

Udvalgte danske omstruktureringsmodeller versus EU's Fusionsdirektiv 90/434/EØF

Udvalgte områder:

- **Aktieombytning**
- **Spaltning**
- **Tilførsel af aktiver**

**Vejleder:
Henrik V. Andersen**

Udarbejdet af:
Thomas Hedegaard Pedersen

I. Forord

Denne afhandling er udarbejdet i perioden august til medio december 2007. Afhandlingen er udarbejdet med henblik på at klarlægge, hvorvidt gældende danske regler for omstruktureringer og praksis herfor reelt lever op til EF-domstolens fællesskabsretlige bestemmelser og fortolkninger på området.

Relevansen af afhandlingens analyse understreges af de væsentlige tiltag på området indenfor dansk lovgivning samt højaktuelle domme fra EF-domstolen, som formodes af få stor indflydelse på både dansk ret og praksis på området. Af samme årsag er både det teoretiske grundlag i opgaven samt selve analysen af delområderne opdelt ud fra, om der er krav om tilladelse eller ej.

Der skal herved lyde en stor tak til statsautoriseret revisor Finn J. Vammen, statsautoriseret revisor Jacob V. Kvist og statsautoriseret revisor Anders Flensted Nielsen for konstruktiv kritik samt sparring i forhold til væsentlige problemstillinger indenfor delområderne.

Endelig en stor tak til vejleder Henrik V. Andersen for engageret og god vejledning i forbindelse med udarbejdelsen af denne afhandling.

Aalborg den 19. december 2007

Thomas Hedegaard Pedersen

1. Summary	6
2. Indledning	8
3. Problemformulering	9
4. Afgrænsning	10
5. Metode	11
6. Afhandlingens opbygning	12
7. EU's Fusionsdirektiv	12
7.1 Forordninger	13
7.2 Direktiver	13
7.3 Beslutninger	14
7.4 Baggrunden for EU's Fusionsdirektiv	14
7.5 Detaljeret gennemgang af Fusionsdirektivet	17
7.5.1 Afsnit I: Almindelige bestemmelser	17
7.5.2 Afsnit II: Bestemmelser vedrørende fusion, spaltning, partiel spaltning og ombytning af aktier	21
7.5.3 Afsnit III: Regler for tilførsel af aktiver	24
7.5.4 Afsnit IV: Særligfældet: Tilførsel af et fast driftssted	24
7.5.4.1 Afsnit IV a: Transparente enheder	24
7.5.5 Afsnit IV b: Regler vedrørende flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted	24
7.5.6 Afsnit V: Afsluttende bestemmelser	25
7.6 Sammenfatning	25
8. Dansk lovgivning	26
9. Aktieombytning	27
9.1 Indledning	27
9.2 Skattefri aktieombytning med tilladelse	27
9.2.1 Hvilke selskaber er omfattet / objektive krav	27
9.2.2 Ombytning i medfør af § 36, stk. 1	28
9.2.3 Ombytning i medfør af § 36, stk. 2	30
9.2.4 Figur 1 Eksempel på aktieombytning ved erhvervelse af bestemmende flertal:	30
9.2.5 Ombytning i medfør af § 36, stk. 3	31
9.2.6 Grundlæggende principper / betingelser for gennemførelse af aktieombytning	31
9.2.7 Vederlaget	32
9.2.8 Fristen for gennemførelsen af aktieombytningen	33
9.2.9 Tilbagevirkende kraft	34
9.2.10 Tilladelsen	34
9.2.11 Klageadgang	35
9.2.12 Udlodninger	35
9.2.13 Subjektive betingelser	35
9.2.14 Formålet baseres på en forretningsmæssig begrundelse	35
9.2.15 Skattemæssige konsekvenser	36
9.2.15.1 For aktionærerne	36
9.2.15.2 For erhvervende selskab	36
9.2.16 Etablering af sambeskatning	37
9.3 Skattefri aktieombytning uden tilladelse	37
9.3.1 De omfattede selskaber	37
9.3.2 Lovgrundlag – ABL § 36 A	37

9.3.3	Objektiverede regler – administrative lettelser	38
9.3.3.1	Aktieombytning i henhold til § 36 A, stk. 1.....	38
9.3.3.2	Aktieombytning i henhold til § 36 A, stk. 2.....	38
9.3.3.3	Vederlaget	38
9.3.3.4	Værdiansættelse	38
9.3.4	Anskaffelsessum og tidspunkt	39
9.3.4.1	Aktionær - fysisk person	39
9.3.4.2	Aktionær - selskab	39
9.3.5	Efterfølgende udlodninger	40
9.3.6	ABL § 36 A, stk. 7 og 8 vedrørende investeringsselskaber	40
9.3.7	Aktieavancebeskatningslovens § 36 A, stk. 10 – Tilladelse kræves "alligevel"	40
9.3.8	Skattemæssige konsekvenser	41
9.3.8.1	Aktionærer	41
9.3.8.2	Erhvervende selskab	41
10.	Spaltning	41
10.1	Indledning	41
10.2	Lovhjemmel	42
10.3	Inden spaltningen gennemføres	42
10.4	Spaltning generelt	42
10.4.1	Universalsuccession	43
10.4.2	Hæftelsen	43
10.4.3	To former for spaltning	44
Figur 10.4.3.1:	Ophørsspaltning	44
Figur 10.4.3.2:	Grenspaltning	45
10.5	Sammenligning med modellen "Tilførsel af aktiver"	45
10.6	Spaltning med tilladelse	46
10.6.1	Betingelser	46
10.6.2	Forløbet ved spaltning	47
Figur 10.6.2.1:	Forløbet ved spaltning - grafisk	47
10.6.3	Vederlaget	48
10.6.4	Fastsættelse af vilkår	48
10.6.5	Skattemæssige konsekvenser	48
10.6.5.1	Implicerede selskaber	48
10.6.5.2	Sambeskatning	49
10.6.5.3	Konsekvenser når indskydende selskab ophører	49
10.6.5.4	Konsekvenser når indskydende selskab ikke ophører	50
10.6.5.5	Konsekvenser for danske aktionærer ved spaltning af udenlandske selskaber	50
10.6.6	Skattepligtig spaltning	50
10.7	Skattefri spaltning uden tilladelse	51
10.7.1	Objektivering af reglerne – administrative lettelser	51
10.7.2	Omfattede selskaber	51
10.7.3	Krav om tilladelse	52
10.7.4	Krav til værdiansættelse	52
10.7.5	Krav om udbyttebegrænsning	52
10.7.6	Mulighed for succession i anskaffelsestidspunkt for vederlagsaktierne	53
10.7.7	Krav til forholdet – gæld vs. aktiver FUL § 15 a stk. 2, 3. pkt.	54
10.7.8	Fremførsel af kildebestemte tab	54

10.7.9 Fremførsel og anvendelse af skattemæssige underskud	54
10.7.9.1 Modtagende selskab	55
10.7.9.2 Indskydende selskab	55
10.7.10 SKAT	55
10.7.11 Ansøgning om tilladelse efter underkendt skattefri omstrukturering	56
10.7.12 Skattemæssige konsekvenser	56
10.7.12.1 De implicerede selskaber	56
10.7.12.2 Indskydende selskab	57
10.7.12.3 Modtagende selskab	57
10.7.12.4 Aktionærerne	57
11. Tilførsel af aktiver	57
11.1 Indledning	57
11.2 Tilførsel af aktiver generelt	58
11.2.1 Modellerne på listeform:	59
Figur 11.2.1.1	59
Figur 11.2.1.2	61
11.3 Skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse	62
11.3.1 Grundlæggende betingelser for tilførsel af aktiver	62
11.3.2 Grenkravet	63
11.3.3 Medarbejderne	64
11.3.4 Passivsiden	64
11.3.5 Immaterielle balanceposter	65
11.3.6 Materielle balanceposter	65
11.3.7 Vederlaget	65
11.3.8 Skyldigt udbytte i indskydende selskab	66
11.4 "Skattepligtig" tilførsel af aktiver	66
11.5 Skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse	67
11.5.1 Objektivisering af reglerne – administrative lettelser	67
11.5.2 Krav om tilladelse	67
11.5.3 Krav til anskaffelsestidspunktet for vederlags aktierne / anparterne	68
11.5.4 Krav om udbyttebegrænsning	68
11.5.5 Mulighed for succession i anskaffelsessum for vederlagsaktierne / anparterne	69
11.5.6 Krav til forholdet mellem gæld og aktiver	69
11.5.7 Begrænsning i fradragsretten for tab på aktier / anparter	70
11.5.8 Skattemæssige underskud	70
11.5.9 SKAT	70
11.5.10 Ansøgning om tilladelse efter underkendt skattefri omstrukturering	71
11.5.11 Mulighed for tilbagevirkende kraft	71
12. Danske omstruktureringsmodeller versus EU's Fusionsdirektiv	71
12.1 Indledning	71
12.2 Aktieombytning	73
12.2.1 Grundlæggende begreber i hidtidig praksis med ansøgning om tilladelse	74
12.2.1.1 Forsvarlige forretningsmæssige betragtninger	74
12.2.1.1.1 SKM.2001.37	74
12.2.1.1.2 Leur-Bloem dommen C-28/95 af 17. juli 1997	75
12.2.1.1.3 SKM 2005.167	78
12.2.1.1.4 SKM2007.806.LSR og SKM2007.807.DEP	81

12.2.1.2 Tilladelse med vilkår.....	81
12.2.1.2.1 TfS 1997. 186 LR.....	82
12.2.1.3 Omkvalificering af udlodninger ved skattefri aktieombytning.....	82
12.2.1.3.1 SKM 2001.288.TSS	83
12.2.1.3.2 C – 321/05 af 5. juli 2007 omhandlende Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet.....	83
12.2.1.4 Dansk praksis med tilladelse i forhold til EU-praksis.....	85
12.2.2 Det nye spor i dansk lovgivning – ikke krav om tilladelse.....	87
12.2.2.1 Ejertids vilkåret	89
12.2.2.2 Væsentlig værnsbestemmelse i forhold til EU's Fusionsdirektiv 90/434.....	89
12.3 Spaltning	90
12.3.1 Grænseoverskridende spaltning - EF-dom C-411/03 Sevic Systems	91
12.3.2 Praksis og vurdering af forretningsmæssig begrundelse for spaltning	92
12.3.2.1 Uenighed blandt aktionærene - SKM2005.429.TSS	92
12.3.2.2 Pengetanksreglen	94
12.3.2.3 Generationsskifte - TfS.2004.206.TSS	94
12.3.2.4 Grenkravet / grænseoverskridende spaltning.....	96
12.3.3. Dansk praksis med tilladelse i forhold til EU-praksis.....	98
12.3.4 Det nye spor i dansk lovgivning	100
12.3.5 Væsentlige værnsregler i forhold til EU's Fusionsdirektiv	100
12.3.5.1 SKM2007.818.SR	101
12.4 Tilførsel af aktiver.....	101
12.4.1 En samlet virksomhed eller en gren af en virksomhed	102
12.4.2 Fordeling af aktiver og passiver.....	103
12.4.2.1 TfS 2000.616 LR.....	103
12.4.2.2 C-43/00 EF Andersen og Jensen ApS.....	104
12.4.3 Vederlaget	106
12.4.4 Udlodning versus kontantvederlæggelse	107
12.4.4.1 TfS 2005 237 LSR	107
12.4.5 Dansk praksis med tilladelse i forhold til EU-praksis.....	108
12.4.6 Det nye spor i dansk lovgivning – ikke krav om tilladelse.....	108
13. Konklusion	110
14. Bilag.....	113
14.1 Bilag 1 Selskaber omfattet af EU's Fusionsdirektiv art. 3 litra a	113
14.2 Bilag 2 – Skematisk oversigt ”det nye spor” skattefri aktieombytning uden tilladelse.....	116
14.3 Bilag 3 – Skematisk oversigt ”det nye spor” skattefri spaltning uden tilladelse	117
14.4 Bilag 4 – Skematisk oversigt ”det nye spor” skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse ...	118
15. Litteraturliste.....	119
15.1 Bøger.....	119
15.2 Artikler og vejledninger	119
15.3 EU materiale	120
15.4 Love	121
15.5 Domme og afgørelser.....	121

1. Summary

Restructuring transactions, such as exchanges of shares, divisions and transfers of assets concerning companies in Denmark are necessary in order to ensure an effective competitive position compared to other Member States within the European union.

Whereas these transactions ought not to be hampered by restrictions and disadvantages from the fiscal provisions of each Member State, it has been necessary to introduce a Directive which is neutral from the point of view of competition and thereby establish a common set of rules which allow the companies of each Member State to increase the productivity and competitive strength within the European Union and towards the international level.

The main purpose of this master's thesis is to analyze whether the Danish principles and fiscal legislation for restructuring is implemented and used according to the common legislations in the Council Directive 90/434 from a fiscal point of view.

The common regulation in Directive 90/434 EEC is to be considered as the basis from which the Danish restructuring legislation is developed.

The first part of this master's thesis is therefore considering the details of this Directive.

Expounding the details in the Directive 90/434 provides the reader with the necessary knowledge to understand the principles and basis in Danish restructuring and related legislation for exchanges of shares, divisions and transfers of assets.

Therefore the second part of this master's thesis is considering a detailed expounding of the most important rules and regulations in Danish restructuring according to the Directive.

The three Danish models for restructuring which has been chosen to express the connection and level of implementation of the Directive 90/434, is especially based on the non-taxable transactions according to the succession principle.

The succession principle means that the receiver of the shares succeeds in acquisition-time, -place and -intention of the transferor. This is the main principle in order to avoid the imposition of tax in connection with exchanges of shares, divisions and transfers of assets. During this master's thesis

these transactions might be referred to as non-taxable transfers, but that is not completely what is happening. To be more exact these transactions usually results in tax postponement.

The deferral of the taxation of the capital gains relating to the assets transferred until their actual disposal is the basis of both the Danish principles of legislation for restructuring and the Directive 90/434. Therefore it is very important to analyze if the Danish restructuring principles and related tax legislation are fully implemented according to the Directive 90/434. The importance of this analysis is determined by the implementation of the new Danish track of non-taxable exchanges of shares, divisions and transfers of assets without asking approval.

This analysis is carried out in part three of this master's thesis by comparing the interpretation of the principles and related tax legislation for restructuring by the Danish Tax Department and the Danish Court of justice with the interpretation of the Directive from the European Court of justice.

According to the analysis the Danish system for restructuring is well updated and the Directive is successfully implemented in Danish restructuring models and related tax legislation except for two conditions related to exchanges of shares and divisions. These two conditions tend to discriminate companies outside Denmark compared to Danish companies in the action of using the new track of non approval restructuring.

As a result of the judgment of the Court of C-321/05 Hans Markus Kofoed, it is expectable that the Danish government are going to update the models for restructuring and related tax legislation according to achieve a full implementation of article 11 from the Directive 90/434.

We might also see a change in the principle of detecting which amounts to consider as a cash paid to realize a non-taxable restructuring and amounts which is not to be considered as a part of the restructuring process.

2. Indledning

Årsagerne til at fortage en omstrukturering kan være særdeles varierende. Disse vil i vid udstrækning afhænge af de involverede parter samt hvilke muligheder og udfordringer disse står over for. Motiverne kan således være drevet af både udefra kommende forhold samt forhold, som bunder i interne forhold.

I en globaliseret verden, som Danmark er en del af ikke mindst via EU, er det yderst væsentligt, at Danmark lever op til de retningslinier og standarder, der sættes fra fællesskabsrettens side. Det er således af stor væsentlighed, at Danmark ikke forringer erhvervslivets konkurrencemæssige afsæt i forhold til øvrige EU lande og tredjelande.

Dette er hovedårsagen til, at en analyse af hvorvidt Danmark følger og lever op til fællesskabsretlige bestemmelser i forhold til skatteneutrale omstruktureringer af selskaber, er yderst væsentlig.

Med vedtagelsen af lov nr. 343 af 18. april 2007 samt lov nr. 110 A er der således skabt et rent dansk spor for omstruktureringer sideløbende med det hidtidige direktivstyrede spor. Hovedessensen i dette nye danske spor er muligheden for at undlade at søge tilladelse til at gennemføre en skattefri omstrukturering. Der er således lagt op til en forøgelse af rådgivers ansvar i forbindelse med en omstrukturering, da der ikke umiddelbart er lagt op til objektive eller subjektive lempelser på området men derimod rent administrative lempelser.

Væsentligheden af ovenstående analyse understreges eksempelvis af nylig afsagt dom¹ fra EF-domstolen samt indførelsen af det nye danske spor², som med stor sandsynlighed vil komme til at præge dansk lovgivning og ikke mindst dansk praksis i kommende fremtid. Herved henledes opmærksomheden specielt på problemstillingen vedrørende omkvalificering af udbytte til en del af den kontante udligningssum samt erhvervsmæssige betragtninger kontra ikke erhvervsmæssige betragtninger.

¹ Se eventuelt afsnit 12.2.1.3.2 vedr. C-321/05 af 5. juli 2007 Hans Markus Kofoed.

² Termen "det nye danske spor" dækker over de muligheder / begrænsninger, som er indført ved lov nr. 343 af 18. april 2007 samt lov nr. 110 A. Herved forstås et ikke direktivstyret lovgrundlag, men et egentligt dansk tiltag.

3. Problemformulering

Hovedformålet med denne afhandling er at identificere og redegøre for skattemæssige problemstillinger / forskelle mellem kendte danske omstruktureringsmodeller og EU's fusionsdirektiv.

For at belyse ovennævnte skattemæssige problemstillinger / forskelle tilsigtes det at udarbejde et veldefineret og struktureret vurderingsgrundlag. For at opnå den tilstræbte kvalitet af vurderingsgrundlaget er det nødvendigt at behandle EU's fusionsdirektiv i forhold til gældende danske omstruktureringsmodeller.

Gennem denne behandling vil der blive lagt vægt på skattemæssige aspekter samt seneste lovændringer på de enkelte områder, da der både via teori og praksis er stor fokus på disse.

Denne afhandling vil tage afsæt i en gennemgang af EU's fusionsdirektiv med henblik på at belyse forskelle og paralleller til udvalgte gældende danske omstruktureringsmodeller.

For at opnå det nødvendige sammenligningsgrundlag vil grundsætningerne i danske omstruktureringsmodeller blive analyseret og efterfølgende blive behandlet i forhold til praksis og EU's Fusionsdirektiv.

Teori og lovgrundlag indenfor de udvalgte danske omstruktureringsmodeller vil blive gennemarbejdet med henblik på at klarlægge eventuelle paralleller og misforhold til EU's fusionsdirektiv.

Eventuelt identificerede forhold vil blive diskuteret og analyseret i forbindelse med analysen af den enkelte omstruktureringsmodel.

Ovenstående vil danne grundlag for besvarelsen af nedenstående hovedspørgsmål:

Opfylder de danske omstruktureringsmodeller teoretisk og praktisk retningslinierne i EU's Fusionsdirektiv set fra et skattemæssigt perspektiv?

Tilnærmes dansk lovgivning og deraf følgende praksis EU's Fusionsdirektiv med vedtagelsen af "det nye danske spor".

Med udgangspunkt i de identificerede forhold mellem danske omstruktureringsmodeller og EU's fusionsdirektiv vil afhandlingens afsluttende del bestå af en praktisk analyse af udvalgte danske omstruktureringsmodeller samt opfølgning og perspektivering af de identificerede problemstillinger indvirkning på praksis set fra et skattemæssigt perspektiv.

Konklusionsafsnittet vil være baseret på besvarelsen af afhandlingens hovedproblemstilling.

For at opnå en valid besvarelse, vil dette afsnit tage udgangspunkt i en opsamling af de i afhandlingen behandlede problemstillinger både i teori og praksis for på dette grundlag enten be- eller afkræfte afhandlingens hovedproblemstillinger.

4. Afgrænsning

Hovedformålet med afhandlingen er præsenteret i problemformuleringen. For at øge kvaliteten af behandlingen af de i afhandlingen udvalgte områder er det således fundet konstruktivt at foretage en afgrænsning i forhold til relaterede emner.

I denne afhandling er hovedproblemstillingen sammenhængen mellem de danske omstruktureringsmodeller i teori og praksis versus EU's Fusionsdirektiv 90/343 EØF i teori og praksis.

Denne sammenhæng vil blive behandlet med udgangspunkt i en detaljeret teoretisk gennemgang af såvel dansk lovgivning som Fusionsdirektivet opfulgt af en efterfølgende analysedel. Denne analysedel baseres på udvalgte problemstillinger, som er behandlet i henholdsvis dansk praksis og praksis fra EF-domstolen.

Med henblik på at opnå en høj kvalitet af de i afhandlingen behandlede modeller og tilhørende lovgivning, er modellen samt lovgivningen for fusion ikke behandlet. Dette begrundes med, at retningslinierne for spaltning ligger meget tæt op af fusionsområdet. Dette gælder for både selskabsretlige regler samt skatteretlige regler.

Ligeledes er reglerne for sambeskatning kun berørt meget kortfattet i de enkelte teori-afsnit. Dette skyldes, at fokus i afhandlingen ønskes fastholdt omkring forholdet mellem de danske omstruktureringsmodeller versus Fusionsdirektivet 90/434 EØF og ikke efterfølgende skattemæssige konsekvenser i forhold til driftsover- og underskud.

Da afhandlingens hovedproblemstillinger er baseret på forholdet mellem dansk lovgivning og praksis versus EU's Fusionsdirektiv og deraf følgende praksis, er problemstillingerne omkring SE og SCE selskaber således ikke behandlet indgående i afhandlingen.

De forskellige former for investeringsforeninger behandles ikke indgående i forhold til de udvalgte omstruktureringsmodeller. Dette skyldes omfangsmæssige årsager.

5. Metode

De objektive krav til de udvalgte danske modeller er behandlet ud fra et objektivi synspunkt omkring hvad lovgrundlaget indeholder. Det søges i videst mulig omfang at anvende primære kilder for at undgå fejlfortolkninger og mindske risikoen for anvendelse af fejlkilder.

Således er behandlingen af Fusionsdirektivet 90/434 EØF direkte baseret på direktivteksten. Dette resulterer i en direkte og objektiv behandling af fællesskabsrettens lovgrundlag i forhold til de udvalgte danske omstruktureringsmodeller.

Det danske lovgrundlag for den skattemæssige del af udvalgte omstruktureringsmodeller behandles med udgangspunkt i lovteksten i AL, FUL og ABL. For at opnå den bedst mulige sandsynliggørelse af det teoretiske grundlag, anvendes sekundære kilder i form af artikler, tidsskrifter og bøger af førende eksperter på området.

Afhandlingens hovedproblemstilling belyses via en analyse af sammenhængen mellem dansk lovtekst fortolket ved danske domstole og SKAT sammenholdt med lovteksten i Fusionsdirektivet fortolket ved EF-domstolen.

Som metode for at udvælge de væsentligste problemstillinger og begreber fra lovteksten til brug i den praktiske analyse anvendes faglige erfaringer og identificerede problemstillinger fra fungerende statsautoriserede revisorer.

Den tilstræbte validitet og kvalitet af undersøgelsen realiseres ved at basere analysen direkte på domstolenes fortolkning af lovteksten. Herved opnås en reel afspejling af henholdsvis dansk praksis og praksis fra EF-domstolen uden risiko for indvirkning fra sekundære kilder og andre interesser i øvrigt.

6. Afhandlingens opbygning

Afhandlingens opbygning er baseret på fire afsnit omhandlende gældende lovgivning på omstrukturingsområdet. Det første afsnit består af de artikler i EU's Fusionsdirektiv, som danner grundlag for aktieombytning, spaltning og tilførsel af aktiver. Disse tre modeller er efterfølgende behandlet rent teoretisk.

Ved en detaljeret gennemgang af det teoretiske grundlag for henholdsvis de tre udvalgte danske modeller samt tilhørende artikler i EU's Fusionsdirektiv er der således skabt et bæredygtigt grundlag for at foretage analysen af dansk lovgivning og praksis vedrørende aktieombytning, spaltning og tilførsel af aktiver versus EF-domstolens fortolkning af Fusionsdirektivet.

Denne analyse er således foretaget via direkte behandling af domstolenes fortolkning og domme i forhold til de identificerede problemstillinger og væsentlige begreber indenfor de enkelte områder.

Ud fra analysen af det danske lovgrundlag og praksis i forhold til EF-domstolens fortolkninger af Fusionsdirektivet er det således muligt at nå frem til en afsluttende konklusion på opgavens hovedproblemstilling.

7. EU's Fusionsdirektiv

Nedenstående vil EU's Fusionsdirektiv blive behandlet først ved fastlæggelse af betydningen ved udstedelse af et direktiv, og hvordan det opstår samt efterfølgende krav til medlemsstaterne. Dernæst behandles direktivet detaljeret under hensynstagen til ændringerne af 17. februar 2005³.

Lovgivningsproceduren er opdelt mellem EU's nedennævnte institutioner. Udgangspunktet vil i langt de fleste tilfælde bero på et lovforslag fra kommissionen, som efterfølgende behandles og vedtages i Rådet og Europa-Parlamentet, efter eventuelle rettelser er gennemført. Stort set alle retsakter indenfor EU vedtages i henhold til legalitetsprincippet, det vil sige med dokumenteret hjemmel⁴.

³ Westlaw Danmark, EUDIR 1990434, Rådets direktiv af 23. juli 1990 som ændret ved Rdir 2005/19(*)

⁴ Kilde: Dansk Privat Ret af Paul Krüger Andersen mfl. s. 8

Jævnfør art 249⁵ EF udsteder Rådet, Europa-Parlamentet og Kommissionen på grundlag af traktatens forskrifter forordninger, direktiver og beslutninger.

For at fastlægge substansen af et direktiv ses det i denne forbindelse som en nødvendighed at få placeret direktivet i forhold til øvrige retsakter fra EU.

7.1 Forordninger

Forordninger kan karakteriseres ved, at de er almen gyldige og umiddelbart gældende overfor EU's medlemsstater. Dette gælder ligeledes for disses virksomheder og borgere. Det vil sige, at forordningerne medfører en objektiv forpligtigelse eller rettighed for virksomhederne eller borgene i den enkelte medlemsstat uden hensyn til national ret.

Forordningerne er ligeledes karakteriseret ved, at de ikke behøver eller i visse tilfælde ikke må indarbejdes i national ret.

Tidsmæssigt er forordningerne gældende for medlemsstaterne samt disses virksomheder og borgere umiddelbart efter vedtagelsen i ovennævnte institutioner.

7.2 Direktiver

Til forskel fra forordningerne bliver direktiverne udarbejdet med henblik på senere indarbejdning i de enkelte medlemsstaters nationale ret. Ved udstedelsen af et direktiv bliver det dermed pålagt den enkelte medlemsstat at indarbejde direktivet i national lovgivning, så denne efterfølgende skal tolkes i overensstemmelse med det "tilsigtede mål"⁶ i direktivet.

Da direktiverne udstedes med henblik på indarbejdelse i national lovgivning, er det således nødvendigt med en vis tidsfrist for den enkelte medlemsstat til at gennemføre den praktiske omskrivning den berørte lovtekst.

Fristen for indarbejdelsen vil oftest blive fastlagt fra EU.

Det er her i landet et krav, at ændringen foretages med hjemmel i en dansk lov, hvorfor det er folkettinget, eller den minister, som bestrider det enkelte fagområde, som står for den praktiske omskrivning / tilretning af national ret.

⁵ Kilde: Dansk Privat Ret af Paul Krüger Andersen mfl. s. 9

⁶ Kilde: Do nr. 5

7.3 Beslutninger

Beslutninger kan betegnes som den mildeste form for retsakter, som foranlediges af EU. Dette skal dog forstås på den måde, at de er bindende for den eller de personer / virksomheder, de henvendes til.

I visse tilfælde kan Kommissionen udarbejde *henstillinger* eller *udtalelser*, hvis det skønnes, at være nødvendigt i den enkelte situation.

Disse har ikke retsvirkning overfor medlemsstaterne eller disses virksomheder / personer. Henstillingerne og udtalelserne anvendes derfor i praksis som retnings indikatorer, når EU's indstilling vurderes i forhold til konkrete sager og tvivlsspørgsmål.

7.4 Baggrunden for EU's Fusionsdirektiv⁷

Fusionsdirektivet er opstået med udgangspunkt i den helt grundlæggende EU-tankegang omkring et europæisk samarbejde med udgangspunkt i bæredygtig udvikling via samhandel på tværs af grænserne indenfor det europæiske fællesskab. Denne grundlæggende tankegang har gennem årene medført, at det på mange områder har været nødvendigt, at tilnærme de enkelte medlemsstaters nationale lovgivning til hinanden - ikke mindst på skatteområdet.

Et af de områder, hvor det har været særligt vigtigt at koordinere medlemsstaternes nationale lovtekster i retning af en fælles tankegang, er indenfor beskatning af ikke transparente enheder. EU's Fusionsdirektiv beskæftiger sig udelukkende med skattemæssige omstruktureringsmodeller.

Det tilsigtede mål med Fusionsdirektivet 90/434 af 23. juli 1990 var at opnå, at der tilnærmet reguleres ens medlemsstaterne imellem på områderne: fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier⁸. Denne ensretning tilsigtes for at undgå, at virksomhederne i enkelte medlemsstater har mulighed for at opnå bedre vilkår end virksomhederne i andre medlemsstater. Med bedre vilkår henledes opmærksomheden specielt på konkurrenceforvridning på grund af skattemæssige eller selskabsretlige hindringer eller restriktioner, som kun gælder i en eller flere medlemsstater. Sådanne retslige hindringer vil kunne betyde væsentlige forskydninger i grundlaget for at drive national og international virksomhed fra de medlemsstater, som ikke er tilnærmet den fælles EU-ret. Nødven-

⁷ Kilde: EUR-Lex – 31990L0434 - DA

⁸ Kilde: Forslag til Rådets direktiv – Bruelles, den 17.10.2003, 2003/0239 side 2

digheden af konkurrencemæssige neutrale skatteregler medlemsstaterne imellem, understreges af grundtanken med etableringen af EF og senere EU med at højne levestandarden gennem en bæredygtig udvikling baseret på fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser og arbejdskraft som i et indre marked⁹.

Behovet for at koordinere skattereglerne for skattemæssige omstruktureringer understreges ligeledes af etableringsfriheden. Netop denne mulighed er med til, at virksomhederne i moderne tider vil kunne flytte rundt på produktionsanlæg og ikke mindst de "hovedkvarterer", som styrer den enkelte koncern, efter hvor netop skattelovgivning og øvrige vilkår passer bedst til den enkelte virksomheds art, aktivitet og ikke mindst økonomisk formåen.

Det er dog ikke kun med henblik på EU-interne forhold, at Fusionsdirektivet tilstræber at øge konkurrenceevnen blandt virksomhederne. Med en tilnærmet fælles lovgivning på netop omstrukturingsområdet vil det i mange tilfælde kunne styrke medlemsstaternes virksomheder i konkurrencen på verdensmarkedet. Ensretningen af de skattemæssige omstrukturingsregler skal ligeledes bidrage til øget fleksibilitet for virksomhederne, så disse lettere kan tilpasse sig markedernes skiftende krav og muligheder. Flexibiliteten er fundamental for EU-virksomhederne¹⁰ i konkurrencen med internationale koncerner.

Et andet vigtigt element i grundlaget for at udvikle Fusionsdirektivet er, at det i langt de fleste medlemslande ikke ville være muligt at omskrive national gældende ret omkring skattemæssige omstruktureringer til at omfatte virksomheder på tværs af landegrænser indenfor EU. Dermed var det nødvendigt fra centralt hold at udvikle et regelsæt, som de enkelte medlemsstater så efterfølgende kan tilnærme national gældende skatteret til.

Selve udviklingen af Fusionsdirektivet kan betegnes som en balancegang mellem på den ene side at opnå fælles ordninger for at undgå beskatning af fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning og på den anden side undgå at underminere nationale økonomiske interesser. En underminering af nationale økonomiske interesser kunne eksempelvis udspille sig i, at den enkelte medlemsstat mister en beskatningsmulighed, som er væsentlig for statens indkomst. Et af hovedelemen-

⁹ Kilde: Forslag til Rådets direktiv – Bruelles, den 17.10.2003, 2003/0239 side 2 -4

¹⁰ Virksomheder med hjemsted indenfor EU

terne i at undgå at fratage den enkelte medlemsstat beskatningsmuligheden på delområder er opnået gennem vedtagelse af fænomenet beskatningsudskydelse. Det vil i praksis sige, at beskatningen af en aktuel kapitalvinding først beskattes, når gevinsten realiseres¹¹, og en beskatning kan gennemføres i den medlemsstat, hvor det selskab, som foretager en transaktion, der medfører en kapitalgevinst, er hjemhørende.

For at Fusionsdirektivet kan fungere i overensstemmelse med det tilsigtede mål, er det nødvendigt, at den enkelte medlemsstat opstiller retningslinier for behandling af finansielle poster som henlæggelser, reserver og tab. Derudover er det en nødvendighed, at den nationale lovgivning indrettes på en sådan måde, så der ikke udløses skat, når et selskab tildeles kapitalandele i et andet. Dette forhold gælder ligeledes for selskabsdeltagerne.

Fusionsdirektivet var i sin oprindelige form defineret for smalt, hvilket gav sig udtryk i, Fusionsdirektivets anvendelsesområde var for begrænset set i forhold til det behov, som har udviklet sig i EU. Der blev derfor besluttet at arbejde på en udvidelse af anvendelsesområdet og listen over de selskaber, direktivet var gældende for. Dette forhold understregede allerede i år 2000¹² behovet for at få en endelig definition for mere fleksible selskabsformer, som skulle kunne fungere på tværs af grænserne i EU. SE og SCE selskaber vil kun blive behandlet i begrænset omfang under hensynstagen til afhandlingens hovedproblemstillinger.

I nedenstående vil udvalgte artikler i EU's Fusionsdirektiv blive behandlet detaljeret. De udvalgte artikler er væsentlige i forhold de i danske omstruktureringsmodeller, som er udvalgt til behandling i senere afsnit.

¹¹ Anvendes ligeledes i forbindelse med værdipapirer som aktier og obligationer - realisationsprincippet.

¹² Kilde: Pressemeddelelse 453 nr. 13861/00, Bruxells den 26.11.2000 af Rådet.

7.5 Detaljeret gennemgang af Fusionsdirektivet

Fusionsdirektivet er opdelt i følgende hovedafsnit¹³:

- Afsnit I: Almindelige bestemmelser
- Afsnit II: Bestemmelser vedrørende fusion, spaltning, partiel spaltning og ombytning af aktier
- Afsnit III: Regler for tilførsel af aktiver
- Afsnit IV: Særtilfældet: Tilførsel af et fastdriftssted
- Afsnit IV a: Særtilfældet: Transparente enheder
- Afsnit IV b: Regler vedrørende flytning af et SE's¹⁴ eller SCE's¹⁵ vedtægtsmæssige hjemsted
- Afsnit V: Afsluttende bestemmelser

7.5.1 Afsnit I: Almindelige bestemmelser

Artikel 1 skitserer kort og præcist områderne fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier.

Det er dermed klarlagt, at det er indenfor disse områder, direktivet er udarbejdet med henblik på at underbygge en national regulering i ovennævnte situationer. Derudover behandler artikel 1 de 2 ny inter-europæiske selskabsformer SE og SCE selskaber. Disse selskabsformer er etableret ved henholdsvis Rådets forordning EF 2157/2001 af 8. oktober 2001 og Rådets forordning EF 1435/2003 af 22. juli 2003. Begge disse selskabsformers succes er fundamentalt afhængig af de beskatningsformer, som fastsættes for disse. Det kan være en af årsagerne til, at Rådet og Kommissionen har valgt at nævne disse direkte i Fusionsdirektivet. Al form for tvivl omkring det tilsigtede mål for beskatning af disse selskabsformer skulle dermed være fjernet fra centralt hold. Med etableringen af SE og SCE selskabsformerne er det hensigten at sikre mulighederne for erhvervsmæssig omstrukturering på tværs af landegrænser indenfor EU. Der er dermed taget et stort skridt imod en harmoniseret selskabsskattelovgivning på EU plan¹⁶.

¹³ Kilde: Westlaw Danmark, EUDIR 1990434 inklusiv ændringer ved Rdir 2005/19(*)

¹⁴ SE er en forkortelse for: "Societas Europaea". Stiftelse 4 måder: 1. fusion, 2. etablering af holding, 3. etablering af datterselskab, 4. omdannelse af et nationalt *aktieselskab*. Min. Krav til kapital: 120.000 EUR. Hjemsted fastsættes vedtægtsmæssigt.

¹⁵ SCE selskab er betegnelsen for et europæisk anpartsselskab. Min. Kapital EUR 30.000.

¹⁶ Rådets direktiv af 23. juli 1990, som ændret ved Rdir 2005/19 side 1

Artikel 2 a indeholder en teoretisk definition af en fusion. Denne behandles i henhold til afgrænsningen ikke yderligere.

Artikel 2 litra b omtaler spaltning. Direktivet definerer spaltning som den transaktion, hvor et selskab ved samtidig opløsning uden likvidation indskyder de samlede aktiver og passiver til to eller flere allerede eksisterende eller nystiftede selskaber. Vederlæggelsen for denne transaktion udføres i henhold til direktivet via en pro rata¹⁷ tildeling af aktier eller anparter i de modtagende selskaber til det indskydende selskabs ejerkreds.

I overensstemmelse med principperne for vederlæggelse af fusion er der ved spaltning jævnfør direktivet ligeledes mulighed for, at der i forbindelse med vederlæggelsen af selskabsdeltagerne i det indskydende selskab udbetales kontante vederlag op til et maksimum på 10 %¹⁸ af aktiernes eller anparternes pålydende værdi. Hvis denne værdi ikke kan identificeres, tillader direktivet, at den senest bogførte værdi anvendes eller der beregnes en nominelværdi af aktierne eller anparterne.

Artikel 2 litra b-a definerer forholdet omkring partiel spaltning. Denne transaktion adskiller sig ved, at det indskydende selskab ikke opløses, da det kun overfører en eller flere grene af virksomheden til et eller flere nystiftede eller eksisterende selskaber. Det er et krav, at der opretholdes mindst en gren i det indskydende selskab, for at begrebet partiel spaltning kan opfyldes. Denne gren skal stadig kunne fungere for egne midler og fremstå som en egentlig virksomhed¹⁹.

Vederlæggelsen af selskabsdeltagerne i det indskydende selskab foretages i henhold til samme principper som ved en normal spaltning – artikel 2 litra b. Beregningen af vederlagets størrelse støtter ligeledes ret på samme principper som spaltning artikel 2 litra b.

Forskellen for selskabsdeltagerne i forbindelse med gennemførelsen af en partiel spaltning i forhold til en "normal" spaltning er, at de stadig vil eje aktier eller anparter i det indskydende selskab, samt at dette stadig er aktiv med driften af den tilbageværende virksomhedsgren.

Artikel 2 litra c omtaler forholdet, hvor et selskab tilfører en eller flere grene til et andet selskab, uden at der sker en opløsning eller likvidation af det tilførende selskab. Den grundlæggende forskel i definitionen af denne transaktion i forhold til ovenstående spaltning og partiel spaltning er, hvem

¹⁷ Afskaffet i Danmark pr. 1. juli 2002

¹⁸ Denne grænse er ikke relevant i dansk lovgivning – 2002.

¹⁹ Dette er ikke et umiddelbart krav i dansk lovgivning, dog skærpet bevågenhed omkring forretningsmæssig begrundelse ved grenspaltning af et pengetanks lignende selskab.

vederlaget for den tilførte gren tilfalder. Ved tilførsel af aktiver ændrer transaktionen ikke på ejerforholdet for selskabsdeltagerne i det tilførende selskab. Transaktionen ændrer derimod på selskabets forhold, da dette ikke længere ejer den virksomhedsgren, som er tilført det andet selskab, men kommer til at eje en andel af det selskab, som grenen er tilført. Dette sker i kraft af, at det er selskabet og ikke ejerkredsen, som modtager vederlaget i form af aktier eller anparter.

Der er under artikel 2 litra c ikke anført mulighed for at modtage en del af vederlaget i andet end aktier eller anparter i det modtagende selskab.

Artikel 2 litra d omhandler ombytning af aktier. Denne transaktion er fastlagt ved, at et selskab erhverver en større eller mindre andel af et andet selskabs aktie- eller anpartskapital, og dermed opnår et flertal af stemmerne i dette selskab.

Ombytningsdelen består i, at selskabsdeltagerne i det selskab, hvor aktierne eller anparterne ombyttes, modtager aktier eller anparter i det selskab, som tilegner sig flertallet af stemmerne i det ombyttede selskab.

Der er i direktivets definition af denne transaktion åbnet mulighed for, at ombytningen foretages af flere gange, når blot der sker overgang af flertallet af stemmerne ved første ombytning. Det vil dermed sige, at de selskabsdeltagere, som oprindeligt har ejet det selskab, som understår ombytningen, stadig kan eje endnu ikke ombyttede aktier eller anparter. Disse vil senere kunne ombyttes efter principperne jævnfør ovenstående.

Vederlaget vil jævnfør direktivet kunne bestå af dels aktier i det selskab, som har eller overtager flertallet af aktierne eller anparterne, og dels en kontant udligningssum²⁰ op til samme størrelsesforhold, som skitseret under artikel 2 litra b. Det vil sjældent være et problem at identificere den pålydende værdi på ombytningstidspunktet, men direktivet åbner mulighed for at anvende den bogførte værdi som grundlag for beregningen af vederlaget, hvis den pålydende værdi ikke kan identificeres.

Artikel 2 litra e til og med i fastlægger de termer, som bør benyttes i forbindelse med anvendelse af de i direktivet oplistede omstruktureringsmodeller.

I definitionen "indskydende selskab" (litra e) ligger, at der er selskabets aktiviteter eller grene heraf, som indskydes i et eller flere selskabet. Det vil sige, at vederlaget tildeles det indskydende selskab, hvis dette ikke ophører. Ejerkredsen vederlægges således ikke.

²⁰ Denne grænse er således heller ikke relevant i dansk lovgivning.

Et "modtagende selskab" (litra f) er det selskab, som modtager en eller flere aktiviteter fra det indskydende selskab. Da der stadig er tale om en transaktion, som indebærer "flytning" af aktiviteter, er vederlagsforholdet stadig begrænset til selskabsniveau, så længe det indskydende selskab ikke ophører.

Et "erhvervet selskab" (litra g). Betegnelsen knytter sig til transaktionen, som omfatter aktieombytning. I dette tilfælde er det ikke kun det erhvervede selskabs aktiviteter, som erhverves. Det er det erhvervede selskabs aktier eller anparter, som ombyttes med aktier eller anparter i det erhvervende selskab. Vederlæggelsen sker dermed på selskabsdeltager niveau.

Et "erhvervende selskab" (litra h) knytter sig ligeledes til transaktionen "aktieombytning". Det erhvervende selskab erhverver aktier eller anparter i det erhvervede selskab. Det vil sige, at vederlæggelsen foretages på selskabsdeltager niveau.

En "gren" af en virksomhed karakteriseres ved, at der er tale om en samling af aktiver og passiver, som isoleret set kan fungere som en aktivitet for sig. Dette angår såvel organisatorisk og som økonomisk.

Artikel 2 litra j definerer kort forholdet for flytning af et vedtægtsmæssigt hjemsted. Dette er specielt møntet på SE og SCE selskaber, som via ændring af vedtægterne kan flyttes fra en medlemsstat til en anden, uden at der skiftes fra en juridisk person til en anden, og uden at selskabet opløses eller ændres i sit oprindelige form.

Fusionsdirektivets artikel 3 litra a opremser de selskabsformer direktivet er gældende for. I denne forbindelse henvises til bilag 1.

Udover oplistningen af de enkelte selskabsformer stiller artikel 3 litra b krav til, at det enkelte selskab skal være skatteretligt hjemmørende i en EU medlemsstat og ikke i henhold til indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster med 3. lande være hjemmørende i et af disse.

Det er ligeledes væsentligt, at man i forbindelse med vurderingen af, om et selskab er pligtig eller har ret til at henholde sig til Fusionsdirektivet, at det er omfattet af national selskabsretligt eller

skatteretlig lovgivning i en EU medlemsstat. Listen over disse love er opstillet under artikel 3 litra c.

7.5.2 Afsnit II: Bestemmelser vedrørende fusion, spaltning, partiel spaltning og ombytning af aktier

Artikel 4 regulerer selve indgangsvinklen til beskatning af indkomst, overskud eller kapitalvinding ved gennemførelsen af fusion, spaltning, partiel spaltning og ombytning af aktier.

Litra a fastlægger den "skattemæssige værdi" til at svare til det grundlag tab eller gevinst ved afståelse af aktiverne og passiverne, som kan beregnes, hvis disse var blevet solgt på samme tidspunkt som fusionen, spaltningen, partiel spaltning eller aktieombytningen finder sted. Det vil sige, at aktiverne og passiverne sammenligningsvist anses at være solgt på et velfungerende marked til en pris efter modellen for udbud og efterspørgsel.

Til beregning af forskellen mellem den indre værdi og den skattemæssige værdi tages ligeledes højde for værdien af de aktiver og passiver, som efter gennemførelsen af fusionen, spaltningen, partiel spaltning eller aktieombytningen har tilknytning til det modtagende selskabs faste driftssteder i det indskydende selskabs medlemsstat. Det er dog et krav, at disse har betydning for de opnåede resultater, der lægges til grund for skatteberegningen.

Stk. 2 fraskriver en medlemsstat, hvori et indskydende selskab ikke er hjemhørende, muligheden for at beskatte selskabsdeltagerne i dette såfremt medlemsstaten betragter det indskydende selskab som skattemæssigt transparent i forhold til indkomst, overskud og kapitalvinding, som måtte knytte sig til overførte aktiver og passiver. Det vil sige, at medlemsstaten jævnfør direktivet i et sådan tilfælde kun vil have mulighed for at beskatte indkomst, overskud og kapitalvinding, som knytter sig til de aktiver og passiver, som eventuelt bevares i det indskydende selskab. Stk. 2 gælder dog kun såfremt det modtagende selskab regulerer værdierne af de overførte aktiver og passiver i overensstemmelse med de retningslinier, som ville gælde for det indskydende selskab, hvis den skattemæssige omstrukturering ikke havde fundet sted.

Stk. 4 åbner dog for, at en værdiregulering kan beregnes af det modtagende selskab efter de regler, som nationalt gælder i den indskydende selskabs medlemsstat.

Artikel 5 overfører ansvaret for, at de enkelte medlemsstater sikrer, at aktiver og passiver kan overtages af det modtagende selskab i det indskydende selskabs medlemsstat efter successionsprincippet.

Begreber som hensættelser og reserver defineres som ethvert skattefradrag, som i henhold til visse betingelser skal tilbageføres desuagtet om disse hensættelser og reserver nævnt i den nationale lovgivning²¹. Dette forhold modvirker, at selskaberne udnytter huller i national lovgivning til at afsætte til mere eller mindre svært kvantificerbare omkostninger i forbindelse med en skattemæssig omstrukturering efter dette direktiv.

Artikel 6 nævner dog muligheden for, at modtagende selskabs fastedriftssted i indskydende selskabs medlemsstat kan succedere i tab, som ikke er anvendt i det indskydende selskab inden skæringsdatoen for den skattemæssige omstrukturering.

Artikel 7 regulerer det forhold, der opstår når det modtagende selskab i forvejen ejer over mindste grænsen (1. jan. 2007 = 15 %²²) af det indskydende selskab og genererer en kapitalvinding i forbindelse med annullering dets aktier eller anparter i det indskydende selskab. I denne situation foreskriver direktivet, at der ikke skal ske beskatning – dog stk. 2, hvis det modtagende selskab ikke opfylder ejerandelskravet, er der lagt op til, at de enkelte medlemsstater kan beskatte en eventuel kapitalvinding²³.

Artikel 8. Det forhold, at en selskabsdeltager i det indskydende eller erhvervede selskab modtager aktier eller anparter i det modtagende eller erhvervende selskab, medfører jævnfør direktivet ikke nogen direkte beskatningsadgang. Der er dog indført i rådsprotokollen²⁴, at medlemsstaten med beskatningsadgangen i forhold til ovennævnte selskabsdeltagere har mulighed for at beskatte beløb, som fortjenesten i foregående år kan være nedsat med på grundlag af national gældende ret. Det vil sige, at medlemsstaten ikke har en egentlig ret til at beskatte en eventuel fortjeneste ved modtagelsen af aktier i det eller de modtagende / erhvervende selskaber, men derimod kun har ret til at efterbeskatte tidligere afgivne "skatterabatter", som er udtrykt i den nationale lovgivning.

²¹ Westlaw Danmark, Ad Rdir 90/434, note 7 side 6

²² Fra 1. januar 2009 er grænsen 10 %.

²³ Ligeledes inspireret af: (KOM(2003) 613 endelig — 2003/0239 COD) 3.5.1.

²⁴ Westlaw Danmark, Ad Rdir 90/434, note 9 side 6

Stk. 2 afgør, at selskabsdeltagere ikke beskattes af modtagne aktier eller anparter som følge af anvendelsen af regelsættet for partiel spaltning.

Stk. 3 henvender sig til den situation, hvor en selskabsdeltager anses for at være skattemæssig transparent, og det dermed er de personlige interesser bag selskabsdeltageren, som vurderes af medlemsstaten i skattemæssigsammenhæng. På samme måde som direktivets afsnit II artikel 4 stk. 2 tillades det ikke medlemsstaten at beskatte disse personer af indkomst, overskud og kapitalvinding som følge af modtagelsen af aktier eller anparter i det modtagende eller erhvervende selskab.

Stk. 4 forudsætter dog anvendelsen af stk. 1 og 3 er afhængig af, at værdiansættelsen af de modtagne aktier eller anparter fastsættes til en højere værdi, end de ombyttede aktier eller anparter havde umiddelbart før gennemførelsen af den skattemæssige omstrukturering.

Stk. 5 regulerer samme forhold blot på baggrund af benyttelse af reglerne for partiel spaltning.

Stk. 6. Til trods for at den skattemæssige omstrukturering foretages skattefrit, tildeler direktivet medlemsstaterne muligheden for at beskatte en senere realiseret fortjeneste ved afhændelse af de ved omstruktureringen modtagne aktier eller anparter.

Dette gælder ligeledes fortjeneste, som måtte være opnået på aktierne eller anparterne inden omstruktureringen fandt sted.

Stk. 7. Den skattemæssige værdi defineres som den værdi en eventuel fortjeneste eller tab skal beregnes ud fra i forbindelse med afhændelse af de erhvervede aktier eller anparter.

Stk. 8. Er der i den enkelte medlemsstat nationalt retsgrundlag for at vælge en alternativ beskattelsesform i forhold til den, som er beskrevet i stk. 4 og 5, og er denne valgt, gælder direktivets stk. 1 til 3 ikke.

Stk. 9 tildeler medlemsstaten muligheden for at beskatte den del af vederlaget i forbindelse med fusionen, spaltningen, partielle spaltning eller aktieombytningen, som består af en eventuel kontant udligningssum.

7.5.3 Afsnit III: Regler for tilførsel af aktiver

Artikel 9. Direktivet henviser til reglerne, som er beskrevet under artikel 4-6.

Det skal i denne forbindelse fremhæves, at hvis der gennemføres en tilførsel af en virksomhedsgren jævnfør artikel 2, kan der kun overtages de hensættelser og reserver som omtalt i artikel 5 og 6, der vedrører denne specifikke gren.

7.5.4 Afsnit IV: Særtilfældet: Tilførsel af et fast driftssted

Artikel 10: Hvis et af de indskudte aktiver er et fastdriftssted, som ikke er beliggende i samme medlemsstat som det indskydende selskab, fratages medlemsstaten, hvor det indskydende selskab er beliggende, beskatningsretten til dette driftssted. Medlemsstaten hvor det indskydende selskab er hjemhørende, bevarer dog retten til at modregne det indskydende selskabs skattepligtige overskud i tidligere års underskud af det faste driftssted. Der er dog kun adgang til modregning, så længe de tidligere fratrukne underskud ikke er udlignet.

For det modtagende selskab af et fast driftssted fra et indskydende selskab gælder det, at dette blot anser den stat, hvor det faste driftssted er beliggende som den stat, hvor det indskydende selskab er hjemhørende. Dette forhold gælder ligeledes, såfremt det faste driftssted er beliggende i den stat, hvor det modtagende selskab er hjemhørende.

Stk. 2. Anvendes globalindkomstprincippet har den stat, hvor det indskydende selskab er hjemhørende, beskatningsretten til overskud eller kapitalvinding, som tilflyder det faste driftssted som følge af gennemførelsen af fusionen, spaltningen, partiel spaltning eller tilførslen af aktiver. Dette gælder dog kun, hvis hjemstaten for det indskydende selskab afstår fra beskatning af overskud eller kapitalvinding i den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende.

7.5.4.1 Afsnit IV a: Transparente enheder

Artikel 10 a vedrørende transparente skatteenheder behandles ikke yderligere i denne afhandling under hensyn til afgrænsningen samt afhandlingens hovedproblemstillinger.

7.5.5 Afsnit IV b: Regler vedrørende flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted

Artikel 10 b regulerer det forhold, som medfører en skatteudskydelsesordning, som finder anvendelse, når SE eller SCE selskaber flytter fra deres vedtægtsmæssige hjemsted. Dette forhold behandles ikke yderligere i denne afhandling under hensyn til afgrænsningen samt afhandlingens hovedproblemstillinger.

7.5.6 Afsnit V: Afsluttende bestemmelser

Artikel 11 gør det klart, at medlemsstaterne kan se bort fra direktivets krav og muligheder, hvis den planlagte transaktion har til formål at opnå skatteunddragelse eller direkte skattesvig. Af rådsprotokollen fremgår det ligeledes, at bestemmelserne i artikel 4 og artikel 9 kan betinges af en forhåndsgodkendelse af de nationale skattemyndigheder.

Den planlagte omstrukturering må heller ikke foretages uden nødvendig økonomisk forsvarlighed. Dette understreges ligeledes i Leur-Bloem sagen C-28/95²⁵.

Det er dog i strid med direktivet at formulere national lovgivning, som afskærer enkelte former for selskaber eller transaktioner at opnå skattefordele.

Der lægges ligeledes stor vægt på, at selskaber som indleder en af dette direktiv omfattet transaktion ikke må forringe en eventuel medarbejderrepræsentations indflydelse eller vilkår via en sådan transaktion.

Artikel 12 og 13 fremsætter krav om implementering i medlemsstaternes nationale lovgivning og tidsmæssige perspektiver i denne forbindelse. Det understreges ligeledes, at direktivet er rettet til medlemsstaterne.

7.6 Sammenfatning

Rådets direktiv karakteriseres ved, at det på en objektiv og entydig måde definerer de betingelser, hvorpå fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning skal gennemføres i EU's medlemsstater. Den enkelte artikel er formuleret på en sådan måde, at der ikke bliver lagt op til, at de skal fortolkes bredt ud fra helheds-, realitets- eller formålsbetragtninger. Den grundlæggende fortolkning

²⁵ En afledt konsekvens af Leur-Bloem sagen var, at der blev indført en dansk ordning med klageadgang, til Landsskatteretten og senere domstolene i sager, hvor ansøger måtte ønske dette. Leur-Bloem sagen er indgående behandlet under afsnit 12.2.1.1.

må derimod tage udgangspunkt i det juridiske indhold af den transaktion, som vedrører en af de fire hovedomstrukturingsmodeller, som direktivet beskæftiger sig med.

Klarheden i definitionerne af den enkelte artikel ligger i, at forhold, som ligger forud for og efter gennemførelsen af en omstrukturering i henhold til et af de 4 hovedprincipper, kun kan påvirkes af forhold, som aftales at have direkte og bindende indflydelse på omstruktureringens gennemførelse. Det vil eksempelvis sige, at en eventuel kontant overførsel kun kan betragtes at være en del af den transaktion der finder sted ved gennemførelsen af omstruktureringen, hvis denne fremstår som en aftalt og integreret del af omstruktureringen.

I forbindelse med en helhedsvurdering af om der kan støttes ret på grundsætningerne i Fusionsdirektivet i forbindelse med gennemførelsen af en af de fire omstrukturingsmodeller uden at udløse skat, er der således lagt op til, at myndighederne i den aktuelle delstat opstiller nærmere retningslinier for denne vurdering. Dette bevirker, at Fusionsdirektivet kan bevare sin korte og objektive form. Det bevirker ligeledes, at der er risiko for, at medlemsstaterne opbygger en vurderingspraksis for hvornår grundlaget for gennemførelse af en omstrukturering ikke er i overensstemmelse med den grundfortolkning, som tilstræbes fra EF-domstolens side. Af samme årsag er der i EF-traktaten²⁶ åbnet mulighed for, at den dømmende magt i den enkelte medlemsstat kan søge EF-domstolen om en præjudiciel afgørelse i sager, hvor der er tvivl om, hvorvidt en aktuel omstrukturering overholder principperne i Fusionsdirektivet og dermed kan gennemføres uden at udløse skat.

8. Dansk lovgivning

I nedenstående tre afsnit vil de væsentligste elementer i den danske lovgivning vedrørende aktieombytning, spaltning og tilførsel af aktiver blive behandlet. Lovgrundlaget vil således blive behandlet objektivt ud fra gældende lovgivning på de ovenfor anførte områder. Denne gennemgang vil sammen med ovenstående teoretiske behandling af EU's Fusionsdirektiv give læser et godt grundlag for at opnå et optimalt udbytte af analysedelens identificering af paralleller og uligheder vedrørende de danske omstrukturingsmodeller versus EU's Fusionsdirektiv.

²⁶ Artikel 234 EF

9. Aktieombytning

9.1 Indledning

Adgangen til skattefri aktieombytning hjemles i Aktieavancebeskatningslovens (ABL) § 36. Der er indført ændringer til denne i forbindelse med vedtagelsen af lov nr. 1413 af 21. december 2005. Disse ændringer er implementeret som følge af vedtagelsen af L 19 vedrørende implementering af Rådets direktiv 2005/19/EF af 17. februar 2005. Dette indeholder ændringer til det oprindelige Fusionsdirektiv af 23. juli 1990 – 90/434/EØF²⁷. Ovenstående lovgrundlag anvendes til at gennemføre den transaktion, der kendetegnes ved, at en aktionær/anpartshaver ombytter aktierne eller anparterne i det erhvervede selskab til aktier/anparter i det erhvervende selskab uden at udløse skat. En skattefri aktieombytning anvendes ofte i situationer, hvor der kan opnås en mere gunstig situation for de implicerede selskaber ved at ændre på ejerstrukturen²⁸.

9.2 Skattefri aktieombytning med tilladelse

9.2.1 Hvilke selskaber er omfattet / objektive krav

Der er visse krav og betingelser, som skal være opfyldt, før der kan gennemføres en skattefri aktieombytning. Disse krav og betingelser kan opdeles i henholdsvis objektive og subjektive krav.

Overordnet indeholder de objektive reguleringer krav og betingelser for genstanden, som ligger til grund for ombytningen, formen af vederlaget, indflydelse i det erhvervede selskab samt tidshorisont ved aktieombytningen.

De subjektive krav og betingelser består overordnet af bestemmelser vedrørende vurderingen af de aktuelle vilkår, hvorpå en skattefri aktieombytning kan gennemføres. Disse vurderinger beror eksempelvis på hensigten og måden, hvorpå en aktieombytning med forventet succession gennemføres.

ABL § 36 indeholder grundlæggende 2 regelsæt. ABL § 36 stk. 1 og 2 regulerer de tilfælde, hvor såvel det erhvervende som det erhvervede selskab reelt kan betegnes som et selskab i henhold til Fusionsdirektivets artikel 3²⁹.

²⁷ Kilde: Westlaw Danmark – EUDIR 1990434 samt Den Europæiske Unions Tidende L 58/19 DA

²⁸ Se nærmere herom i nedenstående eksempler.

²⁹ Se bilag 1

Dertil kommer de tilfælde, som omfatter danske aktie og anpartsselskaber, som gennemfører transaktionen i henhold til betingelsen om, at det erhvervende selskab erhverver flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab.

9.2.2 Ombytning i medfør af § 36, stk. 1

Som det er defineret i ABL § 36 stk. 1, er udgangspunktet for at gennemføre en skattefri aktieombytning efter reglerne i denne, at der er tale om selskaber, som kan klassificeres som SE, SCE eller danske aktie- eller anpartsselskaber. Dette krav gælder både det erhvervende og erhvervede selskab. Det er dog ikke kun den danske lovgivning, som skal tages i betragtning ved vurderingen, om hvorvidt et selskab kan støtte ret på ABL § 36 henholdsvis 36 A. Det fremgår direkte af ABL § 36 stk. 1, at alle selskaber, som er nævnt i direktivet 90/434/EØF artikel 3 og dertil hørende bilag³⁰, kan anvende reglerne om skattefri aktieombytning.

Denne artikel opstiller således 3 krav, som skal være opfyldt, før en aktieombytning efter dette regelsæt er mulig.

1. Selskabet antager en form, som er anført i bilaget til artikel 3³¹
2. Selskabet er skatteretligt hjemhørende i en EU medlemsstat og anses ikke i henhold til en indgået dobbeltbeskatningsindkomst for at være skattemæssigt hjemhørende i et ikke EU land.
3. Selskabet er juridisk bundet af de i artikel 3 oplistede skattegrundlag³².

Ovenstående bevirker, at selskaberne, som er part i en aktieombytning, ikke nødvendigvis skal være hjemhørende i Danmark, men blot være underlagt EU's fusionsdirektiv. Den danske aktieavancebeskatningslov gælder således, hvor en aktionær er skattemæssigt hjemhørende i Danmark. Er ingen af aktionærerne, som indgår i aktieombytningen, skattemæssigt hjemhørende i Danmark, beskattes disse i henhold til den nationale lovgivning i den delstat, de anses for skattemæssigt hjemhørende i³³.

³⁰ Se bilag 1.

³¹ Se bilag 1.

³² Se eventuelt afsnit om EU's Fusionsdirektiv vedrørende artikel 3.

³³ Kilde: LVL 2007-3 Selskaber og aktionærer, S.G.18.3

For SE og SCE selskaber vil det være det vedtægtsmæssige hjemsted, der vil ligge til grund for vurderingen af, hvor selskabet skattemæssigt har hjemsted. For aktie- og anpartsselskaber vil domicil / hovedkvarter samt aktivitet være grundlaget for den skattemæssige hjemstedsvurdering SEL § 1.

Vurderingen af skattemæssigt hjemsted er dog ikke nok til, at man som aktionær kan være 100 % sikker på, at der kan støttes ret på ABL § 36 i forbindelse med en aktieombytning. Herved henledes opmærksomheden på SKM 2005.463³⁴, hvor parterne i ansøgningen om skattefri aktieombytning fik afslag på grund af, at disse var kooperationsbeskattet³⁵ i henhold til SEL § 1 stk. 1 nr. 3. Netop det forhold, at parterne var underlagt kooperationsbeskatning, bevirkede, at de ikke kan anses for at høre under de i direktivets artikel 3 nævnte beskatningsgrundlag og dermed ikke er omfattet af reglerne for skattefri aktieombytning³⁶.

Det er dog ikke kun aktier og anparter, som kan ombyttes med hjemmel i ABL § 36. Der er jævnfør ABL § 1 stk. 4 mulighed for at tegningsretter, som er omfattet af ligningslovens § 28, kan ombyttes til tegningsretter i det erhvervende selskab med hjemmel i ABL 36. Disse tegningsretter betegnes også som såkaldte warrants. Warrants er i øvrigt ikke udover denne undtagelse at sætte i forbindelse med ABL.

ABL § 36 stk. 1 afskriver muligheden for at gennemføre en aktieombytning med hjemmel i ABL § 36 stk. 1-4, hvis et af de af ombytningen omfattede selskaber anses for at være skattemæssig transparent³⁷. I denne forbindelse er det dog væsentligt at bemærke, at der ikke er noget til hinder for, at ombytte aktier eller anparter, der stammer fra en skattefri eller skattepligtig virksomhedsomdannelse. En virksomhedsejer vil dermed have mulighed for at benytte sig af den stadig gældende mulighed for at få tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning af de aktier eller anparter, han måtte modtage som vederlag for omdannelsen af en personlig drevet virksomhed.

³⁴ Kilde: www.skat.dk/ domme og afgørelser.

³⁵ Andelsforeninger skal opfylde 3 betingelser for at blive underlagt den særlige kooperationsbeskatning. *For det første* skal andelsforeningen udøve kooperativ virksomhed, hvilket vil sige, at foreningen skal have som formål at fremme mindst 10 medlemmers fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse i foreningens virksomhed som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde. *For det andet* må andelsforeningens omsætning med ikke-medlemmer ikke væsentligt eller længerevarende overskride 25% af den samlede omsætning. *For det tredje* skal andelsforeningen anvende den stedfundne omsætning med medlemmerne som grundlag for udlodning til disse, idet der dog tillades normal forrentning af en indbetalt medlemskapital. (BDO Scanrevision 3. maj 2006)

³⁶ Kilde: LVL 2007-4 S.G.18.3 ABL § 36, stk. 1 og 2.

³⁷ Kilde: LVL 2007-4 S.G.18.3 ABL § 36, stk. 1 og 2. - Beskatningen sker ved selskabsdeltageren.

9.2.3 Ombytning i medfør af § 36, stk. 2

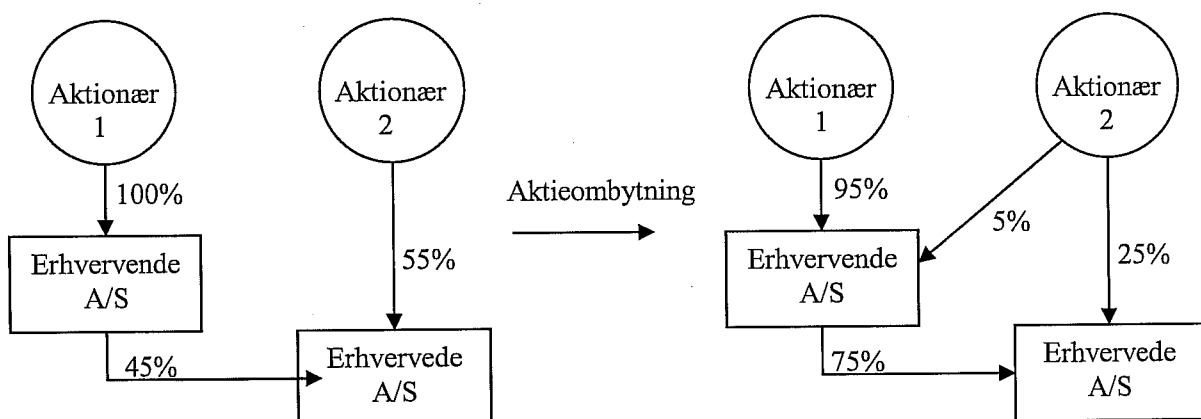
Stemme-flertalskravet reguleres af ABL § 36 stk. 2. Det er et af de grundlæggende krav, som skal være opfyldt for, at der kan blive tale om at gennemføre en aktieombytning med succession. Ved flertallet af stemmerne er det af stor vigtighed, at parterne ikke kun ser på fordelingen af aktierne, da disse meget vel kan have forskellig stemmefordeling. Det vil dermed sige, at fordelingen af stemmerne er yderst væsentlig i forhold til, hvorvidt aktieombytningen kan gennemføres eller ej. Der er i praksis statueret flere eksempler på, hvornår en part i en skattefri aktieombytning anses for at besidde flertallet af stemmerne, og hvornår dette ikke er tilfældet.

Eksempelvis er der givet afslag for gennemførsel af skattefri aktieombytning i en situation, hvor to majoritetsaktionærer besiddende majoriteten af stemmerne, ikke ansås for at kunne opnå et reelt flertal af stemmerne, da de øvrige aktionærer jævnfør aktionæroverenskomsten kunne blokere for beslutninger af den form jævnfør SKM 2001.241 / Tfs 2001.590.

I denne situation blev der fra skattemyndighederne lagt vægt på, at det ikke er nok at besidde et formelt flertal, men at det er nødvendigt, at der samtidig kan opnås et reelt flertal. Skattemyndighederne har dermed statueret et eksempel, som peger i retning af, at der skal lægges vægt på de reelle omstændigheder omkring aktieombytningen frem for de formelle omstændigheder.

I 2005 er ABL § 36 stk. 2 udvidet på grundlag af EU's Fusionsdirektiv vedrørende den situation, hvor det erhvervende selskab besidder flertallet af stemmerne inden aktieombytningen finder sted og efterfølgende erhverver yderligere en andel af det erhvervede selskab. Denne transaktion gennemføres under hensyn til, at både ejendomsretten til aktierne såvel som de dertil knyttede stemmer tildeles det erhvervende selskab³⁸.

9.2.4 Figur 1 Eksempel på aktieombytning ved erhvervelse af bestemmende flertal:



³⁸ Kilde: Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 165

Som det fremgår af ovenstående figur, er det muligt for det erhvervende selskab at tilegne sig flertallet af stemmerne gennem en aktieombytning. Der er ikke noget til hinder for, at det erhvervende selskab allerede ejer en del af aktierne i det erhvervede selskab. Det er dog et krav, at der erhverves bestemmende indflydelse i det erhvervede selskab. Det er i denne forbindelse jævnfør ovenstående af stor vigtighed, at der er fokus på, at der er tale om både reelt og formelt flertal³⁹. Aktionærkredsen i det erhvervede selskab modtager som betaling for de ombyttede aktier, således aktier i det erhvervende selskab eventuelt sammen med en kontant udligningssum.

9.2.5 Ombytning i medfør af § 36, stk. 3

ABL § 36 stk. 3 er en dansk bestemmelse, og støtter som udgangspunkt ikke ret på EU's fusionsdirektiv. Stykke 3 regulerer dermed de tilfælde, hvor parterne i transaktionen ikke opfylder definitionen på et selskab i en medlemsstat⁴⁰. En anden forskel i forhold til ABL § 36 stk. 1 og 2 er, at der i dette tilfælde er krav om, at det erhvervende selskab erhverver 100 % ejerskab i det erhvervede selskab.

9.2.6 Grundlæggende principper / betingelser for gennemførelse af aktieombytning

De grundlæggende principper for aktieombytning er, at en aktionærkreds ombytter deres aktiebesiddelse i et selskab til aktier i et nyt eller bestående selskab. Denne transaktion kan i princippet sidestilles med afståelse af de hidtil ejede aktier og dermed køb af de "nye" aktier i nyt eller bestående selskab. Denne transaktion vil i almindelighed medføre realisationsbeskatning på de afståede aktier. Det er dermed grundlaget i ABL § 36 at udskyde en sådan beskatning på tidspunktet, hvor aktieombytningen finder sted.

Den model, som kommer nærmest principperne for aktieombytning, er fusion. Forskellen mellem disse to transaktionstyper er, at ved en fusion overdrages alle aktiver og passiver fra det indskydende selskab til det modtagende selskab. Det bevirker således, at de to selskaber sammensmeltet til et selskab. Ved aktieombytningen er det kun aktierne, der indskydes i det modtagende selskab og aktionærerne i dette modtager efterfølgende aktier i det modtagende selskab. Begge selskaber fortsætter dermed som to uafhængige juridiske enheder. I visse sammenhænge er transaktionen aktieombyt-

³⁹ TFS 1998.678 (Ligningsrådet). Afslag på skattefri aktieombytning, da en aktionær kun ejede flertallet af stemmerne i form af en aktionærforening. Dette ansås ikke for at være nok til at statuere et reelt og formelt flertal på trods af en uigenkaldelig fuldmagt.

⁴⁰ Kilde: LVL 2007-4 S.G.18 Skattefri aktieombytning, Indledning

ning blevet betegnet som en uegentlig fusion. Dette skyldes, at det forhold, at et selskab indlemmes i et andet ved overtagelse af aktier, minder om princippet i den transaktion, hvor et selskab sammensmeltes med et andet. Den store forskel er dog stadig, at der ved aktieombytning kun er tale om aktierne og ved fusion er tale om de fysiske aktiver og passiver.

Beskatningen udskydes ved skattefri aktieombytning til det tidspunkt, hvor aktionæren afstår de aktier, som denne har fået i bytte for aktierne i det erhvervede selskab.

9.2.7 Vederlaget

Vederlaget til aktionærerne i det erhvervede selskab kan ske i henholdsvis aktier i det erhvervende selskab og en kontant købesum. Der har siden juli 2002 ikke været krav om opfyldelse af pro rata vederlæggelse, og 10 % grænsen for kontant vederlag er ligeledes afskaffet⁴¹. Den mest anvendte vederlagsmetode jævnfør gældende praksis er, at vederlaget modtages i form af aktier i det erhvervende selskab. Det skyldes, at denne model må betegnes som værende den "rene" aktieombytning, hvor der ikke udløses skat af nogen art. Så snart vederlaget delvist består af en kontant udligningssum, beskattes denne del efter de normale regler for aktieavancebeskatning i ABL afhængig af, om parterne er personer eller selskaber.

For at der er tale om en egentlig aktieombytning, skal transaktionen indeholde det forhold, at mindst en aktie modtages som vederlag udover den kontante udligningssum. Sker dette ikke, er der tale om et almindeligt aktiesalg, og beskatning af parterne i henhold til ABL's normale aktieavancebeskatningsbestemmelser.

Der er ikke krav om, at den kontante udligningssum faktisk skal bestå af kontanter. Denne kunne meget vel bestå af et anfordringslån eller eventuelt et gældsbrev.

Er vederlaget både sammensat af aktier i det erhvervende selskab og en kontant udligningssum, behandles situationen i praksis som følger:

Ombyttes der eksempelvis aktier til en nominel værdi af kr. 400.000 til en fastsat handelsværdi på ombytningstidspunktet til kr. 800.000, og der samtidig betales en kontant sum til aktionærerne i det erhvervede selskab på kr. 20.000, succederes der udelukkende i aktier til en nominel værdi af kr.

⁴¹ Disse krav gælder stadig i Fusionsdirektivet jf. art. 2 litra b.

390.000 til en værdi på kr. 780.000. De resterende aktier med en nominel værdi på kr. 10.000 anses for afstået efter realisationsprincippet med deraf følgende avancebeskatning⁴².

Som det fremgår af ovenstående, er det vigtigt, at der skelnes mellem nominelle værdier og handelsværdier. Det er således heller ikke muligt at gennemføre en skattefri aktieombytning på grundlag af et erhvervet selskab, som har en negativ egenkapital. Det skyldes det faktum, at der ikke kan erlægges et vederlag for aktier, som ikke repræsenterer nogen reel værdi. Kan der ikke erlægges et vederlag, falder transaktionen ikke ind under modellen for aktieombytning⁴³.

9.2.8 Fristen for gennemførelsen af aktieombytningen

En aktieombytning skal gennemføres i løbet af en periode, som maksimum må strække sig over 6 måneder ABL § 36 stk. 4. Perioden regnes fra den dato, hvor selskabet har fremsat tilbud om aktieombytning, til beslutningen er vedtaget på begge selskabers generalforsamlinger, og de enkelte aktionærer enten har accepteret eller afslået tilbudet, samt vederlaget er fastlagt og afregnet.

Helt grundlæggende er perioden fastsat, for at der skal være en tidshorisont til selskaberne at handle indenfor. Dette skyldes, at går der mere end 6 måneder, kan det i visse tilfælde medføre, at de vilkår, som skal være opfyldt for, at selskaberne kan gennemføre en aktieombytning med hjemmel i ABL § 36, ikke længere kan overholdes af selskaberne. Det vil i sidste ende betyde, at det grundlag en eventuel tilladelse er givet på, ikke vil være gældende den dag, ombytningen finder sted, og tilladelsens oprindelige grundlag vil ikke være anvendeligt.

Har selskaberne af en eller anden årsag ikke været i stand til at gennemføre aktieombytningen i løbet af de 6 måneder, som er den gældende frist, har selskaberne stadig mulighed for at forlænge fristen. Dette kræver, at der indsendes en ny ansøgning til den samme myndighed, som behandlede den første ansøgning. Det er dog ikke nogen betingelse, at selskaberne benytter sig af en eventuel tilladelse. Selve udnyttelsen er valgfri, når blot alle betingelser er overholdt i det tilfælde tilladelsen udnyttes.

6 måneders perioden kan betragtes som den maksimum periode, det må tage at gennemføre aktieombytningen jævnt over ovenstående. Det vil ligeledes sige, at er der flere aktionærer i det erhvervede selskab, kan disse godt acceptere tilbudet om aktieombytning løbende, når blot de holder sig inden

⁴² Inspireret af LVL 2007-4, Selskaber og aktionærer, S.G.18.5.1., Kontantvederlag samt Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 176

⁴³ Inspireret af LVL 2007-4, Selskaber og aktionærer, S.G.18.5.1, Negativ egenkapital

for 6 måneders fristen. De aktionærer, som måtte beslutte sig efter fristen, vil have afstået deres aktier på normale vilkår og udløse realisationsbeskatning. Gennemførelsen af en glidende aktieombytning over en 6 måneders periode skal dog gennemføres under hensyn til kravet om overtagelse af formelt og reelt flertal.

En anden risiko for at misligholde bestemmelserne i en eventuel tilladelse er, at det endelige vederlag ikke kan fastlægges inden for 6 måneders fristen. Herved kan aktieombytningen ikke anses for afsluttet indenfor den tilladte periode, og en eventuel tilladelse vil bortfalde jævnt før praksis eksempelvis SKM 2005.272. Afslaget i denne sag var baseret på, at det endelige vederlag reelt først ville blive fastlagt efter en årrække. Det var således lagt op til, at der skulle ske vederlag ved løbende ydelser over en årrække fra 2004 til 2008.

9.2.9 Tilbagevirkende kraft

Flere steder indenfor selskabsretten er det muligt at foretage omstruktureringer med tilbagevirkende kraft. Eksempelvis er der under normale omstændigheder ikke noget til hinder for, at et selskab stiftes på grundlag af en skattefri virksomhedsomdannelse med tilbagevirkende kraft. Dette sker dog under hensynstagen til tidspunktet for seneste aflagte årsrapport for den private virksomhed. Skattemæssigt kan aktierne dog ikke anses for ombyttet med tilbagevirkende kraft, da aftaledatoen anses for at være ikrafttrædelsesdatoen⁴⁴.

9.2.10 Tilladelsen

Alle skattefrie aktieombytninger, som gennemføres efter AL § 36, kræver tilladelse fra SKAT. Der ansøges normalt til det lokale skattecenter, derefter vil ansøgningen blive behandlet eller sendt videre til et af SKAT udpeget kompetencecenter.

SKAT kan i forbindelse med en eventuel tilladelse fastsætte vilkår, som skal overholdes for at undgå, at tilladelsen trækkes tilbage. Disse vilkår er ofte kendetegnet ved ejertidsvikår eller vilkår omkring kapitalnedsættelse⁴⁵.

Udover de tidsbegrænsede vilkår kan der fra SKAT side stilles krav om, at væsentlige ændringer i de forhold, hvorpå ansøgningen er udarbejdet, anmeldes til SKAT senest 3 måneder før den væsentlige ændring forventes gennemført.

⁴⁴ LVL 2007-4, S.G.18.5.1. Objektive betingelser, tilbagevirkende kraft

⁴⁵ Kilde: S.G.18.2.1 Ansøgningsprocedure

Udebliver en sådan anmeldelse, vil det i yderste konsekvens kunne medføre, at SKAT kan tilbagekalde den oprindelige tilladelse, og transaktionen bliver skattepligtig.

9.2.11 Klageadgang

Ansøger har adgang til at påklage SKAT's afgørelse i forhold til opnåelse af tilladelse til skattefri aktieombytning. En sådan klage skal indbringes for Landsskatteretten senest 3 måneder efter, afgørelsen fra SKAT er modtaget⁴⁶. Denne klageadgang blev indført i dansk praksis, efter Leur-Bloem dommen blev afsagt ved EF-domstolen i juli 1997.

Der er i forhold til SKAT indsat et anmeldelsesvilkår vedrørende væsentlige ændringer. Disse skal anmeldes 3 måneder forud for ændringens gennemførelse. Der vil være tilfælde, hvor ændringen må anses for at være uforudsigelig for ansøger. I disse tilfælde skal ændringen anmeldes senest 1 måned efter, ansøger er blevet bekendt med denne.

9.2.12 Udlodninger

Det er dog ikke udelukkende på ombytningstidspunktet, at der stilles krav til henholdsvis ansøger og rådgiver. Da aktieombytningen ofte kendetegnes ved, at der indskydes et holdingselskab over et allerede etableret driftsselskab, kan der ofte være betydelige midler opsparet i dette driftsselskab. En væsentlig udlodning af disse midler kræver, at dette anmeldes for både holdingselskabet og datterselskabet⁴⁷. SKAT har jævnfør hidtidig praksis haft tradition for at omkvalificere større udlodninger, som er fortaget indenfor en kortere periode efter selve aktieombytningen er gennemført. Denne problemstilling vil blive behandlet indgående i analysedelen under aktieombytning.

9.2.13 Subjektive betingelser

9.2.14 Formålet baseres på en forretningsmæssig begrundelse

Ved ansøgning om tilladelse til gennemførelse af en skattefri aktieombytning har SKAT gennem årene via fast praksis lagt stor vægt på det forretningsmæssige krav, som indeholdes i EU's Fusionsdirektiv artikel 11 stk. 1, litra a. Grundlæggende bygger dette krav på, at en skattefri aktieom-

⁴⁶ Inspireret af Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 182

⁴⁷ Inspireret af Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 204

bytning ikke må gennemføres ud fra et hovedformål, som bygger på skatteundgåelse eller skatteunddragelse⁴⁸. Der er derfor en gennemført tradition for særdeles detaljerede vurderinger i denne forbindelse.

Det er dog ikke nok, at ansøger opfylder kravet om, at hensigten skal være forretningsmæssigt begrundet. Der er ligeledes krav om, at transaktionen skal foregå ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger. En skattefri aktieombytning kan således heller ikke tillades gennemført i de tilfælde, hvor transaktionen vil være en økonomisk ulempe for en eller flere af de implicerede selskaber. Det kan eksempelvis være i tilfælde, hvor transaktionen må formodes at medføre større økonomiske fordele for eventuelle personlige aktionærer end for selskabernes fremtidige drift.

Det er op til ansøger og dennes rådgiver at frembringe klare og utvetydige argumenter for indholdet af den påtænkte aktieombytning⁴⁹.

9.2.15 Skattemæssige konsekvenser

9.2.15.1 For aktionærerne

Såfremt der opnås tilladelse til skattefri aktieombytning, og denne således gennemføres efter aktieavancebeskatningslovens § 36, stk. 1 og fusionsskattelovens § 11, udløser dette ikke nogen form for skattebetaling. Denne skattefritagelse begrundes i successionsprincippet, hvorefter den skattemæssige anskaffelsessum og hensigt overføres til de aktier, overdrageren modtager som vederlag for ombytningen.

Opnås der ikke tilladelse til gennemførelse af skattefri aktieombytning, er alternativet, at der udløses realisationsbeskatning, jævnfør aktieavancebeskatningslovens almindelige regler FUL § 9, hvis transaktionen gennemføres.

9.2.15.2 For erhvervende selskab

Det erhvervende selskab erhverver aktierne pr. ombytningsdatoen til handelsværdi.

⁴⁸ Fusionsdirektivet 90/434 EØF artikel 11 litra a

⁴⁹ Kilde: S.G.18.5.2 subjektive betingelser LVL 2007-3

9.2.16 Etablering af sambeskatning

Ved etablering af holdingstruktur indtræder selskaberne automatisk⁵⁰ i sambeskatningsforhold jævnfør de normale regler i SEL § 31 C, stk. 1-6. Holdingselskabet bliver administrationselskab, da dette overtager stemmemajoriteten i datterselskabet.

9.3 Skattefri aktieombytning uden tilladelse

9.3.1 De omfattede selskaber

Udgangspunktet for de selskaber, der er omfattet af denne bestemmelse, er defineret i Fusionsdirektivet 90/434/EØF. Der henvises således til bilag 1.

9.3.2 Lovgrundlag – ABL § 36 A

Som følge af vedtagelsen af lov nr. 343 af 18. april 2007 og lov nr. 110 A er der indsat en § 36 A. Denne regulerer ligeledes en række objektive betingelser og krav. Disse har dog stor indvirkning på de krav og betingelser, som hidtil har været at betegne som subjektive. Herved henledes opmærksomheden specielt på det forhold, at der ikke længere er krav om en redegørelse for hensigten med at gennemføre en skattefri aktieombytning. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at der er tale om et dansk spor⁵¹, som virker sideløbende med det hidtidige tilladelsesspor. Der er således mulighed for at vælge hvilket spor, man ønsker at følge. Hovedårsagen til at indføre dette nye danske spor er, jævnfør ovenstående at opnå administrative lettelser i kraft af, at en del af ansvaret for, at de objektive og subjektive betingelser til en aktieombytning overholdes, i højere grad lægges over på rådgiver. Herved burde SKAT opnå en tidsbesparelse i kraft af, at der ikke umiddelbart skal foretages en konkret vurdering af forholdene i den enkelte sag eksempelvis vedrørende forretningsmæssig begrundelse.

⁵⁰ Selskaber som er skattemæssig hjemhørende i Danmark.

⁵¹ Dette lovgrundlag er ikke direkte direktiv styret, men nærmere en dansk formulering, for at opnå administrative lettelser.

9.3.3 Objektiviserede regler – administrative lettelser⁵²

9.3.3.1 Aktieombytning i henhold til § 36 A, stk. 1

Det må udledes af ABL § 36 A stk. 1, at denne dækker de situationer, hvor et erhvervende selskab erhverver flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab, hvis ikke det erhvervende selskab allerede var i besiddelse af dette flertal inden. Det alt afgørende er, at der er tale om et både reelt og formelt flertal, som nærmere gennemgået i ovenstående ved "Ombytning i medfør af § 36, stk. 2" i afsnittet for skattefri aktieombytning med tilladelse.

9.3.3.2 Aktieombytning i henhold til § 36 A, stk. 2

ABL § 36 A stk. 2 omfatter den situation, hvor det erhvervende selskab erhverver en yderligere del eller hele aktiekapitalen i det selskab, hvor det erhvervende selskab i forvejen ejer en del af aktiekapitalen. Denne bestemmelse medfører, at det er muligt at lave en skattefri aktieombytning i den situation, hvor et eller begge selskaber ikke er omfattet af begrebet selskab i en EU stat og heller ikke svarer til et aktie- eller anpartsselskab, når blot de værdipapirer, som ønskes ombyttet, er omfattet af ABL⁵³.

9.3.3.3 Vederlaget

Det er en betingelse, at værdien af vederlagsaktierne inklusiv en eventuel kontant udligningssum fastsættes til markedspris / handelsværdi⁵⁴. Dette forhold er fundamentalt for gennemførelsen uden tilladelse fra SKAT. Det bevirker, at anses ombytningsforholdet ikke at være fastsat til handelsværdi, bliver aktieombytningen skattepligtig. Der skal således være balance i den værdi de ombyttede aktier repræsenterer, og det vederlag aktionæren i det erhvervede selskab modtager⁵⁵.

9.3.3.4 Værdiansættelse

Da handelsværdien altid er gældende i en aktieombytning efter ovenstående principper, vil værdien af de indskudte aktier ved stiftelsen af et nyt selskab altid svare til handelsværdien på ombytnings-

⁵² Se eventuelt afsnit 14.2 bilag 2 for skematisk oversigt.

⁵³ Kilde: www.SKAT.dk: "Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber", afsnit 5.2

⁵⁴ Der må ikke ske en forskydning af rettigheder og formueforhold mellem de i ombytningen implicerede aktionærer.

⁵⁵ Kilde: www.SKAT.dk: "Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber", afsnit 5.3

tidspunktet. Værdifastsættelsen kan stadig gennemføres i overensstemmelse med TS cir. 2000-9 og 10⁵⁶. Selve behandlingen af aktierne i det nye selskabs åbningsbalance reguleres af aktieselskabslovens §§ 6 a til 6 b om apportindskud samt årsregnskabsloven omkring værdiansættelse ved første indregning. Dermed er det ikke sikkert, at aktierne optages til den handelsværdi, som er fastsat i forbindelse med aktieombytningen.

9.3.4 Anskaffelsessum og tidspunkt

9.3.4.1 Aktionær - fysisk person

Aktionærerne i det erhvervede selskab behandler vederlagsaktierne efter successionsprincippet, det vil sige, som om de var erhvervet på samme tidspunkt til samme anskaffelsessum og med samme hensigt som de ombyttede aktier FUL §§ 9-11.

9.3.4.2 Aktionær - selskab

Er en aktionær et selskab, og var denne både aktionær i det erhvervede såvel som det erhvervende selskab før ombytningen, skal vederlagsaktierne behandles som om, de er anskaffet på tidspunktet for aktieombytningen og til denne handelsværdi. Dette foretages dog under hensyn til 3 års reglen for såvel aktierne i det erhvervede som det erhvervende selskab. Denne regel, som vedrører aktionærer, der er selskaber bevirker, at der ikke kan spekuleres i at omgå 3 års reglen ABL § 8 stk. 1 ved at ombytte aktier ejet under 3 til aktier ejet over 3 år og efterfølgende i sammenspil med FIFO og gennemsnitsmetoden realisere en skattefri gevinst.

Udgangspunktet for den skattemæssige anskaffelsessum på de aktier det erhvervende selskab overtager, er den oprindelige anskaffelsessum. Aktierne anses dog for anskaffet på ombytningstidspunktet. Det, at aktierne anses for anskaffet på ombytningstidspunktet, bevirker, at det erhvervende selskab skal beholde aktierne i 3 år for at kunne afhænde dem skattefrit. Det kan i visse tilfælde opstå en situation, hvor den oprindelige anskaffelsessum er højere end handelsværdien på ombytnings-tidspunktet. Dette vil medføre, at den skattemæssige anskaffelsessum vil skulle fastsættes til handelsværdien på ombytningstidspunktet jævnfør ABL § 36 A stk. 5⁵⁷.

⁵⁶ Kilde: Eksempel Manual 2007/08 side 228

⁵⁷ Kilde: www.SKAT.dk: "Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber", afsnit 5.4 samt 5.5

9.3.5 Efterfølgende udlodninger

Udbytte kan udloddes skattefrit fra det erhvervede selskab til det erhvervende selskab ved en påbegyndt ejertids periode på 12 måneder SEL § 13 stk. 1, nr. 2. Denne periode påbegyndes forfra ved den situation, som er beskrevet i ovenstående med en aktionær, som er et selskab og har ejet aktier i både erhvervende og det erhvervede selskab⁵⁸. Startes perioden forfra inden det erhvervende selskab har ejet aktierne i 12 måneder, er udbytte udloddet i perioden dermed skattepligtig.

Ved aktieombytninger uden tilladelse er det ligeledes et krav, at der ikke udloddes mere end selskabets ordinære resultat over en periode på 3 år efter aktieombytningen ABL § 36 A, stk. 7. Dette er en meget væsentlig værnsregel i denne nye bestemmelse. Det skyldes, at overskrides udbyttebegrænsningen, anses forholdet på den måde, at aktierne er afstået til tredjemand⁵⁹.

9.3.6 ABL § 36 A, stk. 7 og 8 vedrørende investeringsselskaber

Disse vil ikke blive behandlet yderligere jævnfør afgrænsning.

9.3.7 Aktieavancebeskatningslovens § 36 A, stk. 10 – Tilladelse kræves "alligevel"

Den situation, hvor et selskab med bestemmende indflydelse i henhold til LL § 2 stk. 2 i det erhvervede selskab, har ejet aktierne i mindre end 3 år og ønsker at gennemføre en aktieombytning til aktier i et selskab, som ikke er hjemhørende i Danmark, skal søge SKAT om tilladelse til at gennemføre denne ombytning efter successionsprincippet jævnfør ABL § 36 A, stk. 10⁶⁰. Grunden til at netop denne situation ikke er fritaget for ansøgning om tilladelse er, at der fra SKAT's side ønskes at dæmme op for, at en skattepligtig afståelse af aktierne i det erhvervede selskab konverteres til en aktieavance ved et modtagende selskab udenfor Danmark via en skattefri aktieombytning. Det skyldes i den sidste ende, at en sådan avance ikke vil kunne beskattes i Danmark, når det nye erhvervende selskab ikke er skattemæssigt hjemhørende her.

⁵⁸ Kilde: www.SKAT.dk: "Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber", afsnit 5.4 samt 5.7

⁵⁹ Kilde: Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 224

⁶⁰ Kilde: www.SKAT.dk: "Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber", afsnit 5.4 samt 5.9

9.3.8 Skattemæssige konsekvenser

9.3.8.1 Aktionærer

De skattemæssige virkninger af en skattefri aktieombytning er, at aktionærerne modtager aktier i erhvervende selskab som vederlag for de aktier, disse ejede i det oprindelige selskab. Disse aktier er anskaffet på grundlag af successionsprincippet⁶¹ og anses dermed anskaffet på det oprindelige tidspunkt for anskaffelsen af aktierne i det erhvervede selskab. Aktierne i det erhvervende selskab anses ligeledes for at være anskaffet til den oprindelige anskaffelsessum jævnfør ABL § 36 A, stk. 4.

9.3.8.2 Erhvervende selskab

For holdingselskabets vedkommende anses de erhvervede aktier for anskaffet til den fysiske persons oprindelige anskaffelsessum men på ombytningstidspunktet ABL § 36 A, stk. 5 opgjort efter ABL § 26. Holdingselskabet ejer dermed aktierne under hensyn til kravet om 3 års ejertid for at muliggøre et skattefrit salg.

10. Spaltning

10.1 Indledning

Visse selskaber kan ved længerevarende drift udvikle sig til at have flere forretningsområder. Dette kan betyde, at der kan opstå behov for at få adskilt disse i flere juridiske enheder. Årsagen til at opnå en adskillelse kan variere meget afhængig af selskabets aktiviteter, mål, strategisk plan eller helt andre årsager som generationsskifte eller salg. Der kan ligeledes være driftsmæssige hensigter forbunden med at gennemføre en spaltning. Disse kan eksempelvis være risikoafgrænsning, stordriftsfordele samt andre mere praktisk betonedede årsager. Netop risikobegrænsningen kan være en væsentlig faktor, specielt i selskaber, som er velkonsoliderede og har oparbejdet en stor aktivmasse. I disse situationer kan det være særdeles hensigtsmæssigt at spalte eventuelle høj-risiko aktiviteter ud af den juridiske enhed, som ejer den store aktivmasse.

Ved forberedelser i forbindelse med salg eller generationsskifte kan spaltning være et nyttigt værktøj til at mindske kapitalbehovet hos køber eller den nye generation af aktionærer. Dette skal forstås på den måde, at selskabet kan nøjes med at sælge eller generationsskifte den udspaltede aktivitet.

⁶¹ Via henvisning i ABL § 36, stk. 1 til FUL § 11

10.2 Lovhjemmel

Overordnet er Danmarks nationale regler for spaltning udarbejdet med udgangspunkt i EU's Fusionsdirektiv 90/434/EØF med senere ændringer i februar 2005.

Den nationale lovhjemmel for spaltning af selskaber findes i flere forskellige love. Det skyldes, at der ved en spaltning er forbundet en række selskabsretlige forhold og ikke kun skattemæssige forhold. De selskabsretlige forhold reguleres af aktieselskabslovens § 136 til 136 j⁶². Dertil er der et regelsæt omkring apportindskud i AL §§ 6a til 6b. Spaltningen gennemføres under hensynstagen til disse afhængig af hvilken slags spaltning, der er tale om. Reglerne er ligeledes gældende for anpartsselskaber. Her er der dog indskrevet en paragraf 67 a, som ligeledes henviser analogt til ovennævnte regler.

Det er fastlagt, at både aktie- og anpartsselskaber kan støtte ret på reglerne i AL §§ 136 – 136i.

De skattemæssige forhold vedrørende spaltning reguleres som udgangspunkt af Fusionslovens §§ 15 a og 15 b, mens det i tilfælde af en opnået avance på aktier / anparter, og denne som følge af øvrige forhold er skattepligtig, vil det være nødvendigt at opgøre denne efter reglerne i Aktieavancebeskatningsloven⁶³.

Der er mulighed for at gennemføre en spaltning enten som en skattepligtig transaktion eller som en skattefri. Gennemføres spaltningen skattefrit, er det med udgangspunkt i FUL 15 a og 15 b.

10.3 Inden spaltningen gennemføres

Før en egentlig igangsættelse af spaltningsfasen bør selskabsdeltagerne nøje overveje følgerne. Overvejelserne bør både indeholde skatteretlige og selskabsretlige hensyn. Det er ligeledes yderst vigtigt, at de likviditetsmæssige hensyn tages i betragtning. Det skyldes primært, at det enkelte selskab skal have et bæredygtigt likviditetsberedskab til at fortsætte driften egenhændigt efter spaltningen⁶⁴.

10.4 Spaltning generelt

⁶² Se også lovbekg. Nr. 649 af 15/06/2006 med efterfølgende ændringer.

⁶³ Kilde: LVL 2007-4, S.D.2 Spaltning

⁶⁴ Revisor Gruppen Danmark, Produkthåndbog – Revision / Fusion og spaltning. Side 3

Er det hensigten at gennemføre en skattefri spaltning, er det vigtigt at overveje forhold omkring universalsuccession og hæftelsesvilkår.

Der er flere former for universalsuccession. Grundlæggende betyder det, at krav og fordringer på det eventuelt ophørende selskab overføres på det eller de fortsættende selskaber. Andre former for krav og rettigheder kan ligeledes følge det fortsættende selskab⁶⁵. Kendetegnende er ligeledes, at kreditorer ikke opnår yderligere sikkerhed, end disse måtte have haft i det ophørte selskab. Dette forhold kan dog ændres, hvis vurderingsmændenes rapport viser, at der er en forringelse i aktivgrundlaget som følge af spaltningen.

For at det er muligt at gennemføre en spaltning, er der enkelte forhold, som skal være på plads. Det indskydende selskab må ikke være under konkursbehandling eller likvidation. I begge tilfælde at udlodningen ikke er påbegyndt.

Der kan for danske aktionærer tillades spaltning i henhold til successionsprincippet, når disse er aktionærer i udenlandske selskaber, og der gennemføres en spaltning af de udenlandske selskaber⁶⁶.

10.4.1 Universalsuccession

Grundlæggende er universalsuccession udtryk for indtræden i anden parts retsstilling. Ved skattemæssig universalsuccession anses den vedrørte part at indtræde i en anden parts skattemæssige stilling også i forhold til en modpart. Denne modpart kunne meget vel være SKAT. Der kan i visse tilfælde være forskel på civilretlig og skatteretlig universalsuccession. Grundsætningen i den civilretlige succession er, at al ret og pligt overtages af den indtrædende juridiske person. Skattemæssigt kan der være undtagelser. Eksempelvis omkring fri bil i det indskydende selskab. Her ændrer beskatningsgrundlaget sig i forbindelse med spaltningen til handelsværdi på beslutningstidspunktet.

10.4.2 Hæftelsen

Alle modtagende selskaber hæfter solidarisk for alle forpligtelser, der måtte være på spaltningstidspunktet. Det enkelte selskab hæfter dog kun med de indskudte nettoaktiver uden hensyn til fremtidig indtjening jævnfør AL § 136, stk. 2.

⁶⁵ Kilde: LVL 2007-4 S.D.2.10

⁶⁶ Kilde: LVL 2007-4, S.D.2.12.

10.4.3 To former for spaltning

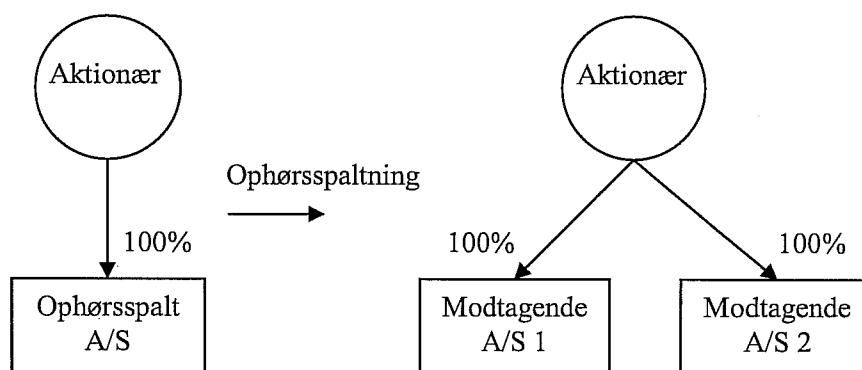
Ved gennemførelse af en spaltning er der mulighed for på overordnet plan at gennemføre denne efter to forskellige modeller. Den ene er grundformen og den egentlige spaltningsmodel. Denne model betegnes som ophørsspaltning jævnfør FUL 15 a, stk. 2. Årsagen er, at ved denne transaktion ophører det spaltede selskab og overfører dets aktiver og passiver til 2 eller flere nye eller eksisterende selskaber. Den anden model er gren-spaltning eller som tilføjet i EU's Fusionsdirektiv "parti-el-spaltning"⁶⁷.

Specielt for spaltning efter ophørsmetoden er, at der ikke forelægger krav om, at der skal etableres en egentlig drift i begge de modtagende selskaber. Det vil sige, at det ene selskab godt kan bestå af en ejendom eller et såkaldt "pengetanksselskab".

Betegnelsen "pengetanksselskab" dækker over et selskab, hvis aktivitet består af passiv kapitalanbringelse. Det vil sige eventuel drift af udlejningsejendomme eller blot investering i værdipapirer uden, at det kan betegnes som næringsdrivende med dette.

Ophørsspaltningsmodellen er især populær i tilfælde, hvor aktionærkredsen ønsker at forberede et selskab eller rettere en aktivitet til generationsskifte. Det skyldes, at det på denne måde er muligt at fraspalte kapitaltunge aktiviteter fra den øvrige drift.

Figur 10.4.3.1: Ophørsspaltning



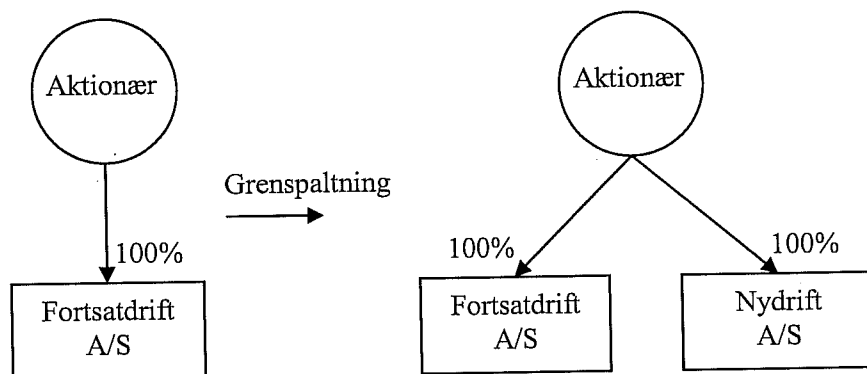
Kilde: Egen tilvirkning

⁶⁷ For nærmere gennemgang af grenkravet henvises herved til afsnittet 11.3.2 – "grenkravet"

Af ovenstående figur 10.4.3.1 fremgår det, at Ophørsspalt A/S ophører ved spaltningen og aktiver og passiver bliver spaltet ud i to modtagende selskaber. Der er således mulighed for, at det ene af de to modtagende selskaber fungerer som en reel pengetank.

Den anden model betegnes jævnfør ovenstående grenspaltning eller partielspaltning. Denne transaktion kendetegnes ved, at det spaltede selskab fortsætter sin drift. Det er i denne forbindelse et krav, at det modtagende selskab overtager aktiver, forpligtelser og likviditet, så en fremtidig og selvstændig drift er mulig for den fraspaltede aktivitet. Den fraspaltede aktivitet kan både indskydes i nystiftede og eksisterende selskaber. Det kræves dog, at det udelukkende er aktiver og passiver, som tilhører en gren af det spaltede selskab. Overføres aktiver eller passiver, som kan defineres som tilhørende en anden gren af selskabet, er der tale om endnu en spaltning. Nedenstående er der skitseret en såkaldt grenspaltning.

Figur 10.4.3.2: Grenspaltning



Kilde: Egen tilvirkning

Som det fremgår af ovenstående figur 10.4.3.2, fortsætter det spaltede selskab driften af den tilbageværende aktivitet. Nydrift A/S har således modtaget en delaktivitet i overensstemmelse med grenkravet.

10.5 Sammenligning med modellen "Tilførsel af aktiver"

På trods af at den overordnede transaktion grenspaltning og transaktionen tilførsel af aktiver minder en del om hinanden, må disse under alle omstændigheder ikke forveksles.

I nedenstående redegøres kort for forskellen mellem disse to omstruktureringsmodeller.

Vederlagsmæssigt er der en gennemgribende forskel på hvem, der modtager vederlaget for den indskudte aktivitet. Ved grenspaltningen tilkommer vederlaget det modtagende selskabs aktionærer. Det skyldes, at der jævnfør ovenstående figur stiftes et søsterselskab ved grenspaltningen, eller aktiviteten indskydes i et allerede eksisterende søsterselskab.

Er der tale om tilførsel af aktiver, tilfalder vederlaget det indskydende selskab. Dette forhold grunder i, at der ved tilførsel af aktiver stiftes et datterselskab til det indskydende selskab.

En anden væsentlig forskel findes i forhold til det indskydende selskabs kreditorer. Ved tilførsel af aktiver er det et krav, at der sker accept fra kreditorerne, inden transaktionen kan gennemføres. Dette er ikke et krav for gennemførslen af en grenspaltning. Der skal dog i denne forbindelse henvises til vurderingsmændenes erklæring omkring kreditorernes sikkerhed jævnfør AL § 136 c⁶⁸.

10.6 Spaltning med tilladelse

10.6.1 Betingelser

Forretningsmæssig begrundelse for spaltning

De objektive betingelser for benyttelsen af fusionsskattelovens §§ 15 a og 15 b i forbindelse med spaltning udspringer af EU's fusionsdirektiv artikel 2 litra b og ba. Det er ligeledes i Fusionsdirektivet baggrunden for SKAT's subjektive vurdering i de enkelte spaltninger grundlægges. Der tilskyndes fra Fusionsdirektivets side, at den enkelte medlemsstats skattemyndighed vurderer det grundlag, den enkelte spaltning ønskes gennemført på jævnfør artikel 11, stk. 1 litra a. Det skyldes, at der for den enkelte medlemsstat skal være mulighed for at tilsidesætte direktivets retningslinier, såfremt der måtte være mistanke om, at formålet med spaltningen er enten skatteunddragelse eller direkte undgåelse⁶⁹. Denne problemstilling er særdeles relevant i forhold til spørgsmålet om ansøgning om tilladelse fra SKAT eller ej. Dette forhold bliver behandlet nærmere i nedenstående afsnit omkring tilladelse.

Der stilles fra SKAT's side ligeledes krav til, at spaltningen skal gennemføres med udgangspunkt i forsvarlige økonomiske hensigter⁷⁰.

⁶⁸ Kilde: Revisor Gruppen Danmark, Produkthåndbog – Revision / Fusion og spaltning. Afsnit 1.2

⁶⁹ Kilde: Direktiv 90/434 EF/ EØF, artikel 11

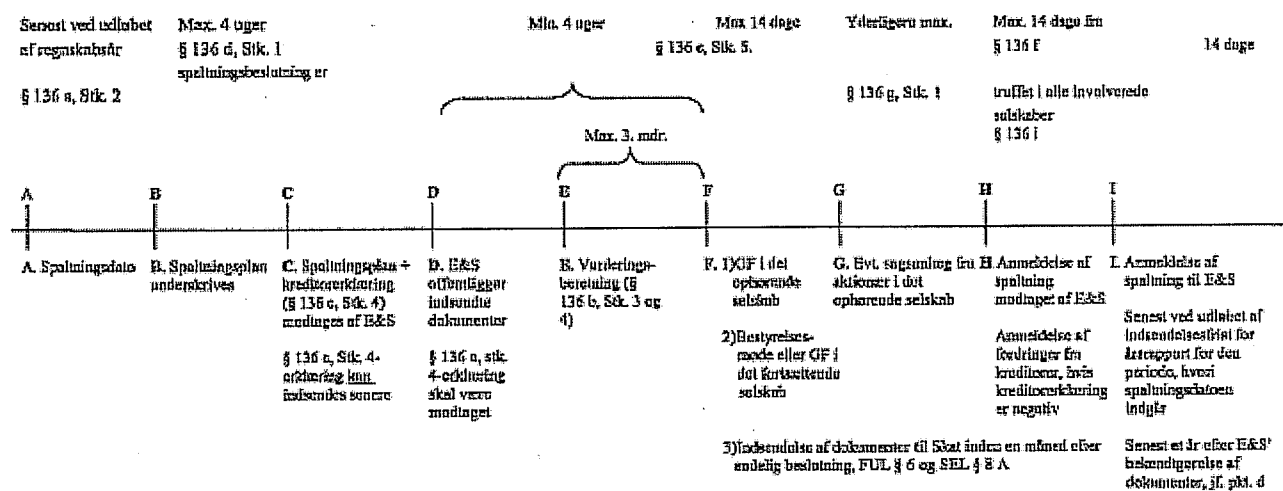
⁷⁰ Kilde: SKAT: Ligningsvejl. Selskaber og aktionærer 2007-3, S.D.2.7.4.

Som underbygning af væsentligheden i at spaltningen repræsenterer et reelt økonomisk formål, som ikke tager udgangspunkt i skatteunddragelse og undgåelse, henvises til fast praksis. Herved forstås eventuelt EF-domstolens c-28/95 af 17. juli 1997 – A. Leur-Bloem / SU 1997.257. Herved statueres det, at fortolkningen af Fusionsdirektivets artikel 11 fortolkes med hovedvægt på forsvarlige økonomiske dispositioner fastlagt ved en konkret vurdering af den enkelte sag. Der er således efter afgørelsen af Leur-Bloem sagen indført klageadgang til henholdsvis Landsskatteretten og efterfølgende domstolene.

10.6.2 Forløbet ved spaltning

Ved gennemførslen af en spaltning er det af stor vigtighed, at de formelle selskabsretlige krav overholdes. Da hovedvægten i dette kapital baseres på skatteretlige krav, sammenhænge og problemstillinger, vil gennemgangen af de selskabsretlige krav være nedtonet i omfanget set i forhold til skatteretten. Det vurderes dog at have stor relevans, at de selskabsretlige regler behandles, da opfyldelse af disse danner grundlaget for, at der overhovedet kan gennemføres en skatteretlig omstrukturering. Nedenstående figur viser det selskabsretlige og tidsmæssige forløb ved gennemførslen af en spaltning⁷¹.

Figur 10.6.2.1: Forløbet ved spaltning - grafisk
SPALTNING - SELSKABSRETligt OG TIDSMÆSSIGT FORLØB



Kilde: Revisor Gruppen Danmark, Produktåndbog 1, Revision – Fusion og spaltning, 5.20.02

⁷¹ Kilde: RGD – Produktåndbog / fusion og spaltning afsnit 1.6

De selskabsretlige retningslinier er grundlæggende for at spaltningen kan gennemføres. Disse vil dog ikke blive behandlet yderligere, da fokus ønskes fastholdt på det skattemæssige aspekt.

10.6.3 Vederlaget

På dette område må den danske lovgivning anses for at have været lidt på forkant med udviklingen i forhold til EU's Fusionsdirektiv. Dette bygger på, at Danmark allerede pr. 1. juli 2002 afskaffede henholdsvis pro rata-kravet og grænsen på 10 % for vederlæggelse med kontanter. Denne ændring har således betydet, at spaltning som redskab i forhold til omstruktureringer, er blevet langt mere anvendelig. Efter nugældende regler, skal der ske vederlæggelse af aktionærerne i det indskydende selskab i henhold til deres hidtidige ejerandel i dette. Den alt overskyggende forskel til de gamle regler er dog, at denne vederlæggelse ikke behøver at foregå proratarisk. Der kan således aftales vederlæggelse i aktier eller anparter i et eller flere af de modtagende selskaber samt eventuelt konstant vederlæggelse af nogle aktionærer eller blot en del af vederlaget⁷².

10.6.4 Fastsættelse af vilkår

Efter samme principper som for de øvrige omstruktureringsmodeller, kan SKAT meddele tilladelse til skattefri spaltning under hensynstagen til, at de stillede vilkår overholdes. Det mest anvendte vilkår har gennem tiderne været ejertidsvilkåret på 3 år. Det er normalt hensigten med ejertidsvilkåret, at opnå en yderligere sikkerhed for overholdelse af grenkravet. Dette argument bygger på, at kan den udspaltede gren fungere organisatorisk og for egne midler i minimum 3 år, er der en begrundet formodning om, at grenkravet er overholdt⁷³.

10.6.5 Skattemæssige konsekvenser

10.6.5.1 Implicerede selskaber

FUL § 15 b, stk. 4 regulerer selskabsdeltagernes skattemæssige stilling ved gennemførelsen af en spaltning efter reglerne i FUL § 15 b, stk. 1 og 2. Situationerne er delt op imellem de to typer af spaltning. I denne forbindelse henledes opmærksomheden på, om det indskydende selskab ophører

⁷² Kilde: Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 377

⁷³ Kilde: LVL 2007-4, Selskaber og aktionærer, S.D.2.7.1

eller forsætter efter spaltningen. Dertil kommer, at der skal tages hensyn til, om der er tale om en skattefri eller skattepligtig spaltning. I nedenstående tages der udgangspunkt i skattefri spaltning gældende for både ophørs- og grenspaltning

10.6.5.2 Sambeskatning

Overordnet skal det først præciseres, at der med implementeringen af de nye sambeskatningsregler i vedtaget ved lov nr. 426 af 6. juni 2005 ikke nødvendigvis er den samme spaltningsdato, som er gældende for henholdsvis det indskydende og det modtagende selskab. Dette forhold afklares efterfølgende af implementeringen af lov nr. 343 af 18. april 2007. Her gøres det således klart, at det er spaltningsdatoen for det indskydende selskab, der skal lægges til grund for opgørelsen af beskatningen jævnfør FUL § 15 b, stk. 4⁷⁴.

Selve ligningen og opgørelsen af den skattemæssige anskaffelsessum udarbejdes i forbindelse med selvangivelsen for det år, hvor den enkelte selskabsdeltager har været part i en spaltning FUL § 15 b, stk. 5

Et væsentligt forhold i forbindelse med opgørelsen af sambeskatningsindkomst er, at et selskab aldrig må stilles dårligere, end hvis det var beskattet som et enkeltstående selskab⁷⁵.

Der skal fastlægges en fast fordelingsprocedure indenfor den enkelte koncern. Det vil sige, at koncerninterne selskaber, som har overskydende skat til gode, mindst skal modtage en godtgørelse på 2,3 procent af denne.

10.6.5.3 Konsekvenser når indskydende selskab ophører

Hvis aktionærene vederlægges med andet end aktier eller anparter, anses den del af aktierne for solgt til tredje mand pr. spaltningsdatoen og til den på spaltningsdatoen opgjorte kurs jævnfør FUL § 15 b, stk. 4, 2. pkt. De øvrige modtagne aktier eller anparter i modtagende selskab, som tildeles aktionærene i det indskydende selskab, betragtes som ombyttet pr. spaltningsdatoen til kursværdien på denne dato.

Anskaffelsessummen fordeles forholdsmæssigt efter kursværdien af aktierne eller anparterne i hvert enkelt af det modtagende selskab mod den samlede kursværdi i de modtagende selskaber.

Overordnet kan det dermed formuleres som følger:

⁷⁴ Kilde: Ligningsvejl. Selskaber og aktionærer 2007-3, S.D.2.11.

⁷⁵ Kilde: Guldmand, Winther og Werlauff – Sambeskatning 2007/08 fra Magnus Informatik side 99

Består vederlaget af aktier eller anparter, indtræder aktionærerne i succession.

Består vederlaget af andet end aktier eller anparter, anses forholdet som afståelse, og ABL's regler finder anvendelse ved opgørelse af beskatningen⁷⁶.

10.6.5.4 Konsekvenser når indskydende selskab ikke ophører

Modtager aktionærerne udelukkende aktier eller anparter som vederlag, anses disse for anskaffet på samme tidspunkt, som det var tilfældet med aktierne eller anparterne i det indskydende selskab FUL § 15 b, stk. 4, 4. pkt.. Her gælder det ligeledes, at der sker en forholdsmæssig fordeling, hvis der modtages aktier eller anparter i flere modtagende selskaber. Denne fordeling beregnes i forhold til kursværdien af indskydende selskab på spaltningstidspunktet FUL § 15 b, stk. 4, 11. og 12. pkt..

Til forskel fra ophørsspaltning anses vederlag i andet end aktier eller anparter for udbytte FUL § 15 b, stk. 4, 4. pkt.

Ved skattefri spaltning er der mulighed for at foretage spaltningen med tilbagevirkende kraft dog under hensynstagen til AL § 136 b, stk. 2⁷⁷.

10.6.5.5 Konsekvenser for danske aktionærer ved spaltning af udenlandske selskaber.

FUL § 15 b, stk. 6 behandler den situation, hvor et udenlandsk selskab har fast driftssted eller fast ejendom i Danmark. Spaltes et sådan selskab, er successions spørgsmålet kun aktuelt på aktionær siden. Det er dermed muligt at opnå tilladelse til succession på aktionær siden og dermed anvendelse af reglerne i FUL § 15 b, stk. 4, 2. – 14. pkt. Ved vurderingen lægges der vægt på, om substansen i spaltningen af det udenlandske selskab minder om den transaktion, som er omhandlet i den danske fusionsskattelov⁷⁸. Opmærksomheden bør dog skærpes vedrørende aktionæren – fysisk eller juridisk person.

10.6.6 Skattepligtig spaltning

Denne transaktion er ikke relevant i forhold til opgavens hovedproblemstillinger, hvorfor den ikke er behandlet yderligere.

⁷⁶ Kilde: LVL 2007-4, Selskaber og aktionærer afsnit S.D.2.11.1

⁷⁷ Kilde: LVL 2007-4, Selskaber og aktionærer afsnit S.D.2.11.2

⁷⁸ Kilde: LVL 2007-4, Selskaber og aktionærer afsnit S.D.2.12

10.7 Skattefri spaltning uden tilladelse

10.7.1 Objektivisering af reglerne – administrative lettelser⁷⁹

Med udgangspunkt i lov nr. 343 af 18. april 2007 er der lanceret et nyt regelsæt, hvor det herefter er muligt at gennemføre en skattefri omstrukturering uden forudgående tilladelse fra SKAT. Det nye regelsæt skal dog anses som en valgmulighed og dermed et supplement til de hidtil gældende regler. Årsagen til implementeringen af dette regelsæt er, at gøre det mere tilgængeligt for selskaber at foretage disse omstruktureringer med henblik på hurtige og lettere tilpasning til den erhvervsmæssige udvikling af selskabet.

En anden væsentlig årsag til implementeringen af regelsættet er ligeledes at tilnærme de danske omstrukturingsregler til EU's fusionsdirektiv samt øvrige EU medlemsstater.

En følge af lempelsen på tilladelseskravet er en række værnsregler, som implementeres via lov nr. 110 A og således FUL § 15 a, stk. 1, 4. og 5. pkt. Det er da også stadig muligt for SKAT at underkende en skattefri omstrukturering, som er gennemført uden tilladelse, hvis de objektive regler ikke er overholdt. Dette forhold vil resultere i, at substansen, som ikke er i overensstemmelse med SKAT's fortolkning af lovgrundlaget for den aktuelle omstrukturingsmodel, skal tilrettes, og en ny skattefri omstrukturering gennemføres. SKAT kan desuden gå ind og opstille krav til den aktuelle omstrukturering. Alternativt underkendes skattefriheden, og omstruktureringen skal gennemføres efter principperne for en skattepligtig omstrukturering.

Det nye danske spor er indskrevet i FUL §§ 15 a og b.

10.7.2 Omfattede selskaber

Udgangspunktet for dette nye danske spor er, at det i overensstemmelse med det hidtidige spor gælder for et hvert selskab, som er omfattet af Fusionsdirektivets artikel 3 med bilag. Der henvises således til bilag 1⁸⁰.

⁷⁹ Se afsnit 14.3 bilag 3 for skematisk oversigt

⁸⁰ Kilde: Westlaw Danmark, EUDIR 1990434, Rådets direktiv af 23. juli 1990

10.7.3 Krav om tilladelse

I forbindelse med de administrative lettelser, som samtidig med tilnærmelsen til EU's fusionsdirektiv, er grundlaget for reglen om gennemførelse af en skattefri spaltning, uden der nødvendigvis skal søges tilladelse hos SKAT, er der indført visse værneregler, som skal modvirke utilsigtede handlinger fra selskaber og aktionærer. Disse værneregler bygger på grundprincippet om, at omstrukturingsmodellerne ikke skal anvendes til decideret skatteundgåelse. Det vil således være nærliggende, at gennemføre spaltningen uden tilladelse i de tilfælde, hvor der ikke er tvivl om, hvorvidt de objektive krav er opfyldt eller ej.

Det vil blive anset som ukorrekt brug af reglerne om skattefri spaltning uden tilladelse, hvis spaltningen anvendes til at nedbringe værdien af aktierne i det indskydende selskab. Dette forhold kan gennemføres ved, at en selskabsaktionær ved en grenspaltning kun modtager kontanter som vederlag, uden at kapitalandelen i det indskydende selskab formindskes. Ovenstående problemstilling opstår i den situation, hvor selskabsdeltager i det modtagende selskab har ret til skattefrit udbytte af aktierne i det indskydende selskab, men er skattepligtig af et eventuelt salg af disse – aktierne er ejet under 3 år ABL § 8 stk. 1.

Denne situation vil ligeledes kræve tilladelse fra SKAT.

10.7.4 Krav til værdiansættelse

Det er med implementeringen af L110 A ikke hensigten at ændre på reglerne omkring værdiansættelse og ombytningsforholdet. Værdien af de modtagne aktier tillagt en eventuel kontant udligningssum skal svare til handelsværdien for de indskudte aktiver og passiver pr. spaltningsdatoen efter FUL § 5. Dette er stadig et krav, hvis spaltningen ønskes gennemført uden foregående ansøgning om tilladelse⁸¹.

10.7.5 Krav om udbyttebegrænsning

Gennemføres spaltningen uden tilladelse, er der i FUL § 15 b stk. 8 indsat regler om, at selskabsdeltager, som på grundlag af ejerandele har adgang til at modtage skattefrit udbytte af sine aktier i de i spaltningen involverede selskaber, ikke må modtage udbytte udover dennes ideelle andel af det ordinære resultat over en 3 årig periode fra spaltningsdatoen. Der ses i denne forbindelse på hele perioden. Det vil sige, at har selskabsdeltageren modtaget et forholdsmæssigt større udbytte år 2, kan

⁸¹ Kilde: www.skat.dk :Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 3.1.4

dette udlignes i år 3, hvis resultatandelen tillader det. Dermed er reglerne for skattefri spaltning stadig overholdt.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at de i spaltningen implicerede selskaber ikke kan yde tilskud eller lignende til andre selskaber, som en selskabsdeltager i indskydende eller modtagende selskab har bestemmende indflydelse i. Et sådant tilskud vil blive medregnet i det udbytte der jævnfør ovenstående kan udbetales til den enkelte selskabsdeltager. Vurderingen omkring bestemmende indflydelse i andre koncernselskaber foretages i henhold til SEL § 31 C.

Det er ikke blot vigtigt at være opmærksom på, hvilke udbetalinger der skal medregnes til det samlede modtagne udbytte for den enkelte selskabsdeltager. Det er ligeledes af stor vigtighed, at dispositionerne foretages med udgangspunkt i den rigtige periode.

Perioden fastlægges jævnfør ovenstående ud fra spaltningsdatoen henholdsvis vedtagelsesdatoen i det indskydende selskab. Dette har betydning i de tilfælde, hvor spaltningsdatoen i det indskydende selskab ikke er lig med spaltningsdatoen i det eller de modtagende selskaber.

Det er specielt vigtigt at være opmærksom i forbindelse med gennemførelse af spaltning med tilbagevirkende kraft. I en sådan situation medregnes udbytte, der er udloddet til selskabsdeltageren i perioden fra spaltningsdatoen til spaltningen endeligt vedtages på generalforsamlingen. Dette skyldes, at handelsværdien er opgjort pr. spaltningsdatoen.

Det er en helt klar hensigt med værnsreglen i FUL § 15 b stk. 8, at SKAT ønsker at modvirke, at der sker en tømning af de i spaltningen implicerede selskaber med den hensigt, at en eventuel avance ved salg af aktierne efter spaltningen bliver nedbragt via skattefri udlodning⁸².

10.7.6 Mulighed for succession i anskaffelsestidspunkt for vederlagsaktierne

Der er i denne forbindelse forskel på, om aktionæren er en fysisk eller juridisk person. Det skyldes, at selskaber anses for at have anskaffet vederlagsaktierne pr. spaltningsdatoen⁸³. Dette gælder ligeledes for allerede ejede aktier i indskydende selskab, hvis dette ikke ophører ved spaltningen. For en aktionær, som er et selskab, gælder det ligeledes, at aktier dette måtte eje i det eller de modtagende selskaber før spaltningen, ligeledes anses som anskaffet pr. spaltningsdatoen uafhængigt af, om det indskydende selskab ophører ved spaltningen eller ej.

De aktionærer, som er fysiske personer, succederer i anskaffelsestid og -pris som hidtil jævnfør FUL § 15 b, stk. 4.

⁸² Kilde: www.skat.dk :Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 3.4

⁸³ Kilde: www.skat.dk :Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 3.3

10.7.7 Krav til forholdet – gæld vs. aktiver FUL § 15 a stk. 2, 3. pkt.

Ved gennemførelsen af skattefri spaltning uden forudgående tilladelse fra SKAT, skal der være lighed mellem forholdet af aktiver og passiver i det indskydende selskab og den gren eller aktivitet, som indskydes i det modtagende selskab⁸⁴. Grundtanken i denne regel er ligesom i ovenstående eksempler at undgå, at selskaber vælger at udspalte aktiver via skattefri spaltning og samtidig indskyder uforholdsmæssig store gældsposter, så disse således vil bevirke en lavere avance ved et senere salg af aktierne. Det er vigtigt, at aktionærerne er opmærksomme på, at der i denne forbindelse er tale om gren- eller aktivitetsrelaterede aktiver og gæld. Det vil sige, at de aktiver og passiver som overføres, skal have tilknytning til den aktivitet som udspaltes.

Skulle der opstå en situation, hvor aktiver og gæld, som er knyttet til den enkelte aktivitet, ikke passer ind i forholdet mellem aktiver og gæld i det indskydende selskab generelt, kan dette afhjælpes ved at overføre ikke aktivitetsrelaterede likvider.

Det i ovenstående behandlede krav medvirker ligeledes til at forhindre, at det indskydende selskab står tilbage med en uforholdsmæssig gæld og realiteten i spaltningen minder om at tømme selskabet for aktiver.

10.7.8 Fremførsel af kildebestemte tab

Kildebestemte tab som eksempelvis tab på aktier, kan fremføres på trods af gennemførelsen af en skattefri spaltning jævnfør SKM 2006.285-SR. Her behandles den situation, hvor en hovedaktionær ønsker både at lave skattefri aktieombytning og en skattefri spaltning. Hensigten med dette er, at opdele en portefølje af børsnoterede aktier fra private equity investeringer. Der var imidlertid realiseret et anseeligt tab på de børsnoterede aktier. Dette tab kunne således fremføres og anvendes til modregning i senere avancer efter gældende regler herfor.

10.7.9 Fremførsel og anvendelse af skattemæssige underskud

Hovedreglen vedrørende fremførsel og senere anvendelse af skattemæssige underskud reguleres af FUL § 8 stk. 6. Det er vigtigt at bemærke, om der i denne forbindelse er tale om det indskydende eller modtagende selskab.

⁸⁴ Kilde: www.skat.dk :Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 3.1.5

10.7.9.1 Modtagende selskab

Hovedreglen er, at det modtagende selskab ikke kan anvende underskud, som er opstået forud for den skattefrie spaltning i enten indskydende eller modtagende selskab. Den eneste undtagelse til dette er den situation, hvor et moderselskab spalter til sit datterselskab, og disse inden spaltningen var sambeskattet jævnfør FUL § 8, stk. 6, 2. og 3. pkt. I denne situation vil underskud og tab kunne fradrages i selskabernes sambeskatningsindkomst⁸⁵.

10.7.9.2 Indskydende selskab

Underskud der er opstået inden gennemførelsen af spaltningen i det indskydende selskab, kan anvendes til modregning i senere overskud, hvis det indskydende selskab ikke ophører ved spaltningen.

Specielt gælder det for perioden mellem spaltningsdatoen og endelig vedtagelse i alle implicerede selskaber, at underskud, som er opstået i denne periode, ikke kan nedbringe det skattemæssige resultat i modtagende selskab til et lavere beløb end selskabets nettokapitalindtægter med tillæg af udlejning af driftsmidler og skibe subsidiært for fusion jævnfør FUL § 8, stk. 7.⁸⁶

FUL § 8, stk. 8 behandler kildebegrænsede tab i forhold til modtagende og indskydende selskaber. Her er hovedreglen i princippet den samme som i ovenstående vedrørende skattemæssige underskud. Det modtagende selskab begrænses dermed i anvendelsen af tab opstået før spaltningen. Det indskydende selskab kan, hvis dette ikke ophører ved spaltningen, modregne fremførte tab i gevinster efter gennemførelsen af den skattefrie spaltning.

10.7.10 SKAT

Af de mere formelle krav til gennemførelsen af en skattefri spaltning uden tilladelse er der dels de selskabsretlige og dels de af SKAT opstillede retningslinier. Vedrørende indsendelse af selskabsretlige dokumenter henvises til ovenstående figur 10.6.2.1, som viser hvilke dokumenter, der er tale om, samt tidshorisonten for disse.

⁸⁵ Søren Halling Overgaard og Birgitte Sølvkær, "Generationsskifte" side 405

⁸⁶ Herved henvises ligeledes til ligningsvejledningen 2007-3 Selskaber og aktionærer S.D.2.9.

Der er på selskabsselvangivelsen lave et afkrydsningsfelt, som skal anvendes, når selskabet har været part i en omstrukturering. Dette gælder således også for skattefri spaltning uden tilladelse. Der afkrydses på den selvangivelse, som dækker året, hvori spaltningen har fundet sted.

Som en afledt følge af, at der er flere værnsregler, som skal overholdes af selskaberne i en skattefri spaltning indenfor de første 3 år efter spaltningsdatoen, har det været nødvendigt at udvide ligningsfristen for disse. Det skyldes, at det med de hidtidige tidsgrænser for genoptagelse af ligningen for et bestemt indkomstår i visse tilfælde ikke vil være muligt for SKAT at korrigere for uoverensstemmelser med gældende skattelovgivning⁸⁷.

10.7.11 Ansøgning om tilladelse efter underkendt skattefri omstrukturering

Er der foretaget en skattefri spaltning i henhold til de objektiverede regler vedtaget ved L 110 A, og denne senere underkendes af SKAT, er der stadig mulighed for, at søge om tilladelse til at gennemføre en ny skattefri spaltning. Der vil dog udløses skat vedrørende den spaltning, som er underkendt af SKAT. Opnås denne tilladelse, vil der være mulighed for at undgå de værnsregler, som følger skattefrie omstruktureringer uden tilladelse.

Skulle der opstå tvivlsspørgsmål i forbindelse med forberedelsen af en skattefri spaltning, er der mulighed for at søge om bindende svar fra SKAT på enkelte områder, inden spaltningen gennemføres eller korrigere værdien ved tilførsel af likvider.

10.7.12 Skattemæssige konsekvenser

10.7.12.1 De implicerede selskaber

De skattemæssige konsekvenser for de implicerede selskaber reguleres efter FUL § 15 b, stk. 1 og 2. Den umiddelbare forskel på stk. 1 og 2 er, at nr. 1 anvendes i forbindelse med selskaber, som er skattemæssigt hjemhørende i udlandet. Stk. 2 henvender sig således til selskaber, som er skattemæssigt hjemhørende i Danmark⁸⁸.

⁸⁷ Kilde: www.skat.dk :Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 3.3

⁸⁸ Kilde: Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "generationsskifte" side 404

10.7.12.2 Indskydende selskab

Der vil ikke umiddelbart være skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab, da spaltningen gennemføres i overensstemmelse med successionsprincippet.

10.7.12.3 Modtagende selskab

Som følge af successionsprincippet vil modtagende selskaber indtræde i det indskydende selskabs skattemæssige position i forhold til de aktiver og passiver, som indskydes.

10.7.12.4 Aktionærerne

Aktionærerne beskattes i henhold til FUL § 15 b, stk. 4, 3. pkt.

I forbindelse med en ophørsspaltning beskattes aktionærerne efter ABL efter samme princip, som var der gennemført et salg til tredjemand.

Ved grenspaltninger beskattes den del af vederlaget, som er kontanter, som udbytte⁸⁹.

11. Tilførsel af aktiver

11.1 Indledning

Tilførsel af aktiver kan karakteriseres ved, at et selskab indskyder en aktivitet, som dermed udgør både aktiver og passiver til et andet selskab. Den indskudte aktivitet forsætter derefter driften i det modtagende selskab. Som vederlag for den indskudte aktivitet modtager det indskydende selskab aktier eller anparter i det modtagende selskab.

Denne model må dog på intet tidspunkt forveksles med spaltning. De to altoverskyggende modsætninger kendetegnes ved, at det er det indskydende selskab, som modtager vederlaget og ikke aktionærerne i dette. Den anden væsentlige forskel til spaltning er, at koncernen udvides vertikalt ved en tilførsel af aktiver, hvor den udvides horisontalt ved en spaltning. Det vil sige, at ved gennemførslen af den transaktion, som kendetegner tilførsel af aktiver, oprettes et datterselskab til det indskydende selskab i modsætning til spaltningen, hvor der indskydes horisontalt i søsterselskaber eller lignende.

⁸⁹ Kilde: Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "generationsskifte" side 405

Den simple form for gennemførslen af tilførsel af aktiver gennemføres ved, at en aktivitet tilføres et underlæggende selskab, hvorved det indskydende selskab realisationsbeskattes af den avance, som kan beregnes på grundlag af handelsværdien pr. tilførselsdatoen.

Der er dog mulighed for at gennemføre transaktionen efter reglerne i FUL §§ 15 c og 15 d. Dette bevirker, at der er mulighed for at gennemføre tilførslen uden at udløse skat.

De to transaktionstyper behandles nærmere i nedenstående afsnit.

11.2 Tilførsel af aktiver generelt

De selskabsretlige og skatteretlige begreber kan opdeles som følger:

Det skatteretlige begreb ”tilførsel af aktiver” karakteriseres som følger: *Ved tilførsel af aktiver forstås den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital*⁹⁰.

Tilførsel af aktiver defineres ikke direkte rent selskabsretligt. Der er dog selskabsretlige bestemmelser vedrørende apportindskud AL § 6 a og b, hvorfor dette begreb må anses for at være det selskabsretlige grundlag for skatterettens tilførsel af aktiver.

Apportindskud karakteriseres ved, at der er tale om indskud af andet end kontanter. Grundlaget for apportindskud hjemles af AL § 6 og defineres således af AL § 6 stk. 1 nr. 1.

De danske regler i FUL §§ 15 c og 15 d bygger grundlæggende på EU's fusionsdirektiv 90/434/EØF artikel 2, c.

Modellen for tilførsel af aktiver generelt kan sammensættes på mange måder. Det afhænger hovedsageligt af, hvilken hensigt der fra aktionærernes side lægges til grund for tilførslen.

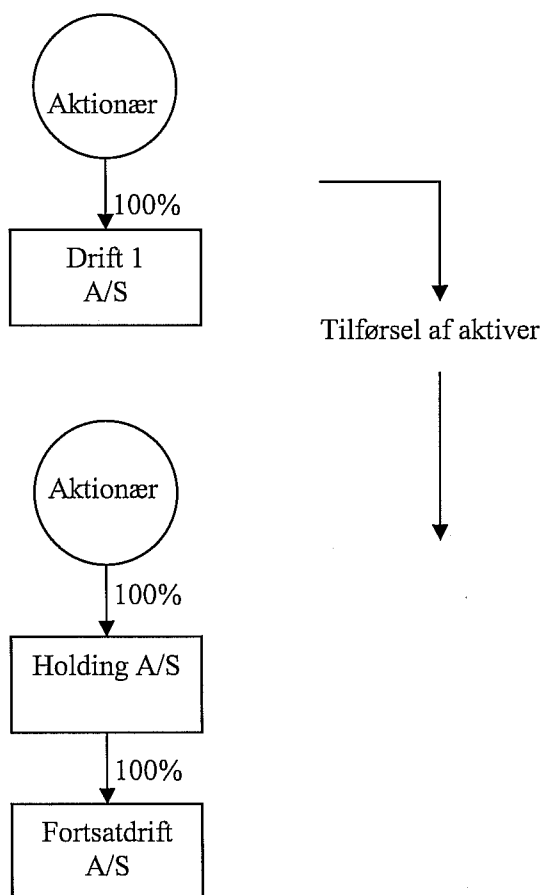
⁹⁰ Kilde: FUL § 15 c, stk. 2, 1. pkt.

11.2.1 Modellerne på listeform:

1. Hele aktiviteten indskydes i et datterselskab
2. Kun en del af en virksomhed nærmere betegnet en virksomhedsgren indskydes
3. Flere grene indskydes i et eller flere selskaber

Figur 11.2.1.1

Grundlag for model 1 og 2.



Kilde: Egen tilvirkning

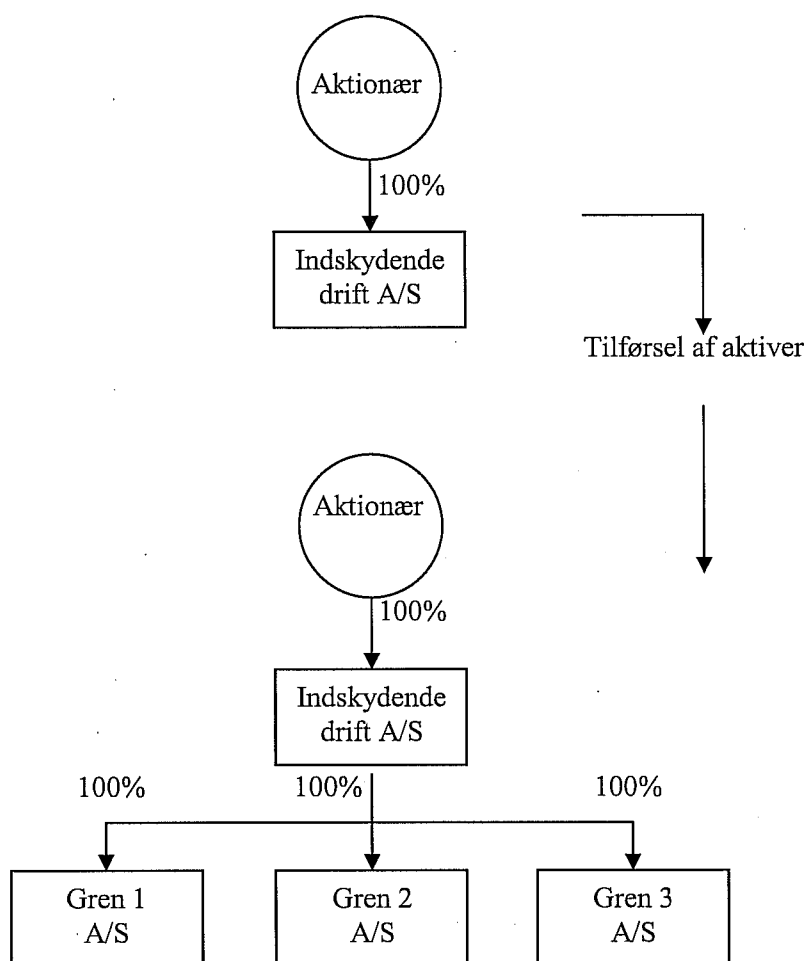
Ovenstående model 1 baseres på, at et selskab tømmes for den aktivitet, som udgør hele driften i selskabet. Det vil sige, at hele driften indskydes i et underlæggende datterselskab, og det indskydende selskab modtager aktier eller anparter som vederlag. Herefter er der dannet en holding struktur, hvor det indskydende selskab efterfølgende fungerer som holdingselskab til det underlæggende datterselskab.

Model 2 bygger på det forhold, at det kun er en del af en virksomhed der indskydes i et underlægende driftsselskab. Der vil dermed stadig være aktiv drift i det indskydende selskab. I denne situation vil det modtagende selskab ligeledes vederlægge det indskydende selskab med aktier eller anparter. Den indskudte gren skal kunne fungere uafhængigt af støtte fra det indskydende selskab. Denne model kan illustreres i overensstemmelse med ovenstående Figur 11.2.1.1 / Model 1. Eneste forskel er, at Holding A/S vil have drift i form af den tilbageværende aktivitet.

Model 3 bygger på det princip, at flere grene indskydes i et eller flere modtagende selskaber. Som ved model nr. 2 er det vigtigt at være opmærksom på, at den enkelte gren skal kunne fungere for egne midler uden støtte fra indskydende selskab. Denne model kræver, at der er drevet en form for virksomhed i det indskydende selskab, hvor driften kan opdeles i flere grene, som kan fungere enkeltvis.

Figur 11.2.1.2

Grundlag for model 3



Som nævnt i ovenstående er valget og dermed sammensætningen af tilførslen baseret på løsning af individuelle behov for det enkelte selskab og i sidste ende det indskydende selskabs aktionærer. Sammensætningen af tilførslen kan baseres på risikobegrænsende hensyn, eller alternativt kan formålet være at slanke det indskydende selskab som forberedelse til et eventuelt generationsskifte. Metoden for tilførsel af aktiver anvendes ikke kun med udgangspunkt i økonomiske hensyn, men også i organisatoriske. Ved at fraskille en aktivitet til et andet selskab og eventuel en anden fysisk

placering kan der opnås fordele omkring samarbejde og eventuel adskillelse af personer eller afdelinger, som ikke kan samarbejde.

Ved adskillelsen af medarbejdere, risikofyldte aktiviteter vs. passive og sikre aktiver og andre forhold, som kan styrkes via en adskillelse, fastholder aktionærerne i det indskydende selskab stadig den fulde bestemmende indflydelse over de udskilte aktiviteter.

Ikke mindst vil det være muligt at sælge aktierne eller anparterne, som er modtaget som vederlag for den indskudte aktivitet skattefrit efter 3 års ejertid ABL § 9 stk. 1, og i mellemtiden vil der kunne udloddes skattefri udbytte til det indskydende selskab efter gældende regler herom SEL § 13 stk. 1, nr. 2.

11.3 Skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse

11.3.1 Grundlæggende betingelser for tilførsel af aktiver

De grundlæggende betingelser for selskaber, som indleder en tilførsel af aktiver, udspringer jævnfør ovenstående af EU's fusionsdirektiv artikel 2, litra c. Herved anføres det: *"tilførsel af aktiver, den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital."*

Det er overordnet denne formulering, dansk ret er udarbejdet efter og baseret på. Udover denne grunddefinition af tilførsel af aktiver suppleres med definitionen af bestanddelen i en gren af en virksomhed. Dette forhold formuleres i direktivet artikel 2 litra i som følger:

" en gren af en virksomhed, alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler. "

Dette grenkrav er defineret i overensstemmelse med det grenkrav, som gælder for partielle spaltninger⁹¹ eller gren spaltning, som er den danske betegnelse FUL § 15 c stk. 2.

Udover ovenstående definitioner er det et grundlæggende krav, at de i tilførslen implicerede selskaber falder under betegnelsen " selskab i en medlemsstat " jævnfør EU's fusionsdirektiv artikel 3 samt tilhørende bilag⁹².

⁹¹ EU's fusionsdirektiv artikel 2 litra ba)

⁹² Se eventuelt bilag 1

Er ovenstående formuleringer dækkende for de implicerede selskaber, er der grundlag for, at de danske regler i FUL §§ 15 c og 15 d anvendes.

Det er således i det danske lovgrundlag, og dermed følgende specialbetingelser, tilførsel af aktiver her i landet skal udføres.

Alt afhængig af, om der er tale om skattepligtig eller skattefri tilførsel af aktiver, defineres der fra dansk side særregler på flere områder. Disse vil blive behandlet indgående i efterfølgende afsnit.

11.3.2 Grenkravet

Som tidligere anført er grenkravet ved tilførsel af aktiver sammenfaldende med grenkravet i forbindelse med grenspaltning⁹³.

Som anført og illustreret i ovenstående figurer 11.2.1.1 og 11.2.1.2 udskilles en gren af det indskydende selskab. Denne gren sammensættes i overensstemmelse med FUL § 15 c stk. 2, 2. pkt. Formuleringen i dette punkt ligger meget tæt op af ovenstående formulering gengivet fra EU's fusionsdirektiv artikel 2 litra i.

Ud fra gældende praksis på området er det af stor vigtighed, at der er tale om reel og formel gren af selskabets drift⁹⁴. Der er generelt i praksis lagt vægt på, at det indskydende selskab ikke tilbageholder regnskabsposter, som reelt og formelt har sammenhæng med den del af driften, som tilføres det modtagende selskab. Eksempelvis er der i TfS 1996.821 (Ligningsrådet) og senere TfS 1998.110 LR lagt vægt på, at anvendelsen af modellen for tilførsel af aktiver baseres på, at debitormassen overføres sammen med den adskilte virksomhedsgren.

Dette forhold kan specielt være kompliceret i en virksomhed, hvor der faktureres centralt for alle virksomhedens ydelser. I et sådant tilfælde må vurderingen af hvilke debitorer, som skal følge en aktuel adskilt aktivitet, bero på en konkret vurdering af den enkelte debitor.

En debitormasse kan dermed betragtes som en væsentlig faktor i kapitalberedskabet for en gren af en virksomhed, som tilføres et underlæggende selskab. Dette forhold bør således tages i betragtning i forbindelse med vurderingen af, om den adskilte gren kan fungere for egne midler.

Departementet har imidlertid fortolket grenkravet ud fra en betragtning, som bygger på yderligere opmærksomhed på at det skal være en materiel identificerbar enhed på tilførselstidspunktet. Der er

⁹³ Kilde: LVL 2007-04, Selskaber og aktionærer, S.D.3.2.

⁹⁴ Kilde: Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 271

ligeledes lagt yderligere vægt på at det skal være en enhed ud fra en organisationsmæssig betragtning⁹⁵.

11.3.3 Medarbejderne

Der er adskillige eksempler på, at praksis afspejler subjektive vurderinger fra sag til sag. I TfS 2001.147 (Ligningsrådet) fastholdes det, at medarbejdere, som faktisk tilhører den adskilte gren, også skal følge denne ved tilførsel til et andet selskab. Denne konklusion må antages at være baseret på en selskabsretlig og skatteretlig vinkel. Ses sagen omkring flytning af medarbejderne fra et civilretligt synspunkt, er det uklart, hvorvidt medarbejderne kan inddrages i en tilførsel af aktiver eller ej. Der vil være en del formalia omkring ansættelseskontrakter, som skal tages i betragtning ved en sådan overførsel til en anden juridisk enhed.

11.3.4 Passivsiden

På passivsiden er et ofte behandlet emne optagelse af lån og vurderingen af, hvorvidt lånet vedrører den udskilte gren af virksomheden eller ej⁹⁶. Et forhold, som via praksis er gjort klart i denne forbindelse er, at det generelt ikke er muligt at adskille et låneprovenu fra selve gælden jævnfør Ligningsrådet SKM 2001.73 og senere C-43/00 EF, hvor Landskatteretten bad EF-domstolen om at svare på præjudicielle spørgsmål vedrørende denne problemstilling. Denne er nærmere behandlet i analysedelen under afsnit 12.4.2.

Som følge af, at der generelt ved tilførsel af aktiver bliver lagt stor vægt på de subjektive vurderinger i den enkelte sag, har Ligningsrådet jævnligt fastsat vilkår til den enkelte sag, som skal efterleves for at opnå tilladelse til at gennemføre tilførslen. Herved henvises specielt til SKM 2001.73, hvor Ligningsrådet fastsatte vilkår for, at tilførslen kunne gennemføres. Disse vilkår er senere afprøvet ved EF-domstolen. EF-domstolens fortolkning af disse vilkår behandles nærmere i analysedelen under ovennævnte afsnit 12.4.2.

⁹⁵ Kilde: LVL 2007-04, Selskaber og aktionærer, S.D.3.2

⁹⁶ Kilde: Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 306 -307

11.3.5 Immaterielle balanceposter

Som det fremgår af ordlyden i EU's fusionsdirektiv artikel 2 litra c og i, at alle henholdsvis de samlede aktiver og passiver indskydes sammen med den tilførte aktivitet, skal immaterielle poster ligeledes følge grenen. Herved henledes opmærksomheden på goodwill og udskudt skat, som direkte knytter sig til virksomhedsgrenen også følger denne ved tilførslen til et andet selskab.

Det er vigtigt, at den udskudte skat vises i åbningsbalancen for det modtagende selskab⁹⁷.

11.3.6 Materielle balanceposter

Behandlingen af de enkelte materielle aktiver udføres i overensstemmelse med grenkravet, og den alt overskyggende hovedregel er, at aktivernes tilhørsforhold vurderes med udgangspunkt i det enkelte aktiv.

Der er dog specielle regler, når det gælder fast ejendom⁹⁸, som har virket som en del af den tilførte driftsaktivitet. I denne forbindelse kan ledelsen i det indskydende selskab afgøre, hvorvidt ejendommen skal følge driftsaktiviteten, eller den skal blive tilbage i det indskydende selskab.

Der er stadig mulighed for, at den tilførte driftsaktivitet kan drives fra ejendommen, som holdes udenfor overførslen. Dette kræver dog, at der betales leje fra det modtagende selskab til det selskab, som måtte eje den pågældende ejendom. Denne transaktion værdiansættes efter armslængde princippet (transfer pricing).

Ovenstående struktur er således beskrevet i SKM 2006.574 LSR som følger: ” *De aktiviteter, som blev tilbage i det indskydende selskab, var herefter ejendomsudlejning og vedligeholdelse af ejendomme,...* ”

Det er således anerkendt efter dansk praksis, at erhvervsejendomme kan udgøre en virksomhedsgren i sig selv.

11.3.7 Vederlaget

I modsætning til muligheden for at sammensætte vederlaget for den indskudte aktivitet af både aktier/anparter og kontanter ved skattepligtig tilførsel af aktiver, er dette ikke en mulighed ved skattefri tilførsel af aktiver. Hele vederlaget skal således bestå af aktier eller anparter i det modtagende selskab.

⁹⁷ Kilde: Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, ”Generationsskifte” side 280

⁹⁸ Kilde: Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, ”Generationsskifte” side 278

I henhold til FUL § 15 d, stk. 4 værdiansættes vederlaget til at udgøre den skattemæssige værdi af den tilførte aktivitet. Denne værdi opgøres i overensstemmelse med reglerne i lov om skattefri virksomhedsomdannelse § 4 stk. 2.

Værdien fremkommer ved at tage udgangspunkt i det kontante beløb, som ville være opnået ved et normalt salg. Dette beløb fratrækkes den skattemæssige fortjeneste, som vil kunne beregnes i samme forbindelse.

Opmærksomheden bør i denne forbindelse henledes på, at sker der vederlæggelse til indskydende selskab i andet end aktier eller anparter, kan tilførslen ikke gennemføres efter reglerne i FUL §§ 15 c og d, og transaktionen vil dermed være skattepligtig.

Der vil være tilfælde, som kan medføre en negativ anskaffelsessum på aktierne eller anparterne. Denne indregnes i den skattepligtige fortjeneste eller tab ved en eventuel senere afståelse jævnfør FUL § 15 d, stk. 6, 1. pkt.

11.3.8 Skyldigt udbytte i indskydende selskab

Problemstillingen vedrørende skyldigt udbytte kendetegnes ved, at der kan opstå en vis tvivl om, hvilket selskab denne passivpost skal tilhøre. Da denne gældspost reelt afspejler en gæld til aktionærerne i det indskydende selskab, vil der ikke være grundlag for at tilføre denne til det modtagende selskab. Posten vil ligeledes få karakter af en mellemregning, hvis den blev tilført det modtagende selskab, hvilket ikke kan lade sig gøre under hensyn til kravet om vederlæggelse i ejerandele⁹⁹.

11.4 "Skattepligtig" tilførsel af aktiver

En skattepligtig tilførsel af aktiver gennemføres efter principperne om apportindskud jævnfør reglerne i AL § 6 a og b samt SEL § 4 stk. 5.

Aktivitetens aktiver og passiver opgøres til handelsværdi pr. tilførselsdatoen / beslutningsdatoen. Skæringsdatoen er i dette tilfælde afhængig af det indskydende selskabs regnskabsår. I denne forbindelse skal det nævnes, at der er mulighed for skattepligtig tilførsel med tilbagevirkende kraft. Dette kan ske, når det modtagende selskab er nystiftet og bliver et helejet datterselskab til det indskydende selskab. Placeringen af indkomst i perioden fra skæringsdatoen til den endelige beslutning om skattepligtig tilførsel indregnes i indkomstopgørelsen for datterselskabet i henhold til SEL § 4, stk. 5. Det er således en betingelse, at stiftelsen af datterselskabet finder sted senest 6 måneder efter

⁹⁹ Kilde: Søren Halling Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 297

den valgte skæringsdato, samt at selskabet indsender de i selskabslovgivningen foreskrevne dokumenter senest en måned efter stiftelsen.

I forhold til skattefri tilførsel af aktiver opnår datterselskabet ved skattepligtig tilførsel et højere afskrivningsgrundlag. Det skyldes, at datterselskabet overtager aktiverne til handelsværdi. Det indskydende selskab bliver således beskattet af en eventuel fortjeneste på den indskudte aktivitet.

Vederlaget kan sammensættes af både aktier/anpartar i det modtagende selskab samt kontanter. Transaktionen kan sidestilles med et salg.

11.5 Skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse

11.5.1 Objektivisering af reglerne – administrative lettelser¹⁰⁰

Skattefri tilførsel af aktiver er ligeledes berørt af ændringerne ved lov nr. 343 af 18. april 2007. For nærmere begrundelse for gennemførelsen af denne lovændring henvises til afsnittet ”*Objektivisering af reglerne – administrative lettelser*” under spaltning.

Efterfølgende vil væsentlige ændringer i reglerne omkring skattefri tilførsel af aktiver blive behandlet under hensyn til L 110 A.

Det skal dog fremhæves, at der stadig er mulighed for at søge om tilladelse eller bindende svar i forbindelse med gennemførelsen af en skattefri tilførsel af aktiver. De nye regler, som er gældende for omstruktureringer foretaget fra 1. januar 2007, udelukker ikke brugen af det gamle tilladelsessystem. Der er ligeledes mulighed for at få et bindende svar i forbindelse med den konkrete sag.

Fordelene ved anvendelse af de nye regler er således, at omstruktureringer hurtigere kan gennemføres uden at indblande SKAT og bruge ressourcer på formuleringer omkring hensigten med den enkelte omstrukturering. Herved er der mulighed for at undgå de faste værnsregler, som en objektiviseret omstrukturering ellers medfører¹⁰¹. De normale objektive krav i FUL §§ 15 c og d skal dog stadig overholdes.

11.5.2 Krav om tilladelse

Efter vedtagelsen og implementeringen af Lov nr. 343 af 18. april og L 110 A er det ikke længere et krav at opnå tilladelse fra SKAT til gennemførelse af en tilførsel af aktiver. Dette kræver dog, at de i

¹⁰⁰ Se afsnit 14.4 bilag 4 for skematisk oversigt

¹⁰¹ Kilde: SKAT – Objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber side 4 af 22

FUL § 15 d, stk. 8 beskrevne krav overholdes. Der er således ikke tale om, at der for de deltagende selskaber er åbnet mulighed for omgåelse af de normale objektive regler for skattefri tilførsel af aktiver. Derimod kan de tilføjelser, som er indsat ved L 110 A nærmere ses som en stramning. Der er ikke tale om en stramning i forhold til at gøre det vanskeligere for selskaberne at opfylde kravene til gennemførsel af skattefri tilførsel af aktiver. Der er nærmere tale om en strukturering og præcisering, så SKAT i højre grad kan sikre sig, at de objektive regler overholdes, selvom den enkelte tilførsel af aktiver ikke direkte er gennemført med tilladelse fra SKAT.

En afledt følge af denne objektivisering er, at det danske regelsæt i højere grad tilnærmes EU's fusionsdirektiv.

Der er dog stadig tilfælde, hvor en tilladelse fra SKAT stadig er påkrævet for gennemførelse af en tilførsel af aktiver. Eksempelvis hvor et selskab er skattemæssigt hjemhørende i udlandet, har fast driftssted i Danmark og har bestemmende indflydelse på det modtagende selskab i henhold til LL § 2 stk. 2. Dette tilfælde vil stadig kræve en tilladelse, da selskaberne i forbindelse med tilførslen har mulighed for at udføre værdier til udenlandske selskaber og dermed afskære Danmark fra beskatingsretten til en eventuel avance.

11.5.3 Krav til anskaffelsestidspunktet for vederlags aktierne / anparterne

Vederlagsaktierne / anparterne anses for at være anskaffet på tidspunktet for tilførslen. I de tilfælde, hvor det indskydende selskab allerede ejer aktier eller anparter i det modtagende selskab på tilførselstidspunktet, anses disse ligeledes for anskaffet på tidspunktet for den seneste tilførsel FUL § 15 d, stk. 4, 3. og 4. pkt.

Denne bestemmelse skal bidrage til at forhindre, at det indskydende selskab bruger en skattefri tilførsel til at overføre væsentlige aktiver fra et selskab, hvor aktierne har været ejet under 3 år til et selskab, hvor aktierne har været ejet over 3 år, og dermed gøre en gevinst ved salg skattefri jævnfør ABL § 9¹⁰².

11.5.4 Krav om udbyttebegrænsning

Denne begrænsning regulerer størrelsen af, hvor stort et skattefrit udbytte, der må udloddes fra det modtagende selskab til det indskydende selskab over en 3 årig periode, FUL § 15 d, stk. 8. Størrelsen af det samlede skattefrie udbytte, der kan modtages over denne periode, svarer til summen af

¹⁰² Kilde: www.Skat.dk. - Objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 4.3

det modtagende selskabs ordinære resultat i forhold til det indskydende selskabs ejerandel¹⁰³. Negative resultater modregnes i det samlede beløb. Konsekvensen af en overskridelse af det udloddede udbytte er defineret ret klart i forhold til, at tilførslen således bliver skattepligtig, og aktiverne anses for at være solgt til det modtagende selskab på tilførselstidspunktet. Datoen for tilførslen fastlægges i henhold til FUL § 5. Der vil dog ikke umiddelbart ske underkendelse af skattefriheden i den situation, hvor der er udloddet i henhold til reglerne de første 2 år og der i det 3. indkomstår realiseres et underskud, som underminerer selskabets mulighed for at overholde værnsreglen omkring maksimum udlodning.

Den eneste mulighed for at overskride grænsen for udloddet udbytte over 3 års perioden er et beløb, som svarer til det indskydende selskabs andel af endnu ikke udloddet udbytte fra det indkomstår, som ligger forud for det år, hvor tilførslen finder sted.

Det har i praksis vist sig at være særdeles vigtigt at have fokus på hvilke beløb, som skal medregnes til det maksimum beløb, der kan udloddes i skattefrit udbytte til det indskydende selskab. Det skyldes, at ethvert tilskud og udbytte af eventuelle præferenceaktier til selskaber i samme koncern som det modtagende selskab indregnes i maksimumbeløbet for skattefrit udbytte. Dette er uanset, at det modtagende selskab ikke har direkte bestemmende indflydelse efter SEL § 31 C i forhold til de koncernforbundne selskaber.

11.5.5 Mulighed for succession i anskaffelsessum for vederlagsaktierne / anparterne

Der er ikke tale om direkte succession, da anskaffelsessummen for vederlagsaktierne opgøres på grundlag af retningslinierne i VOL § 4 stk. 2 jævnfør FUL § 15 d, stk. 4, 2. pkt. Der kan dermed ikke drages en parallel til definitionen af skattemæssig succession i forhold til anskaffelsessummen.

11.5.6 Krav til forholdet mellem gæld og aktiver

Der er ingen krav til forholdet mellem gæld og aktiver i den tilførte aktivitet¹⁰⁴. Grenkravet skal dog stadig være overholdt, og aktiviteten skal kunne fungere for egne midler. Forholdet mellem aktiver og gæld er ikke så væsentligt som ved spaltning, da der jævnfør ovenstående ikke er tale om succession, men en decideret opgørelse af anskaffelsessum til skattemæssig værdi. Der kan ikke udledes fordele af at lave en forskydning i et gældsforhold vedrørende en overført aktivitet i forhold til an-

¹⁰³ Kilde: www.Skat.dk. - Objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 4.5

¹⁰⁴ Kilde: SR – SKAT 3/2007 Skattefrie omstruktureringer – skematisk oversigt s, 220 og 221

skaffelsessummen på vederlagsaktierne / anparterne. Det er ikke muligt at tilgodese en selskabsdel-tager ved en ændring i forholdet mellem aktive og passiver i det modtagende selskab.

11.5.7 Begrænsning i fradragsretten for tab på aktier / anparter

Det er ikke muligt for det indskydende selskab at fradrage fremført uudnyttet tab på aktier i avancen på salg af aktierne i det modtagende selskab. Dette skyldes primært, at det ikke skal være muligt for indskydende selskab at konvertere et skattepligtigt salg af hele eller en del af en virksomhed til en skattepligtig aktieavance, hvor der kan fradrages kildebegrænsede tab fra salg af aktier.

Hvis FUL § 15 d, stk. 7 ikke var indført, ville reglen om, at gevinst og tab vedrørende de tilførte aktiver og passiver indregnes i det modtagende selskabs indkomstopgørelse jævnfør FUL § 15 d, stk. 4, 1. pkt, være irrelevant.

11.5.8 Skattemæssige underskud

Udgangspunktet for behandling af skattemæssige underskud fra tidligere indkomstår er, at disse ikke kan fradrages i det modtagende selskabs indkomstopgørelse jævnfør FUL § 8 stk. 6. Der er dog en undtagelse, hvor det indskydende og modtagende selskab har været sambeskattet, inden tilførslen blev gennemført. I dette tilfælde kan skattemæssige underskud fra tidligere år bringes til fradrag ved indkomstopgørelsen i henholdsvis det indskydende og modtagende selskab afhængig af, hvor dette er opstået.

Er der i tidligere år konstateret kildeartsbestemte tab efter ABL, EBL og KGL, kan disse ikke fra-drages ved indkomstopgørelsen i det modtagende selskab jævnfør FUL § 8 stk. 8 ved fortjeneste på salg af aktierne i modtagende selskab¹⁰⁵.

11.5.9 SKAT

Der er uanset omsætningsstørrelse krav om, at det modtagende selskab skal angive, at det har været part i en tilførsel af aktiver på selvangivelsen for det indkomstår, hvori tilførslen er besluttet.

Modtagende selskab indsender senest mellem 1-6 måneder efter tilførselsdatoen en genpart af sel-skabsretlige dokumenter til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen samt SKAT afhængigt af hvilke doku-menter, der er tale om. Herved henledes opmærksomheden på gældende frister i VOL.

¹⁰⁵ Kilde: www.Skat.dk - Objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 4.4

11.5.10 Ansøgning om tilladelse efter underkendt skattefri omstrukturering

Det er stadig muligt at ansøge om tilladelse til at gennemføre en omstrukturering med tilladelse efter, at en allerede gennemført omstrukturering er gennemført og underkendt. Den underkendte omstrukturering vil dog medføre realisationsbeskatning af den gennemførte tilførsel. De objektive rede regler vedrørende tilladelse skal ses som et supplement til de gamle regler, hvor det var et krav at få en tilladelse fra SKAT til en planlagt omstrukturering¹⁰⁶.

11.5.11 Mulighed for tilbagevirkende kraft

Der er mulighed for at gennemføre en tilførsel af aktiver skattefrit med tilbagevirkende kraft. Opmærksomheden bør dog i denne forbindelse henledes på eventuel udbytte, som udloddes til det indskydende selskab i perioden før vedtagelsen, men efter tilførselsdatoen, på grundlag af de aktier, dette måtte eje, inden tilførslen finder sted. Dette udbytte indregnes i den sum, som maksimalt må udloddes til det indskydende selskab fra det modtagende selskab indenfor de første 3 år.

Ved denne bestemmelse elimineres risikoen for, at det indskydende selskab blot minimerer værdien af det modtagende selskab for umiddelbart efter vedtagelsen af tilførslen at sælge aktierne med en kunstigt nedbragt fortjeneste¹⁰⁷.

12. Danske omstruktureringsmodeller versus EU's Fusionsdirektiv

12.1 Indledning

Nedenstående analyseres den faktiske fortolkning af udvalgte artikler fra EU's fusionsdirektiv kontra dansk fortolkning af grundlæggende retningslinier indenfor gældende omstruktureringsmodeller. Da det er selve fortolkningen af de enkelte områder i direktivet, som danner grundlag for sammenligningen med de danske omstruktureringsmodeller og måden, hvorpå lovgrundlaget for disse fortolkes af danske myndigheder, er det vigtigt at identificere den korrekte fortolkning. For at opnå den ønskede kvalitet af fortolkningsgrundlaget og dermed analysegrundlaget, er nedenstående afsnit udarbejdet med udgangspunkt i afsagte domme fra henholdsvis SKAT samt danske domstole samt

¹⁰⁶ Kilde: SR – SKAT 3/2007 Skattefrie omstruktureringer – skematisk oversigt s. 220 og 221

¹⁰⁷ Kilde: SKAT – Objektivisering af reglerne for skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 4.5.

EF-domstolen. Det vurderes, at denne kilde, i henhold til Traktaten om oprettelse af det europæiske fællesskab (Konsolideret Nice), art 234¹⁰⁸, er den mest valide og direkte kilde, der kan anvendes i forhold til en klarlægning af fortolkningerne af de enkelte artikler.

Da det ikke er aktuelt med en uddybende fortolkning af hver enkelt artikel i Fusionsdirektivet, er enkelte hovedområder valgt ud. Disse vil blive sammenholdt med dansk lovgivning og fortolkningen af dansk lovgivning på det aktuelle område.

Som anført i Fusionsdirektivets artikel 11 er det op til den enkelte medlemsstat at foretage eventuelle subjektive vurderinger i de enkelte sager. Det er således op til den enkelte medlemsstat at påse, at national lovgivning overholdes under hensyn til de retningslinier, der er fastlagt via Fusionsdirektivet. Herved henledes opmærksomheden specielt på formålet med gennemførelsen af omstrukturen. Medlemsstaten kan således nægte eller tilbagekalde anvendelsen af reglerne i Fusionsdirektivet / national lovgivning, hvis hovedformålet er at opnå skatteundgåelse eller direkte skatteunddragelse¹⁰⁹.

I Danmark har der siden implementeringen af EU's Fusionsdirektiv udviklet sig en lovhjemmel, som i hovedtræk bygger på Fusionsdirektivet samt enkelte danske tiltag. Det er netop disse såkaldte danske tiltag, der er årsagen til, at der kan opstå situationer, hvor virksomheder, som foretager omstruktureringer på grundlag af hjemmel i ABL § 36 (A) eller FUL, bliver behandlet anderledes nationalt, end det ville have været tilfældet, hvis omstruktureringen blev gennemført efter en mere ren-
dyrket direktiv linie med ansøgning om tilladelse.

Da direktivet via national lovgivning har direkte retsvirkning i den enkelte medlemsstat, er det af stor vigtighed, at de nationale supplerende regler sammensættes på en sådan måde, at de ikke be-

¹⁰⁸ Kilde: Artikel 234:

Domstolen har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål:

- a) om fortolkningen af denne traktat
- b) om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner og ECB
- c) om fortolkningen af vedtægter for organer, der oprettes af Rådet, når bestemmelse herom findes i de pågældende vedtægter.

Såfremt et sådant spørgsmål rejses ved en ret i en af medlemsstaterne, kan denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.

Såfremt et sådant spørgsmål rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig at indbringe sagen for Domstolen.

¹⁰⁹ Kilde: EU's Fusionsdirektiv 90/434 som ændret ved 2005/19 artikel 11, a.

grænser omstruktureringer, som gennemføres i henhold til disse, i forhold til omstruktureringer, som gennemføres efter en ren direktiv linie.

Hele grundlaget for EU's Fusionsdirektiv er således, at der skal skabes retsgrundlag til omstrukturering af selskaber efter et tilnærmelsesvis ens grundlag i alle EU-stater¹¹⁰.

I nedenstående tilstræbes det at identificere eventuelle forskelle og begrænsninger mellem det grundlæggende regelsæt i Fusionsdirektivet og dansk lovgivning underbygget med eksempler og praksis fra Danmark og EF-domstolen.

12.2 Aktieombytning

Den oprindelige danske praksis omkring skattefriaktieombytning karakteriseres af, at det har været nødvendigt at søge om tilladelse til at gennemføre aktieombytningen. Denne tilladelsesproces er kendetegnet ved, at SKAT hidtil har fået et indgående kendskab til de enkelte sager. Dette detaljerede kendskab har således gjort det muligt i praksis at definere de forhold, som efter hidtidig dansk praksis har været grundlæggende for opnåelse af tilladelse.

Det er en forudsætning for den videre sagsbehandling, at aktierne eller anparterne kan defineres i overensstemmelse med ABL § 1 for at opnå adgang til ombytning med succession efter ABL §§ 36 og 36 A.

Efter ABL § 1 stk. 4, 2. pkt. er det dog kun ABL § 36, som anvendes i forhold til tegningsretter på aktier, som falder ind under LL § 28. Specielt for disse tegningsretter er, beskatningen først indtræder på tidspunktet for udnyttelsen af tegningsretten.

Udover at aktierne eller anparterne, som ønskes ombyttet, skal kunne defineres i henhold til ABL § 1, skal det erhvervende og erhvervede selskab være omfattet af begrebet selskab i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF¹¹¹.

¹¹⁰ Kilde: EU's Fusionsdirektiv 90/434 som ændret ved 2005/19, indledende afsnit nr. 1

¹¹¹ Se bilag 1

12.2.1 Grundlæggende begreber i hidtidig praksis med ansøgning om tilladelse

12.2.1.1 Forsvarlige forretningsmæssige betragtninger

En del af de grundlæggende forudsætninger for at opnå tilladelse, har hidtil været baseret på subjektive vurderinger i den enkelte ansøgning. Et centralt forhold, som SKAT gennem de seneste års praksis har lagt stor vægt på er formålet med aktieombytningen.

Hovedformålet med aktieombytningen må ikke have karakter af skatteundgåelse eller egentlig skatteunddragelse jævnfør EU's fusionsdirektiv afsnit V artikel 11, litra a. Det formuleres samtidig i Fusionsdirektivets afsnit V artikel 11 litra a: ” *Forholder det sig sådan, at en af de i artikel 1 nævnte transaktioner ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som f.eks. omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse*”.

Det er netop denne formulering, som ligger til grund for den praksis, der har udviklet sig til at være baseret på vurderinger i enkelte sager af subjektiv karakter fra SKAT.

12.2.1.1.1 SKM.2001.37

Et konkret eksempel på stillingtagen fra i dette tilfælde Landsskatteretten er SKM 2001.37. Denne omhandler en ene aktionær i et A/S, som havde erhvervet dette i forbindelse med en skattefri virksomhedsomdannelse. Selskabets formål var at drive frisørvirksomhed og dermed beslægtet virksomhed. I dette tilfælde var det fra ansøgers side hensigten at gennemføre en aktieombytning ved stiftelse af et holdingselskab hvor aktierne i det oprindelige A/S indskydes som selskabskapital efter reglerne for apportindskud AL §§ 6a og 6b. Der ville i sagen ikke ske vederlæggelse i kontanter. Aktionæren ville blot komme til at eje aktierne i det nye holdingselskab i stedet for at eje aktierne i det oprindelige A/S og dermed opnå succession i henhold til ABL §§ 9 –11. Ansøgerens formål med aktieombytningen var ønsket om at kunne afhænde aktierne i det oprindelige A/S, efter holdingselskabet havde ejet aktierne i 3 år og dermed bevare salgssummen i holdingselskabet.

Told- og Skattestyrelsen gav ved en afgørelse af 26. maj 2000 afslag på anmodningen om at gennemføre den ønskede skattefrie aktieombytning. Afslaget blev begrundet med, at hovedformålet med aktieombytningen ansås for at være udskydelse af aktieavance beskattningen ved afståelse af aktierne i det oprindelige A/S.

Told- og Skattestyrelsen stiller herved et eksempel, hvorved ansøgers beskrivelse af hovedformålet ikke anses for at være i overensstemmelse med formuleringen omkring erhvervsmæssig eller forretningsmæssig formål. Ydermere påpeger Told- og Skattestyrelsen, at ansøgers argumentation ikke indeholder en konkret angivelse af, at transaktionen gennemføres ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger.

Det må heraf udledes, at det forhold, at ansøger tillægger det stor betydning, at salgssummen fastholdes i holdingselskabet, ikke anses at have karakter af tilstrækkelig økonomisk ansvarlighed i forhold til fortsat forretningsudvikling, men derimod at underbygge Told- og Skattestyrelsens argumentation for skatteudskydelse.

Det kan i dette tilfælde diskuteres, hvorvidt en øget argumentation for, at aktieombytningen var tænkt som et led i en forretningsudvikling med hensyn til yderligere udvidelse og forretningsmæssig rationalisering, kunne have vendt billedet og have resulteret i, at ansøger havde opnået en tilladelse.

Ud fra ovenstående tillægges argumentationen omkring hensigten umiddelbart stor betydning for, hvorvidt Told- og Skattestyrelsen er for eller imod en tilladelse. Det kan ikke afvises, at ansøgers rådgiver efterfølgende var blevet opmærksom på dette, da denne efterfølgende fremsendte yderligere argumentation imod at aktieombytningen skulle gennemføres med henblik på skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Herved tilføres argumenter omkring senere generationsskifte, yderligere kapitalbehov, kreditorbeskyttelse og hård konkurrence.

Disse efterfølgende velformulerede og velvalgte argumenter blev af Landsskatteretten ikke tillagt tilstrækkelig vægt i forhold til at underkende Told- og Skatteregionens afslag på skattefri aktieombytning. Landsskatteretten henviser til Fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1 litra a samt EF-domstolens fortolkning af forsvarlige økonomiske betragtninger i Leur-Bloem dommen af 17. juli 1997.

12.2.1.1.2 Leur-Bloem dommen C-28/95 af 17. juli 1997

Netop Leur-Bloem dommen C-28/95 af 17. juli 1997 er væsentlig at tage i betragtning ved vurdering af dansk praksis omkring tilladelse til skattefri aktieombytning.

A. Leur-Bloem var direktør og eneanpartshaver i to hollandske selskaber. A. Leur-Bloem ønskede at gennemføre en skattefri aktieombytning således, at han ville opnå en holdingstruktur ved at stifte et holdingselskab og indskyde anparterne i de to ApS'er som selskabskapital. Herefter ville A.

Leur-Bloem komme til at eje anparterne i holdingselskabet. Anparterne i holdingselskabet ville således være A. Leur-Bloems eneste vederlag for anparterne i de to ApS'er.

A. Leur-Bloem argumenterede for, at der ville være mulighed for at modregne skattemæssige underskud indenfor koncernen, som ville blive dannet ved transaktionen.

De hollandske myndigheder fandt ikke argumentationen med dannelse af én skatteenhed som tilstrækkelig for at anse den skattefri aktieombytning for at være gennemført i overensstemmelse med forsvarlig økonomisk betragtning.

Afgørelsen ankes, og de hollandske myndigheder ser sig nødsaget til at få fortolkningsspørgsmål prøvet ved EF-domstolen i overensstemmelse med EØF Traktatens (Nice) artikel 234.

Jævnfør EF-domstolens præmis nr. 36 finder Fusionsdirektivets artikel 2, litra d anvendelse, og Leur-Bloem er ikke afskåret fra at gennemføre aktieombytningen som følge af, at der opnås en skattefordel ved at modregne senere realiserede underskud i den påtænkte koncern, også selvom dette måtte være hovedårsagen til gennemførslen af aktieombytningen.

Der er heller ikke noget til hinder for, at Leur-Bloem er eneaktionær og efterfølgende også forbliver eneaktionær i holdingselskabet jf. artikel 2 litra h. Transaktionen anses stadig for en aktieombytning i henhold til artikel 2, litra d – præmis nr. 37.

Leur-Bloem er således tilbage i artikel 11 stk.1 litra a, hvor det præciseres, at medlemsstaten kan fastsætte bestemmelser om, at der er formodning for skattesvig eller skatteunddragelse, såfremt de omhandlede transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger – præmis nr. 39.

Det understreges fra Rådets side, at vurderingen af "forsvarlige økonomiske betragtninger" foretages ud fra konkrete vurderinger i den enkelte sag frem for generelle kriterier vedrørende de i direktivet omtalte transaktioner – præmis nr. 41.

Opmærksomheden henledes således på præmis nr. 48 c: *"Begrebet økonomisk forsvarlige betragtninger i direktivets artikel 11 skal fortolkes således, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel, f.eks. i form af en horisontal tabsudligning."*

Ud fra ovenstående uddrag af fortolkningen af artikel 11 stk. 1, litra a er det dermed ikke muligt for medlemsstaterne at opstille en generel regel, som afholder selskaber fra at gennemføre en transaktion i henhold til Fusionsdirektivet, hvis den nationale skattemyndighed kan undgå eller underminere et skatteundragelses formål ved at stille et eller flere vilkår til gennemførslen i en aktuel sag.

Det gøres ligeledes klart, at hensigten med at opnå en skattemæssig fordel ikke i sig selv er nok til at opnå tilladelse til at gennemføre eksempelvis en skattefri aktieombytning men, at begrundelsen bør være baseret på økonomisk forsvarlige betragtninger.

I ovenstående behandling af SKM 2001.37 er det umiddelbart ikke tydeligt, hvilke hensyn der konkret er årsagen til, at der gives afslag i den konkrete sag. Afslaget må dog begrundes med, at henholdsvis Told- og Skattestyrelsen samt Landsskatteretten tillægger det forhold, at hovedformålet eller et af hovedformålene bag transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Det kan dog umiddelbart være svært at se, hvilke argumenter, der ville have flyttet henholdsvis Told og Skattestyrelsen og Landsskatterettens holdning til sagen. Der kan dog i denne forbindelse stilles spørgsmålstejn ved måden ansøgers rådgiver disponerer sin argumentation på. Umiddelbart ser det ud til, at den første argumentation bliver tillagt stor betydning for sagen. Herved henledes opmærksomheden specielt på det forhold, at der senere ønskes en afhændelse af aktierne. Netop dette forhold indikerer, at ansøger ved en senere lejlighed bevist kommer til at udskyde skatten på den eventuelt opnåede avance ved salg af aktierne i det oprindelige A/S.

I denne forbindelse kan diskuteres, hvor tungt et sådant argument bør vægtes i forhold til de senere modtagne argumenter omkring øget mulighed for generationsskifte, likviditetsberedskab og egentlig forretningsudvikling. I ovenstående tilfælde kan det konstateres, at hensigten med et senere salg af aktierne i det oprindelige A/S underminerer de øvrige forretningsbaserede argumenter.

Overordnet kan det udledes, at dansk praksis i ovenstående tilfælde støtter sig gennemgående op ad adgangen til at fortage en konkret vurdering i den enkelte sag og muligheden for at give afslag med udgangspunkt i en mere eller mindre skjult dagsorden i den enkelte sag, hvis denne kan medføre skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Det kan i forhold til SKM 2001.37 diskuteres, om der reelt var tale om, at aktionæren ville opnå en skatteunddragelse eller skatteundgåelse ved et salg 3 år efter en skattefri aktieombytning var gennemført. Salgssummen ville godt nok tilgå holdingselskabet skattefrit, men ville senere blive beskattet ved udlodning eller salg af holdingselskabet. Der vil i realiteten således rettere være tale om en skatteudskydelse.

Grundlæggende ligger dansk praksis stor vægt på, at der skal forelægge en ”tilstrækkelig forretningsmæssig begrundelse”¹¹², og at denne er baseret på hensigter i forhold til selskabet og ikke i forhold til den eller de bagved stående aktionærer.

Inden første indsendelse af ansøgningen til at gennemføre en skattefri aktieombytning må det derfor tilrådes, at ansøger og dennes rådgivere har en helt klar strategi for hensigten med omstruktureringen. Det er i denne forbindelse af stor vigtighed, at den medsendte argumentation er konkret og anskueliggør samtlige væsentlige forhold omkring den påtænkte aktieombytning, således at grundfortolkningen¹¹³ i Fusionsdirektivets artikel 11 stk. 1 litra a overholdes.

Selvom dansk praksis tog en drejning efter Leur-Bloem sagen i 1997 fra at bygge på et generelt 3 års ejertidsvilkår til at afgørelsen af, hvorvidt der skal gives tilladelse eller ej, i høj grad er baseret på ansøgerens oplysninger i en konkret sag og eksplicite hensigter. På trods af denne drejning kan der ikke umiddelbart udledes deciderede ”trylleord” eller faste vendinger, som kan forventes at medføre en tilladelse hver gang.

12.2.1.1.3 SKM 2005.167

Dette understreges af en senere dom fra Østre Landsret SKM 2005.167 et afslag på tilladelse til skattefri aktieombytning stadfæstes på trods af, at ansøgningen var indgående begrundet som følger: ” *Begrundelsen for anmodningen om anpartsombytningen er ønsket om at minimere driftsrisikoen ved, at en del af den uforholdsmæssigt store egenkapital i H1 ApS kan udloddes til holdingselskabet og dels ønsket om på sigt at forberede et generationsskifte af vognmandsvirksomheden. Et holdingselskab vil endvidere give mulighed for stiftelse af yderligere datterselskaber i fremtiden, hvorved investeringsmulighederne øges vedrørende overskydende likviditet.*”¹¹⁴

I sagsfremstillingen fra ansøger indgår jævnfør ovenstående overbevisende argumenter som minimering af driftsrisiko, mulighed for at forberede et generationsskifte, stiftelse af yderligere datterselskaber og deraf øgede investeringsmuligheder. Det skal i samme forbindelse fremhæves, at anpartshaver ikke havde til hensigt at sælge anparterne efter 3 år.

¹¹² Kilde: LVL Selskaber og aktionærer afsnit S.G.18 under punkt ” – Forsvarlige økonomiske betragtninger / gyldige forretningsmæssige årsager”

¹¹³ Herved forstås ordlyden i Leur-Bloem af 17. juli 1997 – præmis nr. 48 b.

¹¹⁴ Kilde: SKM 2005.167: argumentation fra ansøgers advokat Michael Serup.

På trods af de umiddelbart forretningsbaserede og økonomisk forsvarlige argumenter stadfæstede Østre Landsret alligevel afslaget på tilladelsen til skattefri ombytning af anparterne i vognmandsvirksomheden med udgangspunkt i følgende argumentation:

1." *at sagsøger ikke anses "på tilstrækkelig vis" at have godtgjort, at hovedformålet ikke var skatteunddragelse* "

Dette statueres ved, at der ved første ansøgning blev indtaget en forhåndsformodning om, at de faktiske forhold i sagen vægtede i retning af en skatteudskydelse i forhold til at opnå mulighed for at sælge anparterne i driftsselskabet skattefrit efter 3 år.

Forhåndsformodningen blev grundlagt af Kommunen og kunne tiltrædes af den lokale Toldskatteregion. Forhåndsformodningen blev baseret på følgende hovedargumenter:

at A har drevet sin virksomhed i personligt regi siden 1970, og først har stiftet selskabet i december 2001. Begrundelsen om at minimere driftsrisikoen ved stiftelsen af holdingselskabet findes derfor ikke at være et afgørende moment.

- *at A nærmer sig pensionsalderen. En afhændelse af vognmandsvirksomheden eller anparterne vil derfor på kortere sigt være en nærliggende mulighed. Bemærkningerne omkring holdingselskabets mulighed for stiftelse af yderligere datterselskaber i fremtiden findes derfor ikke at være et aktuelt ønske for A.*
- *at afhænder holdingselskabet efter mere end 3 års ejertid anparter i datterselskabet, opnås der en skatteudskydelse, idet holdingselskabet vil kunne afhænde anparterne skattefrit, jf. aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 1 og stk. 6.*
- *at afhænder A derimod selv anparterne efter mere end 3 års ejertid, vil en avance udløse aktieindkomstskat. Herved vil den negative anskaffelsessum på anparterne komme til beskattning.*
- *at det på sigt er hensigten at afhænde en del af anparterne i forbindelse med et generationsskifte, og at den omstændighed, at holdingselskabet vil bevare ejerandelen i det fremtidige datterselskab i mindst 3 år, sammenholdt med det oplyste formål i øvrigt, ikke giver grundlag for at antage, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen ikke er skatteunddragelse eller skatteundgåelse¹¹⁵.*

I forhold til ovenstående argumenter fremsat af henholdsvis Kommunen og den lokale Toldskatteregion, kan det umiddelbart udledes, at ansøger belastes af faktiske forhold som alder og må-

¹¹⁵ Kilde: SKM 2005.167 – Argumenter fra kommunen og den lokale Told – skatteregion.

den, hvorpå virksomheden hidtil har været drevet. Det fremgår, at vognmandsvirksomheden først blev omdannet til et selskab ved gennemførslen af en virksomhedsomdannelse i december 2001. Vognmandsvirksomheden havde således været drevet i personligt regi tidsrummet 1970 til 2001. Kommunen og skatteregionen tillægger dette forhold så meget vægt i forhold til den øvrige argumentation, at dette danner grundlag for at underminere ansøgers påstand om hensigten med at opnå risikobegrænsning ved en aktieombytning.

I samme forbindelse henledes opmærksomheden jævnfør ovenstående på ansøgers alder. Kommunen og skatteregionen undergraver det forretningsmæssige argument med øget mulighed for stiftelse af datterselskaber og dermed en ekspansions muligheder med at argumentere for, at det i henhold til at ansøger nærmer sig pensionsalderen vil være nærliggende at sælge anparterne indenfor en overskuelig årrække.

Det kan i denne sammenhæng diskuteres, hvorvidt det er rimeligt, at en objektiv instans tillægger ansøger den hensigt, når der helt konkret bliver argumenteret for det modsatte ved eventuel stiftelse af datterselskaber samt forventede øgede investeringsmuligheder.

Ydermere undermineres ansøgers påstand om at beholde anparterne i mere end 3 år ved, at Kommunen og Skatteregionen påviser, at der ligger en reel skattefordel¹¹⁶ i at aktieombytte, så skatten af en eventuel avance efter 3 år udskydes. Ligeledes udskydes den merbeskatning, som ville være realiseret på grundlag af en negativ anskaffelsessum på anparterne. Merbeskatningen ligger i, at anskaffelsessummen for anparterne er negativ, og der således realiseres en større avance end det ville have været tilfældet ved en positiv anskaffelsessum.

Da landsretten ved dom tiltræder Kommunens og Told- og skatteregionens tidligere fremsatte argumenter, kan det således diskuteres, hvorvidt praksis vægter ansøgers faktiske argumentation i forhold til en forhåndsformodning, som bygger på ansøgers aldersmæssige forhold samt måden, hvorpå dennes virksomhed hidtil har været drevet.

Som en opsummering skal det understreges, at ansøger og dennes rådgivere ikke har været i stand til at overbevise Østre Landsret om, at et eller flere af hovedformålene med aktieombytningen ikke var at udskyde en aktieavancebeskatning, og at transaktionen som helhed levede op til kravene om forsvarlig økonomisk betragtning jævnfør Fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1 litra a.

¹¹⁶ Herved henvises modsætningsvist til argumentationen i SKM2007.807.DEP.

Det må i denne forbindelse anses for at have vægtet meget tungt, at anpartshaveren ville opnå skattefordele af at gennemføre en skattefri aktieombytning.

12.2.1.1.4 SKM2007.806.LSR og SKM2007.807.DEP

Senest har skatteministeriet statueret et eksempel ved at "acceptere", at der i forbindelse med en ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning efterfulgt af en skattefri spaltning, var en eller flere aktionærer, som i realiteten ville opnå en skattemæssig gunstig situation. Herved henledes opmærksomheden på i første omgang stadfæstet afslag fra Landsskatteretten SKM2007.806.LSR, hvorefter skatteministeriet tager bekræftende til genmæle og bekræfter, at der i den konkrete sag ikke var grundlag for at fastslå, at hovedformålet med omstruktureringen var skatteundgåelse SKM2007.807.DEP. Skatteministeriet begrundede sin stillingstagen med hovedvægt på hensigtsmæssig finansiering af generationsskiftet, samt at den hidtidige hovedaktionær A havde et reelt alternativ til omstruktureringen – overdragelse af aktiepost til de to medarbejdere med succession efter reglerne i ABL § 35.

Det må i forhold til hidtidig dansk praksis anses som væsentligt, at der fra Skatteministeriets side blev set bort fra en af klageren påstået "forhåndsformodning", som Landsskatteretten afværgede ved at afvise overtrædelse af henholdsvis lighedssgrundsætningen samt proportionalprincippet.

Spørgsmålet er, om denne sag statuerer eksempel på, at rådgivere i fremtiden har en reel mulighed for at argumentere sig ud af Fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a i tilfælde, hvor SKAT allerede har givet afslag i henhold til denne samt henvisninger til fortolkningen i Leur-Bloem sagen, hvilket der efter hidtidig fast praksis ikke har været tradition for.

12.2.1.2 Tilladelse med vilkår

Da der i henhold til Fusionsdirektivet og EF-dommen angående Leur-Bloem pålægges skattemyndighederne i den enkelte medlemsstat at vurdere aktuelle ansøgninger om aktieombytninger, og i samme forbindelse gives kompetence til, at disse kan opstille betingelser og vilkår for gennemførelsen af omstruktureringerne, er der opstået behov for, at skattemyndighederne har mulighed for at kunne følge udviklingen, efter en tilladelse er givet. Dette gøres konkret ved krav om anmeldelse af væsentlige ændringer i forhold¹¹⁷, som må anses som centrale i forhold til den oprindelige tilladelse. Dette forhold stiller i høj grad krav til ansøgers evne til at anskueliggøre de reelle hensigter med en

¹¹⁷ Kilde: Sørn Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, "Generationsskifte" side 195

aktuel aktieombytning. Undlades en sådan efterfølgende anmeldelse af ændrede forhold, vil det i mange tilfælde resultere i, at den oprindelige tilladelse tilbagekaldes.

12.2.1.2.1 TfS 1997. 186 LR

I forhold til praksis kan det diskuteres, hvorvidt den meget anvendte 3 års grænse for et eventuelt salg af aktier eller anparter, som har indgået i en skattefri aktieombytning, har nogen egentlig betydning, da der kan rejses tvivl om, hvor lang tid der skal gå fra aktieombytningens gennemførelse til, at der kan ske et egentligt salg af datterselskabet, uden dette skal anmeldes og der således risikeres en tilbagetrækning af den oprindelige tilladelse.

Der er umiddelbart ikke grundlag i praksis eller lovhjemmel til at stille vilkår, som strækker sig udover den gængse 3 års regel. Dette understreges af TfS 1997. 186 LR, hvor en skatteregion forsøgte at opstille et vilkår for tilladelsen til skattefri aktieombytning, hvor successionen ophørte hvis datterselskabet sælges efter en ejertid på 3 år. Dette vilkår ville i så fald resultere i, at aktionæren ville blive beskattet af en eventuel aktieavance ved et salg eksempelvis efter 10 år eller mere. Ligningsrådet kunne i dette tilfælde ikke imødekomme skatteregionens alternative vilkår, og tilladelsen blev givet med vilkåret om, at helejerskabet af datterselskabet skulle bevares i 3 år efter ombytningen.

Er det hensigten på ansøgningstidspunktet at afhænde aktierne i datterselskabet umiddelbart efter 3 års perioden, skal dette da også meddeles i forbindelse med ansøgningen.

Dette forhold må begrundes med, at skattemyndighederne skal have de bedst mulige vilkår for at vurdere hovedformålene / hensigten med den enkelte aktieombytning.

12.2.1.3 Omkvalificering af udlodninger ved skattefri aktieombytning

Et andet vigtigt element i processen omkring ansøgning om tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning er, anmeldelse af ekstraordinære udlodninger. Der lægges jævnfør dansk praksis stor vægt på, at der skal ske anmeldelse af udlodninger, som overstiger årets ordinære resultat. Grunden til at udlodninger har stor bevågenhed fra SKAT's side er, at det efter en skattefri aktieombytning er nærliggende at overføre anseelige midler via skattefrit udbytte fra datter til moderselskab. Det kan i visse tilfælde resultere i væsentlige kapitalforskydninger selskaberne imellem. Resultatet af manglende anmeldelse kan meget vel være, at en ellers opnået tilladelse bortfalder, og selskaberne/aktionæren realisationsbeskattes af den gennemførte omstrukturering.

12.2.1.3.1 SKM 2001.288.TSS

Således resulterede planerne om en større udlodning før en aktieombytning i afslag jf. SKM 2001.288.TSS. I dette tilfælde var hensigten at udlodde umiddelbart inden gennemførslen af aktieombytningen. Det vitale i denne sag var, at Told- og Skattestyrelsen argumenterede for, at udlodningen skulle omkvalificeres til at indgå i den kontante del af vederlaget. På dette tidspunkt var reglen, at 10 % af det samlede vederlag måtte bestå af kontanter. Dette krav blev dog afskaffet i pr. 1. juli 2002¹¹⁸. Efterfølgende var der således ikke nogen 10 % regel at tage hensyn til. Det bemærkelsesværdige og kendetegnende for dansk praksis er dog også, at udlodningen af udbytte blev omkvalificeret til at være kontant vederlag i forbindelse med en eventuel efterfølgende skattefri aktieombytning.

En sådan omkvalificering medfører ligeledes, at der indtræder aktieavancebeskatning af den del af de afståede aktier, som svarer til kontantvederlaget.

Det har således været en velkendt trend i dansk praksis, at skattemyndighederne har omkvalificeret udlodninger før og efter en skattefri aktieombytning, til at være en del af det kontante vederlag. Størrelsen af det kontante vederlag medfører dog jævnfør ovenstående ikke noget problem efter 1. juli 2002.

12.2.1.3.2 C – 321/05 af 5. juli 2007 omhandlende Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet.

Sagen gik i korte træk ud på, at to personer tilbage i 1993 ombyttede deres anparter i et dansk ApS til nyudstedte aktier i et selskab, som var hjemhørende i Irland. Få dage efter ombytningsdatoen og stiftelsen af det irske selskab modtog dette 26 mio. kr. fra sit danske datterselskab i udbytte. Efterfølgende besluttede generalforsamlingen i det irske selskab, at udlodde 26 mio. kr. i udbytte til de to aktionærer, som ejede dette med fordelingen 50 / 50.

I overensstemmelse med fast dansk praksis anså de danske skattemyndigheder udlodningen som en del af selve ombytningen, hvilket resulterede i, at udlodningen blev regnet for en kontant udligningssum. Herved overskred denne den dagældende 10 % grænse, og ombytning var efter dansk praksis at anse for skattepligtig.

De to person-aktionærer indbragte efterfølgende sagen for Østre Landsret. Østre Landsret har i denne forbindelse anmodet EF-domstolen om præjudiciel afgørelse vedrørende problematikken om-

¹¹⁸ Kilde: Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 204

kring, hvorvidt der er grundlag for at henregne den efterfølgende udlodning til den kontante anskaffelsessum, altså foretage en omkvalificering.

Det er i denne sammenhæng væsentligt at understrege, at der ikke forelå en retligt bindende aftale om denne udlodning på omdannelsestidspunktet.

Ligeledes ønskede Østre Landsret svar vedrørende muligheden for tilbagekaldelse af tidligere givet tilladelse til skattefri aktieombytning, når Fusionsdirektivets artikel 11 ikke var implementeret i dansk lovgivning. Dette skulle gennemføres ved henvisning til retsmisbrug.

Det blev fra EF domstolen gjort klart, at transaktionen kunne anses som en aktieombytning i henhold til Fusionsdirektivets artikel 2 litra d¹¹⁹. Det skal derved bemærkes, at Fusionsdirektivets artikel 8, stk. 1 forbyder, at selskabsdeltagerne i det erhvervende selskab beskattes af tildelingen af aktier eller anparter i forbindelse med en ombytning af aktier eller anparter¹²⁰.

Det er i denne forbindelse yderst væsentligt, at EF domstolen ikke anser den efterfølgende udlodning for at være en del af aktieombytningen samt, at der ikke er retligt grundlag for at indregne og omkvalificere denne til en kontant udligningssum. Dette baseres på, at der ved ombytningen ikke forelå en retligt bindende aftale om, at denne udlodning skulle indgå som en del af ombytningen. Derved var den daværende 10 % grænse for kontant udligningssum heller ikke overskredet jævnfør EF C – 321/05 af 5. juli 2007 præmis nr. 28 samt yderligere understreget af præmis nr. 31¹²¹.

Endelig fastlægger EF-domstolen, at der skal foreligge specifik dansk lovgrundlag for af Fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a får fuld virkning¹²². Det er dermed afgjort, at dansk retspraksis ikke umiddelbart kan påberåbe sig en direktivbestemmelse til ugunst for aktionærerne i denne sag samt borgere i almindelighed¹²³.

Som opfølgning kan det herved fastlægges, at der ikke er umiddelbar dansk lovhjemmel til omkvalificering af udbytte til kontant vederlag samt en eventuel tilbagetrækning af en tidligere tilladelse

¹¹⁹ Kilde: EF-domstolen C-321/05 af 5. juli 2007 præmis nr. 25

¹²⁰ Kilde: EF-domstolen C-321/05 af 5. juli 2007 præmis nr. 24

¹²¹ "Følgelig kan en pengeydelse, som et erhvervende selskab erlægger til selskabsdeltagerne i det erhvervede selskab, ikke kvalificeres som en <kontant udligningssum>...."

¹²² Jævnfør Artikel 10 EF og 249 EF – præmis nr. 41 EF-domstolen C-321/05 af 5. juli 2007

¹²³ EF-domstolen C-321/05 af 5. juli 2007 præmis nr. 42.

til gennemførsel af en skattefri aktieombytning. Denne afgørelse fra EF-domstolen kan få omfattende indflydelse på dansk retspraksis – nærmere herom i nedenstående afsnit ” *Dansk praksis med tilladelse i forhold til EU-praksis* ” – kommentarer til sagen vedrørende Hans Markus Kofoed.

12.2.1.4 Dansk praksis med tilladelse i forhold til EU-praksis

Dansk praksis omkring tilladelse til skattefrie aktieombytninger er i høj grad præget af de danske domstoles fortolkning af Leur-Bloem dommen. Dette er i sig selv positivt i forhold til, at dansk retspraksis således vil tilnærme sig Fusionsdirektivet. Der kan dog stilles spørgsmål ved, hvor objektiv og ensartet den danske proces er i forhold til ansøgning om tilladelse til skattefrie aktieombytninger. Herved henledes opmærksomheden på, at det hidtil har været lokale skatteregioner, som i første instans skulle tage stilling til, hvorvidt der skulle gives tilladelse eller ej. Det kan i den forbindelse ikke undgås, at der vil være mindre afvigelser i, hvordan den ene region vurderer aktuelle argumenter i forhold til en anden region. Dette er imidlertid opvejet af, at klageadgangen nu er harmoniseret til, at alle afgørelser vedrørende tilladelse kan indbringes for Landsskatteretten og efterfølgende domstolene jævnfør skatteforvaltningslovens § 11 stk. 1, nr. 1¹²⁴. Dette vil efter en påklage af afgørelsen i første instans give en mere ensartet vurdering fra sag til sag. Herved har der således også været forskel på, hvor meget dokumentation de enkelte skatteregioner har krævet for, at de af ansøgeren fremsatte begrundelser og argumenter kan anses for at være reelle hensigter jævnfør udtalelse fra Østre Landsret vedrørende SKM 2005.167:

”Hvad angår sagsøgerens synspunkter om administrativ praksis bemærkes, at det er korrekt, at der kan peges på afgørelser, hvor myndighederne ikke har foretaget nærmere undersøgelser af, om de formål, der hævdedes at ligge bag ønsket om tilladelse til en skattefri omstrukturering, også var de reelle formål.”

Ovenstående udtalelse fra Østre Landsret underbygger argumentet om, at der i dansk praksis har været indbygget en latent risiko for, at ansøgere ikke er blevet behandlet og vurderet ens. Ydermere understreger Østre Landsret i samme forbindelse, at det er i overensstemmelse med fast praksis, at Told- og Skattestyrelsen efter en konkret vurdering kan vælge at kræve yderligere dokumentation for fremsatte argumenter omkring hensigten med gennemførsel af en aktuel aktieombytning: ” *Den omstændighed, at Told- og Skattestyrelsen i de af sagsøgeren påberåbte afgørelser åbenbart har*

¹²⁴ Kilde: Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 182

ment, at det måtte lægges til grund, at de påberåbte formål også måtte anses for de reelle begrundelser bag ønsket om tilladelse til skattefrie omstruktureringer, kan imidlertid ikke anses for at udgøre en administrativ praksis, der afskærer myndighederne fra - når de finder anledning til at stille spørgsmålstejn ved, om de påberåbte begrundelser også er de reelle - at stille krav om yderligere konkretisering af/dokumentation for de påberåbte begrundelser.”

En egentlig forskelsbehandling mellem vurderingsmyndighederne i første instans må dermed anses for at være legaliseret.

Det må anses for at være tankevækkende, at vi i mange år har haft et system, som ikke effektivt minimerer risikoen for forskelsbehandling i forbindelse med opnåelse af tilladelse til skattefri aktieombytning. Det er dog positivt i denne sammenhæng, at processen er udviklet til, at omstrukturingskontoret indblandes i principielle sager og sager af mere kompleks karakter. Herved opnås det, at det er de samme mennesker, som skal foretage vurderingerne fra sag til sag.

I forhold til EU har Leur-Bloem dommen fra 1997 haft stor præjudiciel betydning for udviklingen i dansk praksis.

Dansk praksis må dog forventes at tage en drejning nu, hvor hidtidig praksis reelt er undermineret af EF-domstolens afgørelse vedrørende Hans Markus Kofoed EF C – 321/05 af 5. juli 2007 understreger, at der således ikke længere er grundlag for, at dansk praksis i lige så høj grad som hidtil inddrager forudgående og efterfølgende forhold i bedømmelsen af, om de objektive betingelser er opfyldt. Der kan således stilles spørgsmålstejn ved, om dansk praksis i forhold til godkendelse af aktieombytninger har været lovlig.

I forhold til aktieombytning henledes opmærksomheden specielt på afslag, der er givet frem til afskaffelsen af 10 % grænsen pr. 1. juli 2002. Sager der er dømt skattepligtige som følge af en af myndighederne påstået overskridelse af 10 % grænsen i kraft af forudgående eller efterfølgende udlodninger. Den omkvalificering af eksempelvis udbytte, der gennem årene har været en fast bestanddel af dansk praksis, er således ved EF-dom blevet fastlagt til at overtræde det danske legalitetsprincip, som i forhold til fællesskabsretten betegnes som retssikkerhedsprincippet¹²⁵. Dette går

¹²⁵ Kilde: SKAT – Debat og ny litteratur: ”592 Udbytte er udbytte – og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til at være f.eks. en kontant udligningssum”. Af Ph.d-stipendiat, Cand. Merc. Jur. Thomas Rønfeldt og professor, dr. Jur. Erik Werlauff, Aalborg Universitet side 3

ud på, at SKAT, domstole uden fornøden hjemmel har omkvalificeret en ellers civilretlig fastlagt transaktion til at være noget andet end det den civilretligt er fastlagt til at være¹²⁶.

Jævnfør Hans Markus Kofoed EF C – 321/05 af 5. juli 2007 skal de objektive betingelser i langt højere grad vurderes på tidspunktet for gennemførslen af aktieombytningen og i mindre grad lægges vægt på forudgående og efterfølgende forhold. Dette resulterer i, at sager, hvor stemmeflertalskriteriet har været genstand for tilbagetrækning af tilladelse eller direkte afslag, ligeledes kan genoptages. Disse sager vil i høj grad afhænge af, om ændringen i stemmefordelingen kan anses for at være en integreret del af ombytningstransaktionen eller ej¹²⁷.

12.2.2 Det nye spor i dansk lovgivning – ikke krav om tilladelse

Efter vedtagelsen af lov nr. 343 af 18. april 2007 samt lov nr. 110 a og deraf følgende mulighed for at gennemføre skattefrie aktieombytninger uden forudgående tilladelse fra SKAT er der skabt et nyt spor i dansk ret. For aktieombytning medførte dette således indsættelsen af ABL § 36 A.

Den gennemgribende nyskabning ligger i, at skatteforvaltningens hidtidigt omfattende praksis med vurdering af såvel objektive som subjektive forhold i hver enkelt sag er ændret markant. Der er efterfølgende grundlag for at vurdere, at ansvaret i højere grad er lagt over på rådgiverne. Det kan begrundes med, at det i høj grad efterfølgende vil være dem, som i første omgang skal tilse, at objektive og subjektive betingelser er overholdt. Det er således ikke længere nødvendigt at formulere det grundlæggende princip omkring en forretningsmæssig begrundelse overfor skatteforvaltningen. Der er dermed banet vej for, at der kan gennemføres en skattefri aktieombytning uden denne nødvendigvis eksplicit er forretningsmæssigt begrundet. Dermed er der grundlag for at vurdere, at det nye danske spor, i forhold til dette element, ligger tættere på EF-domstolens fortolkning af artikel 8, stk. 1 i Fusionsdirektiv 90/434. Denne bestemmelse forbyder principielt medlemsstaternes beskatning af ombytninger, som kan defineres ved Fusionsdirektivets artikel 2, litra d medmindre national lovgivning *”om retsmisbrug, skattesvig eller skatteunddragelse kan fortolkes i overensstemmelse med nævnte direktivs artikel 11, stk. 1, litra a”*¹²⁸.

¹²⁶ SKAT – Debat og ny litteratur: ”592 Udbytte er udbytte – og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til at være f.eks. en kontant udligningssum”. Af Ph.d-stipendiat, Cand. Merc. Jur. Thomas Rønfeldt og professor, dr. Jur. Erik Werlauff, Aalborg Universitet.

¹²⁷ Bech-Bruun Nyhedsbrev 08-2007 af Michael Serup

¹²⁸ EF-domstolen C-321/05 af 5. juli 2007 præmis nr. 48

Det er således op til national lovgivning at begrunde en eventuel beskatning uden dette strider imod grundprincipperne i EU's Fusionsdirektiv.

På trods af sammenligningen med EU's Fusionsdirektiv skal fokus dog holdes på, at det spor, som er indført ved at indsætte ABL § 36 A, er et egentlig dansk spor, som fungerer sideløbende med de gamle regler om tilladelse – det direktivstyrede spor.

Dette afspejler sig da også i visse elementer, som er indeholdt i det nye danske spor. Herved henledes opmærksomheden specielt på det meget anvendte krav om 3 års ejertid af aktierne i det erhvervede selskab. Dette element er indskrevet som et objektivi krav i de nye regler. Dette må begrundes med, at det i henhold til hidtidig praksis har været skatteforvaltningens udgangspunkt, at transaktionen er forretningsmæssigt begrundet, såfremt aktierne i det erhvervede selskab beholdes i minimum 3 år, og der således ikke sker et hurtigt salg af disse¹²⁹.

De foreskrevne 3 års ejertid kan opnås ved succession jævnfør nedenstående SKM2007.791.SR – bindende svar.

Resume:

Rådgiver ønsker bindende svar vedrørende skattefri aktieombytning og skattefri spaltning uden tilladelse.

Fire søskende, som er hjemhørende i Danmark, ejer personligt aktierne i et schweizisk selskab A AG. De har alle ejet aktierne over 3 år.

A AG's eneste aktivitet er, at eje aktierne i B Ltd, som herved ønskes overdraget til den ene af de fire søskende til handelsværdi.

Transaktionen ønskes gennemført ved, at de tre af søskende indskyder deres aktier i et holdingselskab, som efterfølgende ønskes spaltet ud i 3 nye holdingselskaber.

Den fjerde indløser sine aktier i A AG ved tilbagesalg og deraf aktieavancebeskatning. Herved opnås den situation, hvor de 3 tilbageværende aktionærer ejer hele kapitalen i A AG. Den fjerde er dermed ude af ejerkredsen.

¹²⁹ Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 214

12.2.2.1 Ejertids vilkåret

Den efterfølgende spaltning af det nystiftede holding kan således kun gennemføres i henhold til FUL § 15 a stk. 1 fordi det jævnfør skatterådets kommentarer er muligt at opnå den krævede ejertid via successions reglen. Herved kan den efterfølgende spaltning gennemføres uden tilladelse¹³⁰.

12.2.2.2 Væsentlig værnsbestemmelse i forhold til EU's Fusionsdirektiv 90/434

Jævnfør EU's Fusionsdirektiv 90/434 er det op til medlemsstaterne at vedtage de nødvendige love og administrative bestemmelser for at efterkomme fællesskabsretten i ovennævnte direktiv¹³¹. Det er således medlemsstaternes ansvar, at de nationalt vedtagne love ikke strider mod direktivets grundlæggende bestemmelser – fortolket ved præmis nr. 32 i EF-dom C-321/05 af 5. juli 2007 samt artikel 11 stk. 1 litra a¹³².

I forhold til denne betragtning er det væsentligt at vurdere de nyligt vedtagne danske regler. Der er umiddelbart ikke tvivl om, at det danske spor for gennemførsel af skattefrie aktieombytninger uden tilladelse er lovligt i kraft af, at det kører sideløbende med de gamle regler omkring tilladelse. Der er dog enkelte elementer, hvorved der kan stilles spørgsmålstejn i forhold til overholdelse af fællesskabsretten. Den nye regel i ABL § 36 A, stk. 10 ” *Stk. 1-7 og 9 finder ikke anvendelse på en aktieombytning, hvor en aktionær, der er et selskab med bestemmende indflydelse i det erhvervede selskab, ombytter aktier i dette selskab, der har været ejet i mindre end 3 år, med aktier i et selskab, der er hjemmehørende i udlandet*”.

Denne bestemmelse resulterer således i, at et selskab, som ifalder den i stk. 10 nævnte definition, er afskåret fra at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse.

Tanken med stk. 10 har uden tvivl været at fastholde muligheden for beskatning af en eventuel avance af aktier ejet under 3 år ejet af et selskab. Gennemføres en sådan aktieombytning efter de normale bestemmelser overføres disse med succession til et udenlandsk selskab, som Danmark ikke har beskatningsretten til.

¹³⁰ SKM2007.791.SR SKAT's indstilling og begrundelse, Ad spørgsmål 2 – spaltning afsnit 2 og 3

¹³¹ EU's Fusionsdirektiv 90/434 som ændret ved Rdir 2005/19, artikel 12, stk. 1

¹³² ”Denne fortolkning bekræftes af formålet med direktiv 90/434, som består i at fjerne skattemæssige hindringer for grænseoverskridende omstruktureringer af virksomheder....” samt præmis 37: Medlemsstaterne kan kun afslå at anvende direktivets bestemmelser, hvis hovedformålet er skattesvig / skatteunddragelse eller transaktionen ikke gennemføres ud fra forsvarlige forretningsmæssige betragtninger.

Det forhold, at et selskab som opfylder definitionen i stk. 10 afskæres fra at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse og dermed på lige vilkår med andre selskaber i Danmark, tangerer til, at der udøves en forskelsbehandling, som strider mod hensigten med direktiv 90/434.

Da det i forhold til direktiv 90/434 ikke er hensigtsmæssigt med et direkte forbud, kunne Skatteministeriet have opnået samme resultat ved en blødere formulering – eksempelvis ”at skattepligten påhviler det oprindelige ejerselskab, indtil 3-års perioden er udløbet¹³³”.

Hvordan forholdet behandles i praksis må tiden vise, men det er sandsynligt, forholdet vil blive prøvet ved EF-domstolen, hvis ikke Skatteministeriet ved først kommende lejlighed omformulerer ABL § 36 A, stk. 10 til at have en mere smidig konsekvens end et direkte forbud.

12.3 Spaltning

Der er indenfor spaltningens område kun udstedt et begrænset antal cirkulærer og vejledninger, som kan bidrage til fortolkning af reglerne og dermed klarlæggelse af retsgrundlaget. Nedenstående analyse er derfor udarbejdet med udgangspunkt i den opfattende praksis, som er opstået på området via skatteforvaltningen og Landsskatteretten.

For god ordens skyld skal det fremhæves, at det nu er de 5 udvalgte skattecentre/ kompetencecentre, som tager stilling til sager vedrørende spaltning i første instans¹³⁴.

Grundsætningen i spaltning er således, at aktiver og passiver indskydes fra indskydende selskab til modtagende selskab. Vederlaget for de indskudte aktiver og passiver består af aktier i det modtagende selskab og / eller kontanter. Dette er den altoverskyggende grundsætning for, at der kan blive tale om benyttelse af spaltningens reglerne jævnfør FUL § 15 a, stk. 2.

Der er fra SKAT ikke udvist ”hård” praksis, når reglerne er fortolket, men det skal dog understreges, at de materielle regler skal være opfyldt. Der er dermed ikke grundlag for at ”bøje” grundsætningen. Herved henledes opmærksomheden på TfS.1999.257.LR, hvor der blev givet afslag på tilladelse, da aktiverne ikke blev indskudt i et selskab men derimod overført til aktionæren uden egentligt vederlag til gengæld. Dette forhold overskred det centrale begreb, at aktiver og passiver skal overføres til et selskab mod vederlag. Ligningsrådet udtalte således ”*bestemmelsen åbner ikke*

¹³³ SKAT – Debat og ny litteratur: ”592 Udbytte er udbytte – og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til at være f.eks. en kontant udligningssum”. Af Ph.d-stipendiat, Cand. Merc. Jur. Thomas Rønfelt og professor, dr. Jur. Erik Werlauff, Aalborg Universitet.

¹³⁴ Skattecenter Aalborg, Århus, Esbjerg, Korsør og København.

mulighed for en mere fri fortolkning af spaltningsbegrebet. Spaltningsdefinitionen i fusionsskattelovens § 15 b, stk. 2, skal således opfyldes”.

12.3.1 Grænseoverskridende spaltning - EF-dom C-411/03 Sevic Systems

I afdækningen af hvilke selskaber, der kan deltage i en skattefri spaltning, er det indarbejdet i dansk lovgivning ved FUL § 15 a, stk. 1. Det væsentlige i denne forbindelse er, at der som følge af vedtagelsen af Rådets Direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005 er sket en implementering af direktivets grundsætninger i dansk ret ved lov nr. 573 af 6. juni 2007. Der er herved fastlagt et dansk lovgrundlag for grænseoverskridende fusioner og spaltninger. Forskellen mellem direktivet og dansk lovgivning er i denne forbindelse, at direktivet kun behandler grænseoverskridende fusioner.

Her har dansk lovgivning dog været en smule på forkant ved at hense til afsagte EF-dom C-411/03 af 13. december 2005 – Sevic Systems.

” Anvendelsesområdet for etableringsfriheden omfatter enhver foranstaltning, som muliggør, eller blot letter, adgangen til en anden medlemsstat end etableringsmedlemsstaten og udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed i denne stat, hvorved de berørte erhvervsdrivende får mulighed for reelt at deltage i denne medlemsstats erhvervsliv på samme betingelser som dem, der gælder for indenlandske erhvervsdrivende.

Grænseoverskridende fusioner opfylder ligesom andre selskabsomdannelser behovet for samarbejde mellem og sammenlægning af selskaber med hjemsted i forskellige medlemsstater. De er særlige fremtrædelsesformer i forbindelse med udøvelsen af etableringsfriheden, som er vigtige for det indre markeds tilfredsstillende funktion, og hører dermed til blandt de erhvervsmæssige aktiviteter, med hensyn til hvilke medlemsstaterne er forpligtede til at respektere den ved artikel 43 EF foreskrevne etableringsfrihed.

(jf. præmis 18 og 19)¹³⁵”

Dommen gør jævnfør ovenstående klart, at etableringsfriheden omfatter den transaktion, som kan lette eller direkte muliggøre adgangen til etablering i en anden medlemsstat. Herved indtog det danske skatteministerium den opfattelse, at denne dom havde præjudiciel virkning for både fusioner og spaltninger. Således er der fra og med 1. juli 2007 overordnet samme muligheder for spaltninger og fusioner på tværs af grænserne i EU som i Danmark. Selvom lov nr. 573 specielt henvender sig til

¹³⁵ Kilde: Sag C-411/03, SEVIC Systems AG, (anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Landgericht Koblenz)

det selskabsretlige aspekt, er dette jo en grundlæggende forudsætning for, at den danske lovgivning kan fungere efter hensigten med EU's Fusionsdirektiv 90/434.

De afledte skattemæssige konsekvenser af lov nr. 573 af 6. juni 2007 er således, at der i overensstemmelse med selskabsretten er mulighed for at gennemføre spaltninger på tværs af lande i EU/EØF¹³⁶, hvis disse har en national lovgivning, som regulerer spaltningssområdet¹³⁷.

Reglerne åbner således for skattefri spaltning i følgende situationer:

1. Et dansk selskab spalter til et andet EU/EØF-land, hvor der nationalt forefindes lovgivning på området.
2. En dansk aktionær i et selskab, som er hjemhørende i et EU/EØS land, hvor der forefindes lovgivning på området og selskabet spaltes til et andet EU/EØS land, som ligeledes opfylder kravene til national lovgivning.

For nærmere behandling af Fusionsdirektivets forretningsmæssige betragtninger samt artikel 11 i øvrigt henvises til ovenstående afsnit ”Grundlæggende begreber i hidtidig praksis med ansøgning om tilladelse” under aktieombytning samt gennemgangen af Leur-Bloem sagen samt nedenstående afsnit, som vedrører den forretningsmæssige begrundelse.

12.3.2 Praksis og vurdering af forretningsmæssig begrundelse for spaltning

12.3.2.1 Uenighed blandt aktionærerne - SKM2005.429.TSS

Det er væsentligt i forhold til spaltning at nævne, at nødvendigheden i at vurdere, hvorvidt der er tale om en skatteundgåelse eller skatteudskydelse, er forværret i forbindelse med afskaffelsen af prorata-kravet og begrænsningen omkring kontantvederlag i juli 2002. Dette skyldes helt konkret, at EU's fusionsdirektiv ligger op til, at selskaber og aktionærer skal kunne undgå beskatning i de tilfælde, hvor der ligger en forretningsmæssig årsag til grund for spaltningen. Dette gælder også selv om spaltningen måtte indeholde det faktum, at en eller flere parter opnår en skattemæssig fordel.

Da det jævnfør ovenstående samt EU's Fusionsdirektiv artikel 11 stk. 1, litra a er særdeles afgørende i forbindelse med at opnå tilladelse til at gennemføre en spaltning, at der er tale om en forret-

¹³⁶ Jf. Rådets Direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005.

¹³⁷ Kilde: Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 350

ningsmæssig begrundelse, har dette aspekt gennem årene været genstand for en mange sager og er således i høj grad støttet af praksis. Som det er tilfældet ved aktieombytning, har der således været fra ansøgernes og rådgivernes side været stor interesse for at finde frem til argumenter, som i overvejende grad ville medføre en tilladelse fra SKAT hver gang. Den grundlæggende forskel til eksempelvis aktieombytning på dette område er de begreber, som kendetegner, at der er tale om en forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen.

Af naturlige årsager kendetegnes disse begreber i forhold til spaltning ved begreber, som kan underbygge nødvendigheden af at opdele aktiviteter, personer, interesser og økonomiske hensyn. Et af de væsentlige begreber i denne forbindelse har således været "uenighed mellem aktionærerne".

På trods af andre argumenter for at opnå tilladelse til gennemførelsen af en spaltning har denne problemstilling gentagne gange endt med at være hovedformålet med gennemførelsen af spaltningen. Det har derfor været en væsentlig problemstilling at vurdere i forhold til praksisdannelsen.

Et eksempel på at SKAT har lagt stor vægt på argumentet omkring "uenighed mellem aktionærerne" er SKM2005.429.TSS.

Denne konkrete sag omhandlede to brødre, som drev transportvirksomhed. Koncernstrukturen var som følger:

De to brødre ejede aktierne i X Holding med 50/50. X Holding ejede 100 % af datterselskabet X og 60 % af Holding Z.

Brødrene ansøgte SKAT om tilladelse til at gennemføre en skattefri spaltning med det formål, at ophørsspalte X Holding til 2 modtagende Holdingselskaber.

Det ene af de modtagende selskaber skulle efterfølgende eje samtlige aktier i datterselskabet X. Det andet af de modtagende holdingselskaber skulle således eje de 60 % af Holding Z.

Denne fordeling ville ligeledes passe med deres daglige engagement i de enkelte driftsselskaber. Den altoverskyggende problemstilling opstod ved, at den ene bror havde valgt at benytte ulovlig arbejdskraft i det selskab, han var direktør for til daglig. Som følge heraf blev den anden bror og den del af koncernen, som denne drev, sat i et dårligt lys i forhold til branchen.

Denne tvist resulterede i, at brødrene ikke kunne varetage den daglige ledelse af den samlede koncern, og grundlaget for driften i de enkelte selskaber var således i fare.

For at understrege rigtigheden af, at der var en reel uenighed mellem de to brødre, anvendte rådgiver en artikel om de to fra et dagblad.

I SKAT's vurdering af, om der skulle gives tilladelse til den ansøgte skattefrie ophørsspaltning, blev der lagt vægt på, at uoverensstemmelserne ikke var eneste grund til gennemførelsen af ophørsspaltningen. Det ansås for at være fundamentalt, at uoverensstemmelserne havde relation til den daglige drift af selskaberne. Det kan dermed udledes, at havde omdrejningspunktet i uoverensstemmelserne været præget af aktionærrelaterede forhold eksempelvis udtræden eller udbytteforhold, ville en tilladelse ikke være opnået i den konkrete sag.

I den konkrete sag var der således heller ikke tale om, at en af brødrene skulle stoppe med at drive virksomhed, men blot en opdeling af driften¹³⁸.

12.3.2.2 Pengetanksreglen

Der er dog en yderligere problemstilling i sagen. For at vederlæggelsen til de to brødre i forbindelse med spaltningen beløber sig til det samme, er det nødvendigt, at den ene brors holdingselskab modtager 17 mio. kr. i kontanter. Dette kunne tale for, at der var tale om vederlæggelse under "pengetanks" lignende forhold. Var dette tilfældet ville det medføre en skærpe af bevisbyrden for, at der i sagen var tale om reelle forretningsmæssige betragtninger. Pengetanks forholdet ansås dog af SKAT for at være løst ved, at der foruden ovenstående kontante sum var tale om aktier i et egentligt driftsselskab¹³⁹.

Det skal i denne forbindelse fremhæves, at der omkring " pengetanksreglen " er væsentlig forskel på, om der er tale om en grenspaltning eller en ophørsspaltning. Dette skyldes, at der ved ophørsspaltning ikke er krav omkring karakteren af det spaltede. Ved ophørsspaltning er det således muligt, at et af de modtagende selskaber ikke har karakter af en selvstændig virksomhed i henhold til Grenkravet. Der vil således kunne drives passiv virksomhed fra dette selskab eksempelvis ved, at eneste aktivitet er besiddelse af aktier og obligationer – passiv kapitalanbringelse¹⁴⁰.

12.3.2.3 Generationsskifte - TfS.2004.206.TSS

Spaltning har jævnfør praksis været et yndet redskab i forbindelse med generationsskifte af selskaber. I denne forbindelse er det muligt at løse problemstillinger ved generationsskifter som manglen-

¹³⁸ Inspireret af LVL 2007-3 Selskaber og aktionærer, S.D.2.7.4. Subjektive betingelser nr. 4 samt Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 367-368

¹³⁹ Pengetanksgrænsen hævet til 75 %.

¹⁴⁰ Inspireret af LVL 2007-3 Selskaber og aktionærer, S.D.2.7.4. Subjektive betingelser nr. 2

de likviditetsberedskab ved den nye generation, udskillelse af aktiviteter og jævnfør ovenstående adskillelse af drift fra, i forhold til denne, overflødig akkumuleret kapital.

Begrebet generationsskifte har således bidraget væsentligt i forbindelse med praksisdannelsen omkring godkendte forretningsmæssige betragtninger.

Ligesom det er tilfældet ved vurderingen af forretningsmæssige betragtninger omkring ” uenighed blandt aktionærerne ”, er den driftsmæssige forbindelse fundamental ved generationsskifte. Det understreger således, at det ikke anses for en forretningsmæssig begrundelse, at en eller flere aktionærer ønsker at træde ud af ejerkredsen samt opnåelse af skattemæssige fordele.

En af årsagerne til at netop generationsskiftebegrebet har været genstand for en del praksisdannelser, er, at EU's Fusionsdirektiv 90/434 per definition anser generationsskifte for en forretningsmæssig begrundelse. Det har derfor i høj grad været op til SKAT at vurdere konsistensen i den enkelte ansøgning om skattefri spaltning på grundlag af et hovedargument som generationsskifte.

Ovenstående forhold har ofte medført at en tilladelse blev givet med vilkår. Vilkåret som er mest anvendt i denne forbindelse, 3 års ejertid efter spaltningen er gennemført. Dette vil i de fleste situationer bidrage til en understregning af, at omstruktureringen var forretningsmæssigt begrundet.

Ovenstående forhold underbygges af praksis ved eksempelvis Tfs.2004.206.TSS.

Her blev i første omgang givet tilladelse til en ophørsspaltning med de formål, at to aktionærer opnåede bedre mulighed for opstart af ny drift hver især samt at bidrage til gennemførelsen af den enes generationsskifte.

Tilladelsen blev dog givet ud fra forudsætninger omkring, at spaltningen havde direkte driftsmæssige formål, samt den ved spaltningen opnåede struktur ville blive fastholdt i minimum 3 år.

Da den ene af de to aktionærer blev syg umiddelbart efter tilladelsen var givet, ønskede denne at afstå sine aktier ved tilbagesalg til udstedende selskab. Dette ville således i kraft af succession i ejertid ved spaltningen medføre, at aktionæren kunne udtræde skattefrit. Dette forhold anså SKAT ikke som hensigtsmæssigt i henhold til fastpraksis omkring skatteundgåelse og skatteunddragelse – Fusionsdirektivets artikel 11 stk. 1, litra a – Leur-Bloem C-28/95. Det kunne således ikke gives tilladelse til ophørsspaltningen, såfremt den oprindelige model og ejertids vilkåret ikke kunne overholdes.

SKAT baserede således ikke tilladelsen udelukkende på argumentet omkring generationsskifte, men søgte at underbygge det med et ejertidsvilkår samt et driftsmæssigt argument om at opretholde den oprindelige struktur i minimum 3 år efter spaltningen.

Det kan heraf udledes, at dansk praksis ikke blot lægger vægt på den faktiske situation på spaltningstidspunktet, men ligeledes nødvendiggør, at der er realitet bag de i ansøgningen påståede hensigter ved 3 års kravet.

12.3.2.4 Grenkravet / grænseoverskridende spaltning

Vedrører spaltningen i udlandet en dansk aktionær, er det alt afgørende, at spaltningen gennemføres på vilkår, som matcher de vilkår en lignende spaltning ville være gennemført efter her i landet. Det er således afgørende for at den danske aktionær opnår mulighed for skattemæssig succession, at sammensætningen af den enkelte spaltning overholder definitionen i FUL § 15 b samt øvrige vilkår i henhold til Fusionsdirektivet 90/434¹⁴¹. Grenkravet er således et særdeles vigtigt punkt for opfyldelse af lovgrundlaget i FUL § 15 a og b. Til trods for at der er tale om en udenlandsk spaltning, gennemfører SKAT jævnfør fast praksis en detaljeret vurdering af den konkrete sag. Denne omstændighed blev således udfaldsgivende i SKM2001.315.TSS. I dette tilfælde var problemstillingen, hvorvidt der var grundlag for succession på aktionærsiden eller ej.

Det nærmere sagsforhold var som følger:

Et teleselskab hjemhørende i Mexico gennemfører en transaktion, som tilnærmelsesvis kan sammenlignes med en grenspaltning efter danske forhold. Kernen i omstruktureringen kan videre baseres på FUL § 15 b, stk. 1. Det vil sige, at et udenlandsk selskab spaltes, og selskabet har ikke aktiver og passiver tilknyttet et fast driftssted eller en fast ejendom i Danmark. Der er således jævnfør ovenstående kun grundlag for at behandle problemstillingen omkring succession for danske aktionærer i det indskydende mexicanske selskab.

Som det står anført i afgørelsen fra SKAT, er det centrale i vurderingen af denne sag, at ” *spaltning af et udenlandsk selskab skal den udenlandske spaltning gennemføres på samme måde som en tilsvarende dansk spaltning, eller i hvert fald have så mange lighedspunkter med en dansk spaltning efter fusionsskattelovens regler, at den kan sidestilles hermed*¹⁴² ”. Deri er grundsætningen i Fusionsdirektivets artikel 11 stk. 1, litra a samt øvrige materielle krav indeholdt.

Ved SKAT's gennemgang af den konkrete sag skulle det således vise sig, at grenkravet blev den afgørende faktor. Den ”gren”, som blev udspaltet af det indskydende selskab, viste sig udelukkende at bestå af aktier. Da aktiebesiddelse efter fast dansk praksis i langt de fleste tilfælde anses for pas-

¹⁴² SKM2001.315.TSS

siv virksomhed og derfor ikke opfylder kriterierne for, at der er tale om en egentlig gren af en virksomhed.

Da det ikke var muligt for ansøger at fremskaffe den nødvendige dokumentation for, at grenkravet var overholdt, kunne SKAT ikke give tilladelse til succession i vederlagsaktierne for de danske aktionærer i det indskydende selskab efter FUL § 15 b, stk. 6.

Til trods for at der i ovenstående sag ikke var indblandet danske selskaber, understreges grundigheden i undersøgelsen af den konkrete sag ved fast dansk praksis. Der er således ikke tegn på, at der bliver taget let på enkelte forhold, selvom der ikke var danske selskaber indblandet. Det kan således konkluderes, at overholdes ordlyden i FUL § 15 b, stk. 2 ikke, og transaktionen ikke er i lighed med måden, hvorpå en lignende spaltning ville være gennemført i Danmark, er der ikke grundlag for opnåelse af tilladelse til succession, og anvendelsen af FUL § 15 b, stk. 6 vil deraf rent praktisk være væsentligt begrænset.

Det henleder opmærksomheden på, at dansk praksis er særdeles formalitets orienteret i vurderingen af processen i udenlandsk praksis. Det er derved ikke nok, at omstruktureringerne i udenlandske selskaber med forbindelse til danske aktionærer ender med en situation, som vil svare til den situation, som ville være opnået ved gennemførelse efter danske retningslinier. Det er i særdeleshed væsentligt, hvordan processen frem mod "målet" har været. Dette forhold understreges af afgørelsen i SKM.2001.510.TSS, hvor det var de interne transaktioner i omstruktureringen, der af SKAT vurderedes til at være af en sådan art, at de ikke kunne sidestilles med den transaktion, som er kendetegnet ved en spaltning efter danske regler¹⁴³. Dette afslag blev gjort gældende på trods af, at det endelige resultat af omstruktureringen var stort set identisk med det, der ville være opnået ved spaltning efter danske regler.

Der kan ud af ovenstående udledes, at der ved hidtidig dansk praksis har været meget begrænsede muligheder for at opnå succession for danske aktionærer, som ejer aktier i udenlandske selskaber. Dette kan hovedsageligt begrundes jævnfør ovenstående ved, at de vurderinger praksis bliver grundlagt på, er meget formelt fokuseret i forhold til processen mod målet frem for, hvad der faktisk opnås ved transaktionen.

Som det fremgår af nedenstående citat, havde det sandsynligvis været et andet billede, hvis spaltningen foregår indenfor EU. Det skyldes dels, at medlemslandene her har Fusionsdirektivet 90/434

¹⁴³ Kilde: Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 352-253

EF/EØF at gå ud fra, samt at det generelt via før nævnte Fusionsdirektiv tilskyndes, at aktionærer har samme muligheder for at drive erhvervsvirksomhed i et andet EU land, som denne ville have i sit eget hjemland jf. ” *Som generaladvokaten har anført i punkt 30 i forslaget til afgørelse, omfatter anvendelsesområdet for etableringsfriheden enhver foranstaltning, som muliggør, eller blot letter, adgangen til en anden medlemsstat end etableringsmedlemsstaten og udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed i denne stat, hvorved de berørte erhvervsdrivende får mulighed for reelt at deltage i denne medlemsstats erhvervsliv på samme betingelser som dem, der gælder for indenlandske erhvervsdrivende.*¹⁴⁴ ”.

12.3.3. Dansk praksis med tilladelse i forhold til EU-praksis

Med udgangspunkt i dansk praksis omkring tilladelse til skattefri ophørs- og grenspaltning er det væsentligt at fremhæve centrale problemstillinger i forhold til EU-praksis.

Det er jævnfør ovenstående almindelig brug, at der i dansk praksis fastsættes et vilkår omkring 3 års ejertid eller 3 års fastholdelse af den med spaltningen opnåede selskabsstruktur. Det kan imidlertid diskuteres i forhold til EU-praksis, hvorvidt et sådant krav er i overensstemmelse med grundfortolkningen af Fusionsdirektivet 90/434 EØF. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at EF-domstolen ved nyere praksis i højere grad baserer vurderingen af, hvorvidt en skattefri omstrukturering kan anses for forretningsmæssigt begrundet på tidspunktet for gennemførelsen af denne fremfor, at ligge længere varende argumenter til grund. At der ved EF-domstolen tilsigtes en mere konkret opdeling af hvilke elementer, som skal henregnes i selve vurderingen af, om retningslinierne i Fusionsdirektivets artikel 11 stk. 1, litra a er opfyldt på omstruktureringstidspunktet, og hvilke der må anses for at være sagen uvedkommende, henledes opmærksomheden på at EF-domstolen laver en skarp opdeling af hvilke transaktioner, som ubetinget er den del af omstruktureringen, og hvilke der ikke er jævnfør C-321/05 Hans Markus Kofoed præmis 31. Herved skal det fremhæves, at en pengeydelse ikke kan henses at være en del af den skattefrie omstrukturering ” *alene ud på grund af en vis tidsmæssig eller anden form for forbindelse med erhvervelsen eller en eventuel svigagtig hensigt* ”. Hovedessensen i den konkrete sag var som behandlet under ovenstående afsnit om aktieombytning at klarlægge problemstillingen omkring omkvalificering af udbytte til en kontant udligningssum. Det anses dog for relevant at fremhæve det tidsmæssige perspektiv i problemstillingen.

144 Kilde: sag C-411/03 - SEVIC Systems AG præmis nr. 18

Herved gør EF-domstolen det klart, at på trods af at pengeoverførslen foretages meget hurtigt efter omstruktureringen, anses denne ikke for at være en del af omstruktureringen.

Det er således væsentligt at diskutere det faktum, at dansk praksis i gentagne tilfælde har tillagt efterfølgende hensigter eller reelle transaktioner til grund for et afslag til eksempelvis skattefri spaltning i et tidsrum på op til 3 år.

Der er ingen tvivl om, at årsagen til den hyppige brug af 3 års vilkåret i dansk praksis grunder i et ønske om at minimere mulighederne for skatteunddragelse og skatteundgåelse. Der er heller ingen tvivl om, at fastsættelsen af vilkåret er lovligt i forhold til Fusionsdirektivet 90/434 EØF artikel 11 stk. 1, litra a, men opmærksomheden bør i visse tilfælde henledes på opfyldelsen af før nævnte artikel på spaltningstidspunktet frem for efterfølgende eventuelle hensigter og muligheder.

Det kunne i forbindelse med denne diskussion være relevant at overveje, hvorvidt bestemmelsen omkring ejertidskravet på 3 år for at opnå adgang til skattefrit salg, hvis aktionæren er et selskab, kunne afskaffes. En afskaffelse ville spare SKAT for mange vurderinger og fastsættelser af vilkår i forbindelse med skattefrie omstruktureringer.

Derudover anses en afskaffelse af reglen ikke for et problem i forhold til at opretholde muligheden for at gennemføre skattefrie omstruktureringer. Det vil ligeledes medføre en væsentlig administrativ lempelse, hvis reglerne for beskatning ved selskabers afståelse af aktier blev tilnærmet reglerne for beskatning ved personers afståelse af aktier.

Afskaffes 3 års reglen omkring ejertid kontra adgang til skattefrit salg af aktier for selskaber, vil der ligeledes være mulighed for at gøre elementer i de nye bestemmelser omkring skattefri spaltning uden tilladelse mindre komplekse. Herved henledes opmærksomheden specielt på bestemmelsen i FUL § 15 a, stk. 1, 6. pkt. Det vil således være underordnet, om én eller flere af disse selskabsdeltagere har været selskabsdeltager i mindre end 3 år. Resultatet af en sådan situation vil nok nærmere gå på, om de 3 år er en rimelig grænse, eller denne bør tilnærmes 12 måneders grænsen, som er gældende i forhold til udlodning af skattefrit udbytte til selskabsaktionærer med en ejerandel over 15 %.

12.3.4 Det nye spor i dansk lovgivning

Som det fremgår af ovenstående teoriafsnit vedrørende spaltning, er der ved lov nr. 343 af 18. april 2007 indført regler i Fusionslovens §§ 15 a og b omkring gennemførelse af skattefri spaltning uden forudgående tilladelse.

Praktisk set havde det været mere tilgængeligt, hvis de nyligt tilskrevne regler var indskrevet i en særskilt paragraf, som det er tilfældet ved aktieombytning¹⁴⁵.

Oprettelsen af dette danske spor, som fungerer sideløbende med det ”gamle” tilladelsesregler, kan umiddelbart virke som en tilnærmelse til EU's Fusionsdirektiv 90/434 EØF. Dette begrundes umiddelbart ved, at adgangen til benyttelse af reglerne i FUL samt ABL § 36 A bliver mere tilgængelig for selskaberne. Herved tænkes specielt på hele den oprindelige procedure omkring formulering af hensigten med og baggrunden for ønsket om gennemførelsen af en skattefri spaltning.

Dette forhold skal dog ikke ses som en lempelse omkring opfyldelse af Fusionsdirektivets krav, men mere som en overførsel af fokus fra at fremsætte argumenter til at overbevise SKAT om opnåelse af en tilladelse til fokus på reel overholdelse af materielle, objektive og subjektive forhold. Dette ansvar vurderes således i højere grad at være placeret hos rådgiveren ved gennemførelse af en skattefri spaltning uden tilladelse.

12.3.5 Væsentlige værnsregler i forhold til EU's Fusionsdirektiv

En er de i særdeleshed væsentlige og bemærkelsesværdige værnsregler, det nye regelsæt opstiller i forhold til skattefrispaltning uden tilladelse, er bestemmelsen i FUL § 15 a stk. 1, 8. pkt. ”4. pkt. *finder heller ikke anvendelse, hvis en selskabsdeltager, der er hjemmehørende i udlandet, har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab.*”. Der er hersker ingen tvivl om, at hensigten med denne afgrænsning er, at Danmark skal bevare beskatningsretten af en eventuel avance ved salg inden 3 års ejertid.

Bestemmelsen er dog formuleret på en måde, så det sker en fuldstændig udelukkelse for at anvende reglerne for skattefri spaltning uden tilladelse, hvis retningslinierne i denne formulering opfyldes af de implicerede selskaber. Denne formulering må dog anses for at virke diskriminerende overfor udenlandske selskaber med bestemmende indflydelse i et dansk selskab.

¹⁴⁵ Inspireret af Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 390

Det bemærkes herved, at fortolkningen af EU's Fusionsdirektiv 90/434 EØF nærmere understreger, at der skal være lige adgang for selskaber, som er hjemmørende i en EU medlemsstat til at opnå adgang til skattefri omstrukturering som for nationale selskaber jævnfør Fusionsdirektivets artikel 8 stk. 1 samt C-321/05 Hans Markus Kofoed præmis nr. 3 – Fællesskabsbestemmelser.

Det må således formodes, at Skatteministeriet kunne have opnået samme virkning med en "blødere" formulering end et direkte forbud mod benyttelse af reglerne om skattefri spaltning uden tilladelse¹⁴⁶.

Dansk praksis omkring skattefrie spaltninger uden tilladelse er stadig begrænset, da muligheden først blev indført ved lov nr. 343 af 18. april 2007 samt L 110 A.

12.3.5.1 SKM2007.818.SR

Der er dog behandlet en enkelt af de opstillede værnsregler i FUL § 15 a, stk. 1. Det drejer sig i denne forbindelse om værnsreglen under 6. pkt. Problemstillingen i anmodningen om bindende svar offentliggjort ved SKM2007.818.SR bunder således i fortolkningen af, hvorvidt en selskabsdeltager skal have ejet samtlige aktier eller anparter i det indskydende selskab i mere end 3 år for at have adgang til at benytte reglerne for gennemførelse af en skattefri spaltning uden tilladelse. SKAT besvarer problemstillingen ved, at der ikke ses grundlag for at kræve ejerskab af *samtlig*e aktier eller anparter i mere end 3 år. I det aktuelle tilfælde havde de 3 vedrørte anpartshavere alle ejet over 94 % af anparterne i mere end 3 år. Der opstilles ikke noget minimum for, hvor mange procent af den enkelte anpartshavers anparter som skal være ejet i mere end 3 år. Det gør fra SKAT's side blot klart, at der forelægger krav om, at den enkelte skal have været selskabsdeltager i mere end 3 år.

Dette krav kunne alle 4 anpartshavere leve op til, hvorfor spørgsmålet også er besvaret bekræftende fra SKAT.

12.4 Tilførsel af aktiver

Tilførsel af aktiver adskiller sig som bekendt fra henholdsvis aktieombytning og spaltning ved, at det ikke er selskabsdeltagerne, som vederlægges, men selskabet som tilfører en aktivitet til et datterselskab. Derfor er det også andre begreber og problemstillinger, som danner grundlag for praksis på

¹⁴⁶ Inspireret af Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 398 samt artiklen: "Udbytte er udbytte – og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til at være f.eks. en kontant udligningssum af Ph.d – stipendiat, Cand.merc.jur. Thomas Rønfeldt og professor, dr. Jur. Erik Werlauff, begge Aalborg Universitet.

området. Der er dog grundlæggende elementer, som ligeledes skal vær opfyldt for at opnå tilladelse til at gennemføre en tilførsel af aktiver.

Eksempelvis omkring det forhold, at tilførslen skal være forretningsmæssigt begrundet, og hensigten ikke hovedsageligt må baseres på skatteundgåelse og skatteunddragelse. For en nærmere gennemgang af grundprincipperne i begrebet "*forretningsmæssigt*" henvises herved til afsnit 12.2.1.1. Her behandles hensynet til økonomiske forsvarlige betragtninger indgående. De i ovennævnte afsnit væsentlige betragtninger er således også gældende for tilførsel af aktiver jævnfør EU's Fusionsdirektiv artikel 11.

Der er dog en tendens til en smule lempeligere praksis, når det gælder opnåelse af tilladelse til tilførsel af aktiver end til aktieombytning. Dette kan eventuelt begrundes med, at der i praksis let kan opstå en negativ anskaffelsessum for aktierne i datterselskabet, som aktiviteten er tilført ved skattefri tilførsel af aktiver¹⁴⁷. Denne situation vil medføre, at der uanset, om der bliver tale om salg til tredjemand eller udstedende selskab, vil ske beskatning, hvis salget foretages indenfor 3 år. Forskellen ligger i, at ved en aktieombytning modtager holdingselskabet aktierne i datterselskabet til handelsværdi på ombytningstidspunktet, hvor der ved skattefri tilførsel af aktiver succederes i den skattemæssige værdi for aktiviteten. Ved skattefri aktieombytning er der således allerede på ombytningstidspunktet indregnet en eventuel fortjeneste ved salg af aktierne. Derfor ses det nødvendigt fra SKAT's side at værne om beskatningsretten til denne. Ved skattefri tilførsel af aktiver er adgangen til beskatning inden for 3 år efter tilførslen mere lige til, da den skattemæssige fortjeneste uanset køber / sælger forholdet vil realisere en eventuel gevinst og dermed beskatning.

På trods af en generel lempeligere praksis for opnåelse af tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver i forhold til skattefri aktieombytning er der dog problemstillinger og begreber, som er væsentlige at forholde sig til fra ansøgers side jævnfør fast praksis. Herved henledes opmærksomheden ligeledes på FUL § 15 c, som omhandler de materielle krav.

12.4.1 En samlet virksomhed eller en gren af en virksomhed

Det er ikke muligt via dansk praksis at udlede en endegyldig definition på, hvornår der er tale om en egentlig virksomhed eller en gren af en virksomhed. Overordnet må det dog udledes, at en indgående vurdering er nødvendig i de enkelte tilfælde. I forbindelse med en sådan vurdering er det statueret i praksis, at det er de materielle forhold, der er afgørende. En tilladelse er således ikke sikker

¹⁴⁷ Kilde: Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 266

blot fordi de mere formelle forhold er overholdt omkring transaktionen skattefri tilførsel af aktiver. Efter praksis er der faktorer, som markant taler for, at der er tale om en selvstændig virksomhed. Disse kunne eksempelvis være som følger: Selvstændig adresse, særskilt bogholderi, og eventuel særskilt ledelse. Det er dog ikke en generel nødvendighed, at et eller flere af ovenstående forhold kan efterleves i forbindelse med vurderingen af, om der reelt er tale om en selvstændig virksomhed / gren af en virksomhed.

Der er situationer, hvor en konkret vurdering er mere nødvendig end andre. Herved vil der i de fleste tilfælde være stor forskel på, om alle det indskydende selskabs aktiver tilføres, eller der reelt er tale om at en gren af virksomheden udskilles.

Er der tale om, at alle aktiver og passiver i et selskab overføres, lettes vurderingen væsentligt, da det blot er relevant at konstatere, om selskabet hidtil har fungeret for egne midler og været selvstændig set ud fra et organisationsmæssigt synspunkt.

Når der sker en reel udskillelse af en aktivitet, stilles der således større krav til den faktiske vurdering. Dette skyldes, at der ikke foreligger noget bevis for, at "grenen" an fungere selvstændigt for egne midler og med egen selvstændig organisation FUL § 15 c, stk. 2, 2. pkt¹⁴⁸.

12.4.2 Fordeling af aktiver og passiver

Netop udskillelsen af en gren af en virksomhed henleder uvilkårligt opmærksomheden på spørgsmålet om, hvilke aktiver og forpligtelser som rent faktisk må anses for at tilhøre den tilførte gren. I denne forbindelse kan ud af praksis overordnet udledes, at aktiver og forpligtelser, som må anses for naturligt tilhørende den udskilte gren, skal følge grenen.

12.4.2.1 TfS 2000.616 LR

Jævnfør fast dansk praksis, er der dannet en trend for, at de aktiver og passiver, som skal følge grenen vurderes ud fra et organisatorisk synspunkt. Der er således ikke praksis for, at børsnoterede aktier må anses for at være organisatorisk forbundet til en virksomheds gren. Netop denne problemstilling er dog behandlet i TfS 2000.616 LR – Et forsikringsselskab ønskede af driftsmæssige hensyn at opnå en struktur, hvor det hidtidige moderselskab fik status af holdingselskab. I denne forbindelse var det nødvendigt at opdele driften. Aktiverne i forsikringsselskabet bestod hovedsageligt af børsnoterede aktier, datterselskabsaktier og fordringer. Med relation til forsikringslovgivningen

¹⁴⁸ Kilde: LVL selskaber og aktionærer, S.D.3.2 – Gren af en virksomhed, afsnit: Departementets praksisstramning samt TfS1996.899.DEP

anses aktier og fordringer ligesom obligationer for investeringsaktiver. Da FUL § 15 c lægger op til, at obligationer kan fordeles efter ansøgers ønsker mellem indskydende og modtagende selskab, samt at der i disse aktiver var stillet sikkerhed i henhold til forsikringslovgivningen, gav ligningsrådet tilladelse til at ovennævnte aktiver fulgte den udskilte gren og gennemførelse af en skattefri tilførsel af aktiver.

Afgørelsen fra Ligningsrådet var således lodret modsat normal praksis på området. Det blev dog fastslået, at der ikke var tale om en generel praksisændring.

Om der var tale om en praksisændring eller ej, er dog ikke det væsentligste spørgsmål i denne forbindelse. Hovedproblemstillingen ligger derimod i det forhold, at Ligningsrådet har tolket fusions-skattelovens bestemmelser modstridende i forhold til EU's Fusionsdirektiv. Denne "lejlighedsvis" ændrede fortolkning kan stride mod grundtanken i Fusionsdirektivet omkring undgåelse af forskelsbehandling og deraf konkurrence forvridning af medlemsstatens selskaber imellem. Problemstillingen er således direkte tolket i C-28/95 A. Leur-Bloem præmis nr. 32, hvoraf det fremgår: "*Saaframt den i national ret valgte regulering af rent interne forhold er tilpasset fællesskabsretten, bl.a. for at undgå forskelsbehandling af statens egne statsborgere, eller, som i hovedsagen, for at undgå konkurrencefordrejninger, er det afgjort i Fællesskabets interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra fællesskabsretten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes, saaledes at senere fortolkningsuoversensstemmelser undgaas (jf. i denne retning Dzodzi-dommen, præmis 37 ¹⁴⁹)*".

Ovenstående afgørelse fra Ligningsrådet bringer således spørgsmålet op om, hvorvidt selskaber selv kan vælge hvilke aktiver, der bør følge en tilført gren, udelukkende ved henvisning til definitioner anden dansk lovgivning og en ellers saglig begrundelse herfor. Som det fremgår af ovenstående, er dette ikke umiddelbart hensigten med Fusionsdirektivet og EF-domstolen. Derfor må der stilles spørgsmålstegn ved, om praksis i denne sag reelt er modstridende fusionsskatteloven, som er grundlaget for implementeringen af Fusionsdirektivet i dansk lovgivning¹⁵⁰.

12.4.2.2 C-43/00 EF Andersen og Jensen ApS

Det er dog ikke kun på aktivsiden, at dansk praksis og national lovgivning er prøvet i forhold til EU's Fusionsdirektiv. Der er således i TfS og senere C-43/00 EF Andersen og Jensen ApS af 15. januar 2002, taget stilling til, hvorvidt det er muligt at adskille et låneprovenu fra passivposten ved tilførsel af passivposten til et datterselskab.

¹⁴⁹ Kilde: EUR-Lex-61995J0028 – DA præmis nr. 32

¹⁵⁰ Inspireret af Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 278

Sagen drejede sig i hovedtræk om et selskab, som drev engros salg af sportstøj, tilførte hele virksomheden til et datterselskab med undtagelse af en mindre aktiepost i et tredje selskab. Inden den skattefrie tilførsel skulle gennemføres, optog indskydende selskab et lån på 10 mio.. Provenuet skulle efter ansøgers planer blive i det indskydende selskab, hvorimod passivposten skulle tilføres sammen med øvrige aktiver og passiver til det underlæggende datterselskab.

Årsagen til at kun passivposten skulle tilføres datterselskabet var ifølge ansøger, at man ønskede at nedbringe egenkapitalen i datterselskabet og dermed lette adgangen til generationsskifte.

Ligningsrådet fastsatte ved skrivelse af 6. juni 1996, at en sådan skattefri tilførsel udelukkende kunne gennemføres på følgende vilkår¹⁵¹:

1. *Låneprovenuet med tilhørende gældforpligtelse skulle enten forblive samlet i det indskydende selskab eller overføres til det modtagende selskab.*
2. *Der måtte ikke fra det indskydende selskab, de personlige hovedaktionærer eller tredjemand i øvrigt være ydet sikkerhed i form af kaution, pant, indestående eller lignende til fordel for det modtagende selskab.*

Disse vilkår skulle senere vise sig at stemme overens med den fortolkning, EF-domstolen foretog af Fusionsdirektivet i C-43/00 EF Andersen og Jensen ApS af 15. januar 2002 – præjudicielle spørgsmål vedrørende samme.

Her blev således lagt vægt på, at der i henhold til Fusionsdirektivets artikel 2, litra c og i ikke var tale om, at hele virksomheden blev tilført det underlæggende datterselskab, hvorfor det er bestemmelserne omkring tilførsel af en gren af en virksomhed, der ligger til grund for afgørelsen. Det sluttes dog af Generaladvokat Antonio Tizzano i forslag til afgørelse af 11. september 2001 præmis nr. 23, at kravet om at modtagende selskab skal kunne fungere for egne midler ikke ville være anderledes, hvis der reelt havde været tale om tilførsel af alle virksomhedens aktiver og passiver.

Det må dermed udledes af EF-domstolens afgørelse, at der uanset om der er tale om tilførsel af en gren af en virksomhed eller alle virksomhedens aktiver og passiver, bliver lagt stor vægt på, om det modtagende selskab kan fungere for egne midler og udgøre en selvstændig økonomisk og organisatorisk enhed. I denne forbindelse er det således nødvendigt at vurdere evnen til at opnå kredit fra tredje mand. Kan en kreditfacilitet udelukkende opnås via kaution fra aktionærer eller indskydende

¹⁵¹ Kilde: Forslag til afgørelse fra generaladvokat Antonio Tizzano af 11. september 2001 præmis nr. 10

selskab, vil dette i vid udstrækning bidrage til tvivlen om, hvorvidt modtagende selskab kan opfylde bestemmelsen i Fusionsdirektivets artikel 2 litra i.

I tilknytning til ovenstående problemstilling omkring adskillelse af låneprovenu og gældsforpligtelse er det relevant at behandle det tidsmæssige perspektiv og hensigten bag låneoptagelsen¹⁵². Hensigten kan i sagens natur variere meget. Lånet kan være optaget i det indskydende selskab med henblik på at finansiere en fremtidig drifts- eller investerings aktivitet. Samtidig kan hensigten også baseres på generationsskifte overvejelser, som det var tilfældet i ovenstående sag om Andersen og Jensen ApS. Der er jævnfør både dansk og EU praksis ikke umiddelbart grundlag for at adskille gældsforpligtelse og provenu, men det er dog ikke fra EF-domstolen eller dansk praksis udtrykt tydeligt, hvor længe et provenu anses for at være et uadskilleligt provenu. I praksis vil et sådant provenu ofte blive investeret eksempelvis i driftsmateriel eller andet udstyr, som ved en opdeling af driften i indskydende selskab vil skulle følge en anden gren, end det vil være naturligt for selve gældsforpligtelsen. Denne tvist er dog udlagt til de nationale domstole, da EF-domstolen kun fortolker i henhold til Fusionsdirektivet C-43/00 EF Andersen og Jensen ApS af 15. januar 2002 præmis nr. 38.

12.4.3 Vederlaget

Da transaktionen tilførsel af aktiver har en væsentlig anderledes karakter end spaltning og aktieombytning omkring det organisatoriske i, at det er indskydende selskab, der vederlægges og ikke aktionærerne, er det således væsentligt, at der er klar praksis omkring vederlaget. Den umiddelbare vurdering af, om vederlaget udelukkende omfatter aktier eller anparter, som det kræves for at tilførselen af aktiver kan gennemføres skattefrit efter FUL § 15 c, kan synes at være ret enkel. Det er dog ikke tilfældet i praksis, da der er tradition for at udvide tidsrummet for opregning af vederlag til også at omfatte perioden efter tilførslen.

Det er således afprøvet ved Ligningsrådet i TfS 1997.661 LR, at der ved en tilførsel skulle oprettes en mellemregning mellem det modtagende og indskydende selskab. Denne mellemregning opstod som forskellen på de tilførte aktiver og passiver, når der var afsat en lovpligtig selskabskapital på kr. 500.000. Mellemregning vil dermed i realiteten kunne sidestilles med fri egenkapital i modtagende selskab. Mellemregningen skulle efter rådgiveres plan forrentes og afdrages til indskydende

¹⁵² Inspireret af Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 292

selskab i takt med, at modtagende selskab ville få mulighed herfor. Ligningsrådet gav tilladelse til tilførslen med det vilkår, at mellemregningen skulle udgå af åbningsbalancen.

Ligningsrådet anså dermed etableringen af mellemregningen og den efterfølgende forrentning som kontantvederlag. Ved at slette mellemregningen opnås dermed en højere anskaffelsessum for aktierne i datterselskabet, og vederlaget kan anses for udelukkende at bestå af aktier.

Det er reelt uden betydning, at en ved tilførslen oprettet mellemregning indfries umiddelbart efter, tilførslen er sket. Jævnfør TfS 1998 599 LR¹⁵³, hvor det var det tidsmæssige aspekt ved, at indfrielsen var afhængig af en opprioritering af tilførte ejendomme.

Det kan udledes af ovenstående, at dansk praksis i overensstemmelse med EU praksis kører en linie, hvor der helt enkelt ikke tillades nogen form for kontantvederlæggelse i forbindelse med tilførsel af aktiver i henhold til Fusionsdirektivets artikel 2, litra c samt FUL § 15 c, stk. 2, 1. pkt.

12.4.4 Udlodning versus kontantvederlæggelse

Jævnfør ovenstående problemstilling om kvalificering af kontantvederlag har dette forhold været grundlag for en del praksisdannelse. Grundet SKAT's tradition for stor opmærksomhed omkring hvad der udloddes fra det modtagende selskab til indskydende selskab, har dette forhold således stor væsentlighed i forhold til vurdering af, hvorvidt dansk praksis følger EU's praksis og fortolkning på området.

12.4.4.1 TfS 2005 237 LSR

Dansk praksis statuerede endnu et eksempel på omkvalificering af udbytte til kontantvederlag i TfS 2005 237 LSR. I denne sag blev der udloddet et udbytte efter gældende selskabsretlige regler på godt kr. 19 mio. på grundlag af første års resultat, som kun lød på godt kr. 1,8 mio.

Hertil melder der sig 2 problemstillinger. Den ene er, hvorvidt der er grundlag for omkvalificering af udbytte til kontant vederlag. Den anden bygger på, hvorvidt de udloddede midler reelt må henses at tilhøre det modtagende selskab ud fra en økonomisk og organisatorisk sammenhæng¹⁵⁴.

SKAT tilbagekaldte efterfølgende tilladelsen til skattefri tilførsel af aktiver. Vægtes de to ovenstående problemstillinger i forhold til hinanden, må det udledes, at en tilbagekaldelse af tilladelsen må baseres på, at der er tale om midler, som i henhold til økonomiske og organisatoriske forhold, kan anses for at skulle indeholdes i det modtagende selskab.

¹⁵³ Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 310

¹⁵⁴ Generationsskifte af Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen side 312

Der er jævnfør C-321/05 Hans Markus Kofoed og subsidiær tolkning af Fusionsdirektivets artikel 2, litra d ikke nogen umiddelbar hjemmel for at omkvalificere udloddet udbytte til kontantvederlag. SKAT har således taget bekræftende til genmæle i netop dette forhold ved SKM2007.843.DEP. Der må således forventes en praksis drejning i dansk praksis som følge af, at der ikke er grundlag for en sådan omkvalificering.

Det henses derfor at være hensigtsmæssigt for ovenstående sag, at det kun er SKAT's argument for, at det efterfølgende udloddede beløb ikke er hensigtsmæssigt i forhold til, at likviderne anses som værende en del af det modtagende selskab ud fra økonomiske og organisatoriske vilkår¹⁵⁵. Omkvalificeringen anses dermed ikke for at udgøre et reelt argument for tilbagetrækning af tilladelsen i TfS 2005 237 LSR.

12.4.5 Dansk praksis med tilladelse i forhold til EU-praksis

Opsummerende på hidtidig dansk praksis i forhold til EF-domstolens tolkning af Fusionsdirektivet omkring tilførsel af aktiver kan det udledes, at dansk praksis på langt de fleste områder fortolker fusionsskatteloven i overensstemmelse med Fusionsdirektivet. Der er dog jævnfør ovenstående grundlag for en praksisændring omkring omkvalificering af efterfølgende udlodninger. Herved henses til, at SKAT allerede på nuværende tidspunkt har taget bekræftende til genmæle i SKM2007.843.DEP.

12.4.6 Det nye spor i dansk lovgivning – ikke krav om tilladelse

I lighed med aktieombytning og spaltning er der ved lov nr. 343 af 18. april 2007 indført mulighed for at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver uden forudgående tilladelse fra SKAT.

Overvejende er kravene vedrørende skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse de samme, som hvis en tilladelse søges. Der er dog et grundlæggende element, som kommer til at præge det praktiske arbejde omkring denne transaktion. Der stilles i lighed med aktieombytning og spaltning ikke krav om, at der skal sammensættes en forretningsmæssig begrundelse. Det er dog hensigten, at øvrige krav, som er indskrevet i FUL § 15 c og d skal medføre, at transaktionen alligevel kun gennemføres, hvis der er en klar forretningsmæssig begrundelse jævnfør Fusionsdirektivets artikel 11 stk. 1, litra a og artikel 2 litra i.

¹⁵⁵ Der henvises herved til nærmere behandling af omkvalificerings problematikken under aktieombytning - afsnittet: "Omkvalificering af udlodninger ved skattefrie omstruktureringer".

Det er væsentligt i forhold til dette nye danske spor at fremhæve, at problemstillingen omkring efterfølgende udlodning af store summer til indskydende selskab er elimineret ved indførslen af FUL § 15 d, stk. 8. Denne regulering medfører således, at der ikke kan udloddes et højere udbytte de første 3 år, end det der svarer til modtagende selskabs ordinære resultat. Problematikken omkring omkvalificering i henhold til hidtidig praksis er ikke løst ved denne regulering, men den må anses at være mindre væsentlig, da der ved anvendelse af det nye danske spor ikke vil forekomme udlodninger, som kan have præg af at omgå reglerne for kontantvederlag. Opmærksomheden må i denne forbindelse henledes på afgørelsen af C-321/05 Hans Markus Kofoed og SKAT's bekræftende genmæle i SKM2007.843.DEP.

Overordnet må reglerne i det nye danske spor anses for at pålægge rådgiver et større ansvar end hidtil. Det er således op til rådgiver at sikre sig, at alle forhold er i overensstemmelse med fusions-skatteloven og ikke mindst Fusionsdirektivets artikel 2, litra c og i samt artikel 11 stk. 1, litra a. Det skal dog i denne forbindelse indskræpes, at der stadig er mulighed for at søge bindende svar i tvivls-tilfælde.

13. Konklusion

Med udgangspunkt i en detaljeret gennemgang af teorien for de tre udvalgte omstruktureringsmodeller og EU's Fusionsdirektiv har det været muligt at analysere dansk praksis og teori i forhold til EU praksis og Fusionsdirektivet. Som følge af analysen af udvalgte begreber og områder indenfor de danske modeller, samt sammenligning af de væsentligste forhold med tolkningen af Fusionsdirektivet, har det vist sig, at der på enkelt områder er væsentlige elementer, som i dansk praksis ikke fortolkes, som det er hensigten efter EU's fusionsdirektiv.

Disse forhold vil i nedenstående blive fremhævet og behandlet.

Vedrørende aktieombytning er der to helt centrale forskelle mellem henholdsvis dansk praksis og EU praksis samt dansk lovgivning og EU's Fusionsdirektiv.

Det skal herved fremhæves, at dommen C-321/05 fra EF-domstolen har berørt et ellers meget fast princip i dansk praksis. EF-domstolen fastslog således ved dom, at en pengeydelse, der udbetales til selskabsdeltagerne som udbytte, ikke kan omkvalificeres som værende en kontant udligningssum. Dansk praksis har således hidtil baseret denne omkvalificering på et tidsmæssigt perspektiv. Der har således i dansk praksis ikke været fastlagt et egentligt princip for, hvornår der skal ske omkvalificering eller ej. Dette har fra gang til gang været baseret på en subjektiv vurdering i forhold til den enkelte sag.

Efterfølgende er det fastlagt fra EF-domstolen i ovennævnte dom, at der ikke uden videre kan ske omkvalificering af eksempelvis udbytte, som eventuelt udloddes kort tid efter en skattefri aktieombytning er gennemført. Det er således fastlagt, at vurderingen skal baseres på, om en eventuel pengeydelse har karakter af at være bindende aftalt som modydelse for de indskudte aktier eller anparter. Hidtidig dansk praksis, som subjektivt var baseret på en tidsmæssig faktor eller en beløbsmæssig faktor, må dermed siges at være en fejlfortolkning af EU's fusionsdirektiv.

Ydermere fastlagde EF-domstolen, at EU-direktiver ikke direkte kan danne hjemmel over for borgerne i en medlemsstat, hvorfor det er nødvendigt for at kunne støtte ret i henhold til direktivet, at den enkelte artikel er implementeret i dansk lovgivning. Der var således ikke retligt grundlag til at trække tilladelsen tilbage i den pågældende sag.

Overordnet kan det således konkluderes, at skattemyndighedernes hidtidige praksis er undermineret af EF-domstolen via C-321/05 Hans Markus Kofoed.

Der er pr. 29. november 2007¹⁵⁶ fra SKAT's side taget bekræftende til genmæle, og det må formodes, at der vil ske en hurtig implementering af Fusionsdirektivets artikel 11 i dansk skatteret.

Den identificerede forskel på dansk lovgivning og Fusionsdirektivet vedrørende aktieombytning, tager udgangspunkt i det nyligt indførte danske spor, hvor der i ABL § 36 stk. 10 er indføjet en værnsregel, som afskærer et udenlandsk selskab med bestemmende indflydelse over det erhvervende selskab, og samtidig ikke har ejet sine aktier i over 3 år, ombytter aktierne med aktier i et selskab, der er hjemmehørende i udlandet.

I forsøget på at bevare beskatningsretten er der vedtaget en regel, som diskriminerer selskaber i en anden EU medlemsstat i forhold til danske selskaber.

Det må herved konkluderes, at denne værnsregel er i strid med grundlæggende principper i EU's fusionsdirektiv om lighed og konkurrencemæssigt neutrale skatteregler vedrørende skattefrie omstruktureringer og etableringsfriheden.

På spaltningområdet har dansk skattelovgivning været på forkant med udviklingen ved tidlig indarbejdning af grenspaltning samt ophævelse af prorata-reglen og fjernelse af grænsen for kontantvederlæggelse. Ligeledes har den danske fortolkning af principperne for henholdsvis ophørs- og grenspaltning i overvejende grad været i overensstemmelse med EF-domstolens behandling af principperne for spaltning.

Der er dog i forbindelse med vedtagelsen af det nye danske spor indført et element, som enten er eller grænser til at være fællesskabsstridigt. Det drejer sig om værnsreglen i FUL § 15 a, stk. 1, 8. pkt., hvor en selskabsdeltager, som er hjemmehørende i udlandet og har bestemmende indflydelse i det spaltede selskab, afskæres fra at gennemføre spaltningen skattefrit uden tilladelse.

Denne bestemmelse må på linie med ovenstående ABL § 36 stk. 10 anses for at diskriminere udenlandske selskabsdeltagere / selskaber i forhold til danske. Værnsreglen konkluderes således at i nogen grad at være fællesskabsstridig jævnfør ovenstående begrundelse.

Med hensyn til modellen for tilførsel af aktiver er der ikke identificeret forhold udover ovenstående vedrørende omkvalificering af efterfølgende pengeydelse, som adskiller sig markant fra EU praksis og Fusionsdirektivet. Dette forhold er dog yderst væsentligt for denne model, da kontantvederlag

¹⁵⁶ SKM2007.807.DEP

slet ikke tillades i forhold til denne. Det må således konkluderes, at denne model i forhold til øvrige krav behandles i overensstemmelse med fællesskabsretlige principper for teori og praksis.

På grundlag af ovenstående observationer kan det herved konkluderes, at dansk skatte lovgivning ved aktieavancebeskatningsloven og fusionsskatteloven overordnet lever op til fællesskabsretten for skattemæssige omstruktureringer ved Fusionsdirektivet 90/434 med undtagelse af ovenstående identificerede forhold. Angående dansk praksis anses det for sandsynligt, at der vil komme en praksis drejning mod et mere direktivpræget spor. Dette forventes specielt i forhold til principperne omkring vurdering af efterfølgende pengeydelse og kontantvederlag.

Der nye spor i dansk lovgivning, som er indført ved lov nr. 343 af 18. april 2007, må anses for at være udformet på en sådan måde, at den generelt ikke er fællesskabsstridig, men nærmere danner grundlag for et alternativ for danske selskaber og rådgivere. Dette nye spor har den altovervejende fordel, at den forretningsmæssige begrundelse kan udelades i første omgang. Der er dog ikke på nogen måde lagt op til en lempelse med hensyn til dette krav, blot en lempelse i forhold til den praktiske gennemførelse af den enkelte transaktion. Det må dog forventes, at omstruktureringssituationer, hvor der er udenlandske selskaber og / eller aktionærer indblandet, vil blive prøvet ved EF-domstolen grundet ovenstående uligheder i forhold til danske aktionærer og selskaber.

Som følge af, at der ikke er fastlagt egentlige "reparations muligheder", hvis en omstrukturering er gennemført uden tilladelse fra SKAT, og denne efterfølgende underkendes, må det forventes, at dette nye regelsæt overvejende vil blive anvendt i situationer, som er ukomplicerede. De administrative lettelser, som det nye spor kan forventes at medføre, er således begrænset til de tilfælde, hvor omstruktureringen er simpel i forhold til objektive og subjektive krav. Alternativt er der en risiko for, at det nye spor anvendes i tilfælde, hvor objektive såvel som subjektive regler ikke kan overholdes. Denne risiko begrænses dog af, at der er oplysningspligt på selvangivelsen samt udvidet ligningsperiode.

Overordnet må det således konkluderes i forhold til det nye danske spor, at det ikke direkte fremskynder tilnærmelsesprocessen til EU's Fusionsdirektiv, men nærmere bærer præg af at løse nationale problemstillinger i forhold til administrative lettelser og i visse tilfælde bidrager til at fastholde beskatningsretten til en eventuel avance i Danmark.

14. Bilag

14.1 Bilag 1 Selskaber omfattet af EU's Fusionsdirektiv art. 3 litra a

Udvalgte danske omstruktureringsmodeller
versus
EU's Fusionsdirektiv 90/434/EØF

L 58/26

DA

Den Europæiske Unions Tidende

4

BILAG

BILAG

LISTE OVER DE SELSKABER, DER ER OMHANDLET I ARTIKEL 3, LITRA a)

- a) De selskaber, der er registreret i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE) og Rådets direktiv 2001/86/EF af 8. oktober 2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse, og de andelselskaber, der er registreret i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 1435/2003 af 22. juli 2003 om statut for det europæiske andelselskab (SCE) og Rådets direktiv 2003/72/EF af 22. juli 2003 om supplerende bestemmelser til statuten for det europæiske andelselskab for så vidt angår medarbejderindflydelse
- b) de selskaber, der i belgisk ret benævnes »société anonyme/»namloze vennootschap«, »société en commandite par actions/»commanditaire vennootschap op aandelen«, »société privée à responsabilité limitée/»besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid«, »société coopérative à responsabilité limitée/»coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid«, »société coopérative à responsabilité illimitée/»coöperatieve vennootschap met onbeperkte aansprakelijkheid«, »société en nom collectif/»vennootschap onder firma«, »société en commandite simple/»gewone commanditaire vennootschap«, offentlige foretagender, der har antaget en af de ovennævnte retlige former og andre selskaber, der er oprettet efter belgisk ret og underlagt belgisk selskabsbeskatning
- c) de selskaber, der i tjekisk ret benævnes »akciová společnost« og »společnost s ručením omezeným«
- d) de selskaber, der i dansk ret benævnes »aktieselskab« og »anpartsselskab«. Andre selskaber, der er skattepligtige i henhold til selskabsskatteloven, forudsat at deres skattepligtige indkomst beregnes og beskattes i henhold til de almindelige skatteregler, der gælder for »aktieselskaber«
- e) de selskaber, der i tysk ret benævnes »Aktiengesellschaft«, »Kommanditgesellschaft auf Aktien«, »Gesellschaft mit beschränkter Haftung« og »Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit«, »Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft«, »Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts« og andre selskaber, der er oprettet efter tysk ret og underlagt tysk selskabsbeskatning
- f) de selskaber, der i estisk ret benævnes »ärisühing«, »usaldusühing«, »osaühing«, »aktiaselts«, »tulundusühistus«
- g) de selskaber, der i græsk ret benævnes »ανώνυμη εταιρεία« og »εταιρεία περιορισμένης ευθύνης (E.P.E.E.)«
- h) de selskaber, der i spansk ret benævnes »sociedad anónima«, »sociedad comanditaria por acciones« og »sociedad de responsabilidad limitada« samt offentligretlige enheder, der driver virksomhed under de privatretlige bestemmelser
- i) de selskaber, der i fransk ret benævnes »société anonyme«, »société en commandite par actions«, »société à responsabilité limitée«, »sociétés par actions simplifiées«, »sociétés d'assurances mutuelles«, »caisses d'épargne et de prévoyance«, »sociétés civiles«, som automatisk underkastes selskabsbeskatning, »coopératives«, unions de coopératives, offentlige industrielle og kommercielle virksomheder og foretagender og andre selskaber, der er oprettet efter fransk ret og underlagt fransk selskabsbeskatning
- j) de selskaber, der er registreret eller virker i henhold til irsk ret, virksomheder registreret i henhold til Industrial and Provident Societies Act, »building societies« registreret i henhold til Building Societies Acts og »trustee savings banks« i henhold til Trustee Savings Banks Act, 1989
- k) de selskaber, der i italiensk ret benævnes »società per azioni«, »società in accomandita per azioni«, »società a responsabilità limitata«, »società cooperative« og »società di mutua assicurazione« samt offentlige og private virksomheder, der helt eller overvejende driver handelsvirksomhed
- l) de selskaber, der i cypriotisk ret benævnes »εταιρεία« som defineret i indkomstskattelovgivningen
- m) de selskaber, der i lettisk ret benævnes »akciju sabiedrība« og »sabiedrība ar ierobežotu atbildību«
- n) de selskaber, der er registreret i henhold til litauisk ret

- o) de selskaber, der i luxembourgsk ret benævnes »société anonyme», »société en commandite par actions», »société à responsabilité limitée», »société coopérative», »société coopérative organisée comme une société anonyme», »association d'assurances mutuelles», »association d'épargne-pension» og »entreprise de nature commerciale, industrielle ou minière de l'état, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public» og andre selskaber, der er oprettet efter luxembourgsk ret og underlagt luxembourgsk selskabsbeskatning
- p) de selskaber, der i ungarsk ret benævnes »közkereseti társaság», »betéti társaság», »közös vállalat», »korlátolt felelősségű társaság», »részvénytársaság», »egyesülés», »közhasznú társaság» og »szövetkezet»
- q) de selskaber, der i maltesisk ret benævnes »Kumpaniji ta' Responsabilità Limitata» og »Soċjetajiet en commandite li l-kapital uqghom maqsum f'azzjonijiet»
- r) de selskaber, der i nederlandsk ret benævnes »naamloze vennootschap», »besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid», »Open commanditaire vennootschap», »Coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij», »Fonds voor gemene rekening», »vereniging op coöperatieve grondslag» og »vereniging welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreedt» og andre selskaber, der er oprettet efter nederlandsk ret og underlagt nederlandsk selskabsbeskatning
- s) de selskaber, der i østrigsk ret benævnes »Aktiengesellschaft», »Gesellschaft mit beschränkter Haftung» og »Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften»
- t) de selskaber, der i polsk ret benævnes »spółka akcyjna» og »spółka z ograniczoną odpowiedzialnością»
- u) de handelsselskaber eller almindelige borgerlige selskaber med handelsmålsetning samt andre juridiske personer med virksomhed inden for handel eller industri, som er registreret i henhold til portugisisk ret
- v) de selskaber, der i slovensk ret benævnes »delniška družba», »komanditna družba» og »družba z omejeno odgovornostjo»
- w) de selskaber, der i slovakisk ret benævnes »akciová spoločnosť», »spoločnosť s ručením obmedzeným» og »komanditná spoločnosť»
- x) de selskaber, der i finsk ret benævnes »osakeyhtiö»/»aktiebolag», »osuuskunta»/»andelslag», »säästöpankki»/»sparbank» og »vakuutusyhtiö»/»försäkringsbolag»
- y) de selskaber, der i svensk ret benævnes »aktiebolag», »försäkringsaktiebolag», »ekonomiska föreningar», »sparbanker» og »ömsesidiga försäkringsbolag»
- z) de selskaber, der er registreret i henhold til Det Forenede Kongeriges lovgivning.»

14.2 Bilag 2 – Skematisk oversigt ”det nye spor” skattefri aktieombytning uden tilladelse

Inspireret af SR-SKAT 3/2007 samt egen tilvirkning.

Skattefri aktieombytning

Krav og muligheder	Løsning og henvisninger
Krav om tilladelse	ABL § 36 A, stk. 1. Eks. 1: Hovedregel - nej, adgang til skattefri aktieombytning efter objektiverede regler. Eks. 2: Ja, hvis aktionæren er et selskab og har ejet aktierne under 3 år, har bestemmende indflydelse i det erhvervede selskab og ønsker at ombytte aktierne med et selskab, som ikke har skattemæssigt hjemsted i Danmark.
Krav til værdiansættelse	ABL § 36 A, stk. 3. Eks. 1: ja, vederlagsaktierne / anparterne samt evt. kontant udligningssum svarer til handelsværdien på ombytningstidspunktet. (TS cir. 2000-9 og 2000-10)
Krav til anskaffelsestidspunktet for aktierne i det erhvervende selskab	ABL § 36 A, stk. 4 Eks. 1: Aktionær er en person: Vederlagsaktier anses som erhvervet på samme tidspunkt og til samme værdi som de ombyttede aktier. ABL § 36 A stk. 4, 2. pkt. Eks. 2: Aktionær er et selskab og aktionær i både erhvervende og erhvervede selskab: Alle aktier i erhvervende selskab anses for anskaffet på ombytningstidspunktet - dog ikke, hvis hvis aktionæren har ejet alle sine aktier i begge selskaber over 3 år.
Krav til anskaffelsestidspunktet for aktierne i det erhvervede selskab	ABL § 36 A, stk. 5. Eks. 1: Aktier i det erhvervede selskab behandles ved indkomstopgørelsen som erhvervet på ombytningstidspunktet for den oprindelige anskaffelsessum opgjort efter ABL § 26. Dog til handelsværdi, hvis oprindelig anskaffelsessum på ombytningstidspunktet er højere end handelsværdien.
Krav om udbyttebegrænsning	ABL § 36 A, stk. 7 Eks. 1: Ja, maks. Ordinært resultat i forhold til ejerandele over en 3 årig periode. Eks. 2: Summen af udloddet udbytte kan dog overstige med et beløb svarende til erhvervende selskabs andel af ikke udloddet udbytte for regnskabsåret før ombytningsåret.
Mulighed for succession i anskaffelsessum for vederlagsaktierne / anparterne	Ja, altid - udgør grundtanken i skattefri aktieombytning.
Krav til forholdet - gæld vs aktiver	Ikke relevant i denne sammenhæng, da det er på aktie eller anpartsniveau omstruktureringen foretages.
Begrænsning i fradragsretten for tab på aktier / anparter	ABL §§ 36 A, stk. 6 samt § 8, stk. 2 og 3, samt § 17 stk. 1 og 2 Eks. 1: Ja, gevinst ved salg af aktierne / anparterne i det erhvervede selskab, kan ikke modregnes i fremført uudnyttet tab på aktier / anparter.
SKAT	ABL § 36 A, stk. 9 Eks. 1: Det skal anføres på selvangivelsen for det indkomstår, hvor ombytningen har fundet sted, at selskabet har deltaget i en aktieombytning. Eks. 2: Forlænget ligningsfrist - 1. Maj det 6. År efter ombytningen har fundet sted.
Ansøgning om tilladelse efter underkendt skattefri omstrukturering	Eks. 1: Ja, der er mulighed for at ansøge SKAT om tilladelse til en ny omstrukturering. SKAT kan fastsætte vilkår for tilladelsen. Den første ombytning vil udløse skat ved underkendelse.
Mulighed for tilbagevirkende kraft	Eks. 1: En aktieombytning må maks. Vare 6 måneder - dermed ikke tale om tilbagevirkende kraft.

14.3 Bilag 3 – Skematisk oversigt "det nye spor" skattefri spaltning uden tilladelse

Inspireret af SR-SKAT 3/2007 samt egen tilvirkning

Skattefri spaltning

Krav og muligheder	Løsning og henvisninger
Krav om tilladelse	FUL § 15 a, stk. 1, 6. pkt. Eks. 1.: Ja, hvis der er mere end én selskabsdeltager i indskydende selskab og en af disse har ejet aktierne i mindre end 3 år uden at besidde flertallet af stemmerne, og dette forhold ændres ved samtidig indtrædelse som aktionær i modtagende selskab. FUL § 15 a, stk. 1, 7. pkt. Eks. 2.: Ja, ved grenspaltning, hvis aktionær er et selskab og vederlaget består af andet end aktier og aktionæren opfylder betingelserne for at modtage skattefrit udbytte samt at et eventuelt salg vil være skattepligtigt. FUL § 15 a, stk. 1, 8. Pkt. Eks. 3: Ja, hvis der er en aktionær, som ikke har skattemæssigt hjemsted i Danmark, og denne har bestemmende indflydelse.
Krav til værdiansættelse	FUL § 15 a, stk. 2, 2. pkt. Eks. 1.: Ja, værdiansættes til handelsværdi på pr. spaltningsdatoen. Se nærmere om ombytningsforholdet.
Krav til ombytningsforholdet	FUL § 15 a, stk. 2, 3. pkt. Eks. 1: Ja, samme forhold mellem aktiver og forpligtelser som i det indskydende selskab
Krav om udbyttebegrænsning	FUL 15 b, stk. 8. Eks. 1: Ja, Maks ideel andel af ordinært resultat over en 3 årig periode (indskydende selskab i grenspaltning). Opmærksomhed på omkvalifikation af store udbytter til kontantvederlag efter gældende dansk praksis modsat EFD af 5. Juli 2007 - Kofoed.
Mulighed for succession i anskaffelsestids-punkt for vederlagsaktierne	FUL § 15 b stk. 7. Eks. 1: Personer succederer. Eks. 2: For selskaber, fastsættes anskaffelsestidspunktet til spaltningsdatoen. Eks. 3: Ved grenspaltning ændres såvel "gamle" aktier som aktier i modtagne selskab til anskaffet pr. spaltningsdatoen.
Krav til forholdet - gæld vs aktiver	FUL § 15 a, stk. 2, 3. Pkt. Eks. 1: Ja, forholdet mellem aktiver og passiver skal være det samme som i det indskydende selskab.
Fremførsel af kildebestemt tab SKAT	ABL § 8, stk. 3 eks. 1: Ja, mulighed for at aktionærer kan fremføre tab på aktier til modregning i avance på aktierne i indskydende og modtagende selskab. Eks. 1: Krav om oplysning på selvangivelsen. Eks. 2: Indsende selskabsretlige dok. Indenfor 1 måned efter vedtagelsen. Eks. 3: Forlænget ligningsperiode.
Ansøgning om tilladelse efter underkendt skattefri omstrukturering	Eks. 1: Ja, der er mulighed for at ansøge SKAT om tilladelse til en ny omstrukturering. SKAT kan fastsætte vilkår for tilladelsen.

14.4 Bilag 4 – Skematisk oversigt ”det nye spor” skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse

Inspireret af SR-SKAT 3/2007 samt egen tilvirkning

Skattefri tilførsel af aktiver

Krav og muligheder	Løsning og henvisninger
Krav om tilladelse	FUL § 15 c, stk. 1, 4. pkt. Eks. 1: Nej, tilførslen gennemføres under hensyn til FUL § 15 d, stk. 8 og FUL § 15 d, stk. 4, 4. pkt. FUL § 15 c, stk. 1, 5. pkt. Eks. 2: Ja, hvis hjemhørende selskab er skattemæssig hjemhørende i udlandet, har fast driftssted i DK og har bestemmende indflydelse (LL § 2 stk. 2) i det modtagende selskab.
Krav til værdiansættelse	FUL § 15 d, stk. 4 Eks. 1: Ja, værdiansættelse til skattemæssig værdi under hensyn til reglerne i VOL § 4 stk. 2.
Krav til anskaffelsestidspunktet for vederlagsaktierne / anparterne	FUL § 15 d, stk. 4, 3. og 4. pkt. Eks. 1: Ja, både vederlagsaktier og anparter samt eventuelle aktier / anparter, som det indskydende selskab ejer i forvejen anses for anskaffet på tilførsels tidspunktet.
Krav om udbyttebegrænsning	FUL § 15 d, stk. 8 Eks. 1: Ja, skattefrit udbytte fra modtagende selskab til indskydende selskab i de første 3. År efter tilførslen, må maks udgøre det indskydende selskabs andel af det ordinære resultat efter ejerandele. Eks. 2: Ja, tilskud mv. fra direkte eller indirekte koncernforbundne selskaber jf. SEL § 31 c
Mulighed for succession i anskaffelsessum for vederlagsaktierne / anparterne	FUL § 15 d, stk. 4 Eks. 1: Nej, anskaffelsessummen opgøres efter VOL § 4 stk. 2.
Krav til forholdet - gæld vs aktiver	Nej, ingen krav
Begrænsning i fradragsretten for tab på aktier / anparter	ABL § 8, stk. 2 og 3, samt § 17 stk. 1 og 2 Eks. 1: Ja, tab ved salg af aktierne / anparterne i modtagende selskab, kan ikke modregnes i fremført uudnyttet tab på aktier / anparter.
SKAT	FUL § 15 c, stk. 5. Eks. 1: Krav om oplysning på selvangivelsen i indkomståret. Eks. 2: Indsende selskabsretlige dok. Indenfor 1 måned efter vedtagelsen. Eks. 3: Forlænget ligningsperiode.
Ansøgning om tilladelse efter underkendt skattefri omstrukturering	Eks. 1: Ja, der er mulighed for at ansøge SKAT om tilladelse til en ny omstrukturering. SKAT kan fastsætte vilkår for tilladelsen.
Mulighed for tilbagevirkende kraft	Eks. 1: Ja, der er mulighed for at foretage tilførsel af aktiver skattefrit med tilbagevirkende kraft

15. Litteraturliste

15.1 Bøger

Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte – Det skatteretlige grundlag ved generationsskifte og omstrukturering. Jurist- og Økonomiforbundets forlag.

Guldmand, Vinther, Werlauff, Sambeskatning 2007/08. Magnus Informatik

Dansk privat ret 12. udg., Paul Krüger Andersen, Nis Jul Clausen, Bent Iversen, Halfdan Krag Jespersen, Aage Michelsen og Jørgen Nørgaard. Jurist- og Økonomiforbundets forlag.

Aktie- og anpartsselskabsret 8. udgave af Paul Krüger Andersen. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Eksempel Manual 2007/08 af Michael Troelsgaard & Kirsten Østergaard. Forlaget Thomson.

Generationsskifte, Revitax – skatte- og momsrådgivning.

Produkthåndbog 1 – Revision / Fusion og spaltning – Revisorgruppen Danmark.

15.2 Artikler og vejledninger

Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber, SKAT

592 Udbytte er udbytte af Ph.d-stipendiat, cand.merc.jur. Thomas Rønfeldt og professor, dr. Jur. Erik Werlauff, Aalborg Universitet.

Revifaxen nummer 654 af 3. august 2007. Revitax A/S

Skattenyt, PWC 10. juli 2007.

Skattefrie omstruktureringer uden tilladelse af skattepartner Susanne Kjær, KPMG, og advokatfuldmægtig Malene Bertelsen, Advokataktieselskabet Accura.

Nyhedsbrev – Generationsskifte / Omstrukturering nr. 1 til 10 2007 af Advokat H Michael Serup. Bech-Bruun.

Nye love, bekendtgørelser, cirkulærer mv. fra SR SKAT 2007/3

Skattefri omstrukturering med og uden tilladelse fra Deloitte / DI Dansk Industri

Skattefri omstrukturering af selskaber uden tilladelse af Direktør Kim Wind Andersen, Deloitte Skat

Ligningsvejledningen Selskaber og aktionærer 2007-4 fra SKAT

Fusionsskattedirektivet er nu ændret – væsentligt nyt i forhold til Kommissionens udkast af advokat H Michael Serup – TfS 2005, 371

Skatteundgåelse som et hovedformål – i en brydningstid af advokat H Michael Serup

15.3 EU materiale

Fusionsdirektivet, 90/434/EØF

2004/C 110/09 fra Den Europæiske Unions Tidende

Rådets Direktiv 2005/19/EF af 17. februar 2005 fra Den Europæiske Unions Tidende

Forslag til Rådets Direktiv – Bruxelles, den 17.10.2003 fra Kommissionen for de Europæiske fællesskaber.

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://www.europarl.europa.eu>

<http://www.eu-oplysningen.dk>

15.4 Love

Sidste offentliggjorte udgave af følgende:

Aktieavancebeskatningsloven

Aktieselskabsloven

Ligningsloven

Selskabsskatteloven

Statsskatteloven

Årsregnskabsloven

Skatteforvaltningsloven

L 110 A ved lov nr. 343 og 344 af 18. april 2007.

L 99 ved lov nr. 313 af 21. maj 2002

Lov nr. 1413 af 21. december 2005

Lov nr. 426 af 6. juni 2005

15.5 Domme og afgørelser

C-28/95 Leur-Bloem

SKM.2001.241

SKM.2005.463

TfS.2001.590

SKM.2005.272	C-321/05 Hans Markus Kofoed
SU.1997.257	SKM.2005.167.ØL
SKM.2006.285.SR	SKM.2007.791.SR
TfS.1996.821.LR	TfS.1999.257.LR
TfS.1998.110.LR	C-411/03 Sevic Systems
TfS.2001.147.LR	SKM.2005.429.TSS
SKM.2001.73.LR	TfS.2004.206.TSS
C-43/00 EF Andersen og Jensen ApS	SKM.2001.315.TSS
SKM.2006.574.LSR	SKM.2001.510.TSS
SKM.2001.37.LR – frisør dommen	SKM.2007.818.SR
SKM.2005.167.ØL	TfS.2000.616.LR
SKM.2007.806.LSR	TfS.1998.599.LR
SKM.2007.807.DEP	TfS.1997.661.LR
TfS.1997.186.LR	TfS.2005.237.LSR
SKM.2001.288.TSS	SKM.2007.843.DEP