

SANNE NEVE DAMGAARD

EU-selskabs- og skatterettens
betydning for selskabers
gennemførelse af
grænseoverskridende
omstrukturering

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse af grænseoverskridende omstrukturering

Denne å[] er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Sanne Neve Damgaard

EU-selskabs- og skatterettens betydning
for selskabers gennemførelse af
grænseoverskridende omstrukturering



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2012

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Sanne Neve Damgaard
EU-selskabs- og skatterettens betydning for selskabers gennemførelse
af grænseoverskridende omstrukturering
1. udgave, 1. oplag

© 2012 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Bo Helsted
Tryk og indbinding: Toptryk Grafisk, Gråsten

Printed in Denmark 2012
ISBN 978-87-574-2855-1

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Indholdsfortegnelse

Forord	15
Del I. Introduktion	17
Kapitel 1. Afhandlingens emne, metode og systematik	19
1.1 Afhandlingens formål	19
1.2 Afhandlingens emne og afgrænsning	22
1.3 Afhandlingens begreber og terminologi	27
1.4 Afhandlingens metode	29
1.5 Afhandlingens systematik	31
Del II. Retsgrundlaget og de mulige begrundelser for restriktioner ..	33
Kapitel 2. Retsgrundlaget til gennemførelse af grænseoverskridende omstruktureringer	35
2.1 Indledning	35
2.2 EUF-traktatens etableringsbestemmelser og grænseoverskridende omstruktureringer	35
2.2.1 Indledning	36
2.2.2 Forbudet mod restriktioner og diskriminationer	38
2.2.3 Grænseoverskridende omstruktureringer gennem en sekundær etablering	43
2.2.4 Grænseoverskridende omstruktureringer der kan resultere i en selskabsretlig likvidation	45
2.2.4.1 Domstolens afgørelse i SEVIC	46
2.2.4.2 Domstolens afgørelse i Cartesio	49
2.2.4.2.1 Flytning uden ændring af den anvendelige lovgivning	50
2.2.4.2.2 Flytning med ændring af den anvendelige lovgivning	51

Indholdsfortegnelse

2.2.5	Opsummering af Domstolens praksis og diskussion af uafklaret spørgsmål	55
2.2.5.1	En eller flere medlemsstater giver ikke selskabsretlig succession til hverken nationale eller grænseoverskridende omstruktureringer	56
2.2.5.1.1	Omstruktureringen nægtes af tilflytningsstaten	60
2.2.5.1.2	Omstruktureringen nægtes af fraflytningsstaten	62
2.2.5.1.3	Sammenfatning	64
2.2.5.2	Ophør af erhvervsaktivitet i fraflytningsstaten	65
2.3	Sekundære retsakter omhandlende omstruktureringer	67
2.3.1	Den selskabsretlige harmonisering	67
2.3.2	Den skatteretlige harmonisering – fusionsskattedirektivet	68
2.3.2.1	Fusionsskattedirektivets principper	69
2.4	Forholdet mellem primær EU-ret, sekundær EU-ret og nationale bestemmelser	70
2.4.1	Forholdet mellem den primære og sekundære EU-ret	70
2.4.2	Forholdet mellem den primære EU-ret og medlemsstaternes nationale lovgivning	71
2.5	Sammenfatning	74

Kapitel 3. Saglige begrundelser for en skatteretlig hindring af en grænseoverskridende omstrukturering

3.1	Indledning	75
3.2	Tvingende almene hensyn på skatteområdet	76
3.2.1	Afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen	77
3.2.2	Sammenhæng i skattesystemet	80
3.2.3	Bekæmpelse af skatteundgåelse	82
3.3	Begrundelse for hindring af en omstrukturering omfattet af fusionsskattedirektivet	88
3.3.1	»Gyldige forretningsmæssige årsager«	89
3.3.2	Domstolens fortolkning af kravet om »skatteundgåelse som hovedformål«	91
3.3.3	Domstolens krav til den nationale implementering af artikel 15	95
3.3.4	Artikel 15's betydning ved fortolkning af de objektive betingelser i fusionsskattedirektivet	97
3.4	Sammenfatning	98

Del III. Fusionsskattedirektivets fast driftssted-princip	99
Kapitel 4. Fusionsskattedirektivets fast driftssted-princip	101
4.1 Indledning	101
4.2 Fast driftssted-princippet i fusionsskattedirektivet	102
4.3 EU-retlig vurdering af medlemsstaternes implementering af fast driftssted-princippet	107
4.3.1 Foreligger der en restriktion?	108
4.3.2 Kan exitbeskatningen begrundes?	109
4.3.3 Er exitbeskatningen proportional?	112
4.3.3.1 Skattebeløbets endelige fastsættelse på fraflytningstidspunktet	112
4.3.3.1.1 Særligt omkring omstruktureringer omfattet af fusionsskattedirektivet	114
4.3.3.2 Opkrævning af exit-skatten – krav om henstand?	115
4.3.3.2.1 Udformning af henstandsordningen ..	119
4.3.3.2.2 Særlige forhold ved grænseoverskridende fusioner, spaltninger og nationalitetsskifte	121
4.3.3.3 Sikkerhedsstillelse og opkrævning af renter	123
4.4 Sammenfatning	124
Del IV. Retssubjekter	125
Kapitel 5. Retssubjekter omfattet af de sekundære retsakter	127
5.1 Indledning	127
5.2 Restsubjekter omfattet af fusionsskattedirektivet	128
5.2.1 Artikel 3, litra a) antage en form, der er anført i bilaget	130
5.2.1.1 Definition via artsbetegnelser	131
5.2.1.2 Definition via angivelse af udtrykkelige, juridiske selskabsbetegnelser	131
5.2.1.3 Definition via kombinationsteknikken	132
5.2.1.3.1 Andre selskaber, der er oprettet efter [X] ret og underlagt [X] selskabsbeskatning	132
5.2.1.3.2 Den danske anvendelse af kombinationsteknikken	135
5.2.2 Artikel 3, litra b) skattemæssigt hjemmehørende i en medlemsstat	137

Indholdsfortegnelse

5.2.3	Artikel 3, litra c omfattet af en af skatterne på listen i bilag I, del B	139
5.2.4	Hvilken medlemsstat tilhører et retssubjekt?	143
5.2.5	Fusionsskattedirektivets danske anvendelsesområde	145
5.2.5.1	Retssubjekter beskattet efter SEL § 1, stk. 1, nr. 3 (kooperationsbeskatning)	146
5.2.5.1.1	Kooperationsbeskattede aktie- og anpartsselskaber samt SCE-selskaber	147
5.2.5.2	Retssubjekter beskattet efter SEL § 1, stk. 1, nr. 6	150
5.2.5.3	Retssubjekter omfattet af SEL § 2C	152
5.2.5.4	Sammenfattende om de danske retssubjekter omfattet af fusionsskattedirektivet	154
5.3	Retssubjekter omfattet af den selskabsretlige harmonisering	155
5.3.1	SE-forordningen	155
5.3.2	SCE-forordningen	155
5.3.3	Direktiv 2005/56/EF (10. selskabsdirektiv) om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar	155
5.3.4	Sammenfattende om de danske retssubjekter omfattet af den selskabsretlige regulering	159
5.4	Sammenfatning – Er det skatte- og selskabsretlig anvendelsesområde ens?	159
Kapitel 6. Retssubjekter; hjemlen i den primære EU-ret		161
6.1	Indledning	161
6.2	Artikel 54 TEUF – omfattede retssubjekter	162
6.3	Sammenligningen af nationale og udenlandske retssubjekter	166
6.4	Grænseoverskridende omstruktureringer involverende EØS-selskaber	171
6.4.1	Kan restriktionen begrundes?	173
6.4.2	Er proportionalitetsprincippet opfyldt?	174
6.5	Er den danske regulering i overensstemmelse med EUF-traktaten og EØS-aftalen?	175
6.5.1	Den selskabsretlige regulering	175
6.5.2	Den skatteretlige regulering	177
6.6	Sammenfatning	179

Del V. Omstruktureringsformer	181
Kapitel 7. Grænseoverskridende fusion	183
7.1 Indledning	183
7.2 Hjemmelsgrundlaget til grænseoverskridende fusion	184
7.2.1 Grænseoverskridende fusion med hjemmel i den sekundære EU-ret	184
7.2.2 Grænseoverskridende fusion med hjemmel i EUF-traktatens etableringsbestemmelser	185
7.3 Det selskabs- og skatteretlige fusionsbegreb	186
7.3.1 »Opløsning uden likvidation«	188
7.3.2 »Overfører deres samlede aktiver og passiver«	189
7.3.3 Krav til vederlæggelsen	190
7.3.3.1 Andele i det modtagende selskab	190
7.3.3.2 Kontant udlikningssum	193
7.4 Særlige diskussioner på baggrund af den danske skattelovgivning	194
7.4.1 Krav om at udbytteudlodninger skal frafalde/nedsættes efter direktiv 90/435/EØF eller DBO	194
7.4.1.1 Kan værnsreglen begrundes med henvisning til artikel 15?	197
7.4.1.2 Kan værnsreglen begrundes med henvisning til artikel 1, stk. 2, i moder-/datterselskabsdirektivet?	198
7.4.2 Ombytningsforhold ved en grænseoverskridende fusion	202
7.5 Triangulær fusion	206
7.5.1 Om anvendeligheden af EUF-traktatens etableringsbestemmelser	207
7.5.2 Triangulær fusion er reguleret i alle de involverede medlemsstaters nationale lovgivning	208
7.5.2.1 Kan restriktionen begrundes?	209
7.5.3 Triangulær fusion er <i>ikke</i> reguleret i alle de involverede medlemsstaters nationale lovgivning	211
7.5.3.1 Den selskabsretlige vurdering	211
7.5.3.1.1 Kan restriktionen begrundes?	213
7.5.3.2 Udgør medlemsstaternes realisationsbeskatning er restriktion?	214
7.6 Sammenfatning	216

Kapitel 8. Grænseoverskridende spaltning	219
8.1 Indledning	219
8.2 Hjemmelsgrundlaget til grænseoverskridende spaltning	220
8.2.1 Grænseoverskridende spaltning med hjemmel i EUF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed	220
8.3 Det selskabs- og skatteretlige spaltningsbegreb	223
8.3.1 Fusionsskattedirektivets krav til vederlæggelsen	225
8.3.2 Krav til de overførte aktiver og passiver?	227
8.3.2.1 Stiller fusionsskattedirektivet krav om tilførsel af en virksomhedsgren ved en ophørsspaltning?	228
8.3.2.2 Helt vilkårlig sammensætning?	234
8.4 Sammenfatning	235
Kapitel 9. Grænseoverskridende tilførsel af aktiver	237
9.1 Indledning	237
9.2 Tilførslen skal omfatte »den samlede virksomhed«	239
9.2.1 Stilles der materielle krav til sammensætningen af de tilførte aktiver og passiver?	239
9.2.2 Kræves der overførsel af en virksomhedsgren?	240
9.2.3 Betydningen af begrebet »samlede«	243
9.2.4 Begrebet »virksomhed«	245
9.2.4.1 Kapitalandele	248
9.3 Tilførslen skal omfatte »en gren af en virksomhed«	251
9.3.1 Fra hvilket perspektiv skal selvstændighedsvurderingen foretages?	252
9.3.2 Den tilførte virksomhedsgren skal tilhøre det indskydende selskab	255
9.3.3 Virksomhedsgrenen skal udgøre »en selvstændig bedrift« ..	256
9.3.3.1 Funktionelle synspunkt	256
9.3.3.1.1 Krav til det modtagende selskabs ressourcer	257
9.3.3.2 Krav om ejendomsret eller er brugsret nok?	259
9.3.3.2.1 Krav om overførsel af medarbejdere, herunder krav til uafhængig ledelse ...	262
9.3.3.3 Finansielt synspunkt	263
9.3.3.4 Krav om adskilt aktivitet i det indskydende og modtagende selskab?	265
9.3.4 Tilførslen skal omfatte »alle aktiver og passiver i en afdeling«	267
9.4 Vederlæggelse for de tilførte aktiver og passiver	270

9.4.1	Forbuddet mod kontant udligningssum	272
9.4.1.1	Begrebet »kontant udligningssum« og vurderingen af dispositioner foretaget før, samtidig eller efter en tilførsel af aktiver	273
9.5	Tilførsler med hjemmel i den primære EU-ret	279
9.6	Sammenfatning	283
Kapitel 10. Grænseoverskridende aktieombytning		285
10.1	Indledning	285
10.1.1	Fusionsskattedirektivets aktieombytningsbegreb	287
10.2	Hvilke værdipapirer kan ombyttes?	289
10.3	Opnår et flertal af stemmerne	292
10.3.1	Ejerftalers betydning for opfyldelse af stemmeretskriteriet	294
10.3.2	Flere selskabsdeltageres ombytning	301
10.4	Tidsmæssige krav	305
10.5	Krav til vederlaget	309
10.5.1	Forskudt (variable) vederlæggelse	310
10.6	Sammenfatning	312
Kapitel 11. Grænseoverskridende flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted og/eller hovedsæde		315
11.1	Indledning	315
11.2	Hjemmel til flytning i sekundære retsakter	317
11.2.1	Den selskabsretlige hjemmel til flytning af et SE-selskabs vedtægtsmæssige hjemsted og hovedsæde	317
11.2.2	Den skatteretlige hjemmel til flytning af et SE-selskabs vedtægtsmæssige hjemsted og hovedsæde	318
11.3	Flytning af et selskabs hovedsæde uden ændring af den anvendelige nationale lovgivning	319
11.3.1	Overordnede selskabs- og skatteretlige principper	320
11.3.1.1	Lovvalgsteoriernes betydning	320
11.3.1.2	De skattemæssige principper ved et selskabs flytning af dets hovedsæde	322
11.3.2	Giver EUF-traktatens etableringsbestemmelser beskyttelse?	324
11.3.3	Er medlemsstaterne forpligtet til at udskyde beskatningen?	325
11.4	Grænseoverskridende flytning med ændring af den anvendelige nationale lovgivning	331

Indholdsfortegnelse

11.4.1	Giver EUF-traktatens etableringsbestemmelser beskyttelse?	331
11.4.2	Er medlemsstaterne forpligtet til at udskyde beskatningen?	334
11.4.3	Flytning af et nationalt kapitalsselskabs vedtægtsmæssige hjemsted med hjemmel i den sekundære EU-ret	338
11.5	Den primære EU-ret og SE-forordningens artikel 7	339
11.6	Sammenfatning	343
Kapitel 12. Sammenfatning og konklusion		345
12.1	Indledning	345
12.2	Hjemlen til grænseoverskridende omstruktureringer i den sekundære EU-ret	345
12.2.1	Retssubjekter omfattet af fusionsskattedirektivet	346
12.2.2	Grænseoverskridende fusion	347
12.2.3	Grænseoverskridende spaltning	348
12.2.4	Grænseoverskridende tilførsel af aktiver	349
12.2.5	Grænseoverskridende aktieombytning	350
12.2.6	Grænseoverskridende flytning af det vedtægtsmæssige hjemsted og/eller faktiske hovedsæde	351
12.2.7	Sammenfattende om hjemlen i den sekundære EU-ret	351
12.3	Hjemlen til grænseoverskridende omstruktureringer i den primære EU-ret	352
12.3.1	Berettigede retssubjekter	353
12.3.2	Omstruktureringstyper	354
12.3.2.1	Grænseoverskridende partiel spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning	354
12.3.2.2	Grænseoverskridende fusion og ophørsspaltning	354
12.3.2.3	Grænseoverskridende flytning af et selskabs vedtægtsmæssige hjemsted og/eller faktiske hovedsæde	355
12.3.3	Særligt omkring de skattemæssige foranstaltninger	356
12.3.3.1	Hvornår er exitbeskatningen proportionel?	356
English summary		359
Introduction		359

Anvendte forkortelser	365
Litteratur	367
Oversigt over EU retsakter og dokumenter	393
Afgørelser fra Domstolen	397
Verserende sager ved Domstolen	401
Øvrige afgørelser	403
Stikordsregister	405