

## Artikler

111

### **Marks & Spencer-dommen – og hvad så?**

*Af Michael Kirkegaard Nielsen, Ernst & Young A/S*

Mange håbede, at der med Marks & Spencer-dommen ville blive bragt klarhed over, hvorledes underskud i datterselskaber i andre EU-medlemslande skal behandles skattemæssigt. Desværre må dommen siges at være et kompromis, der snarere tager hul på problemstillingen end at løse den. I artiklen beskrives konsekvenserne af dommen og de spørgsmål og uklarheder, som dommen skaber vedrørende mulighederne for at fradrage underskud i udenlandske datterselskaber.

Det er ingen hemmelighed, at Marks & Spencer-dommen<sup>1</sup> var ventet med stor spænding i skattekrede i Danmark og for dens sag skyld i hele EU. I lyset af den efterhånden linde strøm af domme fra EF-Domstolen, der har statueret, at skatteregler var uforenelig med EU-retten, var forventningen rimelig stor i retning af, at EU-reglerne skulle åbne op for sambeskatning med datterselskaber i andre EU-medlemsstater på samme måde som sambeskatning med indenlandske datterselskaber.

EF-Domstolens dom af 13/12 2005 var derfor ikke den forløsning, som nogle håbede på, og andre (myndighederne?) frygtede. På EU-rettens nuværende udviklingstrin er det min opfattelse, at EF-Domstolen har formået at forene hensynet til på den ene side den enkelte medlemsstats beskatningssystem og på anden side risikoen for udhuling af dette ved muligheden for at etablere sig i andre medlemsstater.<sup>2</sup>

Det følger af præmis 33 at udelukkelse af fradrag for underskud pådraget et datterselskab i en anden medlemsstat kan afskrække fra at oprette datterselskaber i andre medlemsstater og dermed være i strid med etableringsretten (præmis 34).

Kort fortalt siger dommen herefter, at EU-traktaten ikke stiller krav om sambeskatning med datterselskaber i andre EU-lande, selv om sambeskatning med datterselskaber i hjemlandet er muligt. Men hvis det udenlandske datterselskab ikke kan udnytte sit underskud i sit hjemland, skal moderselskabet kunne fradrage underskuddet. Datterselskabets underskud skal være "endeligt". Herved undgås dobbeltfradrag, dvs. skattefradrag i både moderselskabets og datterselskabets hjemland.

Dette forekommer umiddelbart ganske rimeligt, men udelukker ikke en forskelsbehandling, idet underskud i det udenlandske datterselskab ikke kan udnyttes løbende i modsætning til underskud i datterselskaber i moderselskabets hjemland. Dommen må udlægges således, at det er et kompromis, der må laves for at undgå dobbeltfradrag eller f.eks. komplicerede genbeskatningsregler. Det vil sige, at når underskuddet i datterselskabet er endeligt, skal moderselskabet kunne fradrage det.

Ud over at dobbeltfradrag (præmis 47) skal kunne forhindres, henviser EF-Domstolen også til, at koncernen ikke frit skal kunne vælge om fradrag for underskud skal ske i datterselskabets hjemland eller i moderselskabets hjemland (præmis 46) og dernæst, at det skal kunne forhindres, at underskud overføres til de selskaber, hvor skatteværdien af underskuddet er størst (præmis 49). Disse præmisser kan formentlig ikke tillægges større rækkevidde. Det må forudsættes, at moderselskabet skal anvende reglerne i sit hjemland ved opgørelsen af datterselskabets indkomst, således at disse regler må skulle anvendes ved vurdering af, hvorledes underskuddet skal kunne udnyttes, jf. nedenfor. Den omstændighed, at skatteprocenterne er forskellige

ses vanskeligt at kunne bruges som argument for at nægte fradrag, idet medlemsstaterne selv er herre over deres eget beskatningssystem og konsekvenserne heraf. Hertil kommer, at transfer pricing-regler må give den fornødne sikkerhed for, at der ikke sker vilkårlig placering af over- og underskud i koncernen.

I den praktiske verden opstår herefter en lang række uafklarede problemstillinger, som ikke nødvendigvis kan afklares af den enkelte medlemsstat alene, idet fortolkningen kan kræve koordinering mellem medlemsstaterne.<sup>3</sup> Nedenfor har jeg forsøgt at skitsere en række af disse problemstillinger, som kan blive den største hindring for at anvende reglerne.

Udgangspunktet er, at et underskud i et udenlandsk datterselskab skal kunne fradrages af moderselskabet, når datterselskabet ikke selv kan udnytte underskuddet. Første test må derfor være, om der er et underskud. Efter min opfattelse må dommen tolkes således, at der opgøres et skattemæssigt resultat efter skattereglerne i datterselskabets hjemland (som selv angives og beskattes der) og dernæst et skattemæssigt resultat efter reglerne i moderselskabets hjemland. Såfremt betingelserne for, at moderselskabet kan udnytte underskuddet er opfyldt, må det være et underskud opgjort efter reglerne i moderselskabets hjemland, der kan fradrages af moderselskabet. Dette bør følge af dommens indledningsvise bemærkninger om skattemæssig forskelsbehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende datterselskaber (præmis 34). Lider datterselskabet et tab, der ikke er fradragsberettiget efter reglerne i moderselskabets hjemland, må underskudsfradrag hos moderselskabet være udelukket, idet moderselskabet ikke bør stilles bedre end var det et hjemmehørende datterselskab. Underskudsbegrebet er herefter ikke entydig, idet forskelligheder i skattesystemerne kan betyde, at datterselskabet har skattemæssigt underskud i hjemlandet og positiv skattepligtig indkomst opgjort efter moderselskabets regler eller omvendt. Forskelle, der begrundes i periodiseringsforhold, kan i et vist omfang udligne disse forskelle.

Da det afgørende må være, om moderselskabet ville kunne have fradraget underskuddet, hvis datterselskabet var hjemmehørende i moderselskabets hjemland, samler interessen sig

selvfølgelig om den situation, hvor der er underskud efter moderselskabets regler. Forestiller man sig at datterselskabet lider et tab, der ikke er fradragsberettiget i datterselskabets hjemland, men fradragsberettiget i moderselskabets hjemland, kan der ikke opstå dobbeltfradrag, og moderselskabet må kunne fradrage et skattemæssigt underskud. Spørgsmålet, om der foreligger et endeligt underskud, ses derfor ikke kun at knytte sig til likvidationer, virksomheds-overdragelser, ejerskifter, men også til forskelle i principperne for opgørelse af den skattepligtige indkomst.

I situationer, hvor der er fradrag efter begge staters regler, skal det vurderes, om datterselskabet kan udnytte (eller lade andre udnytte sine fradrag) efter skattereglerne i sit hjemland. Regler om forældelse af underskud er vel det mest umiddelbare konstaterbare forhold. Fortabelse af underskud af andre årsager vil ofte skyldes en aktiv handling (f.eks. fusion, likvidation), hvilket giver grobund for en disput, om hvorvidt fortabelsen af underskuddet er "kunstigt" og dermed ikke nødvendigvis skal anerkendes som grundlag for fradrag hos moderselskabet, jf. præmis 57, der giver mulighed for udelukkelse af kunstige arrangementer. I lyset af de danske skattemyndigheders praksis om krav om "forretningsmæssig begrundelse" ved skattefri omstruktureringer kunne en særdeles restriktiv praksis forventes i Danmark.

Som følge af, at restriktioner efter EU-retten ikke må være mere indgribende end nødvendigt, må det klart have formodningen for sig, at fortabelse af underskud ved omstruktureringer m.v., der involverer en uafhængig part, skal accepteres som endelige underskud. Tilsvarende må gælde koncerninterne omstruktureringer, der ikke foretages alene for at opnå, at underskuddet fortages, idet det ikke ses foreneligt med EU-retten at stille større krav til forretningsmæssig begrundelse i relation til underskudsfradrag i forhold til f.eks. ansøgninger om skattefri spaltning eller aktieombytning.

Fortabelse af underskud ved omstrukturering giver dog en række uafklarede problemstillinger. I tilfælde, hvor datterselskabet undergår en omstrukturering, der medfører, at underskuddet ville fortages efter reglerne i moderselskabets hjemland – men ikke datterselskabets, opstår en

situation, hvor underskuddet er tabt efter reglerne i moderselskabets hjemland, før det eventuelt kan konstateres, at underskuddet er endeligt ("mellemliggende omstrukturering"). Den omstændighed, at vurdering af, om underskuddet kan fradrages, udskydes, medfører således betydelig risiko for, at mulighed for fradrag fortabes inden da.

Hvis f.eks. underskuddet forældes samtidigt i begge stater bør det afgørende være, om underskuddet er endeligt, og moderselskabet gives fradragsret, idet den omstændighed, at fradragsretten for tidligere års underskud udskydes, ikke i sig selv bør være til hinder for fradrag. Et tilsvarende problem kan opstå i tilfælde, hvor underskuddets endelighed konstateres ved omstrukturering af datterselskab, og underskuddet samtidigt efter reglerne i moderselskabets hjemland bortfalder som følge af omstruktureringen.

Disse problemstillinger fører videre til spørgsmålet om, hvornår underskuddet skal kunne fradrages? I det år hvor underskuddet endeligt konstateres eller ved genoptagelse af tidligere indkomstår? Sidste løsning synes mest i overensstemmelse med et princip om, at forskelsbehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende datterselskaber ikke må finde sted.

Sambeskatningsreglerne og mulighederne for at udnytte underskud m.v. er imidlertid ikke kun et spørgsmål for moder- og datterselskaber. De sambeskattede selskaber udgør typisk store koncerner, hvor underskud fordeles mellem søsterselskaber m.v. I tilfældet hvor moderselskabet ikke har mulighed for at udnytte underskuddet i det udenlandske datterselskab, bør underskuddet kunne udnyttes af andre sambeskattede selskaber i moderselskabets hjemland. Selv om underskuddet herved ikke udnyttes af et selskab, der har benyttet sig af etableringsretten, ses den tilsigtede ligestilling mellem underskud i hjemmehørende og ikke-hjemmehørende datterselskaber ikke at kunne opnås, medmindre retten til udnyttelse af underskud anskues på koncernplan. I modsat fald ses det vanskeligt at opnå den ligestilling mellem underskud i hjemmehørende og ikke-hjemmehørende datterselskaber, som Marks & Spencer-dommen tilsigter.

Yderligere kompliceret bliver det, hvis flere lande involveres. I tilfælde, hvor moderselska-

bet blot er et mellemliggende holdingselskab og eneste koncernselskab i sit hjemland, opstår følgende interesse for om moder-motherselskabet i en 3. EU-medlemsstat skal kunne udnytte underskuddet i datterselskabet. Umiddelbart kan det anføres, at det kun er det mellemliggende holdingselskab, der har udnyttet etableringsretten, og denne ikke kan overføres på moder-motherselskabet. En sådan fortolkning forekommer dog ikke altid rimelig med tanke på, at den ultimative beslutningskompetence ofte ligger hos moder-motherselskabet, og dette selskab blot gør brug af etableringsretten gennem det mellemliggende holdingselskab. Hvor grænsen så skal sættes synes vanskelig at sige, idet det ved søstersambeskatninger i flere stater må henstå uafklaret, hvor fradraget i givet fald skal kunne udnyttes.

Praktiske hensyn og en snæver anvendelse af etableringsbegrebet taler således for, at alene det direkte moderselskab, der etablerer et datterselskab i udlandet, kan udnytte underskuddet. I sidste ende kan det betyde, at Marks & Spencer-dommen er en skattemæssig Pyrrhus-sejr, som ikke kan bruges til noget som helst, idet kravene til, hvornår der foreligger et *endeligt* underskud, kan være snævre, og dette sammenholdes med, at kun det (moder)selskab, der direkte ejer datterselskabet skal kunne udnytte underskuddet.

I værste fald kan disse uafklarede punkter medføre, at selskaber må igennem besværlige og omkostningstunge processer for at overbevise skattemyndighederne om, at betingelserne for underskudsfradrag er opfyldt, og/eller at de begrænsninger eller restriktioner som et medlemsland måtte introducere går ud over, hvad der er nødvendigt. Konsekvensen kan blive, at den åbning, som dommen giver, i realiteten bliver illusorisk, indtil EF-Domstolen i fremtiden har afstukket mere præcise retningslinjer for, hvornår og hvordan underskud udnyttes.

Man kan i denne forbindelse kun håbe og opfordre til, at skattemyndighederne aktivt ser på de hensyn i dommen, der stimulerer etableringsretten og Danmarks EU-retlige forpligtelser, og dermed inddrømmer danske selskaber fradrag for endelige underskud i udenlandske datterselskaber uden, at der skal etableres international sambeskatning. Et krav om, at fradraget kun kan gives, hvis alle andre selskaber også inddrages, ses

umiddelbart i strid med dommens præmisser, og danske selskaber bør ikke henvises til processer om dette spørgsmål.

Spørgsmålet er derfor også om Marks & Spencer-dommen ved en mere begrænset udlægning vil være interessant i andre sammenhænge. Såfremt man tager udgangspunkt i dommens umiddelbare snævre præmisser om moderselskabets adgang til at udnytte endelige underskud i datterselskabet, kan det anføres, at moderselskabets overvejelser om adgang til at udnytte underskud vel ikke begrænses til underskud i datterselskabet, men ligeså vel kan omfatte underskud i moderselskabet. Ved en national sambeskatning kan underskud i moderselskabet anvendes af datterselskabet. Overføres dette på et udenlandsk datterselskab, bør datterselskabet kunne udnytte endelige underskud i moderselskabet. En sådan praksis synes for så vidt i god tråd med et princip om, at alene det direkte moderselskab skal kunne udnytte datterselskabets underskud, jf. ovenfor.

Det umiddelbare modargument er logisk, at moderselskabet kan fradrage tab, der er lidt af datterselskabet, fordi moderselskabet har kapitalinteresser i datterselskabet og dermed lider et tab. Datterselskabet som sådant lider imidlertid ikke et tab, fordi moderselskabet har underskud, og er derfor ikke berettiget til tabsfradrag. Afgørende i denne sammenhæng må være rækkevidden af etableringsretten og ligestillingen i adgangen til tabsfradrag mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende datterselskaber. I dette lys lider moderselskabet et tab i forhold til hjemmehørende selskaber – hvis datterselskabet ikke indrømmes fradrag. Konsekvensen er imidlertid, at datterselskabet i sit hjemland skal indrømmes fradrag for tab i et udenlandsk moderselskab, som vel ikke normalt tillades. På nuværende tidspunkt må det imidlertid være vanskeligt at udstrække rækkevidden af Marks & Spencer-dommen til denne mulighed.

Selv om datterselskaber ikke kan sidestilles med etablering via fast driftssted, og at der dermed ikke foreligger en sammenlignelig situation<sup>4</sup> synes det dog nærliggende at foretage visse sammenligninger. Med udgangspunkt i dommens hovedtese i præmis 33-34, jf. ovenfor, hvor manglende adgang til at udnytte underskud kan være hindrende for etableringsretten, kan

dette også anskueliggøres for faste driftssteder. Såfremt et dansk selskab etablerer en filial i Padborg, kan underskud i hovedkontoret udligne overskud i filialen. Oprettelse af filialen (fast driftssted) derimod i Flensborg, er det ikke muligt, og selskabet bliver derved skattebetalende, blot fordi filialen ligger i Tyskland. Det er min opfattelse, at dette – som påpeget i præmis 33 – kan afskrække fra at vælge at etablere filial i Flensborg frem for i Padborg, og dermed er uforeneligt med etableringsretten (præmis 34). I realiteten er der tale om, at indkomstopgørelsen i filialens hjemland skal udstrækkes til et globalindkomstprincip i modsætning til det territorialprincip, der som udgangspunkt gælder for filialer. Ifølge Schumacker-dommen<sup>5</sup> skal arbejdsstaten indrømme begrænset skattepligtige samme fradrag som fuldt skattepligtige, hvis hovedparten af indtægten optjenes i arbejdsstaten. Schumacker-dommen omhandler arbejdskraftens frie bevægelighed, og spørgsmålet er, om samme princip kan overføres til etableringsretten. I praksis ses EF-Domstolen ikke i sager om etableringsretten at have henset til, om etableringen i omfang havde væsentlig betydning for virksomheden for, at der er beskyttelse efter EU-traktaten, jf. principperne i Wielockx-dommen<sup>6</sup>.

Det er klart, at et sådant princip bryder med hævdundne principper om allokering af indkomst til faste driftssteder, men spørgsmålet er måske snarere disse allokeringerprincipper – som i sin grundtanke baseres på et princip om, at indkomsten i det faste driftssted skal opgøres efter aktiviteten i filialen med en grundtanke om at beskytte staternes beskatningsret – er foreneligt med et indre marked og den frie etableringsret.

I relation til etableringsretten kan det således undre, at allokeringreglerne for faste driftssteder i sig selv må/kan medføre skattepligt. Anvendelse af et globalindkomstprincip må dog forudsætte, at der – i stedet for at opgøre separate indkomster på grundlag af isolerede aktiviteter – må opgøres en fælles indkomst, der herefter allokteres. Herved undgås dobbeltfradrag. Det er næppe muligt at gennemføre et sådant princip uden ændringer i fællesskabsretten. Kommissionens politik om fastsættelse af *et fælles konsolideret selskabsskattegrundlag* går tilbage til 2001.<sup>7</sup>

Kommissionen har adresseret problemstillingen i en meddelelse om skatte- og toldpolitikens bidrag til Lissabon-strategien.<sup>8</sup> Kommissionen nævner i meddelelsen, at *det forhold, at man for øjeblikket har 25 forskellige – og sommetider endog gensidigt uforenelige – selskabs-skattesystemer i EU, skaber de facto yderligere omkostninger for virksomhederne med hensyn til at sikre, at de overholder skattereglerne, og endvidere giver det kun få muligheder for tabsdækning ved grænseoverskridende aktiviteter, selv om der i mange tilfælde findes en sådan tabsdækning, når der er tale om forhold, der kun vedrører hjemlandet. Noget sådant burde ikke gøre sig gældende i et virkeligt indre marked.*

Ganske interessant henviser Kommissionen også til sambeskatningsreglerne og nævner, at selskabsbeskatningsreglerne behandler grænseoverskridende aktiviteter i EU forskelligt og ofte mindre gunstigt end lignende aktiviteter inden for hjemlandets grænser. Dette opmuntrer virksomhederne til at investere på hjemmemarkedet og afholder dem fra at deltage i fremmede virksomheder og oprette datterselskaber i udlandet. Samtidig hermed giver uforeneligheden mellem de nationale systemer mulighed for skatteunddragelse.

Ifølge meddelelsen har Kommissionen til hensigt at gennemføre det nødvendige forberedende arbejde for at kunne skabe et fælles konsolideret skattegrundlag inden for de kommende 3 år med henblik på at fremlægge en EU-lovgivningsforanstaltning i 2008.

Som en af de målrettede foranstaltninger udtaler Kommissionen, at da der ikke findes en ordening for grænseoverskridende udligning af underskud,<sup>9</sup> synes denne situation at have en

indvirkning på erhvervslivets beslutninger, idet virksomhederne enten vælger at investere på hjemmemarkedet eller at foretage grænseoverskridende investeringer i større medlemsstater på grund af den større sandsynlighed for, at de allerede har et skattegrundlag dér, hvor underskuddet kan modregnes. Mens der kan tages højde for grænseoverskridende underskud inden for ét selskab, dvs. underskud i et fast driftssted i udlandet, i selskabets hovedkontor i de fleste medlemsstater, er der kun få medlemsstater, der tillader modregning af udenlandske underskud inden for en koncern, dvs. udligning af et underskud i en udenlandsk virksomhed, der tilhører samme koncern. Det er klart, at denne forskelsbehandling medfører en forvriddning af markedet.

#### Noter

- 1) C-446/03 (SU 2006, 17).
- 2) Jf. Niels Winther-Sørensen, SU 2006, 3.
- 3) Jf. Morten von Jessen i SU 2006, 67 med en gennemgang af konsekvenserne i de enkelte medlemsstater.
- 4) Jf. Niels Winther-Sørensen, SU 2006, 3.
- 5) Sag C-279/93 (SU 1995, 95).
- 6) Sag C-80/94 (SU 1995, 256).
- 7) KOM (2001) 582, SEK (2001) 1681 og KOM (2003) 726 – herunder arbejdet vedr. Home State Taxation.
- 8) KOM (2005) 532.
- 9) Direktivforslag KOM (90) 595 er trukket tilbage.

#### Redaktionel kommentar:

*Kommissionen har indledt tekniske drøftelser med medlemsstaterne med henblik på at fremlægge en meddelelse. Kommissionen har netop oplyst, at dette vil ske inden for de kommende måneder.*