

CMA
Institut for cand.merc.aud

Forfattere:
Thomas Baagøe
Ulrich Buur Uldum

Vejleder:
Michael Guldbæk Karlsen

Afleveret 6. maj 2008

Skattefrie aktieombytninger

Aalborg Universitet
2008

Forord

Denne afhandling er skrevet som afsluttende hovedopgave på Cand.Merc.Aud.-studiet på Aalborg Universitet.

Vi vil gerne benytte lejligheden til at takke vores vejleder Michael Guldbæk Karlsen, for rådgivning og assistance, specielt i forbindelse med problemformulering, disponering og afgrænsning af opgaven.

Til brug for vejleder og censors bedømmelse skal vi hermed oplyse vores fordeling af opgaveudarbejdelsen. Der er angivet indeksnummer og overskrift på afsnittet, som det fremgår af indholdsfortegnelsen. Eventuelle underafsnit under et indeksnummer, der er skrevet fuldt ud af en af os, er ikke angivet her, men kan findes under indholdsfortegnelsen. Fordelingen er som følger:

Indeks	Overskrift	Udarbejdet af:
	Summary	Ulrich B. Uldum
1.1.	Skattefrie omstruktureringer	Thomas Baagøe
1.2.	Problemformulering	Fælles
1.3.	Afgrænsning	Thomas Baagøe
1.4.	Disposition	Thomas Baagøe
1.5.	Metodevalg	Thomas Baagøe
1.6.	Begreber og forkortelser	Ulrich B. Uldum
2.	Skattefri aktieombytning med tilladelse	Thomas Baagøe
2.1.	Det retlige grundlag	Thomas Baagøe
2.2.	Flertalsombytninger (aktieombytninger)	Thomas Baagøe
2.3.	Helejerskabsombytninger (uegentlige fusioner)	Thomas Baagøe
2.4.	Anvendelsesmuligheder for aktieombytning	Thomas Baagøe
2.5.	Objektive krav	Thomas Baagøe
2.6.	De subjektive betingelser (Tilladelseskravet)	Thomas Baagøe
2.6.1.	Forsvarlige økonomiske betragtninger	Ulrich B. Uldum
2.6.2.	Opsummering af tilladelseskravet	Thomas Baagøe
2.6.3.	Anmeldelsesvilkår	Thomas Baagøe
3.	Skatteundgåelse og unddragelse	Thomas Baagøe
4.	EU-retten	Thomas Baagøe
4.1.	Leur Bloem-dommen	Ulrich B. Uldum
5.	Fortolkningsbidrag efter dansk praksis	Thomas Baagøe
5.1.	Frisørsagen	Thomas Baagøe
5.2.	De to passive norske selskaber	Thomas Baagøe
5.3.	Faderen og hans to døtre	Ulrich B. Uldum
5.4.	Forkøbsretsaftalen	Ulrich B. Uldum
5.5.	Vognmandssagen	Thomas Baagøe
5.6.	Investeringer i udlejningsejendomme i påtænkte søsterselskaber	Thomas Baagøe
5.7.	Opsummering af fortolkningsbidrag	Thomas Baagøe
6.	Skattefrie aktieombytninger uden tilladelse	Thomas Baagøe
6.1.	Værnsreglerne mod skatteudskydelse og undgåelse i L110	Thomas Baagøe

6.1.1.	Anskaffelsestidspunktet for aktierne og bibeholdelse af den oprindelige anskaffelsessum	Fælles
6.1.2.	Udbyttmaksimering	Thomas Baagøe
6.1.3.	Vederlagsaktierne	Ulrich B. Uldum
6.1.4.	Fremførselsberettigede tab på aktier i det erhvervende selskab	Ulrich B. Uldum
6.1.5.	3 års ejertid	Thomas Baagøe
6.1.6.	Tidsrummet for opfyldelsen af de objektive krav efter ABL § 36A	Thomas Baagøe
6.2.	Bagudrettet ansøgning om tilladelse efter de gamle regler	Thomas Baagøe
6.3.	Forlænget ligningsfrist	Thomas Baagøe
6.4.	Anmodning om bindende svar	Thomas Baagøe
6.5.	Oplysning til myndighederne om foretaget skattefri aktieombytning	Thomas Baagøe
6.6.	Vores vurdering af anvendelsesmulighederne af de nye regler	Ulrich B. Uldum
7.	Konklusion	Fælles

Skive den 6. maj 2008

Ulrich Buur Uldum

Thomas Baagøe

Indholdsfortegnelse

SUMMARY	7
1. INDLEDNING.....	10
1.1. Skattefrie omstruktureringer.....	10
1.2. Problemformulering.....	11
1.3. Afgrænsning	11
1.4. Disposition.....	13
1.5. Metodevalg	14
1.6. Begreber og forkortelser	14
2. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING MED TILLADELSE	16
2.1. Det retlige grundlag	17
2.2 Flertalsombytninger (aktieombytninger)	18
2.3. Helejerskabsombytninger (uegentlige fusioner).....	19
2.4. Anvendelsesmuligheder for aktieombytning	19
2.5. Objektive krav.....	22
2.5.1. Vederlaget	23
2.5.2. Tidsfrist.....	24
2.5.2.1. Den lovbestemte frist.....	24
2.5.2.2. Den administrative frist	24
2.5.3. Ikke tilbagevirkende kraft.....	25
2.5.4. Stemmeflertalskrav.....	25
2.5.5. Selskabsform	25
2.6. De subjektive betingelser (Tilladelseskravet)	27
2.6.1 Forsvarlige økonomiske betragtninger.....	28
2.6.1.1 Omstrukturering af aktiviteter.....	29
2.6.1.2 Rationalisering af aktiviteter	31
2.6.1.3. Risikobegrænsning/risikoafvejning	32
2.6.1.4. Generationsskifte	34
2.6.1.5. 3 års ejertid.....	37
2.6.2. Opsummering af tilladelseskravet.....	37
2.6.3. Anmeldelsesvilkår	38
3. SKATTEUNDGÅELSE OG UNDDRAGELSE	40
3.1. Skattemæssige motiver til aktieombytning.....	40
3.1.1. Skattefrie udbytteudlodning	40
3.1.2. Skattefrie aktieavance	42

4. EU-RETEN	44
4.1. Leur-Bloem dommen.....	45
5. FORTOLKNINGSBIDRAG EFTER DANSK PRAKSIS	52
5.1. Frisørsagen	52
5.2. De to passive norske selskaber	53
5.3. Faderen og hans 2 døtre.....	54
5.4. Forkøbsretsaftalen	58
5.5. Vognmandssagen	61
5.6. Investeringer i udlejningsejendomme i påtænkte søsterselskaber	64
5.7. Opsummering af fortolkningsbidrag	66
6. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING UDEN TILLADELSE.....	69
6.1. Værnsreglerne mod skatteudskydelse og undgåelse i L110	72
6.1.1. Anskaffelsestidspunktet for aktierne og bibeholdelse af den oprindelige anskaffelsessum	72
6.1.1.1. Vurdering af værnsreglerne om anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum	73
6.1.1.2. Opsummering	75
6.1.2. Udbyttmaksimering	77
6.1.2.1. Beregning af udlodningspulje	77
6.1.2.2. Indkomstår til udlodning efter reglerne om udbyttmaksimering.....	78
6.1.2.3. Det ordinære regnskabsmæssige resultat.....	79
6.1.2.4. Tilskud fra det erhvervede selskab til koncernselskaber	81
6.1.2.5. Vurdering af værnsreglen udbyttmaksimering	81
6.1.2.6. Udbyttmaksimering i EU-retten	82
6.1.2.7. Opsummering	84
6.1.3. Vederlagsaktierne	86
6.1.4. Fremførselsberettigede tab på aktier i det erhvervede selskab	89
6.1.5. 3 års ejertid	91
6.1.6. Tidsrummet for opfyldelsen af de objektive krav efter ABL § 36A.....	93
6.2. Bagudrettet ansøgning om tilladelse efter de gamle regler	93
6.3. Forlænget ligningsfrist.....	94
6.4. Anmodninger om bindende svar	95
6.5. Oplysning til myndighederne om foretaget skattefri aktieombytning.....	96
6.6. Vores vurdering af anvendelsesmulighederne af de nye regler	97
6.6.1. Hvornår vil det være en fordel at anvende de nye regler jf. ABL §36A?	98
6.6.2. Hvornår vil det være en fordel at anmode om tilladelse jf. reglerne ABL §36?.....	101
6.6.3. Opsummering af anvendelsesmulighederne af de nye regler kontra tilladelsessystemet.....	105
7. KONKLUSION	106

7.1. Konklusion på det skatteretlige grundlag for skattefrie aktieombytninger før vedtagelsen af lovforslag L110.	106
7.2. Konklusion på beskrivelse af skattefri aktieombytning uden tilladelse og sammenligning med tilladelsessystemet	108
7.2.1. Anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum i det erhvervede selskab	108
7.2.2. Udbyttmaksimering	108
7.2.3. Vederlagsaktierne	109
7.2.4. Fremførselsberettiget tab på aktier i det erhvervende selskab	109
7.3. Anvendelsesområdet for de objektive regler	109
8. LITTERATURLISTE.....	112
BILAG 1	114

Summary

On the 13th December 2006, the Danish Minister for Taxation Kristian Jensen presented bill no. L110 with the main purpose of improving the tax legislation under which companies in Denmark are operating, in order to introduce a more suitable taxation of the companies.

Among other things bill no. L110 contained a proposal to change the law for non-taxable exchange of shares. Previously this type of non-taxable restructuring depended on an approval system, which meant that companies and shareholders had to ask the tax authorities for permission in order to proceed with the non-taxable exchange of shares.

Previously, permission were only granted in cases where the application for the non-taxable exchange of shares were based on legitimate business reasons, otherwise the tax authorities could refuse the applying company/shareholder to go through with the requested non-taxable exchange of shares, because the tax authorities had reason to believe that the main intention behind this restructuring was tax evasion or tax avoidance.

The intention of this bill was to introduce a set of provisions that would make it possible for companies and shareholders in Denmark to carry through non-taxable exchanges of shares without the approval from the tax authorities. The purpose of this was to simplify the approach to carry through any non-taxable restructuring, including exchange of shares. The possibility to apply for an approval is to be retained, so that the tax legislation on this matter in fact will consist of a parallel system with two possible methods for carrying through a non-taxable exchange of shares.

To avoid any kind of abuse of this new method for restructuring without releasing any tax, it was suggested in the bill to introduce a set of invariable provisions (objective provisions) with the main purpose of securing the attained company structure for a period of minimum 3 years after the completion of the non-taxable exchange of shares without approval. With the introduction of these invariable provisions, the proposer of bill no. L110 consider the possibility of abuse to be limited.

Bill no. L110 was passed by law number 343 on 18th April 2007.

The purpose of this thesis is to describe the conditions under which companies and shareholders in Denmark have been able to carry through non-taxable exchanges of shares before the passing of bill no. L110, and under what conditions companies can carry through exchanges of shares on non-taxable basis after the passing of bill no. L110.

Furthermore the thesis will comprise our estimation on situations where companies and shareholders are likely to use the rules for carrying through the exchange of shares by applying for approval, and in which situations companies and shareholders are more likely to use the objective provisions for carrying through exchange of shares without approval. By this we will try to evaluate the applicability of the new set of objective provisions, and how the two methods for non-taxable exchange of shares will be complementary to each other.

The thesis begins with a description of the conditions for carrying through non-taxable exchange of shares by applying for approval. In our description on this matter we are going over the provisions of the tax law then in force, this includes a description of how the law was applied in practice by going over a number of selected passed verdicts on this subject in order to describe the subjective criteria used by the tax authorities when assessing the application for approval.

The work carried out on the matter above, lead us to the conclusion that it is of crucial importance, when applying for approval, to compose an application that in a very specific way focus on the legitimate business reasons behind the planned non-taxable exchange of shares.

After this the thesis looks at the provisions implemented in the Danish tax legislation with law no. 343 of 18th April 2007. This part of the thesis describes the provisions included in ABL¹ §36A. This section of the law sets up a number of objective provisions when companies and shareholders decide to carry through non-taxable exchange of shares without approval from the tax authorities. These objective provisions are meant to take the place of the legitimate business reasons, as were mentioned above, and the purpose of these provisions in ABL §36A are therefore to prevent any abuse of the law such as tax avoidance.

¹ ABL = The law for taxation of profits of shares

The main purpose of the provisions in ABL §36A is to give the companies and the shareholders an incentive to maintain the attained company structure for a period of 3 years after the completion of the exchange of shares. If these stipulations are not observed by the companies and shareholders participating in the non-taxable exchange of shares, the exchange will be regarded as a taxable transaction by the tax authorities.

The thesis ends with our evaluation of the applicability of the new objective provisions. Our evaluation is based upon the information obtained from the above mentioned parts of the thesis.

The essence of our evaluation is that non-taxable exchange of shares without approval are most likely to be carried through in cases of simple and straightforward restructuring, where the companies and shareholders involved in the transaction most likely can predict the development of the future structure of the group, and in order to do that they will need to have decisive influence in the decision process within the group including decisions about dividend on shares. This is important because changing the structure of the group of companies or making decision about large dividends on shares after the completion of the non-taxable exchange of shares without approval will result in a tax liability.

However, the new objective provisions also represent a very simple way to approach non-taxable exchange of shares and will most likely contribute to cut backs on administration cost that is of course if the objective provisions can be observed by the concerned parts of the restructure.

1. Indledning

1.1. Skattefrie omstruktureringer

Koncerner og virksomheder har gennem deres levetid brug for at omstrukturere. Omstruktureringer kan være begrundet i forskellige forhold for virksomhederne eller virksomhedsdeltagerne. Der kan være forretningsmæssige dispositioner som risikoafgrænsning eller opdeling af aktiviteter, der kan være tale om et generationsskifte eller der kan være tale om skatteudskydelse og/eller omgåelse.

Skattespekulationer kan forekomme, idet der i dansk skatteret er adskillige muligheder for skattefrie omstruktureringer og succession i en overdragers skattemæssige stilling.

De skattefrie omstrukturingsmuligheder gør, at generationsskifte og koncerninterne omstruktureringer, hvor der foreligger en væsentlig skattemæssig avance, altid vil blive forsøgt gennemført ved en skattefri transaktion. Det er en helt naturlig konsekvens af regler om skattefri omstrukturering, at den skattefrie mulighed vil blive søgt.

Grænsen mellem omstruktureringer, der kan gøres skattefrit og de som er skattepligtige, skal således placeres. Hidtil har man i dansk ret haft regler, der er udsprunget fra EU, hvor skattefrie omstruktureringer accepteres, så længe at et af hovedformålene med den pågældende transaktion ikke er skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Det hidtidige system bygger på konkrete tilladelser, hvor der skal ansøges i hvert enkelt tilfælde. Tilladelser bliver givet i de tilfælde, hvor SKAT kan konkludere, at der ikke er tale om skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Dette system er administrativt meget tungt, idet virksomhederne i alle tilfælde skal udarbejde en ansøgning, ligesom skattemyndighederne skal bruge tid på selve sagsbehandlingen af samtlige ansøgninger. I andre EU-lande opererer man med objektive regler, når virksomheder ønsker at foretage omstruktureringer, hvor udarbejdelse af ansøgninger og tiden til behandling heraf således ikke hæmmer en tiltænkt omstrukturering.

Den 13. december 2006 fremsatte skatteministeren lovforslag L110, hvor den danske skatteret omkring omstruktureringer blev foreslået ændret fra et regelsæt, som udelukkende var bygget op om-

kring individuelle tilladelser til et regelsæt med mulighed for både at ansøge om tilladelse til at gennemføre en omstrukturering skattefrit, samt gennemføre en omstrukturering skattefrit uden forudgående tilladelse fra skattemyndighederne mod at overholde en række objektive regler.

Lovforslaget blev endeligt vedtaget den 18. april 2007, og det bliver interessant at følge, hvordan danske virksomheder vælger at gennemføre fremtidige omstruktureringer, og i hvilke situationer man vælger at omstrukturere henholdsvis med og uden tilladelse fra SKAT.

1.2. Problemformulering

Formålet med denne opgave er at redegøre og vurdere reglerne for skattefri aktieombytning, med fokus på det af skatteministeren fremsatte lovforslag nr. L110A, som blev vedtaget ved lov den 18. april 2007.

Vi ønsker at beskrive de ændringer, der blev indført med vedtagelsen af lovforslaget i forbindelse med skattefrie aktieombytninger og foretage en sammenligning over til de hidtidige regler.

Endvidere vil vi i forlængelse af vores redegørelse vurdere, hvordan reglerne fra L110A må forventes at blive anvendt af virksomhederne og personkredsen omkring, samt komme med vores bud på, i hvilke situationer man vil benytte de objektive regler som angives i L110A.

Ligeledes vil vi vurdere, i hvilke situationer man vil anvende de eksisterende regler og udarbejde en ansøgning, hvor man ønsker at få godkendt den påtænkte skattefrie aktieombytning hos SKAT forud for effektueringen heraf.

Ud fra ovenstående vil vi således opnå en beskrivelse af, hvordan anvendelsen af reglerne for skattefrie aktieombytninger må forventes at blive, her tænkes specielt hvordan anvendelsen af de objektive regler i henhold til L110A og de nuværende regler vil komme til at supplere hinanden.

1.3. Afgrænsning

Opgaven vil alene behandle de skattefrie regler ved aktieombytninger. Vi har fravalgt at beskrive skattepligtige aktieombytninger velvidende, at denne model skal overvejes i alle tilfælde.

Dansk skatteret giver mulighed for flere forskellige typer og modeller for skattefrie omstruktureringer. Vi har valgt at begrænse os til udelukkende at beskrive skattefrie aktieombytninger af hensyn til opgavens begrænsede omfang.

Vores fokus i opgaven er de objektive regler fra L110A og vurdering af dem i forhold til de hidtil gældende regler. Aktieombytning er valgt, fordi denne type omstrukturering indeholder de generelle værnsregler i de objektive regler.

Vi vil således behandle skattefri aktieombytning til illustration af henholdsvis tidligere gældende ret og de nye objektive regler, for at opnå en sammenligning af regelsættene på en konkret omstrukturingsmodel. Skattefri aktieombytning er således ikke valgt for at opnå en fuldstændig gennemgang af hverken den nuværende praksis eller de nye regler, men for at fremføre forskellene på regelsættene og vurdere disse.

Vi vil ikke i opgaven inddrage problematikker omkring værdiansættelse af virksomheder ved omstruktureringer, da dette vil ligge uden for opgavens fokusområde.

Indholdet af opgaven afgrænses til at omfatte dansk skatteret. Da gældende dansk ret er udsprunget fra et EU-direktiv², opfattes dette som gældende dansk skatteret, og vi vil derfor kort beskrive relevante EU-retlige regler.

Opgaven vil behandle forholdene for danske aktie- og anpartsselskaber, velvidende at et af de objektive krav i Aktieavancebeskatningslovens § 36 omhandler hvilke selskabstyper, der har mulighed for at foretage aktieombytninger. Afgrænsningen er lavet, da området vil ligge for langt fra vores problemformulering.

Der vil som udgangspunkt ikke i opgaven blive behandlet selskabsretlige regler, kun hvor dette vil være relevant for at forstå indholdet.

² EU-direktiv 90/434/EØF, ændret ved 2005/19/EF

Vi vil i opgaven vurdere de nye regler ud fra virksomhedernes syn, da det er dem, der skal vælge, om de vil anvende de nye regler eller ej. Vi vil således ikke beskrive de samfundsmæssige forhold, som for eksempel provenutab ved vedtagelsen af de nye regler.

1.4. Disposition

Opgaven starter med et afsnit omkring skattefrie aktieombytninger efter de hidtil gældende danske skatteregler. Afsnittet angiver dermed udgangspunktet for dansk skatteret inden lovforslaget om objektivisering af reglerne. Afsnittet er medtaget, da vi anser det for nødvendigt at have en klar beskrivelse af udgangspunktet for at kunne vurdere og give kritik af det nye regelsæt.

Afsnittet omkring hidtil gældende ret indeholder et bredt beskrivende afsnit, dog med undtagelser af valgte afgrænsninger som beskrevet ovenfor, hvor vi ikke har valgt at gå i dybden med problemstillinger i den gældende skatteret. Afsnittet vil til gengæld gå i dybden vedrørende de forhold, vi har fundet interessante i forhold til det nye lovforslag, herunder forretningsmæssige begrundelser, skatteundgåelse og skatteunddragelse og fortolkningsbidrag fra praksis på disse områder.

Et af de områder, vi vil beskrive nærmere, er således tilladelsessystemet, og en beskrivelse af, hvilke forhold der giver tilladelse og hvilke forhold der giver afslag. I forbindelse med tilladelsessystemet vil vi beskrive skatteundgåelse og skatteunddragelse som en naturlig del heraf.

Efter afsnittet om gældende ret vil vi beskrive reglerne fra L110A. De objektive regler vil således blive gennemgået, og herunder de værnsregler, som skal undgå skatteundgåelse og skatteunddragelse, som tilladelsessystemet varetager i dag, og sikrer at skattefrie aktieombytninger sker på baggrund af forretningsmæssige hensigter.

Vi vil løbende i dette afsnit sammenholde de to regelsæt og fremhæve de forskelle, der måtte være. Forskellene og anvendelsesmulighederne af de nye regler vil blive vurderet og sammenfattet i opsummeringer under de relevante afsnit, samt i et særskilt afsnit³ umiddelbart inden konklusionen.

Til sidst vil vi på en fyldestgørende måde konkludere på de i opgaven gennemgåede områder indenfor problemformuleringens rammer.

³ Afsnit 6.6.

1.5. Metodevalg

Opgaven vil blive udarbejdet gennem studie af kendt materiale som love, cirkulærer, vejledninger, faglitteratur, artikler m.m. Ved at vælge at skrive hovedopgave i skatteret, vil en bærende del af opgaven naturligt blive ud fra en retsdogmatisk metode.

Vi har gennemgået de anvendte kilder i afhandlingen for deres validitet og aktualitet. Hovedparten af kilderne er lovtæst, cirkulærer, domstolspraksis og lovforslag. Disse kilder vurderes at være meget valide.

Herudover er anvendt faglitteratur og artikler velvidende, at disse har risiko for subjektive vurderinger fra forfatterens side. Der er alene anvendt kilder, som vi vurderer, er ekspertviden og alle fortolkninger er undersøgt for subjektivitet. Vi har således så vidt muligt anvendt flere kilder til fortolkninger, så subjektive vurderinger fra skribenter undgås.

Ud over foranstående har vi anvendt kilder fra flere respondenter på høringsrunden på Lovforslaget L110A. Det er klart, at alle svar er afgivet udelukkende med det formål at støtte respondentens interesser. Svarene er således alene anvendt til inspiration og belysning af mangler i L110A.

Den valgte problemformulering omkring en nyere vedtaget lov betyder, at emnet ikke er behandlet i ret stort omfang i litteraturen, hvorfor det ikke er et ”normalt” skatteretligt emne. Dette fremhæver blot væsentligheden af analysen og egne vurderinger og konklusioner.

Kildehenvisninger, forklarende kommentarer m.m. angives i fodnoter nederst på den aktuelle side.

1.6. Begreber og forkortelser

Nedenfor er angivet de relevante begreber og forkortelser som efterfølgende vil blive anvendt i afhandlingen:

ABL Aktieavancebeskatningsloven, LBKG 2007-10-31 nr. 1274

FUSL Fusionsskatteloven, LGKG, 2007-11-08 nr. 1286

L110/L110A	Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, aktieavancebeskatningsloven, fusionsskatteloven og andre skattelove. (Skattefri omstrukturering af selskaber og justering af sambeskatningsreglerne m.v.). Fremsat af skatteministeren den 13. december 2006, og vedtaget ved lov nr. 343 af 18. april 2007. Lovforslaget blev senere opdelt i to dele hvor L110A beskæftigede sig med skattefrie omstruktureringer.
Erhvervet selskab / ombyttet selskab	Er det selskab, i hvilket et andet selskab erhverver en andel ved ombytning af aktier eller anparter ⁴ .
Erhvervende selskab	Er det selskab, som erhverver en andel ved ombytning af aktier eller anparter ⁵ .
Vederlagsaktier	Herved forstås aktier i det erhvervende selskab, som aktionærerne i det erhvervede selskab modtager som betaling/vederlag i forbindelse med aktieombytningen.
Skatteunddragelse	Herved mener vi opnåelse af en skattefordel, som på den ene side ikke er strafbart (svig), men som på den anden side heller ikke ville kunne opretholdes i relation til en skattemæssig ligning af transaktionen. ⁶
Skatteundgåelse	Herved mener vi opnåelse af en skattefordel ved udnyttelse af skatte reglerne, hvorved skatten af en given transaktion undgås tidsubegrænset eller begrænset. ⁶

⁴ Fusionsskattedirektivet art. 2 pkt. 1 litra g

⁵ Fusionsskattedirektivet art. 2 pkt. 1 litra h

⁶ Begreberne er ikke entydigt defineret i dansk lovgivning, vores fortolkning er inspireret af beskrivelserne af begreberne i afsnit 6.6.4. "Aktieombytning og uegentlig fusion" af Bent Ramskov

2. Skattefri aktieombytning med tilladelse

Skattefri aktieombytning med tilladelse var den eneste mulighed for ombytninger inden den nye lovgivning. Det er således en individuel vurdering af hver enkelt aktieombytning i Danmark, der dannede baggrund for den enkelte ansøgning. Dette giver i sig selv en problematisk tilgang til området, da det teoretisk giver anledning til forskellige vurderinger på samme ansøgning af forskellige afdelinger hos Skat.

Der er således brug for en række kriterier og et klart udgangspunkt for, hvilke begrundelser der udløser tilladelse og hvilke der ikke gør. Både for de enkelte afdelinger i Skat, for at kunne give enslydende svar, men selvfølgelig også hos de danske skatteydere, som står i en situation, hvor skattefri aktieombytning kan være en gunstig mulighed.

Det er således også vigtigt for skatteydere, at praksis er fast, og der ikke sker afvigelser, da dette vil kunne true virksomhedernes anvendelse af reglerne og retssikkerhed generelt. Det tager tid at udarbejde en ansøgning, indsendelse og Skats behandlingstid, så man skal være forholdsvis sikker på, at tilladelsen gives, da andre omstrukturingsmodeller ellers ville være at foretrække.

Netop en svingende praksis for tilladelser og dermed vurdering af, hvornår der er tale om skatteundgåelser eller unddragelser, har desværre været kendetegnende for området. Dette fremgår af en skarp litteratur mod den administrative praksis⁷, hvor først og fremmest advokat Michael Serup⁸ udtaler sig negativt om den danske praksis.

Det er således først og fremmest den subjektive del af ansøgningerne, som har givet anledning til problemer i sagerne, men herudover har man en række objektive krav, der ligeledes skal overholdes.

Det kan således være vanskeligt for skatteydere, dels pga. af tidsforløbet med en ansøgning og dels pga. vanskeligheden i at vurdere praksis, at tage stilling til at anvende skattefri aktieombytning.

⁷ Bl.a. artiklerne i Revisorbladet nr. 1, 2003 side 22 af Hanne Bjerg Andersen, indeholdende en række udtalelser fra Michael Serup, og side 26 af FRR

⁸ Også advokat for skatteyderen i den retningsgivende "Vognmandssagen", som er gennemgået senere i opgaven

Vi skal således også fastslå, at aktieombytninger kan foretages både skattepligtigt og skattefrit, hvor den skattepligtige model altid skal overvejes, da dette er langt den mest tilgængelige metode, og et evt. udskudt skattebeløb skal således have et vist niveau, før den skattefrie model er at foretrække. Vi vil ikke beskrive de skattepligtige transaktioner nærmere, jf. vores valgte afgrænsning.

2.1. Det retlige grundlag

Det retlige grundlag for skattefri aktieombytning med tilladelse er placeret i Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk.1-4.

Ved ombytning af aktier forstås ifølge Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 2,

”den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, eller, hvis det allerede har et sådant flertal, erhverver en yderligere andel ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udlingssum.”

Gennemførelse af en skattefri aktieombytning betyder, at en aktionær ombytter sine aktier i et selskab⁹ til aktier i et andet selskab¹⁰ med betaling i form af enten kontanter eller aktier i det nye selskab opgjort til handelsværdier.

Aktieavancebeskatningslovens § 36 giver mulighed for at aktionærer, uden normale skattemæssige avancebeskatninger, kan ombytte deres aktier i et selskab til aktier i et andet selskab. Skattefriheden betyder, der gives succession, som er udtryk for, at vederlagsaktierne i ombytningen ejes med de oprindelige anskaffelsesummer og anskaffelsestidspunkter, der var inden den skattefrie aktieombytning.

Skattefriheden og dermed successionen er betinget af dels nogle materielle krav, og at der opnås tilladelse til ombytningen fra Skat efter den hidtil gældende skatteret. De materielle krav er angivet i Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 2, 3 og 4.

⁹ Det erhvervede selskab

¹⁰ Det erhvervende selskab

Nedenfor er de to typer af aktieombytninger beskrevet, med hver deres kendetegn og objektive krav. Ud over krav, der er vedhæftet typen af ombytning, er der også andre objektive krav, som er beskrevet umiddelbart efter.

2.2 Flertalsombytninger (aktieombytninger)

I Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 2 angives definitionen på aktieombytninger, som citatet ovenfor angiver. I denne beskrivelse ligger det materielle krav om flertalsombytninger, hvor det beskrives, at det erhvervende selskab skal opnå flertallet af stemmerne i det nye datterselskab. Har et selskab allerede flertal, skal det blot erhverve yderligere aktier.

Der er således krav om at opnå flertallet af stemmerne og majoritet i kapitalandele er således ikke nok. Anpartsselskabsloven og Aktieselskabsloven giver muligheder for forskydninger mellem kapitalandele og stemmer, hvorfor der alene af den grund er behov for tydeliggørelse af, at stk. 2 kan anvendes alene ved stemmeflertal.

Hvorvidt der opnås stemmemajoritet i en konkret aktieombytning er således væsentlig, da ombytningen ellers ikke vil kunne finde sted med succession og i stedet være skattepligtig. Kravet til stemmemajoritet har givet anledning til flere sager bl.a. ved 50/50 ejede selskaber.¹¹ Den skatteretlige realitetsgrundsætning er ligeledes blevet anvendt, hvor kortere tidshorisonter med majoritetsstatus er blevet tilsidesat.¹²

I Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 1 angives hjemlen til fra Skats side at give tilladelsen til gennemførelse af skattefrie aktieombytninger på flertalsombytninger. ABL's § 36 stk. 1 og 2 er indlemmet i dansk skatteret fra EU's fusionsdirektiv.¹³

Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 3 hjemler Skat tilladelse til gennemførelse af ombytninger på helejerskabsombytninger, som er danske regler.

¹¹ Tfs 1997.205 LR, Tfs 1997.420 LR, Tfs 1997.421 LR, Tfs 1998.678 Ligningsrådet, Tfs 1999.787 LR, SKM 2001.241, SKM 2001.303.

¹² Tfs 1999.492 LSR og Tfs 2003.355 ØLR

¹³ EU-direktiv 90/434/EØF

2.3. Helejerskabsombytninger (uegentlige fusioner)

I ABL § 36 stk. 3 angives det, at et selskab skal erhverve hele aktiekapitalen i et andet selskab, eller et selskab, der i forvejen ejer aktier i et andet selskab, skal erhverve resten af aktiekapitalen i det andet selskab, også kaldet uegentlig fusion for at kunne anvende bestemmelsen.

ABL Stk. 3 og helejerskabsombytninger er nationale tilføjelser til stk. 1 og 2, og er dermed ikke en del af de inkorporerede regler fra EU, men rene danske regler.

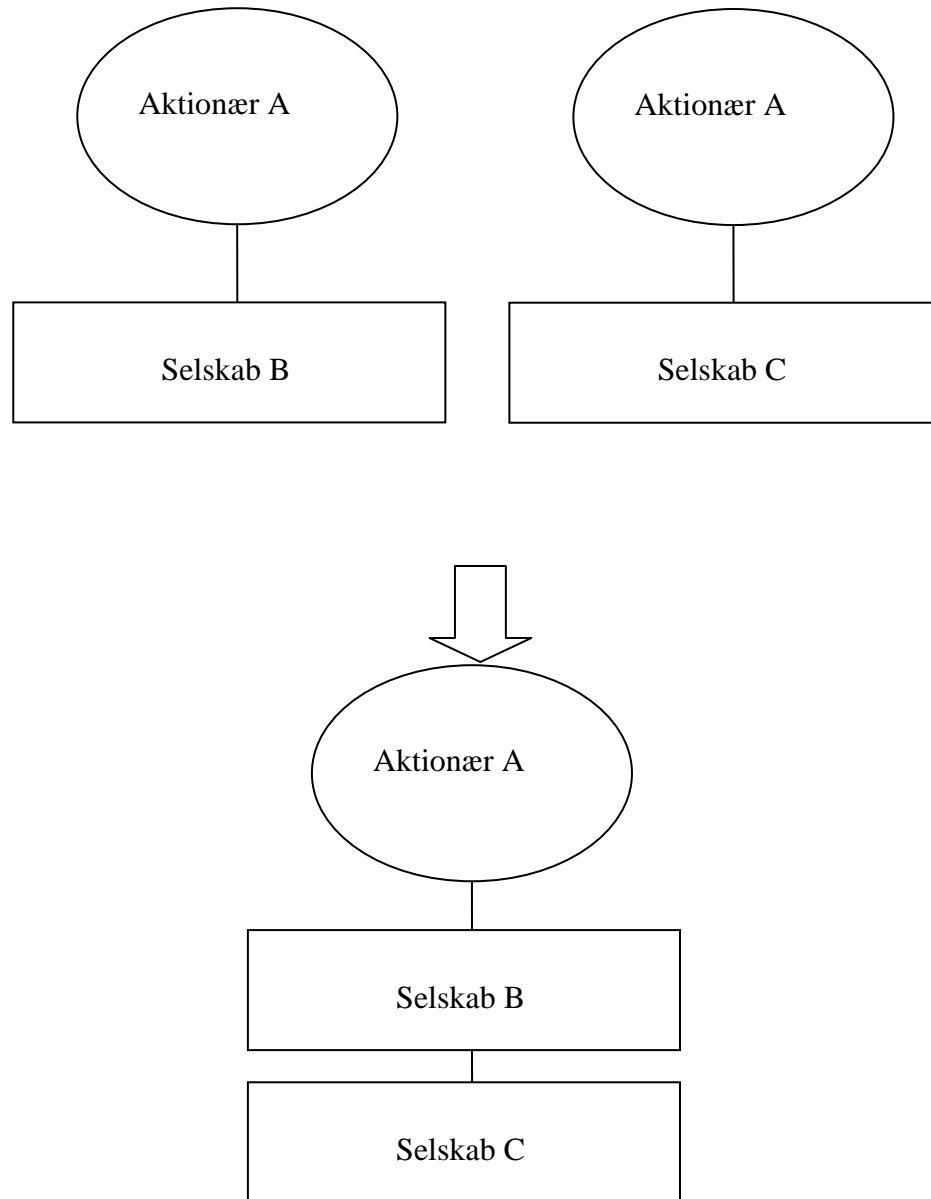
Stk. 3 bygger alene på kapitalandelene i selskabet, som ved anvendelse af bestemmelsen bliver 100%. Stk. 1 og 2 bygger alene på stemmemajoriteten. Efter stk. 1 og 2 kunne en ombytning således teoretisk ske, hvor et anpartsselskab ejes med 5% af kapitalen, men med 80% af stemmerne.

De to metoder kan således overlape hinanden i flere situationer. Nedenfor er beskrevet tre forskellige anvendelsesmuligheder kommenteret med, hvilke paragraffer den skattefrie aktieombytning er hjemlet. Eksemplerne er meget simple, og der er selvfølgelig mange andre muligheder for skattefrie aktieombytninger. Det er blot eksempler på muligheder indenfor aktieombytning til illustration af de ovenfor beskrevne muligheder.

2.4. Anvendelsesmuligheder for aktieombytning

Reglerne for aktieombytning kan anvendes på forskellige konstruktioner til etablering af en holdingstruktur.

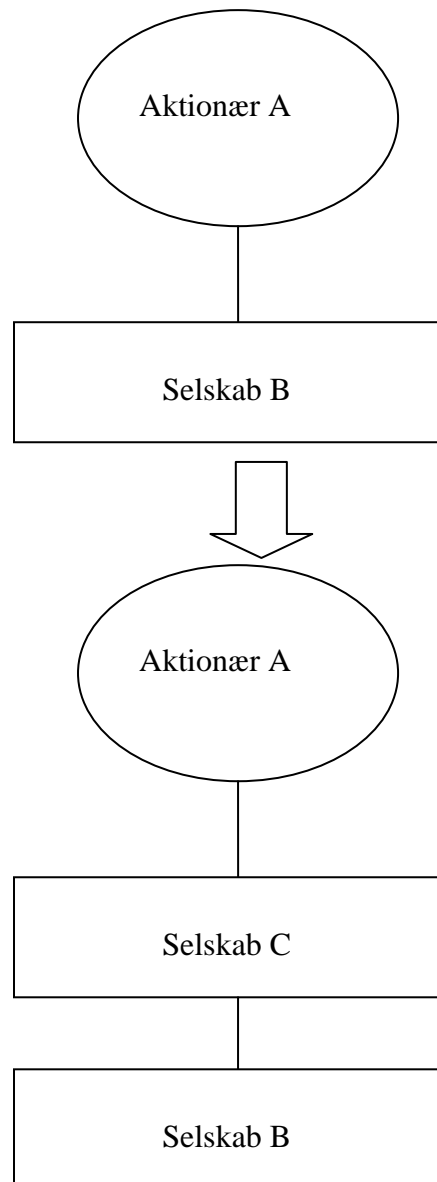
Figur 1:



Ved denne model ombytter aktionær A sine aktier i selskab C til aktier i selskab B, og opnår derved at få en vertikal selskabsstruktur. Der kan være flere begrundelser for at opnå denne struktur frem for den oprindelige, som f.eks. udbytte og konsolideringspolitik eller skatteundgåelse ved salg af selskab C efter 3 års reglen i Aktieavancebeskatningsloven.

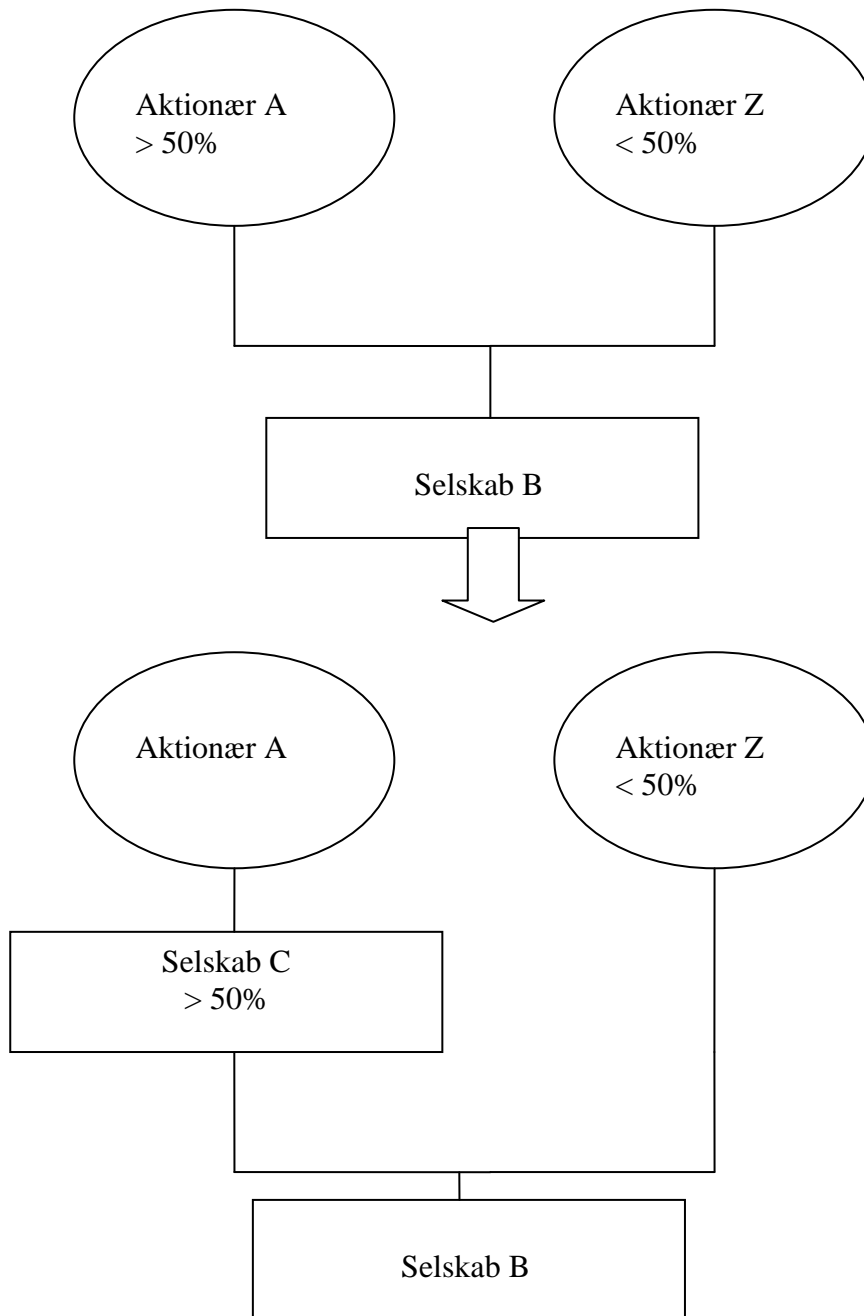
Ved denne form for ombytning kan både Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 1 og 2 og stk. 3 anvendes, idet aktionæren ejer begge selskaber 100%.

Figur 2:



Figur 2 beskriver en situation, hvor en aktionær f.eks. ønsker at få indskudt et holdingselskab mellem sit driftsselskab og sig selv. Denne aktieombytning kan ligeledes gennemføres med begge regelsæt, afhængigt af, om aktionæren ejer hele kapitalen i selskab B. Dette er den mest simple aktieombytning og er mest anvendt i mindre ejerledervirksomheder.

Figur 3:



Figur 3 viser en situation, hvor aktionær A ejer mere end 50% af stemmerne i Selskab B. På den måde kan aktionær A stifte et holdingselskab ved at ombytte aktierne i selskab B til aktier i selskab C. Afgørende for muligheden er, at ejerandelen af stemmerne er over 50% og hjemlen til ombytningen ligger i Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 1 og 2.

2.5. Objektive krav

Som tidligere beskrevet er der både tilladelseskravet og en række objektive krav ved skattefrie aktieombytninger efter ombytninger med tilladelse. De grundlæggende objektive regler, der er med i definitionen og stemmeflertalskravet, er allerede beskrevet i det foranstående. Herudover er der yderligere objektive regler, som kort er beskrevet nedenfor.

2.5.1. Vederlaget

I Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 2 vedrørende flertalsombytninger er angivet:

”... til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum.”

Og i Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 3 vedrørende uegentlige fusioner er angivet:

”Det er en betingelse, at aktionærerne i det andet selskab som vederlag alene modtager aktier i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum.”

Det fremgår således klart, at vederlaget er delt op i to typer. Aktier eller anparter og kontanter. Der er dog væsentlig forskel på de to typer af vederlæggelse, da aktier som vederlag medfører succession¹⁴ og kontanter som vederlag medfører almindelig realisationsbeskatning efter ABL.¹⁵

Det kan således helt logisk videre fortolkes, at en situation, hvor der vederlægges alene med kontanter, ikke vil kunne omfattes af reglerne om skattefri aktieombytning, men at dette vil være en helt ordinær overdragelse af aktier.

Indtil medio 2002 var der ikke frit valg mellem kontantvederlæggelse og aktier, da man ikke kunne vederlægge med mere end 10% af det samlede beløb i kontanter.¹⁶ Denne begrænsning er således ophævet.

¹⁴ Efter FUL § 11

¹⁵ Efter FUL § 9

¹⁶ Ændret ved lov nr. 313 af 21. maj 2002

2.5.2. Tidsfrist

Den objektive tidsfrist kan opdeles i to frister, hvor den ene er den egentlige lovbestemte frist¹⁷ for en gennemførelse af en skattefri aktieombytning og en administrativ frist, som knytter sig til tilladelsen og den periode, tilladelsen gælder.

2.5.2.1. Den lovbestemte frist

Den lovbestemte frist angiver, at gennemførelsen af en ombytning skal være indenfor en periode på højst 6 måneder regnet fra den første ombytningsdag. Dette gælder både ombytninger efter ABL stk. 1 og stk. 3, men har givet størst relevans for ombytninger efter stk. 1.

Reglen er i mange ombytninger helt uproblematisk, da der i de fleste tilfælde er en eller få aktionærer, som skal ombytte. Men i tilfælde med en bred aktionærkreds kan tidsfristen blive aktuel. Ligeledes kan tidsfristen blive problematisk i tilfælde, hvor værdiansættelsen af aktierne er problematisk.

Der er dog mulighed for forlængelse af fristen.¹⁸ Der er tale om en lempelig praksis, og hvor der er reelle begrundelser, som f.eks. problemer med at inddrive alle aktier inden 6 måneder, vil forlængelsen blive givet.

2.5.2.2. Den administrative frist

Ud over den lovbestemte frist er der den administrative frist, som gives i forbindelse med at tilladelsen gives fra Skat. Historisk har denne frist ligeledes været på 6 måneder, og er indsat som et standardvilkår, hvis ikke andet er positivt nævnt i ansøgningen. Fristen er ikke lovbestemt, og er derfor knap så restriktiv som den foregående tidsfrist, og det er således mere tilgængeligt at få denne frist udsat. Ved forskellige typer af uforudsete hændelser kan fristen således typisk forlænges ved at ansøge Skat.

Tidsfristen er således for begge typer ikke en restriktiv regel, som kan udvides uden større problemer med de rette begrundelser, men den er alligevel indsat, da den har praktiske formål, så ombytningerne ikke kan strække sig over for lange perioder.

¹⁷ ABL § 36 stk. 4

¹⁸ ABL § 36 stk. 4

2.5.3. Ikke tilbagevirkende kraft

Aktieombytninger kan skattemæssigt ikke ske med tilbagevirkende kraft.¹⁹ Dette kan udledes af det generelle og bærende princip i dansk skatteret om retserhvervelsestidspunktet. Hvis der skatteretligt skal være mulighed for tilbagevirkende kraft, er det nødvendigt med særskilt hjemmel. Denne findes ikke for aktieombytninger, som den gør for f.eks. fusioner og spaltninger.

2.5.4. Stemme flertalskrav

Stemme flertalskravet er allerede delvist gennemgået ovenfor, som den type af aktieombytninger, som er indlemmet fra EU-direktivet. Stemme flertalskravet er udover kendetegnende for den ene gruppe af ombytninger også et objektive krav. Kravet er af mindre betydning for ombytninger efter ABL § 36 stk. 3 (uegentlige fusioner), da denne type har som krav, at hele eller resterende aktiekapital skal erhverves.

Kravet betyder, at over 50% af stemmerne bogstaveligt talt skal være med på ombytningen. Der er således praksis, som har nægtet tilladelse, hvor uigenkaldelige fuldmagter har været anvendt.²⁰

Ligeledes kan forskellige typer af aktionæroverenskomster, hvor aktionærer har en form for vetoet mod beslutninger, ikke opfylde dette objektive krav.²¹

I situationer, hvor selskaber ejer egne aktier, skal disse ikke medtælles i opgørelsen af majoritet, hvilket betyder, at man f.eks. kan gennemføre en ombytning, hvor man ejer 48% og selskabet selv ejer 10% af egne aktier.²²

Reglen er meget objektiv og nem at gå til, hvis det udslagsgivende var kapitalandele, men da det er stemmerettigheder eller flertal, der er afgørende, har bestemmelsen givet anledning til flere grænse-
dragninger i praksis.

2.5.5. Selskabsform

¹⁹ ABL § 36 stk. 4

²⁰ Tfs 1998.678 samt den skatteretlige realitetsgrundsætning

²¹ Tfs 2001.590

²² Tfs 2001.690

Der er begrænsninger for, hvilke selskabsformer, der kan anvende reglerne om skattefri aktieombytning. Begrænsningen betyder, at virksomheder, der er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF²³, kan bruge regelsættet, som det direkte fremgår af lovteksten.

Herudover kan selskaber, som svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber, men er hjemmehørende uden for EU anvende reglerne.²⁴ Denne tilføjelse er, som det nærmest direkte fremgår af lovteksten, indsat for at muliggøre skattefrie aktieombytninger af aktier i selskaber uden for EU med aktier indenfor EU.

For så vidt angår de uegentlige fusioner²⁵ er der angivet en noget mere uklar definition af, hvilke selskaber, der kan anvende reglerne. I lovteksten står alene ”selskab”. Dermed er det ikke direkte defineret, hvorvidt der er tale om anparts- eller aktieselskaber alene. Bestemmelsen i ABL § 36 stk. 3 vedrører de nationale regler om uegentlige fusioner, og derfor må fortolkningen af ”selskab” være efter ABL § 1. Dermed er der ikke alene tale om anparts- eller aktieselskaber, men også lignende selskabsformer, som kan være A.m.b.A’er, foreninger mv. Afgrænsningen skal laves over for transparente enheder. En afgørelse²⁶ har fremhævet følgende indikationer på, at selskabsformen er omfattet af ABL:

- Begrænset hæftelse
- Overskud fordeles i forhold til kapitalandele
- Omsætteligheden af kapitalandelene
- Betaling af beløb ved indtræden

Dermed er muligheden for aktieombytninger ved uegentlige fusioner bredere med hensyn til, hvilke danske selskabstyper der kan anvende reglerne.

Generelt kan det konkluderes, at aktieselskabslignende virksomhedsformer kan anvende reglerne, hvor praksis dog har hjulpet med grænsedragningen på, hvad der er aktieselskabslignende.

²³ ABL § 36 stk. 1

²⁴ ABL § 36 stk. 1

²⁵ ABL § 36 stk. 3

²⁶ Tfs 2003.97

2.6. De subjektive betingelser (Tilladelseskravet)

Når lovgivere giver muligheden for at skatteydere, her i form af aktionærinteresser og selskaber, kan foretage skattefrie dispositioner, hvor den almindelige skatteret ellers klart angiver skattepligt, vil den skattefrie option helt naturligt blive søgt. Der er således brug for en klar grænse mellem de skattefrie og skattepligtige dispositioner.

De foregående afsnit har beskrevet de objektive krav, der er gældende i dansk skatteret. De objektive krav, som fremgår klart af lovtekst, skal være opfyldt for at kunne gennemføre en skattefri aktieombytning. Der er således alene fortolkningsproblemer af den direkte lovtekst i specifikke dispositioner, som giver anledning til uafklarede forhold for skatteydere.

Udover de objektive krav er der ved skattefrie aktieombytninger efter de hidtil gældende regler, krav om tilladelse fra Skat til at gennemføre en aktieombytning.²⁷ Som hovedregel vil en sådan tilladelse fra Skat blive givet, såfremt aktieombytningen er begrundet med forsvarlige økonomiske betragtninger og et af hovedformålene ikke er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

En subjektiv vurdering og et tilladelseskrav betyder, at der tages stilling til hver enkelt aktieombytning fra Skats side, hvilket naturligt er ressourcekrævende for Skat, ligesom det kræver tidsmæssige forsinkelser ved behandlingstiden og økonomiske ressourcer til udarbejdelsen af en ansøgning for skatteyderne.

Ud over ressourcespørgsmål kan en tilladelsesmetode også true skatteydernes retssikkerhed, idet en subjektiv vurdering altid vil afhænge af, hvem der læser en ansøgning om tilladelse, og kvaliteten af ansøgningen vil helt givet også have betydning for den mulige tilladelse. Der er således en teoretisk mulighed for, at to ellers ens dispositioner kan få forskellige udfald.

Skatteydere, der står foran en ombytning, vil dog i langt de fleste tilfælde have en professionel rådgiver. Det er i skatteydernes egen interesse, at ansøgningen bliver professionelt udarbejdet, og dermed er risikoen for forskellig behandling måske ikke så stor.

²⁷ Aktieavancebeskatningslovens § 36 stk. 1 og stk. 3.

På den anden side har tilladelsessystemet den klare fordel, at retssikkerheden klart styrkes, ved at Skat tager stilling til hver enkelt ombytning, og dermed har skatteyderen en sikker viden omkring den skattemæssige behandling af dispositionen, allerede inden den foretages. Dette kan sammenlignes med fordelene ved bindende svar.

Udarbejdelsen af ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning er således meget væsentlig, idet den dels skal være rigtigt formuleret og klar i sit sprog, så den subjektive vurdering ikke bliver forvansket, og dels skal indeholde alle de faktiske argumenter, som dispositionen har. At udelade faktiske argumenter i en ansøgning vil være en fejl fra forfatterens side, dels da denne mangel vil medvirke til, at en brik i det samlede billede mangler, og dels at forståelsen af virksomhedens situation vanskeliggøres. Herudover må det antages, at manglende forsvarlige økonomiske betragtninger kan sidestilles med, at et af hovedformålene med transaktionen er skattespekulation.

2.6.1 Forsvarlige økonomiske betragtninger

Udgangspunktet i Fusionsskattedirektivet er at selskaber i de forskellige medlemslande har ret til at gennemføre en aktieombytning skattefrit. Dog har man i EU-Rådet, som har udstedt Fusionsskattedirektivet, også indset, at sådanne skattemæssige lempelige regler i nogle tilfælde vil blive misbrugt, hvorfor Rådet ligeledes har indført bestemmelser i direktivet, som gør det muligt for de enkelte medlemslande at afvise brugen af direktivets bestemmelser om skattefri aktieombytning m.m. med deraf følgende skattefordele.

Således angives følgende i indledningen til Fusionsskattedirektivet:

”-medlemsstaterne bør have mulighed for at kunne afslå at anvende direktivet, når en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier har til formål at begå skattesvig eller skatteunddragelse eller bevirker, at et selskab, hvad enten det er impliceret i transaktionen eller ej, ikke længere opfylder betingelserne for at medarbejderne kan lade sig repræsentere i selskabets organer-”

Således kan en medlemsstat afvise brugen af bestemmelserne i Fusionsskattedirektivet, såfremt det kan godtgøres, at transaktionen udelukkende gennemføres for at tilgodese skattemæssige hensyn.

Det vil så omvendt sige, at en sådan skattefri transaktion kun kan tillades, såfremt den hovedsagligt gennemføres ud fra en forretningsmæssig motivation.

Dette forhold reguleres på følgende måde i Fusions-skattedirektivets artikel 11 stk. 1 og 1a:

”1. En medlemsstat kan nægte at anvende eller kan tilbagekalde anvendelsen af alle eller enkelte af bestemmelserne i afsnit II, III, IV og IVb,

- a) Hvis hovedformålet eller et af hovedformålene med fusionen, spaltningen, den partielle spaltning, tilførslen af aktiver, ombytningen af aktier eller et SE’s eller SCE’s flytning af vedtægtsmæssigt hjemsted er skatteunddragelse eller skatteundgåelse; 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”*

EU-Rådet angiver i artikel 11 positivt omstrukturering og rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen som eksempler på, hvad der anses for at være gyldige forretningsmæssige årsager. Herunder eksisterer der i praksis en række forretningsmæssige begrundelser, som selskaberne kan lægge til grund for den skattefrie aktieombytning. De mest gængse begrundelser gennemgås kort nedenfor.

2.6.1.1 Omstrukturering af aktiviteter

Omstrukturering af aktiviteterne i de selskaber, der indgår i transaktionen, nævnes positivt i fusionsdirektivet som en gyldig forretningsmæssig begrundelse.

I forbindelse med aktieombytning er det umiddelbart ikke helt klart, hvorvidt omstrukturering kan anvendes direkte som begrundelse alene, idet der i fusionsdirektivets bestemmelse henvises til aktiviteterne i det erhvervede selskab, underforstået selskabets driftsmæssige aktiviteter. En aktieombytning medfører, at aktierne i det erhvervede selskab skifter ejer, hvilket som udgangspunkt ikke har noget med de driftsmæssige aktiviteter at gøre.

Ønsker man derfor omstrukturering anvendt som forretningsmæssig begrundelse, må der herudover skulle forelægge konkrete planer om, eller gennemføres yderligere forandringer i koncernstrukturen, som for eksempel via spaltning, bedre kendt som kombinationssager, stiftelse af nye selskaber m.m. i forbindelse med dannelsen af holdingselskabet via skattefri aktieombytning.

Nedenfor er indsat et eksempel fra praksis, og skal tjene som en illustration af, hvorledes omstrukturering kan begrunde en skattefri aktieombytning. Der er tale om en afgørelse fra Ligningsrådet den 27. juni 1995:

TfS 1995.618 LR

En aktionær, der ejede samtlige aktier i et selskab, der importerede og solgte en række produkter, anmodede om tilladelse til skattefri ombytning af aktierne med aktier i et nystiftet holdingselskab, idet han ønskede at omstrukturere virksomheden, således at det fremtidige salg skulle varetages af holdingselskabet, medens import- og eksportvirksomheden forblev i datterselskabet. Ligningsrådet gav tilladelse til skattefri aktieombytning på vilkår af at helejerskabet ville forblive uændret i 3 år efter aktieombytningen. Såfremt denne betingelse ikke blev opfyldt, bortfaldt tilladelsen. Det var oplyst, at ansøgeren personligt ejede samtlige aktier i datterselskabet og at han udelukkende ville blive vederlagt med aktier i et nystiftet holdingselskab. Baggrunden for ønsket om aktieombytning skulle søges i rent selskabsretlige betragtninger, idet ansøgeren, der importerede og videresolgte forskellige genstande, ønskede at omstrukturere sin virksomhed, således at det fremtidige salg i Danmark varetoges af holdingselskabet, og import- og eksportvirksomheden forblev i datterselskabet. Det var oplyst, at helejerskabet af datterselskabet ikke påtænkte ændret de første 3 år efter aktieombytningen. Datterselskabets balance var vedlagt. LR gav tilladelse til skattefri aktieombytning i henhold til ABL § 13. Rådet tillagde det afgørende betydning at revisor havde oplyst, at helejerskabet ville forblive uændret i 3 år efter aktieombytningen. Rådet meddelte at tilladelsen måtte anses for bortfaldet ved ændringer i helejerskabet mindre end 3 år efter aktieombytningen. Aktieombytningen skulle foretages senest 6 måneder efter at Rådet havde givet tilladelse til aktieombytning. Ved tilladelsen blev der ikke taget stilling til aktiernes overdragelseskurs, idet dette spørgsmål afgøres af den stedlige ligningsmyndighed. Det blev fremhævet at aktieombytningen ikke i skattemæssig henseende kunne ske med tilbagevirkende kraft.

Hovedargumentet fra ansøgerens side i ovennævnte sag var at omstrukturere driften, således at aktiviteter vedrørende import og eksport blev isoleret i et særskilt selskab, mens aktiviteten med indenrigssalg blev placeret i holdingselskabet, sandsynligvis ud fra en risikoafvejning af de to driftsaktiviteter, dette fremgår dog ikke umiddelbart af afgørelsens tekst.

Vi betragter omstrukturering af aktiviteter som et overordnet begreb, der betegner de transaktioner, der fører til en ønsket virksomhedsstruktur. Selve begrebet omstrukturering mener vi ikke kan være

en forretningsmæssig begrundelse i sig selv, idet der altid vil ligge en eller anden form for fornuftsmæssig betragtning til grund for beslutningen, det vil sige et ønske fra ledelsens side om at rationalisere måden, hvorpå virksomheden drives.

Dette kommer også til udtryk i ovennævnte dom, idet omstruktureringen i denne sag i bund og grund havde til formål at opdele markederne for derved at sprede risikoen. Det vil sige, at omstruktureringen blev foretaget ikke bare for at forandre virksomhedens struktur, men for at gøre virksomhedens drift mere rationel, bæredygtig og mere modstandsdygtig overfor udefra kommende trusler.

Dette bringer os videre til næste afsnit vedrørende rationalisering af aktiviteter.

2.6.1.2 Rationalisering af aktiviteter

Rationalisering omtales ligeledes direkte i Fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, som en anden mulig og forsvarlig forretningsmæssig begrundelse.

I lighed med omstrukturering af aktiviteter kan man sige, at en skattefri aktieombytning ikke umiddelbart kan begrundes med et ønske om at rationalisere selskabets aktiviteter, idet man igen må antage det synspunkt, at der med begrebet aktiviteter menes selskabets driftsmæssige aktiviteter og forhold, hvilket der jo ikke ændres på ved en aktieombytning.

Rationalisering af aktiviteter som forretningsmæssig begrundelse har jo nok større relevans i de tilfælde, hvor man ønsker at spalte et selskab eventuelt med henblik på at udskille forretningsområder og optimere og fokusere på disse hver for sig. Rationalisering kunne også være en relevant begrundelse i forbindelse med en fusion for eksempel i de tilfælde, hvor ledelsen vurderer, at virksomheden herved ville kunne opnå nogle driftsmæssige synergieffekter.

Så med mindre at man har konkrete planer om at gennemføre aktieombytningen, eller faktisk foretager denne i kombination med for eksempel en spaltning og/eller fusion m.m., så må det antages, at rationalisering af aktiviteter ikke er en relevant/gyldig forretningsmæssig begrundelse i forhold til ønsket om en skattefri aktieombytning.

Som nævnt før i afsnittet om omstruktureringer, så opfatter vi rationalisering som det bærende element, når et selskab skal begrunde formålet med en påtænkt omstrukturering. Rationalisering, eller det at gøre ting mere fornuftigt i forhold til selskabets aktiviteter, bør jo egentligt være motivet, når et selskab omstrukturerer sine aktiviteter, da det er de forretningsmæssige fornuftige løsninger, der grundlægger selve forandringen af virksomhedens struktur, og derved den samlede virksomheds eksistens.

I praksis vil man typisk opleve, at følgende rationelle motiver bliver anvendt som begrundelse for at få lov til at foretage en skattefri aktieombytning. Nedennævnte forretningsmæssige begrundelser har ikke nødvendigvis effekt på aktiviteterne i virksomheden, og kan derfor ikke direkte henføres til rationalisering heraf. Begrundelserne er nærmere opstået som følge af praksis på området for skattefrie omstruktureringer, hvor **TfS 1996.899** udgør det første bidrag.

2.6.1.3. Risikobegrænsning/risikoafvejning

Enhver virksomhed er underlagt en eller anden form for risiko i det marked, hvor den agerer. Risikoen varierer, afhængig af hvilken type virksomhed vi taler om, og den branche den beskæftiger sig indenfor. Driftsmæssige risici kunne for eksempel opstå for virksomheder i forbindelse med erstatningssager vedrørende produktansvar på det amerikanske marked, og eksempelvis i forbindelse med store byggeprojekter m.m. Risikobegrænsning/afvejning må derfor anses for at være en forretningsmæssig nødvendighed, hvilket Skatteministeriets Departement også anerkender i **TfS 1996.899**, hvor risikoafvejning positivt nævnes som et eksempel på en forsvarlig forretningsmæssig begrundelse.

Et eksempel på risikobegrænsning i forbindelse med opnåelse af tilladelse til skattefri aktieombytning kunne være **TfS 1995.618 LR**, som er gengivet tidligere under afsnittet om omstruktureringer, hvor man ønskede at opsplitte aktiviteterne, så man havde et selskab, som udelukkende beskæftigede sig med indenrigshandel (lav risiko), og et andet selskab, hvor man beskæftigede sig med import og eksport (højere risiko). Det rationelle heri må være at isolere risikoen i datterselskabet, og løbende føre midler op i holdingselskabet med den mindre risikable drift. Skulle det så gå galt i datterselskabet, ville dette ikke komme til at berøre holdingselskabet og driften i dette. Tilladelsen blev givet af ligningsrådet på baggrund af ovennævnte driftsmæssige begrundelser vedrørende risikobegrænsning.

I **SKM2002.644 LSR**, Landsskatterettens afgørelse af 25. oktober 2002, blev der givet tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, hvor risikobegrænsning var fremført som et argument for den skattefrie transaktion.

Anmodningen var i første omgang blevet afvist af Told- og Skatteregionen, da det ifølge regionen ikke kunne afvises, at hovedformålet eller et af hovedformålene var skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Afgørelsen blev påklaget, hvor klagers repræsentant fremførte yderligere argumenter til støtte for transaktionens forretningsmæssige begrundelse. Argumenterne er gengivet i nedenstående uddrag af afgørelsen.

SKM2002.644 LSR (uddrag)

....Klagerens repræsentant har nedlagt påstand om, at tilladelse til skattefri anpartsombytning meddeles som ansøgt, idet repræsentanten har gjort gældende, at der ikke foreligger skatteundgåelse eller skatteunddragelse ved anpartsombytningen. Til støtte herfor har repræsentanten anført, at hovedformålene med den ønskede anpartsombytning var at etablere en enkel selskabsstruktur, at foretage en risikoafgrænsning, at forberede et generationsskifte, samt at skabe mulighed for etablering af selvstændige datterselskaber, som skulle modtage større ordrer, hvorefter den påtænkte aktieombytning utvivlsomt har været begrundet i selskabets forretningsmæssige interesser. Specielt med henblik på ønsket om, at foretage en opdeling af selskabets erhvervsområder i to selvstændige selskaber har repræsentanten anført, at metoden med aktieombytning - i stedet for spaltning – blev foretrukket af omkostningsmæssige årsager. Repræsentanten har endvidere anført, at selskabet havde fået flere ordrer med henblik på installation af edb-udstyr, som man ønskede udskilt fra den almindelige elinstallationsvirksomhed. Med hensyn til ønsket om at foretage en risikoafgrænsning har repræsentanten anført, at selskabet havde forretningsmæssig interesse i at placere edb-installationsvirksomheden i et selvstændigt selskab, samt at koncernen havde forretningsmæssig interesse i at kunne placere reserverne til et holding-selskab. Forberedelsen af generationsskifte eller optagelse af nye medarbejdere i ejerkredsen lettedes endvidere gennem den ønskede selskabsstruktur, idet denne ville give mulighed for at udlodde værdier til moderselskabet forud for optagelse af nye ejere i datterselskaberne. Der var imidlertid ingen konkrete planer herom på ansøgningstidspunktet.

Landsskatteretten skal udtale:

...Ud fra en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger finder Landsskatteretten, at selskabet på tilstrækkelig vis har sandsynliggjort, at motivet bag den skattefri anpartsombytning var forretningsmæssigt begrundet i omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne. Retten finder herefter, at hovedformålet med transaktionen ikke har været at opnå en udskydelse af aktieavancebeskatningen med deraf følgende skattebesparelse. Landsskatteretten har herved bl.a. henset til, at den planlagte omstrukturering tjener selskabets erhvervmæssige interesser derved, at der skabes mulighed

for en opdeling af de erhvervmæssige aktiviteter i selvstændige datterselskaber, en bedre risikoafgrænsning, samt bedre muligheder for optagelse af nye personer i ejerkredsen. Told- og skatteregionens afslag af 17. december 2001 på tilladelse til skattefri anpartsombytning efter aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 1 og 2, findes herefter at være i strid med fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a. Det påklagede afslag ændres i overensstemmelse hermed.

Landskatteretten lægger i ovennævnte sag vægt på virksomhedens øgede muligheder for risikoafgrænsning, dels ved at opsplitte virksomheden i to forretningsområder og dels ved at åbne op for muligheden for at isolere overskudslikviditet i holdingselskabet.

Endvidere bemærker Landsskatteretten i afgørelsen, at man ved den påtænkte omstrukturering forbedrer muligheden for at optage nye personer i ejerkredsen, dvs. at Landsskatterettens afgørelse her giver et eksempel på, hvordan generationsskifte kan indgå i den forretningsmæssige begrundelse i forbindelse med at opnå tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning. Dette fører os naturligt over i næste afsnit, som omhandler generationsskifte.

2.6.1.4. Generationsskifte

Begrebet dækker over transaktioner, der har til formål at sikre eksistensen af den pågældende virksomhed, hvilket jo er rationelt i forhold til virksomhedens interesser og i forhold til samfundet generelt.

I forhold til skattefri aktieombytning er generationsskifte en ofte anvendt begrundelse, hvilket skal ses i lyset af, at en holdingstruktur er meget anvendelig til netop at gøre en overdragelse af datterselskaber mere lettilgængeligt. Dette kan man gøre ved at føre overskydende frie reserver op i holdingselskabet skattefrit via udbytteudlodning, og derved ”slanke” driftsselskabet, således at nye aktionærer har nemmere ved at betale for aktierne i driftsselskabet.

Ovennævnte forhold har naturligvis et element af skatteudskydelse i sig på grund af den skattefrie udbytteudlodning, men hvis det er den eneste mulighed, der er for at familie eller medarbejdere har råd til at indtræde i virksomheden og derved føre virksomheden videre, så må metoden kunne forsvares som værende forsvarlig forretningsmæssigt begrundet. Metoden er blevet anerkendt i en række ikke offentliggjorte afgørelser fra Told- og Skatteregionerne²⁸.

²⁸ Bent Ramskov ”Aktieombytning og uegentlig fusion”, afsnit 9.2.1.3. Generationsskifteplaner, side 147

Ligningsvejledningens afsnit S.G.18 vedrørende skattefri aktieombytning anfører følgende vedrørende generationsskifte:

” Ved vurderingen af, om tilladelse til skattefri aktieombytning kan gives, lægges der bl.a. vægt på, om ombytningen vil lette et eventuelt generationsskifte f.eks. i den situation, hvor den nuværende ejer nærmer sig pensionsalderen, og det er hensigten, at dennes børn eller betroede medarbejdere inden for en årrække skal overtage driften. Der ses i den forbindelse bl.a. på, om ombytningen kun tilgodeser aktionærernes interesser, eller om den også tilgodeser selskabernes interesser. Generationsskifte udgør rent terminologisk som udgangspunkt en forretningsmæssig begrundelse i fusions-skattelovens forstand, jf. Tfs1996.899 DEP. Men EF-domstolens krav om en konkret helhedsvurdering, jf. præmis 41 og 42 i Leur-Bloem dommen (C28/95), sammenholdt med sagens faktiske forhold i øvrigt kan bevirke, at det angivne generationsskifte ikke tillægges afgørende betydning ved vurderingen af, om tilladelse til skattefri aktieombytning kan gives.”

Af ovennævnte fremgår det, at generationsskifte faktisk per definition er en forretningsmæssig begrundelse i medfør af **Tfs1996.899 DEP**. Det fremgår imidlertid også af afsnittet, at såfremt generationsskifte lægges til grund for en ansøgning om tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, så skal præmisserne for generationsskiftet tilgodese forholdene for de involverede selskaber, og således ikke kun aktionærernes interesser. Dette er jo meget logisk, for jo mere man tilgodeser de involverede selskaber i generationsskiftet, jo stærkere er det forretningsmæssige argument, modsat situationen, hvor de ”gamle” aktionærer favoriseres, hvorefter man må formode, at motivet med generationsskiftet er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Så selvom om generationsskifte som udgangspunkt anses for at være en forsvarlig forretningsmæssig begrundelse, så vil en tilladelse næppe blive givet på grundlag af en ansøgning, hvor ordet ”generationsskifte” anføres uden en begrundet redegørelse af forholdene i generationsskiftet. Som det anføres i ligningsvejledningen, så skal ansøgningerne igennem en konkret helhedsvurdering, jævnfør Leur-Bloem dommen, og de skal holdes op mod ansøgernes faktiske forhold, og såfremt skattemyndighederne skal kunne gøre dette, må ansøgningerne ligeledes være konkrete og beskrivende i forhold til, hvad man ønsker med den påtænkte omstrukturering.

SKM2002.644 LSR, som blev refereret i foregående afsnit, beskriver en afgørelse fra praksis, hvor Landskatteretten i sin afgørelse blandet andet lagde vægt på, at den påtænkte omstrukturering ville forbedre et fremtidigt generationsskifte.

Et andet eksempel, hvor generationsskifte bliver fremført som en forretningsmæssig begrundelse, er Told- og Skattestyrelsens afgørelse af den 10. marts 2003, som kort refereres nedenfor.

SKM2003.118.TSS (Uddrag)

To personlige anpartshavere - repræsenterende ialt 2/3 af anpartskapitalen i driftsselskabet - anmoder om tilladelse til skattefri aktieombytning umiddelbart efterfulgt af skattefri ophørsspaltning af det ved aktieombytningen etablerede holdingselskab, således at to nystiftede selskaber - 100% ejet af hver af de to anpartshavere - hver vil eje 33 1/3 % af anpartskapitalen i driftsselskabet. Baggrunden for anmodningen var at lette et senere generationsskifte (om 5 - 10 år) og at lette udbyttepolitikken for datterselskabet samt at gøre det nemmere at tilpasse likviditeten til driften i datterselskabet. Efter en samlet konkret vurdering imødekom Told- og Skattestyrelsen anmodningen, da man ikke fandt, at hovedformålet med den påtænkte omstrukturering var skatteundgåelse eller -unddragelse.

Ansøger tilkendegiver i sin anmodning, at den skattefrie aktieombytning har til formål at lette et senere generationsskifte, hvor det er planen at overdrage virksomheden til betroede medarbejdere. Dannelsen af holding-strukturen gør det muligt via skattefrie udlodninger at slanke datterselskabet, og derved gøre overdragelse mere overkommelig rent finansieringsmæssigt for de kommende aktionærer. Endvidere tilføjer ansøger, at overførslen af overskydende driftslikviditet er med til at sikre den fra driftsrisikoen i datterselskabet. Ydermere har aktieombytningen til formål at lette udbyttepolitikken, idet ejerkredsen herefter udelukkende vil komme til at bestå af selskaber. Sidste argument i anmodningen er at ophørsspalte det nydannede holdingselskab, hvorved hver af de to aktionærer får hver deres holdingselskab, og kan herefter agere uafhængigt af hinanden i disse selskaber.

Den regionale told- og skattemyndighed indstillede til Told- og Skattestyrelsen, at anmodningen burde give afslag, idet man ikke anså de anførte begrundelser for at bygge på forsvarlige økonomiske betragtninger, da der ikke var frembragt konkrete oplysninger om omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne, og at det derved ikke kunne afvises, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen var skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Dette blev dog afvist af Told- og Skattestyrelsen, der efter en samlet konkret vurdering af den påtænkte transaktion, i tråd med Leur-Bloem dommen, og begrundelserne herfor, bevilgede tilladelse til at gennemføre den planlagte skattefrie aktieombytning.

2.6.1.5. 3 års ejertid

Det sidste emne, som vi vil behandle i nærværende afhandling i forbindelse med gennemgangen af forsvarlige økonomiske betragtninger, er ansøgers tilkendegivelse om, at de vederlagte aktier i det etablerede datterselskab ikke afstås inden for en periode på 3 år.

I sig selv udgør denne hensigtserklæring, som det i virkeligheden er, ikke en gyldig forretningsmæssig begrundelse for at kunne foretage en aktieombytning skattefrit med tilladelse fra skattemyndighederne.

I Told- og Skattestyrelsens vejledning om skattefri aktieombytning pr. 28. oktober 2003 står der således angivet:

”Oplysning om, at de ved ombytningen erhvervede aktier i datterselskabet ikke vil blive afhændet i en periode af en vis varighed, eksempelvis 3 år, efter ombytningen, skaber som udgangspunkt en formodning for, at formålet med ombytningen ikke er skatteundgåelse eller –unddragelse. Formodningen skal imidlertid underbygges af ansøgningens oplysninger om de økonomiske betragtninger, der ligger bag ombytningen. Formodningen afkræftes således, hvis der er tvivl om, hvorvidt transaktionen bygger på forsvarlige økonomiske betragtninger eller der i øvrigt er forhold i sagen, der bevirker, at det må undersøges nærmere, om hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteundgåelse eller -unddragelse.”.

Det fremgår af ovennævnte, at såfremt man i sin ansøgning tilkendegiver, at man har til hensigt at beholde de erhvervede aktier i datterselskabet, så skabes der en formodning, men kun en formodning, om at aktieombytningen bygger på forretningsmæssige motiver og ikke skattemæssige motiver. Men det fremgår ligeledes af vejledningen, at hensigten med at beholde aktierne i 3 år skal underbygges med transaktionens forretningsmæssige betragtninger.

Det vil sige, at hensigten med at beholde aktierne i mere end 3 år blot har til formål at understøtte de økonomiske betragtninger, der ellers ligger til grund for ansøgningen.

2.6.2. Opsummering af tilladelseskravet

Tilladelseskravet er oprettet for at kunne afvise dispositioner, hvor skattefrie aktieombytninger foretages med skatteundgåelse eller skatteunddragelse som hovedformål.

Ved indsendelse af anmodninger om tilladelse til skattefri aktieombytning er det således vigtigt, at ansøger argumenterer med de forretningsmæssige begrundelser, der er ved den konkrete disposition. En manglende argumentation sidestilles med formodning om skatteundgåelse som hovedformål.

Argumenterne er ganske enkelt nødvendige for at få tilladelsen til ombytningen. De hyppigst anvendte argumenter kan oplistes således:²⁹

- Omstrukturering
- Rationalisering
- Risikobegrænsning
- Generationsskifte

Det er endvidere ikke nok blot at angive ovenstående argumenter i en ansøgning, som en slags ”trylleord” og forvente at tilladelsen bliver givet. Det udslagsgivende er argumentationen for de enkelte forretningsmæssige begrundelser.

Konkretisering af ansøgningerne er således nøglen til en god anmodning om tilladelse.

2.6.3. Anmeldelsesvilkår

Når skatteyder er nået så langt, at tilladelsen er opnået, vil der typisk være anmeldelsesvilkår tilknyttet. Der er således ikke tale om en ubetinget tilladelse.

Skat har behov for at vurdere den samlede disposition, og den væsentligste information om baggrunden for en disposition kan typisk indhentes efter udførelsen af dispositionen, da den reelle effekt af en disposition på dette tidspunkt kan måles.

²⁹ Ikke udtømmende

Derfor har man i de fleste tilladelser indsat et standardvilkår om efteranmeldelse af væsentlige forhold, der ligger til grund for tilladelsen. Hvad der skal efteranmeldes, fremgår af den enkelte tilladelse.

I de fleste tilladelser har man således indsat et vilkår om anmeldelse, hvis ejerskabet af aktierne i det erhvervede selskab ikke bevares i mindst 3 år.³⁰

Der er dog særtilfælde uden anmeldelsesvilkår, når ombytning sker i tilfælde, hvor eneaktionæren er et selskab, som har ejet aktierne i det ombyggede selskab i mere end 3 år.³¹

Konsekvensen af en efterfølgende anmeldelse som giver anledning til ændret udfald af den tidligere givne tilladelse er, at hele ombygningen bliver betragtet som skattepligtig. Der er således god grund til at forholde sig til de anmeldelsesvilkår, en tilladelse har angivet og efterfølgende agere ud fra forholdene.

³⁰ Her skal der gøres opmærksom på særlige situationer som f.eks. konkurs af datterselskaber, udstedelse af købe- eller salgsret, kapitaludvidelser mm.

³¹ Tfs 2002.424

3. Skatteundgåelse og unddragelse

Når skatteundgåelse og unddragelse er et af hovedformålene med en aktieombytning, vil en tilladelse kunne afslås efter gældende ret.³² Alene dette forhold angiver, at skattespekulation kan være et hovedformål og et klart motiv.

Det må også være helt naturligt, at skatterettens regler omkring skattefrihed og succession i omstruktureringer er indført netop af den årsag, at skatteforhold alene ikke skal stå i vejen for en ellers forretningsmæssig begrundet aktieombytning. Accept fra lovgivers side af skatteudskydelse i visse situationer er således hensigten med de skattefrie omstrukturingsmuligheder.

Muligheden for skattefri aktieombytning ligger således op til at give en klar skattefordel, hvor en skatteulempe vil stå til hinder for gennemførelse af en aktieombytning. Hvis skattemæssige årsager er til hinder for en omstrukturering, må det antages at denne må være væsentlig. Dermed tillades det klart, at væsentlige skatteprovenuier udskydes.

Man kan udlede af gældende ret, at skatteudskydelse eller endda skatteomgåelse gerne må være en afledt effekt af en transaktion, men ikke selve formålet.

3.1. Skattemæssige motiver til aktieombytning

At skattemæssige forhold kan være motiv for en aktieombytning er utvivlsomt. Tilladelsessystemet i dansk ret og Fusionsskattedirektivets art. 11's formuleringer er værnsregler imod skattespekulation.

Nedenfor er forskellige skatteretlige motiver til aktieombytning angivet.

3.1.1. Skattefri udbytteudlodning

Der kan være forskellige forhold der gør, at aktionærer har behov for at udlodde fri likviditet fra et driftsselskab. Hvis der foreligger skattepligt ved udbytteudlodning fra driftsselskabet til en personlig aktionær, vil der være et motiv til at etablere et koncernforhold ved at indskyde et holdingselskab mellem aktionæren og driftsselskabet, for at undgå et skatteprovenu.

³² Fusionsskattedirektivets art. 11

Således vil der kunne udloddes frie midler fra driftsselskabet, uden midler vil blive overført til privatsfæren og dermed beskattes. Et driftsselskabs udlodningspolitik er således meget afhæng af, hvorledes aktionærerne har konstrueret deres ejerforhold. Er der 2 aktionærer, hvor den ene har et holdingselskab og den anden er personlig ejer af driftsselskabet, vil der sjældent være overensstemmelse mellem de to personers incitamenter til udlodning.

Har man i stedet hvert sit holdingselskab, vil udlodning kunne ske fra driftsselskabet, og efterfølgende bestemmer de to aktionærer selv, hvor meget der skal udloddes til privatøkonomien med tilhørende beskatning.

Det er et krav for den skattefrie udbytteudlodning, at holdingselskabet ejer mindst 15% af kapitalen i driftsselskabet,³³ hvilket er overholdt i langt de fleste tilfælde efter en aktieombytning.³⁴

Der er således klart et skattemotiv i koncerndannelse ved indskydelse af holdingselskab. Der opnås mulighed for at udskyde en beskatning på fremtidige udlodninger af fri likviditet fra et driftsselskab.

Ved en potentiel salgssituation kan der ligeledes være et klart incitament til at stifte holdingstruktur og efterfølgende udnytte reglerne om skattefrit udbytte, således driftsselskabet slankes mest muligt. Som beskrevet nedenfor i næste afsnit er holdingstrukturen kun fordelagtig ved salg af et driftsselskab såfremt aktierne har været ejet i mere end 3 år, da salget herefter vil være skattefrit, med mindre man anvender reglerne om skattefrit udbytte.

Hvis man får et købstilbud, vil det meget sjældent være aktuelt at kunne vente i tre år med gennemførelse af handlen, hvorfor muligheden for holdingstiftelse og minimering af salgssummen via store skattefrie udbytteudlodninger ville være en klar fordel.

Argumentationen for koncernstiftelse med skattefrit udbytteudlodning som formål har dog også væsentlig grad af forsvarlige økonomiske betragtninger i sig, som beskrevet i afsnit 2.6.1. Aktionærer

³³ 15% i 2007 og 2008, herefter 10% jf. Selskabsskattelovens § 13 stk. 1 nr. 2

³⁴ Teoretisk kunne aktieklasser eller lignende betyde, at 15% af kapitalandelen ikke er overholdt efter en ombytning, ligesom denne regel kan være en hindring for udbyttepolitikken i et selskab, hvis der er personlige minoritetsaktionærer.

kan ved holdingselskaber skabe deres individuelle konsolidering i selskabsform, og foretage deres individuelle investeringer i andre aktiviteter. To aktionærer i samme driftsselskab er ikke nødvendigvis enige om yderligere investeringer.

Skattefri udlodning fra driftsselskabet giver bedre mulighed for at fjerne overskydende likviditet fra driftsselskabet løbende. Dette kan have væsentlige forretningsmæssige begrundelser specielt på risikobetonede selskaber, hvor den overskydende likviditet ikke nødvendigvis skal være en del af den samlede risiko for aktionærerne.

3.1.2. Skattefri aktieavance

Afståelse af aktier beskattes som udgangspunkt efter Aktieavancebeskatningslovens § 1, hvilket er gældende for personer uanset ejertid. Aktier, der afstås efter mere end 3 års ejertid, er for selskaber skattefrie efter Aktieavancebeskatningslovens § 9.

Afståelse af aktier er således skattepligtigt for selskaber og fysiske personer, hvor aktierne er ejet i mindre end 3 år. Forskellen ligger i aktier ejet i mere end tre år, hvor selskaber har skattefrihed.

Specielt i situationer, hvor en personlig aktionær ved, at virksomheden skal sælges indenfor 3-5 år, kan der være væsentlige skattefordele at hente ved at foretage en ombytning, da det fremtidige salg vil blive skattefrit. Ved skattefriheden er der også en ulempe, da proventet fra et salg ikke bliver til fri disposition i privatøkonomien, men i stedet ligger i holdingselskabet. Her kan proventet investeres i lavrisiko aktiver og trækkes ud over en længere årrække til privatøkonomien til en mulig lavere aktieindkomstbeskatning.

Det er helt givet, at aktieombytninger i stort omfang ville laves med formålet at opnå koncernstruktur alene for at kunne afhænde en aktivitet uden skattemæssige konsekvenser, hvis de ikke blev afvist ved tilladelsesvejen. Der er derfor et behov for at regulere skattespekulation i forbindelse med skattefrihed ved afståelse af aktier ejet i mere end tre år.

Ud over de generelle beskrivelser om aktieavance ovenfor har flere aktionærer, ud over en ”almindelig” avance, et yderligere incitament til at stifte holdingselskab og koncernstruktur, idet deres

driftsselskab kan være stiftet ved en skattefri virksomhedsomdannelse med en efterfølgende negativ anskaffelsessum. Disse selskaber vil have en ekstra stor fordel i en aktieombytning.

Selskaber med negative anskaffelsessummer har ud over avancer ved regulære salg også risikoen for en personlig beskatning af aktieavance ved konkurs. En nem måde at undgå denne beskatning er koncernetablering. Denne type selskaber, som har højrisiko aktiviteter eller eventuelt holdes kunstigt i live, har et stort behov for at fjerne den yderligere risiko, og skatteundgåelse vil givet have en større andel af formålet med en ombytning set i forhold til et selskab, der er stiftet under normale vilkår.

4. EU-retten

EU-retten har stor betydning for flere og flere skatte- og afgiftsområder herhjemme. EU's indre marked og EU's mål omkring lige forhold for landenes virksomheder, bl.a. via harmonisering af skattereglerne, har således også påvirket dansk ret omkring skattefrie aktieombytninger.

Ved vedtagelsen af fusionsbeskatningsdirektivet var hensigten således fra EU's side at opnå konkurrencemæssigt neutrale skatteregler i hele unionen. Danmark blev således også pligtigt til at indarbejde direktivet i dansk skattelovgivning, ud fra de almindelige retlige regler omkring direktiver. Dette skete oprindeligt i 1992.

Direktivet er formuleret som et "minimumsdirektiv", hvilket vil sige, at landene nationalt kan lave lempeligere forhold for virksomhederne, hvis de måtte ønske det. Dermed er ligheden ikke umiddelbar, da landene selv kan differentiere sig, men alle landes virksomheder har muligheden for at foretage skattefrie omstruktureringer, således skatteregler alene ikke forhindrer omstruktureringer.

Direktivet er opbygget således, at alle virksomheder i EU har retskrav på at måtte lave skattefrie omstruktureringer. Det enkelte land kan alene undlade at give tilladelse til de skattefrie omstruktureringer, såfremt skatteunddragelse eller skatteundgåelse er hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen.

Den afgørende bestemmelse i fusionsdirektivet omkring skatteunddragelse og undgåelse er artikel 11, stk. 1, litra a. Ordlyden af bestemmelsen er således:

"...hvis hovedformålet eller et af hovedformålene med fusionen, spaltningen, den partielle spaltning, tilførslen af aktiver, ombytningen af aktier eller et SE's eller SCE's flytning af vedtægtsmæssigt hjemsted er skatteunddragelse eller skatteundgåelse; 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."

Bestemmelsen kan fortolkes således, at ”hovedformål” er det afgørende ord for, om en virksomhed skal have tilladelse eller ej.

Der gives videre et forklarende led i lovtæksten, hvor det angives, at hvis en omstrukturering ikke har gyldige forretningsmæssige årsager til transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet er skattespekulation.

Det efterfølgende fortolkningsspørgsmål er således klart, hvornår er der tale om et skattemæssigt hovedformål, og hvor stor grad af øvrige forsvarlige betragtninger kan være nok til at bære retten til at foretage skattefrie omstruktureringer igennem. Fortolkning af lovtæksten er kun sket i et enkelt tilfælde i EU-retten. Fortolkningen af direktivets artikel 11, stk. 1, litra a ud fra denne dom er givet nedenfor.

4.1. Leur-Bloem dommen

Nedenstående er en kortfattet gennemgang, som har til formål dels at skitsere indholdet af EF-domstolens afgørelse, dels at kommentere hvilken påvirkning domstolens fortolkning har haft på dansk retspraksis på området.

Leur-Bloem dommen repræsenterer EF-domstolens hidtil eneste fortolkningsbidrag af fusionsskattedirektivets bestemmelser vedrørende skattefrie aktieombytninger.

Sagen omhandlede A. Leur-Bloem, som havde ansøgt de hollandske skattemyndigheder om tilladelse til at gennemføre en skattefri ombytning af anparter i de to driftsselskaber, som han ejede 100%, til anparter i et til formålet nyetableret holdingselskab. Der var i sagen tale om en ren national ombytning af anparter.

Til bedømmelse af sagen fremlagde den hollandske domstol to spørgsmål for EF-domstolen.

Det første spørgsmål vedrørte EF-domstolens kompetence til at fortolke bestemmelserne i fusions-skattedirektivet i relation til en national ombytning af anparter. Grunden til at man kunne være i tvivl om, hvorvidt EF-domstolen har en sådan kompetence, findes i fusions-skattedirektivets artikel

1, hvor det angives, at direktivet som udgangspunkt kun kan anvendes i forbindelse med grænseoverskridende omstruktureringer.

Spørgsmålet, som blev fremlagt af den hollandske myndighed, havde følgende ordlyd:

”Kan Domstolen forelægges spørgsmål vedrørende fortolkningen af bestemmelserne i og rækkevidden af et direktiv, udstedt af Rådet for De Europæiske Fællesskaber, også når direktivet ikke umiddelbart finder anvendelse i den konkret foreliggende situation, men den konkrete situation efter den nationale lovgivers hensigt skal behandles på samme måde som en situation, direktivet finder anvendelse på?”

Til dette spørgsmål svarer EF-domstolen bekræftende, idet den i dommens præmis 34 opsummerer som følger:

”Heraf følger, at det første spørgsmål må besvares med, at Domstolen i medfør af traktatens artikel 177³⁵ har kompetence til at fortolke fællesskabsretten, hvor denne ikke umiddelbart regulerer det forhold, sagen angår, men hvor den nationale lovgiver ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser i national ret har fastsat at rent interne forhold skal behandles på samme måde som forhold, der er omfattet af direktivet, dvs. at den nationale lovgivning er tilpasset fællesskabsretten.”

Dette betyder umiddelbart, at grænseoverskridende såvel som nationale aktieombytninger foretaget af danske selskaber vil kunne blive forelagt EF-domstolen med henblik på at få løst en opstået tvist, idet Danmark har indarbejdet fusionsskattedirektivet³⁶ i den danske skattelovgivning, og behandler danske aktieombytninger med henvisning til fællesskabsretten. Endvidere betyder det, at EF-domstolens fortolkningsbidrag skal medtages i de overvejelser, der danner grundlag for skattemyndighedernes og de danske retters afgørelser vedrørende nationale aktieombytninger.

Det andet spørgsmål, der blev fremlagt for EF-domstolen, rettede sig mere specifikt mod selve transaktionen, som A. Leur-Bloem påtænkte at gennemføre. Spørgsmålet var opdelt i en række underspørgsmål a-e, som er gengivet nedenfor, sammen med EF-domstolens bemærkninger hertil.

³⁵ Nu traktatens artikel 234

³⁶ Fusionsskattedirektivet blev indarbejdet i dansk lovgivning ved lov nr. 219 af den 3. april 1992 med ikrafttrædelse den 1. januar 1992.

Spørgsmål 2 havde følgende ordlyd:

- a) *Foreligger der en ombytning af aktier i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, litra d), i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 (herefter direktivet), når det erhvervende selskab, jf. artikel 2, litra h), ikke selv driver en virksomhed?*
- b) *Er det til hinder for at antage, at der foreligger ombytning af aktier eller anparter i den anførte betydning, at den samme fysiske person, som før ombytningen var eneste selskabsdeltager og direktør i det erhvervede selskab, efter ombytningen er direktør og eneste selskabsdeltager i det erhvervende selskab?*
- c) *Foreligger der alene en ombytning af aktier i den anførte betydning, når formålet hermed er i finansiel og økonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden i det erhvervende selskab med virksomheden i et andet selskab, hvorved der dannes en enhed?*
- d) *Foreligger der alene ombytning af aktier eller anparter i den anførte betydning, når formålet hermed er i finansiel og økonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden i to eller flere erhvervede selskaber, hvorved der dannes en enhed?*
- e) *Er en ombytning af aktier eller anparter, som finder sted for at opnå en horisontal skattemæssig tabsudligning mellem de deltagende selskaber i samme skattemæssige enhed, jf. artikel 15 i Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (nederlandsk lov fra 1969 om selskabsskat), en forsvarlig økonomisk betragtning som omhandlet i direktivets artikel 11?»*

EF-domstolen sammenfattede sit svar på spørgsmål 2 a-e i dommens præmis 48 på følgende måde:

- A. *Efter direktivets artikel 2, litra d), kræves det hverken, at det erhvervende selskab, jf. direktivets artikel 2, litra h), selv driver virksomhed, eller at sammenslutningen af de to selskabers virksomhed i finansiel og økonomisk henseende skal være varig. Den omstændighed, at en og samme fysiske person, der var eneaktionær og direktør i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionær og direktør i det erhvervende selskab, er heller ikke hinder for, at transaktionen kan kvalificeres som en fusion ved ombytning af aktier.*
- B. *Direktivets artikel 11 skal fortolkes således, at ved afgørelsen af, om den påtænkte transaktion som hovedformål eller et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse, skal de kompetente nationale myndigheder foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion. Undersøgelsen skal kunne undergives en retslig prøvelse. I overensstemmelse med direktivets artikel 11, stk. 1, litra a), kan medlemsstaterne fastsætte bestemmelser om, at den omstændighed, at den påtænkte transaktion ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, skaber en formodning om skattesvig eller skatteunddragelse. Det tilkommer medlemsstaterne at fastsætte de nødvendige interne procedurer herfor un-*

der hensyn til proportionalitetsprincippet. En generel regel, hvorefter visse former for transaktioner automatisk er afskåret fra at opnå skattefordele, og som er baseret på de kriterier, der er nævnt i besvarelsen af det andet spørgsmål, punkt a), går - uanset om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse - ud over, hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for skattesvig eller skatteunddragelse, og vil være i strid med direktivets formål.

- 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.*

Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en aktieombytning, selvom det erhvervende selskab ikke driver virksomhed, og at det er samme person, der var enejer og direktør for det erhvervede og som også bliver enejer og direktør i det erhvervende selskab, fastslår dommen, at det ikke er til hinder for den skattefrie aktieombytning, at det erhvervende selskab ikke selv driver virksomhed, ligeledes fastslås det at det faktum, at den samme person går fra at være enejer og direktør i det erhvervede selskab til at være enejer og direktør i det erhvervende selskab, ikke har nogen konsekvens i forhold til den skattefrie aktieombytning.

Dette falder umiddelbart fint i tråd med den måde, fusionsbeskatningsdirektivet bliver anvendt i forbindelse med aktieombytninger i Danmark. Typisk har holdingselskaber i Danmark ikke nogen egentlig driftsaktivitet, de fleste holdingselskaber har som væsentligste aktivitet at besidde kapitalandele i underliggende datterselskaber.

Med hensyn til personkredsen, så ser man jo i praksis ofte, at eneaktionæren og direktøren er en og samme person, og at denne person ved en aktieombytning her i landet bliver eneaktionær og direktør for holdingselskabet. Så umiddelbart må man jo konstatere, at EF-domstolens afgørelse vedrørende disse forhold er i overensstemmelse med den praksis, der eksisterer her i landet.

Vedrørende spørgsmålene omkring aktieombytningens varighed fastslår domstolen, at det ikke er en nødvendig forudsætning for at foretage en skattefri aktieombytning, at moderselskabet varigt skal eje aktierne i datterselskabet. Dette uddybes i præmis 42, hvor domstolen angiver følgende:

”Det er heller ikke udelukket, at en fusion ved ombytning af aktier med henblik på for en begrænset periode og ikke varigt at skabe en bestemt struktur, kan være foretaget ud fra forsvarlige økonomi-

ske betragtninger, men det kan være et indicium for, at der foreligger skattesvig eller skatteunddragelse.”

Omvendt afviser domstolen heller ikke, at der ikke kan fastsættes betingelser i forhold til varigheden af moderselskabets ejerskab af aktierne i datterselskabet i forbindelse med skattefrie aktieombytninger. Det anføres netop i ovennævnte uddrag af præmis 42 i dommen, at en relativ kort ejertid kan være et indicium for, at der foreligger skattesvig eller skatteunddragelse.

I dansk praksis findes der utallige eksempler, hvor en tilladelse til skattefri aktieombytning er gjort betinget af en ejertid på minimum 3 år. Ligeledes anses det ofte for en bestyrkelse af de forretningsmæssige argumenter i forbindelse med en ansøgning om skattefri aktieombytning, at ansøgeren angiver, at det er hensigten, at aktierne i datterselskabet skal beholdes i minimum 3 år.³⁷ På dette punkt er den danske retspraksis mere stram end præmisserne i dommen ligger op til.

Ved besvarelse af spørgsmål 2 e, hvor man ønsker afklaret, hvorvidt horisontal tabsudligning i koncernen kan udgøre den forretningsmæssige begrundelse alene, angiver domstolen direkte i præmis 48 C, at et ønske om at opnå en skattemæssig fordel ikke umiddelbart kan begrunde en skattefri aktieombytning. Dette uddybes i præmis 47, hvor følgende er angivet:

”Det fremgår af ordlyden af og formålet med artikel 11 og direktivet, at begrebet forsvarlige økonomiske betragtninger er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel. En fusion ved ombytning af aktier, der kun skal tjene et sådant formål, kan derfor ikke anses for en økonomisk forsvarlig betragtning, jf. artikel 11.”

EF-domstolens holdning i denne henseende er altså meget klar. Der skal ligge mere vægtige forretningsmæssige begrundelser bag et ønske om at foretage en skattefri aktieombytning, hvilket også kommer til udtryk ovenfor i vores gennemgang af forsvarlige økonomiske begrundelser. Holdningen må vi konstatere er i fuld overensstemmelse med den praksis der eksisterer i Danmark, da det ville være utænkeligt at der ville blive givet tilladelse til en skattefri ombytning med det ene formål i sigte at opnå en skattemæssig fordel. En sådan anmodning ville uden tvivl blive nægtet.

³⁷ Der henvises endvidere til gennemgangen af de forretningsmæssige begrundelser tidligere i afhandlingen.

EF-domstolen uddyber endvidere i præmis 48 B sin fortolkning af fusionsskattedirektivets artikel 11 i relation til besvarelsen af spørgsmål 2e.

Heraf fremgår det, at de kompetente myndigheder i medlemsstaterne ved vurdering af, hvorvidt en påtænkt transaktion har skattesvig eller skatteunddragelse til hovedformål eller et af hovedformålene, skal foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion, og denne afgørelse skal kunne gøres til genstand for en retlig prøvelse.

Det vil sige, at skattemyndighederne skal vurdere hver enkelt sag individuelt og tage stilling til, hvorvidt transaktionen er forretningsmæssigt begrundet. Og den afgørelse, som skattemyndighederne måtte fremkomme med, skal kunne afprøves i retten. Denne individuelle vurdering af hver enkelt transaktion gør det derfor ikke muligt for medlemsstaterne at opsætte generelle regler, som pr. automatik udelukker anvendelsen af fusionsskattedirektivets bestemmelser om skattefri aktieombytning på bestemte transaktioner.

Denne bestemmelse er taget til efterretning i dansk praksis, og når Landsskatteretten kommer med sine bemærkninger og begrundelser i forbindelse med en afgørelse, henviser man til afgørelsen i Leur-Bloem sagen og angiver at man ved vurderingen af, om hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteundgåelse eller skatteunddragelse, har foretaget en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion³⁸.

Med hensyn til den retlige prøvelse af skattemyndighedernes afgørelse, så blev der i 1999 foretaget en lovændring,³⁹ der gjorde det muligt at påklage disse afgørelser til Landsskatteretten, så på dette punkt er dansk lovgivning også i overensstemmelse med Leur-Bloem dommens præmisser⁴⁰.

Fusionsbeskatningsdirektivet indeholder ikke præcise bestemmelser for, hvornår der foreligger en formodning om skatteundgåelse eller skatteunddragelse, hvilket anføres i præmis 43. Jf. præmis 48 B er det op til hver enkelt medlemsstat at indføre bestemmelser/procedurer til at håndtere vurde-

³⁸ Dette fremgår blandt andet af SKM2005.527.LSR

³⁹ Lov nr. 166 af 24. marts 1999, jf. side 50 i Aktieombytning og uegentlig fusion af Bent Ramskov

⁴⁰ Der henvises i dommens præmis 41 til at skattemyndighedernes afgørelse ifm. en samlet undersøgelse af en konkret som en del af fast retspraksis skal kunne gøres til genstand for en retslig prøvelse hvorefter der henvises til dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 40

ringen af, hvorvidt der kan skabes en formodning om, at motivet ved en transaktion er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

I dansk ret skabes opfattelsen af, hvornår der formodes at være tale om skatteundgåelse eller skatteunddragelse via administrativ- og domspraksis, så der er som sådan ikke lovgivet omkring dette, hvilket i visse tilfælde sandsynligvis ville komme til at kollidere med bestemmelsen om, at en transaktion ikke må vurderes ud fra forud fastsatte generelle kriterier.

Kravet jf. præmis 48 B er at disse bestemmelser/procedurer fastsættes under hensyntagen til proportionalitetsprincippet. Med dette menes, at skattemyndighederne hele tiden skal overveje, hvordan man forhindrer skatteundgåelse og skatteunddragelse, uden at dette kommer til at ramme borgerne mere end højst nødvendigt. Dette kan gøres ved at fastsætte vilkår i forbindelse med en tilladelse frem for blankt at nægte anvendelsen af fusionsskattedirektivets bestemmelser, så snart ansøgeren ikke kan afvise formodningen om skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Hvorvidt Danmark overholder proportionalitetsprincippet vil vi ikke foretage en nærmere analyse af, da det ligger udenfor afhandlingens formål, men det kan konstateres, at der findes afgørelser i dansk ret, hvor der gives tilladelser uden vilkår og tilladelser med vilkår samt afgørelser, hvor tilladelser nægtes. Det vil sige, at man i dansk ret foretager en differentiering, og man giver tilladelser til skattefrie aktieombytninger i situationer, hvor der måske er givet afslag i første omgang, men hvor der fastsættes vilkår, således man ad den vej minimerer risikoen for at der begås skatteundgåelse eller skatteunddragelse, men hvor borgeren ligeledes tilgodeses med tilladelsen.

5. Fortolkningsbidrag efter dansk praksis

Nedenfor er foretaget en gennemgang af relevante fortolkningsbidrag fra praksis, hvor domstolene har foretaget vurdering af, hvorvidt der er benyttet forsvarlige økonomiske betragtninger i ansøgninger om skattefrie aktieombytninger.

5.1. Frisørsagen

Frisørsagen⁴¹ omhandler en ansøgning om skattefri aktieombytning af et selskab, som oprindeligt er stiftet ved skattefri virksomhedsomdannelse.

I ansøgningen var anført, at den påtænkte aktieombytning ville blive gennemført ved stiftelse af et nyt holdingselskab, hvor aktierne i selskabet benyttedes som indskud af selskabskapital. Der ville ikke ske kontant vederlæggelse. Formålet med aktieombytningen skulle ses i lyset af hovedaktionærens ønske om på sigt at afhænde en del af aktierne i B A/S og samtidig beholde salgssummen i selskabsform. Ejerandelen i det fremtidige datterselskab ville blive bevaret i mindst 3 år.

Afhændelsen af selskabets aktier i fremtiden skulle ske til ansatte eller andre på lidt længere sigt, efter selskabet havde konsolideret sig og skabt tilfredsstillende finansieringsforhold. Man ønskede at gøre disse fremtidige transaktioner skattefrie, idet dette ville bidrage til en bedre konsolidering i koncernen.

Ud over ovenstående klare skattemæssigt begrundede betragtninger på ombytningen var det ligeledes anført, at ombytningen ville medføre kreditorbeskyttelse, da overskydende likviditet kunne udloddes til det fremtidige moderselskab.

Frisørsagen blev afgjort således, at landsskatteretten stadfæstede Skats afslag. Afslaget blev begrundet med, at:

”Retten finder ud fra en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger, at transaktionen... har som hovedformål eller et af hovedformålene at opnå en udskydelse af aktieavancebeskatningen ved afståelse af aktierne i B A/S med deraf følgende skattebesparelse. Det bemærkes, at

⁴¹ Tfs 2001, 178

det på sigt er hensigten at afhænde en del af aktierne i selskabet, og at den omstændighed, at holdingselskabet vil bevare ejerandelen i det fremtidige datterselskab i mindst 3 år, sammenholdt med det oplyste om formålet i øvrigt, ikke på det foreliggende giver grundlag for at antage, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen ikke er skatteunddragelse eller skatteundgåelse...”

Afgørelsen må klart være i overensstemmelse med fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, da begrundelserne i ansøgningen er angivet klart ud fra en betragtning om at opnå skattemæssige besparelser ved aktieoverdragelse, ligesom økonomiske forsvarlige betragtninger er savnet i ansøgningen. Der er i ansøgningen dog angivet, at den ønskede konstruktion ville medføre kreditorbeskyttelse, idet man kunne sikre fri likviditet ved at udlodde til moderselskabet. Afgørelsen angiver således, at denne naturlige begrundelse for en holdingkonstruktion ikke i sig selv er nok til at bære en tilladelse igennem.

Et andet interessant aspekt i sagen er, at man i ansøgningen angiver, at konstruktionen ville blive bibeholdt i tre år fra ombygningen. Jf. citatet ovenfor fra afslaget fremgår det, at bibeholdelse af en konstruktion i 3 år taler for, at der ikke er tale om skattespekulation, og landsskatteretten har således valgt at fremhæve argumentation omkring dette i præmisserne, da de sammenholder 3 års forløbet med de i øvrigt angivende formål i ansøgningen.

Det fremhæves således, at 3 års uændret konstruktion ikke i sig selv er nok til at oppebære en tilladelse, da det vil blive målt op imod de øvrige formål med ombygningen.

5.2. De to passive norske selskaber

I en afgørelse vedrørende to passive norske selskaber⁴², hvis eneste aktiver var likvider, kom Landsskatteretten ligeledes frem til at stadfæste Skats afslag. I præmisserne til dommen var angivet følgende:

”Ud fra en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger, herunder at den påtænkte aktieombygning vedrører to selskaber B AS og C AS, som begge er uden driftsaktivitet med aktiver alene bestående i indestående i pengeinstitutter og tilgodehavender, og som begge efter aktieom-

⁴² Tfs 2002, 133

bytningen ønskes likvideret med udlodning af likvidationsprovenu til det af klageren ejede holdingselskab, hvis eneste aktivitet såvel før som efter aktieombytningen består i at have en ejerandel på 41 % af aktiekapitalen i driftsselskabet F A/S, findes aktieombytningen at måtte anses at have som et hovedformål at opnå en udskydelse af aktieavancebeskatningen ved en likvidation af de to selskaber med deraf følgende skattebesparelse. Det bemærkes, at det allerede på tidspunktet for aktieombytningen er hensigten, at de to norske selskaber skal likvideres, og at den omstændighed, at selskaberne eventuelt først likvideres 3 år efter aktieombytningen, ikke giver grundlag for en ændret bedømmelse af sagen.”

I sagen argumenterede ansøgeren for, at hovedformålet var at etablere en hensigtsmæssig koncernstruktur. Denne mere hensigtsmæssige koncernstruktur er dog lidt svær at få øje på alene via aktieombytningen og ansøgningen bærer mere præg af, at det er skattefriheden ved likvidation af de to norske selskaber, som er afgørende for en mere fornuftig struktur. Derved må det antages at være korrekt, at landsskatteretten efter Fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, ikke giver tilladelse til skattefri aktieombytning. Det afgørende er, at de to norske selskaber er uden aktivitet og at det allerede ved ansøgningstidspunktet er besluttet at likvidere selskaberne på et tidspunkt i fremtiden.

Det er i præmisserne givet yderligere kommentarer til, at det ikke er afgørende, at de norske selskaber likvideres efter 3 år. Der er således ligesom i frisørsagen klart angivet, at ejertid på tre år efter ombytningen ikke kan bære en tilladelse igennem.

5.3. Faderen og hans 2 døtre

Sagen om faderen og hans 2 døtre⁴³ omhandlede en anpartshaver der ejede 55% af anparterne i et holdingselskab, som igen ejede 100% af aktierne i et selskab hvis aktiviteter bestod af handel med og produktion af diverse industrigummivarer. Udover omtalte anpartshaver ejede hans to døtre hver 22,5% af anparterne i holdingselskabet. Holdingselskabet havde ingen aktiviteter ud over at eje kapitalandele i datterselskabet.

Anpartshaveren ønskede skattefrit at ombytte sine anparter i det oprindelige holdingselskab med anparter i et nystiftet holdingselskab, hvorved han stadigvæk ville eje 55% af det oprindelige holdingselskab via 100% ejerskab af det nye holdingselskab.

⁴³ TfS 2002.809

Ansøgerens begrundelse for den ønskede skattefrie omstrukturering var at han ønskede at starte nye aktiviteter op i det nye holdingselskab bestående af udlejning af aktiver til driftsselskabet, herudover ville han foretage investeringer i forbindelse med formuepleje eksempelvis i øvrige værdipapirer med den eventuelle overskudslikviditet der måtte opstå.

Grunden til at dette skulle foregå i et nyt selskab og ikke i det oprindelige holdingselskab, var at de to øvrige anpartshavere, døtrene, ikke havde interesse i at opstarte disse nye aktiviteter, de havde omvendt interesse i opstart af erhvervsmæssig aktivitet i det oprindelige holdingselskab, hvilket faderen ikke ønskede at deltage i, som det fremgår af afgørelsen så ønskede han ikke at være en del af den økonomiske risiko ved denne nye aktivitet.

Endvidere begrundede man den skattefrie ombytning af anparter med at man ville gøre koncernen klar til et generationsskifte, idet ansøgeren nærmede sig pensionsalderen, og det var meningen at døtrene skulle overtage driftsselskabet inden for en årrække. Dette skulle dog ikke foregå indenfor de første 3 år, idet ansøgeren havde til hensigt at opretholde den ønskede ejerstruktur i minimum 3 år.

Uagtet de anførte forretningsmæssige begrundelser afsagde Landsskatteretten en kendelse der stadfæstede det afslag som blev givet af Told- og Skatteregionen.

Som begrundelse for kendelsen anførte Landskatteretten følgende:

”Ud fra en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger finder Landsskatteretten, at selskabet ikke har dokumenteret eller på anden vis tilstrækkelig sandsynliggjort, at motivet bag den skattefrie anpartsombytning var forretningsmæssigt begrundet i omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne. Retten finder i stedet, at hovedformålet med transaktionen har været at opnå en udskydelse af aktieavancebeskatningen med deraf følgende skattebesparelse. Landsskatteretten har herved bl.a. henset til, at den planlagte omstrukturering ikke forbedrer parternes stilling i forbindelse med et eventuelt generationsskifte, ligesom omstruktureringen ikke findes at tjene koncernens erhvervsmæssige interesser. Told- og skatteregionens afslag af 2. november 2001 på tilladelse

til skattefri anpartsombytning efter aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 1 og 2, findes herefter ikke at være i strid med fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a.

Det påklagede afslag stadfæstes.”

Kendelsen kan opfattes som værende noget hård, idet ansøgeren fremfører en række generelt accepterede forretningsmæssige begrundelser for hvorfor han skal have lov til at gennemføre transaktionen skattefrit.

Med hensyn til påstanden om at lette det påtænkte generationsskifte, påpeger Landsskatteretten at den påtænkte omstrukturering ikke forbedrer mulighederne herfor, hvilket man godt kunne være tilbøjelig til at give Landsskatteretten ret i. Objektivt set har det jo ingen betydning for generationsskiftets gennemførelse, om døtrene erhverver de resterende 55% af anparterne direkte fra deres fader eller fra faderens holdingselskab. Det er klart at det ville være mere bekvemt for faderen såfremt anparterne kunne afhændes skattefrit, men det er jo ikke i koncernens interesse. Koncernens interesse er jo at opretholde og videreføre virksomheden, hvilket jo netop sker via generationsskifte, men om afslaget ville kunne forhindre generationsskiftets gennemførelse i dette tilfælde skal vi lade være usagt. Der er imidlertid et eller andet der taler for, at ansøger ikke i et tilstrækkeligt omfang har redegjort for den skattefrie omstrukturings nødvendighed i relation til et generationsskifte.

Med hensyn til etablering af nye aktiviteter i det nye og det oprindelige holdingselskab, bemærker Landsskatteretten at dette ikke tjener til koncernens erhvervmæssige interesser, og understøtter derved Told- og skatteregionens synspunkt om at disse aktiviteter lige så godt kunne etableres i det oprindelige holdingselskab.

Umiddelbart lyder dette meget tilforladeligt, dog eksisterer der tilsyneladende en vis uenighed om disse nye aktiviteter blandt anpartshaverne, som gør at de ikke ville kunne blive enige om udførelsen heraf, som nok taler for det fornuftige i at placere disse i særskilte selskaber. Hvorvidt disse aktiviteter etableres i koncernens interesse kan diskuteres. Planen med at lade driftsselskabet leje driftsmidler af et eventuelt nyt holdingselskab er vel først i koncernens erhvervmæssige interesse såfremt dette kan gøres mere fordelagtigt frem for at lade driftsselskabet lease formuegoderne hos en ekstern part. Dette melder referatet af afgørelsen imidlertid ingenting om.

Den nye aktivitet som døtrene påtænker at etablere i det oprindelige holdingselskab, ønsker faderen ikke at være en del af rent økonomisk, men hvordan han vil undgå dette via en skattefri ombytning af anparter er dog uvist, idet han stadigvæk efter en eventuel ombytning vil eje 55% af anparterne i det oprindelige holdingselskab via det nye holdingselskab, og derved også bære en del af den økonomiske risiko ved den nye erhvervsmæssige aktivitet.

Advokat Michael Serup har kommenteret på denne afgørelse⁴⁴, hvor han blandt andet anfører:

”Det problematiske i Tfs 2002.809 er, at Landsskatteretten rent faktisk blev præsenteret for begrundelser om (1) ny aktivitet (leasing), (2) risikobegrænsning og (3) generationsskifte, og selv om disse begrundelser måske kunne have været uddybet og konkretiseret, ses der ikke at være belæg for uden videre at tilsidesætte begrundelserne. Som nævnt ovenfor indebærer et eventuelt fravær af ”forsvarlige forretningsmæssige betragtninger” blot, at der ”kan” (og altså ikke skal!) skabes en formodning for, at transaktionen har skatteundgåelse som et hovedformål, og når der rent faktisk præsenteres administrativt og legalt anerkendte begrundelser, er det meget vidtgående uden videre at tilsidesætte disse begrundelser og blot konstatere, at transaktionen havde skatteundgåelse som et hovedformål”

Michael Seerup er tydeligvis ikke enig med Landsskatteretten, dog fornemmer han også at de anførte begrundelser ikke har været tilstrækkeligt uddybet og konkretiseret, og at det er dette faktum der har været afgørende i sagen.

Vi kan umiddelbart tilslutte os Landsskatterettens afgørelse. Anmodningen om skattefri ombytning af anparter indeholder tydeligvis en hel del forretningsmæssige begrundelser, men man fornemmer dog også, at argumentationen for den ønskede transaktion ikke har været så konkret som man kunne ønske det. Det virker som om man ikke helt har formået at forklare nødvendigheden af ombytningen i relation til ønsket om generationsskifte, etablering af nye aktiviteter m.m. Uden at vide præcist hvad ansøgeren har anført i sin anmodning, så ville vi have lagt vægt på at beskrive hvordan transaktionen ville kunne hjælpe til et mere smidigt generationsskifte, endvidere beskrive fordelagtigheden for koncernen ved at leje aktiver af det nye holdingselskab frem for af en tredjemand.

⁴⁴ Tidsskrift for Skatter og Afgifter 7/1 2003 (TfS 2003.17)

Afgørelsen viser, at den blotte angivelse af en række alment accepterede forretningsmæssige begrundelser ikke er tilstrækkeligt. Skattemyndighederne er pålagt at foretage en konkret helhedsvurdering jf. Leur-Bloem dommen, og dette kan man sætte dem i stand til som ansøger, ved at fremføre så konkrete og uddybende begrundelser som muligt.

5.4. Forkøbsretsaftalen

I sagen om ”forkøbsretsaftalen”⁴⁵ var ansøger direktør og eneanpartshaver i et selskab der som hovedaktivitet drev virksomhed med udlejning og montering af scener til koncerter m.m.

Forinden ansøgning om skattefri ombytning af anparterne i driftsselskabet, havde selskabet frasolgt en del af sine aktiviteter, ca. 1/3, til et andet selskab ejet af tredjemand. I forbindelse hermed blev der indgået en samarbejdsaftale, formodentlig vedrørende de overdragne aktiviteter. Endvidere blev der indgået en forkøbsretsafale, som gav selskabet ejet af tredjemand forkøbsret til de resterende aktiviteter i ansøgerens selskab. Det er i denne anledning vigtigt at bemærke, at aftalen kun omfattede nettoaktiverne i selskabet og ikke anparterne, så et eventuelt salg af de resterende aktiviteter ville efterlade selskabet uden aktiviteter men med et bankindestående.

Anmodningen om skattefri ombytning blev afvist af Told- og skatteregionen, da de mente at ansøgningen ikke indeholdt tilstrækkelige forsvarlige begrundelser.

Afslaget blev klaget til Landsskatteretten, hvor ansøgeren uddybede sin forklaring omkring baggrunden for den ønskede ombytning. Her blev det oplyst, at den skattefrie ombytning var en del af en samlet plan om at oprette en egentlig koncernstruktur med mulighed for at risikoafgrænse den del af den genererede overskudslikviditet i holdingselskabet, som herefter havde mulighed for at oprette nye aktiviteter i nye driftsselskaber.

Endvidere oplyste man at der allerede var opstartet nye udlejningsaktiviteter i det eksisterende driftsselskab, og at man med tiden vil udskille denne aktivitet i et særskilt selskab. Ydermere ønskede man at erhverve bygninger i et dertil oprettet selskab, hvor virksomheden så skulle drives fra.

⁴⁵ TfS 2002.1025

Endeligt understregede ansøgeren at den indgåede forkøbsrets aftale udelukkende vedrørte aktiviteterne i det eksisterende driftsselskab og ikke anparterne, og at hensigten var at beholde anparterne i datterselskabet i minimum 3 år.

Landsskatteretten stadfæstede Told- og skatteregionens afslag, og fremførte følgende til begrundelse heraf:

”Ud fra en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger finder Landsskatteretten, at selskabet ikke har dokumenteret eller på anden vis tilstrækkelig sandsynliggjort, at motivet bag den skattefri aktieombytning var forretningsmæssigt begrundet i omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne. Retten finder i stedet, at hovedformålet med transaktionen har været at opnå en udskydelse af aktieavancebeskatningen med deraf følgende skattebesparelse. Landsskatteretten har herved henset til, at selskabet i regnskabsåret 1999/2000 allerede havde afstået en del af udlejningsvirksomheden til C A/S, samt at selskabet i forbindelse hermed indgik en samarbejdsaftale med C A/S og en aftale om forkøbsret til den resterende del af selskabets erhvervmæssige aktivitet. Told- og skatteregionens afslag af 27. september 2001 på tilladelse til skattefri aktieombytning efter aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 1 og 2, findes herefter ikke at være i strid med fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a.

Det påklagede afslag stadfæstes.”

Landsskatteretten finder det således ikke godtgjort, at motiverne bag den ønskede ombytning bygger på forsvarlige forretningsmæssige begrundelser, og det er på trods af at ansøger ellers nævner en række anerkendte forretningsmæssige begrundelser, så som risikoafgrænsning i forbindelse med at isolere overskudskapital i holdingselskabet, samt hensigten med at udskille aktiviteter i særskilte selskaber for at minimere den driftsmæssige risiko.

Det lyder alt sammen meget fornuftigt og forretningsmæssigt forsvarligt, men ansøger har i denne sag ikke hjulpet sig selv særligt meget, idet han ikke havde nogen konkrete planer for etablering af nye aktiviteter i nye selskaber samt for udskillelsen af aktiviteter i det eksisterende selskab. Alle disse planer var noget man havde til hensigt at gøre i fremtiden, hvilket jo ikke ligefrem er noget man kan forholde sig konkret til, idet der er langt fra at påtænke at gøre noget til faktisk at udføre det.

Det eneste konkrete, som ansøger var i stand til at fremlægge, var overdragelsen af en del af aktiviteterne i driftsselskabet med den tilhørende samarbejdsaftale og forkøbsretsaf tale. Det er derfor meget forståeligt at man fra Landsskatteretten har fokuseret på disse fastlagte forhold og har ladet dem veje tungere end de knap så konkrete påtænkte fremtidige handlinger.

Bent Ramskov har kommenteret på denne afgørelse⁴⁶, og han mener at afgørelsen er for restriktiv, og at Landsskatteretten for ensidigt fokuserer på de indgåede aftaler om samarbejde og forkøbsret frem for at tage stilling til de fremførte forsvarlige økonomiske betragtninger.

Han stiller sig for det første uforstående overfor at man overhovedet beskæftiger sig med den indgåede samarbejdsaftale idet denne ikke har karakter af hverken skatteundgåelse eller unddragelse. Endvidere mener han også at forkøbsretsaf talen er blevet tillagt alt for meget betydning ved Landsskatterettens afgørelse, idet der kun er tale om en forkøbsret og ikke en købsret, hermed mener han at det jo slet ikke ligger fast at de øvrige aktiviteter skal sælges.

For så vidt angår samarbejdsaftalen, kan Bent Ramskov have ret i at denne er ret ubetydelig ved vurderingen af de forsvarlige forretningsmæssige begrundelser. Endvidere kan han også have ret i, at en forkøbsret ikke nødvendigvis resulterer i en handel. Men på den anden side må man jo også se på hvad man har at forholde sig til, og hvis det eneste konkrete der foreligger, er disse aftaler, og de øvrige forsvarlige forretningsmæssige begrundelser mangler substans, som vi anførte ovenfor, så er det jo naturligt at vægte de faktiske forhold tungere ved bedømmelsen af anmodningen. Og så må man jo erkende, at en forkøbsret i højere grad tyder på en afvikling af virksomhedens aktiviteter frem for en udvikling, og hvad er så det forretningsmæssigt fornuftige i at foretage en skattefri ombytning af anparter.

Vores vurdering af denne afgørelse er meget lig den vi kom med i forbindelse med gennemgangen af TfS 2002.809. Såfremt man anmoder om tilladelse til at foretage skattefrie ombytninger, så er man meget bedre stillet hvis man i sin ansøgning er meget konkret⁴⁷ om hvad det er man har planer

⁴⁶ Bent Ramskov "Aktieombytning og uegentlig fusion" side 171

⁴⁷ Der henvises til ligningsvejledningens afsnit S.G.18.5.2, hvor der angives følgende vedrørende udarbejdelse af en konkret begrundet ansøgning: "Til brug for told- og skatteforvaltningens vurdering af, om hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteunddragelse eller -undgåelse, skal ansøgningen indeholde oplysninger om de økonomiske

om at gøre, samt gøre sig forståelig omkring de forretningsmæssige fordele den pågældende ombytning vil komme til at bidrage med, og dernæst sandsynliggøre at man faktisk har tænkt sig at udføre de planlagte tiltag, således ansøgning får substans.

5.5. Vognmandssagen

I en dom fra østre landsret⁴⁸, hvor sagen ligeledes kørte på, hvorvidt tilladelse til skattefri aktieombytning var afslået med rette, blev skatteyderens sag ført af advokat Michael Serup, som må anses for en af eksperterne på området. Michael Serup har ved flere lejligheder udtrykt sine holdninger i artikler i de førende faglige fora.⁴⁹

Dommen er interessant, da Michael Serups holdninger endeligt bliver afprøvet i en offentliggjort sag, hvor hans påstande bliver vurderet af den hidtil højeste domstolsinstans ved en sag om skattefri aktieombytning i Danmark. Samme sag, som han i øvrigt i en offentliggjort artikel forinden ankesagen, har kommenteret og kritiseret udfaldet af i landsskatteretten, som en del af artiklens kritik af landsskatterettens praksis på dette tidspunkt.

I sagen var den oprindelige ansøgning begrundet med:

- Minimering af driftsrisiko.
- Forberedelse til generationsskifte.
- Muligheden for stiftelse af yderligere datterselskaber i fremtiden.
- 3 års fastholdelse af det fremtidige holdingselskabs fulde ejerandel.

Alle begrundelser er utvivlsomt forsvarlige økonomiske betragtninger, men i sagen havde ansøgeren ikke begrundet, konkretiseret eller dokumenteret sine hensigter i tilstrækkeligt omfang. Landsretten kom frem til en afgørelse, hvor de stadfæster landsskatterettens dom, med begrundelse om, at

betragtninger og forretningsmæssige formål, der ligger bag ombytningen. Told- og Skatteforvaltningen foretager således en konkret vurdering af de individuelle omstændigheder, overvejelser og planer, som ansøger har givet oplysning om. Det vil sige, at det ikke er tilstrækkeligt at angive en konkret forretningsmæssig begrundelse, hvis dispositionen ikke reelt bidrager til at opnå det ønskede mål. Det skal sandsynliggøres, at transaktionen reelt er begrundet i den angivne forretningsmæssige begrundelse..."

⁴⁸ SKM 2005.167.ØLR

⁴⁹ Bl.a. Tfs 2003, 17

afslaget ikke var i strid med fusionsbeskatningsdirektivet og fortolkningen heraf i Leur-Bloem sagen.⁵⁰

Nedenfor vil vi fastlægge sagens argumentation omkring, hvornår skattemyndighederne kan give afslag på tilladelse til skattefri aktieombytning, og dermed den forventede fremtidige praksis i dansk ret ved anvendelse af tilladelsessystemet.

Advokat Michael Serup gør i sagen i sit påstandsdokument gældende, at det vil være ulovligt, hvis skattemyndighederne opererer med en forhåndsformodning om, at en påtænkt ombytning har skatteundgåelse som et hovedformål. Denne beskrivelse må antages at være helt korrekt, idet det fremgår klart af Leur-Bloem sagens præmisser, at skattemyndighederne ikke må anvende forudsatte generelle kriterier, men skal foretage en nødvendig og tilstrækkelig konkret vurdering af de enkelte forhold. Michael Serup angiver også i sagen, at skattemyndighederne i løbet af sagen har tilkendegivet sig som enig i denne betragtning.

Derved kan bl.a. de generelle danske aktieavancebeskatningsreglers muligheder for skattefrie avancer og formodningen om, at det er opnåelse af skattefrie afståelser, der er formålet med en ombytning, således ikke anvendes som et argument fra skattemyndighedernes side. En formodning om skatteunddragelse er således kun lovlig, såfremt ansøgeren ikke anfører forsvarlige økonomiske betragtninger til støtte for sin ansøgning.

Advokat Michael Serup angiver videre i sagen, at hans klient har angivet tre konkrete forsvarlige økonomiske betragtninger, som hver for sig underbygges i ansøgningen. Ansøgningen eller de faktiske oplysninger i sagen giver ifølge Michael Serup intet grundlag for at tvivle på rigtigheden af begrundelserne, hvilket helt givet også er korrekt, da modparten ikke påpeger tvivl om rigtigheden af begrundelserne. Det er herefter Michael Serups påstand, at formodningen om skatteundgåelse er en forhåndsformodning, og dermed uberettiget. Han fremhæver således:

"Jeg fremhæver herved, at den dobbelte negation i regionens (og Landsskatterettens) præmisser "ikke på tilstrækkelig vis godtgør, at hovedformålet ... ikke er skatteunddragelse ... " sprogligt alene

⁵⁰ sag C-28/95

kan forstås således, at sagsbehandlingen har taget udgangspunkt i en formodning, som regionen har krævet, at søgningen skulle afkræfte. Dette er efter Leur-Bloem dommen klart ulovligt”.

Skattemyndighederne besvarede påstanden med, at ingen af de 3 forsvarlige økonomiske betragtninger i ansøgningen var nærmere uddybet eller konkretiseret, og skattemyndighederne gjorde gældende, at begrundelser af den karakter reelt blot er udtryk for rene påstande, som altid vil kunne anføres i en ansøgning om tilladelse til aktieombytning.

Myndighedernes besvarelse kan sagtens følges. Hvis myndighederne med de angivne begrundelser er forpligtet til uden videre at lægge en påstået begrundelse til grund for en skattefri aktieombytning, vil det således reelt betyde, at tilladelsessystemet i dansk skatteret er absolut unødvendigt, da tilladelser så kan opnås alene ved, at ansøgeren som begrundelse anfører et af de formål, der er anerkendt som "forsvarlige økonomiske betragtninger". Dette skal så medføre, at der gives tilladelse til en skattefri omstrukturering.

Det virker selvfølgelig absurd, at en række "trylleord" i en ansøgning alene kan udløse en tilladelse, og dermed kan skattemyndighedernes argumentation klart følges, hvilket også bliver landsrettens endelige afgørelse. Har man økonomiske forsvarlige betragtninger, er dette ikke i sig selv nok, disse betragtninger skal konkretiseres og argumenteres. Linjen fra landsskatteretten i frisørsagen, sagen om de to norske datterselskaber samt landsskatterettens første afgørelse på vognmandssagen blev således i den henseende blåstemplet.

Argumentationen og øvrige konkretiseringer af forhold omkring den enkelte situation, er det, som skal bære en tilladelse igennem.

Advokat Michael Serup anvender i sagen et yderligere argument omkring eksempler på administrativ praksis, som har udvist lempede dokumentationskrav og konkretisering af begrundelserne. Argumentet blev dog tilsidesat allerede med begrundelsen, at denne praksis ikke var kendt, da alle afgørelserne ligger efter landsskatterettens afgørelse i vognmandssagen.

Ikke desto mindre erkender Skat, at der kan peges på flere afgørelser efter landsskatterettens kendelse i 2002, hvor der helt givet har været en periode med en lempet administrativ praksis i skatte-regionerne. Denne situation truer naturligt retssikkerheden for skatteyderne.

5.6. Investeringer i udlejningsejendomme i påtænkte søsterselskaber

I en nyere sag,⁵¹ havde ansøgeren i 2003 søgt om tilladelse til skattefri aktieombytning, hvor ansøgeren fik tilladelse. Tilladelsen blev dog aldrig anvendt indenfor tidsrammen af forskellige årsager. Samme ansøger anmoder om tilladelse igen i 2005, hvor udfaldet denne gang bliver det modsatte, og der gives afslag. Denne forskellige behandling giver naturligvis i sig selv anledning til spørgsmål.

Formålet med anpartsombytningen i sagen var forretningsmæssigt begrundet med:

- En mere hensigtsmæssig struktur
- Et ønske om risikobegrænsning.
- Strukturen skulle skabe grundlag for et senere generationsskifte, herunder optagelse af nye medejere.
- Selskabet vurderede løbende, hvorvidt det skulle erhverve yderligere ejendomme, hvilket mest hensigtsmæssigt skulle være i søsterselskaber.
- Det var endvidere under overvejelse, om der skulle ske opstart af kursusvirksomhed, som ligeledes skulle ske i et søsterselskab.
- Ejerforholdet vil blive bevaret i 3 år.

Ansøgningen var således afsendt med flere forsvarlige økonomiske betragtninger. Ud over ovenstående var der konkrete overvejelser om yderligere ejendomsopkøb i Pandrup kommune, ligesom der allerede forelå mødeaftaler med ejendomsmægler om yderligere ejendomsopkøb.

Regionens argumentation for afslaget gik på, at begrundelserne ovenfor om generationsskifte og risikobegrænsning ikke havde konkrete planer, og dermed ikke skal tages i betragtning som begrundelse.

⁵¹ Tfs 2006, 717

De mere konkrete beskrevne betragtninger om yderligere ejendomsopkøb slår skatteregionen til side med argumenter om, at det stadig kun er potentielle muligheder at oprette søsterselskaber, og at det ikke er konkret beskrevet, hvorfor man vil oprette særskilte selskaber til de potentielt opkøbte ejendomme.

Disse argumenter om manglende konkretisering af begrundelserne hænger skatteregionen op på sagen om vognmanden, som er gennemgået ovenfor.⁵² Her slog Østre Landsret fast, at begrundelserne skulle konkretiseres.

Man må imidlertid medgive, at skatteyderen har svært ved at komme tættere på en effektivering af yderligere ejendomshandler, end det var tilfældet i denne sag. Der er en naturlig årsag til at der anmodes om tilladelse til en disposition netop inden dispositionen foretages, og dermed vil det altid kunne beskrives, som om en ansøger har en option.

Landsskatterettens argumenter for afgørelsen var følgende:

”Ud fra en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger anses klageren på tilstrækkelig vis at have sandsynliggjort, at motivet bag den skattefri anpartsombytning er forretningsmæssigt begrundet, og at hovedformålet med transaktionen ikke er at opnå en udskydelse af aktieavancebeskatningen med deraf følgende skattebesparelse.

Der er herved blandt andet henset til, at den planlagte investering i yderligere udlejningsejendomme og placeringen heraf i selvstændige selskaber tjener selskabets erhvervsmæssige interesser derved, at der skabes mulighed for en opdeling af udlejningsejendommene i selvstændige datterselskaber og en bedre risikoafgrænsning”.

Afgørelsen ligger således stor vægt på den konkrete beskrivelse i ansøgningen om ejendomsopkøb og i den forbindelse risikoafgrænsningen ved særskilte søsterselskaber. Der er således gjort klart, at vognmandsafgørelsen skal følges og vil blive lagt til grund i de fremtidige sager i tilladelsessystemet. I denne sag overfortolker skatteregionen dog vognmandsafgørelsen, efter vores mening, men der er ingen tvivl om, at den administrativt lempelige praksis, der var opstået mellem 2002 og frem

⁵² SKM 2005.167.ØLR

til vognmandsafgørelsen, er blevet ændret, og praksis er således strammet væsentligt op. Populært sagt er ”trylleordene” herefter endeligt afslået som betydende i skatteyderes ansøgninger om skattefrie aktieombytninger.

En lille yderligere bemærkning til dommen om udlejningsejendommene er, at regionen angav i sine påstande og argumenter, at ansøgeren vil få en likviditetsbesparelse via skatteudskydelse ved at kunne udlodde en betydelig del af egenkapitalen skattefrit, ligesom en afståelse af anparter i datterselskabet vil kunne ske skattefrit efter mere end 3 års ejertid. Regionen har gjort meget ud af denne angivelse.

Denne argumentation er dog fuldstændig irrelevant, idet det er klart, at det er følgerne af en aktieombytning, og at forhåndsformodning om skatteudskydelse ikke er tilladt, som det klart er angivet i Leur-Bloem sagen.

5.7. Opsummering af fortolkningsbidrag

Gennemgående i de negative fortolkningsbidrag ovenfor har mange fået afslag grundet manglende argumentation for forsvarlige økonomiske betragtninger i den aktuelle situation.

Afslagene kan deles op i to, hvor nogle afslag er givet grundet manglende forsvarlige økonomiske betragtninger.⁵³ Disse ansøgninger er afgivet med meget lille sandsynlighed for at opfylde kravene for at få tilladelse. Til de gennemgåede sagers forsvar skal siges, at det også er tidsmæssigt nogle af de første i vores gennemgang.

Den anden gruppe er de afslag, hvor de forsvarlige økonomiske betragtninger er nævnt i ansøgningen, men manglende konkret argumentation har betydet, at tilladelsen ikke er blevet givet.⁵⁴ Denne gruppe er typisk kendetegnet ved at have rigelige økonomiske forsvarlige betragtninger med i ansøgningerne, men til gengæld problemer med enten at konkretisere eller argumentere for det i ansøgningen angivne.

⁵³ F.eks. frisørsagen, de to passive norske selskaber m.fl.

⁵⁴ F.eks. faderens og hans to døtre og ikke mindst vognmandssagen

Denne gruppe har været udsat for markant udsving i praksis, hvor man er gået fra den ene yderlighed, hvor angivelse af ”trylleord” i form af generationsskifte og minimering af driftsrisiko, uden særlig konkret argumentation, har givet tilladelse og til den anden yderlighed, hvor helt konkret påtænkte økonomisk forsvarlige dispositioner har fået afslag.

I stort set alle de gennemgåede sager har ansøger angivet, at ejerforholdet vil blive holdt i mindst 3 år efter aktieombytningen. I alle sagerne er der i kendelserne angivet, at omstændigheder omkring ejertid ikke giver anledning til anderledes bedømmelse. Dette må siges at være korrekt efter de gældende regler på sagernes afgørelsestidspunkt, da der ikke er angivet nogen tidsfrist på hovedformålene med ombytningen i EU-direktivet. Det må dog anerkendes, at kan man holde strukturen i mere end 3 år, er det et forholdsvis stærkt argument for formodningen om, at skatteunddragelse ikke er et hovedformål.

Fortolkningen og dermed praksis af skatteydernes rettigheder omkring skattefrie aktieombytninger har generelt været meget svingende siden EU’s vedtagelse af fusionsbeskatningsdirektivet. Den svingende praksis er opstået ved dels landsskatterettens linje, som ikke alle eksperter og skribenter herhjemme i den faglige litteratur har været enige i,⁵⁵ og dels den administrative praksis.

Ud over landsskatterettens praksis og skribenternes kommentering har den svingende administrative praksis således i hele den gennemgåede periode været med til at skabe tvivl om retstilstanden på området.

Efter EU-rettens dom i Leur-Bloem sagen burde de nationale retsinstanser egentligt have et rigtigt godt udgangspunkt for at træffe de rigtige afgørelser, om hvorvidt en tilladelse kan gives herhjemme. Alligevel er den svingende praksis opstået. Dette skyldes til dels den danske model omkring tilladelser og den meget individuelle betragtning i alle sager.

Det er problematisk, at en skatteyder ikke kan vide sig sikker på at modtage en tilladelse i en situation, som ellers er meget sammenlignelig med en tidligere afgørelse. Det er naturligt, at praksis ændrer sig over tiden, og tilpasser sig nutiden, men inden for skattefrie aktieombytninger har udsvingene været markante og behovet for mere objektive regler har absolut været til stede i en årrække.

⁵⁵ Bl.a. Michael Serup

Den markante kritik af det hidtidige tilladelsessystem og den helt synligt svingende praksis har været medvirkende til, at lovgiver har været nødsaget til at finde en løsning på problemet i dansk selskabsret.

Ud over den svingende praksis har det politiske været et meget varmt emne i de senere år, at lette de administrative byrder for erhvervslivet. Ved fremsættelsen af lovforslag L110A forsøgte lovgiver at slå på blandt andet disse begrundelser. Nedenfor vil det vedtagne lovforslag blive gennemgået.

6. Skattefri aktieombytning uden tilladelse

Den 13. december 2006 fremsatte skatteminister Kristian Jensen Lovforslag nr. 110 for folketinget, som blev vedtaget ved lov den 18. april 2007. Lovforslaget var begrundet i bedre skattemæssige rammevilkår for koncerner og en mere hensigtsmæssig og sammenhængende erhvervsbeskatning.

Lovforslagets indhold vedrørende skattefrie omstruktureringer omhandler i stor udstrækning en ændring fra de eksisterende tilladelseskrav til nye objektive krav. Der foreslås således, at spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytninger *kan* gennemføres uden en tilladelse fra Skat og at skattefrie fusioner altid gennemføres uden tilladelse. Lovforslaget vurderes i fremsættelsen til at være en væsentlig forenkling og administrativ lettelse for aktionærer og virksomhederne⁵⁶, idet der ikke skal bruges ressourcer på udarbejdelse af ansøgninger, og der ikke er ventetid på behandlingen af en ansøgning, før en omstrukturering kan besluttes.

Loven er gældende for omstruktureringer med ombytnings-, fusions-, spaltning eller tilførselsdato, den 1. januar 2007 eller senere.

I det tidligere og stadig gældende tilladelsessystem er formålet med ansøgningerne at undgå skattefrie omstruktureringer med skatteundgåelse eller skatteunddragelse som hovedformål, som således ikke vil få en tilladelse.⁵⁷ En ansøgning, som ikke udviser gyldige forretningsmæssige årsager, kan endvidere formodes at være med skatteundgåelse som hovedformål. Der foretages således en individuel vurdering af hver enkel ansøgning, hvor det er de forretningsmæssige begrundelser, der skal være udslagsgivende for en tilladelse.

I det nye lovforslag er der indsat objektive regler, hvis hensigt er at undgå gennemførelse af præcis samme tilfælde af skattespekulation i omstruktureringerne, som de gamle regler afdækkede.

Objektive regler er af natur mere firkantede, og der vil altid være situationer, hvor nogle virksomheder bliver ramt af sådanne regler, hvor det egentligt ikke var hensigten og omvendt. Da de tidligere ansøgningsregler bibeholdes, og de nye objektive regler alene vil være et alternativ, er der såle-

⁵⁶ www.ft.dk/Samling/20061/lovforslag/L110/fremsaettelsestale.htm

⁵⁷ Fusionskattedirektivets artikel 11, stk. 1, litra a

des som udgangspunkt ingen, der vil blive snydt. De nye regler kan og vil blive anvendt af dem, der har en fordel i at benytte dem.

Det er selvfølgelig som udgangspunkt meget tiltalende for det danske erhvervsliv, at sådanne regler alene er et alternativ til i forvejen eksisterende regler. Der er dog efter vedtagelsen af loven et valg, der skal træffes af skatteyderne ved skattefrie omstruktureringer, - hvilket regelsæt skal anvendes?

Alene valgmuligheden vil de fleste virksomheder i praksis givet have deres rådgivere til at vurdere. I tilfælde, hvor de to forskellige muligheder bliver vurderet fra start, og det vælges at anvende de gamle regler om tilladelser, kan man alt andet lige konkludere, at der er brugt yderligere ressourcer på at træffe valget, og dermed er der tale om en omkostningsforøgelse for den enkelte virksomhed. Selvfølgelig er der tale om en marginal omkostningsforøgelse i langt de fleste tilfælde, men lovgivningen giver konkret flere muligheder for den enkelte virksomhed, som skal vurderes og efterprøves.

Den nye lovs indhold af værneregler mod omstruktureringer, med baggrund i skatteudskydelse eller undgåelse, forsøger at tilskynde til, at aktionærer beholder deres aktier i 3 år efter omstruktureringen. Der er ingen direkte krav om opretholdelse af en struktur i tre år, hvilket også ville være umuligt, da civile retlige regler ikke kan tilsidesættes grundet skatteretlige regler, i stedet vil en afståelse inden 3 år blive beskattet hårdt.

Det nye forslag ligger således op til, at virksomhederne og deres aktionærer skal kunne vurdere, hvorvidt en afståelse eller yderligere omstrukturering kan være muligt 3 år ud i fremtiden. Det er givet ikke alle, der kan vurdere dette med en sådan sikkerhed, at man vil foretrække de objektive regler frem for den gamle metode med ansøgninger. Lovforslagets anvendelsesområde er således direkte et udslag af de enkelte virksomheders og aktionærers vurderinger af fremtiden.

Der er dog mulighed for at foretage en aktieombytning efter de objektive regler, og efterfølgende inden for 3 år at søge om tilladelse tilbage i tid, hvis den enkelte virksomhed vurderer, at en tilladelse er at foretrække. Vi vil senere i opgaven redegøre for og kommentere denne mulighed.

De nye regler og behovet herfor skal ses i forhold til den kritik, det hidtidige system gennem længere tid havde fået af eksperter, bl.a. advokat Michael Serup, som har været aggressiv i sin artikelskrivning og i sin vurdering af den danske praksis.⁵⁸ Der har helt givet været et behov for en ændring af reglerne. Alene den svingende tilladelsespraksis, som vi har beskrevet tidligere i opgaven, angiver tydeligt et behov for nytænkning i den danske skatteret på dette område.

Med de nye regler skal lovgiver dog næppe forvente, at kritikken af de danske omstrukturingsregler indenfor skatteretten er ovre. Der er grundlæggende tale om en ny lovgivning, som skal fungere sideløbende med de gamle regler, og dermed må mulighederne og rådgivning af virksomheder alt andet lige blive tungere. Herudover laver man godt nok et indgreb med objektive regler, men hvorfor har man ikke gjort hele omstrukturingsområdet styret af objektive regler, kan kritikerne med rette spørge.

De objektive regler, der er foreslået og vedtaget efter L110, beskrives i bemærkningerne til lovforslaget. Her konkluderes det, at de foreslåede regler varetager de samme hensyn som fusionsskattedirektivets subjektive regler, som nævnt ovenfor. Dermed vurderer lovgiver, at forslaget er i overensstemmelse med EU-retten.

Vi har tidligere i opgaven angivet, at EU-direktivet er et minimumsdirektiv, og dermed kan de enkelte lande lave nationalt lempeligere forhold for virksomhederne. Dette er netop tilfældet her, hvor lovgiver har gennemført en lov, der giver virksomheder i Danmark større muligheder for gennemførelse af skattefrie aktieombytninger.

De objektive regler har et nyt aspekt omkring skattefrie omstruktureringer og begrundelserne herfor. Indtil i dag har tilladelserne lagt direkte i ordlyden af EU-direktivet vedrørende forretningsmæssige dispositioner, hvor det nye lovforslag ikke angiver noget hensyn til begrundelsen for en omstrukturering.

Der kan således f.eks. foretages en aktieombytning i almindelige ejerleder virksomheder, hvor der kun er en hovedaktionær og dennes selskab i strukturen. Det er således efter det nye lovforslag helt legalt for en sådan virksomhed at foretage en aktieombytning udelukkende for at "begrave" en

⁵⁸ Bl.a. artikel i Revisorbladet nr. 1, 2003 side 22 og TFS 2003,17

eventuel negativ anskaffelsessum fra en tidligere skattefri virksomhedsomdannelse. Denne almindelige type af virksomheder har helt klart en ny mulighed, som de givet vil udnytte. Tidligere ville dette i mange tilfælde åbenlyst være med skatteundgåelse som hovedformål.

Der er således åbnet op for en række nye muligheder for danske virksomheder, som i skrivende stund og i de kommende år vil blive udnyttet. Provenutab for staten, den reelle administrative lettelse for erhvervslivet og lovens anvendelsesområde i det hele taget kan der kun laves estimater på i dag. Vi har i det følgende beskrevet de enkelte værnsregler og vores forventning til de enkelte reglers påvirkning til anvendelsesområdet for den nye lov.

6.1. Værnsreglerne mod skatteudskydelse og undgåelse i L110

Værnsreglerne er foreslået for at forhindre, at virksomheder som alternativ til skattepligtige afhændelser foretager en skattefri omstrukturering og herefter foretager en disposition, som ikke udløser samme avancebeskatning som før omstruktureringen. Værnsreglerne er indsat i Aktieavancebeskatningslovens § 36A⁵⁹.

6.1.1. Anskaffelsestidspunktet for aktierne og bibeholdelse af den oprindelige anskaffelsessum

En af de gennemgående værnsregler er, at anskaffelsestidspunktet for aktierne i det ombyggede (erhvervede) selskab bliver ombytningsdatoen⁶⁰.

Der opstår således en ny ejertidsperiode for aktierne i driftsselskabet, som hvis aktien var blevet erhvervet på ny. Dermed bliver muligheden for en skattefri afståelse af aktierne i driftsselskabet inden 3 år efter ombygningen elimineret. En ny ejertidsperiode starter og beskatning af avance bliver mulig.

Dette er ikke i sig selv et nyt tiltag og reglen adskiller sig således ikke fra den hidtil gældende lov, hvor anskaffelsestidspunktet ligeledes bliver ombygningstidspunktet for aktier i det ombyggede selskab.

⁵⁹ Bilag 1

⁶⁰ ABL § 36A stk. 5

Begrundelsen for en sådan objektiv regel er helt givet at forhindre et skattefrit salg af aktier, som umiddelbart forinden er blevet begunstiget af en skattefri ombytning.

Samtidig er der indsat en regel omkring anskaffelsessummen på det erhvervede selskab, der hænger nøje sammen med reglen ovenfor om den nye ejertidsperiode⁶¹. Denne regel betyder, at der ved omstruktureringer ikke beregnes en ny anskaffelsessum på aktier, men i stedet bibeholdes den gamle anskaffelsessum, som den tidligere aktionær havde⁶².

Dermed vil en afståelse inden 3 år fra ombytningstidspunktet udløse en beskatning, som den ville være, hvis omstruktureringen ikke var fundet sted, og der ikke var skattefrihed efter 3 års ejertid.

Dette er klart forskelligt fra de hidtidige regler, hvor det erhvervende selskab for det ombyttede selskab fik en anskaffelsessum på handelsværdien⁶³ på ombytningstidspunktet.

Der er ved denne regel en praktisk problemstilling, idet mange anskaffelsessummer for selskaber, som kan sælges skattefrit, ikke har været nødvendig information at bibeholde. Det vil således ikke være muligt i nogle tilfælde at finde tilbage til den oprindelige anskaffelsessum. I disse situationer må det antages, at Skat vil lave et skøn på den oprindelige anskaffelsessum.

Det erhvervende selskab skal dog efter de nye regler have handelsværdien som anskaffelsessum, såfremt denne er lavere end den oprindelige anskaffelsessum. Dette bevirker, at det erhvervende selskab ikke kan udnytte et latent tab på aktierne i det ombyttede selskab, denne mulighed eksisterer dog stadigvæk hos de oprindelige aktionærer, da de, jf. afsnittet om vederlagsaktier, som udgangspunkt succederer i aktiernes anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum.

6.1.1.1. Vurdering af værnsreglerne om anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum

Ved aktieombytninger efter tilladelsessystemet er der indsat en bestemmelse om anmeldelseskrav, der løber i tre år, således en skattefri afståelse umiddelbart efter omstruktureringen uden skattemæssige avancer fanges, og tilladelsen til aktieombytningen revurderes⁶⁴. De to ovenstående regler om

⁶¹ Er ligeledes indsat i ABL § 36A stk.5, og formuleret sammen med ændringen vedrørende anskaffelsestidspunktet.

⁶² Den oprindelige anskaffelsessum skal opgøres efter gennemsnitsmetoden i ABL §26

⁶³ Dette fremgår af Ligningsrådets afgørelse i Tfs1994, 533SKATLR (bindende forhåndsbesked)

⁶⁴ Dette er tilfældet, hvor der er tale om personlige aktionærer. Er aktionæren i stedet et selskab, er praksis for anmeldelsesvilkår ikke så hård. Her er der praksis for anmeldelsesvilkår i den resterende del af en 3 års ejerperiode, og hvis

at videreføre den oprindelige anskaffelsessum og anskaffelsestidspunkt har til hensigt at fange nøjagtig samme skattemæssige avancer.

Efter tilladelsessystemet er der en chance for at skattemyndighederne ved vurderingen af en senere anmeldelse kommer frem til, at en salgstransaktion af de erhvervede aktier i en skattefri ombytning kan gennemføres uden den hårde avancebeskatning. I disse tilfælde beskattes alene forskellen mellem salgssummen og handelsværdien på ombytningstidspunktet. Endvidere er det ikke en selvfølge, at et hurtigt salg, eller et salg før udløbet af en 3 års periode efter ombytningen, ikke vil kunne tillades.

Dette fremgår af afgørelsen i Tfs2002, 424, hvor den ombytende aktionær var et selskab, som forud for ombytningen havde ejet aktierne i det ombyttede selskab i lidt mere end 2 år. Den ombyttede aktionær kunne således have solgt aktierne i det ombyttede selskab skattefrit indenfor et år, såfremt selskabet havde valgt at beholde aktierne. Told- og Skattestyrelsen vurderede herefter, at det opstillede anmeldelsesvilkår kun skulle være gældende for perioden fra ombytningsdagen og frem til den dag, hvor den ombytende aktionær ville kunne have solgt aktierne skattefrit.

Ovennævnte muligheder findes ikke efter de objektive regler. Har man valgt at følge det nye regelsæt, så kan et efterfølgende salg ikke finde sted uden den hårde avancebeskatning, før der er gået 3 år.

En klar forskel mellem de hidtidige regler og de nye er således, at et efterfølgende skattepligtigt salg af det ombyttede selskab vil blive beskattet væsentligt hårdere efter de nye regler, da der opereres med to forskellige anskaffelsessummer efter henholdsvis de gamle og de nye regler. Efter de gamle regler anvendes handelsværdien på ombytningstidspunktet med en forholdsvis lav avance til følge, og efter de nye regler anvendes den oprindelige anskaffelsessum med en forholdsvis høj avance til følge.

De to objektive regler ovenfor er en nyskabelse i forhold til den tidligere lovgivning. De to regler giver således det modtagende selskab et væsentligt incitament til at bevare strukturen i mindst tre år efter den skattefrie omstrukturering.

ejertiden har overgået 3 år, gives der ikke anmeldelsesvilkår, og afståelse kan dermed ske skattefrit, uden anmeldelse. Praksis er udledt af TFS 2002, 424.

Reglerne har således den indvirkning, at det vil være meget uhensigtsmæssigt for en aktionær at afhænde aktier efter en skattefri omstrukturering efter de nye regler indenfor 3 år. Dermed bliver reglerne også stive, og en aktionær, der får et købstilbud, vil ikke kunne sælge alene af skattemæssige årsager. Et købstilbud kan sagtens være opstået lang tid efter omstruktureringen, og selvom det kan påvises, at der ikke var kendskab til et muligt købstilbud, vil aktionæren være fanget af de objektive regler.

Bindingen i de nye regler kunne således få mange til at fravælge de objektive regler fra start, alene på grund af usikkerhed. Lovgiver har dog sent i udfærdigelsen af loven indført en mulighed for efterfølgende at kunne lave en ansøgning tilbage i tid, hvor der er opstået uforudsete hændelser, som f.eks. et købstilbud eller efterfølgende opståede personlige forhold for en aktionær.⁶⁵

6.1.1.2 Opsummering

Ovenstående regler om væsentligt strammere beskatning på afhændelse af de ombyttede aktier efter de nye regler afskærer helt givet mange virksomheder fra at anvende reglerne.

I tilfælde hvor der er tale om koncernforhold med selskaber som aktionærer og ejere af de ombyttede aktier, opstår der en situation, hvor beskatning af ellers skattefrie anparts- eller aktiebeholdninger bliver skattepligtige. Ikke nok med der opstår en skattepligt, som endvidere også består af den værditilvækst, det ombyttede selskab har haft, siden det i sin tid blev erhvervet, og ikke fra det nye ombytningstidspunkt. Dette er en situation, som efter vores vurdering vil afholde langt de fleste koncerninterne ombytninger fra at anvende de objektive regler.

I tilfælde med personlige aktionærer, hvor man således vil opnå en koncernstruktur ved indskydelse af et moderselskab mellem ejer(e) og driftsselskabet, giver reglerne i ABL § 36A stk. 4 også anledning til dybe overvejelser, før man vælger de objektive regler. De objektive regler er meget tiltalende, da omkostningerne til udførsel af ombytninger ligger væsentligt lavere. Til gengæld skal virksomhederne kunne se det nye holdingselskab som ejer af virksomheden i mindst 3 år. Er der alene tvivl om 3-årsperioden, bør ejeren i de fleste tilfælde vælge tilladelsessystemet.

⁶⁵ Som bl.a. var foreslået af Advokatrådet AgroSkat A/S, Dansk Handel og Service m.fl. i deres høringssvar. Skat besvarede advokatrådet, at det er muligt efterfølgende at søge om tilladelsen, hvor en omstrukturering ellers er gennemført uden tilladelse. Der svares videre, at dette vil indgå i lovforslagets bemærkninger.

Dette begrundes i det væsentlige argument, at tilladelsessystemet giver mulighed for en lempeligere skattefri afståelse indenfor 3 år efter ombytningen, såfremt anmeldelsen vurderes positivt. Med lempelig skal forstås, at den avance, der kommer til beskatning, er forskellen mellem afståelsessummen og handelsværdien på ombytningstidspunktet. Efter de nye regler beregnes avancen ved forskellen mellem afståelsessummen og den oprindelige anskaffelsessum. Der kan naturligvis være meget stor forskel på de to beregninger.

Dermed kan vi konkludere, at vi tror ABL's § 36A stk. 5 medfører, at ombytninger, hvor et selskab er aktionær, næsten altid vil vælge at anvende de gamle regler og søge om tilladelse til aktieombytningen. Der er nogle få tilfælde, hvor der ikke har været nogen særlig værditilvækst fra den oprindelige anskaffelsessum og til ombytningstidspunktet og en salgssituation virker meget urealistisk indenfor 3 år, hvor de objektive regler muligvis vil blive anvendt⁶⁶.

Vi kan herudover konkludere, at vi tror ABL's § 36A stk. 5 medfører, at ombytninger med personaktionærer i tilfælde, hvor der er tvivl om at kunne opretholde et 3-års ejerskab allerede på ombytningstidspunktet, ikke vil vælge de nye objektive regler.

Muligvis vil der i lovens første år være lidt flere forsøg på at anvende reglerne, men når rådgivere prøver at skulle søge om tilladelsesvejen tilbage i tid, eksempelvis to år efter en ombytning, tror vi, at de fremadrettet vil anbefale tilladelsesvejen.

Tilbage er der så kun de tilfælde, hvor der er tale om personaktionær(er), og der er forholdsvis stor sandsynlighed for, at det stiftede holdingselskab bibeholder ejerskabet i 3 år. Denne beskrivelse passer rigtigt godt på den typiske ejerleder virksomhed, hvor der gennemføres stiftelse af holdingselskab, eller med andre ord, - de uegentlige fusioner.

Selvfølgelig kan de objektive regler anvendes i andre tilfælde, men langt hovedparten af skattefrie aktieombytninger, der gennemføres efter de objektive regler, vurderer vi, vil være de uegentlige fusioner, alene på grund af værnsreglen i ABL § 36A stk. 5.

⁶⁶ Det må antages, at den beskrevne situation i meget få tilfælde kan stå med et behov for en aktieombytning, hvorfor der realistisk set ikke er potentielle brugere af de objektive regler i denne gruppe af virksomheder.

6.1.2. Udbyttmaksimering

Der er ligeledes indsat en generel værnsregel om at maksimere udbytteudlodningen fra de omstrukturerede selskaber i de første 3 år til årets ordinære regnskabsmæssige resultat.⁶⁷

Reglen er indsat for at undgå, at selskaberne bliver tømt efter omstruktureringen via skattefrie udlodninger. Der kan således kun udloddes skattefrie beløb, som er blevet indtjent efter ombytningen. Derved får det erhvervende selskab et klart incitament til at holde værdien af det erhvervede selskab intakt fra ombytnings tidspunktet og 3 år frem.

Efter reglen fortabes skattefriheden for den del, der bliver udloddet for meget, hvis f.eks. det erhvervende selskab i en aktieombytning modtager skattefrit udbytte ud over selskabets andel af regnskabsmæssigt ordinære resultat i samme 3 års periode. Konsekvensen af en overtrædelse er, at det for meget udloddede beløb betragtes som afståelse af aktier på ombytnings tidspunktet.⁶⁸

6.1.2.1. Beregning af udlodningspulje

Det var uvist ved lovforslagets fremsættelse, om et underskud i 3. år efter omstrukturering kan betvirke, at skattefriheden fortabes, hvis man havde udloddet maksimalt de første to år. Under lovforslagets bearbejdning var der i praksis mange spørgsmål om, hvordan denne regel skulle fortolkes.

Den frygtede fortolkning var, at et selskab, der udlodder et beløb i det første år svarende til overskuddet, og efterfølgende i andet og tredje år har underskud, totalt set har udloddet mere end det regnskabsmæssige resultat i denne 3 års periode. Denne fortolkning blev således kommenteret af flere under høringen, bl.a. af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer⁶⁹, som endte med en ændring i lovforslaget.

Det endeligt vedtagne lovforslag blev således ændret til, at år med negative resultater bliver fastsat til 0. På den måde kan man ikke vedtage en udbytteudlodning uden at vide den faktiske effekt på den skattefrie omstrukturering, og have bekymringer om konsekvensen af et mindre underskud i år 2 eller 3 efter ombytningen.

⁶⁷ ABL § 36A stk. 7, 1. pkt.

⁶⁸ ABL § 36A stk. 7

⁶⁹ Høringssvar fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer vedrørende forslaget til ABL § 36A, stk. 7

Det skal præciseres, at hvis der i det første år er underskud, skal selskabet modregne dette underskud i fremtidige overskud, før udlodning kan ske. Disse underskud bliver ikke sat til et nul, men skal fragå i en samlet udlodningspulje i fremtiden.

Det kunne ligeledes ikke fuldt ud fortolkes, om uudnyttede beløb fra en udlodningspulje kunne udloddes i fremtiden, hvis man ikke udlodder på den ordinære generalforsamling for et regnskabsår. I et eksempel med overskud på 100 i år 1, hvor der udloddes 50, og et resultat i år 2 på 0. Kan man her udlodde de resterende 50 fra år 1.

Den umiddelbare fortolkning var, at tidligere resultater kunne udloddes på denne vis, men indtil der forelagde en afklaring, var det fordelagtigt at rådgive virksomheder til at udlodde hele beløbet i år 1, og efterfølgende føre mellemværendet på en mellemregning mellem de to koncernselskaber. Denne situation er der imidlertid også kommet en fortolkning på fra Skat i et bindende svar⁷⁰, hvor dette tillades.

Overordnet kan man således konstatere, at udlodninger tillades så længe man ikke udhuler det erhvervede selskab i forhold til det udgangspunkt, selskabet havde på ombytningstidspunktet, og man bliver ikke straffet for udloddet overskud fra tidligere, selvom udlodningspuljen senere skulle blive negativ.

Den korrigerede lovtæst efter og fortolkningen i det bindende svar ovenfor synes helt i overensstemmelse med den logiske og praktiske mulighed i en regel som udbyttmaksimering.

6.1.2.2. Indkomstår til udlodning efter reglerne om udbyttmaksimering

Et selskab kan, som gennemgået ovenfor, godt senere udlodde ikke anvendt overskud, hvis det ikke vælges at udlodde hele beløbet ved den første generalforsamling.⁷¹ De tidligere år, der kan anvendes, er indkomståret før gennemførelse af aktieombytningen, såfremt der ikke er afholdt generalforsamling for dette år inden ombytningen, samt de efterfølgende indkomstår.

⁷⁰ SKM 2008.271.SR

⁷¹ ABL § 36A stk. 7, 2. pkt.

I lovforslag L110 var der ikke umiddelbart taget stilling til, og det kunne som minimum ikke direkte tolkes af forslaget, hvilke indtjeningsperioder, og hvilke udbytteudlodninger, der skal sammenlignes.

Det siger sig selv, at det er væsentligt at vide, og der blev således også indført en præciserende beskrivelse i ABL § 36A stk. 7 efter høringsvarene⁷². Det seneste indkomstår før ombytningstidspunktet kan således udloddes, når denne udlodning endnu ikke er sket på ombytningsdatoen. Herefter er det de kommende år fra ombytningstidspunktet, der danner perioden, hvor udbyttebeløbet skal overholde ABL § 36A stk. 7.

6.1.2.3. Det ordinære regnskabsmæssige resultat

Grundlaget for udbytteudlodning bliver efter den nye lovgivning de regnskabsmæssige resultater efter det ordinære resultat i den godkendte årsrapport.

Det ordinære resultat skal opgøres som årets resultat før skat og ekstraordinære poster. Bevægelser ført direkte på egenkapitalen kan således ikke danne baggrund for udlodninger.

Det kan i sig selv give anledning til problemer, at regnskabsmæssige resultater danner grundlaget, idet Skat ikke umiddelbart har den store forudsætning for at ligne disse resultater, og der i en vis grad kan forekomme bl.a. periodiseringer i regnskaber, som der i øvrigt kan udføres og argumenteres sagligt for, og i særdeleshed regnskabsmæssige skøn, som kan påvirke muligheden for udbytte.

Det må antages, at Skat ikke vil interessere sig for de muligheder, regnskabsmæssige skøn og eventuelle regnskabsmæssige opskrivninger af aktiver kan medføre, og at lovgiver har betroet sig til, at regnskabsreguleringen i Danmark efterhånden er så stærk, at manipulation af regnskaber og skattespekulation ikke vil forekomme gennem regnskabsafgivelsen i virksomhederne.

Denne konklusion må imidlertid vurderes og vejes. Mange af ombytningerne, der i fremtiden vil blive foretaget ud fra de objektive regler, vil givet være de mere ukomplicerede, hvor der typisk ikke er tale om større koncerner, men i højere grad mindre ejerleder koncerner.⁷³ Skattespekulation

⁷² FSR's hørings svar vedrørende ABL § 36A stk. 7 blev taget til efterretning af lovgiver, og formuleringen i det hidtil foreslåede blev ændret.

⁷³ Som det bl.a. er konkluderet i afsnittet omkring værnsreglerne "anskaffelsestidspunktet" og "anskaffelseessummen"

kan ifølge vores vurdering i disse selskabstyper i nogle tilfælde veje tungt, og legaliseringen af en direkte skatteeffekt som udslag af en regnskabsmæssig opskrivning, vil helt givet blive forsøgt udnyttet.

En udnyttelse af ovenstående kunne ske, hvor det regnskabsmæssige resultat måske ikke umiddelbart giver overskud, og det ombyggede selskab derfor ikke kan udlodde udbytte til det nye holdingselskab, som ellers skulle være videreudloddet til ejeren.

I disse situationer ville det være oplagt for ejeren af virksomheden at overveje en opskrivning af eventuelle kapitalandele eller ejendomme i selskabet. En opskrivning som er helt legal efter regnskabslovgivningen og dermed også skattelovgivningen, og som har den effekt, at ejeren alligevel kan modtage udbytte for året.

Det skal endvidere tilføjes, at opskrivningsmulighederne kan være mange. Ved en aktieombytning sker der ikke opskrivninger af et ombygget selskabs aktiver til handelsværdier. Handelsværdierne fremkommer alene i det nyoprettede holdingselskab⁷⁴, som således skal starte sit selskabsliv med en handelsvurdering og tilnærmet kontantværdi og dermed også inklusiv goodwill af datterselskabet.

Virksomhedsejeren har således kort forinden ved selve ombygningen fået forevist, hvilke opskrivningsmuligheder der er, ved at rådgiver har beregnet det oprettede holdingselskabs værdi. Ud over immaterielle anlægsaktiver har virksomhedsejeren efterfølgende muligheder for at opskrive nogle af disse værdier i det ombyggede selskab.

Hvordan ”det ordinære resultat” skal fortolkes har allerede givet anledning til et offentliggjort bindende svar⁷⁵, hvor udfaldet blev, at det er de regnskabsmæssige regler, der skal følges. Således var ejendomsavance ikke ekstraordinært, og skulle medtages i årets ordinære resultat.

Det er meget få poster, der kan kategoriseres som ekstraordinære, da regnskabslovgivningen har meget stramme regler på regnskabsposten. Ifølge regnskabslovgivningen er ekstraordinære poster typisk indtægter og omkostninger, som ledelsen ikke har kontrol over, som for eksempel resultatet

⁷⁴ I et eksempel med en uegentlig fusion

⁷⁵ SKM 2008.278

af en naturkatastrofe i et område, hvor sådanne ikke normalt kan forventes, eller ekspropriation af aktiver.

6.1.2.4. Tilskud fra det erhvervede selskab til koncernselskaber

Ud over udbytte kan selskaber også tømmes ved at yde tilskud til andre koncernforbundne selskaber, som også gennem de nye regler er gjort skattefrie. Således vil man koncerninternt blot kunne yde tilskud i stedet for udlodninger, og derved opnå samme fordele som skattefrie udlodninger.

Efterfølgende kan det modtagende selskab af et eventuelt tilskud blot videreudlodde til private aktionærer, hvis dette ville være aktuelt. Men først og fremmest opnås det at udhule et selskab, som forinden er blevet begunstiget af at kunne foretage skattefri aktieombytning.

Der er derfor tilføjet i ABL § 36A stk. 7, 5. pkt. en bestemmelse, som sidestiller tilskud med udbytte ydet af det erhvervede selskab og af koncernselskaber, som det erhvervede selskab har bestemmende indflydelse over, til koncernselskaber, som det erhvervede selskab ikke har bestemmende indflydelse over. Dermed er tilskud ikke mulige i frit omfang, før perioden på 3 år er overstået.

6.1.2.5 Vurdering af værnreglen udbyttmaksimering

Værnsreglen om udbyttmaksimering kan i en række situationer være årsag til, at de objektive regler fravælges og det gamle tilladelsessystem anvendes i stedet. I koncerninterne omstruktureringer⁷⁶ skal ledelsen således kunne vurdere inden gennemførelsen, hvorvidt det kan accepteres, at de midler, der ligger i det erhvervede selskab, er låst i 3 år. Har selskabet egenkapital, må det antages, at de fleste koncerner ville kunne bruge midler et andet sted i koncernen, hvis en bedre forrentning af aktiverne kan opnås i et andet selskab.

Det må være den absolut overvejende andel af koncerninterne omstruktureringer, hvor en fastlåsning af midler i det ombyggede selskab ikke kan accepteres.⁷⁷

Selv i nystiftede koncernforhold i uegentlige fusioner kan reglen om udbyttmaksimering være en væsentlig hindring for, at de objektive regler vælges. Mange uegentlige fusioner gennemføres bl.a. for at lave en risikobegrænsning i driftsselskabet, og denne opnås bl.a. ved at flytte overskydende

⁷⁶ Herved forstås større koncerner, hvor personaktionærer er længere oppe i strukturen.

⁷⁷ Vores antagelse

likviditet op i holdingselskabet. Dermed skal der ikke være opnået overskydende likviditet forud for omstruktureringens gennemførelse, hvis de nye regler skal være optimale for selskabet, og den forventede genererede overskydende likviditet i løbet af de kommende 3 år skal være på niveau med virksomhedens regnskabsmæssige resultat.⁷⁸

Anvendelse af de objektive regler betyder således, at virksomheden skal acceptere, at risikoen for at tabe overskydende likviditet fra tidligere år og fra de første år i bindingsperioden, som ellers ville kunne udloddes op til et moderselskab, er til stede. Når netop mange aktieombytninger foretages for at opnå risikobegrænsning på dette område vurderes det, at mange vil fravælge de objektive regler ud fra denne betragtning.

6.1.2.6. Udbyttmaksimering i EU-retten

Efter vedtagelsen af L110 har det danske skattesystem fået en dyb rids i lakken, idet en forespørgsel til EU domstolen har underkendt de danske myndigheders beskatning af større udlodninger end overskud umiddelbart efter en skattefri ombytning foretaget efter de gamle regler.⁷⁹

EU konkluderer, at de danske selskabs- og skatteregler er overholdt, selv når en udlodning sker umiddelbart efter en ombytning, og selvom denne udlodning sker til et selskab i Irland, som umiddelbart efter kan udlodde skattefrit til de personlige aktionærer.⁸⁰

Reelt betyder det, at realitetsgrundsætningen i dansk skatteret er underkendt i denne sammenhæng og dermed er udbytteudlodninger umiddelbart efter skattefrie aktieombytninger, efter tilladelsesvejen, ikke i strid med dansk skatteret. Hvis dette er tilfældet må man forvente, at ABL § 36 A's bestemmelser om udbyttmaksimering ligeledes må revurderes, og muligvis vil dette give anledning til ændring af reglerne.

I EU retten findes en generalklausul⁸¹ mod skatteundgåelse, som er indarbejdet i Fusions-skattedirektivet. Det er fastslået af EU-retten, at denne bestemmelse ikke er indarbejdet i dansk lovgivning,

⁷⁸ En virksomheds evne til at skabe likviditet og virksomhedens regnskabsmæssige resultat behøver på ingen måde at være det samme indenfor en 3-årig periode.

⁷⁹ SU 2007, 342

⁸⁰ Artikel i Børsen den 2. august 2007 af Ulrik Horn

⁸¹ EU direktiv 90/434, artikel 11, 1.

idet transaktionen med udbytte over lavskattelande som Irland jf. ovenfor ikke hjemlet kan tilside-sættes.

Danske eksperter⁸² undres over den manglende indarbejdelse af generalklausulen i EU Direktiv 90/434, fusionsskattedirektivet. Det virker også besynderligt, at man ikke har indarbejdet general-klausulen i dansk ret, når man tænker på, hvor meget danske lovgivere har gjort for at isolere og beholde dansk beskatningsret i forhold til andre EU-lande på mange andre områder. Begrundelsen for at undlade indarbejdelsen af generalklausulen kan kun være, at vi i Danmark har vurderet, at vores egen ret og de dertil knyttede sanktionsmuligheder har været i overensstemmelse med EU-retten, og at den danske ret dermed ikke vil kunne underkendes ved EU-domstolen. Dette har imid-lertid vist sig ved flere tilfælde ikke at være tilfældet.

Danmark er et land med et meget højt skattetryk, og derfor er der i løbet af EU's levetid gjort meget for at holde skatteindtægterne indenfor Danmarks grænser, til trods for at EU's store mål er harmo-nisering af skattesystemerne. Harmonisering indenfor EU har været et emne i meget lang tid, men den tilsyneladende sunde tankegang om harmonisering har haft meget vanskelige vilkår, og til dato er det meget begrænset, hvilke områder landene er rykket tættere på hinanden.

Dagbladet Børsen beskrev den danske problematik meget godt i august 2007.⁸³ Her skrev man:

”Danmark er et højskatteland, og derfor har skiftende regeringer sat et skattemæssigt bolværk op omkring Danmark, som beskytter mod udsivning af skatteindtægter. Men sådan et bolværk mangler byggetilladelse fra EU.

Citatet sætter et rigtigt godt billede på situationen. Efter EU's kontrol og tilsidesættelse af de danske regler på områder som bilbeskatning, dobbeltbeskatning af indtægter fra finansielle datterselskaber i lavskattelande, de danske pensionsbeskatningsregler og senest altså beskatning af større udlodnin-ger efter skattefrie omstruktureringer, skal dansk skatteret og dermed lovgiver forsøge at nedrive det hidtidige bolværk og forsøge at opbygge et nyt, hvor tilladelsen fra EU kan opnås.

⁸² Bl.a. kommenteret af Michael Serup, i artikel i Børsen den 2. august 2007 af Ulrik Horn

⁸³ Børsen, lederen, fredag den 3. august 2007

På den måde er der opstået en del lapper på den eksisterende danske skatteret, og dels bliver det sværere for skatteyderne at forstå og tolke skattereglerne, ligesom det ikke er betryggende, at danske skatteydere skal hele vejen gennem det danske skattesystem med nederlag hele vejen for at få muligheden for at få sin ret prøvet ved EU-domstolen. EU-direktiverne har forrang for dansk ret, men det kræver store ressourcer for skatteyderne at få sin ret prøvet, hvis man er uenig med de danske lovgiveres fortolkning af direktiverne.

Vi vurderer ikke, at EU-afgørelsen vil få større indflydelse på de nye objektive regler for skattefrie aktieombytninger, men vil muligvis give anledning til implementering af generalklausulen fra EU-direktivet i den danske fusionsskattelov, således de administrative og domstolenes afgørelser ikke længere baseres på en ikke-formuleret realitetsgrundsætning. Hvis dette bliver tilfældet, vil de nuværende regler kunne fortsætte, og der vil alene blive tale om provenutab fra tidligere tilsidesættelser af udbytteudlodninger som konsekvens af EU-dommen.

6.1.2.7. Opsummering

Værnsreglen om udbyttmaksimering har til formål at sikre, at selskaber, som umiddelbart forinden er blevet begunstiget af en skattefri aktieombytning, ikke tømmes og efterfølgende sælges uden avance, som ellers havde været skattepligtig, hvis den skattefrie aktieombytning ikke havde fundet sted.

Behovet for værnsreglen er helt klart til stede, som reglerne i øvrigt er bygget op. Det er klart, at udbytteudlodning ville være en oplagt mulighed for hurtigt at slanke et selskab, og sælge uden store avancer.

Værnsreglen har desværre konsekvenser for det forventede anvendelsesområde af de nye objektive regler. Vi vurderer, at det kun i få meget ukomplicerede tilfælde i koncerninterne omstruktureringer vil være acceptabelt at binde et selskabs midler i 3 år. I større koncerner vurderer vi derfor, at tildelsesvejen vil blive valgt i langt de fleste tilfælde.

I mindre koncernstrukturer og uegentlige fusioner kan udbyttmaksimeringen i mange tilfælde ligeledes være uhensigtsmæssig. I mindre koncerner er et af hovedformålene typisk at sikre den opsparrede likviditet ved at overføre denne til det erhvervende selskab i aktieombytningen. Da værns-

reglen direkte hindrer denne risikominimering, vil det ved selv mange ukomplicerede aktieombytninger angiveligt blive valgt at anvende tilladelsessystemet.

Den nye lovs anvendelsesområde vurderes dermed at være de små koncerner og uegentlige fusioner, hvor der ikke forinden er opsparet likviditet, og der ikke forventes at opsaves væsentligt mere likviditet end periodens regnskabsmæssige resultater i løbet af de 3 år.

Anvendelsesområdet er også mindre koncerner og uegentlige fusioner, hvor man ikke har påtænkt risikominimering, og dette ikke er grundlaget for ombytningen.

Herudover kan anvendelsesområdet ligge på specielle tilfælde, hvor der i større koncerner ikke er nogen ulempe i at låse et selskabs midler i 3 år.

De mindre koncerner med personlige aktionærer har med de objektive regler fået en hurtig og billig måde at gennemføre en holdingstiftelse på, hvis 3 års perioden kan accepteres, så det må forventes, at flere mindre virksomheder får gennemført en holdingstiftelse tidligere, end de ellers ville have gjort, hvis de skulle gennem tilladelsessystemet.

Denne tidligere holdingstiftelse kan komme virksomhederne til gode f.eks. ved senere salg, generationsskifte mv. Udbyttmaksimeringen er således med til at minimere anvendelsesområdet for de objektive regler, men de som kan anvende reglerne, får en klar administrativ fordel.

EU-domstolens tilsidesættelse af udbyttmaksimeringer i dansk skatteret vurderes ikke at få væsentlig betydning for de objektive reglers udseende, men ændring af gældende regler antages at være påkrævet. Ændringen vurderes sandsynligt gennemført ved at indføre generalklausulen fra direktivet i dansk skatteret, og dermed overføre vurderingen af de enkelte omstruktureringer til den almindelige ligning, hvor de sædvanlige vurderinger fra tilladelsessystemet om skatteundgåelse og unddragelse indgår som hovedelement.

6.1.3. Vederlagsaktierne

Ved vederlagsaktier forstås de aktier, som det erhvervende selskab udsteder til aktionærerne i det erhvervede selskab.

Det fremgår af ABL §36A stk. 3, at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de ombyttede aktier⁸⁴.

Det skal bemærkes, at der ikke er noget krav længere om, hvor stor en andel den kontante udligningssum kan udgøre af vederlaget, men det skal præciseres, at den kontante udligningssum falder udenfor den skattefrie transaktion, da den skal behandles som en aktieafståelse, som er omfattet af de øvrige regler i aktieavancebeskatningsloven, med dertilhørende beskatning af en eventuel avance.

Skatteministeren præciserer i sit svar på spørgsmålene 32, 34 og 56 til lovforslaget L110, at der med handelsværdien menes den dagsværdi aktierne i det ombyttede selskab havde på ombytningstidspunktet, altså den værdi man ville kunne have fået for aktierne, såfremt disse blev solgt til tredjemand, det vil sige, at der stilles krav om at ombytningsforholdet baseres på armlængde-princippet.

Formålet med denne værnsregel er at sikre, at der ikke sker formueforskydelser blandt aktionærerne, eller at der opnås andre utilsigtede skattemæssige fordele for deltagerne i ombytningen.

Skatteministeren forklarer således bestemmelsen i ABL 36A stk. 3 nærmere i sit svar på spørgsmål 31 til L110. Her præciserer han, at aktionærerne skal vederlægges med værdier, der svarer til handelsværdien for at undgå, at der ved et skævt ombytningsforhold tilføres/foræres værdier til eller fra det erhvervende selskab, og dermed eventuelle andre aktionærer.

Et simpelt eksempel til illustration af denne problemstilling kunne være en situation, hvor far og søn ejer hver sit selskab. I forbindelse med et generationsskifte, hvor sønnen på sigt skal overtage faderens selskab, ombytter faderen aktierne i sit selskab mod at få aktier i sønnens selskab. Såfremt vederlagsaktierne værdiansættes for lavt, vil der ske en formueforrykkelse mellem far og søn, idet

⁸⁴ Jf. bilag 1 til L110, oversigt over høringsvar og kommentarer, fremgår det at handelsværdien skal fastsættes ud fra de gældende principper for værdiansættelse, herunder anvendelse af TSCIRK2000 nr. 9 og 10.

der udstedes for få aktier til faderen, hvorved der sker en værdiforøgelse af sønnens aktier svarende til forskellen mellem den fastsatte værdi på vederlagsaktierne og den faktiske handelsværdi heraf⁸⁵.

Det objektive krav om at vederlagsaktierne skal måles til handelsværdi, er sådan set helt i overensstemmelse med den hidtidige praksis, der eksisterer på området⁸⁶.

Det fremgår ikke direkte af lovteksten i ABL § 36, at vederlagsaktierne skal erlægges med en værdi svarende til handelsværdien. Af §36 stk. 3 fremgår det kun, at aktionærerne i det ombyttede selskab skal vederlægges med aktier og en eventuel kontant udligningssum. Selve ombytningsforholdet har tidligere kun været reguleret af praksis, hvor SKAT i forbindelse med en anmodning om skattefri aktieombytning har opstillet vilkår som betingelse for at give tilladelse til at ombytte skattefrit. Betingelserne er blevet opstillet med henblik på at sikre, at der ikke sker forskydning i rettigheder og formueforhold mellem aktionærerne⁸⁷.

Det skal dog bemærkes, at den kontante udligningssum vil kunne give anledning til forskydninger i aktionærernes rettigheder, idet der ikke eksisterer noget krav om, at udligningssummen forholdsmæssigt skal udgøre en lige stor andel hos hver aktionær⁸⁸. Men såfremt der henses til armslængdeprincippet ved værdiansættelsen af vederlaget, vil det ikke få konsekvenser i forhold til de involverede aktionærers indbyrdes formueforhold, og en eventuel avance vil ligeledes udløse beskatning.

Konsekvensen ved ikke at anvende handelsværdier i forbindelse med vederlæggelse af aktionærerne i det ombyttede selskab er, at ombytningen gennemført uden tilladelse bliver skattepligtig⁸⁹.

Et andet aspekt der skal henses til i forbindelse med gennemgangen af vederlagsaktierne, er hvilken anskaffelsessum og hvilket anskaffelsestidspunkt de tidligere aktionærer i det erhvervede selskab skal anvende, såfremt disse afhændes. Dette forhold reguleres af ABL §36A stk. 4.

⁸⁵ Eksemplet er inspireret af eksemplet i artiklen "Nye regler om skattefrie omstruktureringer" skrevet af Susanne Kjær fra Revision og Regnskabsvæsen nr. 6 - 2007

⁸⁶ Der angives således følgende i bemærkningerne til lovforslaget vedrørende kravet om at vederlagsaktierne skal opgøres til handelsværdi: "Der er ikke hermed tilsigtet ændringer i de gældende regler og praksis om ombytningsforhold ved skattefrie omstruktureringer, der gennemføres med tilladelse."

⁸⁷ I TfS1997.477LR, gav SKAT tilladelse til ombytning med den betingelse at der ikke skete forskydninger i rettigheder og formueforhold mellem de involverede aktionærer.

⁸⁸ Jf. Ligningsvejledning afsnit 18.5.1 Objektive betingelser.

⁸⁹ Dette forhold bliver præciseret i bilag 1 til L110, oversigt over høringssvar og kommentarer .

Udgangspunktet i §36A stk. 4, 1. pkt. er, at der er succession i vederlagsaktierne, således at aktionærerne ved opgørelse af en eventuel avanceberegning skal behandle vederlagsaktierne, som om de var anskaffet på samme tidspunkt og til samme anskaffelsessum som aktierne i det ombyggede selskab. Dette svarer til reglerne, som også gælder jf. §36 ved skattefri aktieombytning med tilladelse.

Undtagelsen hertil fremgår af §36A stk. 4, 2. pkt., hvor der står, at såfremt et selskab m.v. er aktionær i både det erhvervende og det erhvervede selskab før ombygningen, da skal denne aktionær behandle alle sine aktier som om de var anskaffet på ombygningstidspunktet.

Undtagelsen hertil fremgår af ABL §36A stk. 4, 3. pkt., hvor aktionærer, som beskrevet i afsnittet ovenfor, på ombygningstidspunktet har ejet alle sine aktier i 3 år eller mere. I dette tilfælde sker der succession i lighed med ABL §36A stk. 4, 1. pkt.

Ifølge bemærkningerne til L110 skal reglen tilskynde til, at aktionærer, der er selskaber, beholder vederlagsaktierne i 3 år efter omstruktureringen, idet et salg indenfor 3 år⁹⁰ vil udløse beskatning af en eventuel avance.

FSR forholder sig kritisk overfor bestemmelsen i ABL §36A stk. 4, 2. pkt. i bilag 1 til lovforslaget, idet FSR anmoder skatteministeren om en redegørelse for, hvordan en omgåelse af 3 års reglen er mulig, nu hvor der stilles krav om, at vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant afståelsessum skal opgøres til handelsværdien på ombygningstidspunktet.

Dertil svarer skatteministeren, uden at uddybe det nærmere, at skatteministeriet anser det for muligt at omgå ABL §9, uanset at der er foretaget ombygning til handelsværdier.

Vi mener umiddelbart, at bestemmelsen er meget restriktiv, idet selskabet i dette tilfælde mister alt optjent ejertid for de aktier, som selskabet ejede umiddelbart før en eventuel ombygning. Det vil sige, at et selskab, der ejer aktier i både det erhvervende og det erhvervede selskab, er dårligere stillet ved en ombygning såfremt de objektive regler anvendes, end et selskab, der kun ejer aktier i det erhvervede selskab, og hvor det erhvervende selskab er nystiftet, idet der her sker succession i anskaffelsessum og tidspunkt.

⁹⁰ ABL §9

Reglen kan virke urimelig, hvilket Susanne Kjær også giver udtryk for i sin artikel i Revision og Regnskabsvæsen nr. 6, juni 2007⁹¹, hvor hun skriver følgende kommentar til bestemmelsen i ABL §36A stk. 4, 2. pkt.:

”Reglen må anses for meget vidtgående. For det første kan hævdes at reglen er unødvendig, allerede fordi vederlaget for aktierne i det ombyttede selskab skal fastsættes ud fra handelsværdi. Allerede herved burde misbrugstilfælde være frasorteret. Endvidere er reglen for vidtgående fordi den medfører, at man taber allerede optjent ejertid”

I samme artikel anbefaler Susanne Kjær, at man i disse tilfælde med fordel kan anmode om tilladelse, dog vil der nok blive opstillet vilkår med restriktioner for efterfølgende dispositioner, men hun mener, at dette vil være at foretrække frem for at bruge de objektive regler.

Vi kan erklære os enige med Susanne Kjær for så vidt angår hendes holdning om, at bestemmelsen i ABL §36A stk. 4, 2. pkt. virker meget vidtgående. Og på baggrund af Skatteministerens besvarelse af FSR's spørgsmål i bilag 1 til lovforslaget, virker det som om, at man har medtaget bestemmelsen bare for at være helt sikre på, at der ikke sker omgåelse af 3 års reglen, dog uden at være helt bevidst om, hvordan sådan en omgåelse vil kunne forekomme.

6.1.4. Fremførselsberettigede tab på aktier i det erhvervende selskab

Man kunne godt forestille sig situationer, hvor det erhvervende selskab faktisk ikke ville være så tilbageholdende med at realisere en skattepligtig avance på de aktier, som det har modtaget i det ombyttede selskab.

Det kunne være i de situationer, hvor det erhvervende selskab havde fremførselsberettigede tab på aktier, som selskabet i henhold til ABL §8 stk. 2 og 3 samt ABL §17 stk. 1 og 2 (for næringsdrivende) kan fremføre til modregning i fortjenester på salg af aktier der er ejet i under 3 år.

Dette er der imidlertid blevet sat en effektiv stopper for med indførslen af ABL § 36A stk. 6.

⁹¹ Revision og Regnskabsvæsen nr. 6, juni 2007, ”Nye regler om skattefrie omstruktureringer og sambeskatning i forbindelse hermed”, skrevet af Susanne Kjær, Tax Partner i KPMG.

Denne bestemmelse udgør en undtagelse til ABL § 8 stk. 2 og 3 samt ABL § 17 stk. 1 og 2, da det erhvervende selskab jf. § ABL. 36A stk. 6 ikke kan modregne fremførselsberettigede tab på aktier, som selskabet havde på ombytningstidspunktet med en eventuel skattepligtig avance på aktierne i det erhvervede selskab.

Der er ikke tale om, at det erhvervende selskab mister retten til at fremføre sine aktietab, som tilfældet er jf. FUSL § 8 stk. 8, tabene kan blot ikke modregnes i skattepligtige avancer ved salg af aktier i det ombyggede selskab. Derimod kan man foretage fradrag i avancer der hidrører fra salg af andre aktier, som det erhvervende selskab ejer.

Formålet med indførslen af ABL § 36A stk. 6, er naturligvis, at man vil undgå at selskaber med uudnyttede tab på aktier via en skattefri aktieombytning uden tilladelse kan føre disse tab til fradrag ved skattepligtigt at sælge aktierne i det ombyggede selskab.

Endvidere anfører SKAT i vejledning om skattefrie omstruktureringer⁹², at man med denne bestemmelse vil undgå at man ved hel eller delsalg af en virksomhed kan konvertere denne fortjeneste om til en skattepligtig aktieavance, hvori tab på aktier kan modregnes.

Man nævner i denne vejledning et eksempel, hvor man forestiller sig et selskab som har uudnyttede tab på aktier, og hvor man ønsker at afhænde driften. Herefter kunne selskabet grenspaltes hvorefter driften blev placeret i et selskab og de uudnyttede tab på aktier blev placeret i det indskydende selskab. Man kunne herefter foretage en aktieombytning, hvor det indskydende selskab blev det erhvervende selskab, som efter ombygningen ville kunne sælge aktierne i det ombyggede selskab med avance som følge af ABL § 36A stk. 5.

Denne avance ville herefter kunne modregnes i de eksisterende uudnyttede tab på aktier i det erhvervende selskab, såfremt bestemmelsen i ABL § 36A stk. 6 ikke var tilstede.

Vi anser bestemmelsen for at være fornuftig, idet fraværet heraf umiddelbart ville føre til misbrug, som illustreret ovenfor.

⁹² Vejledning af 2007-06-12 om Objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber, afsnit 5.6 ABL § 36A, stk. 6. - Fradragsbegrænsning

6.1.5. 3 års ejertid

De objektive regler indeholder ikke en regel om, at ejertiden skal fastholdes i 3 år. Det ville også være problematisk, at skatteretten skal kunne låse civile retlige handler, så et egentligt forbud mod handel kan man alene af den grund ikke opstille.

De objektive regler indeholder dog bestemmelser, som gennemgået ovenfor, som i praksis betyder, at de 3 års ejertid i langt de fleste tilfælde vil blive holdt. De skattemæssige konsekvenser bliver simpelthen for store, hvis f.eks. et salg vælges.

Samtidig har værnsreglerne som gennemgået ikke væsentlige ulemper, hvis bare man kan holde strukturen i de 3 år. Der er således ingen restriktioner, hvis strukturen holdes, også selvom det absolutte hovedformål med omstruktureringen er skatteundgåelse. Har man en længere tidshorisont, kan man således planlægge alene ud fra skattemæssige spekulation.

Dette er en klar fornyelse af reglerne, og er selvfølgelig bundet op omkring, at de nye regler ikke tager hensyn til, om der er forretningsmæssige begrundelser eller forsvarlige økonomiske betragtninger for aktieombytningen.

I arbejdet med lovens tilblivelse og Skats efterfølgende vejledninger er der klart tilkendegivet, at Skat ikke mener, at de objektive regler vil være interessante for virksomhederne, hvis hovedformålet er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.⁹³ Dette må imidlertid siges ikke at være fuldstændigt korrekt. Vi tror på, at mange mindre koncerner og tilfælde med uegentlige fusioner kan og vil anvende de objektive regler til at opnå den skattemæssige mest gunstige situation, hvor eneste grund til omstruktureringen er skattespekulation. Mange af disse virksomheder har muligheden for at langtidsplanlægge, da deres virksomhed i mange tilfælde ikke er voldsomt kompleks.

Der er således omkring 3 års reglerne en nyskabelse, hvor mindre selskabsstrukturer bliver tilgode- set i forhold til de hidtil gældende regler, og vi forventer, at anvendelsesområdet for skattefrie aktieombytninger som følge heraf er udvidet.

⁹³ Fremgår bl.a. af Vejledning af 2007-06-12, om objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber afsnit 1.4.

Vores synspunkt bliver støttet af den hidtidige praksis, som gennemgået ovenfor udledt af frisørsagen, sagen om de to passive norske selskaber og den væsentligste danske dom i vognmandssagen. Her fastslår ansøger i alle tilfælde, at ejerforholdet mellem det erhvervende og det erhvervede selskab fastholdes i 3 år, og i alle tilfælde falder dommen negativt ud for virksomhederne. Efter gammel praksis er der således ingen tvivl om, at 3 års ejertid ikke alene har kunnet bære en tilladelse igennem.

Der er således sket en udvidelse af anvendelsesområdet og værnsreglerne i det objektive system dækker således ikke på dette punkt de samme hensyn som tilladelsessystemet

FSR anførte i deres høringssvar til L110A, at det ville være en betydelig lempelse for erhvervslivet, hvis man samtidig ophævede den gældende 3-årsregel i ABL, således koncernselskaber altid skulle kunne afhændes skattefrit, eller evt. nedsatte 3-årsreglen til en 1-årsregel⁹⁴. Lovgiver svarede, at det ikke var i overensstemmelse med regeringens økonomiske prioriteringer, og det ville være forbundet med væsentlige provenutab.

En sådan løsning er således næppe noget, vi vil se i dansk skatteret indenfor en kortere horisont, men FSR's tankegang om en sådan ændring i forbindelse med en større forandring af omstrukturingsreglerne er absolut ikke nogen uinteressant diskussion. Her kunne man virkelig tale om at gøre omstruktureringer i koncerner mere fleksible og man kunne virkeliggøre store administrative lettelser for erhvervslivet.

Hvorvidt der er væsentlige provenutab i en sådan ændring, er umiddelbar svær at se, da langt hovedparten af erhvervslivet bruger de forskellige muligheder, der er i dag for at undgå at realisere beskatning. Ofte er koncernstrukturen i et selskab vel egentligt udformet for at kunne opnå skattefordele, og dermed kunne mange omstruktureringer undgås. Omstruktureringer i større koncerner kan være meget tunge og betyde store omkostninger til rådgivere og interne ressourcer, alene for at opnå de mest optimale salgsmuligheder uden avancebeskatninger.

⁹⁴ Som reglerne er i f.eks. Sverige.

6.1.6. Tidsrummet for opfyldelsen af de objektive krav efter ABL § 36A

Efter vedtagelsen af ABL § 36A har der været tvivl om, hvornår de angivne krav i paragraffens bestemmelser skulle være opfyldt. Altså, om majoritetskrav m.m. kun skal være opfyldt på ombytningstidspunktet, eller om kravene skal være opfyldt i en længere periode og eventuelt tre år frem i tid.

Ved meddelelser fra skatterådet dels vedrørende spaltning⁹⁵, som må kunne fortolkes analogt i forhold til aktieombytninger, og dels en meddelelse direkte vedrørende aktieombytninger⁹⁶ er det slået fast, at kravene alene skal være opfyldt på ombytningstidspunktet.

Meddelelsen vedrørende skattefri aktieombytning omhandler en situation, hvor majoritetskravet kort tid efter ombytningstidspunktet ikke længere var opfyldt. Her melder skatterådet klart ud, at det ikke har konsekvenser for skattefriheden.

I det konkrete tilfælde var der tale om en kapitaludvidelse, hvorved majoriteten ikke længere var til stede i det modtagende selskab, men meddelelsen vurderes at kunne anvendes ved andre former for ophør af de objektive krav efter ombytningstidspunktet.

Det er dog vigtigt at understrege, at den skatteretlige realitetsgrundsætning også på dette område skal være opfyldt. I en anden meddelelse⁹⁷ udtaler skatterådet således, at majoritetskravet ikke er opfyldt, hvor en 50% aktionær køber 5% umiddelbart inden ombytningstidspunktet og sælger de samme 5% umiddelbart efter ombytningstidspunktet. På ombytningstidspunktet var majoritetskravet således klart opfyldt, men der skal være realitet i hele forløbet.

6.2. Bagudrettet ansøgning om tilladelse efter de gamle regler

I tilfælde, hvor den objektive vej er valgt i første omgang, vil der i de fleste tilfælde med efterfølgende salg, være et klart incitament til at få ændret de objektive regler, der var valgt fra starten, til reglerne efter tilladelsessystemet. På denne måde er der en mulighed for at opnå en væsentligt mere fordelagtig beskatning på avancen.

⁹⁵ SKM 2008.189

⁹⁶ SKM 2008.182

⁹⁷ SKM 2007.922

Denne mulighed for at søge om tilladelse tilbage i tid har dog nogle praktiske problemstillinger ved udarbejdelsen af ansøgningen, hvor argumentationen må forventes dels at gå på, hvorfor man ikke har søgt i første omgang, og dels bevise så godt som muligt, at man ikke kendte til den efterfølgende begivenhed på ombytningstidspunktet. Denne bevisførelse må antages at være meget svær at føre i mange sager.

Principielt burde ansøgningen blive udarbejdet uden denne bevisførelse og bortforklaring af den manglende ansøgning i første omgang, således den foreligger fuldstændigt, som hvis tilladelsesvejen var valgt fra start. Men denne objektivitet må alt andet lige både være svær at skrive ud fra som ansøger, men bestemt også svært at bibeholde som behandler af ansøgningen. Historien efter ombytningstidspunktet og den nyttilkomne situation, der udløser ansøgningen, må antages at have stor indflydelse på vurderingen af skatteundgåelse i en givet situation.

6.3. Forlænget ligningsfrist

Ved værnsreglen omkring udbyttmaksimering har skattesubjekter mulighed for at påvirke indkomstopgørelser på ombytningstidspunktet op til 3 år ud i fremtiden.

Som gennemgået under afsnittet om denne værnsregel betyder en senere overtrædelse, at det for meget udloddede beløb beskattes som realisation af aktier på ombytningstidspunktet.

Skat har således også brug for en længere årrække til at foretage den almindelige ligning af omstruktureringen, og af samme årsag er der ved vedtagelsen af L110A indsat en bestemmelse⁹⁸, som angiver, at ligningsfristen først udløber i det 6. år efter indkomstårets udløb. I bestemmelsen henvises alene til de ombytninger, der er omfattet af ABL § 36 A stk. 7, som alene omhandler udbyttmaksimering.

Det må således kunne fortolkes, at det alene er problemstillinger omkring udloddet udbytte, der har den forlængede ligningsfrist.

⁹⁸ Indført i Skatteforvaltningslovens § 26 stk. 8

6.4. Anmodninger om bindende svar

Ved de hidtil gældende regler for skattefrie aktieombytninger med tilladelse har skatteydere ud over den konkrete tilladelse ligeledes fået svar på evt. tvivlsspørgsmål i hele omstruktureringen, som f.eks. grenkravet i spaltningssituationer.

Der må derfor forventes en række omstruktureringssituationer, hvor de objektive regler anvendes, som alligevel har behov for en vurdering fra Skat på et tvivlsspørgsmål vedrørende en del af den samlede disposition.

Systemet med bindende svar er lavet, således skatteydere kan spørge om skattemæssige konsekvenser af en bestemt disposition, skatteyderen enten har foretaget eller påtænker at foretage. Dermed kan skatteyder få afklaring af f.eks. ombytningsforholdet i en skattefri aktieombytning, inden selve aktieombytningen udføres.

Dette har meget stor betydning i mange omstruktureringstilfælde, at skatteyder får klarhed over en dispositions konsekvenser, inden den bliver gennemført. Sammenlignet med de andre omstruktureringsmuligheder, som tilførsel af aktiver eller spaltning, er det dog ikke ved aktieombytninger, bindende svar vil blive brugt mest, men også her vil systemet blive anvendt.

Bindende svar vil ved objektive regler blive anvendt til at afklare tvivlsspørgsmål på en samlet aktieombytning, hvor der er tvivl om en helt konkret bestemmelse i ABL § 36A. Bindende svar kan således ikke sammenlignes med tilladelsessystemet, hvor den samlede transaktion blåtamples.

Udgangspunktet ved skattefrie aktieombytninger er således, om man vil opnå skattefriheden efter tilladelsesmetoden eller efter de objektive regler, og først herefter vurderes bindende svar, hvis de objektive regler vælges.

Bindende svar er en sikring af, at ombytningen kan ske skattefrit, og dermed at man ikke efterfølgende blive overrasket over, at skattefrihed ikke kunne opnås.

Såfremt bindende svar er en nødvendig foranstaltning for at opnå vished om en disposition, bliver nogle af de store fordele ved de objektive regler elimineret, nemlig tiden og omkostninger til rådgi-

vere. Rådgiveren skal udarbejde anmodningen om det bindende svar, hvilket vil selvfølgelig vil give omkostninger for ansøgeren. Herudover tager det ca. 3 måneder at få et bindende svar, som kan svare til tidsforløbet for en ansøgning om efter tilladelsessystemet.

Konkluderende kan det siges, at når de objektive regler vælges, kan bindende svar således være et meget nyttigt værktøj, forudsat tidsforløbet og omkostningsniveauet ikke er begrundelsen for, at de objektive regler er valgt i første omgang.

6.5. Oplysning til myndighederne om foretaget skattefri aktieombytn

Ved andre omstruktureringsmuligheder som spaltning og fusion, både efter tilladelsesmetoder og efter de objektive regler, skal de selskabsretlige dokumenter indsendes til Skat senest en måned efter vedtagelsen.⁹⁹

Ved en skattefri aktieombytning efter de objektive regler skal det erhvervende selskab senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor aktieombytningen er gennemført, give Skat oplysning om, at selskabet har deltaget i en aktieombytning.¹⁰⁰

Dermed er der ikke krav om oplysninger til skat, for at ombytningen kan gennemføres i forbindelse med selve ombytningen, men i stedet væsentligt efter selve ombytningen.

En manglende oplysning på selvangivelsen vil således heller ikke betyde, at ombytningen bliver skattepligtig. En manglende oplysning skal behandles som en mangel ved selvangivelsen og dermed have sanktioner efter disse regler i form af kontrollovstillæg.

⁹⁹ Fusionsskattelovens § 6 stk. stk. 4

¹⁰⁰ ABL § 36 A stk. 9

6.6. Vores vurdering af anvendelsesmulighederne af de nye regler

Hovedmotivet i forbindelse med at indføre systemet med skattefri aktieombytning uden tilladelse jf. ABL §36A, har fra skatteministeriets side været et ønske om at gøre det nemmere og hurtigere for selskaberne i Danmark at tilpasse koncernstrukturen.

Således fremgår det af bemærkningerne til L110:

”Formålet med denne del af lovforslaget er at give selskaber og koncerner en mere enkel adgang til at omstrukturere skattefrit. Forslaget betyder, at det for mange virksomheder ikke længere vil være nødvendigt at søge SKAT om tilladelse til en skattefri omstrukturering. Dermed vil virksomhederne kunne spare administration og ressourcer. Forslaget medvirker til at gøre det lettere og hurtigere for virksomhederne at tilpasse koncernstrukturen til ændrede markedsmæssige vilkår. Samtidig indebærer forslaget, at virksomhederne får samme nemme adgang til skattefri omstrukturering, som mange af deres konkurrenter i de øvrige EU-lande har.”

Der lægges i bemærkningerne til L110 jf. ovenfor vægt på de administrationsmæssige og ressourcemæssige besparelser, som det nye regelsæt vil komme til at medføre. Det står umiddelbart klart for enhver, at det faktum, at det ikke længere er nødvendigt at indsende en anmodning om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, vil medføre en besparelse til selve udarbejdelsen af ansøgningen. Dog er situationen i praksis ofte ikke altid så simpel.

Det forhold, at der nu er to muligheder i forbindelse med at foretage en aktieombytning, vil jo stille selskaberne i en situation hvor de bliver nødt til at foretage en vurdering af hvad der er mest fordelagtigt/hensigtsmæssigt. Og selskaberne bliver faktisk nødt til at overveje begge muligheder grundigt, idet hver eneste omstrukturering på hver sin måde er særegen, grundet forskelligheder i virksomhederne, herunder aktionærer, ledelse koncernstruktur m.m., og det er derfor vores holdning, at man ikke kan opstille en udtømmende liste for hvornår det ene regelsæt skal vælges frem for det andet.

I den vurdering som selskaberne skal foretage, skal de blandt andet medtage overvejelser omkring omkostninger i forbindelse med at udarbejde en anmodning om tilladelse, herunder vurdere om de forretningsmæssige hensigter der ligger bag transaktionen må formodes at være tilstrækkelige til at opnå accept, sammenholdt med besparelsen ved at foretage aktieombytningen uden tilladelse, herunder vurdere

sandsynligheden for at man kan overholde de objektive regler i ABL §36A, samt have den økonomiske konsekvens (skattepligt) ved ikke at imødekomme værnsreglerne i tankerne.

Denne stillingtagen og bearbejdning af fordele og ulemper ved henholdsvis at anmode om tilladelse eller blot at foretage aktieombytningen uden tilladelse, vil som ofte kræve assistance fra en ekstern rådgiver, eksempelvis en revisor, således beslutningstagerne blive klædt ordentlig på til at træffe valget om den ene eller den anden metode.

Som bekendt tager sådanne eksterne rådgivere sig betalt for den rådgivning de leverer, og i særlig grad når der er tale om anvendelse af specialistviden. Det er derfor vores påstand, at indførslen af muligheden for ombytning uden tilladelse ikke umiddelbart er en administrationsmæssig og ressourcemæssig lettelse for selskaberne. Tværtimod giver det anledning til større overvejelser herunder mere behov for rådgivning, og derved flere udgifter til eksterne rådgivere, og i det tilfælde hvor man beslutter sig for at ansøge om tilladelse, kan man endda tale om at lovændringen har været fordyrende for selskaberne.

Når det så er sagt, og selskabet har vurderet mulighederne, og der er truffet et valg om at foretage ombytningen af aktierne uden tilladelse, så ligger der naturligvis nogle forenklinger i de nye regler, som de involverede parter kan få glæde af.

6.6.1. Hvornår vil det være en fordel at anvende de nye regler jf. ABL §36A?

Aktieombytning uden tilladelse vil dels medføre en administrativ lettelse, idet der ikke skal udarbejdes en ansøgning. Endvidere er det ikke noget krav ved anvendelsen af det nye regelsæt, at aktieombytningen skal være båret af forsvarlige forretningsmæssige begrundelser. Således er det nu muligt for aktionærer at foretage ombytning af aktier skattefrit, hvor man f.eks. tidligere har fået afslag, som følge af at SKAT mente at de forretningsmæssige begrundelser ikke var tilstrækkelige.

Afskaffelsen af de forretningsmæssige begrundelser, vil alt andet lige komme de aktionærer til gode, hvor det er tvivlsomt, hvorvidt man vil kunne opnå accept fra SKAT til ombytningen. Således er der åbnet op for at aktionærer der i forbindelse med en skattefri virksomhedsomdannelse fik beregnet en stor negativ anskaffelsessum på aktierne i driftsselskabet, kan begrave denne udskudte skat ved at sørge for at holde

liv i holdingselskabet frem til den dag hvor aktionæren må forlade denne jord. Dette er jo en absolut lempelse i forhold til tidligere.

Det helt simple og åbenlyse eksempel på hvornår det kunne være fordelagtigt at anvende det nye regelsæt, kunne være det tilfælde, hvor et driftsselskab bliver ejet af én person, og hvor denne person ønsker at etablere en holdingstruktur med de fordele det nu giver med hensyn til skattefri udlodning mellem datter- og moderselskab, samt mulighed for skattefrit salg af aktierne i datterselskabet efter en ejertid på minimum 3 år¹⁰¹.

Såfremt ønsket fra ejerens side blot er denne holdingstruktur, og herefter vil lade denne struktur opretholde i minimum 3 år, uden på nogen måder at stille større krav til udlodningen end det tilladte i henhold til ABL §36A stk. 7, så vil det være oplagt at vælge at foretage ombygningen uden tilladelse, idet omstruktureringen er ganske overskuelig, og det vil sandsynligvis ikke volde nogen problemer med at overholde de objektive regler i ABL §36 A.

Såfremt man havde valgt at anmode SKAT om tilladelse til denne ombygning ville det jo nok højst sandsynligt blive konkluderet, at hovedformålet eller et af hovedformålene med denne aktieombygning var skatteundgåelse eller skatteunddragelse, hvilket man jo kan være tilbøjelig til at give dem ret i, idet sådanne holdingstrukturer ofte har til hensigt at udskyde beskatningen længst muligt.

Ovennævnte type af omstrukturering støder man ofte på i praksis, og man må da sige, at det er en lettelse, at man ikke længere skal imødekomme kravene om en detaljeret og konkret beskrivelse af de forretningsmæssige overvejelser og begrundelser der ligger til grund for ansøgning i disse tilfælde, når de forretningsmæssige overvejelser er meget begrænset og nærmest ikke eksisterende.

Forestiller man sig så den samme situation som beskrevet ovenfor, men hvor man går med konkrete overvejelser om opstart af nye aktiviteter i nye datterselskaber, hvortil der naturligvis skal bruges likviditet, og denne likviditet umiddelbart skal skabes af det allerede eksisterende driftsselskab, vil man nok sandsynligvis komme i konflikt med reglerne i ABL §36A stk.7 om udbyttebegrænsninger, såfremt disse planer er nært fremstående, dvs. indenfor en periode på 3 år.

¹⁰¹ Jf. ABL §36A stk. 5

I denne situation bør man overveje at anvende tilladelsessystemet, og via en ansøgning konkretisere de planer man har for stiftelse af nye datterselskaber og nye aktiviteter. Skulle det ske at man opnår tilladelse til at foretage omstruktureringen, så kan det godt være at man herved har opnået mulighed for at foretage udlodninger op i holdingselskabet, som tilfredsstiller behovet for kapital til at starte nye aktiviteter op i nye datterselskaber, men man har herved også bundet sig til at agere herefter, for hvis det efterfølgende viser sig, at man ikke har efterlevet de i ansøgningen fremsatte planer, må man forvente at skattemyndighederne vil gå ind og omklassificere transaktionen til at være skattepligtig.

Ovennævnte to simplificerede eksempler skal blot anskueliggøre, hvornår det med fordel kan betale sig at anvende reglerne efter ABL §36A, og hvornår man bør overveje at anvende tilladelsessystemet efter ABL §36. Der er ingen tvivl om at begge situationer er forholdsvis simple og ret forekommende i praksis, men alene det forhold, at man går med overvejelser om ændringer i strukturen indenfor en relativ kort tidshorison, bevirker at man ret kraftigt bør overveje tilladelsessystemet, idet manglende overholdelse af de objektive regler i henhold til ABL §36A vil medføre skattepligt.

Man kunne også forestille sig en situation, hvor aktionæren i et anpartshaverselskab stod foran et generationsskifte, og i denne forbindelse ville klargøre driftsselskabet til overtagelse af yngre generationer ved at "slanke" selskabet. Såfremt generationsskiftet bliver planlagt i god tid, dvs. minimum 3 år før eksekveringen af selve generationsskiftet, vil man med fordel kunne benytte de objektive regler, man skal blot være opmærksom på at overførslen af de frie reserver til holdingselskabet, først kan foretages i det ønskede omfang efter 3 år fra ombytnings tidspunktet.

Fordelen i ovennævnte eksempel skal her findes i fraværet af kravet om de forretningsmæssige begrundelser, da de i dette tilfælde nok ikke er tilstrækkelige jf. vores gennemgang tidligere under indeks 2.6.1.4 til at opnå tilladelse, idet SKAT nok vil mene, at denne påtænkte skattefrie udlodning, og det efterfølgende skattefrie salg kun kommer den "gamle" anpartshaver til gode.

Endvidere vil man med fordel kunne anvende de nye regler i forbindelse med de såkaldte kombinations-sager, hvor man ønsker at opnå en mere hensigtsmæssig ejerstruktur, hvor hver ejer har hver sit holdingselskab, og derved selv kan bestemme hvilken udbyttepolitik og risikoprofil man ønsker i sit holdingselskab, uden at der skal opnås enighed med en medejer.

Typisk vil det være svært at opnå tilladelse til en sådan omstrukturering, medmindre man udover hensynet til hver enkelt ejers krav til udbytte- og risikoprofil ligeledes går med konkrete planer om udvidelse af aktiviteter i holdingselskaberne m.m.¹⁰² der tager sigte mod at varetage koncernens interesser frem for hovedsagligt at varetage aktionærernes interesser. Anvendelsen af de objektive regler kræver her igen, at man er i stand til at overskue hvorvidt man efterfølgende er i stand til at overholde betingelserne i ABL §36A, ydermere er det en betingelse at aktionærerne har ejet aktierne i driftsselskabet i mere end 3 år¹⁰³.

Umiddelbart er vores vurdering, at anvendelsen af de nye objektive regler jf. ABL §36A typisk vil kunne anvendes med fordel i situationer, hvor man med stor sandsynlighed kan forudsige, at de objektive betingelser vil blive overholdt. Netop dette argumenteres der også for i bemærkningerne til L110¹⁰⁴, hvor følgende angives:

”De foreslåede værnsregler tilskynder til, at selskabsdeltagerne beholder deres vederlagsaktier (og i visse tilfælde også de aktier, de havde i forvejen) i tre år efter en skattefri omstrukturering. For selskaber, der omstrukturerer med henblik på at fortsætte med den nye struktur i længere tid, vil dette ikke indebære problemer, og de vil med fordel kunne gøre brug af reglerne om skattefri omstrukturering uden tilladelse. For disse selskaber indebærer lovforslaget en væsentlig administrativ lettelse og forenkling.”

6.6.2. Hvornår vil det være en fordel at anmode om tilladelse jf. reglerne ABL §36?

I modsætning til ovenstående afsnit kan man overordnet sige, at man ikke skal anvende de nye regler, men i stedet for anmode om tilladelse til den skattefrie aktieombytning i de tilfælde, hvor de involverede parter ikke med sikkerhed kan stå inde for hvorvidt den opnåede koncernstruktur efter ombytningen vil kunne opretholdes i minimum 3 år, samt at udbytteudlodningerne vil kunne opfylde de objektive betingelser. Skatteministeren formulerer dette på følgende måde i bemærkningerne til L110:

¹⁰² Der henvises til TFS 2006.99, hvor der blev givet afslag på en kombinationssag, idet ansøgningen manglede konkrete og underbyggede begrundelser for hensigten med at investere i nye forretningsområder og optagelse af nye ejere. Det blev derfor vurderet at den planlagte transaktion i højere grad skulle imødekomme aktionærernes private ønsker, fremfor at relaterer sig til selskabet.

¹⁰³ Jf. FUSL §15a stk. 1.

¹⁰⁴ Der henvises til pkt. 2 ”Objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber” under bemærkninger til lovforslaget.

” For de selskaber og selskabsdeltagere, som ikke på forhånd kan forudse, om de vil kunne beholde vederlagsaktierne i tre år, bevares de gældende regler og tilladelsessystemet i sin nuværende form. Det indebærer mulighed for at opnå en konkret individuel vurdering af den enkelte omstrukturering, ligesom det fortsat giver SKAT mulighed for både at afslå skattefri omstrukturering og at give tilladelse hertil, herunder eventuelt at fastsætte særlige vilkår for tilladelsen.”

Skatteministeren omtaler i bemærkningerne kun det forhold at tilladelsessystemet er opretholdt såfremt man ikke kan forudse om man kan beholde vederlagsaktierne i minimum 3 år jf. ovenstående citat, hvilket ikke er særligt udtømmende, idet der eksisterer andre forhold der retfærdiggør opretholdelsen af tilladelsessystemet.

De objektive regler, som blev indført med ABL §36A er som tidligere nævnt i opgaven udformet således, at det i videst mulige omfang forhindres, at der sker skattefrie aktieombytninger, der har skatteundgåelse eller skatteunddragelse som hovedformål eller et af hovedformålene. Helt overordnet betyder dette, at parterne i en ombytning uden tilladelse binder sig til de objektive betingelser der gælder jf. ABL §36A i en periode på 3 år, hvilket i høj grad begrænser selskaberne i den nyoprettede koncern i deres udfoldelsesmuligheder efter ombytningen.

Man må nok forvente, at en del selskaber, som har den rigtige forretningsmæssige indgangsvinkel til aktieombytning, vil vælge at anmode om tilladelse til at foretage transaktionen skattefrit, alene af den grund, at de meget firkantede betingelser undgås, og man derved får mulighed for at påvirke de betingelser, som parterne i transaktionen skal leve under for at opnå skattefriheden.

Endvidere vil der være nogle helt konkrete tilfælde, hvor det vil være mere fordelagtigt at anmode om tilladelse frem for at gennemføre transaktionen uden tilladelse.

Hvis man er havnet i en situation, som vil blive reguleret af bestemmelsen i ABL §36A stk. 4, 2. pkt., hvor et selskab, som før ombytningen var aktionær i både det erhvervede og det erhvervende selskab, som udgangspunkt skal behandle alle sine aktier i det erhvervende selskab som om de var erhvervet på ombytningstidspunktet, vil man højst sandsynligt vælge at udarbejde en anmodning om tilladelse frem for at gennemføre ombytningen uden tilladelse.

Begrundelsen skal naturligvis findes i det forhold, at aktionæren ved anvendelsen af de objektive regler vil blive straffet, idet selskabet mister optjent ejertid på de aktier i det erhvervende selskab, som det allerede havde i behold på ombytningstidspunktet, og såfremt man sælger aktierne inden for en periode på 3 år, kan man risikere at blive beskattet af en avance, som ville have været skattefrie under normale omstændigheder¹⁰⁵.

Såfremt man i denne situation i stedet for opnår tilladelse til at ombytte skattefrit, vil tilladelsen sandsynligvis være betinget af nogle anmeldelsesvilkår, som begrænser selskabet i sine dispositioner med hensyn til salg af aktierne i det erhvervende selskab. Disse vilkår vil med stor sandsynlighed være lempeligere i forhold til betingelserne i de nye objektive regler, da man fra skattemyndighedernes side nok kun vil fremsætte vilkår, som begrænser salget af de ”gamle” aktier i det erhvervende selskab i en periode på 3 år regnet fra den dag hvor de oprindeligt blev anskaffet¹⁰⁶.

Generelt kan man argumentere for, at hvis den ombytende aktionær er et selskab, så vil det ofte være fordelagtigt at foretage aktieombytning med tilladelse. Dels fordi der efter tilladelsessystemet gives ”step-up” på anskaffelsessummen på aktierne i det erhvervede selskab til handelsværdien på ombytningstidspunktet¹⁰⁷, modsat ABL §36A stk. 5, hvor den oprindelige anskaffelsessum skal anvendes, og dels vil anmeldelsesvilkårene alt andet lige være mere lempelig med hensyn til anskaffelsestidspunktet, hvor der i tilladelsessystemet tages højde for allerede optjent ejertid¹⁰⁸ på aktierne i det erhvervede selskab, hvilket ikke er tilfældet efter ABL §36A stk. 5.

Et andet eksempel kunne være, hvor man ønsker at foretage en aktieombytning indenfor en allerede eksisterende større koncern, skal man i denne forbindelse, som nævnt tidligere i afhandlingen, vurdere om man kan acceptere at der bindes midler i det erhvervede selskab i en periode på 3 år efter ombytningen, som tilfældet vil være såfremt man anvender ABL §36A, eller om der internt i koncernen er behov for at der bliver tilført likvider fra det erhvervede selskab og videre ud i koncernen.

Vil man i koncernen ikke vente på at 3 års perioden udløber før der kan ske tilførsel af midler fra det erhvervede selskab udover begrænsningerne i ABL §36A stk. 7, så vil det være helt naturligt at vælge at

¹⁰⁵ Hermed menes den situation man ville have befundet sig i, såfremt man ikke havde valgt at foretage aktieombytningen efter ABL §36A

¹⁰⁶ Der henvises til afgørelsen i TfS 2002.424

¹⁰⁷ Jf. TfS 1994, 533 SKATLR (bindende forhåndsbesked)

¹⁰⁸ Jf. TfS2002, 424SKM

anmode om tilladelse til at gennemføre aktieombytningen skattefrit. Det er dermed ikke sagt, at en tilladelse vil komme til at betyde, at der efterfølgende kan foretages ubegrænsede store udlodninger fra det erhvervede selskab, da sådanne udlodninger kan blive betragtet som værende kontantvederlæggelse med den konsekvens at der sker avancebeskatning.

Muligheden for at foretage risikobegrænsning, er et andet forhold, hvor reglen om udbyttebegrænsning efter de nye bestemmelser, vil få betydning for om det ene sæt regler anvendes frem for det andet. Der er ingen tvivl om, at såfremt man befinder sig på et marked, hvor der er stor risiko forbundet med de aktiviteter der ligger i driftsselskabet, så vil en ombytning efter ABL §36A ikke være hensigtsmæssig, netop på grund af de begrænsninger der gælder for hvor store andele af den frie reserve i driftsselskabet man kan sikre i holdingselskabet inden for de første 3 år. I de tilfælde hvor man finder det nødvendigt at sikre sig mod den eksisterende driftsrisiko her og nu, må man derfor vælge at ombytte efter tilladelsessystemet.

Det sidste eksempel, som vi har valgt at medtage i vores vurdering af hvornår tilladelsessystemet kommer til sin ret, er den situation, hvor den ombyttende aktionær efter ombytningen ikke bevarer den bestemmende indflydelse over holdingselskabet.

Det kunne være situationen med et hovedaktionærselskab (en ejer) der får et tilbud fra et eksternt selskab om at sælge sit driftsselskab via en aktieombytning mod at blive vederlagt i aktier i det erhvervende selskab (det eksterne selskab).

Såfremt det erhvervende selskab er af en vis størrelse f.eks. et børsnoteret selskab, vil den ombyttende hovedaktionær højst sandsynligt ikke blive vederlagt med aktier der giver ham bestemmende indflydelse af særlig betydelig karakter. Hvis det erhvervende selskab tilmed har en udbyttepolitik der bygger på principperne om shareholder value, det vil sige at man har den overordnede opfattelse af at pengene ligger bedst i lommerne på aktionærene, så vil vores hovedaktionær højst sandsynligt komme i konflikt med bestemmelsen i ABL §36A stk. 7. Endvidere har han heller ikke nogen indflydelse på beslutninger omkring den fremtidige koncernstruktur, hvilket også ville kunne bringe ham i konflikt med bestemmelserne i ABL §36A.

I ovennævnte tilfælde vil det være meget letsindigt ikke at anmode om tilladelse til at foretage ombytningen skattefrit, grundet usikkerheder i forhold til fremtidige dispositioner som den ombytende aktionær ikke har indflydelse på.

6.6.3. Opsummering af anvendelsesmulighederne af de nye regler kontra tilladelsessystemet

Med ovennævnte afsnit har vi forsøgt at anskueliggøre i hvilke tilfælde man med fordel kan anvende de objektive regler efter ABL §36A, og hvornår man med fordel bør anvende de eksisterende regler efter ABL §36.

De anvendte eksempler er medtaget for at illustrere de forskellige anvendelsesmuligheder af de to regelsæt, og skal ikke anses for at være en udtømmende positivliste for hvornår man bør anvende det ene regelsæt frem for det andet. Således ville man sagtens kunne finde andre eksempler til illustration af området.

Helt overordnet, kan vi på baggrund af ovenstående afsnit sammenfatte, at anvendelsesmulighederne af det nye regelsæt for skattefri aktieombytning, groft anslået begrænser sig til de tilfælde, hvor man er i stand til at overskue de fremtidige begivenheder for virksomheden i en periode på 3 år fra ombytningen, underforstået at man har indflydelse på hvordan virksomheden skal udvikle sig i denne periode.

I andre tilfælde vil man skulle tænke sig grundigt om, før man vælger den model, som man ønsker at benytte ved den påtænkte aktieombytning, og såfremt der er usikkerhed om hvorvidt man kan overholde de objektive betingelser jf. ABL §36A, vil det være tilrådeligt at ansøge om tilladelse.

7. Konklusion

Formålet med opgaven var at redegøre for og vurdere skattereglerne for skattefri aktieombytning, både for aktieombytninger med og uden tilladelse. Vi ville herefter sammenligne de to systemer og vurdere de to systemers anvendelsesområde.

7.1. Konklusion på det skatteretlige grundlag for skattefrie aktieombytninger før vedtagelsen af lovforslag L110

I opgavens kapitel 2 blev reglerne for skattefri aktieombytning med tilladelse gennemgået. Afsnittet blev brugt til at beskrive udgangspunktet i skatteretten inden de nye objektive regler blev vedtaget, og det stadig gældende tilladelsessystem. I afsnittet blev der lagt vægt på de subjektive betingelser og beskrivelse af de forsvarlige økonomiske betragtninger.

Det blev konkluderet, at det ikke var nok blot at angive forretningsmæssige begrundelser i en ansøgning, som en slags ”trylleord” og derefter forvente at tilladelsen blev givet. Det udslagsgivende var argumentationen for de enkelte forretningsmæssige begrundelser.

Det blev konkluderet, at argumentationen for de forretningsmæssige begrundelser og konkretisering af ansøgninger var nøglen til en god anmodning om tilladelse.

I kapitel 3 fremhævede vi de skattemæssige incitamerter, der kan være til at gennemføre en skattefri aktieombytning, og dermed hvilke forhold både tilladelsessystemet og de objektive regler er lavet for at hindre, hvor disse er et hovedformål.

Det blev konkluderet, at skattefri udbytteudlodning og opnåelse af koncernforhold og skattefri aktieavance efter 3 års ejertid er de skattemæssige incitamerter til skattefri aktieombytninger.

I kapitel 4 gennemgik vi EU-retten både de relevante bestemmelser i EU-direktivet samt fortolkningsbidrag fra EU. Dette afsnit var medtaget for at beskrive grundlaget for de danske regler samt de fortolkninger EU-retten har bidraget med til fortolkning af mulighederne for anvendelse af reglerne.

Efterfølgende i kapitel 5 lavede vi en gennemgang af fortolkningsbidrag i dansk praksis af de forinden gennemgåede skattelove ABL § 36 og dermed også EU-retten. I afsnittet blev der redegjort for eksempler på, hvilke krav der er til forretningsmæssige begrundelser samt kravet til argumentation og konkretisering af disse i ansøgninger om skattefri aktieombytning. Som det allerede tidligere under kapitel 3 var konkluderet, er det udslagsgivende ved ansøgningerne.

Som forventet kunne vi konkludere, at de gennemgåede sager uden væsentlige forretningsmæssige begrundelser i ansøgningerne ikke fik tilladelse til skattefri aktieombytning. Herudover var der sager hvor begrundelserne var til stede, men manglende argumentation og konkretisering gjorde alligevel, at tilladelsen ikke blev givet.

Det kunne konkluderes, at praksis havde været meget svingende over en kortere årrække, hvorfor retssikkerheden for ansøgere er truet. Vognmandssagen er den retningsgivende dom herhjemme, som først og fremmest angiver, at forretningsmæssige begrundelser skal være til stede, men at disse også skal være konkretiserede. Sagen gør op med de hidtidige ”trylleord” i ansøgningerne, og stiller krav til de fremtidige ansøgninger.

Ud over de angivne forretningsmæssige begrundelser havde ansøgerne i de fleste af de gennemgåede sager påpeget, at strukturen efter ombytningen ville blive holdt i mindst 3 år. Det er interessant, at denne hensigtserklæring ikke på noget tidspunkt har givet anledning til at påpege, at der dermed ikke er tale om skatteundgåelse eller skatteunddragelse, når der i øvrigt er andre forretningsmæssige begrundelser herudover, ikke desto mindre er det konklusionen efter dansk praksis.

Kapitlerne 2 – 5 blev anvendt til at danne grundlag for forståelsen af den skatteretlige situation for skattefrie aktieombytninger inden fremsættelsen og vedtagelsen af ABL § 36A. Forståelsen af de hidtidige regler var helt igennem nødvendig for gennemgangen af de nye objektive regler, og ikke mindst for at opnå et sammenligningsgrundlag.

7.2. Konklusion på beskrivelse af skattefri aktieombytning uden tilladelse og sammenligning med tilladelsessystemet

I opgavens kapitel 6, blev det nye parallelle system med objektive betingelser efter ABL § 36A gennemgået. Helt overordnet har indførelse af bestemmelserne til formål, at erstatte de forretningsmæssige begrundelser efter tilladelsessystemet, og derved forhindre, at skattefri aktieombytning uden tilladelse bliver misbrugt til skatteundgåelse og skatteunddragelse. Dermed er det ikke længere et krav, at have forretningsmæssige begrundelser for at kunne foretage skattefri aktieombytning.

Nedenfor konkluderes på vores gennemgang af de enkelte værnsregler samt de ændringer disse medfører i forhold til tilladelsessystemet.

7.2.1. Anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum i det erhvervede selskab

Denne værnsregel er reguleret i ABL § 36 A stk. 5. Formålet er at opnå en ny ejerperiode for aktierne i det erhvervede selskab. Der opstår således skattepligt, hvis aktierne afhændes indenfor tre år. Samtidig bibeholdes den oprindelige anskaffelsessum aktierne i det erhvervede selskab.

Dette er en ændring i forhold til tilladelsessystemet, da anskaffelsessummen på aktierne i det erhvervede selskab hidtil har været handelsværdien på ombytningstidspunktet. For så vidt angår anskaffelsestidspunktet er systemerne ens.

Herudover er systemerne forskellige på den måde, at man ved opnåelse af tilladelse har mulighed for at opnå lempeligere forhold ved efterfølgende salg indenfor tre års perioden. F.eks. i situationer, hvor der er selskabsaktionærer inden ombytningen.

7.2.2. Udbyttmaksimering

I de objektive regler er der indsat en værnsregel mod efterfølgende udbytteudlodninger fra det erhvervede selskab. Bestemmelsen er indsat for at undgå at det erhvervede selskab tømmes skattefrit efter omstruktureringen. Hovedreglen er, at der kun kan udloddes udbytte fra egen indtjening efter ombytningstidspunktet og tre år frem.

Dette er en ændring i forhold til de hidtidige regler, idet der ikke som udgangspunkt er restriktioner mod udbytteudlodninger. Bestemmelsen betyder, at et selskabs overskydende likviditet bliver låst i 3 år fra ombytningstidspunktet, og vælger man de objektive regler, skal man således vurdere, om denne binding er acceptabel for koncernen som helhed.

7.2.3. Vederlagsaktierne

Vederlagsaktierne sammen med en eventuel kontant udligningssum skal ifølge de nye objektive regler erlægges med en værdi svarende til handelsværdien af de ombyttede aktier. Bestemmelsen har det formål, at der ikke sker formueforskydelse blandt aktionærerne.

Der er således ikke forskel på tilladelsessystemet og de objektive regler.

7.2.4. Fremførselsberettiget tab på aktier i det erhvervende selskab

Ifølge de objektive regler er det ikke tilladt for det erhvervende selskab, at anvende fremførselsberettigede tab opstået før ombytningen på gevinster ved salg af aktier i det erhvervede selskab. Bestemmelsen er indført for at undgå en skattefordel i at kunne foretage modregning i en eventuel for tjeneste umiddelbart efter en skattefri aktieombytning.

Efter tilladelsessystemet er der ikke restriktioner, der begrænser denne mulighed.

7.3. Anvendelsesområdet for de objektive regler

Ovenstående forskelle på de to regelsæt betyder, at der er fordele og ulemper ved at anvende de objektive regler. Ulemperne, som kan være medvirkende til at regelsættet ikke anvendes, kan oplyses således:

- De objektive krav er ufravigelige. Der kan dog efterfølgende ansøges om at følge reglerne for ombytning med tilladelse i stedet.
- Afhændelse af aktier i det erhvervede selskab beskattes hårdt, idet den oprindelige anskaffelsessum danner grundlag for beregningen af den skattepligtige avance. Man skal således kunne forudse, at afhændelse af selskabet ikke vil ske indenfor 3 år, medmindre beskatningen kan accepteres.

- Udbyttmaksimeringen betyder, at det ellers forretningsmæssige forsvarlige incitament til ombytning risikoafgrænsning ikke får fuld effekt i de første tre år, da overskydende likviditet ikke må udloddes. Man skal således kunne leve med risikoen for tabet af tidligere års overskud. Specielt i større koncernforhold vil det helt givet være uacceptabelt at binde midler, som kunne blive bedre forrentet andre steder i koncernen.
- I visse specielle situationer taber selskabsaktionærer ejertid efter ABL § 36A stk. 4, 2. pkt.

Fordelene ved de objektive regler kan oplistes således:

- Den skattefrie aktieombytning behøver ikke forretningsmæssigt forsvarlige begrundelser, og kan uden hindring gennemføres, hvor skatteundgåelse er eneste formål.
- Der skal ikke udarbejdes ansøgning, hvilket medfører en forenklet adgang til skattefrie aktieombytninger med deraf følgende administrative besparelser.

Det kan herudfra konkluderes, at de objektive reglers anvendelsesområde vil være de situationer, hvor salg af det erhvervede selskab ikke er sandsynligt indenfor de næste tre år, og binding af overskydende likviditet i selskabet kan accepteres, herunder også risikoen for tab heraf.

Denne beskrivelse passer bedst på mindre ejerledervirksomheder og mindre koncerner med en indsnævret aktionærkreds. Det er klart, at anvendelsen af de objektive regler afhænger af en individuel vurdering fra situation til situation, men denne gruppe af virksomheder antager vi vil være målgruppen for skattefrie aktieombytninger efter de objektive regler.

Modsætningsvist kan det konkluderes, at såfremt der er usikkerheder i forhold til fremtidige ændringer af den opnåede struktur, krav til likviditet andre steder i koncernen og der i øvrigt er tvivl om, hvorvidt de objektive betingelser kan overholdes, bør tilladelse indhentes.

De to systemer supplerer dog hinanden, således at det er muligt at springe fra det objektive regelsæt og over i tilladelsessystemet, hvis der efterfølgende er forhold, der gør valget u hensigtsmæssigt. Det er usikkert hvorledes springet mellem reglerne bliver vurderet ved efterfølgende ansøgning, men det må være en forudsætning for efterfølgende opnåelse af tilladelse, at man ikke har kendt til de nyopståede forhold på ombytningstidspunktet. Generelt må det antages, at ansøgningen skal vurderes,

som om den var afleveret på ombytningstidspunktet, uden hverken ansøger eller Skattemyndighederne har kendskab til historien efter ombytningen og den nytilkomne situation.

Generelt kan det naturligvis imødekommes, at erhvervslivet får yderligere muligheder for at foretage skattefrie aktieombytninger, da de hidtidige regler består, og de nye regler alene kan anvendes såfremt virksomhederne kan se en fordel heri.

Vi vurderer dog, at den udvidede anvendelse af skattefri aktieombytning efter vedtagelse af loven alene vil omfatte de situationer, som er mindre komplekse, og hvor grunden til anvendelse af de objektive regler frem for tilladelsessystemet er udsigten til de administrative besparelser samt de situationer, hvor de forretningsmæssigt forsvarlige begrundelser ikke er tilstrækkelige efter tilladelsessystemet.

8. Litteraturliste

Lovforarbejder

Lovforslag nr. L 110, som fremsat 13. december 2006 med skriftligt oplæg fra Skatteministeren, høringssvar og kommentarer.

Betænkning afgivet af Skatterådet den 21. marts 2007.

Høringssvar fra FSR vedrørende L 110.

L 110 Bilag 19, Yderligere bemærkninger og spørgsmål fra FSR vedrørende L110 bilag 9 og 10.

Vejledninger fra Skat

Vejledning af 2007-06-12 om objektivering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber. Ligningsvejledningen afsnit S.G.18.

Vejledning af 2003-10-28 om skattefri aktieombytning efter Aktieavancebeskatningsloven.

Faglitteratur

Ramskov, Bent, Aktieombytning og uegentlig fusion, 1. udgave 2004.

Artikler

Dagbladet Børsen, lederen den 3. august 2007.

Horn, Ulrik, "Skattesæk på udbytter er ulovlige", Børsen den 2. august 2007.

Andersen, Hanne Bjerg, "FRR kritiserer praksis for aktieombytning", Revisorbladet nr. 1-2003.

Andersen, Hanne Bjerg, "Told og Skat kvæler aktieombytning", Revisorbladet nr. 1-2003.

Serup, Michael, "Skatteundgåelse som et hovedformål" Tfs 2003.17.

Kjær, Susanne, "Nye regler om skattefrie omstruktureringer og sambeskatning i forbindelse hermed", Revision og Regnskabsvæsen nr. 6, 2007.

Stokholm, Jeppe R., "Kommentar til EF-domstolens dom af 5/7 2007, Hans Markus Kofoed med Skatteministeriet (Sag C-321/05), Skat Udland 2007.342

Danske afgørelser, skattemeddelelser mm.

Tfs 1994.533 SKATLR (bindende forhåndsbesked)

Tfs 1995.618 LR

Tfs 1996.899 DEP

Tfs 1997.205 LR

Tfs 1997.420 LR

Tfs 1997.421 LR

Tfs 1997.477 LR

Tfs 1998.678 Ligningsrådet

Tfs 1999.492 LSR

Tfs 1999.787 LR

Tfs 2001.178

SKM 2001.241

SKM 2001.303

Tfs 2001.590

Tfs 2001.690

Tfs 2002.133

Tfs 2002.424

SKM 2002.644 LSR

Tfs 2002.809

Tfs 2002.1025

Tfs 2003.97

SKM 2003.118.TSS

Tfs 2003.355 ØLR

SKM 2005.167.ØLR

Tfs 2006.99

Tfs 2006.717

SKM 2008.271 SR

SKM 2008.278 SR

EU-afgørelser

C-28/95

C-321/05

Bilag 1

Aktieavancebeskatningslovens § 36A:

Ombytning af aktier kan ske uden tilladelse fra told- og skatteforvaltningen, når såvel det erhvervende som det erhvervede selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF eller er selskaber, som svarer til aktie- eller anpartsselskaber, men som er hjemmehørende i lande uden for EU. Det er en betingelse, at de aktionærer, der ved ombytningen bliver aktionærer i det erhvervende selskab, ved indkomstopgørelsen benytter reglerne i stk. 4, og at det erhvervende selskab ved indkomstopgørelsen benytter reglerne i stk. 5. § 36, stk. 1, 2. og 5. pkt., § 36, stk. 2 og 4, og fusionsskattelovens § 9, § 11, stk. 1, 2. og 3. pkt., og § 11, stk. 2, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 2. I tilfælde, hvor et selskab erhverver hele aktiekapitalen i et andet selskab, eller hvor et selskab, der i forvejen ejer aktier i et andet selskab, erhverver resten af aktiekapitalen i det andet selskab, sker der ikke beskatning efter §§ 8, 12-14 og 17-19, § 21, stk. 1, og § 22, hvis de aktionærer, der ved ombytningen bliver aktionærer i det erhvervende selskab, benytter reglerne i stk. 4 og det erhvervende selskab benytter reglerne i stk. 5. § 36, stk. 1, 2. og 5. pkt., § 36, stk. 4 og 5, og fusionsskattelovens § 9, § 10, § 11, stk. 1, 2. og 3. pkt., og § 11, stk. 2, finder tilsvarende anvendelse.

Stk. 3. Det er en betingelse for anvendelse af stk. 1, at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de ombyttede aktier.

Stk. 4. Aktier i det erhvervende selskab, som aktionærerne modtager som vederlag for aktier i det erhvervede selskab, behandles ved indkomstopgørelsen, som om de var erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier. Dog skal en aktionær, der er et selskab m.v., og som før ombytningen var aktionær i både det erhvervede og det erhvervende selskab, ved indkomstopgørelsen behandle alle sine aktier i det erhvervende selskab, som om de var erhvervet på ombytningstidspunktet. Det gælder dog ikke, hvis aktionæren på ombytningstidspunktet har ejet alle sine aktier i begge selskaber i mere end 3 år.

Stk. 5. Aktier i det erhvervede selskab behandles ved indkomstopgørelsen, som om de var erhvervet på ombytningstidspunktet for den oprindelige anskaffelsessum. Den oprindelige anskaffelsessum opgøres efter § 26. Hvis den oprindelige anskaffelsessum er højere end handelsvær-

dien af aktierne på ombytningstidspunktet, fastsættes anskaffelsessummen dog til handelsværdien på ombytningstidspunktet.

Stk. 6. Har det erhvervende selskab på ombytningstidspunktet uudnyttede fradragsberettigede tab på aktier, kan disse tab uanset § 8, stk. 2 og 3, og § 17, stk. 1 og 2, ikke fradrages i gevinst ved salg af aktier i det erhvervede selskab.

Stk. 7. En aktieombytning, der er sket uden tilladelse fra told- og skatteforvaltningen, anses som en afståelse af aktierne i det erhvervede selskab til tredjemand på ombytningstidspunktet, hvis det erhvervende selskab i en periode på 3 år regnet fra ombytningstidspunktet modtager skattefrit udbytte af aktierne i det erhvervede selskab, der overstiger det erhvervende selskabs andel af det ordinære resultat i den godkendte årsrapport for det regnskabsår, som udlodningen vedrører. Det gælder dog ikke, i det omfang udbytte som nævnt i 1. pkt. overstiger det ordinære resultat med et beløb, der højst svarer til det erhvervende selskabs andel af et tidligere års ordinære resultat, som ikke tidligere er blevet udloddet. 2. pkt. omfatter kun ikkeudloddede resultater for regnskabsår, der svarer til indkomståret før det indkomstår, hvor ombytningen gennemføres, og de følgende indkomstår. Viser det erhvervede selskabs godkendte årsrapport et negativt ordinært resultat, modregnes det erhvervende selskabs andel af dette resultat ved opgørelsen af det beløb, der kan udloddes til det erhvervende selskab efter 1. og 2. pkt. Til udbytte efter 1. pkt. medregnes ethvert tilskud eller udbytte af udbyttepræferenceaktier ydet af det erhvervede selskab og af koncernselskaber, som det erhvervede selskab direkte eller indirekte har bestemmende indflydelse over, til koncernselskaber, som det erhvervede selskab ikke har direkte eller indirekte bestemmende indflydelse over. Ved koncernforbundne selskaber forstås selskaber i samme koncern efter selskabsskattelovens § 31 C.

Stk. 8. Stk. 7 finder ikke anvendelse, når det erhvervende selskab er omfattet af § 19, § 21, stk. 1, eller § 22.

Stk. 9. Senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor aktieombytningen er gennemført, skal det erhvervende selskab give told- og skatteforvaltningen oplysning om, at selskabet har deltaget i en aktieombytning efter reglerne i stk. 1.

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.