



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gustav Nittby

Beskattning vid kvalificerade
fusioner – särskilt om
tillämpningsområdet enligt den
svenska implementeringen

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Christina Moëll

Ämnesområde
Skatt

Termin: 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och problemformulering	6
1.3 Avgränsning	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	8
2 DEFINITIONEN AV EN FUSION	9
3 ETT KORT AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGT OCH KONKURRENSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV PÅ FUSIONER	11
4 NÅGOT OM BESKATTNINGSKONSEKVENSER VID FUSIONER	13
4.1 Överlåtande bolaget	13
4.2 Övertagande bolaget	13
5 TOLKNING AV FUSIONSDIREKTIVET	16
5.1 Minidirektiv eller genomharmonisering	16
5.2 Direktivets direkta effekt	17
6 KRAVET PÅ SKATTSKYLDIGHET – TERRITORIELL AVGRÄNSNING	19
6.1 Inledning	19
6.2 Skattskyldighet enligt fusionsdirektivet respektive IL	20
6.3 Fast driftsställe – närmare om begreppet	21
6.3.1 Argument för ett gemenskapsrättsligt begrepp	21
6.3.2 Argument för ett nationellt begrepp	22

6.4	Kravet på skattskyldighet med hänsyn till FEUF	23
6.4.1	Allmänt om problematiken	23
6.4.2	Några relevanta EG-rättsliga avgöranden	23
6.4.2.1	Hantering av underskott	23
6.4.2.2	Exitbeskattning	24
6.4.3	Relevanta svenska avgöranden	26
6.4.3.1	Hantering av underskott - RÅ 2009 ref. 13	26
6.4.3.2	Uttagsbeskattning - Maltafallet RÅ 2008 ref. 30	27
6.4.3.3	Uttagsbeskattning - RÅ 2010 ref. 92	28
6.4.4	Diskussion	29
6.5	Enbart en viss del av egendomen knyts till det fasta driftsstället	31
7	ASSOCIATIONSFORMER SOM KAN DELTA I EN KVALIFICERAD FUSION	32
7.1	Allmänt om företagsformerna	32
7.1.1	Fusionsdirektivet och implementeringen i IL	32
7.1.2	Kravet på att företaget ska vara hemmahörande inom EU	33
7.1.3	Schablonbeskattade bolag	35
7.2	Reglernas förenlighet med EU-rätten	38
7.3	Något om transparenta bolag	39
8	FUSIONSVEDERLAGET	42
8.1	Vederlagets karaktär enligt fusionsdirektivet	42
8.2	Vederlagets karaktär enligt IL	42
8.3	Vederlagets karaktär enligt ABL	43
9	BESKATTNINGÅRETS LÄNGD	45
10	SKATTEFLYKTSBESTÄMMELSER	47
10.1	Inledning	47
10.2	Skatteflykt enligt fusionsdirektivet	47
10.3	En kort jämförelse med skatteflyktslagen	49
11	AVSLUTNING	51
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	53
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	57

Summary

The institute of mergers is a certain way of restructuring companies. This thesis aims to discuss mergers that are captured by the State Income Tax Act (SITA). Mergers are according to SITA restructurings, where all assets and liabilities and other obligations, belonging to one company are being transferred to another company and the transferring company is dissolved without liquidation. The framework regarding mergers is one of the few fields of the law, regarding direct taxation, which has been harmonized, through directive 2009/133. Mergers which are captured by the directive are according to the Swedish implementation labeled as qualified mergers. Provided a merger is qualified as such, the immediate capital gain tax shall be deferred until the assets have finally been divested or been subject to any other transaction, which is subject to taxation. Furthermore, the receiving company enters into the transferring company's position for tax purposes.

In order for the rules regarding qualified mergers to be applicable, SITA chapter 37 and the merger directive enumerate a number of conditions that have to be met. First and foremost, it is required that the transferring company previous of the merger, is liable to income tax for at least a part of the business. The receiving company must be subject to a corresponding tax liability. This requirement excludes inter alia some kinds of cross-border mergers. Furthermore, only certain company forms may participate in a qualified merger. These are enumerated in an appendix to the directive. The Swedish law differs in this respect from the directive, because special rules apply to private dwelling companies. The Swedish implementation also differs from the merger directive since it puts forth a requirement that the total period of time for the tax year may not exceed 18 months. The rules concerning tax avoidance could be perceived to set the borderline for the ambit of the rules. The merger directive contains special rules for tax avoidance. In Sweden, the general law against tax evasion also applies to mergers.

The corporate rules in this field of the law must also be taken into account. For instance there are no tax rules regarding the character of the merger payment pursuant to the Swedish implementation. Pursuant to the Companies Act (and the merger directive) there is a requirement regarding the proportion between the amount of cash payment and the amount of securities. Another side of mergers is competition law.

In order to shed light when the rules regarding deferred taxation are applicable, it does not suffice to scrutinize national law isolated. Account must also be taken to the directive and in certain situations primary EU law. That is e.g. the case regarding the provision of tax liability, which strictly applied could induce exit taxation and negligence to take deficits into account.

Sammanfattning

Institutet fusioner är en typ av sammanslagningar av företag. Den här uppsatsen tar sikte på den typen av sammanslagningar som definieras som fusioner enligt svensk inkomstskatterätt. Fusioner är enligt Inkomstskattelag (1999:1229) IL ombildningar där samtliga tillgångar och skulder och andra förpliktelser hos ett företag ska tas över av ett annat företag och det överlåtande företaget ska upplösas utan likvidation. Regelverket rörande fusioner är ett av de få områden inom den direkta beskattningens område som har harmoniserats på EU-nivå, genom fusionsdirektivet, direktiv 2009/133. Fusioner som omfattas av direktivet benämns enligt den svenska implementeringen kvalificerade fusioner. Då en omstrukturering kan klassificeras som en kvalificerad fusion ska den omedelbara kapitalvinstbeskattningen uppskjutas till dess tillgångarna avyttras eller ingår i en skattegrundande transaktion. Vidare inträder det övertagande bolaget i det överlåtande bolagets skattemässiga situation.

För att reglerna om kvalificerade fusioner ska vara tillämpliga uppställer IL 37 kap. respektive fusionsdirektivet ett antal krav. Det fordras först och främst att det överlåtande bolaget före fusionen är skattskyldigt för åtminstone en del av verksamheten. Det övertagande företaget ska ha en korresponderande skattskyldighet. Rekvisitet undantar bl.a. vissa typer av gränsöverskridande fusioner. Vidare gäller att enbart vissa typer av bolag kan delta i en kvalificerad fusion. Dessa är uppräknade i en bilaga till fusionsdirektivet. Den svenska lagen skiljer sig här från fusionsdirektivet, eftersom särskilda regler gäller för privatbostadsföretag. Den svenska lagstiftningen skiljer sig även från fusionsdirektivet i ett annat avseende nämligen det faktum att den uppställer krav på att det sammanlagda beskattningsåret för det överlåtande respektive det övertagande bolaget inte får överstiga 18 månader. Skatteflyktsreglerna får anses sätta gränsen för regelverkets tillämpningsområde. Fusionsdirektivet innehåller särskilda regler rörande skatteflykt. I Sverige gäller den allmänna skatteflyktslagen även för fusioner.

De associationsrättsliga reglerna måste även beaktas på detta område. Exempelvis finns inga skatterättsliga regler rörande fusionsvederlagets karaktär enligt den svenska implementeringen. Enligt aktiebolagslagen (och fusionsdirektivet) finns däremot krav på förhållandet mellan kontantandelen och andelen värdepapper. En annan sida av fusioner är den konkurrensrättsliga regleringen.

För att belysa när reglerna rörande uppskjuten beskattning är tillämpliga räcker det inte att studera nationell rätt isolerat. Hänsyn måste även tas till direktivet och i vissa sammanhang även till primärrätten. Så är exempelvis fallet med kravet på skattskyldighet, som strikt tillämpat kan föranleda uttagsbeskattning samt underlåtenhet att beakta underskott.

Förkortningar

AB	Aktiebolag
ABL	Aktiebolagslag (2005:551)
BfL	Bokföringslagen (1999:1078)
BL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
BolagsV	Bolagsverket
BrL	Boastadsrättslag (1991:614)
Ds	Departementsserien
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EUD	Europeiska Unionens Domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
FUL	Lag (1998:1603) om beskattning vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HFD	Högsta Förvaltningsdomstolen
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IGOL	Lag (1994:1854) om inkomstbeskattningen vid gränsöverskridande omstruktureringar inom EG
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
KonkL	Konkurrenslag (2008:579)
LLMS	Lodin, Lindencrona, Melz, Silfverberg
OECD	Organization for Economic Corporation and Development
Prop.	Proposition
RR	Regeringsrätten
RSV	Riksskatteverket
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SBL	Skattebetalningslag (1997:483)
SCE-förening	Europeisk kooperativ förening
SFS	Svensk författningssamling
SITA	Swedish Income Tax Act
SKV	Skatteverket
SN	Skattenytt
SRN	Skatterättsnämnden
SvSkt	Svensk Skattetidning
uppl.	upplaga

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Förvärvsmarknaden har i teorin delats in i olika s.k. förvärvsvågor, när antalet företagsförvärv har legat tätare än normalt. Dessa har karaktäriserats av bl.a. horisontella och vertikala förvärv, konglomeratförvärv och strategiska förvärv. Finanskrisen satte punkt för den senaste förvärvsvågen.¹ Under ekonomiskt expansiva faser tenderar förvärvsmarknaden att vara mer aktiv och det anses finnas en positiv korrelation mellan en bullish marknad och antalet förvärv. De ekonomiska och tekniska faktorer som driver en bullish marknad har även en tendens att driva förvärvsmarknaden.² Den trevande börsmarknaden som det senaste året har visat prov på, borde således även ha implikationer på förvärvsmarknaden.

Generellt sett kan ett förvärv antingen ske genom förvärv av värdepapper i målbolaget eller genom ett inkråmsförvärv. Rent juridiskt intar förvärvsmetoden fusioner en särskild plats. Begreppet har en särskild innebörd i Aktiebolagslag (2005:551) ABL och i IL. I andra sammanhang kan det tänkas att man använder beteckningen i en vidare mening, t.ex. för alla former av sammanslagningar.³ Här kommer fusioner framför allt att användas i den bemärkelse som begreppet kommer till uttryck i IL.⁴

Nyheter på lagstiftningsområdet ger även en viss indikation om att fusioner är ett område som inte stagnerar. Även om den här framställningen syftar till att ta fasta på de skatterättsliga reglerna rörande fusioner, går det inte att låta de associationsrättsliga reglerna passera obemärkt, eftersom de har implikationer när det är praktiskt möjligt att genomföra en fusion. Helt nyligen har det beslutats att det ska bli enklare för aktiebolag att genomföra fusioner, bl.a. såtillvida att ett aktiebolag som håller fusionsplanen tillgänglig för aktieägarna på bolagets webbplats inte behöver sända kopior till aktieägarna. Revisorsgranskningen som sker i samband med en fusion ska även kunna förenklas.⁵

Den här uppsatsen kommer dock att lämna såväl de företagsekonomiska som de associationsrättsliga aspekterna av fusioner på det stora hela därhän. Avsikten är istället att göra en inventering av de skatterättsliga reglerna rörande fusioner. Vad som är särskilt intressant är att det är ett av de få områden inom den direkta beskattningen, där harmonisering på EU-nivå har skett. Harmoniseringen har i övrigt varit relativt sparsam på den direkta beskattningens område. En bidragande orsak är förmodligen att det krävs

¹ Berk, DeMarzo, *Corporate Finance*, (2:a uppl.), s. 890ff.

² Harford, *What drives Merger Waves*, *Journal of Financial Economics* 77 (2005): s. 529-560.

³ Se exv. Andrén, Eriksson, Hansson, *Finansiering*, s. 214.

⁴ Se vidare nedan 2.

⁵ SFS 2011: 1046 samt prop. 2010/11:147.

full enlighet för att anta gemenskapsrättsliga direktiv.⁶ Det har påpekats att fusionsdirektivet⁷ är ett av de viktigaste EU-rättsliga instrumenten på den direkta beskattningens område.⁸

Det första utkastet till fusionsdirektivet kom under slutet av 60 talet. Utan att gå in på en närmare historisk redogörelse här, kan nämnas att när fusionsdirektivet antogs var det i vissa hänseenden mer begränsat än det ursprungliga förslaget. Det antagna direktivet behandlar, till skillnad mot förslaget, inte löpande beskattning av fasta driftsställen, utan är begränsat till skattekonsekvenser som följer av företagsombildningar som sådana. Avsikten med fusionsdirektivet är att motverka de restriktioner, eller snedvridningar, som kan uppkomma pga. att skattelagstiftningen i medlemsstaterna i samband med vissa typer av omstruktureringar och försöka skapa en skattemiljö som påminner om den som råder på en inre marknad. För att uppnå detta ändamål ansågs det nödvändigt att införa neutrala skatteregler. De dåvarande skattebestämmelserna ansågs missgynna förfaranden som avsåg bolag i olika medlemsstater. Fusionsdirektivet har däremot inte för avsikt att åstadkomma skattefrihet för omstruktureringar. Avsikten är istället att möjliggöra uppskjuten beskattning av kapitalvinster.⁹ Den bakomliggande tanken är att den här typen av omstruktureringarna i realiteten har en tendens att inte öka likviditetsreserverna. Att låta transaktionen omedelbart utlösa skatt skulle därför onekligen kunna verka hämmande.¹⁰

Enligt IL 44 kap. 8 § likställs en fusion i Sverige inkomstskatterättsligt med en avyttring. Såvida inget särskilt är stadgat utlöser omstruktureringen således kapitalvinstbeskattning hos andelsägarna, samt beskattning hos det överlåtande bolaget. Som huvudregel utgör skillnaden mellan priset och det skattemässiga restvärdet skatteunderlaget.

Fusioner som däremot omfattas av fusionsdirektivet benämns enligt den svenska implementeringen kvalificerade fusioner. En omstrukturering som täcks av fusionsdirektivet utlöser som ovan nämnts inga omedelbara beskattningseksekvenser. Beskattningen skjuts istället upp tills tillgångarna blir föremål för en ny skattegrundande transaktion eller förutsättningarna för

⁶ Se vidare Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, FEUF art. 115, som anger att rådet enhälligt i enlighet med ett särskilt lagstiftningsförfarande och efter att ha hört Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén ska utfärda direktiv om tillnärmning av sådana lagar och andra författningar i medlemsstaterna som direkt inverkar på den inre marknadens upprättande eller funktion. Se vidare Pelin, *Internationell skatterätt – i ett svenskt perspektiv*, (4e uppl.), s. 313f.

⁷ Rådets direktiv 2009/133/EG av den 19 oktober 2009 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, partiell fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater samt om flyttning av ett europabolags eller en europeisk kooperativ förenings säte från en medlemsstat till en annan, nedan fusionsdirektivet.

⁸ Nilsson, Ugglå, *EG-rättens inverkan på nationell rätt – särskilt tolkningen av fusionsdirektivet*, *SvSkt* 2004:6-7, s. 407.

⁹ Se vidare preambeln till direktiv 2009/133, samt Ståhl, *Fusionsdirektivet, Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 33ff.

¹⁰ Finnerty, Merks, Petriccione, Russo, *Fundamentals of International Tax Planning*, s. 26f.

uppskov med skatten på annat sätt inte längre är för handen. Det är m.a.o. av betydelse att ta fasta på när regelverket rörande kvalificerade fusioner är tillämpligt.

1.2 Syfte och problemformulering

Det huvudsakliga syftet med uppsatsen är att undersöka när en fusion räknas som en kvalificerad fusion enligt IL 37 kap. De svenska reglerna gäller såväl för rent inhemska transaktioner, som för gränsöverskridande fusioner. Fusionsdirektivet gäller däremot enbart för gränsöverskridande fusioner. Det har diskuterats huruvida EU-rättsliga regelverket måste beaktas, såvitt avser rent nationella omstruktureringar.¹¹ Oavsett hur det förhåller sig på den punkten kommer de EU-rättsliga aspekterna att diskuteras i detta arbete i den utsträckning de skulle kunna ha implikationer på en omstrukturering. Det kommer således inte att göras någon distinktion mellan å ena sidan rent nationella och å andra sidan internationella fusioner.

Syftet med denna studie är således att undersöka när reglerna rörande kvalificerade fusioner är tillämpliga och vilka implikationer EU-rätten har på detta område.

För att understryka betydelsen av att en fusion räknas som en kvalificerad fusion kommer även beskattningskonsekvenser vid kvalificerade respektive icke-kvalificerade fusioner att diskuteras. Detta är dock en annan vinkling av problemet och kommer därför diskuteras på ett mycket övergripande plan i denna uppsats.¹² För att sätta in fusioner i ett sammanhang kommer även associationsrättsliga och konkurrensrättsliga aspekter att behandlas. Dessa avsnitt tjänar således syftet att sätta in bestämmelserna i deras rättsliga och affärsmässiga sammanhang.

1.3 Avgränsning

Beskattning vid fusioner är ett brett område och anses dessutom som ett av de mer svårtillgängliga rättsliga områdena. Därför måste en avgränsning och vinkling av arbetet ske. Den här framställningen kommer att ta fasta på i vilka fall en omstrukturering omfattas av bestämmelserna rörande kvalificerade fusioner.

¹¹ Jfr Ståhl, *Fusionsdirektivet, Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 110f. Se även Foggia C-126/10 p. 21, med vidare hänvisning, där det anges att om den nationella rätten har anpassats för att undvika att landets egna medborgare diskrimineras eller konkurrensen snedvrids, föreligger ett klart unionsintresse, samt att relevanta bestämmelser tolkas på ett enhetligt sätt.

¹² För en redogörelse angående de skatterättsliga konsekvenserna för företag som deltar i en fusion se Baran, *Skatterättsliga konsekvenser för företag som deltar i en fusion – med särskild inriktning på kontinuiteten vid beskattningen*, Stockholm VT 2001.

Eftersom beskattning av fusioner tillhör ett av de få områden där harmonisering inom unionen har skett, vore ett alternativ att göra komparationer med utländska rättsordningar, för att undersöka hur direktivet har implementerats i de olika medlemsstaterna. Av utrymmesskäl kommer de komparativa inslagen vara ytterst begränsade.

Området fusioner spänner över en rad olika EU-rättsliga frågeställningar och aktualiserar bl.a. frågor som exitbeskattning och hantering av underskottsavdrag. Det är var för sig förhållandevis intrikata frågor. De deskriptiva delarna av dessa frågor kommer av utrymmesskäl att behandlas relativt summariskt.

Såvitt avser hantering av underskott, kan det argumenteras att frågan om gränsen för tillämpningsområdet är nära sammanlänkade med beskattningskonsekvenserna och tillämpningen av den s.k. belopps- och fusionsspärren i IL 37 kap. 21-26 §§. Arbetet kommer dock inte närmare gå in på frågan om hur underskotten de facto kan utnyttjas, utan framställningen begränsas till de fall underskotten över huvud taget kan utnyttjas. På motsvarande sätt är beskattningskonsekvenserna och frågan om fusionsdirektivets tillämpningsområde nära sammanlänkade för s.k. transparenta bolag. För att kunna ge en rättvisande bild kommer de skatterättsliga konsekvenserna då ett transparent bolag deltar i en fusion inte att utelämnas.

Framställningen kommer även avgränsas till att behandla räckvidden av tillämpningsområdet på bolagsnivå. Beskattning på ägarnivå involverar bl.a. reglerna rörande andelsbyte och det finns inte utrymme att här behandla båda regelsystemen.

1.4 Metod och material

Den här uppsatsen kommer utgå från vanlig rättsdogmatisk metod, vilken även får anses vara lämpligt med hänsyn till frågeställningen.

Detta innebär att framställningen genomgående kommer att ta avstamp i lagtext vid analys av diverse frågeställningar, för att därefter undersöka vilken eventuell påverkan EU-rätten kan ha. Eftersom arbetet behandlar inkomstskatterättsliga frågeställningar utgör IL och fusionsdirektivet en lämplig utgångspunkt. Analys av avgöranden från Högsta Förvaltningsdomstolen, HFD¹³ och Europeiska Unionens Domstol, EUD är även av betydelse för de fall författningstexten lämnar utrymme för olika tolkningar. Förarbeten och utlåtanden från Skatteverket, SKV och Organization for Economic Corporation and Development, OECD används i begränsad omfattning.

¹³ Genom Förordning (2010:1081) ändrades namnet från RR till HFD. I den fortsatta framställningen används enbart HFD, även om det avser avgöranden före ändringen.

Utländsk nationell doktrin används i ytterst begränsad omfattning och gäller i dessa fall hänvisningar till dansk litteratur. EU-rättslig litteratur, som behandlar fusionsdirektivet utgör dock en grund för att skapa förståelse för de åsikter som finns angående tolkningen av fusionsdirektivet.

1.5 Disposition

Uppsatsen kommer kapitel för kapitel att behandla de olika rekvisit som anges i IL 37 kap. för att reglerna rörande kvalificerade fusioner ska vara tillämpliga och består av totalt 11 kapitel.

Först och främst kommer definitionen av en fusion att diskuteras. Därefter, för att sätta in regelverket i sitt sammanhang kommer en presentation ges av de associationsrättsliga och konkurrensrättsliga aspekterna som kringgärdar rättsområdet och de beskattningskonsekvenser som följer av en kvalificerad respektive en icke-kvalificerad fusion.

Uppsatsen är sedan disponerad så tillvida att följande undersöks; kravet på skattskyldighet (IL 37 kap. 11-12 §§), vilka associationsformer som kan ingå i en kvalificerad fusion (IL 37 kap. 9 och 13 §§), kravet på fusionsvederlaget och beskattningsårets längd. Fusionsdirektivet innehåller även regler rörande skatteflyktsbestämmelser, som kan sägas sätta den yttersta gränsen för vilka omstruktureringar som täcks av bestämmelserna. Reglerna rörande skatteflykt kommer därför även att behandlas.

Författarens synpunkter kommer presenteras löpande och i den utsträckning det anses nödvändigt kommer respektive kapitel avslutas med en summerande diskussion. I ett avslutande kapitel kommer några uppsummerande kommentarer att göras.

2 Definitionen av en fusion

Definitionen av vad som avses med fusion är i huvudsak densamma enligt IL 37 kap. 3 § som ABL 23 kap. 1 och 36 §§.¹⁴ En fusion, såväl kvalificerad som icke-kvalificerad, är definierad i IL 37 kap. 3 § som en ombildning där:

1. Samtliga tillgångar samt skulder och andra förpliktelser hos ett företag (det överlåtande företaget) ska tas över av ett annat företag (det övertagande företaget).
2. Det överlåtande företaget ska upplösas utan likvidation.

Definitionen knyter an till definitionen enligt fusionsdirektivet art. 2.

Såvida det finns många företag på det överlåtande bolagets sida gäller vad som sägs för det överlåtande företaget vart och ett av dessa, IL 37 kap. 7 §. Fusionen är genomförd när det överlåtande företaget har upplösts, se IL 37 kap. 8 §.

Definitionen motsvarar i huvudsak den som återfinns i ABL, även om den lagtekniska konstruktionen skiljer sig något.¹⁵ I ABL skiljer man mellan tre olika typer av fusioner, se ABL 23 kap. 1 §;

- Kombination
- Absorption
- Absorption av helägt dotterbolag

Det kan noteras att fusionsdirektivet knyter an till samma definition, se fusionsdirektivet art. 2.

Det utmärkande för en absorption är att det övertagande bolaget, som det överlåtande bolaget fusioneras in i, redan existerar före fusionen. Det utmärkande för absorption av helägt dotterbolag, är att det övertagande bolaget är den ende aktieägaren. Beslutsprocessen kan därför förenklas. Särskilda regler finns för absorption av helägt dotterbolag, se ABL 23 kap. 1 § 3st. Absorption av helägt dotterbolag kan närmast ses som en ”avbolagisering”, när dotterbolagets verksamhet fortsätter i verksamhetslandet i form av ett fast driftsställe.¹⁶ Spegelbilden av absorption av helägt dotterbolag, är s.k. omvända fusioner, vilket innebär att ett moderbolag fusioneras ner i sitt dotterbolag. Särregler kring detta saknas i ABL. En i doktrinen omdebatterad fråga har varit huruvida omvända

¹⁴ Vad gäller gränsöverskridande fusioner råder en viss skillnad mellan den geografiska spännvidden, se ABL 23 kap. 36 § i jämförelse med IL 37 kap. 9 och 10 §§. Se vidare nedan avsnitt 7.1.2.

¹⁵ Se vidare ABL 23 kap. 1 och 36 §§.

¹⁶ Ståhl, *Fusionsdirektivet, Svensk beskattnings i EG-rättslig belysning*, s. 116.

fusioner omfattas av reglerna i IL 37 kap.¹⁷ Enligt IL 37 kap. 3 § gäller att samtliga tillgångar samt skulder och andra förpliktelser ska övertas i samband med fusionen. Aktierna i dotterbolaget är en tillgång som kommer att finnas kvar efter fusionen. Förfarandet används ofta för att avsluta ett koncernförhållande, med ett rörelsedrivande dotterbolag. Starka ändamålsskäl gör sig gällande för att inkludera fusionstypen och att inte göra en alltför strikt textuell tolkning. Genom RÅ 2009 ref. 5 har rättsläget klarnat angående omvända fusioner. Skatterättsnämnden SRN, vars beslut HFD fastställde att fusionstypen omfattas av reglerna i IL 37 kap.

En kombination innebär till skillnad mot en absorption att det övertagande bolaget är ett nybildat bolag, dvs. de överlåtande aktiebolagen går upp i ett nybildat bolag.

Frekvensen av de olika fusionstyperna varierar. Det har påpekats i doktrinen att absorption av helägt dotterbolag är den vanligaste förekommande fusionstypen. Absorption av majoritetsägda aktiebolag samt absorption av bolag utan ägarsamband är däremot sällan förekommande. Detsamma gäller kombination.¹⁸

¹⁷ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 118; Magnell och Sandström, *Omvända fusioner – när moderbolag ”går upp” i dotterbolag*, SvSkt 2003:6-7, s. 480ff.

¹⁸ Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt (2:a uppl.)*, s. 340f.

3 Ett kort aktiebolagsrättsligt och konkurrensrättsligt perspektiv på fusioner

Den här uppsatsen syftar till att undersöka tillämpningsområdet för kvalificerade fusioner enligt IL. Det vore emellertid olämpligt att helt utelämna de associationsrättsliga bestämmelserna, som reglerar när det är möjligt att genomföra en fusion. Av samma anledning kommer även något kort sägas om den konkurrensrättsliga sidan av fusioner.

Innan de aktiebolagsrättsliga reglerna studeras närmare är det värt att ta fasta på de bakomliggande skyddsintressena som gör sig gällande vid en fusion. Det är frågan om att värna såväl ägarnas som borgenärernas intresse. För ägarnas del hamnar beslutsförfarandet i fokus, för borgenärernas del är det av vikt att inte urholka det fordringsrättsliga kravet.

Det är mot bakgrund av dessa övergripande syften som de aktiebolagsrättsliga reglerna ska läsas. Från ett samhällsekonomiskt perspektiv fyller institutet fusion en viktig funktion; nämligen att det påskyndar förfarandet vid en verksamhetsöverlåtelse. Före 1944, då regler rörande fusion saknades, var lösningen för samgåenden mellan företag inkrämsöverlåtelse i kombination med likvidation. Fusionsinstitutet är ett sätt att undvika likvidationsförfarandet, som var betydligt mer tidskrävande.¹⁹

Bolagsverket, BolagsV intar en central roll för att fusionen som sådan ska igenom. Det är hos BolagsV den s.k. fusionsplanen registreras (ABL 23 kap. 14 §) och det är även hos BolagsV som ansökan om att verkställa fusionsplanen ska göras (ABL 23 kap. 20 §). BolagsV står även för bedömningen huruvida fusionsplanen är förenlig med ABL, huruvida den tilltänkta fusionen står i överensstämmelse med konkurrensrättsliga regler - samt i övrigt är legal (ABL 23 kap. 20 §).

Vad gäller gången vid en fusion gäller i huvudsak följande. Först och främst ska en fusionsplan upprättas, se ABL 23 kap. 7-13 §§. Dokumentationen tjänar som viktigt underlag för aktieägarna för att kunna ta ställning till hur deras ägarintresse kommer att påverkas av omstruktureringen.

Fusionsplanen har även betydelse från en borgenärssynpunkt, eftersom den i nästa led ska granskas av en eller flera revisorer, se ABL 23 kap. 11-13 §§. Fusionsplanen ska sedermera ges in och registreras hos BolagsV. Sådantillvida finns det möjlighet att uppmärksamma aktieägarna på den kommande omstruktureringen. Kravet på att fusionsplanen underställs bolagsstämman enligt ABL 23 kap. 15-18 §§, är även regler som syftar till att skydda aktieägarna. Såvida någon av de bolagsstämmor som ska godkänna fusionen inte lämnar sitt godkännande, faller fusionen enligt ABL 23 kap. 18 §. Nästa

¹⁹ Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt (2:a uppl.)*, s. 338f.

steg är att underrätta kända borgenärer, enligt ABL 23 kap. 19 §. I det avslutande skedet ska ansökan göras till BolagsV angående tillstånd att verkställa fusionsplanen. Här ingår bl.a. enligt ABL 23 kap. 21 § att bedöma huruvida fusionen är godtagbar rent konkurrensrättsligt. Borgenärerna ska i ett avslutande skede kallas om det befins vara nödvändigt. Såvida någon motsätter sig fusionen ska ärendet överlämnas till tingsrätten. Ansökan kommer att avslås om inte en borgenär som har motsatt sig fusionen har fått full betalning eller om betryggande säkerhet inte har ställts, se vidare ABL 23 kap. 23-24 §§.

Den konkurrensrättsliga prövningen tar utgångspunkt i Konkurrenslag (2008:579), KonkL 4 kap. om företagskoncentrationer. Enligt 1 § ska en företagskoncentration förbjudas om koncentrationen är ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det. Det ska vid bedömningen särskilt beaktas om en dominerande ställning skapas eller förstärks. Prövningen utgår från det s.k. SIEC-testet, varvid en sammanvägd bedömning av hur konkurrensen påverkas ska göras. Faktorer som ska beaktas är företagets marknadsställning, ekonomisk styrka, potentiell konkurrens och i övrigt möjligheten att träda in på marknaden.²⁰ Om det är tillräckligt får en part enligt 4 kap. 2 § avyttra en del av företaget eller genomföra annan konkurrensfrämjande åtgärd.

Något ska avslutningsvis sägas om det regelsystem som kringgärdar fusionstypen absorption av helägt dotterbolag, för vilken det finns särskilda regler i ABL 23 kap. 28-35 §§. På grund av ägarförhållandet före fusionen gör sig ägarskyddet inte lika starkt gällande. Vidare - är någon konkurrensprövning inte påkallad, eftersom konkurrenssituationen är densamma såväl före som efter fusionen.

²⁰ Se Carlsson, *Karnov - en lagkommentar*, KonkL 4 kap. 1 §.

4 Något om beskattningskonsekvenser vid fusioner

4.1 Överlåtande bolaget

Vid en fusion överförs samtliga tillgångar och skulder från det överlåtande bolaget till det övertagande bolaget. Detta skulle således i avsaknad av undantagsregler utlösa uttagsbeskattning enligt IL 22 kap. IL 22 kap. 5 § räknar upp ett antal situationer som kan utlösa uttagsbeskattning i samband med att näringsverksamheten upphör. En rad olika situationer, som omfattas av bestämmelsen, kan typiskt sett bli aktuella vid fusioner.

Enligt IL 37 kap. 17 § ska det överlåtande företaget inte ta upp någon inkomst eller dra av någon utgift på grund av fusionen. Under förutsättning att omstruktureringen kan klassificeras som en kvalificerad fusion, kommer fusionen således inte att utlösa uttagsbeskattning.

Vad gäller det beskattningsår då verksamheten överläts anges i IL 37 kap. 18 § att det överlåtande företaget inte ska beskattas för resultatet för det beskattningsår som avslutas genom att fusionen genomförs. Vad detta innebär är att det övertagande företaget retroaktivt inträder i det överlåtande företags skattemässiga position och anses således ha bedrivit den verksamheten från ingången av det överlåtande företags sista beskattningsår.

Det övertagande företags beskattningsår kommer således att bestå av en sammanläggning av det överlåtande företags ingående räkenskapsår till slutet av det övertagande företags beskattningsår. Som kommer att utvecklas nedan i 9 uppställer den svenska regleringen krav på att det sammanlagda beskattningsåret inte får komma att överstiga 18 månader.

4.2 Övertagande bolaget

Enligt IL 37 kap. 18 § gäller att det övertagande företaget inträder i det överlåtande företags skattemässiga situation ifråga om sådan näringsverksamhet, såvida inget annat är angivet i 20-28 §§ (se nedan).

Vad gäller frågan om kontinuitet, kan man rent teoretiskt skilja mellan å ena sidan enhetsprincipen och å andra sidan restvärdeprincipen.

Enhetsprincipen utgår från att man betraktar fusionen som en icke-händelse, medan restvärdeprincipen innebär att man utgår från att en överlåtelse i och för sig har ägt rum, varvid anskaffningsvärdet anges specifikt hos

förvärvaren. Enhetsprincipen fordrar således ett specifikt lagstadgande, vilket IL 37 kap. 17-18 §§ ger uttryck för.²¹

Den skatterättsliga kontinuiteten enligt IL 37 kap. omfattar kontinuitet i alla avseenden. Den omfattar således värdekontinuitet och kontinuitet avseende anskaffningstidpunkten.²² Det har även påpekats i förarbetena att lagens utformning medför att den skattemässiga karaktären av de överlåtna tillgångarna hos det överlåtande företaget bibehålls hos det övertagande företaget. Karaktärsbyte kan bli aktuellt om tillgångarna i det övertagande bolaget skulle användas för annat ändamål än i det överlåtande bolaget. Det är således frågan om samma skattemässiga hantering som om tillgångarna hade bytt karaktär hos det överlåtande företaget. Som exempel när problematiken aktualiseras kan nämnas fallet då ett fastighetsförvaltande bolag fusioneras in i ett byggnadsrörelsedrivande bolag. Fastigheterna behåller karaktär av kapitaltillgångar och byter således inte karaktär som en följd av fusionen som sådan. Med hänsyn till uttalanden i förarbetena och doktrinen är det rimligt att anta att kontinuitetsregeln inte generellt hindrar att en tillgång byter karaktär efter fusionen p.g.a. ändrad användning.²³

Den lagtekniska utformningen av reglerna har ansetts underlätta rättstillämpningen, såtillvida att kontinuiteten har kunnat utsträckas till att omfatta även i lagen oreglerade fall, som metodkontinuitet och analog tillämpning för oreglerade fall.²⁴ Dessa frågor har varit uppe till prövning i HFD.

I RÅ 2000 ref. 18 skulle ett konventionellt beskattat företag fusioneras in i ett investmentbolag. Investmentföretag schablonbeskattas enligt IL 39 kap. 14 § och frågan var således hur det konventionellt beskattade företaget skulle beskattas efter fusionen. HFD valde att ge reglerna rörande kontinuitet företräde framför bestämmelserna om schablonbeskattning för investmentföretag. Tillgångarna som var hänförliga till det konventionellt beskattade överlåtande företaget bildade således en slags föll i investmentföretaget. Den lösningen ansågs enligt HFD vara mest förenlig med reglernas lydelse och syfte. Avgörandet innebär således att reglerna rörande kontinuitet har utsträckts till att omfatta även beskattningsmetoden.

Vidare, i RÅ 2000 ref. 36 utsträcktes reglerna rörande kontinuitet vid fusioner till att även omfatta särskild löneskatt på pensionskostnader enligt lagen (1991:687) om särskild löneskatt på pensionskostnader. Som skäl för en sådan lösning angav HFD att starka materiella och taxeringstekniska skäl talar för att låta det uttag av löneskatt som sker vid taxeringen för det beskattningsår då en fusion genomförs följa den ordning som gäller vid inkomstbeskattningen. Den metod, som HFD valde för att bestämma om en

²¹ Persson, Österman, *Kontinuitetsprincipen i den svenska inkomstbeskattningen*, s. 421f, Baran, *Något om den skatterättsliga kontinuiteten vid fusioner*, SN 2002 nr 10.

²² Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 258f.

²³ Se vidare prop. 1998/99:15 s. 218f; Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 258f.

²⁴ Baran, *Något om den skatterättsliga kontinuiteten vid fusioner*, SN 2002 nr 10.

analog tillämpning kunde ske var att se till lagens systematik och uppbyggnad. Metoden för att undersöka i vilken utsträckning analog tillämpning kan ske borde med fördel kunna tillämpas för att bedöma i vilken utsträckning analogier kan ske även i andra sammanhang.²⁵

Som nämnts ovan gäller full kontinuitet enligt IL 37 kap. 17-18 §§ såvida inget annat följer av 20-26 §§.

IL 37 kap. 20 § anger att det övertagande företaget får tillämpa räkenskapsenliga avskrivningar under förutsättning att mellanskillnaden tas upp som intäkt. Intäkten ska tas upp det beskattningsår som fusionen genomförs eller fördelas med lika belopp på det beskattningsåret och de två följande beskattningsåren. Det kan i det här sammanhanget noteras att enligt IL 18 kap. 14 § får räkenskapsenliga avskrivningar enbart tillämpas såvida den skattskyldiga haft ordnad bokföring som avslutats med årsbokslut och om avdraget motsvarar avskrivningen i bokslutet.²⁶ Frågan är huruvida den här ordningen är förenlig med fusionsdirektivet. Svaret beror på hur kopplingen mellan skatterätten och redovisningen ser ut. Är kopplingen absolut, såtillvida att redovisningen framtvingar en uppskrivning, är det tvivelaktigt huruvida det är godtagbart. Är uppskrivningen däremot inte ovillkorlig, kan det i och för sig vara i linje med fusionsdirektivet art. 4. Olika regler gäller här för lagertillgångar och inventarier. För lagertillgångar gäller en ovillkorlig koppling mellan skatterätten och redovisningen, medan för inventarier är denna koppling inte absolut. Ståhl argumenterar för att den svenska implementeringen får anses förenlig med kontinuitetsregeln enligt fusionsdirektivet, som får anses ge medlemsstaterna svängrum att närmare precisera kontinuitetsregeln. Meningarna i doktrinen är dock delade. Alhager är av uppfattningen att kontinuiteten enligt fusionsdirektivet är absolut och att bestämmelsen i IL 37 kap. 20 § är tveksam med hänsyn till det övergripande syftet med fusionsdirektivet.²⁷

Avslutningsvis ska något sägas om reglerna rörande underskott enligt IL 37 kap. 21-26 §§. Allmänt gäller att om det kvarstår underskott hos det överlåtande företaget från beskattningsåret närmast före det sista beskattningsåret gäller begränsningarna i IL 40 kap. angående beloppsspärren vid underskottsavdrag. Såvida det före fusionen har funnits ett bestämmande inflytande, (som det anges i IL 37 kap. 22 §) gäller inte begränsningen. Det övertagande företaget får enligt 24 § först det sjätte beskattningsåret efter det beskattningsår då fusionen genomförs utnyttja underskottet. Om koncernbidrag dock hade kunnat lämnas med avdragsrätt mellan det överlåtande och det övertagande bolaget året före övertagandet gäller inte nu nämnda begränsning.

²⁵ Ibid.

²⁶ Kravet enligt IL 18 kap. 14 § för att kunna tillämpa räkenskapsenliga avskrivningar finns inte för tillämpning av den andra metoden restvärdeometoden. Metoderna skiljer sig åt såtillvida att högre avskrivning kan göras med räkenskapsenlig metod, se vidare LLMS, *Inkomstskatt - en läro- och handbok del 1(12:e uppl.)*, s. 326. Se IL 18 kap. 13 §.

²⁷ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 263ff; Alhager, *Fusion av helägt aktiebolag – särskilt rörande skattemässig hantering av koncernmässig goodwill och negativa fusionsdifferenser*, SN nr 4 2002.

5 Tolkning av fusionsdirektivet

5.1 Minidirektiv eller genomharmonisering

En särskild fråga är om fusionsdirektivet tillåter att medlemsstaterna avviker från direktivet vid implementeringen, till den skattskyldigas fördel. Det förefaller som att åsikten i doktrinen är att så inte är fallet.

Næsborg Jensen lyfter särskilt fram direktivets struktur, samt huvudsyftet bakom direktivet, som argument för att gynnsammare regler borde vara tillåtna. Ett av huvudsyftena med direktivet får anses vara att skapa möjlighet för nya former av gränsöverskridande verksamhetsomstruktureringar inom gemenskapen. Om medlemsstaterna i förlängningen inför regler som är mer gynnsamma än direktivets, ökar utsikterna att direktivets syfte kommer att tillgodoses. Ett argument mot att fusionsdirektivet skulle tillåta mer generösa regler är att företag inte ska låta skattereglerna styra de ekonomiska handlingsalternativen, utan att detta istället ska bygga på kommersiella överväganden.²⁸

Ståhl understryker även att syftet med direktivet inte är att åstadkomma en genomharmonisering av beskattningssystemet för transaktionsformerna som omfattas av direktivet, utan snarare att lägga en lägstanivå som medlemsstaterna måste iakttaga.²⁹

Nilsson och Ugglå lyfter fram en rad argument, varför den svenska implementeringen inte borde anses begränsad till resultaten som kan följa av fusionsdirektivet och att fusionsdirektivet inte kan anses utgöra ett minidirektiv. Först och främst, med hänsyn till de svenska förarbetena, förefaller det som att det bakomliggande syftet med lagstiftningen har varit att åstadkomma ett förenklat förfarande för omstruktureringar, inte nödvändigtvis att utgöra en implementering av ett minidirektiv. Vidare framstår det som inkonsekvent att lagstiftaren i vissa sammanhang inte har valt samma beteckningar som fusionsdirektivet, om syftet med IL enbart vore begränsat till resultaten enligt ett minidirektiv. Nilsson och Ugglå påpekar i och för sig att det skulle kunna göras gällande att en genomharmonisering skulle kunna anses främja harmoniseringen på EU-nivå. Detta senare argument är dock snarare rättspolitiskt eller allmänpolitiskt än rent juridiskt. På EU-nivå har dessutom harmoniseringen på den direkta beskattningens område varit begränsad. Vidare skulle det kunna göras gällande att harmoniseringen inte borde främjas av att en mer restriktiv tolkning görs.³⁰

²⁸ Næsborg Jensen, *EU-Selskabsskatteret*, s. 105f.

²⁹ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 56.

³⁰ Nilsson, Ugglå, *EG-rättens inverkan på nationell rätt – särskilt tolkningen av fusionsdirektivet*, SvSkt 2004:6-7, s. 407ff.

5.2 Direktivets direkta effekt

Som angivits ovan i 5.1 borde fusionsdirektivet anses vara ett minidirektiv, dvs. till skillnad mot exempelvis mervärdesskattedirektivet borde avsikten inte vara att åstadkomma ett genomharmoniserat område. Inte desto mindre är det bindande avseende de resultat som ska uppnås. Som framgår av preambeln till fusionsdirektivet är det övergripande syftet att förenkla förfarandet vid omstruktureringar genom ett system med uppskjuten beskattning. Det är m.a.o. frågan om rättigheter som medlemsstaterna ska tillförsäkra de enskilda. Problematiken kan därför ses som en spegelbild till diskussionen ovan i 5.1.

Såvida ett direktiv anses ha direkt effekt kan det åberopas direkt av enskilda. För fullkomlighetens skull kan det påpekas att enligt FEUF art. 288 är ett direktiv enbart bindande avseende det resultat som ska uppnås, däremot överläts det åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Förutsättningarna för direkt effekt har utvecklats i EUD: s praxis. I målet *Van Gend en Loos C-26/92* utstakades de grundläggande förutsättningarna för att regler i ett direktiv ska kunna ha direkt effekt. Det krävs att bestämmelsen är klar, ovillkorlig och precis. Vidare krävs att bestämmelsen inte är villkorad av ytterligare implementeringsåtgärder från lagstiftarens sida. Det anses emellertid att tillämpningsområdet för direkt effekt har utvidgats och att de ursprungliga rekvisiten har luckrats upp något.³¹ Direktiv kan emellertid enbart ha vertikal direkt effekt, till den enskildes förmån, vilket slogs fast i Marshall avgörandet *C-152/84*. Ett direktiv kan däremot inte ha horisontell direkt effekt, dvs. det kan inte åberopas i privaträttsliga tvister.

Innan frågan huruvida fusionsdirektivet har direkt effekt ska diskuteras, ska det påpekas att ett direktiv, även om det inte har direkt effekt, kan ha indirekt effekt. Detta fastslogs i *Von Colson* avgörandet *C-14/83* och innebär att den nationella lagstiftningen ska tolkas i ljuset av EU-rätten.

Bärande skäl talar för att fusionsdirektivet, med undantag för skatteflyktsbestämmelsen i art. 15, har direkt effekt. Direkt effekt måste i och för sig bedömas bestämmelse för bestämmelse. Vad gäller fusionsdirektivet, måste först och främst definitionerna vara uppfyllda, för att det ska gå att göra gällande skattelättnaderna i de senare reglerna. Det innebär att man även måste ta fasta på att undersöka huruvida definitionerna har direkt effekt eller inte. I brist på vägledande praxis från EUD, förefaller den rådande uppfattningen i doktrinen vara att direktivbestämmelserna i fusionsdirektivet är tillräckligt klara och precisa. Ståhl påpekar att enbart det faktumet att bestämmelserna är svårtolkade inte per automatik medför att de inte kan anses vara tillräckligt klara och precisa. Ett problem som Pötgens och Jakobsen lyfter fram är emellertid att begreppet fast driftställe inte är närmare definierat i fusionsdirektivet. Som utvecklas nedan i 6.3 kan dock

³¹ Craig, De Búrca; *EU Law -Text, Cases, and Materials* (4e uppl.), s. 275ff.

betydelsen av detta begrepp ifrågasättas, varför det i och för sig inte borde utgöra ett hinder.³²

Vad gäller frågan om kravet på ovillkorlighet har det gjorts gällande att detta rekvisit är mer svårbedömt, eftersom medlemsstaterna har givits ett relativt stort handlingsutrymme att precisera hur kontinuitetsregeln ska utformas. Ståhl argumenterar för att bestämmelserna å andra sidan inte lämnar utrymme för skönsmässiga bedömningar och avvikelser vid implementeringen.³³ Sammanfattningsvis talar bärande skäl för att direktivet anses ha direkt effekt. Detta gäller dock inte artikel 15 rörande skatteflykt, om det skulle leda till ett för den skattskyldiga mindre gynnsamt resultat, eftersom direktiv inte kan ha vertikal effekt till den enskildes nackdel.

³² Pötgens, Jakobsen, *Tax Neutral Divisions of Companies, European Taxation 1999*, s. 86.

³³ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 59ff.

6 Kravet på skattskyldighet – territoriell avgränsning

6.1 Inledning

Lodin m.fl. påpekar att två av de grundläggande principerna i direktivet kan sägas vara att dels upprätthålla kontinuitet vid beskattningen, dels att den stat i vilken en reserv och/eller en skattecredit har skapats också i princip ska behålla den framtida beskattningsrätten.³⁴ Ett av rekvisiten för att en fusion ska klassificeras som kvalificerad är att skattskyldigheten i den överlåtande medlemsstaten bibehålls. Det påpekas även i preambeln till direktivet att systemet som sådant säkerställer att tillgångarna till slut blir beskattade i den stat där det överlåtande bolaget är hemmahörande vid den tidpunkt då de avyttras.

Kravet angående skattskyldighet har särskild betydelse i de fall s.k. gränsöverskridande fusioner genomförs. Det har funnits skatteregler i svensk lag sedan 1995 (samt inom EU sedan 1990) rörande transaktionsformen. Korresponderande bolagsrättsliga regler infördes i Sverige 2008³⁵, vilka nu återfinns i ABL 23 kap. 36 §. De associationsrättsliga reglerna är en implementering av det tionde bolagsdirektivet.³⁶

För att kunna bedöma huruvida reglerna är förenliga med primärrätten fordras även en viss beskrivning av skattemässiga konsekvenser som kan uppkomma i samband med gränsöverskridande fusioner, vilket kommer att beskrivas nedan. Schematiskt kan sägas att uttagsbeskattning eller underlåtenhet att beakta underskott är de två huvudsakliga negativa skattemässiga konsekvenser som kan uppkomma om en transaktion faller utanför fusionsdirektivet.³⁷

³⁴ LLMS, *Inkomstskatt- en läro- och handbok, del 2*, s. 515f.

³⁵ SFS 2008:12.

³⁶ Europaparlamentets och rådets tionde bolagsdirektiv 2005/65/EG av den 26 oktober 2005 om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar. Det har i och för sig varit möjligt att i praktiken genomföra gränsöverskridande fusioner även dessförinnan, med hänsyn till den s.k. SEVIC – domen (C-411/03). Det praktiska förfarandet underlättas dock genom att den bolagsrättsliga regleringen är på plats, se vidare Ström, Rosshol och Norrling, *Gränsöverskridande fusioner, SvSkT 2009:4 s. 384f.* Jfr även Ds 2006:22 s.70.

³⁷ Jfr IL 22 kap. 5 §, samt IL 37 kap. 21-26 §§ (se IL 37 kap. 11-15 §§).

6.2 Skattskyldighet enligt fusionsdirektivet respektive IL

Enligt fusionsdirektivet art. 4 anges att en fusion inte skall leda till beskattning av kapitalvinst beräknad som skillnaden mellan det verkliga värdet av de tillgångar och skulder som har överförts och deras skattemässiga värde. I samma artikel anges att med överförda tillgångar och skulder avses tillgångar och skulder i ett överlåtande bolag som till följd av fusionen knyts till ett permanent driftsställe i det övertagande bolaget i det överlåtande bolagets medlemsstat och som bidrar till uppkomsten av de vinster eller förluster som beaktas vid taxeringen. Av relevans för frågan om skattskyldighet är således dels begreppet ”*permanent driftsställe*”, dels ”*vinster eller förluster som beaktas vid taxeringen*”.

Det kan först och främst noteras att direktivet till synes uppställer två kumulativa rekvisit för att kontinuitet ska vara för handen. Först och främst kan det ifrågasättas huruvida de kumulativa rekvisiten fyller någon funktion.

Ståhl med vidare hänvisning till Larkin, menar att kravet på fast driftsställe borde kunna utgå, med hänsyn till det senare ledet i art. 4, dvs. att vinster respektive förlusterna ska beaktas vid taxeringen. Avgörandet i det stora flertalet fall borde även vara huruvida skattplikt de facto föreligger, eftersom ett fast driftsställe kan vara undantaget antingen genom skatteavtal eller genom skattelagstiftning i intern rätt.³⁸

Næsborg Jensen påpekar att om man i förhållande till direktivet strikt använder begreppet fast driftsställe och tolkar det i ljuset av OECD:s modellavtal kommer inte all fast egendom, som i och för sig kan knytas till en viss medlemsstat, att fångas upp. I vissa fall skulle därför effekten bli att även om en medlemsstat bibehåller beskattningsrätten och även om de finansiella intressena kvarstår, kommer transaktionen ändå falla utanför fusionsdirektivet. Mot den bakgrunden menar Næsborg Jensen att det inte är osannolikt att fast egendom kan utgöra ett fast driftsställe, vid uttolkningen av direktivet.³⁹ Den närmare definitionen av fast driftsställe diskuteras mer nedan.

Den svenska implementeringen uppställer inget krav på fast driftsställe, utan knyter närmast an till det senare ledet i art. 4. Enligt IL 37 kap. 11 § krävs att det överlåtande bolaget omedelbart före fusionen ska vara skattskyldigt för inkomst av åtminstone en del av näringsverksamheten. Inkomsten får inte ha varit helt undantagen från beskattning på grund av skatteavtal. Det övertagande företaget ska enligt IL 37 kap. 12 § omedelbart efter fusionen vara skattskyldigt för inkomst av sådan näringsverksamhet som det

³⁸ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 238.

³⁹ Næsborg Jensen, *EU-Selskabsskatteret*, s. 163.

överlåtande företaget beskattas för. Inkomsten får inte helt eller delvis ha varit undantagen från beskattning på grund av skatteavtal.

Även om rekvisitet fast driftsställe inte är upptaget som ett rekvisit i den svenska implementeringen, kommer ett sådant, inte desto mindre ha betydelse för att bedöma skattskyldigheten, vid en gränsöverskridande fusion. Om exempelvis ett svenskt dotterbolag ”avbolagiseras”⁴⁰ genom absorption med sitt utländska moderbolag, upphör skattskyldigheten baserat på den globala inkomstkällan enligt IL 6 kap. 3 §.⁴¹ En begränsat skattskyldig person (IL 6 kap. 7-8 §§) kommer att vara skattskyldig för de inkomster som anges i IL 6 kap. 11 §, däribland inkomst från ett fast driftsställe. Därtill kan skattskyldighet även föreligga för en begränsat skattskyldig för inkomst från fast egendom eller inkomst på grund av näringsbostad, se vidare IL 6 kap. 11 §.

För transaktioner, där det fasta driftsstället eller den fasta egendomen är belägen i Sverige, borde därför definitionen av fast driftsställe enligt direktivet vara av mindre betydelse, såvitt avser frågan om fusionen räknas som kvalificerad eller inte i Sverige. Avgörande är istället huruvida skattskyldighet föreligger eller inte. Avgränsningen av ”fast driftsställe” kan däremot få betydelse i exempelvis de situationer där ett utländskt bolag avbolagiseras, genom fusion med ett svenskt bolag. Beroende på hur den andra medlemsstaten har implementerat art 4 kan det få betydelse.

6.3 Fast driftsställe – närmare om begreppet

I brist på en närmare definition i fusionsdirektivet är en särskild fråga om begreppet fast driftsställe har en autonom EG-rättslig betydelse, eller om det är nationell rätt i förening med tillämpligt skatteavtal som ska vara vägledande.⁴² Nedan kommer argument för och emot respektive lösning som det har angivits i doktrinen att presenteras.

6.3.1 Argument för ett gemenskapsrättsligt begrepp

Terra Wattel påpekar att när EG-domstolen kommer att ställas inför att avgöra vad som omfattas av begreppet fast driftsställe kommer

⁴⁰ Se ovan avsnitt 2.

⁴¹ Såvida inte platsen för styrelsens säte eller på grund av någon annan sådan omständighet är att anse som en svensk juridisk person, se vidare prop. 1999/2000:2 del 2, s.71.

⁴² Det noteras att den svenska språkversionen i art. 4 till skillnad mot övriga artiklar i direktivet använder begreppet permanent driftsställe och inte fast driftsställe. I exempelvis den engelska versionen används genomgående den vedertagna termen ”permanent establishment”, se vidare Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 236.

moder/dotterbolagsdirektivet⁴³, ränte- och royaltydirektivet⁴⁴, OECD:s modellavtal samt kommentarerna till denna att vara vägledande. Detta anspelar närmast på en autonom tolkning av begreppet fast driftsställe.⁴⁵ Det kan påpekas att både moder/dotterbolagsdirektivet samt ränte- och royaltydirektiven innehåller en definition av begreppet.

Næsborg Jensen argumenterar även för att begreppet måste ges en gemenskapsrättslig tolkning. OECD:s modellavtal art. 5 kommer med största sannolikhet att tjäna som vägledning för att precisera begreppet. Ett argument för denna lösning är enligt Næsborg Jensen att samtliga EU-länder har anslutit sig till modellavtalet. Detta argument faller delvis, eftersom ett antal nya medlemsstater inte längre är OECD parter.⁴⁶ Inte desto mindre, är OECD:s definition av fast driftsställe allmänt accepterad och tjänar som vägledning. I andra hand menar Næsborg Jensen att man får söka inspiration på dubbelbeskattningsavtalens område. Vidare menar han att som utgångspunkt ska i allmänhet begrepp som saknar klara definitioner i direktiv ges en gemenskapsrättslig tolkning.⁴⁷

6.3.2 Argument för ett nationellt begrepp

Först och främst kan det noteras att enligt det ursprungliga direktivförslaget var begreppet fast driftsställe uttömmande definierat.⁴⁸ I slutskedet av utformningen till fusionsdirektivet slopades emellertid definitionen, med hänvisning till att det ansågs överflödigt vid sidan om definitionen i OECD:s modellavtal art. 5. Ståhl menar att faktumet att direktivet knyter an till vilka inkomster som beaktas vid taxeringen i den aktuella medlemsstaten talar för att man är hänvisad till nationell rätt respektive dubbelbeskattningsavtalen för att bedöma vad som avses med fast driftsställe.⁴⁹ Det noteras även att enligt den ursprungliga implementeringen i svensk rätt kopplades kravet på fast driftsställe till den interna definitionen av fast driftsställe i kombination med relevant dubbelbeskattningsavtal.⁵⁰

Vad som även kan lyftas fram för att begreppet ska tolkas i enlighet med nationell rätt är att ett direktiv som sådant enbart är bindande avseende det resultat som man ska uppnå. Om medlemsstaterna i sin tur väljer att anamma en gemenskapsrättslig nomenklatur eller inte är ovidkommande så

⁴³ Rådets direktiv 90/435/EEG av den 23 juli om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater.

⁴⁴ Rådets direktiv 2003/49/EG av den 3 juni 2003 om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsländer.

⁴⁵ Terra, Wattel, *European Taxation*, s. 261.

⁴⁶ Bulgarien, Lettland, Litauen, Malta och Rumänien är inte OECD medlemmar, se vidare www.oecd.org, per den 2011-11-06.

⁴⁷ Næsborg Jensen, *EU-Selskabsskatteret*, s. 162f. Se även s. 127ff. med vidare hänvisning till bl.a. C-51/76.

⁴⁸ Se vidare O.J. no 39, 1969.

⁴⁹ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 238.

⁵⁰ Prop. 1994/95:52 s. 56f.

länge de säkerställer att direktivets resultat uppnås. Definitionerna i direktivet ska således tolkas mot bakgrund av nationell rätt och därvid ges den innebörd de har enligt nationell rätt så länge minikraven enligt direktiven inte urholkas.⁵¹

6.4 Kravet på skattskyldighet med hänsyn till FEUF

6.4.1 Allmänt om problematiken

Det har och kan ifrågasättas huruvida kravet på skattskyldighet enligt fusionsdirektivet art. 4 samt IL 37 kap. 11-12 §§ utgör ett hinder för kapitalfriheten och etableringsfriheten enligt FEUF art. 49 och art. 63.

Frågan är om det är sekundärrätten, som står i strid med primärrätten eller om det är den svenska implementeringen som är fördragsstridig. Oavsett vilket, är det till syvende och sist, implementeringslagstiftningen som i ett konkret fall kommer att bli föremål för bedömningen om ett fördragsbrott är för handen eller inte.⁵² Relevant praxis från EUD måste beaktas.

Nedan kommer relevanta avgöranden från EUD respektive HFD att presenteras, som borde vara av relevans för att ta ställning till om kravet på skattskyldighet ska anses vara fördragsstridigt eller inte. För att bedöma frågan är det rimligt att ta ställning till de eventuella negativa skattemässiga konsekvenser som kan effektueras av en icke-kvalificerad gränsöverskridande fusion. Som angivits ovan borde det typiskt sett vara frågan om att uttagsbeskattning utfaller, eller att man inte kan beakta underskott i en utlandsetablering.⁵³

6.4.2 Några relevanta EG-rättsliga avgöranden

6.4.2.1 Hantering av underskott

I de fall underskott finns i det överlåtande bolaget, som befinner sig i en annan medlemsstat än Sverige, skulle reglerna kring underskottsavdrag i IL 37 kap. 21-29 §§ inte vara tillämpliga, då fusionen inte räknas som kvalificerad enligt IL 37 kap. 11-12 §§.

⁵¹ Nilsson, Uggla, *EG-rättens inverkan på nationell rätt – särskilt tolkningen av fusionsdirektivet*, SvSkT 2004:6-7 s. 407ff.

⁵² Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 248.

⁵³ Den omvända situationen; att underskottet är hänförligt till ett svenskt dotterbolag som kommer att avbolagiseras genom fusion, är även den diskutabel, med hänsyn till fusionsdirektivet art. 6 samt fusionsspärren enligt IL 37 kap. 25 §. I detta fall är bestämmelserna, allt annat lika, tillämpliga, se vidare Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 274f.

En utgångspunkt för att bedöma om primärrätten kan leda till annat resultat än direktivet respektive IL 37 kap. är rättsfallet Marks & Spencer C-446/03), som gällde frågan om rätten att kvitta dotterbolagets förluster, då bolaget var beläget i annan medlemsstat än moderbolaget. I huvudsak kom domstolen fram till att det skulle vara fördragsstridigt att utesluta avdragsrätt för moderbolaget med hemvist i en medlemsstat, då dotterbolaget i en annan medlemsstat har uttömt möjligheterna som erbjuds där att beakta förluster under det beskattningsår som avses och tidigare beskattningsår och att det inte finns någon möjlighet att förlusterna skulle kunna utnyttjas i dess hemviststat för framtida beskattningsår, vare sig av dotterbolaget eller utomstående.⁵⁴

Efter den s.k. Oy AA domen C-321/05 diskuterades det huruvida räckvidden av avgörandet i Marks & Spencer var mer begränsad, än vad den ursprungligen framstod som. I utslaget i Lidl målet C-414/06, har domstolen på flera ställen hänvisat till uttalandena i Marks & Spencer och det har påpekats att dessa fortfarande gäller.⁵⁵

Ström, Rossbol och Norling menar att med hänsyn till domen i Marks & Spencer borde förlustavdrag medges i de fall där det överlåtande bolaget inte har möjlighet att beakta underskottet. Med hänsyn till RÅ 2009 ref.5 (se nedan) menar författarna att HFD även tycks ha öppnat upp för en sådan lösning när ett fast driftsställe upphör. Här blir det än en gång av betydelse att definiera och avgränsa vad som avses med fast driftsställe.⁵⁶

En aspekt, som Pelin lyfter fram, är att det kan tyckas egendomligt att EUD inte diskuterar huruvida underskott som kan uppkomma vid en gränsöverskridande fusion, kan utnyttjas av moderbolaget. I det fallet är det egentligen bara för dotterbolaget och utomstående som det inte får finnas någon kvarvarande möjlighet att utnyttja underskottet i dotterbolagets hemvistland.⁵⁷

6.4.2.2 Exitbeskattning

I de fall det överlåtande bolaget finns i Sverige, medan det övertagande bolaget befinner sig i annan medlemsstat, kan uttagsbeskattning aktualiseras, såvida skattskyldighet upphör, se vidare IL 22 kap. 5 §, samt IL 37 kap. 11-12 §§ och 17-18 §§.

Frågan förefaller omstridd. Här finns inte utrymme att gå in på en uttömmande beskrivning av alla de rättsfall, som kan anföras för den ena eller den andra lösningen. Kommissionen förefaller att vara av

⁵⁴ Se vidare Pelin, *Internationell skatterätt – i ett svenskt perspektiv*, (4e uppl.), s. 362ff.

⁵⁵ Se vidare LLMS, *Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, del 2*, (12e uppl.), s. 402f.

⁵⁶ Se Ström, Rossbol och Norling, *Gränsöverskridande fusioner, SvSKT 2009:4*, s. 394f.

⁵⁷ Pelin, *Internationell skatterätt – i ett svenskt perspektiv*, (4e uppl.), s. 368.

uppfattningen att uttagsbeskattning strider mot etableringsfriheten, såvida inte betydande möjlighet till uppskov finns.⁵⁸ I domarna; de Lasteyrie C-9/02 och N-målet C-470/04, fann EUD att uttagsbeskattning, av orealiserade kapitalvinster, vid utflyttning av fysiska personer, var oförenlig med fördragsfriheterna. Detta är en av orsakerna till att Kommissionen anser att uttagsbeskattning inte är tillåten.

Som angivits ovan går åsikterna isär i frågan. Roupe med vidare hänvisning till Nelson har baserat på avgöranden från EUD i bl.a. Daily Mail C-81/87 och Cartesio C-210/06, argumenterat att det inte kan anses oförenligt med etableringsrätten att beskatta utflyttning av juridiska personer.⁵⁹ I Daily Mail C-81/87 fann EUD att etableringsfriheten inte kan åberopas som stöd för att emigrera bolag. Ett av skälen var att domstolen menade att bolag är enheter som bildas enligt en nationell rättsordning och att fördraget inte löste dessa problem. EUD tog dock inte ställning till huruvida uttagsbeskattning är godtagbar eller inte. Det kan argumenteras för att målet snarare behandlar den bolagsrättsliga sidan av problemet.

Det helt nyligen avkunnade avgörandet National Grid Indus C-371/10 borde ha implikationer på området och förtjänar en något utförligare beskrivning. I målet National Grid skulle det nederländska bolaget flytta sin verkliga ledning till Storbritannien. I Nederländerna gäller konstituerandeteorin. På grund av det tillämpliga skatteavtalet mellan Storbritannien och Nederländerna tappade Nederländerna, enligt skatteavtalet, rätten att beskatta bolaget. Beskattningsrätten övergick istället till Storbritannien. Vid tidpunkten för flytten innehade det nederländska bolaget en kundfordran med en därtill hörande valutakursvinst. Enligt nederländsk nationell rätt skulle valutakursvinsten beskattas i Nederländerna vid utflyttningen. Enligt EUD ansågs uttagsbeskattningen i princip utgöra en otillåten begränsning av etableringsfriheten. Begränsningen ansågs dock kunna rättfärdigas och ansågs inte gå längre än nödvändigt. Enligt EUD är en lagstiftning som innebär att skatten på en orealiserad värdeökning på ett bolags tillgångar slutligt fastställs, utan hänsyn till värdeminskningar eller värdeökningar som kan uppkomma senare förenlig med EU-rätten. Det påpekades att det saknar betydelse att de orealiserade värdeökningarna som beskattas hänförs till valutakursvinster, som inte kan synliggöras i den mottagande medlemsstaten med hänsyn till den där rådande skattemiljön.⁶⁰ Generellt kan däremot sägas, med risk för att utelämnas alla nyanser som finns i domskälen, att EUD menade att en lagstiftning som innebär att skatt på orealiserade värdeökningar på tillgångar i ett bolag, som flyttar sin verkliga ledning till en annan medlemsstat de facto tas ut vid själva tidpunkten för flyttningen är oproportionell.⁶¹ Det kan dock inte nog understrykas att det nu sagda gäller tillämpningen av art. 49. En annan fråga är i vilka situationer art. 49 över huvud taget är tillämplig i dessa situationer. EUD påpekade att då bolag som

⁵⁸ KOM/2006/0825 slutlig.

⁵⁹ Se vidare Roupe, *Maria Nelsons avhandling: Utflyttning av aktiebolag – en analys i ljuset av den internationella skatterätten och EU-rätten*, SN 2011 nr 11, s. 856ff.

⁶⁰ National Grid, C-371/10, p. 41, 45-46, 49-50, 64.

⁶¹ National Grid, C-371/10, p. 85.

bildats enligt lagstiftningen i en medlemsstat och som flyttar sin verkliga ledning till en annan medlemsstat, utan att denna flyttning av sätet påverkar dess status som bolag i förstnämnda stat, kan art. 49 åberopas för att ifrågasätta lagenligheten av den statens beskattning av bolaget i samband med flyttningen av sätet.⁶²

I dagsläget finns det ett antal övriga mål som rör exitbeskattning, som fortfarande är pågående.⁶³

6.4.3 Relevanta svenska avgöranden

Det är även av vikt att ta fasta på hur de ovan diskuterade frågorna har behandlats, då de varit uppe till prövning i svenska domstolar. Till dess frågorna slutgiltigt har behandlats av EUD är det av vikt att ta sikte på vilka slutsatser som den svenska rättstillämparen anser att man kan dra av nu gällande och som i förlängningen skulle kunna åberopas.

6.4.3.1 Hantering av underskott - RÅ 2009 ref. 13

I RÅ 2009 ref. 13 uppkom frågan huruvida kravet på skattskyldighet enligt IL 37 kap. 11 § skulle anses förenligt med kravet på etableringsfrihet. Omständigheterna i fallet var följande:

X AB var moderbolag i en svensk tysk koncern och ägde samtliga aktier i Y AB. Det senare bolaget var ett holdingbolag, vars enda uppgift var att äga och förvalta andelarna i de tyska bolagen. Vid tiden för ombildningen bestod den tyska delen i övrigt av det rörelsedrivande bolaget Z GmbH, med vilande dotterbolag, samt de vilande dotterbolagen W GmbH samt E GmbH.

Verksamheten i Tyskland hade gått med förlust och därmed genererat betydande underskott. Underskottet var huvudsakligen hänförligt till verksamheten som tidigare hade bedrivits i W GmbH. Till följd av bestämmelserna i det tyska systemet för skattkonsolidering hade underskottet genom avtal (organshaft) ansamlats i YAB.

För att avsluta verksamheten i Tyskland hade Z GmbH avyttrats till utomstående. E GmbH hade sedermera fusionerats med W GmbH. Ett av alternativen för att därefter avveckla Y AB var genom att fusionera bolaget med X AB. Vid en sådan tilltänkt fusion var tanken att kvitta underskottet mot det övertagande bolagets egna intäkter. Andelarna i W GmbH skulle därefter innehas av ett svenskt bolag inom den svenska koncernen. Frågan i samband med fusionen var huruvida underskottet i Y AB kunde föras över till det svenska bolaget. Det fast driftsstället i Tyskland avvecklades samtidigt som fusionen genomfördes.

⁶² National Grid, C-371/10, p. 26-33.

⁶³ Kommissionen mot Kommissionen, C-269/09; Kommissionen mot Danmark, C-261/11; Kommissionen mot Nederländerna C-301/11.

Efter att ha konstaterat att kravet på skattskyldighet enligt IL 37 kap. 11 § i och för sig inte var uppfyllt gick SRN vidare för att undersöka huruvida begränsningen var förenlig med etableringsfriheten. Istället för att undersöka huruvida fusionsdirektivet kunde sägas stå i strid med primärrätten valde SRN att undersöka huruvida de nationella reglerna var förenliga med etableringsfriheten, efter att ha konstaterat att situationen föll utanför fusionsdirektivet. SRN konstaterade att:

”... de principer som Marks & Spencer-domen grundas på bör vara vägledande även för denna bedömning. Det innebär att frågan om den svenska bestämmelsen utgör ett hinder mot etableringsrätten och, när svaret är ja, om bestämmelsen kan rättfärdigas, ska bedömas på motsvarande sätt som i nämnda mål. – Det leder till att bestämmelsen inte kan anses proportionell i en situation där alla möjligheter att utnyttja underskotten i Tyskland har uttömts.”

På grund av en pågående skadeståndsprocess i Tyskland för bolaget W GmbH var det däremot inte ännu fastställt huruvida alla möjligheter att utnyttja underskottet i Tyskland var uttömda. Mot den bakgrunden beviljades bolaget inte rätt att utnyttja underskottet). HFD ansåg att frågan var ställd på ett sätt som inte möjliggjorde för domstolen att ta ställning till rätten till förlustavdraget. Däremot konstaterades i allmänhet:

”Att vägra avdrag för en sådan förlust i den stat där moderföretaget har sitt hemvist kan dock under vissa förutsättningar strida mot EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet (se EG-domstolens dom den 15 maj 2008 i mål C-414/06, Lidl Belgium GmbH & Co. KG).”

6.4.3.2 Uttagsbeskattning - Maltafallet RÅ 2008 ref. 30

I RÅ 2008 ref. 30 (Maltafallet) uppkom frågan om uttagsbeskattning var förenligt med fördraget, när ett svenskt aktiebolag X AB, som ägdes av ett maltetiskt bolag X Malta Ltd, skulle omorganiseras såtillvida att X AB:s skatterättsliga hemvist, med tillämpning av det relevanta dubbelavtalet, efter omstruktureringen skulle vara belägen i Malta. Bolaget innehade samtliga andelar i Y AB och 65 % av andelarna i det brittiska bolaget Z Ltd. Verksamheten bestod av fastighetsförvaltning, där samtliga fastigheter var belägna i Storbritannien. Efter omstruktureringen skulle X AB inte längre ha något fast driftsställe i Sverige.

Frågan var om omstruktureringen skulle medföra uttagsbeskattning enligt IL 22 kap. 5 § p.4 samt IL 22 kap. 7 §. HFD menade att bestämmelserna skulle komma att stå i strid med etableringsfriheten. I och för sig kunde reglerna rörande uttagsbeskattning anses vara ändamålsenliga, men inte proportionerliga. Till skillnad mot SRN, lämnade HFD till lagstiftaren att ta ställning till hur beskattningen i sinom tid skulle säkerställas.

Enligt de nya reglerna i Skattebetalningslag (1997:483) SBL 17 a kap. ges uppskov, inte med taxeringen, utan med skattebetalningen, vid uttagsbeskattning som föranleds av skatteavtal med en stat inom EES. Anståndet är beroende av att näringsverksamheten inte har upphört och att tillgångarna ingår i en näringsverksamhet inom EES, se vidare SBL 17 a kap. 2 §.

Eftersom IL 37 kap. 11-12 §§ knyter an till dubbelbeskattningsavtal, borde domen ha implikationer för fusioner där det överlåtande bolaget varit hemmahörande i Sverige, såvida uttagsbeskattning ska utgå med stöd av IL 22 kap. 5 § p. 4 (jfr IL 37 kap. 17 §).

6.4.3.3 Uttagsbeskattning - RÅ 2010 ref. 92

Även om RÅ 2010 ref. 92 inte direkt aktualiserar frågan om skattskyldighet enligt IL 37 kap. 11-12 §§ är domen ändå betydelsefull för den principiella frågan om kravet på skattskyldighet och dess förenlighet med primärrätten.

Omständigheterna var följande. Det japanska bolaget Yamaha Corporation var moderbolag, vars europeiska verksamhet bestod av ett helägt tyskt dotterbolag (YME), som i sin tur ägde det svenska dotterbolaget Yamaha Scandinavian AB (bolaget). Bolaget bedrev i sin tur verksamhet i Norge respektive Danmark genom filialer. Tanken var att omstrukturera koncernen såtillvida att all verksamhet skulle bedrivas genom filialer till YME. Omstruktureringen planerades genom absorption av det helägda svenska bolaget, varefter det svenska bolaget, i likhet med den danska och norska filialen skulle utgöra filial till det tyska bolaget. Omstruktureringen skulle m.a.o. medföra att beskattningsrätten för det svenska bolaget upphörde i Danmark och i Norge. Kravet på skattskyldighet för den danska respektive den norska filialen var inte uppfyllt i förevarande fall (IL 37 kap. 11-12 §§). En av frågorna var huruvida det stred mot EEF fördraget att vägra medge s.k. fiktiv avräkning för det norska bolaget, i enlighet med IL 30 kap. 30 §,

SRN, vars förhandsbesked HFD fastställde, beslutade:

”I förevarande fall leder den planerade fusionen till att bolaget ska uttagsbeskattas för den i Norge bedrivna verksamheten. Genom att bolag som bedriver näringsverksamhet i en EES-stat beskattas vid en fusion missgynnas sådana bolag jämfört med bolag som har hela sin näringsverksamhet i Sverige eller uppdelad på Sverige och annan EU-stat. Uttagsbeskattning som inte är förenad med avräkning enligt 37 kap. 30 § IL utgör därför en inskränkning i rätten till fri etablering. Med hänsyn härtill och till att den norska filialen i det aktuella fallet kommer att tas över av ett tyskt bolag finner Skatterättsnämnden att det inte är förenligt med EES- och EU-rätten att tillämpa de svenska bestämmelserna om uttagsbeskattning på grund av fusionen (jfr RÅ 2008 ref. 30).”

Rättsfallet är intressant av många anledningar. Persson Österman menar att avgörandet har många intressanta implikationer, bl.a. på grund av att; (i) sekundärrätten kan stå i strid med primärrätten, (ii) att fördragsstridigheten resulterade i, inte att fiktiv avräkning beviljades, utan att uttagsbeskattning helt underläts, (iii) som en följd av den andra slutsatsen borde man kunna sluta sig till att avräkning inte alltid räcker för att neutralisera uttagsbeskattningen, t.ex. när landets skatt är lägre än svensk.⁶⁴ Om man i annat fall, strikt tillämpat reglerna rörande fiktiv avräkning, skulle effekten kunnat bli att den danska filialen hade blivit föremål för mindre gynnsam svensk beskattning än den norska filialen.⁶⁵

6.4.4 Diskussion

Det kan diskuteras huruvida rättsutvecklingen kommer medföra att reglerna rörande kravet på skattskyldighet i IL 37 kap. 11-12 §§ kommer att stå sig.

I de fall det svenska bolaget är det övertagande bolaget, måste praxisutvecklingen rörande underskottsavdrag beaktas. Denna pekar på att underskottsavdrag i någon form skulle medges, även om frågan ändå måste sägas kantas av viss osäkerhet, rörande kravet på att möjligheten att underskottet i hemvistlandet ska vara uttömd. För svenskt vidkommande tyder RÅ 2009 ref. 13 på att kravet på skattskyldighet inte kommer att upprätthållas i dessa situationer. Frågan hur fusionsspärren enligt IL 37 kap. 21-29 §§ ska tillämpas i den situationen är en annan fråga. Avgörandet i RÅ 2010 ref. 92 talar närmast för att man inte nödvändigtvis tillämpar de regler som borde varit tillämpliga. Det skulle dock eventuellt kunna argumenteras för att hantering av underskottsavdrag är mer komplext än uttagsbeskattning.

Vad gäller frågan om uttagsbeskattning, kommer denna aktualiseras, tynsikt sett då det svenska bolaget är överlåtande bolag. Både Maltafallet och RÅ 2010 ref. 92 innehöll den komplikationen att uttagsbeskattningen avsåg tillgångar hänförliga till ett fast driftsställe i ett tredje land. Huruvida detta var avgörande för att det ansågs vara en överträdelse av etableringsfriheten borde dock vara diskutabelt. Det skulle i och för sig kunna göras gällande att etableringen i den tredje staten isolerat sett skyddas av etableringsfriheten.⁶⁶ Det är svårt att se hur pass långt man kan dra slutsatserna av de två avgörandena och vilka de exakta implikationerna är då det överlåtande bolaget befinner sig i Sverige.

⁶⁴ <http://www.ey.com/SE/sv/Services/Tax/Business-Tax/tn-2010-11-regeringsratten-faststaller-forhandsbesked-om-gransoverskridande-fusion>

⁶⁵ Se Melbi, *A 10 Omstruktureringar*, SN 2011 nr 6, s. 372ff.

⁶⁶ Jfr Roupe, *Maria Nelsons avhandling: Utflyttning av aktiebolag – en analys i ljuset av den internationella skatterätten och EU-rätten*, SN 2011 nr 11, s. 858. Se vidare SKV: s ställningstagande 131 228506-11/111.

Enligt SBL 17a kap. 2 § gäller emellertid att anstånd med betalningen av skatten enbart sker såvida skattskyldigheten upphör p.g.a. skatteavtal.⁶⁷ Såvida skattskyldigheten upphör p.g.a. en fusion, kommer regeln dock inte vara tillämplig, eftersom punkten 4 i nu nämnda bestämmelse anger som ett krav att näringsverksamheten inte ska ha upphört. Lösningen i National Grid påminner om den som är införd i SBL 17a kap. Det är emellertid problematiskt att EUD tycks ha begränsat tillämpningsområdet då art. 49 kan åberopas för att ifrågasätta lagenligheten i samband med flyttningen av sätet till situationer då ett bolag flyttar sin verkliga ledning till en annan medlemsstat, utan att denna flyttning av sätet påverkar dess status som bolag i den förstnämnda staten.⁶⁸ Detta skulle i princip medföra att även principen som kommit till uttryck i målet saknar tillämplighet i fallet med fusioner, då det överlåtande bolaget finns i Sverige och upplöses utan likvidation. Det påpekas dock i avgörandet att medlemsstaternas befogenhet att bestämma anknytningsfaktorer som avgör när ett företag anses bildat och således omfattas av etableringsfriheten inte innebär att fördragets regler om etableringsfrihet inte är tillämpliga på den nationella lagstiftningen i fråga om bildande och upplösning av bolag.⁶⁹ Detta är dock inte samma sak som att ett företag upphör p.g.a. en gränsöverskridande fusion. Avgörandet i RÅ 2010 ref. 92 tycks gå längre, eftersom man där helt underlät att uttagsbeskatta.

Utöver det ovan sagda, angående uttagsbeskattning respektive underskottsavdrag, kan det ifrågasättas huruvida kravet på skattskyldighet, står sig mot bakgrund av avgöranden från EUD angående diskrimineringsförbudet. Frågan är således om den beskattningsutlösande faktorn, dvs. att tillgångarna lämnar den svenska beskattningssfären kan sägas vara dolt diskriminerande, såtillvida att den typsikt sett missgynnar utländska bolag. Ståhl menar att man kan dra vissa paralleller till fallet Lankhorst-Hohorst (C-324/00). Omständigheterna i fallet var att räntebetalningar från tyska dotterbolag till dess moderbolag kunde klassificeras som icke-avdragsgilla utdelningar, såvida moderbolaget inte var skattskyldigt i Tyskland. EUD fann att reglerna indirekt hindrade de utländska moderbolagens etableringsfrihet, eftersom de i regel tillämpades på betalningar till utländska subjekt. Enligt Ståhl skulle detta mål kunna tala för att ett skattskyldighetskriterium skulle kunna vara till nackdel för utländska bolag, som inte lika ofta uppfyller rekvisitet som inhemska subjekt.⁷⁰

⁶⁷ Se även SKV: s ställningstagande dnr 131 228506-11/11, där det anges att vid byte av hemvist till stat inom EES för ett svenskt aktiebolag, finns möjlighet till anstånd med inbetalning av skatt p.g.a. uttagsbeskattning. Om däremot en begränsat skattskyldig juridisk person upphör att vara skattskyldig är det SKV: s uppfattning att uttagsbeskattning ska ske utan rätt till anstånd med betalningen.

⁶⁸ National Grid, C-371/10, p. 26-33.

⁶⁹ National Grid, C-371/10, p. 30.

⁷⁰ Se vidare Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 250f. Med utgångspunkt i praxisutvecklingen som den stod 2005 menade Ståhl att reglerna rörande skattskyldighet enligt IL 37 kap. 11-12 §§ i och för sig kunde anses utgöra hinder, men att de kunde rättfärdigas, antingen med stöd av territorialprincipen eller skattesystemets inre sammanhang.

6.5 Enbart en viss del av egendomen knyts till det fasta driftsstället

En särskild fråga är om bara en viss del av egendomen kvarstår inom landets beskattningssfär. Med andra ord, är det en förutsättning för att omstruktureringen ska anses vara kvalificerad, att samtliga tillgångar och skulder knyts till ett fast driftsställe i överlåtelsestaten? Diskussion borde nästan kunna sägas förutsätta att kravet på skattskyldighet inte anses oförenligt med FEUF.

Frågan aktualiserades i fallet RÅ 2009 ref. 35. (Frågorna i förhandsbeskedet var inte ställda på det sättet att det fanns anledning att gå in på frågan om eventuellt fördragsbrott). Omständigheterna i fallet var följande. Ett svenskt dotterbolag till ett danskt moderbolag fusioneras med sitt danska systerbolag. Verksamheten bedrivs till viss del från ett fast driftsställe i Sverige, till viss del från fast driftsställe i Danmark.

SRN, vars beslut HFD fastställde, valde att dela upp verksamheten, dels i en kvalificerad del, där kontinuitet upprätthölls, dels en icke-kvalificerad del. Den del av verksamheten som är hänförlig till verksamheten i Sverige ansågs omfattad av bestämmelserna om kvalificerade fusioner i IL 37 kap., medan bolaget skulle beskattas med anledning av fusionen för den del av verksamheten som hänförs till det fasta driftsstället i Danmark. Avgörandet får sägas ligga i linje med diskussion kring frågan i tidigare förarbeten och doktrin.⁷¹

⁷¹ Se t.ex. prop. 1998/99:15 s. 221 och Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 241ff.

7 Associationsformer som kan delta i en kvalificerad fusion

7.1 Allmänt om företagsformerna

7.1.1 Fusionsdirektivet och implementeringen i IL

Enligt fusionsdirektivet art. 3 anges att med bolag i direktivet avses ett bolag som bedrivs i någon av de former som anges i bilagan, är hemmahörande i en medlemsstat inom unionen, samt är skyldigt att betala någon av de skatter som anges i bilagan.

Implementeringen är genomförd i IL 37 kap. 9 §. Ett undantag från såväl direktivet som IL 37 kap. 9 § återfinns i IL 37 kap. 15 §. Angående privatbostadsföretag, se vidare nedan 6.1.2.

De bolag som omfattas av bestämmelserna rörande kvalificerade fusioner är uttömmande uppräknade i IL 37 kap. 9 §. Den svenska implementeringen är genomförd såtillvida att begreppet företag, för tillämpningen av IL 37 kap., har givits en särskild skatterättslig definition.⁷² Den nuvarande regleringen är en följd av ändringsdirektivet 2005/19/EG, där ett antal nya associationsformer tas upp.⁷³ För en mer detaljerad framställning rörande vilka associationsformer som omfattas av fusionsdirektivet hänvisas till art. 3, i kombination med del I i bilaga A.

Enligt IL 37 kap. 9 § avses med företag i IL 37 kap. svenskt aktiebolag, svensk ekonomisk förening, svensk sparbank och svenskt ömsesidigt företag, utländskt bolag och annat utländskt företag, om det är en utländsk juridisk person⁷⁴ som hör hemma i en stat som är medlem i Europeiska unionen, och som bedrivs i någon av de associationsformer som anges i bilaga 37.1 och är skyldigt att betala någon av de skatter som anges i bilaga 37.2, utan valmöjlighet eller möjlighet till undantag.

Sedan ändringsdirektivet 2005/19 är även europabolag och SCE-föreningar upptagna i listan över vilka associationsformer som kan ingå i en fusion. Även före ändringsdirektivet och motsvarande ändring i IL har det varit möjligt för europabolag att ingå i en kvalificerad fusion. IL 2 kap. 2 § anger att europabolag likställs med aktiebolag. Eftersom IL 37 kap. 9 § p. 1 räknar upp svenska aktiebolag som en av de associationsformer som kan delta i en

⁷² Bækkevold, Baran, Eriksson, Fernlund, Jonsson, Kindlund, Sjöblom, Virin, *Inkomstskatt, en lagkommentar, Del 1 Inkomstskattelagen 1-40 kap.*, s. 716.

⁷³ Se exv. Lagrådsremiss, *Genomförande av ändringar i fusionsdirektivet*, s. 102ff.

⁷⁴ Rörande begreppet utländsk juridisk person, se vidare IL 6 kap. 8 §. Se vidare nedan 6.3.

kvalificerad fusion, borde det dock ha varit begränsat till europabolag som haft säte i Sverige.⁷⁵

7.1.2 Kravet på att företaget ska vara hemmahörande inom EU

Utöver att det ska vara frågan om en viss associationsform krävs att personen ska vara hemmahörande i någon medlemsstat. Ett bolag kan falla utanför direktivets tillämpningsområde om bolaget är bildat enligt en viss medlemsstats lag, men den effektiva ledningen av företaget bedrivs från en tredje stat, såvida det tillämpliga skatteavtalet löser frågan om hemvisten till förmån för den tredje staten. I avsaknad av dubbelbeskattningsavtal när dubbel hemvist föreligger, kommer fusionsdirektivet att vara tillämpligt. Att bolaget anses hemmahörande i flera medlemsstater borde inte heller utgöra hinder för direktivets tillämpningsområde.⁷⁶

Det är enligt författarens uppfattning värt att särskilt uppmärksamma att den svenska implementeringen är mer vittgående än vad fusionsdirektivet art. 3 kräver. Genom den andra punkten i IL 37 kap. 9 § har nämligen begreppet företag i IL 37 kap. utsträckts till att även omfatta utländska bolag. Kravet på att bolaget ifråga ska vara hemmahörande inom EU (med den definition som begreppet hemmahörande har givits i IL 37 kap. 10 §) har enligt IL 37 kap. 9 § enbart kopplats till att det är frågan om ett bolag som bedrivs i någon av de associationsformer som anges i den till fusionsdirektivet angivna bilagan (se IL 37 kap. 9 § p. 3). Den svenska lösningen borde i vissa fall kunna leda till något besynnerliga och motstridiga resultat. Nedan beskrivs några exempel där frågan kan aktualiseras.

Exempel 1; Ett bolag som är upptaget på listan över vilka associationsformer som kan delta i en fusion, är p.g.a. registreringsprincipen bildat i en viss medlemsstat, men bedriver sin huvudsakliga verksamhet i ett tredje land. Antag att dubbelbeskattningsavtalet ifråga löser hemvisten till förmån för det tredje landet. Även om bolaget i övrigt uppfyller rekvisiten rörande skattskyldighet i Sverige, genom att ha ett fast driftsställe i Sverige, se IL 37 kap. 11-12 §§, kommer det inte kunna delta i en kvalificerad fusion med ett svenskt övertagande bolag.

Exempel 2; Ett bolag som är bildat enligt lagstiftningen i ett tredje land, har ett fast driftsställe i Sverige. Såvida rekvisiten rörande skattskyldighet är uppfyllda enligt IL 37 kap. 11-12 §§, borde det gå att genomföra en kvalificerad fusion, om bolaget i den tredje staten anses vara ett utländskt bolag. Enligt IL 2 kap. 5 a § 2 st. kommer bolaget i den tredje staten alltid

⁷⁵ Jfr även IL 2 kap. 4 b § som anger att SCE-föreningar ska räknas som ekonomiska föreningar. Bestämmelsen trädde i kraft 2006. Se vidare SOU 2005:19 samt Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 192ff.

⁷⁶ Se vidare Helminen, *EU Tax Law – Direct Taxation – 2010*, s. 47; Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 198.

anses vara ett utländskt bolag, såvida det är en utländsk juridisk person som hör hemma och är skattskyldigt i en stat med vilken Sverige har ingått ett skatteavtal, som inte begränsat till att omfatta vissa inkomster, om personen omfattas av avtalets regler om begränsning av beskattningsrätten och har hemvist i denna stat enligt avtalet. Med hänsyn till förekomsten av dubbelbeskattningsavtal borde rekvisitet ofta vara uppfyllt.

Kontentan av det nu sagda, blir att ett bolag som är bildat enligt ett tredje lands lagstiftning borde kunna ingå i en kvalificerad fusion. Om däremot ett bolag, bildat enligt lagstiftningen i en medlemsstat, skulle anses hemmahörande i den tredje staten p.g.a. skatteavtal kommer bolaget inte kunna delta i den kvalificerade fusionen. Lösningen måste anses något märklig och det borde kunna ifrågasättas om det var tanken vid lagstiftningens utformning.

Det kan dessutom tänkas att bolaget hemmahörande i medlemsstaten önskar bli bedömt enligt punkten två i IL 37 kap. 9 §. I det fallet uppkommer en regelkonflikt mellan å ena sidan andra och tredje punkten. Ser man till syftet bakom reglerna borde punkten tre tillämpas och därmed borde även transaktionen falla utanför tillämpningsområdet. En ren textuell tolkning leder däremot till att transaktionen borde kunna klassificeras som en kvalificerad fusion, (såvida kravet på utländskt bolag är uppfyllt). I förarbetena tycks inte situationen ha uppmärksammats. Det förefaller således inte ha varit avsikten att 9 § punkten tre i förening med 10 § skulle utgöra *lex specialis* med någon form av begränsning. Den nuvarande regeln i IL 37 kap. 9 § är hämtad från den nu upphävda lag (1998:1603) om beskattning vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser FUL 2 §. I förarbetena till FUL anges vad gäller företag inom EU, att det inte råder ett ovillkorligt krav på att det ska vara frågan om ett utländskt bolag. Det anges att det istället ska räcka att associationsformen är upptagen i bilagan till direktivet, på det sätt som anges i fusionsdirektivet.⁷⁷ Bestämmelsens utformning enligt FUL tycks således ha varit tänkt att enklare möjliggöra fusioner inom EU, utan att behöva beakta i varje enskilt fall om kravet på utländskt bolag är uppfyllt eller ej. Även i doktrinen tycks det som att den nuvarande regleringen borde ses som att den svenska implementeringen är mer vittgående än vad som egentligen fordras.⁷⁸

Hur man slutgiltigt ska bedöma situationen att ett företag inom EU, som anses vara ett utländskt bolag och är upptaget i bilagan till direktivet, men enligt skatteavtal, anses hemmahörande i en tredje stat, måste i slutändan bli en uppgift för rättstillämparen att ta ställning till. Det är dock författarens uppfattning, att mot bakgrund av det ovan sagda borde en sådan omstrukturering omfattas av IL 37 kap.

⁷⁷ Se prop. 1998/99:15 s. 182 samt s. 220. Enligt föregångaren till FUL – lag (1994:1854) om inkomstbeskattning vid gränsöverskridande omstruktureringar inom EG IGOL – gällde enligt IGOL 2 § att tillämpningsområdet var begränsat till företag inom EU, se IGOL 2 §, samt prop. 1994/95:52 s. 27.

⁷⁸ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 189 och s. 196.

Problemet borde dock ha relativt begränsad betydelse i praktiken. Enligt ABL 23 kap. 36 § kan enbart företag från ett EES land ingå i en gränsöverskridande fusion. Problematiken kan emellertid aktualiseras, om det tredje landet är en EES-stat som inte ingår i EU.

7.1.3 Schablonbeskattade bolag

Enligt IL 37 kap. 15 § gäller att om det överlåtande företaget är ett privatbostadsföretag, ska det övertagande företaget vara en bostadsförening som är ett privatbostadsföretag.⁷⁹ Det räcker däremot inte att det övertagande företaget är ett privatbostadsföretag, utan det ska vara en bostadsrättsförening som är ett privatbostadsföretag. Bostadsrättsförening definieras i Bokföringslagen (1999:1078) BrL 1 kap. 1§. Utöver bostadsrättsföreningar ingår i termen privatbostadsföretag även äldre bostadsrättsföreningar och bostadsaktiebolag.⁸⁰ Den omvända situationen, dvs. att ett konventionellt företag fusioneras in i ett privatbostadsföretag kan däremot utgöra en kvalificerad fusion.

Frågan är om den svenska implementeringen är förenlig med fusionsdirektivet. Det kan först och främst noteras att bestämmelsen saknar motsvarighet enligt uppräknningen i fusionsdirektivet, se vidare art. 3 i förening med Bilaga 1 Del A punkt (aa). Aktiebolag och ekonomiska föreningar omfattas av direktivet, utan någon reservation för den situation som beskrivs i IL 37 kap. 15 §.

Den främsta orsaken till reglernas utformning förefaller ha varit att privatbostadsföretag vid bestämmelsens utformning schablonbeskattades. I förarbetena anges av samma anledning att investmentföretag borde undantas från tillämpningsområdet. Det blev dock enbart privatbostadsföretag som kom att explicit regleras i IL 37 kap. Vad gäller investmentföretag anges i förarbetena att reglerna rörande avskattning vid karaktärsbyte kan bli tillämpliga om ett överlåtande investmentföretag fusioneras in i ett konventionellt beskattat bolag. Avskattning av investmentföretag vid karaktärsbyte regleras i nuläget i IL 39 kap. 16 §. Det påpekas vidare i propositionen att det främsta skälet till undantaget inte är skatteflyktsskäl, utan att de aktuella skattesubjekten beskattas enligt särskilda regler som medför att kontinuitet i beskattningen inte går att upprätthålla. Därmed får den valda lösningen enligt förarbetena anses förenlig med fusionsdirektivet.⁸¹

⁷⁹ Jfr. IL 38 kap. 3 § som undantar både privatbostadsföretag och investmentföretag i sin helhet från tillämpningsområdet, rörande verksamhetsavyttringar.

⁸⁰ Se Andersson, Saldén Enéus, Tivéus, Zeteo Inkomstskattelagen en kommentar. (Internetutgåva), *IL 2 kap. 17 §*.

⁸¹ Prop. 1998/99:15 s. 220. I remissyttrandena angav fakultetsnämnden i Uppsala att det kunde ifrågasättas huruvida reglerna var förenliga med Leur-Bloem målet (C-28/95). Avgörandet får sägas ge uttryck för att regler som per automatik undantar vissa transaktioner av skatteflyktsskäl inte är förenliga med direktivet. Som svar på invändningen gjordes gällande att regelns syfte inte var att förhindra skatteflykt.

Lösningen är dock inte invändningsfri. Ståhl menar att eftersom regeln över huvud taget inte har något korresponderande undantag i direktivet kan bestämmelsen inte sägas vara förenlig med direktivet. Eftersom ett privatbostadsföretag är en form av ett aktiebolag och aktiebolag omfattas av direktivet går det inte att undanta privatbostadsföretag utan att detta explicit skulle framgå av direktivet. Ståhl går vidare och undersöker huruvida medlemsstaterna har rätt att undanta vissa transaktionsformer för att dessa ska passa in i skattemiljön. Såvida det inte finns ett uttryckligt undantag i direktivet kan det enligt Ståhl argumenteras för att medlemsstaterna inte har rätt att undanta vissa transaktioner, oavsett bevekelsegrunderna.⁸²

Det borde gå att göra vissa invändningar mot den argumentationslinje som förs i förarbetena. Först och främst kan man fråga sig varför privatbostadsföretag exkluderas från tillämpningsområdet medan investmentföretag kan ingå i en kvalificerad fusion. Den lösning som valdes beträffande investmentföretag borde med fördel även kunna appliceras för privatbostadsföretag. Såvida det inträffar en sådan förändring i ett investmentföretag att det inte längre kan räknas som investmentföretag ska avskattning ske enligt IL 39 kap. 16 §. I propositionen angavs att bestämmelserna om avskattning skulle kunna bli tillämpliga i de fall ett investmentföretag fusioneras in i ett konventionellt beskattat företag. Vid tiden för bestämmelsens utformning beskattades privatbostadsföretag och investmentföretag på liknande sätt dvs. genom årlig schablonbeskattning i kombination med skattefrihetsregler. Vad gäller investmentföretag gäller att kapitalvinster och kapitalförluster inte ska tas upp respektive dras av, se IL 39 kap. 14 §. Enligt då gällande lydelse av IL 39 kap. 25 § var privatbostadsföretag undantagna från den löpande beskattningen av fastighetsinnehavet. Det kan onekligen ifrågasättas vad som motiverade olika behandlingen av de två företagsformerna.⁸³

Det kan dessutom noteras att reglerna rörande beskattning av privatbostadsföretag har ändrats sedan 2007.⁸⁴ Enligt nu gällande lydelse av IL 39 kap. 25 § har schablonbeskattningen av privatbostadsföretag slopats. Det ligger nära till hands att hävda att det skulle ha varit enklare att upprätthålla kontinuitet efter införandet av de nya reglerna, vilket i viss mån urholkar argumenten i de ursprungliga förarbetena. Det kan argumenteras att när ett schablonbeskattat företag fusioneras in i ett konventionellt beskattat företag gör sig inte samma argument gällande för att upprätthålla metodkontinuiteten. I fallet med investmentföretaget skulle i det så fall innebära att de mer förmånliga reglerna rörande investmentföretag skulle gälla, även om kraven för att klassificera associationsformen som ett investmentföretag inte är uppfyllda. Ståhl argumenterar för att en sådan lösning inte är oförenlig med fusionsdirektivet art. 4 som enligt henne ger medlemsstaterna ett stort utrymme för den mer precisa regleringen rörande kontinuitetsfrågan. Vidare menar hon att avskattningen inte utlöses av själva fusionen, utan faktumet att tillgångsmassan inte längre räknas som ett

⁸² Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 189f.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Se vidare prop. 2006/07:1, s. 150.

investmentföretag.⁸⁵ En sådan lösning kan inte heller sägas vara oförenlig med RÅ 2000 ref. 18, där ett konventionellt beskattat företag fusionerades in i ett investmentföretag. Det konventionellt beskattade företaget kom att utgöra en föll i investmentföretaget, där kontinuitet rörande beskattningsmetod upprätthölls. I det fallet fick således reglerna rörande kontinuitet företräde, framför bestämmelserna om beskattning av investmentföretag i IL 39 kap.

Oavsett i vilken utsträckning det går att göra avsteg från fusionsdirektivets regler rörande kontinuitet, borde det kunna ifrågasättas huruvida de argument som gör sig gällande för att undanta privatbostadsföretag är bärande nog. Det kan argumenteras att det lämpar sig bäst för rättstillämparen att ta ställning till hur kontinuitetsfrågan bör lösas, istället för att helt och hållet undanta en viss bolagsform, som i nuläget i och för sig omfattas av direktivet.

Vidare, borde det kunna ifrågasättas om förarbetsuttalandena angående avskattning av investmentföretag är förenliga med direktivet. Investmentföretag är i likhet med privatbostadsföretag en form av aktiebolag och omfattas därmed av de bolagsformer som finns upptagna i bilagan till direktivet, med därtill hörande kontinuitet enligt IL 37 kap. 17-18 §§.

De påpekanden som gjordes i propositionen angående avskattning av investmentföretag vid fusioner, är lagreglerade beträffande livförsäkringsföretag, enligt lag (1990:661) om avkastningsskatt på pensionsmedel 9 § 5-6 st.⁸⁶ I nu nämnda bestämmelse anges att om det sker en fusion mellan två livförsäkringsföretag inträder det övertagande företaget i det överlåtande företags skattemässiga situation. Om det övertagande företaget däremot inte är ett livförsäkringsföretag, ska det överlåtande livförsäkringsföretaget betala avkastningsskatt för den del av året som företaget innehaft försäkringsbeståndet. Den civilrättsliga regleringen rörande livförsäkringsföretag regleras numera i försäkringsrörelselag (2010:2043) 11 kap. 31 § respektive 13 kap. 31 §, beroende på om försäkringsföretaget bedrivs såsom aktiebolag eller förening.

Det kan noteras att det i och för sig enbart är ömsesidiga försäkringsföretag som explicit är upptagna i IL 37 kap. 9 § p.1.⁸⁷ Livförsäkringsföretag respektive skadeförsäkringsföretag måste dock även anses omfattas av tillämpningsområdet enligt IL 37 kap. Beroende på om de bedrivs i form av aktiebolag eller som en ekonomisk förening, kommer de omfattas av direktivet på den grunden. Det kan noteras att i ändringsdirektivet 2005/19/EG till det ursprungliga fusionsdirektivet, angavs uttryckligen, vid sidan om ömsesidiga försäkringsbolag, försäkringsaktiebolag. I det nuvarande fusionsdirektivet har däremot försäkringsaktiebolag utgått.

⁸⁵ Se Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 260f.

⁸⁶ Livförsäkringsföretag är schablonbeskattade, se IL 39 kap. 3-5 §§.

⁸⁷ Se även försäkringsrörelselagen (2010:2043) 12 kap. 81 §, som numera möjliggör att ömsesidiga försäkringsföretag kan delta i fusioner civilrättsligt.

Skadeförsäkringsföretag är inte schablonbeskattade sedan 2001 (jfr IL 39 kap. 6-9 §§ angående vilka bestämmelser som gäller för skadeförsäkringsbolag, utöver vanliga bestämmelser). IL 37 kap. borde därför i sin helhet tillämpas beträffande dessa bolag, (såvida övriga förutsättningar är uppfyllda).

Frågan är huruvida det skulle kunna anses utgöra en felimplementering av direktivet att försäkringsaktiebolag respektive försäkringsföreningar enbart kan fusioneras med motsvarande associationsform. Det skulle kunna anföras att de civilrättsliga reglerna ställer upp högre krav än de som kan utläsas av fusionsdirektivet, som i sin tur kan få negativa skatterättsliga implikationer. Såvida överlåtelsen inte kan genomföras genom fusion, borde det närmaste substitutet till hands vara en inkrämsöverlåtelse, med därtill konventionell beskattning.

7.2 Reglernas förenlighet med EU-rätten

I nuläget kan det konstateras att direktivet explicit enbart valt att inkludera vissa associationsformer. En särskild fråga, är huruvida den valda lösningen är förenlig med primärrätten. Man kan exempelvis föreställa sig att nya associationsformer, som i och för sig befinner sig i motsvarande situation, som de som anges i bilagan inrättas av medlemsstaterna och därmed inte kan delta i en kvalificerad fusion.

Med hänsyn till utformningen av IL 37 kap. 9 § kan frågan för Sveriges del närmast ses som en akademisk fråga. Enligt p. 2 i nyss nämnda bestämmelse, avses med företag även utländskt bolag. Utländskt bolag definieras i sin tur i IL 2 kap. 5 a § som en utländsk juridisk person (se vidare IL 6 kap. 8 §), som beskattas i den stat där den hör hemma, om beskattningen är likartad med den som gäller för svenska aktiebolag. Som utländskt bolag anses alltid en utländsk juridisk person som hänförs till en stat, på det sättet som det beskrivs i IL 2 kap 5 a §, om staten ifråga har ingått ett skatteavtal med Sverige.

Frågan är hur man ska bedöma den situationen att ett bolag från en EES-stat ingår i transaktionen. Med hänsyn till IL 37 kap. 9 § p. 2 och hänvisningen till IL 2 kap. 5a § kan reglerna rörande kvalificerade fusioner tillämpas även i detta fall, såvida det är frågan om en utländsk juridisk person. Det kan noteras att Sverige har ingått skatteavtal med de EES-stater som inte utgör EU-länder, med undantag för Liechtenstein.⁸⁸ Beroende på hur skattemiljön ser ut såsom det anges i IL 2 kap. 5 a § 1st. kan bolaget ingå i en kvalificerad fusion. Här kan noteras det pågående målet C-48/11 från Finland, som har hänskjutits till EUD för inhämtande av förhandsavgörande. Omständigheterna i målet var följande. Det finländska bolaget önskade ett förhandsavgörande då det planerade ett aktiebyte i ett finskt dotterbolag. Det norska aktiebolaget skulle i utbyte utfärda aktier i det norska bolaget. Argumentationslinjen i målet är att aktieutbytet ska vara föremål för en lika

⁸⁸ Se vidare www.skv.se angående förteckning av ingångna skatteavtal.

förmånlig behandling mellan EES-stater som inomeuropeiska aktieutbyten. Artikel 31 samt artikel 40 rörande fri etableringsfrihet samt fri rörlighet av kapital återopades som rättsligt stöd för att aktiebytet skulle vara föremål för lika förmånlig behandling som ett inomeuropeiskt aktiebyte. Av omständigheterna i målet är det klart att varken finsk nationell rätt eller EU-rätt fordrar att aktiebytet i och för sig ska bedömas enligt fusionsdirektivet. Helminen argumenterar för att etableringsfriheten samt den fria kapitalrörelsen borde medföra att omstruktureringen ska godtas. En restriktion borde, i och för sig i större utsträckning kunna godtas, såvida en icke-medlemsstat deltar i omstruktureringen. Med hänsyn till direktivet 77/799/EG angående informationsutbyte mellan medlemsstaterna, borde en restriktion i allt högre utsträckning kunna godtas såvitt avser icke-medlemsstater.⁸⁹ Som angivits ovan är det författarens uppfattning att problemet skulle kunna få betydelse såvitt avser bolag från Liechtenstein. Det kan för fullkomlighetens skull noteras att lag (2011:584) om avtal mellan Sverige och Liechtenstein om utbyte av upplysningar i skatteärenden, borde inskränka möjligheterna till en restriktion om den beskrivna situationen skulle uppkomma.

7.3 Något om transparenta bolag

Genom ändringsdirektivet 2005/19/EG har fusionsdirektivet utsträckts till att även omfatta vissa företag som i en del medlemsstater kan betraktas som transparenta. Reglernas konstruktion är nära sammanlänkade med beskattningsekvenserna. Framställningen ska hållas relativt översiktlig här.

Enligt fusionsdirektivet art. 11 (jfr preambeln p 8) gäller att medlemsstaterna inte är skyldiga att utsträcka direktivet till s.k. transparenta bolag. Som angivits ovan, föreskriver art. 3 att ett bolag, för att omfattas av direktivet, ska vara skyldigt att betala någon av de skatter som anges i bilagan till direktivet. Effekten kan således bli att en medlemsstat betraktar ett bolag som skatterättsligt transparent, även om bolaget anses vara ett enskilt skattesubjekt i sitt hemland.

Resultatet blir i det fallet att landet har möjlighet att rikta skattekrav mot bolagets delägare. Mot den bakgrunden föreskrivs i art. 11.2 att medlemsstaten i så fall måste medge avräkning för den skatt som det transparenta bolaget skulle ha erlagt om transaktionen hade beskattats hos bolaget. Ståhl påpekar att vad reglerna i praktiken innebär är att delägarlandet s.a.s. i förväg beaktar den skatt som i framtiden kommer att utgå i bolagslandet, när de överförda värdena realiserar. Det belopp som därvid ska beaktas är med samma belopp, som om skatten faktiskt hade

⁸⁹ Helminen, *Must EU Merger Directive benefits be made available where EEA States are involved*, European Taxation May 2011, s. 179ff.

utgått och betalats. Det kan därvid noteras att de närmare detaljerna kring hur avräkningen faktiskt ska gå till inte är angivna i bestämmelsen.⁹⁰

För svensk rättsordnings vidkommande kan transparenta bolag närmast sägas utgöra s.k. enkla bolag. Karaktäristiskt för enkla bolag är att det inte är en juridisk person och kan därmed inte ikläda sig rättigheter eller ådra sig skyldigheter. Vidare finns det ingen bolagsandel i de enkla bolagen.⁹¹

Den svenska implementeringen rörande transparenta bolag är invävd i definitionen av företag i IL 37 kap. 9 §, i kombination med 30 a § rörande fiktiv avräkning. Enligt 9 § punkten tre gäller, som angivits ovan, att det utländska företaget ska vara en utländsk juridisk person.⁹² Begreppet utländsk juridisk person är i sin tur definierat i IL 6 kap. 8 §, där det anges att med utländsk juridisk person avses en utländsk association som enligt lagstiftningen i den stat där associationen hör hemma, kan förvärva rättigheter och skyldigheter, föra talan inför domstol och andra myndigheter, samt delägarna inte fritt kan förfoga över associationens förmögenhet.

Ett transparent företag faller således utanför definitionen av företag och kan därmed inte delta i en kvalificerad fusion. Med hänsyn till detta anges i IL 37 kap. 30 a § att avdrag respektive avräkning ska göras om en omstrukturering sker, som innebär att tillgångar samt skulder och andra förpliktelser förs över genom en ombildning. Detta gäller om omstruktureringen hade varit en fusion, om det transparenta bolaget hade kvalificerat att vara ett företag enligt bemärkelsen i IL 37 kap., om överlåtaren är en utländsk juridisk association och om villkoren i övrigt är uppfyllda i IL 37 kap. 9 § p. 3 och 10 §. För det fall gäller enligt IL 37 kap. 30 a § 2st att en delägare som beskattas pga. ombildningen har rätt till avdrag för respektive avräkning av utländsk skatt som om associationen hade betalat den skatt som skulle ha betalats i den stat där associationen hör hemma, om fusionsdirektivet inte hade implementerats. Sverige har således valt att utnyttja de möjligheter, som fusionsdirektivet ger att undanta transaktioner där ett transparent företag deltar. Beskattning sker då enligt vanliga regler, med motsvarande rätt till fiktiv avräkning.⁹³ Det kan i sammanhanget noteras att 30 a § använder samma formulering som 30 §, angående storleken på avdraget.

En av slutsatserna som man borde kunna dra av det ovan diskuterade avgörandet RÅ 2010 ref. 92, med hänsyn till tillämpningen av 30 §, är att avräkning inte alltid räcker för att neutralisera uttagsbeskattningen, t.ex. när landets skatt är lägre än svensk skatt. Eftersom formuleringen av de två

⁹⁰ Se vidare Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 205 ff.

⁹¹ Se exv. Danielsson, *Ändringar i fusionsdirektivet*, SN 2005 nr 7-8. Se vidare även lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag BL 4 kap, samt Sandström, *Handelsbolag och enkla bolag – en lärobok*, s. 47ff.

⁹² Jfr 37 kap. 9 § p. 2 som anger att med utländskt företag bl.a. avses utländskt bolag. Definitionen av utländskt bolag enligt IL 2 kap. 5 a § innehåller även rekvisitet utländsk juridisk person.

⁹³ Se prop. 2006/07:2 s. 102.

bestämmelserna är densamma, skulle man kunna tänka sig att detta även gäller för tillämpningen av 30 a §.⁹⁴

⁹⁴ Se ovan 6.4.3.3.

8 Fusionsvederlaget

8.1 Vederlagets karaktär enligt fusionsdirektivet

Enligt fusionsdirektivet art.2 uppställs ett krav på att kontantdelen inte får utgöra mer än 10% av det nominella värdet eller, om det inte finns något nominellt värde, av det bokföringsmässiga parivärdet av dessa värdepapper.

Fusionsvederlaget får därtill enligt direktivet omfatta värdepapper som representerar kapital i det övertagande bolaget. Någon närmare definition av begreppet värdepapper finns inte i fusionsdirektivet.⁹⁵

8.2 Vederlagets karaktär enligt IL

IL 37 kap. (jfr. i synnerhet IL 37 kap. 3-4 §§, samt 13 §) uppställer inte någon begränsning vad gäller fusionsvederlagets karaktär för att reglerna om skattekontinuitet på bolagsnivå ska gälla. Beskattning på ägarnivå på andra ställen i IL.⁹⁶ Enligt tidigare lydelse av 48a kap. 2 § samt 49 kap. 2 § (SFS 2002:1143) var ett krav för uppskjuten beskattning på ägarnivå att kontantvederlaget inte fick uppgå till mer än 10%. Rekvisitet om 10 % har enligt nu gällande lydelse slopats.⁹⁷ Slopandet motiverades med hänvisning till RÅ 2002 ref. 27, med att regeln rörande kontantvederlaget ändå kunde kringgås genom att upprätta två olika avtal.⁹⁸

Det är författarens uppfattning att den svenska implementeringen med hänsyn till det nu sagda får anses mer generös än motsvarande bestämmelser i fusionsdirektivet. Tillämpningsområdet blir mer vidsträckt än vad som egentligen fordras genom direktivet. Som diskuterats ovan är skattekontinuiteten vid kvalificerade fusioner mer gynnsam än liknande transaktioner, som bedöms enligt allmänna skatterättsliga regler.⁹⁹ Frågan aktualiserar den under 5.1 angivna problematiken om fusionsdirektivet ska anses vara ett minidirektiv.

Det förefaller som om regeln rörande kontantvederlaget har implementeras olika i medlemsstaterna. Lozev påpekar att i Sverige, Danmark och Tyskland har någon begränsning av kontantvederlaget som motsvarar kravet

⁹⁵ Se vidare nedan 7.3

⁹⁶ Se avsnitt 3.

⁹⁷ Se vidare prop. 2005/06:39 s. 58f.

⁹⁸ Prop. 2005/06:39 s. 27.

⁹⁹ Se avsnitt 3.

i fusionsdirektivet inte införts.¹⁰⁰ Serup med hänvisning till de danska förarbetena påpekar att sloandet av kapitalbegränsningen utgör en liberalisering av fusionsdirektivets krav, som måste anses godtagbar, eftersom direktivet är ett minimidirektiv. Däremot kan, menar Serup, storleken på kontantdelen få betydelse vid bedömningen av om transaktionen anses vara en skatteflyktstransaktion.¹⁰¹

8.3 Vederlagets karaktär enligt ABL

Till skillnad mot IL uppställer ABL 23 kap. 2 § krav på att fusionsvederlaget ska bestå av aktier i det övertagande bolaget eller av pengar. Mer än hälften av vederlagets sammanlagda värde måste utgöras av aktier.

Definitionen av fusion enligt IL 37 kap. 3 § är i och för sig skatterättslig och har ingen direkt anknytning till civilrättsliga regler. Inte desto mindre har de aktiebolagsrättsliga reglerna betydelse, såtillvida att en fusion som inte uppfyller kraven enligt ABL, inte kan registreras som en fusion. Förfarandet kommer därmed inte vara att anse som en fusion, utan mer troligt som en upplösning genom likvidation. Följden blir att skattekonsekvenserna får bestämmas enligt de allmänna reglerna i IL.¹⁰²

De aktiebolagsrättsliga kraven på fusionsvederlagets karaktär borde därmed inte kunna vara mindre förmånliga än den skatterättsliga regleringen enligt fusionsdirektivet, eftersom en divergens effektueras genom mindre förmånliga beskattningskonsekvenser.

I det här sammanhanget kan det ifrågasättas om kravet på ”aktier” enligt ABL 23 kap. 2 § är förenligt med fusionsdirektivet. Artikel 2 föreskriver, vid sidan om gränsen för kontantvederlag om 10 %, att delägarna i det överlåtande bolaget i utbyte mot inkråmet ska kompenseras genom att det till dem ”*utfärdas värdepapper som representerar kapitalet i det andra bolaget*”. Frågan är om inte begreppet värdepapper är mer vidsträckt än den svenska implementeringen. Den engelska versionen pekar även i den riktningen, där det föreskrivs att:

”...in exchange for the issue to their shareholders of *securities* representing the capital of that other/new company...”

Frågan är om s.k. mezzanine finansiering även kan anses rymmas inom direktivet. Mezzanine finansiering kan närmast betraktas som en hybrid mellan eget och främmande kapital och omfattar t.ex. konvertibler och obligationer.

¹⁰⁰ Lozev, *Survey of implementation of the EC Merger Directive – A Summary with Comments, European Taxation 2010 (Volume 50), No 2/3.*

¹⁰¹ Serup, *Fusionskatteloven med kommentarer, (3. udgave), s. 191.*

¹⁰² Baekkevold, Baran, Eriksson, Fernlund, Jonsson, Kindlund, Sjöblom, Virin, *Inkomstskatt, en lagkommentar, Del 1 Inkomstskattelagen 1-40 kap, s. 714.*

Ståhl menar att fusionsdirektivets krav på värdepapper måste avse andelar i det övertagande bolaget och därmed exkludera olika former av hybridinstrument. Vad som talar för detta är att det annars skulle gå att kringgå regeln om kontantvederlag, eftersom ett dylikt instrument kan lösas in. Detta skulle i förlängningen kunna leda till att kontantbegränsningen skulle komma att urholkas. Dessutom ger dylika instrument ingen rösträtt, vilket även talar mot att bortse från dylika instrument.¹⁰³

Även om ABL 23 kap. 2 § ger utrymme för en större kontantandel än fusionsdirektivet art. 2, är diskussionen ändå av betydelse eftersom ABL uteslutande godtar aktier och kontanter som fusionsvederlag.¹⁰⁴ Om fusionsdirektivet skulle medge även andra instrument såsom fusionsvederlag, vore det problematiskt om enbart fusioner där aktier respektive kontanter används som vederlag i praktiken kan registreras.

¹⁰³ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 121.

¹⁰⁴ Se vidare prop. 1993/94:196 s. 91.

9 Beskattningsårets längd

Enligt svensk rätt gäller enligt IL 37 kap. 11 § att beskattningsåret såsom det anges i 19 § för den överlåtna verksamheten inte får komma att överstiga arton månader genom fusionen.

Enligt 19 § gäller att det övertagande företags beskattningsår för den övertagna näringsverksamheten är tiden från ingången av det överlåtande företags beskattningsår till utgången av det räkenskapsår för det övertagande företaget som avslutas närmast efter det att fusionen genomförs.

I utredningen SOU 1998:1 angavs dock att om det föreligger särskilda skäl, bör dock skattemyndigheten kunna medge att räkenskapsåret får överstiga 18 månader. Medgivande bör enligt förarbetena kunna lämnas i de fall det av affärsmässiga skäl skulle framstå som olämpligt att arrangera fusionen såtillvida att villkoret ska uppfyllas.¹⁰⁵ I propositionen diskuterades även huruvida det skulle finnas möjlighet att bevilja dispens när beskattningsåret skulle överstiga 18 månader.

Riksskatteverket RSV avstyrkte förslaget och förde en argumentationslinje som baserades på att kravet skulle utgöra ett alltför komplicerat inslag i skattelagstiftningen. Lagrådet avstyrkte även förslaget angående dispensmöjlighet bl.a. med hänvisning till de tillämpningsproblem som skulle kunna uppkomma om detta medgavs, eftersom ett räkenskapsår enligt Bokföringslagen (1999:1078) BfL inte får överstiga 18 månader och att en annan ordning skulle kunna leda till svåra tillämpningsproblem. Enligt Lagrådet borde företag som har för avsikt att genomföra fusioner kunna planera omstruktureringen, utan några egentliga olägenheter såtillvida att kravet på arton månader uppfylls. Regeringen delade i propositionen Lagrådets uppfattning angående dispensregeln.¹⁰⁶ Det borde med hänsyn till den efterkommande diskussionen i propositionen inte gå att läsa in ett undantag från beskattningsårets längd, även om särskilda skäl föreligger. (Det kan även noteras att i SKV:s allmänna handledning för taxering diskuteras över huvud taget inte möjligheten till dispens om beskattningsåret skulle komma att överstiga 18 månader).¹⁰⁷

Frågan är däremot om kravet på beskattningsårets längd skulle kunna anses utgöra en felimplementering av fusionsdirektivet, eftersom något motsvarande rekvisit inte är upptaget i fusionsdirektivet. Ståhl argumenterar för att så inte borde vara fallet, eftersom regeln närmast kan ses som ett utflöde av kontinuitetsregeln. Det kan i det här sammanhanget noteras att kontinuitetsregeln enligt fusionsdirektivet art. 4 har hållits mycket kortfattad och det därför är rimligt att se det som att medlemsstaterna har givits ett

¹⁰⁵ SOU 1998:1 s. 228.

¹⁰⁶ Se prop. 1998/99:15 s. 222f.

¹⁰⁷ Se Handledning för beskattning vid 2011 års taxering, del 3, s. 499ff.

betydande utrymme för att närmare precisera hur kontinuiteten ska upprätthållas. Med hänvisning till argumentationslinjen som förs i förarbetena menar Ståhl att kravet på arton månader borde ses som en godtagbar precisering av kontinuitetsregeln. Det kan även noteras att enligt BfL 3 kap. 3 § gäller att ett räkenskapsåret inte får överstiga 18 månader. Inte desto mindre är det ofrånkomligt att fusioner som bedöms enligt de svenska reglerna kan komma inskränka tillämpningsområdet för skattefrihet enligt art. 4.¹⁰⁸ I det här sammanhanget finns det anledning att ta fasta på en av de principer som EUD har slagit fast i Leur-Bloem avgörandet (C-28/95), av vilket det framgår att medlemsstaterna inte kan föreskriva ytterligare rekvisit för att reglerna i fusionsdirektivet ska vara tillämpliga. Det kan emellertid diskuteras i vilken utsträckning Leur-Bloem avgörandet har implikationer i det här sammanhanget. Målet aktualiserade implementeringen av art 2 d i fusionsdirektivet, varvid den nederländska lagstiftaren hade lagt till ytterligare rekvisit för att en definition i direktivet skulle vara tillämpligt.¹⁰⁹ Frågan om beskattningsårets längd är mer intrikat, eftersom den ligger på gränsen till preciseringen av hur kontinuitetsregeln ska utformas.

Det är dock osannlikt att frågan kommer ställas på sin spets, eftersom företag med största sannolikhet kommer foga sig efter kravet i IL, eftersom det trots allt är ett rekvisit som med rimlig grad av planering går att uppfylla.

¹⁰⁸ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 261f.

¹⁰⁹ Jfr *Survey of the implementation of Council Directive (90/434), the merger directive as amended*, s. 10.

10 Skatteflyktsbestämmelser

10.1 Inledning

Fusionsdirektivet innehåller även bestämmelser rörande skatteflykt. Eftersom den här framställningen syftar till att diskutera tillämpningsområdet för kvalificerade fusioner, sätter reglerna rörande skatteflykt den yttersta gränsen för direktivets tillämpningsområde. Det är dock till viss del ett sidospår från uppsatsens huvudsakliga syfte och kommer därför hållas relativt övergripande.

Som angivits ovan under 5.2 kan en direktivbestämmelse enbart ha vertikal direkt effekt till den skattskyldiges fördel. Vad gäller direktivbestämmelserna om skatteflykt innebär detta att dessa inte kan åberopas direkt, såvida de leder till ett för den skattskyldiga mindre gynnsamt resultat.¹¹⁰ I Sverige gäller den allmänt hållna lag (1995:575) mot skatteflykt (nedan skatteflyktslagen) även vid fusioner. Det finns således inga särregleringar till följd av fusionsdirektivet art. 15. Skulle däremot skatteflyktslagen leda till mindre gynnsamma resultat kan det diskuteras huruvida fusionsdirektivet direkt borde kunna åberopas för att sätta skatteflyktslagen åt sidan.

10.2 Skatteflykt enligt fusionsdirektivet

Enligt fusionsdirektivet art. 15 gäller att en medlemsstat får vägra att tillämpa eller återkalla förmånen av reglerna rörande kvalificerade fusioner, såvida transaktionen har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsakligt syfte eller ett av sina huvudsakliga syften. Det föreligger enligt direktivet en presumtion att så är fallet, om transaktionen inte är motiverad av godtagbara kommersiella skäl, såsom omstrukturering eller rationalisering av verksamheten i de bolag som berörs av transaktionen. Av EUD: s praxis framgår att med hänsyn till att skatteflyktsbestämmelsen utgör ett undantag från reglernas tillämpningsområde i fusionsdirektivet, samt med beaktande av regelns lydelse, ändamål och sammanhang, ska den tolkas restriktivt.¹¹¹

En svårbesvarad fråga är hur skatteflyktsbestämmelsen enligt fusionsdirektivet ska tolkas. Det kan argumenteras för att man kan hämta vägledning från EUD: s praxis rörande fördragsstridiga skatteregler. Regler som inte syftar att komma åt rent konstlade upplägg, dvs. utpräglade

¹¹⁰ Se även Kofoed C-321/05, p. 41-48, där EUD diskuterar betydelsen av att det finns någon form av nationell implementering. Exakt hur denna är utformad är dock i princip en fråga för medlemsstaterna.

¹¹¹ Zwijnenburg C-352/08 p. 46.

kringgåendetransaktioner har inte ansetts kunna rättfärdigas av EUD. Det kan i det här sammanhanget noteras att i mål där skatteflykt enligt fusionsdirektivet har varit uppe till prövning har hänvisning gjorts till den allmänt hållna formuleringen att EU-rätt inte får föranleda rättsmissbruk.¹¹² Problemet kompliceras av att det tycks vara oklart huruvida det finns ett enhetligt test inom EU för att bedöma skatteflykt¹¹³, eller om olika test gäller för mervärdesskatt¹¹⁴ och direkt beskattning där sekundärrätt saknas¹¹⁵. Där hänvisningen till den allmänt hållna formuleringen att EU-rätt inte får föranleda rättsmissbruk, när fusionsdirektivet prövats, förekommer emellanåt hänvisning till både fall som behandlar skatteflykt enligt mervärdesskatt och direkt beskattning där sekundärrätt saknas och emellanåt enbart till mervärdesskatterätt.¹¹⁶

Leur-Bloem målet ger även viss vägledning om hur skatteflyktsbestämmelsen ska tolkas. P.g.a. utrymmesskäl kommer den deskriptiva delen av målet lämnas därhän här. En viktig princip som framgår av målet är att nationella regler som per automatik klassificerar en viss typ av transaktioner som skatteflyktstransaktioner, inte är förenliga med fusionsdirektivet. Det krävs en övergripande prövning för att kunna ta ställning till huruvida en viss särskild transaktion har skatteflykt som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften.¹¹⁷

Som utgångspunkt gäller att det är ovidkommande huruvida bevekelsegrunden för en fusion är finansiella, ekonomiska eller rent skattemässiga skäl.¹¹⁸ Däremot gäller att transaktionen inte får ha skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsakligt syfte eller ett av sina huvudsakliga syften. En svår fråga är hur den sistnämnda lokutionen ska tolkas. Ett alternativ vore att göra en viktning av olika syften, för att se vilket som starkast gör sig gällande. Ett annat alternativ vore att bedöma huruvida transaktionen skulle ha genomförts oberoende av fiskala intressen. Praxis från EUD förefaller även ge begränsad vägledning.¹¹⁹

Avslutningsvis ska något sägas om presumtionsregeln. Såvida transaktionen inte genomförs av godtagbara kommersiella skäl föreligger en presumtion att transaktionen har skatteflykt som sitt huvudsakliga syfte eller ett av sina huvudsakliga syften. Såvida godtagbara kommersiella skäl för transaktionen saknas kan det antas att det ankommer på den skattskyldiga att bevisa att transaktionen inte är betingad av skatteflyktsskäl.¹²⁰ Enbart skattemässiga skäl anses emellertid inte kunna konstituera kommersiella skäl. Om transaktionen däremot grundas på flera skäl, varav skatteskal är ett, kan godtagbara kommersiella skäl vara för handen, under förutsättning att de

¹¹² Se exempelvis Kofoed C-321/05 p. 38; Foggia C-126/10 p. 50.

¹¹³ Se Petrosovitch, *Abuse under the Merger Directive*, *European Taxation 2010*, s. 559f.

¹¹⁴ Halifax C-255/02.

¹¹⁵ Cadbury Schweppes Overseas C-196/04.

¹¹⁶ Se exv. Kofoed C-321/05 p. 38; Foggia C-126/10 p. 50.

¹¹⁷ Leur-Bloem C-28/95, p. 41-44.

¹¹⁸ Se Leur-Bloem C-28/95 p. 36, Kofoed C-321/05 p. 30 samt Foggia C-126/10 p. 31.

¹¹⁹ Petrosovitch, *Abuse under the Merger Directive*, *European Taxation 2010*, s. 562.

¹²⁰ Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 220.f.

skattemässiga skälen inte är de huvudsakliga.¹²¹ I den nyligen avkunnade Foggia domen konstaterade EUD att det inte förelåg en presumtion för godtagbara kommersiella skäl, när koncernens besparingar vad gäller strukturella kostnader tycks vara ytterst marginella i förhållande till skattebesparingarna som uppgick till drygt 2 miljoner euro i fallet. Vidare påpekades att presumtionen för kommersiella godtagbara skäl inte var uppfylld när det överlåtande bolaget inte bedriver någon verksamhet, inte innehar några finansiella andelar samt endast överför skattemässiga underskott till det övertagande bolaget, vilka uppgår till betydande belopp och vilkas ursprung är oklart, även om transaktionen har en positiv inverkan på koncernens strukturella kostnader.¹²²

10.3 En kort jämförelse med skatteflyktslagen

Som nämnts ovan i 10.1 tillämpas skatteflyktslagen även vid omstruktureringar som omfattas av fusionsdirektivet. Enligt skatteflyktslagen 2 § ska hänsyn inte tas till en rättshandling om

- rättshandlingen, ensam eller tillsammans med annan rättshandling, ingår i ett förfarande som medför en väsentlig skatteförmån för den skattskyldige,
- den skattskyldige direkt eller indirekt medverkat i rättshandlingen eller rättshandlingarna,
- skatteförmånen med hänsyn till omständigheterna kan antas ha utgjort det övervägande skälet för förfarandet, och
- en taxering på grundval av förfarandet skulle strida mot lagstiftningens syfte som det framgår av skattebestämmelsernas allmänna utformning och de bestämmelser som är direkt tillämpliga eller har kringgåts genom förfarandet.

Det faller utanför föremålet för denna uppsats att gå in på en detaljerad beskrivning av tillämpningsområdet enligt skatteflyktslagen. Det kan dock noteras att skatteflyktslagen inte förefaller implicera ett vidare tillämpningsområde än fusionsdirektivet. I förarbetena anges att med övervägande skäl avses att det krävs att skatteförmånen vid en objektiv betraktelse väger tyngre än övriga skäl som den skattskyldiga haft för sitt handlande. Finns affärsmässiga, organisatoriska eller andra skäl som kan anses väga tyngre är skatteflyktslagen inte tillämplig.¹²³ Det kan noteras att fusionsdirektivet enligt sin ordalydelse inte framstår som mer vidsträckt i sitt tillämpningsområde.¹²⁴ Persson Österman påpekade i samband med det under 10.2 omnämnda avgörandet Foggia C-126/10, att avgörandet tycks

¹²¹ Foggia C-126/10 p. 35.

¹²² Foggia C-126/10 p. 47 samt p. 50.

¹²³ Prop. 1996/97:170 s. 44.

¹²⁴ Jfr fusionsdirektivet art. 15 som anger ”ett av sin huvudsakliga syften”.

indikera att den svenska skatteflyktslagen normalt inte borde kunna uppfattas vara i konflikt med fusionsdirektivet.¹²⁵

Det kan dock uppmärksammas att skatteflyktslagen inte innehåller någon motsvarighet till presumtionsregeln i fusionsdirektivet art. 15. Ståhl menar att formuleringen i skatteflyktslagen 2 § att rättshandlingen med hänsyn till omständigheterna kan antas ha utgjort det övervägande syftet, mycket väl skulle kunna tolkas så att såvida inga godtagbara kommersiella skäl är för handen presumeras skatteflykt. Å andra sidan skulle det kunna göras gällande att effekten kan bli skärpande lagstiftning till den skattskyldiges nackdel.¹²⁶

¹²⁵ <http://skattenatet.ey.se/2011/11/11/eu-domstolen-godtar-vagrat-avdrag-for-underskott-vid-fusion/>

¹²⁶ Se Ståhl, *Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*, s. 222; jfr ovan 5.2.

11 Avslutning

Det har varit författarens avsikt att fortlöpande i texten dra slutsatser och kommentera regelverket. Detta kapitel syftar framför allt till att ge några avslutande reflektioner. Som påpekades inledningsvis i den här uppsatsen var ett av syftena med institutet fusioner att förenkla omstruktureringar och utgöra ett substitut mot inkråmsöverlåtelser i kombination med likvidation. Inte desto mindre är det författarens uppfattning att de skatterättsliga reglerna rörande fusioner måste anses vara ett relativt svårtillgängligt område. En bidragande faktor till detta är att det finns såväl primärrätt som sekundärrätt, som måste beaktas. I vissa fall tycks det till och med som om sekundärrätten inte är förenlig med primärrätten. Saken kompliceras av att bestämmelserna i fusionsdirektivet aktualiserar EU-rättsliga frågeställningar, där rättsutvecklingen i EUD: s praxis långt ifrån har stannat upp. Under arbetets gång har exempelvis domar avkunnats i National Grids målet och Foggia målet.

Frågan om kravet på skattskyldighet, som borde anses vara ett av de mer centrala rekvisiten, aktualiserar i princip alla de problemen som nyss nämnts. Om rekvisitet strikt tillämpas kan det effektuera såväl uttagsbeskattning som underlåtenhet att beakta underskott. Det finns i nuläget ett antal pågående mål i EUD angående uttagsbeskattning vid flytt av bolag. Även HFD har prövat och i vissa fall underkänt de svenska reglerna rörande uttagsbeskattning. Problematiken har analyserats ovan i 6.4.4. och kommer inte att upprepas här. Vad gäller den andra sidan av myntet, dvs. hantering av underskott har HFD genom RÅ 2009 ref. 13 öppnat upp för att det under vissa förutsättningar kan bli aktuellt att underkänna reglerna om skattskyldighet i IL vid fusioner. I brist på vägledande praxis återstår det att se hur de närmare förutsättningarna kommer att se ut för att underskott ska beaktas även om rekvisiten i IL 37 kap. 11 -12 §§ inte är uppfyllda.

En ytterligare komplikation är att den svenska implementeringen i relevanta avseenden avviker från fusionsdirektivet och i vissa fall till den skattskyldiges nackdel. Så är exempelvis fallet med kravet på beskattningsårets längd, som saknar motsvarighet i direktivet. Detsamma gäller angående vilka associationsformer som kan ingå i en kvalificerad fusion. Vissa schablonbeskattade associationsformer, som i och för sig omfattas av direktivet, är även föremål för mindre förmånliga särregleringar. Därtill måste även de associationsrättsliga regleringarna beaktas, som utgör ramverket för när det i praktiken går att genomföra en fusion.

Utöver det nu sagda är det inte helt klart hur tolknigen av skatteflyktsbestämmelserna i fusionsdirektivet ska göras. Det är trots allt dessa regler som kan sägas sätta den yttersta gränsen för regelverkets tillämpningsområde. Som angivits ovan gäller i Sverige den allmänna skatteflyktslagen. Så länge skatteflyktsbestämmelserna i lagen inte

implicerar ett för den skattskyldiga mindre gynnsamt resultat är detta i och för sig inget problem, med hänsyn till att direktiv inte kan ha vertikal direkt effekt till den skattskyldiges nackdel. Det nyligen avkunnade domen i Foggia målet pekar dock på att de svenska reglerna rörande skatteflykt inte förefaller att vara i konflikt med fusionsdirektivet.

Som diskuterats inledningsvis är syftet med fusionsdirektivet inte att skapa ett område för skattefria omstruktureringar. Syftet är att åstadkomma uppskjuten beskattning. Regelverket måste anses vara av inte obetydlig betydelse i de situationer då tillgångarna förblir i bolagssfären, kanske i många fall t.o.m. i samma koncern. Om inte likviditetsreserven utökas är det svårt att se hur skattebetalningsförmågan förbättras efter en fusion. Därför framstår det som påkallat att tydliga regler finns för reglernas tillämpningsområde. Det är dock författarens uppfattning att regelverkets tillämpningsområde i vissa avseenden inte är så klart som man kunde önska. Eftersom området aktualiserar interaktion mellan primärrätt, sekundärrätt och dessutom nationell rätt blir det förmodligen svårt, att med enbart intern lagstiftning undanröja de tillämpningsproblem som finns i nuläget.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1993/94:196. Ändringar i Aktiebolagslagen (1975:1385) m.m.

Prop. 1994/95:52. Beskattningen vid gränsöverskridande omstruktureringar inom EG, m.m.

Prop. 1997/96:170. Reformerad skatteflyktslag.

Prop. 1998/99:15. Omstruktureringar och beskattning.

Prop. 1999/2000:2 del 2. Inkomstskattelagen.

Prop. 2005/06:39. Vissa skattefrågor med anledning av ny aktiebolagslag m.m.

Prop. 2006/07:1. Budgetpropositionen för 2007.

Prop. 2010/11:147. Enklare fusion av aktiebolag.

Lagrådsremiss. Genomförande av ändringar i fusionsdirektivet.

SOU 1998:1. Omstruktureringar och beskattning.

SOU 2005:19. Beskattning vid omstruktureringar enligt fusionsdirektivet.

Ds 2006:22 Gränsöverskridande fusioner.

Litteratur

Alhager, Magnus, *Fusion av helägt aktiebolag – särskilt rörande skattemässig hantering av koncernmässig goodwill och negativa fusionsdifferenser*, SN nr 4 2002.

Andersson, Mari; Saldén Enérus, Anita; Tivéus, Ulf, Zeteo
Inkomstskattelagen en kommentar. (Internetutgåva). Norstedts Juridik.
2011.

Andrén, Niclas; Eriksson, Tore; Hansson, Sigurd, *Finansiering*. Liber.
Malmö.

Baran, Mahmut, *Något om den skatterättsliga kontinuiteten vid fusioner*, SN nr 10 2002.

Baran, Mahmut, *Skatterättsliga konsekvenser för företag som deltar i en fusion – med särskild inriktning på kontinuiteten vid beskattningen*, Examensarbete Stockholm VT 2001.

Bækkevold, Arne; Baran, Mahmut; Eriksson, Leif; Fernlund, Carl Gustav; Jonsson, Lars; Kindlund, Peter; Sjöblom, Håkan; Virin, Niclas, *Inkomstskatt, en lagkommentar, Del 1 Inkomstskattelagen 1-40 kap.* Thomson Reuters. 2010.

Berk, Jonathan; DeMarzo, Peter, *Corporate Finance*, (2:a uppl.). Pearson, Boston.

Carlsson, Jesper, *Karnov - en lagkommentar på internet*.

Craig, Paul; De Búrca, Gráinne, *EU Law - Text, Cases, and Materials* (4e uppl.). Oxford University Press. New York.

Danielsson, Per, *Ändringar i fusionsdirektivet, SN 2005 nr. 7-8*.

Finnerty, Merks, Petriccione, Russo, *Fundamentals of International Tax Planning*. IBFD. Amsterdam.

Harford, Jarrad, *What drives Merger Waves*, *Journal of Financial Economics* 77 (2005): 529-560.

Helminen, Marjaana, *EU Tax Law – Direct Taxation 2010*. IBFD. Amsterdam.

Helminen, Marjaana, *Must EU Merger Directive Benefits be made available where EEA States are involved*, *European Taxation* May 2011, s. 179-183.

LLMS, *Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, del 2, (12e uppl.)*.

Lozev, Konstantin; *Survey of implementation of the EC Merger Directive – A Summary with Comments, European Taxation 2010 (Volume 50), No 2/3*.

Magnell, Viktor; Sandström, Karl, *Omvända fusioner – när moderbolag ”går upp” i dotterbolag*, *SvSkt* 2003:6-7.

Melbi, Ingrid, *A 10 Omstruktureringar*, *SN* 2011 nr 6.

Næsborg Jensen, Søren, *EU Selskabsskatteret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1997.

Nilsson, Ulf; Ugglå, Carl-Magnus, *EG-rättens inverkan på nationell rätt – särskilt tolkningen av fusionsdirektivet*, *SvSkt* 2004:6-7.

Pelin, Lars, *Internationell skatterätt, i ett svenskt perspektiv*. 4:e uppl. Prose Design & Grafik. Lund.

Persson Österman, Roger, *Kontinuitetsprincipen i den svenska inkomstbeskattningen*, Juristförlaget. Stockholm.

Persson Österman, Roger, *Strider fusionsdirektivets krav på fast driftsställe mot EG-fördragets krav på frihet? SN 2004 nr 5.*

Petrosovitch, Katrina, *Abuse under the Merger Directive*, European Taxation 2010, s. 558-567.

Pötgens, Jakobsen, *Tax Neutral Divisions of Companies*, European Taxation 1999, s. 81-88.

Roupe, Jacob M., *Maria Nelsons avhandling: Utflyttning av aktiebolag – en analys i ljuset av den internationella skatterätten och EU-rätten*, SN 2011 nr 11.

Sandström, Torsten, *Svensk aktiebolagsrätt* (2:a uppl.). Norstedts Juridik. Stockholm.

Sandström, Torsten, *Handelsbolag och enkla bolag – en lärobok* (5e uppl.). Norstedts Juridik. Stockholm.

Serup, Michael, *Fusionskatteloven med kommentarer*, (3. udgave).

Ståhl, Kristina, *Fusionsdirektivet, Svensk beskattning i EG-rättslig belysning*. Iustus. Uppsala.

Ström, Göran; Rossbol, Boel, och Norrling, Karin, *Gränsöverskridande fusioner*, SvSkT 2009:4.

Terra, Ben; Wattel, Peter, *European Taxation*. 5:e uppl. Kuwers. Haag.

Internetkällor

<http://www.ey.com/SE/sv/Services/Tax/Business-Tax/tn-2010-11-regeringsratten-faststaller-forhandsbesked-om-gransoverskridande-fusion>

<http://skattenatet.ey.se/2011/11/11/eu-domstolen-godtar-vagrat-avdrag-for-underskott-vid-fusion/>

www.oecd.org

www.skv.se

Övrigt

SKV: s ställningstagande: *Uttagsbeskattning och återföring av periodiserings-, ersättnings-, respektive expansionsfond när inkomst av näringsverksamhet inte längre ska beskattas i Sverige*, dnr 131 228506-11/111.

Handledning för beskattning vid 2011 års taxering, del 3.

KOM/2006/0825 slutlig: Meddelande från Kommissionen till Rådet, Europaparlamentet och Europeiska Ekonomiska och Sociala kommittén – *Utflyttningsbeskattning och behovet av samordning av medlemsstaternas skattepolitik*

Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The merger directive, as amended).

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EUD

Van Gend en Loos (C-26/62).

Verbond van Nederlandse Ondernemingen (C-51/76).

Marshall (C-152/84).

Daily Mail (C-81/87).

Leur-Bloem (C-28/95).

Anderson og Jensen (C-43/00).

Lankhorst-Hohorst (C-324/00).

Halifax (C-255/02).

SEVIC (C-411/03).

Marks & Spencer (C-446/03).

Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04).

Oy AA (C-231/05).

Kofoed (C-321/05).

Lidl (C-414/06).

Cartesio (C-210/06).

Zwijnenburg (C-352/08).

Kommissionen mot Spanien (C-269/09).

Foggia (C-126/10).

National Grid Indus (C-371/10).

Kommissionen mot Danmark (C-261/11).

Kommissionen mot Nederländerna (C-301/11).

Rättsfall från HFD (RR)

RÅ 2000 ref. 18.

RÅ 2000 ref. 36.

RÅ 2002 ref. 27.

RÅ 2009 ref. 5.

RÅ 2009 ref. 13.

RÅ 2009 ref. 35.