

The background of the slide is a blurred photograph of an audience seated in a room, looking towards a bright screen or stage area. The lighting is soft and professional, typical of a corporate or academic event.

Nationalrapporten 2023 - Subject 1

Sharing and shifting of corporate losses – The new profit shifting?

v. Nina Legaard Kristensen & Mathias Kjærsgaard Larsen

IFA 2023 i Cancun

To skatteretlige hovedemner

Ét af emnerne i 2023 (Subject 1): Sharing and shifting of corporate losses - The new profit shifting?

- Dansk nationalrapport: Nina Legaard Kristensen og Mathias Kjærsgaard Larsen
- Generalrapport: René Matteotti (prof. University of Zürich, Schweiz)
- EU-rapport: Adam Zalasiński (EU-Kommissionen, DG-TAXUD)

39 lande har bidraget til IFA Cahiers 2023



IFA Cahiers 1979

The effect of losses in one country on the income tax treatment in other countries of an enterprise or of associated enterprises engaged in international activities

Finanskrisen

2007-2009

OECD-rapport 2011

Corporate Loss Utilization through Aggressive Planning

BEPS 2013-2015

Intet Action Point om underskud

IFA Cahiers 2023

Sharing and shifting of corporate losses – The new profit shifting?

IFA Cahiers 1998

Tax treatment of corporate losses

OECD-rapport 2010

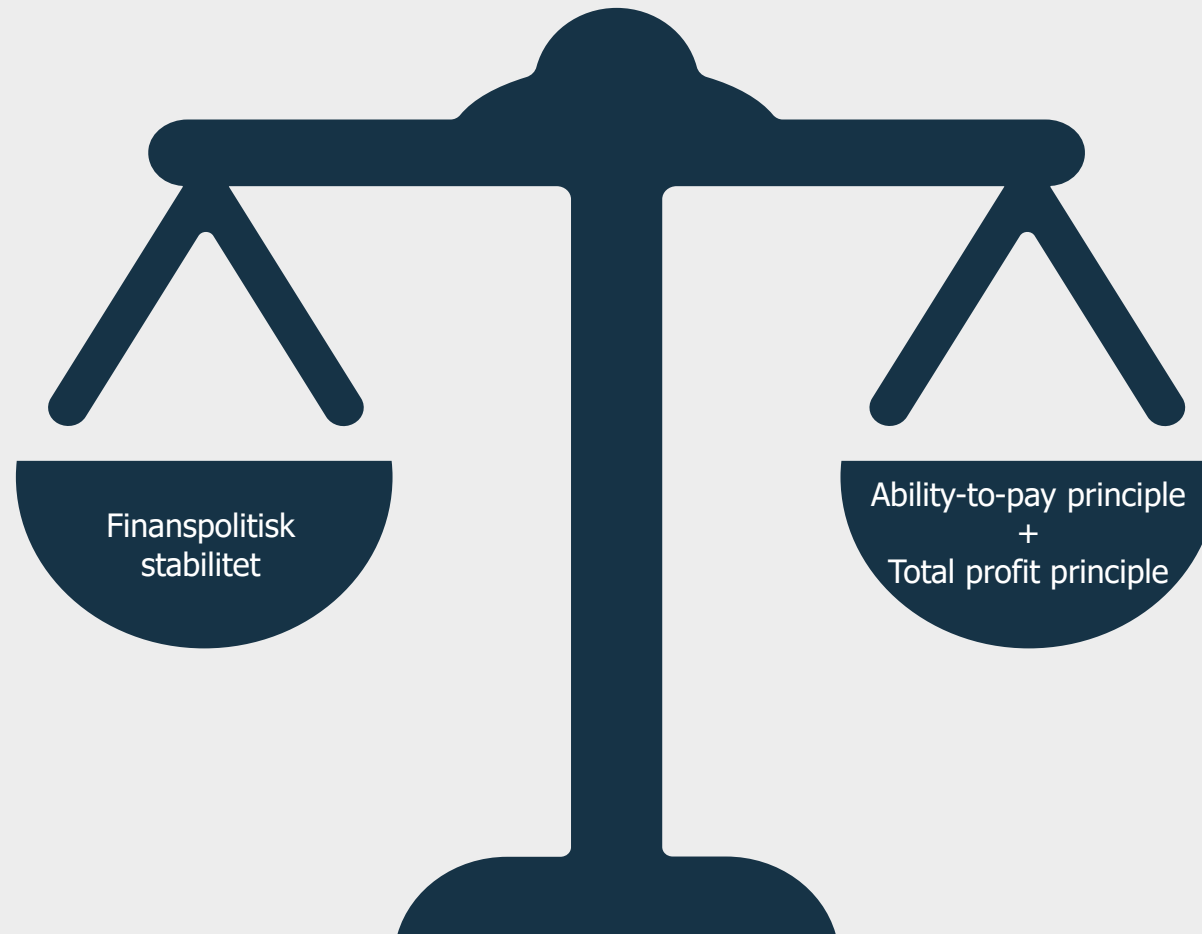
Addressing Tax Risks Involving Bank Losses

IFA-kongres i København 2013

Seminar on cross-border loss utilization

COVID-19

Hensyn bag underskudsregler



Frem- og tilbageførsel af underskud

Tilbageførsel af underskud:

- 12/39 lande giver mulighed for tilbageførsel af underskud
- Ofte begrænset i tid eller beløb
- EU-Kommissionen anbefalede underskudstilbageførsel som reaktion på COVID-19 (Østrig, Tyskland, Belgien, Holland, Polen, Norge ...)

Fremførsel af underskud:

- Alle 39 lande giver mulighed for fremførsel af underskud i et eller andet omfang
- Ofte begrænset i tid eller beløb (60 %-reglen)
 - Den tyske %-regels brug i likvidationstilfælde er til forfatningsmæssig prøvelse ved BVerfG ("eagerly anticipated")

Generalrapportørens kommentarer og anbefalinger:

- "The loss offset regimes in all states lag far behind the ideal of the total profit principle"
- "... with the ongoing digitization of tax authorities and the business world, the over-taxations occurring under current legal systems can likely no longer be justified by the lack of practicality of a loss carryback or loss carryback tax credit system."
- Omgående udbetaling af **skatte kreditter** *eller*
- **Forretning + inflationsjustering** af uudnyttede underskud

Begrænsninger af underskudsudnyttelse

Hvornår har landene typisk regler, hvor udnyttelse af underskud begrænses?

Pre-operating losses

Sideways loss relief

Losses after the
end of the
business

Pre-operating losses

Hvornår kan selskaber fradrage udgifter, der er afholdt i forbindelse med etableringen af ny virksomhed?

- **Danmark:**

- Ikke fradrag for **anlægs- og etableringsudgifter**, jf. SL §§ 5 og 6, stk. 1, litra a
 - Fradrag for sædvanlige, **løbende driftsudgifter** afholdt i forbindelse med etableringen af ny virksomhed, jf. retspraksis
 - OBS: 130 % FU-fradrag
- Argentina, Frankrig, Luxembourg, Panama, Peru og Tyrkiet: nyetablerede virksomheder kan vælge mellem at fradrage eller afskrive pre-operating losses
 - USA: Afskrivning for pre-operating losses skal se inden for 180 måneder.
 - Indien: Pre-operating losses kan fradrages i forbindelse med F&U-aktiviteter mv.

Begrænsninger i form af:

- Tid
- Kvote (procentdel)

Sideways loss relief

Hvornår tillades modregning af underskud fra én forretningsaktivitet i overskud fra en anden forretningsaktivitet i samme virksomhed?

Landene kan opdeles i 3 overordnede grupper:

Lande med generel adgang til sideways loss relief

Lande med begrænsning af sideways loss relief på kapitaltab

Lande, der har yderligere eller forskellige regler om begrænsning af sideways loss relief

Sideways loss relief

Adgang til sideways loss relief

- Europæiske lande, herunder (som udgangspunkt) **Danmark**
- Asiatiske lande, herunder Kinesisk Taipei, Japan, Korea og Singapore
- Tyrkiet, Chile, New Zealand og Sydafrika

De fleste af landene:

- Nettoindkomstprincip
- Baserer opgørelsen af virksomhedens underskud på finansielle regnskaber

Begrænsning af sideways loss relief på kapitaltab

- Nord- og Sydamerika
- UK, Australien, Indien og Israel
- Strenge "ring-fencing"-regler i USA: underskud på salg af aktiv kan kun modregnes i overskud fra et sammenligneligt aktiv
- I Brasilien, Canada og UK kan kapitaltab ikke modregnes i driftsmæssigt overskud, men driftsmæssige underskud kan modregnes i kapitaloverskud
- Flere lande har indført "ring-fencing" regler på visse underskud, herunder F&U-aktiviteter, landbrugsaktiviteter, fast ejendom mv.

Lande, der har yderligere eller anderledes regler om begrænsning af sideways loss relief

Sektorspecifikke ring-fencing-regler:

- Udvindingssektor: Argentina, Norge og New Zealand, (**Danmark**)
- Landbrugsaktiviteter: Finland
- Koncessioneret indkomst (skib, fly mv.): Hong Kong
- Fast ejendom: Liechtenstein
- Boligudlejning: New Zealand

Danske regler for losses after the end of the business

Likvidation

Statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a

- Fradrag for driftsomkostninger, jf. statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a
- Ikke fradrag for kapitaludgifter

Konkurs

Konkursskattelovens § 4

- Underskud fra før konkursens slutning kan ikke fradrages efter dette tidspunkt
- Underskud fra tidligere indkomstår, som er fradragsberettigede i det indkomstår, hvori konkursdekretet afsiges, kan også fradrages ved opgørelsen af konkursindkomsten i de øvrige indkomstår under konkursen indtil dens slutning og ikke i anden indkomst
- Underskud kan tilbageføres i perioden mellem afsigelsen af konkursdekretet og konkursens slutning

Særlige regler

Mulighed for fradrag for driftsomkostninger/underskud efter virksomhedens ophør, f.eks. hvor de pågældende omkostninger kan siges at have direkte sammenhæng med den tidligere virksomheds drift og afholdes i umiddelbar forlængelse af virksomhedens ophør

- **Fjernelsesomkostninger** i kulbrintevirksomheder
- Omkostninger til rensning af forurenede grunde, f.eks. ved nedlæggelse af en tankstation eller fabrik

Andre landes regler om udnyttelse af underskud efter virksomhedsophør

Lande, der tillader tilbageførsel af tab ved virksomhedsophør

- **UK:** Underskud opstået i 12 mdr. forud for regnskabsperioden, hvor virksomheden ophører, kan overføres til regnskabsperioder, der slutter inden for tre år efter begyndelsen af den regnskabsperiode, hvor virksomheden ophører. Underskud, der ikke kan udlignes ved ophør, går tabt.
- **Norge:** Tilbageførsel af underskud i mindst to regnskabsår før ophør af forretningsaktiviteten.
- **Tyrkiet og Japan:** Tilbageførsel af underskud i et år før ophør af forretningsaktiviteten.

Andre regler

- **Italien:** I tilfælde af konkurs kan underskud før insolvensen modregnes i indkomsten i insolvensperioden.
- **Sverige:** Ved insolvens kan skatteydere ikke udnytte underskud, der er opstået før insolvensen.
- **USA og Australien:** Lempelse af kravene til kontinuitet i ejerskabet, da sammensætningen af aktionærer og/eller ledelse kan ændre sig i løbet af en konkursbehandling.

Omstruktureringer

Mulighed for fremførsel af underskud i tilfælde af:



Change of business



Fusion



Spaltning

Change of business & change of ownership

Landene kan overordnet opdeles i 4 grupper:

Lande, der <u>nægter</u> fremførelse af underskud ved ændret forretningsaktivitet	Lande, der <u>nægter</u> fremførelse af underskud ved ejerskifte m.v.	Lande, der <u>tillader</u> fremførelse af underskud i tilfælde af change of business	Andre lande med specielle regler - mellemløsninger
<ul style="list-style-type: none">• Rent økonomisk perspektiv• Underskuddet anses for uadskilleligt forbundet med den forretningsaktivitet, der har skabt underskuddet• Frankrig og Belgien	<ul style="list-style-type: none">• Modifieret civilretligt perspektiv• Hensyn: At modvirke handel med underskudsselskaber• Forskellige tests og tærskler for kvalificeret ejerskifte• De fleste af de 39 lande, herunder Danmark	<ul style="list-style-type: none">• Rent civilretligt perspektiv• Underskuddet følger selskabet, uanset skift i forretningsaktivitet eller ejerkreds• Meget få lande: (Angiveligt) Argentina, Panama, Ukraine	<ul style="list-style-type: none">• USA: Ved ejerskifte er udnyttelsen af nettodriftstab generelt begrænset til selskabets værdi på tidspunktet for ændringen ganget med the adjusted federal long-term tax exempt rate• Sverige:<ul style="list-style-type: none">• Underskud, der overstiger 200% af købsprisen kan ikke fradrages• Ny regel om nægtelse af fremførelse af underskud, hvis hovedformålet med ejerskiftet var udnyttelse af underskud

Danske regler for fremførelse af underskud ved fusion og spaltning

Fusion (udgangspunktet)

- Ved skattefri fusioner mistes de involverede selskabers underskud fra tidligere år, jf. FUL § 8, stk. 6.
- Ved fusion mellem sambeskattede selskaber kan underskud, der er opstået, mens selskaberne har været sambeskattet, fremføres, jf. FUL § 8, stk. 6, 2. pkt.

Spaltning (udgangspunktet)

- Ved skattefri spaltninger mistes de involverede selskabers underskud fra tidligere år, jf. FUL § 8, stk. 6.
- Ved ophørsspaltning skal det indskydende selskabs underskud fordeles efter en konkret vurdering.
- Underskud i et indskydende selskab, der ikke ophører ved spaltningen, kan fradrages i det indskydende selskab efter reglerne i SEL § 12.
- Et underskud i et indskydende selskab skal forblive i det indskydende selskab ved grenspaltning, jf. SKM2016.413.SR og SKM2016.412.SR.

Andre landes regler for fremførsel af underskud ved fusion og spaltning

Fusion

Mange lande anvender change of ownership test

Eksempler på andre kriterier:

- Frankrig: Continuity of Business test: Den tabsgivende aktivitet skal drives i 3 år efter fusionen (myndighedstilladelse).
- Joint business-kravet: Anvendes til at vurdere, om virksomheder, der er involveret i fusionen, er sammenlignelige med hensyn til art og størrelse
- Medarbejdere: 80 % af medarbejderne i det indskydende selskab skal fortsat være anset i det fortsættende selskab efter fusionen
- Net equity test: Reducering af underskuddet i forhold til det fusionerede selskabs nettoværdi og værdien af selskaberne, der er involveret i fusionen

Spaltning

Reglerne om spaltninger er generelt baseret på de samme principper som change of business og fusioner.

Undtagelser (minder om de danske regler):

- Belgien og Portugal: Fremførsel af underskud afhænger blandt andet af, hvorvidt spaltningen er skattefri
- Østrig, Belgien, Brasilien, Schweiz, Luxembourg og Liechtenstein: Fremførsel af underskud er underlagt et forbehold for misbrug
- Singapore: Tillader slet ikke spaltninger
- Chile og Peru: Overførsel af underskud er helt udelukket – underskuddene bliver i det spaltende selskab

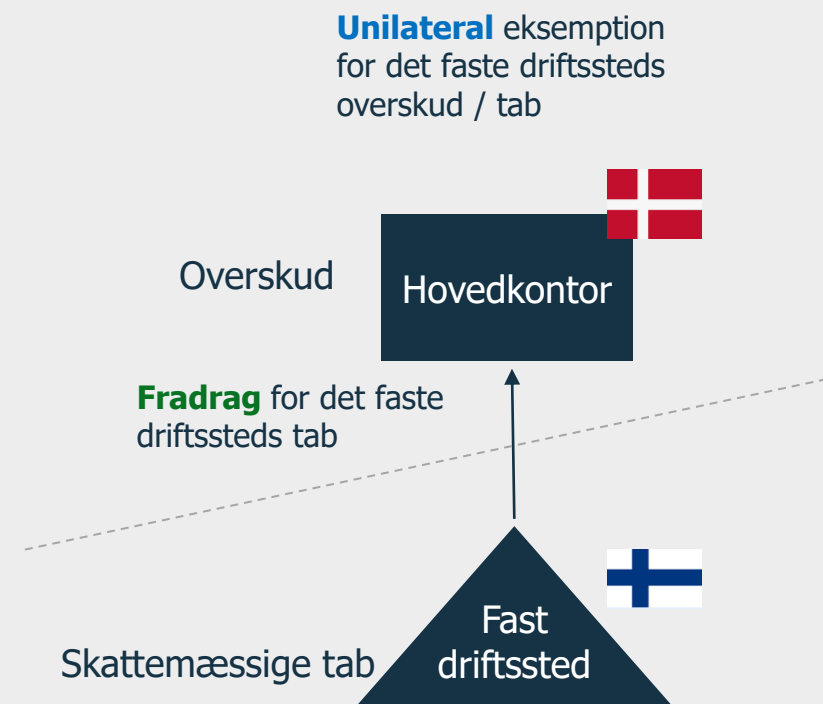
Sambeskatning

- **20/23 OECD medlemslande tillader generelt modregning af tab inden for koncernen**
- **Danmark er på linje hermed og tillader generelt modregning af tab inden for koncernen**
 - Chile, Schweiz og Tyrkiet har ikke sambeskatningsordninger
 - Ingen sydamerikanske lande har sambeskatningsordninger → modregning af underskud i sydamerikanske lande synes at blive håndteret mere restriktivt end i andre dele af verden
 - Der er vedtaget specifikke værnsregler i relation til de forskellige sambeskatningsordninger for at imødegå risikoen forbundet med sambeskatningsordningerne, fx.
 - Forebyggelse af udnyttelse af underskud ved indtræden
 - Forebyggelse af dobbelt udnyttelse af underskud ved udtræden
 - Polsk nationalrapportør: de specifikke værnsregler gør ikke sambeskatningsordningerne immune over for aggressiv skatteplanlægning

Tab, som hidrører fra udenlandske faste driftssteder

Sag C-650/16, Bevola and Jens W. Trock

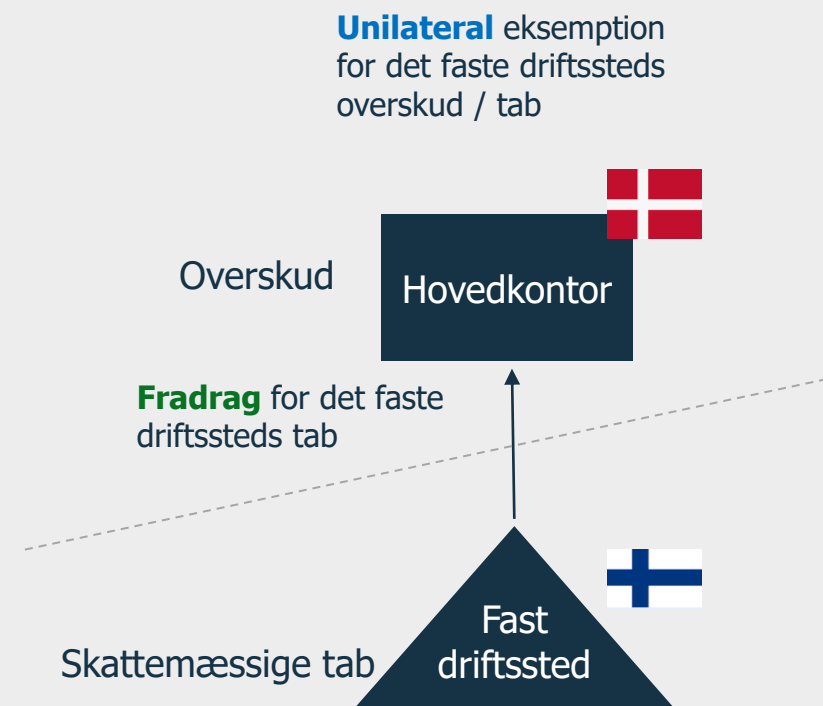
- **Befinder et dansk selskab med et udenlandsk fast driftssted sig i en objektivt sammenlignelig situation med et dansk selskab, der har et driftssted i Danmark?**
 - **HR:** Henset til, at SEL § 8, stk. 2, har til formål dels at undgå dobbeltbeskatning af overskud, dels at undgå dobbelt fradrag i Danmark såvel som i det land, hvor det udenlandske driftssted er beliggende, befandt et dansk selskab med et udenlandsk fast driftssted sig **ikke i en objektivt sammenlignelig situation** med et dansk selskab med et fast driftssted i Danmark (Bevola, præmis 36 og 37)
 - På linje med tidligere praksis (Nordea Bank Danmark, C-48/13, præmis 24, og Timac Agro Deutschland, C-388/14, præmis 27)



Tab, som hidrører fra udenlandske faste driftssteder

Sag C-650/16, Bevola and Jens W. Trock

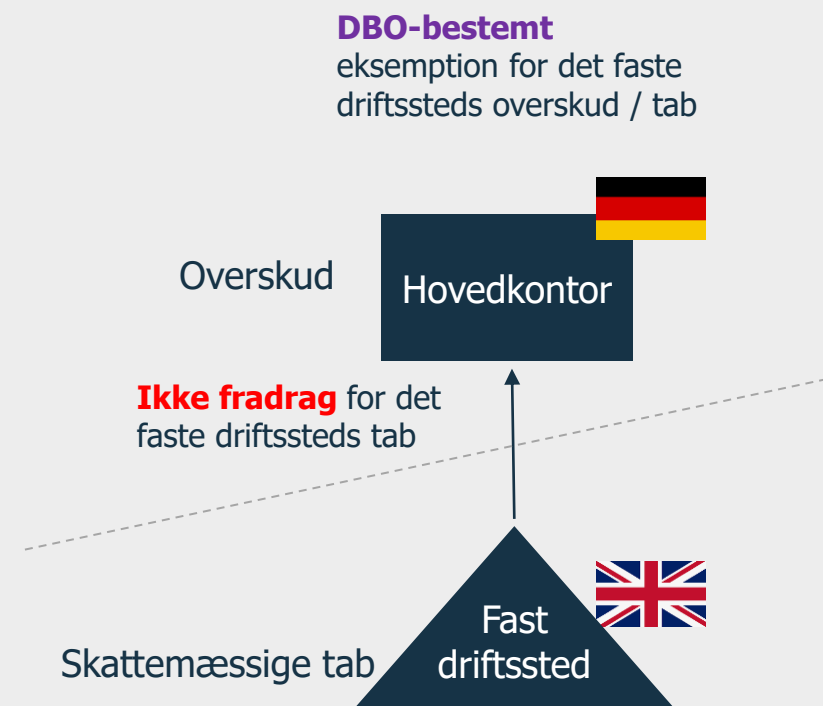
- **U:** Nuancering fsva. endelige tab
- Hvad angår tab, der kan henføres til et udenlandsk fast driftssted, der har **indstillet al virksomhed**, og hvis underskud ikke har kunnet og ikke længere kan fradrages i dets skattepligtige overskud i den medlemsstat, hvor det udøvede sin virksomhed, er situationen for et dansk selskab, der har et sådant udenlandsk driftssted, imidlertid ikke forskellig fra situationen for et dansk selskab, der har et dansk fast driftssted under hensyn til målet om at undgå dobbelt fradrag for underskuddet (Bevola, præmis 38)
- (...) de omhandlede nationale bestemmelser, som tilsigter at undgå dobbeltbeskatning af overskud og dobbelt fradrag for underskud i et udenlandsk fast driftssted, tager mere generelt sigte på at sikre, at beskatningen af et selskab, der har et sådant driftssted, er i overensstemmelse med dets **skatteevne**. Skatteevnen hos et selskab, der har et udenlandsk fast driftssted, som har lidt et endeligt tab, er påvirket på samme måde som skatteevnen hos et selskab, hvis hjemmehørende faste driftssted har lidt et tab (Bevola, præmis 39).



Tab, som hidrører fra udenlandske faste driftssteder

Sag C-538/20, Finanzamt B vs W AG

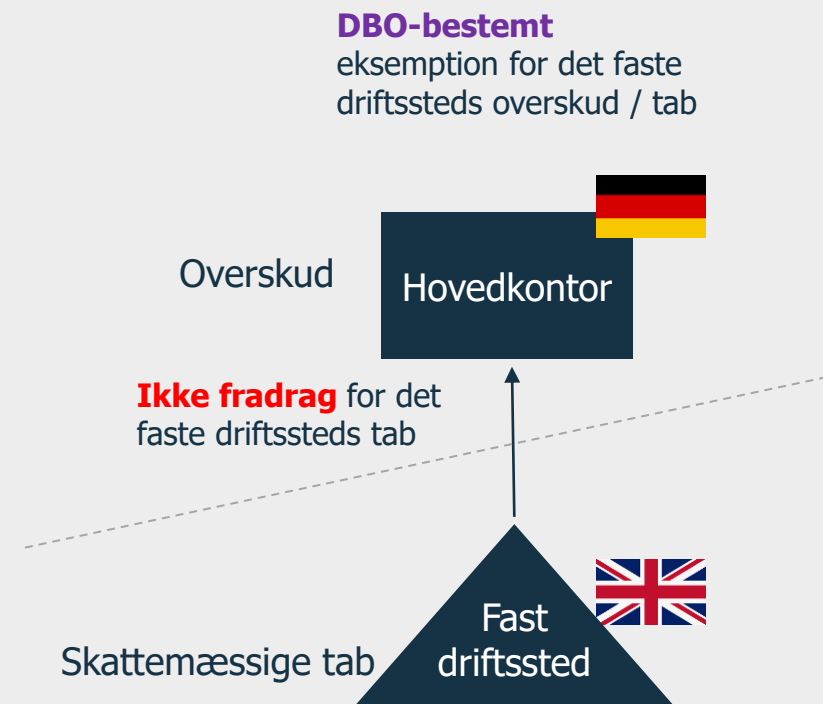
- Generalrapportøren:
 - "The recent **overturning of the ECJ's case law** on final losses in the W-case (C-538/20) has created new challenges for companies, **leaving them vulnerable to over-taxation** if the final losses cannot be carried back due to the lack of provisions for loss carry back or off-setting against the profits of another group member within a group taxation regime."
 - "... a turning point ... **a landmark judgment** ..."
- EU-rapportøren:
 - "It seems that following the recent judgment in the W case (losses of a foreign PE) the Court has finally come to the firm conclusion that EU-law does not require any extension of domestic intracompany transfers of loss regimes to cross-border situations."
 - Dog senere (løst) forbehold: "Except perhaps - for the time being - cases of losses incurred by PE's which are unilaterally exempt in their head office states (intra EU/EAA)" (begge understreget her)



Tab, som hidrører fra udenlandske faste driftssteder

Sag C-538/20, Finanzamt B vs W AG

- **ECJ synes i W nærmere at nuancere den sammenlignelighedsanalyse, som Bevola tager sit udgangspunkt i:**
 - **HR:** Henset til formålet med foranstaltninger, som har til hensigt at forhindre eller formindske dobbeltbeskatning af overskud og tilsvarende dobbelt fradrag for underskud befinder et hjemmehørende selskab med et udenlandsk fast driftssted sig ikke i en objektivt sammenlignelig situation med et hjemmehørende selskab med et hjemmehørende driftssted i Danmark (W, præmis 20, Bevola, præmis 37).
 - **U:** Hvor en medlemsstat i national ret har besluttet ikke at tage hensyn til overskud og underskud oparbejdet i hjemmehørende selskabers udenlandske faste driftssteder, selv om denne medlemsstat havde kompetence hertil, befinder et hjemmehørende selskab med et udenlandsk driftssted sig fortsat i en objektivt sammenlignelig situation med et hjemmehørende selskab med et hjemmehørende driftssted fsva. endelige tab (W, præmis 24 og 25, Bevola, præmis 38 og 39).
 - **UU:** Når en medlemsstat i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst har givet afkald på at udøve sin beskatningskompetence på et hjemmehørende selskabs faste driftssteder i andre medlemsstater, gælder Bevola-doktrinen ikke. EU-retten forhindrer derfor ikke nægtelse af fradrag for endelige tab i den stat, hvor selskabet er hjemmehørende.



Tab, som hidrører fra udenlandske faste driftssteder

Hvad siger nationalrapportørerne om den forventede betydning af *W*-sagen?

Dansk perspektiv:

- SEL § 8, stk. 2, finder fortsat anvendelse og suppleres af SEL § 31 E fsva. endelige tab (Intra EU/EØS).
- Der er desuden fortsat mulighed for international sambeskatning for såvel EU/EØS og tredjelande.

Betydning i andre EU/EØS-lande:

- Norge, Sverige: Globalindkomstbeskatning, inkl. for udenlandske faste driftssteder. Nægter allerede adgangen til fradrag for tab, der hidrører fra udenlandske faste driftssteder i det omfang, der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der lempes for beskatning af indkomst efter exemptionsmetoden.
- Finland: Forventes at få ingen eller meget begrænset betydning, da Finland overordnet ikke indgår dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvor der lempes for indkomst fra udenlandske faste driftssteder efter exemptionsmetoden.
- Italien, Holland: Forventes ikke at få betydning, da Italien og Holland unilateralt fravælger at beskatte indkomst fra udenlandske faste driftssteder. Bevola har fortsat betydning.
- Portugal: Portugal giver i national ret skatteyder mulighed for at fravælge beskatning af indkomst fra udenlandske faste driftssteder, og nægter i disse tilfælde også fradrag for tab. Konkluderes, at dette er i overensstemmelse med EU-retten efter *W*.
- Frankrig: Den franske administrative ret har for nyligt anvendt Bevola som grundlag for at lade et fransk hjemmehørende selskab opnå fradrag for et underskud, der hidrører fra et driftssted i en anden medlemsstat. Beslutningen er anket til den franske administrative højesteret, der forventes at inddrage for *W* i sin bedømmelse af sagen (såfremt denne konkret anses for at være relevant).
- Luxembourg: Betydning ikke endeligt afdækket, men adgangen til fradrag for tab, der hidrører fra faste driftssteder, begrænses generelt ikke i medfør af national ret.

Hybride mismatch

- **Generalrapportør, René Matteotti:** "The branch reports suggest that the dual or multiple use of the same loss in hybrid arrangements remains sporadic after twelve years since the 2011 OECD Report"
- EU-medlemsstaterne har adresseret mulighed for dobbelt fradrag for tab ved implementering af skatteundgåelsesdirektivet (ATAD I + II).
- **Gældende danske værnsregler:**

Selskabsskatteloven	Skatteundgåelsesdirektivet	OECD BEPS Action 2
§ 8 C – definitionsbestemmelse	Artikel 2	OECD (2015) kapitel 10-12 + anbefalinger i OECD 2015 og OECD 2017
§§ 8 D og 8 E – linking-regler	Artikel 9 og 9 b	OECD 2015 kapitel 1, 3-4 og 6-8 OECD 2017 kapitel 2-5
§ 2 C	Artikel 9 a	OECD 2015 kapitel 5

- Tidligere gældende danske værnsregler flugter overordnet med ATAD I og II.
- Rapporteret, at der ikke er problemer med double-dipping i Danmark.

Kunstige tab

Generalrapportøren: "Countries ... have faced challenges related to artificial losses... However, the tax authorities in these countries have largely resolved the issue by implementing GAARs or SAARs"

Kunstige tab

LL § 3

Formodning for, at praksis ikke skal ændres med LL § 3

SEL § 12 D

SKM2014.422.HR

"... ud fra en helhedsvurdering ikke ... reelle tab, men ... tab, der er konstrueret alene med henblik på at opnå et fradragsberettiget tab."

SKM2022.241.HR

"Det afgørende for, om det skattemæssige underskud kan anvendes til at nedbringe den skattepligtige indkomst, er, om selskabet ved overdragelsen »i det væsentlige« var »uden økonomisk risiko ved erhvervsmæssig aktivitet.«"

Relle tab

SKM2021.100.BR (Retten i Lyngby)

"Retten lægger til grund, at As dispositioner har været reelle i den forstand, at der er sket en reel overdragelse af anparterne"

"Retten lægger endelig til grund, at lovgiver har været bekendt med, ... det må være et lovgivningsanliggende, hvis der skal ændres på de klare regler ..."

COVID-19

Lande, der lempede reglerne

- Den **danske** ordning for fradrag for F&U-udgifter blev øget til 130%, ligesom underskudsgivende virksomheder var berettiget til fradrag for tab relateret til F&U
- Østrig, Tyskland, Belgien, Holland, Polen, USA, Australien, New Zealand, Japan, Korea og Singapore tillod midlertidigt muligheden for carryback
- Korea og Portugal udvidede perioden for fremførsel af underskud, og Frankrig og Japan udvidede beløbsgrænsen for fremførsel af underskud
- I Polen og Japan blev sambeskatningssystemet gjort mere fleksibelt

Lande, der strammede reglerne

- Sydafrika indførte beløbsgrænse for udnyttelse af underskud
- Sverige indførte supplerende SAAR, der fuldstændig forbyder udnyttelse af underskud ved omstruktureringer, hvis hovedårsagen til omstruktureringen er udnyttelse af underskud
- Polen suspenderede krav om 2 % rentabilitet, således at der ikke var mulighed for modregning af tab under sambeskatning

Konklusion

Generalrapportør, René Matteotti:

"This report attempts to address the provocative question:
Is corporate loss sharing and shifting the new profit shifting?"

"The short answer is no.

At least, the evidence from the branch reports does not support the view that corporate loss sharing and shifting is the new profit shifting"

