

Udskriftsdato: mandag den 12. januar 2026

KEN nr 9295 af 11/02/2011 (Gældende)

Landsskatteretskendelse vedr. grænseoverskridende fusion

Ministerium: Skatteministeriet

Journalnummer: Skattemin.
Landsskatteretten, j. nr. 10-02734

Landsskatteretskendelse vedr. grænseoverskridende fusion

Resumé

Den beskrevne grænseoverskridende fusion kunne gennemføres som en skattefri fusion efter fusionsskattelovens § 15, stk. 4, med den virkning, at der ikke udløses beskatning på selskabs- og aktionærniveau ud over en eventuel avancebeskatning i det indskydende selskab af aktiver og passiver, der ikke efter fusionen kan allokere til et fast driftssted i Danmark.

Der er klaget over spørgsmål 3 i bindende svar af 21. september 2010, hvor SKAT har besvaret følgende spørgsmål:

3) Kan Skatterådet herefter bekræfte, at den beskrevne grænseoverskridende fusion kan gennemføres som en skattefri fusion omfattet af fusionsskattelovens § 15, stk. 4, med den virkning, at der ikke udløses beskatning på selskabs- eller aktionærniveau ud over en eventuel avancebeskatning i det indskydende selskab af aktiver og passiver, der ikke efter fusionen kan allokere til et fast driftssted i Danmark?

Således:

3) Se SKATs indstilling og begrundelse.

Landsskatterettens afgørelse

3) SKATs afgørelse ændres til »ja«.

Sagens oplysninger

De nuværende ejere af koncernen er i færd med at forberede en børsnotering i hvilken forbindelse, der påtænkes gennemført en grænseoverskridende fusion mellem H1 A/S (herefter Selskabet) og moderselskabet, G1 S.a.r.l., med sidstnævnte som det modtagende selskab.

Det bemærkes, at Selskabets eneste funktion i dag er at være administrationsselskab i den nuværende danske sambeskatning samt at eje aktierne i G3 Holding A/S. Foruden kapitalinteresserne har Selskabet som aktiv bogført et tilgodehavende mod G3 Holding A/S (bogført værdi på 82 mio. kr. pr. 31. december 2009) samt et udskudt skatteaktiv med en skatteværdi ultimo 2009 på 18 mio. kr., der vedrører underskud til fremførsel.

Alle selskaber i koncernen har kalenderårsregnskab.

Børsnoteringen, der formentlig vil bestå i både en notering af eksisterende aktier samt udbud af nytegnede aktier, påtænkes gennemført i første kvartal 2011.

I forbindelse med børsnoteringen ønskes antallet af selskaber i koncernen reduceret, idet der ikke længere skønnes behov for så mange holdingselskaber. Den påtænkte grænseoverskridende fusion vil bidrage hertil. Baggrunden for etableringen af holdingselskaberne var et ønske om at have fleksibilitet i forhold til finansieringsmuligheder. En forenkling af koncernstrukturen vil ikke kunne opnås ved en skattefri fusion mellem Selskabet og G3 Holding A/S på grund af selskabernes bankaftaler, der ikke muliggør en sådan sammenlægning.

Børsprospektet er under udarbejdelse. Da det er et lovkrav, at der i børsprospektet gives et retvisende billede af selskabets aktiver og passiver vil der derfor uomgængeligt skulle gives oplysning om de for Selskabet verserende skattesager, såfremt Selskabet noteres på børsen. Det er vurderingen, at sådanne oplysninger vil få væsentlig negativ indvirkning på potentielle investorers investeringsbeslutning og værdiansættelse af koncernen og negativt påvirke værdien af Selskabet ved en børsnotering ud over, hvad det potentielle skattekrav som sådant kunne begrunde.

Det har hidtil været ejernes hensigt at børsnotere Selskabet. Dette vurderes imidlertid ikke hensigtsmæssigt for nuværende på grund af de anførte negative konsekvenser, som den verserende skattesag forventes at have på prissætningen af aktierne.

Ejerne er ikke villige til at give en uforholdsmæssig rabat på prisen som følge af skattesagen og påtænker af den grund i stedet at lade Selskabet ophøre ved en skattefri fusion med moderselskabet, G1 S.a.r.l., og derefter lade Selskabets datterselskab, G3 Holding A/S, børsnotere. Den verserende skattesag bliver derved ikke en del af den koncern, som skal børsnoteres, og der skal dermed ikke gives oplysninger om skattesagen i børsprospektet.

Fastholdes den nuværende ejerstruktur med en børsnotering af G3 Holding A/S, vil koncernen risikere at skulle føre endnu en principiel sag mod SKAT, såfremt der efterfølgende udloddes udbytte til G1 S.a.r.l., hvilket koncernen på ingen måde har en interesse i. Den grænseoverskridende fusion bidrager således både til en oprydning i koncernen og til at undgå oplysning om skattesagen i børsprospektet.

Efter omstruktureringen vil den nuværende ejer, G1 S.a.r.l., være part i skattesagen som følge af den selskabsretlige universalsuccession, fusionen indebærer. Såfremt skattemyndighederne måtte vinde retssagen, vil kravet derfor kunne rettes mod G1 S.a.r.l. Efter den danske selskabsretlige fusionsprocedure er det en betingelse for fusionen, at der afgives en kreditorerklæring. En sådan er udarbejdet og indleveret til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Endvidere er den offentliggjorte fusionsplan fremlagt.

Fusionen gennemføres til bogførte værdier efter selskabslovens regler om grænseoverskridende fusion, hvorved det indskydende danske selskab ophører uden likvidation.

Fusionen påtænkes gennemført hurtigst muligt, og den ønskes gennemført med regnskabsmæssig virkning fra den 1. januar 2010, hvilket - svarende til retsstillingen i Danmark - er muligt efter luxembourgsk ret. Det er oplyst, at der ikke er selskabsretlige hindringer for fusionens gennemførelse, samt at fusionen efter skattereglerne i Luxembourg vil blive behandlet efter et skattemæssigt successionsprincip, idet fusion til bogførte værdier anses som en likvidation, der behandles efter et successionsprincip.

Desuden er fremlagt en redegørelse fra advokater i Luxembourg om kreditorers retsstilling ved et Luxembourg-selskabs likvidation m.v., hvilken blev indhentet på opfordring fra SKAT i forbindelse med sagens behandling for Skatterådet.

Den af Landsskatteretten trufne afgørelse vedrørende Selskabet, jf. SKM2010.268.LSR, er af skattemyndighederne indbragt for Landsretten. Derudover verserer en yderligere skattesag vedrørende Selskabet, det angår kildeskat på renter.

SKAT har givet Selskabet henstand i forbindelse med den ovenfor omtalte verserende skattesag om kildeskat på renter. Det modtagende selskab i fusionen vil indtræde i alle betingelser og vilkår gældende for den meddelte henstand.

Der er på nuværende tidspunkt ikke truffet beslutning om, hvor stor en del af kontrollen de nuværende aktionærer vil afgive i forbindelse med børsnoteringen, men det er ikke utænkeligt, at majoriteten opgives ved noteringen, og at de nuværende ejere fremadrettet alene vil eje en mindre andel af aktierne i G3 Holding A/S.

Repræsentanten har fremlagt kopi af SKATs første udkast til bindende svar modtaget den 31. august 2010, hvoraf fremgår, at det på det tidspunkt var SKATs opfattelse, at spørgsmål 3 kunne besvares bekræftende, således at der ikke skulle gennemføres ophørsbeskatning i forbindelse med den skattefrie fusion.

Skatteministeren har den 24. november 2010 fremsat et lovforslag, L 84, hvori der bl.a. foreslås ændringer af den gældende fusionsskattelov.

Skatterådets afgørelse

Skatterådet har besvaret spørgsmål 3 i det bindende svar med »Se SKATs indstilling og begrundelse«.

Af SKATs indstilling og begrundelse fremgår, at SKAT finder, at der ved den påtænkte grænseoverskridende fusion vil skulle ske ophørsbeskatning i medfør af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a.

Det er i den forbindelse anført, at ved fusion mellem et selskab, der er hjemmehørende her i landet, og et selskab, der er hjemmehørende i udlandet, og ved fusion mellem selskaber, der er hjemmehørende i udlandet, har selskaberne adgang til beskatning efter reglerne i stk. 2-4, jf. fusionsskattelovens § 15, stk. 1.

I fusionsskattelovens § 15, stk. 4, er det videre fastsat, at ophører et her hjemmehørende selskab ved fusion med et udenlandsk selskab, og er såvel det indskydende som det modtagende selskab omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF, og ikke ved beskatningen her i landet anses for en transparent enhed, finder reglerne i kapitel 1 tilsvarende anvendelse. § 8, stk. 1-4, finder dog alene anvendelse på de af det indskydende selskabs aktiver og passiver m.v., der som følge af fusionen er knyttet til det modtagende selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet. Fortjeneste og tab på andre aktiver og passiver beskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 5.

I selskabsskattelovens § 5 er det fastsat, at når et her i landet hjemmehørende selskab og forening opløses, fortsætter skattepligten indtil tidspunktet for opløsningen.

Det er i nærværende sag oplyst, at Selskabet, hjemmehørende i Danmark, påtænkes fusioneret ved en lodret fusion med dets moderselskab, G1 S.a.r.l., hjemmehørende i Luxembourg.

Spørgers repræsentant har oplyst, at begge selskabstyper er omfattet af begrebet »selskab i en medlemsstat«.

SKAT bemærker hertil, at det af Rådets direktiv 90/434/EØF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemslande, som ændret ved Rådets direktiv 2005/19/EF af 17. februar 2005, fremgår, jf. artikel 3 og tilhørende bilag, at selskaber i luxembourgsk ret, herunder blandt andet »Société anonyme«, »société en commandite par actions«, »société a responsabilité limitée«, som er oprettet efter luxembourgsk ret og underlagt luxembourgsk selskabsbeskatning, er omfattet af begrebet »selskab i en medlemsstat«.

Det lægges i henhold til det af repræsentanten oplyste til grund, at G1 S.a.r.l. således er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF.

Eftersom det indskydende og det modtagende selskab, G1 S.a.r.l. og Selskabet, er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF, finder SKAT umiddelbart, at den beskrevne påtænkte grænseoverskridende fusion mellem det danske selskab, Selskabet og G1 S.a.r.l., kan gennemføres som en skattefri fusion efter fusionsskattelovens § 15, stk. 4.

SKAT bemærker, at det også for grænseoverskridende fusioner gælder, at såfremt en grænseoverskridende fusion ikke kan gennemføres selskabsretligt, vil denne heller ikke kunne gennemføres skatteretligt. Man kan altså ikke i skatteretlig forstand se bort fra, at en fusion ikke kan godkendes selskabsretligt, og herved f.eks. tillade en »skattefri likvidation« af et selskab i en stat med henblik på at »fusionere« det med et selskab i en anden stat. Det forudsættes, at der skal være lighed mellem de selskabsretlige og skatteretlige begreber.

Med dette forbehold, finder SKAT, at den beskrevne påtænkte grænseoverskridende fusion kan gennemføres efter § 15, stk. 4.

SKAT bemærker i den forbindelse videre, at det følger af fusionsskattelovens § 2, stk. 1, at det er en betingelse for beskatning efter reglerne i denne lov, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab alene vederlægges med aktier eller anparter i det modtagende selskab og eventuelt en kontant udligningssum. Efter § 2, stk. 2, finder bestemmelsen i stk. 1 ikke anvendelse på den del af aktierne eller anparterne i det indskydende selskab, der besiddes af det modtagende selskab.

Udgangspunktet for beskatningen ved en fusion er reglerne for skattepligtig fusion.

I Skatteretten 2, (5. udgave) siges der om skattepligtige fusioner (side 539):

»Ved fusionen opløses det indskydende selskab (eventuelt de indskydende selskaber), hvorfor dets subjektive skattepligt ophører efter SEL § 5. Dette sker, selvom fusionen på det selskabsretlige plan sker uden likvidation. Opløsningen sidestilles efter SEL § 5, stk. 4, som teoretisk udgangspunkt - dvs. hvis den nedenfor gennemgåede lov om skattefri fusion ikke kan eller ønskes anvendt - med ophør af virksomhed og salg af selskabets aktiver til handelsværdien.«

På side 540 siges:

»Aktionærerne i det indskydende selskab beskattes efter reglerne om udlodning af likvidationsprovenu, uanset om de vederlægges kontant eller ved modtagelse af aktier i det modtagende selskab. Modtages aktier, opgøres likvidationsprovenuet som kursværdien af aktierne på fusionsdatoen. Ifølge LL § 16 A, stk. 1, undergives likvidationsprovenuet som hovedregel en udbyttebeskatning af det samlede provenu, medmindre udlodningen sker i samme kalenderår, som fusionen gennemføres, I så fald foretages en beskatning efter Aktieavancebeskatningslovens regler.«

Dette udgangspunkt for beskatningen fraviges, i det omfang det følger af bestemmelserne i fusionsskatte-loven. I det aktuelle tilfælde fusionsskatte-lovens § 15, stk. 4.

Udgangspunktet er således, at det indskydende selskab opløses ved fusion, hvorfor dets subjektive skattepligt ophører efter selskabsskatte-lovens § 5, hvilket medfører: 1) Ophør af virksomheden i det indskydende selskab, hvorved selskabets aktiver og passiver skal anses for solgt til handelsværdien, samt 2) Aktionærerne i det indskydende selskab beskattes efter reglerne om udlodning af likvidationsprovenu.

Ophør af virksomheden

Eftersom Selskabets aktivitet alene er at besidde aktier, anses Selskabets virksomhed for ophørt i forbindelse med, at aktierne overføres til G1 S.a.r.l.

Da besiddelse af aktier ikke anses for at medføre fast driftssted, vil de ved fusionen overførte aktiver og passiver ikke blive anset for at udgøre et fast driftssted her i landet, hvilket medfører, at fortjeneste og tab på de af Selskabet ejede aktier i G3 Holding A/S skal beskattes efter selskabsskatte-lovens § 5, jf. fusionsskatte-lovens § 15, stk. 4.

Udlodning af likvidationsprovenu

Det følger af ligningslovens § 16 A, stk. 3, at udlodning af likvidationsprovenu foretaget i det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses, behandles efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. Det gælder dog ikke, hvis det modtagende selskab ejer mindst 10 % af aktiekapitalen i det selskab, der likvideres, og udlodningen omfattes af selskabsskatte-lovens § 2, stk. 1, litra c. I givet fald skal udlodningen af likvidationsprovenu ikke behandles efter aktieavancebeskatningsloven, men som en udlodning, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a.

Fusionsskatte-lovens § 15, stk. 4, fastslår, at reglerne i fusionsskatte-lovens kapitel 1 finder tilsvarende anvendelse.

Behandles udlodningen af likvidationsprovenuet efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v., finder fusionsskatte-lovens § 10 tilsvarende anvendelse, jf. fusionsskatte-lovens § 15, stk. 4. Af fusionsskatte-lovens § 10 fremgår det, at fortjeneste eller tab på aktier, der annulleres af et modtagende selskab ved fusionen, ikke medregnes ved indkomstopgørelsen, hvis det modtagende selskab ejer 10 % eller mere af kapitalen i det indskydende selskab. Det modtagende selskab beskattes således ikke ved fusionen af annulleringen af de af det fusionerede datterselskabs aktier. Det bemærkes endvidere, at det udenlandske selskab heller ikke ville være begrænset skattepligtigt efter selskabsskatte-lovens § 2 af gevinst og tab på aktierne.

Behandles likvidationsprovenuet derimod som en udlodning, findes der derimod ingen regulering af beskatningen af de annullerede aktier i det indskydende selskab i fusionsskatte-lovens kapitel 1.

Beskatningen følger derfor den almindelige beskatning af udlodninger til udenlandske selskaber.

Det fremgår af selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, at udenlandske selskaber er skattepligtige af udbytte omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 1 og 2. Skattepligten omfatter dog ikke udbytte af datterselskabsaktier, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4 A, når beskatningen af udbytter fra datterselskabet skal frafaldes eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Færøerne, Grønland eller den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

Kommentar til repræsentantens bemærkninger

Indledningsvist skal det bemærkes, at der ikke nægtes adgang til anvendelse af reglerne i fusionsskattelovens § 15, stk. 4. Det er tværtimod forudsat, at der er tale om en skattefri fusion efter fusionsskattelovens § 15, stk. 4. Fusionen er imidlertid alene skattefri, i det omfang det fremgår af fusionsskattelovens bestemmelser.

Det skal endvidere bemærkes, at det er korrekt, at det er en forudsætning for anvendelse af reglerne om såvel skattepligtig som skattefri fusion, at der er selskabsretligt grundlag for at gennemføre fusionen uden likvidation af det indskydende selskab. Ellers er der begrebsmæssigt ikke tale om en fusion.

Det ændrer dog ikke på, at der som udgangspunkt skal ske ophørsbeskatning, selvom fusionen på det selskabsretlige plan sker uden likvidation, jf. således Skatteretten 2, (5. udgave), side 539.

Ved ophør af selskabets subjektive skattepligt skal aktionærerne i det indskydende selskab beskattes efter reglerne om udlodning af likvidationsprovenu, jf. således Skatteretten 2, (5. udgave), side 540.

Ophørsbeskatningen fraviges, i det omfang det følger af fusionsskattelovens bestemmelser, jf. således fusionsskattelovens § 1. Den relevante bestemmelse i fusionsskatteloven (§ 15, stk. 4) fastslår - for så vidt angår beskatningen af de aktier, der annulleres - blot, at reglerne i fusionsskattelovens kapitel 1 finder tilsvarende anvendelse.

Fusionsskattelovens kapitel 1 indeholder ingen regulering af, om likvidationsprovenuet skal behandles efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. eller det skal behandles efter reglerne om udbytteudlodning. Dette må derfor afgøres på baggrund af de almindelige regler i ligningslovens § 16A, jf. det ovenfor nævnte under afsnittet »Udlodning af likvidationsprovenu«.

Behandles udlodningen af likvidationsprovenu efter reglerne om udlodning, vil udlodningen være skattepligtig efter selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c. Det bemærkes, at det er hele likvidationsprovenuet vedrørende det indskydende selskab, der omfattes af skattepligten, uanset om der er aktiver og passiver, der efter fusionen tilknyttes et fast driftssted i Danmark.

Det er SKATs opfattelse, at fusionsskattelovens § 10 ikke kan fortolkes ud over sin ordlyd. Den finder således alene anvendelse på »Fortjeneste og tab på aktier«, der ikke medregnes, når det modtagende selskab ejer 10 % eller mere af kapitalen i det indskydende selskab. Den finder ikke anvendelse på udbytter.

Det er korrekt, at det fremgår af fusionsdirektivets artikel 7, at annulleringen af aktier i det indskydende selskab ikke giver anledning til kapitalvindingsbeskatning. Det er SKATs opfattelse, at fusionsdirektivet ikke hindrer en udbyttebeskatning af likvidationsprovenuet, når udbyttebeskatningen ikke skal frafaldes eller nedsættes efter moder-/datterselskabsdirektivet som følge af, at den retmæssige ejer af udbyttet ikke er omfattet af direktivet. Endvidere henvises til fusionsdirektivets misbrugs klausul i artikel 11, hvorefter en medlemsstat kan nægte anvendelsen af alle eller enkelte af bestemmelserne, hvis et af hovedformålene med fusionen m.v. er skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Bestemmelsen i ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, er en intern retslig udfyldning af denne bestemmelse.

Det skal også bemærkes, at den Skatterådsafgørelse i SKM2010.522.SR, som repræsentanten henviser til, ikke er en sammenlignelig sag. I den omtalte sag var der tale om en omvendt lodret fusion, hvor det danske moderselskab var indskydende selskab i en fusion med det modtagende cypriotiske dattersel-

skab. Det danske moderselskab var ejet af en fysisk person. I den konkrete sag var aktionæren i det indskydende selskab således ikke omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a. Aktionæren skulle derfor beskattes efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v., hvorved fusionsskattelovens § 9 og 11 fandt anvendelse.

Endelige skal det bemærkes, at indeholdelsespligten ikke kan undgås blot ved at udlodde andet end likvider, jf. også det ovennævnte citat fra Skatteretten 2, side 540.

SKAT bemærker endelig, at spørgers repræsentant i forbindelse med anmodningen har oplyst, at Selskabet har ca. 73 mio. d.kr. i fremførbart underskud ved udgangen af indkomståret 2009, og at det er forventet, at en eventuel avance (exitbeskatning) vil være mindre end de fremførbare underskud, således at der de facto ikke udløses skat til betaling.

SKAT skal hertil henlede opmærksomheden på fusionsskattelovens § 8, stk. 6, hvoraf det fremgår, at foreligger der ved fusionen i et af selskaberne underskud fra tidligere år, kan dette underskud uanset bestemmelsen i ligningslovens § 15 ikke bringes til fradrag ved det modtagende selskabs indkomstopgørelse. Ved fusion mellem sambeskattede selskaber, kan det underskud, der er opstået, mens selskaberne har været sambeskattet, bringes til fradrag.

Den ret til underskudsudnyttelse, der består i henhold til sambeskatningsreglerne mistes altså ikke på grund af den skattefri fusion. Kun det modtagende selskab selv kan ikke fremføre underskuddet. For så vidt angår et indskydende sambeskattet selskab gælder derimod, at dette udtræder af sambeskatningen, hvorved koncernforbindelse med de øvrige sambeskattede selskaber ophører. Sambeskatningsreglerne giver alene adgang til udnyttelse af underskud inden for en sambeskatning, jf. selskabsskattelovens § 31, stk. 2, 6. og 8. pkt., og dette medfører, at et eventuelt uudnyttet underskud i det indskydende selskab er tabt, og derfor ikke kan udnyttes af det indskydende selskabs datterselskaber efter fusionen.

SKAT bemærker, at der ved nærværende besvarelse ikke er taget nærmere stilling til underskudsudnyttelse og den endelige skattemæssige indkomstopgørelse.

Klagerens påstand og argumenter

Der er nedlagt påstand om, at Skatterådets besvarelse af spørgsmål 3 i det bindende svar ændres til »ja«, således at fusionen kan gennemføres uden ophørsbeskatning efter ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a.

I den forbindelse er indledningsvis anført, at det ikke er nødvendigt at tage stilling til, om fusionen i øvrigt kan gennemføres som skattefri efter fusionsskatteloven, idet dette allerede er bekræftet i det foreliggende bindende svar.

Til støtte for påstanden er videre anført, at Skatterådets synspunkt savner hjemmel, idet der tværtimod er klar støtte for, at fusionsskatteloven udtømmende regulerer beskatningen af såvel selskab som aktionærer.

Børsnotering af det ultimative holdingselskab i Danmark

Baggrunden for koncern-ejernes hensigt om at lade det ultimative danske selskab børsnotere, er, at ejerne, når disse på et tidspunkt ønsker at træde ud af investeringen, ønsker et salg af aktierne i det ultimative danske moderselskab med henblik på, at salgsprovenuet tilgår G1 S.a.r.l. En sådan exit i form af salg af aktier i det børsnoterede ultimative danske moderselskab vil være skattefri for G1 S.a.r.l. Dette svarer til, at et dansk selskab sælger sine aktier i et helejet datterselskab. Et sådant salg er også skattefrit.

Såfremt fusionen gennemføres, vil G3 Holding A/S være det ultimative danske moderselskab, og det vil i så fald være dette selskab, der børsnoteres. Hvis Selskabet ikke kan indgå i en grænseoverskridende fusion, vil ejerne i stedet lade dette selskab børsnotere, idet en exit, der indebærer en udbyttebeskatning i Danmark på 28 % af koncernens værdi, ikke kommer på tale.

Den ønskede grænseoverskridende fusion kan derfor ikke meningsfuldt anses som et alternativ til en udbyttebeskattet exit, men som et alternativ til et skattefrit salg af aktierne.

Når det foretrækkes, at Selskabet ophører ved fusion med sit luxembourgske moderselskab, og at G3 Holding A/S børsnoteres, hænger det sammen med de skattekrav, der er rejst mod Selskabet. Disse krav ønskes overført til det luxembourgske selskab, således at der ikke er krav mod det selskab, der børsnoteres. Ejerne vil helst undgå at børsnotere det selskab, kravene er rejst imod, idet dette som tidligere omtalt er problematisk for børsnoteringen.

Kan Selskabet og G1 S.a.r.l. imidlertid ikke gennemføre den påtænkte fusion uden likvidationsbeskatning i Danmark, vil fusionen som anført ikke blive gennemført, og ejerne må så alligevel lade Selskabet børsnotere.

Et negativt svar vil derfor ikke føre til, at der udløses likvidationsbeskatning i Danmark, men derimod til, at koncernen presses ud i en børsnotering af Selskabet med en uforholdsmæssig lavere værdiansættelse af koncern-noteringen til følge.

Det er således vigtigt for helhedsforståelsen af sagen at forstå, at koncern-ejerne allerede på nuværende tidspunkt er i stand til at udtræde af den danske koncern-investering ved at lade Selskabet børsnotere og herefter på et givet tidspunkt sælge disse aktier uden dansk beskatning. Det er således ikke den påtænkte grænseoverskridende fusion, der gør ejerne i stand til at foretage en skattefri udtræden, eftersom de allerede er i stand hertil.

På denne baggrund kan fusionen ikke være udtryk for skatteundgåelse, idet man ikke i kraft af fusionen opnår de ifølge Skatterådet utilsigtede skattemæssige fordele, jf. tillige nedenfor om bl.a. fusionsdirektivets artikel 11.

Hovedanbringenderne for den fremsatte påstand er:

- Selskabet kan ikke anses som ophørt ved likvidation omfattet af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a.
- Det bindende svar bygger på en misfortolkning af fusionsskattelovens § 10.
- Anvendelsen af fusionsskattelovens § 15, stk. 4, kan ikke nægtes, idet der er tale om en objektiv regel.
- Fusionsskattedirektivets artikel 11 giver ikke mulighed for at nægte fusionen, da artikel 11 ikke er inkorporeret i dansk lovgivning.
- Skatterådets tidligere praksis understøtter, at der ikke kan gennemføres likvidationsbeskatning i en skattefri fusion.

Selskabet kan ikke anses som ophørt ved likvidation

Skatterådets bindende svar må forstås således, at en fusion kan behandles som delvis skattefri fusion/delvis skattepligtig likvidation opgjort i forhold til, om det indskydende selskabs aktiver og passiver forbliver under dansk beskatning eller ej. For så vidt angår de aktiver og passiver, der forbliver under dansk beskatning, behandles transaktionen som en skattefri fusion omfattet af fusionsskattelovens § 15, stk. 4. For aktiver og passiver, der forlader dansk beskatning, behandles fusionen som en skattepligtig likvidation.

Efter repræsentantens opfattelse kan en i øvrigt skattefri fusion imidlertid aldrig føre til beskatning af »likvidationsprovenu« efter ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, idet en skattefri fusion begrebsmæssigt ikke er en likvidation. Tværtimod indebærer en skattefri fusion en opløsning af et selskab uden likvidation - et moment SKAT altid har tillagt stor vægt ved bedømmelsen af, om en skattefri fusion kan anses som en skattefri fusion og kvalificere til beskatning efter reglerne herom.

Det har således altid været SKATs holdning, at hvis et selskabs ophør sker som en likvidation, kan reglerne om skattefri fusion ikke anvendes. Dette fremgår også af side 16 (2. nederste afsnit) i det bindende svar. Skattefri fusion på den ene side og likvidation på den anden side har derfor altid af SKAT været anset som to absolut forskellige transaktioner.

Der er derfor ikke mulighed for at anse en skattefri fusion som en likvidation med den virkning, at der skal ske udbyttebeskatning efter den nævnte bestemmelse i ligningsloven. Selskaberne har retskrav på at

anvende fusionsskattelovens § 15, stk. 4, når selskaberne opfylder betingelserne herfor. Når betingelserne i denne bestemmelse er opfyldt, er fusionen som helhed en skattefri fusion omfattet af fusionsskattelovens bestemmelser. Der er heller ikke hjemmel til at anse fusionen som en delvis fusion og en delvis likvidation.

Selskabsretligt udgør en fusion ikke en likvidation. Tilsvarende følger det udtrykkeligt af fusionsdirektivets artikel 2, at en skattefri fusion begrebsmæssigt ikke udgør en likvidation:

»I dette direktiv forstås ved a) fusion, den transaktion, hvorved:

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

Reglen i fusionsskattelovens § 15, stk. 4, hvorefter der skal ske beskatning efter selskabsskattelovens § 5 af fortjeneste og tab på det indskydende danske selskabs aktiver og passiver, der ikke efter fusionen knyttes til et dansk driftssted, giver alene adgang til at beskatte fortjeneste og tab på de omhandlede aktiver og passiver.

Fusionsskattelovens § 15, stk. 4 giver derimod ingen adgang til at anse fusionen som en hel eller delvis likvidation. Selskabets aktiver og passiver overføres ikke til G1 S.a.r.l. ved likvidation, men ved en skattefri fusion. Henvisningen til selskabsskattelovens § 5 er systematisk og logisk alene udtryk for, at det ophørende selskab avancebeskattes efter regler svarende til reglerne for likvidation, ikke for at der er tale om en likvidation af det ophørende selskab.

Såfremt der skulle have været adgang til at gennemføre likvidationsbeskatning ved en skattefri fusion, skulle der i fusionsskattelovens § 15, stk. 4 have været en direkte omtale heraf, og bestemmelsen skulle have indeholdt en henvisning til ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a. Uden en sådan direkte henvisning er der ikke hjemmel til likvidationsbeskatning.

I den forbindelse bemærkes, at fusionsskatteloven er en udtømmende særlov. Der gælder det grundlæggende fortolkningsmæssige princip, at en særlov har forrang frem for andre lovbestemmelser. Er der ikke hjemmel i fusionsskatteloven til likvidationsbeskatning - hvilket der ikke er - kan beskatningen ikke gennemføres.

Skatterådet har da heller ikke kunnet henvise til konkrete afgørelser eller omtale i Ligningsvejledningen eller nogen retskilde i øvrigt for at underbygge dette nye standpunkt. Tværtimod har Skatterådet været nødsaget til at basere sig på en litteraturhenvisning, idet der henvises til Skatteretten, 2. 5. udgave, som rådet finder støtter rådets synspunkt.

Efter repræsentantens opfattelse er dette ikke tilfældet, og henvisningen forekommer i bedste fald misforstået, idet henvisningen omhandler skattepligtige fusioner, mens koncernen ønsker ikke at gennemføre en skattepligtig fusion, men en skattefri fusion. Den pågældende henvisning kan derfor ikke anvendes som støtte for at gennemføre likvidationsbeskatning.

Det pågældende afsnit i Skatteretten henviser i note 11 til Erik Werlauffs bog Selskabsskatteret, 2008/09, p. 491 f. (ikke gengivet i Skatterådets citering). Henvisningen angår afsnittet om skattepligtig fusion. Werlauffs bog (2009/2010-udgaven) indeholder bl.a. følgende passus:

»Det selskabs- og skatteretlige fusionsbegreb er - uanset lidt afvigende ordlyd i aktie- og anpartsselskabsloven henholdsvis FUSL - ens, når der er tale om skattefri fusion: Enten opløses selskabet uden likvidation ved overdragelse af selskabets aktiver og passiver som helhed til et andet selskab, dvs. fusion gennem absorption, eller to eller flere selskaber sammensmeltes uden likvidation til et nyt selskab, dvs. fusion ved kombination. Kernepunktet er i begge tilfælde, at fusionen sker uden likvidation, og dette fravær af likvidation kendetegner fusionen både i selskabs- og skatteretlige henseende. Hvis der derimod vælges skattepligtig fusion, beskattes det indskydende selskab som ved ophør, uanset at fusionen på det selskabsretlige plan definatorisk sker uden likvidation.«

Også af den af Skatterådet valgte litteratur fremgår således, at der ikke kan ske likvidationsbeskatning i en skattefri fusion.

Endelig kan henvises til Selskabsbeskatning, 26. udgave - 2009, side 636, afsnit 8.2.1.1, hvor det anføres:

»I de tilfælde, hvor en fusion gennemføres uden anvendelse af bestemmelsen i lov om fusion, spaltning, tilførsel af aktiver m.v. (fusionsskatteloven), ophørsbeskattes det indskydende selskab efter SEL § 5, jf. kapitel 3.«

Der kan således ifølge de nævnte henvisninger kun ske likvidationsbeskatning i en skattepligtig fusion. I en skattefri fusion indskrænker beskatningen sig til en beskatning af fortjeneste og tab på de aktiver og passiver, der ikke efter fusionen er knyttet til et fast driftssted i Danmark, jf. formuleringen af fusionsskattelovens § 15, stk. 4.

Det bindende svar bygger på en misfortolkning af fusionsskattelovens § 10

Det anføres i det bindende svar bl.a., at fusionsskattelovens § 10 også finder anvendelse ved en grænseoverskridende fusion, når udlodningen af likvidationsprovenuet beskattes som afståelse af aktier, samt at der efter fusionsskattelovens kapitel 1 ikke findes nogen regulering af beskatningen af de annullerede aktier i de tilfælde, hvor likvidationsprovenuet behandles som en udlodning, hvorfor beskatningen følger den almindelige beskatning af udlodninger til udenlandske selskaber.

Herudover er anført, at fusionsskattelovens kapitel 1 ikke indeholder regulering af, om likvidationsprovenuet skal behandles efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v., eller det skal behandles efter reglerne om udbytteudlodning, hvorfor dette må afgøres på baggrund af de almindelige regler i ligningslovens § 16 A.

Denne fortolkning er ikke korrekt.

Fusionsskattelovens § 10 er udfærdiget på baggrund af fusionsskattedirektivets artikel 7, der har følgende ordlyd:

»Når det modtagende selskab besidder en del af kapitalen i det indskydende selskab, giver det modtagende selskabs kapitalvinding i forbindelse med annulleringen af dets kapitalandel i det indskydende selskab ikke anledning til nogen beskatning.

Medlemsstaterne (...).«

Fusionsskattelovens § 10 har følgende ordlyd:

»Fortjeneste og tab på aktier, der annulleres af det modtagende selskab ved fusionen, medregnes ikke ved indkomstopgørelsen, hvis det modtagende selskab ejer 10 % eller mere af kapitalen i det indskydende selskab.«

Det kan af fusionsdirektivets artikel 7 udledes, at afståelse af aktier ved en skattefri lodret fusion ikke anses som likvidationsudlodning, men som afståelse af det modtagende selskabs aktier i det indskydende selskab, jf. anvendelsen af formuleringen »kapitalgevinstbeskatning« i artikel 7. Kapitalgevinstbeskatning kan kun fremkomme, hvis der er tale om afståelse af aktier. Skulle der ske beskatning som udbytte, ville man ikke have anvendt formuleringen kapitalgevinstbeskatning.

I Danmark er direktivets artikel 7 indsat i fusionsskattelovens § 10, der ligeledes medfører, at fortjeneste og tab på det modtagende selskabs aktier i det indskydende selskab ikke beskattes.

Det vil således være i strid med ikke alene fusionsskatteloven, men også fusionsdirektivet at gennemføre udbyttebeskatning i forbindelse med en skattefri grænseoverskridende fusion. Den fortolkning SKAT anlægger, har således efter repræsentantens opfattelse intet belæg i hverken fusionsdirektivet eller fusionsskatteloven.

SKATs fortolkning må anses som en efterrationalisering med henblik på at skabe hjemmel til udlodningsbeskatning. Det har aldrig været meningen, at en skattefri fusion skulle kunne give anledning til en udlodningsbeskatning. Reglen i ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a om udbyttebeskatning ved likvidation er indsat i lovgivningen med vedtagelsen af L 213 i 2007 og dermed lang tid efter, at reglerne om skattefri fusion blev implementeret i fusionsskatteloven, idet dette skete i 1992.

Fusionsskatteloven kan derfor ikke fortolkes på en måde, der medfører, at der opstår beskatning af likvidationsudlodning. Hvis Folketinget havde haft dette til hensigt, ville fusionsskatteloven være blevet ændret i forbindelse med implementeringen af den nuværende § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a i ligningsloven. Dette er imidlertid ikke sket, og der er derfor heller ingen mulighed for at fortolke fusionsskatteloven, som om dette skulle være tilfældet.

I det bindende svar findes på side 20 (midterste afsnit) følgende bemærkning:

»Det bemærkes, at det er hele likvidationsprovenuet vedrørende det indskydende selskab, der omfattes af skattepligten, uanset om der er aktiver eller passiver, der efter fusionen tilknyttes et fast driftssted i Danmark.«

Dette synspunkt er også forkert. Såfremt Skatterådets synspunkt skulle følges, kan der altså indtræde likvidationsbeskatning, selvom det indskydende selskabs aktiver og passiver fuldt ud forbliver under dansk beskatning. Dette er i strid med fusionsdirektivet, fusionsskatteloven og hele grundlaget og forståelsen af området for skattefrie grænseoverskridende fusioner.

Udsagnet synes også at stride mod Skatterådets indledende argumentation om, at en fusion ikke kan behandles som en skattefri fusion, når aktiver og passiver forlader dansk beskatning. Denne argumentation synes bygget op over den opfattelse, at fusionen bliver omfattet af selskabsskattelovens § 5, i det omfang aktiver og passiver forlader dansk beskatning. Bevares alle aktiver og passiver i Danmark, idet de tilknyttes et fast driftssted, er det vanskeligt for ikke at sige umuligt at forstå, hvorledes dette kan føre til, at fusionen anses som en skattepligtig likvidation.

Anvendelse af reglerne om skattefri fusion kan ikke nægtes

Der er efter repræsentantens opfattelse ikke adgang til at nægte anvendelsen af fusionsskattelovens § 15, stk. 4, om grænseoverskridende fusion med Selskabet som det ophørende selskab. Reglen er en objektiv regel, som selskaberne har retskrav på at anvende, såfremt betingelserne i bestemmelsen opfyldes.

Tidligere var det et krav, at der opnåedes tilladelse fra SKAT til at gennemføre en skattefri grænseoverskridende fusion, således at SKAT kunne afslå anvendelsen af reglerne, hvis SKAT fandt, at fusionen ikke var tilstrækkeligt forretningsmæssigt begrundet.

Efter vores opfattelse er fusionen forretningsmæssigt begrundet, idet den medvirker til at muliggøre den mest hensigtsmæssige struktur for børsnoteringen. Dette har ikke kun betydning for ejerne, men også for koncernens virksomhed som sådan.

Uanset dette kræves der imidlertid ikke længere nogen forretningsmæssig begrundelse for gennemførelse af fusionen. Kravet om tilladelse er med virkning fra 2007 ophævet ved vedtagelsen af L 110 A. Herefter kan reglerne anvendes, blot de objektive betingelser er opfyldt. Der er i den forbindelse henvist til følgende generelle spørgsmål til lovforslaget rejst af FSR:

»Efter gældende regler gives tilladelse til skattefrie omstruktureringer, når disse er forretningsmæssigt begrundet, og der ikke foreligger skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Baggrunden herfor er fusionsdirektivets artikel 11, som fortsat er gældende uanset de foreslåede nye regler.

Skattemyndighederne har i de seneste år haft særskilt fokus på forretningsmæssige begrundelser for skattefrie omstruktureringer. FSR forstår lovforslaget således, at overholdes betingelserne i de nye regler for at gennemføre skattefrie omstruktureringer, vil skatteyderne ikke efterfølgende kunne mødes med, at omstruktureringen ikke var forretningsmæssigt begrundet.«

Skatteministeriets svar var følgende:

»Det er korrekt forstået, at der ikke ved ligningen skal tages stilling til, om en omstrukturering, der er gennemført uden tilladelse, er forretningsmæssigt begrundet. De foreslåede værnsregler er udformet, så de kan varetage de samme hensyn, som i dag påses i tilladelsessystemet, herunder at formålet med skattefri omstrukturering ikke er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Det bemærkes i øvrigt, at de gældende objektive betingelser for, hvornår der er tale om en aktieombytning, en spaltning henholdsvis en tilførsel af aktiver gælder tilsvarende for sådanne omstruktureringer, der gennemføres uden tilladelse efter de foreslåede regler.«

Vores ovenstående synspunkt understøttes således af denne udtalelse fra lovbemærkningerne.

Herefter er situationen den, at Folketinget selv har fjernet den adgang, der reelt var til at gribe ind over for transaktioner, der ikke af SKAT findes forretningsmæssigt begrundede. I øvrigt må den påtænkte fusion anses for forretningsmæssigt begrundet henset til den omtalte skattesag, som ikke ønskes inddraget i en børsnotering.

Fusionsdirektivets artikel 11 kan ikke hindre fusionen

Fusionsdirektivets artikel 11 indeholder en mulighed for, at medlemslandene kan nægte anvendelsen af fusionsskattedirektivets bestemmelser, hvis hovedformålet eller et af hovedformålene med fusionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

Skatterådet anfører i det bindende svar, at ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, er en intern retslig udfyldelse af artikel 11.

Repræsentanten bestrider dette. Der fremgår således intet af lovbemærkningerne til den omtalte bestemmelse i ligningsloven, der indikerer eller blot antyder, at dette skulle være tilfældet.

I øvrigt er bemærket, at artikel 11 giver adgang til, at medlemslandene kan nægte anvendelsen af fusionsdirektivets regler. Der er i den konkrete sag imidlertid ikke tale om, at Skatterådet nægter anvendelsen af direktivet. Derimod pålægger Skatterådet - selvom det anerkendes, at der er tale om en skattefri fusion - en ekstra beskatning i form af likvidationsbeskatning. Artikel 11 giver imidlertid ikke mulighed for denne mellemvariant.

Det er endvidere repræsentantens opfattelse, at artikel 11 ikke kan anvendes i forbindelse med en skattefri grænseoverskridende fusion. Anvendelsen af artikel 11 forudsætter således, at reglen er implementeret i dansk lovgivning, jf. EF-Domstolens dom i Hans Markus Kofoed sagen (SU2007.343), særligt præmis 44.

Artikel 11 er ikke implementeret for så vidt angår grænseoverskridende fusioner.

Tidligere kunne man muligvis - men dog næppe - mene, at artikel 11 var indarbejdet i loven i den forstand, at selskaberne skulle have tilladelse til en skattefri grænseoverskridende fusion, som SKAT så enten kunne tillade, tillade med vilkår eller nægte. I og med at der ikke længere skal indhentes tilladelse til at gennemføre en grænseoverskridende skattefri fusion, er den evt. adgang til at nægte anvendelse af fusionsskattelovens regler bortfaldet.

Reglerne om skattefri fusion kan derfor anvendes, hvis betingelserne i fusionsskattelovens § 15 er opfyldt, og det er de her.

Særligt er bemærket i relation til Skatterådets opfattelse af, at ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, er en dansk udfyldelse af fusionsskattedirektivets artikel 11, at såfremt dette skulle være tilfældet, skulle dette klart fremgå af ligningslovens bestemmelser eller af forarbejderne til bestemmelsen. Selvom en ordret implementering af artikel 11 ikke er nødvendig, skal det dog være således, at man er i stand til at forstå, at en bestemt lovgivning anses som en implementering af artikel 11.

Hverken ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, eller lovbemærkningerne hertil opfylder dette krav. Det forekommer ret oplagt, at havde lovgiver tilsigtet en implementering af artikel 11, ville noget så væsentligt have givet anledning i det mindste til en bemærkning herom i lovforarbejderne.

Selv hvis artikel 11 kunne finde anvendelse i Danmark i forbindelse med en skattefri grænseoverskridende fusion, kunne den konkret ikke finde anvendelse i nærværende sag, idet der ikke foreligger skatteundgåelse i forbindelse med den påtænkte grænseoverskridende fusion i koncernen.

I relation hertil er endvidere bemærket, at det forhold, at de mod H1 A/S rejste skattekrav om kildeskat på udbytte og renter ønskes overført til G1 S.a.r.l., ikke er udtryk for skatteundgåelse. De selskabsretlige regler om grænseoverskridende fusion giver adgang til at gennemføre sådanne fusioner, som gennemføres med selskabsretlig universalsuccession. Det vil sige, at skattekravene, hvis de måtte bestå, er underlagt de luxembourgske selskabsretlige regler om kreditorbeskyttelse.

Praksis

I SKM2010.522.SR er offentliggjort et bindende svar, der vedrørte en grænseoverskridende fusion mellem et dansk og et cypriotisk selskab med det danske selskab som det ophørende selskab. Alle aktiver og passiver i det danske selskab forlod dansk beskatning ved fusionen.

Der var tale om en omvendt lodret fusion mellem et dansk selskab og et nystiftet cypriotisk selskab, der - således som sagen foreligger oplyst - må antages at være uden aktivitet (substans). I det bindende svar var der hverken tale om, at der opstod beskatning, eller at reglerne om skattefri fusion blev nægtet anvendt.

Hvis Skatterådets opfattelse i koncern-sagen skal overføres til den offentliggjorte sag, burde det medføre, at den grænseoverskridende fusion med det cypriotiske selskab også skulle være skattepligtig. Det ville i så fald betyde, at hovedaktionæren skulle anses for at have afstået sine aktier i det danske selskab ved en skattepligtig fusion, hvilket ville medføre, at fraflytterbeskatningen skulle udløses. Dette er imidlertid ikke tilfældet.

Skatterådet har således godkendt, at en grænseoverskridende fusion, som den koncernen påtænker, kan gennemføres, og at der ikke herved udløses beskatning ud over beskatning af fortjeneste og tab på de aktiver og passiver, der forlader dansk beskatning.

Der er endvidere henvist til SKM2009.542.SR, hvor alle aktiver og passiver i en grænseoverskridende fusion ligeledes forlod dansk beskatning. Det bindende svar omtaler ikke likvidationsbeskatning.

Skatterådets egen praksis understøtter således synspunktet om, at der ikke kan gennemføres likvidationsbeskatning i en skattefri fusion.

SKATs udtalelse af 31. januar 2011

Kammeradvokaten har på vegne af SKAT indstillet stadfæstelse af Skatterådets besvarelse af spørgsmål 3 i det bindende svar.

Da en lodret fusion i skattemæssig henseende behandles som en likvidation af det indskydende selskab, skal det modtagende selskab beskattes som aktionær af det likvidationsprovenu, der anses for udloddet fra det ophørende (datter)selskab.

Følgelig vil den påtænkte fusion mellem Selskabet og G1 S.a.r.l. i skattemæssig henseende blive behandlet som om, at Selskabet blev likvideret. En konsekvens heraf er, at G1 S.a.r.l. skal beskattes som aktionær af det likvidationsprovenu, der anses for udloddet ved Selskabets likvidation.

Da G1 S.a.r.l. ejer samtlige aktier i Selskabet skal likvidationsprovenuet ikke behandles efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier. Provenuet skal i stedet beskattes som en udlodning, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 1.

Udlodningen beskattes herefter i henhold til selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, medmindre beskatningen skal frafalde eller nedsættes efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Dette spørgsmål foreligger ikke til prøvelse i denne sag.

For så vidt angår repræsentantens anbringende om, at fusionsskattelovens § 10 er til hinder for at gennemføre udlodningsbeskatning, er bemærket, at bestemmelsen efter sin ordlyd forudsætter, at provenuet behandles efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. Bestemmelsen regulerer ikke – og skattefritager dermed ikke – de situationer, hvor provenuet beskattes efter reglerne for udbytteudlodning ved likvidation til et selskab, der har hjemsted i udlandet, jf. herved ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, jf. stk. 1 og selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c.

Herved er fusionsskattelovens § 10 i overensstemmelse med fusionsdirektivets artikel 7, der fastslår, at det modtagende selskabs ”kapitalvinding” i forbindelse med annullering af kapitalandelene i det indskydende selskab ikke giver anledning til beskatning. Fusionsskattelovens § 10 er dermed ikke til hinder for beskatning i medfør af ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a.

Hertil kommer, at medlemsstaterne efter fusionsdirektivets artikel 11 kan nægte adgang til, helt eller delvis, at påberåbe sig direktivets bestemmelser, »hvis hovedformålet eller et af hovedformålene« med f.eks. en fusion »er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.«

Ligningslovens § 16 A, stk. 3, nr. 1, litra a, jf. stk. 1 og jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra c, udgør en klar implementering af fusionsskattedirektivets artikel 11's mulighed for at nægte en anvendelse af direktivets regler, når hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteunddragelse eller –undgåelse. Der er således hjemmel til at gennemføre beskatning af det udloddede likvidationsprovenu.

Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse

Aktieselskaber har ved fusion adgang til beskatning efter reglerne i fusionsskattelovens kapitel 1, jf. fusionsskattelovens § 1, stk. 1. Af fusionsskattelovens § 1, stk. 3, følger, at fusion foreligger, når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette.

Såfremt selskaber benytter adgangen til at anvende reglerne i fusionsskattelovens kapitel 1, skal beskatning af selskabsdeltagerne ske efter reglerne i fusionsskattelovens §§ 9 og 11, jf. fusionsskattelovens § 1, stk. 2.

Det er en betingelse for beskatning efter reglerne i fusionsskattelovens kapitel 1, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab alene vederlægges med aktier eller anparter i det modtagende selskab og eventuelt en kontant udligningssum. Kravet gælder dog ikke for den del af aktierne eller anparterne i det indskydende selskab, der besiddes af det modtagende selskab, jf. fusionsskattelovens § 2, stk. 2.

For så vidt angår grænseoverskridende fusioner følger det af fusionsskattelovens § 15, stk. 4, at reglerne i fusionsskattelovens kapitel 1 finder tilsvarende anvendelse, når et dansk hjemmehørende selskab ophører ved fusion med et udenlandsk hjemmehørende selskab, såfremt begge selskaber er omfattet af art. 3 i EU's direktiv 90/434/EØF. Dog finder successionsreglen i fusionsskattelovens § 8, stk. 1-4, alene anvendelse på de af det indskydende danske selskabs aktiver og passiver m.v., der som følge af fusionen er knyttet til det modtagende udenlandske selskabs faste driftssted her i landet, idet fortjeneste og tab på øvrige aktiver og passiver skal ophørsbeskattes efter reglerne i selskabsskattelovens § 5, jf. fusionsskattelovens § 15, stk. 4, sidste pkt.

På baggrund af det oplyste lægges det dels til grund, at G1 S.a.r.l. er et selskab omfattet af art. 3 i direktiv 90/434/EØF, dels at samtlige selskabsretlige regler for den påtænkte grænseoverskridende fusion mellem Selskabet og G1 S.a.r.l., er opfyldt, således at fusionen kan omfattes af fusionsskattelovens regler

for skattefri fusion, jf. fusionsskattelovens § 15, stk. 4. Selskabet har herefter et retskrav på at anvende reglerne i fusionsskatteloven, jf. lovens § 1.

Ved den påtænkte skattefri fusion overføres samtlige aktiver og gæld i Selskabet til moderselskabet, G1 S.a.r.l., uden at der udstedes aktier, jf. fusionsskattelovens § 2, stk. 2. Da Selskabets aktiver og passiver stort set alene består i aktierne datterselskabet, G3 Holding A/S, og disse aktier ikke konstituerer et fast driftssted, skal Selskabet beskattes af disse, jf. selskabsskattelovens § 5, jf. fusionsskattelovens § 15, stk. 4.

Landsskatteretten bemærker, at der – uanset realisationsbeskatningen i medfør af selskabsskattelovens § 5, jf. fusionsskattelovens § 15, stk. 4, sidste pkt. – er tale om en fusion omfattet af fusionsskattelovens regler. Den i fusionsskattelovens § 15, stk. 4, jf. selskabsskattelovens § 5, anførte realisationsbeskatning medfører således ikke, at fusionen som udgangspunkt betragtes som skattepligtig med deraf følgende likvidationsbeskatning for G1 S.a.r.l. af værdien af aktierne ved opløsning af Selskabet.

Det bemærkes således, at Selskabet, som det ophørende selskab, er skattesubjekt for beskatningen i medfør af selskabsskattelovens § 5, samt at der for så vidt angår selskabsdeltagerne – hvilket her vil sige G1 S.a.r.l. – er gjort op med beskatningen af disse i fusionsskattelovens §§ 9-11. Bestemmelsen i fusionsskattelovens § 10 vedrører det modtagende selskabs annullering af aktier i det indskydende selskab. Når det modtagende selskab – som i det omhandlede tilfælde - ejer mere end 10 % af kapitalen i det indskydende selskab, medregnes den ved annulleringen opnåede fortjeneste og tab ikke ved indkomst-opgørelsen.

Der ses således ikke at være hjemmel til ved opløsning af Selskabet at gennemføre en beskatning i medfør af ligningslovens § 16 A, stk. 3, litra a

Landsskatteretten ændrer som konsekvens besvarelsen af spørgsmål 3 til »Ja«.

Det bemærkes, at det endnu ikke vedtagne lovforslag, L 84 2010/2011 ikke er inddraget ved Landsskatterettens afgørelse.