

Magnus Dahl Vagtborg

# OPHØRSBESKATNING VED SELSKABERS FRAFLYTNING OG BORTFUSIONERING

*SELSKABSSKATTERETLIG LÅGESKAT I EU-RETTLIG BELYSNING*

# OPHØRSBESKATNING VED SELSKABERS FRAFLYTNING OG BORTFUSIONERING

*SELSKABSSKATTERETLIG LÅGESKAT I EU-RETLIG BELYSNING*

# EXIT TAXATION CAUSED BY COMPANIES' CROSS BORDER ESTABLISHMENT

*CORPORATE GATE TAXATION IN AN EU LAW CONTEXT*

**Aalborg Universitet**

---

**Det Samfundsvidenskabelige Fakultet**

**Juridisk Institut**

**Jurastudiet**

**Kandidatafhandling – Selskabsskatteret**

---

**Ophørsbeskatning ved selskabers fraflytning og bortfusionering**

*Selskabsskatteretlig lågeskat i EU-retlig belysning*

**Vejleder**

---

**Fakultetsprofessor, dr.jur. Erik Werlauff, advokat (H)**

**Indleveret til bedømmelse den 19. maj 2011**

**Udarbejdet af**

---

**Magnus Dahl Vagtborg**

**20042838**

## FORORD

Dette speciale er udarbejdet med henblik på erhvervelsen af graden Cand.jur. ved Aalborg Universitet i foråret 2011. Da jeg i 2009 har afsluttet Cand.merc.jur. er det for anden gang, at jeg udarbejder et speciale. Siden afslutningen i 2009 har jeg været fast beskæftiget som skatterådgiver med international skatteret som hovedområde og det har således været en anderledes oplevelse at udarbejde et speciale, hvor der nu er en grad af erfaring at trække på.

Om muligt har tilgangen til opgaven denne gang været endnu mere ydmyg, da det praktiske liv har åbnet for mange spørgsmål, som man – på trods af 5 års universitetsuddannelse – ikke anede eksisterede. Ikke desto mindre har dette også været en motiverende faktor i forhold til at fuldføre denne uddannelse, da kombinationen af teori og praksis synes særdeles gunstig i en indlæringsproces.

Jeg skylder stor tak til mange, som på hver deres måde har bidraget til udarbejdelsen af dette speciale.

Jeg vil jeg gerne takke følgende...

Min vejleder Fakultetsprofessor, dr.jur. Erik Werlauff, advokat (H), som med sin fantastiske og uundværlige kvalitet, service og nærvær i sin vejledning har gjort det til både en fornøjelse og samtidig en relevant faglig udfordring at udarbejde dette speciale.

Min chef Partner, United Tax Network Jan Dalgaard for tålmodigt og engageret at lytte til mig og deltage aktivt i diskussioner omkring emnet og samtidig have overskud og resurser til at lade mig fordybe mig i problemstillingerne med respekt for det daglige arbejde. Dette gælder ikke kun specialet men for forløbet siden 2009 i sin helhed.

Mine fagfæller Ph.d.-stipendiat Anders Laursen samt foreningen Tû-tû bestående af Jesper Cassø Raaschou, KPMG, Peter Beer Østergaard, KPMG og Mads Berg, Advokatfirmaet Hovmøller&Thorup (alle Cand.merc.jur.) for godt kammeratskab samt input og sparring vedrørende specialet.

Min familie, som uden fravigelse fra tidligere tilstand, til stadighed har vist stort engagement og støtte under hele forløbet.

Min hustru Agne, som vigtigst af alle har været en uvurderlig, omsorgsfuld støtte og fantastisk forstående kæreste i denne noget hektiske periode.

Aalborg, den 18. maj 2011

Magnus Dahl Vagtborg

## INDHOLD

Forord.....	4
Indhold.....	6
Forkortelser .....	8
1.0 Indledning .....	9
1.1 Afgrænsning.....	10
1.2 Metode og systematik .....	11
1.3 Retskilder .....	11
2.0 Selskabers skattepligt.....	17
2.1 Ubegrænset skattepligt.....	17
2.1.1 Skattesubjekterne .....	19
2.2 Begrænset skattepligt .....	21
2.2.1 Fast Driftssted.....	21
2.3 Skattepligtens opståen og tilflytning .....	22
3.0 Skattepligtens ophør.....	24
3.1 Fraflytning – exit? .....	25
3.1.1 Dansk indregistreret selskab.....	27
3.1.1.1 Selskabet flytter ledelsen .....	27
3.1.1.2 Flytning af hele eller en del af det danske selskabs aktivitet til udlandet, hvor aktiviteten udgør et fast driftssted i overensstemmelse med territorialprincippet.....	31
3.1.2 Udenlandsk registreret selskab.....	32
3.1.2.1 Ledelsen i Danmark ophører eller flytter til udlandet.....	32
3.1.2.2 Flytning af hele eller en del af det udenlandske selskab med ledelse i Danmarks aktivitet til udlandet, hvor aktiviteten udgør et fast driftssted i overensstemmelse med territorialprincippet.....	33
3.1.2.3 Fast driftssted ophører med at eksistere .....	33
3.2 Samlet om ophør af skattepligt på grund af exit .....	34
3.2.1 Særligt om grænseoverskridende fusion .....	34
4.0 Fraflytning (exit) i relation til EU-retten.....	36
4.1 Kommissionen mod Danmark: Sagens kerne.....	38
4.2 Restriktion .....	39
4.3 Tvingende almene hensyn.....	42
4.3.1 Hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen .....	47
4.3.2 Rent kunstige konstruktioner .....	47

4.3.3 Selskabers eksistens som følge af medlemsstatens lovgivning .....	48
4.4 Eignet til virkeliggørelse af målet.....	49
4.5 Proportionalitet.....	50
4.5.1 De danske regler og proportionalitet.....	51
5.0 Konklusion .....	55
6.0 Perspektivering.....	57
7.0 English Summary .....	59
Litteraturliste .....	61
Bøger.....	61
Artikler.....	62
Afgørelser, kendelser og domme .....	62

## FORKORTELSER

AL	Afskrivningsloven (LBK nr. 1191 af 11/10/2007)
ABL	Aktieavancebeskatningsloven (LBK nr. 89 af 25/01/2010)
Cir	Cirkulære
DBL	Dødsboskatteloven (LBK nr. 1362 af 26/11/2010)
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
GRL	Grundloven (LOV nr. 169 af 05/06/1953)
FBL	Fondsbeskatningsloven (LBK nr. 1248 af 02/11/2010)
FUSL	Fusionsskatteloven (LBK nr. 1260 af 03/11/2010)
KSL	Kildeskatteloven (LBK nr. 1403 af 07/12/2010)
L	Lovforslag
LBK	Lovbekendtgørelse
LL	Ligningsloven (LBK nr. 1365 af 29/11/2010)
MDBO	OECD's Modeloverenskomst for dobbeltbeskatningsoverenskomster
S	Selskabsloven (LBK nr. 322 af 11/04/2011)
SEL	Selskabsskatteloven (LBK nr. 1376 af 07/12/2010)
SL	Statsskatteloven (LOV nr. 149 af 10/04/1922)
TEUF	Traktaten for Den Europæiske Unions Funktionsmåde
LR	Ligningsrådet (indtil 2006)
SR	Skatterådet
LSR	Landsskatteretten
B	Byret
Ø	Østre Landsret
V	Vestre Landsret
H	Højesteret
SU	Skat Udland
SpO	Skattepolitisk Oversigt
TfS	Tidskrift for Skatter og Afgifter
R&R	Revision og Regnskabsvæsen
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisationen for økonomisk samarbejde og udvikling)
A/S	Aktieselskab
ApS	Anpartsselskab
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Tysk kapitalselskab med begrænset hæftelse for deltagerne)
I/S	Interessentskab
KG	Kommanditgesellschaft (Tysk kommanditselskab)
K/S	Kommanditselskab



## 1.0 INDLEDNING

Danmark er i øjeblikket under pres fra Den Europæiske Kommission, som har taget skridt til at starte processen ved mistanke om traktatbrud i forhold til reglerne om fri etablering i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). Processen blev indledt ultimo 2008 og forløbet er nu så langt, at det eneste, som reelt mangler er, at sagen anlægges ved EU-Domstolen. Kommissionen har foretaget tilsvarende aktion i flere andre medlemsstater, som har regler, der minder om de danske.<sup>1</sup>

Traktatbruddet består ifølge Kommissionen i, at Danmark gennemfører realisationsbeskatning, når danske selskaber ønsker at etablere sig i en anden medlemsstat. Reglerne om ophørsbeskatning i forbindelse med fraflytning findes i sammenhæng med tilflytningsreglerne i Afsnit II i Selskabsskatteloven. Desuden må reglerne om territorialprincippet i SEL § 8, stk. 2 og 4, 3. pkt., på trods af, at de ikke umiddelbart er nævnt i orienteringsnotaterne til de forskellige regeringsudvalg, ligeledes være under pres, da de opererer med en tilsvarende metodik.<sup>2</sup>

Udviklingen i EU-retlig praksis, hvad angår direkte skatter, har siden sag C-270/83 *Kommissionen mod Frankrig (Avoir Fiscal)* været massiv, hvor særligt spørgsmål vedrørende tvingende almene hensyn og proportionaliteten af disse har givet mange spændende fortolkningsbidrag. Denne udvikling bliver relevant i relation til sagen, der forventes anlagt mod Danmark, da det formentligt er klart, at reglerne udgør en restriktion for etableringsfriheden. Det interessante spørgsmål bliver om restriktionen kan begrundes i tvingende almene hensyn, om indgrebet er egnet til opnå det mål, der søges virkeliggjort

---

<sup>1</sup> Af andre lande, som oplever lignende procedure kan nævnes: Spanien, Portugal, Belgien, Holland og Sverige, hvor sidstnævnte har indrettet sig i overensstemmelse med Kommissionens anvisninger (se pressemeddelelse IP/10/299)

<sup>2</sup> Der kan ikke opnås aktindsigt i åbningsskrivelserne jf. Offentlighedsloven § 13, stk. 1, nr. 2 om *rigets udenrigspolitiske eller udenrigsøkonomiske interesser, herunder forholdet til fremmede magter eller mellemfolkelige institutioner*

og om det sker ved det mindst mulige indgreb (proportionalitet). Afgørelsen af dette er absolut ikke givet på forhånd.

Sager såsom *C-446/03 Marks & Spencer*, *C-414/06 Lidl*, *C-231/05 OY AA* og *337/08 X-Holding* har givet nogle væsentlige fortolkningsbidrag i forhold til, hvor langt medlemsstaterne kan gå for at sikre, at deres beskatningskompetence ikke udvandes i etableringsfrihedens navn. Domstolen har i den forbindelse mødt kritik fra nogle sider for ikke at gennemføre en tilstrækkelig grundig proportionalitetsprøvelse af de omfattede restriktioner af etableringsfriheden.

Med ovenstående er temaet for dette speciale også tilvejebragt, da det er målet at redegøre for de omstridte danske regler om fraflytningsbeskatning samt foretage en analyse af, hvad resultatet af en eventuel sag ved EU-Domstolen vil blive (de lege lata). Afhængigt af konklusionen på analysen vil der blive stillet forslag til, hvilke hensyn udformningen af gældende dansk ret skal imødegå med henblik på at sikre forenelighed med EU-retten (de lege ferenda).

Emnet er allerede blevet berørt af både danske såvel som udenlandske bidragsydere<sup>3</sup> og har senest den 10. maj 2011 til dels været genstand ved en skattekonference i Dansk Skattevidenskabelig Forening (lokalafdeling af IFA). Deraf følger det, at emnet er højaktuelt og relevant, da et for Danmark negativt udfald af sagen vil få væsentlige konsekvenser i relation til, hvordan selskabsbeskatningen fremadrettet skal indrettes i forbindelse med ophør på grund af grænseoverskridende etablering til en anden medlemsstat.

## 1.1 AFGRÆNSNING

Ophørsbeskatning i Selskabsskatteloven omfatter foruden ophør på grund af fraflytning også regler vedrørende ophør som følge af opløsning, ændring af beskatningstype og herudover de formelle regler for anmeldelse mv. ved ophør. Alle selskabs- og foreningstyper – begrænset som ubegrænset skattepligtige er omfattet af reglerne. Dertil kommer også, at SE-selskaber omfattes af reglerne om ophørsbeskatning, hvor det flytter sit vedtægtsmæssige hjemsted ud af Danmark.

---

<sup>3</sup> Se bl.a. Marianne Trojahn Kølle, *Exitbeskatning af danske selskaber* (2009); Thomas Rønfeldt, *Skatteværn og EU-frihed*, s. 224 (2010); Jeppe R. Stokholm, *EU Skatteret*, s. 374 ff (2008); Erik Werlauff, *Selskabsskatteret 2010/11*, s. 179 (2010); Aage Michelsen, *International Skatteret*, s. 354 (2003); Niels Winther-Sørensen, *Beskatning af international erhvervsindkomst*, s. 734 (2000); Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, *EU-Retten*, s. 819 (2010) samt Jan Pedersen m.fl., *Skatteretten 3*, s. 451 ff (2006)

At give en fuldstændig fremstilling af reglerne ligger ikke inden for rammerne af dette speciale, hvor fokus dermed bliver på danske og udenlandske kapitalselskabers ophør af henholdsvis ubegrænset og begrænset skattepligt. Der tages ej heller stilling til spørgsmål omkring konsekvensen for indirekte skatter og afgifter ved ophør af skattepligt.

Der gives ikke nogle eksempler på ophørsbeskatningens økonomiske indflydelse, da formålet med specialet er at undersøge og afklare gældende dansk ret i overensstemmelse med EU-retten. Således vil selve gennemførelsen af ophørsbeskatningen i et økonomisk henseende være irrelevant at analysere.

## 1.2 METODE OG SYSTEMATIK

Specialets analyser gennemføres ved anvendelse af traditionel retsdogmatisk metode, som anvendes til at fastlægge gældende ret ved fortolkning af gældende og anerkendte retskilder. Analysen sker med respekt for de tre dimensioner i international skatteret, som er intern (national) skatteret, dobbeltbeskatningsoverenskomstsret og EU-ret (EU-skatteret).<sup>4</sup>

Specialet er opbygget med to hoveddele, hvor første del indeholder en beskrivelse af gældende dansk ret i forhold til ophørsbeskatning i forbindelse med fraflytning og anden del indeholder EU-retlig analyse, der søger at konkludere, om disse regler er i overensstemmelse med den frie etableringsret.

Skulle de lege lata konkluderes som værende i strid med EU-retten gives dertil et forsøg på at udlede hensyn, som bør inkorporeres ved de lege ferenda.

Der er undervejs i specialets fodnoter henvist til litteratur, artikler og afgørelser, hvor der kan findes uddybende oplysninger herom bagerst i litteraturlisten.

## 1.3 RETSKILDER

Til forskel for traditionel dansk retskildelære, hvor kilderne ofte er inddelt i fire hovedgrupper: Lovgivning, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur,<sup>5</sup> indeholder skatteretten flere og mere forskelligartede kilder, som normalt kan opstilles i syv grupper:

---

<sup>4</sup> Michelsen, s. 18, 2003

<sup>5</sup> Michelsen m.fl., s. 51 ff, 2010 og Henrik Dam m.fl., s. 53 ff, 2010

Retsforskrifter, lovforarbejder, retspraksis, administrativ praksis, ombudsmandsafgørelser, retssædvaner og forholdets natur og de internationale retskilder, som indeholder EU-retten, folkeret (særligt dobbeltbeskatningsoverenskomsterne) og menneskerettigheder.<sup>6</sup> De mange retskilder og regelproducenter, der eksisterer i dansk skatteret kan være med til at besværliggøre søgen på gældende ret.<sup>7</sup>

Retskilderne i skatteretten er derfor i det følgende gennemgået kortfattet med det formål at skitsere grundlaget i intern dansk skatteret og følgelig indplacere de internationale skatteretskilder i forhold til disse. Dette danner grundlag for at kunne foretage analysen af problemstillingen ved inddragelse af alle relevante retskilder.

### **Grundloven**

En af de væsentligste bestemmelser i skatteretten findes i Grundloven § 43: "*Ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov; ej heller kan noget mandskab udskrives eller noget statslån optages uden ifølge lov.*" GRL § 43 er grundstenen i dansk skatteret. Pålægning, forandring eller ophævelse af skat gøres betinget af, at det sker ved lov, hvilket betyder, at skatteretten baseres på positiv lovhjemmel, hvilket også er kendt som legalitetsprincippet. Sammen med GRL § 46 sikres det, at ingen skatter kan opkræves med mindre, der findes udtrykkelig lovhjemmel og at opkrævningen sker i overensstemmelse med vedtaget finanslov eller midlertidig bevillingslov.

Der er generelt enighed om, at GRL § 43 også indeholder et delegationsforbud, hvorved at Folketinget ikke kan uddelegere retten til at udskrive skatter.<sup>8</sup> Der er dog ikke enighed om rækkevidden og indholdet af dette delegationsforbud blandt andet fordi, der gennem årene har været eksempler på, at lovgivningsmagten bemyndiger regeringen til at udstede forskellige typer af anordninger.<sup>9</sup>

### **Statsskatteloven m.fl.**

Foruden Grundlovens krav om positiv lovhjemmel indeholder Statsskatteloven § 4, i forhold til international skatteret, en meget vigtig bestemmelse: "*Som skattepligtig Indkomst betragtes med de i det følgende fastsatte Undtagelser og Begrænsninger den*

---

<sup>6</sup> Henrik Dam m.fl., s. 53 ff, 2010

<sup>7</sup> Om retskildepolycentri se Aage Michelsen, SR.1996.0183, Retskildepolycentri i Skatteretten

<sup>8</sup> Michelsen m.fl., s. 53, 2010

<sup>9</sup> Se Niels Winther-Sørensen, s. 54 ff for nærmere om delegationsforbuddet rækkevidde

*skattepligtiges samlede Aarsindtægter, hvad enten de hidrører her fra Landet eller ikke, bestaaende i Penge eller Formuegoder af Pengeværdi (...)*". Heri ligger princippet om, at ubegrænset danske skattepligtige personers globalindkomst beskattes i Danmark og derved opstår risikoen for dobbeltbeskatning, da udenlandsk indkomst også kan være undergivet begrænset eller endog ubegrænset skattepligt i den stat, hvor den er erhvervet.

Selskabsskatteloven definerer, i relation til den beskatning, som Statskatteloven medfører, hvilke subjekter, der skal undergives, hvilken type beskatning og opgørelsen af denne. Beskatningen kan modificeres ved bestemmelser i Ligningsloven under for eksempel anvendelse af § 33 om lempelse for betalt skat i udlandet.

De danske skattelove, bekendtgørelser, ligningsvejledninger, cirkulærer, afgørelser og domme skal fortolkes i overensstemmelse med gældende dansk ret og retshierarkiet (lex). Der skelnes imellem subjektiv og objektiv fortolkning, hvor der ikke eksisterer nogen entydig praksis ved domstolene, men disse lægger ofte vægt på både naturlig sproglig forståelse samt lovmotivernes (forarbejderne) betydning. Herudover tager domstolene stilling til retsreglernes førnævnte indplacering og lovens formål<sup>10</sup>

### **Dobbeltbeskatningsoverenskomster**

For at kunne løse problemer med dobbeltbeskatning har Danmark indgået en række dobbeltbeskatningsoverenskomster (ca. 90) med andre stater, som skal sikre fordelingen af beskatningsretten til de i overenskomsten omhandlede indtægter. En dobbeltbeskatningsoverenskomst er en bilateral aftale, som to (eller flere) stater indgår med hinanden for at undgå dobbeltbeskatning af deres borgere. Aftalerne har for det meste ikke status som lov, men de tiltrædes ved lov.<sup>11</sup>

Dobbeltbeskatningsoverenskomsternes primære funktion er at forhindre international dobbeltbeskatning, hvilket er det eneste de kan medvirke til. Dobbeltbeskatningsoverenskomster kan dermed ikke fungere som selvstændig hjemmel til beskatning, hvilket normalt anses for at være *den gyldne regel*.<sup>12</sup>

Yderligere eksisterer der bestemmelser i intern dansk i medfør af LL §§ 33 og 33 A (sidstnævnte for fysiske personer), som til en vis grad kan imødegå dobbeltbeskatning ved

<sup>10</sup> Michelsen m.fl., s. 94, 2010

<sup>11</sup> Werlauf, s. 41, 2010

<sup>12</sup> Niels Winther-Sørensen, s. 47, 2000 jf. Gustaf Lindencrona: Dobbeltbeskatningsavtalsrett, s. 24, 1994

lempelse i dansk skat. Særligt ved indkomst fra lande, hvormed Danmark ikke har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med (f.eks. Spanien og Frankrig) har disse bestemmelser betydning, da det kan være eneste mulighed for at undgå dobbeltbeskatning.

Lempelse af dobbeltbeskatning sker dermed enten efter interne danske regler eller i kraft af en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Det følger ligeledes af den gyldne regel, at de dobbeltbeskattede personer har frit valg imellem henholdsvis interne lempelsesregler og dobbeltbeskatningsoverenskomsten alt efter, hvilken af dem resulterer i den mest gunstige løsning.

Langt hovedparten af de dobbeltbeskatningsoverenskomster, Danmark er part i, er udarbejdet med OECD's Modeloverenskomst som forbillede.<sup>13</sup> Det er almindelig praksis i Danmark at fortolke dobbeltbeskatningsoverenskomster i overensstemmelse med Modeloverenskomsten og dens kommentarer. Dette ses blandt af i TfS.1992.291.Ø, TfS.1993.7.H, TfS.1996.532.H og TfS.2003.222.H.<sup>14</sup>

Dermed udgør dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og OECD's Modeloverenskomst med kommentarer et væsentligt fortolkningsbidrag i dansk skatteret. Danmark har ligeledes indgået dobbeltbeskatningsaftaler med udgangspunkt i FN's Modeloverenskomst, som anvendes til aftaler imellem udviklingslande og industrilande. Disse overenskomster antages ikke at have samme indflydelse som de øvrige dobbeltbeskatningsoverenskomster grundet deres langt færre antal, men til trods for dette får de i nogen grad indflydelse på fortolkningen af dansk skatteret.

Fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster sker med visse undtagelser i overensstemmelse med principperne, der anvendes ved fortolkning af intern ret. Normalvis antages fortolkningsprincipperne i Wienerkonventionen (om fortolkning af folkeretlige traktater) også at gælde for dobbeltbeskatningsoverenskomster.<sup>15</sup> Dette medfører primært en ordlydsfortolkning, hvilket dog modificeres af det indhold i overenskomsterne, som defineres heri. Formålsfortolkning finder dermed først anvendelse, når ordlyden af overenskomsten ikke endegyldigt kan afgøre spørgsmålet om skattens fordeling.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Niels Winther-Sørensen, forord OECD's Modeloverenskomst 2008 – med kommentarer

<sup>14</sup> *ibid*

<sup>15</sup> Winther-Sørensen, s. 64, 2000

<sup>16</sup> Om fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomster se Niels Winther-Sørensen, *Beskatning af International Erhvervsindkomst*, s. 64 ff, 2000

## EU-retten

Foruden dobbeltbeskatningsoverenskomsterne er Danmark underlagt en række EU direktiver om direkte skatter. Der er i alt fem direktiver om direkte skatter: Inddrivelse af skattekrav (1976), gensidig bistand (1977), moder-datterselskabsdirektivet (1990), fusionsskattedirektivet (1990) og rente-royaltydirektivet (2005). Alle direktiver er implementeret i dansk lovgivning, hvilket betyder, at der i fortolkningen af dansk intern ret, som er direktiv-baseret skal tages højde for direktivets indhold. Således får EU-retten stor betydning for fortolkning af dansk ret.<sup>17</sup>

Foruden direktiverne har Traktaten om Den Europæiske Unions Funktions måde en væsentlig indflydelse på de danske skatteregler. Dette skyldes, at Danmark er forpligtet til at indrette sine regler således, at de er forenelige med Traktatens grundlæggende frihedsrettigheder.<sup>18</sup> Der er endnu kun sket minimal harmonisering af området for direkte skatter, men EU-Domstolen har med sin praksis haft væsentlig indflydelse på nationale lovbestemmelser, som ikke opfyldte kravet til de grundlæggende friheder i Traktaten.

Følgelig har Danmark været nødsaget til at indrette sig tilsvarende for at undgå tilsvarende sager. Som eksempel herpå kan ses L 119/2003 (lov nr. 221 af 31. marts 2004), som blandt andet var et resultat af EU-Domstolens afgørelse i sag C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* om begrænsning af fradragsret ved koncerninterne lån (tynd kapitalisering), som, med mindre anvendt i rent kunstige konstruktioner, er klart fællesskabsstridige.<sup>19</sup>

Den umiddelbare anvendelighed af Traktaten og de retsakter, som udledes deraf, er blandt andet fastslået i Sag 26/62 *van Gend en Loos*, hvor EU-Domstolen konkluderede, at medlemsstaterne har indskrænket deres suverænitet og dermed gør Traktatens indhold umiddelbart anvendeligt både for staterne samt deres borgere.<sup>20</sup> Det er ligeledes blevet fastslået i retspraksis, at staternes evne til at indgå bilaterale aftaler imellem hinanden både kan føre til, men også løse brud på Traktatens indhold.<sup>21</sup>

Som det fremgår ovenfor skal der tages højde for mange retskilder, når det drejer sig om international skatteret. I det følgende yder både intern dansk ret, med fortolkning af OECD's modeloverenskomst, dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og (ikke mindst) EU-

---

<sup>17</sup> *ibid*

<sup>18</sup> Werlauff, s. 46, 2010

<sup>19</sup> *ibid*, s. 248, 2010

<sup>20</sup> Engsig Sørensen og Runge Nielsen, s. 136, 2010

<sup>21</sup> SU.2010.70 Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og EU-retten

retten indflydelse på problemstillingen og løsningen skal ligeledes kunne passe ind i alle niveauer af skatterettens kilder.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Om forholdet mellem folkeretlige og EU-retlige kilder i skatteretten, Professor, dr.jur. Ruth Nielsen, Festskrift til Aage Michelsen, s. 343, 2000



## 2.0 SELSKABERS SKATTEPLIGT

Selskabsskatteloven opererer med samme metodik som Kildeskatteloven, hvor subjekter under forskellige betingelser underkastes henholdsvis ubegrænset skattepligt jf. § 1 eller begrænset skattepligt jf. § 2. Visse subjekter indtræder per definition i ubegrænset skattepligt ved deres objektive tilstand som skatteretssubjekter. Dette er for eksempel tilfældet for indregistrerede kapitalselskaber, som er ubegrænset skattepligtige jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Derimod kvalificeres andre subjekter, objektivt, via de indkomster, som er skattepligtige i Danmark, hvilket er typisk for eksempelvis udenlandske selskabers faste driftssteder i Danmark, der beskattes jf. SEL § 2, stk. 1, litra a.<sup>23</sup>

I det følgende redegøres der for ubegrænset og begrænset skattepligt for at skabe et overblik over, hvilke subjekter, der indtræder i disse og betingelserne for denne indtræden. Dette afsnit har til hensigt at danne grundlag for følgelig at kunne diskutere ophør af skattepligt.

### 2.1 UBEGRÆNSET SKATTEPLIGT

Ubegrænset skattepligt ifølge SEL § 1 medfører som udgangspunkt, at selskaber og foreninger mv. bliver skattepligtige af sin globalindkomst jf. Statsskatteloven § 4: "(...)hvad enten de hidrører her fra landet eller ikke(...)", hvilket i samme åndedrag dog skal modificeres med SEL § 8, stk. 2 om territorialprincippet.

Territorialprincippet blev indført i 2005, hvor indtægter, som vedrører fast driftssted og fast ejendom beliggende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland ikke medregnes til den skattepligtige indkomst i Danmark.<sup>24</sup> Der kan dog i medfør af SEL § 31 A vælges international sambeskatning, hvilket er frivilligt men medfører en række vidtrækkende

---

<sup>23</sup> Werlauff, s. 24, 2010 og Jan Pedersen m.fl., s. 382, 2006

<sup>24</sup> Lov nr. 426 af 6. juni 2005

konsekvenser.<sup>25</sup> Territorialprincippet fik i 2009 ændret sin ordlyd, da det ville være mere sprogligt korrekt at formulere loven, som den fremstår i dag.<sup>26</sup> Således er det i dag muligt at medregne indkomsten fra faste driftssteder og ejendom beliggende i udlandet i de tilfælde, hvor kildelandet *frafalder* beskatningsretten i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller anden international aftale.<sup>27</sup>

Territorialprincippet fungerer for indkomst fra danske selskabers faste driftssteder ved en toleddet test, hvor det først må afgøres positivt, om den (udenlandske) aktivitet i henhold til SEL § 2, stk. 1, litra a, kan anses for med (danske) øjne at være et fast driftssted. Herefter skal en eventuelt indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst imellem Danmark og det pågældende land, hvor aktiviteten foregår, ligeledes tildele beskatningsretten til kildelandet – ikke Danmark. Opfylder aktiviteten i udlandet disse to kriterier er der tale om indkomst, som ikke medtages i Danmark. Altså kan territorialprincippet ikke anvendes medmindre begge kriterier er opfyldt – der skal være fast driftssted i henhold til intern ret og i henhold til en eventuel indgået dobbeltbeskatningsoverenskomst, som bevirker at kildelandet opnår beskatningsretten. Vurderingen af territorialprincippet er uafhængig af kildelandets vurdering og beskatning og kan således i visse tilfælde føre til både dobbeltbeskatning og dobbelt-ikke-beskatning.<sup>28/29</sup> Ved vurdering i forhold til indkomst fra fast ejendom træffes afgørelsen ligeledes på baggrund af SEL § 2, stk. 1, litra b, og der sker ligeledes en efterfølgende prøvelse i forhold til en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst.<sup>30</sup>

Den internretlige vurdering i SEL § 2, stk. 1, litra a - om et fast driftssted tilstedeværelse, foretages ud fra en fortolkning, som er i overensstemmelse med OECD's Modeloverenskomst artikel 5.<sup>31</sup> Dette følger af cirkulære. nr. 135 pkt. 12 og 136 pkt. 15 af henholdsvis 6. og 7. november 1988, betegnet som Kildeskattecirkulæret og Selskabsskattecirkulæret.

<sup>25</sup> Jan Pedersen m.fl., s. 297 ff, 2006

<sup>26</sup> Pkt. 6.2.2 i bemærkninger til L 23 2008/2009-1 (Lov nr. 98 af 10. februar 2009)

<sup>27</sup> Se TfS.2008.676.LSR, hvor der sker præcisering af begrebet international aftale, hvilket også lægges til grund i L 23 2008/2009-1

<sup>28</sup> Se skema nederst s. 180 Guldmann m.fl., 2009

<sup>29</sup> Høringssvar på spørgsmål fra FSR "Territorialprincippet"

<sup>30</sup> Guldmann m.fl., s. 178, 2009

<sup>31</sup> Aage Michelsen, s. 234, 2003, Jan Pedersen m.fl., s. 163, 2006, Werlauff, s. 118, 2010 og Niels Winther-Sørensen, s. 302, 2000

### 2.1.1 SKATTESUBJEKTERNE

Selskabsskatteloven § 1, stk. 1 indledes med følgende ordlyd: *"Skattepligt i henhold til denne lov påhviler følgende selskaber og foreninger m.v., der er hjemmehørende her i landet:(...)"*, hvorefter en lang række af selskaber og foreningstyper opremses i særskilte numre. Bestemmelsen giver sammen med tilsvarende bestemmelser i henholdsvis Fødsbeskatningsloven og Dødsboskatteloven en udtømmende liste over de juridiske personers skattepligt til Danmark.<sup>32</sup> De omfattende juridiske personer, som bliver skattepligtige i henhold til SEL § 1, stk. 1 kan underkastes tre forskellige typer af beskatning, som er: 1) kooperationsbeskatning, 2) institutionsbeskatning og 3) selskabsbeskatning, hvilket har betydning i forhold til, hvordan den skattepligtige indkomst opgøres.<sup>33</sup>

Som citeret ovenfor stiller Selskabsskatteloven § 1, stk. 1 krav om, at det pågældende selskab eller forening er hjemmehørende her i landet, hvilket for registrerede kapital-selskabers vedkommende krævede Højesterets fortolkning inden retstilstanden blev klar. Spørgsmålet blev afgjort med TfS.2007.264.H<sup>34</sup> (dissens 4/3), hvor resultatet blev, at alene registreringen af et selskab i Danmark er en tilstrækkelig betingelse for at kunne statuere ubegrænset skattepligt. Problemstillingen var således om hjemmehørende her i landet i SEL § 1, stk. 1 skulle læses i sammenhæng med kravet om registrering, hvorved der reelt kan siges at være et dobbelt tilknytningskriterium (hjemmehør og registrering) førend, der kan statures ubegrænset skattepligt. Dette er således ikke tilfældet.

Dermed omfatter den ubegrænsede skattepligt også danske registrerede selskaber med faktisk ledelse i udlandet og i det tilfælde, at den pågældende stat, hvorfra ledelsen udøves har regler svarende til dem, som er i SEL § 1, stk. 6 (se nedenfor) vil det som regel, før eventuel lempelse, medføre dobbeltbeskatning af selskabets indtægter.

Selskabsskatteloven § 1, stk. 1, nr. 2-6 omfatter de øvrige selskaber og foreninger, som ikke er indregistrerede kapital-selskaber. Særligt for disse typer af selskaber og foreninger er, at såfremt disse er registreret i udlandet, kan de i kraft af dansk ledelse (ledelsens sæde) ligeledes indtræde i ubegrænset skattepligtigt til Danmark jf. SEL § 1, stk. 6.

---

<sup>32</sup> J.O. Engholm Jacobsen, s. 55, 1997

<sup>33</sup> *ibid*

<sup>34</sup> I almindelighed kendt som "Playboy-dommen", da det selskab, det drejede sig om, var ejet af Playboy-koncernen grundet behov for overførsel af formalia, herunder masterkopier af film, der kunne være i strid med pornografilovgivningen i USA.

I 1995<sup>35</sup> blev hjemlen til at beskatte ikke-registrerede selskaber med ledelse i Danmark indført og samtidig indførtes også at tilflytning skulle ske i henhold til SEL § 4 A, som svarer til reglerne for fysiske personer i KSL § 9.<sup>36</sup> Herudover blev også fraflytningsbeskatning (ophørsbeskatning) indført for selskaber, der flyttede deres hovedsæde til udlandet. Dette skete blandt andet med baggrund i en opfattelse af, at fraflytning af ledelsens sæde ikke kunne ske uden selskabsretlig opløsning og dermed ophørsbeskatning.<sup>37</sup>

Om "ledelsens sæde" jf. i SEL § 1, stk. 6 afgøres efter en konkret vurdering, hvor der i forarbejderne er lagt væk på beslutningerne, der er forbundet med den daglige ledelse af selskabet.<sup>38</sup> Som ofte omfatter dette, at selskabets direktion har sin vanlige arbejdsgang ved et hovedsæde i Danmark. Deltager selskabets bestyrelse aktivt i den daglige ledelse, kan de ligeledes udgøre den daglige ledelse. Ledelsen er ikke organbestemt og generalforsamlingen anses ikke for at have andre interesser end sin egen (investorernes interesse) og kan på trods af sin afgørende indflydelse ikke antage rollen som den daglige ledelse i denne sammenhæng.<sup>39</sup>

Som et eksempel på, hvordan ledelsens sæde fortolkes i dansk skatteret ses Tfs.1998.607.H, som er nærmere gennemgået nedenfor. Højesteret konkluderer, at direktionens tilstedeværelse i Danmark i kraft af selskabets direktør og dennes arbejde medfører, at selskabet skal anses for at have ledelsens sæde i Danmark og dermed skattepligtigt jf. SEL § 1, stk. 6. I modsætning hertil står Tfs.1996.257.LR, hvor et canadisk selskab, med rejefiskeri i de canadiske farvande som hovederhverv, var ejet af to danske personer, som ikke deltog aktivt i den daglige ledelse, der foregik på båden. Herudover afholdtes alle bestyrelsesmøder i Canada og således kunne selskabet ikke anses for at være skattepligtigt i Danmark.

---

<sup>35</sup> Lov nr. 312 af 17. maj 1995

<sup>36</sup> Poul Krüger-Andersen m.fl., s. 309 (Niels Winther-Sørensen: Skat ved aktieselskabers til- og fraflytning), 2000

<sup>37</sup> ibid s. 317

<sup>38</sup> Tfs.2004.229, s. 4

<sup>39</sup> ibid

## 2.2 BEGRÆNSET SKATTEPLIGT

Udenlandske selskaber og foreninger mv.<sup>40</sup> kan blive begrænset skattepligtige til Danmark, hvis deres aktivitet eller indkomst er omfattet af SEL § 2. SEL § 2 indeholder hjemlen til at udenlandske selskabers kildeindkomst fra Danmark, hvilket kan forekomme på mange måder. I forhold til den overordnede kræver begrænset skattepligt, som opstår på grund af tilstedeværelsen af et fast driftssted, særlig opmærksomhed jf. nærmere nedenfor.

Herudover forekommer det ofte, at udenlandske selskaber bliver begrænset skattepligtige af indkomster, som stammer fra ejendomme beliggende i Danmark jf. SEL § 2, stk. 1, litra b. Spørgsmål om ophørsbeskatning er i relation til ejendomme er ikke nær så relevant, da ejendomme sjældent (aldrig) flyttes og dermed må realisationsbeskatning i de fleste situationer forekomme ved afhændelse af ejendommen.

Foruden de to nævnte typer af indkomst indeholder SEL § 2, stk. 1 yderligere en række indkomster, som udenlandske selskaber kan blive begrænset skattepligtige af til Danmark. Eksempler på disse indtægter er udbytte fra et dansk selskab, royalty, arbejdsudleje- og konsulentindtægt, som i relation til den overordnede problemstilling ikke vil blive behandlet yderligere.<sup>41</sup>

### 2.2.1 FAST DRIFTSSTED

SEL § 2, stk. 1, litra a hjemler beskatning af udenlandske selskabers og foreningers aktiviteter i Danmark for så vidt de konstituerer fast driftssted her i landet. Om et udenlandsk selskab har fast driftssted i Danmark afgøres i overensstemmelse med OECD's Modeloverenskomst artikel 5, hvilket fremgår af Cirkulære nr. 136 af 7. november 1998, pkt. 15. Ifølge OECD's Modeloverenskomst betyder udtrykket fast driftssted navnlig *et fast forretningssted, gennem hvilket et foretagendes virksomhed helt eller delvis udøves*. Som eksempler gives: *et sted, hvorfra et foretagende ledes, en filial, et kontor, en fabrik, et værksted, og en mine, en olie- eller gaskilde, et stenbrud eller ethvert andet sted, hvor naturforekomster udvindes*.

Det faste driftssted er en skatteretlig fiktion, hvis formål er at kunne være genstand for allokering af henholdsvis indkomster og udgifter, der relaterer til den aktivitet, der foregår i kildelandet. Allokeringen foregår altovervejende efter den direkte metode i medfør af

<sup>40</sup> Forenklet gengivelse af SEL § 2, stk. 1, 1. pkt: "Skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger m.v. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet, for så vidt de (...)"

<sup>41</sup> Werlauff, s. 126 ff, 2010

artikel 7 i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst.<sup>42</sup> Det væsentlige i denne sammenhæng er selve det faste driftssteds opståen og dermed potentielle exit, da det også omfattes Selskabsskattelovens til- og fraflytningsbestemmelser.

Nærmere betegnet er et dansk fast driftssted omfattet af SEL §§ 6 og 7 med henvisning til § 5, stk. 2 og 3 på den led, at de aktiver, som henføres (allokeres) til og fjernes fra det faste driftssteds aktivmasse skal værdiansættes ved indgang og (eventuelt) afståelsesbeskattes ved udgang. Dette kan i yderste konsekvens lede til, at der ved det faste driftssteds ophør skal ske realisationsbeskatning af samtlige aktiver tilknyttet dette.

### 2.3 SKATTEPLIGTENS OPSTÅEN OG TILFLYTNING

Det følger af SEL §§ 4 A at, der ved tilflytning jf. en dobbeltbeskatningsoverenskomst eller ved ledelsens sædes opståen indtræder skattepligt til Danmark for det pågældende selskab eller forening. Reglerne om indtræden i skattepligt finder tilsvarende anvendelse for udenlandske selskaber, som indtræder i begrænset skattepligt jf. SEL § 4 A, stk. 5 med mindre de forud for indtræden har været ubegrænset skattepligtige jf. SEL § 1 eller FBL § 1. Indtræden i skattepligt jf. SEL § 2, stk. 1, litra a, b og f sker jf. SEL § 6 fra det tidspunkt påbegyndelsen af virksomheden, det begrundes skattepligten.

Ved indtræden i Dansk skattepligt skal der jf. SEL § 4 A, stk. 1, 1. pkt. foretages en skattemæssig værdiansættelse af alle selskabets aktiver og passiver, som ikke forvejen er omfattet af dansk skattepligt, der efterfølgende inkluderes i den danske beskatning. Deres skattemæssige indgangsværdi ansættes til handelsværdien på indtrædelsestidspunktet med den modifikation for afskrivningsberettigede aktiver, at de anses for erhvervet til den faktiske anskaffelsessum, afskrevet maksimalt efter danske regler, indtil tilflytningstidspunktet. Dog skal aktiverne anses for erhvervet til handelsværdien på tilflytningstidspunktet, såfremt denne værdi er mindre end værdien beregnet jf. førnævnte princip.

Der ansættes ved tilflytning ingen anskaffelsessum på goodwill eller andre immaterielle aktiver som nævnt i Afskrivningslovens § 40, i det omfang de er oparbejdet af selskabet selv.

---

<sup>42</sup> Om allokering af erhvervsindkomst til fast driftssted se Niels Winther-Sørensen, "Beskatning af international erhvervsindkomst", s. 353 ff, 2000

Reglerne har tidligere været genstand for "misbrug" ved, at koncernforbundne selskaber forud for indtræden i dansk skattepligt har handlet aktiver imellem hinanden for derved at opnå højere indgangsværdier med henblik på at skulle udrede mindre skat i en afståelsessituation. Som (anerkendt) eksempel herpå er TfS.2003.850.LR, hvor det lykkedes TDC, at opnå en yderst gunstig skattebesparelse ved omdannelse af et tysk GmbH (selskab med begrænset hæftelse svarende til A/S og ApS) til KG (transparent enhed svarende til K/S) og derved opnå anvendelse af nogle meget store afskrivninger i KG'et, hvilket blev muliggjort via sambeskatning.

Resultatet heraf er, at der i dag er tvungen succession i afskrivningsgrundlaget jf. også ovenfor.<sup>43</sup>

Reglerne om tilflytning sikrer i relation til fraflytning og ophør af dansk skattepligt et grundlag for den realisationsbeskatning, der skal bedømmes ved EU-Domstolen. Europakommissionen har tidligere givet udtryk for, at forskelle i disse værdiansættelser ved bevægelser på tværs af medlemsstaternes landegrænser kan danne grundlag for en betydelig asymmetri i den beskatning, som selskaberne møder i forbindelse med deres etablering, hvilket kan være med til at understrege tilstedeværelsen af en restriktion. Således anses det for nødvendigt at finde en fælles løsning til håndtering af denne problemstilling.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Werlauff, s. 76, 2010

<sup>44</sup> KOM(2006)825 affødt af sag C-9/02 og sag C-470/04

### 3.0 SKATTEPLIGTENS OPHØR

Når det er afgjort, om der er opstået skattepligt i relation til SEL §§ 1 eller 2, kan der tages stilling til de situationer, hvor der således kan ske ophør af skattepligt. Reglerne om indkomstskattepligtens indtræden og ophør findes samlet i Selskabsskattelovens afsnit II, nærmere bestemt §§ 4 – 7 A, hvor enkelte, i relation til indtræden, er præsenteret ovenfor.

Reglerne om ophør ved fraflytning blev indført ved Lov nr. 312 af 1995, som også medførte hjemmel til at beskatte udenlandske registrerede selskaber med ledelse i Danmark.<sup>45</sup> Reglerne blev indført som følge af en generel erkendelse af de muligheder, der forelå i at spekulere i udnyttelse af skattehuller i den danske skattelovgivning.<sup>46</sup> Derudover kommer forarbejderne til loven<sup>47</sup> ikke nærmere formålet med ophørsbeskatning end: *"der indføres en generel avancebeskatning for selskaber og foreninger mv. i forbindelse med ophør af fuld skattepligt, uden at der er tale om likvidation*

For hjemmehørende selskaber og foreninger gælder det ifølge SEL § 5, stk. 1, 1. pkt., at når selskabet eller foreningen opløses, fortsætter skattepligten indtil tiden for opløsningen. Altså er det opløsningen af selskabet, der er afgørende for, hvornår skattepligten er ophørt. Følgende bestemmelser (SEL §§ 5, stk. 2 og 3) fastsætter kriterier for ophør af skattepligt for selskaber med bagudforskudt indkomst samt likvidators eller ledelsens forpligtelser i forhold til anmeldelse af ophøret.

Kravet om opløsning af selskabet eller foreningen i forbindelse med skattepligtsophør modificeres i nogle situationer af omstændighederne for skattepligtsophøret. Ved ophørsbeskatning, som ikke skyldes opløsning, kan der opstå den paradoksale situation, hvor et selskab er ophørt med at være skattepligtigt på trods af dets fortsatte eksistens i

---

<sup>45</sup> SEL § 1, stk. 7 (nu stk. 6)

<sup>46</sup> Jf. daværende Skatteminister Carsten Kochs fremsættelsestale  
<sup>47</sup> L 35/1994 (lov nr. 312 af 17. maj 1995)



selskabsretlig forstand. Dette kan blandt andet være i det tilfælde, hvor et dansk selskab flytter sit faktiske hovedsæde til udlandet.<sup>48</sup>

Konsekvensen heraf er, at selskabet herefter, som udgangspunkt må anses for at være skattepligtigt til Danmark grundet kravet om registrering sammenholdt med SEL § 1, stk. 1, nr. 1 og i samme øjeblik modificeres dette af SEL § 5, stk. 7 fordi selskabets ledelse er i udlandet, hvorved, at den resterende aktivitet og selskabets aktiver, der er til stede i Danmark, nu skal ses i lyset af den beskatningsret, der opnås i medfør af en fortolkning af henholdsvis artikel 4, 5, 6 og 7 i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Altså kræver det for eksempel, at den tilbageværende aktivitet udgør et fast driftssted eller er indtægt fra fast ejendom beliggende i Danmark for (det nu i skatteretligt henseende) udenlandske selskab.<sup>49</sup>

Om skattepligt jf. SEL § 2, stk. 1, litra a er nødvendig for at gennemføre beskatningen er uklart, men skulle dette være tilfældet, vil resultatet være det samme med mindre artikel 5 i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst fraviger fra Modeloverenskomsten.

#### 3.1 FRAFLYTNING – EXIT?

Indledningsvist er det væsentligt at have et overblik og fælles forståelse over de situationer, hvor det kan blive relevant at diskutere ophør af skattepligt grundet omstændigheder, som kan betegnes som fraflytning. Denne fraflytning er med EU-Domstolens praksis blevet benævnt "exit-taxation", hvorefter at den danske version er "exit-beskatning". Herved forstås situationer, hvor et selskab, et fast driftssted eller aktiv tilhørende af disse, grundet fysisk flytning eller allokering på tværs af landegrænsen ud af Danmark, ophører med at være skattepligtig.

Herefter opremses de forskellige typer af skattepligts ophør og resultat heraf som er nævnt i SEL §§ 5, 7 og 7 A, der er relevante i forhold til den overordnede problemstilling. Der inddrages desuden eksempler, hvor territorialprincippet i SEL § 8, stk. 4, 3. pkt. på tilsvarende vis medfører ophør af skattepligt:

1. Dansk registreret selskab flytter sin faktiske ledelse til et land, hvormed der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst

---

<sup>48</sup> Werlauff, s. 179, 2010

<sup>49</sup> ibid

2. Udenlandsk selskab med ledelse i Danmark flytter ledelsen til et land, hvormed der er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst
3. Dansk registreret selskab flytter sin aktivitet til et land, hvor aktiviteten udgør et fast driftssted i overensstemmelse med territorialprincippet
4. Udenlandsk selskab flytter aktiviteten, der udgør et fast driftssted i Danmark til udlandet
5. Udenlandsk selskab flytter et aktiv eller dele af sit faste driftssted til udlandet

Som det fremgår af ovenstående liste kan ophøret af skattepligt i visse situationer afhænge af om der foreligger en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende land, hvortil tilflytningen sker. Dette skyldes, at fraflytning i sin essens afhænger af, at beskatningsretten til et aktiv eller virksomhed i Danmark overgår til et andet land, hvilket netop er reguleret i disse aftaler.

Hvis ikke der eksisterer en dobbeltbeskatningsoverenskomst kan for eksempel artikel 4, stk. 3 (jf. OECD's MDBO) ikke anvendes og dermed fastholdes beskatningsretten til et dansk indregistreret selskab i Danmark, på trods af at ledelse reelt foregår i et andet land jf. Tfs.2007.264.H.

På samme vis betyder flytningen af ledelsen sæde heller ikke reelt noget, da Danmark stadigvæk står tilbage med "skallen", som nævnt er eneste krav for indledningsvist at beskatte selskabet. Naturligvis vil der i tilfældet, hvor ledelsens sæde og den virkelige ledelse reelt flyttes til et land, hvormed Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst og artikel 4, stk. 3 resulterer i, at selskabet skal anses for hjemmehørende i tilflytterstaten, være tale om fraflytning i relation til den overordnede problemstilling jf. SEL § 5, stk. 5.

Omvendt er det ved overdragelse af aktiver fra det danske selskab til et fast driftssted i udlandet uafhængigt af en dobbeltbeskatningsaftale, da vurderingen bygger på en ren internretlig fortolkning af, om der efter dansk intern ret, eksisterer et fast driftssted i udlandet og om det pågældende aktiv er allokeret dertil. Bevægelsen, der fører til exit - og dermed realisationsbeskatning, kan således fremstå på mange forskellige måder og herefter gennemgås de enkelte eksempler nærmere.

### *3.1.1 DANSK INDREGISTRERET SELSKAB*

De følgende eksempler har det til fælles, at der tages udgangspunkt i et dansk indregistreret kapital selskab (A/S eller ApS) med ledelse og aktivitet i Danmark. Således udsættes selskabet for de forskellige tilfælde af fraflytning, der kan ske i henhold til SEL § 5, stk. 5 og 7 samt SEL § 8, stk. 4, 3. pkt.

#### **3.1.1.1 Selskabet flytter ledelsen**

Hvis selskabets ledelse flytter til andet land med det formål at varetage den faktiske ledelse dér afhænger den danske fraflytningsbeskatning af, om det pågældende land har hjemmel til at beskatte det danske selskab på grund af ledelsen, og om Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med det pågældende land.

Danmark har med SEL § 1, stk. 6 mulighed for at beskatte udenlandske selskaber med faktisk ledelse i Danmark ubegrænset og tilsvarende regler finder også i andre stater. I det tilfælde der opstår dobbeltdomicil for selskabet kræver det eksistens af en dobbeltbeskatningsoverenskomst for at kunne afgøre, hvor selskabet er hjemmehørende jf. artikel 4, stk. 3 OECD's MDBO.

Resulterer denne bedømmelse i, at selskabet skal anses for hjemmehørende i den stat, hvor ledelsen foregår, er der i relation til SEL § 5, stk. 5 sket fraflytning. Det følger således også heraf at flytning af ledelsen til et land, hvor der ikke eksisterer en dobbeltbeskatningsoverenskomst, ikke får nogen indflydelse på det danske selskabs ubegrænsede skattepligt til Danmark.

#### ***Dobbeltbeskatningsoverenskomsternes artikel 4, stk. 3 – virkelig ledelse***

Som udgangspunkt indgås dobbeltbeskatningsoverenskomster imellem Danmark og andre lande med OECD's Modeloverenskomst som skabelon og derfor skal spørgsmålet om, hvor et selskab er hjemmehørende afgøres ud fra artikel 4, stk. 3. Her indtager begrebet "Virkelig ledelse" en central rolle i relation til spørgsmålet om selskabers til- og fraflytning og kræver derfor nærmere gennemgang i relation til den overordnede problemstilling.

Artikel 4, stk. 3 bestemmer, at i det tilfælde, at en ikke-fysisk person, der er ubegrænset skattepligtig i to stater, skal vedkommende (selskabet) anses for kun at være

hjemmehørende i den stat, hvor den virkelige ledelse har sit sæde.<sup>50</sup> I det tilfælde, at denne afgørelse ender med, at et dansk indregistreret selskab anses for at have virkelig ledelse i et andet land, da ophører skattepligten som sagt jf. SEL § 5, stk. 5 og 7 – uden selskabets opløsning.

I vurderingen af, hvor et selskabs virkelige ledelse reelt befinder sig, må der som udgangspunkt tages stilling til følgende to momenter: 1) Hvilket organ eller personer udgør selskabets ledelse og 2) hvor sædet for dette eller disse er placeret.<sup>51</sup> I kommentarerne til OECD's Modeloverenskomst er det vagt<sup>52</sup> angivet, hvor den virkelige ledelse kan anses for at være: "*Sædet for den virkelige ledelse er det sted, hvor de afgørende ledelsesmæssige og forretningsmæssige beslutninger, der er nødvendige for virksomhedens forretningsmæssige udøvelse i sin helhed, i det væsentlige træffes.*"<sup>53</sup>

Af kommentarerne til artiklen følger det også, at der kun kan være ét sted for den virkelige ledelse. Vurderingen foretages ud fra de faktiske omstændigheder fremfor formel (herunder vedtægtsmæssig) ledelsesplacering. Herudover kan der heller ikke lægges afgørende vægt på, hvem der i "*økonomisk-psykologisk forstand udøver den afgørende indflydelse på de formelle ledelsesorganer*".<sup>54</sup> Hvis dette var tilfældet, ville det som altovervejende hovedregel altid være det øverste organ (moderselskab), som med sin bestemmende indflydelse per definition ville være den virkelige ledelse.

Der findes flere eksempler på disse vurderinger i dansk retspraksis, hvor Tfs.1998.607.H (California Kleindienst) er et eksempel, hvor Højesteret indfortolker artikel 4, stk. 3 i deres afgørelse af, hvor selskabets egentlige ledelse er til stede – i dette tilfælde hos (det tyske) selskabets direktør i Danmark. Samme ledelsesbegreb er det, som anvendes ved fortolkning af SEL § 1, stk. 6.<sup>55</sup> Sagen angik ikke reelt spørgsmålet om denne virkelig ledelses placering men grundet formuleringen i den dagældende lov om Kapitaltilførselsafgift § 2, som tillagde landet, hvor *selskabets egentlige ledelse har sæde*, beskatningsretten til kapitaltilførselsafgift, var det nødvendigt at afklare dette under sagens forløb. I dette tilfælde anså Højesteret ledelsen for at være placeret ved direktionen i Danmark.

---

<sup>50</sup> Modeloverenskomsten er fraveget i flere tilfælde bl.a. i overenskomsten med Canada, hvor hjemmehør af juridiske personer er der, hvor det er registreret og i overenskomsten med USA, hvor afgørelsen om hjemmehør skal løses af de kompetente myndigheder

<sup>51</sup> Jan Pedersen m.fl., s. 102, 2006

<sup>52</sup> ibid

<sup>53</sup> Kommentar nr. 24 til artikel 4 i OECD's Modeloverenskomst (2008)

<sup>54</sup> Jan Pedersen, m.fl., s. 103, 2006

<sup>55</sup> Tfs.2004.229, s. 4

Afgørelsen skal dog ikke forstås således, at det er direktionen, der per definition tegner den virkelige ledelse.<sup>56</sup> En aktiv bestyrelse kan således sagtens udgøre et selskabs ledelse, hvis den forestår selskabets egentlige ledelse.<sup>57/58</sup>

Herefter er det relevant at redegøre for selve "sædet" for den virkelige ledelse, da det er her, hvor virksomheden ender med at være ubegrænset skattepligtig jf. artikel 4, stk. 3 i OECD's Modeloverenskomst og dermed det andet kriterium i vurderingen. Sædet for den virkelige ledelse er som nævnt ifølge kommentarerne til Modeloverenskomsten: "(...) *det sted, hvor de afgørende ledelsesmæssige og forretningsmæssige beslutninger, der er nødvendige for virksomhedens udøvelse, i det væsentligste træffes*".<sup>59</sup>

Stedet for den virkelige ledelse udgør det sted, hvor en bestyrelse eller ledende enkeltpersoner reelt træffer sine beslutninger og dermed ikke deres bopæl(sland) eller hvor virksomheden føres ud i livet.<sup>60</sup>

Således vil et dansk indregistreret selskab med faktisk ledelse i udlandet, Færøerne eller Grønland være skattepligtigt til det land, hvor ledelsen reelt udøves og dermed har sæde. I det tilfælde, at et dansk selskabs ledelse flytter til udlandet og det med kriterierne i artikel 4, stk. 3 kan sluttes, at den virkelige ledelse nu ikke længere er til stede i Danmark, da foreligger der en fraflytningssituation og SEL § 5, stk. 5 er således aktiveret.<sup>61</sup>

I situationer, hvor en udenlandsk ledelse stifter et dansk selskab, må det antages, at selskabets skattepligt ophører i samme øjeblik, som stiftelsen er foretaget grundet ledelsens placering. Resultatet heraf må være, at der ikke kan nå at opstå skattepligtige avancer, som udsættes for afståelsesbeskatning og i det videre forløb anses selskabet for ikke-eksisterende i skatteretlig henseende og dermed ikke længere skattepligtigt. Dette gælder kun i de situationer, hvor artikel 4, stk. 3 (eller tilsvarende) er anvendelig. Alternativt fortsætter den beskatning i medfør af SEL § 1, stk. 1, nr. 1.

#### ***Særligt om danske Holding selskaber med ejere i udlandet***

Der findes ikke som sådan en entydig definition på begrebet *holdingselskab*. Det må dog antages, at begrebet dækker over et kapital-selskab, hvis funktion i det væsentligste, både

---

<sup>56</sup> Jan Pedersen, m.fl., s. 105, 2006

<sup>57</sup> *ibid*

<sup>58</sup> Se hertil TfS.1996.257.LR (omtalt tidligere) og yderligere TfS.1996.476.LR, hvor ledelsen ansås for at være i Danmark under en tilsvarende bedømmelse

<sup>59</sup> Kommentar nr. 24 til artikel 4 i OECD's Modeloverenskomst (2008)

<sup>60</sup> Jan Pedersen, m.fl., s. 106, 2006

<sup>61</sup> Se hertil TfS.2009.987.SR om hovedaktionærs flytning til Schweiz og TfS.2010.67.SR om samme.

vedtægtsmæssigt og faktisk, er at eje aktier i andre selskaber. Der er ikke nødvendigvis tale om bestemmende indflydelse i de selskaber, hvori der er aktiebesiddelser, hvilket heller ikke er nødvendigt, da det ikke er en koncern, der nødvendigvis er målet med strukturen.<sup>62</sup> Således kan ønsket om at opnå skattefrit udbytte jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2 fra det ejede selskab op til holdingselskabet, ved at opfylde kravene om datterselskabsaktiebesiddelse jf. ABL § 4 A, stk. 1 eller koncernaktier jf. ABL § 4 B, stk. 1, være en af årsagerne til at denne struktur vælges.

Uanset bevæggrundene for valg af denne (meget populære) struktur kan det give både fordele og ulemper i de tilfælde, hvor holdingselskabsaktierne ejes af en person med bopæl i udlandet. Særlig opmærksomhed bør det faktum, at man som ejer af et dansk holdingselskab risikere at udgøre den virkelige ledelse i det pågældende land, hvor man er bosat med den følgende konsekvens, at selskabet, på grund af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, ultimativt anses for fraflyttet grundet den virkelige ledelses placering.

I mangel på kontorlokalteter eller lokaliteter i det hele taget for et holdingselskab kan det blive relevant at inddrage ledelsens (i dette tilfælde den enkelte aktionær) bopælsoplysninger, hvilket normalt ellers søges undgået.<sup>63</sup> Det er i sagens svært at afgøre, hvor en enkeltperson træffer sine beslutninger og det må derfor også kræve en væsentlig bevisførelse i form af for eksempel mødereferater og rejsebilletter for at overbevise myndighederne. Til sammenligning anses et dansk selskab med aktivitet i Danmark, hvor ledelsesorganet mødes i udlandet og træffer de væsentlige ledelsesmæssige beslutninger for skattepligtigt i udlandet.<sup>64</sup>

Som eksempel herpå ses Tfs.1998.334.LR, hvor en person i Danmark erhvervede aktierne i et finsk holdingselskab, hvor der ikke foregik løbende ledelse/daglige ledelsesbeslutninger. Der blev lagt vægt på, at personen var bosiddende i Danmark og ubegrænset skattepligtigt til Danmark og at alle ledelsesmæssige beslutninger ville blive foretaget i Danmark. Resultatet var således, at selskabet var ubegrænset skattepligtigt jf. SEL § 1, stk. 6.

---

<sup>62</sup> Werlauff, s. 493, 2010

<sup>63</sup> Jan Pedersen m.fl., s. 106, 2006

<sup>64</sup> Ibid, s. 107

**Særligt om SE-selskaber**

Der vil ikke blive taget nærmere stilling til SE-selskabet, men det bemærkes at indholdet af fraflytningsbestemmelserne har et tilsvarende indhold som de øvrige og flytning af SE-selskabets hovedsæde vil således også medføre realisationsbeskatning med mindre de omfattede aktiver kan allokeres til et tilbageværende fast driftssted.<sup>65</sup>

Dette ses ud af SEL § 5, stk. 8: "*[SEL § 5, stk. 7] finder tilsvarende anvendelse, hvis et europæisk selskab (SE-selskab) eller et europæisk andelsselskab (SCE-selskab), der ikke beskattes efter § 1, stk. 1, nr. 3, ophører med at være skattepligtigt efter § 1 som følge af, at selskabet flytter sit vedtægtsmæssige hjemsted til et land, der er medlem af EU.*"

Resultatet af fraflytningen jf. SEL § 5, stk. 5 er, at selskabet underkastes beskatningen i SEL § 5, stk. 7, hvor: "*aktiver og passiver, som ikke fortsat er omfattet af dansk beskatning,[anses] for afhændet på fraflytningstidspunktet. Salgssummen ansættes til handelsværdien på fraflytningstidspunktet.*" Realisationsbeskatning af alle aktiver og passiver til handelsværdien på fraflytningstidspunktet sker med opsamling i henhold til SEL § 7 A, som stiller som betingelse for ophør af virksomhed, at "*(...) afståelse af virksomhedens varelager, maskiner, driftsmidler og inventar m.v. har fundet sted.*" Hertil kommer alle latente avancer, fremførte underskud og genvundne afskrivninger også til beskatning. Kan nogle aktiver og passiver omfattes af dansk skattepligt og beskatningsret jf. en dobbeltbeskatningsoverenskomst vil dette medføre, at disse ikke anses for realiseret.<sup>66</sup> Selskabet anses herefter, uanset dets fortsatte selskabsretlige eksistens, som værende ophørt skatteretligt.

### **3.1.1.2 Flytning af hele eller en del af det danske selskabs aktivitet til udlandet, hvor aktiviteten udgør et fast driftssted i overensstemmelse med territorialprincippet**

I det tilfælde, hvor et danske selskab flytter aktivitet til udlandet således, at aktiviteten jf. SEL § 8, stk. 2 får status som fast driftssted i den pågældende stat, følger det af SEL § 8, stk. 4, 3. pkt., at de påvirkede aktiver og passiver, der overføres, sidestilles med salg til handelsværdien på overførelstidspunktet. Der indtræder dermed en

<sup>65</sup> Stockholm, s. 264, 2008

<sup>66</sup> J.O. Engholm Jacobsen, s. 169, 1997

realisationsbeskatning på baggrund af den overførsel eller blot allokering, der sker til det faste driftssted i udlandet.

Situationen er ikke omfattet af reglerne i Selskabsskatteoven Afsnit II, da dette relaterer sig til selve opgørelsen af den skattepligtige indkomst, men metoden til ophørsbeskatning er den samme i begge tilfælde. Med territorialprincippet indførelse i 2005 blev den tidl. SEL § 7 A, stk. 2 afskaffet, som indtil da, havde haft den funktion, som SEL § 8, stk. 4, 3. pkt. nu har i dag.<sup>67</sup>

I tilfælde af at der eksisterer en dobbeltbeskatningsoverenskomst med staten, hvor det faste driftssted opstår, kan situationen modificeres ved, at den pågældende overenskomst ikke fører til, at der foreligger fast driftssted og dermed forbliver beskatningsretten hos Danmark jf. ovenstående om territorialprincippet virkemåde.

#### *3.1.2 UDENLANDSK REGISTRERET SELSKAB*

De følgende eksempler har alle det til fælles, at de drejer sig om et udenlandsk selskab, der indtræder i enten ubegrænset eller begrænset skattepligt i Danmark. Således udsættes selskabet for de forskellige tilfælde af fraflytning, der kan ske i henhold til SEL § 5, stk. 5 og 7 samt SEL § 8, stk. 4, 3. pkt.

##### **3.1.2.1 Ledelsen i Danmark ophører eller flytter til udlandet**

Hvor et udenlandsk selskab er ubegrænset skattepligtigt til Danmark jf. SEL § 1, stk. 6 fordi selskabet har sin faktiske ledelse i Danmark, sker ophør af skattepligt, hvis ledelsen i Danmark ophører, da det er selve ledelsen, som er nødvendig for at oprette og opretholde skattepligten. Det er som udgangspunkt ikke muligt at læse denne situation under fraflytningsbestemmelsen, men skal dog behandles på samme måde, da der blot er tale om ophør jf. SEL § 5, stk. 1.

Såfremt selskabet ikke tilendebringer sine aktiviteter må den eneste logiske slutning på, at ledelsen ikke længere foregår i Danmark være, at ledelsen er flyttet til en anden stat og derved er der tale om en fraflytning med ophørsbeskatning som resultat.<sup>68</sup>

Ophørsbeskatningen er identisk med den, der sker, hvor et registreret selskabs ledelse etablerer sig i en anden stat. Dermed sker der realisationsbeskatning jf. SEL § 5, stk. 5 og 7,

<sup>67</sup> Jf. kommentarerne til L 202 2008/2009-1 (Lov nr. 525 2009)

<sup>68</sup> Samme ses også i TfS.2004.229, "Ledelsen sæde som grundlag for fuld skattepligt", s. 10



hvor aktiver og passiver, som ikke fortsat er omfattet af dansk beskatning, anses for afhændet på fraflytningstidspunktet. Salgssummen ansættes til handelsværdien på fraflytningstidspunktet.

#### **3.1.2.2 Flytning af hele eller en del af det udenlandske selskab med ledelse i Danmarks aktivitet til udlandet, hvor aktiviteten udgør et fast driftssted i overensstemmelse med territorialprincippet**

SEL § 8, stk. 2 om territorialprincippet er også gældende i den situation, hvor et udenlandsk selskab er ubegrænset skattepligtigt til Danmark på grund af, at selskabets ledelse udøves i Danmark jf. SEL § 1, stk. 6.

Situationen er identisk med den allerede beskrevne situation, hvor et dansk indregistreret selskab foretager en tilsvarende flytning eller allokering af aktiver eller aktiviteter til udlandet. Således sker det, at de påvirkede aktiver og passiver, der overføres, sidestilles med salg til handelsværdien på overførelstidspunktet jf. SEL § 8, stk. 4, 3. pkt.

#### **3.1.2.3 Fast driftssted ophører med at eksistere**

Udenlandske selskaber, som er begrænset skattepligtige til Danmark jf. SEL § 2, stk. 1, litra a, er det i kraft af, at der eksisterer et fast driftssted og at der kan allokeres indkomst til det. I det øjeblik, at aktiviteten ændres således, at der ikke længere eksisterer et fast driftssted, er der tale om ophør af beskatning jf. SEL § 7, stk. 1, 1. pkt.

Bestemmelsen omfatter ligeledes ophør af begrænset skattepligt jf. SEL § 2, stk. 1, litra b og f (indkomst fra fast ejendom og rådgiver- og konsulentydelse). Således vil for eksempel afståelse af en fast ejendom, hvor den skattemæssige værdi (formentlig efter foretagne afskrivninger, hvis muligt) er lavere end markedsværdien, føre til beskatning af genvundne afskrivninger og eventuelt af avance derudover.

Ophørsbeskatningen sker således ved, at virksomhedens (det faste driftsstedes) varelager, maskiner, driftsmidler og inventar mv. anses for afstået jf. SEL § 7 A. I det omfang, at det faste driftsstedes aktiver som nævnt i SEL § 7 A ikke længere kan allokeres til aktiviteten i Danmark sker der ligeledes ophørsbeskatning af disse.

### 3.2 SAMLET OM OPHØR AF SKATTEPLIGT PÅ GRUND AF EXIT

Når et selskab eller forening, hvad end det er u- eller begrænset skattepligtigt til Danmark, ophører med at være skattepligtigt her til landet, medfører det nogle skattemæssige konsekvenser. I Danmark har fokus omkring risiko for skatteflugt udmundet i både lovbestemmelser<sup>69</sup> og cirkulærer<sup>70</sup>, som er indført for at sikre skattebasen og dermed også hindre skatteflugt.<sup>71</sup> Det blev ved denne lejlighed debatteret om der også var et behov for særlige regler vedrørende selskabers skatteflugt, hvilket blev afslået, da reglerne i den oprindelige Selskabsskattelev allerede havde det indhold, som umiddelbart sikrer en effektiv modvirkning af skatteflugt.<sup>72</sup> Alligevel blev der i 1995 indført særlige regler til at imødegå skattemotiveret fraflytninger og disse slutter nu med territorialprincippet en komplet ring om fraflytningstilfældene.

Som overordnet fællesnævner kommer det ophørende selskabs eller faste driftssted latente avancer til beskatning i forbindelse med ophøret – uden at der sker realisation.<sup>73</sup> Således realiseres selskabet eller det faste driftssted i forbindelse med ophøret og dette kan have afgørende betydning for virksomhedens fortsatte drift. Afhængigt af selskabets eller det faste driftsstedes skattemæssige balance kan realisation føre et krav om faktisk skattebetaling med sig eller også må potentielle fremførbare underskud opgives.

#### 3.2.1 SÆRLIGT OM GRÆNSEOVERSKRIDENDE FUSION

Spørgsmålet om ophør ved fusion er bevidst holdt ude af ovenstående tilfælde, da grænseoverskridende fusion med det danske selskab som ophører svarer til den "almindelige" ophørssituation for et dansk selskab jf. SEL § 5, stk. 1.

Der var længe spekulation om selskaber kunne fusionere grænseoverskridende i medfør af EU-retten, som kun positivt tillod dette for SE-selskabet. Med sag C-411/03 *Sevic Systems* fandt Domstolen dog, at grænseoverskridende fusion også er en etableringsform, hvormed den er beskyttet af Traktaten.

Dette ændrer dog ikke på, at et selskab, som lader sig fusionere ud af Danmark uden at efterlade aktiver, som efterfølgende kan beskattes i Danmark (fast driftssted eller fast ejendom som eksempel) vil blive udsat for ophørsbeskatning på samme vilkår som i SEL §

<sup>69</sup> Michelsen, s. 354, 2003

<sup>70</sup> Cirkulære nr. 237 af 30. december 1987 (skatteflugt)

<sup>71</sup> Skatteflugtspakken af 1987, Michelsen, s. 331, 2003

<sup>72</sup> Michelsen, s. 355, 2003 med henvisning til B-50 betænkningen nr.1060/December 1985, s. 72

<sup>73</sup> Undtagelse: Salg af fast ejendom, som er skattepligtigt jf. SEL § 2, stk. 1, litra b

5, stk. 1 (jf. FUSL § 15, stk. 4), hvilket er fuldt ud foreneligt med direktiv 90/434. Dette er prøvet ved Tfs.2009.945.SR, hvor Skatterådet havde lejlighed til at fortolke ophørsbeskatningen i forbindelse med fusion i forhold til traktatbrudsproceduren, der var indledt på dette tidspunkt. Skatterådet konkluderer, at beskatningen er hjemlet i loven, som støttes på direktivet og dermed i overensstemmelse med argumentationen, som fremføres af Skatteministeriet i deres notater om sagen.

Det antages, at der i langt de fleste situationer med grænseoverskridende fusioner, hvor det ophørende selskab er det danske, efterlades en filial eller fast driftssted i Danmark således, at den nævnte ophørsbeskatning finder sted.<sup>74</sup> Dette kræver dog, at samtlige aktiver i det forhenværende danske selskab kan beskattes i Danmark som en filial (fast driftssted) i Danmark jf. Tfs.2008.1053.SR og Tfs.2009.338.SR.

Der tages ikke nærmere stilling til selskabsretlige fusionsmulighed, men det bemærkes, at det i medfør af direktiv 2005/56 (10. selskabsdirektiv om grænseoverskridende fusioner) på EU-retligt niveau er muligt at fusionere aktie- eller anpartsselskaber med hjemsted i flere forskellige medlemsstater. Reglerne er indført i Danmark i Selskabsloven §§ 271-290.

---

<sup>74</sup> Werlauff, s. 460, 2010

## 4.0 FRAFLYTNING (EXIT) I RELATION TIL EU-RETTE

Den 24. september 2008 modtog Danmark Kommissionens åbningsskrivelse af 23. september 2008. I denne anførte Kommissionen, at Danmark mistænkes for at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til den dagældende traktats artikel 43 (nu artikel 49) og artikel 31 i EØS-aftalen som følge af de danske bestemmelser om exitbeskatning ved overførsel af erhvervsmæssigt anvendte aktiver fra Danmark til udlandet.<sup>75</sup>

Kommissionen er af den opfattelse, at de danske regler, hvor der opkræves skat af urealiserede kapitalgevinster i forbindelse med et selskabs overførsel af erhvervsmæssigt anvendte aktiver til et fast driftssted i en anden medlemsstat, samtidig med, at der ikke opkræves skat ved en tilsvarende overførsel af aktiver mellem forskellige driftssteder inden for Danmark, skal anses for at være en ulovlig begrænsning af den frie etableringsret.<sup>76</sup>

Den 14. november 2008 underrettes Folketingets Europaudvalg med Skatteministeriets notat vedrørende Kommissionens åbningsskrivelse. Skatteministeriet finder, at reglerne er i overensstemmelse (og fuldt forenelige) med EU-retten, da reglerne er til for at: *"(...) sikre opretholdelsen af dansk beskatningskompetence og at forhindre en vilkårlig omfordeling af den danske skattebase til andre medlemsstater"*.<sup>77</sup> Skatteministeriet finder ikke, at sag C-9/02 *Lasteyrie du Saillant*: *"(...) kan udstrækkes til at omfatte erhvervsforhold og overførsel af aktiver, der indgår i erhvervsmæssig virksomhed"*, med den begrundelse, at denne form for aktiver ikke er anskaffet med henblik på generering af indkomst ved salg med fortjeneste og at disse aktiver som oftest slides i takt med deres benyttelse således, at de ikke kan ske salg med fortjeneste.

---

<sup>75</sup> **Website:** [www.eu-oplysningen.dk](http://www.eu-oplysningen.dk) → dokumenter → Sager ved domstolen → Kommissionens Åbningsskrivelser → År for modtagelse af Kommissionens åbningsskrivelser → 2008 → sag nr. 2008/2157

<sup>76</sup> *ibid*

<sup>77</sup> Skatteministeriet, notat, J.nr. 2008-722-0008, s. 1

Som begrundelse for at skattebasen omfordeles ved overførsel af aktiver til udenlandske faste driftssteder anvender Skatteministeriet eksemplet, hvor et aktiv er fremstillet og udgifterne hertil er afholdt i Danmark. Hvis dette aktiv flyttes til et udenlandsk fast driftssted vil det i tilfælde af reglernes ineffektivitet føre til at Danmark står tilbage med et underskud for fremstillingen af aktivitet, hvis den efterfølgende indtægtsgenerering tilfalder en anden stat til beskatning. Skatteministeriet fremfører at dette vil til, at: "(...) *den danske skattebase vilkårligt [vil] blive omfordelt til andre medlemsstater (...)*". Som begrundelse hertil anføres afgørelserne sag C-446/03 *Marks & Spencer*, sag C-470/04 *N* og sag C-231/05 *OYAA*, hvor det anses for anerkendt, at nationale bestemmelser, som dem, der er til prøvelse her, kan eksistere med formål til at forhindre en sådan omfordeling.

Foruden at udgøre en restriktion argumenterer Kommissionen også for, at de danske bestemmelser går videre end, hvad der er nødvendigt for at sikre formålet med bestemmelserne. Skatteministeriet er med henvisning til (igen) sag C-231/05 *OYAA* uenig heri og understreger, at formålet med bestemmelsen ikke alene er at hindre skattemæssigt begrundede overførsler men det bredere idet, at denne danske beskatningskompetence søges opretholdt. Hertil kommer Skatteministeriets "frygt" for, at der efter overførsel af aktiver til udlandet, ved senere realisation, ikke kommer noget til beskatning, fordi aktivitet ikke længere har nogen værdi.

Således er det Skatteministeriets opfattelse, at reglerne om overførsel af aktiver til et udenlandsk fast driftssted er i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 43 (nu artikel 49) og anden tilsvarende EØS-lovgivning.

I et senere notat af 10. maj 2010<sup>78</sup> anerkender Kommission risikoen for at miste beskatningskompetencen ved vilkårlig omfordeling i forbindelse med overførsler af aktiver imellem de enkelte medlemsstater. Herudover anerkender Kommission *formentlig*, at en sådan overførsel uden vederlag kan anses af den stat, hvorfra aktivet overføres fra, for at være en skatterelevante begivenhed og dermed tillade at beskatte virksomheden eller aktiverne, som om de var solgt. Tvisten drejer sig således om selve tidspunktet for opkrævningen af skatten.

Kommissionen mener ikke, at opkrævning af skatten bør finde sted, når aktivet forlader landet og dermed går de danske regler videre end, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet. Hertil nævnes, at der ved at gøre forskel imellem overførsel internt i landet og

---

<sup>78</sup> Skatteministeriet, notat, J.nr. 2008-722-0008 (fortsættelse af sagen)

overførsel til en anden medlemsstat, gives en dårligere behandling til dem, som rent faktisk afkræves skat. Som modargument fremhæves, at indtægten er tilknyttet det pågældende aktiv og derfor kræves bestemmelsens tilstedeværelse for at undgå vilkårlig omfordeling af skattebasen. Skatteministeriet henviser i øvrigt også til, at dette er i fuld overensstemmelse med territorialprincippet, hvor det netop ikke er muligt for Danmark at beskatte det pågældende aktiv, så snart det er uden for "rækkevidde".

Den 23. november 2010 er sagen sendt til Domstolen, hvor også Nederlandene og Spanien, er involveret i lignende sager.<sup>79</sup> I teksten i pressemeddelelsen lyder det: "*I henhold til den nationale skattelovgivning i Danmark, Nederlandene og Spanien beskattes en virksomhed af sine urealiserede kapitalgevinster, hvis den flytter sit hjemsted, sit faste driftssted eller sine aktiver til en anden medlemsstat. Tilsvarende transaktioner inden for disse lande beskattes imidlertid ikke med hensyn til eventuelle urealiserede kapitalgevinster.*

*Kommissionen mener, at en sådan beskatning udgør en diskriminerende straf, som pålægges virksomheder, der ønsker at forlade disse lande eller at flytte aktiverne til udlandet. De pågældende regler kan få virksomheder til at afholde sig fra at udøve deres ret til fri etablering og udgør dermed en begrænsning af etableringsfriheden som fastlagt i artikel 49 i TEUF."*

#### 4.1 KOMMISSIONEN MOD DANMARK: SAGENS KERNE

Kommissionen var indledningsvist af den overbevisning, at indholdet i SEL § 7 A: "*Virksomhed her i landet anses først for opgivet, når afståelse af virksomhedens varelager, maskiner, driftsmidler og inventar mv. har fundet sted.*" udgør en restriktion ved at kræve en realisationsbeskatning i forbindelse med grænseoverskridende flytning af hjemsted, et fast driftssted eller aktiver til en anden medlemsstat. SEL § 7 A udgør sidste bestemmelse i kapitlet om indtræden og ophør af skattepligt i Selskabsskatteoven og alle ophørssituationer skal "passere" denne bestemmelse, førend endeligt ophør accepteres. Sagen kommer i sin endelige udformning til at omhandle alle former for tilfælde, hvor der indgår grænseoverskridende overdragelse afhængige af realisation – og dermed beskatning.

Problemstillingen er således, at flytning af hjemsted, aktiver eller fast driftssted til udlandet gøres afhængigt af skattemæssig afståelse på trods af at denne bevægelse internt i

---

<sup>79</sup> IP/10/1565, pressemeddelelse af 24. november 2010 (Bruxelles)

Danmark ikke medfører dette. Et selskab kan uden videre flytte hjemsted jf. S § 26, hvor selskabets bopæl skal angives på stiftelsesdokumentet. En ændring til anden bopæl i Danmark er ikke forbundet med realisationsbeskatning. Ligeledes sker der ingen realisationsbeskatning, hvis et fast driftssted flytter lokation indenfor, da der heller ikke er hjemmel til at foretage denne.

Der kan både teoretisk og praktisk eksistere to faste driftssteder under samme udenlandske hovedforetagende, men det er sjældent forekommende. En overdragelse af aktiver imellem to faste driftssteder medfører ikke skattemæssig realisation – både i kraft af mangel på lovhjemmel, men også henset til, at de to driftssteders resultatopgørelse vil udgøre en nullitet i forhold til denne overdragelse, da det er at sammenligne med at tage et aktiv fra en lomme og flytte det til en anden.<sup>80</sup>

Europakommissionen forventes snarest at anlægge sagen imod Danmark fordi den mener, at de danske regler om ophørsbeskatning i forbindelse med grænseoverskridende flytning strider imod de grundlæggende frihedsrettigheder i Traktaten – nærmere betegnet den frie etableringsret i artikel 49 og 54 (ex. art. 43 og 48).

## 4.2 RESTRIKTION

Artikel 49 TEUF indeholder et restriktionsforbud for hindringer, der begrænser den frie etableringsret for fællesskabets borgere, der også inkluderer selskaber jf. artikel 54. Domstolen har i sager om fri bevægelighed haft for vane at behandle disse som diskrimineringsager og dermed undersøge om der foreligger direkte eller indirekte forskelsbehandling og om en sådan bunder i en saglig begrundelse. I skattesager sker dette ud fra en betragtning af om forskellige skatteydere er i sammenlignelige situationer.<sup>81</sup>

Det kan ofte være svært at vurdere om skatteydere er i sammenlignelige situationer men til trods for dette, sker der altid en vurdering af dette i sager om restriktionsforbud. I sager, hvor det drejer sig om forskelsbehandling af selskaber, som vælger at anvende reglerne om fri bevægelighed og selskaber, som ikke gør, er det også almindelig procedure at foretage diskriminationsvurderingen.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Jf. kommentarerne til artikel 5 i OECD's Modeloverenskomst (2008), punkt. 5.1

<sup>81</sup> Engsig Sørensen og Runge Nielsen, s. 810, 2010

<sup>82</sup> *ibid*

Etablering kan ske henholdsvis primært og sekundært. Den primære etablering er kendetegnet ved at et selskab flytter samtlige aktiviteter eller i hvert fald hovedaktiviteterne fra et land til andet. Sekundær etablering er en grænseoverskridende udvidelse fra det land, hvori hovedaktiviteterne er placeret til en anden medlemsstat via for eksempel et agentur, filial eller datterselskab.<sup>83</sup> Således kan de hindringer, som opstilles for disse etableringer være i både oprindelseslandet og i landet, hvor den primære eller sekundære etablering ønskes.

I forhold til de restriktioner, som Selskabsskatteoven muliggør opstiller i forhold til realisationsbeskatning uden egentlig afståelse ved fraflytning fra Danmark i forbindelse med etablering i en anden medlemsstat, er dette et spørgsmål om hindringer stillet af oprindelseslandet – i dette tilfælde Danmark.

Ved udformning af de nationale skatteregler skal disse respektere reglerne om det indre marked Sag 270/83 *Avoir Fiscal*. Dette gælder også ved indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster.<sup>84</sup> Der er dog både set eksempler på, at dobbeltbeskatningsoverenskomster henholdsvis medfører eller bringer en restriktion til ende.<sup>85</sup>

I relation til om de danske regler om realisationsbeskatning ved ophør på grund af grænseoverskridende bevægelse, må det afgøres om disse regler udgør en restriktion for den frie etableringsret. Dette kræver, at der sker differentiering imellem to skatteydere i sammenlignelige situationer og at denne differentiering skyldes en hindring eller diskriminerende myndighedsbehandling, der står i vejen for at etablere sig i en anden medlemsstat. Her er det som eksempel nærliggende at forestille sig et dansk indregistreret kapitalselskab med ledelsens sæde i Aarhus, der ønsker at flytte dette sæde til København.

Flytningen giver ikke nogen konsekvens i relation til ophørsbeskatning fordi, der ikke er sket en bevægelse, som krævede, at den danske landegrænse passeres. Havde selskabet valgt at flytte ledelsens sæde til Flensborg i Tyskland var situationen til gengæld en anden. I det øjeblik, at det må afgøres, at den virkelige ledelse foretages fra Flensborg i Tyskland i overensstemmelse med den dansk-tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst, fører dette til at det danske selskab skal beskattes som var det ophørt.

---

<sup>83</sup> Engsig Sørensen og Runge Nielsen, s. 539, 2010 og se hertil bl.a. Sag C-330/91 Commerzbank, sag C-311/97 Royal Bank of Scotland, sag C-307/97 Saint Gobain, Sag C-212/97 Centros, Sag C-208/00 Überseering og Sag C-167/01 Inspire Art

<sup>84</sup> Engsig Sørensen og Runge Nielsen, s. 810, 2010

<sup>85</sup> SU.2010.70, s. 5 ff



De to flytninger er ikke meget forskellige fra hinanden og det giver mening at antage, at to selskaber, som hver især vælger at foretage disse flytninger, er i sammenlignelige situationer.<sup>86</sup>

Det betyder, at der eksisterer en forskelsbehandling på grund af bestemmelserne i Selskabsskatteoven og disse fører til en situation, hvor flytning indenfor landets grænser ikke medfører ophørsbeskatning, hvorimod grænseoverskridende flytning gør. Selve beskatningen, som den grænseoverskridende flytning medfører, er en realisationsbeskatning af latente avancer uden der sker egentlig salg, hvilket domstolen har haft lejlighed til at tage stilling til i Sag C- 9/02 *Lasteyrie du Salliant*.

Domstolen konkluderer i denne sag, at realisationsbeskatning, der sker på grund af den grænseoverskridende bevægelse, uden afståelse udgør en restriktion for den frie etableringsret. I præmis 45 uddyber domstolen, at på trods af, at de nationale regler ikke forhindrer en borger i at flytte, så kan den effekt reglerne har, medføre den virkning, at det afholder en borger fra at udnytte sin etableringsret. Domstolen fortsættes i præmis 52 med at konkludere, at en borger, som ønsker at udnytte sin etableringsret behandles ufordelagtigt i forhold til en borger, som ikke gør dette. I præmis 52 gøres alene realisationsbeskatningen uden salg af de omhandlede aktiver til genstand for denne ufordelagtige behandling.

Domstolen konkluderer således, at realisationsbeskatning uden afståelse, der sker som følge af etablering i en anden medlemsstat udgør en restriktion i relation til artikel 49 TEUF (ex. art. 43). På samme måde findes det, at de danske regler, som udelukkende kræver realisationsbeskatning uden afståelse i tilfælde af, at et selskab ønsker at etablere sig, flytte sine aktiviteter eller blot et aktiv til en anden medlemsstat, udgør en restriktion for retten til den frie etablering.

Et af argumenterne fra Danmarks side er, at aktiverne i C-9/02 *Lasteyrie du Sailliant* var aktier og dermed ikke sammenlignelige med aktiver i et selskab. Et af de væsentlige argumenter i den sammenhæng er, at et selskabs aktiv, som er erhvervet eller produceret i Danmark, i modsætning til aktier, eksisterer med det formål at generere indtægt og at denne indtægt skal flyde til dette aktiv, indtil det ikke længere er funktionsdygtigt og derfor må "scrappes". Hvis udgiften til erhvervelsen eller produktionen er fradragsberettiget i Danmark og aktivet kan flyttes til udlandet uden realisation sker der en

---

<sup>86</sup> Et lignende eksempel anvendes af Reinout Kok i EC Tax Review 2011-2, p. 62

forskydning i skattebasen og ultimativt fører det til et tab af skatteprovenu i Danmark. Heroverfor argumenteres for, at aktier alene erhverves med henblik på salg med fortjeneste for øje.

Aktier kan ikke alene siges at være erhvervet af et selskab med henblik på salg med avance for øje. Aktier kan være genstand for betydelige løbende indtægter i form af udbytte. Udbytte, som afhængende af ejerforholdet og det ejende selskabs indflydelse, kan være skattefrit og dermed uden hindring for at de frie reserver kan tilflyde aktionæren.<sup>87</sup>

Dermed anses Kommissionens anvendelse af principperne fra *Du Salliant* på de ophørsbeskatninger, der opstår ved exit fra dansk selskabsbeskatning som anvendelige, da der ikke kan skelnes på grund af typen af aktiver og formålet med deres anvendelse.

Således udgør de danske regler om ophørsbeskatning ved grænseoverskridende etablering en restriktion for etableringsheden i artikel 49 TEUF.

#### 4.3 TVINGENDE ALMENE HENSYN

Når der foreligger en restriktion, skal det afgøres om restriktionen er begrundet i tvingende almene hensyn. Hvis dette er tilfældet vil restriktionen kunne opretholdes på trods af dens brud på de frihedsrettigheder, som følger af Traktaten.<sup>88</sup> Det følger allerede af Traktatens artikel 52 (ex art. 46), at hindringer, som kan begrundes i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed kan opretholdes trods deres restriktive indhold. Ofte er det set, hvor restriktioner tilsikrer miljøhensyn og god handelsskik, at disse anerkendes af Domstolen, hvorimod hensynet til økonomi, herunder sikring af skatteprovenu og eller værn mod tab af samme, samt administrative vanskeligheder, altid afvises.<sup>89</sup>

Da det ovenfor er konkluderet, at de danske regler om exit-beskatning udgør en restriktion, må det vurderes om de kan begrundes i tvingende almene hensyn. I relation til skatteret har mange hensyn været prøvet, herunder: Bekæmpelse af double-dip og skatteunddragelse, effektiv skatteadministration og kontrol, sammenhængen i beskatningsordningen og territorialbeskatning.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Direktiv 90/435 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater samt ABL §§ 4 A og 4 B

<sup>88</sup> EU-retten, s. 253, 2008

<sup>89</sup> ibid

<sup>90</sup> Stockholm, s. 494 ff

De tvingende almene hensyn, der fremføres af Danmark er, at den manglende evne til at opretholde realisationsbeskatning ved ophør af dansk skattepligt medfører en vilkårlig fordeling af skattebasen, som i sidste konsekvens anses for at kunne anvendes af selskaber til selv at kunne vælge, hvor de ønsker at blive beskattet. Det synes at ligge som formodning, at selskaber vil anvende disse muligheder til at forlægge deres skattemæssige indkomst i lavt beskattede lande, hvorimod underskud placeres i højtbeskattede lande. Derved opnås den størst mulige effekt af henholdsvis over- og underskud.

Det skal hertil bemærkes, at sagen, som Kommissionen har valgt at tage udgangspunkt i (sag C9/02 *Lasteyrie Du Salliant*), udelukkende tog hensyn til spørgsmålet om skatteunddragelse. Spørgsmålet om fordelingen af skattebasen og dermed beskatningskompetencen har været genstand for sager, som er prøvet ved senere lejlighed end sag 9/02 *Lasteyrie Du Salliant*, blandt andet: Sag C-446/03 *Marks & Spencer*, sag C-347/04 *Rewe Zentralfinanz eG*, sag C-414/05 *Lidl Belgium*, sag C-231/05 *OY AA* og sag C-337/08 *X-Holding*.

I sag C-446/03 *Marks & Spencer* konkluderede Domstolen indledningsvist, at der forelå en restriktion, når den engelske skattelovgivning ikke tillod koncernlempelse for underskud opstået i udenlandske datterselskaber, men kun i tilfælde, hvor underskud vedrørte datterselskaber beliggende i Storbritannien. Domstolen kommer frem til, at der er tale om en proportionel fordeling af medlemsstaternes beskatningskompetence og at anvendelse af det udenlandske datterselskabs underskud kun kan forekomme, hvis mulighederne for anvendelse af underskuddet i datterselskabslandet er udtømt uden resultat.<sup>91</sup> Afgørelsen bygger til dels sin konklusion på sag C-250/95 *Futura Participation*, hvor Domstolen anerkender territorialprincippet i forbindelse med fordeling af beskatningskompetence.<sup>92</sup>

I *Marks & Spencer* sagen anerkender Domstolen at til trods for, at lovgivningen udgør en restriktion i relation til etableringsfriheden, så kan disse opretholdelse, da de kan begrundes i tvingende almene hensyn. De hensyn Domstolen nævner er: Vilcårlig omfordeling af beskatningskompetencen<sup>93</sup>, risikoen for dobbelt-dip<sup>94</sup> og risikoen for skatteunddragelse.<sup>95</sup> Domstolen konkluderer ligeledes at nægtelsen af koncernlempelse til

---

<sup>91</sup> Præmis 39 og 59

<sup>92</sup> C-250/95 Præmis 22

<sup>93</sup> Præmis 46

<sup>94</sup> Præmis 47

<sup>95</sup> Præmis 49

det udenlandske datterselskab dermed forfølger et legitimt formål og det sker med en egnethed, der sikrer gennemførelsen af de pågældende mål.<sup>96</sup>

Altså har Domstolen med *Marks & Spencer* skabt praksis for at vilkårlig omfordeling af beskatningskompetencen, risikoen for dobbelt-dip og risikoen for skatteunddragelse er tvingende almene hensyn i overensstemmelse med Traktaten.

Denne praksis er også fastslået i sag C-231/05 *OY AA*, hvor selskabet AA Ltd. (UK) indirekte ejede 100 % af aktierne i OY AA (Finland). Da AA Ltd., i modsætning til OY AA, led tab og forventede dette fremadrettede, ønskede OY AA at yde koncernbidrag til AA for at beskytte dets økonomiske situation, da OY AA i høj grad afhang af AA's fortsatte drift. Koncernbidrag er i Finland fradragsberettiget, men Finland nægtede dette, da sådanne bidrag kun accepteredes indenfor den finske beskatningsordning. Bidraget blev her givet til et selskab i Storbritannien.

Indledningsvist konkluderer Domstolen at nægtelsen af fradrag for koncernbidrag ydet af et datterselskab er en restriktion for den frie etableringsret.<sup>97</sup> Domstolen begrundet restriktionen i den forskelsbehandling, der sker imellem to datterselskaber, som er i sammenlignelige situationer, hvor forskellen er, at deres respektive moderselskaber er beliggende i henholdsvis Finland som i andre medlemsstater. Således gøres det mindre attraktivt for udenlandske selskaber at etablere datterselskaber i Finland.<sup>98</sup>

Domstolen konkluderer efterfølgende, at den finske ordning er egnet til at sikre, at der ikke sker omfordeling af beskatningskompetencen og derved allokering af indkomst til lande med lave beskatningsprocenter samt sikre undgåelse af skatteunddragelse. Disse formål er i Domstolens ord forenelige med Traktaten og anses derfor for tvingende almene hensyn og desuden egent til at opnå disse mål.<sup>99</sup>

Det kan hertil nævnes, at der fremgår af Sag C-347/04 *Rewe Zentralfinanz eG* præmis 43, at forskellig behandling af moderselskaber ikke kan begrundes i, at der som forskel udøves virksomhed i en anden medlemsstat. Således kan argumentet om et afbalanceret skattesystem, der resulterer i, at et hjemmehørende moderselskabs aktivitet i et andet land ikke genererer skatteindtægt til landet, ikke være tilstrækkeligt for en stat til systematisk at nægte skattefordele til disse selskaber, som andre selskaber nyder.

---

<sup>96</sup> Præmis 51

<sup>97</sup> Præmis 43

<sup>98</sup> Præmis 39

<sup>99</sup> Præmis 60

I sag C-414/05 *Lidl* havde et tysk hjemmehørende kommanditselskab, med Lidl Belgium (Belgien) som komplementar, via et fast driftssted ønsket at etablere sig i Luxembourg. Det faste driftssted udøves dermed ud fra foretagendet i Tyskland grundet underskud i driftsstedet ønskede Lidl Belgium at fradrage dette i sit beskatningsgrundlag i Tyskland, hvilket blev nægtet af skattemyndighederne i Tyskland.

Nægtelsen af fradraget i det tyske beskatningsgrundlag anses af Domstolen for at udgøre en restriktion for den frie etablering.<sup>100</sup> Dette begrundes af Domstolen med, at der gøres forskel på foretagender med faste driftssteder i samme stat i modsætning til foretagender med faste driftssteder placeret i en anden medlemsstat. Forskellen består i, at foretagender med faste driftssteder i samme stat kan fradrage underskud fra det faste driftssted og således er mindre attraktivt at etablere et fast driftssted i en anden medlemsstat.

Restriktionen begrundes ud fra to hensyn, som genkendes fra tidligere praksis, nemlig fordeling af beskatningskompetencen og risikoen for dobbelt-dip.<sup>101</sup> Domstolen gør i *Lidl*-sagen gældende at praksis (med blandt andet *OYAA*) siden *Marks & Spencer* har udviklet sig således, at medlemsstaterne kan opretholde restriktioner, som ikke nødvendigvis opfylder alle tre beskyttelseshensyn, som nævnt i *Marks & Spencer*-sagen.<sup>102</sup>

Således kan restriktionen opretholdes for at sikre, at virksomheder ikke får lejlighed til at bestemme, hvor deres indkomster skal beskattes ved effektiv omfordeling og derved forrykke staternes beskatningskompetence. Herudover opretholdes restriktion grundet hensynet til at begrænse muligheden for dobbelt-dip.

I sag C-337/08 *X-Holding* havde et Nederlandske moderselskab som eneaktionær i et datterselskab beliggende i Belgien og dette anmodet om at blive anset som et selskab i medfør af en specialbestemmelse i den nederlandske skattelovgivning. Anmodningen blev afslået, da der efter bestemmelsen kræves, at selskaberne, der deltager skal have hjemsted i Nederlandene. De selskaber ønsker altså sambeskatning, hvilket ofte er begrundet i et ønske om at udnytte et underskud i et af selskaberne til at nedbringe et overskud i et andet.

---

<sup>100</sup> Præmis 25 og 26

<sup>101</sup> Præmis 37

<sup>102</sup> Præmis 41

Domstolen konkluderer indledningsvist at den beskrevne ordning udgør en restriktion, da det kan være mindre attraktivt at udøve virksomhed i en anden medlemsstat, hvor retten til sambeskatning dermed fjernes.<sup>103</sup>

Med henvisning til henholdsvis *Marks & Spencer, OY AA* og *Lidl Belgien* konkluderer Domstolen, at fordelingen af beskatningskompetencen imellem medlemsstaterne bringes i fare, hvis ordningen får frit spil til anvendelse på tværs af grænserne.<sup>104</sup> Således kan ordningen begrundes i tvingende almene hensyn.

Det er væsentligt at bemærke, at på trods af flere påberåbte hensyn, vælger Domstolen at konkludere udelukkende på hensynet til opretholdelsen af beskatningsordningen imellem medlemsstaterne. Dette er væsentligt, da Domstolen ellers har haft for vane at lægge to ud af tre af "Marks & Spencer kriterierne"<sup>105</sup> til grund ved bedømmelsen af om de restriktive ordninger kan begrundes i tvingende almene hensyn.<sup>106</sup>

I forhold til den forventede sag imod Danmark er hensynet til vilkårlig omfordeling af beskatningskompetencen fremført som et argument for at beholde reglerne om fraflytningsbeskatning. Det må antages, at Domstolen vil acceptere denne begrundelse, da der uden reglerne vil kunne ske forlæggelse af aktiver og selskaber til andre lande med lavere beskatningsprocenter, hvorved dansk beskatning undgås. Dette er i tråd den gennemgående praksis EU-Domstolen har ført siden *Marks & Spencer*.

Dette anses for korrekt, da et fuldstændig nedbrud af medlemsstaternes evne til selv at fastsætte betingelser for konsekvensen ved ophør under deres beskatningskompetence. Hvis de skattemæssige grænser imellem landene blev nedlagt, ville dette antageligvis medføre en langt større trafik af skattemæssige overskud og underskud på tværs af landegrænserne, hvor det land med laveste skatteprocent ville få alle overskuddene og tilsvarende landet med højeste skatteprocent ville få underskuddene.

Der med antages det fremførte hensyn til opretholdelsen af exit-beskatningen som et gyldigt tvingende alment hensyn.

Andre nærtliggende hensyn har i retspraksis været prøvet og følgelig undersøges yderligere om de danske regler ville kunne kvalificeres under disse.

---

<sup>103</sup> Præmis 19

<sup>104</sup> Præmis 33

<sup>105</sup> Risiko for dobbelt-dip, skatteunddragelse og omfordeling af beskatningskompetencen

<sup>106</sup> I Sag C-379/05 *Amurta* prøves (og forkastes) fordelingen af beskatningskompetencen ligeledes selvstændigt (præmis 60)

### 4.3.1 HENSYNET TIL SAMMENHÆNGEN I BESKATNINGSORDNINGEN

Spørgsmålet om aktiver, der er opført eller optjent løbende i Danmark, hvor der er afholdt udgifter for med fradrag i Danmark, skal beskattes ved grænseoverskridende etablering synes at trække spor til en begrundelse om sammenhængen i beskatningsordningen. Argumentet fra Danmark er, at aktiver, som forventeligt skal deltage i indkomstdannelsen skal udsættes for ophørsbeskatning, hvis de flyttes eller allokeres til udlandet. Dette synes at være begrundet i et hensyn til det fradrag, som er opnået forventeligt skulle "tjenes" igen ved senere indkomstdannelse, der resulterer i skattepligtig indkomst.

Et sådant synspunkt findes også i EU-retlig praksis, hvor ganske få sager om hensynet til sammenhængen i beskatningsordenen er endt med at være i strid med etableringsfriheden.<sup>107</sup> Domstolen har siden de første sager indsnævret hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen og i flere tilfælde afvist dette. Således kan kun tilfælde, hvor der er en helt specifik sammenhæng imellem fradrag og senere beskatning anerkendes af Domstolen. Således må dette også afvises i relation til at aktivers udgift i Danmark forventeligt senere skal komme til beskatning i Danmark.

### 4.3.2 RENT KUNSTIGE KONSTRUKTIONER

EU-Domstolen har i gentagne tilfælde udtalt at medlemsstaterne kan opstille værneregler til imødegåelse af *rent kunstige arrangementer*, som har til formål at omgå de nationale bestemmelser.<sup>108</sup>

I sag C-196/04 *Cadbury Schweppes* tillod Domstolen, at en koncern i Storbritannien udnyttede de engelske CFC regler til at opnå en lavere beskatning. Gennem et lånearrangement til et datterselskab (CFC selskab) i Irland var det lykkedes det engelske selskab at udnytte de engelske CFC regler til at opnå lavere beskatning, hvilket ikke kunne underkendes af Domstolen på nær i situationer, hvor konstruktionen er kunstig.

Domstolen har i denne og efterfølgende domme ansat snævre kriterier for, hvad der kan anses som værende kunstige konstruktioner og at dette må prøves i hvert enkelt tilfælde.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Se bl.a. C-204/90 *Bachmann*, C-80/94 *Wielockx*, C-136/00 *Danner*, C-150/04 *DK pensions sag* og C-484/93 *Svensson & Gustavsson*

<sup>108</sup> C-196/04 *Cadbury Schweppes*, præmis 51

I det tilfælde de danske regler om fraflytningsbeskatning søger at imødegå tilfælde, der vedrører rent kunstige konstruktioner må det antages, at reglerne finder anvendelse på trods af deres tilstand som restriktion.

### 4.3.3 SELSKABERS EKSISTENS SOM FØLGE AF MEDLEMSSTATENS LOVGIVNING

Restriktioner for selskabers primære etablering ved blandt andet flytning imellem medlemsstaterne har prøvet ved en række sager. I relation til nærværende problemstilling er det nødvendigt at fremhæve et par af disse, da deres bidrag til retsstillingen har været under kontinuerlig udvikling.

I sag C-81/87 *Daily Mail* så man et af de tidligste forsøg på, at et engelsk selskab ønskede at benytte sin ret til primær etablering i en anden stat. Ønsket om etablering var i denne sag motiveret af, at man ønskede at blive underlagt nogle mere gunstige regler i en anden (Nederlandene) stat i forbindelse med afhændelsen af nogle aktiver.

EU-Domstolen konkluderer at den frie etableringsret bliver indholdsløs, hvis oprindelsesstaten kan opsætte værn, som forhindrer udøvelsen af denne. Ikke desto mindre accepteres de engelske regler ud fra den betragtning at der på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke kan ske flytning af et selskabs hovedsæde uden medfølgende ophørsbeskatning.<sup>110</sup>

Det følger også af *Daily Mail*-sagen, at et selskab, som ønsker at skifte nationalitet, er tvunget til at ophøre sin eksistens i den retsorden, hvor det eksisterer, og acceptere de følgende civil- og skatteretlige konsekvenser en eventuel likvidation medfører.<sup>111</sup>

Udviklingen i retspraksis kan spores i de efterfølgende sager om fraflytning henholdsvis. Sag C-9/02 *Lasteyrie Du Salliant* og Sag C-470/04 *N*, hvor retten til primær etablering ikke er beskyttet mod diskriminerende ophørsbeskatning.<sup>112</sup> Følgelig er der afsagt dom i sag C-210/06 *Cartesio*, som gentog, at et selskab udelukkende eksisterer i kraft af den retsorden, som det er underlagt og at det kræver ophør i henhold til denne retsorden for at kunne flytte. Med andre skal man for at flytte sit vedtægtsmæssige hjemsted også flytte sit reelle hjemsted, hvilket dermed må være en ret indenfor fællesskabet.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> Engsig Sørensen og Runge Nielsen, s. 848, 2010

<sup>110</sup> Stokholm, s. 373, 2008

<sup>111</sup> Ibid, s. 374

<sup>112</sup> Ibid

<sup>113</sup> Præmis 103, 104 og 113 samt hertil Werlauff, s. 462 om den afledte ret samt anden mulighed for flytning af hjemsted



Det antages ikke at ovenstående vil have nogen indflydelse på konklusionen af det overordnede emne, da det ikke er selve evnen til at flytte, men beskatningen ved flytningen, der stilles spørgsmålstegn ved.

#### 4.4 EGNET TIL VIRKELIGGØRELSE AF MÅLET

Da det er konkluderet, at de danske regler om ophørsbeskatning i forbindelse med fraflytning kan begrundes i tvingende almene hensyn, er det yderligere nødvendigt at tage stilling til om reglerne er egnede til opnår det mål, der søges og om dette sker med mindst mulige midler (proportionalitetsprincippet).<sup>114</sup>

Som tidligere nævnt argumenterer Danmark reglerens bevarelse fordi de skal: *"(...) sikre opretholdelsen af dansk beskatningskompetence og at forhindre en vilkårlig omfordeling af den danske skattebase til andre medlemsstater"*.

Da daværende Skatteminister Carsten Koch i 1994 fremsatte lovforslaget<sup>115</sup> til bestemmelserne om fraflytningsbeskatning indledte han sin skriftlige fremsættelse med følgende sætning: *"Den øgede internationalisering og kapitalens fri bevægelighed har i et vist omfang dannet grobund for udhuling af det danske skattegrundlag. Samspelet mellem dobbeltbeskatningsoverenskomster og de interne danske skatteregler er i særlig grad blevet udnyttet. Det er regeringens politik at gribe ind over for spekulationsmuligheder og lukke de huller, der viser sig."*

Ud fra den måde reglerne fungerer på, må det tilsluttes, at lovforslaget har haft den ønskede virkning. Formålet med reglerne var at sikre, at der ikke skete udnyttelse af de muligheder, som eksisterer i forhold til grænseoverskridende etablering og anvendelsesmulighederne i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, ved at kræve realisationsbeskatning, når selskaber (og dermed Danmarks evne til at beskatte disse) flytter ud af landet.

I forlængelse af territorialprincippet indførelse blev nogle af de hidtidige bestemmelser i ophørsbeskatningen fjernet, da deres indhold fulgte af territorialprincippet indhold og derfor var overflødige.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Jf. Sag C-55/94 Gebhard præmis 37 med henvisning til Sag C-92/92 Kraus

<sup>115</sup> L 35 1994/95-1 (Lov nr. 312 af 1995)

<sup>116</sup> L 202 2008/09-1 (Lov nr. 525 af 2009), SEL § 7 A, stk. 2 blev ophævet. Bestemmelsen medførte overførsel af aktiver fra skattepligtig dansk virksomhed til benyttelse blev beskattet som realisation med salgsværdi svarende til den i handel og vandl. Bestemmelsen svarer til SEL § 8, stk. 4 i dag.

Bestemmelserne, der medfører realisationsbeskatning til handelsværdi ved fraflytning og ophør af virksomhed samt overdragelse af aktiver til udlandet, må anses for at være egnet til at opnå det mål, som forfølges. Man har fra Danmarks side erkendt, hvor "hullerne" i relation til grænseoverskridende skatteflugt har befundet sig og indført nøjagtige værn til at imødegå disse risici.

Således skal de danske regler blot bestå endnu en test for at kunne bevares, nemlig proportionalitetstesten.

#### 4.5 PROPORTIONALITET

Det sidste led i prøvelsen af om en restriktion kan begrundes i tvingende almene hensyn er spørgsmålet om restriktionen er indført med de mindst mulige midler. Altså må restriktionen ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre dens virkeliggørelse.

Medlemsstaterne har haft held til at påberåbe sig proportionalitetsprincippet i sager om fordeling af beskatningskompetencen.<sup>117</sup> Dette er i litteraturen blevet kritiseret, hvor det antages, at Domstolen i tilfælde, hvor hensynet til fordelingen af beskatningskompetencen accepteres i sammenhæng med henholdsvis risikoen for double-dip og skatteunddragelse, slækker på sin proportionalitetsbedømmelse og dette kan lede til "gustne" afgørelser.<sup>118</sup>

Da proportionalitetsbedømmelsen er fast indhold i sager af denne karakter, bliver spørgsmålet om Danmarks regler om ophørsbeskatning i forbindelse med fraflytning væsentlige at analysere i denne kontekst. Med andre ord må der stilles spørgsmålstejn ved om målet, der søges kunne opnås med mindre midler end, hvad der anvendes i dag?

I sag C-9/02 *Lasteyrie du Salliant* og Sag C-470/04 *N* var regler, som minder om de danske, til prøvelse ved EU-Domstolen. Kardinalpunktet i begge sager var det faktum, at fraflytning til en anden medlemsstat var forbundet med realisation af væsentlige aktivposter (aktier) hos den, der flyttede.

I sag C-9/02 *Lasteyrie du Salliant* angik de præjudicielle spørgsmål om en medlemsstat kunne forlange latente avancer realiseret ved en persons fraflytning til en anden medlemsstat for at etablere hjemsted dér. Sagen angik spørgsmålet om risikoen for

---

<sup>117</sup> Ensigt Sørensen og Runge Nielsen, s. 850, 2008

<sup>118</sup> Se hertil SU.2010.70, s. 14 og Erik Werlauff om "gustne afgørelser" i Festskrift til Hjalte Rasmussen, Proportionality lost - proportionality regained?, s. 11

skatteunddragelse og domstolen konkluderer, at en generel regel om fraflytningsbeskatning ikke kan begrundes i risikoen for skatteunddragelse.<sup>119</sup>

I sag C-470/04 *N* er et lignende regelsæt om realisationsbeskatning ved personers fraflytning til prøvelse ved EU-Domstolen. Domstolen konkluderer, at ordningen afskrækker personer fra at etablerer sig i andre medlemsstater og derfor udgør en restriktion i forhold til den frie etableringsret.<sup>120</sup> Særligt ved den ordning, som Nederlandene anvendte var, at der ved (aktiv) ansøgning kunne gives henstand med betaling af skatten, dog med sikkerhedsstillelse for det henstående beløb<sup>121</sup>. Hertil kom også kravet om indlevering af selvangivelse, hvor Domstolen erklærer sig enige i generaladvokatens forslag til afgørelse (punkt 79), som anser dette for en hindring af den frie etableringsret.<sup>122</sup>

Domstolen konkluderer at formålet med ordningen forfølger et legitimt formål (et tvingende alment hensyn), hvor Nederlandene har begrundet ordningen med sikring af territorialprincippet (herunder undgåelse af dobbeltbeskatning) og fordeling af beskatningskompetencen. Bestemmelserne er ligeledes egnede til at virkeliggøre disse mål.<sup>123</sup>

Afgørende bliver således proportionalitetsbedømmelsen, hvor Domstolen finder at både kravet om ekstraordinær indlevering af selvangivelse samt kravet om sikkerhedsstillelse går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre virkeliggørelsen af målet.<sup>124</sup>

Danmark har følgende de nævnte sager ændret reglerne for fraflytning i relation til fysiske personer med latente aktieavancer, hvor det følger af ABL § 39, stk. 1 og 3 (modsætningsvist), at der ydes henstand for disse skattepligtige avancer uden krav om sikkerhedsstillelse.<sup>125</sup>

##### *4.5.1 DE DANSKE REGLER OG PROPORTIONALITET*

De danske regler om realisationsbeskatning ved fraflytning må anskues i relation til den nævnte EU-retlige praksis på området. Fællesnævneren i alle fraflytningssituationer er den

---

<sup>119</sup> Præmis 69

<sup>120</sup> Præmis 34

<sup>121</sup> Præmis 36

<sup>122</sup> Præmis 38

<sup>123</sup> Præmis 47

<sup>124</sup> Præmis 49 og 51

<sup>125</sup> Det kan diskuteres om reglerne er i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis da opretholdelsen betinges af årlig indlevering af selvangivelse samt beholdningsoversigt, hvilket ikke følger den retning, som Domstolen udstikker i sag C-470/04 *N* præmis 49 (se hertil Tfs.2008.917 EF-retten og fraflytningsbeskatning af urealiserede aktieavancer)

medfølgende realisationsbeskatning, der indtræder ved grænseoverskridende etablering. Domstolen har i sin praksis gjort klart, at værnsregler som disse skal virke med de mindst mulige midler, hvor det er klart, at sikring af beskatningskompetencen kan sikres uden det nødvendigvis kræver realisationsbeskatning af latente avancer.

Således anerkender Domstolen, at der sker opgørelse af den latente avancebeskatning på tidspunktet for fraflytning og at der gives henstand for denne. Henstanden må dog ikke være betinget af sikkerhedsstillelse og andre administrative byrder som for eksempel indlevering af ekstraordinær selvangivelse.

De danske regler medfører umiddelbar realisationsbeskatning ved grænseoverskridende etablering uden mulighed for henstand af den latente beskatning, hvilket medfører, at der naturligvis ej heller forlanges sikkerhedsstillelse for denne henstand.

På trods af at Domstolen i sine domme om sikring af beskatningskompetencen er gået langt for at tillade nationale indgreb, må det antages, at de danske regler ikke kan overleve en skarp proportionalitetsbedømmelse ved Domstolen, hvilket muligvis skal læses ud af ordvalget ved *Marks & Spencer*-sagens afgørelse, retstilstanden gøres betinget af retstilstandens *nuværende udviklingstrin*.

I sag C-400/08 *Kommissionen mod Spanien*<sup>126</sup> lægger Domstolen op til en type af proportionalitetstest, som kan formodes at få en indflydelse på sagen imod Danmark – uanset de fortilfælde, som ligger inde for samme sagsområde.

Domstolen gør i præmis 75 gældende, at medlemsstater, der påberåber deres restriktioner grundet tvingende almene hensyn, har bevisbyrden for: "(...) *at godtgøre, at dens lovgivning er passende og nødvendig for at nå det forfulgte legitime formål (...)*". Det forlanges dog ikke, at der skal føres positivt bevis for dette, men det væsentlige er at medlemsstaten som minimum skal redegøre for at der ikke findes mindre midler til at virkeliggøre det søgte mål. Medlemsstaten skal således kunne sandsynliggøre, at den har anvendt det mindst mulige middel for at kunne bevare restriktionen. Hertil udtaler Domstolen at henset til omfanget af den restriktion, som er indført kræves der en analyse af egnetheden og forholdsmæssigheden af den restriktive foranstaltning.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Kommenteret i EU-ret og Menneskeret af Erik Werlauff, Etude Patrick Goergen og Hans Sønderby Christensen, "Planlovgivning om butikscentres placering og størrelse – en "restriktion", der kræver dokumenteret proportionalitet efter EU-retten", 2011 (dato for publicering ukendt)

<sup>127</sup> Præmis 83

Dette fortolkes som et bevisbyrdekrav for medlemsstaten, der forøges med intensiteten af indgrebet, når restriktionen skal begrundes i proportionalitet.<sup>128</sup> Resultatet af den manglende bevisførelse vil føre til, at restriktionen ikke kan bestå.

I de nævnte sager om fordeling af beskatningskompetencen (*Marks & Spencer, Lidl, OYAA* og *X-Holding*) kunne et tilsvarende krav om bevisførelse fra staternes side muligvis have ført til andre resultater end dem, der blev opnåede. Der føres i sagerne intet bevis for at de anvendte midler er de mindst mulige for at opnå målet, hvilket synes, at Domstolen oprindeligt har erkendt i *Marks & Spencer*-dommen ved at inkludere formuleringen: "(...) *nuværende udviklingstrin (...)*" i afgørelsen, som senere er gentaget i alle senere afgørelser om fordeling af beskatningskompetence.

Det synes, at Domstolen erkender, at det endnu ikke er muligt for fællesskabet samlet at håndtere opgaven med at håndtere beskatningen af selskaber med etableringer i flere medlemsstater. Domstolen giver i *Marks & Spencer*-dommen et vindue ved at tillade udnyttelse af udenlandske underskud såfremt alle muligheder for at anvende disse i den anden stat er opbrugt. Dermed giver Domstolen reelt selv svaret på, hvad det mindre indgreb i sagen ville være.

Havde Storbritannien været underlagt den bevisbyrde, som fremgår af Sag C-400/08 *Kommissionen mod Spanien*, er der en stærk formodning for at restriktionen ikke kunne have bestået.

Spørgsmålet bliver derefter om der kan findes et mindre indgribende middel end det Danmark i øjeblikket praktiserer. Hertil må svaret være et klart: Ja!

Det er oplagt, at sikring af beskatningskompetencen ved grænseoverskridende etablering kan sikres ved mindre midler end at gennemføre realisationsbeskatning. Som udgangspunkt kan der med *N* og *Du Salliant* indføres en henstandsordning, hvor realisationsbeskatningen ved fraflytning ikke forfalder til betaling. Skulle der efterfølgende ske salg af de aktiver, hvor der er givet henstand, skal den henstående skat betales.

Allerede nu synes der at være fundet et mindre indgribende middel end det, som praktiseres i øjeblikket. Således vil konklusionen på nuværende tidspunkt være, at de danske regler om ophørsbeskatning ved etablering i andre medlemsstater er i strid med reglerne om den frie etableringsret. For at følge den retning, som Domstolen tilkendegiver i

---

<sup>128</sup> Jf. ovenfor nævnte artikel af Erik Werlauff m.fl. i EU-ret og Menneskeret 2011 (ukendt publiceringsdato)

Sag C-400/08 gøres der et forsøg på at finde det mindst mulige indgribende middel, som ved relativt få midler kan sandsynliggøres som det mindst indgribende middel.

I relation til den henstandssaldo, der beregnes ved fraflytning skal den gives uden krav om sikkerhedsstillelse. Herudover bør saldoen heller ikke afhænge af årlig indlevering af selvangivelse og oversigt som det er tilfældet med personers fraflytning og henstand på aktieavancer.

Som Danmark har begrundet i sine notater om traktatbrudsforløbet tager man med de eksisterende regler hensyn til, at Danmark har ydet fradrag i forbindelse med udarbejdelsen eller optjeningen af det, hvor den følgende indtægt, der skal flyde til dette aktiv kan forlægges til en anden stat uden realisation og dermed "mister" Danmark potentiel indtjening som modpol til det fradrag, der allerede er givet.

Såfremt der er tale om et fradragsberettiget aktiv jf. Afskrivningsloven bør Danmark ved den grænseoverskridende overdragelse fastsætte aktivets værdi i handel og vandel og den deraf følgende avancebeskatning og herefter autonomt afskrive på aktivet mest muligt i tiden efterfølgende. Ved afskrivning efter dansk lovgivning skal henstandssaldoen ligeledes reguleres i negativ retning således, at der ved et fuldt afskrevet aktiv ikke længere eksisterer nogen skattepligt.

Skulle aktivet under afskrivningsforløbet eller herefter blive afstået vil der skulle ske beskatning af eventuelle genvundne afskrivninger samt i kildelandet genvundne afskrivninger og gevinst ud over dette. Dermed skal den danske henstandsværdi ikke opjusteres fordi aktivet er steget efter fraflytningen.

Skulle der forekomme divergens hvor begge stater ønsker at beskatte den samme portion værdi af aktivet, må dette afklares staterne imellem – enten via indhold i en eventuel dobbeltbeskatningsoverenskomst eller ved gensidig aftale.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Se hertil KOM(2006) 825 om blandt andet ens ind- og udgangsværdier ved grænseoverskridende flytning af aktiver

## 5.0 KONKLUSION

Ud fra ovenstående EU-retlig analyse af de danske regler om fraflytningsbeskatning for selskaber, som ønsker at etablere sig i andre medlemsstater, må det konkluderes at reglerne under et samlet hele udgør en restriktion for den frie etableringsret.

Reglerne kan begrundes i tvingende almene hensyn og er egnet til at virkeliggøre det mål, der søges. Men reglerne er ikke udtryk for det mindst mulige indgreb og derfor kan de ikke opretholdes.

Når kommissionen således anlægger en traktatbrudssag imod Danmark er det derfor forventeligt, at Domstolen underkender de danske regler. Dette baseres ikke på den eksisterende praksis på området, da der er set tildens til at slække på proportionalitetsbedømmelse, når sagerne har drejet sig om blandt andet fordeling af beskatningskompetencen.

Således er det forventet, at Domstolen fortsætter sin praksis vedrørende kravet til bevisførelse set i Sag C-400/08 *Kommissionen mod Spanien*, hvor medlemsstaten skal redegøre for, at det restriktive middel anvendt er det mindst mulige indgribende.

Det anses ikke for at være muligt af den danske stat grundet det mindre indgribende forslag stillet ovenfor. Da en henstandsordning med efterfølgende automatisk afskrivning af henstandssaldoen vil medføre, at etableringen ikke fører til øjeblikkelig realisationsbeskatning med faktisk betaling af skat for aktiver, som ikke er afstået, er det mere attraktivt for virksomheder at benytte sig af retten til frit at kunne etablere sig i en anden medlemsstat.

Herudover bevares den danske beskatningskompetence til aktivet såfremt det realiseres under lignende vilkår som hvis det var realiseret under kun dansk beskatning.

Konklusionen er således, at de danske regler i hhv. SEL § 5, stk. 5 og 7, SEL §§ 7 og 7 A samt SEL § 8, stk. 4, 3. pkt. bør ændres til at fungere i henhold til forslaget givet ovenfor for at være forenelig med EU-retten.



## 6.0 PERSPEKTIVERING

Resultatet af ovenstående analyse er, at de danske regler om exit-beskatning udgør en restriktion for etableringsfriheden i artikel 49 TEUF. Restriktionen kan begrundes i tvingende almene hensyn, den er egnet til at opnå målet, der søges virkeliggjort, men det må antages, at indgrebet ikke er proportionelt og derfor ikke kan opretholdes i forenelighed med EU-retten.

Skulle Domstolen nå frem til et andet resultat må det antages, at retstilstanden med tiden og Kommissionens arbejde vil nå til et punkt, hvor grænserne ikke er trukket så skarpt op som i dag.

Der arbejdes i øjeblikket i EU på at tage det første store skridt til en reel harmonisering af medlemsstaternes beskatning af selskaber.<sup>130</sup> Dette sker under CCCTP (Common Consolidated Corporate Tax Base), hvor det er målet at indføre en formelbaseret beskatning af Europæiske koncerner og selskaber. Det vil med andre ord være muligt for selskaber eller koncerner at få fordelt beskatningen af deres samlede indkomster og udgifter (*common consolidated*) i de enkelte stater efter en nærmere formel. Ordningen bliver frivillig og skal derfor positivt vælges af de selskaber og koncerner, der ønsker at deltage.

Fordelingen sker på baggrund af de tre hovedelementer: Aktiver, arbejdskraft og salg (omsætning). Beskatningen i de enkelte lande følger stadigvæk landets skatteprocent, det er blot mængden af indkomst og udgifter, der afgøres efter formlen.

Der skulle i ordningen være taget nøje stilling til spørgsmålet om selskabernes mulighed for omfordeling af indtægter, da man erkender, at ordningen kunne føre til skattespekulation, fordi den reelle beskatning stadigvæk sker med forskellige procentsatser (staternes egne).

---

<sup>130</sup> MEMO/11/171 Q&A on the CCCTB

Sådanne omfordelinger skal derfor følge reelle forretningsmæssige årsager. Om der i dette henseende er taget stilling til de enkelte aktivers realisation er uvist – men det anses for nødvendigt at gøre dette.

Hvis flytningen af et aktiv (eller udvidelsen af aktivbasen i et andet land) medfører, at den pågældende stat, hvorfra flytningen foregår, ikke længere tildeles indkomst i så høj grad som tidligere, kan dette forventes at medføre et krav om fraflytningsbeskatning. Således må CCCTB reglerne skulle tage stilling til disse situationer, da der forventes at ske en væsentlig løbende fordeling af beskatning medlemsstaterne imellem og denne er blandt andet baseret på aktivernes allokering/placering.

Fællesskabet bliver i kraft af ovenstående nødt til at finde en løsning på denne udfordring, da ingen koncern forventes at ville finde sig i løbende realisationsbeskatning, hver eneste gang beskatningsfordelingen forrykkes imellem medlemsstaterne. Det kunne tænkes, at der skulle oprettes et fælles EU-register, som overvåger aktiver i forhold til, hvor de løbende allokeres og dermed gøre det muligt at varetage løbende kontrol for medlemsstaterne ved brug af en ordning svarende til den som foreslået i konklusionen.

Systemet ville være tungt at administrere, men det synes umiddelbart at være den mest realistiske løsning i forhold til, hvordan reglerne i dag er indrettet og forventes i nærmeste fremtid.

## 7.0 ENGLISH SUMMARY

The thesis examines the Danish rules on corporate exit taxation in association with cross border establishment inside the EU. The main part of the thesis is an EU community law analysis based on the infringement charges put forth by The European Commission, which probably will result in a case between the Kingdom of Denmark and The European Commission at the European Court of Law.

Initially the Danish set of rules are explained and examined in order to state a foundation to undertake the analysis in regards to community law. The exit-taxation laws function on many levels of cross border establishments and movement of assets and leadership. Thereby the OECD Model Tax Convention is also included since many of the exit situations are rooted in the effects of the many double tax agreements Denmark has entered with various countries. Finally the Danish principle of territorial taxation is included since it alongside the interpretation of the OECD Model Tax Convention also can result in exit taxation, when assets leave the Danish territory.

The main analysis is based on the European Court's practice, including measures from cases such as C-446/04 *Marks & Spencer*, C-414/05 *Lidl Belgium*, C-231/05 *OY AA* and C-337/08 *X-Holding*, which have all contributed to the interpretation of the length to which the member states can exercise their right to impose restrictions on the freedom of establishment.

It is found that the Danish rules regarding exit-taxation are in fact a restriction on the rights for freedom of establishment but it can be argued that the rules are justified by imperative reason in the public interest (random movement of tax jurisdiction). Furthermore the rules are qualified to achieve the goal they pursue.

The question regarding proportionality has a final impact on the Danish rules as it is concluded that some much less restrictive measures could be imposed rather than automatically collecting tax at the time of movement in every case. This also seems to be the way of interpretational method the court is starting to use according to case C-400/08 *The Commission against Spain*, where it becomes a matter of the member state's ability to prove that their measurements imposed are least restrictive as possible. If they fail this the restriction will fall.

With case C-9/02 *Lasteyrie Du Salliant* and case C-470/04 *N* as role models and example of how the Danish rules on exit taxation should function is proposed. There are two major

changes, which are 1) the tax imposed as a result of cross-border establishment is not claimed for payment unless the assets are actually sold and 2) the hypothetical tax calculated on the time of cross border establishment is yearly deducted using internal Danish rules until such time the asset is either sold or scrapped.

It is thereby concluded that the Danish rules are not in line with the rights of the Treaty in regards to the freedom of establishment in article 49.

## LITTERATURLISTE

## BØGER

- Aage Michelsen**, International Skatteret, 3. udgave, Forlaget Thomson (2003)
- Aage Michelsen m.fl.**, Lærebog om Indkomstskat, 13. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2010)
- Anders Oreby Hansen og Nikolaj Bjørnholm**, Lempelse af Dobbeltbeskatning, 3. udgave, Magnus Informatik (2002)
- Erik Werlauff**, EU-Selskabsret, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (1999)
- Erik Werlauff**, Selskabsret, 8. udgave, Thomson Reuters (2010)
- Erik Werlauff**, Selskabsskatteret 2010/11, 12. udgave, Thomson Reuters (2010)
- Henning Koch m.fl.**, Europa - den nye juridiske realisme: Festskrift til professor, dr. jur. Hjalte Rasmussen, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2010)
- Henrik Dam m.fl.**, Grundlæggende Skatteret, 2. udgave, Magnus Informatik (2010)
- Jan Guldmand, Nikolaj Vinther og Erik Erik Werlauff**, Sambeskatning 2009/2010, 4. udgave, Magnus Informatik (2009)
- Jan Pedersen m.fl.**, Skatteretten 3, 4. udgave, Forlaget Thomson (2006)
- Jeppe R. Stokholm**, EU Skatteret, 1. udgave, Forlaget Thomson (2008)
- J.O. Engholm Jacobsen**, Selskabsloven med Kommentarer, 1. udgave, GadJura (1997)
- Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen**, EU-Retten, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2010)
- Marianne Trojahn Kølle**, Exitbeskatning af Danske Selskaber (Master i Skat), 1. udgave, Thomson Reuters (2009)
- Niels Winther-Sørensen**, Beskatning af International Erhvervsindkomst, 1. udgave, Forlaget Thomson (2000)
- Niels Winther-Sørensen**, OECD's Modeloverenskomst 2008 - med kommentarer, 3. udgave, Magnus Informatik (2008)
- Nikolaj Vinther og Erik Werlauff**, Dansk og International Koncernret og Koncernskatteret med særtryk, 1. udgave, Forlaget Thomson (2005)
- Paul Krüger-Andersen m.fl.** (red.), Festskrift til Aage Michelsen, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2000)
- Søren Friis hansen og Jens Valdemar Krenchel**, Dansk Selskabsret 2 Kapitalselskaber, 2. udgave, Forlaget Thomson (2007)
- Søren Friis hansen og Jens Valdemar Krenchel**, Introduktion til dansk selskabsret 1, 2. udgave, Forlaget Thomson (2006)
- Thomas Rønfeldt**, Skatteværn og EU-frihed, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (2010)

**ARTIKLER**

EU-ret og Menneskeret, 2011 (pub. dato ikke kendt), Fakultetsprofessor, dr.jur. Erik Werlauff advokat (H); Adjunkteret professor Etude Patrick Goergen advokat og Hans Sønderby Christensen advokat (L), "Planlovgivning om butikscetres placering og størrelse – en "restriktion", der kræver dokumenteret proportionalitet efter EU-retten

EC Tax Review 2011-2, p. 62, Tax Advisor (E&Y) and Assistant Professor in Tax law Reinout Kok: "Compatibility of Exit Taxes and Community Law"

SU 2010, 70, Ph.D.-stipendiat Anders Nørgaard Laursen: "Dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og EU-retten"

TfS.2008.917, Advokat (H), dr.phil. Jens Ravnkilde: "EF-retten og fraflytningsbeskatning af urealiserede aktieavancer"

TfS.2004.229, Advokat (L) René Lykke Wethelund: "Ledelsens sæde som grundlag for fuld skattepligt"

SpO.2004, s. 157-80, Ph.D, advokat Jeppe Rune Stokholm: "Beskatning ved fraflytning i strid med EU-retten – EU-pakken (L119) er forenelig med sag C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant."

SU.2004.159 (s. 326-34), Ph.D, advokat Jeppe Rune Stokholm: "Flytning af selskabers hjemsted og ophørsbeskatning – en status på EU-rettens nuværende udviklingstrin."

SR.1996.0183, Professor Aage Michelsen, "Restkildopolycentri i Skatteretten"

**AFGØRELSER, KENDELSER OG DOMME****Danske**

TfS.1992.291.Ø  
TfS.1993.7.H  
TfS.1996.476.LR  
TfS.1996.532.H  
TfS.1998.334.LR  
TfS.2003.222.H  
TfS.2003.850.LR  
TfS.2007.264.H  
TfS.2008.1053.SR  
TfS.2009.338.SR  
TfS.2009.945.SR  
TfS.2009.987.SR  
TfS.2010.667.SR  
TfS.2011.161.SR

**EU-Domstolen**

Sag 26/62 Van Gend en Loos  
Sag 81/87 Daily Mail  
Sag 270/83 Avoir Fiscal  
Sag C-250/95 Futura Participation  
Sag C-9/02 Lasteyrie Du Salliant  
Sag C-196/04 Cadburry Schweppes  
Sag 347/04 Rewe Zentralfinanz eG  
Sag C-470/04 N  
Sag C-446/03 Marks & Spencer  
Sag C-524/04 Lankhorst-Hohorst  
Sag C-231/05 OY AA  
Sag C-414/05 Lidl Belgium  
Sag C-210/06 Cartesio  
Sag C-337/08 X-Holding  
Sag C-400/08 Kommission mod Spanien

*Der henvises i øvrigt til fodnoterne.*