

Deloitte
Statsautoriseret Revisionspartnerselskab
CVR-nr. 33 96 35 56
Weidekampsgade 6
Postboks 1600
0900 København C

Telefon 36 10 20 30
Telefax 36 10 20 40
www.deloitte.dk

Notat

Overdragelse af danske underskudsselskaber med udenlandske moderselskaber

Reglerne i ligningslovens § 15, stk. 7-10 og 12 foreslås flyttet til selskabsskattelovens § 12 D, dog med den udvidelse at et udenlandsk selskab omfattes af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a, også omfattes med virkning for indkomstår, der påbegyndes d. 1. juli 2012 eller senere.

Ifølge selskabsskattelovens § 12 D, stk. 1, 1. pkt. begrænses adgangen til underskudsfræmførsel, hvis mere end 50 % af aktiekapitalen eller stemmerettighederne i et selskab mv. ”ved indkomstårets udløb ejes af andre aktionærer. ... end ved begyndelsen af et tidligere indkomstår, hvori den skattepligtige indkomst udviste underskud”. ...

Underskud, der omfattes af § 12 D kan ikke fræmføres til modregning i selskabets positive nettokapitalindtægter med tillæg af indkomst fra udlejning af afskrivningsberettigede driftsmidler og skibe købt efter den 18/5 1993. Hvis selskabet på tidspunktet for ændring i ejerforholdet i det væsentlige anses for at være uden økonomisk risiko ved erhvervsmæssig aktivitet, så kan de skattemæssige underskud slet ikke fræmføres til modregning i fremtidig positiv indkomst.

Koncerninterne overdragelser

I koncernforhold finder en transparensregel anvendelse i relation til ovenstående, jf. § 12 D, stk. 5. Heraf følger, at såfremt et (moder-) selskab m.v. omfattes af § 1, stk. 1, 2 eller 4, eller § 2, stk. 1, litra a, eller et tilsvarende selskab m.v. omfattes af § 2 A, stk. 1, ejer 25 % eller mere af aktiekapitalen i et andet selskab (datterselskabet), anses ikke moderselskabet, men aktionærene i moderselskabet for at eje aktierne i datterselskabet efter deres forholdsmæssige andel af moderselskabets aktiekapital (transparensreglen). I disse tilfælde skal der derfor ikke ske underskudsbegrænsning, da der ikke anses for at være sket ejerskifte i relation til underskudsbegrænsningsreglen.

Det fremgår af selskabsskattelovens § 12 D, stk. 6, 5. pkt. (i dag ligningslovens § 15, stk. 10, 6. pkt.), at transparensreglen tilsvarende finder anvendelse for moderselskaber, hvis aktier ikke er optaget til handel på et reguleret marked, der har hjemsted i en stat, med hvilken Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, Grønland eller Færøerne eller i et land inden for Den Europæiske Union.

Ifølge selskabsskattelovens § 12 D, stk. 6, 6. pkt. (i dag ligningslovens § 15, stk. 10, 7. pkt.), finder transparensreglen i dette tilfælde dog kun anvendelse, såfremt ejerandele i datterselskabet mellem begyndelsen af underskudsåret og afslutningen af det indkomstår, hvori datterselskabet ønsker at fratrække et fremført underskud, er overdraget til enten det moderselskab, hvis aktionærer der ses igennem til, eller et andet datterselskab, hvori moderselskabet "*i den nævnte periode*" ejer mindst 25 pct. af ejerandelene (vores fremhævelse).

Efter bestemmelsens ordlyd er det således umiddelbart en betingelse for anvendelse af transparensreglen ved koncerninterne overdragelser, at moderselskabet har ejet det datterselskab, der køber aktierne, fra begyndelsen af underskudsåret og frem til afslutningen af det indkomstår, hvori underskuddet ønskes fradraget. Hvis denne betingelse ikke er opfyldt synes der derfor at skulle ske underskudsbe- grænsning.

Imidlertid synes bestemmelsen i § 12 D, stk. 6, 5 og 6. pkt. (i dag ligningslovens § 15, stk. 10, 6. og 7. pkt.), at kunne være i strid med ikke-diskrimineringsprincippet i Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster, jf. TfS 2000, 172 LSR, ligesom bestemmelsen næppe synes at være forenelig med EU-retten, jf. artikel i Skat Udland 2011, 106.

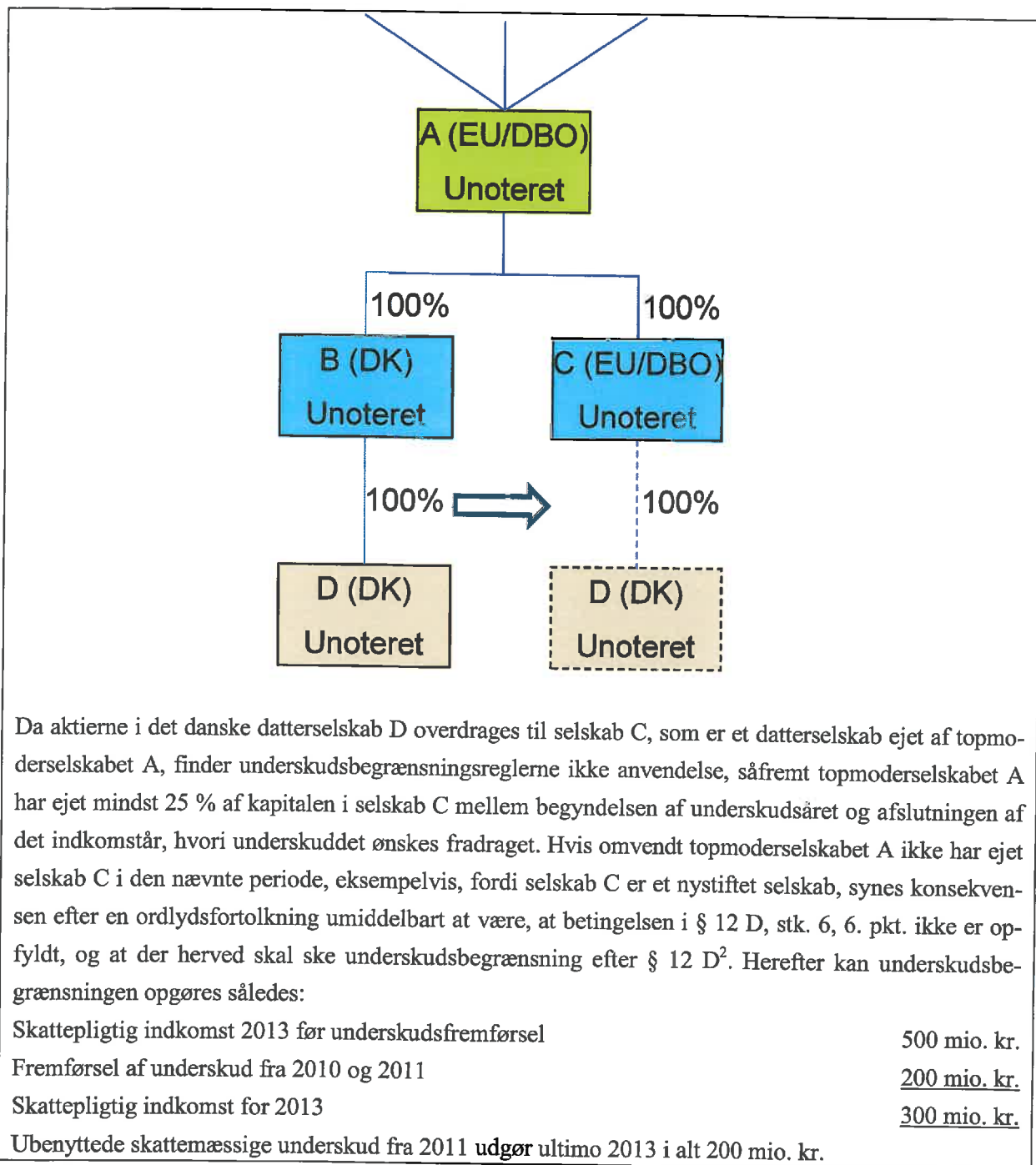
Eksempel

Problemstillingen kan illustreres med nedenstående eksempel.

Eksempel. Transparensreglen – udenlandske DBO/EU selskaber:

Et dansk datterselskab D, der driver erhvervsøkonomisk aktivitet er ejet af sit danske moderselskab B, der igen ejes af sit udenlandske moderselskab A ("topmoderselskab"). Alle aktierne i topmoderselskabet A har i alle årene været ejet af en kapitalfond¹. Der har ikke været nogen ændringer i kapitalfondens ejerkreds i den omhandlede periode. Det danske datterselskab D har ubenyttede skattemæssige under- skud til fremførsel fra 2010 på 100 mio. kr. og fra 2011 på 300 mio. kr., dvs. i alt 400 mio. kr. Selskab D får i 2013 en positiv skattepligtig indkomst på 500 mio. kr., heraf udgør positive nettokapitalindtægter 300 mio. kr. og indkomst fra udlejning af afskrivningsberettigede driftsmidler og skibe udgør 0 kr. Selskab B solgte i 2012 alle aktierne i selskab D til det i år 2012 nystiftede selskab C, der har hjemsted i EU/DBO-stat.

¹ Kapitalfonden er transparent efter danske skatteret og ingen af deltagerne i kapitalfonden har en ejerandel på mindst 25 %.



² Dette skyldes, at selskab A anses for at eje selskab B ved begyndelsen af underskudsårene 2010 og 2011, og at selskab C anses for at eje selskab D ved udløbet af overskudsåret 2013.

Vores opfattelse

Hvis det udenlandske nystiftede selskab C i eksemplet i stedet havde været et nystiftet dansk selskab (nystiftet i 2012), ville der efter bestemmelsen i § 12 D (i dag ligningslovens § 15, stk. 7-10), ikke skulle have været foretaget underskudsbegrænsning. I dette tilfælde ville selskab A nemlig skulle anses for ejer af selskab D, både før og efter overdragelsen.

Det samme gælder, hvis både selskab A og selskab C i eksemplet, begge havde været danske selskaber. I denne situation skulle der heller ikke have været foretaget underskudsbegrænsning. Dette skyldes, at ejerne i kapitalfonden i dette tilfælde så ville blive anset for at være ejere af selskab D, både før og efter overdragelsen. Et dansk selskab, der helt eller delvist er ejet af et udenlandsk selskab, må ikke behandles skattemæssigt mere byrdefuldt, end et andet dansk ejet selskab ville blive behandlet i samme situation.

Af ovennævnte eksempel er det uomtvistet, at transparensreglen i § 12 D, stk. 5 (i dag ligningslovens § 15, stk. 10), ville have fundet anvendelse, såfremt de udenlandske selskaber havde været danske selskaber, hvorved det danske datterselskab ville kunne fremføre tidligere års skattemæssige underskud uden underskudsbegrænsning. I det konkrete tilfælde bliver koncernen alene på baggrund af selskabernes nationalitet behandlet anderledes end danske selskaber. Da denne forskelsbehandling ikke synes at være sagligt begrundet, er det vores opfattelse, at bestemmelsen i § 12 D, stk. 6, 6. pkt. (i dag ligningslovens § 15, stk. 10, 7. pkt.), i eksemplet er diskriminerende over for de udenlandske selskaber. Bestemmelsen er således efter vores opfattelse i strid med ikke-diskrimineringsprincippet i Danmarks dobbeltbeskatningsoverenskomster, såfremt den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst fortolkes i overensstemmelse med art. 24, stk. 5, i OECD's modeloverenskomst, jf. bemærkningerne til ændringsforslaget i betænkning afgivet af Skatteudvalget den 17/4 1996 vedrørende lov nr. 399 af 22/5 1996 (L 117 1995/96). Der kan i den forbindelse også henvises til TfS 2000, 172 LSR, hvor Landsskatteretten statuerede, at de tidligere gældende regler i ligningslovens § 15 om ejerskifte og adgangen til at fremføre underskud, som efter bestemmelsens ordlyd kun var anvendelig på i Danmark hjemmehørende moderselskaber, men ikke på moderselskaber hjemmehørende i udlandet, var i strid med diskriminationsbestemmelsen i art. 21 i den dansk-franske dobbeltbeskatningsoverenskomst, som skulle fortolkes i overensstemmelse med art. 24, stk. 5, i OECD-modeloverenskomsten.

Ordlyden af bestemmelsen i § 12 D, stk. 6, 6. pkt. (i dag § 15, stk. 10, 7. pkt.), synes heller ikke umiddelbart forenelig med EU-retten, jf. EU-traktatens art. 43 EF (Lissabontraktatens art. 49 om den fri etablering, jf. art. 48 EF (Lissabontraktatens art. 54), hvor det præciseres, at en juridisk person frit skal kunne etablere sig i en anden medlemsstat for at deltage på lige vilkår i en anden medlemsstats økonomiske liv.

ormålet med udvidelsen af “transparensreglen” i ligningslovens § 15, stk. 10 (nu foreslået overført til SEL § 12 D), til også at gælde udenlandske moderselskaber inden for et EU-/DBO-land, var netop at sidestille koncerninterne overdragelser i en udenlandsk ejet koncern med en dansk koncern, således at det var muligt at overdrage et selskab inden for samme koncern, uden at der skete underskudsbe- grænsning ved et ejerskifte. Endvidere var formålet at gøre de danske interne regler forenelige med EU-retten samt diskriminationsbestemmelserne i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

København, den 4. juni 2012

Deloitte

Statsautoriseret Revisionspartnerselskab

Kim Wind Andersen

Birgitte Tabbert