

EU-domstolens dommer i Memira og Holmen

Fradrag for konsern- bidrag til datterselskap i annen EØS-stat



Advokat
Andreas Bullen (PhD)
Wiersholm



Advokatfullmektig
Marius Grenness
Wiersholm

EU-domstolens dommer i Holmen og Memira bidrar til en ytterligere innsnevring av anvendelsesområdet til det såkalte «final loss-unn-taket». I artikkelen redegjør vi for EU-domstolens vurderinger og kommenterer disse. Vi tar også opp utvalgte spørsmål i forlengelsen av de spørsmålene som EU-domstolen tok stilling til.

Innledning

Forskjellsbehandling

For at giver skal få fradrag for et konsernbidrag, krever skatteloven («sktl.») § 10-4 at både giver og mottaker av konsernbidraget er norske selskaper. Bestemmelsen innebærer dermed en forskjellsbehandling, idet norske morselskaper får fradrag for konsernbidrag ytt til datterselskaper etablert i Norge,

Enda vanskeligere å kreve fradrag for underskudd i en annen EØS-stat

Av EU- og EFTA-domstolens rettspraksis følger at norske morselskaper kan kreve fradrag (gjennom konsernbidrag) for «endelig» underskudd hos et datterselskap i en annen EØS-stat. Det sentrale spørsmålet i denne sammenhengen er hva som ligger i kravet om at underskuddet må være «endelig». Spørsmålet ble senest berørt i EU-domstolens dommer i Memira og Holmen, der retten til fradrag for underskudd i en annen EØS-stat ytterligere snevres inn. EU-domstolen fastslo her:

- Et mellomliggende holdingselskap må være hjemmehørende i samme EØS-stat som underskuddsselskapet for at morselskapet skal ha fradragserrett.
- Nasjonale regler i underskuddsstaten som begrenser muligheten til å utnytte underskuddet, medfører ikke som sådan at underskuddet blir endelig.
- Morselskapet må dokumentere at det ikke var mulig å overføre underskuddsselskapet til en tredjepart (som var villig til å betale for skatteverdien av underskuddet).

men ikke for konsernbidrag ytt til datterselskaper etablert i andre EØS-stater. Tilsvarende regler for resultatutjevning i flere andre EØS-stater innebærer tilsvarende forskjellsbehandling, eksempelvis de svenske og finske konsernbidragsreglene og de britiske «loss relief»-reglene.

Allerede i *Marks & Spencer*-dommen avsagt i 2005 fastslo EU-domstolen at denne forskjellsbehandlingen innebærer en restriksjon for etableringsretten,¹ hvilket har blitt bekreftet i senere dommer avsagt av EU-domstolen² og

EFTA-domstolen.³ EU-domstolen fastslo imidlertid også at restriksjonen i prinsippet kan opprettholdes som begrunnet i hensynet til å ivareta følgende allmenne hensyn:

- Hensynet til en balansert fordeling av beskatningskompetansen mellom forskjellige medlemsstater, hvilket «kunne gjøre det nødvendig, at man på den økonomiske virksomhet i et selskap, der har hjemsted i en af disse stater, kun anvender denne stats skatteregler med hensyn til såvel overskud som underskud».⁴ Etter EU-domsto-

¹ Sak C-446/03, *Marks & Spencer*, avsnitt 34.

² Se f.eks. sak C-80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company*, avsnitt 19; sak C-172/13, *EU-kommisjonen mot Storbritannia*, avsnitt 22–23.

³ Sak E-15/16, *Yara*, avsnitt 36. Se også HR-2019-140-A, *Yara*.

⁴ Sak C-446/03, *Marks & Spencer*, avsnitt 45.

lens syn ville det bringe den balanserte fordelingen av beskatningskompetansen i alvorlig fare, dersom selskapene gis mulighet til å velge om underskuddet skal fradragsføres i underskuddstaten eller i en annen medlemsstat, «idet beskatningsgrunlaget ville blive forhøjet i den første stat og nedsat i den anden med de overførte underskud».⁵

- Hensynet til å avverge at underskuddet blir fradragsført to ganger, både i underskuddstaten og morselskapsstaten.
- Hensynet til å avverge skatteomgåelse i den form «at overførslerne af underskud bliver organiseret inden for en koncern af selskaber i retning mod de selskaber, der har hjemsted i de medlemsstater, der anvender den højeste skattesats, og hvor skatteværdien af underskuddene derfor er størst».⁶

Final loss-unntaket

EU-domstolen fastslo endelig at restriksjonen likevel ikke ville være nødvendig for å ivareta disse hensyn dersom underskuddet er «endelig», hvilket gjerne omtales som «Marks & Spencer-unntaket» eller «final loss-unntaket». For at det skal foreligge et endelig underskudd, må muligheten for å utnytte underskuddet i underskuddstaten i tidligere, innværende og fremtidig inntektsår være uttømt:⁷

«Domstolen skal uttale, at den i hovedsagen omhandlede restriktive foranstaltning går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det væsentlige i de forfulgte mål i en situation, hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab har uttømt alle de 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 i tidligere skatteår, og der ikke er mulighed for at tage hensyn til det udenlandske datterselskabs underskud i dets hjemstat i forbindelse med senere skatteår enten af selskabet selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne.»⁸

I senere dommer har EU-domstolen⁹ og EFTA-domstolen¹⁰ utpenslet innholdet i final loss-unntaket i større detalj, og tendensen har vært at unntaket blir stadig snevrere. Det er imidlertid fremdeles en rekke spørsmål som er ubesvart. Den 19. juni 2019 avsa EU-domstolen to nye dommer (*Holmen*¹¹ og *Memira*¹²), som bidro til å besvare visse av de ubesvarte spørsmålene, og som i likhet med de tidligere dommene, bidro til å innsnevre unntakets anvendelsesområde ytterligere. Begge saker gjaldt svenske morselskaper som ønsket å få fradrag for underskudd pådratt av datterselskaper etablert i andre EØS-stater (henholdsvis Spania og Tyskland). I dommene vurderte EU-domstolen betydningen av at underskuddsselskapet ikke var direkte eid av morselskapet, og av rettslige begrensninger i adgangen til å utnytte underskuddet i underskuddsstatens internrett.

Lovfesting av konsernbidrag til utenlandsk datterselskap

For sammenhengens skyld nevner vi at Finansdepartementet publiserte et høringsnotat den 13. august 2019 («Høringsnotatet»), hvor departementet foreslår at skatteloven tilføyes en ny § 10-5 om konsernbidrag til utenlandsk datterselskap. Departementet foreslår her å kodifisere EU-domstolens og EFTA-domstolens rettspraksis i saker vedrørende grenseoverskridende konsernbidrag o.l.¹³ Lovforslaget er svært

detaljert, og oppstiller en rekke vilkår for at det norske morselskapet skal ha fradragsrett for konsernbidrag til det utenlandske datterselskapet. Høringsfristen er satt til 13. november 2019, og det gjenstår å se om høringsinstansene er enige i departementets tolkning av EU- og EFTA-domstolens praksis. Finansdepartements lovforslag og dets videre skjebne må imidlertid være tema for en eventuell fremtidig artikkel.

Indirekte eide underskuddsselskaper

Problemstilling

Sverige krever direkte eie

I motsetning til Norge, har Sverige endret sine konsernbidragsregler slik at svenske morselskaper gis fradrag for konsernbidrag ytt til datterselskaper etablert i andre EØS-stater, forutsatt at datterselskapet har et «final loss». Et vilkår for fradragsrett er imidlertid at datterselskapet må være direkte eid av det svenske morselskapet. I *Holmen*¹⁴ vurderte EU-domstolen om dette vilkåret var forenlig med EØS-retten. Vilkalet vil kun være forenlig med EØS-retten dersom det er nødvendig for å ivareta de allmenne hensyn som ble akseptert i *Marks & Spencer*, jf. punktet Forskjellsbehandling ovenfor.

Faktum i Holmen

Det svenske morselskapet Holmen AB («Holmen») eide flere datterdatterselskaper i Spania gjennom et spansk datterselskap (holdingselskap). Et av datterdatterselskapene hadde gått med underskudd i en årrekke, og hadde et betydelig fremførbart underskudd. Holmen ønsket å likvidere alle selskapene i Spania slik at konsernets virksomhet i landet opphørte. I og med at underskuddsselskapet ikke var direkte eid av det svenske morselskapet, var ikke vilkårene for å avgj konsernbidrag med fradragsrett oppfylt. Spørsmålet var om dette var i strid med reglene om etableringsretten.

I det følgende vil det mellomliggende selskapet mellom morselskapet og underskuddsselskapet bli omtalt som «holdingselskapet». Holdingselskapets

⁵ Sak C-446/03, *Marks & Spencer*, avsnitt 46.

⁶ Sak C-446/03, *Marks & Spencer*, avsnitt 49.

⁷ Se også HR-2019-140-A, *Yara*, avsnitt 94 («Unntaksregelen i *Marks & Spencer*-saken avsnitt 55 gir klart uttrykk for at mulighetene for å utnytte tapet skal vurderes både ut fra et fortidig, nåtidig og fremtidig perspektiv»).

⁸ Sak C-446/03, *Marks & Spencer*, avsnitt 55.

⁹ Se f.eks. sak C-650/16 *Jens W. Trock*, avsnitt 61 flg.; sak C-172/13, *EU-kommisjonen mot Storbritannia*, avsnitt 26 flg.; sak C-414/06, *Lidl Belgium*, avsnitt 47 flg.

¹⁰ Sak E-15/16, *Yara*, avsnitt 40–46.

¹¹ Sak C-608/17.

¹² Sak C-607/17.

¹³ Høringsnotatet s. 15 («(...) *fradragsretten for tap i utenlandske konsernselskap [bør] ikke gjøres mer omfattende enn det som er nødvendig for å oppfylle Norges EØS-forpliktelser. Departementet foreslår derfor at fradragsretten begrenses til endelig tap i det utenlandske konsernselskapet. Det foreslås videre at endelig tap avgrenses i samsvar med *Marks & Spencer* og etterfølgende EU/EØS-rettspraksis. Det vil si at praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen vil være sentrale kilder ved tolkningen av unntaket.*»).

¹⁴ Sak C-608/17.

etableringsstat vil omtales som «holdingstaten».

I sin analyse sondret EU-domstolen mellom to situasjoner, dvs. når holdingselskapet er etablert i *en annen* EØS-stat enn underskuddsselskapet og *i samme* EØS-stat som underskuddsselskapet. Vi vil strukturere artikkelen i samsvar med denne sondringen.

Scenario 1: Holding etablert i en annen EØS-stat enn underskuddsselskap

EU-domstolens vurdering

Det første scenarioet kjennetegnes altså av at holdingselskapet er hjemmehørende i en annen EØS-stat enn underskuddsselskapet. EU-domstolen konkluderte med at det ikke ville være uproporsjonalt å nekte morselskapet fradrag for underskuddsselskapets endelige underskudd i en slik situasjon. EU-domstolen viste til at slik fradragrett ville gi konsernet rett til å velge om underskuddet skulle komme til fradrag i morselskapsstaten eller i holdingstaten, hvilket ville forrykke den balanserte fordelingen av beskatningskompetansen mellom EUs medlemsstater (avsnitt 27). Dette ville for det første gi konsernet mulighet til å drive med skattesatsoptimalisering, ved å sørge for at underskuddet ble fradragført i den staten som hadde høyest skattesats av morselskapsstaten og holdingstaten (avsnitt 28). For det andre ville dette skape risiko for at underskuddet ble fradragført to ganger, dvs. både i morselskapsstaten og i holdingstaten (avsnitt 28).

EU-domstolens konklusjon innebar imidlertid ikke at konsernet ville være avskåret fra grenseoverskridende resultatutjevning i en flerleddet konsernstruktur. Poenget var kun at konsernet ikke hadde valgrett, men måtte kreve fradrag for underskuddet i hjemstaten til det holdingselskapet som var direkte eier av underskuddsselskapet (avsnitt 29):

«(...) undtagelsen i den nævnte præmis [i Marks & Spencer finder] under alle omstændigheder (...) anvendelse på den medlemsstat, hvor det datterselskab, som direkte ejer datterdatter-

selskabet, er hjemmehørende, og hvor ansøgningen om grænseoverskridende koncernlempelse for sidstnævnte selskabs underskud skal behandles.»

Rettslig umulig for holding å utnytte underskuddet

Holdingsstaten har konsernbidragsregler

EU-domstolens løsning var således at det er det holdingselskapet som er direkte eier av underskuddsselskapet som må kreve fradrag for underskuddet (som også for øvrig må tilfredsstille kriteriene for at final loss-unntaket skal få anvendelse).

Denne løsningen er ukontroversiell dersom holdingstaten *har* konsernbidragsregler eller andre regler for resultatutjevning i konsern som kun får anvendelse i innenlandske situasjoner. I så fall vil holdingstatens skatteregler være i strid med etableringsfriheten. EU-domstolen fastslår altså at konsernet må angripe reglene i holdingstaten, og således ikke kan velge å kreve fradrag for underskuddet i morselskapsstaten i stedet.

Holdingsstaten har ikke konsernbidragsregler

Løsningen er mer kontroversiell dersom holdingstaten ikke har internrettslige konsernbidragsregler eller andre regler for resultatutjevning i konsern som ville ha fått anvendelse i en tilsvarende innenlandsk situasjon. EU-domstolen vurderte ikke betydningen av dette i *Holmen*, idet holdingselskapet og underskuddsselskapet var hjemmehørende i samme EØS-stat i denne saken (dvs. Spania, jf. punktet Scenario 2: Holding etablert i samme EØS-stat som underskuddsselskap nedenfor). I en slik situasjon ville ikke konsernet gis mulighet til skattesatsoptimalisering eller dobbelt fradrag for underskuddet, selv om morselskapet gis rett til fradrag for konsernbidraget. På den annen side synes EU-domstolen å mene at rettslige begrensninger for å utnytte underskuddet i *underskuddsstaten* ikke som sådan fører til at underskuddet kvalifiserer som endelig, jf. punktet Scenario 2: Holding etablert i samme EØS-stat som underskuddsselskap nedenfor. Dette kan tilsi at heller ikke rettslige begrensninger i holdingstaten kan medføre at konsernet gis rett til å velge å

kreve underskuddsfradrag i morselskapsstaten i stedet. Spørsmålet om rettslige begrensninger i underskuddsstaten medfører at underskuddet kvalifiserer som endelig, er imidlertid et annet enn spørsmålet om rettslige begrensninger i holdingstaten skal vektlegges i vurderingen av hvilken stat konsernet må kreve underskuddsfradrag i. Problemstillingen ble heller ikke berørt i *Holmen*, idet holdingselskapet og datterselskapet var hjemmehørende i samme stat i den saken. Det er derfor neppe endelig avklart hvordan EU-domstolen vil vurdere en slik situasjon, dersom den settes på spissen.

Faktisk umulig for holding å utnytte underskuddet

Selv om holdingstaten har konsernbidragsregler eller andre regler for resultatutjevning i konsern, kan det imidlertid tenkes at det er *faktisk* umulig for holdingselskapet å utnytte underskuddet. Slik faktisk umulighet kan f.eks. foreligge dersom holdingselskapet går med underskudd eller har lave overskudd, slik at holdingselskapet ikke er i posisjon til å oppnå (fullt) skattefradrag for underskuddet.

I en slik situasjon vil ikke konsernet gis mulighet til skattesatsoptimalisering eller dobbelt fradrag for underskuddet, selv om morselskapet gis rett til fradrag for konsernbidraget. Selv om heller ikke denne situasjonen ble berørt i *Holmen*, antar vi at morselskapet må kunne kreve fradrag for underskuddet i en slik situasjon. En annen sak er at morselskapet formodentlig vil ha bevisbyrden for at det faktisk *er* umulig for holdingselskapet å oppnå effektivt fradrag for underskuddet.

Betydningen av at konsernet ikke har foretatt et skattemotivert valg av giverland

Et ytterligere spørsmål er om det har noen betydning at konsernets valg av giverstat ikke er skattemotivert. Sett f. eks. at morselskapet skattlegges med 20 % sats, at holdingselskapet skattlegges med 35 % sats, og at konsernet likevel velger å kreve fradrag for underskuddet i morselskapsstaten. I en slik situasjon kan ikke hensynet til å avverge

skattesatsoptimalisering begrunne at morselskapet skal være avskåret fra å gis underskuddsfradrag. Derimot vil risikoen for dobbelt fradrag for underskuddet også gjøre seg gjeldende i denne situasjonen. Heller ikke denne situasjonen ble eksplisitt vurdert i *Holmen*, og det kan neppe anses endelig avklart om hensynet til å avverge dobbelt fradrag – uavhengig av om konsernet faktisk oppnår dobbelt fradrag eller ikke – er tilstrekkelig til å begrunne at morselskapet skal være avskåret fra å kreve underskuddsfradrag.

Scenario 2: Holding etablert i samme EØS-stat som underskuddsselskap

Som nevnt var holdingselskapet og underskuddsselskapet hjemmehørende i samme stat i *Holmen*, dvs. i *Spania*. I dette lyset fremstår EU-domstolens uttalelser i analysen av det første scenariet som *obiter dicta* (dvs. uttalelser som ikke har betydning for resultatet i saken, og som derfor tillegges begrenset vekt). EU-domstolen konkluderte med at kravet om direkte eierskap var uproporsjonalt i det andre scenariet,¹⁵ idet konsernet ikke gis mulighet til skattesatsoptimalisering eller dobbelt fradrag for underskuddet, selv om morselskapet gis rett til fradrag for konsernbidraget i en slik situasjon (avsnitt 31 og 32):

«31. Under sådanne omstendigheter er risikoen for, at konsernen optimerer sin skattebelastning ved at velge, i hvilken medlemsstat den modregner underskuddene, og risikoen for, at underskuddene fradrages flere gange af flere medlemsstater, af samme art som den risiko, Domstolen konstaterede i Marks & Spencer-dommens præmis 45-52.

32. Det er således uforholdsmæssigt for en medlemsstat at opstille en betingelse om direkte eierskab som den i hovedsagen omhandlede, når de betingelser, der er anført i Marks & Spencer-dommens præmis 55, er opfyldt.»

¹⁵ Generaladvokaten innstilte her på motsatt løsning, se forslag til avgjørelse i sak C-608/17, *Holmen*, avsnitt 80. EU-domstolens og generaladvokatens vurderinger avvok også fra hverandre på flere andre punkter i *Holmen*. Saken er sånn sett et godt eksempel på at man skal være varsom med å innfortolke generaladvokatens vurderinger i EU-domstolens dom.

Dersom underskuddet er endelig, jf. *Marks & Spencer* avsnitt 55 og holdingselskapet og underskuddsselskapet er etablert i samme EØS-stat, må morselskapet altså gis fradrag for underskuddet for at det ikke skal foreligge brudd på etableringsfriheten.¹⁶ I og med at dette var situasjonen i *Holmen*, var Sveriges vilkår om direkte eierskap i strid med etableringsretten i den konkrete saken.

Scenario 3: Holdingselskap etablert utenfor EØS

Et scenario som ikke ble berørt i *Holmen* var den situasjonen at holdingselskapet er hjemmehørende utenfor EØS. Sett at morselskapet er svensk, holdingselskapet er etablert i Canada og underskuddsselskapet er etablert i Spania. Kan morselskapet kreve fradrag for underskuddet i sin hjemstat i en slik situasjon? Etter vårt syn er det flere forhold som trekker i den retning. Hensynet til en balansert fordeling av beskatningsretten mellom EØS-statene kan ikke begrunne at morselskapet avskjæres fra å kreve fradrag her, idet alternativet vil være å kreve fradraget i en stat utenfor EØS. Konsernet vil altså ikke gis mulighet til skattesatsoptimalisering mellom ulike EØS-stater ved å gis rett til å kreve fradrag i morselskapsstaten i en slik situasjon. For det andre kan ikke konsernet påberope EØS-retten for å oppnå underskuddsfradrag i tredjestaten (Canada) i dette tilfellet.

Riktignok kan det også i dette tilfelle være risiko for at konsernet oppnår dobbelt fradrag for underskuddet dersom morselskapet gis rett til fradrag. Det er imidlertid neppe gitt at holdingselskapet vil ha så generøse regler, at holdingselskapet gis fradrag for underskudd pådratt av et utenlandsk datterselskap, til tross for at holdingstaten ikke er folkerettslig forpliktet til dette (i medhold av EØS-retten). Videre er det ikke gitt at EU-domstolen vil bedømme dobbelt fradrag i en EØS-stat og en tredjestat, på samme måte

¹⁶ I Høringsnotatet (s. 17) foreslår Finansdepartementet å avgrense reglene om grenseoverskridende konsernbidrag i samsvar med dette, se forslag til ny sktl. § 10-5 (2) siste punktum («Frdrag for konsernbidrag etter denne paragrafen gis ikke dersom morselskapet eier datterselskapet gjennom selskap mv. som er hjemmehørende i en annen utenlandsk stat enn datterselskapet»).

som at underskuddet kommer til fradrag to ganger innad i EØS.

Etter vårt syn er det derfor nærliggende å konkludere med at morselskapet må kunne kreve underskuddsfradrag i en situasjon hvor holdingselskapet er hjemmehørende i en tredjestat. Det må likevel medgis at EU-domstolen ikke vurderte dette scenarioet i *Holmen*, idet domstolen kun hadde for øye situasjoner hvor både holdingselskapet og underskuddsselskapet var etablert i en EU-medlemsstat. Noe prejudikat for denne løsningen er det derfor ikke i dommen i *Holmen*.

Begrensinger for underskuddsutnyttelse i underskuddsstatens internrett

Problemstillingen

I sine dommer i *Holmen*¹⁷ og *Memira*¹⁸ tok EU-domstolen også stilling til betydningen av særskilte begrensninger i adgangen til å utnytte underskuddet i underskuddsstatens internrett. Begrensningene hadde følgende karakter:

- *Holmen*: Det svenske morselskapet (Holmen) ønsket å likvidere sin aktivitet i Spania, herunder det datterdatterselskapet som hadde gått med underskudd (til sammen EUR 140 millioner). Datterselskapene i Spania inngikk i et spansk skattekonsern, hvor det i utgangspunktet var full adgang til resultatutjevning. Det gjaldt imidlertid visse begrensninger (avsnitt 6–9). Den begrensningen som var i fokus i saken, var at underskuddsselskapets underskudd bare kunne benyttes av underskuddsselskapet selv i likvidasjonsåret, og således ikke kunne overføres til andre selskaper i skattekonsernet.
- *Memira*: Det svenske morselskapet Memira Holding AB («Memira») hadde et tysk datterselskap som hadde gått med underskudd i en årrekke og som ikke lenger var aktivt. Memira ønsket som følge av dette å fusjonere datterselskapet inn i morselskapet gjennom en grenseoverskridende fusjon. Tysk

¹⁷ Sak C-608/17, *Holmen*.

¹⁸ Sak C-607/17, *Memira*.

internrett tillot imidlertid ikke overføring av underskudd mellom to fusjonerende selskaper.

Spørsmålet var om begrensningene i adgangen til å utnytte underskuddet som sådan innebar at underskuddene i henholdsvis Tyskland og Spania kvalifiserte som «endelige» i final loss-uttakets forstand, jf. *Marks & Spencer* avsnitt 55. EU-domstolens analyser i de to dommene er i all hovedsak parallelle. Vi vil derfor i utgangspunktet begrense oss til å vise til *Holmen*-dommen, men vi vil likevel sette inn referanser til *Memira*-dommen hvor dette fremstår som adekvat.

Internrettslige begrensninger gjør ikke underskuddet «endelig»

I *Holmen* slo EU-domstolen raskt fast at begrensninger i adgangen til å utnytte underskuddet i underskuddstatens internrett ikke i seg selv fører til at underskuddet kvalifiserer som «endelig»: «(...) 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 datterdatterselskabets underskud som endelige (...).»¹⁹

Det må altså noe mer til enn at det rettslig sett ikke er mulig å overføre overskuddet til en tredjepart i likvidasjonsåret, eller at det foreligger andre særskilte begrensninger i utnyttelsesadgangen i underskuddstatens internrett.

Morselskapet må overføre underskuddsselskapet til en tredjepart Underskuddet er ikke «endelig» hvis underskuddsselskapet kan overføres til tredjepart

Overføring til nærstående tredjepart
EU-domstolen gikk så videre til å vurdere hva som måtte til for at underskuddet likevel skulle kvalifisere som endelig. I denne analysen fokuserte domstolen særlig på muligheten for å overføre underskuddsselskapet til en tredjepart,²⁰ og uttalte således følgende:

«(...) i en situation som den, der overvejes af Holmen, kan underskud – også selv om det skulle vise sig, at alle de øvrige tilfælde, som er opregnet i Marks & Spencer-dommens præmis 55, hvor det ikke er muligt at tage hensyn til underskuddene, foreligger – dog ikke anses for endelige, hvis det fortsat er muligt at **anvende disse underskud økonomisk ved at overføre dem [dvs. underskuddene] til tredjepart** inden likvidationens afslutning.»²¹
(Uthevet her)

Tatt på ordet tilsier uttalelsen at morselskapet (eventuelt datterselskapet) må forsøke å overføre selve skatteposisjonen – dvs. underskuddene som sådan – til en tredjepart. Dersom «tredjepart» her forstås som et selskap i samme skattekonsern som underskuddsselskapet,²² er uttalelsen for så vidt uproblematisk. Innad i et skattekonsern vil jo overskudd og underskudd kunne overføres mellom konsernselskapene.

Overføring til uavhengig tredjepart

Dersom «tredjepart» derimot forstås som et uavhengig selskap (som verken er i konsern eller skattekonsern med underskuddsselskapet) er det vanskeligere å forstå hva domstolen har i tankene. I f.eks. norsk skatterett er det som den klare hovedregel ikke mulig å overføre skatteposisjoner fra en skattyter til en annen.²³ Uten å ha undersøkt dette nærmere, ville det overraske oss om hovedregelen var en annen i de fleste andre EØS-stater. Dette kan tilsi

ske datterselskabs underskud i dets hjemstat i forbindelse med senere skatteår enten af selskabet selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne» (uthevet her)). EU-domstolene tok utgangspunkt i dette i sin vurdering, se sak C-608/17, *Holmen*, avsnitt 36 og sak C-608/17, *Memira*, avsnitt 24.
21 Sak C-608/17, *Holmen*, avsnitt 37. Se også sak C-608/17, *Memira*, avsnitt 25 («I en situation som den, der overvejes af Memira, kan underskud – også selv om det skulle vise sig, at alle de øvrige tilfælde, som er opregnet i Marks & Spencer-dommens præmis 55, hvor det ikke er muligt at tage hensyn til underskuddene, foreligger – dog ikke anses for endelige, hvis det fortsat er muligt at anvende disse underskud økonomisk ved at overføre dem til tredjepart»).

22 I denne retning, se forslag til avgjørelse i sak C-608/17, *Holmen*, avsnitt 86.

23 Se f.eks. Zimmer, Lærebok i skatterett (8. utgave, 2018), s. 121 («En konsekvens av hovedregelen om at de vilkår som en skatteregel oppstiller, må være oppfylt hos vedkommende skattyter, er at skatteposisjoner ikke uten særskilt holddepunkt kan overføres fra ett skattesubjekt til et annet»).

at uttalelsen ikke kan tas helt på ordet. EU-domstolens eksemplifisering av hvordan den aktuelle overføringen skal skje trekker i samme retning:

«Det kan nemlig, således som generaladvokaten har anført i punkt 57-63 i forslaget til afgørelse, 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 at fradrage underskud repræsenterer.**»²⁴
(Uthevet her)

Vi antar derfor at det må være tilstrekkelig at morselskapet fører bevis for at det ikke var mulig å overføre *underskuddsselskapet* (i motsetning til selve underskuddet) på slike vilkår som skissert av EU-domstolen til en uavhengig tredjepart. Underskuddet vil således kunne kvalifisere som endelig selv om ikke morselskapet dokumenterer at det er umulig å overføre selve skatteposisjonen til en uavhengig tredjepart (f.eks. fordi underskuddstaten ikke tillater overføring av skatteposisjoner).

Utfallet av morselskapets salgsforsøk Morselskapet finner en kjøper som er villig til å betale for underskuddet

Dersom morselskapet selger underskuddsselskapet til en tredjepart for en pris som fullt ut hensyntar skatteverdien av underskuddet, må det legges til grunn at underskuddet ikke kvalifiserer som endelig. I så fall vil jo morselskapet ha godtgjort at det er mulig å «udnytte disse underskud ved, bl.a. gjennom en overdragelse, at sørge for, at en tredjepart kan tage hensyn til dem i forbindelse med senere skatteår.»²⁵ Så lenge morselskapet oppnår en pris som fullt ut tar hensyn til skatteverdien av underskuddet, er det formodentlig irrelevant om tredjeparten faktisk oppnår fradrag for underskuddet eller ikke.

24 Sak C-608/17, *Holmen*, avsnitt 38. Se også sak C-608/17, *Memira*, avsnitt 26.

25 Se C-608/17, *Holmen*, avsnitt 40 og sak C-608/17, *Memira*, avsnitt 28.

19 Sak C-608/17, *Holmen*, avsnitt 39.

20 Jf. sak C-446/03, *Marks & Spencer*, avsnitt 55, hvor EU-domstolen uttalte at morselskapet må dokumentere at det «ikke er mulig for at tage hensyn til det udenland-

I et slikt tilfelle vil morselskapet riktignok ikke få fradrag for underskuddet som sådan. Morselskapet vil derimot få utbetalt skatteverdien av underskuddet som en del av kjøpesummen. Den delen av kjøpesummen som er betaling for underskuddet, vil imidlertid kunne øke en skattepliktig gevinst. Morselskapet må i så fall gi fra seg en del av underskuddets skatteverdi i form av en gevinstskatt. Formodentlig må EU-domstolen forstås slik at dette likevel ikke medfører at noen del av underskuddet kvalifiserer som endelig.

Morselskapet finner en kjøper, men denne er ikke villig til å betale for underskuddet

Underskuddet i utgangspunktet «endelig»
Dersom morselskapet selger underskuddsselskapet til en tredjepart for en pris som ikke tar hensyn til skatteverdien av underskuddet, må det i utgangspunktet legges til grunn at underskuddet kvalifiserer som endelig. I så fall vil verken morselskapet selv eller noen av dets datterselskaper oppnå fradrag for underskuddet (eller for øvrig få gleden av underskuddets skatteverdi), og underskuddet vil derfor fremstå som endelig.²⁶ Det vil være tilfelle uavhengig av om tredjeparten rent faktisk oppnår fradrag for underskuddet (uten å ha betalt for det), idet dette fradraget jo ikke vil komme morselskapet til gode.

Tredjepart ikke i posisjon til å utnytte underskudd

Et spørsmål er imidlertid om det har noen betydning *hvorfor* tredjeparten ikke er villig til å betale for underskuddet. Én grunn kan være at tredjeparten ikke er i posisjon til å utnytte underskuddet, f. eks. fordi tredjeparten selv har store fremførbare underskudd. I så fall antar vi at det må være klart at tapet kvalifiserer som endelig for morselskapet.

Handel med underskudd ikke tillatt i underskuddsstaten

En annen grunn til at tredjeparten ikke er villig til å betale for underskudd-

det, kan være at underskuddsstaten ikke tillater handel med underskudd og underskuddsselskaper. Dersom underskuddet bortfaller ved et slikt eierskifte, vil ikke kjøper være villig til å betale for det. I Norge vil sktl. § 14-90²⁷ som hovedregel medføre bortfall av underskudd ved overdragelser av underskuddsselskaper med liten aktivitet mv. Bestemmelsen fastslår at dersom et selskap har et fremførbart underskudd og det er sannsynlig at utnyttelse av denne skatteposisjonen er det overveiende motivet for transaksjonen, skal skatteposisjonen falle bort.

Riktignok vil den manglende muligheten til å få betalt for underskuddet her være en konsekvens av skattereglene i underskuddsstaten. EU-domstolen har antatt at begrensninger i adgangen til å utnytte underskuddet som følger av underskuddstatens internrett ikke som sådan kan medføre at underskuddet kvalifiserer som endelig, jf. punktet Internrettslige begrensninger gjør ikke underskuddet «endelig» ovenfor.

Begrensninger som skal hindre misbruk står i en særstilling

Begrensninger som har til formål å forhindre omgåelse og misbruk, står imidlertid etter vårt syn i en særstilling. For det første er anvendelsesområdet til final loss-unntaket nettopp avgrenset for å hindre misbruk. Det ville da være noe paradoksalt om EU- og EØS-retten skulle kreve at skattyterne gjennomfører skattemotiverte transaksjoner i den hensikt å dokumentere at vilkårene for å anvende final loss-unntaket er oppfylt. For det andre inneholder EUs «*Anti Tax Avoidance Directive*»²⁸ en generell omgåelsesregel i artikkel 6, som har til hensikt å motvirke skattemotiverte transaksjoner:

«1. Ved beregning af selskabsskattetilsvaret ser en medlemsstat bort fra arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har, at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med gældende skatteret, og som

ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder. Et arrangement kan omfatte flere trin eller dele.

2. Med hensyn til stk. 1 betragtes arrangementer eller serier af arrangementer som værende ikke reelle, i det omfang de ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommerzielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.»

Uten å ha analysert spørsmålet i detalj, antar vi at salg av tomme eller tilnærmet tomme²⁹ underskuddsselskaper står i faresonen for å kunne rammes av denne bestemmelsen. Det ville være temmelig paradoksalt om EU- og EØS-retten skulle kreve at skattyterne gjennomfører skattemotiverte transaksjoner som står i fare for å rammes av denne bestemmelsen i den hensikt å dokumentere at vilkårene for å anvende final loss-unntaket er oppfylt. I sum antar vi derfor at underskuddet vil fremstå som endelig, selv om grunnen til at tredjeparten ikke er villig til å betale for underskuddet er at underskuddsstaten ikke tillater handel med underskudd og underskuddsselskaper.

Har tredjeparten betalt for underskuddet?

I praksis kan det oppstå spørsmål om tredjeparten rent faktisk har betalt for underskuddet eller ikke. Dersom dette ikke fremgår av salgsavtalen, må dette formodentlig avgjøres basert på å verdsette underskuddselskapets øvrige eiendeler og forpliktelser, og sammenholde denne verdien med den totale kjøpesummen.

Delvis betaling for underskuddet

En ikke upraktisk situasjon er at kjøper bare er villig til å betale en andel av underskuddets skatteverdi, f.eks. 30 % av verdien. I et slikt tilfelle lar det seg hevde at den delen av underskuddet morselskapet ikke oppnådde betaling for, kvalifiserer som et endelig tap. EU-domstolen tok imidlertid ikke stilling til dette spørsmålet. Høyesterett synes imidlertid å være av den oppfatning at ingen deler av underskuddet kan

26 Smnl. HR-2019-140-A, Yara, avsnitt 99 («*Ved å avhende selskapet ville Yara kunne utnytte skatteposisjonene i selskapet. Det er ubestridt at en eventuell kjøper av selskapet ville ha beholdt skatteposisjonene. At tredjemann eventuelt ville betalt mindre for disse skatteposisjonene enn det som tilsvare konsernets vurdering av verdien av posisjonene ved et innmatsalg, kan ikke ha betydning for den rettslige vurderingen*») (Uthevet her).

27 Sktl. § 14-90 er foreslått flyttet til sktl. § 13-3.

28 Rådsdirektiv (EU) 2016/1164 av 12. juli 2016.

29 For at det overhodet skal være spørsmål om å anvende final-loss undertaket er det normalt en forutsetning at underskuddsselskapet har svært begrenset eller ingen aktivitet.

anses som «endelig» i en slik situasjon. I et obiter dictum i Yara-saken antok således Høyesterett at det forhold «[a]t tredjemann eventuelt ville betalt mindre for disse skatteposisjonene [underskuddet] enn det som tilsvarer konsernets vurdering av verdien av posisjonene ved et innmatsalg, kan ikke ha betydning for den rettslige vurderingen».³⁰ Hvorvidt Høyesterett bygget på en korrekt forståelse av EØS-retten på dette punktet, er imidlertid ikke avklart.

Morselskapet finner ingen kjøpere

Underskuddet kvalifiserer som «endelig» Utfallet av salgsforsøket kan naturligvis også være at morselskapet ikke finner noen tredjeparter som er villige til å kjøpe underskuddsselskapet. Dette er formodentlig ikke noen upraktisk situasjon. For at det overhodet skal være tale om å anvende final loss-unntaket, er det tross alt en forutsetning at det er svært liten eller ingen aktivitet i underskuddsselskapet. Underskuddsselskapet vil derfor ofte ikke være noe attraktivt kjøpsobjekt (sett bort fra skatteverdien av underskuddet).

Dersom morselskapet dokumenterer at det ikke er mulig å finne noen tredjeparter som er villige til å kjøpe underskuddsselskapet, vil underskuddet kvalifisere som endelig, og morselskapet må innrømmes fradrag for underskuddet:

«42 (...) restriksjoner, uanset hvilke, for overførsel af underskud, der følger af lovgivningen i datterselskabets hjemstat, er ikke 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.»

43 Såfremt dette godtgøres, og såfremt de øvrige betingelser, der er anført i Marks & Spencer-dommens præmis 55, i øvrigt er oppfylt, **har skattemyndighederne pligt til at fastslå, at et ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud er endelige, og at det som følge heraf er uforholdsmæssigt ikke å give moderselskabet mulighet**

for hos sig at tage hensyn til disse underskud.»³¹ (Uthevet her)

Hvordan bevise at ingen vil kjøpe

underskuddsselskapet?

EU-domstolen pålegger *morselskapet* bevisbyrden for at det ikke var mulig å overføre underskuddsselskapet til en tredjepart.³² EU-domstolen gir imidlertid ingen veiledning mht. *hvordan* morselskapet skal *dokumentere* at det ikke var mulig å finne noen kjøpere.³³ Formodentlig må morselskapet dokumentere at det har gjort konkrete forsøk på å selge underskuddsselskapet. På hvilken måte morselskapet må ha forsøkt å selge underskuddsselskapet og hvor lenge morselskapet må forsøke uten å lykkes, er imidlertid høyst uklart. Generelt er det, på samme måte som å dokumentere at et fenomen (julenissen?) ikke eksisterer, vanskelig å dokumentere at en konkret disposisjon ikke er mulig å gjennomføre. Dette tilsier at domstolene ikke bør stille urealistiske beviskrav, men bør tilpasse beviskravene til hva som er mulig å oppfylle, herunder slik at det ikke stilles urimelig høye krav til hvilke fremstøt skattyterne må foreta for å forsøke å selge underskuddsselskaper.

Avsluttende merknader

EU-domstolens dommer i *Holmen*³⁴ og *Memira*³⁵ bidrar til en ytterligere innsnevring av anvendelsesområdet til final loss-unntaket. Ved analysen av sakens spørsmål tok EU-domstolen utgangspunkt i de allmenne hensyn som kan begrunne restriksjoner for adgangen til grenseoverskridende resultatutjevning innad i EØS (se punktet Forskjellsbehandling ovenfor). I den grad en innsnevring av final loss-unntaket er nødvendig for å ivareta disse hensyn, konkluderer EU-domstolen med at unntaket må innsnevres. Dette er i og for seg en nyttig rettesnor

³¹ Sak C-608/17, *Holmen*, avsnitt 42 og 43. Se også sak C-607/17, *Memira*, avsnitt 30 og 31.

³² Sak C-608/17, *Holmen*, avsnitt 39 («medmindre *Holmen* kan godtgjøre (...)») og sak C-607/17, *Memira*, avsnitt 27 («medmindre *Memira* kan godtgjøre (...)»).

³³ For Høyesteretts vurdering av hvordan dette kan og skal dokumenteres, se HR-2019-140-A, *Yara*, avsnitt 108 flg., hvor Høyesterett blant annet innvender at «[d]et er ikke fremlagt opplysninger om salg fremstøt av noen art eller overslag over verdien av selskapet ved salg til tredjemann».

³⁴ Sak C-608/17, *Holmen*.

³⁵ Sak C-607/17, *Memira*.

for vurderingen av nye spørsmål som EU-domstolen og EFTA-domstolen fremdeles ikke har tatt stilling til.

En rekke spørsmål knyttet til final loss-unntakets anvendelsesområde er likevel fremdeles ubesvart, hvilket illustreres av de mange spørsmålene vi har reist i vår artikkel, men som ikke ble besvart i *Holmen* og *Memira*. At domstolen ikke besvarer spørsmål som ikke oppstod i de konkrete sakene, er det i utgangspunktet lite å innvende mot.

Domstolen unnlater imidlertid også å avklare spørsmål som ligger innenfor de hovedspørsmålene den tok stilling til. Dette gjelder særlig kravene til hvordan morselskapet skal dokumentere at det ikke ville være mulig å overføre underskuddsselskapet til en tredjepart (som er villig til å betale for skatteverdien av underskuddet). Her er det klart behov for ytterligere veiledning fra domstolen. EU-domstolens analyse av betydningen av begrensinger i adgangen til å utnytte underskuddet i underskuddstatens internrett (se punktet Begrensinger for underskuddsutnyttelse i underskuddstatens internrett ovenfor) er dessuten uklar på mange punkter. Vi sitter med et inntrykk av at analysen er foretatt av personer som først og fremst er eksperter i EU-rett, uten dybdekunnskap i skatterett.

Gitt det snevre anvendelsesområdet final loss-unntaket etter hvert har fått og alle tvistene som oppstår for å avklare (det snevre) anvendelsesområdet i detalj, kan man stille spørsmål ved om det for alle parter hadde vært like hensiktsmessig at etableringsretten aldri tillot grenseoverskridende resultatutjevning innad i EØS. EU-domstolen har imidlertid konsekvent fastholdt at unntaket fremdeles gjelder. Med mindre EU-domstolen (mot all formodning) skulle reversere den rettspraksisen som fastslår dette, er det duket for stadig nye tvister om de mange spørsmålene som fremdeles er ubesvart på dette området.