

**EXITBESKATNING VED SELSKABERS
LANDEFLYT VIA OMVENDT LODRET FUSION**



**AALBORG UNIVERSITET
KANDIDATAFHANDLING
ERHVERVSJURA – 10. SEMESTER**

**MATHIAS NAVNEET GØRUP
12. MAJ 2016**

INDHOLDSFORTEGNELSE

KANDIDATAFHANDLINGENS INTRO	4
<i>ABSTRACT</i>	4
<i>INDLEDNING</i>	6
<i>AFGRÆNSNING</i>	7
<i>PROBLEMFOMULERING</i>	8
<i>METODE</i>	8
FØRSTE AFSNIT – EN INDLEDENDE BESKRIVELSE	9
1.1. – <i>Definitorisk om grænseoverskridende fusion og exitbeskatning</i>	9
1.2 – <i>SE-forordningen – Rådets forordning nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 og Det 10. Selskabsdirektiv – 2005/56/EF</i>	10
1.3 – <i>Sag C-411/03 - SEVIC-afgørelsen</i>	12
ANDET AFSNIT – DEN SKATTEMÆSSIGE BEHANDLING	14
2.1 – <i>Fusionsskattedirektivet – Direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009</i>	14
2.1.1 – <i>Princippet om skattemæssig succession, jf. art. 4,(stk. 3) og 8</i>	15
2.1.2. – <i>Princippet om fast driftssted, jf. art. 4 og 12</i>	16
2.2 – <i>Skatteundgåelsesklausulen, jf. art. 15, stk. 1, litra a</i>	17
2.2.1 – <i>Art. 15, stk. 1, litra a - Forretningsmæssige årsager</i>	18
2.2.2 – <i>Art. 15, stk. 1, litra a - Domstolens fortolkning</i>	18
2.2.2.1 - <i>Sag C-28/95 – Leur Bloem</i>	18
2.2.2.2 – <i>Sag C-321/05 – Kofoed sagen</i>	20
TREDJE AFSNIT – DEN MISTEDE BESKATNINGSKOMPETENCE	22
3.1 – <i>“Force of attraction”-princippet</i>	23
3.2 - <i>Fordeling af beskatningsretten</i>	23
3.3 – <i>Den særlige tilknytning til det faste driftssted</i>	24
3.3.1 – <i>Allokering af aktiver og passiver – formodning vs. benyttelseskriteriet</i>	26
3.3.2 – <i>Driftsstedesforbeholdet og beliggenhedsprincippet for fast ejendom</i>	27
3.3.3 – <i>De to allokeringkriterier</i>	27
3.3.3.1 - <i>Særligt aktieavancer som nær tilknytning</i>	28
3.3.3.2 - <i>Kort om aktieudbytte fra det faste driftssted</i>	30
3.3.3.3 - <i>Sammenfatning af aktieavancer</i>	31
3.4 – <i>Sammenfatning - Den mistede beskatningskompetence</i>	31
FJERDE AFSNIT – EXITBESKATNING OG HENSTANDSORDNING	33
4.1 – <i>Indledende om exitbeskatning</i>	33
4.1.1 – <i>Dobbeltbeskatning som følge af forskellig værdiansættelse</i>	33
4.1.2 - <i>Kort om CCCTB’s tilvirkning</i>	35
4.1.3 - <i>Spørgsmålet om lempelse som følge af dobbeltbeskatningen</i>	35
4.2 – <i>Exitbeskatning for aktiebesiddelsen som udgår af dansk beskatningsret</i>	36
4.2.1 - <i>Særligt om portefølje-, koncernselskabs- og datterselskabsaktier</i>	36
4.3 – <i>Præsentation af henstandsordningen</i>	37
4.3.1 – <i>Sag C-261/11 – Kommissionens søgsmål mod Danmark af 18. juli 2013</i>	37
4.3.2 - <i>Henstandsordningens ikrafttrædelse</i>	38
4.3.3 – <i>Betingelser for henstandsordningen</i>	39
4.4 – <i>Henstandssaldoen og “1/7 kravet”</i>	39
FEMTE AFSNIT – EU-DOMSTOLEN OM HENSTANDSORDNINGEN	41
5.1. <i>Domsanalyse af exitbeskatning og henstand i forhold til EU-retten</i>	41
5.1.1 – <i>C-9/02 - Hughes de Lasteyrie du Saillant – af 11. marts 2004</i>	41
5.1.2 – <i>C-470/04 - N-dommen – af 7. september 2006</i>	42
5.1.3 – <i>C-371/10 – National Grid Indus – 29. november 2011</i>	43
5.2 – <i>Sammenfattende om EU-Domstolens synspunkt</i>	43

5.3 – C-261/11 – Afgørelsens indflydelse og harmoni	44
5.3.1 – Spørgsmålet om afviklingsgrundlagets karakter	45
5.4 – <i>Analyse af henstandsbegrebet ud fra EU-Domstolens hidtidige praksis</i>	48
5.4.1 – Henstandsperioden i Sag C-164/12 – DMC Beteiligungsgesellschaft mbH	48
5.4.2 – Henstandsperioden i Sag C-657/13 – Verder LabTec GmbH & Co. KG	48
5.4.3 – Sammenfattende om henstandsperioden	49
5.5.1 – Renteopkrævning i Sag C-371/10 - National Grid Indus	50
5.5.2 – Renteopkrævning i Sag C-38/10 – Kommissionen mod Portugal	50
5.5.3 – Renteopkrævning i Sag C-164/12 - DMC Beteiligungsgesellschaft mbH	50
5.5.4. - Sammenfattende om renteopkrævning	50
5.6 - Afkastkrav i Sag C-371/10 - National Grid Indus og sammenfatning	51
5.7 – <i>Henstandsordningens forenelighed med fællesskabsretten</i>	52
Ad 1) Henstandsperiodens længde	52
Ad 2) Henstandsordningens renteopkrævning	52
Ad 3) Henstandsordningens afkastkrav	53
5.8 – <i>Sammenfatning af foreneligheden</i>	54
KONKLUSION	57
LITTERATURLISTE	59

KANDIDATAFHANDLINGENS INTRO

ABSTRACT

"Exit taxation when companies relocate using a reverse vertical merger"

The object of this master thesis is to describe and analyse the taxation problems that arise in the context of a company relocating to another country using a reverse vertical merger model.

The thesis takes its point of departure in a situation, where a limited liability company that is resident in Denmark, relocates to Germany and by virtue of the relocation model, it transfers its assets and liabilities to the new company resident in Germany. Initially, the relocating Danish company encounters the challenge that the company is subject to capital gains tax, i.e. it is exit taxed on the unrealized gains of its assets and liabilities, pursuant to §5.7 and §8.4 of the Danish Corporation Tax Act, when they are relocated out of the Danish territory.

However, the Merger Directive provides grounds for possible deferral of capital gains tax on assets and liabilities which, following a merger, declare a permanent establishment in the country of origin, Denmark, for the company now resident in Germany, which means that the exit taxation on these parts is deferred to a later date.

It is therefore interesting to question specifically which assets and liabilities can actually be attributed to the Danish permanent establishment. After answering this question, it is possible to accurately clarify which parts are tax neutralised pursuant to the provisions of the Merger Directive, and which parts are not covered by the directive's benefits and are therefore subject to exit tax.

In this distinction, the "force of attraction" principle plays a central role, and on this basis, the master thesis concludes that only parts that have a direct connection to the permanent establishment's revenue-generating activity, are considered to be subject to the succession principle in the merger directive. Other assets, which on the contrary are not attributable to the permanent establishment, will instead be subject to exit taxation pursuant to the provisions already mentioned above in this abstract, and the master thesis will examine the consequences for particular portfolio shares, which relinquish their attachment to the permanent establishment.

As a result of the practice handed down by the European Court of Justice, payment of exit taxation may not be demanded immediately by the country of origin, as the charging of taxes would in that case be contrary to the Community law on the freedom of establishment. Instead, Member States are required to incorporate more lenient measures, i.e. deferral arrangements, so that the effect of the tax is less burdensome. On the

basis of an action brought before the European Court of Justice in 2013, Denmark decided to introduce a 7-year grace regime in its national regulations, and the thesis concludes by questioning whether the scheme is compatible with Community law. The European Court of Justice itself has not yet determined the compatibility of the scheme, but the thesis finds, after an overall assessment, that due to its content, the Danish deferral scheme seems too restrictive and therefore violates Community law.

INDLEDNING

Denne kandidatafhandling har til formål at beskrive og analysere de skatteretlige problemstillinger, som foreligger i forbindelse med et selskabs landeflyt via omvendt lodret fusion som tilflytningsmodel.

Motiverne bag udflytningen kan være mange – internationalisering, konkurrencevilje, ny lovregulering, andet marked og naturligvis lavere skattetryk.

Afhandlingen tager gennemgående udgangspunkt i situationen, hvor et dansk selskab, som "en sugekop", stifter et nyt fuldt ud ejet datterselskab i et andet EU/EØS-land, her Tyskland, og efterfølgende, tværs over landegrænsen, indfusionerer sig i dette datterselskab via den omvendte lodrette fusion som flytningsmodel.¹

Datterselskabet vil, som følge af den grænseoverskridende fusion, bistå som det modtagende - samt fortsættende selskab, og efterfølgende besidde den aktivmasse, det indfusionerede danske moderselskab besad før transaktionen.

Skattemæssigt tilknytter der sig, for aktivmassens vedkommende, en række udfordrende konsekvenser, idét kun visse aktiver kan fritages exitbeskatningen ved overførslen til det nye land på baggrund af fusionsskattedirektivets bestemmelser, mens andre imødegår denne ophørsbeskatning af aktivernes ikke-realiserede avancer.

Kandidatafhandlingens primære fokuspunkt er først og fremmest at klarlægge, hvilke dele som imødegår en exitbeskatningen, og så efterfølgende at kunne følge konsekvenserne af disse exitbeskattede aktiver op i lyset af den dansknationale lovgivning, der er skabt på baggrund af EU-Domstolens retspraksis. Afslutningsvis vil kandidatafhandlingen tage stilling til, hvorvidt de danske skatteregler, som er udformet på baggrund af EU-Domstolens befalinger, generelt er foreneligt med fællesskabsretten.

¹ Thomas Rønfeldt & Erik Werlauff – UfR2006B s. 181 ff. -
"Fusion som etableringsmåde - om international fusion, flytning og spaltning, hjemlet direkte af etableringsfriheden i EF-traktaten."

AFGRÆNSNING

Idét kandidatafhandlingens gennemgående udflytningsmetode sker via den omvendte lodrette fusion, med nystiftet datterselskab i tilflytterlandet, vil andre flytningsmetoder (fx flytning af vedtægtsmæssigt hjemsted mv.) ikke behandles.

Selskabsformen, der gennemgående tages udgangspunkt i, vedrører alene aktieselskabet, og selvom reguleringen også omfatter andre juridiske personer, vil konsekvenserne for såvel andre selskabsformer, som de til aktieselskabet bagvedliggende kapitalejere, ikke omtales.

Det fælleskabsretlige grundlag for skattefri grænseoverskridende fusion hjemles alene i fusionsskattedirektivet, men af hensyn til kandidatafhandlingens fokuspunkt vil hverken direktivets andre omstruktureringsmetoder eller skattereglerne for flytning udenfor EU-distriktet blive behandlet.

Skattereglerne beror i udflytningssituation, hvor et dansk selskab tilflytter Tyskland, altså alene på direktivbestemmelser frem for national regulering, og af denne årsag anvendes direktivets indhold frem for national lovgivning.

De danske formelle selskabsretlige - og skatteretlige regler om eksempelvis fusionsprocedure, fusionsplan, registrering og vederlagskrav mv. vil således ikke blive behandlet, selvom kandidatafhandlingen tager udgangspunkt i fusion af et dansk selskab.

PROBLEMFORMULERING

Afgrænsningen i forrige afsnit leder kandidatafhandlingen frem til følgende problemstilling:

"Hvilke exitsskattemæssige problemstillinger i fraflytterlandet giver et selskabs flytning, via omvendt lodret fusion, anledning til som følge af selskabets udflytning?"

METODE

Kandidatafhandlingen tilsigter at besvare sin problemformulering på baggrund af den rets-dogmatiske metode, som beskriver, analyserer og fortolker gældende ret. Retsdogmatik er også kendt som fortolkningslæren, hvilket omfatter almindelig- og subsumptionsfortolkning.

Generelt kræver en beskæftigelse med fællesskabsretten gennemgang af EU-Domstolens praksis, og fællesskabsretten har derved antaget den domsfikserede retstradition, der normalt forbindes med Common Law. Dvs. en igennem tiden "dommerskabt" - og fællesskabs-retlig metode, som tilsigter at tilpasse sig det indre marked.²

Metoden benyttes hovedsageligt til en detaljeret analyse samt fortolkning af retskilderne på kandidatafhandlingens exitsskatteretlige område. Herved benyttes retsgrundlagets forarbejder sammen med bemærkninger til relevante love som supplement til fortolkningsgrundlaget.

Metodevalget skyldes, at EU-Domstolens tidligere afgørelser, for kandidatafhandlingen, spiller en central rolle - særligt når foreneligheden med de danske exitbeskatningsregler skal analyseres i det fællesskabs-retlige lys, som udgør et af kandidatafhandlingens væsentligste hovedpunkter.

² Karsten Engsig Sørensen - "EU-retten" s. 123-126.

FØRSTE AFSNIT – EN INDLEDENDE BESKRIVELSE

1.1. – Definitiv om grænseoverskridende fusion og exitbeskatning

Som det fremgår af fusionsskattedirektivets artikel 2 forstås ved en fusion den transaktion, hvor et eller flere selskaber opløses uden likvidation, og samtidig overfører de ophørende selskabers samlede aktiver og passiver til et andet selskab, som fortsætter. Derved sammensmeltes flere selskaber til ét fortsættende selskab.

I definitionen omtales også kapitalejernes vederlag, men holdes af hensyn til kandidatafhandlingens fokuspunkt udenfor denne behandling. Fusion kan generelt ske i horisontalt- og vertikalt forhold, og sidstnævnte gør sig gældende i den omvendte lodrette fusion, hvor et moderselskab fusionerer sig ned i sit underliggende datterselskab. Idét fusionen sker på tværs af medlemsstaterne, Danmark og Tysklands, landegrænser, betegnes transaktionen generelt som en grænseoverskridende omvendt lodret fusion, der, som tidligere nævnt, beror på direktivets bestemmelser frem for national lovgivning.

Det danske selskab, som, via denne omstruktureringsmetode, flytter land, imødegår som skattemæssige udfordring, exitbeskatning, som følge af sit landeflyt.

Exitbeskatning betegner konsekvensen, hvor det fraflyttende danske selskab ophørsbeskattes af ikke-realiserede avancer på sine aktiver og passiver, når disse overføres til det nye land, Tyskland, jf. SEL §§ 5, stk. 7(om ophørsbeskatning) smh. 8, stk. 4(om exitbeskatning).

Beskatningen skyldes, at selskabet efter udflytningen ikke længere er fuldt skattepligtig til Danmark(dvs. omfattet SEL § 1, stk. 6), men efter flytningen i stedet får Tyskland som domicilland. Formålet bag exitbeskatning må siges at være en sikkerhed for fraflytterstaten, Danmark, således staten, som kompensation for fraflytningen, alligevel kan opkræve skatten af den fortjeneste, som er skabt på fraflytterstatens territorium, men endnu ikke er blevet realiseret på fraflyttertidspunktet.³

³ Forslag til Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markeds funktionsmåde - COM(2016) 26, 2016/0011(CNS).

1.2 – SE-forordningen – Rådets forordning nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 og Det 10. Selskabsdirektiv – 2005/56/EF

Den selskabsretlige hjemmel til grænseoverskridende fusion er delvist hjemlet i hhv. SE-forordningen og 10. Selskabsdirektiv.

SE-forordningen trådte i kraft i 2004 og vedrører fusionsmuligheden for specifikt aktieselskaber, der som retssubjekter, er stiftet på baggrund af en medlemsstats nationale ret med vedtægtsmæssigt hjemsted samt hovedkontor indenfor EU⁴.

Det følger af SE-forordningens artikel 2, stk. 1, at aktieselskaber kan stifte et SE-selskab ved fusion, hvis blot (mindst) to af de indfusionerede selskaber som minimum hører under forskellige medlemsstaters lovgivning.

SE-selskabet er altså et specielt fælleseuropæiske aktieselskab, som stiftes efter en selvstændig lovgivning gældende for alle medlemslandene i EU. Stiftelsen kan ikke ske direkte, men kun etableres ved en grænseoverskridende omstrukturering⁵ - enten ved absorptions- eller kombinationsmetoden.⁶

Det særlige ved SE-selskabet er, at selskabet frit kan flytte hjemsted til en anden EU- eller EØS-stat, uden at selskabet skal opløses i fraflytterstaten og nystiftes i tilflytterstaten.⁷ På denne måde må SE-selskabet siges at være "mobilt." Lovgivningsmæssigt følger SE-selskabet fælleseuropæiske regler og omfattes altså ikke den gældende nationale ret i det pågældende land, selskabet er placeret i.⁸

Forordningen begrænsede, fra ikrafttrædelsen i år 2004, grænseoverskridende fusion til alene at være muligt for SE-selskabet.⁹ Det var altså ikke muligt for selskaber udover denne selskabsform at fusionere på tværs af medlemsstaternes landegrænser.

Først nogle år senere blev det, for andre selskabsformer end SE-selskabet, muligt at foretage grænseoverskridende fusion. 10. Selskabsdirektiv åbnede i år 2007 fusionsmuligheden for andre selskabsformer med "begrænset ansvar", således disse, fra direktivets indførelse/implementering, ligeledes kunne fusionere grænseoverskridende, såfremt selskaberne var stiftet i overensstemmelse med medlemsstaternes nationale lovgivning. Fusionsmuligheden følger af 10. Selskabsdirektivs artikel 1.¹⁰

⁴ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering" s. 155.

⁵ "SE-Selskaber" - <http://cph-revision.dk/se-selskaber>.

⁶ Thomas Rønfeldt og Nikolaj Vinther - TFS 2006.74 – "Grænseoverskridende fusioner – nye EU-retlige muligheder." og Aage Michelsen – "Lærebog om indkomstskat" s. 1030.

⁷ Aage Michelsen – "Lærebog om indkomstskat" s. 1030.

⁸ Gyldendal - http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Selskabsret/SE-selskab.

⁹ Thomas Rønfeldt og Nikolaj Vinther - TFS 2006.74 – "Grænseoverskridende fusioner – nye EU-retlige muligheder."

¹⁰ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 155.

Direktivet havde virkning fra implementeringstidspunktet, som senest kunne være 15. december 2007, jf. direktivets artikel 19. I den mellemliggende periode fra 2004 til 2007 var det altså ikke muligt for andre end SE-selskabet at fusionere grænseoverskridende, og først fra 2007 kunne andre begrænsede hæftende selskabsformer, end SE-selskabet, forenes over landegrænserne på baggrund af hhv. SE-forordningen og 10. Selskabsdirektiv.

Imidlertid blev en yderst central sag rejst ved EU-Domstolen i år 2005, som satte spørgsmålstegn ved grænseoverskridende omstrukturering mellem selskaber, der ikke var af selskabsformen SE-selskab. Dommen benævnes SEVIC-afgørelsen, og behandles i det følgende afsnit. SE-selskabet behandles ikke yderligere.

1.3 – Sag C-411/03 - SEVIC-afgørelsen

Sagen omhandler en grænseoverskridende fusion mellem to selskaber beliggende i hhv. Tyskland og Luxembourg.¹¹ Det luxembourgske selskab skulle fusionere sig ind i det tyske selskab, hvorved det tyske selskab, som følge af denne uegentlige fusion, skulle bestå som det fortsættende selskab.

Den påtænkte transaktion blev af de tyske myndigheder afslået, eftersom tysk national ret alene tillod omstruktureringer mellem selskaber med tysk hjemsted - og altså ikke i et grænseoverskridende perspektiv.

Efterfølgende blev sagen rejst ved EU Domstolen, hvorved der, præjudicielt, blev sat spørgsmålstejn til, hvorvidt artiklerne 49 og 54, TEUF(tidligere 43 og 48 under EF), skulle fortolkes således, at en nægtelse af et andet medlemsstats selskabsregistrering i en tilsigtet fusion var i strid med artiklens etableringsfrihed.

Af artiklerne følger det nemlig, at restriktioner, som udgør en hindring ved etablering i en anden medlemsstat end etableringsmedlemsstaten, er forbudt som følge af artiklen. Etablering kunne eksempelvis være oprettelse af agenturer, filialer og datterselskaber.

I sagen fandt EU-Domstolen indledningsvis, at artikel 49, TEUF, fandt anvendelse på grænseoverskridende fusioner, ligesom det var tilfældet i den pågældende sag. EU-Domstolen henviste yderligere til generaladvokatens forslag, hvoraf det fremgår, at etableringsfrihedens anvendelsesområde omfatter enhver foranstaltning, der muliggør eller letter adgangen til en anden medlemsstat. Generaladvokatens anbringende blev således udtrykt i afgørelsens præmis 17-18.¹²

Dét faktum at den tysknationale lovgivning alene tillod fusion mellem tyske selskaber, og lovgivningen ikke foreskrev(og altså nægtede) fusionsmulighed grænseoverskridende, medførte en forskelsbehandling, og denne forskelsbehandling udgjorde en restriktion i strid med etableringsfriheden, hvilket blev udtrykt i afgørelsens præmis 22. Etableringsfriheden udgør jo et væsentligt element i hele funktionen for det indre marked.¹³

Restriktioner, som forskelsbehandling, er kun tilladt, såfremt restriktionen har et lovligt formål begrundet i tvingende almene hensyn, og restriktionen ligeledes er egnet til at sikre virkeliggørelse af det pågældende formål uden at overgå, hvad som er nødvendigt for at nå målet i medfør af præmis 23.¹⁴

¹¹ Sagens omfattede selskabers reelle navne var SEVIC Systems AG og Security Vision Concept SA for hhv. det tyske- og luxembourgske selskab.

¹² Thomas Rønfeldt og Nikolaj Vinther - TFS 2006.74 - "Grænseoverskridende fusioner – nye EU-retlige muligheder."

¹³ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 46.

¹⁴ Tvingende almene hensyn kunne være beskyttelse af kreditorer, minoritetsdeltagere og lønmodtageres interesser, som kunne begrunde en selskabsretlig hindring, jf. Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs..." s. 27.

Hensynsbegrundelsen fandtes ikke i den pågældende sag, og dermed bestred forskelsbehandlingen stadig etableringsfriheden.

SEVIC-afgørelsen er essentiel, da afgørelsen danner præcedens for, at medlemsstater er nødsaget til at respektere den frie etableringsret, og medlemsstaterne ikke nationalt må hindre gennemførsler af grænseoverskridende fusioner, hvis fusioner samtidig kan ske nationalt. Modsætningsvis er der, som følge af afgørelsen, intet til hinder for, at medlemsstater afviser grænseoverskridende fusioner, hvis blot staten ligeledes nægter dets nationale selskaber at fusionere.¹⁵ En sådan nægtelse tager SEVIC-afgørelsen ikke stilling til.

Sammenfattende kan det fra dommen udledes, at grænseoverskridende omstruktureringer og selskabsomdannelse som "værn" kan beskyttes af etableringsfriheden i artikel 49, TEUF. En ønsket transaktion på tværs af landegrænser skal ikke lade sig begrænse af den enkelte medlemsstats nationale lovgivning, idét artikel 49, TEUF, forbyder såvel medlemsstaters hindringer af udenlandske erhvervsdrivendes adgang til etablering i medlemsstaten som medlemsstaters hindringer for statens egne erhvervsdrivende i at etablere sig i udenlands. Medlemsstaten, hvor det modtagende selskab er beliggende, er altså præjudicielt forpligtet til at tillade en grænseoverskridende omstrukturering som følge af SEVIC-afgørelsen.¹⁶

Som nævnt trådte 10. Selskabsdirektiv først i kraft i 2007, men særligt er det, at SEVIC-afgørelsen således præjudicielt danner praksis for grænseoverskridende fusioner, af andre selskabsformer end SE-selskabet, med virkning allerede fra afgørelsen i 2005 og går dermed forud for direktivets indførelse i 2007 - naturligvis forudsat at en tilsvarende fusion hos medlemsstaten kan gennemføres nationalt.¹⁷ SE-forordningen blev således elimineret af SEVIC-afgørelsen, som klart fastslår, at den legale ramme for grænseoverskridende fusion i forvejen var sikret i traktaten.

¹⁵ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 57.

¹⁶ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 47.

¹⁷ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 61.

ANDET AFSNIT – DEN SKATTEMÆSSIGE BEHANDLING

2.1 – Fusionsskattedirektivet – Direktiv 2009/133/EF af 19. oktober 2009

Indledningsvis behandles fusionsskattedirektivet i kort redegjort form, hvorefter direktivets væsentligste principper, muligheder og heraf udledte afgørelser, som følge af direktivet, analyseres.

Fusionsskattedirektivet tilvirker, at selskaber, medlemsstaterne imellem, frit kan indgå i grænseoverskridende omstruktureringer og uden, at de involverede selskaber nødvendigvis pålægges beskatning.¹⁸ Direktivet anvendes med udvidelsen af ændringsdirektivet 2005/19/EF og rummer en fælles beskatningsorden for omstruktureringer medlemsstaterne imellem. Som følge af direktivets tilblivelse har medlemsstaterne efterfølgende selv implementeret direktivet i egen lovgivning, således at direktivet herigennem får virkning i de enkelte medlemsstater. Som omtalt i forrige afsnits åbnede direktivet muligheden for skattefri gennemførelse af grænseoverskridende fusion i 2004, da det jo i dette år blev muligt at stifte SE-selskabet.¹⁹

Overfor medlemsstaterne fungerer fusionsskattedirektivet som et "minimumsdirektiv", hvilket betyder, at medlemsstaterne har fri mulighed for at indføre lempeligere regler, end hvad direktivet beskriver.²⁰

Fusionsskattedirektivet skabte, ved sin vedtagelse, hjemmel til skattemæssig succession i forbindelse med grænseoverskridende omstruktureringer (dvs. fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning), som er direktivets grundtanke.²¹

Direktivets overordnede formål er at værne imod, at grænseoverskridende omstruktureringer hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger i medlemsstaternes skatteregler.

Direktivet anvendes udelukkende for grænseoverskridende - og altså ikke nationale omstruktureringer, da sidstnævnte jo særskilt følger den enkelte medlemsstat egen nationale lovgivning.²²

Direktivet bygger på væsentlige hovedprincipper, og disse hovedelementer gennemgås mere specifikt i de følgende afsnit. En væsentligt hovedpunkt i direktivet er, at ingen medlemsstat må miste beskatningsretten som følge af dets omstruktureringsmuligheder.

Den skattemæssige successions skattneneutrale virkning behandles nærmere i følgende afsnit.

¹⁸ Karsten Engsig Sørensen – "Selskabsstrukturer" s. 444.

¹⁹ Karsten Engsig Sørensen – "Selskabsstrukturer" s. 444.

²⁰ Jan Pedersen, mfl. "Skatteretten 2" – s. 600.

Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 70.

²¹ De øvrige omstruktureringsmodeller behandles ikke yderligere som nævnt i afgrænsningen.

²² Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 68.

2.1.1 – Princippet om skattemæssig succession, jf. art. 4,(stk. 3) og 8

Fusionsskattedirektivets væsentligste formål er at afhjælpe grænseoverskridende omstruktureringers skattemæssige problemstillinger mellem EU's forskellige medlemsstater.

Som altovervejende udgangspunkt vil en grænseoverskridende omstrukturering udløse en skattemæssig afståelsesbeskatning af ikke-realiserede kapitalgevinster ved transaktionen i medfør af afståelsesprincippet. Denne skattemæssige konsekvens er dobbeltledet, eftersom såvel selskabet som kapitalejerne rammes af denne afståelsesbeskatning.

Afståelsesprincippet kan i stedet, som følge af fusionsskattedirektivets artikel 4 og 8, udskydes til et senere tidspunkt, hvilket skyldes, at skattepligten modsvares af et successions-princip inkorporeret i direktivet. Successionsprincippet er ligeledes dobbeltledet, hvorved både selskabet samt kapitalejerne nyder godt af den skattemæssige udskydelse, successionsprincippet medfører.

Virkningen bliver at det indskydende selskab altså undlades afståelsesbeskatningen af de overførte aktiver og passiver som følge af, at det modtagende selskab, der fusioneres sammen med, skattemæssigt indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling i relation til de overdragne aktiver og passiver.²³ Det modtagende selskab i den anden medlemsstat kan siges at overtage den rolle, som det (oprindelige) indskydende selskab besad for aktiverne og passivernes vedkommende. Dermed indtræder det modtagende selskab i anskaffelsessummen, -tidspunktet og -hensigten, som gjaldt det indskydende selskab i medfør af successionsprincippet, jf. art. 4, stk. 3. Kravet hertil er, at delene fra det indskydende selskab efterfølgende statuerer et fast driftssted tilhørende det modtagende selskab, hvilket nærmere omtales i næste afsnit.

Først når det modtagne selskab efterfølgende afstår de overdragne aktiver og passiver, udløses den udskudte beskatning på baggrund af de skattemæssige værdier, det modtagende selskab er indtrådt i.²⁴

Som andet led anses kapitalejerne bag transaktionen skattemæssigt for at have afstået sine kapitalandele som følge af fusionen med en skattemæssig afståelsesbeskatning som følge. Successionsprincippet medfører ligeledes den virkning for kapitalejerne, at disse undgår afståelsesbeskatningen, eftersom de modtagne kapitalandele(i det modtagende selskab), der gives som vederlag ved fusionen, tilsvarende indtræder i de indskydende kapitalandales skattemæssige stilling. Det modtagende selskab succederer i skatteværdier som anskaffelsessum, -tidspunkt og hensigt, der gjaldt det indskydende selskab, jf. art. 8.

²³ Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 400.

²⁴ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 69.
Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 240.

Først på tidspunktet, hvor de modtagende kapitalandele afstås, udløses den udskudte beskatning opgjort efter de skattemæssige værdier, som de modtagende kapitalandele er succederet i.

2.1.2. – Princippet om fast driftssted, jf. art. 4 og 12

Som behandlet i ovenstående afsnit om skattemæssig succession, udskydes afståelses-beskatningen for såvel selskabet som kapitalejeren til et senere tidspunkt. Kernen i denne successionsmulighed er, at skatteudskydelsen afhænger af, at de overdragne aktiver og passiver er faktisk tilknyttet et fast driftssted(til det modtagende selskab), som stadig er beliggende i fraflytningsstaten. I national ret er denne skattefrihed ved grænseoverskridende fusion hjemlet i FUSL § 15, stk. 4, som henviser til successionsbestemmelsen i FUSL § 8.²⁵

Såfremt et dansk moderselskab fusionerer sig ind i et tysk datterselskab(og det tyske selskab efterfølgende bliver det fortsættende selskab), vil fusionsskattedirektivet medføre, at den danske medlemsstat kun skal give udskydelse af beskatningen vedrørende de aktiver og passiver, som efter fusionen forbliver, og dermed udgør, et fast driftssted i Danmark(fraflytningsstaten), der tilhører det nu fortsættende selskab i Tyskland.

Alene de blivende aktiver og passiver, i det danske faste driftssted, omfattes direktivets skatteudskydelse og altså ikke delene, som faktisk flytter land i kraft af fusionen. Sidstnævnte kan(vil) i stedet pålægges ophørsbeskatning kapitalgevinstbeskatning i fraflytningslandet, hvilket ikke hindres af fusions-skattedirektivet. Såfremt blivende aktiver og passiver modsætningsvis ikke kan anses for at udgøre et fast driftssted, pålægges delene ophørsbeskatning, idét disse udgår af fraflytterlandets beskatningsret, når det fraflyttende selskab opløses.²⁶ Dette kunne eksempelvis være kapitalandele eller immaterielle rettigheder, som ejes af et dansk selskab, der flytter til Tyskland, men aktiverne ikke efterfølgende statuerer fast driftssted for det nu modtagende tyske selskab. I medfør af SEL § 5 bliver konsekvensen, at fortjeneste og tab på de overdragne aktiver og passiver pålægges beskatning.

Kandidatafhandlingens tredje hovedafsnit vil tage nærmere hånd om disse udgående aktiver og passivers exit-skattemæssige konsekvenser. Bestemmelsen om skattemæssig succession kan siges at afgrænse, hvilke aktiver og passiver det modtagende selskab succederer i og dermed i hovedtræk afgrænser hvilke dele, som imødegår exitbeskatningen.

²⁵ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 69. og Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 393.

²⁶ C.D.5.4.4 - "Ophør af danske selskaber ved fusion med et udenlandsk EU-selskab" - http://www.tax.dk/lv-2011-2/jurvej/C_D_5.htm

Som indledningsvis nævnt medfører en fusion opløsning og samtidig overgang af aktiver og passiver fra det indskydende - til det modtagende selskab uanset hvilket land, delene er beliggende i.²⁷ Nærmere herom i tredje hovedafsnits behandling af *force of attraction*.

Når et selskab ved denne manøvre flytter land, kan spørgsmålet rejses til, hvorledes fraflytterlandets beskatningsret fortabes som følge af fusionen, idet selskabet jo overgår til et andet land.

I medfør af fusionsskattedirektivet vil fraflytterlandet altså stadig bevare beskatningsretten, da aktiverne og passiverne, som omfattes af skatteudskydelsen, nu i stedet udgør et fast driftssted i fraflytterlandet, som alene territorialbeskattes i fraflytterlandet.

Hvis transaktionen ses i lyset af de nationale danske skatteregler, vil indtægter, som kan allokeres til det faste driftssted, territorialbeskattes i Danmark i medfør af SEL § 2, stk. 1, eftersom det fraflyttende selskab er begrænset skattepligtig til Danmark af disse indtægter.

Herved kan det konstateres, at ingen medlemsstat mister beskatningsretten som følge af omstruktureringen, da de i fraflytterlandet blivende aktiver og passiver efterfølgende statuerer fast driftssted, som ikke fortabes, men i stedet territorialbeskattes.

Friheden til at udskyde beskatningen fremfor ophørsbeskatning, som følge af det skattemæssige successionsprincip, begrænses dog af et såkaldt skatteundgåelsesklausul, som er inkorporeret i fusionsskattedirektivet. Følgende afsnit vil nærmere belyse denne begrænsning.

2.2 – Skatteundgåelsesklausulen, jf. art. 15, stk. 1, litra a

Fusionsskattedirektivet har den virkning, at medlemsstaterne som udgangspunkt skal anvende direktivets skattemæssige fordele i tilfælde af en grænseoverskridende omstrukturering.²⁸ Direktivet har dog det modstykke værn, at medlemsstaterne tillægges kompetence til at nægte eller tilbagekalde skatteudskydende dispositioner, hvis skatteunddragelse eller skatteundgåelse udgør et af hovedformålene bag dispositionen.²⁹

Begrænsningen følger af artikel 15, stk. 1, litra a, som i spøg kan siges at fungere som en slags sikkerhedsventil mod grænseoverskridende omstruktureringer med unddragelse eller omgåelse som hovedmotiv. Anvendelsen af skatteundgåelsesklausulen forudsætter, at den skatteunddragelsesramte disposition oprindeligt blev foretaget efter fusionsskattedirektivets bestemmelser. Derved kan artiklen altså ikke anvendes som skatteunddragende dispositioner udenfor fusionsskattedirektivets rammer.

²⁷ Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 401.

²⁸ Jf. Præmis 40.

²⁹ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 69.

Skattemyndighederne i medlemsstaten gives anledning til at formode, at skatteunddragelse- eller undgåelse har været et hovedformål bag omstruktureringen, såfremt dispositionen ikke foretages af en gyldig forretningsmæssig årsag.³⁰ Hvis en forretningsmæssig årsag ikke forefindes, kan medlemsstaten i medfør af skatteundgåelsesklausulen altså nægte den grænseoverskridende fusion skattefriheden, som direktivet muliggør. Dermed kan der stilles spørgsmålstegn ved, hvad som forstås ved den gyldige forretningsmæssige årsag, hvilket følgende afsnit nærmere vil belyse.

2.2.1 – Art. 15, stk. 1, litra a - Forretningsmæssige årsager

Fortolkningen af gyldige forretningsmæssige årsager, som kan muliggøre den skatteudskydende transaktion, skal udledes af retspraksis.

Som udgangspunkt er intet til hinder for at frembringe den skattemæssige fordel, omstruktureringen medfører, som et motiv, men alene det skattemæssige hensyn er i sig selv ikke tilstrækkeligt til at blive anerkendt af domstolene som et tilstrækkeligt forretningsmæssigt hensyn.

Omstrukturering med henblik på forøgelse af produktivitet eller konkurrenceevne -status anerkendes til gengæld.³¹ Der kan til illustration forestilles et eksempel, hvor et selskab (som i den gennemgående model) besidder et datterselskab i et andet land og ønsker at fusionere sig ind i datterselskabet med henblik på at bekæmpe konkurrencen på markedet i det nye land samt minimere koncernens omkostninger forbundet ved dét at have flere selskaber.

I en samlet vurdering skal andre legitime forretningsmæssige årsager altså veje tungere end alene skattehensigten, og hvis dette er tilfældet, afkræftes skatteundgåelse som hovedmotiv.³²

2.2.2 – Art. 15, stk. 1, litra a - Domstolens fortolkning

I behandlingen af Domstolens fortolkning af, hvorvidt skatteundgåelse har udgjort et hovedmotiv, spiller dommen C-28/95, "Leur-Bloem" en central rolle.

2.2.2.1 - Sag C-28/95 – Leur Bloem

Sagen omhandler en nederlandsk kapitalejer, der sad som eneanpartshaver og direktør for to nederlandske anpartsselskaber. Kapitalejeren ønskede at erhverve et yderligere selskab, som efter den påtænkte omstrukturering, skulle agere holdingselskab for de to anpartsselskaber, således kapitalejeren efterfølgende indirekte ejede de to selskaber gennem holdingselskabet.

³⁰ Thomas Rønfeldt – "Europæisk Skatteret I" s. 214.

³¹ Sanne Neve Damgaard – "EU-selskabs- og skatterettens betydning ... af grænseoverskridende omstrukturering" s. 90.

³² Jf. Præmis 48c.

Nederlandsk ret tillod skatteudskydelse ved fusion mellem selskaber, og da kapitalejeren ligeledes ønskede sin omstrukturering foretaget uden beskatning, fremsatte kapitalejeren begæring om skattefrihed under påskud af, at hans transaktion måtte anses som en fusion.

De nederlandske skattemyndigheder afslog anmodningen, og efterfølgende blev sagen rejst ved EU-domstolen. I sagen anførte EU-domstolen, at såfremt en disposition ikke sker ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, tillægges medlemsstaterne beføjelse til at indsætte "formodningsregler", som påpeger, at der foreligger en formodning for skattesvig eller -unddragelse bag transaktionen, såfremt transaktionen ikke begrundes i et tilstrækkeligt forretningsmæssigt hensyn. Denne bemærkning blev efterfølgende indskrevet sagens præmis 39 + 48b. Modsætningsvis er medlemsstaterne forpligtet til at indrømme direktivets fordele, såfremt skatteundgåelse ikke spiller et tungtvejende hovedmotiv, jf. præmis 40.

"Forsvarlige økonomiske betragtninger" fulgte af skatteundgåelsesklausulens tidligere ordlyd, og er efterfølgende ændret ved ændringsdirektiv 2005/19 til "gyldige forretningsmæssige årsager," hvilket fandtes mere sprogligt retvisende for formodningsreglens indhold.³³ Sidstnævnte er klausulens nuværende ordlyd og anvendes i kandidatafhandlingens videre behandling.

2.2.2.1.1 - Sammenfatning af Leur Bloem

Sagen er essentiel, da EU-Domstolen i denne sag for første gang tog stilling til, at anvendelsen af artikel 11 ikke blot skulle foretages ud fra ordlyden, men også bestemmelsens formål som helhed.³⁴ Afgørelsen besidder præjudiciel virkning for den efterfølgende fortolkning af fusionsskattedirektivets anvendelse, hvorved ikke tilstrækkelige forretningsmæssige hensyn giver skattemyndighederne anledning til at anse skatteundgåelse som værende et hovedmotiv. Særligt er det, at medlemsstaterne, i bedømmelsen af hvorvidt skatteunddragelse reelt udgør et hovedmotiv, ikke må opstille generelle retningslinjer til vurderingen heraf, men i stedet er forpligtet til at foretage en konkret helhedsvurdering fra sag til sag,³⁵ jf. præmis 41.

Konkluderende kan det anføres, at fællesskabsretten ikke besidder en præcisering af, hvornår skatteundgåelsesklausulens formodning foreligger. Vurderingen skal i stedet foretages af den enkelte medlemsstat i den konkrete sag,³⁶ og såfremt omstruktureringens gyldige forretningsmæssige årsager udgør et mere tungtvejende moment end alene skattehensigten, afkræftes klausulens skatteunddragelsesformodning, hvorved direktivets skattefordele kan benyttes i kapitalejerens favør.³⁷

³³ Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 53 og s. 60.

³⁴ Thomas Rønfeldt – "Europæisk Skatteret I" s. 115.

³⁵ Jf. Præmis 41.

³⁶ Thomas Rønfeldt – "Europæisk Skatteret I" s. 115.

³⁷ Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 64.

2.2.2.2 – Sag C-321/05 – Kofoed sagen

Sagen er en anden central afgørelse for fusionsskattedirektivets fortolkning af skatteundgåelsesklausulen. Der blev i sagen sat spørgsmålstegn ved, hvorvidt en udlodning af udbytte efter en foretaget omstrukturering kunne kvalificeres som værende en form for kontant udligningssum og et aftalt skatteundgåelsesmotiv, således omstruktureringen i stedet blev skattepligtig.

I sagen optrådte to kapitalejere, Kofoed og en medaktionær, som hver ejede halvdelen af et dansk selskab. Kapitalejerne erhvervede efterfølgende et nyt irsk selskab, hvorefter der blev foretaget en skattefri omstrukturering, hvorved det danske selskab blev indskudt i det irske selskab mod kapitalandele i det irske selskab som fuldt vederlag. Det irske selskab blev således holdingselskab for det danske driftsselskab efter omstruktureringen.

En del af det danske selskabs egenkapital blev efterfølgende (igennem det irske selskab) udloddet som udbytte til de to kapitalejere, hvilket af de danske skattemyndigheder blev anset for værende et led i den samlede transaktion. Konsekvensen blev, at de danske skattemyndigheder tilsidesatte omstruktureringens skattefrihed, hvorved parterne alligevel ikke kunne nyde godt af fusionsskattedirektivets skattefordele.³⁸

Tilsidesættelsen skyldtes at udbytteudlodningens størrelse, først og fremmest, bestred et daværende krav om max 10% vederlag som kontant udligningssum,³⁹ og udlodningen dernæst generelt forekom som en integreret del af den samlede transaktion.

Forholdene medførte, at skattemyndighederne kvalificerede hele udlodningen som værende en kontant udligningssum i forbindelse med omstruktureringen, idet omstruktureringens betingelser for skattefrihed fandtes ikke opfyldte. Hele transaktionen blev som følge heraf skattepligtig i kapitalejernes disfavør.⁴⁰

Sagen blev efterfølgende rejst ved EU-Domstolen, hvor den dansk administrative praksis for betragtning af efterfølgende forhold blev væsentligt tilsidesat. Ifølge Domstolen skal der i sager vedrørende efterfølgende forhold altid foretages en konkret vurdering om, hvorvidt forholdet kan anses som en bindende aftalt del af transaktionen. Det bevismæssige krav til det juridiske grundlag blev derfor væsentligt skærpet. Alene en kraftig formodning er i sig selv ikke tilstrækkelig til at anse et forhold for bindende aftalt.

Såfremt en skattefri omstrukturering skal tilsidesættes grundet efterfølgende forhold, er kravet, at forholdet beror på et mere klart juridisk bevis, som kan dokumenteres.

I den pågældende sag fandtes der ingen konkret dokumentation eller andre indicier, som klart beviste, at den foretagne udbytteudlodning var et i forvejen bindende aftalt forhold i omstruktureringen. Domstolen

³⁸ Thomas Rønfeldt – ”Europæisk Skatteret I” s. 116.

³⁹ Kravet om 10% er efterfølgende ophævet ved Lov 2002.313.

⁴⁰ Michael Serup – ”Fusionsskatteloven med kommentarer” s. 66.

fandt på denne baggrund ikke, at skatteundgåelse udgjorde et hovedmotiv i skatteundgåelsesklausulens forstand, hvorved den foretagne omstruktureringsskattefrihed ikke kunne tilbagekaldes af skattemyndighederne og gøres skattepligtig.

Skattefriheden har for parterne med al sandsynlighed naturligvis udgjort et delmotiv, men afgørelsen henviser afslutningsvis til, hvad den førømtalte C-28/95 "Leur Bloem-sag" udledte - at fusionsskattedirektivet anvendes for såvel finansielle, økonomiske og rent skattemæssige begrundelser. Sidstnævnte kan alene medføre tilsidesættelse eller tilbagekaldelse af fusionsskattedirektivets fordele, såfremt den skattemæssige begrundelse hovedsageligt er båret af skatteundgåelse som motiv. Krydshenvisningen følger af afgørelsens præmis 30.

2.2.2.2.1 - Sammenfatning – Kofoed-dommen

Afgørelsen er bemærkelsesværdig, da sagen vedrører en efterfølgende transaktion, som ikke umiddelbart står i direkte forbindelse med den oprindeligt foretagne omstrukturering, men alligevel skaber konsekvens for transaktionen som helhed. Det kan fra dommen udledes, at efterfølgende forhold kun påvirker den foretagne omstrukturering, såfremt det er bindende aftalt, at transaktionen skal være et led i omstruktureringen,⁴¹ men hvorvidt der foreligger en sådan bindende aftale beror altså på en konkret vurdering.

Der er således generelt intet til hinder for, som i afgørelsen, at foretage efterfølgende udbytteudlodninger, men grænsen foreligger alene i det omfang, at udlodningen på forhånd er tiltænkt og spekulationsmomentet kan dokumenteres. Skattemyndighederne gives jo klar anledning til at anse udlodningen som påtænkt forinden den foretagne omstrukturering, såfremt der foretages en "straksudlodning". I såfald ville manøvren også indikere en omgåelse af eksempelvis det omtalte krav om max 10% som kontantvederlag, men alene formodningen er i sig selv ikke nok til frafald af fusionsskattedirektivets skattefrihed.

For at skatteundgåelsesklausulen kan anvendes, kræves der et mere tilstrækkeligt dokumentationskrav samt mangel på andre forretningsmæssige årsager bag transaktionen.

⁴¹ Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 67.

TREDJE AFSNIT – DEN MISTEDE BESKATNINGSKOMPETENCE

Som omtalt i forrige afsnit omfatter fusionsdirektivets skattefrihed udelukkende aktiver og passiver, som efter fusionen statuerer driftssted for det nu modtagende selskab i tilflytterlandet. Nærværende afsnit vil, i tråd med forrige hovedafsnit, behandle hvad, som modsætningsvis ikke kan henføres driftsstedet og altså glider ud ad direktivets skattefrihed. Konsekvensen af direktivets frafald bliver således ophørsbeskatning for de ikke til driftsstedet henførte aktiver og passiver, hvilket jo skyldes Danmarks mistede beskatningsret.

I kandidatafhandlingens næste hovedafsnit, fjerde kapitel, vil der blive gået nærmere i dybden med selve den skattemæssige konsekvens heraf. For (negativt) at klarlægge hvilke aktiver og passiver, som imødegår exitbeskatningen, er det nødvendigt først og fremmest at afgrænse hvilke dele, som, efter fusionen, faktisk henhører til driftsstedet, i kraft af driftsstedets tiltrækningskraft, og dermed nyder godt af skattefriheden. Det, som ved de exitbeskattede aktiver og passiver forstås, konkluderes sidst i hovedafsnittet, hvorefter fjerde afsnit detaljeret vil følge den skattemæssige konsekvens op.

Det skatteretlige udgangspunkt er, at exitskatten indtræder, når aktiver og passiver ikke længere omfattes den danske beskatningsret.⁴² Et selskab, som flytter ud ad Danmark, vil jo som følge af flytningen ikke længere omfattes den danske beskatningsret, hvorved det flyttende selskabs aktiver og passiver imødegår den skattemæssige konsekvens, idét delene efter fusionen ejes af det modtagende selskab i Tyskland.

Når et dansk selskab via den omvendte lodrette fusionsmodel flytter til Tyskland, vil de aktiver og passiver, jf. forrige kapitel modsætningsvis, som ikke efterfølgende statuerer fast driftssted i fraflytterlandet, Danmark, pålægges ophørsbeskatning i medfør af FUSL § 15, stk. 4 smh. SEL § 5, stk. 7.

I hovedtræk bliver konsekvensen, at selskabet afståelsesbeskattes af aktivernes avancer, genvunde afskrivninger og afstået goodwill, hvorved aktivernes handelsværdi på fraflytningstidspunktet lægges til grund som afståelsessum, men nærmere herom i næste hovedafsnit.

I sondringen mellem delene som efter fusionen hhv. tilhører og ikke tilhører driftsstedet, er driftsstedets tiltrækningskraft yderst væsentligt at belyse. Herved forstås, hvilke dele et fast driftssted kan tiltrække i et allokeringssøjemed. Tiltrækningskraften bygger på princippet om "force of attraction", hvilket belyses i næste afsnit.

⁴² SR-SKAT – SR.2014.0104 – Henriette Wetke & Kim Wind Andersen "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitskat."

3.1 – "Force of attraction"-princippet

Princippet blev tidligere anvendt af amerikansk overenskomstpraksis i en ældre fordelingsbestemmelse om erhvervsindkomster. Force of attraction-princippet omhandler "et fast driftsstedes tiltrækningskraft" og dækker over, hvor meget, som kan tilknyttes et fast driftssted. Spørgsmålet er helt centralt, hvorvidt den blotte eksistens af et fast driftssted i et kildeland kan medføre, at øvrige indtægter oppebåret i samme kildeland, også kan falde under territorialbeskatning i kildelandet, trods de øvrige indtægter ingen sammenhæng har med det faste driftsstedes egentlige aktivitet.⁴³ Driftsstedet og de øvrige indtægter har altså alene det til fælles, at deres indkomster stammer fra samme kildeland og intet andet.

Denne diskussion er essentiel, da der heraf kan udredes, hvilke dele, som kan omfattes af fusionsskattedirektivets skattefrihed, jf. princippet om skattemæssig succession, samt hvilke dele, som modsætningsvist frafalder skattefriheden. Sidstnævnte aktiver og passiver vil jo i stedet imødegå exitbeskatning som følge af, at det fraflyttende selskab fusioneres med det udenlandske og altså forlader den danske beskatningsret, jf. SEL §§ 5 og 7.

3.2 - Fordeling af beskatningsretten

OECD's modeloverenskomst artikel 7 omtaler fortjeneste ved erhvervsvirksomhed og hænger godt i tråd med driftsstedetsdefinitionen i modeloverenskomstens artikel 5.⁴⁴

Overordnet fastsætter artikel 7 et fast driftsstedes fortjeneste, og af artiklen følger det, at såfremt et selskab besidder et driftssted i en anden stat(kildelandet), tilgår beskatningsretten alene kildelandet for fortjenesten, som udspringer fra det faste driftssted. Domicillandet, hvor selskabet er reelt hjemmehørende, får dermed ikke del i beskatningsretten fra det faste driftsstedes aktivitet, når indtægten alene territorialbeskattes i kildelandet.

Som nævnt vil de aktiver og passiver, som ikke flyttes ud af fraflytterlandet ved den grænseoverskridende fusion, forblive i fraflytterlandet(nu kildelandet), hvorved der kan statueres fast driftssted for det modtagende selskab, der er beliggende i domicillandet. Spørgsmålet er nu, hvorledes beskatningen skal ske for de deles vedkommende, som efter fusionen stadig er beliggende i kildelandet, men ikke direkte er tilknyttet det faste driftssted.

Der kan altså forestilles et eksempel, hvor det fraflyttende selskab både besidder et fast driftssted samt andre aktiver afsides fra det faste driftssted efter fusionen.

⁴³ Thøger Nielsen – "Indkomstbeskatning II" s. 413.

⁴⁴ Mogens Rasmussen – "International dobbeltbeskatning" s. 55.

Af OECD's artikel 7, stk. 2-kommentarerer fremgår det, at kildelandets beskatningsret ikke kan udstrækkes til også at omfatte andre fortjenester optjent i samme kildeland udelukkende med den begrundelse, at der jo i kildelandet i forvejen foreligger et territorialbeskattet driftssted. De øvrige indtægter skal kunne allokere til samme eller andet fast driftssted for at blive omfattet den begrænsede skattepligt til kildelandet.⁴⁵

Det kan dermed fastslås, at alene eksistensen af et fast driftssted i kildelandet ikke som hovedregel medfører den "refleksvirkning", at territorialbeskatningen fra det faste driftssted udstrækker sig til også at omfatte selskabets øvrige indtægter, såfremt altså disse indtægter ikke i sig selv udgør samme - eller et andet fast driftssted.

Faktisk var dette udgangspunkt (modsætningsvis) gældende i ældre fremmed ret, hvormed alene det faste driftssteds eksistens medførte, at andre ikke-begrænset skattepligtige indtægter fra samme land, som følge af princippet om "force of attraction", faldt under samme beskatning trods en ikke umiddelbar konneks tilknytning til driftstedsaktiviteten.

3.3 – Den særlige tilknytning til det faste driftssted

I dansk national lovgivnings nuværende hjemmel, SEL § 2, stk. 2, er læren om "force of attraction" altså ikke gældende. I stedet skal stater bedømme hver indkomstkilde separat og på denne måde fastslå, hvorvidt indkomsten stammer fra driftsstedet eller om kilden på anden vis selvstændigt statuerer fast driftssted i medfør af "fast driftsstedsdefinitionen" i OECD's modeloverenskomst artikel 5.⁴⁶

Ligeledes anerkendes tilrækningskraften ej heller i OECD-modelaftalens artikel 7, stk. 2.⁴⁷

Artiklen fungerer som en hovedregel for allokeringensprincipet, idét denne udgør rammen for indkomstallokering til et fast driftssted og betegnes i litteraturen "den direkte metode."

Metoden medfører, at indkomst fra et driftssted som udgangspunkt skal opgøres ud fra forudsætningen om, at det faste driftssted er et uafhængigt foretagende, som selvstændigt består, jf. OECD's modeloverenskomst art. 7, stk. 2, altså selvom driftsstedet er en "gren" af skattesubjektet (dvs. hovedkontoret) i domicillandet. På denne måde afgrænses et foretagendes (dvs. driftsstedets) indtægter og udgifter overfor selskabets øvrige indtægter og udgifter, som fx er oppebåret i domicillandet eller hos andre driftsteder.⁴⁸

⁴⁵ "OECD's modeloverenskomst 2014, art. 7, stk. 2 – med kommentarer" (pkt. 10).

⁴⁶ "OECD's modeloverenskomst 2014, art. 7, stk. 2 – med kommentarer" (pkt. 10).

⁴⁷ Thøger Nielsen – "Indkomstbeskatning II" s. 413, Aage Michelsen – "International Skatteret" s. 250.

Mogens Rasmussen – "International dobbeltbeskatning" s. 55.

⁴⁸ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af erhvervsindkomst" s. 355.

Selve selvstændigheden, som det faste driftssted i dette lys har, angående den selvstændige driftssted-indkomst og -beskatning, betegnes begrebsmæssigt "*fiktionen om det faste driftsstedes selvstændighed*"⁴⁹ eller rettere en ubegrænset selvstændighedsfiktion.⁵⁰ Overordnet kan selvstændighedsfiktionen siges at fungere som en sikkerhedsventil imod, at både overenskomstens kilde- og domicilland allokerer den samme indkomst.⁵¹ Det skal dog nævnes, at der skatteretligt også findes *den indirekte metode*, men til brug for kandidatafhandlingens behandling tages der afstand til denne og det følgende vil kun behandle den direkte metode.

Praksis har dog gennem tiden behandlet en række spørgsmål vedrørende sondringen om, hvorvidt en indkomst kan allokeres til kildelandets faste driftssted. Fælles for dansk ret og OECD's modelforslag følger det nemlig, at øvrige indtægters sammenfald med driftsstedets begrænsede skattepligt kun kan ske, såfremt de øvrige indtægter *virkelig må siges* at være i forbindelse med driftsstedets aktivitet.⁵² Driftsstedets blotte ejerskab af et aktiv er ikke i sig selv udslagsgivende for tilknytningen omtalt i fusionsskattedirektivets artikel 4.⁵³

Til trods for lovgivningens ovenfornævnte afstand til læren om "force of attraction," er det derfor nødvendigt at klarlægge, hvorvidt de øvrige indkomster (oppebåret i samme kildeland) alligevel har en vis tilknytning til det faste driftsstedes virksomhedsindkomst. De omtalte indkomster kunne eksempelvis vedrøre renteindtægt, aktieudbytte og -avancer, royalties, "know-how-" og licensafgifter.

Der kunne forestilles den situation, at selskabet i domicillandet erhverver en indtægt fra en licenskontrakt, hvilket i sig selv ikke umiddelbart synes at stå i tilknytning til driftsstedets aktivitet i et kildeland, men kontraktens afslutning, fx af praktiske grunde, sker gennem driftsstedet i kildelandet. I en sådan situation vil der med høj sandsynlighed ske en "kollision" af licensindtægten med driftsstedesbeskatningen, såfremt selskabet altså klart kan påvise, at indtægten er erhvervet på baggrund af den selvstændige aktivitet i driftsstedet.⁵⁴ Modsætningsvis vil disse ovenfornævnte "sideindtægter" ikke kunne falde under driftsstedesbeskatningen, når eksempelvis licens - og royaltyindtægten ikke besidder en egentlig tilknytning til driftsstedets produktions - eller handelsmæssige aktivitet.

Hvad angår renteindtægter har den administrative praksis tidligere fastlagt, at renteindtægt, som udspringer fra den nødvendige driftskapitalen, kan allokeres til det faste driftssted som en værende del af

⁴⁹ Direkte citat fra Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af erhvervsindkomst" s. 195.

⁵⁰ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af erhvervsindkomst" s. 195.

⁵¹ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af erhvervsindkomst" s. 282.

⁵² Thøger Nielsen – "Indkomstbeskatning II" s. 413.

⁵³ Michael Serup – "Fusionsskatteloven med kommentarer" s. 402.

⁵⁴ Thøger Nielsen – "Indkomstbeskatning II" s. 414.

indkomsten herfra. Samme allokering gælder, som følge af et driftsstedforbehold, hvis renteindtægten stammer fra et bagvedliggende aktiv, der kan allokeres til driftsstedet fx en fordring.⁵⁵

Ovenstående territorialbeskatning af renteindkomsten står i modsætning til andre finansielle indtægter (renteindtægter), da beskatningen heraf, som hovedregel, alene tilgår domicillandet i medfør af OECD modelaftales artikel 11.⁵⁶

3.3.1 – Allokering af aktiver og passiver – formodning vs. benyttelseskriteriet

Forud for indkomsten skal en allokering ske af indkomstgrundlaget. Herved forstås aktiver og passiver, som oppebærer indkomstkilden. Såfremt der kigges på aktiverne og passivernes civilretlige ejerskab vil vurderingen hurtigt lede til selskabets hovedkontor i domicillandet. Dette skyldes, at hvis et hovedkontor ejer et udenlandsk driftssted, og driftsstedet besidder et aktiv, vil det bagvedliggende selskabs hovedkontor jo indirekte anses for at være aktivets civilretlige ejer. I det skattemæssige perspektiv skal det civilretlige ejerskab dog holdes adskilt, idét aktiver og passiver, trods civilretligt ejerskab i domicillandet, alligevel kan allokeres til driftsstedet i kildelandet.

Aktiver kan være materielle såvel som immaterielle. Sidstnævnte er dog lidt vanskeligere at bedømme i et allokeringssøjemed, da immaterielle aktiver jo ikke på samme vis er fysisk placeret et givent sted. Det immaterielle aktiv kan endvidere være anvendt af både hovedkontoret samt dets faste driftssted i begge stater, uden at allokeringen direkte kan fastslås til et sted. For "fysiske" aktivers vedkommende kan aktivets geografiske lokalitet naturligvis lettere anvendes i bedømmelsen. Et såkaldt benyttelseskriterium tilvirker, at der foreligger en særlig formodning for, at den fysiske placering hænger sammen med, hvor aktivet reelt er tilknyttet.

Alene benyttelseskriteriet er i sig selv ikke udslagsgivende for at aktivets indtægter kan allokeres til den pågældende stat.⁵⁷ Benyttelseskriteriet skal stadig underbygges af størrelsen af tilknytningsgraden til driftsstedets indkomstskabende aktivitet, som altså er det afgørende element i allokeringen af aktivets indkomst. Ved den indkomstskabende aktivitet forstås de funktioner, der besidder den mest direkte tilknytning til driftsstedets indkomstgrundlag fx indkomst fra næringsaktiver mv.⁵⁸

Dermed kunne situationen altså sagtens forekomme, at et selskab erhverver en indtægt fra et aktiv beliggende i samme domicilland som hovedkontoret, men at aktivet nært kan tilknyttes det faste driftssted i kildelandet, med den konsekvens at indtægten alligevel territorialbeskattes i kildelandet.

⁵⁵ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af erhvervsindkomst" s. 375.

⁵⁶ Aage Michelsen – "International Skatteret" s. 254.

⁵⁷ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af erhvervsindkomst" s. 357.

⁵⁸ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af erhvervsindkomst" s. 197.

3.3.2 – Driftsstedesforbeholdet og beliggenhedsprincippet for fast ejendom

Det følger af artiklerne 10, stk. 4, 11, stk. 4 og 12, stk. 3 i OECD's modeloverenskomst, at indholdet i artikel 7 skal lægges til grund, når indtægter fra hhv. udbytte, rente og royalties kan allokeres til driftsstedet i kildelandet. Således pålægges disse indkomster også territorialbeskatning, såfremt indtægten vedrører fx aktier eller fordringer med direkte forbindelse til driftsstedet. Henførelsen betegnes driftsstedesforbeholdet, og står i modsætning til udbytte-, rente- og royaltyindtægt udsprunget fra aktiver, som er direkte tilknyttet hovedkontoret i domicillandet.

Den national dansk skatteret findes hjemlen til begrænset skattepligt i SEL § 2, stk. 1 vedrørende opgørelsen af et fast driftsstedes indkomst i kildelandet. En tilsvarende hjemmel forudsættes at gælde ved indkomstopgørelse af et fast driftssted i andre medlemsstater.

For driftsstedets faste ejendoms vedkommende gælder det særlige, at det ovenfor nævnte driftsstedesforbehold ikke tilsvarende finder anvendelse. I stedet gælder for ejendomme et beliggenhedsprincip i medfør af artikel 6, stk. 4, hvilket medfører, at indtægter, som udspringer sig fra en ejendom, hvad enten der er tale om løbende indtægter eller avancer samt genvundne afskrivninger ved afståelse,⁵⁹ ligeledes pålægges territorialbeskatning i kildelandet på samme vis som de øvrige indtægter.⁶⁰ Da fast ejendom ikke er videre centralt for kandidatafhandlingen, vil konsekvenserne herfor ikke yderligere behandles.

Driftsstedesforbeholdet og beliggenhedsprincippet virkning må overordnet siges at være ens, hvad angår allokering til alene driftsstedet. Teoretisk hersker der for begge en begrebs- og hjemmelmæssig forskel, men såfremt indtægten efter almene allokeringsprincipper kan henføres til driftsstedet, foretages indkomstopgørelsen alene hos det faste driftssted i begge situationer.

3.3.3 – De to allokeringsskriterier

Når indtægter skal allokeres til dens rette indkomstmodtager, foreligger der to væsentlige kriterier, som skal være opfyldt. For det første indkomstens tilknytning til driftsstedets erhvervs-mæssige konsekvens og som andet punkt foretagendets ledelses beslutning på dispositionstidspunktet.⁶¹ Ved sidstnævnte forstås, at driftsstedet besidder en selvstændig kompetent ledelse, som på egen hånd beslutter, om det er driftsstedet selv eller hovedkontoret, der skal udøve den indkomsts-kabende funktion.

Kriteriernes betydning har særligt haft betydning i afgørelsen TfS 1989.605.H.

I sagen blev der sat spørgsmålstegn ved, hvorvidt visse indtægter fra rågummi kunne allokeres til et fast driftssted beliggende i Schweiz. Hensigten havde af skatteyderen bag konstruktionen hele tiden været at

⁵⁹ Note 19 i OECD's modeloverenskomst artikel 6, stk. 1.

⁶⁰ Jan Pedersen mfl., "Skatteretten 3" s. 145.

⁶¹ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af erhvervsindkomst" s. 223 og 358-363.

henføre indtægten til driftsstedet, men domstolene afslog at allokere indkomsten hertil. Afslaget blev givet, eftersom alene den ledelsesmæssige beslutning om henførelse til driftsstedet ikke i sig selv var tilstrækkelig for en allokering af indkomsten til driftsstedet. Afsides fra ledelsesbeslutningen fandt domstolene ikke, at indkomsten besad en direkte tilknytning til det faste driftssteds indkomstskabende aktivitet, og at tilknytningen manglede var udslagsgivende for, at allokeringen blev tilsidesat.

3.3.3.1 - Særligt aktieavancer som nær tilknytning

Behandlingen af aktieavancer i kildelandet har ligeledes rejst spørgsmål ved, hvorvidt allokering kan ske til det faste driftssted.⁶² Som udgangspunkt foreligger der i dansk lovgivning ikke beskatningshjemmel til indtægt fra aktier med begrænset skattepligt.

Undtagelsesvis kan der alligevel ske territorialbeskatning af aktieavancen, hvis aktierne udgør en egentlig bestanddel til et fast driftssted, som er beliggende i kildelandet. Eksempelvis hvis aktierne besidder en reel sammenhæng med den indkomstskabende aktivitet i driftsstedet.⁶³

I nægtende tilfælde, af den ovenfor nævnte sammenhæng med driftsstedet, kan et selskab i domicillandet, som følge af en fusion, besidde et fast driftssted og en aktiepost afsides fra driftsstedet. Spørgsmålet er dog, hvorvidt denne aktiepost alligevel kan anses for at have en tilknytning til det faste driftssted, og derved udgør en egentlig bestanddel heraf, selvom dette måske åbenlyst synes at være tilfældet.

Spørgsmålet er jo afgørende, da aktieposten, i ikke-bekræftende fald, vil pålægges ophørsbeskatning, idét fusionsskattedirektivet som nævnt ikke finder anvendelse på overdragne aktiver. Som udgangspunkt vil ejerskab af porteføljeaktier ej heller synes at have en direkte tilknytning til et fast driftssteds aktivitet, men der kan alligevel forestilles visse tilfælde, hvor ejerskabet alligevel indirekte har en tilknytning.

Eksempelvis kan en aktiebesiddelse ligge til sikkerhed for det faste driftssted, hvorved en kreditor har pant i aktieposten for driftsstedets kassekredit. En sådan pantsætning bærer jo i høj grad præg af at udgøre et bindeled mellem driftsstedet og aktieposten, men skattedepartementet har i en utrykt national afgørelse afslået denne pantsætning i at udgøre en tilstrækkelig driftsmæssig tilknytning til driftsstedet.⁶⁴ En aktiebesiddelse vil dog, ifølge departementet, kunne omfattes et fast driftssteds tiltrækningskraft, hvis der foreligger en meget tæt tilknytning til aktiebesiddelsen. Hvad der præcist med denne tilknytning forstås, er af afgørelsen uvis.

⁶² Aage Michelsen – "International Skatteret" s. 255

⁶³ Thøger Nielsen – "Indkomstbeskatning II" s. 421.

⁶⁴ J.nr. VII 17-94/1967

Pantsætningsmotivet vil naturligvis i et objektivt perspektiv anses for at udgøre en høj tilknytningsgrad til driftsstedet. Særligt er det dog, at Adv. Peter Dyhr, M.C.L, i en litterær anmeldelse udtrykker, at skattedepartementet med nægtelsen af pantsætningen i ovennævnte afgørelse reelt udelukker alle aktieavancer fra driftsstedstilknytning.

Adv. Peter Dyhr argumenterer i anmeldelsen overbevisende med påstanden i følgende citat:

"...man næppe kan forestille sig et tilfælde, hvor tilknytningen vil være større end i den af skattedepartementet trufne afgørelse, synes konklusionen at måtte være, at aktieavancer ikke kan være begrænset skattepligtige..." "...med mindre driftsstedet handler med aktier som led i næring."

- Citat: U.1974B.46, p. 50 –Thøger Nielsen, Indkomstbeskatning II. Bind

Anmeldelse af Advokat Peter Dyhr, M.C.L.⁶⁵

Af påstanden kan det udredes, at efter udelukkelsen af aktiepantsætning tilbagestår alene besiddelse af næringsaktier, der af skattedepartementet anerkendes som værende eneste aktiebesiddelse med "tæt tilknytning" til det faste driftssted i kildelandet (ifølge departementets ordlyd). Når udsagnet, som følge af ovenstående, lægges til grund for analysen af driftsstedets omfattede aktiepost, kan alene aktier med status som næringsaktier territorialbeskattes i kildelandet ved en afståelse. Ligeledes kan udelukkende næringsaktier tilknyttes driftsstedet og dermed omfatte fusionssskattedirektivets skattefrihed, der er omtalt i kandidatafhandlingens andet afsnit, som følge af fusionen.

Afgrænsningen til alene næringsaktier skyldes, at næringsaktietypen, ifølge Peter Dyhr, må være eneste aktieform, som i tilknytningsvurderingen kan veje tungere end aktier anbragt som pant.

Opfattelsen af, at kun næringsaktier kan tilknyttes et fast driftssted, tiltrædes af hhv. skatteretsprofessorerne Aage Michelsen og Jan Pedersen. Begge professorer hævder, at anlægsaktier udelukkes tilknytning til driftsstedet, og at denne tilknytningsret alene tilkommer næringsaktietypen.⁶⁶

De danske skattemyndigheder har i sin praksis, som følge af skattedepartementets afgørelse TfS1998.276 DEP, frem til 2002 haft den opfattelse, at alene typen næringsaktier kan allokeres til et fast driftsstedes aktivitet. Myndighedernes indsnævring til næringsaktier skyldtes ganske simpelt at skattedepartementet blev spurgt, hvordan ordlyden *»...ejer aktier som en del af en erhvervsvirksomhed med fast driftssted her i landet«*

⁶⁵ Aage Michelsen – "International Skatteret" s. 255.

⁶⁶ Niels Winther Sørensen – "Beskatning af international erhvervsindkomst" s. 311.

i dagældende ABL § 13a, stk. 2 skulle fortolkes. Hertil svarede skattedepartementet, at bestemmelsens ordlyd skulle fortolkes i overensstemmelse alene med aktier med næringsstatus.

Interessant er det derfor, at den ovenfornævnte hidtidige praksis således væsentligt blev ændret i 2002 ved Told- og Skattestyrelsesmeddelelsen SKM 2002.20.TSS.⁶⁷ Meddelelsen behandles ikke nærmere, men som følge heraf ændredes myndighedernes praksis til også at omfatte aktier uden karakter af næring.

Overordnet medførte praksisændringen at indkomst, fra såvel nærings- som anlægsaktier, med fornøden tilknytning til den indkomstskabende aktivitet, begge fremadrettet vil kunne allokere til et fast driftssted i kildelandet.

3.3.3.2 - Kort om aktieudbytte fra det faste driftssted

Forrige afsnit har belyst, hvorledes opgørelsen af et driftssteds aktieavancer skal behandles.

Såfremt aktierne, som findes nært tilknyttet det faste driftssted i kildelandet, oppebærer udbytte, kan der i lyset indkomstallokering sættes spørgsmålstegn ved, hvilket "skattesubjekt" der er skattepligtigt og, som rette indkomstmodtager, skal beskattes.

Begrænset skattepligt af aktieudbytte har i litteraturen været en del omdiskuteret. Retshistoriker Thøger Nielsen hævder tydeligt, at ordlyden af den daværende ret udelukker, at aktieudbytte oppebåret i kildelandet kan pålægges territorialbeskatning i modsætning til beskatning af decideret aktieavancer. Som modstykke til udsagnet fremhævede Adv. Peter Dyhr i U.1974B.46, s. 50, at en sådan forskelsbehandling af udbytte og aktieavance ikke ville være i overensstemmelse med den daværende lovgivnings formulering i LSI § 10.⁶⁸

Af OECD's modeloverenskomsts artikel 10, stk. 4 fremgår det tydeligt, at såfremt rettighederne, som ligger til grund for udbyttet, besidder en direkte forbindelse til driftsstedet, behandles det modtagende udbytte efter artikel 7.

Konsekvensen bliver således, at det modtagende udbytte fra aktier, som findes nært tilknyttet til driftsstedets indkomstskabende aktivitet, jf. den tidligere omtale, alene pålægges territorialbeskatning i kildelandet på samme fod som kildelandets øvrige indtægter fra fx næringsaktiver. Allokeringen skyldes, at der for udbytte gælder driftsstedsforbeholdet, hvorefter udbytte, i lige linje med aktieavance, indkomstbeskattes territorielt i driftsstedet. Naturligvis forudsat at de allokeringsskriterier er opfyldte.⁶⁹

⁶⁷ TfS 2002.80 SR – SKM 2002.20 TSS

⁶⁸ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af international erhvervsindkomst" s. 309.

⁶⁹ Niels Winther-Sørensen – "Beskatning af international erhvervsindkomst" s. 374.

Det modtagende aktieudbytte indebærer derfor ingen skattemæssig konsekvens for hovedkontoret i domicillandet, eftersom beskatningsretten alene tilgår kildelandet. Aktieudbytte vil, af hensyn til kandidat-afhandlingens omfang, ikke blive yderligere behandlet.

3.3.3.3 - Sammenfatning af aktieavancer

Afsnittets tidligere nævnte avancetyper vil i analysen af "force of attraction"-princippet ikke blive yderligere behandlet, hvilket skyldes hensynet til kandidatafhandlingens omfang.

Overordnet kan det konkluderes, at i omtalen om det faste driftssteds tilknytningskraft af øvrige indtægter, vil der som krav forudsættes en væsentlig tæt forbindelse til driftsstedets erhvervmæssige aktivitet. Tilknytningsadgangen blev, som følge af praksisændringen i 2002, åbnet, hvorved adgangen også kan omfatte andre aktietyper end næringsaktier, således indtægt fra anlægsaktier også kan omfattes driftsstedets tiltrækningskraft.

I vurderingen af driftsstedstilknytningen skelnes der ikke imellem aktivets type og status, men nærmere vurderes der ud fra den reelle tilknytningsgrad.

3.4 – Sammenfatning - Den mistede beskatningskompetence

Aktiver og passiver, samt til disse allokerede indtægter, som ikke efter fusionen statuerer fast driftssted, beskattes ved selskabets flytning til den anden medlemsstat. Konsekvensen udløser en exitbeskatning, hvilket nærmere behandles i fjerde afsnit.

"Force of attraction"-princippet er særlig relevant, da der hermed ses, hvad et fast driftssted kan "rumme." Dog er det vigtigt at holde sig for øje, at alene eksistensen af driftsstedet ikke i sig selv medfører, at al indkomst fra samme kildeland omfattes driftsstedet, blot fordi driftsstedet og den anden aktivitet som fællesnævner deler samme territorium. Sondringen, om den direkte tilknytning til driftsstedet, spiller for exitbeskatningen en altafgørende rolle for hhv. aktiv til aktiv og aktivitet til aktivitet.

Stort set alle aktiver, materielle som immaterielle og nærings- som anlægsaktiver, har en faktisk mulighed for at lade sine indtægter allokere til driftsstedet i kildelandet med alene territorialbeskatningen som følge.

I lyset af fusionsskattedirektivets faste driftsstedsprincip kan disse aktiver faktisk anses for at statuere fast driftssted efter en grænseoverskridende fusion, hvorved de til driftsstedet omfattede aktiver og passiver altså vil nyde godt af direktivets skattefrihed.

Det væsentlige kriterium er blot, at delene skal besidde en direkte tilknytning til driftsstedet, hvilket, som nævnt, må bero på en konkret vurdering ud fra formodnings-, benyttelses- og de almindelige allokering-

kriterier. Vurderingen er nødvendig, da det af artiklerne OECD's modeloverenskomst ikke præcist fremgår, hvad som forstås ved den direkte tilknytning.

Sammenfattende kan det derfor modsætningsvis udledes, at aktiver og passiver, som efter fusionen ikke besidder den (i hovedafsnittet omtalte) direkte tilknytning til driftsstedet i kildelandet, exitbeskattes som følge heraf, når fx det danske selskab via fusion flytter til Tyskland. Aktiver og passiver uden denne direkte tilknytning frafalder således fusionsskattedirektivets skattefrihed. Fraflytterlandet vil ikke have del i beskatningsretten, når det modtagende selskab i Tyskland efterfølgende afstår aktivet med gevinst, men dette modsvares således af den pålagte exitbeskatning ved flytningen.

I næste, dvs. fjerde, hovedafsnit opfølges exitbeskatningens konsekvenser med udgangspunkt i de dansk-nationale beskatningsregler, som forudsættes tilsvarende at gælde hos andre stater, såfremt flytningen skete "den anden vej" – derfra og til Danmark.

Tredje hovedafsnits andre omtalte avancetyper (fra ejendom, rente, royalty, goodwill mv.) vil af hensyn til kandidatafhandlingens omfang ikke yderligere behandles. Fjerde hovedafsnit indsnævrer sig, til kun "exitskatteretligt" at behandle konsekvensen af aktieavancer ved et dansk selskabs flytning til fx Tyskland.

FJERDE AFSNIT – EXITBESKATNING OG HENSTANDSORDNING

Alene aktieavancer vil i nærværende afsnit behandles. Afsnittet tager dermed afstand til andre typer aktiver og berører alene avancer fra portefølje-, koncern- og datterselskabsaktier.

4.1 – Indledende om exitbeskatning

Der tages stadig udgangspunkt i et dansk selskab, som, via omvendt lodret fusion, tilflytter Tyskland. Selskabet besidder ved udflytningen en aktiebeholdning, der (i lyset af forrige hovedafsnit) ikke besidder en direkte tilknytning til det faste driftssted, hvorved fusionsskattedirektivets skattefrihed frafalder.

Ved selskabets udflytning vil fraflytterlandet, Danmark, fortabe beskatningsretten til aktieposten, eftersom aktieposten nu tilhører det modtagende selskab i Tyskland. Fortabelsen modsvares i fraflytterstaten af en ophørsbeskatning, i medfør af SEL § 5, når aktieposten udgår af dansk beskatningsret i forbindelse med fusionen.⁷⁰

Herved forstås ophørsbeskatningen som en afståelsesbeskatning på fusionsdatoen med udgangspunkt i aktiepostens handelsværdi på overdragelsestidspunktet sammenholdt med det indskydendes selskabs oprindelige anskaffelsessum. Beskatningshjernen hertil findes i national ret i FUSL § 15, stk. 4, 3. Pkt., som krydshenviser til beskatningsbestemmelsen i SEL § 5, hvorefter aktieposten exitbeskattes.

Selskabet har nu flyttet land, fra Danmark til Tyskland, og aktieposten besiddes nu af det modtagende selskab i Tyskland. Såfremt posten efterfølgende afhændes vil avancebeskatningen ske hos det modtagende selskab i Tyskland, med udgangspunkt i aktieposten værdi på overdragelsestidspunktet som grundlag for anskaffelsessummen. Selve indgangsværdien giver i praksis anledning til en yderligere problemstilling, nemlig delvis dobbeltbeskatning af aktieposten ved efterfølgende afhændelse.

Problemstillingen behandles i næste afsnit med udgangspunkt i artiklen TFS 2010.402 - "Dobbeltdomicil – en pseudo-problemstilling for fraflytterbeskatningen – om dobbeltbeskatning og lempelse som følge af henstandsordningen for aktieavancer."

4.1.1 – Dobbeltbekskatning som følge af forskellig værdiansættelse

Afsnittets behandling tager hovedsageligt udgangspunkt i artiklen TFS 2010.402⁷¹ af vidensjurist og ph.d. (jur.), Thomas Rønfeldt, der er specialiseret i international skatteret. Den henviste artikel fungerer således som afsnittets primære kilde.

⁷⁰ C.D.5.4.4 Ophør af danske selskaber ved fusion med et udenlandsk EU/EØS-selskab
http://www.tax.dk/jv/cd/C_D_5_4_4.htm.

⁷¹ Thomas Rønfeldt - TFS 2010.402 - "Dobbeltdomicil – en pseudo-problemstilling for fraflytterbeskatning – om dobbeltbeskatning og lempelse som følge af henstandsordningen for aktieavancer."

Foruden den omtalte skattemæssige udfordring foreligger der, for det fraflyttende danske selskab også en værdifastsættelsesmæssigt problemstilling ved flytningen. Udfordringen består i, at hhv. fraflytterstaten Danmark og tilflytterstaten Tyskland ikke underlægges fælles regler for værdifastsættelsen af de exitbeskattede aktiver, og derved kan foretage en forskellig værdiansættelse fra hinandens.

Værdifastsættelsen sker typisk enten til bogført- eller markedsværdi.⁷²

Konsekvensen af staternes forskellige værdiansættelser kan for selskabet medføre en dobbeltbeskatning på to forskellige tidspunkter, når selskabet ved fusionen flyttes fra Danmark til Tyskland.

Der kan forestilles et eksempel, hvor det fraflyttende danske selskab besidder en aktiepost, som jo ved flytningen exitbeskattes, da aktieposten ikke kan henføres til driftsstedet.⁷³

Hvis aktieposten, af det danske selskab, oprindeligt er anskaffet for 0, og handelsværdien på fraflyttertidspunktet udgør 100, vil den oparbejdede danske avance udgøre 100 ved overdragelsen til det tyske selskab. Denne avance lægges til grund for exitbeskatningen i fraflytterlandet Danmark samt beregningen for henstanden, som senere omtales.

Problematisk bliver det dog, at indgangsværdien (værdiansættelse af aktierne) i det modtagende selskab i Tyskland ikke nødvendigvis stemmer overens med "afståelsessummen" hos det danske selskab. Det vil sige, at det tyske selskab, grundet den anderledes værdifastsættelse, kan anse aktieposten for anskaffet til en helt anden værdi end, hvad det danske selskab lagde til grund for sin afståelsessum og dermed implicit, hvad, som skulle være det tyske selskabs anskaffelsessum.

Såfremt det tyske selskab anser en mindre anskaffelsessum på fx 50 som værende sin rette anskaffelsessum, vil aktieposten (delvis) pålægges en dobbeltbeskatning, når posten efterfølgende afstås af det tyske selskab. Afhændes aktieposten efterfølgende for 100, realiserer det tyske selskab en aktieavance på 50, og dermed har en dobbeltbeskatning fundet sted for aktiepostens vedkommende. Danmark beskattede jo først aktieposten "fra 0 til 100" ved fusionen, og efterfølgende beskatter Tyskland samme post "fra 50 til 100" ved en senere afståelse. Derved har en dobbeltbeskatning fundet sted, når Danmark og Tyskland anvender hhv. markedsværdi og bogført værdi til fastsættelsen.

Beregningseksemplet er venligt lånt fra den nævnte artikel til illustration af dobbeltbeskatningskonsekvensen. Denne skattemæssige udfordring, vedrørende dobbeltbeskatning grundet staternes forskellige værdiansættelsesmetoder, kunne undgås, såfremt staterne, i kraft af fællesskabsretten, skabte et fælles regelsæt, som skulle lægges til grund for beregningen af udgangs- og indgangsværdier.

⁷² Kommissionen – "Exitbeskatning og behovet for samordning af medlemsstaternes skattepolitik" s. 7.

⁷³ Jf. behandlingen i forrige hovedafsnit.

4.1.2 - Kort om CCCTB's tilvirkning

Et regelsæt om fælles værdifastsættelse må siges endnu ikke at eksistere, men i øjeblikket arbejdes der på det europæiske fælles beskatningssystem, CCCTB, hvorved det jo ikke skal medføre konsekvenser at flytte mellem staterne. Den skattemæssige konsekvens af dobbeltbeskatning kan i medfør af CCCTB blive elimineret, når der flyttes på tværs af grænserne. Grænserne vil således skattemæssigt blive ophævet, hvilket er i tråd med CCCTB's grundtanke om at fjerne risikoen for dobbeltbeskatning. CCCTB behandles ikke yderligere.

4.1.3 - Spørgsmålet om lempelse som følge af dobbeltbeskatningen

Selvom den internationale skatteret rummer en række forskellige lempelsesregler ved dobbeltbeskatning, er det særlige dog, at der for selskabet ikke kan foretages nogen lempelse som følge af staternes forskellige værdifastsættelse⁷⁴.

Som det kan udledes af artiklen, TFS 2010.402, vil situationen være den, at begge stater, hhv. fraflytter- og tilflytterstaten, vil påstå at være domicilland til det flyttende selskab. Det danske selskab, som, i det førnævnte eksempel, tilflytter Tyskland, kan forestilles at foretage sin udflytning ultimo år 2016. Ved udflytningen vil selskabet, i perioden frem til flytningstidspunktet, besidde Danmark som domicilland. Når selskabets aktiebesiddelse, som følge af flytningen, er pålagt ophørsbeskatningen og fået ny indgangsværdi, vil selskabet efterfølgende anses for at besidde Tyskland som domicilland, dvs. fra primo 2017 og frem.

Selskabets senere afståelse af aktieposten fx i medio år 2018, med nu Tyskland som domicilland, vil grundet den tyske domicilstatus, ikke kunne indebære nogen form for lempelse, som det kendes fra andre tilfælde af dobbeltbeskatning. Dette skyldes kort sagt, at ingen stat, hhv. Danmark og Tyskland, hvad angår netop denne dobbeltbeskatning, fungerer som kilde- og domicilland overfor hinanden.

Danmark var domicilland frem til ultimo 2016(uden kildeland), og Tyskland fungerer, på realisations-tidspunktet medio 2018, ligeledes som domicilland. Dog besidder selskabet ved realisationen et kildeland i Danmark, men aktieavancen er jo kildelandet uvedkommende, da indtægten herfra alene allokeres til domicillandet, jf. omtalen i tredje hovedafsnit.

De internationale skatteregler hjælper således ikke på dobbeltbeskatningen grundet landenes fælles status som domicilland samt den tidsmæssige forskellighed for afståelsesbeskatningen.⁷⁵

⁷⁴ Thomas Rønfeldt – SPO.2014.213 "Exitbeskatningens EU-retlige paradoks", s. 4-5.

⁷⁵ Ydermere kan et dobbeltdomicilklausul ikke anvendes grundet den tidsmæssige forskydning, jf. Thomas Rønfeldt – SPO.2014.213 "Exitbeskatningens EU-retlige paradoks" s. 5.

En afhjælpning kan muligvis findes i kraft af EU's voldgiftskonvention⁷⁶, som har til formål at modarbejde europæisk dobbeltbeskatning.

Selve behandlingen af denne dobbeltbeskatningsproblematik kan ikke direkte udledes heraf, men konventionen kan påberåbes, således de involverede stater i fællesskab kan forhandle sig frem til en løsning.

At denne dobbeltbeskatningssituation, som konsekvens af forskellig værdiansættelse, kan indtræde må siges at være en væsentlig krænkelse af fællesskabsretten.

4.2 – Exitbeskatning for aktiebesiddelsen som udgår af dansk beskatningsret

Sammenfattende kan det indtil videre konkluderes, at en grænseoverskridende fusions skattemæssige konsekvens for det fraflyttende danske selskab, svarer til en almindelig ophørssituation for aktiebesiddelsen efter FUSL § 15, stk. 4 smh. SEL § 5 i sammenhæng med fusionsskattedirektivet.

Det vil altså sige, at aktier, som ikke henføres til driftsstedet, imødegår den i SEL § 5 omtalte exitbeskatning, idét princippet om skattemæssig succession ikke kan anvendes, da aktiebesiddelsen udgår af dansk beskatningsret.⁷⁷ Fortjeneste og tab medregnes således, ved indkomstopgørelsen for det fraflyttende danske selskab, i medfør af ophørsbeskatningen i SEL § 5.

4.2.1 - Særligt om portefølje-, koncernselskabs- og datterselskabsaktier

Den omtalte skattemæssige konsekvens, exitbeskatning, gælder overordnet set for aktieavancer af alle karakterer. Der realiseres i kraft af fusionen en aktieavance, uanset hvilken type aktieavance der er tale om, eftersom aktien ikke kan allokeres til fraflytterlandets faste driftssted.

Særligt gælder det dog for koncernselskabs-, datterselskabs- og skattefrie porteføljeaktier, at den realiserede aktieavance "på bundlinjen" alligevel ikke ender ud i en skattepligtig afståelsesbeskatning. Der er vel at mærke stadig tale om en realiseret aktieavance, men national ret indeholder hjemmel til at undlade avancer, som udspringer sig fra disse aktietyper, fra afståelsesbeskatning. Skattefriheden er i national ret inkorporeret i ABL §§ 8 og § 9(modsætningsvis). Disse kan af selskabet afstås skattefrit.

Aktietyperne og deres forskelle behandles ikke yderligere, og næste afsnit vil tage hånd om den exitskattemæssige konsekvens og dennes muligheder for det fraflyttende selskabs aktiebesiddelse.

⁷⁶ Lovbekendtgørelse nr. 111 af 21. februar 2006.

⁷⁷ Fusionsskatteloven § 15, stk. 4 - Note 55.

4.3 – Præsentation af henstandsordningen

Det kan for selv de mest velkonsoliderede selskaber forekomme som et dybt økonomisk indgreb at lade sig exitbeskatte af de, ved flytningen, udgående aktiver og passiver.

I stedet for øjeblikkeligt at afholde skattebyrden for hele ophørsbeskatningen, ved udflytningen, er der for exitbeskattede selskaber indført en ordning, som muliggør, at hele skattebetalingen ikke skal svares med det samme, men i stedet gives der mulighed for henstand og derved løbende betaling af skattekravet. Ordningen betegnes fremadrettet ”henstandsordningen,” og står for selskabet valgfrit at anvende.⁷⁸

Muligheden for henstandsordning er indført i kraft af Folketingets vedtagelse, 6. februar 2014, af lovforslag L 91⁷⁹ samt på baggrund af en afsagt dom ved EU-Domstolen i juli 2013, som senere uddybes. Afgørelsen fastslog, at den hidtidige danske praksis, hvorved skattemyndighederne, i medfør af SEL § 8, stk. 4 og 5, ved udflytningen øjeblikkeligt opkrævede exitskat, ikke fandtes i overensstemmelse med fællesskabsretten. Der krævedes altså en mulighed for henstand med skattebetaling for overdragne aktiver og passiver, hvis den nationale regulering skulle være forenelig med fællesskabsretten.⁸⁰

Afgørelsen er essentiel, da den hidtidige praksis således af EU-Domstolen blev underkendt,⁸¹ og afgørelsens hovedtræk vil i næste afsnit blive nærmere belyst.

4.3.1 – Sag C-261/11 – Kommissionens søgsmål mod Danmark af 18. juli 2013

I sagen underkendte EU-Domstolen, som nævnt, skattereglerne i SEL § 8, stk. 4, hvorefter selskaber avancebeskattes på udflytningstidspunktet, når aktiver og passiver overdrages til andre EU eller EØS-stater.⁸² Den hidtidige danske skatteregel rummede ikke mulighed for henstand med skattebetalingen, hvilket afgørelsen væsentligt ændrede.

EU-Domstolen fulgte i sagen Danmarks faste praksis for exitbeskatning af selskabers flytning af aktivitet til anden medlemsstat, men bemærkede dog, at den, ved fraflytningen, opkrævede avanceskat ikke kunne finde sted, da opkrævningen fandtes for restriktiv.⁸³

⁷⁸ Henstandsordningen er valgfri og ikke en pligt, jf. Selskabsskatteloven med noter – (Note 439 til SEL § 26).

⁷⁹ Lovforslag L 91 af 4. december 2013, som førte til lovændringen 6. februar 2014.

⁸⁰ Selve uforeneligheden af straks-opkrævningen omtales nærmere i kandidatafhandlingens femte afsnit.

⁸¹ Beierholm – nyhedsbrev 2014-15 ”Exit-beskatning af selskaber – henstand”
http://www.beierholm.dk/fileadmin/user_upload/pdf/skat/2014/2014-15_exit_beskatning_selskaber_henstand_300614.pdf.

⁸² At hindringen i SEL § 8, stk. 4 bestrider fællesskabsretten følger af præmis 29 smh. 45.

⁸³ Ernst & Young Tax Service, 18. juli 2013 – Danske regler om exitbeskatning af selskaber i strid med EU-retten.

I stedet skulle medlemsstaterne have mulighed for opnåelse af henstand med skatteopkrævningen, hvorved skattebetalingen af exitskatten mod forrentning⁸⁴ blev udskudt, og betalingen således fik en mere lempelig tilvirkning end virkningen af øjeblikkeligt at lade sig exitbeskatte, jf. præmis 37.⁸⁵

Henstandsordningens formål var, at selskaber, som flyttede aktivitet til anden medlemsstat (med exitbeskatning som følge) i højest grad blev behandlet som et selskab, der flyttende aktivitet indenfor samme medlemsstat og derved uden realisationsbeskatning som følge.

Særligt er det dog, at nærværende afgørelse, Sag C-261/11, alene vedrører flytning af dele fra Danmark til udenlandsk fast driftssted eller til hovedkontor i andet EU/EØS-land. Af afgørelsen følger det altså ikke direkte, at anvendelsen omfatter andre flytningsmotive, men praksis har siden hen åbnet for, at henstandsordningen anvendes for grænseoverskridende fusioner med anden medlemsstat, da hovedtrækkene i FUSL § 15 (om grænseoverskridende fusion) svarer til den underkendte regel i SEL § 8, stk. 4 (om ophørsbeskatning af udgående aktiver og passiver).⁸⁶

Henstandsordningens anvendelse på grænseoverskridende fusioner, som er fokuspunktet i kandidatafhandlingen, kan blandt andet udledes af tidsskriftet⁸⁷ *SR 2014.0104 - "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitskat"*.

Kandidatafhandlingens femte hovedafsnit vil følge op på en nærmere behandling af Sag C-261/11 - særligt i lyset af EU-Domstolens holdning til henstandsordning.

4.3.2 - Henstandsordningens ikrafttrædelse

Som "modvægt" til underkendelsen af den tilsidesatte bestemmelse om skatteopkrævning, åbner det nye indhold i SEL §§ 26 og 27 nu en mulighed, således fraflyttende selskaber kan vælge henstand med fraflytterskatten. Henstandsordningen trådte i kraft 1. marts 2014 og tilsigter, med virkning fra og med indkomståret 2013, at imødekomme EU-Domstolens påkrav som følge af den omtalte praksis. Aktiver og passiver af alle typer er omfattet henstandsordningen, og der skelnes i den anledning ikke mellem aktiver af hverken materiel- eller immateriel karakter. Som nævnt vil kandidatafhandlingen alene tage udgangspunkt i aktiebesiddelse som aktivtype i sin videre behandling.

⁸⁴ Det skal nævnes, at de påløbende renteudgifter til henstandsordningen ikke kan fradrages, jf. LL § 17A, jf. artikel TfS 2014.732 - " Exitskat og henstandssaldoen - ... Om ministersvar og lovforklning."

⁸⁵ Af Dansk Erhverv Børsen, 5. november til Skatteministeriet - Lov om ændring af selskabsskatteloven.

⁸⁶ PwC - "Exit-beskatning af selskaber - Danske regler er ikke i overensstemmelse med EU-retten" <http://www.pwc.dk/da/nyt/skat/selskabsskat/exit-beskatning-af-selskaber-uoverensstemmelse.html>.

Marianne Trojahn Kølle - "Exitbeskatning af danske selskaber - i EU-reetligt perspektiv", s. 47

⁸⁷ SR-SKAT - SR.2014.0104 - Henriette Wetke & Kim Wind Andersen "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitskat."

Særligt er det dog, at henstanden kun kan gives, hvis selskabet opfylder en række betingelser, hvilket nærmere omtales i næste afsnit.

4.3.3 – Betingelser for henstandsordningen

Det fraflyttende selskab, som overfører aktiver og passiver til det modtagende selskab i tilflytterlandet, skal være skattemæssigt hjemmehørende i et EU/EØS land. Desuden skal aktiverne og passiverne overføres til et hovedkontor eller fast driftssted beliggende i et medlemsland af EU/EØS. Herudfra kan det konkluderes at både det indskydende- og modtagende selskab kræves at være medlem af EU/EØS. Ejerskabet til aktivet skal stadig foreligge hos selskabet, og de overdragne dele skal således stadig befinde sig indenfor EU/EØS' grænser.

En rettidig selvangivelse skal indgives i året, hvor overførslen sker, og ved indgivelsen skal henstanden samtidig vælges. Derudover skal en henstandssaldo udarbejdes på tidspunktet for aktiverne og passivernes overdragelse, og sidste krav er, at der hvert år, hvor henstandssaldoen er positiv, indgives en dansk selvangivelse til skattemyndighederne.

Selvangivelsen er yderst vigtig. I denne angives der blandt andet årligt, hvor aktiverne, som er omfattet af henstanden, fysisk er placeret i årets ultimo. Såfremt selvangivelsen ikke rettidigt indgives, vil henstandsordningen bortfalde, og det resterende beløb vil, i selskabets disfavør, forfalde til betaling.

4.4 – Henstandssaldoen og "1/7 kravet"

Ved henstandssaldoen forstås den beregnede exitsskat på baggrund af de i indkomståret overførte aktiver og passiver. I tråd med forrige hovedafsnit menes der specifikt avancen fra aktieposten, som ikke kan henføres til det faste driftssted i kildelandet.

Særligt er det, at henstandssaldoen alene vedrører exitsskatten, som opstår på overdragelsestidspunktet. Det vil sige, at hvis yderligere avancer senere pålægges exitbeskatning, kræves der endnu en henstandssaldo, som er skattemæssigt adskilt og separat afvikles i forhold til den første.

Henstandssaldoen skal afdrages i takt med, at de overførte aktiver og passiver oppebærer en indkomst, hvad enten indkomsten stammer fra afkast eller afståelse. Som minimum skal afdraget årligt ske med 1/7 af det oprindelige henstandsbeløb, hvorved afdraget kræves betalt 1. november i det efterfølgende indkomstår. Det vil sige, at hvis fx afkastets størrelse i sig selv ikke opfylder 1/7 skal det resterende beløb særskilt indbetales, således begge beløb til sammen mønstrer 1/7.

Henstandsordningen kan således maksimalt løbe over en 7-årig periode med udgangspunkt i skatten opgjort efter nationale regler.⁸⁸ I tråd med den tidligere omtalte befaling fra EU-Domstolen om at hindre muligheden for uendelig skatteudskydelse, fungerer den 7-årige afviklingsperiode nu som en absolut bagkant for henstandsordningens afvikling. På denne måde er der skabt faste rammer for henstanden, og medlemsstaten undgår at skattebetalingen ikke, illusorisk, vil fortsætte ud i det uendelige. Inkorporeringen af de 7 år som bagkant medfører ligeledes, at sikkerheden i lovforslaget, L 91, for betalingen af exitsskatten indenfor rimelige tidsfrist er opfyldt.⁸⁹

Løbende påregnes der en forrentning af henstandssaldoen,⁹⁰ som ligeledes forfalder til betaling 1. november i efterfølgende indkomstår, jf. SEL § 27, stk. 7.

Det skal dog nævnes, at et selskab til enhver tid, ekstraordinært, kan indfri henstandssaldoens restbeløb,⁹¹ hvilket er beslægtet med de generelle regler om almindelig pengeskyld.⁹² Hvis selskabet vælger at indfri den resterende henstandssaldo, er selskabet naturligvis ikke længere forpligtet til at indsende de omtalte selvangivelser vedrørende flyttede aktiver og passiver.

Hvis det overførte aktiv, dvs. aktieposten, af det modtagende selskab, efterfølgende afhændes eller (internt) flyttes udenfor EU/EØS vil manøvren, i relation til henstanden, sidestilles med afståelse til aktuel handelsværdi ved overførslen. Denne konsekvens følger af SEL § 27, stk. 4. Det er derfor, ved flytningen af aktivet, vigtigt at sondre mellem, hvilke lokaliteter aktivet flyttes til. En intern flytning til andet EU/EØS-land vil ikke udløse den omtalte afståelsesbeskatning af aktivet, men kun såfremt aktivet placeres udenfor EU/EØS' regi fx et fast driftssted i et tredjeland, vil en afståelsesbeskatning realiseres.⁹³

Indtræffer en sådan situation skal avanceskatten afregnes som et afdrag på henstandssaldoen på samme måde som ved en reel afståelse af aktivet. Det vil sige, at hvis henstandssaldoen, på baggrund af en overdraget aktiepost, udgør 100, og aktieposten efter overdragelsen afhændes (eller flyttes til et tredjeland) med en realiseret avanceskat på 20, vil den oprindelige henstandssaldo efterfølgende udgøre 80, som fortsat skal afregnes efter henstandsreglerne.

⁸⁸ PwC – Nyhedsbrev, oktober 2013 "Exit-beskatning af selskaber – Nye regler om henstand med dansk skat" <http://www.pwc.dk/da/nyt/skat/selskabsskat/exit-beskatning-af-selskaber-nye-regler-om-henstand.html>

⁸⁹ Lovforslag 2013/2014 – 91, s. 3.

⁹⁰ Rentesats er nationalbankens diskonto tillagt 1 procentpoint, men mindst 3%

⁹¹ Selskabsskatteoven med noter – (Note 445 til SEL § 27).

⁹² Indfrielsesmuligheden følger ligeledes af bemærkningerne til lovforslaget, L 91 2013/2014, s. 5.

⁹³ SR-SKAT – SR.2014.0104 – Henriette Wetke & Kim Wind Andersen "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitsskat."

FEMTE AFSNIT – EU-DOMSTOLEN OM HENSTANDSORDNINGEN

5.1. Domsanalyse af exitbeskatning og henstand i forhold til EU-retten

Afsnittet vil belyse EU-Domstolens definition samt holdning til henstandsordninger gennem tiden på baggrund af afsagt praksis.

5.1.1 – C-9/02 - Hughes de Lasteyrie du Saillant – af 11. marts 2004

Sagen omhandler franske skatteydere, som havde haft skattemæssigt hjemsted i Frankrig i 6 år, ud af en 10-årig periode, og som følge af national ret blev afståelsesbeskattet af sine urealiserede avancer, såfremt skatteyderen flyttede sit skattemæssige hjemsted ud ad Frankrig.

Særligt ramte skattereglen borgeren Hughes de Lasteyrie du Saillant, som i 1998 fraflyttede Frankrig med henblik på at bosætte sig i Belgien. For du Saillant's vedkommende var statens betingelser for fraflytningsbeskatning opfyldt, og du Saillant blev således afståelsesbeskattet af sin realiserede aktieavance ved fraflytningen.

Med påstanden om annullering af skattebestemmelsens retskraft, anlagde du Saillant sag hos Conseil d'État, idét han mente, at myndigheden havde overskredet sine beføjelser samt at bestemmelsens indhold bestred fællesskabsretten.⁹⁴ Sagsanlægget fik den franske stat til at forelægge EF-Domstolen (herefter EU-Domstolen) det præjudicielle spørgsmål om hvorvidt, skatteopkrævningen var i strid hermed.

I fransk hjemmel fandtes der hjemmel om henstand med opkrævningen af exitbeskatten, indtil de exitbeskattede aktiver blev realiseret. Der forelå følgende betingelser for henstanden – at den beregnede avance blev selvangivet, at der blev anmodet om henstand, at der blev udpeget en repræsentant i staten,⁹⁵ samt at der blev stillet en bagvedliggende sikkerhed for skatteopkrævningen. Sidstnævnte krav, om sikkerhedsstillelse, har været et meget centralt omdrejningspunkt i EU-rettens lys over exitbeskatning.

EU-Domstolen konstaterede, at der forelå en stor forskel på en borger, der flyttede hjemsted fra sit territorium sammenlignet med borgere, som, modsætningsvis, beholdt hjemstedet i den franske stat. I førstnævntes tilfælde kunne yderste konsekvens være, at exitbeskatningen, for den fraflyttende borger, kunne forekomme så voldsom, at borgeren afholdt sig fra sin udflytning alene grundet skattehensynet. Domstolen fastslog således, at exitbeskatningen, ved flytningen af det skattemæssige hjemsted, udgjorde en restriktion i strid med fællesskabsretten.

⁹⁴ Thomas Rønfeldt - TfS 2010.402 - "Dobbeltdomicil – en pseudo-problemstilling for fraflytterbeskatning..."

⁹⁵ Repræsentantens havde i sin bemyndigelse til opgave at modtage meddelelse om bl.a. opkrævning.

I samme ombæring tog EU-Domstolen også stilling til kravet om sikkerhedsstillelse. Domstolen fandt, at et generelt krav om sikkerhedsstillelse, i sig selv, var for restriktivt. Når aktivet er pantsat som sikkerhedsstillelse, vil borgeren jo egentlig være afskåret fra at råde over sit aktiv til fx pantsætning for andre forpligtelser.⁹⁶ Desuden er der ofte høje omkostninger forbundet med pantsætning, og sikkerhedsstillelseskravet ville bl.a. også derfor være for indgribende. Domstolens udtalelse følger af afgørelsens præmis 47.

Til trods for at afgørelsen omhandler du Saillant, som fysisk person, har afgørelsen efterfølgende tillige virkning for selskabers vedkommende, som exitbeskattes, hvilket Kommissionen tilkendegav i meddelelsen, Kom (2006) 825 af 19. december 2006.

5.1.2 – C-470/04 - N-dommen – af 7. september 2006

Sagen er nært beslægtet med den føromtaltede afgørelse, C-9/02, "du Saillant," da sagen ligeledes omhandler beskatning af urealiserede aktieavancer ved fraflytning.

Omstændighederne var således, at "N" i år 1997 fraflyttede bopælen i Holland med henblik på at etablere sig i Storbritannien. N besad en stor aktiepost i 3 hollandske kapitalselskaber og blev ved fraflytningen beskattet af aktieposternes urealiserede avancer.

De hollandske skattemyndigheder gav henstand med skattebetalingen i 10 år, men betingede sig, trods afgørelsen om du Saillant, i samme ombæring sikkerhedsstillelse, hvilket N svarede med pant i en af sine 3 aktiebesiddelser. I lyset af "du Saillant"-dommen krævede N efterfølgende den pantsatte aktie frigivet, men hertil var de hollandske skattemyndigheder uenige. Skattemyndighederne var af den overbevisning, at sikkerhedsstillelsen faktisk kunne kræves alligevel.

Identisk med "du Saillant-dommen" blev sagen ligeledes rejst ved EF-domstolen med henblik på en afklaring af spørgsmålet, og EU-Domstolen fandt i sagen ligeledes, at sikkerhedsstillelseskravet var for restriktivt et indgribende overfor den fraflyttende borger.⁹⁷

Det følger af dommens præmis 51, at sikkerhedsstillelseskravet af Domstolen ikke fandtes proportionalt, når skattebetalingen jo kunne tilsikres staten ved brug af langt mindre restriktive foranstaltninger.⁹⁸ Dvs. foranstaltninger som ikke nødvendigvis fratog borgeren sin ejendomsret over et givent aktiv. Afgørelsens slutning blev den, at N blev kontakttet af de hollandske skattemyndigheder med tilkendegivelsen om, at den pantsatte aktiebesiddelse nu var frigivet.

⁹⁶ Thomas Rønfeldt – "Skatteværn og EU-frihed" s. 508.

⁹⁷ Thomas Rønfeldt - TfS 2010.402 - "Dobbelt domicil – en pseudo-problemstilling for fraflytterbeskatning..."

⁹⁸ Thomas Rønfeldt "Skatteværn og EU-frihed" s. 514.

5.1.3 – C-371/10 – National Grid Indus – 29. november 2011

Sagen omhandler et hollandsk selskab, NGI. Selskabet havde vedtægtsmæssigt hjemsted i Holland, men ønskede at flytte hovedsædet til Storbritannien. NGI blev ved flytningen avancebeskattet af urealiserede avancer. Sagen blev først indbragt for de hollandske myndigheder, hvorefter sagen ved EU-Domstolen blev rejst med en række præjudicielle spørgsmål – heriblandt spørgsmålet om opkrævningen af exitskattens forenelighed.

Hertil anførte Kommissionen, at opkrævningen ikke ansås som værende det mindst indgribende tiltag. I tråd hermed udtrykte Domstolen ligeledes, at den øjeblikkelige opkrævning gik ud over, hvad syntes nødvendigt for formålets sikkerhed, og derfor bestred straks-opkrævningen altså fællesskabsretten, jf. præmis 86.

En henstandsordning, hvor selskaberne i staternes nationale lovgivning fik valgret mellem øjeblikkelig skattebetaling eller udskydelse af denne, på samme vis som fysiske personer, fandtes mere lempelig og egnet til fællesskabsretten.

I modsætning til de tidligere nævnte afgørelser, "du Saillant" og "N," adskiller NGI-afgørelsen sig, idét NGI-afgørelsen omhandler exitbeskatning af juridiske- frem for fysiske personer. Derved er NGI-afgørelsen særlig vigtig, idét afgørelsen understregende fastslår, at kerneområdet i "du Saillant" og "N" ligeledes gælder udflyttende selskaber.

5.2 – Sammenfattende om EU-Domstolens synspunkt

De ovenstående afgørelser er meget centrale for exitbeskatningens historie. Afgørelserne er vigtige, både fordi afgørelserne omhandler første gang, at EU-Domstolen har taget stilling til exitbeskatningens forenelighed med fællesskabsretten, men også grundet at afgørelsernes præjudicielle virkning danner praksis for den nuværende behandling for exitbeskattede selskaber.

Sammenfattende blev konsekvensen af Sag C-9/02 – "du Saillant" og Sag C-470/04 – "N", at en række stater, herunder Danmark, ændrede den administrative praksis for skatteopkrævningen. Staterne krævede nu ikke længere sikkerhedsstillelse for skattebetalingen ved fraflytning, og skattemyndighederne måtte alene søges sig fyldestgjort i exitskatten fra fraflyttende personer, da sikkerhedsstillelsen i EU-Domstolens optik var for restriktiv, og opkrævningen jo kunne nås ved brug af langt mildere tiltag.

En principiel opkrævning af bankgaranti for betalingen af exitskatten omfattes samme forbud, hvilket skyldes, at opkrævningen heraf ligeledes vil fratage den skattepligtige råderetten over formuegodet, der stilles som sikkerhed, og derfor forekommer for restriktiv. Fraflytterstaten skal primært selv bære risikoen

forbundet med exitskattens opkrævning, men stadig tage hensyn til, om bankgarantien synes nødvendig i forhold til risikoen ved exitskattens opkrævning i en konkret vurdering.⁹⁹

Selve exitskattebetalingen fandtes i sig selv ikke i strid med grundlæggende fællesskabsretlige principper, men en øjeblikkelig opkrævning af exitskatten fandtes ligeledes for restriktivt et indgreb overfor skatteyderen (samt selskabet), som ønskede at fraflytte sin medlemsstat.

Dette blev særligt understreget på baggrund af C-371/10 – Grid, der som nævnt konkluderer, at forbuddet mod den øjeblikkelige opkrævning såvel gælder fysiske- som juridiske personer. Grid-dommens konklusion underbygges i Sag C-261/11 – Kommissionen mod Danmark, som nærmere blev behandlet i fjerde hovedafsnit.

For ikke at bestride fællesskabsretten, på begge nævnte områder¹⁰⁰, måtte medlemsstaterne i stedet indføre henstandsordninger (uden sikkerhedsstillelse), således den skyldige exitskat løbende kunne svares og derved forekom mildere - i tråd med omtalen i fjerde hovedafsnit samt udfaldet af Sag C-261/11. En henstandsordning med løbende betaling var ifølge EU-Domstolen forenelig med fællesskabsretten.

Kandidatafhandlingen vil fortsættende belyse EU-Domstolens holdning til henstand - særligt Danmarks tiltag i hensigten om en bedre ordning.

5.3 – C-261/11 – Afgørelsens indflydelse og harmoni

Afgørelsens hovedtræk er tidligere behandlet, men i dette afsnit vil afgørelsens indflydelse nærmere blive belyst. Afgørelsen er særlig, da den danske skattelovgivning som følge heraf blev væsentligt ændret.

Som nævnt i fjerde hovedafsnit hjemlede selskabsskatteoven, indtil afgørelsen, altså ikke mulighed for henstand, og loven beskrev derfor kun den øjeblikkelige skatteopkrævning ved selskabers fraflytning,¹⁰¹ som jo fandtes uforeneligt med fællesskabsretten.

Det var EU-Domstolens befaling, at medlemsstater, i egen national lovgivning, fik mulighed for at inkorporere sine individuelle krav til en henstandsordnings skattebetaling, men særlig vigtigt var det, at der i den nationale regulering tilsikredes, at skattebetalingen ikke kunne udskydes i det uendelige. Herved forstås et sæt faste rammer for skattebetalingens afvikling.

⁹⁹ Udledt af C-164/12, præmis 65-69 (som senere behandles) sammenholdt med "du Saillant" - C-9/02, præmis 47 og "N-dommen" - C-470/04 præmis 36.

¹⁰⁰ Hverken hvad angår sikkerhedsstillelse eller den øjeblikkelige opkrævning.

¹⁰¹ Dvs. overdragelse af aktiver og passiver til andre EU/EØS-lande og som ikke kunne henføres til driftsstedet.

En nærmere udformning af henstandsordningen kan af afgørelsen ikke direkte udledes, men Danmark valgte på baggrund af afgørelsen at tilbyde selskaber, med udflyttende aktivitet, muligheden for at anvende en henstandsordning for en 7-årig periode, og med denne justering blev de danske regler mere harmoniseret med EU-Domstolens praksis.

I lyset af "du Salliant" og "N" var det, for skattebetalingens vedkommende, særligt vigtigt at tage afstand fra sikkerhedsstillelsen, den øjeblikkelige opkrævning, og i stedet søge sig fyldestgjort i alene henstandsordningen, som løbende afvikles med indtægt fra afkast og afståelse. I denne ombæring kan der stilles spørgsmålstejn til afviklingsgrundlagets karakter, altså hvorvidt henstandssaldoen til staten udgør en skattebetaling eller gældsforpligtelse.

Spørgsmålet er særligt interessant, eftersom en omkvalificering af skatten til gæld vil synes at besværliggøre modregningsadgangen for afståelsesskatten fra udlandet.

5.3.1 – Spørgsmålet om afviklingsgrundlagets karakter

Af lovforslaget L 91 2013/2014, fremsat 4. december 2013 af tidligere skatteminister, Holger K. Nielsen, følger det, at skattebetalingen udgør en gæld til den danske stat, hvorpå afviklingen sker med udgangspunkt i den gældende skattesats for indkomståret, hvori afdraget foretages. I lovforslagets bemærkninger er ordlyden nemlig følgende:

"Den beregnede skat indgår på henstandssaldoen og anses for en gæld, der skal afdrages og forrentes"
- Bemærkninger til SEL § 27 i L 91 2013/2014, s. 5

Indholdet underbygges ligeledes i artiklen SR.2014.0104,¹⁰² der, i samklang med lovforslaget, ligeledes omtaler afviklingsgrundlaget som gældsforpligtelse. En gældsforpligtelse i form af en henstandssaldo, der løbende afdrages i takt med aktivernes afkast, indkomst ved afståelse i udlandet samt naturligvis 1/7 af henstandsbeløbet som minimum, jf. SEL § 27, stk. 2.

Der kan i denne forbindelse stilles spørgsmålstejn ved, hvorvidt konvertering af skattebetalingen til gæld besværliggør den senere modregningsadgang, hvis altså den udenlandske skat skal bruges som modregning i den danske gæld. Henstandssaldoen har jo nu karakter som en simpel fordring (som endda forrentes), og spørgsmålet er, hvorvidt modregning kan ske, når disse typer ikke er udjævnelige.

¹⁰² "SR-SKAT – SR.2014.0104 – Henriette Wetke & Kim Wind Andersen "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitsskat."

For besvarelsen af dette spørgsmål, er det vigtigt at skille den tyske skattebetaling fra, hvad der præcist menes med betalingen, som den danske stat vil have del i.

I den danske 1/7-ordning er der tale om løbende afdrag på henstand, som er givet for en realiseret skattebetaling ved udflytningen. Dermed er der i Danmark tale om afdrag på en gæld og ikke en reel beskatning af den indtægt, som det henstandspålagte aktiv oppebærer.

I medfør af SEL § 27, stk. 2 smh. SEL note 446 ønsker den danske stat blot at tilsikre sig den beskatning, som kan "allokeres" til aktieposten og alligevel ville tilfalde Danmark, hvis aktieposten ikke var blevet overført og stadig forblevet på dansk territorial. Betalingen til Danmark beregnes altså på baggrund af avancen med udgangspunkt i den danske nugældende skatteværdi, og betalingen sker selvstændigt og afsides fra den tysk skyldige aktieskat, som også foreligger. Hvad den tyske skattesats udgør er for så vidt den danske henstandsordning uvedkommende, men har naturligvis en betydning for den tyske skyldige aktieskat.

Der kan til illustration heraf forestilles eksemplet, hvor aktieposten ved selskabets flytning til Tyskland henstandspålægges med en saldo på 300, og i Tyskland efterfølgende afstås med en realiseret avance på 100. Da selskabet, som afstår aktieposten, nu er fuldt skattepligtig til Tyskland, vil det nye domicilland naturligvis have del i denne beskatning. Såfremt den tyske skattesats er 22% (tilsvarende den danske), vil en skattebetaling på 22 ud af avancen på 100 tilfalde Tyskland. Som nævnt vil Danmark ligeledes have interesse i den tyske avance, med henblik på henstandssaldoens nedbringelse, hvilket også udgør 22% af den tyskrealiserede avance på 100, idét der jo tages udgangspunkt i den danske nugældende skattesats – dvs. også en betaling på 22.

Af den realiserede avance på 100 er der således sket en betaling på 22 to gange.

Aktieavancens resterende beløb udgør 56, mens henstandssaldoen ultimo udgør 278.¹⁰³

En reel modregning, af den tyske betalte aktieskat i den danske skyldige henstandssaldo, er der således ikke tale om. Der sker blot to afregninger af en realiseret avance – tysk aktieskat og dansk afdrag.

5.3.1.1 – Kort om dobbeltbeskatning og credit ved aktiepostens afståelse

I samme ombæring skal det nævnes, at muligheden for credit af denne "dobbeltbeskatning" ligeledes frafalder, trods beskatningen i udlandet sker af samme afkast. Frafaldet skyldes igen, at løbende afdrag på henstandssaldoen ikke i Danmark anses som beskatning.

¹⁰³ Minimumsafdraget er ganske vist 1/7, dvs. 42,8, men dette udelades af hensyn til eksemplets simpelhed.

Det vil sige, at aktiepostens realiserede avance i Tyskland ligeledes ikke, i Danmark, vil anses som en beskatning (ud fra et lempelsessynspunkt), når avancen fra Tyskland afregnes i den danske henstandssaldo. Den danske beskatning er jo én gang blevet realiseret, ved udflytningen, og henstandssaldoens efterfølgende nedtrapning sker, som nævnt, blot i form af afvikling på den gæld, som henstandssaldoen påviser.

Dobbeltbeskatning og lempelse forudsætter at samme indtægt reelt er beskattet to gange, men eftersom der er tale om hhv. tysk aktieskat og dansk afdrag på skyldig (samt tidligere realiseret) fraflytterskat, kan reglen for credit ikke siges at være opfyldt.¹⁰⁴

Credit-lempelse behandles i kandidatafhandlingen ikke yderligere.

¹⁰⁴ C.H.2.1.11.8.1 – ”Henstand med fraflytterskatten.” - http://www.tax.dk/jv/ch/C_H_2_1_11_8.htm.

5.4 – Analyse af henstandsbegrebet ud fra EU-Domstolens hidtidige praksis

Dette afsnit vil tilsigte at besvare, hvad der i EU-Domstolens optik forstås ved begrebet henstandsordning. Fastlæggelsen er essentiel, da det herudfra kan fastlægges, hvorvidt den danske henstandsordning er forenelig med fællesskabsretten. EU-Domstolens tidligere praksis vil agere pejlemærke for analysen.

5.4.1 – Henstandsperioden i Sag C-164/12 – DMC Beteiligungsgesellschaft mbH

Sagen vedrører en selskabsomdannelse fra den tyske selskabsform KG, tilsvarende det danske kommanditselskab, til et østrigsk GmbH, tilsvarende det danske anpartsselskab. Der blev i Tyskland, efter omdannelsen, ikke efterfølgende statueret fast driftssted, hvilket medførte beskatning ved selskabets landeflyt, i tråd med kandidatafhandlingens omtale af fusionsskattedirektivets frafald.

Afgørelsen omhandler primært problemstillinger med værdiansættelsen, hvilket af hensyn til kandidatafhandlingens fokuspunkt ikke yderligere omtales, men særligt er det, at der i tysk skattelovgivning, tilsvarende dansk ret, foreligger en mulighed for henstand af exitsskatten. Henstandsperioden udgør i Tyskland dog blot 5 år og i afgørelsen udtaler EU-Domstolen, at henstandsperioden var følgende:

“en passende og proportional foranstaltning med henblik på at virkeliggøre formålet om at opretholde fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.”
- Sag C-164/12, præmis 62.

Heraf kan det udledes, at EU-Domstolen fandt henstandsperioden rimelig i forhold til sagens omstændigheder og på baggrund af fællesskabsrettens udviklingstrin ved dommens afsigelse.

For fastlæggelsen af den danske henstandsperiodes forenelighed med fællesskabsretten, er det nødvendigt at sætte denne afgørelse i forhold til en nyere afsagt dom, C-657/13, hvor EU-Domstolen tog stilling til en henstandsordning med længere afviklingsperiode.

5.4.2 - Henstandsperioden i Sag C-657/13 – Verder LabTec GmbH & Co. KG

Sagen vedrører et tysk kommanditselskab, som internt havde overført aktiver til sit driftssted i Holland. Overførslen medførte beskatning af ikke-realiserede avancer og EU-Domstolen tog, på samme vis som i Sag C-164/12, stilling til henstandsperioden, som i sagen var 10 år.

EU-Domstolen understreger indledningsvis, at den 5 årige henstandsperiode fra forrige afgørelse, Sag C-164/12, findes rimelig. Interessant er det dernæst, at det i samme præmis er anført, at en skatteopkræv-

ning på 10 år(som den i sagen omhandlende) ligeledes betragtes som en rimelig foranstaltning. Præmissens ordlyd er følgende:

“En opkrævning af skatten på ikke-realiserede kapitalgevinster i rater over ti år, således som den i hovedsagen omhandlede, kan... dermed kun betragtes som en foranstaltning, der står i et rimeligt forhold til at nå dette formål.

- Sag C-657/13, præmis 52.

5.4.3 – Sammenfattende om henstandsperioden

På baggrund af ovenstående domme, hhv. Sag C-164/12 og C-657/13, må rammen for EU-Domstolens accepterede henstandsperiode siges at være lagt.

Kandidatafhandlingen vil fortsætte analysen af henstandsordningens forenelighed ud fra spørgsmålet om renteopkrævning.

5.5.1 – Renteopkrævning i Sag C-371/10 - National Grid Indus

Denne tidligere nævnte, hollandske afgørelse fra 2011, var første gang EU-Domstolen forholdt sig til renteopkrævning ved henstand.

I afgørelsen udtalte EU-Domstolen, at henstand af exitbeskatning med rentetilskrivning udgør en foranstaltning, der er både egnet til at sikre den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, og som stadig forekommer mindre indgribende end den øjeblikkelige betaling af exitskatten. Ordlyden følger af præmis 73.

Det kan herfra udredes, at EU-Domstolen ved domsafsigelsen ikke finder rentetilskrivning i strid med fællesskabsretten, såfremt rentesatsen er udmålt på baggrund af statens gældende lovgivning.

5.5.2 – Renteopkrævning i Sag C-38/10 – Kommissionen mod Portugal

I afgørelsen udtaler EU-Domstolen, tilsvarende forrige Grid-afgørelse, at rentetilskrivning af skyldig, udskudt indbetalt exitskat, ligeledes udgør en mindre foranstaltning. Ordlyden følger af afgørelsens præmis 32, som understregende henviser til Grid-dommens præmis 73(omtalt i afsnittet ovenfor).

Den portugisiske afgørelse blev afsagt 6. september 2012, og EU-Domstolens syn på rentetilskrivning fra Grid-dommen må i det forløbne år stadig siges at bestå.

5.5.3 – Renteopkrævning i Sag C-164/12 - DMC Beteiligungsgesellschaft mbH

Afgørelsen fra 2014 er den nyest kendte sag, hvorfra EU-Domstolens synspunkt til rentetilskrivning kan udledes. Sagens hovedtræk er tidligere omtalt, men fra afgørelsen kan de aflæses, at EU-Domstolen stadig ikke finder rentetilskrivning af exitskattens henstandsordning fællesskabsstridigt.

Det fastholdte synspunkt kan særligt udledes af afgørelsens præmis 61. Fordi præmissen underbyggende henviser til både Grid-dommens præmis 73 og præmis 32, fra Kommissionen mod Portugal, fastslår nærværende præmis 61, at rentetilskrivning i henhold til national lovgivning stadig kan ske.

5.5.4. - Sammenfattende om renteopkrævning

I de 3 ovenforstående afgørelser taler EU-Domstolens sit klare sprog.

Såfremt rentetilskrivningen af den henstandspålagte exitskat, som af den udflyttende selv er valgt, sker på baggrund af den nationale lovgivnings gældende skattesats, finder EU-Domstolen ikke rentetilskrivningen fællesskabsstridigt på det nuværende udviklingstrin.

5.6 - Afkastkrav i Sag C-371/10 - National Grid Indus og sammenfatning

EU-Domstolens definition af afkastkrav kan, i modsætning til henstandslængde og afdragsperiode, ikke direkte udledes på baggrund af den hidtidige praksis, idét EU-Domstolen ikke har udtalt sig konkret herom.

”Grid-dommen” er tilnærmelsesvis den afgørelse, som lægger sig tættest op ad begrebet afkastkrav, og derfor spiller afgørelsen igen en central rolle for denne omtale.

Det følger af afgørelsens præmis 73, at en selvvalgt udskudt betaling af exitskatten(dvs. henstandsordning), der om fornødent indebærer en administrativ byrde for selskabet, med udflyttende aktiver, udgør en foranstaltning, som er mindre indgribende end straks-opkrævet exitskat.

EU-Domstolens holdning til forbundne administrative byrder er således fuldstændig i tråd med holdningen til rentetilskrivning, og administrative byrder må herudfra ligeledes anses for at være anerkendt. Interessant er det derfor at sættes spørgsmålstegn ved, hvorledes afkastkrav falder under, hvad EU-Domstolens definerer som ”administrative byrder.”

Kortfattet besvares spørgsmålet med, at ”administrative byrder” og ”afkastkrav”(dvs. decideret aflæggelse af, hvad der svarer til skyldig dansk udbytteskat) ikke definatorisk findes at stå i konnekst forhold til hinanden. Svaret begrundes i, at hvad der forstås ved en administrativ byrde, i et objektivi perspektiv, nærmere giver anledning til en opfattelse af, hvad der fx forstås som stiftelses- og afviklingsudgifter i forbindelse med gældsforholdet. Dvs. udgifter som direkte og indirekte står i nær forbindelse med afholdelsen af den 7 års afvikling, som er udmålt ved begyndelsestidspunktet. Dermed anses EU-Domstolens fortolkning af ”en administrativ byrde” generelt ikke for at omfatte det løbende aktieudbytte, og afgørelsen er dermed ikke anvendelig som pejlemærke for EU-Domstolens definition.

Afgørelsen er den eneste, i EU-Domstolens hidtidige praksis, hvorfra afkastkravdefinitionen kan ansøres. Af denne grund danner afsnittets omtale ligeledes sammenfatning af afkastbegrebet, og kandidatafhandlingen vil herefter fortolke den danske henstandsordnings position i det fælleskabsretlige lys.

5.7 – Henstandsordningens forenelighed med fællesskabsretten

Idét EU-Domstolen ikke har givet klare retningslinjer for, hvilke typer af henstandsordninger (samt deres indhold), som accepteres¹⁰⁵, er det således vanskeligt præcist at udlede, hvorvidt den nuværende danske henstandsordning er foreneligt med fællesskabsretten.

Dette afsnit tilsiger at besvare spørgsmålet, om foreneligheden, ud fra en samlet vurdering af kandidatafhandlingens hidtidige analyse af henstandsbegrebet.

Ad 1) Henstandsperiodens længde

Den danske henstandsperiode på 7 år placerer sig, nærmest præcist, indenfor et af praksis påvist område, og på baggrund af perioden må henstandsordningen siges at være forenelig med fællesskabsretten.

Perioden svarer til immaterielle aktivers afskrivningsperiode på baggrund af afskrivningsloven,¹⁰⁶ og længden er hverken for smal eller bred i forhold til EU-Domstolens nuværende praksis. Som supplement hertil kan det i samme ombæring også nævnes, at Kommissionen i sin omtalte skrivelse, af 21. januar, ligeledes ikke kritiserer tilbagebetalingsperioden.

Ad 2) Henstandsordningens renteopkrævning

Interessant er det at stille spørgsmålstejn ved, hvorvidt afviklingsgrundlaget overhovedet må forrentes. EU-Domstolen fjernede jo i sin tid kravet om sikkerhedsstillelsen med hensigten om at gøre betalingen mere medgørlig. Dermed blev der også taget afstand til de tunge omkostninger, sikkerhedsstillelse medfører, som kunne fordyre skattebetalingen.

En rentebetaling må jo i høj grad siges at være et omkostningstungt moment, og spørgsmålet er således, om den af EU-Domstolen ønskede omkostningsmæssige forskel reelt opnås, når det samtidig følger af præmis 18¹⁰⁷ i Sag C-261/11, Kommissionen mod Danmark, at staten har ret til opkrævning af rentebetalingen fra tidspunktet, aktiverne udbringes af det danske territorium. Spørgsmålet er altså, hvor foreneligt denne omkostningstunge affære egentlig er i det fællesskabsretlige lys, særligt når det erindres, bl.a. af omkostningsmæssige årsager ikke var tilladt.

Kommissionen har desuden, i en skrivelse¹⁰⁸ af 21. januar 2014, anført en række forskellige indvindinger mod disse nye exitskatteregler – heriblandt spørgsmålet om rentebetaling.

¹⁰⁵ Deloitte, april 2015 – Global Employer Service – "Generel exitskat på aktiver," s. 6
SU 2013.369 – "Exit-beskatning: Lovudkast i høring."

¹⁰⁶ SR.2014.0104 – "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitskat" smh. AL § 40.

¹⁰⁷ "Kongeriget Danmark har subsidiært gjort gældende, at medlemsstaterne har ret til at kræve betaling af renter af det fastslåede beløb for skatten af kapitalgevinsten samt en bankgaranti fra det øjeblik at regne, hvor aktiverne forlader dansk område, og indtil skatten betales." – ordlyden af C-261/11, præmis 18.

¹⁰⁸ Kommissionens j.nr. (2013)4065303 – findes i bilag 6 til Folketingets behandling af det omtalte L 91.

Generelt anser Kommissionen nemlig ikke reglerne for at være i overensstemmelse med fællesskabsretten, men lovforslaget blev som følge heraf ikke ændret, da den danske regering var uenig heri.¹⁰⁹

Det blev i skrivelsen anført, at renteopkrævningen vil medføre, at medlemsstaten både definitivt opgør beløbet for skattebetalingen straks ved flytningen, samt opkræver det skyldige beløb på tidspunktet, altså i form af rentebetalingen. I dette lys påstår Kommissionen, at når EU-Domstolen generelt finder øjeblikkelig opkrævning uforholdsmæssig, må betragtningen af renteopkrævning være den samme.

Der kan i denne forbindelse trækkes en parallel til den luxembourgiske skattelovgivning, hvori der hverken kræves afdrag, forrentning eller sikkerhed, men i stedet lader skattebetalingen forfalde ved afståelsestidspunktet.¹¹⁰ Disse regler er udformet som reaktion på Sag 371/10 – Grid.

På baggrund af ovenstående omtale finder kandidatafhandlingen generelt ikke rentebetalingen foreneligt med fællesskabsretten. Spørgsmålet om (decideret) renteopkrævningens forenelighed har¹¹¹, på nuværende tidspunkt, endnu ikke været behandlet hos EU-Domstolen, men spændende bliver det, hvor længe der går, før spørgsmålet bliver rejst.

Ad 3) Henstandsordningens afkastkrav

Ligeledes fremgår det af Kommissionens skrivelse, at afkastkrav, altså afdrag i takt med afkast, citat:

“... står i misforhold (...) hvis oppebærelse af udbytte eller anden indtægt knyttet til aktivet udløser betaling af et afdrag på skatten...”

Kommissionen begrundet misforholdet i, at det anvendte afkast jo ville tilfalde modtageren (fx selskabet), hvis denne var forblevet hjemmehørende i Danmark. I dette lys vil hensigten om at sidestille hhv. fraflyttende med ikke-fracflyttende jo ikke synes at være gældende, når altså en fraflyttende yderligere skal ”berøves” i sit modtaget afkast.

Kandidatafhandlingen tiltræder dette synspunkt, eftersom hhv. fraflyttende og ikke-fracflyttende, ved pålagt afkastkrav, ikke sidestilles efter den fællesskabsretlige hensigt.

I tråd hermed finder kandidatafhandlingen også, at når henstandsordningen ligefrem ”reserverer” kommende aktieudbytte til gældsafvikling foretages der et indgreb i råderetten, som ikke burde

¹⁰⁹ SR.2014.0104 smh. Ole Tofts brev af 29. januar 2014 til Europa-Kommissionen, bilag 6, L 91 (2013/14).

¹¹⁰ Liselotte Madsen & Erik Werlauff – TfS 2014.184 ”Selskabers exitskat fortsat i støbeskeen.”

Erik Werlauff – ”Selskabsskatteret 14/15”, s. 599.

Skat Udland 2013.201 – ”Luxembourg – exit-beskatning.”

¹¹¹ Spørgsmålet om renteopkrævningens forenelighed blev subsidiært fremlagt EU-Domstolen i Sag 261/11, ”Kommissionen mod Danmark”, men EU-Domstolen tog i sagen ikke stilling hertil, jf. præmis 18 - SU 2013.369 – ”Exit-beskatning: lovudkast i høring.”

anerkendes, særligt når det erindres, at sikkerhedsstillelse fandtes for restriktivt. Afviklingen af exitskatten sker naturligvis hurtigere, når afkast anvendes til nedskrivning, men det bør stadig overvejes, om denne hurtigere gældsafvikling står i mål med generne, det medfører for selskabet.

Afkastkravet må siges at være henstandsordningens mest vidtgående krav. Foruden ovenstående pålægges det fraflyttende selskab også at foretage indhentning af oplysninger om det overførte aktiv, således beregningen af afkastet korrekt kan foretages, hvilket igen for selskabet kan forekomme ressourcefuldt.

EU-Domstolens udtalelse i "Grid-dommen" kan, som nævnt, ikke besvare spørgsmålet om forenelighed, idét der alene accepteres "visse administrative byrder," men når afkastkravet vurderes i et samlet lys, synes, hvad før var fordelene ved henstand, frem for straks-beskatning, hurtigt at blive forringet af kravet om fx "reserveret aktieudbytte."

På baggrund af afkastkravets indgribende karakter og medfølgende ressourcekrævende følger, finder kandidatafhandlingen ikke afkastkravet proportionel med fællesskabsretten og dens formål om at stille exitbeskattede selskaber som om flytning ikke var sket.

5.8 – Sammenfatning af foreneligheden

Når ovenstående elementer sammenfattes, gives der nemt anledning til spørgsmålet om, hvorvidt henstandsordningens samlede krav overhovedet forekommer mindre byrdefuldt end, hvad en exitbeskatning uden henstand i sig selv vil indebære. Som det erindres, var en mere medgørlig ordning, end den øjeblikkelige exitskattebetaling, jo fremsagt som betingelse af EU-Domstolen, jf. præmis 37 i Sag 261/11 – "Kommissionen mod Danmark."¹¹²

Henstandslængden findes ikke i sig selv i strid med fællesskabsretten, men til gengæld vil alene afkastkravet være et moment, som afholder mange fra at benytte sig af ordningen.

Rentetilskrivningen, set over henstandens samlet periode, vil for selskabet indebære en stor omkostning, som hos de fleste selskaber udgør en negativ indflydelse i den daglige drift, og at udgifterne ikke er fradragsberettigede gør ikke just ordningen mere attraktiv. Ydermere rentepålægges jo også avancer fra aktiver, som måske endda aldrig afstås¹¹³, hvilket især ikke balancerer, når der sammenlignes med straks at afholde exitskatten som alternativ. Såfremt selskabet med disse aktiver var forblevet i Danmark, ville denne avancebeskatning jo aldrig blive udløst, og dermed kan behandlingen af hhv. fraflyttende og ikke-fracflyttende i særdeleshed ikke siges at være ens(i tråd med hensigten bag ordningen).

¹¹² SR-SKAT – SR.2014.0104 – Henriette Wetke & Kim Wind Andersen "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitskat."

¹¹³ Der påtænkes særligt immaterielle aktiver.

Den danske stat burde indrette sig mere fællesskabsvenligt og delvist lade sig inspirere af henstandsordninger fra andre stater – fx den tidligere omtalte luxembourgiske, den svenske eller den tyske model(kort omtalt nedenfor), som alle forekommer mere tiltrækkende.

Faste rammer for afviklingen er naturligvis et nødvendigt element, idét afviklingen for skattegælden ikke illusorisk skal løbe i det uendelige som tidligere omtalt, men i tråd med omtalen ovenfor, bør aktiver med blivende karakter(dvs. aktiverne som ikke er bestemt til at blive realiseret) tillægges en særskilt henstandsperiode. Et tiltag kunne være at lade disse aktiver henstandspålægge helt indtil et evt. afståelsestidspunkt, hvorved der hverken af disse løbende opkræves rente, afdrag eller evt. afkast. På baggrund af Sag C-261/11 står muligheden for denne indførsel åben, idét EU-Domstolen berettiger medlemsstater til at fastlægge mindre indgribende forhold, hvad angår aktiver med blivende karakter¹¹⁴

I Sverige er muligheden udnyttet, hvorved aktiver med blivende karakter tillægges mulighed for at søge om henstand helt indtil den faktiske afståelse. Fælles for Sverige og Tyskland er, at ingen af staterne rentetilskriver de fraflyttendes henstandssaldo,¹¹⁵ og generelt må den danske ordning siges at være en del mindre attraktiv.

EU-Domstolens opstillede principper var videst muligt, i kraft af henstandsordningens tilvirkning, at sidestille udflyttende selskaber som selskaber, som forblev i sit territorial,¹¹⁶ men når hhv. flyttende og ikke-flyttende selskaber vægtes på baggrund af renteopkrævningen, må selskaber med udflyttende aktivitet i høj grad siges at stilles ringere.

Såfremt der tages udgangspunkt i bestemmelsens oplyste rentesats, vil alene rentebetalingen sammenholdt med afkastkravet i sig selv udgøre en så tungtvejende udfordring, at de fleste selskaber undlader sin udflytning alene af disse omkostningsmæssige hensyn. Hertil kommer hele den tidligere omtalte problemstilling om dobbeltbeskatning som følge af staternes forskellige indgangsværdier, hvilket i øvrigt også må siges at være en voldsom krænkelse af fællesskabsretten.¹¹⁷

Som nævnt finder Kommissionen ikke exitskatte reglerne overensstemmende med fællesskabsretten, men har for nyligt, i kraft af "The Tax Avoidance Package"¹¹⁸ fremsat et forslag til en ændring af direktivet. Hovedformålet er at forbedre den generelle modstandsevne overfor grænseoverskridende metoder til skatteundgåelse – heriblandt ved exitbeskatning.

¹¹⁴ Afgørelsens præmis 37.

¹¹⁵ SR-SKAT – SR.2014.0104 – Henriette Wetke & Kim Wind Andersen "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitskat."

¹¹⁶ Liselotte Madsen & Erik Werlauff – TfS 2014.184 "Selskabers exitskat fortsat i støbeskeen."

¹¹⁷ Thomas Rønfeldt - TfS 2010.402 - "Dobbeltdomicil – en pseudo-problemstilling for fraflytterbeskatning..."

¹¹⁸ Forslag til Rådets direktiv om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte påvirker det indre markedes funktionsmåde - COM(2016) 26, 2016/0011(CNS).

Ændringen minder i høj grad om den danske henstandsordning, og ved ændringen pålægges staterne et sæt bindende regler, hvormed de gøres i stand til at bekæmpe skatteundgåelse på en metode, som samtidig stadig respekterer fællesskabsretten. I forslaget gives selskaber, med udflyttende aktiver, mulighed for henstand over en 5 års periode.¹¹⁹ Renter opkræves stadig i overensstemmelse med national lovgivning, men hvis der foreligger en risiko for misligholdelse, kan sikkerhed kræves som betingelse for henstanden. Reglerne underbygges af en generel anti-misbrugsregel, hvorved det øvrige indhold nægtes, såfremt hovedformålet er skattefordele.¹²⁰

Midlertidig anbragte aktiver vil dog ikke pålægges exitskat, men hvis de henstandspålagte aktiver pludselig afstås(eller overføres til tredjeland), vil transaktionen afbryde ordningen, hvormed den resterende betaling straks opkræves. Denne opkrævning står i kontrast til den danske, eftersom den resterende henstandsperiode heri jo stadig vil løbe, selvom et aktiv afstås.

Samlet set findes den danske 1/7-henstandsordning ikke foreneligt med fællesskabsretten, hvilket altså hovedsageligt skyldes afkastkrav, rentetilskrivning og en ikke-eksisterende særskilt behandling af aktiver med blivende karakter. Såfremt hhv. rente- og afkastkravet i stedet blev erstattet med særskilte administrative omkostninger, af mere beskeden størrelse, som modvægt til statens risiko for tabt skattegæld, og blivende aktiver i samme ombæring fik henstand indtil tidspunktet for afståelse eller mistet ejerskab, ville henstandsordningen fremtræde mere foreneligt med fællesskabsretten.

¹¹⁹ Forslagets artikel 5.

¹²⁰ Forslagets artikel 7.

KONKLUSION

Et selskabs udflytning giver i fraflytterlandet anledning til flere forskellige exitskattemæssige problemstillinger. Når flytningen fra Danmark til Tyskland sker via den omvendte lodrette fusion, som flytningsmodel, giver udflytningen først og fremmest anledning til spørgsmålet om fusionsskattedirektivets anvendelse. Skattefriheden herfra gælder, som nævnt, alene aktiver og passiver, som efter fusionen kan henføres til det faste driftssted i Danmark.

Denne henførelse giver straks anledning til problemstillingen vedrørende et fast driftsstedes tiltrækningskraft(dvs. driftsstedets force of attraction), når det skal vurderes, hvilke eksakte aktiver og passiver, der påhviler driftsstedet. I vurderingen udgør den direkte tilknytning, til driftsstedets indkomsts-kabende aktivitet, kernemomentet, og herfra viger den faktiske fysiske placering.

Et overført aktiv mellem Danmark og Tyskland kan således sagtens, efter fusionen, være beliggende i Tyskland(domicillandet), men stadig være direkte tilknyttet driftsstedet i Danmark(kildelandet), hvormed aktivets ikke-realiserede avance alligevel vil nyde godt af fusionsskattedirektivets skattemæssige successionsprincip frem for afståelsesbeskatning.

Modsætningsvis pålægges de ikke til driftsstedets tilknyttede aktiver og passiver exitbeskatning, og delene ophørsbeskattes på baggrund af handelsværdierne på overdragelsestidspunktet i medfør af SEL § 5, stk. 7.

Særligt har kandidatafhandlingen, af hensyn til omfanget, valgt at belyse den exitskattemæssige konsekvens af alene porteføljeaktier. Næste problemstilling må siges at optræde i øjeblikket, hvor de exitbeskattede porteføljeaktier indbringes i Tyskland. Idét overdragelses- og indgangsværdien fra hhv. Danmark og Tyskland ikke nødvendigvis stemmer overens, opstår risikoen i høj grad for en dobbeltbeskatning alene på baggrund af værdiansættelsesmetoden(som nærmere er belyst i Tfs 2010.402 af ph.d.(-jur.) Thomas Rønfeldt).

EU-Domstolen har i sin afgørelse i 2013 fundet, at indholdet i den danske bestemmelse, SEL § 8, stk. 4, hvorefter exitbeskatningen indtræder ved overdragelse af ikke-realiserede aktiver(dvs. selskabers flytning) til andre EU-stater, bestred fællesskabsrettens etableringsfrihed. Danmark har som følge heraf skabt 1/7-henstandsordningen, som først og fremmest må siges at forekomme mere fællesskabsvenlig end den tidligere øjeblikkelige exitskatteopkrævning. Hvorvidt den nuværende 1/7-ordningen, på baggrund af sit indhold, er i strid med fællesskabsretten er stadig uvist, idét spørgsmålet ikke har været fremlagt ved EU-Domstolen.

KONKLUSION

Generelt anser kandidatafhandlingen ikke 1/7-ordningen som værende foreneligt med fællesskabsretten, idét dele af ordningens indhold ligefrem forekommer mere indgribende end den øjeblikkelige afholdelse af exitsskatten – dvs. alternativet hertil.

EU-Domstolen befalede jo i sin tidligere praksis, at en mindre indgribende ordning end virkningen af øjeblikkelig exitsskattetilsvær skulle indføres, jf. "Grid-dommens" præmis 73, hvilket i Danmark ikke helt må siges at være tilfældet på baggrund af femte afsnits analyse.

Hvorvidt EU-Domstolen samtykker i denne uenighed bliver spændende at se, når den mørklødede hammer en dag falder i Luxembourg.

- Mathias Navneet Gørup

LITTERATURLISTE

LITTERATURLISTE

AFGØRELSER

TfS 2002.80 SR – SKM 2002.20 TSS

Sag C-9/02 - Hughes de Lasteyrie du Saillant – af 11. marts 2004

Sag C-28/95 - Leur Bloem

Sag C-38/10 – Kommissionen mod Portugal

Sag C-164/12 –DMC Beteiligungsgesellschaft mbH

Sag C-261/11 – Kommissionens søgsmål mod Danmark af 18. juli 2013

Sag C-371/10 – National Grid Indus – 29. november 2011

Sag C-321/05 – Kofoed-sagen

Sag C-411/03 – SEVIC-afgørelsen

Sag C-470/04 - N-dommen – af 7. september 2006

Sag C-657/13 – Verder LabTec GmbH & Co. KG

RETSKILDER

Lovbekendtgørelse nr. 111 af 21. februar 2006

Fusionsloven § 15, stk. 4 - Note 55

Lovforslag 2013/2014 – 91, s. 3.

FAGLITTERATUR

Damgaard, Sanne Neve – ”EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering”
Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2012, 1. Udgave/1. Oplag

Kølle, Marianne Trojahn – ”Exitbeskatning af danske selskaber
– i EU-retligt perspektiv”
Thomson Reuters 2009, 1. Udgave/1. Oplag

OECD's modeloverenskomst 2014 – med kommentarer
Karnov Group Denmark A/S 2015, 6. Udgave/1. Oplag

Michelsen, Aage – ”International skatteret”
Forlaget Thomson 2003, 3. Udgave/1. Oplag

Michelsen, Aage – mfl. – ”Lærebog om indkomstskat”
Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2015, 16. Udgave/1. Oplag

5.8 – Sammenfatning af foreneligheden

LITTERATURLISTE

Nielsen, Thøger – "Indkomstbeskatning II. bind"
Juristforbundets forlag 1972

Pedersen, Jan – mfl. – "Skatteretten 2"
Karnov Group Denmark A/S, 2013, 6. Udgave/1. Oplag

Pedersen, Jan – mfl. – "Skatteretten 3"
Karnov Group Denmark A/S 2013, 6. Udgave/1. Oplag

Rasmussen, Mogens – "International dobbeltbeskatning"
Thomson Reuters 2010, 1. Udgave/1. Oplag

Rønfeldt, Thomas – "Europæisk Skatteret I - misbrug og andre legitime hensyn"
Karnov Group Denmark A/S 2013, 1. Udgave/1. Oplag

Rønfeldt, Thomas – "Skatteværn og EU-frihed"
Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, 1. Udgave/1. Oplag

Serup, Michael – "Fusionsskatteloven med kommentarer"
Karnov Group Denmark A/S 2012, 4. Udgave/1. Oplag

Sørensen, Karsten Engsig & Nielsen, Poul Runge – "EU-retten"
Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, 5. Udgave/1. Oplag

Sørensen, Karsten Engsig – "Selskabsstrukturer"
Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015, 1. Udgave/ 1. Oplag

Werlauff, Erik – "Selskabsskatteret 15/16"
Karnov Group Denmark A/S, 17. Udgave/1. Oplag

Winther- Sørensen, Niels – "Beskatning af international erhvervsindkomst"
Forlaget Thomson Gadjura 2000, 1. Udgave/1. Oplag

Winther- Sørensen, Niels – "OECD's modeloverenskomst 2008 – med kommentarer"
Magnus Informatik 2008, 3. Udgave, 1. Oplag

Kølle, Marianne Trojahn – "Exitbeskatning af danske selskaber – i EU-retligt perspektiv"
Thomson Reuters 2009, 1. Udgave/1. Oplag

ARTIKLER

Anders Nørgaard Laursen - Tfs 2014.732
– "Exitkat og henstandssaldoen - er der fradrag for renter? Om ministersvar og lovfortolkning"

Beierholm – nyhedsbrev 2014-15 "Exit-beskatning af selskaber – henstand"
http://www.beierholm.dk/fileadmin/user_upload/pdf/skat/2014/2014-15_exit_beskatning_selskaber_henstand_300614.pdf

C.D.5.4.4 Ophør af danske selskaber ved fusion med et udenlandsk EU-selskab
http://www.tax.dk/lv-2011-2/jurvej/C_D_5.htm

C.D.5.4.4 Ophør af danske selskaber ved fusion med et udenlandsk EU/EØS-selskab
http://www.tax.dk/jv/cd/C_D_5_4_4.htm

5.8 – Sammenfatning af foreneligheden

LITTERATURLISTE

C.H.2.1.11.8.1 – "Henstand med fraflytterskatten."

http://www.tax.dk/jv/ch/C_H_2_1_11_8.htm

Deloitte, april 2015 – Global Employer Service – "Generel exitskat på aktiver," s. 6
SU 2013.369 – "Exit-beskatning: Lovudkast i høring"

Ernst & Young Tax Service, 18. juli 2013

– "Danske regler om exitbeskatning af selskaber i strid med EU-retten."

Gyldendal - http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Selskabsret/SE-selskab

Kommissionen – "Exitbeskatning og behovet for samordning af medlemsstaternes skattepolitik"

Liselotte Madsen & Erik Werlauff – TfS 2014.184 "Selskabers exitskat fortsat i støbeskeen."

PwC – "Exit-beskatning af selskaber – Danske regler er ikke i overensstemmelse med EU-retten"

<http://www.pwc.dk/da/nyt/skat/selskabsskat/exit-beskatning-af-selskaber-uoverensstemmelse.html>

PwC – Nyhedsbrev, oktober 2013 "Exit-beskatning af selskaber – Nye regler om henstand med dansk skat"

<http://www.pwc.dk/da/nyt/skat/selskabsskat/exit-beskatning-af-selskaber-nye-regler-om-henstand.html>

"SE-Selskaber" - <http://cph-revision.dk/se-selskaber>

Skat Udland 2013.369 – "Exit-beskatning: lovudkast i høring"

Skat Udland 2013.201 – "Luxembourg – exit-beskatning"

SR-SKAT – SR.2014.0104 – Henriette Wetke & Kim Wind Andersen "Ny valgfri henstandsordning for betaling af selskabers exitskat."

Thomas Rønfeldt - TfS 2010.402 - "Dobbeltdomicil – en pseudo-problemstilling for fraflytterbeskatning - om dobbeltbeskatning og lempelse som følge af henstandsordningen for aktieavancer."

Thomas Rønfeldt – SPO.2014.213 "Exitbeskatningens EU-retlige paradoks"

Thomas Rønfeldt og Nikolaj Vinther - TfS 2006.74

- "Grænseoverskridende fusioner – nye EU-retlige muligheder."

ANDET

Kommissionens j.nr. (2013)4065303

Ole Tofts brev af 29. januar 2014 til Europa-Kommissionen, bilag 6, L 91 (2013/14).