvidt der er overensstemmelse mellem formålet med den relevante EU-praksis, formålet og ordlyden i SEL § 31 E. Diskussion vil dermed sammenholde domsanalysen og analysen i SEL § 31 E og derfra diskutere SEL § 31 E's forenelighed med EU-rettens praksis.

I afhandlingens afsluttende del perspektiveres der til CCCTB/BEFIT, hvor en anden vinkel på international selskabsbeskatning behandles.

I konklusionen bliver problemformuleringen besvaret gennem en sammenfatning af relevante aspekter fra analysen og diskussionen. Konklusionen er altså en gengivelse af afhandlingens væsentlige resultater.

Figur 1: Afhandlingens struktur



3. Sambeskatningsregler i Danmark

Dette kapitel behandler de gældende regler omkring den obligatoriske nationale sambeskatning og frivillig internationale sambeskatning. Med vedtagelsen blev SEL § 31 E indført, dog behandles dette i et senere kapitel, hvilket vil sige at reglerne, der bliver behandlet i dette kapitel, er reglerne som var gældende før vedtagelsen i 2020 og også gælder nu. Kapitlet fokuserer på disse regler fordi der ønskes at klarlægge, hvad for nogle regler, der gjaldt før vedtagelsen og som har medført den massive kritik i forbindelse med EU-konformiteten. Kapitlets overordnede formål er at besvare problemformuleringens første underspørgsmål. Behandlingen af disse regler skal være med til at skabe forståelse for hvorfor SEL § 31 E er blevet indført.

3.1 National sambeskatning

I følge SEL § 31 er der 2 betingelser, der skal være opfyldt, før et selskab kan indgå i national sambeskatning. Den første betingelse fremgår af SEL §31, stk. 1, 1. pkt., at den juridiske enhed er et skattesubjekt som er omfattet af SEL § 1, stk. 1. og SEL § 2, stk. 1, litra a og b mv. De omfattede skattesubjekter er blandt andet;

- SE-, aktie- og anpartsselskaber,
- Selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 (herunder transparente enheder, som aktiebeskattes efter SEL § 2 C),
- Fonde og foreninger mv. som nævnt i SEL § 1, stk. 1, nr. 5b,
- Selskaber med fast driftssted beliggende i Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra a,
- Selskaber med fast ejendom beliggende i Danmark, jf. SEL § 2, stk. 1, litra b.

Udover betingelsen om selskabet er et skattesubjekt, er det også en betingelse, at der er etableret koncernforbindelse mellem subjekterne, der indgår i sambeskatningen. Bestemmelsen definerer koncernforbundne selskaber, som selskaber og foreninger mv. der på noget tidspunkt i indkomståret tilhører samme koncern jf. SEL § 31, stk. 1, 2. pkt.

Definition af en koncern fremgår af SEL § 31 C, stk. 1, hvoraf der nævnes at en koncern udgøres af et selskab, en fond eller en forening mv. sammen med et eller flere datterselskaber. Hvis man skal finde ud af hvem, der er moderselskab i et koncernforhold, foretages der en vurdering efter kriterierne i SEL § 31 C,

stk. 2-6. Jf. stk. 2 er moderselskabet det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger. Bestemmende indflydelse i forhold til et datterselskab foreligger, såfremt moderselskabet direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af stemmerettighederne i selskabet. Med andre ord, etableres der et koncernforhold når et selskab ejer mere end 50 % af den stemmeafgivende aktiekapital i et andet kapitalselskab, medmindre det kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse. Jf. stk. 4 foreligger der bestemmende indflydelse, selvom moderselskabet ikke ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, hvis moderselskabet har;

- Råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,
- Beføjelse til at styre de finansielle driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale,
- Beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller,
- Råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet.

Hvis flere selskaber opfylder kriterierne i stk. 2-6, så er det selskabet som faktisk udøver den bestemmende indflydelse, der er direkte moder.

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

Hvis der herefter både er selskaber med positiv indkomst og selskaber med negativ indkomst i sambeskatningen, fordeles den del af indkomstårets underskud forholdsmæssigt mellem de selskaber, der har positiv indkomst og samt kan rumme underskud i deres positive indkomst. Er der fortsat selskaber med resterende underskud i indkomståret eller resterende underskud fra tidligere indkomstperioder, fremføres disse til modregning i senere indkomstår jf. SEL § 31, stk. 2.

Dog har sambeskatningsindkomsten betydning for, hvor stor en del af de fremførelsesberettigede underskud, der kan modregnes i sambeskatningsindkomsten. Overstiger sambeskatningsindkomsten et

grundbeløb på 8.767.500 kr., vil de fremførelsesberettigede underskud, som overstiger dette grundbeløb blive reduceret. Grundbeløbet udspringer fra Personskatteloven (PSL) § 20, jf. SEL §12, stk. 2, 1. pkt. Har selskaberne i sambeskatningen en indkomst på maksimalt 8.767.500 kr. får bestemmelsen i SEL § 12, stk. 2, 1. pkt. ingen betydning, for at modregne de fremførelsesberettigede underskud hos selskaberne. De underskud, som er opstået fra tidligere år, kan derfor fradrages fuldt ud i sambeskatningsindkomsten. Jf. SEL §31, stk. 3.

En koncern omfattet af SEL § 31, skal udpege et administrationselskab. Jf. SEL § 31, stk. 6, 1. pkt. ligger administrationsansvaret som hovedregel hos det øverste moderselskab, der deltager i sambeskatningen. Administrationselskabets opgave ligger i at forvalte sambeskatningen og skattebetalingerne. Såfremt administrationselskabet udtræder af sambeskatningskredsen eller ikke længere er det øverste selskab i koncern, skal der udpeges en ny jf. stk. 6, 3. pkt.

Alle selskaber i sambeskatningen skal følge administrationselskabets indkomstår, jf. SEL § 31, stk. 7. Ved et selskabs indtræden i sambeskatningen, skal selskabet have samme regnskabsår som administrationselskabet, jf. SEL § 10, stk. 5. Omlægningen af regnskabsåret skal følge reglerne i SEL §10, stk. 1-4.

3.2 Territorialprincip

De danske regler om territorialbeskatning findes i bestemmelsen SEL § 8, stk. 2, hvilket er en modifikation af hovedreglen i dansk skatteret, nemlig Statsskattelovens (herefter SL) § 4 – det såkaldte globalindkomstprincip. Ifølge SL § 4 er udgangspunktet, at alt indkomst som et dansk selskab tjener skal beskattes i Danmark, uanset hvor i verden indkomsten kommer fra. Princippet fraviges i SEL § 8, stk. 2. bestemmelsen lyder således:

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

Hvilket vil sige at undtagelsen til territorialbeskatning fraviges såfremt en koncern vælger reglerne for international sambeskatning, hvorimod national sambeskatning gælder umiddelbart for selskaber, når de er etableret i Danmark jf. § 31 A. Derudover undtagelsen til territorialbeskatning fraviges også ved at selskaber, der ikke er omfattet af international sambeskatning efter §31 A, kan medregne underskud i direkte ejede datterselskaber/faste driftssteder i EU-lande, såfremt underskuddet er endeligt jf. § 31 E.

3.3 International sambeskatning

Ved vedtagelsen af lov nr. 426 af 6. juni 2005 ændrede man reglerne for international sambeskatning. Lovændringens formål var at forhindre selskaberne i frit at vælge, hvilke selskaber der skulle indgå i den internationale sambeskatning og hvilke, der ikke skulle. Man ønskede at forhindre "Cherry Picking" hvor man i situationer med fordele udelukkende kunne lade underskudsgivende udenlandske selskaber indgå i den internationale sambeskatning. Som værn imod den lukrative fordele, der fulgte med "Cherry Picking", indførte man globalpuljeprincippet. Princippet indebærer, at alle selskaber som er omfattet af SEL § 31 A skal medtages, såfremt man tilvælger international sambeskatning. Tilvalget af international sambeskatning fraviger princippet om territorialprincippet.

3.3.1 Valg af international sambeskatning

Ifølge bestemmelsen om international sambeskatning som findes i SEL § 31 A. Jf. SEL § 31 A, stk. 1, kan det ultimative moderselskab frivilligt vælge international sambeskatning for hele koncernen. Som nævnt indebærer globalpuljeprincippet, at såfremt international sambeskatning vælges, bliver alle udenlandske og alle danske selskaber samt faste driftssteder og fast ejendom, omfattet. Disse omfattede selskaber skulle være de såkaldte kapitalselskaber, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes indskudte kapital.

Et ultimativt moderselskab defineres i SEL § 31, stk. 1, 4. pkt. som et selskab, der er et moderselskab uden at være et datterselskab, jf. koncerndefinition i SEL § 31 C.

Reglerne omkring international sambeskatning er i høj grad fastlagt i forlængelse af de danske regler for sambeskatning i SEL § 31, med de tilføjelser og undtagelser til hovedreglerne, som beskrives i SEL § 31 A, stk. 2-14, jf. SEL § 31A, stk. 1, 3. pkt. Der er nogle krav og betingelser, der følger med valget om international sambeskatning, bl.a. er der en bindingsperiode på 10 år, regler for underskudsfremførsel og desuden skal der ligesom i de danske regler udpeges et administrationselskab. Herunder beskrives de relevante tilføjelser og undtagelser i SEL § 31 A, stk. 2-14.

3.3.2 Retsvirkningerne af international sambeskatning

Udpegning af et administrationselskab

Såfremt der vælges international sambeskatning, skal der ligesom i reglerne for national sambeskatning, udpeges et administrationselskab i sambeskatningen. Ved international sambeskatning er det det ultimative moderselskab, der er administrationselskab i sambeskatningen medmindre det ultimative moderselskab ikke er skattepligtigt i Danmark efter SEL § 1 eller § 2, eller ikke deltager i sambeskatningen. I de 2 nævnte tilfælde skal der vælges et administrationselskab, der er omfattet af SEL § 31, stk. 1, jf. SEL § 31 A, stk. 4, 1. pkt. Udpegningen sker efter samme kriterier som i SEL § 31, stk. 6, hvilket vil sige at det øverste danske moderselskab udpeges som administrationselskab. Findes der ikke et dansk moderselskab, men derimod flere søsterselskaber, udvælges et af disse søsterselskaber som administrationselskab, jf. SEL § 31 A, stk. 4, 3. pkt.

Bindingsperioden

Når international sambeskatning vælges, forpligter selskabet sig til en bindingsperiode på 10 år, jf. SEL § 31 A, stk. 3, 3. pkt. Ved udløbet af perioden kan der vælges en ny bindingsperiode igen. Et genvalg gør, at sambeskatningen fortsætter uændret, og eventuelle genbeskatningssaldi videreføres.

Bindingsperioden påhviler det ultimative moderselskab og bindingsperioden forbliver den samme, uanset hvad der sker i koncernen. Dette betyder at bindingsperioden ikke påvirkes, når der bliver opkøbt eller frasolgt selskaber, jf. SEL § 31 A, stk. 5.

Bindingsperioden og den internationale sambeskatning kan afbrydes, såfremt det ultimative moderselskab ønsker dette. Dog vil afbrydelsen medføre fuld genbeskatning ifølge stk. 11, jf. SEL § 31, stk. 3, 6. pkt. Med fuld genbeskatning forstås, at administrationselskabet forhøjes med tidligere udnyttede underskud, der endnu ikke er blevet genbeskattet, dvs. genbeskatningssaldoen nedbringes til nul.

Desuden kan underskud i udenlandske selskaber og faste driftssteder ved afbrydelse af international sambeskatning ikke fremføres til modregning i senere indkomst år, jf. SEL § 31 A, stk. 2, 3. pkt.

Hvis en ny bindingsperiode ikke genvælges, sker der ordinær genbeskatning, jf. SEL § 31 A, stk. 10.

4. Foreneligheden med EU-retten

I dette kapitel præsenteres EU-retten og dets forhold med dansk ret på skatteområdet. Som tidligere nævnt bliver den danske skatteret påvirket af EU-retten gennem EU-domstolens fortolkning af nationale retsregler med hensyn til EUF-traktatens frihedsrettigheder. For at skabe forståelse for dette vil dette kapitel omfatte en gennemgang af den fremgangsmåde, EU anvender til behandlingen af skattesager, når vurderingen vedrører medlemsstaters nationale lovgivnings forenelighed med frihedsrettighederne, samt om den nationale lovgivning udgør restriktion eller diskrimination. Frihedsrettighederne forpligter medlemsstaterne som Danmark til at udforme regler, så de stemmer overens med frihedsrettighederne. I specialet vil der blive analyseret retspraksis, som omhandler hvordan nationale regler fortolkes i overensstemmelse med etableringsfriheden og kapitalens frie bevægelighed. En forståelse af EU-rettens fremgangsmåde vil kunne fremme forståelse af sammenhængen mellem dansk ret og EU-retten.

Herunder vil EU-retten gennemgås, hvoraf det indre marked og den foreløbige harmonisering af medlemslandenes skatteregler samt restriktions- og diskriminationsforbuddet bliver præsenteret. Derudover gennemgås der også den EU-retlige test i forbindelse med skattesager, hvor der introduceres de forskellige almene retfærdiggørende hensyn og proportionalitetsprincippet. Formålet med kapitlet er at klargøre EU-rettens betydning for udformningen af nationale skatteregler. Dette skal være med til at lette forståelsen for EU-Domstolens afgørelser og indførelsen af § 31 E i Selskabsskatteloven, som senere i afhandlingen bliver behandlet.

4.1 EU-retten

I de senere år har EU-retten gennemgået en betydelig udvikling og harmonisering af de direkte skatter. Dog er det vigtigt at slå fast, at der ikke eksisterer nogen decideret fælles skatteret for medlemslandene af EU. Som udgangspunkt er det op til de enkelte medlemslande, herunder også Danmark, at fastlægge og vedtage en politik for de direkte skatter. Dog skal reglerne som nævnt være i overensstemmelse med EU-retten. Samarbejde mellem medlemsstaterne i EU bygges på nogle traktater, der indeholder de væsentlige regler for samarbejdet. EU-retten er baseret på en række traktater, hvor Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) og Traktaten om den Europæiske Union (TEU) er Unionens grundlag og er det, som Unionen bygger på og som Danmark med sit medlemskab af EU er underlagt.¹⁴ Med medlemskab af EU har Danmark, som såvel andre medlemslande givet EU's institutioner ret til at lovgive på visse områder, som nævnt i afsnit 2.2 har EU-retten forrang over for dansk ret. Såfremt der opstår konflikter mellem EU-ret og national ret på grund af omfanget af EU-reguleringer, skal de danske regler indrettes, så de overholder TEUF. EU-retten stiller krav til implementeringen af retsakterne og EU-domstolen er kompetent til at fortolke frihedsrettigheder og dermed de nationale retsregler.

Den EU-konforme fortolkning af national ret er et overordnet og vigtigt fortolkningsprincip. Betydningen for medlemsstaterne er, at en hvilken som helst national regel på et EU-reguleret område skal fortolkes EU-konformt, således at den stemmer overens med EU-retlige regler på samme område.¹⁵ Heraf sker harmoniseringen af de direkte skatter på grundlag af bestemmelserne om fri bevægelighed i TEUF.

¹⁴ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 102.

¹⁵ Riis, T., & Trzaskowski, J. (2020). *Skriftlig jura – den juridiske fremstilling.* side 45.

4.2 Fri bevægelighed "Det indre marked".

Oprettelsen af et indre marked i EU er en central del af EU-samarbejdet. Dette fremgår af art. 26, stk. 2 TEUF:

"Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne."

Det fremgår af art. 3, stk. 3, TEU, at det er centralt i EU-samarbejdet at Unionen har et indre marked, som arbejder for en bæredygtig udvikling i Europa baseret på en afbalanceret økonomisk vækst, prisstabilitet og en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne og samhandel. Med andre ord er formålet med det indre marked at fjerne hindringer for den frie bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan påvirke samhandlen.¹⁶

Hensigten med det indre marked er, at arbejdsgivere, virksomheder m.v. skal opfatte EU som et stort hjemmemarked. Ud fra et skatteretligt perspektiv er forestillingen om et sådan indre marked en illusion. Dette skyldes blandt andet, at der kun i begrænset omfang er sket harmonisering på området for de direkte skatter. De enkelte medlemsstater er selvstændige skattejurisdiktioner og følgelig indrettet herefter. Skattesystemerne i medlemsstaterne må derfor nødvendigvis sondre mellem, om en skatteyder er hjemmehørende til den pågældende stat og fuldt skattepligtige eller begrænset skattepligtige til den pågældende stat. Denne internretlige sondring afspejles i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, hvoraf der skal afgøres hvem, der er domicilland og kildelandet.

Desuden er EU opdelt i 27 forskellige skattejurisdiktioner, hvilket fundamentalt er uforeneligt med tanken om et "område uden indre grænser". I et ægte indre marked ville muligheden for international dobbeltbeskatning naturligvis ikke eksistere, og ej heller ville den klassiske skatteretlige sondring mellem fuldt og begrænset skattepligtige. Derfor sker harmoniseringen af medlemsstaternes skattesystemer gennem udstedelse af direktiver, for at sikre at hindringer for den frie bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital fjernes.¹⁷

¹⁶ Tell, M., m.fl. (2020). *International skatteret – i et dansk perspektiv.*, side 242.

¹⁷ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 602.

I TEUF forbindes fri bevægelighed med regler om forbud mod diskrimination og restriktion. Diskriminations- og restriktionsforbuddet behandles senere i afsnit 4.4.

EU-domstolen inddrages når der skal tages vurdering om en national skatteregel er til hinder for den frie bevægelighed og er i strid med EU-retten og at reglen derved ikke kan opretholdes.¹⁸ I vurderingen følger det af EU-Domstolens praksis, at det for det første vurderes, hvilken frihedsrettighed, tvisten konkret omhandler. Dernæst skal det vurderes om den nationale regel udgør en hindring for udøvelsen af den relevante frihedsrettighed i form af diskrimination eller restriktion. Derefter skal det vurderes om hindringen kan retfærdiggøres og afslutningsvis skal man vurdere om lovgivningen overholder det EU-retlige proportionalitetsprincip. Således er det hos EU-Domstolen en samlet vurdering om en frihedsrettighed udfordres og reglen er til hinder for den frie bevægelighed.¹⁹

¹⁸ EU-Domstolens rolle er at sikre en ensartet anvendelse og fortolkning af EU-reglerne i overensstemmelse med formålet samt at sikre at lande og EU-institutioner overholder disse regler.

¹⁹ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 604-605.

4.3 Frihedsrettighederne

De grundlæggende frihedsrettigheder udgør som ovenfor nævnt den fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer (arbejdskraft og etablering) og kapital. Disse frihedsrettigheder er traktatfæstede og udgør grundstene for et velfungerende indre marked og er med til at sikre, at skatteydere på lige vilkår har adgang til markederne i andre medlemsstater.²⁰ På området for de direkte skatter har arbejdskraftens fri bevægelighed, etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed haft størst betydning i retspraksis, mens varernes fri bevægelighed og tjenesteydelser har været mest relevant i forhold til de indirekte skatter.²¹ På grundlag af dette og med hensyn til afhandlingens formål, er der nedenfor fokuseret på netop etableringsfriheden, samt kapitalens bevægelighed.

4.3.1 Etableringsfriheden

Som nævnt ovenfor er medlemsstaternes udformning af nationale skatteregler begrænset af art. 49 TEUF, vedrørende den frie etableringsret. Artiklen er med til at sikre selvstændige erhvervsdrivende personers ret til at udøve virksomhed i andre medlemsstater på samme måde, som art. 45 er med til at sikre arbejdstagere muligheden for at søge beskæftigelse i andre medlemslande. Således har selskaberne ved etablering geografisk valgfrihed. Med etableringsfriheden tilstræbes således, at selskaber kan etablere sig og konkurrere med selskaber i en anden medlemsstat på samme vilkår, hvilket samtidigt indebærer at have ret til på en stabil og vedvarende måde at deltage i en anden medlemsstats økonomiske liv uden forskelsbehandling og hindringer.²²

Bestemmelsen vedrørende etableringsfriheden, art. 49 TEUF, har stået i centrum ved EU-Domstolens behandling af spørgsmålet om nationale sambeskatningsreglers forenelighed med EU-retten.

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agentur, filialer og datterselskaber.”

²⁰ Tell, M., m.fl. (2020). *International skatteret – i et dansk perspektiv.*, side 244.

²¹ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 600-601.

²² Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 553.

”Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.”

I bestemmelsen fremgår det, at både den primære- og sekundære etablering er omfattet. I art. 54 TEUF udvides retsvirkningen af det forbud som ligger i art. 49, så bestemmelsen sidestiller selskaber inden for EU med statsborgere i medlemsstaterne. Dette medfører, at ordlyden i art. 49 også er gældende for selskaber og ikke kun statsborgere.²³ Dermed hjemler bestemmelsen i art. 49 et forbud mod diskrimination pga. nationalitet, og mod at medlemsstater opstiller restriktioner for etableringsretten og dette muliggør at selskaber fra andre medlemsstater kan etablere sig på en anden medlemsstats område på samme vilkår, som hvis selskabet var hjemmehørende. Forbuddet gælder også i de tilfælde, hvor en medlemsstats lovgivning forhindrer statsborgere bosat i en anden medlemsstat at oprette datterselskaber, agenturer eller filialer.²⁴

Det fremgår ikke klart af bestemmelsen, hvad der menes med begrebet etablering, men af EU-Domstolens praksis kan det udledes, at der er tale om et ganske vidt begreb. Heraf foreligger der etablering ifølge EU-Domstolens praksis, når en fællesskabsborger, herunder et selskab kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf.²⁵

Ligesom de øvrige bestemmelser om fri bevægelighed forudsætter art. 43 også at der foreligger et grænseoverskridende element. Dette opstår ved, at der oprettes enten en primær eller en sekundær etablering.

Den primære etablering finder anvendelse i situationer, hvor man flytter samtlige aktiviteter eller hovedaktiviteter (hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed, jf. art. 54, stk. 1) til et andet land. Den primære etablering foreligger også hvis der er tale om, at en person opretter et helt nyt selskab fra bunden eller overtager et allerede eksisterende selskab i en anden medlemsstat.²⁶

I forbindelse med etableringsfriheden opstår der sekundær etablering og det indebærer, at en person eller et selskab bevarer sin hovedaktivitet i oprindelseslandet, men udvider sine aktiviteter til en anden

²³ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 556.

²⁴ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 645.

²⁵ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 566

²⁶ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 561.

medlemsstat ved at oprette datterselskaber, filialer eller agenturer. Hertil skal det nævnes, at den frie etableringsret opretholdes, såfremt der opfyldes visse krav til etablering. Blandt andet skal en vis erhvervsmæssig aktivitet kunne tilknyttes til etableringen, derudover er der også et krav om at etableringen angår økonomisk aktivitet af permanent karakter.

Indtil sagen C-55/94, Gebhard har den almindelige opfattelse været, at den frie etableringsret udelukkende var baseret på et diskriminationsforbud.²⁷ Denne opfattelse blev ændret, idet der af EU-Domstolens praksis fremgår, at art. 49 TEUF ligeledes indeholder et restriktionsforbud. Et restriktionsforbud er kendetegnet ved, at den nationale regel kan hindre den grænseoverskridende udøvelse af frihedsrettighederne eller gøre udøvelsen mindre attraktiv.²⁸ I C-55/94, Gebhard fremgår det yderligere, at de nationale foranstaltninger skal opfylde fire betingelser; De skal anvendes uden forskelsbehandling, De skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, De skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet. Diskriminations- og restriktionsforbuddet behandles nærmere i afsnit 4.4.

4.3.2 Kapitalens fri bevægelighed

Ligesom etableringsfriheden i art. 49 TEUF, har art. 63 TEUF om kapitalens fri bevægelighed været genstand for debat i forhold til medlemsstaternes anvendelse af sambeskatningsreglerne. Bestemmelsen forbyder, at medlemsstaterne opstiller hindringer, som begrænser kapitalens fri bevægelighed. Ordlyden i bestemmelsen er følgende:

”Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser og betalinger mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.”

Reglerne om kapitalens fri bevægelighed og de 3 andre frihedsrettigheder bygger på princippet om det indre marked, jf. TEUF art. 26, stk. 2. Den fri bevægelighed for kapital er centralt for etableringen af det indre marked, idet det er et af målene, at der etableres et egentligt fælles finansielt marked som tillader, at virksomheder kan tiltrække investeringer fra hele EU.²⁹ Handel med varer, tjenesteydelser samt personers

²⁷ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 574.

²⁸ Jf. *Gebhard*, C-55/94, præmis 37.

²⁹ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 645.

og selskabers etablering på tværs af landene forudsætter at grænseoverskridende kapitaloverførsler kan gennemføres.

Bestemmelsen i art. 63 TEUF tilstræber at imødegå hindringer for den fri bevægelighed af kapitalbevægelser samt betalinger, som ikke er diskriminerende og er derfor formuleret som et restriktionsforbud. Derudover indeholder bestemmelsen ligeledes et diskriminationsforbud, hvilket medfører et krav om ligebehandling uanset investeringsobjekt, kapitalens anbringelsessted, nationalitet mv.³⁰ Det er som ovenfor nævnt særligt værd at bemærke, at bestemmelsen i modsætning til de andre frihedsrettigheder, ikke bare gælder i forhold til medlemsstaterne, men ligeledes i forhold til tredjelande.

EU-Domstolen har traditionelt set løst sager udelukkende efter en frihedsrettighed, hvor det dominerende element har været afgørende. Som udgangspunkt, skal den enkelte sag afgøres på grundlag af reglerne for en af de frie bevægeligheder, og da reglerne for kapitalens fri bevægelighed adskiller sig fra de øvrige frihedsrettigheder ved at finde anvendelse i forbindelse med tredjelande, er det også af den grund væsentligt at afgøre under hvilket regelsæt, den konkrete sag skal henføres.³¹ Dog er der i senere praksis blevet anvendt flere frihedsrettigheder på samme tid, herunder eksempelvis etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed.³²

EU-Domstolen har i flere skattesager måttet tage stilling til den indbyrdes afgrænsning mellem reglerne om etableringsfriheden, jf. art. 49 TEUF og kapitalens fri bevægelighed jf. art. 63 TEUF. Dette skyldes, at de to bestemmelser har et fælles anvendelsesområde, eksempelvis udbyttebeskatningsregler og aktieavance.³³ Afgrænsningen mellem TEUF art. 49 og TEUF art. 63 har været gentand for diskussion i skatteretlig praksis og ud af domstolens praksis er det ikke uvæsentligt, hvilken af de 2 frihedsrettigheder, der benyttes til at kortlægge den juridiske problemstilling. Såfremt begge selskaber er beliggende indenfor EU, gælder etableringsfriheden og kapitalens fri bevægelighed indeholder tredjelandsbeskyttelse og finder derfor også anvendelse på tredjelande uden for EU.³⁴

Det afgørende i sontringen om hvorvidt enten kapitalens fri bevægelighed eller etableringsfriheden skal tages i brug, skal vurderes efter formålet med den nationale lovgivning. Hvis lovgivningen har til formål at regulere beskatning, hvor der udøves grænseoverskridende kontrol (kontrolbetingelsen) af de

³⁰ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 649.

³¹ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 665.

³² Jf. *Kommissionen mod Danmark, C-150/04.*

³³ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 605.

³⁴ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 607.

driftsmæssige beslutninger, er det etableringsfriheden, der kommer i spil. Alle andre tilfælde, hvor kontrolbetingelsen ikke er opfyldt, tilhører kapitalens fri bevægelighed.³⁵ I afhandlingen vil der i forbindelse med sambeskatningsreglerne udelukkende blive analyseret retspraksis, hvor kontrolbetingelsen er opfyldt, og derfor vil denne praksis blive behandlet i henhold til etableringsfriheden.

³⁵ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 606-607.

4.4 Hindring for den fri bevægelighed

Fælles for ovenstående frihedsrettigheder er, at de forbyder anvendelsen af nationale skatteregler, som kan hindre udøvelsen af frihedsrettighederne. Ved undersøgelse af om der foreligger diskrimination, anvendes 3-ledet test i EU-domspraksis vurdering. Det første led indeholder en undersøgelse af, om nationale skatteregler hindrer udøvelsen af frihedsrettighederne i form af diskrimination eller restriktion, hvoraf man vurderer om en given national skatteregel indebærer forskelsbehandling som følge af nationalitet og/eller hindring (restriktion) for den fri bevægelighed. Testens andet led består af en afgørelse af om en given national regel, der er til hinder for den fri bevægelighed, alligevel kan retfærdiggøres. Sådan en undtagelse kan blive gjort gældende ved påberåbelse af retfærdiggørende hensyn i form af enten de traktatfæstede undtagelser eller de domstolsskabte tvingende almene hensyn. Såfremt visse nærmere betingelser er opfyldt, fører det til en lovliggørelse af en ellers ulovlig foranstaltning. Med andre ord betyder det at skattereglen ikke er uforenelig med EU-retten. Til sidst i testen skal der efterprøves, hvorvidt der foreligger proportionalitet i forhold til de retfærdiggørende hensyn.³⁶ Disse hensyn og proportionalitetsprincippet vil blive behandlet yderligere henholdsvis i afsnit 4.5 og 4.6.

4.4.1 Diskrimination eller restriktion

Frihedsrettighederne indeholder alle dels et forbud mod diskrimination på baggrund af nationalitet ("direkte diskrimination"), dels et forbud mod "indirekte" eller "skjult" diskrimination, hvor der diskrimineres på baggrund af andre kriterier end nationalitet, men hvor resultatet er nærmest det samme.³⁷ Desuden indeholder frihedsrettigheder også et forbud mod restriktioner. En restriktion er bredere og kendetegnet ved, at reglen, udover forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, kan hindre den grænseoverskridende udøvelse af frihedsrettighederne eller gøre den grænseoverskridende udøvelse af frihedsrettigheden mindre attraktiv. Restriktionsforbuddet omfatter dermed i princippet også diskriminationsforbuddet, men favner dog bredere endnu idet restriktionsforbuddet forbyder enhver regel, der hindrer den grænseoverskridende udøvelse af frihedsrettighederne.

Den afgørende forskel på en diskrimination og en restriktion er, at diskrimination fordrer et sammenligningsgrundlag. En national skatteregel kan således kun udgøre en diskrimination, hvis den behandler to situationer, som er "objektivt sammenlignelige" forskelligt, eller hvis reglen behandler

³⁶ Sørensen, K. E., & Danielsen J.H. (2019). *EU-retten.*, side 264.

³⁷ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 608.

”objektive forskellige” situationer ens, altså konstatering af en forskelsbehandling af objektivt sammenlignende situationer. Udgangspunktet for bedømmelsen er den skattemæssige behandling af skatteydere, som kun agerer i en medlemsstat (rent nationalt), sammenlignet med skatteydere, som agerer i to eller flere medlemsstater (grænseoverskridende). Her er det tale om en vertikal sammenligning, hvorefter det afgøres om udøvelse af frihedsrettigheden hindres (gøres mindre fordelagtig).³⁸

Forskelsbehandlingen kan udføres i forskellige former og det kan udtrykkes sådan, at en medlemsstat dels ikke må opstille hindringer for, at borgere og selskaber m.v. fra andre medlemsstater kan udøve aktivitet på dens område, og dels ikke må opstille hindringer for at dens egne statsborgere og selskaber m.v. kan udøve aktiviteter i andre medlemsstater. Derfor er det hensigtsmæssigt at man sonderer mellem de tilfælde, hvor det er behandlingen i værtsstaten, som udgør en potentiel hindring, og de tilfælde, hvor det er oprindelsesstatens regler, som hindrer udøvelsen af frihedsrettigheder. I forskelsbehandling i værtsstaten er der tale om, at en medlemsstat behandler skatteydere fra andre medlemsstater mindre fordelagtigt end dens egne skatteydere. Hvorimod at der ved forskelsbehandling i oprindelsesstaten er tale om, at en medlemsstat behandler hjemmehørende skatteydere med grænseoverskridende aktiviteter mindre fordelagtigt end skatteydere, som alene har aktiviteter på den pågældende medlemsstats eget område.³⁹

Foruden den vertikale sammenligning er det også omdiskuteret, om der tilsvarende skal laves en horisontale sammenligning, dvs. mellem skatteydere fra forskellige medlemsstater eller skatteydere, der ønsker at etablere sig i forskellige medlemsstater. Her er det tale om en diskussion af om en skatteyder har krav på at opnå den samme gode behandling, som den mest fordelagtigt stillede skatteyder fra en hvilken som helt anden medlemsstat modtager – også kaldet ”Most favored nation”-princippet.⁴⁰ Senere i afhandlingen vil der blive behandlet nogle specifikke sager, hvoraf teorien om diskriminationsforbud og den vertikale sammenligning berøres.

³⁸ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 612.

³⁹ Tell, M., m.fl. (2020). *International skatteret.*, side 247-248.

⁴⁰ Jf. D, C-376/03.

4.5 Retfærdiggørende hensyn

Selvom en medlemsstats regler udgør en restriktion eller diskrimination for en af de omtalte frihedsrettigheder, er det ikke ensbetydende med at reglen er uforenelig med EU-retten. Det må således undersøges, om en sådan hindring kan retfærdiggøres som følge af enten de traktatfæstede undtagelser eller de domstolsskabte tvingende almene hensyn, som opvejer den restriktive eller diskriminerende lovgivning.⁴¹ En restriktion kan være sagligt begrundet med henvisning til en af EUF-traktatens undtagelsesbestemmelser. Disse undtagelser omfatter bl.a. hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed.⁴² De udviklende "tvingende almene hensyn" har i praksis en langt større betydning på skatterettens område og som EU-Domstolen med vigtige og afgørende EU-retlige overvejelser har vist sig at være vigtigere og mere afgørende for opretholdelsen af frihedsrettighederne. Som nævnt i afsnit 4.3.2 er det en del af Gebhard-testen at tage hensyn til de tvingende almene hensyn, når der i skattesager skal vurderes om en medlemsstats lovgivning er EU-konform.⁴³

Der eksisterer 7 nuværende anerkendte tvingende almene hensyn:

1. Hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.
2. Hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen.
3. Hensynet til at bekæmpe misbrug (skatteunddragelse).
4. Hensynet til at modvirke dobbelt fradrag ("double dip").
5. Hensynet til territorialprincippet.
6. Hensynet til en effektiv skattekontrol
7. Hensynet til en effektiv skatteopkrævning.

De tvingende almene hensyn er domstolsskabte og dynamiske. Det medfører bl.a. at nye hensyn kan komme til i EU-Domstolens praksis, ligesom indholdet og rækkevidden af de eksisterende tvingende almene hensyn kan ændres. Hensynene hænger i stor grad sammen og ud af disse hensyn er der to overordnede hensyn. Af de to overordnede hensyn er der en fælles anerkendelse af det formelle og materielle aspekt i hensynene. Det overordnede materielle hensyn er at "sikre den enkelte medlemsstats

⁴¹ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 623.

⁴² Jf. eksempelvis TEUF art. 36, 45, 52, 62, 65 og 66.

⁴³ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 623.

skattebases integritet". Dette omfatter hensyn 1 til 5. Det overordnede formelle hensyn er at "sikre skattesystemets effektivitet" og dette omfatter hensyn 6 og 7.⁴⁴

Det, at EU-Domstolen anerkender disse to overordnede principper i form af flere hensyn, begrundes naturligvis i, at det udtrykkeligt i flere sager er fastslået, at medlemsstaterne udgør selvstændige skattejurisdiktioner. Det betyder at medlemsstaterne selv skal have kompetence til at fastsætte deres egen lovgivning, når der ikke er EU-retlige harmoniseringsforanstaltninger på et område. Yderligere er der af EU-Domstolen blevet fastslået, at EU-retten ikke pålægger den enkelte medlemsstat at tage hensyn til andre medlemsstaters skattelovgivning.⁴⁵

Det fremgår af retspraksis at i overensstemmelse med at alle hensyn udspringer af de to overordnede principper, ses de ofte brugt i sammenhæng med hinanden. Bl.a. i Marks & Spencer afgørelsen udgjorde hensyn 1, 3 og 4 tilsammen en retfærdiggørelse af den engelske restriktive lovgivning.

Herunder beskrives de forskellige retfærdiggørende hensyn, som vurderes relevant at anvende senere i afhandlingen.

4.5.1 Hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne

Hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne har sin oprindelse i sagen C-446/03, Marks & Spencer. Hvorefter EU-Domstolen anførte, at det ville bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i alvorlig fare, hvis selskaberne gives mulighed for at vælge, om der skal tages hensyn til deres underskud i deres etableringsstat eller en anden medlemsstat.⁴⁶

I de senere år er hensynet til opretholdelse af den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne blevet det hyppigst påberåbte hensyn, hvorfor det kan være vanskeligt at skabe et fuldstændigt overblik over, hvad der er det egentlige indhold i hensynet. Dette vanskeliggøres idet hensynet ikke har klart afgrænsede konturer samt i praksis bliver anvendt sammen med andre hensyn. EU-

⁴⁴ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 624.

⁴⁵ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 627.

⁴⁶ Marks & Spencer, C-446/03 behandles yderligere i afsnit 5.1.

Domstolens praksis omfatter primært retfærdiggørelse af værnsregler bl.a. dobbeltudnyttelse af underskud, fraflytningsbeskatning og CFC-regler. Den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen dækker i disse sager over det princip, at medlemsstaterne ikke skal yde fradrag for udenlandske underskud, hvis ikke den pågældende medlemsstat har kunnet beskatte den modsvarende indkomst.⁴⁷

4.5.2 Hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen

Hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen vedrører situationer, hvor en medlemsstat som udgangspunkt yder ikke-hjemmehørende og hjemmehørende samme behandling, men senere udligner (fjerner) denne fordel, for så vidt angår ikke-hjemmehørende. Hensynet blev i sagen C-204/90 Bachmann anerkendt som et tvingende alment hensyn, hvori en tysk statsborger bosat i Belgien ikke fik fradrag for løbende forsikringspræmier fra tyske forsikringselskaber pga. at selskaberne ikke var anerkendt i Belgien.⁴⁸ Efter EU-Domstolens praksis skal der bestå en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattefordel og udligningen af denne fordel, for at hensynet kan retfærdiggøre en hindring for den fri bevægelighed. Dette betyder bl.a. at den skattemæssige fordel og udligningen heraf skal vedrøre samme skatteyder og samme form for beskatning.⁴⁹

4.5.3 Hensynet til at bekæmpe misbrug (skatteunddragelse).

En medlemsstats foranstaltninger til at bekæmpe skatteunddragelse, skattesvig mv. kan begrunde en restriktion. Hensynet til at bekæmpe misbrug er af EU-Domstolen anerkendt i flere sager, bl.a. Cadbury Schweppes C-196/04. Ved skatteunddragelse forstås såkaldte rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå den normalt skyldige skat. Dette er blevet bygget yderligere på i sag C-311/08 - SGI, hvoraf det omfatter kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, oprettet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område. I sager omhandlende misbrug har det primært drejet sig om hvorvidt de pågældende regler gik videre, end hvad der var nødvendigt for at bekæmpe misbrug, dvs. var uproportionelle.⁵⁰

⁴⁷ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 626.

⁴⁸ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 629.

⁴⁹ Jf. Generaladvokatens forslag til afgørelse i *Masco og Damixa*, C-593/14, pkt. 42-47.

⁵⁰ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 630.

4.5.4 Hensynet til at modvirke dobbelt fradrag ("double dip").

Hensynet til at modvirke dobbeltfradrag er anvendt i sambeskatningssager i situationer, både i oprindelsesstaten og værtsstaten, hvori medlemsstaterne har nægtet modregning af underskud fra ikke-hjemmehørende selskaber med henvisning til risikoen for dobbeltfradrag. Hvilket vil sige at risikoen for dobbelt fradrag for underskud opstår i de tilfælde, hvor et selskab i medfør af sambeskatningsregler fradrager underskud fra et datterselskab i en anden medlemsstat, eller hvor et underskud fra et udenlandsk fast driftssted fradrages i hovedkontorets indkomstopgørelse.⁵¹ I EU-domstolens praksis følger det at medlemsstaterne er berettigede til at værne sig mod, at underskud anvendes 2 gange. EU-Domstolen accepterede i sagerne *Marks & Spencer* og *Lidl*, at reglerne var begrundet i hensynet til at undgå dobbeltfradrag for underskud samt hensynet til at opretholde den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. Dog er det usikkert om hensynet til at modvirke dobbelt fradrag har et selvstændigt anvendelsesområde, idet man typisk ser i praksis at dette hensyn bliver påberåbt sammen med andre hensyn.

Hensynet om dobbelt fradrag af underskud har derfor ligeledes tilknytning til hensynet til den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen og heraf synes det at være en følgevirkning af en ubalance i fordelingen af beskatningsretten mellem medlemsstaterne.⁵²

4.5.5 Hensynet til territorialprincippet.

Hensynet til territorialprincippet havde sin oprindelse i sagen C-250/95 *Futura*, hvori medlemsstaten alene medregnede overskud og underskud, der hidrørte fra medlemstaten, ved opgørelsen af en ikke-hjemmehørende skattepligtiges indkomst. I sagen er det dog noget uklart, om territorialprincippet anvendtes som et retfærdiggørende hensyn eller som en del af sammenlignelsesvurderingen i værtsstaten. Når medlemsstaterne har påberåbt sig hensynet til territorialprincippet, har det ofte været et forsøg på at få EU-Domstolen til at acceptere almindelige skatteretlige principper. I *Marks & Spencer* blev hensynet inddraget som et retfærdiggørende hensyn, men blev afvist. Det virker til, at EU-Domstolen har været forsigtige med at anerkende dette hensyn muligvis fordi de ikke har ønsket, at medlemsstater skulle kunne begrunde restriktiv lovgivning i almindelige skatteretlige principper, som dette hensyn har været et udtryk for.⁵³

⁵¹ Jf. *Marks & Spencer*, C-446/03 og *Lidl*, C-414/16.

⁵² Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 632.

⁵³ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 632.

4.5.6 Hensynet til en effektiv skattekontrol og skatteopkrævning

Hensynet til at sikre en effektiv skattekontrol og skatteopkrævning er relevante i grænseoverskridende situationer, hvor det kan være sværere at kunne kontrollere skatteforholdene samt at sikre en effektiv skatteopkrævning, hvorfor restriktive foranstaltninger under visse omstændigheder kan retfærdiggøres. Det kunne være eksempelvis være situationer hvor informationer om indtægter og skatteforhold holdes skjult for skattemyndighederne. Dog er der i de senere år blevet indført EU-retlige direktiver, der er med til at modvirke nødvendigheden af sådanne hindringer samt medfører forbedrende muligheder for bistand mellem medlemsstaterne.⁵⁴ Det forventes at direktiverne er med til at begrænse mulighederne for at kunne påberåbe sig hensynene, idet der sker større udvikling i forhold til informationsudveksling og bistand mellem medlemsstaterne. Hensyn nr. 6 og 7 ses ikke påberåbt i de relevante afgørelser senere i afhandlingen og de vil derfor ikke blive yderligere gennemgået.⁵⁵

⁵⁴ Rådets direktiv om administrativt samarbejde om beskatningsområdet - 77/799 (2011/16) og Rådets direktiv om gensidig bistand ved inddrivelse af fordringer i forbindelse med skatter, afgifter og andre foranstaltninger (2010/24)

⁵⁵ Tell, M., m.fl. (2020). *International skatteret.*, side s. 252-253.

4.6 Proportionalitetsprincippet

Hvis en given national regel ved et eller flere af de retfærdiggørende hensyn kan retfærdiggøres for at være restriktiv, er dette ikke nødvendigvis ensbetydende med at den nationale foranstaltning er EU-konform. Heraf skal det vurderes om, at proportionalitetsprincippet er overholdt. Det følger af princippet, at selvom en national regel er begrundet i tvingende almene hensyn, vil reglen kun være forenelig med EU-retten, hvis reglen (1) er egnet til at sikre formålet, den forfølger (egnethedskriteriet) og om den (2) ikke går ud over hvad der er nødvendigt for at sikre formålet (nødvendighedskriteriet). I praksis har proportionalitetsprincippet den virkning at medlemsstaterne på trods af begrundede retfærdiggørende hensyn, tvinges til at indrette sin lovgivning så lidt byrdefuldt som muligt. Helt overordnet forstås det, at såfremt en national foranstaltning er egnet til at opfylde formålet og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt ved opfyldelsen heraf, er den nationale regel forenelig med EU-retten, hvorimod en national regel er ikke forenelig med EU-retten såfremt den går ud over hvad der er nødvendigt.⁵⁶

⁵⁶ Michaelsen, A., m.fl. (2017). *International skatteret.*, side 639.

5. Fortolkning af EU-retten – relevante domsafgørelser

Dette kapitel udgør fundamentet af en analyse, der skal være med til at skabe forståelsen for udviklingen i de danske sambeskatningsregler fra Marks/Spencer sagen og frem til indførelsen af SEL §31 E. For at skabe forståelse for hvorfor SEL §31 E er blevet indført, vurderes det yderest relevant at udføre en gennemgående analyse af baggrunden for det EU-retsgrundlag, der har dannet basis for den vedtagne lov nr. 1835 af 08-12-2020. Doktrinen om endeligt underskud fremkom i Marks & Spencer-dommen og blev anvendt i flere senere afgørelser, hvorfor det vurderes yderst relevant at analysere Marks & Spencer-dommen. Derudover gennemgås Bevola-dommen, der har haft en afgørende rolle i fortolkningen af doktrinen om endeligt underskud i lyset af de danske sambeskatningsregler og heraf dannede udgangspunktet for lovændringen i Danmark i 2020 i forbindelse med indførelse af SEL § 31 E. Efterfølgende vil der være en kortere gennemgang af nogle andre EU-dommes afgørelser, der vil fremme og præcisere forståelsen af doktrinen samt lovændringen. Analyserne af dommene er relevante for analysen af lovforslaget L28, der blev vedtaget til lov nr. 1835 af 08-12-2020.

5.1 Marks & Spencer sagen

Her gennemgås Marks & Spencer-dommen (sag C-446/03), hvori der blev afsagt dom d. 13. december 2005. Sagen omhandlede en anmodning om præjudiciel afgørelse, der vedrørte fortolkningen af TEUF art. 49 og 54 (tidligere EF art. 43 og EF art. 48). Sagen handlede om muligheden for at modregne underskud fra et udenlandsk datterselskab i moderselskabets skattepligtige indkomst. Anmodningen blev fremlagt på grund af en tvist mellem Marks & Spencer og de britiske skattemyndigheder. De britiske skattemyndighedernes afviste en ansøgning fra Marks & Spencer om fradrag af underskud i datterselskaber udenfor Storbritannien.⁵⁷

Twisten omhandlede Marks & Spencer, beliggende i England og Wales og dets datterselskaber i Frankrig, Belgien og Tyskland. Resultatmæssigt gik det ikke så godt i datterselskaberne i løbet af 1990'erne og Marks & Spencer besluttede derfor ved udgangen af 2001 at sælge datterselskabet i Frankrig til tredjeparter, mens driften i de resterende datterselskaber blandt andet i Belgien og Tyskland blev stoppet.⁵⁸ Marks & Spencer fremsatte krav om koncernlempelse for underskud, som datterselskaberne i Belgien, Tyskland og Frankrig havde pådraget sig i 4 regnskabsperioder fra marts 1998-marts 2001. Marks & Spencer opgjorde underskuddene i de udenlandske datterselskaber efter de britiske skatteregler. De omtalte datterselskaber havde udøvet deres økonomiske virksomhed i de medlemsstater, hvor de havde hjemsted. De havde ikke noget fast driftssted i Storbritannien, hvorfor de ikke havde udøvet nogen økonomisk virksomhed. På grundlag af det afviste de britiske skattemyndigheder, at Marks & Spencer kunne fradrage underskud pådraget i Belgien, Tyskland og Frankrig. Begrundelsen for afvisningen var, at datterselskabernes underskud ikke var bogført i Storbritannien.⁵⁹

Marks & Spencer appellerede afgørelsen til High Court of Justice, der udsatte sagen og fremlagde nogle præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen. De ønskede at vide, hvorvidt TEUF artikel 49 og 54 var en hindring for en lovgivning i en medlemsstat, der udelukkede et hjemmehørende moderselskabs mulighed for i sit skattepligtige overskud at fradrage underskud i et udenlandsk datterselskab, når selv samme lovgivning indrømmede en sådan mulighed for fradrag for underskud, der var oparbejdet i et i Storbritannien hjemmehørende datterselskab. Det andet spørgsmål, High Court of Justice forelagde, blev ikke behandlet, hvorfor dette ikke behandles i denne sammenhæng.

⁵⁷ C-446/03 – præmis 2.

⁵⁸ C-446/03 præmis 21.

⁵⁹ C-446/03 Præmis 24.

Dermed ønskede de britiske skattemyndigheder at få afklaret, om der forelå en restriktion, når et moderselskab, der var skattemæssigt hjemmehørende i medlemsstaten, blev forhindret i at nedsætte sit skattepligtige overskud i medlemsstaten ved modregning af underskud, der var pådraget af datterselskaber beliggende i andre medlemsstater, når det samtidigt var muligt at foretage modregning af underskud hvis underskuddene var pådraget af datterselskaber, der var hjemmehørende i samme stat som moderselskabet.

Nedenfor vil der først skitseres hvordan debatten forløb i Danmark inden domsafsigelsen. Herefter gennemgås EU-domstolens afgørelse og til sidst bliver der set nærmere på debatten efter domsafsigelsen.

5.1.1 Debatten om de danske sambeskatningsregler inden domsafsigelsen

Da Marks & Spencer-sagen kom for EU-Domstolen, og inden generaladvokatens udtalelse, startede sagen en stor debat i Danmark, idet forholdene i Marks & Spencer sagen på mange punkter lignede de forhold, der var i Danmark. Det rejste straks spørgsmålet om, hvorvidt de danske sambeskatningsregler levede op til kravene i EUF-traktaten om fri etableringsret mv. På trods af kritikken om manglende EU-konformitet blev lovforslaget L121 i 2005 vedtaget. I dette afsnit undersøges, hvorfor og på hvilket grundlag reglerne blev vedtaget.

Lovforslag L121 blev i 2005 fremsat med formålet at ændre de danske sambeskatningsregler. Ved udarbejdelsen blev der nedsat et sambeskatningsudvalg, hvis opgave var at foreslå de mest optimale regler for de selskaber, som ville blive omfattet af reglerne. Der var tale om danske koncerner, som enten ville blive omfattet af den obligatoriske nationale sambeskatning eller den tilvalgte ordning for international sambeskatning. Dengang lavede man en nyskabelse i reglerne, hvor man ville splitte national sambeskatning og international sambeskatning op. Før lovforslaget var det muligt for koncerner selv at vælge, hvilke selskaber der skulle med i ordningen. I forbindelse med disse nye regler ville det også være nødvendigt at indføre en regel om territorialbeskatning i SEL § 8, stk. 2, som modifikation til reglerne om sambeskatning. Udgangspunktet herefter blev, at fast driftssted og fast ejendom i udlandet ikke var omfattet af sambeskatningsordningerne. Dog hvis man tilvælger international sambeskatning, bliver fast driftssted og fast ejendom i udlandet omfattet.

Med nedsættelse af sambeskatningsudvalget forud for udarbejdelsen af lovforslaget efterspurgte Skatteministerens kommissorium en modernisering og fremtidssikring af reglerne for koncernbeskatning,

hvor man heraf ønskede bl.a. enkle, fleksible og robuste regler, der skulle være sikre overfor skatteplanlægning samt være i overensstemmelse med EU-retten.⁶⁰

Lovforslaget blev på trods af ovenstående fokuspunkter særligt kritiseret for ikke at være i overensstemmelse med EU-retten. Kritikken var forårsaget, af at den verserende EU-sag om Marks & Spencer-dommen ikke på dette tidspunkt var afsagt endnu. Der var spekulationer om, at lovbehandling burde vente indtil efter sagens afgørelse for at sikre, at lovforslaget blev i overensstemmelse med den nye EU-praksis.⁶¹

På trods af spekulationerne blev lovforslaget vedtaget og blandt kritikerne, der optræder i udvalgsbehandlingen, er Professor Søren Friis Hansen og Professor Niels Winther-Sørensen.

Lovudvalgets kritik

Søren Friis Hansen undrede sig over, hvorfor Skatteministeriet bruger en anden fortolkningsmetode af den foreslåede beskatningsordning end EU-Domstolen anvender, når de vurderer de almene tvingende hensyn og proportionaliteten i afgørelser. Søren Friis Hansen udtalte, at den EU-retlige vurdering, der er gengivet i bemærkningerne til L 121, hviler på et forkert grundlag, når Skatteministeriet vurderede, at ordningen ville kunne begrundes i saglige hensyn og ikke kunne opnås på en mindre indgribende måde. Derudover fremhævede Friis Hansen også, at formålet med globalpuljeprikket ikke lovligt kunne forfølges og at reglerne allerede på baggrund heraf var uforenelige med EU-retten. Han mente, at Skatteministeriets formål med ændring af reglerne udelukkende var baseret på at forhindre tab af skatteprovenu.⁶²

Yderligere fremstod Professor Niels Winther-Sørensen kritisk i forhold til reglernes udformning i L 121. Han vurderede, at lovforslaget var problematisk i forhold til EU-retten og at reglerne ikke ville kunne indføres med det fremsatte indhold. Han kom her med sin bekymring om, at det var vanskeligt at se, at de foreslåede regler var i overensstemmelse med EU-retten, hvis EU-Domstolen i Marks & Spencer sagen fandt, at de engelske regler var i strid med EU-retten. Herved såede Winther-Sørensen også tvivl om, hvorvidt tilvalget af international sambeskatning og de konsekvenser, de medfølger, var i overensstemmelse med EU-retten.⁶³

⁶⁰ Sambeskatningsudvalget. (2004). *Rapport fra sambeskatningsudvalget.*, side 8.

⁶¹ Sambeskatningsudvalget. (2004). *Rapport fra sambeskatningsudvalget.*, side 16.

⁶² Skatteministeriet. (2005). L 121 – 2004-05 endeligt svar på spg. 1, side 4 og 8.

⁶³ Skatteministeriet. (2005). L 121 – 2004-05 endeligt svar på spg. 1, side 2 og 12.

Skatteministeriets respons til kritikerne

Til overstående kritik og kritik til diverse punkter i lovforslaget tog Skatteministeriet i forarbejderne stilling hertil. De mente, at den måde, EU-Domstolen tester skattesager ud fra almene tvingende hensyn og proportionalitet kunne benyttes til ændringerne i sambeskatningsreglerne. Skatteministeriet fremhævede, at det var oplagt at tage udgangspunkt i Generaladvokatens forslag til Marks & Spencer-dommen idet både Søren Friis Hansens notater og Niels Winther-Sørensens artikel⁶⁴ var skrevet før Generaladvokatens forslag. Skatteministeriet tog forbehold for, at beskatningsordningen på 2 punkter adskilte sig fra den i Marks & Spencer-dommen. Det første var, at med ordningen afskæres ikke muligheden for at tage hensyn til et udenlandsk underskud og det andet var, at underskud fra faste driftssteder som udgangspunkt ikke medregnes i indkomstopgørelsen i domicillandet.

Som nævnt ovenfor begrundede Søren Friis Hansen, at skatteordningen var udarbejdet udelukkende på at forhindre tab af skatteprovenu, men som det fremgik af pkt. 10 i bemærkningerne til L 121 fremhævede Skatteministeriet, at de foreslåede sambeskatningsregler var begrundet i hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen og at fradragsretten skulle ske i samme medlemsstat, hvilket Generaladvokaten vurderede var et legitimt formål, som ville kunne begrunde en restriktion.⁶⁵

Skatteministeriet fremhævede Generaladvokatens udtalelse om, at det kunne retfærdiggøres, at underskudsoverførsel fra udenlandske datterselskaber afskæres, når underskuddet også kunne udnyttes efter kildelandets regler. Udtalelsen fra generaladvokaten dannede konsensus med skatteministeriets opfattelse, idet det fremgik af de EU-retlige bemærkninger i L 121, at det foreslåede beskatningssystem etablerede en sådan sammenhæng i den danske beskatningsordning, at det kunne betragtes som en begrundet restriktion.

Generaladvokaten udtalte yderligere i sit forslag til afgørelse af Marks & Spencer-dommen, at en medlemsstat generelt ikke måtte nægte et datterselskab i kildelandet at fradrage deres underskud i et moderselskab i domicillandet alene på den baggrund, at datterselskabet ikke havde betalt skat af overskud i denne medlemsstat. I denne sammenhæng fremhævede Skatteministeriet, at L 121 ikke indebar en generel nægtelse af underskudsoverførsel fra datterselskaber i udlandet til moderselskabet i Danmark, da der eksisterede en mulighed for at vælge den internationale sambeskatning til. Heraf vurderede Skatteministeriet ikke, at et tilvalg af international sambeskatningsordning var uforenelig med EU-retten.⁶⁶

⁶⁴ Winter-Sørensen, N. (2005). International sambeskatning og EU-retten. SR.2005.32.

⁶⁵ Jf. Forslag til afgørelse i *Marks & Spencer*, C-446/03, pkt. 56.

⁶⁶ Skatteministeriet. (2005). L 121 – 2004-05 endeligt svar på spg. 1, side 9-10.

Med tilvalget af den internationale sambeskatningsordning kommer en 10 års bindingsperiode og en genbeskatning inden for denne periode. Det var ifølge Skatteministeriet med hensyn til sammenhængen i beskatningsreglerne nødvendigt at opretholde reglerne om genbeskatning af underskud i udenlandske selskaber. De fremhævede, at uden genbeskatningsregler ville muligheden for dobbelt fradrag eksistere. I sammenhæng med dette supplerede de med, at genbeskatning kun ville ske i det tilfælde, hvor Danmark havde givet fradrag for et udenlandsk underskud, de ikke var forpligtet til efter gældende EU-ret.⁶⁷

Ifølge pkt. 10 i bemærkningerne til L 121 lagde Skatteministeriet vægt på i overvejelserne omkring den 10 år lange bindingsperiode, at hvis der ikke var denne bindingsperiode, ville det skabe incitament for, at selskaberne springer ind og ud af sambeskatning alt efter, hvad der medfører de mest favorable skatteforhold for koncernen (cherry-picking). Bemærkningerne tog ligeledes stilling til, om den 10 års bindingsperiode gik videre end hvad der var nødvendigt for at opretholde dette hensyn. De tilføjede hertil, at bindingsperioden ikke går udover, hvad der er nødvendigt da det altid er muligt at vælge international sambeskatning til, samt at der kun sker genbeskatning inden for bindingsperioden, hvis der faktisk er blevet anvendt et underskud til fradrag. På trods af kritikken fastholdt Skatteministeriet den holdning, at lovforslaget var EU-konformt.

5.1.2 Gennemgangen af den afsagte dom

Før Domstolen fastslog om, der forelå en restriktion, slog Domstolen fast i præmis 29, at det følger af retspraksis, at da medlemsstaterne under medlemsstaternes lovgivning selv har kompetencen til at beskatte, skal denne kompetence udøves i overensstemmelse med fællesskabsretten og således afslå enhver form af forskelsbehandling begrundet i nationalitet.

Domstolen henviste til, at fællesskabsretten rummer bl.a. retten til at frit at etablere sig i en hvilken som helst medlemsstat og her udøve virksomhed på lige vilkår med medlemsstatens egne statsborgere.⁶⁸ Jf. afsnit 5.3.2 skal lovgivning i medlemsstaterne ikke bare sikre lige vilkår for dets statsborgere, men også for selskaber, der ønsker at etablere sig i medlemsstaten. Dermed må staten ikke opstille hindringer for at en statsborger eller et selskab frit kan etablere sig. Tilsvarende gælder det for oprindelsesstaten, selvom bestemmelserne om etableringsfriheden ifølge deres ordlyd skal sikre national neutral behandling i

⁶⁷ Skatteministeriet. (2005). L 121 – 2004-05 endeligt svar på spg. 1, side 11.

⁶⁸ C-446/03 – Præmis 30.

værtsmedlemsstaten, er det forbudt for oprindelsesstaten at opstille hindringer i vejen for medlemsstatens egne borgere eller selskaber, der ønsker at etablere sig på en anden medlemsstats område.

Af ovenstående konstaterede EU-domstolen, at fradrag for underskud i form af koncernlempelse udgjorde en skattefordel i form af en likviditetsmæssig fordel. Her mente domstolen, at underskud, som fremkom dengang i Storbritannien, umiddelbart kunne anvendes af et koncernforbundet selskab inden for medlemsstatens område, mens underskud, som fremkom i et koncernforbundet selskab udenfor medlemsstatens område, ikke kunne bringes til fradrag i moderselskabet ved dets skattepligtige indkomstopgørelse.

Denne skattefordel udgjorde ifølge EU-Domstolen en hindring for etableringsfriheden, da denne skattefordel gjorde det mere gunstigt for datterselskaber beliggende i medlemsstaten og dermed kunne moderselskabet afskrækkes fra at oprette datterselskaber i andre medlemsstater og dermed ville det kunne forhindre et moderselskab i at udøve sin etableringsfrihed. En sådan skattemæssig forskelsbehandling udgjorde derfor ifølge EU-Domstolen en hindring for etableringsfriheden.⁶⁹

Såfremt det fastslås at der forelå en restriktion, skal det undersøges, om en sådan hindring kunne retfærdiggøres ved tvingende almene hensyn. Yderligere er det også et krav, at hindringen ikke gik udover, hvad der var absolut nødvendigt.⁷⁰ I relation hertil var EU-domstolens argumentation overraskende, hvis man tager generaladvokatens forslag til afgørelse med i vurderingen.

Storbritannien og sagens andre parter var af den opfattelse, at koncernlempelsesordningen skulle være i overensstemmelse med EU-rettens anerkendte territorialprincip med den begrundelse at et indenlandsk og udenlandsk datterselskab ikke var i en sammenlignelig situation i forbindelse med ordningen. Domstolen præciserede, at det ikke altid var tilfældet, men at det objektivt skulle vurderes fra sag til sag. Ligeledes konstaterede de indledningsvis, at det, at Storbritannien ikke beskattede overskuddet fra udenlandske datterselskaber, medmindre der var tale om indkomst fra Storbritannien, ikke i sig selv kan være en legitim begrundelse for forskelsbehandlingen. Det kunne ikke i sig selv være en begrundelse for en national bestemmelse, at der kun var adgang til at fradrage underskud fra indenlandske selskaber.⁷¹ Efterfølgende gennemgik EU-Domstolen de tre forhold, som Storbritannien og sagens andre parter påberåbte sig som

⁶⁹ C- 446/03 – Præmis 32-34.

⁷⁰ C-446/03 – Præmis 35.

⁷¹ C-446/03 – Præmis 36-41.

begrundelse for:⁷² 1) Fordeling af beskatningskompetence, 2) Modvirke ”dobbelt dip”, 3) Risiko for skatteunddragelse.

Med hensyn til det første forhold bemærkede EU-Domstolen, at et lavere skatteprovenu ikke kunne anses for et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion.⁷³ Dog fastslog Domstolen, at en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kunne bringes i fare. Det kunne være en risiko, hvis ikke fordelingen af beskatningskompetence opretholdtes mellem medlemsstaterne og at selskaberne fik mulighed for at vælge, om der skulle tages hensyn til deres underskud i deres etableringsmedlemsstat eller i en anden medlemsstat, så beskatningsgrundlaget ville blive forhøjet i den første stat og nedsat i den anden med de overførte underskud.⁷⁴

Angående risikoen for dobbelt fradrag anerkendte Domstolen, at medlemsstaterne skal kunne hindre en sådan situation. Domstolen bifaldt, at underskudsoverførelse fra ikke-hjemmehørende datterselskaber skabte risikoen for dobbeltfradrag. Dog mente Domstolen at denne risiko kunne undgås ved indførelse af en national bestemmelse, der udelukkede lempelse for allerede udnyttet underskud i kildelandet.⁷⁵

EU-Domstolen fremhævede yderligere, at risikoen for skatteunddragelse var til stede, idet en koncernlempelsesordning ville motivere koncerner til at organisere sig således, at underskud henførtes til de selskaber, der havde hjemsted i en medlemsstat, hvor selskabsbeskatningen var højest, således at skatteværdien af underskuddet blev størst muligt (cherry picking). Hertil udtalte Domstolen, at en udelukkelse af adgang til at fradrage underskud fra udenlandske selskaber ville kunne hindre en sådan praksis, der kunne være inspireret af det faktum, at der var betydelige forskelle mellem skattesatserne, hvorfor selskaberne inden for en koncern ville tænke kreativt i en retning af at organisere sig efter underskuddene.⁷⁶

I den samlede vurdering af disse 3 hensyn anførte Domstolen, at en restriktiv lovgivning, der forhindrede udnyttelse af underskud på tværs af medlemsstaterne, forfulgte et legitimt mål, der var foreneligt med TEUF og som vedrørte tvingende almene hensyn, ligesom lovgivningen var egnet til at sikre gennemførelsen

⁷² C-446/03 – Præmis 43.

⁷³ Jf. *Manninen* C-319/02 - præmis 49.

⁷⁴ C-446/03 – Præmis 46.

⁷⁵ C-446/03 – Præmis 48.

⁷⁶ C- 446/03 – Præmis 50.

af det pågældende mål.⁷⁷ Herefter tog EU-Domstolen stilling til, om den restriktive foranstaltning, der medførte en skattefordel for koncerner etableret i Storbritannien i modsætning til koncerner etableret i andre medlemsstater, var mere vidtgående end nødvendigt og dermed i strid med proportionalitetskriteriet.

Med til den vurdering fremførte Marks & Spencer og Kommissionen, at det ikke var proportionalt at have en ordning, der generelt udelukkede indrømmelse af koncernlempelse, hvis koncernens datterselskaber havde hjemsted i en anden medlemsstat, idet en mindre restriktiv foranstaltning kunne opstilles. Derfor henviste de til, at der i stedet kunne vælges en af 2 muligheder til at betinge udnyttelsen af lempelsen. Lempelsen kunne udføres såfremt 1) det udenlandske datterselskab fuldt ud havde udtømt alle dets muligheder for at tage hensyn til underskuddet i kildelandet, eller 2) at fremtidige overskud i det ikke-hjemmehørende datterselskab skulle medregnes i det selskab, der var indrømmet lempelsen op til et beløb svarende til de tidligere medregnede underskud.

I tråd med det ovenstående anførte EU-Domstolen, at den engelske koncernlempelsesordning ikke var proportional i 1) de tilfælde, hvor datterselskab, der havde hjemsted i en medlemsstat, havde udnyttet alle muligheder for selv at anvende underskuddet i kildelandet eller i 2) de tilfælde, hvor der ikke var mulighed for at tage hensyn til det ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud i dets hjemsted af enten selskabet selv eller af tredjepart.⁷⁸

Domstolen slog derfor fast, at en generel bestemmelse kunne opstilles, hvorefter der ikke umiddelbart var ret til at fradrage underskud i ikke-hjemmehørende datterselskaber, men at den generelle nægtelse ikke ville fungere i de tilfælde, hvor moderselskabet kunne påvise, at alle muligheder for at anvende underskuddet i den anden medlemsstat var udtømt af datterselskabet selv eller tredjepart. I denne situation skulle medlemsstaten tillade moderselskabet at anvende underskuddet i moderselskabets indkomstopgørelse, hvis ordningen skulle kunne overholde den EU-retlige proportionalitetsvurdering.

Dermed nåede EU-Domstolen frem til, at den omhandlende koncernlempelsesordning var i strid med EU-retten, ikke fordi ordningen generelt nægtede underskudsoverførelse fra ikke-hjemmehørende datterselskaber, men fordi det var ikke proportionalt at nægte underskudsoverførelse fra ikke hjemmehørende datterselskaber, når selskabet kunne påvise, at hverken datterselskabet selv eller

⁷⁷ C-446/03 – Præmis 51.

⁷⁸ C- 446/03 – Præmis 55.

tredjepart i den pågældende anden medlemsstat kunne anvende underskuddet i det pågældende eller senere indkomstår. Dette udgør Marks & Spencer-doktrinen.

Afgørelsen lagde altså vægt på helt andre forhold end det, som debatten i Danmark havde koncentreret sig om, mens sagen blev behandlet ved EU-Domstolen.

5.1.3 Debatten i Danmark efter domsafsigelsen ved EU-Domstolen

Efter EU-domstolens afgørelse var der atter en stor debat i Danmark. Med dommen blev der flere spørgsmål end svar. Det var svært at vurdere om konsekvenserne for de danske sambeskatningsregler blev som ventet og om det var i overensstemmelse med EU-retten. Der var mange meninger og holdninger i forbindelse med dette, men mange blev overraskede over, hvor stor forskel der var på Generaladvokatens forslag til afgørelse og Domstolens endelige dom. Samt var der enighed om, at de danske regler på visse punkter stadigvæk var i strid med EU-retten.

Mange håbede at der med Marks & Spencer sagen ville blive bragt klarhed over, hvorledes underskud i datterselskaber i andre EU-medlemslande skulle behandles skattemæssigt. Visse eksperter herhjemme havde forventet, at EU-reglerne skulle åbne op for ensretlige regler for national og international sambeskatning i EU, men det skete ikke.⁷⁹ Dommen blev set som et forsøg fra domstolens side at finde et kompromis, hvor de forsøgte at tilgodese de skattemæssige hensyn, der i sagen blev fremført, samtidigt med at de gerne ville sikre, at der ikke var restriktioner ved at etablere sig i andre lande.⁸⁰

Søren Friis Hansen mente, at globalpuljebegrebet i den internationale sambeskatning var mere vidtgående end nødvendigt i forbindelse med mulighederne for modregning af udenlandske datterselskabers endelige underskud. Idet en modregning af underskuddene krævede et tilvalg af en international sambeskatning for alle udenlandske selskaber i en bindingsperiode på 10 år. EU-Domstolen tog ikke direkte stilling til, om en skattelovgivning som den danske opfylder det krav, EU-domstolen stillede til fradrag for endelige underskud. Det var, fordi man i England slet ikke havde mulighed for at vælge international sambeskatning. Men EU-domstolen anførte at det var EU-stridigt at udelukke moderselskabet fra at fradrage underskuddet i moderselskabets udenlandske datterselskab, når moderselskabet godtgjorde, at underskuddet var endeligt.⁸¹

⁷⁹ Nielsen, M. K. (2006). Marks & Spencer-dommen – og hvad så? *SU 2006*, 111.

⁸⁰ Winter-Sørensen, N. (2006). Marks & Spencer-dommen. *SU 2006*, 3.

⁸¹ Winter-Sørensen, N. (2006). Marks & Spencer-dommen. *SU 2006*, 3.

Et moderselskab havde krav på at fradrage udenlandske datterselskabers underskud i deres skattepligtige indkomst såfremt EU-Domstolens betingelserne var opfyldt. Datterselskabet skulle have udtømt alle de muligheder for at tage hensyn til underskuddet i dets hjemstat eller at der ikke var mulighed for at tage hensyn til det udenlandske datterselskabs underskud i dets hjemstat i forbindelse med senere skatte år, enten af selskabet selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne.⁸²

Ifølge Søren Friis Hansen kunne det være svært at konstatere, om Danmark ikke foretog en diskrimination af de udenlandske datterselskaber, da det rent teoretisk kunne være muligt at fradrage underskuddene med tilvalget af international sambeskatning. Dog mente Friis Hansen, at de danske regler gik videre end nødvendigt, ved at et dansk moderselskab ved valg af international sambeskatning skulle inddrage alle udenlandske koncernselskaber for at kunne fradrage et endeligt underskud fra et udenlandsk selskab.⁸³

Niels Winther-Sørensen mente, at kravet om globalpuljning og bindingsperioden på 10 år gav væsentlige ulemper, idet et dansk moderselskab i forvejen havde overskudsgivende aktivitet i udlandet og denne overskudsgivende aktivitet i udlandet blev underkastet en mere gunstig beskatning end den danske, ville valg af international sambeskatning ofte føre til, at der skulle betales mere skat til Danmark, end hvis alternativt international beskatning fravalgtes. Hertil ville der også være den administrative belastning, da indkomstopgørelser for alle udenlandske koncernselskaber skulle udarbejdes efter dansk skattelovgivning.⁸⁴

Desuden mente Winther-Sørensen, at det var overvejende sandsynligt, at EU-Domstolen ville anse de danske regler for at være EU-stridige, da der ikke var reel adgang til at fradrage endelige underskud fra udenlandske datterselskaber uden, at valg af international sambeskatning med en 10 års bindingsperiode skulle ske.⁸⁵

Modsat Niels Winther-Sørensen mente Thomas Rønfeldt, at de danske sambeskatningsregler efter domsafsigelsen ikke var i strid med EU-retten. Han mente, at dommen gav medlemsstaterne mulighed for at kunne tilrettelægge skatteregler, så man kunne forhindre "dobbelt-dip". Det eneste ifølge Thomas Rønfeldt kunne give problemer i Danmark var bindingsperioden på 10 år ved valg af international sambeskatning.⁸⁶

⁸² Hansen, S. F. (2006). Medens vi venter på EF-domstolen II. *SPO.2006.1*.

⁸³ Hansen, S. F. (2006). Medens vi venter på EF-domstolen II. *SPO.2006.1*.

⁸⁴ Winter-Sørensen, N. (2006). Marks & Spencer-dommen. *SU 2006, 3*.

⁸⁵ Winter-Sørensen, N. (2006). Marks & Spencer-dommen. *SU 2006, 3*.

⁸⁶ Rønfeldt, T. (2006). Marks & Spencer – en fællesskabsretlig håndsrækning. *SPO.2006.111*.

Jeppe Rune Stokholm havde den holdning, at det største problem ved de danske sambeskatningsregler var reglerne om genbeskatning af et udenlandsk datterselskab, når det udtrådte af den internationale sambeskatning. Forskelsbehandlingen lå i, at underskud hidrørende fra udenlandske datterselskaber behandlede mindre attraktive i forhold til datterselskaber hjemmehørende i Danmark ved udtræden af en dansk sambeskatning. Stokholm mente at reglerne burde ændres, så et underskud fra et udenlandsk datterselskab ikke stilledes ringere end underskud fra et indenlandsk datterselskab.⁸⁷

Generelt var der enighed fra de fleste eksperter om, at de danske sambeskatningsregler efter dommen på nogle punkter var i strid med fællesskabsretten. Stort set var der enighed om, at den 10 års bindingsperiode var mere omfattende end, hvad der var nødvendigt. Marks & Spencer dommen havde derfor ikke afklaret alle de spørgsmål, der havde været stillet omkring de danske reglers forenelighed. Men skatteministeren allerede udtalte samme dag, dommen blev afsagt, at de danske regler var EU-konforme. Derfor skulle man vente på, at en konkret sag, hvor den danske skattelovgivning ville blive udfordret i samspil med EUF-traktatens art. 49 og art. 54.⁸⁸ Det blev i Bevola-sagen, hvor Marks & Spencer-doktrinen blev prøvet i forhold til de omtalte danske regler.

⁸⁷ Stokholm, J. R. (2006). Dansk sambeskatning og Marks & Spencer-sagen. *SR.2006.75*.

⁸⁸ Winter-Sørensen, N. (2006). Marks & Spencer-dommen. *SU 2006, 3*.

5.2 Bevola

A/S Bevola, et dansk datter- og datterdatterselskab af danske selskaber, som alle kontrolleredes af koncernens danske ultimative moderselskab, Jens W. Trock ApS. Bevola havde et fast driftssted i Finland. Det faste driftssted blev lukket i 2009 med et akkumuleret underskud på 2,8 mio. DKK. Koncernen havde ikke andre datterselskaber eller filialer i Finland. Jens W. Trock ApS havde ikke valgt international sambeskatning efter SEL § 31 A. Bevola ønskede at fradrage tabet i Bevolas skattepligtige indkomst, da filialen ikke selv kunne fradrage underskuddet i Finland som følge af lukningen.

På denne baggrund anmodede Bevola om fradrag for tabet i selskabets skattepligtige indkomst i Danmark, hvoraf skattemyndigheden bemærkede at begrænsningen i muligheden for at fradrage tab i henhold til SEL § 8, stk. 2, kun fandt anvendelse på selskaber, som havde et fast driftssted i udlandet. Et dansk selskab med fast driftssted i landet ville ikke blive begrænset i muligheden for at fratække tabet. Denne forskelsbehandling udgjorde ifølge skattemyndigheden en restriktion for etableringsfriheden. Yderligere henviste skattemyndigheden til Marks & Spencer-dommen og fastslog, at det var i strid med EU-retten at udelukke et hjemmehørende moderselskab fra at fradrage underskud pådraget af et ikke-hjemmehørende moderselskab, når datterselskabet havde udtømt alle muligheder for at udnytte underskuddet i Finland.

SKAT og Landsskatte retten afviste anmodningen med henvisning til SEL §8, stk. 2 at tabet hidrørte fra et udenlandsk fast driftssted samt at koncernen ikke havde valgt international sambeskatning efter SEL § 31 A.⁸⁹ Bevola og Jens W. Trock ApS påklagede herefter afgørelsen for Østre Landsret. Østre Landsret var i tvivl om relevansen af Marks & Spencer-dommen med hensyn til muligheden for tilvalg af international sambeskatning og derigennem opnå et sådant fradrag.⁹⁰ Østre Landsret besluttede at udsætte sagen og forelagde følgende præjudicielle spørgsmål:

*”Er artikel 49 TEUF til hinder for en national beskatningsordning som den i hovedsagen omhandlede, der medfører, at der er mulighed for fradrag for tab i indenlandske filialer, mens der ikke er mulighed for fradrag for tab i filialer beliggende i andre medlemsstater, heller ikke under betingelser svarende til Marks & Spencer-dommen, præmis 55-56, medmindre koncernen har valgt international sambeskatning på vilkår som angivet i hovedsagen?”*⁹¹

⁸⁹ C-650/16 – Præmis 10.

⁹⁰ C-650/16 – Præmis 12.

⁹¹ C-650/16 – Præmis 13.

5.2.1 EU-Domstolens svar

EU-Domstolen statuerede indledningsvist, at TEUF art. 49 i henhold til TEUF art. 54 omfatter selskaber og indebærer et forbud mod, at domicillandet lægger hindringer i vejen for, at en af dens statsborgere eller selskaber etablerer sig i en anden medlemsstat. Tilsvarende gælder også, når et selskab, etableret i en medlemsstat, driver virksomhed i en anden medlemsstat via et fast driftssted.⁹²

Endvidere bemærkede EU-Domstolen at der tidligere var taget stilling til at en bestemmelse, der giver mulighed for at tage hensyn til underskud i et fast driftssted ved opgørelsen af det skattepligtige overskud i det selskab, som det faste driftssted tilhører. Dette medfører en skattemæssig fordel, når muligheden for at tage hensyn til underskud fra et fast driftssted kun gælder faste driftssteder i domicillandet fremfor kildelandet.⁹³ Fordelen kan resultere i en forskelsbehandling og dermed udgør en hindring for etableringsfriheden, dog skal denne forskelsbehandling vurderes i forhold til om der er tale om objektivt sammenlignelige situationer eller om forskelsbehandlingen kan begrundes i tvingende almene hensyn.

Her skulle det i overensstemmelse med EU-domstolens praksis vurderes om SEL § 8, stk. 2 overhovedet medførte en forskellig behandling af danske selskaber med faste driftssteder i Danmark og danske selskaber med udenlandske faste driftssteder. Med bestemmelsen udelukkes muligheden for fradrag af udenlandske filialer. En territorialbeskatning kan være en fordel eller ulempe. I situationer, hvor det faste driftssted har indkomst til beskatning, vil det være en fordel, hvis driftsstedet er etableret i et land med lavere skattesats end den danske. Dog var dette ikke tilfældet i den situation, som Bevola befandt sig i, hvilket selskabet havde et ophørt fast driftssted i Finland, hvis tab ikke kunne fradrages i Finland. EU-Domstolen fandt konkret, at Bevola i medfør af SEL § 8, stk. 2 var forhindret i at fradrage underskud i det udenlandske faste driftssted, mens Bevola ville kunne fradrage underskuddet, hvis det faste driftssted var beliggende i Danmark. Under disse omstændigheder var et dansk selskab med fast driftssted i udlandet udsat for en forskellig behandling, som var ufordelagtig sammenlignet med et selskab med et fast driftssted i Danmark.⁹⁴

Heraf skulle EU-Domstolen undersøge, om muligheden med tilvalget af international sambeskatning "ophævede" denne forskelsbehandling. EU-Domstolen hæftede sig ved, at international sambeskatning er undergivet to betingelser, som udgør strenge forpligtelser; globalpuljeprincippet⁹⁵ og bindingsperioden på

⁹² C-650/16 – Præmis 15-17.

⁹³ C-650/16 – Præmis 18-19.

⁹⁴ C-650/16 – Præmis 22-24.

⁹⁵ Jf. afsnit 3.3.1.

10 år. Selvom EU-Domstolen anerkendte den teoretiske mulighed for, at et dansk selskab havde mulighed for at fradrage underskud fra udenlandske faste driftssteder i lighed med danske faste driftssteder med hjælp af tilvalget af international sambeskatning, var dette ifølge EU-Domstolen omfattet af byrdefulde foranstaltninger. Dermed fastslog EU-Domstolen på trods af globalpuljeprincippet, at selskabsskatteoven indførte en forskellig behandling af danske selskaber, der havde et fast driftssted i Danmark og danske selskaber, der havde faste driftssteder i udlandet og at muligheden for tilvalg af international sambeskatning ikke ”ophævede” denne forskelsbehandling.⁹⁶

Om denne forskelsbehandling kunne gøre det mindre attraktivt for et dansk selskab at udøve sin etableringsfrihed gennem oprettelsen af faste driftssteder i andre medlemsstater, forudsattes det, at situationerne var objektivt sammenlignelige. Og derfor skulle EU-Domstolen heraf analysere, hvorvidt danske selskaber med udenlandske faste driftssteder og danske selskaber med faste driftssteder i Danmark var i en sammenlignelig situation.

EU-Domstolen gentog, at sammenligneligheden af en grænseoverskridende situation med en national situation skulle vurderes under hensyntagen til, hvilket formål, der forfulgtes med de omhandlede nationale bestemmelser.⁹⁷ Hverken i den nævnte praksis i C-48/13 Nordea Danmark og C-388/14 Timac Agro blev metoden anvendt med den begrundelse, at EU-Domstolen ikke i disse sager vurderede formålet med de nationale bestemmelser nærmere, når reglerne fastsatte den samme skattemæssige behandling af det faste driftssted, uanset om driftsstedet lå i udlandet eller hjemlandet. I forlængelse heraf fastslog EU-Domstolen, at Nordea-sagen og Timac Agro-sagen ikke skulle forstås således, ”at såfremt den nationale skattelovgivning behandler to situationer forskelligt, kan disse situationer ikke anses for at være sammenlignelige”.⁹⁸

EU-Domstolen hæftede sig ved, at hensigten med SEL § 8, stk. 2 var at undgå dobbeltbeskatning af overskud, samt dobbelt fradrag for tab for danske selskaber, der havde ikke-hjemmehørende driftssteder. Derfor skulle disse selskabers situation sammenlignes med situationen for danske selskaber med faste driftssteder i Danmark. Idet der i Bevola-sagen var tale om endelige underskud, når driftsstedet var ophørt og underskuddet ikke længere kunne fradrages i dets skattepligtige overskud i det medlemsland opnåede dette formålet med bestemmelsen om at undgå dobbelt fradrag for tabet.⁹⁹

⁹⁶ C-650/16 – Præmis 28.

⁹⁷ C-650/16 – Præmis 32.

⁹⁸ C-650/16 – Præmis 35.

⁹⁹ C-650/16 – Præmis 36 og 38.

EU-Domstolen anførte desuden en generel anerkendelse af nationale bestemmelser, der tilstræber, at beskatningen af et selskab sker i overensstemmelse med dets skatteevne, og at skatteevnen hos et selskab, der har et ikke-hjemmehørende fast driftssted, som har lidt et endeligt tab, som beskrevet i præmis 38, er imidlertid påvirket på samme måde som skatteevnen hos det selskab, hvis hjemmehørende faste driftssted har lidt et tab. Her er der tale om objektivt sammenlignelige situationer, når det omhandler endelige tab. Dette understøttes af Generaladvokatens forslag til afgørelsen pkt. 59.¹⁰⁰ På denne baggrund slog EU-Domstolen fast at der bestod en forskelsbehandling af objektivt sammenlignelige situationer og dermed udgjorde selskabsskatteoven en hindring for etableringsfriheden.¹⁰¹

Der var på baggrund af EU-Domstolens tydeliggørelse af situationernes sammenlignelighed i Bevola-sagen ingen tvivl om, at de danske sambeskatningsregler udgjorde en restriktion for etableringsfriheden og naturligvis skulle dette begrundes for ikke at være EU-stridige. EU-Domstolen fortolkede heraf 3 tvingende almene hensyn:¹⁰²

- 1) Hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.
- 2) Hensynet til at sikre en sammenhæng i det danske skattesystem.
- 3) Hensynet til at forhindre risikoen for dobbelt fradrag

For det første anerkendte EU-Domstolen, at det var nødvendigt at opretholde fordelingen af beskatningskompetencen ved, at der kun anvendtes det hjemmehørende lands skatteregler på et selskabs overskud som underskud. En indrømmelse af muligheden for fradrag hos hjemmehørende selskaber for tab i udlandet, selvom muligheden for international sambeskatning ikke var brugt, ville ifølge EU-Domstolen bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen i alvorlig fare, hvis selskaberne selv kunne vælge i hvilket land, fradraget skulle ske, kunne de reelt flytte beskatningsgrundlaget mellem medlemslandene.¹⁰³

For det andet henviste EU-Domstolen med hensyn til, at sikre sammenhængen i det danske skattesystem til tidligere praksis og fremførte, at hensynet kunne begrunde en restriktion for udøvelsen af frihedsrettighederne i EUF-traktaten. Dog var det afgørende for begrundelsen, at det kunne godtgøres, at

¹⁰⁰ C-650/16 – Præmis 39.

¹⁰¹ C-650/16 – Præmis 40.

¹⁰² C-650/16 – Præmis 41, 44 og 52.

¹⁰³ C-650/16 – Præmis 41-43.

der var en direkte sammenhæng mellem den konkrete skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning.

Dette godtgøres i SEL § 8, stk.2, hvor EU-Domstolen her anvendte en ordlydsfortolkning og hæftede sig ved, at bestemmelsen fastsatte at indtægter og udgifter fra fast driftssted beliggende i en fremmed stat ikke medregnes til den skattepligtige indkomst. Således var det ikke kun underskud, som kunne fradrages (fordelen), men også at overskud fra udenlandske driftssteder heller ikke medregnes i den skattepligtige indkomstopgørelse (udligningen), medmindre international sambeskatning var tilvalgt.¹⁰⁴ Denne direkte sammenhæng var ifølge EU-Domstolen nødvendig med hensyn til de nationale bestemmelser for at sikre, at beskatningen af et selskab med et udenlandsk driftssted var i overensstemmelse med dets skatteevne. Hensynet til sammenhængen i skattesystemet vurderedes til at være en overbevisende begrundelse for forskelsbehandlingen.¹⁰⁵

EU-Domstolen anerkendte de to fremførte hensyn og tilføjede hertil hensynet til at forhindre risikoen for dobbeltfradrag. Selvom dette hensyn ikke direkte var påberåbt af den danske regering, fremførte EU-Domstolen alligevel dette hensyn som et relevant og begrundet hensyn i Bevola-sagen.¹⁰⁶ EU-Domstolen fandt, at alle tre hensyn kunne retfærdiggøre territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2 og derfor skulle det undersøges om de danske regler gik ud over, hvad der var nødvendigt for at opnå formålet med disse.

I proportionalitetsvurderingen indledte EU-Domstolen med at bemærke, at den eneste mulighed for at et dansk selskab med et ikke-hjemmehørende fast driftssted kunne fradrage underskud i dette driftssted er gennem den tilvalgte ordning for international sambeskatning. EU-Domstolen anerkendte denne tilgang, idet disse krav skulle sikre mod skatteunddragelse. En sådan mulighed, hvor et selskab frit kunne fastlægge hvem, der skulle medtages i sambeskatningen ville være til fare for såvel den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen og symmetrien i det danske skattesystem i forhold til at beskatte overskud og muligheden for at fradrage underskud.¹⁰⁷

EU-Domstolen fokuserede på, om spørgsmålet om forskelsbehandlingen var nødvendig i den situation, hvor underskuddet var endeligt. Hertil fastslog Domstolen, at der ikke var nogen risiko for dobbelt fradrag for underskud i den situation, hvor det ikke længere var muligt at fradrage et underskud i det udenlandske faste driftssted i den medlemsstat, hvor det var beliggende. I en sådan situation gik en lovgivning som SEL §

¹⁰⁴ C-650/16 – Præmis 46-48.

¹⁰⁵ C-650/16 – Præmis 49 og 51.

¹⁰⁶ C-650/16 – Præmis 51-52.

¹⁰⁷ C-650/16 – Præmis 55-56.

8, stk. 2 ud over hvad der var nødvendigt for at forfølge formålet med disse regler. Samtidigt præciserede EU-Domstolen, at overensstemmelsen mellem beskatningen af et selskab og dets skatteevne sikredes i højere grad, hvis et selskab, der har et udenlandsk fast driftssted, i denne situation kunne fradrage endeligt tab, der kunne henføres til dette driftssted i selskabets skattepligtige resultat.¹⁰⁸

Hertil påpegede EU-Domstolen med henvisning til bl.a. Marks & Spencer-sagen, at fradrag for sådanne tab kun tillades på betingelse af, at det hjemmehørende selskab beviser, at tabet er endeligt. Samt muligheden for at få fradrag for underskud kan kun ske, hvis visse krav er opfyldt.¹⁰⁹ Disse krav følger af tidligere retspraksis og i den forbindelse skal tabets endelige karakter fortolkes i overensstemmelse med Marks & Spencer-doktrinen samt den efterfølgende præcisering fra Kommissionen mod Det Forenede Kongerige.¹¹⁰ Denne retspraksis for ikke-hjemmehørende datterselskaber anvendes analogt på underskud i faste driftssteder, hvoraf EU-Domstolen udtalte, at tab der kunne henføres til et ikke-hjemmehørende fast driftssted, opnår endelig karakter, når det selskab, som dette driftssted tilhørte, dels havde udtømt alle muligheder for at fradrage dette tab i medfør af lovgivningen i værtsstaten, dels ikke længere oppebar nogen som helst indtægt fra dette driftssted, således at der ikke længere var nogen mulighed for, at der kunne tages hensyn til det nævnte underskud i værtsstaten.¹¹¹

I overensstemmelse med tidligere praksis fandt EU-Domstolen at ansvaret påhvilede hos den nationale ret, altså den forelæggende ret, Østre Landsret at bedømme, om tab angående Bevolas finske filial opfyldte disse betingelser.

Samlet set fandt EU-Domstolen, at de danske regler gik ud over hvad der var nødvendigt i forhold til formålet. Formålet med reglerne var at undgå dobbeltbeskatning og dobbeltfradrag af underskud, hvilket ikke længere var en risiko, når den finske filial, dels havde udtømt alle muligheder for at fradrage tabet i medfør af lovgivningen i Finland og dels ikke længere oppebar indtægter af nogen art. Den danske lovgivning måtte altså ikke forhindre et endeligt underskud fra et fast driftssted beliggende i udlandet i at blive fradraget, selvom de ikke havde tilvalgt ordningen i den internationale sambeskatning.¹¹²

¹⁰⁸ C-650/16 – Præmis 58 og 59.

¹⁰⁹ C-650/16 – Præmis 60-61.

¹¹⁰ Jf. *Marks & Spencer*, C-446/03 – Præmis 55 og *Kommissionen mod UK*, C-172/13 – Præmis 36.

¹¹¹ C-650/16 – Præmis 64.

¹¹² C-650/16 – Præmis 66.

5.2.2 Bevola-sagens følgevirkninger

Med den afsagte dom i Bevola-sagen i 2018 blev der ca. 13 år efter de vedtagne sambeskatningsreglers ikrafttræden i 2005 sat et foreløbigt punktum for spekulationerne omkring de danske regler. Det blev dermed fastslået, at en generel nægtelse af grænseoverskridende underskudsudnyttelse med anvendelse af SEL § 8, stk. 2 i visse situationer går videre end, hvad der er nødvendigt for at forfølge formålet og derved, at det i de situationer ikke er proportionalt at nægte grænseoverskridende underskudsudnyttelse. Derfor er det dermed bestemt, at selskaber skal have mulighed for at opnå fradrag af endelige underskud i et udenlandsk fast driftssted på trods af, at man ikke har tilvalgt den internationale sambeskatningsordning. Dog forekom der visse uklarheder omkring det endelige tab og anvendelse af doktrinen.

Det endelige tab

Således går en hindring udover, hvad der er nødvendigt for at nå det væsentlige i de forfulgte mål i en situation, hvor I) det udenlandske faste driftssted dels har udtømt alle muligheder for fradrag det endelige tab i medfør af lovgivningen i den medlemsstat, hvor driftsstedet er beliggende, i givet fald ved overførsel af disse underskud til tredjepart eller ved modregning af disse underskud i de overskud, der er opnået i det faste driftssted i tidligere skatteår og II) dels ikke længere oppebærer nogen som helst indtægt fra dette driftssted, således at der ikke længere er nogen mulighed for at tage hensyn til det nævnte underskud i den nævnte medlemsstat.

Det er således helt afgørende for at opnå fradrag, at der består endelige underskud. Det vil sige, at alle mulighederne er udtømt for at tage hensyn til de eksisterende underskud i forhold til tidligere år, det aktuelle år og senere år. I en sådan situation er der ikke nogen risiko for dobbelt fradrag for underskuddet. Hertil bærer skatteyderen bevisbyrden og skal dokumentere, at tabet er endeligt. Dog tog EU-Domstolen ikke stilling til, hvordan skatteyderen helt præcist skulle udføre dokumentationen.¹¹³

Med hensyn til betingelsen med de udtømte muligheder vurderes det til at være byrdefuldt, idet man skal foretage en detaljeret undersøgelse af lovgivningen i den medlemsstat, hvor driftsstedet er beliggende. Dette er nødvendigt for at sikre, at man kan få mulighed for at foretage fradrag af tabet. Derudover vurderes det at være problematisk, at EU-Domstolen anvender "Nogen som helst indtægt", idet at såfremt

¹¹³ Jensen, L. H. (2019). Bevola-sagen – en "revitalisering" af Marks & Spencer-doktrinen. *SU 2019*, 2.

driftsstedet nedlægges og dermed ikke er rentabelt, vil der fortsat være minimale indtægter i form af afhændelse af aktiver, tilgodehavender mv. Dette medfører en eksisterende mulighed for, at det lille underskud kan modregnes i fremtidige overskud, hvorved der ikke består et endeligt tabt underskud. Det følger af C-172/13 Kommissionen mod UK, præmis 37, at datterselskabet skal have indstillet sine erhvervsaktiviteter og samtidigt have solgt eller fjernet samtlige af sine indtægtsgenererede aktiver.¹¹⁴ Hvilket betyder, at eksempelvis en likvidation medfører, at underskud kan anses for endeligt tabt og det samme gælder ved en ophørsfusion. Hvilket fører til at danske selskaber med udenlandske underskudsgivende datterselskaber eller faste driftssteder skal overveje nøje, om der består endelige tabte underskud eller der består underskud, som kan gøres endelig tabt, eksempelvis ved likvidation eller salg.¹¹⁵

Anvendelse af doktrinen på datterselskaber

Derudover omhandlede Bevola-sagen udelukkende kun forholdet til faste driftssteders endelige tab i udenlandske medlemsstater. Dermed tog EU-Domstolen ikke direkte stilling til, om territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2 gjaldt i relation til forholdet mellem moder-/datterselskaber og at territorialprincippet i den forbindelse var EU-stridige.

Når der ses i dommen, at EU-Domstolen henviste til Marks & Spencer-sagen, som angik et moder-/datterselskabsforhold, vurderes det naturligt, at Bevola-dommens resultat også må gælde for endelige tab i udenlandske koncernforbundne selskaber. Den afledte virkning af Bevola-sagen er således, at danske moderselskaber trods fravalg af international sambeskatning, også har ret til at få fradrag af endelige tab i den danske sambeskatning, ligesom hvis datterselskabet var hjemmehørende i Danmark. Hovedforskellen mellem henholdsvis et hovedkontor og et fast driftssted, og henholdsvis et moderselskab og et datterselskab skal findes i det juridiske aspekt. Hovedkontoret og det faste driftssted er en og samme juridiske person og dermed samme skattesubjekt, hvor derimod et moderselskab og et datterselskab er separate juridiske enheder og 2 skattesubjekter.¹¹⁶

Med indførelsen af territorialprincippet er lovgivningen tilsigtet, at udenlandske faste driftssteder og udenlandske datterselskaber skal ligestilles i relation til udnyttelse af underskud. I begge tilfælde er det alene kun muligt at fradrage underskud, såfremt international sambeskatning i SEL § 31 A er tilvalgt. Ud fra denne betragtning kan de samme grunde som i Bevola-sagen fremføres i relation til udenlandske

¹¹⁴ Jensen, L. H. (2019). Bevola-sagen – en "revitalisering" af Marks & Spencer-doktrinen. *SU 2019*, 2.

¹¹⁵ Tell, M. (2019). EU-domstolen underkender danske regler, der begrænser anvendelsen af underskud opstået i udlandet (Bevola-sagen). *SU 2019*, 3.

¹¹⁶ Vinther, N., & Hansen, J. G. (2018). A/S Bevola – sambeskatningsreglerne udfordres atter. *SR.2018.325*.

datterselskaber. I den forbindelse kom Skatteministeriet i lovforarbejderne til lovforslag L 121, vedtaget i 2005 med et hyppigt anvendt modargument, at de danske regler ikke var EU-stridige, da moderselskabet havde mulighed for at vælge international sambeskatning. Med Bevola-sagen slog EU-Domstolen fast, at i den særlige situation med endelige underskud kunne fradrag i Danmark ikke nægtes med henvisning til, at skatteyder "blot" kunne have tilvalgt international sambeskatning. Argumentet må derfor med Bevola-sagen have mistet sin relevans.¹¹⁷ Ligeledes vurderes det, at spørgsmålet må besvares bekræftende med hensyn til, at EU-Domstolen i sine præmisser opbyggede argumentationen ud fra Marks & Spencer-doktrinen, samt også henviste direkte til at den foreliggende retspraksis vedrørende moder-/selskabsforhold finder analog anvendelse på situationen i Bevola-sagen.

I lyset af ovenstående opstår mindst to yderligere spørgsmål for et dansk selskab, som ønsker at anvende Marks & Spencer-doktrinen med henblik på at opnå fradrag i Danmark for underskud opstået i en anden medlemsstat, nemlig:

- I. Hvad der nærmere udgør endelige underskud samt
- II. om Marks & Spencer-doktrinen kun omfatter underskud i direkte ejede datterselskaber og faste driftssteder, dvs. moderselskabets direkte etableringer, eller om også underskud i datterdatterselskaber og underliggende faste driftssteder omfattes.

Disse 2 spørgsmål behandles i de præjudicielle svenske forelæggelser i henholdsvis C-607/17 Memira Holding AB og C-608/17 Holmen AB.

¹¹⁷ Vinther, N., & Hansen, J. G. (2018). A/S Bevola – sambeskatningsreglerne udfordres atter. SR.2018.325.

5.3 Memira Holding AB

Sagen omhandlede et svensk selskab, Memira Holding AB, der bl.a. ejede et tysk underskudsgivende datterselskab. Det tyske datterselskab havde et akkumuleret underskud på 7,6 mio. EUR, som efter tyske regler kunne fremføres til modregning i fremtidigt overskud uden tidsmæssig begrænsning.

Memira overvejede at overtage sit tyske datterselskab ved en grænseoverskridende fusion, hvorved alle direkte og indirekte aktiviteter i Tyskland ville ophøre og ifølge de tyske regler ville dette udgøre en opløsning uden likvidation. Efter tysk ret var det ikke muligt at overføre sådanne underskud til et andet selskab og dermed ville underskuddet på 7,6 mio. EUR ikke længere kunne udnyttes i Tyskland.¹¹⁸

I denne forbindelse ansøgte Memira bekræftelse hos det svenske skatteretsnævn på, om Memira kunne foretage fradrag for sit tyske datterselskabs akkumulerede underskud i sin svenske selskabsskat, såfremt fusionsplanen blev gennemført. Med henvisning til svensk lovgivning kunne underskuddet i det tyske datterselskab ifølge Skatteretsnævnet ikke overtages af moderselskabet, idet datterselskabet i så fald skulle være skattepligtigt i Sverige, ligesom der efter reglerne om koncernlempelse ikke var muligt med fradrag af tabet. Med henvisning til EU-retten anførte Skatteretsnævnet dernæst, at der efter tysk ret ikke var nogen mulighed for at udnytte underskuddene i forbindelse med en fusion med et andet selskab, som var skattepligtigt i Tyskland. Her kunne underskuddene ikke anses for endelige efter Marks & Spencer-doktrinen.¹¹⁹

Memira påklagede det bindende svar fra Skatteretsnævnet til Högsta förvaltningsdomstolen, hvor der blev forelagt 2 præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen:¹²⁰

1) Skal det ved bedømmelsen af, om et underskud i et datterselskab i en anden medlemsstat er endeligt som bl.a. omhandlet i [dom af 21. februar 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84)] – og moderselskabet dermed kan opnå fradrag for underskuddet i henhold til artikel 49 TEUF – tages i betragtning, at der i henhold til reglerne i datterselskabsstaten gælder begrænsninger for muligheden for andre subjekter end underskudssubjektet selv for at opnå adgang til fradrag af underskuddet?

¹¹⁸ C-607/17 – Præmis 8-11.

¹¹⁹ C-607/17 – Præmis 12-15.

¹²⁰ C-607/17 – Præmis 19-20.

2) Hvis en sådan begrænsning som omhandlet i spørgsmål 1 skal tages i betragtning, skal der da tages hensyn til, om der i den pågældende sag rent faktisk er et andet subjekt i datterselskabsstaten, som havde kunnet opnå fradrag for underskuddene, hvis dette havde været tilladt der?

5.3.1 EU-Domstolens svar

Det første spørgsmål

I forhold til det første spørgsmål omkring vurderingen af endeligt underskud skulle der tages stilling til, hvilken betydning det havde i tilfælde af en fusion, at den medlemsstat, hvor datterselskabet var hjemmehørende, ikke gav mulighed for overførsel af et selskabs underskud til en anden skattepligtig enhed, når en sådan overførsel var mulig i tilfælde af fusioner mellem hjemmehørende selskaber i moderselskabets hjemstat.

EU-Domstolen indledte sin besvarelse af det første spørgsmål med, at præcisere hvordan Marks & Spencer-dommens præmis 55, andet led skulle forstås. Hertil pointerede EU-Domstolen, at betingelsen for at underskuddene kunne anses for endelige var, at udnyttelsen af underskuddene var umulige med hensyn til senere skatteår af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne. Med dette fastslog EU-Domstolen herefter, at underskud således ikke kunne anses for endelige, hvis det fortsat var muligt at anvende disse underskud økonomisk ved at overføre dem til tredjepart.

Derudover henviste EU-Domstolen til generaladvokatens forslag til afgørelsen pkt. 65-70 for at fremføre, at det kunne ikke uden videre udelukkes, at en tredjepart skattemæssigt kunne tage hensyn til datterselskabets underskud i sidstnævntes hjemstat, f.eks. som følge af en overdragelse af datterselskabet til en pris, som indbefatter værdien af den skattemæssige fordel, som retten til for fremtiden at fradrage underskud repræsenterer.

Med besvarelsen af det første spørgsmål blev det statueret af EU-Domstolen, at Sveriges regler, der tillod overførsel af underskud ved fusion, ikke var afgørende med hensyn til vurderingen af det endelige underskud i Tyskland. Det var dermed kildelandets regler, der var afgørende i vurderingen og der skulle først tages hensyn til domicillandets regler omkring behandling af underskuddet, når moderselskabet havde godtgjort, at det var umuligt at udnytte disse underskud i kildelandet.¹²¹

¹²¹ C-607/17 Præmis 28.

Det andet spørgsmål

Med det andet spørgsmål skulle det afklares om, såfremt forholdet i spørgsmål 1 blev bekræftet, om der skulle tages hensyn til, om der således ikke i datterselskabets hjemstat var nogen anden enhed, som havde kunnet opnå fradrag for underskuddene, hvis et sådant fradrag havde været tilladt der. Hertil statuerede EU-Domstolen med henvisning til spørgsmål 1, at begrænsninger i kildelandets lovgivning for overførsel af underskud gennem en fusion ikke var afgørende, så længe moderselskabet ikke havde godtgjort, at det var umuligt for en tredjepart at tage hensyn til underskuddene, bl.a. efter en overdragelse, hvor prisen indbefattede underskuddenes skattemæssige værdi. Havde moderselskab dog med opfyldelse af de anførte betingelser i Marks & Spencer-dommens præmis 55 godtgjort, at underskuddet umuligt kunne udnyttes i kildelandet, enten af selskabet selv eller af en tredjepart, ville det være uforholdsmæssigt at udelukke en sådan mulighed for fradrag af disse underskud i moderselskabet. På baggrund af dette var det uden betydning for bedømmelsen af, om underskud var endelige og om der i kildelandet fandtes andre enheder, hvortil underskuddet i datterselskabet kunne have været overført inden for rammerne af en fusion, hvis det havde været muligt.¹²²

EU-Domstolen besvarede derfor det andet spørgsmål med, at det betød, at skattemyndighederne ikke måtte lægge vægt på, om et underskud opstået i et tidligere indkomstår kunne have været fradraget i dette tidligere eller andre indkomstår, hvis der faktisk eksisterede et andet selskab som kunne have udnyttet underskuddet ved en fusion.¹²³ Med de 2 spørgsmål svarede EU-Domstolen tilsvarende i C-608/17 Holmen AB spørgsmål 2, 3 og 4, hvorfor der nedenunder kun behandles det første spørgsmål af C-608/17 Holmen AB.

¹²² C-607/17 – Præmis 30-32.

¹²³ C-607/17 – Præmis 33.

5.4 Holmen AB

Holmen AB var moderselskab i en svensk koncern, som gennem et datterselskab i Spanien ejede flere spanske datterdatterselskaber. Sammen indgik disse i en spansk sambeskatning. Et af disse spanske datterdatterselskaber havde et akkumuleret et underskud på 140 mio. EUR.¹²⁴ Derfor ønskede Holmen AB at likvidere den spanske virksomhed og udnytte underskuddet i Sverige. Ifølge de svenske regler kunne et svensk datterselskab, som havde lidt underskud, skattemæssigt direkte eller indirekte overføre disse underskud til et svensk moderselskab. Dette betød at det i en ren national situation var muligt at overføre underskud fra et svensk datterselskab eller datterdatterselskab mv. Grænseoverskridende underskudsudnyttelse var også muligt, såfremt der bestod et endeligt underskud efter Marks & Spencer-doktrin, dog kun med hensyn til et 100%-ejt datterselskab, hjemmehørende i en EØS-stat.¹²⁵

Holmen AB opfyldte ikke umiddelbart betingelsen om 100%-ejerskab, hvorfor Holmen AB havde overvejet to alternative måder til at opnå fradrag i Sverige efter Marks & Spencer-doktrin: I. Likvidation af datterselskabet og de 2 spanske datterdatterselskaber, eller II. En omvendt fusion mellem det spanske underskudsgivende datterdatterselskab og datterselskabet med en efterfølgende likvidation af den nye konstruktion. Efter begge alternativer ville Holmen ikke længere udøve virksomhed i Spanien.¹²⁶

Holmen ansøgte om bindende svar fra det svenske skatteretsnævn. Skatteretsnævnet kunne ikke imødekomme fradrag efter Marks & Spencer-doktrinen ved anvendelse af den dobbelte likvidation. Derimod kunne Skatteretsnævnet bekræfte fradrag efter Marks & Spencer-doktrinen ved anvendelse af den omvendte fusion efterfulgt af likvidation. Det bindende svar blev påklaget til forvaltningsdomstolen. Herfra fandtes det nødvendigt at bl.a. at indbringe følgende spørgsmål (nr. 1) for EU-Domstolen:¹²⁷

1) Forudsætter den ret – som følger af [bl.a. Marks & Spencer-dommen] – for et moderselskab i en medlemsstat til i henhold til artikel 49 TEUF at kunne opnå fradrag af endelige underskud i et datterselskab i en anden medlemsstat, at datterselskabet ejes direkte af moderselskabet?

¹²⁴ C-608/17 – Præmis 10.

¹²⁵ C-608/17 – Præmis 3-5 – EØS = Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

¹²⁶ C-608/17 – Præmis 11-12.

¹²⁷ C-608/17 – Præmis 14-17.

5.4.1 EU-Domstolens svar

Problemstillingen tilhørende spørgsmålet opstod på grund af den svenske lovgivning. Lovgivningen gjorde, at den grænseoverskridende udnyttelse af et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud var betinget af, at der var en direkte forbindelse mellem moderselskabet og det ikke-hjemmehørende datterselskab, som havde pådraget sig underskuddene, mens et sådan krav ikke eksisterede i en ren svensk situation.¹²⁸

Med henvisning til Marks & Spencer-dommens præmis 45-52, anførte EU-Domstolen, at en sådan forskelsbehandling kunne retfærdiggøres, da opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kunne gøre det nødvendigt, at man kun anvendte skattereglerne i datterdatterselskabs hjemstat (Spanien) med hensyn til såvel overskud og underskud. Den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kunne bringes i alvorlig fare, hvis selskaberne gives mulighed for at vælge, om der skulle tages hensyn til deres underskud i deres etableringsmedlemsstat eller i en anden medlemsstat, i det beskatningsgrundlaget ville blive forhøjet i den første stat og nedsat i den anden med de overførte overskud. Med afvisning af grænseoverskridende underskudsudnyttelse skulle medlemsstaterne kunne forhindre både risikoen for dobbeltfradrag af underskud og risikoen for, at koncerner organiserede overførsler af underskud til selskaber hjemmehørende i medlemsstater, der anvender højere skattesatser, og hvor den skattemæssige værdi af underskuddene følgelig er større.¹²⁹

I forhold til egnethed og proportionalitet skulle der ifølge EU-Domstolen sondres mellem 2 situationer, henholdsvis en situation hvor: I. Datterselskabet og datterdatterselskab ikke var hjemmehørende i samme medlemsstat, og hvor II. Datterselskabet og datterdatterselskab var hjemmehørende i samme medlemsstat.

I den første situation, hvor datterselskabet og det underskudsgivende datterdatterselskab, ikke var hjemmehørende i samme medlemsstat kunne det ikke udelukkes, at en koncern selv kunne vælge anvendelsesmedlemsstaten for de endelige underskud, idet koncernen enten kunne vælge moderselskabets medlemsstat eller medlemsstaten for ethvert eventuelt mellemliggende datterselskab. Den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen kunne bringes i fare af en sådan valgmulighed og medføre en risiko for flerdobbelt fradrag for underskud. I en sådan situation var det proportional, at en

¹²⁸ C-608/17 – Præmis 21.

¹²⁹ C-608/17 – Præmis 23.

medlemsstat stillede krav om en direkte forbindelse mellem moderselskabet og det underskudsgivende selskab.¹³⁰

I den anden situation, hvor datterselskabet og det underskudsgivende datterdatterselskab var hjemmehørende i samme medlemsstat var risikoen for at koncernen optimerede sin skattebelastning ved at vælge, i hvilken medlemsstat den modregnede underskuddene og risikoen for, at underskuddene fradrog flere gange af flere medlemsstater, af samme art som den risiko, EU-Domstolen konstaterede i Marks & Spencer-dommens præmisser 45-52. I en sådan situation var det ikke proportionalt, at en medlemsstat stillede krav om en direkte forbindelse mellem moderselskabet og det underskudsgivende datterdatterselskab.¹³¹

Derfor besvaredes spørgsmålet af EU-Domstolen således, at begrebet om det "endelige underskud" lidt af et ikke-hjemmehørende datterselskab, ligesom i Marks & Spencer-dommens præmis 55, ikke fandt anvendelse på et datterdatterselskab, medmindre samtlige mellemliggende selskaber mellem moderselskabet, der ansøgte om koncernlempelse og det datterselskab, der har lidt de underskud, som kan anses for at være endelige, var hjemmehørende i samme medlemsstat.¹³²

Og i den forbindelse var Holmen AB's indskudte datterselskab og datterdatterselskabet, som havde pådraget sig underskuddet, alle hjemmehørende i Spanien.

¹³⁰ C-608/17 – Præmis 26-29.

¹³¹ C-608/17 – Præmis 30-32.

¹³² C-608/17 – Præmis 33.

5.5 Sammenfatning af domsanalyserne

I Marks & Spencer-dommen fastslog EU-Domstolen, at det var i strid med fællesskabsretten at nægte underskudsoverførelse fra ikke-hjemmehørende datterselskaber, når selskabet kunne påvise, at hverken datterselskabet selv eller en tredjepart kunne anvende underskuddet i det pågældende år eller senere år. EU-Domstolen anerkendte i Marks & Spencer-dommen de tre almene tvingende hensyn og fastslog bl.a., at moderselskabet skulle godtgøre, at der ikke bestod nogen som helst risiko for dobbelt fradrag. Marks & Spencer-dommen førte til en stor debat om de danske sambeskatningsregler, hvoraf flere eksperter konkluderede, at de danske regler var i strid med EU-retten. Men Skatteministeren udtalte allerede samme dag, dommen blev afsagt, at de danske regler var forenelige med EU-retten og at der ikke var behov for en lovændring. Derfor måtte man vente på at de danske regler blev sat på prøve i en konkret sag.

De danske regler blev sat på prøve i Bevola-sagen. EU-Domstolen fastslog med Bevola-dommen, at Danmark ikke måtte lave en generel udelukkelse af grænseoverskridende fradrag for underskud i faste driftssteder og fast ejendom jf. SEL § 8, stk. 2. EU-Domstolen anerkendte de almene tvingende hensyn, der blev anvendt i sagen, sammenhængen i beskatningsordningen og hensynet til risikoen for dobbeltfradrag. Men på trods af anerkendelsen fandt man, at de danske regler ikke var proportionale, idet SEL § 8, stk. 2 gik ud over hvad der var nødvendigt i en situation, hvor det ikke længere var muligt for den finske filial at udnytte underskuddet i Finland og at der dermed ikke var risiko for dobbelt fradrag i situationen. Herudover fastslog EU-Domstolen også, at SEL § 31 A indførte en forskelsbehandling. Dermed blev det fastslået, at den danske lovgivning ikke måtte forhindre et endeligt underskud fra et udenlandsk fast driftssted i at blive fradraget, selvom der ikke var tilvalgt international sambeskatning. Doktrinen blev hermed udvidet til også at omfatte faste driftssteder.

EU-Domstolen præciserede doktrinen i Memira-dommen (tilsvarende som Holmen-dommen) med, at man ikke kunne anse et underskud for endeligt i tilfælde, hvor der bestod en mulighed for, at selskabet fremtidigt kunne udnytte underskuddet selv eller ved overdragelse til tredjepart. Kildelandets lovgivnings begrænsninger for overførsel af underskud gennem f.eks. en fusion var ikke afgørende, så længe moderselskabet ikke havde godtgjort, at det er umuligt for en tredjepart at tage hensyn til underskuddene. I Holmen-dommen blev det statueret, at danske selskaber også kunne anvende Marks & Spencer-doktrinen på et indirekte ejet datterselskab i en anden medlemsstat, såfremt samtlige mellemliggende selskaber var hjemmehørende i samme medlemsstat som det indirekte ejede datterselskab (datterdatterselskab).

På baggrund af ovenstående EU-retspraksis kan det udledes, at:

- Bevisbyrden for, at et tab er endeligt, er hos moderselskabet i Danmark (skatteyder)
- Et underskud anses for endeligt tabt, når alle muligheder for at udnytte underskuddet i kildelandet er udtømt og at underskuddet umuligt kan udnyttes i fremtiden samt at en tredjepart ikke har eller kan tage hensyn til underskuddet. F.eks. som følge af en overdragelse af datterselskabet til en pris, som indbefatter underskuddenes skattemæssige værdi.
- At Marks & Spencer-doktrinen udover datterselskaber også omfatter faste driftssteder og datterdatterselskaber. Det vil sige, at et dansk moderselskab skal kunne fradrage endelige underskud i datterselskaber, faste driftssteder og datterdatterselskaber såfremt betingelserne i Marks & Spencer-doktrinen er opfyldt. Dog er det en yderligere forudsætning for fradrag for endelige underskud pådraget i datterdatterselskaber, at samtlige mellemliggende selskaber er hjemmehørende i samme medlemsstat som datterdatterselskabet.

6. Selskabsskatteloven §31 E

SEL § 31 E blev indført d. 3. december 2020. Dette skete på baggrund af Bevola-dommen, hvor de danske sambeskatningsregler blev konstateret som uforeneligt med EU-retten. I dette kapitel gennemgås først en analyse af SEL § 31 E, hvoraf ordlyden i lovforslagene i L 48 og L28 (en delvis genfremsettelse af L 48 pga. Covid-19) til SEL § 31 E vil blive gennemgået, særligt med fokus på stk. 1 og 3.

Efterfølgende vil der med baggrund af domsanalyser og analysen blive diskuteret og vurderet om retsvirkningen af SEL § 31 E er i overensstemmelse med EU-retten.

6.1 Anvendelsesområde

I Bevola-sagen blev det fastslået, at muligheden for at tilvælge international sambeskatning i SEL § 31 A ikke i tilstrækkelig grad sikrer EU-konformitet af de danske skatteregler. På baggrund af dette blev en ny regel (SEL § 31 E) indført, som giver mulighed for at medregne endelige underskud fra udenlandske direkte ejede datterselskaber, indirekte ejede datterselskaber, faste driftssteder og fast ejendom i det danske moderselskabets skattepligtige indkomst, på trods af, at koncernen ikke har tilvalgt den internationale sambeskatningsordning i SEL § 31 A, som hidtil har været et krav. Med indførslen af SEL § 31 E at den eksisterende henvisning til SEL § 31 A i SEL § 8, stk. 2 udvides med en henvisning til den nye SEL § 31 E. Med udvidelsen vil danske selskaber mv. få mulighed for at fradrage udenlandske endelige underskud. Dermed gælder territorialprincippet ikke i de tilfælde, hvor reglerne vil skulle tage hensyn til udenlandske endelige underskud.¹³³

Som det fremgår af SEL § 31 E, stk. 1, 1. pkt., finder reglen anvendelse for danske selskaber og foreninger m.v. omfattet af SEL § 1, stk.1, nr. 1-2 b, 2d-2j, 3a-5 og 5b, der ikke er omfattet af international sambeskatning efter SEL § 31 A. Yderligere anvendes reglerne tilsvarende for foreninger og fonde mv. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 5a og 6 og fondsbeskatningsloven jf. SEL § 31 E, stk. 2.

Det er efter SEL § 31 E, stk. 1, muligt at fradrage underskud opstået hos datterselskaber, faste driftssteder og fast ejendom i udlandet. For det første kan der fradrages underskud i direkte ejede datterselskaber, skattemæssigt hjemmehørende i EU/EØS-lande, på Færøerne eller i Grønland. Dette følger af Marks & Spencer-dommen. For det andet kan der fradrages underskud i indirekte ejede datterselskaber

¹³³ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 7 og nr. 8 i L 28 2020-21

skattemæssigt hjemmehørende i EU/EØS-lande, på Færøerne eller i Grønland, når alle de mellemliggende selskaber er hjemmehørende i det samme land som det indirekte ejede datterselskab. Underskud i indirekte datterselskaber omfattes som følge af EU-Domstolens afgørelserne i C-607/17 Memira Holding AB og C-608/17 Holmen AB.¹³⁴ Ydermere er der også mulighed for at fradrage underskud i et fast driftssted. Det faste driftssted skal forstås efter praksis i overensstemmelse med artikel 5 i OECD's modeloverenskomst.¹³⁵ Sidst er det også muligt at fradrage underskud vedrørende fast ejendom i udlandet. Som tidligere nævnt kræver etableringsfriheden, at disse skatteenheder er ligeværdige, når de er i objektivt sammenlignelige situationer, jf. art. 49 og 54 i EUF-traktaten. Gennem tidligere praksis er det fastslået, at netop faste driftssteder i kildelandet og faste driftssteder i domicillandet er i sammenlignelige situationer, hvorfor de skal have adgang til samme fordele, jf. C-650/16 – Bevola.¹³⁶

I forarbejderne fremhæves der, at for så vidt angår datterselskaber og faste driftssteder omfattes alle datterselskaber og faste driftssteder hjemmehørende EU/EØS-lande, på Færøerne og i Grønland, mens for så vidt angår fast ejendom, omfattes alle udenlandsk beliggende faste ejendomme. Dette begrundes med, at for så vidt angår datterselskaber og faste driftssteder, vedrører dette etableringsrettens frie bevægelighed i art. 49 TEUF, som kun gælder inden for EU/EØS, mens fast ejendom vedrører kapitalens fri bevægelighed i art. 63 TEUF, som også gælder i forhold til tredjelande. Afgrænsningen mellem fradrag for underskud i et fast driftssted eller fast ejendom følger den tilsvarende afgrænsning i SEL § 2, stk. 1, litra a og b, således at hvor en fast ejendom er en del af et fast driftssted, vil adgangen til fradrag for underskud skulle behandles efter reglerne for udenlandske faste driftssteder og ikke efter den i geografisk henseende bredere regel om faste ejendomme.¹³⁷

¹³⁴ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21. (d.s.s. § 1, nr. 9 i L 48 2019-20)

¹³⁵ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

¹³⁶ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

¹³⁷ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

6.2 Betingelserne

I SEL § 31 E, stk. 1, 3.-6. pkt. samt stk. 4 og 5 opstilles følgende betingelser, for at de udenlandske underskud kan medregnes i det danske moderselskabs skattepligtige indkomst;

- I. Underskuddet skal være endeligt jf. stk. 3 jf. stk. 1, 3. pkt.
- II. For underskud i datterselskaber betinges det, at underskuddet kunne have været anvendt efter reglerne i SEL § 31 A, hvis der havde været valgt international sambeskatning, jf. stk. 1, 4. pkt.
- III. For underskud i faste driftssteder og underskud vedr. fast ejendom finder skattelovgivningens almindelige regler tilsvarende anvendelse med hensyn til begrænsninger i fradragsretten for tab og anvendelsen af disse tab inden for en eventuel sambeskatning, jf. stk. 1, 5. pkt.
- IV. Opgørelsen af det fradragsberettigede beløb skal ske efter danske regler, jf. stk. 1, 6. pkt. og de selskaber mv., der medregner endelige underskud i indkomstopgørelsen, skal indsende oplysninger til skatteforvaltningen, der godtgør, at betingelserne er opfyldt, jf. stk. 4. Told- og skatteforvaltningen har beføjelse til at fastsætte hvilke oplysninger, der skal indsendes, jf. stk. 5.

Med hensyn til at opgørelsen af underskud skal ske efter danske regler, præciseres det i lovbemærkningerne, at der ved underskud forstås det akkumulerede underskud på det tidspunkt, hvor kravet om, at underskuddet skal være endeligt, er opfyldt. Heri skal det forstås, at der ved opgørelsen af underskuddet alene vil indgå beløb, der har en sådan karakter, at der efter danske skatteregler er fradrag herfor. Skatteministeriet har i høringssvarene bekræftet, at det er uden betydning, hvad opgørelsen af underskuddet viser efter udenlandske regler.¹³⁸

Som nævnt er det kun muligt at anvende endelige underskud, hvis det havde kunnet været anvendt ved international sambeskatning. Det betyder at underskuddet fra det udenlandske datterselskab skal være opstået i en periode, hvor selskaberne er koncernforbundne jf. SEL § 31 A, stk. 2 og § 31 C. Dette medfører, at uudnyttede underskud i et likvideret datterselskab vil bortfalde efter likvidationsåret.¹³⁹

¹³⁸ Skatteministeriet. (2020). Svar til FSR, L 28 2020-21 Bilag 2., side 25.

¹³⁹ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21 og Svar til FSR, L 28 2020-21 Bilag 2., side 18.

6.2.1 Hvornår anses et underskud for at være endeligt

Stk. 3 indeholder en nærmere afgrænsning af hvornår underskuddet kan kvalificeres som endeligt. Jf. stk. 3, 1. pkt. skal fastlæggelsen ske på grundlag af reglerne i kildelandet, hvor den sekundære etablering er beliggende. Et endeligt underskud foreligger ifølge stk. 3, 2. pkt. i det omfang selskabet godtgør, at det hverken i tidligere indkomstår, det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår har været, eller vil være muligt at anvende underskuddene i den medlemsstat, hvor den sekundære etablering er beliggende. I forarbejderne nævnes likvidation af et udenlandsk datterselskab og nedlukning af fast driftssted specifikt som begivenheder, der kan udløse et endeligt underskud.¹⁴⁰

Hovedreglen i stk. 3 skal forstås sådan, at så længe et datterselskab eller et fast driftssted fortsat oppebærer eller har udsigt til at oppebære indtægter, vil et underskud ikke kunne anses for endeligt. Det forhold, at der ikke længere oppebæres indtægter, vil ikke i sig selv betyde at underskuddet er endeligt, hvis eksempelvis en tredjepart kan udnytte eller ville have udnyttet underskuddet i et datterselskab, bl.a. ved salg af aktierne i datterselskabet til tredjeparten. Dette følger af Marks & Spencer-dommens præmis 55, og er siden bekræftet i Memira-dommen og Holmen-dommen.¹⁴¹ Det fremgår af forarbejderne at det ikke er afgørende om muligheden for overdragelse faktisk er blevet udnyttet, og at så længe den eksisterer, kan underskuddet ikke godtgøres som endeligt.¹⁴²

SEL § 31 E, stk. 3, sidste pkt. fremhæver at et underskud er ikke endeligt i den situation, hvor det var muligt at anvende underskuddet, hvis reglerne i kildelandet havde været identiske med de danske regler. Begrundelsen er at en medlemsstat efter EU-Domstolens praksis ikke er forpligtet til at tage hensyn til negative virkninger af andre medlemsstaters lovgivning. Dette betyder, at Danmark ikke skal tage hensyn til underskud fra datterselskabet beliggende i andre lande, hvor reglerne for fradrag er mindre gunstige end de danske regler.¹⁴³

Slutteligt er et underskud heller ikke endeligt, hvis det er anvendt eller vil kunne anvendes i et andet land end kildelandet jf. SEL § 31 E, stk. 3, 3. pkt., dvs. at der foreligger en risiko for dobbeltfradrag. Reglen spiller sammen med hybrid mismatch reglerne i SEL § 8 C-D, dvs. situationer, hvor det danske selskab m.v. ikke har fradrag, fordi det vil føre til dobbelt fradrag pga. landenes forskellige kvalificering af selskaber.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Jf. bemærkninger til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

¹⁴¹ C-607/17 Præmis 24-27 og C-608/17 Præmis 36-39.

¹⁴² Skatteministeriet. (2020). Svar til FSR, L 28 2020-21 Bilag 2., side 30.

¹⁴³ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

¹⁴⁴ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

6.3 Diskussion om bestemmelsens forenelighed med EU-retten

I dette afsnit vil der blive diskuteret bestemmelsens forenelighed med EU-retten, hvoraf det forsøges at fastlægge, om retsvirkningen af SEL § 31 E er i overensstemmelse med den EU-praksis, som foreligger på området. Her tages der udgangspunkt i en række problemstillinger, der stammer fra den kritik lovforslaget har mødt på sin vej gennem forarbejderne. Her bliver det vurderet om disse kan skabe udfordringer i forhold til EU-konformiteten.

6.3.1 Endeligt underskud

Som nævnt betinges fradrag efter SEL § 31 E, at underskuddet er endeligt efter reglerne i kildelandet, jf. SEL § 31 E, stk. 3. Heraf fremgår det også, at underskuddet ikke kan være endeligt og dermed fradragsberettiget, medmindre selskabet kan godtgøre, at underskuddet hverken kan anvendes i tidligere, pågældende eller senere indkomstår eller i en anden medlemsstat jf. SEL § E, stk. 3, 2. pkt.

I lovbemærkningerne fremgår det, at et underskud ikke vil kunne anses for endeligt, såfremt den sekundære etablering fortsat oppebærer eller har udsigt til at oppebære selv minimale indtægter. Hertil tilføjes at det forhold, at der ikke længere oppebæres indtægter, er i sig selv ikke nok til at underskuddet kan anses for endeligt, hvis eksempelvis en tredjepart kan udnytte eller ville have kunnet udnytte underskuddet i et datterselskab. Dette indebærer som følge af bemærkningerne, at der ikke vil foreligge et endeligt underskud, hvis underskuddet kan overføres til en tredjepart inden en likvidation, f.eks. via et salg af aktier, således at underskuddet potentielt kan udnyttes efter ejerskiftet.¹⁴⁵

I den forbindelse har Skatteministeriet med behandlingen af SEL § 31 E anført, at underskuddene ikke vil kunne anses for endelige, såfremt der er blot en teoretisk mulighed for, at underskuddene i datterselskabet vil kunne anvendes økonomisk ved at overføre dem til en tredjepart ved at sælge aktierne i stedet for en likvidation og at det ikke er afgørende, om underskuddet faktisk kunne været udnyttet eller forventes udnyttet ved et salg.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

¹⁴⁶ Skatteministeriet. (2020). Svar til FSR, L 28 2020-21 Bilag 2., og L 28 2020-21 endeligt svar på spørgsmål 7.

Desuden har Skatteministeriet bekræftet, at i en situation, hvor det som følge af lokale regler alene er muligt at overføre en del af de fremførte underskud til tredjemand, så vil den del, som ikke kan overføres, kunne anses for endelige underskud (forudsat at de øvrige betingelser herfor anses for opfyldt).¹⁴⁷

Dermed kan et underskud ikke anses for endeligt, hvis datterselskabet selv kan anvende underskuddet, eller hvis det er muligt for en tredjepart at anvende underskuddet ved overdragelsen. Dette blev fastslået i Marks & Spencer-dommen, præmis 55, andet led og senere også bekræftet i Memira-dommen præmis 24-27 og i Holmen-dommen præmis 36-38.

At der ikke foreligger et endeligt underskud, hvis det er muligt at sælge aktierne i datterselskabet inklusiv underskuddet, således underskuddet potentielt kan anvendes efter ejerskiftet, vurderes til at være rigtigt, i det der skal sikres at underskuddet ikke fradrages flere gange. Derudover nævnes det, at det ikke er afgørende, om muligheden for overdragelse til tredjepart faktisk er blevet udnyttet. At et tab, knyttet til et likvideret datterselskab, ikke kan anses for endeligt, hvis moderselskabet kunne have udnyttet tabet ved at sælge aktierne i underskudsselskabet. Med dette in mente vurderes det til, at blive lagt op til en hypotetisk endelighedsvurdering af, om der kunne være sket et salg af aktierne inklusiv underskuddet. Baseret på Skatteministerens fortolkning af C-607/17 Memira Holding AB og C-608/17 Holmen AB må der ligge et synspunkt om, at der ikke opnås fradrag for underskud ved en likvidation, fordi det forud for likvidationen var muligt at sælge selskabet uden fortabelse af underskud.

I forbindelse med overdragelse til tredjepart fremstår CORIT P/S, anført af Michael Tell, kritisk i udvalgsbehandlingen til lovforslaget til SEL § 31 E. Kritikken består i at CORIT ikke vurderer, at det er i overensstemmelse med EU-retten, at det i bemærkningerne i lovforslaget til SEL § 31 E, stk. 3 er anført, at underskuddet ikke kan anses for endeligt når der er mulighed for at sælge aktierne inklusiv underskuddet, og at det ifølge EU-Domstolens praksis ikke er afgørende om denne mulighed er blevet udnyttet.

På grundlag af dette vurderer CORIT i deres udvalgsspørgsmål, at dette indikerer at et underskud aldrig kan blive endeligt, hvis det kunne være overdraget, men faktisk ikke blev overdraget, og hertil vurderer CORIT, at endelighedsvurderingen derved kommer til at indeholde en bagudrettet teoretisk vurdering, der er fuldstændig løsrevet fra, om der faktisk består en risiko for, at underskuddet udnyttes flere gange.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Skatteministeriet (2020). L 48 2019-20 endeligt svar til spørgsmål 57.

¹⁴⁸ Skatteministeriet (2020). Svar til FSR, L 48 2020-21 Bilag 10 d.s.s. endeligt svar på spg. 33 til L 48 2019-20.

Ud fra ovenstående vurderes det, at CORIT derfor antager at muligheden for at overdrage ikke kun skal vurderes ud fra et nutidigt perspektiv, men i al datid med begrundelse i at det ifølge EU-Domstolens praksis ikke er afgørende, om denne mulighed faktisk er blevet udnyttet som det står i bemærkningerne til lovforslaget.¹⁴⁹ Antagelsen understøttes af Jan Guldmand Hansen og Marie Pugholm Pedersen, der også mener at på baggrund af Skatteministeriets svar til spørgsmål 33 kan man få det indtryk, at skatteministeren også mener at kunne påberåbe sig en adgang til at vurdere endeligheden på baggrund af det forudgående forløb.¹⁵⁰

I besvarelsen til spørgsmålet fra CORIT kommer Skatteministeriet ind på at formålet med SEL § 31 E, er alene at justere de danske regler, således reglerne er i overensstemmelse med EU-retten. Hertil fremhæver de, at på baggrund af EU-domstolens praksis kan underskuddet ikke anses for endeligt, hvis der blot eksisterer en mulighed for at sælge aktierne i datterselskabet inklusiv underskuddet. Hertil tilføjer de, at det kan ikke fortolkes således, at et underskud altid skal anses for endeligt, hvis der ikke er en konkret risiko for dobbelt fradrag.¹⁵¹ Derudover forholder Skatteministeriet sig ikke yderligere til CORITs fortolkning af bemærkningerne, men henviser blot til Memira-dommens pr. 24-27 og Holmen-dommen pr. 36-39.

I Holmen-dommen og Memira-dommen bliver der henvist til Marks & Spencer-dommens pr. 55, andet led, hvoraf der anføres at umulighed for at udnytte underskud er en betingelse for endelighed og dette omfatter overdragelse til en tredjepart samt dens udnyttelse af underskuddet i *senere* indkomstår. Derudover begrundes overdragelsen til tredjepart som en undtagelse til endeligheden, da det ikke kan udelukkes, at en tredjepart ved overdragelsen kan udnytte den skattemæssige fordel, hvor underskuddet kan fradrages *i fremtiden*.¹⁵²

Ud fra EU-praksissen kan det antages, at der lægges vægt på fremtidige og senere muligheder for at udnytte underskuddet hos en tredjepart og derfor vurderes det til, at udnyttelse af underskuddet hos en tredjepart og muligheden for at tredjeparten kan udnytte underskuddet i fremtiden leder til at endelighedsvurderingen bygges op på en nutidig vurdering og ikke en bagudrettet teoretisk vurdering.

¹⁴⁹ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

¹⁵⁰ Hansen, J. G., & Pedersen, M. P. (2021). Reglerne om fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber mv. – Hvornår er der fradrag? *RR.10.2021.50*.

¹⁵¹ Skatteministeriet (2020). L 48 2019-20 endeligt svar til spørgsmål 33, side 5.

¹⁵² Jf. C-607/17 – præmis 24-26 samt C-608/17 – præmis 36-38.

Det vides dog ikke, om de forhold, der er omfattet af de danske regler, vil føre til en anden vurdering. Som tidligere anført, er det uden betydning for vurderingen, hvilke muligheder der eksisterede i datiden for overdragelse af selskabet.¹⁵³

Ud fra forholdene i EU-retspraksis kan det muligvis forstås, at det endelige underskud kun udgør det underskud fra likvidationsåret. Det betyder, at der ikke tages hensyn til det akkumulerede underskud, som det er muligt med de danske regler. Det kan således tænkes, at vurderingen af muligheden for udnyttelse af underskuddet ville fremstå mere hensigtsmæssigt, hvis forholdene i de danske regler også tillader udnyttelse af underskuddet i den forudgående periode for likvidationsåret. Dette betyder, at den tidsmæssige vurdering vil følge den underskuddenes tidsmæssige opståen. Dette betyder, at en bagudrettet teoretisk vurdering, hvor der tages højde for flere års akkumulerede underskud, kan være relevante.

6.3.2 Kunne have været anvendt under international sambeskatning i SEL § 31 A

Som tidligere nævnt følger det af SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt., er det en betingelse for fradragsret for underskud i udenlandske direkte og indirekte ejede datterselskaber, at underskuddet kunne have været anvendt, hvis der havde været valgt international sambeskatning. Ifølge lovbemærkningerne er formålet med betingelsen sammenholdt med betingelsen om, at underskuddene skal opgøres efter danske regler at sikre, at underskud i udenlandske datterselskaber m.v. ikke kan fradrages i videre omfang end tilsvarende underskud i Danmark, fordi der kun vil være tale om en restriktion for etableringsfriheden, hvis der i Danmark gælder mindre gunstige vilkår for udenlandske end for danske selskaber.¹⁵⁴

Ifølge bemærkningerne og skatteministerens svar på flere spørgsmål under det lovforberedende arbejde følger det af henvisningen til SEL § 31 A, at underskuddet skal være opstået, mens det udenlandske datterselskab er koncernforbundet med det danske selskab efter SEL § 31 C, mens underskud i udenlandske datterselskaber for indkomstperioder forud herfor således ikke kan fradrages. Hvis koncernforbindelsen afbrydes mellem datterselskabet og det danske selskab, vil underskud i det udenlandske selskab heller ikke kunne fremføres til modregning i det danske selskab i senere indkomstår. Det fremgår samtidig, at et uudnyttet underskud i et likvideret datterselskab alene fradrages ved det danske moderselskabs indkomstopgørelse i det omfang, underskuddet kan anvendes i sambeskatningen for likvidationsåret. Uudnyttede underskud i det likviderede datterselskab vil bortfalde.¹⁵⁵

¹⁵³ Jf. afsnit 5.3 sidst - C-607/17 – præmis 33 og C-608/17 – præmis 37.

¹⁵⁴ Jf. de almindelige bemærkninger til L 28 2020-21, afsnit 2.2.

¹⁵⁵ Jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

Hensigten med bestemmelsen i SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt. er ifølge Skatteministerens svar til spg. 57 – L48 (2019/20) ikke, at der skal udarbejdes fiktive sambeskatningsopgørelser efter SEL § 31 A, med inddragelse af alle udenlandske koncernselskaber, faste driftssteder og faste ejendomme. Dog skal det fiktive sambeskatningsopgørelse bl.a. udarbejdes under hensyntagen til reglen i SEL § 12, stk. 2.¹⁵⁶

Tidspunktet for anvendelse af SEL § 31 E, stk. 1, 4. pkt. er endelighedsåret, hvor underskuddet rent faktisk søges udnyttet. Hvordan denne betingelse skal anvendes, er uklart. I svar til FSR fremkom det, at det ikke er meningen at der kun skal udarbejdes en fiktiv sambeskatningsopgørelse for endelighedsåret, men tilsvarende i alle år op til endelighedsåret, dvs. år til år begyndende med det år, hvor underskuddet er opstået og alle mellemliggende år.¹⁵⁷ I en senere henvendelse fra FSR, blev Skatteministeren bedt om at bekræfte, at der kun skal udarbejdes en fiktiv dansk international sambeskatningsopgørelse i endelighedsåret. Det fremgår i svaret til FSR, at der i bemærkningerne til lovforslaget er opregnet eksempler på oplysninger, som vil kunne være relevante for den påkrævede dokumentation. I denne opregning indgår der ikke fiktive sambeskatningsopgørelser. Herefter angives der ligesom i svar til spg. 57 – L48 at der ikke bør være et egentlig krav om udarbejdelse af en eller flere sambeskatningsopgørelser, for at dokumentationen kan anses for fyldestgørende, så længe størrelsen af det løbende underskud opgjort efter danske regler er tilfredsstillende dokumenteret.¹⁵⁸ Michael Tell er af den opfattelse, at konkrete eksempler i dette svar og bekræftelsen heraf understøtter en anvendelse af en fiktiv sambeskatningsopgørelse udelukkende i endelighedsåret og antager at dette formentlig er retstilstanden.¹⁵⁹

Yderligere fremhæver Michell Tell, at henvisningen til SEL § 31 A synes mærkværdig og problematisk. Tell er af den holdning, at udgangspunktet i SEL § 31 E burde være, at der betinges at underskuddet kunne have været udnyttet efter SEL § 31, typisk i året hvor underskuddet er opstået, da dette udgør den EU-retlige forskelsbehandling. Det er således på dette tidspunkt, at selskabet i Danmark burde have fradrag. Dette fremgår ikke af SEL § 31 E men i stedet fremgår det at det betinges, at underskuddet kunne været udnyttet efter SEL § 31 A.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Skatteministeriet. (2020). Svar til FSR, L 28 2020-21 Bilag 2.

¹⁵⁷ Skatteministeriet. (2020). Svar til FSR, L 28 2020-21 Bilag 2.

¹⁵⁸ Skatteministeriet. (2020). L 28 2020-21 endeligt svar på spørgsmål 7.

¹⁵⁹ Tell, M. (2021). SEL § 31 E: Fradrag i Danmark for underskud i udenlandske ... i udlandet. SR.2021.82., side 6.

¹⁶⁰ Tell, M. (2021). SEL § 31 E: Fradrag i Danmark for underskud i udenlandske ... i udlandet. SR.2021.82., side 6.

Der foreligger ifølge forfatteren uklarhed omkring tidspunktet for anvendelsen af betingelsen, herunder om det er i underskudsåret, endelighedsåret og/eller årene imellem. Dog skal det fremhæves, at det er sammenhængende at udnyttelse af et underskud opstået i et udenlandsk datterselskab skal opfylde de samme betingelser som udnyttelse af et underskud opstået i et hjemmehørende datterselskab. Dog er det mærkværdigt, at Skatteministeren henviser til SEL §31 A om international sambeskatning, når det ikke er denne bestemmelse, som er EU-stridige. Derimod er det SEL § 31 om national sambeskatning. SEL § 31 og § 31 A er nogenlunde det samme, men som nævnt i afsnit 3.3.1 er der dog en række tilføjelser og undtagelser i form af værdiansættelses- og værnsregler i SEL § 31 A, stk. 2-14. Med henvisningen til SEL § 31 A foreligger der en risiko for, at eventuelle byrdefulde tilføjelser efter SEL § 31 E, stk. 2-14 vil betyde, at anvendelsen af SEL § 31 E ville blive mere byrdefuld end nødvendigt, hvilket ikke vil være i overensstemmelse med EU-retten. Det er klart, at forskellige værdiansættelses- og værnsregler er nødvendige i forhold til håndtering af udenlandske underskud, men det er usikkert om samtlige tilføjelser kan begrundes i almene tvingende hensyn.

6.3.3 Anvendelse hvis reglerne er identiske med de danske regler.

Som tidligere nævnt følger det af SEL § 31 E, stk. 3, sidste pkt., at et underskud ikke er endeligt i de tilfælde, hvor underskuddet kunne have været anvendt eller vil kunne anvendes i tidligere indkomstår, det pågældende år eller i senere indkomstår, hvis reglerne om adgang til fradrag for underskud i kildelandet havde været identiske med de danske regler. Ifølge lovbemærkningerne til lovforslag nr. L 28, er en medlemsstat efter EU-Domstolens praksis ikke forpligtet til at tilpasse sit skattesystem til de forskellige beskatningssystemer i andre medlemsstater og dermed ikke skal tage hensyn til underskud fra datterselskabet beliggende i andre lande, hvor reglerne for fradrag er mindre gunstige end de danske regler. Dermed skal der altså efter en vurdering efter kildelandets regler også vurderes, om underskuddet hypotetisk kunne være anvendt eller ville kunne anvendes i kildelandet, hvis reglerne havde været som de danske skatteregler. Hensigten med betingelsen er at sikre, at de danske regler ikke bliver påvirket negativt af eventuelle udenlandske regler, der har ringere vilkår for udnyttelse af underskud end de danske. Det kunne for eksempelvis være, at den anden medlemsstat har regler om en tidsbegrænsning på 5 år. Så skal de danske regler ikke tage hensyn til dette, men der kan håndhæves egne regler, så længe disse regler i alle situationer sikrer en beskatning, der udviser enhver ulighed og dermed skaber lige vilkår for faste driftsteder og datterselskaber i domicillandet og kildelandet.¹⁶¹

¹⁶¹ Jf. C-322/11, K, præmis 80.

Med reglen og bemærkningerne vurderes det, at der fra Skatteministeriet er gjort et forsøg på at objektivere EU-Domstolens praksis om hvornår Danmark med henvisning til medlemsstaternes autonomi på området for beskatning kan nægte at fradrage underskud, der i øvrigt opfylder kriterierne for endeligheden. Ordlyden og formuleringen er ifølge Guldmand Hansen og Pugholm Pedersen vidtgående og kan aflæses således, at fradrag kan nægtes i ethvert tilfælde, hvor et underskud i et udenlandsk selskab m.v. kunne være fradraget, hvis de danske regler havde fundet anvendelse her på.¹⁶²

Af lovbemærkningerne fremgår det, at et underskud aldrig vil kunne anses for endeligt;¹⁶³

- I den situation, hvor det kunne have været udnyttet, hvis datterselskabet, det faste driftssted m.v. havde indgået i en dansk obligatorisk sambeskatning.
- Hvis årsagen til, at et datterselskab eller et fast driftssted ikke kan anvende underskud, beror på reglerne om tidsbegrænsning i adgangen til underskudsfræførsel.
- Hvis der ejes en fast ejendom beliggende i et land, som har regler om, at der ikke er fradrag.

Dette udgør således væsentlige begrænsninger, hvoraf Guldmand Hansen og Pugholm Pedersen er af den opfattelse, at en så vidtgående regel, som SEL § 31 E, stk. 3, sidste pkt. kan ikke retfærdiggøres af hensynet til medlemsstaternes autonomi på skatteområdet. Årsagerne ligger ifølge Hansen og Pedersen i at EU-Domstolens praksis omkring medlemsstaternes autonomi alene har omhandlet situationer, hvor et underskud eller tab enten slet ikke har været fradragsberettiget eller slet ikke har været fræførselsberettiget. De er af den holdning, at den vidtgående danske regel i stk. 3, sidste pkt. medfører en stor indskrænkning i mulighederne for fradrag af endelige underskud og at den er i strid med EU-Domstolens afgørelser i C-607/17 Memira Holding AB pr. 31-32 og C-608/17 Holmen AB, pr. 39.¹⁶⁴

Ud fra udviklingen i EU-praksissen om endelige underskud burde det ideelt set være, at Danmark giver direkte fradrag for underskud i udenlandske datterselskaber, men i stedet med den indførte regel vurderes det, at Danmark nægter fradrag for endelige udenlandske underskud af samme årsag, nemlig at underskuddet ville blive fradraget i Danmark, hvis danske regler havde fundet anvendelse.

¹⁶² Hansen, J. G., & Pedersen, M. P. (2021). Reglerne om fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber mv. – Hvornår er der fradrag? *RR.10.2021.50*.

¹⁶³ jf. bemærkningerne til § 1, nr. 8 i L 28 2020-21.

¹⁶⁴ Hansen, J. G., & Pedersen, M. P. (2021). Reglerne om fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber mv. – Hvornår er der fradrag? *RR.10.2021.50*.

Samme holdning fremføres af CORIT Advisory P/S i bilag 10 til lovforslag nr. L 48 – 2019/20.¹⁶⁵ De anfører her at betingelsen i SEL § 31 E, stk. 3, 4 pkt. ikke er i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis om fradrag af endelige underskud. Hertil fremhæver CORIT, at i EU-retten er det helt centralt, at retfærdiggørelsen af en restriktion skal kunne afspejles af, nødvendigheden at risikoen for dobbelt fradrag skal undgås. Som fremført i Marks & Spencer-analysen har hensynet til at modvirke dobbelt fradrag indtaget en fremtrædende rolle i den samlede retfærdiggørelse. Hertil anfører CORIT, at afgørelsen om der foreligger et endeligt underskud helt korrekt skal fastlægges på grundlaget af lovgivningen i kildelandet, jf. SEL § 31 E, stk. 3, 1. pkt og reglerne i kildelandet er afgørende for om der består en risiko for dobbeltfradrag.

Yderligere påpeger CORIT, at på tidspunktet for underskuddets fremkomst er der allerede foretaget en vurdering af, om der foreligger et underskud efter såvel danske som udenlandske regler. At der kan foretages vurdering af endeligt underskud med danske regler, kræver at der overhovedet foreligger et endeligt underskud efter udenlandske regler. Fradrag for dette underskud nægtes i Danmark med den begrundelse, at der er risiko for dobbelt fradrag. Denne risiko forsvinder, så snart, det er påvist, at underskuddet under ingen omstændigheder kan udnyttes i udlandet (endelighedsåret).

Ovenstående yderligere betingelse medfører, at det er et krav, at underskuddet også ville være endeligt hvis reglerne i kildelandet var identiske med de danske regler og hertil fremfører CORIT med henvisning til de førnævnte lovbemærkninger at der er sket en sammenblanding af EU-domstolens praksis i forhold til endeligt underskud. I forhold til endelige underskud skal der ske en sondring mellem I) kvalificeringen af underskuddet efter de danske regler, og II) Risikoen for, at om dette underskud også kan fradrages i udlandet efter den gældende lovgivning i landet.

Hertil mener CORIT at der ikke er behov for betingelsen eller, at betingelsen på ikke nogen måde er egnet til at afgøre, om der foreligger en risiko for dobbelt fradrag af underskud. Desuden er de af den opfattelse, at det er ikke i overensstemmelse med den EU-praksis at opstille en sådan betingelse.

Skatteministeriet anfører i deres svar at betingelsen er i overensstemmelse med EU-retten, og at betingelsen bl.a. bygges på baggrund af præmis 79 i EU-Domstolens afgørelse i sag C-322/11, K samt præmis 49 i sag C-157/07, Krankenheim Wannsee. CORIT har kommenteret at praksis i C-322/11, K, ikke er relevante, idet den vedrørte et underskud, som aldrig havde været fradragsberettiget i kildelandet og

¹⁶⁵ Skatteministeriet (2020). Svar til FSR, L 48 2020-21 Bilag 10 d.s.s. endeligt svar på spg. 33 til L 48 2019-20.

derved ikke kunne fortabes. CORIT anfører at afgørelsen derfor på ingen måde kan danne grundlag for den EU-retlige konformitet af SEL § 31 E, stk. 3, 4 pkt.¹⁶⁶

På trods af de konkrete forhold i de to nævnte sager, har Skatteministeriet valgt, at et underskud aldrig kan anses som endeligt, hvis det er retligt tilladt i kildelandet, uden at se på om det faktisk kan fradrages. Skatteministeriets opfattelse vises tydeligt i deres svar til FSR, hvor FSR spekulerer i deres høringsspørgsmål om et underskud efter danske regler kan anses som endeligt, hvis den anden medlemsstat ikke retligt tillader fradrag for underskuddet. Skatteministeriet fremfører her, at et underskud som udgangspunkt ikke kan være endeligt, hvis kildelandets lovgivning ikke retligt tillader fradrag i det pågældende land. I svaret reagerer Skatteministeriet ikke på kritik fra FSR, men gentager blot deres holdning, hvilket medfører, at der stadig er uklarhed om retsstillingen. Derfor er det ud fra betingelsens ordlyd svært at finde harmonisering mellem den retspraksis, der foreligger på området og betingelsens ønskede retsvirkning.¹⁶⁷

Forfatterens vurdering om SEL § 31 E, stk. 3, sidste pkt. er, at der vurderes, at reglen ikke er i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis af den grund, at reglens ordlyd kan aflæses til, at de danske skattemyndigheder har beføjelse til at ændre kvalificeringen af det endelige underskud, hvilket vurderes til at modsige SEL § 31 E, stk. 1, 1. pkt. og EU-praksis bl.a. Marks & Spencer-dommens præmis 55. At endelige underskud kan omkvalificeres af de danske skattemyndigheder vurderes til ikke at være i overensstemmelse med EU-praksis i form af Memira-sagen og Holmen-sagen.

Som tidligere nævnt er bestemmelsen, stk. 3, sidste pkt. udarbejdet af Skatteministeriet med det formål, at sikre, at de ikke blev påvirket af eventuelle udenlandske regler, der giver mindre fordelagtige udfald end de danske regler. Formuleringen i betingelsen rejser som nævnt tvivl, idet ordlyden kan fortolkes sådan, at Danmark får beføjelse til at kunne kvalificere det endelige underskud, hvilket sikkert ikke kan begrundes i retspraksis og at årsagen er, at kildelandet er tildelt kompetencen til at kvalificere det endelige underskud.

¹⁶⁶ Skatteministeriet (2020). L 48 2019-20 endeligt svar på spørgsmål 33.

¹⁶⁷ Skatteministeriet. (2020). Svar til FSR, L 28 2020-21 Bilag 2.

7. Perspektivering

Det har været EU-kommissionens ambition længe, at der på skatteområdet bør og skal ske en højere grad af harmonisering af beskatning af kapital-selskaber inden for EU. Begrundelsen herfor er blandt andet, at de mange forskellige selskabsskatteregler i EU's 27 skattejurisdiktioner udgør en væsentlig skattemæssig hindring for væksten på det indre marked. Det grundlæggende formål med fri bevægelighed i EU's indre marked er at skabe et mere velfungerende indre marked uden skattemæssige hindringer i form af dobbeltbeskatning, dobbelt ikke-beskatning. Desuden er det også et ønske om, at fjerne tunge administrative byrder for virksomhederne i forbindelse med overholdelse af de mange forskellige skatteregler. En mangel på fælles EU-regler medfører de ovennævnte udfordringer. Et fælles sæt regler på selskabsskatteområdet vil ifølge Kommission blandt andet lette EU's virksomheder når de har grænseoverskridende samhandel og aktiviteter.

En meget væsentlig forudsætning for at det lykkes med at skabe et mere velfungerende indre marked er, at der etableres en fælles model, der kan sikre mere harmonisering, forenkling af regler, mere omkostningseffektivitet, større robusthed over for aggressiv skatteplanlægning og fair konkurrencevilkår som alle lande kan tiltræde. Siden 2001 har EU arbejdet på at udvikle sådan en model. I 2016 blev 2 direktivforslag fremsat, CCTB-direktivet "Common Corporate Tax Base" og CCCTB-direktivet, "Common Consolidated Corporate Tax Base". Direktivforslagene er en videreudvikling af et tidligere direktivforslag CCTB, "Common Corporate Tax Base" i 2011.

Idéen med direktivforslagene er at koncerner skal kunne opgøre deres skattepligtige indkomst inden for EU efter et fælles regelsæt i stedet for op til 27 forskellige regelsæt. Al indkomst fra koncernens selskaber og faste driftssteder i EU skal opgøres konsolideret, hvorefter koncernens samlede skattegrundlag vil blive fordelt mellem de EU-lande, hvor den driver virksomhed. Fordelingen sker efter en fordelingsformel, som er baseret på selskabsspecifikke faktorer; Omsætning, Arbejdskraft (Lønudgifter og ansatte) og Aktiver (Materielle anlægsaktiver). Heraf kan EU-landene beskatte deres allokerede andel efter deres nationalt fastsatte selskabsskattesats. CCCTB-forslaget medfører, at det ikke er nødvendigt at anvende armslængdeprincippet (transfer pricing) mellem de koncernselskaber, hvis indkomster konsolideres. Desuden vil koncernerne have betydelig gavn af et "one stop shop"-princip, hvor koncernen kun skal have at gøre med et enkelt medlemslands skattemyndigheder.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Schmidt, P. K. (2017). Justeret fokus i Kommissionens harmoniseringsbestrebelse på selskabsskatteområdet. *SU 2017*, 83.

Ydermere er ideen med CCCTB-forslaget også at reducere aggressive skatteplanlægning, eliminere mismatches og "skattehuler", reducere skadelig skattekonkurrence samt tilskynde til øgede investeringer inden for forskning og udvikling.

Ifølge forslaget bliver reglerne obligatoriske for koncerner, der regnskabsmæssigt har en konsolideret omsætning på mere end 750 mio. euro i det forudgående år. Disse koncerner skal opgøre deres skattepligtige indkomster samlet.¹⁶⁹ CCCTB-reglerne vil være frivillige for andre selskaber og koncerner i EU. Dog er valget af CCCTB bindende for perioder på 5 år for at sikre undgåelsen af skatteplanlægning. Dette er forskelligt fra de danske sambeskatningsregler, hvor bindingsperioden er 10 år. Yderligere fremgår det af forslaget at der er uendelig underskudsfræmførsel og udnyttelse af underskuddet i efterfølgende års positive konsoliderede skattegrundlag.

Siden fremsættelsen af direktivforslaget er der sket en udvikling i processen om en fælles konsolideret selskabsskattebase. Der er planer om, at et nyt direktivforslag i 2023, BEFIT "Business in Europe: Framework for Income Taxation" erstatter CCCTB-forslaget, som trækkes tilbage. Detaljerne i det nye "BEFIT" kendes ikke, men dog er det nyt, at immaterielle aktiver indgås i fordelingsformlen.

Konsekvenserne ved CCCTB bliver blandt andet, at den danske selskabsskattelovgivning skal væsentligt reformuleres. Grundet en konsolidering af selskabsskattegrundlaget, vil selskaberne ikke kunne kanalisere deres skattepligtige overskud fra høj- til lavskattelande. Isoleret vil dette give et merprovenu til Danmark. Fordelingsnøglen vil give Danmark et mindre provenu, da de store selskaber vil placere deres medarbejdere og produktion i lande, hvor selskabsskattesatsen er lav.¹⁷⁰

Det må forventes, at processen fremad imod en større grad af harmonisering bliver meget vanskelig, men min vurdering er, at det er den rette vej at gå for både EU og medlemsstaterne. På lang sigt vil dette initiativ styrke EU og de enkelte medlemsstater i den globale konkurrence. Og ligeledes styrke EU's muligheder for at inddrive en retmæssig del af globale koncerners skattepligtige overskud ved aktiviteter, som er foretaget og omsat i EU.

¹⁶⁹ Skatteministeriet (2016), Grund- og nærhedsnotat vedr. Europa-Kommissions forslag til Rådets direktiv om et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag (CCCTB), side 3.

¹⁷⁰ Skatteministeriet (2016), Grund- og nærhedsnotat vedr. Europa-Kommissions forslag til Rådets direktiv om et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag (CCCTB), side 9.

8. Konklusion

Hovedformålet med denne kandidatafhandling er at undersøge, om de danske sambeskatningsregler efter indførelse af SEL § 31 E er bragt i overensstemmelse med frihedsrettigheder i form af etableringsfriheden i TEUF art. 49 og 54. Afhandlingen forsøger at behandle og analysere de danske sambeskatningsregler i samspil med doktrinen om endeligt underskud og heraf analysere og problematisere eventuelle uoverensstemmelser mellem selskabers mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud efter EU-domstolens retspraksis og efter dansk ret samt SEL § 31 E.

Afhandlingen indledes med redegørelser af de gældende danske sambeskatningsregler og EU-rettens fremgangsmåde vedrørende vurdering af nationale reglers forenelighed med frihedsrettighederne. I analysen af Marks & Spencer-dommen er der indledningsvist redegjort for, hvordan de danske sambeskatningsregler inden indførelse af SEL § 31 E har været udsat for kritik i forhold til EU-konformitet. Indtil domsafsigelsen i Bevola-sagen har det været Danmarks opfattelse, at de danske sambeskatningsregler var i overensstemmelse med etableringsfriheden i TEUF art. 49 og 54. I sagen forkastede EU-Domstolen Danmarks opfattelse af reglerne og fastslog at reglerne ikke var proportionale, hvis Danmark med anvendelse af SEL § 8, stk. 2 og § 31 nægter grænseoverskridende underskudsudnyttelse med den begrundelse, at der var mulighed for at vælge international sambeskatning i SEL § 31 A. I den henseende har muligheden for tilvalg af international sambeskatning ingen betydning. Resultatet i Bevola-sagen medførte at Danmark var tvunget til at indføre regler, som tillod grænseoverskridende fradrag for underskud i situationer, hvor international sambeskatning i SEL § 31 A ikke blev valgt, hvilket førte til indførelsen af SEL § 31 E i 2020.

Hvad angår Marks & Spencer-doktrinen kan der ud fra EU-domstolens retspraksis udledes, at bevisbyrden for, at et tab er endeligt, er hos moderselskabet i Danmark. Desuden kan det udledes, at doktrinen har et bredt anvendelsesområde ift. mulighed for udnyttelse af grænseoverskridende underskud. I Marks & Spencer-dommen blev doktrinen anvendt til situationer i ikke-hjemmehørende datterselskaber, men med udviklingen i EU-retspraksis har det ført til, at doktrinen også omfatter underskud opstået i datterdatterselskaber, faste driftssteder og faste ejendomme beliggende i udlandet. Ift. underskud i faste driftssteder skal behandlingen af underskuddet ske i overensstemmelse med artikel 5 i OECD's modeloverenskomst.

Ifølge vurderingen af, om et underskud opstået i ovenstående situationer er endeligt og opfylder betingelserne i Marks & Spencer-doktrinen kan det konkluderes, at underskud anses for endeligt tabt, når

alle muligheder for at udnytte underskuddet i kildelandet er udtømt og at underskuddet umuligt kan udnyttes i fremtiden samt at en tredjepart ikke har eller kan tage hensyn til underskuddet. Desuden kan det konkluderes, at det endelige underskud skal opgøres efter reglerne i kildelandet, men at lovgivningen i kildelandet kan have en betydning for det hjemmehørende selskabs mulighed for at udnytte underskuddet.

Den indførte SEL § 31 E skaber en mulighed for at et selskab kan fradrage et endeligt underskud i et datterselskab, et datterdatterselskab, i et fast driftssted eller en fast ejendom beliggende i udlandet. Dog er fradraget efter SEL 31 E betinget af, at underskuddet kunne være anvendt, hvis der var valgt international sambeskatning i SEL 31 A. Betingelsen skal sikre, at muligheden for udnyttelse af underskud i et ikke-hjemmehørende datterselskab og i et hjemmehørende datterselskab er tilsvarende. Da det er SEL § 31, som er EU-stridige, må det konkluderes at med henvisningen til SEL § 31 A foreligger der en risiko for, at eventuelle byrdefulde tilføjelser i SEL § 31 A, stk. 2-14 ikke vil opnå konformiteten mellem EU-domstolens retspraksis og de danske regler.

Derudover fremgår det af bestemmelsen, at et underskud ikke er endeligt, når det kunne være anvendt eller vil kunne anvendes, hvis fradragsreglerne i kildelandet havde være identiske med de danske regler. Denne skal sikre, at eventuelle juridiske begrænsninger i kildelandet, bl.a. tidsbegrænsning i adgangen til underskudsfremførsel ikke medfører, at et underskud anses som endeligt. Dog kan betingelsen fortolkes, som om at Danmark vil kunne omkvalificere underskuddet, hvilket imidlertid ikke er foreneligt med EU-domstolens praksis. Derfor må det konkluderes at betingelsen om, at "hvis fradragsreglerne i kildelandet havde været identiske med de danske regler" skaber en uoverensstemmelse mellem EU-retspraksis omkring Marks & Spencer-doktrinen.

Reglerne i SEL § 31 E, 1. og 2. pkt. om fradrag for endelige underskud i datterselskaber, m.v. er som udgangspunkt udformet i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis på området. Dog kan det på baggrund af ovenstående konkluderes at visse betingelser i den resterende del af SEL § 31 E i sin nuværende udformning ikke er i overensstemmelse med den af EU-domstolens retspraksis udviklede Marks & Spencer-doktrin, da visse betingelser er mere byrdefulde end Marks & Spencer-doktrinen i forhold til selskabers mulighed for at udnytte et grænseoverskridende underskud. Dermed vurderes de danske regler til fortsat at være i strid med EU-retten. Den fremadrettede forvaltning af de danske sambeskatningsregler og SEL § 31 E skal blive spændende at følge med henblik på udviklingen af EU's arbejde med harmonisering af selskabsskatte regler i EU i form af CCCTB/BEFIT.

9. Litteraturliste

Bøger:

- Michelsen, A., Laursen, A. N., & Dalgas, A. S. (2017). *International skatteret*. (4. udgave). Karnov Group.
- Riis, T., & Trzaskowski, J. (2020). *Skriftlig jura - den juridiske fremstilling*. (2. udgave). ExTuto Publishing.
- Sørensen, K. E., & Danielsen, J. H. (2019). *EU-Retten*. (7. reviderede udgave). Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Tell, M., Schmidt, P. K., & Weber, K. D. (2020). *International Skatteret - i et dansk perspektiv*. (2. udgave). Hans Reitzels Forlag.
- Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2021). *Retskilder og retsteorier*. (6. reviderede udgave). Djøf Forlag.

Artikler:

- Hansen, J. G., & Pedersen, M. P. (2021). Reglerne om fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber mv. – Hvornår er der fradrag? *RR.10.2021.50*.
- Hansen, S. F. (2006). Medens vi venter på EF-domstolen II. *SPO.2006.1*.
- Jensen, L. H. (2019). Bevola-sagen - en "revitalisering" af Marks & Spencer-doktrinen. *SU 2019, 2*.
- Nielsen, M. K. (2006). Marks & Spencer-dommen - og hvad så? *SU 2006, 111*.
- Rønfeldt, T. (2006). Marks & Spencer - en fællesskabsretlig håndsrækning. *SPO.2006.111*.
- Schmidt, P. K. (2017). Justeret fokus i Kommissionens harmoniseringsbestræbelser på selskabsskatteområdet. *SU 2017, 83*.
- Stokholm, J. R. (2006). Dansk sambeskatning og Marks & Spencer-sagen. *SR.2006.75*.
- Tell, M. (2019). EU-Domstolen underkender danske regler, der begrænser anvendelsen af underskud opstået i udlandet (Bevola-sagen). *SU 2019, 3*.
- Tell, M. (2021). SEL § 31 E: Fradrag i Danmark for underskud i udenlandske datterselskaber samt vedrørende faste driftssteder og fast ejendom beliggende i udlandet. *SR.2021.82*.
- Vinther, N., & Hansen, J. G. (2018). A/S Bevola - sambeskatningsreglerne udfordres atter. *SR.2018.325*.
- Winter-Sørensen, N. (2005). International sambeskatning og EU-retten. *SR.2005.32*.
- Winther-Sørensen, N. (2006). Marks & Spencer-dommen. *SU 2006, 3*.

Love:

- Selskabsskatteoven LBKG 2021-02-22, nr. 251.*
- Statsskatteoven LOV 1922-04-10, nr. 149.*
- Personskatteoven LBKG 2021-06-14, nr. 1284*

Lovforslag:

Skatteudvalget, Skatteministeriet. *L 121 2004-05 – Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove.*

Skatteudvalget, Skatteministeriet. *L 48 2019-20 – Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, kildeskatteloven, skatteindberetningsloven, skattekontrolloven og forskellige andre love.*

Skatteudvalget, Skatteministeriet. *L 28 2020-21 – Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og forskellige andre love.*

Forarbejder:

Skatteministeriet. (2005). *L 121 - 2004-05 endeligt svar på spørgsmål 1.* Skatteministeriet.

Skatteministeriet. (2020). *L 28 - 2020-21 endeligt svar på spørgsmål 7.* Skatteministeriet.

Skatteministeriet. (2020). *L 48 2019-20 endeligt svar på spørgsmål 33.* Skatteministeriet.

Skatteministeriet. (2020). *L 48 2019-20 endeligt svar på spørgsmål 57.* Skatteministeriet.

Skatteministeriet. (2020). *Svar til CORIT Advisory, L 48 2020-21 Bilag 10: Henvendelse om L 48.*

Skatteministeriet.

Skatteministeriet. (2020). *Svar til FSR, L 28 2020-21 Bilag 2: Høringskema.* Skatteministeriet.

Afgørelser fra EU-Domstolen:

Sag C-204/90 – Bachmann

Sag C-55/94 – Gebhard

Sag C-250/95 – Futura

C-319/02 – Manninen

C-376/03 – D

C-150/04 – Kommissionen mod Danmark

C-196/04 – Cadbury Schweppes

C-311/08 – SGI

C-322/11 – K

C-48/13 – Nordea Danmark

C-172/13 – Kommissionen mod UK

C-388/14 – Timac Agro

C-593/14 – Masco og Damixa

C-414/16 – Lidl

C-650/16 – Bevola

C-607/17 – Memira Holding AB

C-608/17 – Holmen AB

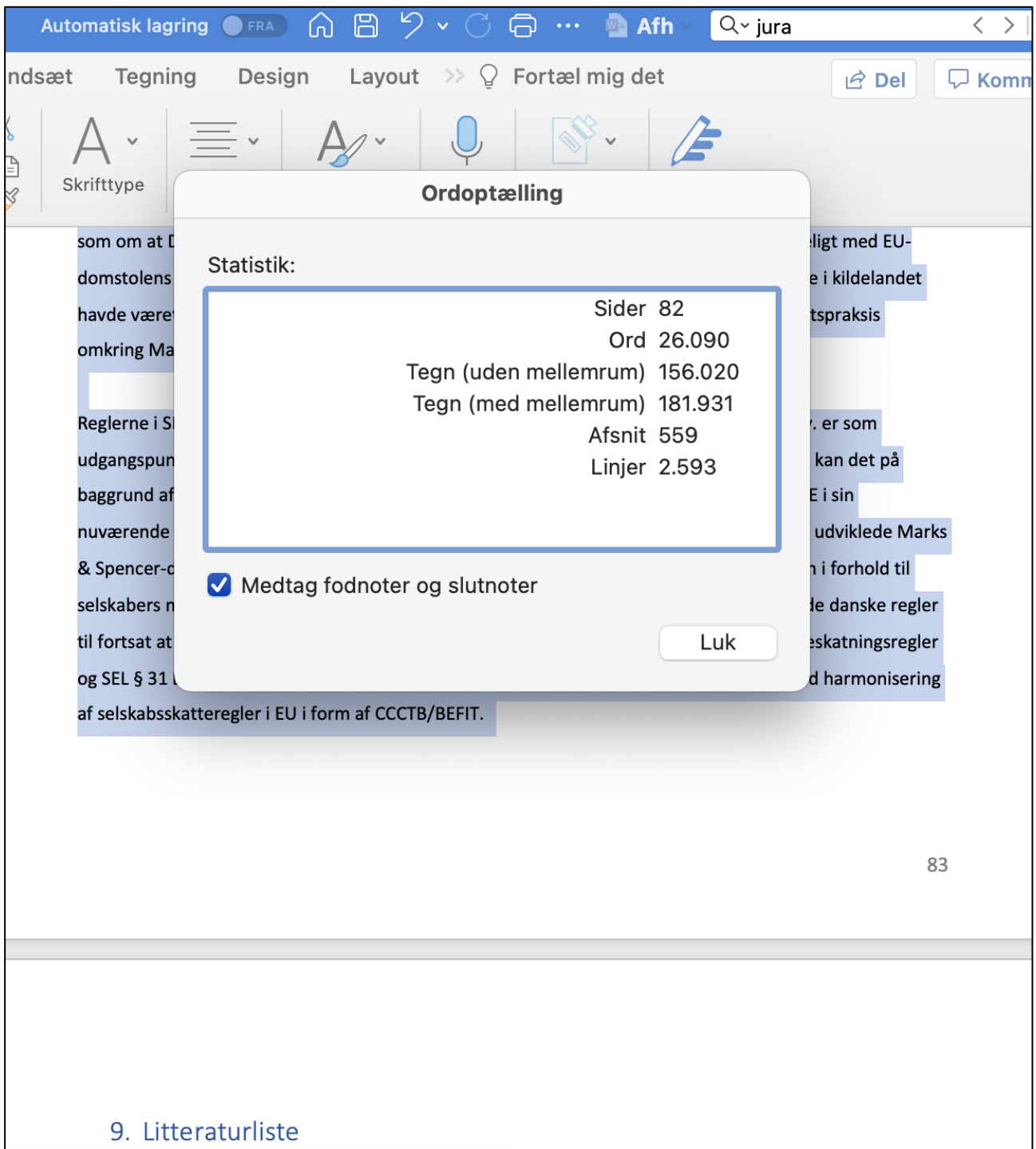
Diverse:

EU. (2012). *Konsolideret udgave af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde*. Den Europæiske Unions Tidende.

Sambeskatningsudvalget. (2004). *Rapport fra sambeskatningsudvalget, Betækningsnr. 1452*. Skatteministeriet.

Skatteudvalget. (2016). *Grund- og nærhedsnotat vedr. Europa-Kommissionens forslag til Rådets direktiv om et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag (CCCTB)*. Skatteministeriet.

10. Dokumentation for anslag



The screenshot shows a PDF editor interface with a document page in the background. A dialog box titled "Ordoptælling" (Word Count) is open in the center. The dialog box contains a "Statistik:" (Statistics) section with the following data:

Sider	82
Ord	26.090
Tegn (uden mellemrum)	156.020
Tegn (med mellemrum)	181.931
Afsnit	559
Linjer	2.593

Below the statistics, there is a checkbox labeled "Medtag fodnoter og slutnoter" (Include footnotes and endnotes), which is checked. A "Luk" (Close) button is located at the bottom right of the dialog box.

The background document page shows text in Danish, including "som om at", "domstolens", "havde være", "omkring Ma", "Reglerne i S", "udgangspun", "baggrund af", "nuværende", "& Spencer-c", "selskabers n", "til fortsat at", "og SEL § 31", "af selskabsskatteregler i EU i form af CCCTB/BEFIT.", "ligt med EU-", "e i kildelandet", "tspraksis", "er som", "kan det på", "E i sin", "udviklede Marks", "n i forhold til", "le danske regler", "eskatningsregler", "d harmonisering", and the page number "83".

9. Litteraturliste