

Grænseoverskridende fusioner indenfor EU/EØS



Aalborg Universitet – Maj 2016
Cand.merc.aud – Kandidatafhandling

Forfatter: Tharushi Hansika D. Andersen
Vejleder: Henrik Vestergaard Andersen

STANDARD FORSIDE TIL EKSAMENSOPGAVER

Fortrolig

☐

Ikke fortrolig

☒

Prøvens form (sæt kryds)	Projekt	Synopsis	Artikel	Speciale X	Skriftlig opgave
-----------------------------	---------	----------	---------	----------------------	------------------

Uddannelsens navn	Cand. Merc. Aud. (revisorkandidat-uddannelsen)	
Semester	4. semester	
Prøvens navn/modul (i studieordningen)	Speciale	
Gruppenummer	Studienummer	Underskrift
Navn Tharushi Hansika D. Andersen	20127031	
Afleveringsdato	maj 2016	
Projekttitel/Synopsis titel/Speciale-titel/ opgave nummer	Grænseoverskridende fusioner indenfor EU/EØS	
Den afleverede opgave fylder (antal tegn med mellemrum i den afleverede opgave) (indholdsfortegnelse, litteraturliste og bilag medregnes ikke)	183.541 tegn	
Vejleder (projekt/synopsis/speciale)	Henrik V. Andersen	

Jeg/vi bekræfter hermed, at dette er mit/vores originale arbejde, og at jeg/vi alene er ansvarlige for indholdet. Alle anvendte referencer er tydeligt anført. Jeg/vi er informeret om, at plagiering ikke er lovligt og medfører sanktioner. Regler om disciplinære foranstaltninger over for studerende ved Aalborg Universitet (plagiatregler): <http://www.plagiat.aau.dk/regler/>

Anvendte forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
AFL	Afskrivningsloven
CBM Direktiv	Cross Border Mergers Directive/Det 10. Direktiv
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
EU	Europæiske Union (European Union)
EØS	Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (European Economic Area)
FUL	Fusionsskatteloven
KGL	Kursgevinstloven
L	Lovforslag (nr.)
LBK	Lovbekendtgørelse (nr.)
LL	Ligningsloven
PLC	Public Limited Company (engelsk aktieselskab)
S.U	Skat Udland
SCE	Europæiske Andelsselskaber (societas cooperativa Europaea)
SE	Det europæiske selskab (societas Europaea)
SEL	Selskabsskatteloven
SFL	Skatteforvaltningsloven
SKM	Skatteministeriets offentliggørelse af domme, kendelser, afgørelser m.v. (efterfulgt af årgang og løbenr.)
SL	Selskabsloven
SpO	Skattepolitisk Oversigt
SR-SKAT	Skatteinformation fra de statsautoriserede revisorer (årgang)
TEUF/EUF	Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde
TfS	Tidsskrift for skatter og afgifter (efterfulgt af årgang og løbenr.)

Indholdsfortegnelse

Anvendte forkortelser

1. Indledning	1
1.1. Problemformulering	2
1.2. Afhandlingens afgrænsning.....	2
1.3. Metodebeskrivelsen.....	3
1.4. Afhandlingens opbygning	3
2. Retsgrundlaget for gennemførelse af fusion	4
2.1. Indledning.....	4
2.2. Fusion efter EUF-traktatens etableringsbestemmelser	4
2.2.1. Etableringsfrihedens rækkevidde.....	6
2.2.2. Nægtelse af registrering af grænseoverskridende fusion efter traktatens bestemmelser	8
2.3. Fusion i forbindelse med stiftelse af et europæisk aktieselskab.....	10
2.4. Fusion efter CBM-regler	11
2.4.1. Direktivets betydning for grænseoverskridende fusion.....	12
2.5. Samspil mellem EU og dansk lovgivning	13
2.6. Delkonklusion	16
3. Definitioner af selskabs- og skatteretlige fusioner.....	17
3.1. Indledning.....	17
3.2. Definitioner og begreber	17
3.2.1. Omvendt-lodret fusion som fraflytningsmåde.....	21
3.3. Samspillet mellem den selskabsretlige og den skatteretlige fusionsdefinition	22
3.4. Skattepligtig grænseoverskridende fusion.....	23
3.5. Skattefri grænseoverskridende fusion	24
3.6. Delkonklusion	26
4. Betingelser for at gennemføre en skattefri grænseoverskridende fusion.....	28
4.1. Krav til skattesubjektet.....	28
4.2. Krav til transaktion	30
4.3. Vederlagskravet.....	31
4.3.1. Aktier/anpartar i det modtagende selskab.....	31
4.3.2. Kontant udligningssum.....	32
4.3.3. Fusionsvederlag ved lodret og omvendt lodret fusion.....	34

4.4. Krav til ombytningsforholdet	35
4.5. Fusionsdato.....	37
4.5.1. Den skattemæssige fusionsdato ved grænseoverskridende fusion	39
4.6. Tilladelseskravet ved grænseoverskridende fusion samt international omgåelsesklausul	41
4.6.1. Tilladelseskrav ved grænseoverskridende fusion	41
4.6.1.1. Nægtelse og tilbagekaldelse af tilladelse	44
4.7. Delkonklusion og perspektivering.....	46
5. Den skattemæssige behandling af selskaber ved grænseoverskridende fusion	48
5.1. Skattemæssig behandling af selskaber ved skattefri fusion	48
5.1.1. Fusion med det danske selskab som det modtagende selskab	48
5.1.1.1. Realisationsbeskatning af aktiver der udgår af dansk beskatningsret ved fusion	51
5.1.1.2. Indgangsværdier for udenlandske aktiver der indgår i dansk beskatningsret	51
5.1.1.3. Omfanget af det modtagende selskabs succession.....	53
5.1.1.4. Behandling af underskud og kildebegrænsede tab.....	55
5.1.2. Fusion mellem udenlandske EU/EØS-selskaber med fast driftssted eller fast ejendom i Danmark	56
5.1.3. Fusion med det danske selskab som det indskydende selskab	57
5.1.3.1. Ophørsbeskatning af aktiver der udgår af dansk beskatningsret.....	58
5.1.3.2. Ophørsbeskatning af det indskydende danske selskabs fastdriftssted i et andet EU-land.....	59
5.1.3.3. Udbyttebeskatning ved annullering af aktier i det indskydende selskab	60
5.1.4. Et dansk selskab ophører ved fusion udenfor fusionsskattedirektivet.....	62
5.2. Skattemæssig behandling af selskaber ved skattepligtig fusion.....	63
5.2.1. Inbound fusion – hvor det danske selskab fortsætter efter fusionen	63
5.2.2. Outbound fusion – hvor det danske selskab ophører ved fusionen	65
5.3. Delkonklusion og perspektivering.....	66
6. Særlige diskussioner	69
6.1 Underskudsfremførelse ved koncernforbundne selskaber	69
6.1.1. Underskudsfremførelse ved fusion inden for sambeskatning	69
6.1.2. Underskudsbegrænsning ved fusion af sambeskattede selskaber med selskaber uden for sambeskatningskredsen.....	70
6.1.3. Underskudsbegrænsning ved væsentlig ændring i ejerkredsen	71
6.1.4. Underskudsfremførelse af udenlandske selskabers faste driftssted i Danmark.....	72

6.1.5. Genbeskatning af underskud ved grænseoverskridende fusioner.....	73
6.2. Den internationale omgåelsesklausul og dens anvendelse i Danmark	75
6.3. De danske exit-regler i EU-retligt perspektiv.....	78
7. Sammenfatning og konklusion.....	80
Executive summary	
Litteraturliste og domme	

1. Indledning

Formålet med det indeværende speciale er at undersøge hvordan fusion gennemføres på tværs af medlemsstaternes grænser indenfor EU og EØS. Grænseoverskridende fusioner udgør en meget effektiv metode til omstrukturering der efterfølgende kan bidrage til at styrke det internationale marked. Som resultat af det europæiske indre marked (og for den sags skyld globaliseringen) krydser selskaber landegrænser oftere nu end nogensinde før, da det ofte er blevet en integreret del af deres vækststrategi. Igennem fusioner kan selskaber vokse hurtigt i deres sektor eller på deres oprindelsessted; eller de kan udvide deres forretning til nye områder eller nye placeringer uden at oprette eksempelvis et datterselskab, en filial eller et joint venture.

Når man gennemfører en fusion mellem selskaber som hjemmehører i forskellige lande indenfor EU og EØS er det nødvendigt at have selskabs- og skatteretlig lovhjemmel som gør det muligt for selskaber at gennemføre en sådan fusion på en lovlig måde. Ellers kan sådanne fusioner føre til selskabsretlig likvidation og øjeblikkelig beskatning og det skaber både juridisk og økonomisk set negative konsekvenser for de involverede selskaber og deres selskabsdeltagere.

Fusion inden for EU og EØS lande er ikke kun reguleret efter fælleseuropæisk selskabsret men også efter de deltagende selskabers egen nationale lovgivning. Derfor er det muligt at der vil opstå nogle uklarheder eller problemer på grund af den manglende harmonisering mellem de forskellige nationale lovgivninger samt mellem de fælleseuropæiske og de nationale love.

Udover de ovennævnte årsager, har jeg valgt dette emne fordi det er interessant at undersøge hvordan de forskellige lovgivninger spiller sammen; især i forhold til at finde løsninger i fællesskabet samtidig med at medlemsstaternes egne offentlige interesser så vidt muligt skal beskyttes. Dermed diskuteres fusion i EU-retlig basis ud over den nationale lovgivning.

”Grænseoverskridende fusioner indenfor EU/EØS” er et komplekst emne som indebærer eksistensen af uklarheder og usikkerhed på nogle områder, men som også skaber mulighed for forbedringer. Kort sagt er det et emne der vokser i takt med disse udfordringer.

1.1. Problemformulering

De følgende områder vil blive behandlet i denne kandidatafhandling:

1. Der vil blive redegjort for og identificeret hvordan fusion gennemføres på tværs af landegrænserne indenfor EU/EØS. Herunder vil betydningen af både EU og national lovhjemmel blive diskuteret.
2. Der vil blive redegjort for betingelserne for skattefri fusioner og diskuteret hvilke skattemæssige konsekvenser der er for de involverede selskaber og hvornår selskaber skal søge tilladelse i forbindelse med fusion.
3. Det vil blive diskuteret hvorledes den skattemæssige behandling er hvis et dansk selskab ophører ved fusion med et udenlandsk EU/EØS-selskab og hvis et EU-selskab ophører ved fusion med et modtagende dansk selskab. Der vil være fokus på både fusion mellem uafhængige selskaber og koncerninterne fusioner.
4. Eventuelle problemstillinger som opstår i situationer hvor de nationale regler er i strid med EUs regler vil blive diskuteret. Herunder vil der også være fokus på behandlingen af exit-beskatning.
5. Den internationale omgængelsesklausuls anvendelse i dansk ret, som har betydning for alle grænseoverskridende transaktioner, vil blive diskuteret.

1.2. Afhandlingens afgrænsning

Som emnet ”grænseoverskridende fusion indenfor EU/EØS” viser, har indeværende afhandling udelukkende et fokus på fusion. Sagt anderledes, vil omstruktureringsformer såsom spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning ikke blive behandlet. Men de vil dog kort blive nævnt undervejs som eksempler, hvor det har relevans for hoveddiskussionen. Der vil også være et fokus på emnet ”flytning af det vedtægtsmæssige hjemmested”, fordi det kan betragtes som et alternativ til grænseoverskridende fusion. Desuden vil afhandlingen kun dreje sig om selskaber fra EU- og EØS-lande og altså dermed slet ikke med selskaber hjemmehørende udenfor EU/EØS-landene.

Afhandlingen vil hovedsageligt bygge på et dansk selskabsskatteretligt grundlag og fokus vil især være på hvordan fusionering gennemføres mellem et dansk selskab og et udenlandske selskab inden for EU- og EØS-landene. Selvom retsgrundlaget for grænseoverskridende fusion vil blive behandlet, vil SE/SCE-ordningerne ikke blive diskuteret bredt. Her har jeg valgt kun at anvende den relevante lovgivning.

Afhandlingen vil ikke gennemgå hvorvidt interessegrupper såsom aktionærerne/ mindretaksaktionærerne, lønmodtagerne, kreditorerne osv. vil blive beskyttet ved grænseoverskridende fusion. Bestemmelserne om fusionskontrol, formalia der er relateret til anmeldelse og registrering, frister osv. vil heller ikke indgå i afhandlingen.

1.3. Metodebeskrivelsen

Emnet for afhandlingen behandles ved at anvende retsdogmatisk metode og dermed anvendes den gældende offentlige EU-ret og dansk ret og retsøkonomisk metode i forbindelse med at analysere samspillet mellem EU og dansk lovgivning som led i de selskabs- og skatteretlig problemstillinger. Desuden anvendes retskildelæren som den juridiske metode herunder EU-traktaten, direktiver og forordninger samt lovbekendtgørelser, SKATs vejledning og domstolenes afgørelser i forbindelse med emnet.

1.4. Afhandlingens opbygning

Afhandlingen indeholder syv kapitler. Det 1. kapitel er indledningen. Det 2. kapitel diskuterer det EU-retlige grundlag for grænseoverskridende fusioner og bidrager efterfølgende til de andre kapitler, nemlig når dansk lov i EU-retligt perspektiv skal diskuteres. Det 3. kapitel diskuterer selskabs- og skatteretlige definitioner af fusion. Derudover diskuteres forskellige former for fusion samt skattepligtig og skattefri fusion. I det 4. kapitel redegøres der for de betingelser, der skal være til stede for at gennemføre skattefri fusion. I det 5. kapitel diskuteres hvordan selskaber behandles skattemæssigt ved grænseoverskridende fusion. Af hensyn til læsevenligheden og sammenhængskraften i opgaven, vil enkelte af kapitlerne blive afrundet med en delkonklusion. Det 6. kapitel er fokuseret på særlige emner og spørgsmål, nemlig hvorvidt dansk ophørsbeskatning er i strid med EU-lovgivningen, den internationale omgængelsesklausul og dens anvendelse samt underskudsfremførelse ved fusion mellem koncernforbundne selskaber. I det 7. kapitel gives der en sammenfattende konklusion på hele afhandlingen.

2. Retsgrundlaget for gennemførelse af fusion

2.1. Indledning

Ved en grænseoverskridende fusion forstås en sammensmeltning mellem kapitalselskaber der hjemmehører til forskellige medlemsstater indenfor EU og EØS. Selskabsretlig og skatteretlig lovhjemmel til gennemførelse af grænseoverskridende fusion reguleres ikke alene på grundlag af fælles europæisk selskabsret men også på basis af national lovgivning.

Der kan findes tre retsgrundlag for grænseoverskridende fusion, nemlig etableringsbestemmelse i primær EU-ret samt SE/SCE-ordningerne og CBM-direktivet i sekundær EU-ret.¹

2.2. Fusion efter EUF-traktatens etableringsbestemmelser

Adgang til skattefri fusion inden for medlemsstaterne bygger primært på EUF-traktatens etableringsbestemmelse i art. 49-54. Det forhindrer medlemsstaterne i at lave restriktioner for oprettelse af nye selskaber, fusioner, filialer og oprettelse af datterselskaber i en anden medlemsstat. Ifølge art. 49 (tidl. art. 43 i TEF):

Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.

Udøvelse af etableringsret udbredes for juridiske personer med TEUF art. 54:

Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende

¹ Erik Werlauff og Thomas Rønfeldt, Fusion som etableringsmåde, Ugeskrift for retsvæsen, nr. 16 (2006), side 181.

inden for Unionen, ligestilles for så vidt angår anvendelsen i dette kapitel med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Etableringsfriheden gælder for både primær og sekundær etablering. Den primære EU-ret sikrer ikke alene etableringsfrihed (dvs. at man frit kan vælge at stifte et selskab eller flytte alle sine aktiviteter til et hvilket som helst andet EU/EØS-land) men også etableringsvalgfrihed. Efter TEUF art. 49 første led kan selskaber eller personer frit vælge at oprette en filial, et agentur, et datterselskab, eller andre ”grene” af et selskab i en andet medlemsstat, som de af forretningsmæssige og praktiske årsager finder mest hensigtsmæssigt.² Selskaber som er registreret i andre medlemsstater efter disses nationale lovgivning har ret til at drive virksomhed via en filial i Danmark. Det gælder uanset om selskabet har nogen aktivitet i sit hjemland eller ej jf. Centros C-212/97.

Selvom fysiske personer og selskaber i primær etablering frit kan etablere sig i ethvert land i EU og EØS, gælder den rettighed ikke for juridiske personer i forbindelse med flytning af registrerede hjemmested/at skifte nationalitet. Et eksempel herpå er sag Daily Mail, C-81/87.³ Grænseoverskridende flytning af hjemmested er endnu ikke reguleret på EU-niveau.⁴ Efter de nuværende regler er det sådan at hvis et selskab gerne vil flytte sit registrerede hovedsæde, skal selskabet enten være underlagt SE-ordningen eller skal flytte vha. grænseoverskridende fusion (omvendt lodret fusion).⁵ - se afsnit 3.2.1.

Selvom EU-domstolen allerede har taget stilling til etableringsfrihed med hensyn til selskabernes mobilitet indenfor medlemsstaterne med sagerne Daily Mail, Centros, Überseering og Inspire Art, kan Sevic, C-411/03 sagen nævnes som en enestående dom hvilket hovedsageligt bygger på etableringsbestemmelsen i Traktaten i forbindelse med fusion på tværs af medlemsstaterne. Dommen slog grænseoverskridende fusion fast som en etableringsmåde og den påviser

² Sag 270/83, kommissionen mod Frankrig, præmis 22 og sag C-253/03, CLT -UFA præmis 14 som nævnt i Sanne Neve Damgaard, EU selskabs og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, (2012), side 184.

³ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, EU ret - fri bevægelighed, (2013), side 120.

⁴ 14 direktivet, der omhandler selskabernes mulighed for at flytte på tværs af landegrænser indenfor EU/EØS er ikke vedtaget.

⁵ Erik Werlauff, Relocation of a Danish company in another country, Tidsskrift for Skatter og Afgifter, (2008), side 686-690.

virksomhedens ret til at fusionere udenfor lændegrænser inden for EU/EØS ved at udøve traktatens sikrede etableringsfrihed, hvis der er mulighed for at gennemføre en tilsvarende fusion nationalt.⁶

Muligheden for at gennemføre fusion ved at benytte etableringsbestemmelsen er stadig vigtig (selvom aktie- og anpartsselskaber fusioneres gennem CBM-direktivet i dag). Nogle juridiske personer såsom Andelsselskaber med begrænset hæftelse (A.m.b.a), forening med begrænset hæftelse (F.m.b.a) og selskaber med begrænset hæftelse (S.m.b.a) er ikke omfattet af CBM-direktivet. Så for disse selskaber skal fusion gennemføres ved at benytte etableringsbestemmelsen i traktaten.⁷

2.2.1. Etableringsfrihedens rækkevidde

Fri bevægelighed medfører både et restriktions- og diskriminationsforbud.⁸ Som det nævnes i TEUF art. 49, 1. del er der forbud imod restriktioner hvilket begrænser de andre EU-borgerers ret til at flytte ind eller egne statsborgeres ret til at flytte ud. TEUF art. 49, 2. del angiver et diskriminationsforbud hvilket forpligter medlemsstaterne til at behandle borgere eller selskaber fra de andre EU/EØS-lande på de samme vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere. Eksempelvis kan et tysk selskab frit vælge at stifte et datterselskab eller en filial i Danmark og udøve sine erhverv under de samme vilkår som de danske selskaber. Traktatens etableringsbestemmelse giver ikke kun beskyttelse ved flytning eller i etableringsfasen af en virksomhed men også efterfølgende, når virksomheden udøves i et hvilket som helst EU-land.

Diskriminationsforbuddet kan også defineres som et forbud mod forskelsbehandling⁹ jf. traktatens art. 40 stk. 3, 2. afsnit og det er et udtryk for et generelt lighedsprincip.¹⁰ Ifølge dette må man ikke behandle ensartede situationer forskelligt eller forskellige situationer ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet.¹¹ Diskriminationen kan enten være direkte eller indirekte. Den direkte diskrimination eller åbenlys diskrimination foreligger når forskelsbehandling udøves på

⁶ Erik Werlauff & Thomas Rønfeldt, Fusion som etableringsmåde, Ugeskrift for retsvæsen, ([Årg. 140], nr. 16 (2006), side 181-182.

⁷ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 16 udgave, 2014/2015, side 540.

⁸ Sanne Neve Damgaard, EU selskabs og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, (2012), side 38.

⁹ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, EU ret - Fri bevægelighed, (2013), side 30.

¹⁰ Sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 8.

¹¹ Sag 125/77, Koninklijke Scholten-Honig N.V. Saml 1978 præmisser 26 og 27, sag 810/79, Überschar, Sml. s. 2747, præmis 16.

grundlag af nationalitet. dvs. at indføre strengere regler for udenlandske selskab end sine egne selskaber. Et eksempel herpå er sag C-375/92, kommissionen mod Spanien, hvor kun statens egne statsborgere må udøve erhvervet som turistfører. Men i den indirekte diskrimination eller skjulte diskrimination, udøves der forskelsbehandling på grund af andet grundlag end nationalitet eller oprindelse. Men det fører reelt til det samme resultat som en direkte forskelsbehandling.¹²

Restriktioner omfatter diskrimination, men begrebet ”restriktionsforbuddet” er mere udvidet end diskrimination.¹³ Efter domstolens praksis kan restriktioner defineres som: ”at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende”.¹⁴ De direkte og de indirekte diskriminerende foranstaltninger samt restriktioner er som udgangspunkt forbudt i EU-retten. Men den indirekte diskrimination og restriktioner er dog i særlige undtagelsestilfælde tilladt så længe foranstaltningerne kan retfærdiggøres med henblik på et lovligt formål som er foreneligt med traktaten og er begrundet i tvingende almene hensyn: ”Selv restriktioner, der ikke indebærer nogen forskelsbehandling, vil kun blive accepteret, hvis de er begrundet i tvingende nødvendige samfundsmæssige hensyn baseret på objektive, stabile og gennemsigtige kriterier, og hvis der ikke findes andre, mindre restriktive midler til at nå de ønskede mål”.¹⁵

Det tvingende almene hensyn kan eksempelvis være at beskytte kreditorernes, mindretalsaktionærernes og lønmodtagernes interesser samt at opretholde effektiv skattekontrol og god handelsskik.¹⁶ Direkte diskriminerede foranstaltninger kan kun begrundes med traktathjemlede hensyn.¹⁷ Det er i så fald desuden nødvendigt, at foranstaltningens gennemførelse er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.¹⁸ Det vil sige at proportionalitetsprincippet også skal være til stede ud over det tvingende almene hensyn.

¹² Henrik Kure, EU- ret kompendium, 5. udgave, (2014), side 38, Sag C-237/94, O'Flynn, præmis 18-20.

¹³ Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, EU ret fri bevægelighed, (2013), side 32.

¹⁴ Gebhard, C -55/94, præmis 37.

¹⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-477_da.htm. (Frie kapitalbevægelser og etableringsret: EU-interne investeringer).

¹⁶ Sag C-411/03, Sevic Systems AG, præmis 24.

¹⁷ Henrik Kure, EU- ret kompendium, 5. udgave, (2014), side 39.

¹⁸ Dom af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, præmis 49, og afl 1.3.2004, sag C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, Sml. I, s. 2409, præmis 49.

Domstolen angiver ikke nogle bestemte restriktioner om hvad medlemsstaterne må opstille i forhold til f.eks. at beskytte medarbejdere. Men alle restriktioner vurderes efter den konkrete sag i forhold til hvorvidt de kan retfærdiggøres efter 4 opstillede kriterier: uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende almene hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål de forfølger, og de skal respektere proportionalitetsprincippet.¹⁹

Selv restriktioner der er begrundet i forhold til at forhindre omgåelse af selskabsretlig krav f.eks. mindstekapitalkravet jf. sagen Centros og sagen Inspire Art er ikke anerkendt fordi de ikke kan opfylde de 4 ovenfor nævnte kriterier. Dermed kan selskaber som er lovligt stiftet men uden eller med ringe mindste kapital i lande som England, Frankrig, Irland osv. frit få lov til at drive filialer i lande som Tyskland uden at overholde dette lands højere kapitalkrav. Men selvom selskaber får mulighed for at omgå stiftelseskravet i tilflytningslandet, skal udenlandske selskab stadig holde sig til de regler som er målrettet til at beskytte kreditorerne. Det gælder f.eks. direktørens personlige ansvar i forbindelse med indgivelse af konkursbegæring inden for 3 ugers fristen i Tyskland.²⁰

2.2.2. Nægtelse af registrering af grænseoverskridende fusion efter traktatens bestemmelser

Fusion er en etableringsform og retten til at fusionere udenfor landegrænser inden for EU/EØS-lande er beskyttet af traktatens etableringsbestemmelser. Der er mindst to medlemsstater involveret i en grænseoverskridende fusion og der kræves tilladelse fra både fraflytningsstaten og tilflytningsstaten. Ifølge TEUF art. 49, 1. del er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig i en anden medlemsstat.

Dermed skal fraflytningsstaten respektere selskabets ret til at flytte ud af landet og staten skal tillade at et af dets selskab ophører uden likvidation såfremt lovgivningen i det modtagende selskabsland tillader sådan en fusion nationalt. Fraflytningsstaten skal derfor altid anerkende et af dets selskabers ønske om at ophøre ved fusion, medmindre selskabs- og skatteretlig foranstaltninger kan begrundes i tvingende almen hensyn og er proportionelle.²¹

¹⁹ Sag C -167/01 Inspire Art, præmis 132-133.

²⁰ Berlingske Business, Tyskland og etableringsfrihed i EU, tirsdag d. 19. februar 2002.

²¹ Sag C-210/06, Cart.esio, præmis 113, Sanne Neve Damgaard, EU selskabs og skatterettens betydning for selskabers gennemførsel af grænseoverskridende omstrukturering, (2012), side 51.

Et eksempel er Cartesio, C- 210/06, hvor selskabet, stiftet efter ungarsk ret, gerne ville flytte sit hjemmested til Italien. Domstolen tog stilling hertil i præjudicielle spørgsmål 4, præmis 112:

I sidstnævnte tilfælde kan den beføjelse, som er nævnt i denne doms præmis 110, som langt fra indebærer nogen form for immunitet for den nationale lovgivning om stiftelse og opløsning af selskaber i forhold til EF-traktatens regler om etableringsfrihed, navnlig ikke begrunde, at stiftelsesmedlemsstaten ved at foreskrive opløsning og likvidation af dette selskab forhindrer dette i at blive omdannet til et selskab efter den anden medlemsstats nationale lovgivning, for så vidt som dette er tilladt efter denne lovgivning.

Ifølge dette må en fraflytningsstat ikke kræve opløsning eller likvidation af selskabet ved flytning så længe tilflytningsstaten anerkender sådan en omdannelse i dens nationale lovgivning. På den anden side skal tilflytningsstaten tillade et af dets hjemmehørende selskaber at optage det indskydende selskab, så længe det kan foretages nationalt.

Sevic, C-411/03, Tysk selskab Sevic (modtagende selskab) fik afslag på selskabets anmodning om fusion med Security Vision, Luxemborg, fordi fusion kun var mulig mellem tyske selskaber ifølge tysk lov. Nægtelsen af registreringen kom i strid med etableringsbestemmelsen fordi der var forskelsbehandling mellem national og grænseoverskridende fusion. Omvendt kan sagen fortolkes som hvis det ikke var muligt at gennemføre fusionen nationalt, så kunne Tyskland godt nægte anmodningen om fusion.²²

Når man vurderer Sevic-sagen i dansk selskabsretlig forstand så var fusion mulig mellem aktie- og anpartsselskaber uden likvidation, men loven gælder kun for de selskaber som er registreret i Danmark jf. Aktieselskabsloven §134 og anpartsselskabsloven §65²³ hvilket er baseret på 3. direktivet.²⁴ Hvis der opstod en situation som i Sevic-sagen, skulle Danmark også tillade en anmodning om fusion fordi de danske regler tillader at gennemføre en tilsvarende fusion nationalt.

²² Sanne Neve Damgaard, EU selskabs og skatterettens betydning for selskabers gennemførsel af grænseoverskridende omstrukturering, (2012), side 55, side 186.

²³ Afløst af selskabsloven.

²⁴ https://www.djoef-forlag.dk/sites/ntsdemo/PDF/2006_2/NTS02_2006_075_083.pdf

2.3. Fusion i forbindelse med stiftelse af et europæisk aktieselskab

I dansk selskabsretlig forstand var fusion kun mulig mellem danske selskaber indtil 2004. Det blev først muligt for danske selskaber at fusionere med et andet EU-selskab efter implementeringen af SE-ordningen.²⁵ Inden ikrafttræden af SE-ordningen, kunne grænseoverskridende fusion ikke gennemføres og man kunne slet ikke få tilladelse til ansøgningen om sådan en fusion fordi den manglende selskabsretlige lovhjemmel fører til en selskabsretlig likvidation jf. TfS1998.797 LR.²⁶

I den sekundære EU-ret (siden 8. oktober 2001) kan fusion gennemføres ved at danne et SE selskab jf. SE-forordning nr. 2157/2001 (trådte i kraft i 2004). Ifølge SE ordningen skal mindst to af selskaberne komme fra forskellige EU-lande og de kan danne et fælles europæisk aktieselskab ved fusion.²⁷ Eksempelvis kan et Dansk A/S fusionere med et Engelsk PLC og registrere det fortsættende eller det nye selskab som et SE-selskab. SE-selskabets vedtægtsmæssig hjemmested og hovedkontor skal være beliggende i samme medlemsstat. Hvis selskabets hovedkontor ligger i en kommune i Danmark, så skal Danmark betragtes som dets vedtægtsmæssige hjemmested.²⁸ Men man har dog mulighed for at flytte sit hjemmested uden opløsning.

SE-selskabet med hovedkontor i et EU-land hører under både forordningsbestemmelsen og den nationale lovgivning. Regler i forbindelse med stiftelses- og ledelsesform reguleres efter forordningsbestemmelser, mens de aspekter som ikke blev dækket af forordningen såsom opløsning, likvidation, konkursbehandling og betalingsstandsning behandles efter den nationale lovgivning. Et SE-selskab som registreres og drives i Danmark skal stadig holde sig til den danske lovgivning som gælder for danske aktieselskaber.

Et SE-selskab kan fusionere skattefrit jf. SKM2006.79.SKAT:

...hvor SKAT har meddelt tilladelse til skattefri fusion af et dansk selskab med søsterselskaber i Norge, Finland og Sverige. Ved fusionen omdannedes det svenske modtagende selskab til SE-selskab med hjemsted i Sverige. Tilladelsen til skattefri fusion gælder alene de aktiver og passiver i det indskydende selskab, der ved fusionen

²⁵ De andre måder at stifte et SE selskab end igennem grænseoverskridende fusion vil være ved stiftelse af et europæisk holdingselskab, ved stiftelse af et fælles europæisk datterselskab eller ved omdannelse fra aktieselskab til SE selskab.

²⁶ Skats juridiske vejledning C.D.5.4.1 Generelt om fusion med/mellem udenlandske selskaber.

²⁷ Forordningens art.2, stk. 1, jf. art..17-31.

²⁸ LBK nr. 654 af 15/06/2006, Bekendtgørelse af lov om det europæiske selskab, Kap. 1, §3.

knyttes til den danske filial af det svenske SE-selskab, og derved forbliver under dansk beskatning.²⁹

I virkeligheden er der ikke så mange selskaber som benytter SE-ordningen og indtil videre er der kun 12 selskaber registreret som SE-selskaber i Danmark, mens kun 3 af dem har status som normal, jf. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens database pr. 11/12/2015.³⁰

Senere er SCE-forordningen blevet introduceret og dermed fik andelsselskaber mulighed for at deltage i grænseoverskridende fusion. Dette speciale vil ikke gennemgå SE/SCE-ordningerne i dybden. Men blot henvise til LBK nr. 654 af 15/06/2006 - Bekendtgørelse af lov om det europæiske selskab/SE-loven) samt LOV nr. 454 af 22/05/2006 - Lov om det europæiske andelsselskab/SCE-loven) for flere oplysninger.

2.4. Fusion efter CBM-regler

Fusion indenfor EU/EØS blev desuden reguleret i den sekundære EU-ret ved at introducere det 10. direktiv - CBM-direktivet om grænseoverskridende fusion - 2005/56. Tidligere var fusion kun selskabsretligt mulig ved anvendelse af SE-ordningen. Men efter CBM-direktivet er det muligt at lave fusion mellem aktie - eller anparts selskaber inden for EU og EØS uden at stifte et SE-selskab. Især de små og mellemstore virksomheder som ikke er interesserede i eller ikke lever op til kravene for at oprette et SE-selskab, vil med fordel kunne anvende CBM-direktivet.

Selvom traktatens etableringsbestemmelse jf. Sevic-sagen allerede sikrer mulighed for fusion inden for medlemsstaterne, markerer CBM-direktivet et vendepunkt med henblik på at fjerne de resterende usikkerhedsmomenter. Men det er vigtigt at bemærke at CBM ikke dækker privatretlige transaktioner på samme måde (fusion i bred forstand) f.eks. i forhold til salg og køb af aktier/aktiver.³¹

Det oprindelige forslag om grænseoverskridende fusion indenfor EU omhandlede alene aktieselskaber. Men senere blev det udvidet og nu finder det anvendelse på alle kapitalselskaber i

²⁹ <https://pro.karnovgroup.dk/document/7000318660/1#SKM20060079>.

³⁰ CVR.dk. 9 selskaber har status som slettet og kun 3 selskaber navnlig Fritrade SE, Invest of 1999 SE og AMF Continued har status som normal.

³¹ <http://corporize.com/publications/directive-on-cross-border-mergers>

EU der i overensstemmelse med en fælles definition i samtlige medlemsstater har status af juridiske personer og ejer en separat formue, som alene hæfter for virksomhedens forpligtelser:³²

Direktivet gælder for fusioner af kapitalselskaber:

- *der er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning*
- *hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende i Fællesskabet*
- *hvis mindst to af dem henhører under forskellige medlemsstaters lovgivning.*

Medlemsstaterne kan beslutte ikke at anvende direktivet på grænseoverskridende fusioner, der omfatter et andelsselskab, selv i tilfælde, hvor dette er omfattet af begrebet kapitalselskab. Endelig gælder direktivet ikke for selskaber for kollektive investeringer i værdipapirer.³³

Ved lov nr. 573 af 6. juni 2007 blev EUs 10. selskabsdirektiv implementeret i dansk ret og det trådte i kraft i juli 2007. Ifølge de danske regler kan følgende fusionere grænseoverskridende: aktieselskaber, anpartsselskaber, virksomheder med begrænset ansvar der omfattet af lov om erhvervsdrivende virksomheder, og i visse tilfælde erhvervsdrivende fonde, som hører under mindst to forskellige EU/EØS-landes lovgivning.³⁴ Lovgivningen i den medlemsstat, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemmested er gældende i forbindelse med gennemførsel af fusion. De regler der gælder for grænseoverskridende fusion skal være mest muligt identiske i forhold til de regler gælder ved nationale fusioner.³⁵

2.4.1. Direktivets betydning for grænseoverskridende fusion

Fra 2005, som et resultat af at fusion blev direktivstyret igennem CBM-direktivet, fik aktie- og anpartsselskaber mulighed for at fusionere på tværs af grænserne inden for EU og EØS på basis af en klar, forudsigelig og struktureret ramme. Det har stor betydning for den frie udveksling af arbejdskraft og kapital mellem medlemsstaterne og efterfølgende bidrager det til at styrke det internationale marked. Før implementeringen af 10. direktivet var der stor set ikke nogen fusioner

³²[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2003\)0703_/com_com\(2003\)0703_da.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2003)0703_/com_com(2003)0703_da.pdf) (Forslag til Europa-parlamentets og rådets direktiv om grænseoverskridende fusioner af kapitalselskaber - side 3).

³³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar [Den Europæiske Unions Tidende L 310 af 25.11.2005, s. 1].

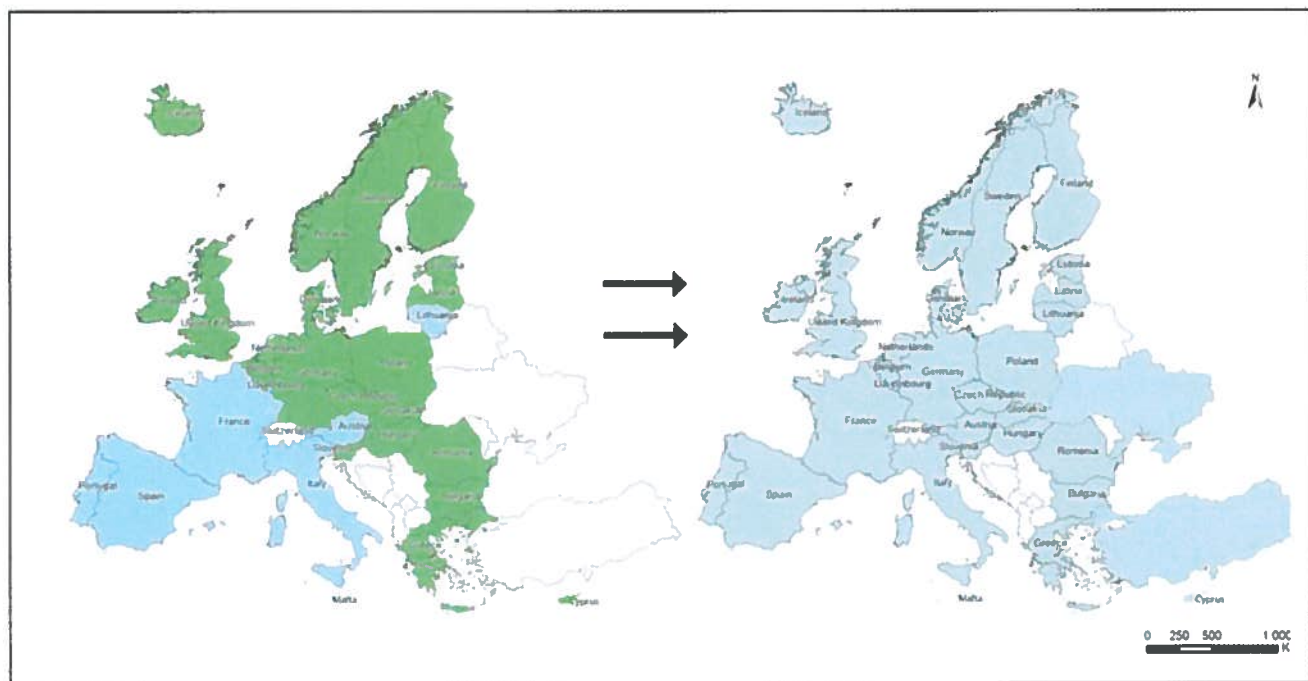
³⁴ C.D.5.4.1 Generelt om fusion med/mellem udenlandske selskaber - FUL § 15, stk. 1.

³⁵ Lone L. Hansen, International Fusion og Spaltning - særligt om medbestemmelse, (2007), side 22-23.

på tværs af landegrænser inden for EU og EØS fordi mange landes selskabsretlige lovgivning ikke gav lovhjemmel til sådanne fusioner. Og selvom der var nogle lande som f.eks. Italien, Spanien og Frankrig som gav adgang til fusioner med en fremmed stat indenfor EU/EØS, var reglerne ikke harmoniserede og dermed blev processen kompliceret, dyr og uoverskuelig.

Figur 1: CBM-direktivet giver adgang til grænseoverskridende fusioner indenfor EU/EØS.³⁶

Til venstre - inden implementeringen af CBM-direktivet. Blå: lande som havde selskabsretlig lovhjemmel til grænseoverskridende fusion. Grøn: lande som ikke havde selskabsretlig lovhjemmel. Til højre - efter implementeringen af CBM-direktivet. Alle medlemsstaterne fik adgang til grænseoverskridende fusion.



2.5. Samspil mellem EU og dansk lovgivning

EU-retten er delt op i den primære og den sekundære lovgivning. Den primære ret består af traktaterne og den er grundlag for alle EUs tiltag. Den primære EU-ret i forbindelse med grænseoverskridende fusion er baseret på etableringsbestemmelsen i traktaten (= TEUF49-54).

³⁶ Study on the application of the cross border mergers directive for the directorate general for the international market and services, the European Union by Lexidale & Bech-bruun (2013), side 8.

Den sekundære EU-ret består af retlige instrumenter såsom forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser, der udstedes med hjemmel i traktaterne. De sekundære retskilder i forbindelse med grænseoverskridende fusion er:

- Forordninger - Kontrol med fusioner og virksomheder (forordning nr: 4064/89 med senere ændringer i forordning nr. 139/2004), SE-statutten (forordning nr: 2157/2001), SCE-statutten (Forordning nr: 1435/2003)
- Direktiver - Fusion (3. dir - 78/855), CBM-direktivet (10.dir. 2005/56), flytning af hjemmested (14.dir- opgivet).

"En forordning er almengyldig. Den er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat" (TEUF art.288, stk. 2). Forordninger er totalt harmoniserede med de nationale lovgivninger. Et eksempel er fusionskontrol (ved forordning nr. 4064/89 med senere ændringer).

Fusioner med EU-dimensioner skal bede om godkendelse fra EU-kommissionen, uanset hvor medlemsstaterne har hovedsæde.³⁷ Et eksempel herpå er selskaber som Telenor og Teliasonera som måtte droppe deres planlagte fusion i Danmark, idet det ikke lykkedes for dem at nå til enighed med EU-kommissionen.³⁸ Den planlagte fusion mellem Danish Crown og Tikan blev delvist godkendt af EU-kommissionen (fusion for delen som hører til uden for Danmark),³⁹ og sagen sendt videre til konkurrencestyrelsen i Danmark for at træffe den endelige afgørelse med hensyn til påvirkning af konkurrencen i Danmark. Men fusionen blev ikke godkendt af den danske myndighed og den planlagte fusion kunne derfor ikke gennemføres.⁴⁰

³⁷ En fusion har EU-dimension, når der er følgende karakteristik til stede: (ref : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=URISERV%3A126096>)

- alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning på verdensplan, der overstiger 5 mia. EUR
- mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning i EU hver især overstiger 250 mio. EUR, medmindre hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på EU-plan i ét og samme EU-land.

En fusion, der ikke når op over disse tærskler, har alligevel EU-dimension:

- når alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning på verdensplan, der overstiger 2,5 mia. EUR
- når alle de deltagende virksomheder tilsammen har en samlet omsætning i hver af mindst tre EU-lande, der overstiger 100 mio. EUR
- når mindst to af de deltagende virksomheder hver især har en samlet omsætning i hver af mindst tre EU-lande, der overstiger 25 mio. EUR, og
- når mindst to af de deltagende virksomheder hver især har en samlet omsætning i EU, der overstiger 100 mio. EUR, medmindre hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på EU-plan i ét og samme EU-land.

³⁸http://borsen.dk/nyheder/virksomheder/artikel/1/310822/telenor_og_teliasonera_dropper_fusion_i_danmark.html?hl=YToxOntpOjA7czo1OiJUZWxpYSI7fQ

³⁹ <http://finans.dk/live/erhverv/ECE7874530/EU-Danish-Crown-Tican-fusion-kan-g%C3%A5-ud-over-konkurrencen/?ctxref=ext>

⁴⁰ <http://www.dr.dk/nyheder/penge/danish-crown-fusion-med-tican-afblaest>

Men: "Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen" (TEUF art.288, stk. 3). Regeringen og Folketinget kan selv bestemme, hvordan de vil gennemføre direktivet så det kan blive tilpasset mest muligt til den nationale lovgivning, men samtidig med hensyntagen til en vis minimumsharmonisering. Implementeringen kan også være totalt harmoniseret.⁴¹ Medlemsstaterne må gerne indføre mere lempelige regler end fusionsdirektivet, men de må ikke være strammere end fusionsdirektivets grundlæggende betingelser. Et eksempel herpå er at Fusions-skattedirektivet fastlægger en maksimalgrænse for kontant vederlag på 10 procent af den pålydende værdi af de modtagne aktier, men der er ikke en sådan grænse for størrelsen af en eventuelt kontant udligningssum ifølge de danske regler.

Misbrugsregler: For at forhindre misbrug har medlemsstaterne lov til helt eller delvist at nægte at anvende direktivets regler. Jævnfør kap. 4 art. 15:⁴²

1. En medlemsstat kan nægte at anvende eller kan tilbagekalde anvendelsen af alle eller enkelte af bestemmelserne i artikel 4-14, hvis en af de i artikel 1 nævnte transaktioner:

a) som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse; forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som f.eks. omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse

b) resulterer i et selskab, som, uanset om det deltager i transaktionen eller ej, ikke længere opfylder de nødvendige krav til medarbejderrepræsentation i selskabets organer i henhold til de aftaler, som var gældende inden transaktionen.

⁴¹ Henrik Kure, EU - ret kompendium, 5. udgave, s. 22.

⁴² Rådets direktiv 2009/133/EF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater.

Artikel 15 danner grundlag for udlodningsbeskatning og tilladelsessystemet (L84) samt en international omgåelsesklause, som blev indført i dansk lov i LL §3.

2.6. Delkonklusion

Grænseoverskridende fusioner er de fusioner, hvor de deltagende selskaber hører under mindst to forskellige EU/EØS-lovgivninger. Der er tre retsgrundlag for grænseoverskridende fusion.

Selskaber i forskellige stater kan fusionere ved:

1. stiftelse af et europæisk aktie/anpartsselskab (SE /SCE - selskab)
2. at anvende CBM-direktivet
3. at støtte sig direkte på etableringsbestemmelsen i Traktaten.

Der er ikke så mange selskaber som kan anvende SE-ordningen på grund af at der er strammere krav bl.a. højere kapitalkrav og grænseoverskridende karakteristik til at stifte et SE-selskab.

Kapitalselskaber som ikke kan/vil benytte SE-ordningen kan godt fusionere efter reglerne i CBM-direktivet. Selvom fusion i de fleste tilfælde følger CBM-direktivet, kan der være nogle selskabsformer der ikke dækkes af CBM-direktivet f.eks. A.m.b.a (Andelsselskaber med begrænset hæftelse), F.m.b.a (forening med begrænset hæftelse) og S.m.b.a (selskab med begrænset hæftelse). Men de kan benytte etableringsbestemmelsen i traktaten ved fusion.⁴³

Det kan konkluderes at den primære EU-ret danner grundlag for de sekundære retskilder såsom forordninger, direktiver, afgørelse, henstillinger og udtalelser, der udstedes med hjemmel i traktaterne. Når man vurderer hvordan EU-ret bliver implementeret i dansk ret kan det konstateres at forordninger såsom SE/SCE-ordningerne er direkte anvendelige i dansk lov og de må ikke ændres. Direktiver som for eksempel fusionsdirektivet, CBM-direktivet m.m. træder, i modsætning til forordninger, først i kraft efter de indarbejdes i den nationale lovgivning. Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men medlemsstaterne må selv bestemme hvordan de gennemføres i den nationale ret. Medlemsstaterne må gerne indføre mere lempelige regler men må ikke indføre strammere regler end direktivet.

⁴³ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 16. udgave, 2014/2015, side 540.

3. Definitioner af selskabs- og skatteretlige fusioner

3.1. Indledning

Ved en grænseoverskridende fusion ophører et selskab i et EU/EØS-land og overdrager sine aktiver og passiver til et andet EU-land. Fusionsskattelovens almindelige regler gælder kun for selskaber hjemmehørende i Danmark mens selskaber fra andre EU/EØS-lande som deltager i en fusion skal anvende særlige bestemmelser i FUL §15.⁴⁴

Selvom den nuværende fusionsdefinition blev udformet ved implementeringen af fusionsdirektivet 1992, har det rødder tilbage i 1967-lovens §9 og 1975-lovens §15.⁴⁵ Det skatteretlige grundlag i forbindelse med grænseoverskridende fusion indenfor EU var allerede anvendeligt ved implementeringen af fusionsskattedirektivet 1992⁴⁶, men blev dog selskabsretligt først muligt i 2007 efter anvendelse af SE-ordningen og CBM-direktivet. I det indeværende kapitel vil det blive gennemgået hvordan fusionsbegrebet defineres i selskabsretten og skatteretten. Men fusionsdefinitionen ifølge konkurrenceloven (hvor ”fusion” defineres langt bredere end i selskabs- og skatteretten) vil ikke blive behandlet i denne afhandling.⁴⁷ Det fusionsbegreb der gælder for nationale fusioner er også gældende for fusioner med udenlandske selskaber.⁴⁸

3.2. Definitioner og begreber

I skatteretlig forstand defineres ”fusion” på følgende vis: *”Fusion foreligger, når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette”* jf. FUL §1, stk. 3.

Overnævnte definition skal forstås i sammenhæng med definitionen i fusionsdirektivet, der, jf. art. 2 litra a⁴⁹, definerer fusion som den transaktion, hvorved:

- *et eller flere selskaber som følge af og samtidig med deres opløsning uden likvidation overfører deres samlede aktiver og passiver til et andet eksisterende selskab ved, at de tildeler deres selskabsdeltagere aktier eller anparter i det andet selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 pct. af disse værdipapirers*

⁴⁴ Den Juridiske Vejledning 2016-1, C.D.5.4.1 Generelt om fusion med/mellem udenlandske selskaber - FUL §15, stk.

⁴⁵ Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4 udgave, side 409.

⁴⁶ Ved lov nr. 219 af 3. april 1992.

⁴⁷ Fusion definition efter konkurrenceloven findes i § 12.

⁴⁸ C.D.5.4.1 Generelt om fusion med/mellem udenlandske selskaber - FUL § 15, stk. 1.

⁴⁹ RÅDETS DIREKTIV 2009/133/EF af 19. oktober 2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater.

pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi,

- to eller flere selskaber som følge af og samtidig med deres opløsning uden likvidation overfører deres samlede aktiver og passiver til et selskab, som de opretter ved at tildele deres selskabsdeltagere aktier eller anparter i det nye selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 pct. af disse værdipapirers pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi,*
- et selskab som følge af og samtidig med sin opløsning uden likvidation overfører sine samlede aktiver og passiver til et selskab, som sidder inde med samtlige aktier eller anparter i dets kapital.*

Den danske skatteretlig definition af fusion kan dermed fortolkes som at ved fusion sker der det at et eller flere selskaber overdrager deres aktiver og forpligtelser som helhed til et eksisterende eller til et nystiftet selskab. Der forudsættes at det/de indskydende eller ophørende selskaber opløses uden likvidation. Aktionærerne i det eller de indskydende selskaber/ophørende selskaber, skal modtage vederlag i form af aktier i det modtagende selskab eller en kontant udligningssum.⁵⁰ Men siden 2002 har der ikke eksisteret nogen grænse for den maksimale kontante udligningssum i Danmark.⁵¹

Fusionslovens definition er baseret på selskabslovens fusionsbegreb, jf. SL §236:

Et kapitalsselskab kan efter bestemmelserne i dette kapitel opløses uden likvidation ved overdragelse af kapitalsselskabets aktiver og forpligtelser som helhed til et andet kapitalsselskab mod vederlag til de ophørende kapitalsselskabers kapitalejere, dvs. uegentlig fusion. Det samme gælder, når to eller flere kapitalsselskaber sammensmeltes til et nyt kapitalsselskab, dvs. egentlig fusion. Overdragelserne kan gennemføres uden kreditorernes samtykke (=universal succession).

Ifølge dette findes der to typer fusioner:

Den uegentlig fusion: et eller flere selskaber opløses uden likvidation ved at overdrage selskabets aktiver og forpligtelser til et allerede eksisterende selskab, mod vederlag til det eller de ophørende

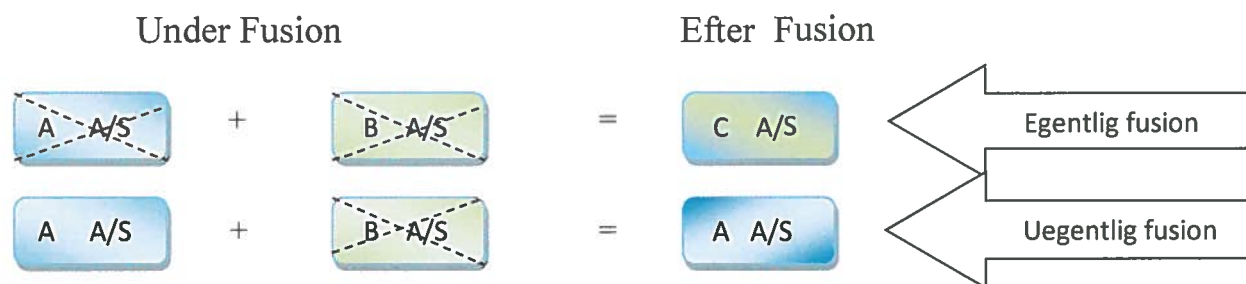
⁵⁰ Ligningsvejledningen 2010-2, S.D.1.3 - Definition af en fusion.

⁵¹ Ved Lov 2002.313.

selskabers kapitalejere. Dvs. at både de ophørende og de forsættende selskaber er de eksisterende selskaber (også betegnet "absorption").⁵²

Den egentlige fusion: de bestående/deltagende selskaber ophøres uden likvidation og overdrager deres aktiver og forpligtelser til et nystiftet selskab (også betegnet: "Kombination").⁵³

Figur 2: illustration af egentlig og uegentlig fusion.

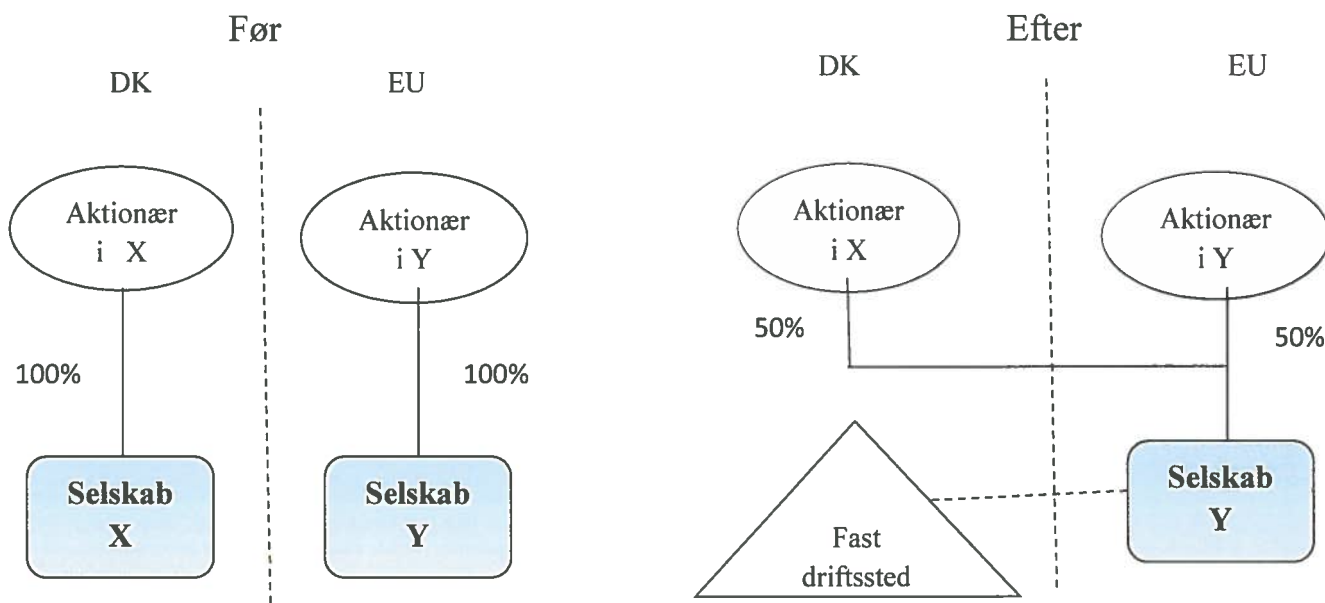


Kilde: egen tilvirkning.

Der kan endvidere skelnes i forhold til ejerskabet af selskaberne som deltager i en fusion.

Vandrette Fusioner: To eller flere selskaber sammensmeltes. De selskaber som er med i fusionen sidestilles. Vandrette fusioner udføres både i egentlig form og uegentlig form. De selskaber som deltager i en fusion kan enten findes i samme ejerkreds f.eks. søsterselskaber eller det kan være et anliggende i forhold til en uafhængig/fremmede ejerkreds (også betegnet: "Horisontale").

Figur 3: illustration af vandret fusion.



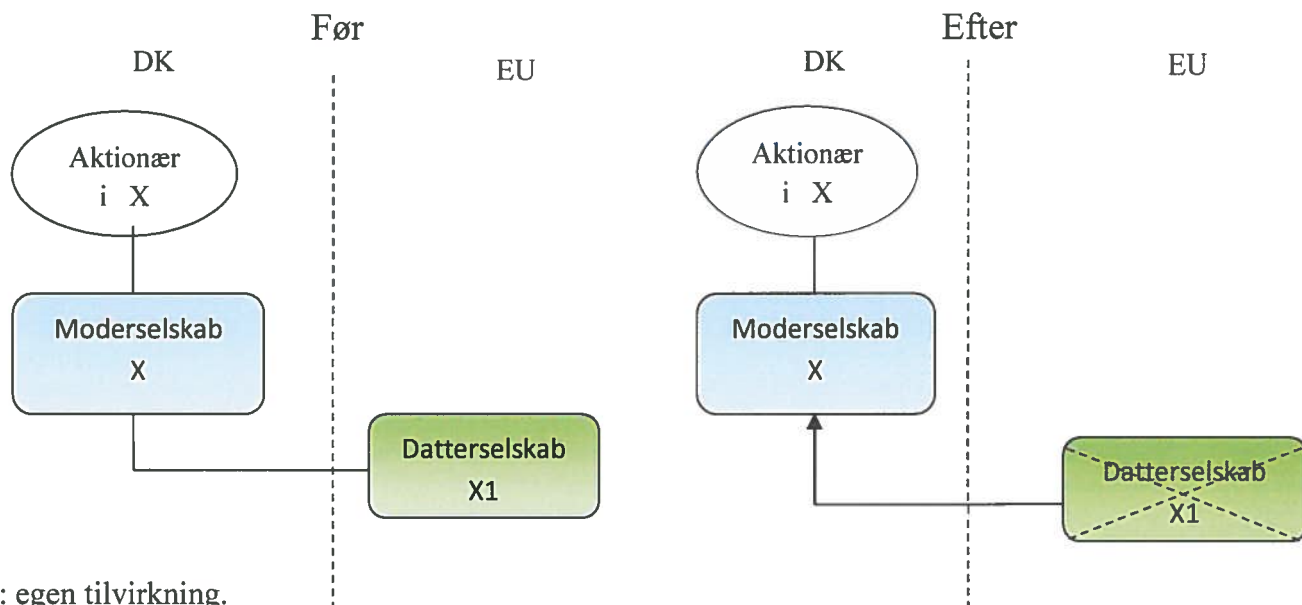
Kilde: egen tilvirkning.

⁵² Erik Werlauff, Selskabsret, 9. udgave, s. 753.

⁵³ Erik Werlauff, Selskabsret, 9. udgave, s. 753.

Lodrette Fusioner: Et moder- og datterselskab fusioneres. Ved fusion indskyder datterselskabet samtlige aktiver og passiver i moderselskabet. Dvs. at moderselskabet bliver det fortsættende selskab, mens datterselskabet, som en del af fusionen, ophører.

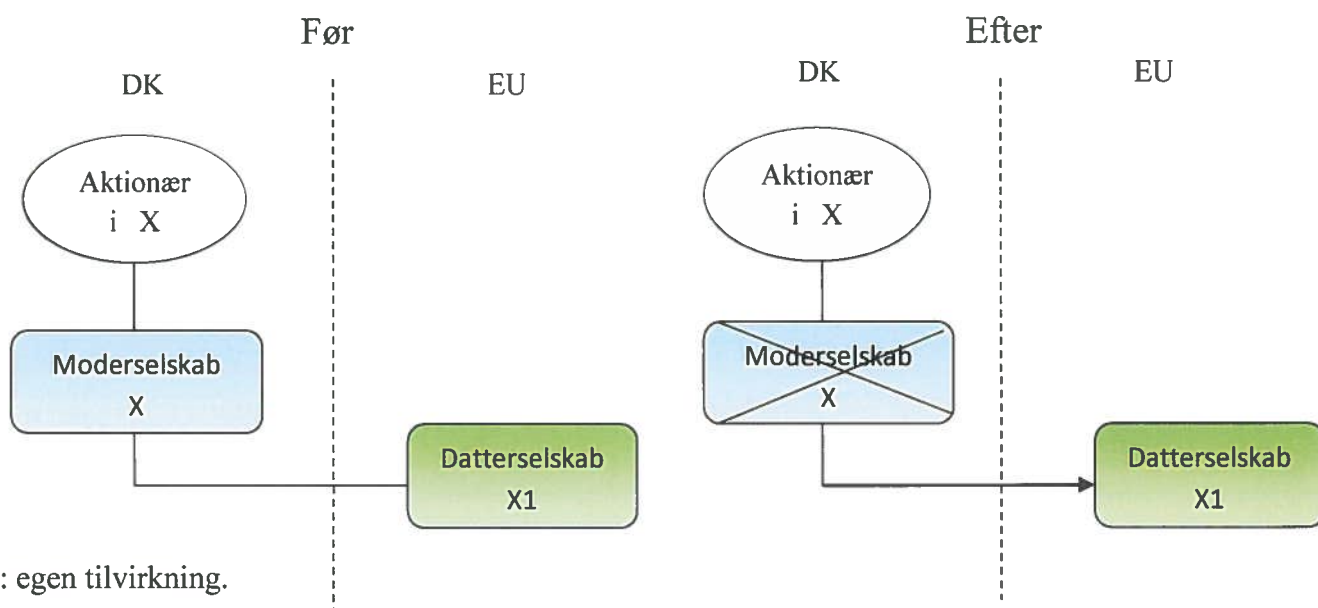
Figur 4: illustration af lodret fusion.



Kilde: egen tilvirkning.

Omvendt-Lodrette Fusioner: Et moder- og datterselskab fusioneres. Ved fusionen indskyder moderselskabet samtlige aktiver og passiver ind i datterselskabet. Dvs. at datterselskabet bliver det fortsættende selskab, mens moderselskabet, som led i fusionen, ophører.

Figur 5: illustration af omvendt-lodret fusion.



Kilde: egen tilvirkning.

Der forligger en uegentlig fusion ved lodret og omvendt-lodret fusion. De selskabsretlige bestemmelser om lodret og omvendt-lodret fusioner findes i SL §252.

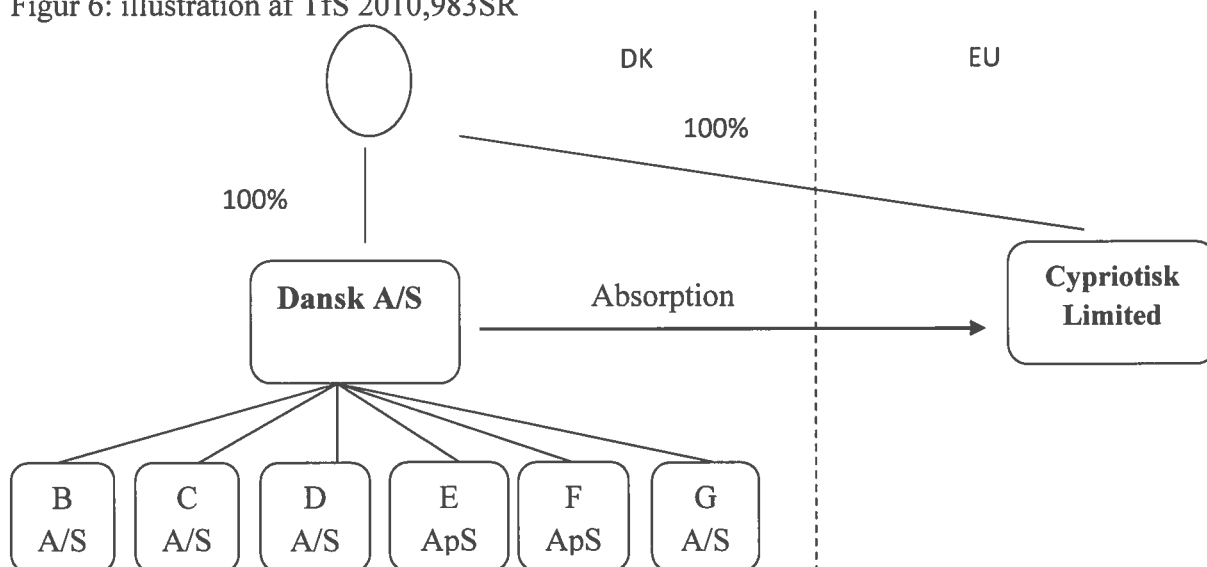
Vederlagskrav fraviges, hvor der skal ydes vederlag til aktionærene i det indskydende selskab i form af aktier eller anparter i det modtagende selskaber, når det handler om en fusion mellem moder-og datterselskaber (lodret og omvendt-lodret fusion) jf. FUL §2 stk. 2. Ved lodrette fusioner er der også mulighed for at fravige nogle dokumentationskrav på grund af at der pr. definition ikke kan ydes vederlag for kapitalandele i det ophørende selskab, når disse er ejet af det fortsættende selskab, jf. SL §250 stk. 3.

3.2.1. Omvendt-lodret fusion som fraflytningsmåde

Sondring mellem forskellige former af fusioner er særligt relevant i skatteretlig henseende.

Omvendte-lodrette fusioner kan betragtes som en fraflytningsmåde jf. TfS 2010,983, hvor Skatterådet bekræftede at den planlagte fusion mellem Dansk A/S og det nystiftede Cypem Limited kunne gennemføres skattefrit. Selvom der ikke blev bevaret noget fast driftssted i Danmark og at alle selskabsaktiver og passiver dermed forlod Danmark og dansk beskatning ved fusion.⁵⁴

Figur 6: illustration af TfS 2010,983SR



Kilde: egen tilvirkning.

Dansk A/S overdrog alle sine aktiver og forpligtelser til et nystiftet Limited (som har samme status som dansk A/S eller ApS) i Cypem. Dansk A/S ville blive det indskydende selskab og Cypriotisk Limited ville blive det fortsættende selskab. Dansk A/S aktivitet var alene om at besidde aktier efter

⁵⁴ Erik Werlauff, Selskabsskatteret 2014/2015, side 530.

fusionen og Cypriotisk Ltd ville ikke blevet anset for at have fast driftssted i Danmark. I så fald skulle der udløses ophørsbeskatning ifølge SEL §5. Men de aktier var datterselskabsaktier og derfor blev der ikke udløst skat ved afståelse jf. ABL §8.

3.3. Samspillet mellem den selskabsretlige og den skatteretlige fusionsdefinition

Der findes to definitioner af fusion, den selskabsretlige (jf. SL §236) og den skatteretlige (jf. FUL §1 stk. 3). Det civil/selskabsretlige fusionsbegreb og det skatteretlige fusionsbegreb må anses for at være sammenfaldende.⁵⁵ Når der sammenlægges to eller flere selskaber, hvor de ophørende/indskydende selskaber opløses ved likvidation, kan den under ingen omstændigheder betragtes som fusion i forhold til den fællesskabsretlige definition af begrebet fusion.⁵⁶ Man kan derfor konkludere at så længe en fusion ikke kan gennemføres selskabsretligt, kan man heller ikke godkende en sådan transaktion skatteretligt. Det skyldes at det er umuligt at fravige den grundlæggende betingelse om ”uden likvidation” og i stedet at tillade en ”skattefri likvidation”⁵⁷. Man kan eksempelvis se på SKM 2011.302 LSR, hvor man ikke kunne anvende reglerne om skattefri grænseoverskridende fusion. Fordi det danske selskab ophørte *med likvidation* ved overdrage sine aktiver og passiver til et cypriotisk selskab og fordi 10. direktivet ikke var implementeret i Cypern og sammenslutningen derfor ikke kunne kvalificeres som fusion.

Der kan samtidig findes nogle misforhold mellem selskabsretten og skatteretten.⁵⁸

Eks 1: I skatteretten skal aktionærerne i de/det indskydende selskaber alene vederlægges med aktier eller anparter i det modtagende selskab og eventuelt en kontant udligningssum, jf. FUL §2. Men der nævnes ikke noget bestemt om vederlagets art i selskabsretten, der nævnes blot at der skal ydes et vederlag til aktionærerne i de/det indskydende selskaber.

Eks 2: I skatteretten ydes vederlaget til det indskydende selskab ved skattepligtig fusion og derefter likvideres og udloddes likvidationsprovenu til aktionærerne, hvorimod vederlaget ydes direkte til aktionærerne ifølge selskabsretten.

Hvis en fusion gennemføres selskabsretligt, men uden anvendelse af fusionsskattelovens regler, foreligger der en skattepligtig fusion. Når selskabet ophører ved en skattepligtig fusion betragtes

⁵⁵ Ligningsvejledningen 2010-2, S.D.1.3 - Definition af en fusion.

⁵⁶ SpO.2008.353 Søren Friis Hansen: Fusion betyder fusion (- Der er fuldstændigt sammenfald mellem det skatteretlige og det selskabsretlige fusionsbegreb).

⁵⁷ Ligningsvejledningen 2010-2, S.D.1.3 - Definition af en fusion.

⁵⁸ Jane K. Bille et. al., Omstrukturering - skatteregler i praksis, side 147.

den situation som skatteretlig likvidation og dermed sker der likvidationsbeskatning selvom ophøret af selskabet sker uden likvidation i selskabsretlig forstand.⁵⁹ Selskabsretten tager stilling til hvorvidt selskabet opløses uden at føre til likvidation, mens skatteretten tager stilling til hvorvidt fusionen kan betragtes som skattefri.⁶⁰

3.4. Skattepligtig grænseoverskridende fusion

Ved gennemførsel af fusion, skal der tage stilling til om det skal gennemføres skattefrit eller skattepligtigt. Fusioner er som hovedregel skattepligtige. Skattepligtig fusion er altid en ret for selskaberne.⁶¹ Skattepligtig fusion ligestilles med likvidation i skatteretlig forstand (selvom det selskabsretligt defineres som opløsning uden likvidation) og behandles dermed ifølge SEL §5. Selvom der er universalsuccession og ejer - kreditorkontinuitet på det selskabsretlige plan, er der hverken succession eller ejerkontinuitet på det skatteretlige plan.⁶²

Skattepligtig fusion foreligger når selskaberne enten ikke kan eller ikke ønsker at anvende loven om skattefri fusion. En beslutning om at gennemføre en skattepligtig fusion er eksempelvis mest hensigtsmæssig i tilfælde hvor et af de deltagende selskaber har et stort fremførbart skattemæssigt underskud eller tab fra tidligere år og fra det år, hvori fusionen finder sted. Det modtagende selskab kan således anvende sit eget fremførbare skattemæssige underskud eller tab til modregning i kommende overskud eller fortjeneste, og har det indskydende selskab underskud eller tab fra tidligere indkomstår, kan det så modregnes når selskabet skal opgøre evt. avance ved afståelse af aktiver og passiver, hvormed en evt. skattebetaling kan minimeres.⁶³ For med en skattepligtig fusion er der mulighed for at fradrage underskuddet/tab, en mulighed som man vil miste ved en skattefri fusion jf. FUL §8, stk. 6 som siger at man mister fradragsretten (gælder ikke for fusion mellem selskaber som allerede indgik i sambeskatningskreds).

En skattepligtig fusion har skattemæssig virkning fra det tidspunkt, hvor fusionen er endeligt vedtaget i de deltagende selskaber jf. SEL §8 A stk. 1. Men skattepligtig fusion kan også gennemføres med tilbagevirkende kraft jf. SEL §8 A stk. 2 og med tilbagevirkende kraft gælder det at aktiver og passiver i det indskydende selskab overdrages til værdien pr. skæringsdatoen. Men

⁵⁹ Erik Werlauff, Selskabs skatteret 2014/15, side 525 og Skat juridiske vejledning - C.D.5.1 Fusioner, Skattepligtige.

⁶⁰ Erik Werlauff, selskabsret, 9.udgave, side 753.

⁶¹ Erik Werlauff, selskabsskatteret 2014/15, side 526.

⁶² Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 2015/2016, side 543.

⁶³ Jane K. Bille et al, Omstrukturering - skatteregler i praksis, side 148.

anvendelsen af reglerne om skattepligtig fusion med tilbagevirkende kraft, er alene gældende for de fusionerede selskaber der er underlagt dansk beskatning jf. SEL §8 A, stk. 2.⁶⁴ Men hvis det udenlandske selskab indgår i international sambeskatning med det dansk selskab, anses EU-selskabet i dansk skattemæssig henseende som et dansk selskab og dermed betragtes det som at det indskydende selskab ophører pr. fusionsdatoen eller pr. tidspunktet for etablering eller ophør af koncernforbindelsen jf. SEL §8 A, stk. 2.⁶⁵

Det er også muligt at det danske selskab vælger en skattepligtig fusion selvom de øvrige selskaber fra andre lande gennemfører fusionen skattefrit. Her kan nævnes eksemplet TfS2009,1140 SR – hvor fusionen gennemførtes skattepligtigt i Danmark, mens de øvrige deltagere fra Sverige, Norge og Finland gennemførte den som en skattefri fusion.

En skattefri fusion kan ikke omgøres til en skattepligtig fusion. Der blev hverken indrømmet adgang til selvangivelsesomvalg eller omgørelse efter skatteforvaltningslovens §30 – jf. SKM 2012.668.ØLR, SKM 2013.248.HR.

3.5. Skattefri grænseoverskridende fusion

Ved skattefri fusion succederer det modtagende selskab i de/det indskydende selskabs skattemæssige stilling i relation til de overtagne aktiver og passiver.⁶⁶ En fusion er grænseoverskridende hvis mindst to af de involverede selskaber er stiftet efter to forskellige medlemsstaters lovgivning.⁶⁷

Jf. §271 i selskabsloven defineres grænseoverskridende fusion som følger: ”Kapitalselskaber omfattet af denne lov kan deltage i grænseoverskridende fusioner, hvor de øvrige deltagende selskaber er tilsvarende kapitalselskaber, der hører under EU/EØS-landes lovgivning. Den grænseoverskridende fusion kan gennemføres uden kreditorernes samtykke”.

⁶⁴ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.1 Fusioner – skattepligtige.

⁶⁵ Guldmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning, 2013/14, side 238.

⁶⁶ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.2.1. Skattefri fusion - en introduktion.

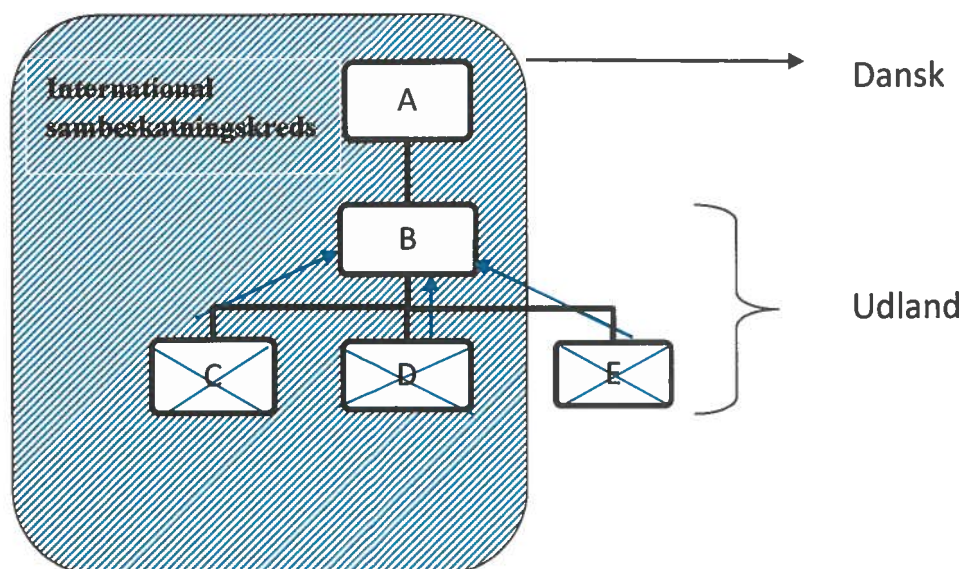
⁶⁷ Sanne Neve Damgård, EU selskabs - og skatterettens betydning for grænseoverskridende omstrukturering, side 183.

Ifølge denne definition har et danske aktieselskab adgang til at fusionere med EU/EØS-selskaber som kan ligestilles med kapitalselskaber i Danmark (definitionen afspejler afgørelsen i Sevic-sagen).

Skattefri fusion bygger på successionsprincip, et princip som allerede blev introduceret i dansk ret i 1967, men som først blev direktivreguleret og anvendeligt inden for medlemsstaterne ved fusionsskattedirektivet 1990/434/EØF⁶⁸, som ændredes ved 2005/19/EF.⁶⁹ Direktivet er nu kodificeret i direktiv 2009/133/EF.⁷⁰

Bestemmelserne om skattefri grænseoverskridende fusion findes i fusionsskatteloven. Det er særligt bestemmelserne i kap. 3 der er anvendelig for udenlandske selskaber og samtidig anvendes de almindelige regler også i vidt omfang ved fusion med udenlandske selskaber. De udenlandske sambeskattede selskaber behandles skattemæssigt på samme måde som de nationale selskaber og dermed anvendes bestemmelserne i kap. 1, der gælder for fusion mellem danske selskaber.

Figur 7: anvendelse af fusionsskatteloven: national eller grænseoverskridende? SKM2004.340.TSS



Dansk selskab A kunne fusioneres med sit sambeskattede datterselskab B og datterdatter selskaber C og D efter fusionsskattelovens kap. 1, fordi de udenlandske sambeskattede selskaber kunne

⁶⁸ Blev implementeret ved fusionsskatteloven ved lov 1992.219.

⁶⁹ Andre selskabstyper blev omfattet.

⁷⁰ Konsolidering af direktiv 1990/434 og 2005/19.

fusioneres på samme måde som de danske selskaber. Hermed blev reglerne for national fusion gældende. Men med selskab E, som ikke var omfattet af dansk sambeskatning, gennemførtes fusionen som en grænseoverskridende fusion og dermed anvendtes FUL §15, stk. 2.

Man skal opfylde specifikke krav i forhold til skattesubjekter, transaktion, vederlaget, fusionsdato samt søge tilladelse i visse situationer for at kvalificere fusionen som skattefri. Disse specifikke krav vil blive behandlet nærmere i kapitel 4.

3.6. Delkonklusion

Fusion foreligger når et eller flere kapitalselskaber opløses uden likvidation og overdrager sin formue til et andet selskab eller smelter sammen til et. Ved grænseoverskridende fusion er de kapitalselskaber der deltager i fusion, underlagt mindst to forskellige medlemsstaters lovgivning. Selvom der findes to definitioner, hhv. selskabsretlig og skatteretlig, anses de to for at være sammenfaldende.

Aktionærerne i de/det indskydende selskaber modtager vederlag i form af aktier eller anparter i det modtagende selskab og eventuelt et kontantvederlag som betaling for indskuddet. Det modtagende selskab kan være et eksisterende selskab (uegentlig fusion) eller et nyt selskab som stiftes i forbindelse med gennemførelse af fusion (egentlig fusion).

Ved koncernintern fusion findes der yderligere to forskellige fusionsformer, nemlig lodrette (vertikale) fusioner, når et moderselskab fusionerer med et datterselskab og moderselskabet er det fortsættende selskab; og omvendt lodrette fusioner, når datterselskabet er det fortsættende selskab efter fusion. Omvendt lodret fusion er særlig interessant fordi det er en alternativ måde at gennemføre grænseoverskridende flytning af hjemmested på.

Selskabsretten tager stilling til hvorvidt selskaber opløses uden likvidation mens skatteretten har afgørende betydning for hvordan fusion behandles skattemæssigt, dvs. skattepligtigt eller skattefrit.

Fusion er som hovedregel skattepligtig, men ved at udfylde specifikke krav er det muligt at gennemføre fusion skattefrit. Ved skattefri fusion succederer det modtagende selskab i det indskydende selskabs skattemæssige stilling i relation til de overtagne aktiver og passiver og har

dermed mulighed for at udskyde beskatning indtil senere afståelse af de pågældende aktiver. Men den alvorligste konsekvens af skattefri fusion er at de involverede selskaber mister retten til fremførsel af uudnyttet, fradragsberettiget skattemæssigt underskud fra tidligere år og fra det år, hvori fusionen finder sted, med mindre de deltagende selskaber indgår i international sambeskatning. At gennemføre skattepligtig fusion er derfor mest hensigtsmæssig i tilfælde hvor f.eks. et af de deltagende selskaber har store underskud fra tidligere indkomstår.

4. Betingelser for at gennemføre en skattefri grænseoverskridende fusion

Betingelserne for at opnå adgang til skattefri fusion er først baseret på selve definitionen. Det vil sige at transaktionen først og fremmest skal anses som fusion. Fusionsdefinitionen jf. FUL §1, stk. 3, er ens for både de nationale og de grænseoverskridende fusioner (se kap. 3).

Der stilles endvidere specifikke krav i fusionsskatteloven for at gennemføre en transaktion skattefrit. De fælles krav der gælder både for de nationale og grænseoverskridende fusioner defineres i FUL kap. 1, mens de krav der alene gælder for de grænseoverskridende transaktioner defineres i FUL kap. 3. Disse krav er:

- Krav til skattesubjektet – de selskaber der deltager i fusion skal omfattes i FUL.
- Krav til transaktion
- Krav til fusionsvederlag
- Krav til ombytningsforholdet
- Krav til fastlæggelse af fusionsdato
- I visse tilfælde skal der opnås tilladelse fra SKAT.

4.1. Krav til skattesubjektet

Skattesubjektet der kan fusionere efter fusionsskatteloven jf. FUL §1 stk. 1, §14 og §15 har adgang til skattefri fusion: ”...fusion mellem et selskab, der er hjemmehørende her i landet, og et selskab, der er hjemmehørende i udlandet, og ved fusion mellem selskaber, der er hjemmehørende i udlandet, har selskaberne adgang til beskatning efter reglerne i stk. 2-4” (FUL §15).

FUL §1, stk. 1 omfatter aktie- og anpartsselskaber, mens andre selskaber (selskaber hvor ingen hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagernes indskudte kapital) omfattes i SEL §1, stk. 1, nr. 2⁷¹ og de øvrige selskaber forklares i FUL §14.

Udenlandske selskaber dvs. ”selskaber i medlemsstaterne” har adgang til skattefri grænseoverskridende fusion jf. direktiv 2009/133, art. 3:

*Ved udtrykket »selskab i en medlemsstat« forstås i dette direktiv ethvert selskab:
a) der antager en af de former, der er anført i bilag I, del A⁷²*

⁷¹ C.D.5.2.2 Fusionsskattelovens anvendelsesområde mv. – FUL §1.

⁷² <https://goo.gl/pYtZ02>- side 8 og 9

b) som ifølge skattelovgivningen i en medlemsstat anses for at være hjemmehørende i denne medlemsstat i skatteretlig forstand, og som i henhold til en overenskomst om dobbeltbeskatning med et tredjeland ikke anses for at være hjemmehørende uden for Fællesskabet og

c) som uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af en af skatterne på listen i bilag I, del B, eller enhver anden form for skat, der træder i stedet for en af de pågældende skatter.

Skattesubjekterne der omfatter FUL §15 kan inddeles på følgende måde:

- De danske selskaber: de selskaber der er hjemmehørende i Danmark samt de udenlandske selskaber der indgår i international sambeskatning.
- De selskaber der er hjemmehørende i EU-lande: Selskaber der svarer til dansk aktie- eller anpartsselskaber samt SE-selskaber.⁷³
- De selskaber der er hjemmehørende i EØS-lande: de falder udenfor fusionsskattedirektivets anvendelsesområder og dermed fastsættes selvstændige betingelser for at blive ligestillet med EU-selskaber. Betingelserne er at EØS-selskaber skal svare til danske aktie- eller anpartsselskaber; derudover er EØS-landene forpligtet til at udveksler oplysninger med de danske myndigheder, jf. FUL §15, stk. 5.⁷⁴
- De udenlandske selskaber der ikke er hjemmehørende i EU/EØS-lande: Bestemmelsen i FUL §15, stk. 6 finder anvendelse ved fusion med de udenlandske selskaber.

Selskaber der kan anses som transparente enheder under dansk beskatning er ikke omfattet af fusionsskatteloven. Bestemmelserne vedrørende transparente enheder er indsat ved direktiv 2005/19. I visse lande kan der gennemføres omstruktureringer med selskaber, der ikke kan anerkendes som selskaber ifølge dansk national lovgivning. I stedet anses de for at være transparente enheder ifølge dansk lov.⁷⁵ Hvis det indskydende selskab er et transparent selskab, beskattes de danske selskabsdeltagere i det udenlandske transparente selskab med lempelse for den udenlandske skat som skulle være betalt i fusionen, jf. LL §33, stk. 4. Hvis det udenlandske

⁷³ SKM 2006.79 SKAT: SKAT har meddelt tilladelse til skattefri fusion af et dansk selskab med dets søsterselskaber i Norge, Finland og Sverige. Ved fusionen omdannedes det svenske modtagende selskab til SE-selskab med hjemsted i Sverige.

⁷⁴ EØS-landene Island, Norge og Liechtenstein har indgået aftale med de danske myndigheder om at udveksle oplysningerne.

⁷⁵ Susanne Kjær, Grænseoverskridende omstrukturering. SR 2012.112.

modtagende selskab er et transparent selskab, bliver det skattemæssigt behandlet på samme måde som hvis det transparente selskab var hjemmehørende i Danmark.⁷⁶

4.2. Krav til transaktion

En transaktion skal kvalificeres som fusion. Det betyder at det indskydende selskab skal opløses uden likvidation (se kap. 3 for definitioner og begreber) og fusionen gennemføres med universal succession. Opløsning er i ethvert tilfælde, hvor selskabets eksistens som juridisk person ophører. Kapitalselskaber kan opløses ved frivillig likvidation, tvangsopløsning, fusion, ophørsspaltning eller ved konkurs. Det er vigtigt at skelne mellem likvidation frem for opløsning, fordi et kapitalselskab ikke kan gennemføre fusion i tilfælde af at opløsning fører til likvidation. Ved likvidation sker der indfrielse af selskabets kreditorer, indhentelse af kreditors samtykke, genforhandling af kontrakter og udlodning af tilbageværende midler til selskabsdeltagerne⁷⁷ (det skal dog bemærkes at kapitalselskabet under likvidation, kan indgå i fusion, hvis udlodning til kapitalejerne endnu ikke er påbegyndt, og hvis generalforsamlingen samtidig træffer beslutning om at hæve likvidationen jf. SL §246).

Eks 1: TfS 1998, 797.LSR – hvor der forelå en ansøgning om skattefri fusion mellem et dansk og et svensk selskab efter FUL §15, stk. 2. Det indskydende selskab – det svenske **selskab blev selskabsretligt likvideret**. Likvidationen medførte, at der var ikke tale om fusion og dermed gav ligningsrådet afslag på ansøgningen.

Eks 2: TfS 2011, 504.LSR – den skattefri fusion var ikke mulig, pga. et dansk selskabs ophør i forbindelse med overdragelse af aktiver og passiver til et cypriotisk selskab; Cypern har endnu ikke implementeret det 10. selskabsdirektiv. Sammenslutningen **kunne ikke selskabsretligt kvalificeres som en fusion** og dermed var der tale om likvidation.

Eks 3: TfS 1999, 449 – hvor en aktionær søgte tilladelse til succession på aktionærsiden i forbindelse med fusion med to udenlandske selskaber, jf. FUL §15, stk. 6. På grund af det modtagne materiale **kunne ligningsrådet ikke vurdere at der var tale om skattefri fusion i fusionsskattelovens forstand** og fusionen var derfor ikke skattefri.

⁷⁶ Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer. 4. udgave, side 413.

⁷⁷ Sanne Neve Damgaard, EU Selskabs - og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, 2012, side 189.

4.3. Vederlagskravet

Ved fusion overdrager det/de indskydende selskaber deres samlede aktiver og passiver i takt med modtagelse af aktier eller anparter i det modtagende selskab samt evt. kontant udligningssum/vederlag (kravet om udstedelse af aktier eller anparter i det modtagende selskab gælder ikke aktierne eller anparterne i det indskydende selskab, der besiddes af det modtagende selskab).

Ifølge fusionsdirektivet⁷⁸ defineres fusion ved at de/det indskydende selskaber ”overdrager deres samlede aktiver og passiver til det modtagende selskab, ved at tildele deres selskabsdeltagere aktier eller anparter i det modtagende selskab og evt. en kontant udligningssum på højst 10% af disse værdipapirers pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi”.

Art. 5 i direktivet som danner grundlag for SL §272 fastslår hvordan fusionsplanen skal udarbejdes i forbindelse med grænseoverskridende fusion. I fusionsplanen skal der indeholdes oplysninger om:

- Stk. 3) vederlaget for kapitalandelene i det ophørende kapitalselskab,
- Stk. 4) fordelingen af vederlaget, herunder kapitalandele i det fortsættende kapitalselskab, til kapitalejerne i de ophørende kapitalselskaber og kriteriet for denne tildeling,
- Stk. 5) den grænseoverskridende fusions sandsynlige følger for beskæftigelsen i de deltagende kapitalselskaber,
- Stk. 6) tidspunktet, fra hvilket de kapitalandele, der ydes som vederlag, giver ret til udbytte, og angivelse af eventuelle særlige forhold, der er knyttet til denne ret,
- Stk. 7) notering af eventuelle kapitalandele, der ydes som vederlag, samt eventuel udlevering af ejerbeviser.

4.3.1. Aktier/anparter i det modtagende selskab

Selskabsdeltagerne i det/de indskydende selskaber skal alene vederlægges med aktier eller evt. kontant udligningssum, jf. FUL §2, stk. 1. Ved vederlag med aktier fastlås successionsprincippet for selskabsdeltagerne, jf. FUL §11, stk. 1. Denne betingelse er opfyldt hvis mindst én af aktionærerne i

⁷⁸ RÅDETS DIREKTIV 2009/133/EF af 19. oktober 2009: om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater.

det indskydende selskab vederlægges med mindst én aktie i det modtagende selskab. Der er ikke noget begrænsning på hvordan vederlaget sammensættes eller fordeles til aktionærerne.

Betingelsen for vederlagskrav i form af aktier gælder også i tilfælde hvor aktionærkredsen og aktiefordelingen i de fusionerede selskaber er identisk.⁷⁹ Selskabsdeltagerne i det indskydende selskab må alene vederlægges med aktier i det modtagende selskab. Der må f.eks. ikke være tale om aktier i det modtagende selskabs moderselskab jf. TfS 2004, 726.

De aktier der vederlægges i forbindelse med en fusion kan være både egne aktier eller nyudstedte aktier. Det modtagende selskabs afståelse af egne aktier er skattefrit ifølge ABL §10. Tildelingen af aktier skal sikre skattemæssige succession for de aktier der ombyttes ved fusionen. I de tilfælde, hvor en kapitalejer eller kreds af kapitalejere samtidig ejer både det indskydende og det modtagende selskab, er det ikke tilstrækkelig at de kapitalandele der ejes i det modtagende selskab blot stiger i værdi⁸⁰ (se eks: TfS 1990.561LR⁸¹).

Ifølge SFL §29 er det muligt at få tilladelse fra SKAT til omgørelse i relation til berigtigelse af en fusion, der ikke opfylder betingelserne i fusionsskatteloven for at kunne gennemføres skattefrit. Jf. TfS 1996, 513, hvor der ved fusionen ikke var ydet vederlag i form af aktier i det modtagende selskab til det indskydende selskabs aktionærer, hvormed betingelsen om skattefri fusion ikke kunne opfyldes. Der blev tilladt omgørelse ved at udstede aktier via en overførsel af frie reserver.

4.3.2. Kontant udligningssum

Direktivets definition siger at der tillades en kontant udligningssum på højst 10%, det betyder at vederlag der overskrider 10%-grænsen ikke vil kvalificeres som fusion. I Danmark er der lempelige krav om dette og dermed er der ikke nogen grænse for størrelsen på kontantvederlaget. Men det lempelige krav kan kun anvendes hvis de andre medlemsstater, hvor de deltagerne selskaber hører til, har den tilsvarende lempelse. Fordi hvis et af de involverede selskaber hører til et land der

⁷⁹ SKATs juridiske vejledning C.D.5.2.3.1.

⁸⁰ Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4 udgave, side 188.

⁸¹ I sagen TfS 1990. 561LR ville to søsterselskaber fusioneres. Både det indskydende og det modtagende selskab var ejet 100% af samme aktionær. Eneaktionæren fik ikke nogen vederlæggelse end opskrivning af hans aktier i det modtagende selskab. Eneaktionærens aktier i det indskydende selskab havde negativ anskaffelsessum. Den manglende nye udstedelse af aktier medførte at der ville mangle nye aktier, hvortil den negative anskaffelsessum kunne knyttes jf. FUL §11, stk. 1. Ligningsrådet afslog derfor at give tilladelse til fusionen.

anvender en maksimumgrænse for kontantvederlag, skal hele transaktionen opfylde 10% begrænsningen.⁸²

Kontante udligningssummer omfatter ethvert vederlag, som ikke er aktier i det modtagende selskab. Dermed skal kontanter, aktiver, gældsfordring osv. kategoriseres som kontant udligningssum.⁸³

En kontant udligningssum kan frit fordeles mellem selskabsdeltagerne i det indskydende selskab. Der er mulighed for at nogen af selskabsdeltagerne udelukkende kan få vederlag i form af kontanter og dermed bliver de ikke længere aktionærer i det modtagende selskab. Hvis aktionæren ikke længere ejer aktier i det modtagende selskab, behandles en kontant udligningssum som afståelse, ifølge ABL. Udligningssummer omfattet af §2, stk. 1, anses som udbytte, såfremt aktionæren efter fusion ejer aktier i det modtagende selskab jf. FUL §9.⁸⁴ Selvom der ikke er nogen bestemt grænse for størrelsen på kontantvederlaget eller fordelingen af vederlaget mellem selskabsdeltagerne, er det vigtigt at sørge for at tildelingen af en kontant udligningssum ikke giver anledning til skatteundgåelse.

I særlige situationer kan udbytte fra det modtagende selskab omkvalificeres til et kontantvederlag. I praksis vil omkvalificering af udbytter som kontantvederlag kræve et fornødent og sikkert grundlag. Afgørelsen baseres på hvorvidt den foretagne udbytteudlodning kan anses for en forudsat og integreret del af fusionen.

Eks: SKM2009.645.SR hvor der var en forretningsmæssig baggrund for udlodning (udlodningen er sket på grund af driftsresultatet). Udlodning som udbytte kunne ikke anses som en forudsat og integreret del af fusionen og blev derfor ikke betragtet som kontantvederlag.

Eks: SKM2007.488.SR hvor udlodningerne var planlagt uafhængigt af fusionen og ville blive gennemført uanset om den påtænkte fusion blev gennemført. Dette skyldtes, at

⁸² Sanne Neve Damgaard, EU selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, side 193.

⁸³ Sanne Neve Damgaard, EU selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, side 192.

⁸⁴ SKATs juridiske vejledning C.D.5.2.8 Beskatning af aktionærerne i det indskydende selskab hvis de modtager kontantvederlag mv. - FUL § 9

udbytteudlodningerne kom som en naturlig følge af afviklingen af aktivitet og dermed ikke blev betragtet som kontantvederlag.

Omkvalificering af udbytte til kontant udligningssum forhøjer den kontante udligningssum, men i Danmark har det ingen betydning, fordi der ikke er nogen maksimal grænse for kontante vederlag. Men det kan være problematisk hvis det deltagende selskab, hjemmehører i et land som har eksempelvis en maks. 10% grænse og omkvalificeringen forhøjer den kontante udligningssum over denne grænse. Efter dansk praksis kan omkvalificering af udbytte til kontant vederlag desuden i visse tilfælde give anledning til skatteundgåelse som hovedformål. Det kan bedømmes ud fra om vilkårene for tildeling af kontant vederlag hhv. aktier i det modtagende selskab fører til formueforrykkelse mellem selskabsdeltagerne.⁸⁵

4.3.3. Fusionsvederlag ved lodret og omvendt lodret fusion

Ved fusion mellem koncernforbundne selskaber ejer det modtagende selskab i forvejen aktier/anparter i det/de indskydende selskaber og dermed kræves ikke noget vederlag for overdragelse ved fusion. Bestemmelserne findes i SL §250, stk. 4 og ifølge det kan der ikke ydes vederlag for kapitalandele i et ophørende kapitalselskab, der ejes af de fusionerende kapitalselskaber. Det samme gælder ved grænseoverskridende fusioner jf. SL §287. Dermed er den generelle bestemmelse om vederlagskrav i form af aktier ved fusion mellem uafhængige selskaber og selvstændige deltagerkredse ikke gældende for fusioner mellem moder – og datterselskaber, for den del af aktierne eller anparterne i det indskydende selskab som besiddes af det modtagende selskab jf. FUL §2, stk. 2.

Bestemmelsen gælder ikke kun de tilfælde hvor moderselskabet ejer samtlige aktier eller anparter i datterselskabet, men også de tilfælde hvor moderselskabet kun ejer en mindre del af andelene i det andet selskab.⁸⁶

Ved lodret fusion overdrager datterselskabet samtlige dets aktiver og passiver til det modtagende moderselskab og bagefter annulleres aktierne eller anparterne i datterselskabet. Det modtagende

⁸⁵ Michael Serup, fusionsskatteloven med kommentarer, 4 udgave, side 192.

⁸⁶ Fusionsskatteloven §2 noter, Karnov.

selskab må ikke udstede nye aktier eller anparter til sig selv til gengæld for de annullerede datterselskabsandele.⁸⁷

Ved omvendt lodret fusion overdrager moderselskabet samtlige dets aktiver og passiver til datterselskabet. Som vederlagskravet defineres efter FUL §2, stk. 2, gælder kun de aktier som datterselskabet besidder i moderselskabet på fusionstidspunktet. De andre aktier kan vederlægges efter almindelig regler i FUL §2, stk. 1.

Eks 1: SKM2009.58.SR: sagen drejede sig om omvendt lodret fusion. Transaktionen mellem moder- og datterselskab blev behandlet efter FUL §2, stk. 2. Det ophørende selskabs anparter i det fortsættende selskab blev overdraget til det fortsættende selskab og dermed blev det til egne anparter. Disse egne anparter blev derefter anvendt som vederlag til aktionærerne i det indskydende selskab ved fusionen. Transaktionen mellem det modtagende datterselskab og det indskydende moderselskabs aktionærer (alle andre aktionærer i det indskydende selskab end det modtagende selskab selv) blev behandlet ifølge FUL §2, stk. 1.

Eks 2: SKM2009.227.SR: Det modtagende selskab anvendte sine egne aktier og beskattes ikke, selv om selskabet efter dagældende regler var skattepligtigt af aktieavancer ved salg af aktier efter mindre end 3 års ejertid. Fordi ejerkredsen var uændret ved fusionen. Vederlæggelse med egne aktier sidestilles med nytægning og dermed var afståelsen skattefri.

4.4. Krav til ombytningsforholdet

Ombytningsforholdet er ikke reguleret i fusionsskatteloven. Der antages administrativ praksis og ifølge lov 2007.343 skal ombytningsforholdet fastsættes ud fra kapitalandelens handelsværdi på tidspunktet for den skattemæssige fusionsdato.⁸⁸ De modtagne aktier behandles i skattemæssig henseende som om de var erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier, jf. FUL §11. Dermed er det sådan at uanset om aktionærerne i de/det indskydende selskab får vederlag udelukkende med aktier eller kontanter eller en kombination af aktier og kontanter, skal vederlaget baseres på handelsværdier. Det må ikke medføre en formueforskydning

⁸⁷ SKATs juridiske vejledning: C.D.5.2.3.2 Fusionsvederlaget for aktier i det indskydende selskab som det modtagende selskab besidder – FUL §2, stk. 2.

⁸⁸ Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, side 188.

mellem selskabsdeltagerne jf. ABL §36. I tilfælde af at der sker en formueforskydning ved fusionen, kan transaktionen i praksis ikke kvalificeres som skattefri og selskabsdeltagerne skal dermed beskattes ud fra udlodning eller gavebetragtninger.

Skatteministeriets kommentar til L 110 2006-07, bilag 23:

Der er ikke tilsigtet ændringer i de gældende regler og praksis om ombytningsforholdet – heller ikke for så vidt angår skattefri fusion. Udgangspunktet er således, at ombytningsforholdet skal fastsættes til handelsværdi for at den pågældende fusion kan anses for at være omfattet af fusionsskatteloven. Det vil være muligt at få bindende svar om de skattemæssige konsekvenser af et givent ombytningsforhold. Ombytningsforholdet skal fastsættes ud fra værdierne pr. den i fusionsskattelovens §5 omtalte fusionsdato, spaltningsdato m.v.

Praksis demonstrerer dog at det er muligt at fravige den objektive betingelse og at fastsætte ombytningsforholdet til andet end handelsværdier. Eksempelvis kan ombytningsforholdet baseres på de regnskabsmæssige indre værdier eller en passende rund aktiekapital. Men for at fravige at anvende handelsværdier, skal transaktionen opfylde de følgende to betingelser:

1. At der ikke nogen risiko for at der sker en formueforrykkelse mellem selskabsdeltagerne (eksempelvis hvor der er tale om koncernintern fusion hvor de deltagende selskaber ejes 100% af den samme selskabsdeltager) jf. SKM2009.42.SR, spørgsmål 2⁸⁹ og SKM2010.412.SR.⁹⁰
2. At der heller ikke er nogen risiko for, at et ombytningsforhold, der afviger fra handelsværdien, medfører utilsigtede skattemæssige fordele for aktionærerne. Det kan være i situationer hvor bytteforholdet ved fusion ville være uden betydning og aktionærerne uden

⁸⁹ Omhandlende en fusion mellem et dansk og et finsk selskab, der begge var ejet af et hollandsk selskab. Det var en koncernintern fusion. Såvel det indskydende som det modtagende selskab ejedes 100% af den samme aktionær og dermed var der ikke risiko for, at der ville ske en formueforrykkelse mellem aktionærerne. Ombytningsforholdet kunne godt afvige fastlæggelse til handelsværdien, fordi der ikke var risiko for utilsigtede skattemæssige fordele for selskabsdeltagerne, og fordi sagen ikke var relevant i forhold til dansk succession på selskabsdeltagerniveau da aktionæren var hollandsk, hvorfor aktionærens skattemæssige succession som udgangspunkt ville blive fastlagt på baggrund af de hollandske skatteregler.

⁹⁰ Ved fusion af tre danske datterselskaber, der alle var ejet 100 pct. af det samme udenlandske moderselskab, kunne værdiansættelse af aktierne i ombytningsforholdet ske til en anden værdi end handelsprisen (blev fastsat ud fra de regnskabsmæssige indre værdier i stedet for handelsværdier).

fusion kunne have opnået samme formueposition uden skattemæssige konsekvenser.⁹¹ For eksempel i situationer hvor aktionæren er hjemmehørende i udlandet og der ikke vil blive udløst aktieavancebeskatning i Danmark jf. SKM2007.820.SR⁹² og SKM2011.43.SR⁹³. Eller i situationer hvor eksempelvis aktierne i både det indskydende og det modtagende selskab både før og efter fusionen er koncernselskabsaktier efter ABL §4 B. Alle aktierne vil derfor som udgangspunkt kunne afstås skattefrit jf. SKM2010.53.SR.⁹⁴

4.5. Fusionsdato

I selskabsretlig forstand defineres en fusionsdato som det tidspunktet, fra hvilket et ophørende kapitalselskabs rettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt skal anses for overgået til det modtagende selskab. Bestyrelserne for de selskaber der deltager i fusionen, skal oprette og underskrive en fælles fusionsplan og den skal indeholde oplysning om fusionsdatoen jf. SL §237, stk. 3, nr. 8. Den selskabsretlige fusionsdato har afgørende betydning for den skattemæssige fusionsdato, fordi fusionen først får gyldighed ved vedtagelse og registrering og reglerne for fristerne skal overholdes. Hovedbestemmelsen om fusionsdatoen defineres i FUL §5, stk. 1 som:

Datoen for den i forbindelse med fusionen udarbejdede åbningsstatus for det modtagende selskab anses i skattemæssig henseende for fusionsdato. Det er en betingelse for anvendelsen af reglerne i denne lov, at fusionsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.

⁹¹ Michael Serup, Fusionsskatteoven med kommentarer, 4. udgave, side 191.

⁹² Der var tale om en grænseoverskridende fusion mellem et dansk selskab og et udenlandsk moderselskab som modtager. De ville gerne anvende en potentielt lavere værdi end handelsværdien ved fastsættelsen af ombytningsforholdet. Ombytningsforholdet ønskedes baseret på den nominelle værdi i det indskydende danske selskab. Aktionæren i både det ophørende og det modtagende selskab var samme udenlandske selskab. Værdierne ved afståelse af aktierne i det danske selskab eller ved afståelse af vederlagsaktierne modtaget ved fusionen ville ikke udløse aktieavancebeskatning i Danmark, så længe aktionæren var hjemmehørende i udlandet.

⁹³ X ApS vil gerne fusionere med Newco som modtagende selskab. Begge selskaber har den samme eneaktionær – en udlandsdanske. Ved fusionen af Newco og X ApS ønskedes ombytningsforholdet ikke baseret på handelsværdier af de to fusionerende selskaber. Der ønskedes en passende rund selskabskapital. Aktierne i såvel det indskydende som det modtagende selskab var underlagt samme skattemæssige behandling i Danmark. Dermed kunne der opnås skattefrihed eftersom eneaktionæren var hjemmehørende i udlandet. Der kunne derfor ikke opnås utilsigtede skattemæssige fordele ved at fastsætte ombytningsforholdet på et andet grundlag end handelsværdier.

⁹⁴ Fusion mellem søsterselskaberne AB Ejendomme ApS og A Ejendomme ApS, som har samme ejer. Her ønskedes fusionen gennemført med et ombytningsforhold, som beregnedes på baggrund af selskabernes bogførte værdier. Efter de nuværende regler for datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier er beskatningen af disse aktier uafhængig af ejertiden. I sagen er aktierne i det indskydende og i det modtagne selskab fra og med 2010 datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier. Fastlæggelsen af ombytningsforholdet havde således ingen skattemæssig betydning fordi aktierne kunne afstås skattefrit både før og efter fusionen.

Fusionsdatoen ligger forud for selve vedtagelsen af fusionen og har dermed regnskabsmæssigt og skattemæssigt tilbagevirkende kraft.

Fusionsdatoen er vigtig i skattemæssige henseende fordi den sikrer at der ikke opstår perioder hvor de fusionerede selskaber ikke beskattes dvs. at det modtagende selskab med virkning fra fusionsdatoen starter et nyt indkomstår med indkomstopgørelse efter skattelovgivningens almindelige regler mens det indskydende selskab frem til fusionsdatoen skal opgøre sin indkomst efter de almindelige regler.⁹⁵ Som udgangspunkt har både det indskydende og det modtagende selskab den samme fusionsdato.⁹⁶ Men i nogle situationer anvendes der lempeligere krav og dermed kan de involverede selskaber få forskellige fusionsdatoer. For eksempel i tilfælde hvor det modtagende selskab er et skuffeselskab⁹⁷ og i tilfælde ved fusion hvor koncernforbindelse etableres eller ophører.⁹⁸

I nogle tilfælde kan der også være anvendt regnskabspraksis, IAS/IFRS, således at det regnskabsmæssig virkningstidspunkt og det selskabsretlig virkningstidspunkt ikke er ens. Det skyldes at ifølge IFRS praksis, indregnes resultatet fra et opkøbt selskab først i koncernregnskabet, efter der er opnået kontrol over selskabet.⁹⁹ Dette ifølge lovbemærkninger til L 125 fra 2003/2004 om ændring af aktieselskabsloven m.v. – bemærkningerne til §1, nr. 27:

For så vidt angår selskaber, som aflægger årsrapport efter de internationale regnskabsstandarder IAS/IFRS har selskabslovgivningens bestemmelser om fusion med tilbagevirkende kraft ikke forrang for de krav, som følger af regnskabsstandarderne. Det betyder, at disse selskaber – når de selskabsretligt fusionerer med tilbagevirkende kraft – ved aflæggelsen af årsrapport skal anvende

⁹⁵ SKATs juridiske vejledning 2016. C.D.5.2.4.1 Hovedreglen i FUL §5, stk. 1.

⁹⁶ Jane K. Bille et al, Omstrukturering – skatteregler i praksis, side 152.

⁹⁷ FUL §5, stk. 2 anvendes og dermed har det modtagende skuffeselskab en anden fusionsdato end det indskydende selskab. Skuffeselskabets første indkomstår kan højst vare op til 18 måneder. Dermed kan skuffeselskabet tidligst stiftes 6 måneder før den ønskede fusionsdato fordi de fusionerede selskabers regnskabsperiode skal slutte 12 måneder efter fusionsdatoen.

⁹⁸ FUL §5 stk. 3 og SEL §31 stk. 5 anvendes i forbindelse med fusion ved koncernforbundet, sambeskattede selskaber. Fusionsdatoen fastlægges efter datoen for generalforsamlings endelige vedtagelse af fusionen, hvor koncernforbindelsen enten etableres (tidspunktet hvor et nyt selskab træder ind i koncernen ved fusion) eller ophører (tidspunktet hvor et selskab udtræder af koncernen ved fusion).

⁹⁹ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.2.4.1. Hovedreglen i FUL §5, stk. 1.

kravene i IAS/IFRS. Fusionen vil således blive gennemført med forskellig dato selskabsretligt og regnskabsmæssigt (til brug for udarbejdelse af årsrapporten).

Eks: SKM2008.183.SR: det modtagende selskab ønskede fusionen gennemført med tilbagevirkende kraft til den selskabsretlige fusionsdato d. 1. januar 2008 hvilket også var skæringsdato for det modtagende selskab. Det indskydende selskab anvendte IFRS/IAS regnskabsstandarder og havde dermed ikke mulighed for at opnå regnskabsmæssig tilbagevirkende kraft. Ifølge den selskabsretlige fusionsdato var den 1. januar 2008 valgt som fusionsdato og blev ifølge FUL §5, stk. 1 betragtet som opfyldt, selvom det regnskabsmæssige tidspunkt for fusionen ikke var den 1. januar 2008. Det var kun den selskabsretlige fusionsdato.

Eks: SKM 2014.818 SR: drejede sig om en grænseoverskridende fusion mellem et dansk selskab som indskydende selskab og et udenlandsk selskab som modtagende selskab. Det udenlandske selskab anvendte IFRS regnskabsstandarder. På trods af det ansås FUL §5, stk. 1 som opfyldt ved anvendelse af det regnskabsmæssige virkningstidspunkt (30. juni 2014) som fusionsdato.

4.5.1. Den skattemæssige fusionsdato ved grænseoverskridende fusion

Ved grænseoverskridende fusion underlægges de involverede selskaber lovgivningen i de lande hvor de respektive selskaber er hjemmehørende. Dermed er fastlæggelsen af den skattemæssige fusionsdato heller ikke ens. Resultatet er at der findes forskellige fusionsdatoer. Fusionsdirektivet siger at det er medlemsstatslovgivningen for det selskab der er resultatet af fusionen, der bestemmer hvilket tidspunkt fusionen får virkning. Efter registreringen skal myndighederne for de andre involverede selskaber øjeblikkeligt underrettes om, at den grænseoverskridende fusion har fået virkning.¹⁰⁰

En grænseoverskridende fusion, hvor det modtagende selskab er dansk, har selskabsretlig retsvirkning fra den dag, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerer fusionen, jf. SL §289, stk. 3. Ifølge de danske skatteregler er fusionsdatoen sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår jf. FUL §5 stk. 1. Men i praksis er bestemmelsen alene gældende for de danske selskaber.

¹⁰⁰ Direktiv 2005/56/EF – grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar – Artikel 12.

I den forbindelse kan nævnes SKATs udtalelse ved SKM2005.459.SKAT, SKM2007.820.SR:

Reglerne i FUL §5 har alene betydning i relation til danske selskaber, hvorimod bestemmelsen ikke har betydning i relation til udenlandske fusionerende selskaber, der ikke er skattepligtige til Danmark. Det var derfor SKATs opfattelse, at der var tale om mindre afvigelser i forhold til en dansk fusionsprocedure og at den påtænkte fusion derfor havde væsentlig lighed med en fusion efter danske regler, således, at det ansøgte kunne imødekommes.

Som en konsekvens af denne afgørelse kan fusioner mellem danske selskaber og EU/EØS-selskaber skattefritages i Danmark selvom fusionsdatoen i udlandet afviger fra skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.

Følgende gælder i hvert enkelt tilfælde:¹⁰¹

- når det danske selskab er det modtagende selskab ved en fusion (jf. FUL 15, stk. 2): Eks. SKM2009.42.SR: den skattemæssige fusionsdato i det indskydende finske selskab var uden betydning for, om fusionen kunne gennemføres skattefrit.
- når et dansk selskab ophører ved fusionen men der oprettes eller bevares fast driftssted eller fast ejendom i Danmark (efter FUL §15, stk. 4): selvom det danske selskab er ophørt ved fusionen, forblev det danske selskabs hidtidige aktiviteter i Danmark som filial af det fortsættende udenlandske selskab: eks: SKM 2008.602SR, SKM2014.818.SR. – fusionen kunne gennemføres med et andet fusionstidspunkt end vedtagelsestidspunktet. I modsætning hertil kan nævnes SKM2010.782.SR – hvor der ikke opstod en dansk filial og skatterådet derfor svarede benægtende på, at den skattemæssige fusionsdato ved den beskrevne grænseoverskridende fusion ville være sammenfaldende med den regnskabsmæssige fusionsdato.
- når der sker fusion mellem udenlandske selskaber i medlemsstaterne med fast driftssted i Danmark (FUL §15 stk. 3). Eks. SKM 2015.544 SR. Såfremt det udenlandske selskab har et fast driftssted i Danmark, og hvis der sker ændringer af sambeskatning i forbindelse med dette, skal der herefter fastsættes en fusionsdato for det faste driftssted i overensstemmelse med FUL §5, stk. 3. Der skal foretages en delårsopgørelse efter reglerne i SEL §31, stk. 5.

¹⁰¹ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.2.4.1 Hovedreglen i FUL §5, stk. 1.

Ifølge dette skal det fusionerende selskab opgøre en indkomst for perioden før ændring af koncernforbindelse og en indkomstopgørelse for perioden efter dette tidspunkt. Se eksempelvis SKM2010.782.SR.

Selskabsretligt kræves der registrering eller anmeldelse inden filialen påbegynder sin virksomhed i Danmark (SL §349, stk. 2). Lovgivningen i det fortsættende selskabs land afgør hvornår fusionsretsvirkningen indtræder selskabsretligt. jf. SEL § 289, stk. 3 og 4.

- når der fusioneres mellem udenlandske selskaber uden fast driftssted i Danmark. Eks. SKM 2005.459.SKAT. Fusion mellem to tyske selskaber som ejedes af et dansk moderselskab. Told- og skatteforvaltningen havde meddelt tilladelse til dette fordi fusionen havde væsentlige lighedspunkter med en fusion gennemført efter danske regler.

4.6. Tilladelseskravet ved grænseoverskridende fusion samt international omgåelsesklausul

Ved at opfylde betingelser for skattefri fusion, får selskaberne og aktionærerne mulighed for at udskyde beskatning indtil det faktisk realisationstidspunkt såfremt de overdragne aktiver og passiver er knyttet til et fast driftssted eller en fast ejendom i Danmark. Men det kan i nogle tilfælde føre til misbrug af fordelene ved de skattefri betingelser. Derfor skal en række objektive betingelser opfyldes for at sikre at transaktionerne foretages ud fra forsvarlige økonomiske eller forretningsmæssige betragtninger; uden at hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteundgåelse. I særlige tilfælde kræves der tilladelse ved visse grænseoverskridende fusioner og den internationale omgåelsesklausul der finder generel anvendelse ved alle grænseoverskridende transaktioner. (se afsnit 6.2.)

4.6.1. Tilladelseskrav ved grænseoverskridende fusion

Der kræves ikke længere tilladelse fra SKAT ved fusioner der har en fusionsdato den 1. januar 2007 eller senere.¹⁰² Men Lov 2011.254 (L84) genindførte krav om tilladelse til visse grænseoverskridende fusioner samt udlodningsbeskatning i visse tilfælde. L84 har tilbagevirkende kraft til datoen for lovforslagets fremsættelse og dermed er loven anvendelig for grænseoverskridende fusioner der er vedtaget 24. november 2010 eller senere. Formålet med

¹⁰² Med vedtagelsen af lov nr. 343 af 18. april 2007 om ændring af selskabsskatteloven, aktieavancebeskatningsloven, fusionsskatteloven og andre skattelove (skattefri omstrukturering af selskaber og justering af sambeskatningsreglerne mv.).

tilladelseskravet er at forhindre at midler føres fra Danmark til skattely udenom den danske kildeskat.

Tilladelseskravet er kun gældende i det følgende tilfælde jf. FUL §15, stk. 4:

Hvis en person eller et selskab, som har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab, jf. LL § 2, og som ikke omfattes af udbyttebeskatningen i FUL §15, stk. 4, 4. eller 5. pkt., hverken er hjemmehørende i EU/EØS eller i en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Tilladelseskravet gælder ikke for rent nationale fusioner og heller ikke for grænseoverskridende fusioner hvor det modtagende selskab er dansk (jf. FUL §15, stk. 2) og for fusioner mellem de udenlandske selskaber i EU/EØS (jf. FUL §15, stk. 3).¹⁰³ Tilladelseskravet gælder alene ved outbound fusion hvor det danske selskab ophører ved fusionen og hvis selskabsdeltageren med bestemmende indflydelse i det indskydende danske selskab samtidig er hjemmehørende uden for EU/EØS eller et land som ikke har dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Bestemmende indflydelse kan defineres som:

...ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne. Bestemmende indflydelse indehaves også i tilfælde, hvor den bestemmende indflydelse indehaves via en transparent enhed efter LL § 2, stk. 1, 2. pkt., samt i tilfælde hvor der er en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse eller fælles ledelse.¹⁰⁴

Bestemmelsen om tilladelse gælder ikke kun i tilfælde hvor det modtagende selskab ejer aktier i det indskydende selskab men også i tilfælde af omvendt lodret fusion samt vandrette fusioner med selskaber. Personer eller selskaber som har bestemmende indflydelse skal ikke nødvendigvis være den ultimative ejer men det kan også være de mellemliggende ejerled som er hjemmehørende

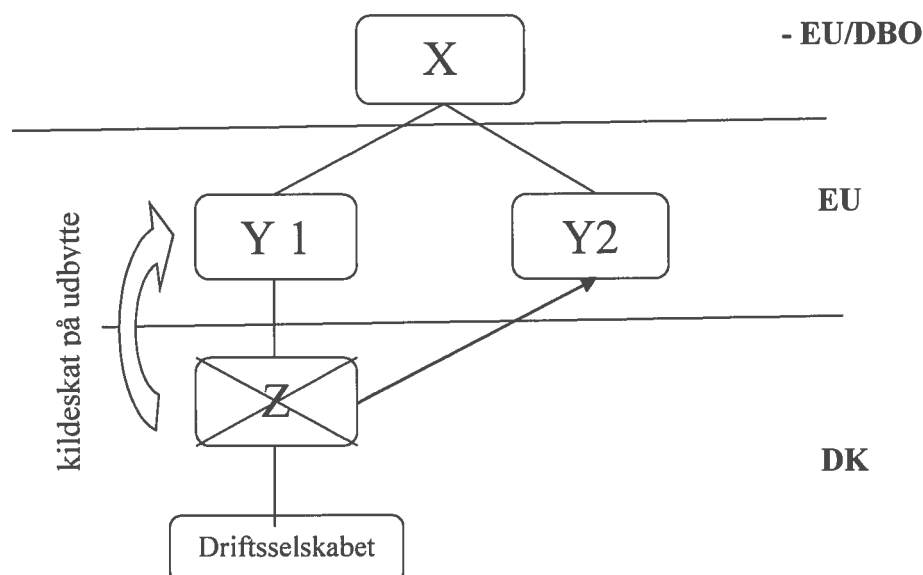
¹⁰³ Susanne Kjær, Grænseoverskridende omstrukturering. SR 2012.112.

¹⁰⁴ Bemærkningerne til LL §2.

udenfor EU/EØS/DBO-lande. Det er irrelevant hvorvidt det modtagende selskab er retsmæssig ejer (beneficial owner) eller ej.¹⁰⁵

Derimod skal der ikke hentes tilladelse hvis alle aktionærer i aktionærkredsen er hjemmehørende i EU/EØS/DBO-lande. Tilladelsen kræves heller ikke selvom der er aktionærer udenfor EU/EØS/DBO-landene, såfremt disse ikke har nogen bestemmende indflydelse i det indskydende danske selskab.

Figur 8: illustration af tilladelseskravet.



Kilde: udarbejdet på basis af eksempel fra Fusionsskatteloven med kommentarer, side 429.

Der er dansk kildeskat på udbytte fra Dansk selskab Z til Y1 selskabet i EU ifølge SEL §2, stk. 1, litra C, når der forudsættes at Y1 ikke er retsmæssige ejer (beneficial owner) af udbytteudlodning. Udbyttebeskatningen kan omgås hvis Z fusioneres med sit søsterselskab Y2. Hvis hovedformålet af fusionen skønnes at være omgåelse af udbyttebeskatning, vil tilladelsen ikke blive givet.

¹⁰⁵ Bonde Jensen, Trine, tidsskrift af Skat Udland, 2011, nr. 4, s. 264.

4.6.1.1.Nægtelse og tilbagekaldelse af tilladelse

Medlemsstaterne har mulighed for at nægte tilladelsen eller tilbagekalde den givne tilladelse hvis hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteundgåelse. jf Kap.4, Art.15, stk. 1, litra a) i direktiv 2009/133/EF.

Ifølge FUL §15, stk. 4 kan Told- og skatteforvaltningen fastsætte særlige vilkår for tilladelsen, men der nævnes ikke nogle bestemt kriterier, der er relevante for at opnå tilladelse. Tilladelseskravets rækkevidde afgøres dermed af de fortolkningsbidrag, der kan hentes i det samlede hjemmelsgrundlag. Udover fusionsskattedirektivet omfatter det dermed også afgørelser fra EU-domstolen samt generel dansk lovgivning og administrativ praksis.¹⁰⁶

Der er ikke tale om skatteunddragelse eller skattesvig, såfremt skattemæssige betragtninger ikke er fremherskende¹⁰⁷ og heller ikke hvis en skattepligtig person vælger en mulighed der skattemæssigt er mest fordelagtig for ham fremfor de andre lovlige muligheder.¹⁰⁸

Det er altså afgørende hvorvidt den skattemæssige fordel betragtes som hovedformålet eller et af hovedformålene. SKAT foretager konkrete vurderinger i sag til sag og bedømmer i hvilken grad en transaktion giver anledning til omgåelse. Ifølge praksis, nægtes tilladelse såfremt selskaberne ikke i tilstrækkelig grad kan begrunde at fusionsbeslutningen foretages af forretningsmæssige årsager. Forretningsmæssige årsager kan f.eks. være: almindelige strukturfordele, risikobegrænsninger¹⁰⁹, styrkelse eller udvidelse af det eksisterende forretningsgrundlag¹¹⁰, generationsskifte¹¹¹ osv.

Direktivets art. 15 er også hjemmel til at tilbagekalde en tilladelse. Som nævnt gives en tilladelse på baggrund af en retlig vurdering af at transaktionen ikke har skatteundgåelse som hovedformål. Som

¹⁰⁶ Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, side 61.

¹⁰⁷ Jf. C-126/10 Foggia, præmis 35.

¹⁰⁸ Jf. Sag C-352/08, Zwijnenburg, Forslag til afgørelse fra general advokat, præmis 44.

¹⁰⁹ TfS 2006,717: hvor der blev givet tilladelse til skattefri anpartsombytning. Formålet med anpartsombytningen med et nystiftet holdingselskab var forretningsmæssigt begrundet i et ønske om en mere hensigtsmæssig struktur samt et ønske om risikobegrænsning.

¹¹⁰ TfS 1999,737 LR: hvor der blev givet tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver. Sammenlægning af de 2 selskaber (der driver produktionsvirksomhed i samme branche) til et fællesejet driftsselskab begrundedes med rationaliseringshensyn med henblik på at opnå en styrket produktions- og salgsorganisation.

¹¹¹ TfS 1999,297 LR: Hvor der blev givet tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver fra selskab A til nystiftet selskab B. A skulle eje 50 pct. af aktierne i det modtagende selskab B, og de øvrige 50 pct. skulle ejes af et holdingselskab stiftet og 100 pct. ejet af en medarbejder i A. Formålet med den ændrede virksomhedsstruktur var at forberede og påbegynde et generationsskifte af virksomheden i A, idet det var hensigten, at det af medarbejderen i A ejede holdingselskab på et tidspunkt skulle overtage samtlige aktier i B.

udgangspunkt er en tilladelse fra SKAT bindende. Men SKAT har adgang til at tilbagekalde tilladelsen hvis SKAT efterfølgende opdager at de objektive betingelser der er afgørende for at opnå tilladelsen ikke er til stede eller det viser sig at den oprindelige transaktion har skatteundgåelse eller skattesvig som hovedformål.

Tilbagekaldelse er et rent *forvaltningsretligt spørgsmål*. En tilladelse til skattefri omstrukturering er en lovbundet forvaltningsakt. En forvaltningsafgørelse kan ændres:¹¹²

- ved urigtige forudsætninger for afgørelsen som følge af omstændigheder, der forelå allerede på tidspunktet for afgørelsen. Det har normalt virkning bagud.
Eks: SKM2009.484.HR: Skattemyndighederne var berettiget til at tilbagekalde tilladelsen til tilførsel af aktiver, fordi det ikke fremgik af ansøgningen, at det var aftalt, at der skulle foretages en "balancetilpasning", hvorved der kort før tilførslen skulle optages et kortfristet banklån således, at provenuet fra lånet ikke ville indgå i tilførslen, men forblive i det indskydende selskab. Ved at optage et lån stred den foretagne opdeling af låneprovenuet og tilbagebetalingsforpligtelsen mod grenkravet i FUL §15 c, stk. 2. Ligningsrådets tilladelse savnede derfor hjemmel, og afgørelsen var dermed ugyldig.
- ved bristende forudsætninger for afgørelsen. Det sker i situationer hvor parterne eksempelvis ikke overholder de nærmere vilkår, forbehold eller betingelser, der er fastsat i forbindelse med afgørelsen. Afgørelsen kan i disse tilfælde tilbagekaldes bagudrettet. Det kan også være at skatteydernes egne faktiske omstændigheder har ændret sig, således at grundlaget for den oprindelige afgørelse er ændret med den konsekvens, at afgørelsen kan ændres med fremtidig kraft.
Eksempel SKM. 2011.501 HR, hvor Højesteret godkendte tilbagekaldelse af tilladelse i forbindelse med skattefri tilførsel af aktiver, fordi kontantvederlagsforbuddet var blevet overtrådt som følge af en efterfølgende udlodning.

Ifølge retspraksis skal en tilbagekaldelse af en tilladelse ske ud fra samme principper som anvendes ved tilladelser jf. SKM2009.91.ØLR.¹¹³ Vurderingen af skatteundgåelse baseres på de oplysninger der blev fremlagt med ansøgningen. Tilbagekaldelse kan derfor ske hvis der kommer nye

¹¹² SKATs juridiske vejledning 2016, A.A.5.3 Tilbagekaldelse i bebyrdende retning.

¹¹³ SKM2009.91.ØLR: Skattemyndighederne havde tilbagekaldt en tidligere givet tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver med den begrundelse, at der var sket udlodning i strid med forbuddet mod kontant vederlæggelse af det indskydende selskabet jf. FUL §15C, stk. 2.

oplysninger frem og de nye oplysninger har væsentlig betydning i forhold til skatteundgåelse.¹¹⁴

Det kan være i tilfælde hvor man som ansøger undlader at oplyse om faktiske forhold, som objektivt er afgørende for at opnå tilladelse; her har skattemyndighederne ret til tilbagekaldelse.

Eks. SKM2015.226.HR: skattemyndighederne kunne tilbagekalde en tilladelse til skattefri aktieombytning fordi den efterfølgende ombytning var i strid med selvfinansieringsforbuddet i den dagældende aktieselskabslovs §115, stk. 2. SKAT var ikke bekendt med dette på tidspunktet for meddelelse af tilladelsen og fik heller ikke oplyst det inden for en frist fastsat i tilladelsen.

De skattemæssige konsekvenser ved nægtelse eller tilbagekaldelse af en tilladelse vil være det samme som at gennemførelsen af fusionen bliver skattepligtig.

4.7. Delkonklusion og perspektivering

Fusionsskatteloven bygger på successionsprincippet, hvilket betyder at modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling i forhold til de overtagne aktiver og passiver. Selskaberne skal opfylde en række betingelser for at opnå skattefrihed i forbindelse med fusion. Betingelser der gælder for nationale fusioner, gælder også for grænseoverskridende fusioner. De selskaber der deltager i en grænseoverskridende fusion, samt enhver berørt tredjemand (eks. kreditorer eller medarbejdere) er underlagt de bestemmelser og formaliteter i national ret, der gælder for fusion på nationalt plan. Den nationale myndighed har ret til at kontrollere gennemførelsen og lovlighed af beslutningsprocessen i de fusionerede selskaber.¹¹⁵ Ved grænseoverskridende fusion er det dermed vigtigt at holde sig til hvert enkelt af de deltagende parter nationale lovgivning.

Der kan være tilfælde hvor nogle medlemsstater stiller lempeligere krav end andre medlemsstater. Eksempelvis fraviges maksimumgrænsen for kontantvederlag i dansk ret. Men det har kun betydning hvis det land, som det indskydende selskab er beliggende i, også har det samme lempelige krav. Ellers kan medlemsstaten hvor det indskydende selskab er hjemmehørende godt afvise at give skattefrihed til selskabet, i tilfælde af at selskabet ikke kan overholde hjemlandets regler.

¹¹⁴ Fusionsskatteloven med kommentarer, 4.udgave s. 171.

¹¹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar (EØS-relevant tekst), pkt. 3 og 7.

I tilfælde hvor selskaberne ikke har kunnet opfylde objektive betingelser er det muligt at søge omgørelse efter SFL §28-29 og det er muligt at reparere på ikke-opfyldte objektive betingelser, enten ved at aftale et gyldigt skatteforbehold og/eller ved at opnå tilladelse til omgørelse.¹¹⁶ Det kan også være i tilfælde hvor det udenlandske selskab ikke kan opfylde et krav som er stillet efter dansk ret, men hvor det alligevel kan få godkendelse såfremt der er tale om en mindre afvigelse i forhold til dansk fusionsprocedure og fusionen har væsentlig lighed med en fusion efter dansk regler. F.eks. i forhold til fusionsdato. Derudover skal der også hentes tilladelse i visse tilfælde og desuden skal bestemmelsen om international omgåelsesklausul generelt overholdes.

¹¹⁶ Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, side 192.

5. Den skattemæssige behandling af selskaber ved grænseoverskridende fusion

5.1. Skattemæssig behandling af selskaber ved skattefri fusion

5.1.1. Fusion med det danske selskab som det modtagende selskab

En fusion mellem et dansk og et udenlandsk selskab, hvor det selskab der er hjemmehørende i Danmark også er det fortsættende selskab behandles ifølge FUL §15, stk. 2.

Et selskab anses som hjemmehørende i Danmark når det er registreret i Danmark eller når ledelsen har sæde i Danmark og samtidig er fuldskattepligtig her i landet efter bestemmelsen SEL §1, stk. 6.¹¹⁷

Det ophørende selskab kan være et EU/EØS-selskab eller et selskab i Grønland der svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab. Grønlandske selskaber kan også fusioneres med danske selskaber fordi de registres i Erhvervsstyrelsen i Danmark. Selskaber i Grønland anses derfor som danske selskaber.¹¹⁸ Aktie- eller anpartsselskaber i andre lande end EU og EØS er udelukket på grund af de selskabsretlige regler.¹¹⁹ Selskabsloven §271 har følgende ordlyd: ”Kapitalselskaber omfattet af denne lov kan deltage i grænseoverskridende fusioner, hvor de øvrige deltagende selskaber er tilsvarende kapitalselskaber, der hører under EU/EØS-landes lovgivning”.

Trods dette kan selskaber fra ikke-EU og ikke-EØS lande i praksis dog alligevel deltage i skattefri fusion som det ophørende selskab, nemlig under forudsætning af at ledelsen sidder i Danmark og dermed er fuldskattepligtig her i landet (se eks.: SKM2014.246.SR¹²⁰).

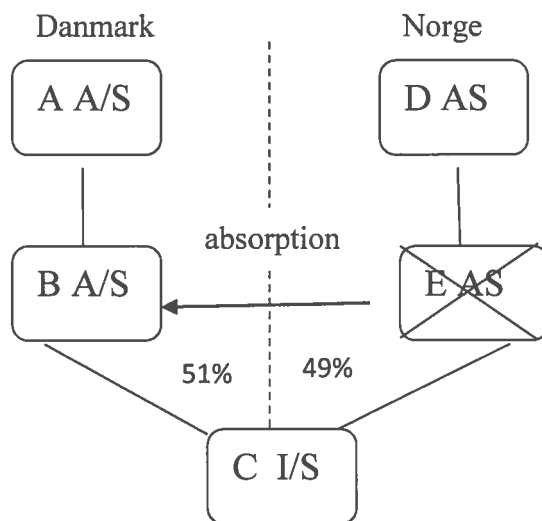
¹¹⁷ Michael Serup, Fusionsskatteoven med kommentarer, 4. udgave, side 414.

¹¹⁸ Susanne Kjær, Tidsskriftsartikel, Grænseoverskridende omstrukturering 2012, Årg. 24, nr 2 (2012), side, 112.

¹¹⁹ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.4.2 Ophør af udenlandske aktie- og anpartsselskaber samt EU-selskaber ved fusion med et dansk selskab – FUL §15, stk. 2.

¹²⁰ Hvor et selskab, der oprindeligt var stiftet og indregistreret som et aktie-/anpartsselskabslignende selskab på Bahamas, kunne deltage i skattefri fusion med 3 andre, danske anpartsselskaber.

Figur 9: illustration af SKM 2011.753.SR



Kilde: egen tilvirkning.

Fusionen mellem Dansk B A/S og Norsk E A/S blev gennemført skattefrit ifølge FUL §15, stk. 2. Fusionen kunne gennemføres skattefrit da det danske selskab fortsatte.¹²¹ Det norske AS (AS= aksjeselskab) fik dermed samme status som et dansk aktieselskab.

Når et modtagende dansk selskab fusionerer med et ophørende udenlandsk selskab, vil det danske selskab overtage samtlige aktiver og passiver fra det ophørende udenlandske selskab. Ved anvendelse af FUL §15, stk. 2, anses overtagelsen ikke som afståelse men tværtimod som en erhvervelse af aktiver og passiver, hvilket ikke udløser beskatning. Fusionslovens kapitel 1 der vedrører fusion mellem danske selskaber finder tilsvarende anvendelse hvor et selskab hjemmehørende i Danmark fortsætter ved en fusion.

Kravene ifølge FUL kap. 1 kan kort fremlægges som følger:¹²²

- Kravene til fusionsbegrebet skal være opfyldte.

¹²¹ I sagen behandledes det norske selskab som et udenlandsk selskab. Dermed var fusionen kun mulig med et dansk selskab som fortsættende jf. FUL §15 stk. 2. Det var ikke muligt med en outbound fusion dvs. at det danske selskab ophørte mens det norske selskab fortsatte ifølge FUL §15 stk. 3 og 4, for efter de på det tidspunkt gældende regler skulle det fortsættende og ophørende selskab være omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i EU, jf. art. 3 i direktiv 90/434/EØF. Men siden 2012 har EØS-lande også haft adgang til fusion efter stk. 3 og 4 på samme måde som EU selskaber fordi FUL §15 stk. 5 blev ændret og dermed kan fusion i dag også gennemføres skattefrit som outbound fusion.

¹²² SKATs juridiske vejledning, C.D.5.4.2 Ophør af udenlandske aktie- og anpartsselskaber samt EU-selskaber ved fusion med et dansk selskab – FUL §15, stk. 2.

- Vederlagskrav jf. FUL §2 skal være opfyldt og selskabsdeltagerne i det indskydende selskab skal modtage aktier i det nye selskab og eventuelt en kontant udligningssum.
- Fusionsdatoen skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår jf. FUL §5.
- Der skal ikke længere sendes selskabsretlige dokumenter til SKAT i forbindelse med fusion. Selskaber der indgår i fusion skal alene overholde selskabslovens krav og skal indsende selskabsretlige dokumenter til Erhvervsstyrelsen jf. FUL §6.
- Indkomstopgørelsen i det indskydende selskab foretages efter FUL §7. Der skal foretages en ansættelse af det indskydende selskab frem til fusionsdatoen i relation til de aktiver og passiver, der er omfattet af dansk beskatningsret. Det modtagende selskab hæfter for det indskydende selskabs skatter, vedrørende de aktiver og passiver, der er omfattet af dansk beskatningsret.
- FUL §8 finder anvendelse ved det modtagende selskabs succession i det indskydende selskabs skattemæssige status i relation til overtagne aktiver og passiver. Det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling i relation til anskaffelsestid, anskaffelsessum, skattemæssige afskrivninger mv. FUL §8, stk. 6-8 finder anvendelse i forbindelse med udnyttelse af skattemæssige underskud og tab.
- De danske deltagere i det indskydende udenlandske selskab beskattes ikke, hvis de kun vederlægges med aktier i det modtagende aktieselskab. Modtager de andet end aktier, eksempelvis kontantvederlag, anses det for en udlodning jf. FUL §9.
- Der udløses ikke realisationsbeskatning af datter- eller koncernselskabsaktier, der annulleres af det modtagende selskab ved fusion, jf. FUL §10.
- For de aktier, der ydes som vederlag i forbindelse med fusion, gælder at de anses som erhvervet af deltagerne på samme tid, med samme anskaffelsessum og med samme anskaffelseshensigt jf. FUL §11.

Ved grænseoverskridende fusion kan de overtagne aktiver og passiver enten være beliggende her i landet eller i udlandet. Bestemmelsen af FUL §15 stk. 2 afgrænser anvendelsen af FUL §8 til de aktiver og passiver der hører til dansk beskatningsret. Reglerne om succession defineres i FUL §8 og gælder dermed kun for de aktiver og passiver der indgår i den danske beskatning fordi de enten er knyttet til det indskydende selskabs faste driftssted her i landet eller de har været sambeskattet med det modtagende danske selskab jf. f.eks. SKM 2011.753SR, SKM 2009.786SR.

5.1.1.1. Realisationsbeskatning af aktiver der udgår af dansk beskatningsret ved fusion

Hvis det udenlandske ophørende selskab har nogle aktiver og passiver der har været beskattet i Danmark inden fusionen men senere udgår af dansk beskatningsret ved fusionen, vil der indtræde ophørsbeskatning for disse aktiver og passiver ifølge SEL §7.

Et udenlandsk selskabs aktiver og passiver anses som udgået af dansk beskatningsret hvis det udenlandske selskabs aktiver og passiver ved fusion ikke længere indgår i et fast driftssted for det modtagende dansk selskab eller indgår i et fast driftssted der ikke sambeskatte med det modtagende selskab jf. SEL §31A. Fortjeneste eller tab på aktiver og passiver, der ved en fusion forlader området for dansk beskatningsret, skal medregnes ved indkomstopgørelsen for det indskydende selskabs sidste indkomstår. Ophørsbeskatning jf. SEL §7 sker per tidspunktet for vedtagelsen af fusionen men ikke per den skattemæssige fusionsdato.¹²³

Status på aktiver og passiver som ikke hører under dansk beskatningsret inden en fusion, må afgøres efter successionsreglerne i det udenlandske retsgrundlag som disse aktiver og passiver hører til. Ifølge bindende svar af den ovenfor illustrerede sag SKM2011.753.SR. udgik det norske selskabs faste driftssted af norsk beskatning, fordi dette selskabs interessentskabsandel blev overført til det danske modtagende selskab, hvorved interessentskabet blev opløst. Det danske selskab ville fremadrettet eje hele den virksomhed, der tidligere var blevet drevet som interessentskab. Det er derfor vigtigt, at undersøge forholdene i det land, hvor det indskydende selskab er hjemmehørende.¹²⁴

5.1.1.2. Indgangsværdier for udenlandske aktiver der indgår i dansk beskatningsret

Sidste punkt i FUL §15, stk. 2 vedrører de aktiver og passiver der hører til det udenlandske selskab og som ikke i forvejen indgår i dansk beskatningsret, men der, som følge af fusion, bliver knyttet til det modtagende danske selskabs faste driftssted i udlandet. Det kan være et fast driftssted, som det modtagende selskab havde i forvejen eller det kan være et fast driftssted, der opstår som led i fusionen. Hvis det modtagende dansk selskab vælger international sambeskatning, vil de udenlandske aktiver indgå i dansk beskatningsret jf. SEL §31A.

¹²³ Michael Serup, Fusionsskatteoven med kommentarer, 4. udgave, side 417-418.

¹²⁴ Susanne Kjær, Grænseoverskridende omstrukturering 2012, tidsskrift SR-skat, Årg. 24, nr. 2(2012), side 114.

Når aktiver og passiver knyttes til et modtagende dansk selskab er det nødvendigt at fastlægge indgangsværdier i forhold til SEL §4A, stk. 1 og 2, og §8B, der danner grundlag for efterfølgende afskrivninger.¹²⁵ Jævnfør SEL 4A skal de nytilkomne aktiver og passiver som hovedregel anses som anskaffet på det indskydende selskabs faktiske anskaffelsestidspunkt til handelsværdien på fusionsdatoen. Værdiansættelse per faktiske anskaffelsestidspunkt har betydning i relation til aktiver, hvor ejertiden kan være afgørende for beskatningen f.eks. i forhold til aktier.¹²⁶

Afskrivningsberettigede aktiver jf. SEL §4A, stk. 2 anses dog for erhvervet til den faktiske anskaffelsessum¹²⁷ og på det faktiske anskaffelsestidspunkt som afskrevet mest muligt efter danske regler frem til fusionsdatoen, men kan samtidig maksimalt indgå med handelsværdien på fusionsdatoen.¹²⁸ SEL §8B anvendes i forbindelse med fastlæggelse af indgangsværdi ved fusion mellem koncernforbundne selskaber. Overdragelsen medfører ikke dansk eller udenlandsk beskatning af evt. genvundne afskrivninger, gevinst og tab, eller hvor den udenlandske beskatning ved overdragelsen er blevet udskudt jf. KGL §4, stk. 2. Der sker en tvungen succession i de overtagende afskrivningsberettigede aktiver og dermed succederer det modtagende danske selskab i det indskydende udenlandske selskabs anskaffelsessum og anskaffelsestidspunkt. De afskrivningsberettigede aktiver anses afskrevet maksimalt efter de danske regler.¹²⁹

Der ansættes ingen anskaffelsessum på goodwill og andre immaterielle aktiver som nævnt i AFL §40, i det omfang at aktiverne ikke er købt men oparbejdet af det indskydende selskab selv, jf. SEL §4A. Fortjeneste i forhold til anskaffelsessummen kan højst medregnes med et beløb svarende til forskellen mellem salgssummen og handelsværdien på fusionsdatoen. Men en særlig undtagelse gælder i forbindelse med erhvervelse af goodwill og andre immaterielle aktiver jf. AFL §40 ved fusion mellem koncerninterne. Oparbejdet goodwill og immaterielle aktiver fra et indskydende selskab eller andre koncernforbundne selskaber anses for oparbejdet af det modtagende selskab selv jf. SEL §8B stk. 2.¹³⁰

¹²⁵ Michael Serup, Fusionsskatteoven med kommentarer, 4. udgave, side 418.

¹²⁶ Karnov, noter til SEL §4A.

¹²⁷ Afskrivningsberettigede aktiver fraviger dermed hovedreglen om ansættelse til handelsværdi og den faktiske anskaffelsessum er udgangspunktet for avancebeskatningen, og hvor der beregnes et fiktivt afskrivningsgrundlag.

¹²⁸ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.4.2 Ophør af udenlandske aktie- og anpartsselskaber samt EU-selskaber ved fusion med et dansk selskab – FUL § 15, stk. 2.

¹²⁹ SKATs juridiske vejledning, C.D.2.1.3 Koncernintern "skattefri" overdragelse af aktiver – SEL §8 B.

¹³⁰ Michael Serup, Fusionsskatteoven med kommentarer, 4. udgave, side 419

5.1.1.3. Omfanget af det modtagende selskabs succession

Det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling i relation til anskaffelsestid, anskaffelsessum, skattemæssige afskrivninger mv. ifølge FUL §8, stk. 1. Dermed realisationsbeskattes det indskydende selskab ikke af kapitalgevinster og genvundne afskrivninger. Når det modtagende selskab senere afstår de overtagne aktiver og passiver, beskattes det modtagende selskab i relation til fortjeneste og tab, som om de var anskaffet af det modtagende selskab på det tidspunkt og til de beløb, hvortil de oprindeligt blev anskaffet af det indskydende selskab. Det samme gælder i forhold til selskabsskattemæssige afskrivninger og nedskrivninger foretaget af det indskydende selskab dvs. at det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige afskrivnings – og nedskrivningsposition.¹³¹

Hvis det indskydende selskab har købt aktiverne i spekulations- eller næringshensigt, succederer det modtagende selskab også i samme skattemæssige status jf. FUL §8, stk. 2 og dermed medregnes fortjeneste eller tab, som det modtagende selskab opnår ved et efterfølgende salg, i det modtagende selskabs indkomst på samme måde, som hvis det indskydende selskab havde solgt aktivet. I tilfælde af at det indskydende selskab ikke har spekulations- eller næringshensigt, men at det modtagende selskab derimod har spekulations- eller næringshensigt er bestemmelsen jf. FUL §8, stk. 2 ikke til hinder for at aktivet eller passivet ved opgørelsen af det modtagende selskabs skattepligtige indkomst anses for erhvervet i spekulations- eller næringshensigt eller som led i næring.¹³²

Hvis det indskydende selskab ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst medregner urealiseret fortjeneste og tab på værdipapirer, behandles det ved opgørelsen af det modtagende selskabs skattepligtige indkomst, som om fortjeneste og tab af værdipapirer var medregnet ved indkomstopgørelsen hos det modtagende selskab jf. FUL §8, stk. 3. Siden 2010 skal selskaberne anvende lagerprincippet ved opgørelsen af gevinst og tab på fordringer jf. KGL §25 stk. 3. Har det indskydende selskab valgt lagerprincippet, succederer det modtagende selskab altså i dette beskatningsprincip i relation til de værdipapirer, der overtages fra det indskydende selskab.¹³³

¹³¹ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.2.7.1 Modtagende selskabs succession i anskaffelsestid, anskaffelsessum, afskrivninger mv. – FUL §8, stk. 1.

¹³² SKATs juridiske vejledning, C.D.5.2.7.2 Succession i hensigt, opgørelsesprincipper, tab vedrørende næringsaktier mv. – FUL §8, stk. 2-5.

¹³³ Michael Serup, Fusionsskatteoven med kommentarer, 4. udgave, side 278.

Skattefri fusion mellem et indskydende og et modtagende selskab medfører ingen ændring i den skattemæssige behandling af aktiver og passiver, som det modtagende selskab ikke har erhvervet fra et indskydende selskab jf. FUL §8, stk. 5. Bestemmelsen gælder uanset om det indskydende selskab er udenlandsk eller dansk.¹³⁴ De aktiver og passiver der er modtaget fra det indskydende selskab skal fremgå af særskilte poster i det modtagende selskabs regnskab og skatteopgørelse. Følgelig er der to særskilte poster, en post for sin egen beholdning og en anden post for de aktiver og passiver der blev erhvervet ved fusion. Det kan være de to beholdninger behandles efter forskellige principper dvs. en efter lagerprincippet og den anden efter realisationsprincippet.

Men der kan opstå situationer hvor en sådan forskellige skattemæssig behandling er umulig fordi de andre regler forhindrer det. Dette sker som følge af *lex specialis* princippet, som betyder at de mere specifikke regler i ABL finder anvendelse forud for de generelle regler i FUL. Det er en betingelse for at anvende realisationsprincippet på unoterede aktier, at den skattepligtige anvender realisationsprincippet på alle sådanne aktier jf. ABL §23, stk. 6. Hvis det indskydende selskab har valgt realisationsprincippet på sine porteføljeaktier og det modtagende selskab har valgt lagerprincippet, skal unoterede aktier beskattes efter lagerprincippet efter fusionen. Hvis det indskydende selskab omvendt har valgt lagerprincippet, hvor det modtagende selskab har anvendt realisationsprincippet på porteføljeaktier, skal det modtagende selskab anvende lagerprincippet. En yderligere betingelse for at anvende successionsprincippet er at den skattepligtige ikke tidligere har anvendt lagerprincippet på sådanne aktier, jf. ABL §23, stk. 6, 2. og 3. pkt.¹³⁵ Det vil sige at det modtagende selskab alene kan behandle unoterede aktier efter realisationsprincippet efter fusionen, såfremt det indskydende selskab også har anvendt det samme princip ved opgørelsen inden fusionen.

Selvom det modtagende selskabs egne øvrige formuegoder ikke bliver påvirket af den skattemæssige behandling af de overtagne formuegoder, så kan der opstå situationer hvor aktierne ændrer skattemæssig status ved fusion. Det kan være at det modtagende selskabs skattepligtige porteføljeaktier ændrer status til skattefri datterselskabsaktier/koncernselskabsaktier eller vice versa. De anses som afstået og anskaffet igen til handelsværdien jf. ABL §33A, stk. 3. Det gælder uanset

¹³⁴ Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, side 418.

¹³⁵ C.D.5.2.7.2 Succession i hensigt, opgørelsesprincipper, tab vedrørende næringsaktier mv. - FUL §8, stk. 2-5.

om fusionen behandles skattefrit. Det er et brud på successionsprincippet og er problematisk i EU-retlig forstand.¹³⁶

FUL §8, stk. 4 finder anvendelse ved succession i tab og modtagne udbytter ved næringsaktier. Det modtagende selskab succederer i tab på næringsaktier som modregnes i det modtagne udbytte af de pågældende aktier. Det modtagende selskab kan derfor kun få fradrag for tabet såfremt tabet overstiger modtagne skattefrie udbytter jf. ABL §5 A.

5.1.1.4. Behandling af underskud og kildebegrænsede tab

FUL §8 stk. 6-8 finder anvendelse i forbindelse med begrænsning af fremførselsberettigede underskud og kildeartsbegrænsede tab fuldt ud. Hvis et af selskaberne har underskud fra tidligere år, kan dette underskud, uanset bestemmelsen i SEL §12, ikke fremføres til fradrag hos det modtagende selskabs indkomstopgørelse ved fusion jf. FUL §8, stk. 6. Dette gælder dog ikke hvis de deltagende selskaber er underlagt international sambeskatning (se afsnit 6.1). Underskudsbegrænsning gælder for både det modtagende selskabs eget underskud og det indskydende selskabs underskud der opstår i perioden forud for/frem til den skattemæssige fusionsdato. Dette kan nævnes som den alvorligste konsekvens ved at vælge at en fusion gennemføres skattefrit.

Formålet med bestemmelsen i FUL §8, stk. 6 er at:

- Det indskydende selskab fortaber sit underskud ved fusion for at forhindre at det modtagende selskab som har skattemæssigt overskud blot vælger at fusionere med et selskab som har skattemæssigt underskud for at eliminere sit overskud, når transaktionen i øvrigt ikke har skattemæssige konsekvenser.
- Det modtagende selskab fortaber sit eget underskud ved fusion af hensyn til at sikre, at underskudsselskabet ikke blot i stedet bliver valgt som det modtagende selskab i fusionen.

Kildeartsbegrænsede tab¹³⁷ behandles efter FUL §8, stk. 8. Det kan være tab ved afståelse af porteføljeaktier jf. ABL §9, stk. 4, tab ved afståelse af fast ejendom, jf. EBL §6, stk. 5 og ikke næringsdrivende selskabers tab på aktieterminskontrakter, jf. KGL §31, stk. 3 og §31A, stk. 3.

¹³⁶ Werlauff, Selskabsskatteret, 2015/2016, side 555.

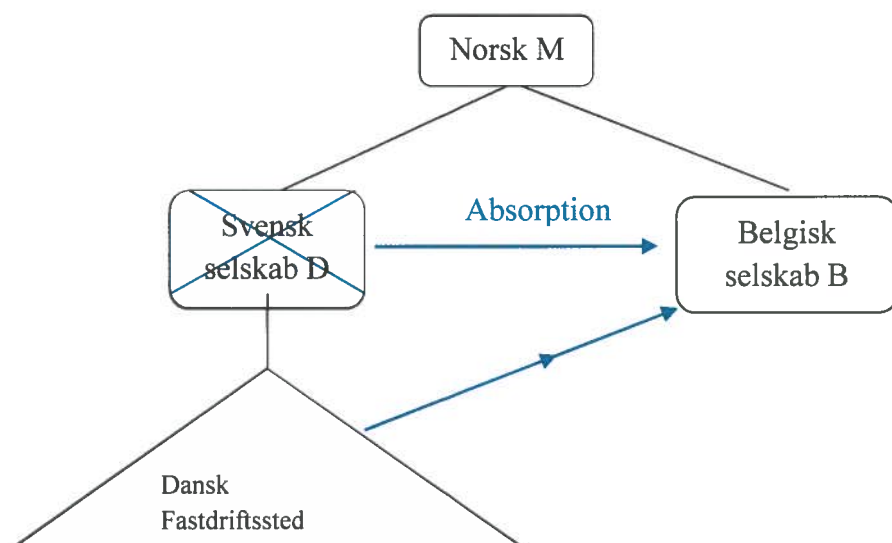
¹³⁷ Kildeartsbegrænsede tab kan defineres som tab, der alene kan fradrages i gevinster vedrørende samme aktiver, som tabet stammer fra.

Ifølge bestemmelsen kan det modtagende selskab ikke fremføre de uudnyttede tab, der er realiseret i et af de fusionerede selskaber før den skattemæssige fusionsdato. Kildeartsbegrænsede tab kan ikke udnyttes ved skattefri fusion. Det vedrører både det indskydende selskab og det modtagende selskabs tab. Det gælder også for sambeskattede selskaber (se eksempelvis SKM2013.628.HR).

5.1.2. Fusion mellem udenlandske EU/EØS-selskaber med fast driftssted eller fast ejendom i Danmark

Fusion af to eller flere udenlandske EU-selskaber samt EØS-selskaber¹³⁸ med fast driftssted eller fast ejendom i Danmark behandles ifølge FUL §15, stk. 3. Bortset fra eventuelle danske aktionærer har fusionen kun skatteretlig betydning, såfremt det indskydende selskab har et fast driftssted eller en fast ejendom i Danmark. Det faste driftssted kan enten opstå ved fusion¹³⁹ (se eksempelvis SKM 2011.839 SR) eller det kan også være et eksisterende fast driftssted som det modtagende selskab har i forvejen, det vil sige at der sker en sammenlægning af faste driftssteder i Danmark (se eksempelvis SKM 2015.544 SR).

Figur 10: illustration af SKM 2011.839 SR



Kilde: egen tilvirkning.

Det modtagende selskab (det belgiske selskab B) succederer i den skattemæssige stilling. Beskatningen af aktiver og passiver udskydes såfremt det faste driftssted eller den faste ejendom bevares her i landet.

¹³⁸ FUL §15, stk. 5.

¹³⁹ Filialen må ikke påbegynde sin virksomhed, før registrering eller anmeldelse er sket, jf. Selskabslovens §349, stk. 2.

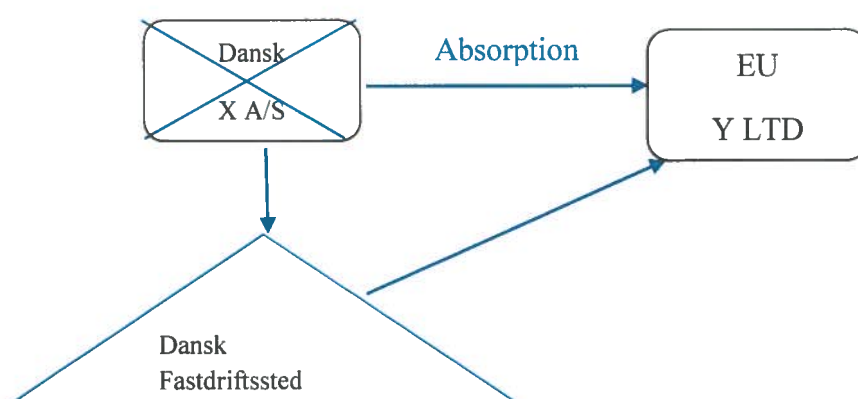
Den skattemæssige behandling af et dansk fast driftssted er stort set identisk for den ovennævnte situation hvor et dansk selskab fortsætter ved fusion (FUL §15, stk. 2), fordi både FUL §15, stk. 2 og stk. 3 finder tilsvarende anvendelse af FUL kapitel 1. Det modtagende selskabs succession jf. FUL §8, stk. 1-4 anvendes alene til de aktiver og passiver der ved fusionen knyttes til det modtagende selskabs faste driftssted eller en fast ejendom i Danmark. Hvis nogle af aktiverne og passiverne der hører til det indskydende selskabs faste driftssted i Danmark udgår af den danske beskatningsret i forbindelse med fusion, skal de ophørsbeskattes efter SEL §7.

Der findes også anvendelse af FUL §8 stk. 6-8 i forbindelse med begrænsning af fremførselsberettigede underskud og kildeartsbegrænsede tab fuldt ud. Underskudsfrøførelse er alene muligt hvis både det indskydende og det modtagende selskab har faste driftssteder/faste ejendomme i Danmark og de hører til samme koncern og indgår i international sambeskatning. Kildeartsbegrænsede tab kan ikke udnyttes uanset om fastdriftssteder eller fastejendom er sambeskattede eller ej.¹⁴⁰

5.1.3. Fusion med det danske selskab som det indskydende selskab

Fusion mellem et dansk og et udenlandsk EU/EØS-selskab¹⁴¹, hvor det danske selskab ophører behandles ifølge FUL §15, stk. 4:

Figur 11: illustration af SKM 2014.818 SR



Kilde: egen tilvirkning.

¹⁴⁰ Susanne Kjær, Grænseoverskridende omstrukturering 2012, tidsskrift SR-skat, Årg. 24, nr. 2(2012), side 116-117.

¹⁴¹ FUL §15, stk. 5.

Ved fusionen bliver der ikke overført aktiver eller forpligtelser fra Danmark til udlandet. Således fortsætter alle aktiver og forpligtelser fra det indskydende selskab under dansk beskatning. Disse aktiver og forpligtelser udøves via en nyetableret dansk filial/fast driftssted af det udenlandske Y Ltd.

Når et dansk selskab ophører ved fusion med et udenlandsk EU/EØS-selskab, opnår det modtagende selskab juridisk ejerskab af alle det indskydende selskabs aktiver og passiver. I skattemæssig henseende er fysisk overdragelse afgørende.¹⁴² Der kan opnås fuld skatteudskydelse såfremt aktiverne og passiverne kan anses som knyttet til det faste driftssted her i landet. Hvis aktiverne og passiverne forlader Danmark, uden at være knyttet til et fast driftssted eller fast ejendom i landet, sker der ophørsbeskatning (se eksempelvis: SKM2010.817.LSR). Hvorvidt de danske exitregler er i overensstemmelse med EU-retten vil blive diskuteret i afsnit 6.3.

5.1.3.1. Ophørsbeskatning af aktiver der udgår af dansk beskatningsret

Succession gælder for de aktiver og passiver der knyttes til det faste driftssted eller fast ejendom i Danmark. De andre aktiver og passiver i det indskydende danske selskab, der udgår af dansk beskatningsret beskattes efter SEL §5¹⁴³; dermed behandles det som opløsning. I andre fusionstilfælde, navnlig FUL §15, stk. 2 og 3 beskattes ophørsbeskatning ifølge SEL §7.¹⁴⁴ Selvom aktiver og passiver bliver i landet ved fusion anses de ikke som knyttet til det modtagende selskabs faste driftssted her i landet og betragtes derfor som udgået af dansk beskatningsret.

Det kan f.eks. være at det indskydende danske selskabs beholdning af anlægsaktier anses som udgået af dansk beskatningsret, hvis den ikke bliver knyttet til det udenlandske modtagende selskabs faste driftssted her i landet men til hovedkontoret i udlandet (se eks. SKM 2008.602 SR).

Det samme gælder goodwill og andre immaterielle rettigheder, der efter fusionen må anses for knyttet til det udenlandske hovedkontor (se eks. SKM 2008.917 SR).¹⁴⁵ Avance eller tab i

¹⁴² Sanne Neve Damgaard, EU- selskabs og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering (2012), side 190.

¹⁴³ Realisationsbeskatning ifølge SEL §5, finder anvendelse ved dansk selskab som ophører ved fusion med EU/EØS-selskab (FUL §15, stk. 4) og dansk selskab som ophører ved fusion med lande som er udenfor EU/EØS (FUL §15, stk. 6).

¹⁴⁴ Michael Serup, Fusionsskattebogen med kommentarer, 4. udgave, side 424.

¹⁴⁵ Det danske selskab og dets søsterselskaber fusionerede med et svensk selskab som det modtagende selskab. Goodwill udgik af dansk beskatning ved fusion og der skulle derfor ske beskatning ved overdragelsen jf. SEL §5.

forbindelse med de udgående aktivers og passivers afståelse beskattes i forhold til handelsværdien på opløsningstidspunkt og medregnes ved indkomstopgørelsen for det indskydende selskabs sidste indkomstår.¹⁴⁶

5.1.3.2. Ophørsbeskatning af det indskydende danske selskabs fastdriftssted i et andet EU-land

Som nævnt gælder successionsprincippet ikke for de aktiver og passiver der udgår af dansk beskatningsret. Det kan f.eks. være aktiver og passiver det hører til det indskydende selskabs filial eller det sambeskattede datterselskab i udlandet.¹⁴⁷ Når et fastdriftssted hører til et indskydende dansk selskab, men er beliggende i et andet EU-land, er det muligt at der kan opstå dobbelt beskatning (beskatning både i Danmark og i det pågældende EU-land) ved overdragelse. Direktivet art. 10. stk. 1. finder anvendelse i forhold til at undgå dobbelt beskatning ved tilførsel af et fastdriftssted.¹⁴⁸ Ifølge art. 10, må den medlemsstat hvor det indskydende selskab er beliggende ikke beskatte det faste driftssted, der ligger i et andet EU-land. Den stat, hvori det faste driftssted er beliggende, og den stat, hvori det modtagende selskab er hjemmehørende, skal anvende direktivets bestemmelser på denne tilførsel af aktiver, som om det indskydende selskab var hjemmehørende i samme stat som det modtagende selskab.

Dog giver art. 10, stk. 2 en medlemsstat retten til at beskatte overskud eller kapitalvinding, der opstår i det faste driftssted ved fusionen mv. hvis det indskydende selskab er hjemmehørende, og såfremt selskabet anvender globalindkomstprincippet. Dette sker under forudsætning af skattefritagelse, som i mangel af direktivets bestemmelser ville have været pålagt dette overskud eller denne kapitalvinding i den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende, og for samme beløb, som den ville have gjort, hvis denne skat faktisk var opgjort og indbetalt.

LL §33, stk. 3 anvendes i dansk ret i overensstemmelse med art. 10. Ifølge bestemmelsen skal den danske ophørsbeskatning af fortjeneste og tab vedrørende det indskydende danske selskabs faste driftssted der er beliggende i et andet EU-land nedsættes. Nedsættelsen skal foretages ifølge LL §33, stk. 1 og 2 og dermed er der fradrag for betalt skat eller efter reglen i DBO med den

¹⁴⁶ SKATs juridiske vejledning. C.D.5.4.4. Ophør af danske selskaber ved fusion med et udenlandsk EU/EØS-selskab – FUL §15, stk. 4 og stk. 5.

¹⁴⁷ Michael Serup, Fusionsskattebogen med kommentarer, 4. udgave, side 423.

¹⁴⁸ Rådets Direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SEs eller SCEs vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater.

medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende. Nedsættelsen skal ske med den skat, som denne medlemsstat kunne have pålignet overskud eller kapitalvinding i det faste driftssted eller den faste ejendom ved overdragelsen, hvis fusionen ikke var omfattet af fusionsskattedirektivet eller som om fusionen var skattepligtig.¹⁴⁹

Lempelse af dobbeltbeskatning jf. LL§ 33, stk. 3 har ikke særlig betydning siden man begyndte at anvende territorialprincippet.¹⁵⁰ Et dansk selskabs indtægter og udgifter fra et fast driftssted eller fast ejendom i udlandet skal som hovedregel ikke medregnes i den skattepligtige indkomst jf. SEL §8, stk. 2. Lempelsen ifølge LL §33D¹⁵¹ eller DBO er kun relevant i tilfælde hvor beskatning ikke er omfattet af territorialprincippet. Det kan være i tilfælde hvor det ultimative moderselskab i koncernen har valgt international sambeskatning eller selskaber der er omfattet af skyggesambeskatning. Der vil ikke ske nogen afståelsesbeskatning ved fusion med mindre fusionen fører til afbrydelse af international sambeskatning eller international sambeskatning ikke er valgt (dvs. at man har fulgt reglerne for skyggesambeskatning).

Der finder tilsvarende anvendelse af FUL §8, stk. 6-8 i forbindelse med fremførsel af underskud og tab. Underskud i det ophørende dansk selskab kan alene udnyttes, hvis det modtagende EU/EØS-selskab indgår i international sambeskatning med det indskydende danske selskab (se eks. SKM2010.782 SR).¹⁵² Kildeartsbegrænsede tab kan ikke udnyttes, uanset om de deltagende selskaber indgår i sambeskatning eller ej.

5.1.3.3. Udbyttebeskatning ved annullering af aktier i det indskydende selskab

Bestemmelsen om udlodningsbeskatning ved fusion findes i FUL §15, stk. 4, pkt. 4-5¹⁵³ og har følgende ordlyd:

¹⁴⁹ SKATs juridiske vejledning. C.D.5.4.4. Ophør af danske selskaber ved fusion med et udenlandsk EU/EØS-selskab – FUL §15, stk. 4 og stk. 5.

¹⁵⁰ Territorialprincippet indført ved lov nr. 426 af 6. juni 2005.

¹⁵¹ LL §33D handler om Lempelse for dobbeltbeskatning efter eksemptionsprincippet.

¹⁵² Sagen handlede om fusion mellem dansk datterselskab (C) med et EU selskab som D. Det danske selskab (C) er moderselskab til en række danske datter/datterdatter selskaber. Selskabet C har et betydeligt underskud til fremførelse. Selskab C mistede adgangen til at udnytte sit eget underskud og sine underliggende selskabers underskud frem til vedtagelsesdatoen, fordi det modtagende selskab ikke indgik sambeskatning med det indskydende selskab C jf. FUL §8, stk. 6. De danske datter/datterdatterselskaber mistede også adgang til at udnytte C's underskud, fordi datter/datterdatterselskaber ikke indgik i ny sambeskatning og sambeskatningen mellem selskab C var ophørt ved fusion. Se SEL §31, stk. 2, 10. pkt.

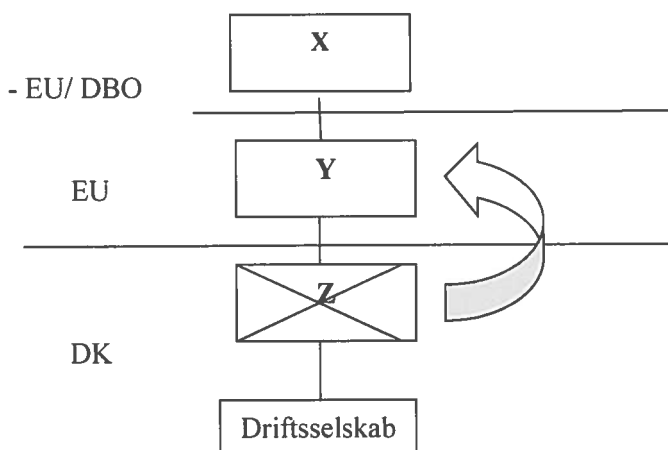
¹⁵³ Bestemmelsen er indsat ved Lov nr. 254 af 30. marts 2011 (L84).

Uanset 1. pkt. beskattes udlodningen ved annulleringen af aktier i det indskydende selskab, der annulleres af et modtagende selskab ved fusionen, som udbytte, når det modtagende selskab ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i det indskydende selskab, og når udbyttebeskatningen ikke skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

Tilsvarende beskattes udlodningen ved annulleringen af aktier i det indskydende selskab, der annulleres af et modtagende selskab ved fusionen, som udbytte i det tilfælde, som er nævnt i ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra b...

Hvis det modtagende selskab ejer mindst 10% af aktierne i det indskydende selskab skal der som udgangspunkt ikke ske udbyttebeskatning jf. FUL §10. Men den ovennævnte bestemmelse er en værnsbestemmelse, for at forhindre, at den danske kildebeskatning på udbytter omgås ved at fusionere et dansk selskab op i et udenlandsk moderselskab, der ikke er skattefritaget efter enten moder-/datterselskabsdirektiver eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Figur 12: illustration af omgåelse af udbyttebeskatning.



Kilde: egen tilvirkning.

Det forudsættes at selskab Y ikke er retmæssig ejer (beneficial owner) af udbyttet. Dermed skal der betales kildeskat på udbytte fra selskab Z til selskab Y jf. SEL §2, stk. 1. Udbyttebeskatning kunne

omgås ved lodret fusion mellem selskab Z og Y med Selskab Y som det fortsættende selskab, hvis værnsbestemmelsen FUL §15, stk. 4, pkt. 4 og 5 ikke var til stede (se eks. SKM 2010.782).¹⁵⁴

Direktivets art. 7 tillader at medlemsstaterne beskattes når det modtagende selskab ejer mindre end 10% af kapitalandelen i det indskydende selskab.¹⁵⁵ Hvis det modtagende selskab ejer mindre end 10% af aktierne betragtes det som udgangspunkt som porteføljeaktier og der er kildeskat på udbyttet uanset om det modtagende selskab er beliggende i EU/EØS jf. ABL §4C.¹⁵⁶ Men hvis det modtagende selskab har bestemmende indflydelse¹⁵⁷, anses aktierne som koncernselskabsaktier jf. ABL §4B og udbyttet af koncernselskabsaktier er skattefritaget, når det udbyttmodtagende selskab er hjemmehørende i en stat, der er medlem af EU/EØS, og udbyttebeskatningen skulle være frafaldet eller nedsat efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU eller DBO med den pågældende stat, hvis der havde været tale om datterselskabsaktier jf. SEL §2, stk. 1, litra. C. Men ifølge værnsbestemmelsen er den retsmæssig ejer ikke skattefritaget ifølge enten moder-/datterselskabsdirektiver eller DBO og det beskattes som udbytte i de tilfælde, der er nævnt i LL §16 A, stk. 3, nr. 1, litra b.¹⁵⁸

Endvidere skal der søges tilladelse fra SKAT hvis en person eller et selskab har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab, jf. LL §2, og hverken er hjemmehørende i EU eller en stat som har DBO med Danmark (se afsnit 4.6.)

5.1.4. Et dansk selskab ophører ved fusion udenfor fusionsskattedirektivet

FUL §15, stk. 6 finder anvendelse ved dansk selskabsophør ved fusion udenfor fusionsdirektivets anvendelse. Det vil sige hvis et modtagende udenlandsk selskab er hjemmehørende i et ikke-EU/EØS-land eller hvis de deltagende selskaber nok er hjemmehørende indenfor EU men ikke kan anses som ”selskab i en medlemsstat” indenfor EØS og ikke svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab. Det er ikke muligt med succession fra selskabssiden og der skal dermed

¹⁵⁴ Fortjeneste på datterselskabsaktier, der annulleres ved grænseoverskridende fusion med et modtagende selskab, der ligger uden for EU. Annullering af aktier er skattefritaget jf. FUL §10. Der er ikke hjemmel til at behandle formueoverførelsen som udbytte hvilket kan beskattes efter LL §16A, stk. 3.

¹⁵⁵ Oprindelig gælder undtagelsen i art. 7, stk. 2 når ejerskabet er af 15%, men det blev ændret til 10% (siden 2009) jf. RÅDETS DIREKTIV 2009/133/EF.

¹⁵⁶ Indført ved lov nr. 1255 af 18. december 2012.

¹⁵⁷ Når det modtagende selskab direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen eller råder over mere end 50% af stemmerne.

¹⁵⁸ Trine Bonde Jensen, Nyt om grænseoverskridende fusioner: udlovningsbeskatning og tilladelseskrav, Skat udland, 2011, nr. 4, s. 260.

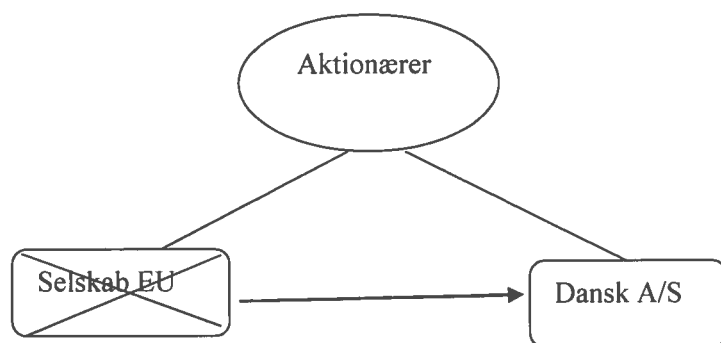
ophørsbeskattes ifølge SEL §5. Men aktionærerne har mulighed for succession efter FUL§9-11¹⁵⁹, så længe transaktionen har tilstrækkeligt mange lighedspunkter med fusion i dansk skatteretlig forstand (se eks: SKM.2003.469.TSS og SKM2007.711.SR). Siden tilladelseskravet er ophævet siden 2007, finder bestemmelsen automatisk anvendelse ved udenlandske transaktioner.¹⁶⁰

5.2. Skattemæssig behandling af selskaber ved skattepligtig fusion

5.2.1. Inbound fusion – hvor det danske selskab fortsætter efter fusionen

Hvis et dansk selskab er det modtagende selskab i fusionen, anvendes de samme regler (kap. 1) som gælder for de danske fusioner. De danske regler finder kun anvendelse på de aktiver og passiver som var knyttet til det danske selskab og inddraget i det danske skattegrundlag og ophørsbeskatningen behandles også efter de danske regler.¹⁶¹

Figur 13: illustration af skattepligtig inbound fusion hvor det danske selskab fortsætter.



Kilde: egen tilvirkning.

Den skattemæssige behandling af:

Det indskydende EU/EØS-selskab: aktiver og passiver tilhørende det udenlandske selskab beskattes efter de pågældende landets ret, fordi de danske regler kun gælder for de aktiver og passiver der hører til det danske selskab. Eventuelt skattemæssigt underskud og kildeartsbegrænsede tab kan ikke overføres til fradrag i det modtagende danske selskab.¹⁶²

Men hvis det indskydende selskab indgår i en koncern, der har valgt international sambeskatning eller det indskydende selskab har et fast driftssted eller fast ejendom i Danmark, vil avancer og tab

¹⁵⁹ Gælder alene i tilfælde hvor det indskydende selskabs deltagere vederlægges med aktier i det modtagende selskab.

¹⁶⁰ Jan Pedersen et al., Skatteretten 2, side 556.

¹⁶¹ FUL §15, stk. 2.

¹⁶² SKATs juridiske vejledning 2016-1, C.D.5.1 Fusioner – skattepligtige.

indgå i sambeskatningsindkomst og det er muligt at få kreditlempelse for den udenlandske skat, jf. LL §33.¹⁶³

Det modtagende danske selskab: fusion har ingen skattemæssige konsekvenser for det modtagende dansk selskab. Det modtagende selskab stilles som det har købt de indskudte aktiver og passiver til deres aftalte handelspris. Det faktisk ydede vederlag for de enkelte aktiver udgør på den vis det modtagende selskabs anskaffelsessummer for aktiverne. Det modtagende selskab er skattemæssigt rensat fordi der ikke sker skattemæssig succession ved fusion. Det modtagende selskab har derfor mulighed for at begynde et nyt afskrivningsbeløb på grundlag af de civil- og selskabsretlige anskaffelsessummer, men under forudsætning af at det afspejler en korrekt markedspris.¹⁶⁴ I tilfælde hvor det indskydende selskab og det modtagende selskab ikke har modstående interesser, har SKAT mulighed for at korrigere de aftalte anskaffelsessummer.¹⁶⁵

Det indskydende selskabs aktiver og passiver vil ikke indgå i dansk beskatning, hvis aktiviteten fysisk bliver i udlandet og tilknyttes til det udenlandske fastdriftssted. Men hvis det modtagende selskab anvender international sambeskatning, er de udenlandske aktiver og passiver omfattet af dansk beskatning.¹⁶⁶

Der sker ikke nogen underskudbegrænsning ved skattepligtig fusion og dermed bevarer det modtagende danske selskab dets egne underskud (både fremførte underskud og underskud i fusionsåret) samt kildeartsbegrænsede tab ved fusion (se eks. SKM2009.564.SR). Det modtagende selskabs underskud fradrages på sædvanlig vis i overensstemmelse med SEL §§12-12 D. Ifølge SEL §12D sker der eksempelvis begrænsning i retten til at fremføre underskud, i tilfælde hvor der sker en væsentlig ændring i ejerkredsen i det modtagende selskab ved fusion, dvs. at aktionærerne i det indskydende selskab bliver aktionærer i det modtagende selskab og at der dermed sker en majoritetsoverdragelse.¹⁶⁷ (se afsnit 6.1.3.)

¹⁶³ Guldmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, side 238.

¹⁶⁴ Werlauff, Selskabsskatteret 2015/2016, side 543.

¹⁶⁵ Jan Pedersen et al, Skatteretten 2 (2015), side 541.

¹⁶⁶ Guldmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning, 2013/14, side 239.

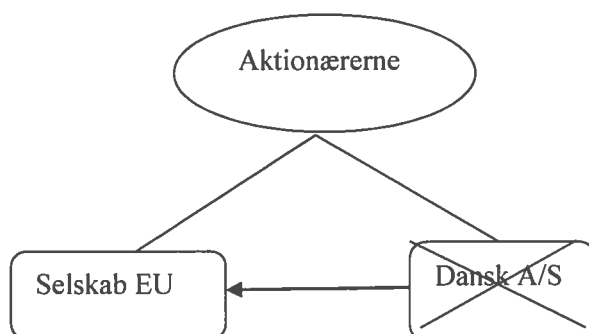
¹⁶⁷ SKATs juridiske vejledning 2016, C.D.5.1 Fusioner – skattepligtige.

Fusion har ingen betydning for den eksisterende sambeskatning i koncernen eller underskudsudnyttelsesmulighederne i koncernen.¹⁶⁸

5.2.2. Outbound fusion – hvor det danske selskab ophører ved fusionen

Ved fusionen opløses det indskydende selskab (eventuelt de indskydende selskaber), hvorfor dets subjektive skattepligt ophører efter SEL §5. Dette sker, selvom fusionen på det selskabsretlige plan sker uden likvidation. Opløsningen sidestilles efter SEL §5, stk. 4, som teoretisk udgangspunkt.¹⁶⁹

Figur 14: illustration af skattepligtig outbound fusion hvor det danske selskab ophører.



Kilde: egen tilvirkning.

Den skattemæssige behandling af:

Det indskydende danske selskab: overdragelsen af det indskydende danske selskabs aktiver og passiver behandles skatteretligt som en likvidation af selskabet jf. SEL §5. Når det hjemmehørende danske selskab ophører ved en skattepligtig fusion mens et EU/EØS-selskab fortsætter som led i fusionen, betragtes det som exit-beskatning. Afståelse af aktiver og passiver beskattes baseret på handelsværdien på datoen for vedtagelsen af fusionen.

Hvis det indskydende selskab har negativ indkomst og fremførbart underskud, kan disse ikke overføres til fradrag hos det modtagende selskab, medmindre det modtagende EU-selskab og det indskydende danske selskab er indgået i international sambeskatning og underskuddet opstod mens de var sambeskattede jf. SEL §31, stk. 2 og 3. Men underskud kan modregnes når det indskydende

¹⁶⁸ Guldmand, Vinther, Werlauuff, Sambeskatning, 2013/14, side 239.

¹⁶⁹ Skatteretten 2, (5. udgave), side 539.

selskab opgør evt. avance på afståelse af aktiver og en evt. skattebetaling dermed minimeres. Kildeartsbegrænsede tab bortfalder uanset om de involverede selskaber er sambeskattede eller ej.

Fusion har ingen betydning for den eksisterende sambeskatning af en koncern og dermed vil genbeskatning af underskud ikke blive udløst. Eneste undtagelse her er hvis det indskydende selskab er koncernens øverste selskab og dermed anses som administrationsselskab.

Det modtagende EU-selskab: de modtagne aktiver og passiver beskattes efter lovgivningen i det modtagende selskabs hjemmehørende land. Men hvis det modtagende selskab hører til en koncern der er omfattet af international sambeskatning eller skyggesambeskatning, gælder de overnævnte regler for det danske selskab som modtagende selskab ved skattepligtig inbound fusion ved siden af hjemlandets regler.¹⁷⁰

Aktionærerne: beskatning sker efter den lovgivning hvor aktionærerne skattemæssigt er hjemmehørende. I det indskydende selskabs ophørsår modtager de danske aktionærer deres likvidationsprovenu i form af aktier eller anparter i det modtagende selskab, svarende til et salg af deres aktier for en pris svarende til likvidationsprovenuet jf. ABL §1, stk. 3. Kontantvederlag beskattes efter SEL §2, D. Der vil være grundlag for en korrektion, hvis ikke vederlaget i form af aktier, anparter og/eller kontanter fra det modtagende selskab svarer til de afståede aktiers eller anparters virkelige værdi. Gevinst og tab (uanset om der modtages kontantvederlag eller aktier) beskattes efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven.¹⁷¹

5.3. Delkonklusion og perspektivering

Fusionsskatteoven kap. 1 der gælder for national fusion gælder også ved skattefri grænseoverskridende fusion med tilsvarende tilpasning i forhold FUL §15. Den grundlæggende bestemmelse om succession findes i FUL §8, og den afgrænser alene de aktiver og passiver der hører til dansk beskatningsret jf. FUL §15, enten fordi aktiver og passiver er en del af det udenlandske selskabs faste driftssted i Danmark eller det udenlandske selskab er indgået i international sambeskatning med det danske selskab. Det udenlandske selskabs øvrige aktiver

¹⁷⁰ Guldmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, side 239

¹⁷¹ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.1. Fusioner – skattepligtige.

beskattes ikke i Danmark, men behandles efter den medlemsstatslovgivning hvor det udenlandske selskab hjemmehører i.

Skattefri fusion, hvor et dansk selskab er det modtagende selskab (FUL §15, stk. 2), udløser beskatning hvis det udenlandske indskydende selskab har aktiver og passiver i Danmark, som forlader dansk beskatningsret ved fusion. Det indskydende udenlandske selskab beskattes for afståelsesavancer, genvundne afskrivninger m.v. efter SEL §7 om ophørsbeskatning af begrænset skattepligtige selskaber. Det samme gælder ved fusion mellem EU/EØS-selskaber med fast driftssted eller fast ejendom i Danmark (FUL §15, stk. 3), hvis det indskydende udenlandske selskabs aktiver og passiver udgår af dansk beskatningsret ved fusion.

Ved skattefri fusion hvor det danske selskab er det indskydende selskab (FUL §15, stk. 4), gælder skattefrihed alene såfremt det indskydende selskabs aktiver og passiver er knyttet til det udenlandske modtagende selskabs filial med fast driftssted i Danmark. Hvis den forudsætning ikke er opfyldt, sker der ophørsbeskatning efter SEL §5. Ophørsbeskatning efter SEL §5 gælder også hvis et dansk selskab ophører ved fusion med et selskab udenfor fusionsdirektivet (FUL §15, stk. 6), hvor der ikke er mulighed for succession. I særtilfælde kan fusion gennemføres uden ophørsbeskatning, selvom der ikke opretholdes et fastdriftssted efter fusionen fordi de pågældende aktiver der udgår af dansk beskatningsret alligevel ikke indgår i opgørelse af skattepligtig indkomst. SKM.2010.522. SR-sagen drejer sig eksempelvis om afståelse af datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier som ikke er skattepligtige, hverken som aktieavancer eller aktieudbytte.

Hvis et dansk selskab ophører ved fusion med et EU/EØS-selskab, anvendes yderligere en værnsbestemmelse til at forhindre, at den danske kildebeskatning på udbytter omgås ved at fusionere et dansk selskab op i et udenlandsk moderselskab, der ikke nyder beskyttelse efter enten moder-/datterselskabsdirektiver eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Endvidere er der også tilladelseskrav for at forhindre skatteundgåelse, hvis selskabsdeltagere med bestemmende indflydelse i det indskydende danske selskab er hjemmehørende uden for et EU/DBO-land. I andre tilfælde er der ikke behov for at søge tilladelse, men der anvendes den internationale omgængelsesklausul i stedet for, for at forhindre skatteundgåelse.

Valget mellem at gennemføre fusion skattefrit eller skattepligtigt er et spørgsmål om underskudsbegrænsning. Det er ikke kun det indskydende selskabs fremførte underskud men også det modtagende selskabs eget underskud som man mister ved skattefri fusion. En besynderlig konsekvens heraf er at et aktieselskab, som har skattemæssigt underskud, men i sagens natur alligevel kan have betydelig egenkapital i behold, vil miste retten til at fremføre sit underskud, hvis det gennem fusion absorberer f.eks. et lille anpartsselskab.¹⁷² En løsning for at bevare underskuddet er at udskyde fusionen indtil underskuddet er udnyttet. Muligheden for at udnytte underskuddet er ikke gået tabt hvis de fusionerede selskaber er sambeskattede inden fusionen.

Selskaber som har et betydelig underskud skal overveje om fusion skal gennemføres skattepligtigt. Selvom det indskydende selskab ikke kan overføre underskud til det modtagende selskab, kan det fradrages i den skattepligtige avance. Det modtagende selskab mulighed for at udnytte sit underskud berøres slet ikke ved fusion.

¹⁷² Werlauff, Selskabsskatteret, 2015/2016, side 553 med henvisning til Kim Wind Andersen & Jan Hansen i SR-skat 2009.

6. Særlige diskussioner

6.1 Underskudsforeførelse ved koncernforbundne selskaber

6.1.1. Underskudsforeførelse ved fusion inden for sambeskatning

Langt de fleste fusioner gennemføres som led i strukturtilpasning mellem selskaber der i forvejen enten er koncernforbundne eller associeret med hinanden.¹⁷³ Ved skattefri fusion mister de deltagende selskaber som hovedregel adgang til at udnytte underskud, medmindre de er sambeskattede. I FUL §8, stk. 6 sidste punkt samt i SEL §31, stk. 4 defineres adgangen til at udnytte underskud mens selskaberne har været sambeskattet. Ifølge de bestemmelser gælder adgangen til at bruge underskud til fradrag hos de sambeskattede selskaber alene for de underskud der er opstået, mens selskaberne har været sambeskattede¹⁷⁴ (se eksempelvis SKM 2007.65.SR og SKM 2012.475.SR).

Årsagen til dette er at den skattefri fusion hverken skal stille de fusionerede selskaber ringere eller bedre, end hvis de i stedet for fusion havde opretholdt de eksisterende sambeskatningsenheder. Det modtagende selskab har ved fusion adgang til underskud fra både det indskydende selskab og det modtagende selskabs eget underskud, på samme måde som hvis underskuddet kunne have været udnyttet ved en uændret sambeskatning af de fusionerede selskaber.¹⁷⁵

Jævnfør FUL §8, stk. 6, pkt. 1 omfatter begrebet ”selskab” også faste driftssteder i Danmark. Dermed gælder de nedenstående regler for underskudsbegrænsning af selskaber også for faste driftssteder.¹⁷⁶

Det modtagende selskabs adgang til det fremførselsberettigede underskud fratages i de følgende tilfælde:

- hvis det indskydende selskab direkte eller indirekte har deltaget i en skattefri omstrukturering med et ikke-sambeskattet selskab i eller efter underskudsåret jf. SEL §31, stk. 4.¹⁷⁷ For eksempel kan det være at de fusionerede selskaber hører til den samme koncern, men hvis det danske selskab ikke har valgt international sambeskatning er det

¹⁷³ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 2015/16, side 547.

¹⁷⁴ Det har virkning for fusioner med fusionsdato 1/1 2005 eller senere.

¹⁷⁵ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.2.7.3 Fortabelse af underskud – FUL §8, stk. 6.

¹⁷⁶ SKATs juridiske vejledning, C.D.5.2.7.3 Fortabelse af underskud – FUL §8, stk. 6.

¹⁷⁷ Gulmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, side 256.

udenlandske selskab ikke sambeskattet med det danske selskab og mister dermed adgang til udnyttelse af underskud.

- i tilfælde hvor det modtagende selskab eller faste driftssted ved skattefri fusion, direkte eller indirekte har modtaget aktiver og passiver fra selskaber der ikke var en del af sambeskatningskredsen på det tidspunkt, da underskuddet opstod jf. FUL §8, stk. 6, pkt. 3.¹⁷⁸ Dette er for at forhindre at overskudsgivende aktiviteter fra ikke-sambeskattede selskaber skattefrit fusioneres ind i et sambeskattet selskab (uden fremførbare underskud), der efterfølgende skattefrit fusioneres ind i et sambeskattet selskab med fremførbare underskud.¹⁷⁹

6.1.2. Underskudsbegrænsning ved fusion af sambeskattede selskaber med selskaber uden for sambeskatningskredsen

Dette drejer sig om fusion mellem to moderselskaber i hver sin sambeskattede koncern. Ved fusion opstår en ny sambeskatningskreds mellem de to delkoncerner hvilket efter fusionen kaldes subsambeskatninger; nemlig en subsambeskatning mellem det indskydende selskabs datterselskaber og den anden subsambeskatning mellem det modtagende selskabs tidligere sambeskatningskreds. Der er ikke nogen begrænsning for de nye sambeskattede selskaber til at udnytte underskud der opstår fra og med fusionsdatoen, dvs. underskud der opstår efter fusionen. Underskud der opstår før fusionsdatoen kan ikke anvendes i den nye sambeskatningskreds jf. SEL §31 stk. 2, pkt. 6. Derimod kan underskud anvendes inden for subsambeskatning, hvilket ikke afbrydes som følge af fusionen jf. SEL §31, stk. 2, pkt. 10.

Det modtagende moderselskab har ikke adgang til sit eget og det indskydende selskabs skattemæssige underskud jf. FUL §8, stk. 6, pkt. 1 og sine datterselskabers uudnyttede underskud jf. SEL §31, stk. 4, pkt. 1. Men det modtagende moderselskabs eget underskud fra før fusionen går ikke tabt, fordi underskuddet bliver fremført til modregning i det modtagende selskabs sambeskattede datterselskaber. Ved fusion sker der ikke afbrydelse i det modtagende selskabs eksisterende subsambeskatningskreds og der forudsætter at underskuddet er opstået i sambeskatningsperioden (se eksempelvis SKM2013.817.SR).

¹⁷⁸ Værnsreglen har virkning for fusioner der vedtages den 1/7 2012 eller senere.

¹⁷⁹ Gulmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, side 255.

Det samme gælder for det indskydende selskabs uudnyttede underskud. Det kan ikke videreføres til det modtagende selskab eller det modtagende selskabs datterselskaber, men kan alene anvendes i det indskydende selskabs datterselskaber, der hører til samme subsambeskatningskreds (se eksempelvis SKM2012.475.SR).¹⁸⁰

6.1.3. Underskudsbegrænsning ved væsentlig ændring i ejerkredsen ¹⁸¹

Udover bestemmelsen i FUL §8 stk. 6, kan en fusion medføre underskudsbegrænsning ifølge FUL §8, stk. 7 samt SEL §12 D, når der sker et væsentligt ejerskifte som led i fusionen. FUL §8, stk. 7 begrænser underskudsudnyttelse når fusionerede selskaber ikke har været koncernforbundet i perioden fra fusionsdatoen til vedtagelsesdatoen.¹⁸² FUL §8, stk. 7 anvendes for at forhindre omgåelse af SEL §12 D. Underskudsbegrænsning i SEL §12D gælder også for fast driftssted i Danmark med en skiftende ejerkreds på mere end 50 %. Bestemmelsen reguleres alt efter hvordan det skattemæssige underskud behandles i tilfælde hvor mere end 50 pct. af aktiekapitalen (eller stemmевærdien) ved udløbet af indkomståret (selskabets) ejes af andre end ved begyndelsen af underskudsåret.

Selskaber der har overnævnte ændring i ejerkredsen og har underskud fra et tidligere indkomstår og har passiv indkomst fra udlejning af afskrivningsberettigede driftsmidler og skibe¹⁸³ kan ikke nedbringe den skattepligtige indkomst til et beløb mindre end selskabets positive nettokapitalindtægter med tillæg af indkomst fra disse aktiver. Skattemæssige underskud kan derfor alene bruges til modregning af indtægter fra erhvervsmæssig indkomst.

Bestemmelsen sonder endvidere imellem tomme og ikke-tomme selskaber. Ifølge dette fortabes adgang til at fremføre underskud fra et tomt selskab jf. SEL §12 D, stk. 2 på det tidspunkt, hvor der indgås aftale om overdragelse af kapitalandele mv. (eller om ændring af rådighed over stemmевærdien) som er uden økonomisk risiko ved erhvervsmæssig aktivitet (se eksempelvis SKM2013.797.SR). Bestemmelsen gælder derfor for et tomt selskab. Det gælder kun ved overdragelse ved mindst 50% af kapitalandelen. Begrænsningen gælder ikke ved skuffeselskaber jf.

¹⁸⁰ Guldmand, Vinther, Werlauff Sambeskatning 2013/2014, side 267-268

¹⁸¹ SKATS juridiske vejledning, C.D.2.4.5.2.2 Underskudsbegrænsning ved væsentlig skift i selskabets ejerkreds – SEL § 12 D

¹⁸² Afgrænsning af SEL §12, D gælder frem til overdragelsesåret. Men jf. FUL §8, stk. 6 reguleres alene perioden frem til fusionsdatoen. Dermed anvendes FUL §8, stk. 7 for at begrænse fremførelse af eventuelt underskud i perioden fra fusionsdatoen til vedtagelsesdatoen.

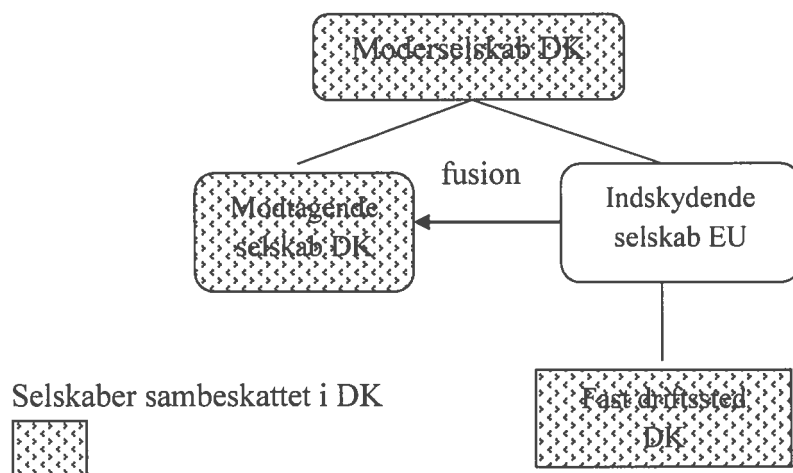
¹⁸³ Som er erhvervet den 19. maj 1993 eller senere.

SEL §12 D, stk. 2, sidste punkt, fordi det underskud ikke er købt men derimod er oparbejdet af den nye ejer selv. Ifølge SEL §12D, stk. 5 anvendes også transparensprincippet ved et underskudsselskab dvs. et datterselskab (moderselskabet ejer 25% eller derover) som ejes via dets moderselskab. Overdragelser af aktier i en koncerns moderselskab (som kan betragtes som den ultimative ejer) har dermed betydning for adgangen til at fremføre underskud i samtlige koncernselskaber.

Afgrænsning af adgang til skattemæssige underskud jf. SEL §12 D har ikke nogen betydning for kildebegrænsede tab eller nettokurstabskonto jf. SKM2015.42.SR.¹⁸⁴ Bestemmelsen har endvidere kun betydning for at fremføre underskud fra tidligere år og derfor ingen begrænsninger ved modregning af indtægter og udgifter, der vedrører samme indkomstår, når den skattepligtige indkomst for dette indkomstår skal opgøres.¹⁸⁵ Underskudsbegrænsning ved væsentlig ændring i ejerkredsen gælder endvidere ikke for selskaber hvis aktier er optaget til handel på et reguleret marked, eller ved familieoverdragelse/generationsskifte, jf. SEL §12D, stk. 4.

6.1.4. Underskudsfremførelse af udenlandske selskabers faste driftssted i Danmark

Efter bestemmelsen i FUL §8, stk. 6 anses faste driftssteder af udenlandske selskaber som et selskab. Ved grænseoverskridende skattefri fusion (hvor koncernen ikke har valgt international sambeskatning), behandles underskuddet fra driftsstedet på følgende vis:



¹⁸⁴ I sagen kunne et selskabs nettotabskonto vedrørende aktier og fremførte kildeartsbegrænsede tab på aktier uden begrænsning fremføres til modregning i selskabets fremtidige gevinster på skattepligtige porteføljeaktier uanset at hele aktiekapitalen overdrages til en ny uafhængig ejer. §12D vedrører altså alene underskud til modregning i den skattepligtige indkomst.

¹⁸⁵ SKATs vejledning, C.D.2.4.5.2.2 Underskudsbegrænsning ved væsentlig skift i selskabets ejerkreds – SEL §12 D.

Det er ikke muligt for det indskydende selskabs faste driftssted at fremføre danske skattemæssige underskud til eget brug eller til ultimative moderselskaber i Danmark ved grænseoverskridende skattefri fusion, idet fast driftssted kan anses som et EU-selskab, jf. FUL §8, stk. 6, 1 pkt.¹⁸⁶ Men Susanne Kjær og Astrid Cederholm i SU 2008, 2 og Susanne Kjær i SR-skat 2/2012, side 115 har en anderledes holdning til sagen. Ifølge dem hører det indskydende selskab til samme koncern og dets fastdriftssted indgår i obligatorisk dansk sambeskatning og har samme status som sambeskattede selskab. Dermed kan man godt fremføre sit underskud efter FUL §8, stk. 6 fordi underskudsfremførelse var muligt inden indgåelsen i den skattefri fusion og en fusion bør ikke stille selskaberne ringere i forhold til adgangen til udnyttelse af underskud.

SKATs stilling til dette ses dog i sagen SKM 2015.683 SR¹⁸⁷. Ifølge SKATs bindende svar kan sambeskattede danske datterselskabers underskud anvendes fremadrettet i EU-selskabets danske filial. Men det faste driftssteds eget underskud bortfalder fordi det ikke længere lever op til værnreglerne og deres formål i SEL §31, stk. 2, pkt. 2.¹⁸⁸ og FUL §8, stk. 6. Argumentationen heri er at selskaberne ikke bør stilles bedre end før fusionen.

Konklusionen er dermed at det udenlandske faste driftssteds eget underskud inden fusionen kun kan anvendes hvis moderselskabet har valgt international sambeskatning og underskuddet opstod mens de var sambeskattet.

6.1.5. Genbeskatning af underskud ved grænseoverskridende fusioner

Der indtræder fuld genbeskatning hvis den internationale sambeskatning afbrydes inden for den 10-årige bindingsperiodes udløb. Ophør af det udenlandske selskab fører ikke til afbrydelse af international sambeskatning i koncernen og udløser dermed ikke genbeskatning. Bindingsperioden

¹⁸⁶ Guldmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, side 254.

¹⁸⁷ Grænseoverskridende lodret fusion mellem et svensk moderselskab og 2 danske datterselskaber. Det svenske moderselskab fortsatte ved fusionen. Det svenske moderselskab havde også en filial i Danmark hvilket indgik i den obligatoriske nationale sambeskatning med de danske selskaber. Efter fusionen blev alle aktiviteter i Danmark sammenlagt i filialen.

¹⁸⁸ På grund af at moderselskabet i Danmark fravalgte international sambeskatning, kunne underskuddet i EU selskabets faste driftssted i Danmark kun fremføres til modregning i det faste driftssteds egen indkomst. Underskud før fusionen kunne derimod ikke fremføres i det samlede faste driftssted, hvis dette underskud også har kunnet indregnes i EU selskabets indkomst. Men den begrænsning kunne ikke overholdes fordi det faste driftssted som følge af en skattefri grænseoverskridende fusion havde succederet i selskabernes aktiver og passiver. Dermed kunne underskuddet alligevel fremføres.

for det ultimative moderselskab forbliver den samme, selv om kredsen af koncernforbundne selskaber udvides eller mindskes jf. SEL §31A, stk. 3. Ved lodret fusion af selskaber der har valgt international sambeskatning, udløses der derfor ikke genbeskatning af underskud fordi koncernforbindelsen mellem selskaber normalt ikke ophører.

En særlig undtagelse hertil er hvis det indskydende selskab også er koncernens øverste danske moderselskab og dermed administrationsselskabet. Hvis der ikke udpeges et nyt administrationsselskab som kan overtage det indskydende selskabs rettigheder og forpligtelser, udløses der fuld genbeskatning af alle genbeskatningssaldi i koncernen jf. §31A, stk. 5.¹⁸⁹

Ved en fusion mellem to koncerner hvor mindst en eller eventuelt begge koncerner indgår i frivillig international sambeskatning, afgøres spørgsmålet om genbeskatning i forhold til det modtagende ultimative moderselskabs valg af international sambeskatning efter fusion.

Bestemmelsen SEL §31A, stk. 3 har følgende ordlyd:

Ved fusion mellem selskaber, som er ultimative moderselskaber i hver sin koncern, anses international sambeskatning for valgt, hvis koncernen med den største konsoliderede egenkapital har valgt international sambeskatning. I så fald skal bindingsperioden for det ultimative moderselskab i denne koncern anvendes. I modsat fald afbrydes bindingsperioden, og der udløses fuld genbeskatning, jf. stk. 11, medmindre det modtagende selskab vælger international sambeskatning.

Hvis koncernen med den største konsoliderede egenkapital ikke indgår i international sambeskatning, undgår man at udløse fuld genbeskatning ved at det modtagende selskab vælger international sambeskatning. Hvis det modtagende selskab vælger at anvende frivillig international sambeskatning, udløses der en ny 10-årig bindingsperiode.

Skyggesambeskattede selskaber:

En koncern, der ikke har valgt den frivillige internationale sambeskatning ifølge SEL §31A, omfattes af reglerne om skyggesambeskatningsregler. Der kan udløses fuld genbeskatning jf. hhv.

¹⁸⁹ Guldmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, side 258.

LL §33E, stk. 2 og 6¹⁹⁰, hvis et indskydende dansk selskab med genbeskatningsforpligtelser eller hvis et udenlandske selskab som har været sambeskattet med et dansk selskab ophører.¹⁹¹

Den dagældende regel (LL §33D, stk. 5) om fuld genbeskatning af det udenlandske filialunderskud ved hel eller delvis afhændelse eller ophør, blev underkendt af EU-domstolen ved sag C-48/13, Nordea Bank Danmark. Den nuværende praksis er at der i stedet for fuld genbeskatning foretages en ordinær genbeskatning, dvs. at der alene skal genbeskattes af den almindelige skattepligtige avance ved overdragelse af filialens aktiver og passiver.

Udløsning af genbeskatning efter LL §33E og LL §33D, stk. 2 kan dog undgås hvis fusionen omfatter FUL regler og hvis det er muligt at overføre underskuddet fra det udenlandske datterselskab eller faste driftssted/fast ejendom i udlandet til det modtagende selskab ifølge de udenlandske regler og hvis det modtagende selskab er skattepligtigt i Danmark jf. LL §33E stk. 8 og LL §33D. Betingelsen om at det modtagende selskab er skattepligtigt her i landet anses bl.a. opfyldt hvis det modtagende udenlandske selskab indgår i dansk international sambeskatning ifølge SEL §31A.¹⁹²

6.2. Den internationale omgåelsesklausul og dens anvendelse i Danmark

Medlemsstaterne i EU blev ved EU-retsmødet den 9. december 2014 enige om at indføre en ny omgåelsesklausul i moder/datterselskabsdirektivet. Den internationale omgåelsesklausul blev indført i dansk ret ved Lov nr. 167 af 21. april 2015. Den gælder som hovedregel for grænseoverskridende transaktioner der er vedtaget 1. maj 2015 eller senere.¹⁹³

Bestemmelserne findes i LL §3 og omfatter to omgåelsesklausuler:

- 1) omgåelsesklausul til bekæmpelse af misbrug af direktiverne¹⁹⁴ jf. LL §3, stk. 1-2.
- 2) omgåelsesklausul til bekæmpelse af misbrug af danske dobbeltbeskatningsoverenskomster jf. LL §3, stk. 3.

¹⁹⁰ Genbeskatningsreglen i LL §33 E er ophævet. Men gælder stadig for selskaber hvis de ikke har valgt international sambeskatning i det første indkomstår, der er påbegyndt efter den 15. december 2004. Overgangsregler for disse "skyggesambeskattede selskaber" findes i lov nr. 426 af 6/6 2005 §15, stk. 8.

¹⁹¹ Guldmand, Vinter, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, side 259.

¹⁹² Michael Serup, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave, side 418 og Guldmand, Vinter, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, side 271.

¹⁹³ http://www.skm.dk/media/1155130/faktaark-omgaaelsesklausul_.pdf

¹⁹⁴ Vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet (direktiv 2011/96/EU), rente-/royaltydirektivet (direktiv 2003/49/EF) og fusionsskattedirektivet (direktiv 2009/133/EF).

Selvom de to omgåelsesklausuler er formuleret på forskellig vis er der, efter skatteministeriets vurdering, ikke nogen væsentlig forskel på de to.¹⁹⁵

Omgåelsesklausulen er anvendelig for grænseoverskridende fusion foretaget med eller uden tilladelse. Men fusionen skal være omfattet af direktivets anvendelsesområde. Dvs. at fusion mellem to danske selskaber eller fusion mellem et dansk selskab og et selskab der er hjemmehørende uden for EU/EØS-områder, f.eks. et selskab i USA, ikke er omfattet af bestemmelsen.¹⁹⁶

Lovforslaget om omgåelsesklausulen blevet kritiseret for at true retssikkerheden, da værnsregler defineres meget bredt og generelt, og der samtidig ikke gives nogen retningslinjer eller fortolkningsstøtte som kan hjælpe til at gennemskue det i praksis.¹⁹⁷

Selve definitionen er stort set afhængig af objektive vurderinger som det ses i eksempelvis LL §3, stk. 1:

...til 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 indholdet af eller formålet med direktiverne, og som ikke er reelle under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.

I første omgang har skattemyndigheden bevisbyrden for at vurdere om arrangementer/serier af arrangementer ikke er reelle, og at hovedformålet med disse ikke-reelle arrangementer er at opnå en skattefordel stridende mod direktivets formål. Arrangementer anses som ikke-reelle, når der savnes velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed jf. LL §3, stk. 2. Ifølge LL §3, stk. 3 stilles der yderlige krav om at den skattepligtige ikke må have fordel af en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

¹⁹⁵ Erik Werlauff, Selskabsskatteret 2015/2016, s. 81.

¹⁹⁶ Ministerens kommentar til henvendelsen af 14. april 2015 fra Kromann Reumert, jf. L 167 – bilag 8.

¹⁹⁷ Martin Poulsen, SR.2015.97 - Skattelypakken - ny international omgåelsesklausul i dansk skatteret.

Derefter flyttes bevisbyrden over på den skattepligtige som skal kunne bevise, at opnåelsen af fordelene ikke er et af de væsentligste formål med arrangementet.¹⁹⁸ De objektive vurderinger skal foretages fra sag til sag. Den internationale omgåelsesklausul anvendes ved siden af fusionsdirektivets art. 15.

Skatteministerens kommentarer til de modtagne høringssvar var at:

...vendingerne "velbegrundede kommercielle årsager" og "der afspejler den økonomiske virkelighed" er i et vist omfang inspireret af EU-domstolens praksis. Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne skal naturligvis fortolkes i overensstemmelse med direktivets ordlyd. Direktivet bygger i nogen udstrækning på den praksis, der er skabt af EU-domstolen. Af samme årsag kan det være relevant at inddrage EU-domstolens praksis i fortolkningen

Skatteministerens svar siger altså at omgåelsesklausulen skal forstås og fortolkes i forhold til EU-domstolens praksis, eksempelvis i Sag Hans Markus Kofoed (C-321/05)¹⁹⁹ og Sag Foggia (C-126/10)²⁰⁰.

Omgåelsesklausulen vedrørende direktiverne (LL §3, stk. 1-2) skal også fortolkes i overensstemmelse med ordlyden af moder datterselskabsdirektivets art. 1.²⁰¹ EU-kommissionen anerkender medlemsstaternes offentlige interesse i at bekæmpe misbrug, men samtidig skal det sikres at de restriktioner som medlemsstaterne påføres ikke må være uforholdsmæssigt strenge. Det vil sige at foranstaltningerne skal være proportionelle og ikke må forhindre udøvelse af traktatens sikrede rettigheder.²⁰² (se afsnit 2.2.1.)

¹⁹⁸ FSR høringssvar - d. 25 februar 2015. <http://goo.gl/kaacNz>

¹⁹⁹ Sagen drejede sig om omgåelse af dansk udbytteskat via skattefri aktieombytning til et irsk selskab hvor det irske selskab efterfølgende udloddede udbytte til bagvedliggende danske fysiske personer. Transaktionen udgjorde et misbrug efter fusionsdirektivet (dagældende) art. 11, stk. 1, litra a, jf. præmis 39.

²⁰⁰ Sagen drejede sig om skattefri fusion inden for samme koncern, hvor det modtagende selskab overførte skattemæssige underskud fra det indskydende selskab, hvor underskudsselskabet ikke havde nogen tilbageværende aktiviteter. Efter domstolens afgørelse blev transaktionen ikke foretaget ud fra "forsvarlige økonomiske betragtninger" og gav anledning til skattesvig efter fusionsdirektivet art. 11, præmis 52.

²⁰¹ Rådets direktiv (EU) 2015/121 af 27. januar 2015.

²⁰² KOM(2007) 785 final, d. 10.12.2007 - The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries.

Selvom EUs retlige bestemmelser og EU-domstolens afgørelser bidrager til at definere begreberne i forhold til at anvende den internationale omgåelsesklausul, kan man rent praktisk ikke forvente at sagerne er parallelle til de tidligere afgjort sager. Det er derfor nødvendigt at henvise fortolkningen af spørgsmålene til EU-domstolen, om end processen er tidskrævende.²⁰³

Det kan sammenfattende konstateres at de manglende retningslinjer/manglende fast praksis har medført en lang række tvister mellem skatteydere og skattemyndighederne i forbindelse med fortolkningen af omgåelsesklausulen. Desuden er det blevet mere vanskeligt for skatterådgiverne at yde rådgivning om grænseoverskridende transaktioner fordi det skaber yderligere kompleksitet og en betydelig usikkerhed i området at man har indført den internationale omgåelsesklausul.

6.3. De danske exit-regler i EU-retligt perspektiv

Hvis et dansk selskab ophører ved fusion og dermed flytter selskabets aktiver og passiver der har indtil da har indgået i dansk beskatningsret til et andet EU/EØS-lande, uden at knytte det til et fastdriftssted i Danmark, skal det udløse beskatning efter SEL §5. Spørgsmål er hvorvidt det er i overensstemmelse med etableringsbestemmelsen i EU-retten (se kap 2).

Spørgsmålet blev diskuteret i sagen SKM2010.817.LSR²⁰⁴ og samtidig kan der henvises til EU-domstolens dom i sagen National Grid Indus, C-371/10. Ifølge fusionsdirektivets art. 4 og 11, er skatteudskydelse alene muligt såfremt det indskydende selskabs aktiver og passiver er knyttet til det modtagende selskabs fastdriftssted i det indskydende selskabs medlemsstat.²⁰⁵ EU-domstolen har principielt godkendt medlemsstaternes ret til ophørsbeskatning jf. præmis 46, C-371/10, men anser det derimod for urimeligt at skatten opkræves øjeblikkelig ved fraflytning jf. præmis 65 og i strid med art. 49. (se afsnit 2.2.1.)

EU-domstolen anerkender dog samtidig at der en vis risiko for at medlemsstaterne dermed mister muligheden for at opkræve ophørsskat jf. præmis 74:

²⁰³ Martin Poulsen, SR.2015.97 - Skattelypakken - ny international omgåelsesklausul i dansk skatteret.

²⁰⁴ Sagen drejede sig om en fusion mellem et dansk anpartsselskab og et tysk selskab, hvori det tyske selskab var det modtagende selskab. Det indskydende danske selskab ophørte uden dansk fast driftssted med det tyske selskab. Landsrettens kendelse var at ophørsbeskatningen ikke var i strid med etableringsbestemmelsen i EU retten.

²⁰⁵ Sanne Neve Damgaard, EU selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, side 101.

...risikoen for, at skatten ikke kan opkræves, hvilken risiko stiger i takt med tidens gang. Denne risiko kan tages i betragtning af den omhandlede medlemsstat inden for rammerne af den nationale lovgivning, der finder anvendelse på udskudt betaling af skyldig skat, ved foranstaltninger såsom etablering af en bankgaranti.²⁰⁶

Efter den afgørelse kan det konstateres at den nuværende exitbeskatning i Danmark, hvor skatten opkræves øjeblikkeligt, er i strid med EU-retten. I sagen anbefalede domstolen endvidere i præmis 73 at et selskab, der flytter sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat, skal have mulighed for at vælge mellem enten at betale exitskatten øjeblikkeligt eller at udskyde betalingen indtil den senere faktiske realisation af aktiverne mod tillæg af rente og mod pligt til efterfølgende at selvangive om aktiverne fortsat ikke er realiseret. Ved at tilbyde denne valgmulighed bliver etableringsfriheden i mindre grad anfægtet.

Der findes en tilsvarende sag C-261/11²⁰⁷ hvor EU-domstolen underkendte dansk exitbeskatning af selskaber der flytter aktiver/passiver til et andet EU/EØS-land. Danmark har efterfølgende indført en henstandsordning jf. SEL §26 og 27.²⁰⁸

Henstandsordningen for exitskat finder kun anvendelse i tilfælde af at selskabet flytter sit faktiske hovedsæde til udlandet. Det gælder også for SE selskaber som flytter deres vedtægtsmæssige hjemmested jf. SEL §5, stk. 7-8 eller selskaber der flytter aktiver/passiver til et fastdriftssted eller hovedkontor i en anden medlemsstat, jf. SEL §8, stk. 4, pkt. 3. Henstandsordningen omfatter endnu ikke grænseoverskridende fusioner, selvom ophørsbeskatningen i FUL §15 i vidt omfang svarer til reglerne for exitbeskatning.²⁰⁹

²⁰⁶ Erik Werlauf, Selskabsskatteret, 2015/2016, 560.

²⁰⁷ De danske regler i SEL §8, stk. 4 og 5, som pålægger en virksomhed umiddelbart at betale skat af urealiserede kapitalgevinster af aktiver, som overføres til en anden medlemsstat, udgør en hindring for etableringsfriheden, jf. artikel 49 TEUF.

²⁰⁸ Indsat ved L 2014 528 med ikrafttræden 2014-03-01 og virkning fra indkomståret 2013. Selskaber, der i indkomstårene 2008-2012 har betalt exit-skate, og som kunne omfattes af de nye henstandsregler, kan opnå genoptagelse.

²⁰⁹ SKATs juridiske vejledning, C.C.6.9.1 Overblik over ændrede regler.

7. Sammenfatning og konklusion

Formålet med specialeafhandlingen har været at identificere og redegøre for det selskabs- og skatteretlige lovgrundlag der er relevant for at gennemføre fusion mellem selskaber i forskellige lande indenfor EU og EØS. Afhandlingen har ikke haft som formål at belyse de praktiske forhold i relation til at gennemføre fusion. Sigtet har derimod været at redegøre for og analysere emnet ud fra en teoretisk synsvinkel.

Ved grænseoverskridende fusioner, er de deltagende selskaber underlagt forskellige nationale lovgivninger. Afhandlingens primære omdrejningspunkt er en dybtgående analyse af de danske regler i forbindelse med grænseoverskridende fusion og dermed er der blevet redegjort for hvordan et dansk selskab kan gennemføre fusion med et udenlandsk selskab der hjemmehører i et andet EU/EØS-lande.

Der er fremfundet og gennemgået tre modeller til at gennemføre grænseoverskridende fusion:

- Fusion støtte direkte på etableringsbestemmelserne i art. 49 og 54 TEUF
- Fusion ved dannelse af et SE/SCE-selskab efter SE/SCE-ordningen
- Fusion efter nationale selskabsregler på grundlag af CBM-direktivet.

Etableringsbestemmelsens rækkevidde i forhold til fusion blev demonstreret ved Sevic-dommen hvor det blev fastslået at fusion er en etableringsmåde hvor medlemsstaterne skal tillade grænseoverskridende fusion såfremt der er ret til at gennemføre en tilsvarende fusion nationalt. Etableringsbestemmelserne i traktaten har ikke alene betydning før implementeringen af CBM-direktivet. Men også derefter, i tilfælde af at fusion gennemgås uden for direktivets anvendelsesområde samt for at løse eventuelle uklarheder/konflikter mellem national lovgivning og EU-retten. Grænseoverskridende fusion bliver først mulig at gennemføre selskabsretligt efter anvendelse af SE/SCE-forordningerne. Men anvendelsen kan alene finde sted med selskaber der kan opfylde særlige krav ifølge SE/SCE-forordningerne og i praksis er anvendelsen dermed meget begrænset. CBM-direktivet udvider muligheden for at kapitalselskaber med hjemsted i forskellige stater kan deltage i grænseoverskridende fusion.

Afhandlingen er stort set baseret på anvendelsen af CBM-direktivet i forhold til fusion mellem danske selskaber og andre selskaber i EU/EØS-lande. Ved skattefri grænseoverskridende fusion

anvendes særligt bestemmelserne i FUL §15, mens Fusionsskattelovens kap. 1 finder tilsvarende anvendelse ved definitioner og betingelser for at gennemføre fusion skattefrit.

Omfanget af selskabstyper der kan deltage i fusion er bredere når det danske selskab fortsætter ved fusion. I det tilfælde kan selskaber der er registreret udenfor EU/EØS-lande deltage som det indskydende selskab, fordi ledelsen sidder i Danmark og dermed er fuldskattepligtige her i landet. Det viser sagen SKM2014.246.SR. Ved grænseoverskridende fusion gælder succession alene for de aktiver og passiver der beskattes i Danmark. Hvis aktiver og passiver udgår af dansk beskatningsret ved den grænseoverskridende fusion ophørsbeskattes der efter SEL §5 og i tilfælde af et dansk selskabs ophør ved fusionsbeskatning foretages det efter SEL §7. Succession fra selskabssiden er alene gældende såfremt selskaberne er omfattet af fusionsbeskatningsdirektivets anvendelsesområder. Ellers er succession alene muligt for danske selskabsdeltagere hvis dispositionen kan sidestilles med en dansk fusion.

Grænseoverskridende fusion kan gennemføres både skattefrit og skattepligtigt. Skattepligtig fusion er altid en ret for selskaberne. Valget at gennemføre fusion skattepligtigt er mest hensigtsmæssigt i tilfælde hvor der er et stort underskud til fremførelse eller hvis der ikke længere er behov for at bevare en filial i Danmark ved fusion. I praksis gennemføres langt de fleste fusioner mellem selskaber der er koncernforbundet og dermed vil adgangen til uudnyttede underskud ikke fortabes såfremt koncernen har valgt international sambeskatning og underskuddet er opstået mens de involverede selskaber var sambeskattede. Reglerne i forbindelse med underskudfremførelse er ikke EU-reguleret, dermed kan anvendt lov/praksis være forskellige alt efter medlemsstaternes lovgivning.

Emner som underskudsformførelse, særligt underskud der hører til det udenlandske selskabs fastdriftssted i Danmark, ophørsbeskatning og den internationale omgåelsesklausul er blevet diskuteret. Direktivets anvendelse er tilpasset efter de nationale lovgivning. Der kan derfor ikke forventes en 100% harmonisering mellem de forskellige landes nationale lovgivninger. Medlemsstaterne har tilladelse til at påføre lempeligere krav end dem der står i direktivet men de må ikke indføre strammere regler.

De nationale regler i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner må ikke være diskriminerende som det for eksempel ses ved tidligere praksis af genbeskatning af underskud fra faste driftssteder i udlandet. De nationale regler må heller ikke være uproportionelle som eksempelvis i forbindelse med ophørsbeskatning ved grænseoverskridende fusion.

EU-retten anerkender medlemsstaternes ret til at opkræve skat. Og dermed er det tilladt for medlemsstaterne ikke at give skattefrihed hvis de vurderer at der finder skatteomgåelse sted jf. art. 12 og den internationale omgåelsesklausul. Såfremt den retmæssige ejer ikke er skattefritaget efter direktiverne og transaktionen alene er foretaget ud fra en opnået skattefordel osv. kan medlemsstaterne nægte at tillade skattefrihed. Men medlemsstaterne har pligt til at respektere traktatens sikrede rettigheder f.eks. fri etableringsret ved indførelse af restriktioner.

Afhandlingen har redegjort for den danske selskabs- og skatterets betydning for grænseoverskridende fusion. Men i praksis er det vigtigt at man som rådgiver undersøger de relevante udenlandske regler. Der kan være forskellig praksis, formalia, tidsfrister, dokumentationskrav, eller regler for at beskytte 3. mands rettigheder, såsom kreditorer, medarbejdere osv. i de andre medlemsstater.²¹⁰ Der skal også nøje undersøges og overvejes, hvordan både danske og udenlandske skattemyndigheder vil vurdere forholdene i forhold til den internationale omgåelsesklausul for at vurdere hvorvidt fusion er tilrettelagt af velbegrundet kommercielle årsag for at opnå skattefrihed.

Fusion kan også gennemføres som en kombination af skattepligtig og skattefri fusion. Det vil sige at det danske selskab godt kan godt fusionere skattefrit eller skattepligtigt, mens de andre udenlandske selskabers skattemæssige valg af fusionsmåde er ubetydelig (se eks. SKM2009.564.SR). Det eneste krav er at det udenlandske selskab ikke må ophøre ved likvidation. Beslutningen om at gennemføre fusion skattefrit eller skattepligtigt er et definitivt valg og det er ikke muligt at omgøre det senere.

²¹⁰ De er afgrænset og blev derfor ikke gennemgået i detaljer i afhandlingen.

Executive Summary

The aim of this thesis is to examine how mergers are carried out across the borders of the European Union and the European Economic Area. The perspective will be from the point of view of Danish law.

In today's world the rise of globalization and the high competitiveness of internal markets ensure that cross border mergers play a vital role in the restructuring of companies. A merger can be defined as the consolidation of two or more companies, where all the assets and liabilities of the acquired company/companies are transferred to the acquiring company and is dissolved without any process of winding up. The acquiring company can be either an existing company which is involved in the merger or it can be a new company.

The thesis consists of six chapters. The first chapter serves as an introduction to the topic. The second chapter contains a discussion of how the scope of merger laws is evolved and regulated under the EU Law.

As proven by the judgment of case *Sevic* (C-411/03), cross border mergers within the EU fall within the protective scope of the freedom of establishment. However, if exercised that right would not be practicable as it was not implemented in the national laws of the respective member states. Cross border mergers first became a reality in Denmark with the introduction of the European Company Statute (the SE Statute), but the application is strictly reserved for the companies which can fulfil the requirements of the SE Statute. The limited liability companies which either could not or would not fulfil the requirements of the SE Statute gained access to the possibility of cross border mergers with the implementation of the Cross Border Merger Directive 2005/56/EC (the 10th Company Law Directive). The Directive is applicable for limited liability companies which are formed in accordance with the law of an EU or EEA member state and which have their registered office, central administration or principal place of business in the European Economic Area. Since cross border mergers are not solely regulated by the EU Law, the companies which are involved in cross border mergers are bound to follow the laws of their respective member states too.

The third chapter will discuss the definitions of mergers according to the Danish Company Act and the Merger Tax Act, as well as the different forms of mergers. Furthermore, the merger as a taxable and tax-free transaction and its advantages and disadvantages will briefly be discussed. The

requirements which companies should fulfil in order to acquire tax exemption according to the Danish Merger Tax Act (chapters 1 and 3) will be analysed in the fourth chapter.

The fifth chapter explains how to treat companies in mergers as respectively a tax-free or a taxable transaction.

The cross border mergers in Denmark are basically regulated by the Danish Companies Act (“Selskabsloven” in Danish). As a general rule, a merger is considered as a disposal of shares by the shareholders of the acquired company and it is taxable for the acquired company and its shareholders. However, if fulfilling the requirements of the Merger Tax Act (“Fusionsskatteloven” in Danish), the merger can be processed as a tax-free transaction.

Tax exempt mergers are based on the principle of “succession”. The tax exemption should in reality be read as a tax delay. The transferring company or companies will not be taxed immediately according to the normal tax rules as the receiving company assumes the tax position of the transferring company. The tax will have to be paid when and only if the assets are eventually sold. Furthermore, the tax exemption is only applicable as far as the assets and liabilities continue to remain under the Danish tax legislation. Which means that even though the transaction is said to be tax free, it will be taxable if the acquired assets partly or fully would no longer be taxable in Denmark.

The downside of performing a merger as a tax-free transaction is that the involving companies, including the receiving company, will lose the right to carry forward all existing tax losses. This limitation is not applicable as far as a holding company merges with its subsidiary and if it has applied international joint taxation and if they are jointly taxed when they are merged.

The sixth chapter seeks to identify and address the issues related to the application of cross border mergers in Denmark. It will discuss how to treat existing tax losses in mergers as this topic is not harmonised under the EU directives. In addition, the exit tax legislation in Denmark will be reviewed in the light of the EU Law and the scope of the international anti-tax avoidance measures in Denmark.

Finally, the conclusion is reached that cross border mergers are not fully harmonised by the Directive, though it creates a strong platform in order to perform mergers effectively within the EU and EEA countries.

Litteraturliste og domme

Bøger

- Bille, Jane et al. Omstrukturering - skatteregler i praksis, 2. udgave (2015)
- Damgaard, Sanne Neve, EU selskabs og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering, 1. udgave (2012)
- Guldmand, Vinter, Werlauff, Sambeskatning 2013/2014, 1. udgave (2013)
- Hansen, Lone L., International Fusion og Spaltning - særligt om medbestemmelse, 1. udgave, (2007)
- Kure Henrik, EU- ret kompendium, 5. udgave (2014)
- Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU ret fri bevægelighed, 1. udgave (2013)
- Pedersen, Jan et al., Skatteretten 2, 7. udgave (2015)
- Serup, Michael, Fusionsskatteloven med kommentarer, 4. udgave (2012)
- Werlauff, Erik, selskabsret, 9. udgave (2013)
- Werlauff, Erik, Selskabsskatteret, 2014/2015, 16. udgave (2014)
- Werlauff, Erik, Selskabsskatteret, 2015/2016, 17. udgave (2015)

Artikler

- Berlinske Business: Tyskland og etableringsfrihed i EU, tirsdag d. 19. februar 2002.
- Hansen, Søren Friis: Fusion betyder fusion (Der er fuldstændigt sammenfald mellem det skatteretlige og det selskabsretlige fusionsbegreb), SPO.2008.353
- Jensen, Trine Bonde, Nyt om grænseoverskridende fusioner: udlodningsbeskatning og tilladelseskrav, Skat udland, 2011, nr. 4
- Kjær, Susanne, Tidsskriftsartikel, SR-skat. Grænseoverskridende omstrukturering 2012, Årg. 24, nr .2 / SR skat online - SR 2012.112
- KOM(2007) 785 final, d. 10.12.2007 - The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries
- Lexidale & Bech-bruun: Study on the application of the cross border mergers directive for the directorate general for the international market and services, the European Union by (2013)

- Ministerens kommentar til henvendelsen af 14. april 2015 fra Kromann Reumert, (L 167 – bilag 8)
- Poulsen, Martin: Skattelypakken - ny international omgængelsesklausul i dansk skatteret, SR.2015.97
- Werlauff, Erik & Rønfeldt, Thomas, Fusion som etableringsmåde, Ugeskrift for retsvæsen, ([Årg. 140], nr. 16 (2006))
- Werlauff, Erik, Relocation of a Danish company in another country, Tidsskrift for Skatter og Afgifter, (2008)

Direktiver, forordninger, love og noter

- Rådets direktiv 78/855/EØF af 9. oktober 1978 om fusioner af aktieselskaber
- Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties
- Rådets direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar [Den Europæiske Unions Tidende L 310 af 25.11.2005, s. 1]
- Rådets direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009: om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater. - Konsolidering af direktiv 1990/434 og 2005/19
- Rådets direktiv 2011/96/EU af 30. november 2011 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater
- Rådets forordning nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)
- Rådets forordning nr. 1435/2003 af 22. juli 2003 om statut for et europæisk andelsselskab (SCE)
- Lov nr. 313 af 21. maj 2002 om ændring af afskrivningsloven, aktieavancebeskatningsloven, ligningsloven, personskatteloven, selskabsskatteloven, virksomhedsskatteloven og andre love
- L 125 fra 2003/2004 om ændring af aktieselskabsloven m.v.
- Lov nr. 426 af 6. juni 2005 - Territorialprincippet
- LBK nr. 654 af 15/06/2006, Bekendtgørelse af lov om det europæiske selskab, Kap. 1, §3
- Lov nr. 343 af 18. april 2007 om ændring af selskabsskatteloven, aktieavancebeskatningsloven, fusionsskatteloven og andre skattelove (skattefri omstrukturering af selskaber og justering af sambeskatningsreglerne mv.)

- Lov nr. 254 af 30. marts 2011 om ændring af aktieavancebeskatningsloven, selskabsskatteloven og forskellige andre love (L84)
- Lov nr. 1255 af 18. december 2012- Ændring af aktieavancebeskatningsloven, ligningsloven, lønsumsafgiftsloven og forskellige andre love - (ifm. porteføljeaktier)
- LBK nr 1113 af 18. september 2013 om skattemæssig behandling af gevinst og tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter (Kursgevinstloven)
- Lov 2015. April 29 nr. 540 om ændring af ligningsloven, boafgiftsloven, fondsbeskatningsloven, skatteforvaltningsloven og forskellige andre love - (den international omgængelsesklausul)
- LBK nr 680 af 20. maj 2015 om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v.(Selskabsskatteloven)
- LBK nr. 1017 af 24. august 2015 om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver m.v. (fusionsskatteloven)
- LBK nr 1081 af 07. september 2015 om påligningen af indkomstskat til staten. (Ligningsloven)
- LBK nr 1082 af 08. september 2015 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. (Aktieavancebeskatningsloven)
- LBK nr.1089 af 14. september 2015 om aktie- og anpartsselskaber (Selskabsloven)
- LBK nr 1267 af 12. november 2015 skatteforvaltningsloven
- Karnov lovsamling, noter til SEL §4 A
- Karnov lovsamling, noter til FUL §2

SKATs juridiske vejledninger

- A.A.5.3 Tilbagekaldelse i bebyrdende retning
- C.C.6.9.1 Overblik over ændrede regler
- C.D.2.1.3 Koncernintern "skattefri" overdragelse af aktiver – SEL §8 B
- C.D.2.4.5.2.2 Underskudsbegrænsning ved væsentlig skift i selskabets ejerkreds – SEL §12 D
- C.D.5.1 Fusioner – skattepligtige
- C.D.5.2.1. Skattefri fusion - en introduktion
- C.D.5.2.2 Fusionsskattelovens anvendelsesområde mv. - FUL §1
- C.D.5.2.3.1 Fusionsvederlaget - FUL §2, stk. 1

- C.D.5.2.3.2 Fusionsvederlaget for aktier i det indskydende selskab som det modtagende selskab besidder – FUL §2, stk. 2
- C.D.5.2.4.1. Hovedreglen i FUL §5, stk. 1
- C.D.5.2.7.1 Modtagende selskabs succession i anskaffelsestid, anskaffelsessum, afskrivninger mv. – FUL §8, stk. 1
- C.D.5.2.7.2 Succession i hensigt, opgørelsesprincipper, tab vedrørende næringsaktier mv. – FUL §8, stk. 2-5
- C.D.5.2.7.3 Fortabelse af underskud – FUL §8, stk. 6
- C.D.5.2.8 Beskatning af aktionærerne i det indskydende selskab hvis de modtager kontantvederlag mv. – FUL §9
- C.D.5.4.1 Generelt om fusion med/mellem udenlandske selskaber – FUL §15, stk. 1
- C.D.5.4.2 Ophør af udenlandske aktie- og anpartsselskaber samt EU-selskaber ved fusion med et dansk selskab – FUL §15, stk. 2
- C.D.5.4.4. Ophør af danske selskaber ved fusion med et udenlandsk EU/EØS-selskab – FUL §15, stk. 4 og stk. 5
- S.D.1.3 – Definition af en fusion. (Ligningsvejledningen 2010-2)

Domme og andre afgørelser

- | | |
|---------------------|--------------------|
| • SKM 2003.469.TSS | • SKM2009.645.SR |
| • SKM 2004.340.TSS | • SKM 2009.786.SR |
| • SKM 2005.459.SKAT | • SKM 2010.53.SR |
| • SKM 2007.65.SR | • SKM 2010.412.SR |
| • SKM 2007.488.SR | • SKM 2010.522.SR |
| • SKM 2007.820.SR | • SKM 2010.782.SR |
| • SKM 2008.183.SR | • SKM 2011.302.LR |
| • SKM 2008.602.SR | • SKM 2011.43.SR |
| • SKM 2008.917.SR | • SKM 2011.501.HR |
| • SKM2009.42.SR | • SKM 2011.753.SR |
| • SKM 2009.58.SR | • SKM 2011.839.SR |
| • SKM 2009.227.SR | • SKM 2012.475.SR |
| • SKM 2009.484.HR | • SKM 2012.668.ØLR |

- SKM 2013.248.HR
- SKM 2013.628.HR
- SKM 2013.797.SR
- SKM 2013.817.SR
- SKM 2014.246.SR
- SKM 2014.818.SR
- SKM 2015.226.HR
- SKM 2015.42.SR
- SKM 2015.544.SR
- SKM 2015.683.SR
- TfS 1990.561.LR
- TfS 1996.513.LR
- TfS 1998.797.LR
- TfS 1999.449.LR
- TfS 1999.297.LR
- TfS 1999.737.LR
- TfS 2004.726
- TfS 2006.717
- TfS 2009.1140.SR
- TfS 2010.983.SR
- TfS 2011.504.LR

Domme fra EU-domstolen

- C- 212/97, Centros
- C-81/87, Daily Mail
- C--208/00, Überseering
- C-9/02, De Lasteyrie du Saillant
- C-436/00, X og Y
- C-411/03, Sevic Systems AG
- C-352/08, Zwijnenburg,
- C-3/88, Kommissionen mod Italien
- C-253/03, CLT -UFA
- C-210/06, Cartesio
- C-375/92, kommissionen mod Spanien
- C-261/1, kommissionen mod Danmark
- C -167/01, Inspire Art
- C-810/79, Überschar
- C-270/83, kommissionen mod Frankrig
- C-125/77, Koninklijke Scholten-Honig
- C-237/94, O'Flynn
- C -55/94, Gebhard
- C-126/10, Foggia
- C-371/10, National Grid Indus
- C-48/13, Nordea Bank Danmark
- C-321/05, Hans Markus Kofoed

Hjemmesider

- https://www.djoef-forlag.dk/sites/ntsdemo/PDF/2006_2/NTS02_2006_075_083.pdf
- <https://pro.karnovgroup.dk/document/7000318660/1#SKM20060079>
- http://www.skm.dk/media/1155130/faktaark-omgaaelsesklausul_.pdf
- [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2003\)0703_/com_com\(2003\)0703_da.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2003)0703_/com_com(2003)0703_da.pdf) (Forslag til Europa-parlamentets og rådets direktiv om grænseoverskridende fusioner af kapitalselskaber - side 3)
- <http://www.dr.dk/nyheder/penge/danish-crown-fusion-med-tican-afblaest>
- <http://finans.dk/live/erhverv/ECE7874530/EU-Danish-Crown-Tican-fusion-kan-g%C3%A5-ud-over-konkurrencen/?ctxref=ext>
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-477_da.htm. (Frie kapitalbevægelser og etableringsret: EU-interne investeringer)
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=URISERV%3A126096>
- <http://corporize.com/publications/directive-on-cross-border-mergers>
- http://borsen.dk/nyheder/virksomheder/artikel/1/310822/telenor_og_telia_dropper_fusion_i_danmark.html?hl=YToxOntpOjA7czo1OiJUZWxpYSI7fQ
- CVR.dk
- <http://goo.gl/kaacNz>: FSR høringssvar - d. 25 februar 2015
- <https://goo.gl/pYtZ02>: side 8 og 9 - Selskaber i medlemsstat