

Nyt fra EU-domstolen om sambeskatning og grænseoverskridende underskudsudnyttelse

Af Michael Tell, ph.d., Associate Partner, CORIT Advisory

1. INTRODUKTION

Sambeskatning er en velkendt bestanddel af dansk selskabsskatteret, da regler herom har eksisteret i mere end 100 år i Danmark.⁽¹⁾ Det nuværende sambeskatningsregime indførtes i 2005 under stor bevågenhed med obligatorisk national sambeskatning, som er reguleret i selskabsskattelovens (herefter "SEL") § 31, og frivillig international sambeskatning, som er reguleret i SEL § 31 A.

Det er af EU-Domstolen fastslået med bl.a. C-650/16 *Bevola*,⁽²⁾ at danske selskaber under visse betingelser også har adgang til grænseoverskridende underskudsudnyttelse uden for regimet om national sambeskatning efter SEL § 31 og uden for regimet om international sambeskatning efter SEL § 31 A. Der eksisterer således en tredje mulighed, som følge af samspillet mellem den obligatoriske sambeskatning i SEL § 31 og etableringsfriheden i art. 49 og 54 TEUF og det heri indeholdte forbud mod forskelsbehandling.

Det kan bedst beskrives således, at når lovgiver i Danmark har valgt at give et dansk moderselskab, der etablerer et dansk datterselskab, de fordele, som følger af en ren national sambeskatning, så skal disse fordele tilsvarende gælde ved en sammenlignelig etablering af et datterselskab i en anden EU- eller EØS-medlemsstat (herefter "medlemsstat"), medmindre der foreligger retfærdiggørende og proportionale hensyn for en forskelsbehandling. Dette blev først fastslået af EU-Domstolen i C-446/03 *Marks & Spencer*,⁽³⁾ efterfølgende behandlet i en dansk sammenhæng i C-650/16 *Bevola* og er nu præciseret af EU-Domstolen i de to svenske sager, henholdsvis C-607/17 *Memira Holding AB* og C-608/17 *Holmen AB*. Sidstnævnte sagers bidrag til den såkaldte Marks & Spencer doktrin (eller doktrinen om endelige tab) behandles nærmere i denne artikel.

I det følgende opsummeres først Marks & Spencer-doktrinen. Dernæst behandles EU-Domstolens seneste afgørelser i de svenske sager, henholdsvis C-607/17 *Memira Holding AB* og C-608/17 *Holmen AB*, og disse afgørelses betydning for Marks & Spencer-doktrinen. Herefter behandles de svenske sagers betydning for danske selskabers anvendelse af Marks & Spencer-doktrinen, mens artiklen afsluttes med opsamlende kommentarer.

2. OM MARKS & SPENCER-DOKTRINEN – FRADrag FOR ENDELIGE TAB

Det er med den såkaldte Marks & Spencer doktrin fastslået i en flerhed af afgørelser fra EU-Domstolen,⁽⁴⁾ at et moderselskab hjemmehørende i én Medlemsstat ("A") under visse betingelser skal have adgang til fradrag i Medlemsstat A for underskud opstået i et datterselskab eller et fast driftssted hjemmehørende i en anden Medlemsstat ("B"), såfremt en sådan adgang til fradrag ville gælde, hvis datterselskabet eller det faste driftssted var hjemmehørende i medlemsstat A.

EU-domstolen har således med sin praksis fastslået,⁽⁵⁾ at udelukkelsen af at udnytte et underskud pådraget af et datterselskab eller et fast driftssted i en anden medlemsstat kan hindre moderselskabet i at udøve etableringsfriheden. Det gøres simpelthen mindre attraktivt for et moderselskab at etablere datterselskaber/faste driftssteder i andre medlemsstater, og det udgør en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden, hvor disse er i en sammenlignelig situation.

EU-domstolen har samtidigt fastslået, at en sådan hindring for udøvelsen af etableringsfriheden samlet kan retfærdiggøres af tvingende almene hensyn, henholdsvis:

- (i) hensynet til at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne,
- (ii) hensynet til at undgå dobbeltfradrag, samt
- (iii) hensynet til at modvirke skatteunddragelse.

Særligt synes hensynet til at undgå dobbeltfradrag at indtage en fremtrædende rolle i den samlede retfærdiggørelse, men dog således at det fortsat må erindres, at der er tale om en samlet retfærdiggørelse, som det også fastslås i C-607/17 *Memira Holding AB* og C-608/17 *Holmen AB*.⁽⁶⁾

Slutteligt har EU-Domstolen fastslået, at en generel nægtelse af grænseoverskridende underskudsudnyttelse i visse situationer går videre end, hvad der er nødvendigt for at forfølge ovennævnte hensyn, og derved at det i de situationer ikke er proportionalt at nægte grænseoverskridende underskudsudnyttelse. Det gælder i de situationer, hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab eller faste driftssted har udtømt alle muligheder for at udnytte underskuddene i den medlemsstat, hvori det er hjemmehørende.

Således går en hindring for etableringsfriheden ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det væsentlige i de forfulgte mål i en situation, som først statueret i *Marks & Spencer* præmis 55, hvor:

- (i) det ikke-hjemmehørende datterselskab/faste driftssted har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat med hensyn til det pågældende skatteår ved ansøgningen om lempelse såvel som med hensyn til tidligere skatteår, i givet fald ved overførsel af disse underskud til tredjepart eller ved modregning af disse underskud i de overskud, der er opnået i datterselskabet/faste driftssted i tidligere skatteår, og
- (ii) der ikke er mulighed for at tage hensyn til det udenlandske datterselskabs/det faste driftssteds underskud i dets hjemstat i forbindelse med senere skatteår enten af selskabet/det faste driftssted selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne.

Det er således helt afgørende for at opnå fradrag efter Marks & Spencer-doktrinen, at der består endelige underskud, det vil sige at alle muligheder er udtømt for at tage hensyn til de eksisterende underskud i forhold til tidligere år, det aktuelle år og senere skatteår.⁽⁷⁾ I en sådan situation består nemlig ikke nogen risiko for dobbelt fradrag for underskuddet.⁽⁸⁾

Konklusionen fra EU-Domstolen er, at etableringsfriheden ikke generelt er til hinder for, at en medlemsstat har regler om national sambeskatning uden samtidig at tilbyde grænseoverskridende underskudsudnyttelse, men dog strider det imod etableringsfriheden at nægte grænseoverskridende underskudsudnyttelse i de situationer, hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab eller faste driftssted har udtømt alle muligheder for at udnytte underskuddet, det vil sige at der består et endeligt underskud.

Dette retskrav på fradrag for underskud pådraget i datterselskaber og faste driftssteder hjemmehørende i andre medlemsstater gælder tilsvarende for danske selskaber, uagtet at der ikke er taget et positivt valg om at lade sig omfatte af international sambeskatning efter SEL § 31 A. EU-Domstolen har med bl.a. C-650/16 *Bevola* fastslået, at i den særlige situation med endelige underskud kan

fradrag i Danmark ikke nægtes med henvisning til, at skatteyder "blot" kunne have tilvalgt international sambeskatning.(9)

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) Om Marks & Spencer-doktrinen *kun* omfatter underskud i direkte ejede datterselskaber og faste driftssteder, dvs. moderselskabets direkte etableringer, eller om også underskud i datter-datterselskaber og underliggende faste driftssteder omfattes, samt
- (ii) Hvad der nærmere udgør endelige underskud.

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

3. TAB I DATTER-DATTERSELSKAB OG UNDERLIGGENDE FASTE DRIFTSSTEDER

3.1 C-608/17 Holmen AB – Sagens faktum

Holmen AB var moderselskab i en svensk koncern, som bl.a. ejede et datterselskab i Spanien. Dette spanske datterselskab ejede selv to spanske datterselskaber, og sammen indgik disse i en spansk sambeskatning. Ét af disse spanske datter-datterselskaber af Holmen AB havde et akkumuleret underskud på 140 mio. EUR.(10)

Holmen AB ønskede at afvikle de spanske aktiviteter og udnytte dette akkumulerede underskud i Sverige. Det fulgte af de svenske regler, at et svensk datterselskab som havde lidt underskud, skattemæssigt direkte eller indirekte kunne overføre disse underskud til et svensk moderselskab.

Det var således muligt i en ren national situation at overføre underskud fra et svensk datterselskab eller datterdatterselskab mv. Det var også muligt at foretage grænseoverskridende underskudsudnyttelse, såfremt der bestod et endeligt underskud efter Marks & Spencer-doktrinen; dog kun med hensyn til et direkte ejet datterselskab hjemmehørende i en stat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS).(11)

Holmen AB opfyldte ikke umiddelbart betingelsen om direkte ejerskab, hvorfor Holmen havde overvejet to alternative måder til at opnå fradrag i Sverige efter Marks & Spencer-doktrinen:(12)

1. Likvidation af datterselskabet og de to spanske datter-datterselskaber, eller
2. En omvendt fusion mellem det spanske underskudsgivende datter-datterselskab og datterselskabet med en efterfølgende likvidation af den nye konstruktion.

Efter begge alternativer ville Holmen-gruppen ikke længere udøve virksomhed i Spanien.

Holmen AB ansøgte om bindende svar i Sverige hos Skatterättsnämnden. Skatterättsnämnden kunne *ikke* bekræfte fradrag efter Marks & Spencer-doktrinen ved anvendelse af alternativ 1 (dobbel likvidation). Derimod kunne Skatterättsnämnden bekræfte fradrag efter Marks & Spencer-doktrinen ved anvendelse af alternativ 2 (omvendt fusion efterfulgt af likvidation).(13)

Både Holmen AB og Skatteverket påklagede herefter den bindende svar til Högsta förvaltningsdomstolen. Högsta förvaltningsdomstolen fandt det herefter nødvendigt bl.a. at indbringe følgende spørgsmål (nr. 1) for EU-Domstolen:(14)

"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 adgang til fradrag af endelige

underskud i et datterselskab i en anden medlemsstat, at datterselskabet ejes direkte af moderselskabet?"

3.2 C-608/17 Holmen AB – EU-Domstolens svar

Problemstillingen – og derved spørgsmålet for EU-Domstolen – udsprang af, at svensk lovgivning gjorde den grænseoverskridende udnyttelse af et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud 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.(15)

EU-domstolen udtalte med direkte henvisning til Marks & Spencer-dommens præmis 45-52, at en sådan forskelsbehandling kan retfærdiggøres, da opretholdelse af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kan gøre det nødvendigt, at man kun anvender skattereglerne i datter-datterselskabets hjemstat (Spanien) med hensyn til såvel overskud som underskud. Det kan 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 etableringsmedlemsstat eller i en anden medlemsstat, idet beskatningsgrundlaget ville blive forhøjet i den første stat og nedsat i den anden med de overførte underskud. Medlemsstaterne skal således ved at afvise grænseoverskridende underskudsudnyttelse kunne hindre både risikoen for dobbelt fradrag af underskud og risikoen for, at koncerner praktiserer organiserede overførsler af underskud til selskaber hjemmehørende i medlemsstater, der anvender højere skattesatser, og hvor den skattemæssige værdi af underskuddene følgelig er større.(16)

EU-domstolen udtalte i forhold til egnethed og proportionalitet, at der skal sondres mellem to situationer, henholdsvis en situation hvor:(17)

1. Datterselskabet og datter-datterselskabet *ikke* er hjemmehørende i samme medlemsstat, og hvor
2. Datterselskabet og datter-datterselskabet er hjemmehørende i samme medlemsstat.

I den første situation, hvor datterselskabet og datter-datterselskabet, som har pådraget sig underskuddet, *ikke* er hjemmehørende i samme medlemsstat, kan det ikke udelukkes, at en koncern selv kan vælge anvendelsesmedlemsstaten for de endelige underskud, idet koncernen enten kan vælge moderselskabets medlemsstat eller medlemsstaten for ethvert eventuelt mellemliggende datterselskab. En sådan valgmulighed kan bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen i fare og medføre en risiko for flerdobbel fradrag for underskud. Det er således i en sådan situation ikke uforholdsmæssigt, at en medlemsstat stiller krav om en direkte forbindelse mellem moderselskabet og selskabet, der har lidt det omhandlende underskud.(18)

I den anden situation, hvor datterselskabet og datter-datterselskabet, som har pådraget sig underskuddet, er hjemmehørende i samme medlemsstat, er risikoen for, at koncernen optimerer sin skattebelastning ved at vælge, i hvilken medlemsstat den modregner underskuddene, og risikoen for, at underskuddene fradrages flere gange i flere medlemsstater, af samme art som den risiko, EU-Domstolen konstaterede i Marks & Spencer-dommens præmis 45-52. Det er således i en sådan situation ikke proportionalt, hvis en medlemsstat stiller krav om en direkte forbindelse mellem moderselskabet og datter-datterselskabet, der har lidt det omhandlende underskud.(19)

EU-domstolen besvarede derfor spørgsmålet således, at begrebet "endelige underskud" lidt af et ikke-hjemmehørende datterselskab,

som omhandlet i Marks & Spencer-dommens præmis 55, ikke finder anvendelse på et datter-datterselskab, medmindre samtlige mellemliggende selskaber mellem det moderselskab, der ansøger om koncernlempelse, og det datter-datterselskab, der har lidt de underskud, som kan anses for at være endelige, er hjemmehørende i samme medlemsstat.(20)

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

4. KONKLUSION OM TAB I DATTER-DATTERSELSKAB OG UNDERLIGGENDE FASTE DRIFTSSTEDER

På baggrund af EU-Domstolens afgørelse i C-608/17 *Holmen AB* kan endnu en væsentlig nuance udledes. Danske selskaber kan således fortsat anvende Marks & Spencer-doktrinen – og derved grænseoverskridende underskudsudnyttelse uden for SEL § 31 A – både i forhold til underskud opstået i:

- (i) Direkte ejede datterselskaber og faste driftssteder i andre medlemsstater, og i
- (ii) Indirekte ejede datterselskaber i andre medlemsstater, hvor samtlige mellemliggende selskaber er hjemmehørende i samme medlemsstat som det indirekte ejede datterselskab (datter-datterselskab).(21)

Samtidig må det konstateres, at i tilfælde, hvor samtlige mellemliggende selskaber mellem det danske moderselskab og det indirekte ejede datterselskab *ikke* er hjemmehørende i samme medlemsstat, må Marks & Spencer-doktrinen eventuelt forsøges anvendt i den mellemliggende medlemsstat med direkte ejerskab med henblik på opnåelse af fradrag for endelige underskud dér. Det må tilsvarende gælde i forhold til situationer med et underskud pådraget i et fast driftssted af et mellemliggende datterselskab, da disse per definition ikke er hjemmehørende i samme medlemsstat, som datterselskabet (hovedkontoret).

Derved har EU-Domstolen skabt større klarhed over, hvilket subjekt som kan anvende Marks & Spencer-doktrinen i forbindelse med grænseoverskridende udnyttelse af endelige underskud. I en dansk sammenhæng – hvor den nationale sambeskatning også omfatter datter-datterselskaber – betyder dette, at danske selskaber også kan påberåbe sig Marks & Spencer-doktrinen i forhold til udenlandske datter-datterselskaber, som angivet ovenfor.

Tilbage står dog fortsat usikkerheden om, hvad der udgør et endeligt underskud, hvilket også blev adresseret af EU-Domstolen i både C-607/17 *Memira Holding AB* og C-608/17 *Holmen AB*.

5. OM ENDELIGE UNDERSKUD

5.1 C-607/17 *Memira Holding AB* – Sagens faktum

Memira Holding AB var et svensk selskab, som 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 Holding AB overvejede at foretage en grænseoverskridende fusion af det tyske datterselskab ind i *Memira Holding AB*, hvorefter alle direkte og indirekte aktiviteter i Tyskland ville ophøre. Dette ville efter tyske regler udgøre en opløsning uden likvidation, og underskuddet på 7,6 mio. EUR ville ikke længere kunne udnyttes i Tyskland, da det efter tysk ret ikke var muligt at overføre sådanne underskud til et andet selskab.(22)

Memira Holding AB ansøgte derfor Skatteråtsnämnden om bekræftelse på, at *Memira Holding AB* kunne foretage fradrag for

sit tyske datterselskabs akkumulerede underskud i sin svenske selskabsskat, såfremt fusionsplanen blev gennemført.(23)

Dette blev *ikke* bekræftet af Skatteråtsnämnden med henvisning til først intern svensk lovning. Det tyske datterselskabs underskud kunne således ikke overtages af moderselskabet i henhold til svensk lovgivning om beskatning af kvalificerede fusioner, idet datterselskabet i så fald skulle være skattepligtigt i Sverige, ligesom der ej heller kunne indrømmes adgang til fradrag efter reglerne om koncernlempelse. Dernæst anførte Skatteråtsnämnden med henvisning til EU-retten, at da 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, skulle underskuddene ikke anses for endelige efter Marks & Spencer-doktrinen.(24) Tre af Skatteråtsnämndens medlemmer var ikke enige heri, men fandt derimod, at *Memira Holding AB*'s tyske datterselskabs underskud skulle anses for at være endelige, for så vidt som der ikke inden for *Memira*-gruppen var et tysk selskab eller et fast driftssted i Tyskland, som datterselskabet kunne fusioneres med. Den omstændighed, at det efter tysk ret ikke var muligt at overføre underskud i forbindelse med en fusion med et andet selskab, som er skattepligtigt i Tyskland, var ikke et relevant kriterium for at fastslå, at datterselskabets underskud ikke var endeligt, ifølge disse tre medlemmer af Skatteråtsnämnden.(25)

Det bindende svar fra Skatteråtsnämnden blev påklaget til Högsta förvaltningsdomstolen – både af Skatteverket og *Memira Holding AB*. Högsta förvaltningsdomstolen fandt det herefter nødvendigt at forelægge EU-Domstolen følgende to præjudicielle spørgsmål:(26)

“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?”

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 dér?”

5.2 C-607/17 *Memira Holding AB* – EU-Domstolens svar

5.2.1 Første spørgsmål

Med det første spørgsmål skulle det i forhold til vurderingen af endeligt underskud afklares, hvilken betydning der skal tillægges den omstændighed, at den medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, *ikke* giver mulighed for at overføre et selskabs underskud til en anden skattepligtig person i tilfælde af fusion, når en sådan overførsel er mulig i tilfælde af fusion mellem hjemmehørende selskaber i den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

EU-domstolen bemærkede hertil, at det i denne henseende er tilstrækkeligt at bemærke, at de begrundelser, som EU-Domstolen anførte i Marks & Spencer-dommens præmis 55, andet led, udtrykkeligt omfatter det tilfælde, at den omstændighed, at udnyttelsen af underskuddene er umulig – hvilket er en betingelse for at anse dem for endelige – kan udspringe af, om der kan tages hensyn hertil i forbindelse med senere skatteår af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne.(27)

EU-domstolen fastslog herefter, at underskud således ikke kan anses for endelige, hvis det fortsat er muligt at anvende disse underskud økonomisk ved at overføre dem til tredjepart. Det kan ikke uden videre udelukkes, at en tredjepart skattemæssigt kan tage hensyn til datterselskabets underskud i sidstnævntes hjemstat, f.eks. som følge af en overdragelse af datterselskabet til en pris, som indbefatter værdien af den skattemæssige fordel, som retten til for fremtiden af fradrage underskud repræsenterer. Den blotte omstændighed, at lovgivningen i datterselskabsstaten ikke giver mulighed for at overføre underskud i tilfælde af fusion, er følgelig ikke i sig selv tilstrækkelig til at betragte datterselskabets underskud som endelige.(28)

EU-domstolen besvarede derfor det første spørgsmål med, at ved bedømmelsen af, om et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud er endelig, er den omstændighed, at medlemsstaten, hvori datterselskabet er hjemmehørende, ikke giver mulighed for at overføre et selskabs underskud i tilfælde af fusion ikke afgørende, medmindre det godtgøres, at det er umuligt at udnytte disse underskud.(29)

5.2.2 Andet spørgsmål

Med det andet spørgsmål skulle det afklares, om der skal tages hensyn til, at der ikke i datterselskabets hjemstat er nogen anden enhed, som havde kunnet opnå fradrag for underskuddene, hvis et sådant fradrag havde været tilladt dér.

EU-domstolen fastslog med henvisning til besvarelsen af det første spørgsmål, at de begrænsninger for overførsel af underskud gennem en fusion, som følger af lovgivningen i datterselskabets hjemstat, ikke er afgørende, så længe moderselskabet ikke har godtgjort, at det er umuligt for en tredjepart at tage hensyn til underskuddene, bl.a. efter en overdragelse, hvor prisen indbefatter underskuddenes skattemæssige værdi.(30)

Hvis det omvendt godtgøres, at det ikke er muligt for en tredjepart at tage hensyn til underskuddene – og såfremt de øvrige betingelser, der er anført i Marks & Spencer-dommens præmis 55 tillige er opfyldt – har skattemyndighederne pligt til at fastslå, at et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud er endelige, og at det som følge heraf er uforholdsmæssigt ikke at give moderselskabet mulighed for hos sig at tage hensyn til disse underskud. Det er på den baggrund uden betydning for bedømmelsen af, hvorvidt underskud er endelige, om der i det underskudsgivende datterselskabs hjemstat findes andre enheder, hvortil datterselskabets underskud havde kunnet overføres inden for rammerne af en fusion, såfremt dette havde været muligt.(31)

EU-domstolen besvarede derfor det andet spørgsmål med, at det, såfremt den omstændighed, som er nævnt i det første spørgsmål, viser sig relevant, er uden betydning, at der således ikke i datterselskabets hjemstat er nogen anden enhed, som havde kunnet opnå fradrag for underskuddene, hvis et sådant fradrag havde været tilladt.(32)

EU-domstolen svarede tilsvarende i C-608/17 *Holmen AB* vedrørende de yderligere spørgsmål i sagen om endelige underskud.

5.3 C-608/17 Holmen AB – Yderlige faktum

Det relevante faktum, særligt i forhold til adgangen til grænseoverskridende underskudsudnyttelse fra datterdatterselskaber, er nærmere beskrevet ovenfor i afsnit 3.1.

I forhold til spørgsmålet om, hvad der udgør endelige underskud skal det herudover bemærkes, at det efter de spanske regler om sambeskatning var muligt uden begrænsning at modregne underskud mellem de spanske selskaber. Ligeledes kunne uudnyttede underskud uden tidsmæssig begrænsning fremføres og modregnes i fremtidige overskud, ligesom der i visse tilfælde var adgang til

modregning i tidligere års overskud. I tilfælde af likvidation – hvorved den spanske koncern opløses – fordeles koncernens resterende underskud ud på de selskaber, hvor de er opstået. I likvidationsåret er det dog ikke muligt for nogen anden enhed end den enhed, hvori underskuddene er opstået, at udnytte disse underskud.(33)

Högsta förvaltningsdomstolen fandt det nødvendigt – i forhold til vurderingen af endelige underskud – at indbringe følgende præjudicielle spørgsmål (nr. 2-4) for EU-Domstolen:(34)

“2) Skal et underskud også anses for at være endeligt for den del, der som følge af reglerne i datterselskabsstaten ikke har kunnet modregnes i overskud, som er opnået dér i et givent år, men i stedet kunne være blevet fremført for eventuelt at kunne fradrages i et efterfølgende år?”

3) Skal det ved bedømmelsen af, om et underskud er endeligt, tages i betragtning, at der efter reglerne i datterselskabsstaten er begrænsninger i muligheden for et andet subjekt end underskudssubjektet selv for at opnå adgang til fradrag af underskuddet?”

4) Hvis en sådan begrænsning som omhandlet i spørgsmål 3 skal tages i betragtning, skal der da tages hensyn til, i hvilken udstrækning begrænsningen rent faktisk har medført, at en del af underskuddene ikke har kunnet modregnes i de overskud, som er opnået hos et andet subjekt?”

5.4 C-608/17 Holmen AB – EU-Domstolens svar

5.4.1 Tredje spørgsmål

EU-domstolen valgte først at besvare det tredje spørgsmål vedrørende betydningen af, at det i likvidationsåret ikke er muligt for nogen anden enhed end den enhed, hvori underskuddene er pådraget, at udnytte disse underskud.

EU-domstolen bemærkede – ligesom i C-607/17 *Memira Holding AB* – at de begrundelser, som EU-Domstolen anførte i Marks & Spencer-dommens præmis 55, andet led, udtrykkeligt omfatter det tilfælde, at den omstændighed, at udnyttelsen af underskuddene er umulig – hvilket er en betingelse for at anse dem for endelige – kan udspringe af, om der kan tages hensyn hertil i forbindelse med senere skatteår af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne.(35)

EU-domstolen fandt, at i en situation som den, der overvejes af *Holmen AB*, kan underskud ikke anses for endelige, hvis det fortsat er muligt at anvende disse underskud økonomisk ved at overføre dem til tredjepart inden likvidationens afslutning. Det kan således ikke uden videre udelukkes, at en tredjepart skattemæssigt kan tage hensyn til datterselskabets underskud, f.eks. som følge af en overdragelse af datterselskabet til en pris, som indbefatter værdien af den skattemæssige fordel, som retten til for fremtiden af fradrage underskud repræsenterer. Den blotte omstændighed, at lovgivningen i datterselskabsstaten ikke giver mulighed for at overføre underskud i likvidationsåret, er følgelig ikke i sig selv tilstrækkelig til at betragte datterselskabets eller datter-datterselskabets underskud som endelige, som det ligeledes var tilfældet i C-607/17 *Memira Holding AB*.(36)

EU-domstolen besvarede derfor det tredje spørgsmål med, at med henblik på bedømmelsen af, om et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud er endelige, er den omstændighed, at den medlemsstat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, ikke giver mulighed for at overføre et selskabs underskud til en anden skattepligtig person i likvidationsåret, men ikke desto mindre tillader overførslen af sådanne underskud til andre skatteår for samme selskab, ikke afgørende, medmindre moderselskabet godtgør, at det er umuligt for det at udnytte disse underskud ved,

bl.a. gennem en overdragelse, at sørge for, at en tredjepart kan tage hensyn til dem i forbindelse med senere skatteår.(37)

5.5 Andet og fjerde spørgsmål

EU-domstolen behandlede herefter det andet og fjerde spørgsmål samlet, og anførte at restriktioner for overførsel af underskud, der følger af lovgivningen i datterselskabets hjemstat, ikke er afgørende, så længe moderselskabet ikke har godtgjort, at det ikke er umuligt for en tredjepart at anvende underskuddene, bl.a. efter en overdragelse, hvor prisen indbefatter underskuddenes skattemæssige værdi.(38) I så fald kan der ikke være godtgjort endelige underskud.

Omvendt såfremt det godtgøres, og såfremt de øvrige betingelser, der er anført i Marks & Spencer-dommens præmis 55, i øvrigt er opfyldt, har skattemyndighederne pligt til at fastslå, at et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud er endelige, og at det som følge heraf er uforholdsmæssigt ikke at give moderselskabet mulighed for hos sig at tage hensyn til disse underskud. EU-Domstolen anførte herefter at, det – på den baggrund – er uden betydning for bedømmelsen af, om underskud er endelige, i hvilket omfang det underskudsgivende selskab er blevet begrænset i sine muligheder for at fremføre udnyttede underskud, eller i hvilket omfang andre enheder i samme koncern, der ligeledes er beliggende i det underskudsgivende datterselskabs hjemstat, kunne have været begrænset i deres muligheder for at få overført datterselskabets underskud.(39)

EU-domstolen besvarede derfor det andet og fjerde spørgsmål med, at såfremt den omstændighed, som er nævnt i det tredje spørgsmål, viser sig relevant, er det uden betydning, i hvilket omfang lovgivningen i den medlemsstat, hvor det datterselskab, som har lidt de underskud, der kan anses for at være endelige, er hjemmehørende, har haft til følge, at en del af disse underskud ikke har kunnet modregnes i det underskudsgivende datterselskabs løbende overskud eller i de løbende overskud, der er opnået hos en anden enhed i samme koncern.(40)

6. KONKLUSION OM ENDELIGE UNDERSKUD

EU-domstolen fastholder med både C-607/17 *Memira Holding AB* og C-608/17 *Holmen AB*, at moderselskabet skal godtgøre, at betingelserne for fradrag efter Marks & Spencer-doktrinen er opfyldt. Såfremt denne bevisbyrde løftes, er skattemyndighederne er forpligtet til at yde fradrag herfor.

EU-domstolen præciserer herudover, at bevisbyrden ikke blot kan løftes med henvisning til den omstændighed, at lovgivningen i datterselskabsstaten ikke giver mulighed for at overføre underskud i likvidationsåret. Dette er ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at betragte datterselskabets eller datter-datterselskabets underskud som endelige. Det skal nemlig samtidigt godtgøres, at en tredjepart skattemæssigt ikke har eller kan tage hensyn til datterselskabets underskud 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. EU-Domstolen omtaler dette som at anvende disse underskud økonomisk ved at overføre dem til tredjepart (*possibility of deducting those losses economically by transferring them to a third party*), hvor sælger "realiserer" underskuddet gennem salgsprisen.

Det skal samtidigt bemærkes, at EU-Domstolen i begge afgørelser direkte henviser til den del af Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelser, herunder et eksempel med et tomt selskab med et akkumuleret underskud. Såfremt hjemstedsmedlemsstaten tillader overdragelse af selskabet uden, at underskud går tabt, vil der derved blive taget hensyn til de eksisterende underskud via *købsprisen for virksomheden*, hvorved sælgeren i dette omfang "realiserer" disse underskud. Med Kokotts ord er det ikke uden grund, at EU-

Domstolen kræver, at alle muligheder for fradrag af underskud skal være udtømt, hvilket også indbefatter en overdragelse af underskuddene til en tredjepart ved et salg.(41) Netop denne argumentation om overdragelse af underskud synes EU-Domstolen at tilslutte sig, således at alle muligheder skal være udtømt, herunder en økonomisk realisation af underskuddet ved overdragelse af underskuddene til en tredjepart ved et salg.

EU-domstolen henviste derimod ikke til Kokotts bemærkninger om, at underskud altid skal konstateres som værende endeligt ved skatteårets afslutning, og at disse ikke senere kan blive til endelige underskud som følge af, at en yderligere fremførsel af underskud ikke er mulig på grund af likvidationen.(42) Tværtimod synes EU-Domstolen fortsat at fastholde Marks & Spencer-doktrinen, hvorefter fradrag hos moderselskab for underskud pådraget i andre medlemsstater af datterselskaber, datter-datterselskaber og faste driftssteder kan nægtes, så længe moderselskabet ikke har godtgjort, at der ikke længere består en risiko for dobbeltfradrag.

Samlet set synes C-607/17 *Memira Holding AB* og C-608/17 *Holmen AB* således fortsat at statuere, at et moderselskab skal godtgøre, at disse underskud ikke allerede er udnyttet og umuligt kan udnyttes (juridisk eller økonomisk) af nogen part, for at moderselskabet har et retskrav på fradrag efter Marks & Spencer-doktrinen. Moderselskabet skal således godtgøre, at der ikke består en risiko for dobbeltfradrag, da det i så fald er uforholdsmæssigt at nægte fradrag i moderselskabets medlemsstat, eksempelvis Danmark.

7. AFSLUTTENDE KOMMENTARER

På baggrund af EU-Domstolens faste praksis om Marks & Spencer-doktrinen, herunder C-607/17 *Memira Holding AB* og C-608/17 *Holmen AB* kan det udledes, at:

- Bevisbyrden for, at et tab er endeligt, er hos moderselskabet i Danmark (skatteyder).
- Et underskud kun er endeligt, såfremt det ikke er udnyttet og umuligt kan udnyttes i fremtiden, inkl. at sælger ikke via salgsprisen ved et salg af datterselskabet har "realiseret" eller kan "realisere" underskuddet.
- Et dansk moderselskab også kan opnå fradrag for endelige underskud pådraget i datter-datterselskaber, såfremt det eller de mellemliggende selskaber alle er hjemmehørende i samme medlemsstat som datter-datterselskabet. I modsat fald må Marks & Spencer-doktrinen eventuelt påberåbes i det mellemliggende datterselskab, som direkte ejer datter-datterselskabet, hvilket formentligt også må gælde i forhold til underliggende faste driftssteder.(43)

Samlet set er det derfor fortsat særdeles aktuelt for danske selskaber at være opmærksomme på underskud pådraget i datterselskaber, datter-datterselskaber og faste driftssteder i andre EU-eller EØS-medlemsstater, da der som beskrevet i denne artikel under visse betingelser kan opnås fradrag herfor i Danmark, selvom koncernen ikke har valgt international sambeskatning efter SEL § 31 A. Der er i Danmark fortsat ikke foretaget lovændringer på grundlag af Marks & Spencer-doktrinen eller udstedt et styresignal på baggrund af den danske sag C-650/16 *Bevola*. Danske selskaber er således lidt endnu overladt til direkte at støtte ret på EU-retten.

Seneste udvikling er, at der den 13. september 2019 udsendes udkast til lovforslag (J.nr. 2019-6665), hvorefter Marks & Spencer doktrinen foreslås implementeret i SEL § 31 E med virkning fra indkomståret 2019. Det fremgår af lovudkastet, at danske selskaber mv., der ikke er omfattet af international sambeskatning efter SEL § 31 A, kan medregne underskud i:

- direkte ejede datterselskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne eller i Grønland,
- indirekte ejede datterselskaber, der er skattemæssigt hjemmehørende i lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne eller i Grønland, hvis alle de mellemliggende selskaber er skattemæssigt hjemmehørende i det samme land som det indirekte ejede datterselskab,
- faste driftssteder i lande, der er medlem af EU/EØS, på Færøerne eller i Grønland, og
- underskud vedrørende fast ejendom beliggende i udlandet.

Opgørelsen af det fradragsberettigede beløb skal ske efter danske regler.

Det betinges efter den foreslåede SEL § 31 E ydermere, at underskuddet er endeligt, hvilket i udgangspunktet skal afgøres efter reglerne mv. i det land, hvor datterselskabet er hjemmehørende, eller hvor det faste driftssted henholdsvis den faste ejendom er beliggende. Et underskud er kun endeligt 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 underskuddet efter reglerne i landet (eller tredjelande). Dog er et underskud alligevel ikke endeligt i det omfang, det i tidligere indkomstår, det pågældende indkomstår eller i senere indkomstår kunne være anvendt eller ville kunne anvendes, hvis reglerne om adgang til fradrag for underskud havde været identiske med de danske regler herom. Det er ikke givet, at

et sådan dobbeltkrav i vurderingen af, om et underskud er endelig tabt, er foreneligt med EU-retten, hvilket forhåbentligt afdækkes under lovarbejdet.

Slutteligt betinges det for så vidt angår underskud i datterselskaber, at underskuddet kunne have været anvendt efter reglerne i SEL § 31 A, hvis der havde været valgt international sambeskatning.⁽⁴⁴⁾ Der er særdeles uklart, hvorledes denne betingelse skal forstås, samt om dette er foreneligt med EU-retten. Det er åbenbart, at et selskab efter EU-retten ikke har krav på en bedre skattemæssig behandling, end hvad der måtte følge af SEL § 31 (ikke SEL § 31 A) i en ren national sambeskatning, hvilket også afspejles i at det fradragsberettigede underskud skal opgøres efter danske regler. Men det er tvivlsomt, om det er foreneligt med EU-retten at nægte fradrag for et underskud, som løbende ville være blevet udnyttet i en dansk sambeskatning, alene fordi underskuddet i "endelighedsåret" ikke kunne være udnyttet i en sambeskatning efter SEL § 31 A. Det kan således overvejes af hensyn til forenelige med EU-retten, om der her burde sondres mellem (i) underskud, som tidligere ville være udnyttet i en dansk sambeskatning, og (ii) underskud, som ikke ville være udnyttet i en dansk sambeskatning, men i ville udgøre et fremførbart underskud.

Det skal blive spændende at følge lovarbejdet og den endelige implementering i dansk ret, herunder om denne bliver i fuld overensstemmelse med Marks & Spencer doktrinen, som behandlet ovenfor. Glædelig er i hvert fald udsigten til en endelig lovfæstelse i dansk ret.

- (1) Se også *Nørgaard Laursen* i RR.2019.07.0024.
- (2) Se for omtale heraf bl.a. *Vinther og Guldmand Hansen* i SR-Skat 2018.325, *Tell* i SU 2019,3 og *Nørgaard Laursen* i RR.2019.07.0024.
- (3) Se bl.a. *Winther-Sørensen*: Marks & Spencer-dommen, SU 2006, 3, *Von Jessen*: Marks & Spencer – konsekvenser i EU-medlemslandene, SU 2006, 67, *Nielsen*: Marks & Spencer-dommen – og hvad så?, SU 2006, 111, *Meussen*: The Marks & Spencer Case: reaching the boundaries of the EC Treaty, EC Tax Review 2003 p.144-148, *Meussen*: The Marks & Spencer Case: The Final Countdown Has Begun, European Taxation 2005 p.160-163, *Helminen*: The Esab Case (C-231/05) and the Future of Group Taxation Regimes in EU, Intertax 2005 p.595-602, *Lang*: The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word, European Taxation 2006 p.54-67, *Scheunemann*: Decision in the Marks & Spencer Case: a Step Forward, but No Victory for Cross-Border Group Taxation in Europe, Intertax 2006 p.54-57, *O'Shea*: Marks and Spencer v Halsey (HM Inspector of Taxes): restriction, justification and proportionality, EC Tax Review 2006 p.66-82 og *O'Shea*: EU Cross-Border Loss Relief: Which View Will Prevail?, Tax Notes International 2008 p.104-108.
- (4) Se bl.a. C-446/03 *Marks & Spencer*, C-231/05 *OY AA*, C-414/06 *Lidl*, C-157/07 *Krankenheim Ruhesitz*, C-337/08 *X Holding BV*, C-123/11 *A Oy*, C-322/11 *K*, C-48/13 *Nordea*, C-172/13 *Kommissionen mod Storbritannien*, C-388/14, *Timac Agro Deutschland* og C-650/16 *Bevola*.
- (5) Se henvisninger i note 4.
- (6) Se nærmere nedenfor i afsnit 3.2 og 5.2.1.
- (7) Såfremt datterselskabet eller det faste driftssted aldrig har haft mulighed for fradrag for underskuddet, kan Marks & Spencer-doktrinen ikke anvendes, da skatteyderen da ikke kan anses for at have udtømt alle muligheder for udnyttelse af underskuddet, idet denne mulighed aldrig har eksisteret. Se C-322/11 *K*, præmis 76-82, og senere C-172/13 *Kommissionen mod Storbritannien*, præmis 33.
- (8) Se C-650/16 *Bevola*, præmis 58.
- (9) Se C-650/16 *Bevola*, præmis 55-58. Se også *Vinther og Guldmand Hansen* i SR-Skat 2018.325 og *Hangaard Jensen* i SU 2019,2.
- (10) Se præmis 10.
- (11) Se præmis 3-5.
- (12) Se præmis 11-12.
- (13) Se præmis 14.
- (14) Se præmis 15-17.
- (15) Se præmis 20-21.
- (16) Se præmis 23.
- (17) Se præmis 24-25.
- (18) Se præmis 26-29.
- (19) Se præmis 30-32.
- (20) Se præmis 33.
- (21) Se C-418/07 *Société Papillon* om adgang til sambeskatning – også uden for endelige underskud – hvor moderselskab og datterdatterselskab/underliggende fast driftssted er hjemmehørende i samme medlemsstat. Se ligeledes C-18/11 *Philips Electronics* og C-28/17 *NN* om adgang til sambeskatning mellem søsterselskaber mv.
- (22) Se præmis 8-11.
- (23) Se præmis 12.
- (24) Se præmis 12-15.
- (25) Se præmis 16.
- (26) Se præmis 17-19.
- (27) Se præmis 24.
- (28) Se præmis 25-26.
- (29) Se præmis 28.
- (30) Se præmis 30.
- (31) Se præmis 31-32.
- (32) Se præmis 33.
- (33) Se præmis 6-9.
- (34) Se præmis 17.
- (35) Se præmis 36.
- (36) Se præmis 37-39.
- (37) Se præmis 40.
- (38) Se præmis 42.
- (39) Se præmis 43-44.
- (40) Se præmis 45.
- (41) Se punkt 65-70 i forslag til afgørelse i C-607/17 *Memira Holding AB* samt punkt 57-63 i forslag til afgørelse i C-608/17 *Holmen AB*.
- (42) Se punkt 57-60 i forslag til afgørelse i C-607/17 *Memira Holding AB*.
- (43) Se C-418/07 *Société Papillon* om adgang til sambeskatning – også uden for endelige underskud – hvor moderselskab og datterdatterselskab/underliggende fast driftssted er hjemmehørende i samme medlemsstat. Se ligeledes C-18/11 *Philips Electronics* og C-28/17 *NN* om adgang til sambeskatning mellem søsterselskaber mv.
- (44) For så vidt angår underskud i faste driftssteder og underskud vedrørende 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.