

AALBORG UNIVERSITET
CAND.MERC.AUD.
KANDIDATAFHANDLING

SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING

Forfatter

Christian Kattenhøj

Vejleder

Henrik Vestergaard Andersen

Afleveringsdato

17. marts 2009

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	3
1.1 Problemformulering.....	4
1.2 Afgrænsning	5
1.3 Disponering	6
1.4 Interessenter.....	7
1.5 Metodevalg	7
1.6 Begreber og forkortelser.....	8
2. Hvad er aktieombytning?	9
2.1 Definition af aktieombytning.....	9
2.2 Den historiske udvikling.....	9
2.3 Skattefri koncernetablering.....	10
3. EU-retten – fusionsbeskatningsdirektivet	13
3.1 Fusionsbeskatningsdirektivets formål	13
3.2 Fusionsbeskatningsdirektivets anvendelighed.....	14
3.3 Skattesvig og skatteunddragelse.....	16
3.4 Leur-Bloem sagen.....	17
4. Motiver til skattefri aktieombytning	23
4.1 Begrænset hæftelse	23
4.2 Selskabsstruktur.....	24
4.3 Skattefri aktieavance.....	25
4.4 Skattefrit udbytte	26
4.5 Sambeskatning.....	28
4.6 Negativ anskaffelsessum	29
4.7 Køb og salg af virksomhed.....	32
4.8 Generationsskifte	33
5. Skattefri aktieombytning med tilladelse	37
5.1 Objektive betingelser	37
5.1.1 Selskabet.....	38
5.1.2 Genstanden for ombytningen	39
5.1.3 Flertallet af stemmerne	40
5.1.4 Vederlaget.....	42
5.1.5 Ombytningsperioden	43
5.1.6 Ikke tilbagevirkende kraft.....	45
5.2 Subjektive betingelser.....	45
5.2.1 Forsvarlige økonomiske betragtninger	46
5.2.2 Omstrukturering	46
5.2.3 Generationsskifte.....	49
5.2.4 Driftsmæssige årsager	51
5.2.5 Risikoafvejning.....	53
5.2.6 Mindst 3 års ejertid.....	54

5.3 Manglende konkret begrundelse.....	55
5.4 Skattesvig og skatteunddragelse.....	59
6. Skattefri aktieombytning uden tilladelse.....	61
6.1 Betingelser.....	62
6.1.1 Selskabet.....	62
6.1.2 Vederlagsaktierne.....	63
6.1.3 De erhvervede aktier.....	65
6.1.4 Tab på aktier i det erhvervende selskab.....	67
6.1.5 Udbytte.....	68
6.1.6 Mindst 3 års ejertid.....	69
6.2 Forlænget ligningsfrist.....	71
6.3 Oplysning til myndighederne.....	72
6.4 Valg af skattefri aktieombytning med eller uden tilladelse.....	72
6.4.1 Skattefri aktieombytning efter ABL § 36.....	74
6.4.2 Skattefri aktieombytning efter ABL § 36 A.....	76
7. Konklusion.....	79
7.1 Skattefri aktieombytning med tilladelse.....	80
7.2 Skattefri aktieombytning uden tilladelse.....	82
8. Summary.....	85
9. Litteraturliste.....	89
Bilag 1.....	91

1. Indledning

Når iværksættere starter deres egen virksomhed, er en af de første beslutninger de skal træffe, hvilken virksomhedsform de vil benytte. Her tænkes der på, om det skal være en personligt drevet virksomhed eller om man vil drive virksomheden i selskabsform. Det relativt høje antal omstruktureringer, der er foretaget op gennem 1990'erne, kunne tyde på, at det ikke er altid, at man vælger den rette virksomhedsform i første omgang. I forbindelse med denne omstrukturering har man en række værktøjer til rådighed, herunder også skattefri aktieombytning, der reguleres af aktieavancebeskatningslovens § 36.

Selvom man ved etableringen af sin virksomhed nøje tænker over, hvorledes man ønsker, at virksomhedsstrukturen skal være fremover, er det yderst sjældent, at den valgte virksomhedsstruktur er hensigtsmæssig gennem hele virksomhedens levetid.

Det kan eksempelvis tænkes, at man efter at have drevet sin virksomhed i nogle år og den efterhånden har fået en pæn størrelse, ønsker at danne en traditionel holdingstruktur, hvor aktierne i driftsselskabet ejes af et holdingselskab. På den måde får man udskilt den risikofyldte drift af virksomheden i et selskab for sig. Samtidigt har man så et holdingselskab, hvor man kan have sine penge uden fare for at miste dem ved en eventuel konkurs i driftsselskabet.

Det er derfor en god ide, at virksomhedsejeren i samråd med sine rådgivere, med jævne mellemrum gennemgår den eksisterende virksomhedsstruktur. Ud fra dette kan man så overveje, om det nu også er den ideelle struktur, man benytter sig af, når man ser på, hvilke problemstillinger og udfordringer virksomheden vil komme til at stå overfor i den nærmeste fremtid, eller om det er ved at være på tide at få foretaget en omstrukturering af virksomheden.

Reglerne i dansk ret har indtil 2007 været således, at skattefri aktieombytninger accepteres, så længe at et af hovedformålene med disse ikke er skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Endvidere skal der i hvert enkelt tilfælde søges tilladelse hos SKAT til

at foretage transaktionen, og denne vil kun blive givet såfremt SKAT ikke vurderer, at hovedformålet er et af de to foranstående.

Med vedtagelsen af lovforslag L110 den 18. april 2007, blev det muligt at foretage skattefri aktieombytninger uden forudgående tilladelse fra SKAT, mod at man skulle overholde en række objektive regler. Det bliver interessant at følge, hvorledes danske virksomheder fremover vælger at foretage skattefri aktieombytninger og i hvilke situationer, de vælger at gøre dette henholdsvis med og uden at indhente tilladelse fra SKAT.

1.1 Problemformulering

Med baggrund i omstående betragtninger omkring omstruktureringer og valg af virksomhedsform har jeg i denne afhandling valgt at fokusere på skattefri aktieombytning. Aktieombytning har gennem tiden vist sig, at give anledning til en række problemer, hvilket illustreres ved, at der ligger en lang liste med offentliggjorte afgørelser på dette område, og med de foretagne lovændringer fra lovforslag L110, vil der fremover være flere muligheder på området.

Formålet med denne afhandling er, at beskrive og vurdere reglerne for skattefri aktieombytning herunder i særdeleshed de ændringer, der blev gennemført den 18. april 2007 med vedtagelsen af lovforslag L110, hvor det blev muligt at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse.

Jeg vil i afhandlingen beskrive såvel de gamle som de nye regler på området, hvorefter disse vil blive sammenlignet.

Fordelene og ulemperne ved de to regelsæt vil endvidere fremgå af afhandlingen og på baggrund af disse, vil jeg vurdere i hvilke situationer, det vil være mest hensigtsmæssigt at anvende de enkelte regelsæt og enten foretage en skattefri aktieombytning med eller uden tilladelse.

1.2 Afgrænsning

Det er nødvendigt, på grund af afhandlingens begrænsede kvantitative omfang samt de tidsmæssige ressourcer, der er til rådighed, at foretage en afgrænsning. Afgrænsningen foretages overordnet ud fra den betragtning, at der ønskes en dybdegående behandling af den opstillede problemformulering, frem for en mere bred og overfladisk behandling af området aktieombytning.

Eftersom det er skattefri aktieombytning, jeg har valgt at fokusere på, vil der ikke blive foretaget en vurdering af, hvorvidt en påtænkt aktieombytning skal foretages skattepligtigt eller skattefrit. Der bør dog altid foretages en afvejning af, om en aktieombytning bør foretages skattepligtigt eller skattefrit, men dette er denne afhandling afgrænset fra at omfatte.

Andre typer af skattefrie omstruktureringer, som fusion, spaltning og skattefri virksomhedsomdannelse vil ikke blive behandlet. Grunden til dette er, at hovedvægten i afhandlingen lægges på skattefri aktieombytning og det vurderes, at afhandlingen vil blive for overfladisk, hvis disse typer af skattefrie omstruktureringer ligeledes skulle behandles fyldestgørende.

Jeg vil ikke behandle problematikken omkring værdiansættelse af virksomheden ved omstruktureringer særskilt i denne afhandling, idet dette vil ligge udenfor afhandlingens fokusområde. Dog vil problematikken omkring værdiansættelse af virksomheder blive inddraget i det omfang, det vil blive fundet relevant under de øvrige afsnit.

Der vil ikke blive vist specifikke beregningseksempler på skattefri aktieombytninger, da jeg ikke vurderer, at dette vil tilføre afhandlingen yderligere dybde.

Redaktionen af denne afhandling er afsluttet pr. 28. februar 2009. Der afgrænses derfor overfor litteratur, afgørelser mv. efter denne dato.

1.3 Disponering

Disponeringen i denne afhandling er flerleddet, og vil følge nedenstående model:

1. Indledning
2. Hvad er aktieombytning?
3. EU-retten - fusionsbeskatningsdirektivet
4. Motiver til skattefri aktieombytning
5. Skattefri aktieombytning med tilladelse
6. Skattefri aktieombytning uden tilladelse
7. Konklusion

I afsnit to vil definitionen på aktieombytning blive gennemgået. Endvidere vil der blive foretaget en kort gennemgang af den historiske udvikling frem til i dag.

Afsnit tre vil omhandle fusionsbeskatningsdirektivet og dets indflydelse på dansk lov. Der vil blive foretaget en gennemgang af formålet med direktivet samt direktivets anvendelighed. Herefter gennemgås Leur-Bloem dommen, som var den første EU-retlige afgørelse om aktieombytning. Endelig vil fusionsbeskatningsdirektivets betydning for dansk lov blive vurderet.

Det fjerde afsnit vil fokusere på de motiver, der kan være til at foretage en skattefri aktieombytning. Såvel de selskabsretlige som de skatteretlige motiver vil blive behandlet i dette afsnit, herunder skattefri udlodning af udbytte, sambeskatning og generationsskifte.

I afsnit fem og seks vil afhandlingens hovedvægt blive lagt. Afsnittene vil gennemgå de objektive og subjektive betingelser, der skal opfyldes, hvis man foretager en skattefri aktieombytning henholdsvis med eller uden tilladelse. De to regelsæt vil løbende blive sammenlignet, og jeg vil fremhæve forskellene mellem disse. Endvidere vil anvendelsesmulighederne blive behandlet, og jeg vil vurdere, i hvilke situationer man med fordel kan benytte sig af de forskellige regelsæt.

Endelig vil afhandlingen blive afsluttet med en hovedkonklusion i afsnit syv. De enkelte afsnit i afhandlingen vil ikke indeholde deciderede delkonklusioner. Der vil dog løbende blive konkluderet på de enkelte områder, og det er disse konklusioner, som hovedkonklusionen vil tage sit udgangspunkt i og samle op på.

1.4 Interessenter

Interessenterne for denne afhandling er identificeret på baggrund af emnets anvendelsesområde. Afhandlingen skrives som udgangspunkt til vejleder og censor, hvorfor disse vil være de primære interessenter.

Afhandlingens sekundære interessenter vil være rådgivere, herunder særligt revisorer, selskabsledelser samt studerende på kandidatniveau. Det er min opfattelse, at personer, som arbejder med eksterne selskabsomstruktureringer, herunder i særdeleshed aktieombytninger, vil kunne benytte denne afhandling som opslagsværk i forbindelse med deres arbejde.

Det kundskabsmæssige niveau for afhandlingen vil tage udgangspunkt i de primære interessenter.

1.5 Metodevalg

Afhandlingen vil tage udgangspunkt i en teoretisk gennemgang af emnet, idet formålet er, at beskrive de foretagne lovændringer omkring skattefri aktieombytning samt foretage en sammenligning med de hidtil gældende regler på området, for på den måde at give læseren en forståelse for netop dette emne.

Til behandling af emnet vil der primært blive anvendt kvalitative data i form af love, bekendtgørelser, cirkulærer, faglige artikler og bøger mv. I særdeleshed vil aktieavancebeskatningsloven, og de hertil knyttede vejledninger, blive anvendt. Hvor det findes relevant, vil der endvidere blive inddraget domme og afgørelser, som relaterer til de enkelte afsnit, og teorien vil blive understøttet med eksempler og figurer, for herved at højne læsers forståelse for emnet.

I forbindelse med anvendelsen af ovenstående retskilder mv. vil der blive taget højde for hierarkiet mellem disse, samt hvorfra de stammer med hensyn til objektivitet og brugbarhed i afhandlingen.

Idet afhandlingen beskæftiger sig med en nyere vedtaget lovændring, vil denne ikke være behandlet i særligt stort omfang i litteraturen indenfor skatteret. Dette er blot med til at understrege væsentligheden af en behandling af emnet.

Der vil desuden i løbet af afhandlingen blive anvendt diverse forkortelser i forbindelse med love, tidsskrifter mv. Disse fremgår af afsnit 1.6.

1.6 Begreber og forkortelser

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

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
APSL	Anpartsselskabsloven
ASL	Aktieselskabsloven
FUL	Fusionsskatteoven
PBL	Pensionsbeskatningsloven
PSL	Personskatteoven
SEL	Selskabsskatteoven
SKL	Skattekontrolloven
TfS	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
VOL	Virksomhedsomdannelsesloven

2. Hvad er aktieombytning?

2.1 Definition af aktieombytning

Eftersom denne afhandling beskæftiger sig med aktieombytning, skal det for god ordens skyld defineres, hvad der præcist menes med dette. Ved aktieombytning forstås i denne opgave ”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 sig 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 udligningssum.”¹ På trods af ordet ”aktieombytning”, gælder hele ABL § 36 også for anparter i anpartsselskaber.

Begrebet aktieombytning dækker i realiteten over enhver form for afståelse af aktier, hvor vederlaget for de pågældende aktier erlægges i aktier eller andre ejerandele, samt eventuelt kombineret med et kontant vederlag. Betegnelsen aktieombytning benyttes dog i almindelighed om de tilfælde, hvor der er tale om skattefri aktieombytning og dermed en udskydelse af beskatningstidspunktet for fortjenesten ved salget af aktierne. I lighed med, hvad der er gældende ved eksempelvis fusion og spaltning, er bestemmelserne om skattefri aktieombytning i et vist omfang en følge af en EU-retlig regulering. Den EU-retlige regulering foretages ved fusionsbeskatningsdirektivet, der vil blive behandlet nærmere i afsnit 3 i denne afhandling.

2.2 Den historiske udvikling

Aktieombytning har historisk set været kendt i dansk ret siden 1983, men i tiden frem til først i 1990'erne blev dette ikke anvendt i særlig høj grad. Det var først ved indførslen af fusionsbeskatningsdirektivet ved lov nr. 219 af 3. april 1992, at der for alvor blev sat mere fokus på mulighederne for skattefri aktieombytning og i den forbindelse skattefri koncernetablering. Fra dette tidspunkt og frem til i dag har denne fokusering på skattefri aktieombytning været stigende, og der er antageligvis gennemført flere tusinde skattefrie aktieombytninger i dette tidsrum.

¹ Denne definition svarer til definitionen i ABL § 36, stk. 2.

Reglerne omkring aktieombytning er dog blevet ændret en række gange siden 1992 og frem til i dag. Den første væsentlige ændring blev gennemført ved lov nr. 312 af 17. maj 1995 og vedrørte kravet om tilladelse til at foretage skattefri aktieombytning. Fra og med den 2. november 1994 skulle der nu gives tilladelse fra myndighedernes side til at foretage en skattefri aktieombytning, hvilket ikke havde været et krav siden 1992.

Den næste væsentlige ændring i reglerne for skattefri aktieombytning skete ved lov nr. 166 af 24. marts 1999. Ved denne ændring blev det muligt at påklage en afgørelse vedrørende aktieombytning til Landsskatteretten. Lovændringen skete som en direkte konsekvens af EF-domstolens dom af 17. juli 1997, sag C28/95, Leur-Bloem.²

Den tredje væsentlige ændring blev gennemført ved lov nr. 313 af 21. maj 2002. Denne ændring lempede væsentligt på kravet til det vederlag, der skal erlægges i forbindelse med en skattefri aktieombytning. Det havde tidligere været således, at aktionærerne i det erhvervede selskab skulle vederlægges med aktier eller anparter i det erhvervede selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10% af den pålydende værdi. Denne ændring betød, at der nu var valgfrihed med hensyn til sammensætningen af vederlaget for de erhvervede aktier. Der skal dog erlægges minimum en aktie, men resten af vederlaget kan være kontanter. Hvis en aktionær modtager kontanter, er dette naturligvis at betragte som et afståelsesvederlag, og der skal derfor udarbejdes avanceopgørelse og betales skat af en eventuel fortjeneste ved afståelsen.

Endelig blev den fjerde væsentlige ændring foretaget ved lovforslag L110 den 18. april 2007. Med vedtagelsen af dette lovforslag blev der åbnet mulighed for både at ansøge om tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, samt at gennemføre en skattefri aktieombytning uden forudgående tilladelse fra skattemyndighederne, mod til gengæld at overholde en række objektive regler.

2.3 Skattefri koncernetablering

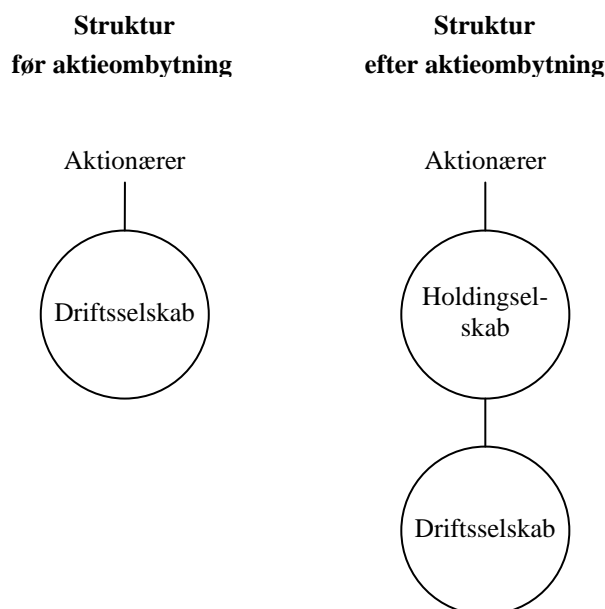
Ved aktieombytning er der åbnet op for, at man skattefrit kan etablere en koncernstruktur mellem to selskaber. Når der foretages en aktieombytning, sker dette ofte ved, at der

² Denne dom vil blive behandlet nærmere under afsnit 3.

indskydes et holdingselskab, der ejer et driftsselskab, hvori aktiviteten ligger. Aktionærerne, som før ejede aktierne i driftsselskabet, ejer herefter aktierne i holdingselskabet.

I en skattefri koncernetablering deltager der således mindst en aktionær samt to selskaber. Det selskab, som bliver datterselskab i den nyopståede koncern, vil i denne afhandling blive betegnet ”det erhvervede selskab”. Selskabet, der bliver moderselskab, vil blive betegnet ”det erhvervende selskab”.

For at gøre det hele lidt mere overskueligt, er der her en grafisk illustration af, hvorledes en skattefri koncernetablering ved aktieombytning tager sig ud:



Figur 2.1 Aktieombytning

I ovenstående figur sker den skattefri koncernetablering ved, at der stiftes et nyt holdingselskab og aktionærerne får så ombyttet deres aktier i driftsselskabet til aktier i holdingselskabet. Det kan også foregå med to allerede eksisterende selskaber. Ved denne konstruktion får aktionærerne i det ene selskab ombyttet deres aktier til aktier i det andet selskab, mens aktionærerne i det andet selskab fortsætter med at eje deres egne. Resultatet vil blive det samme som i ovenstående figur.

Når man kan foretage en skattefri koncernetablering, kan man naturligvis også foretage en skattepligtig koncernetablering. Det er op til den enkelte aktionær, hvorvidt denne ønsker at afstå sine aktier til et holdingselskab. Hvis dette gøres bliver en eventuel fortjeneste naturligvis beskattet, og det er netop denne beskatning, man undgår ved at gennemføre koncernetableringen skattefrit. Prisen for at foretage koncernetableringen skattefrit er, at der indtræder skattemæssig succession på aktierne. I praksis betyder dette, at når aktionærene i det erhvervede selskab får ombyttet deres aktier med aktier i det erhvervende selskab, beholder de deres oprindelige skattemæssige anskaffelsessum for aktierne i det erhvervede selskab. Beskatningen af en eventuel fortjeneste ved salget af aktierne bliver altså udskudt til det tidspunkt, aktionæren vælger at afstå de nye aktier.

Selvom aktionærene, ved en skattepligtig koncernetablering, vil blive beskattet af en eventuel fortjeneste med det samme, vil en sådan løsning, i visse tilfælde, stadig være attraktiv i forhold til den skattefrie. For eksempel vil en skattefri koncernetablering være underlagt en række begrænsninger især inden for de første 3 år efter gennemførelsen. Den skattepligtige koncernetablering er ikke i samme udstrækning underlagt begrænsninger.

Et andet motiv til at foretage koncernetableringen skattepligtigt kunne være, at man ved at lade sig beskatte opnåede et tab på aktierne, som man så kunne bruge til modregning i gevinst på andre aktier. Endvidere kunne man have et ønske om at indskyde et beløb på en ophørspension, hvilket der ligeledes ville være mulighed for ved foretagelsen af en skattepligtig koncernetablering.³

Som nævnt under afsnit 1.2 Afgrænsning, vil denne afhandling ikke gå i dybden med den skattepligtige aktieombytning, men hovedsagligt koncentrere sig om den skattefrie del. Jeg vil derfor ikke komme nærmere ind på de fordele og ulemper, der er ved de to forskellige metoder. Der bør dog altid foretages en afvejning af, om en aktieombytning bør foretages skattepligtigt eller skattefrit.

³ PBL § 15 A.

3. EU-retten – fusionsbeskatningsdirektivet

I dette afsnit vil der blive foretaget en generel gennemgang af fusionsbeskatningsdirektivet. Det vil blandt andet indeholde en gennemgang af fusionsbeskatningsdirektivets formål samt en redegørelse for direktivets anvendelighed. Efter den generelle gennemgang af fusionsbeskatningsdirektivet vil der følge en gennemgang af den førnævnte Leur-Bloem dom. Slutteligt i afsnittet vil der blive redegjort for, hvorledes Leur-Bloem dommen har haft indflydelse på dansk lovgivning.

3.1 Fusionsbeskatningsdirektivets formål

Den 23. juli 1990 blev fusionsbeskatningsdirektivet vedtaget af de enkelte medlemslande i EU. Direktivet blev dog først indarbejdet i dansk lov ved lov nr. 219 af 3. april 1992. Formålet med fusionsbeskatningsdirektivet var, at gøre det muligt, at gennemføre grænseoverskridende omstruktureringer af selskaber uden at der foretages afståelsesbeskatning. Baggrunden for tilblivelsen af fusionsbeskatningsdirektivet var således, at give grænseoverskridende omstruktureringer de samme fordelagtige vilkår som de nationale omstruktureringer allerede havde på det tidspunkt og dermed ophæve den forskelsbehandling, der var på området. Direktivet omhandler foruden grænseoverskridende aktieombytning også fusioner, spaltninger samt tilførsel af aktiver.

Det overordnede ønske med fusionsbeskatningsdirektivet var at sikre, at sådanne transaktioner på tværs af landegrænser ikke forhindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger, men at det kan ske ud fra konkurrencemæssige neutrale skattemæssige regler.⁴

Dette understøttes af de indledende betragtninger omkring fusionsbeskatningsdirektivet, hvori der står ”transaktioner som fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater kan være nødvendige for, at der i Fællesskabet kan skabes vilkår, der svarer til vilkårene i et indre marked, og for dermed at sikre, at det fælles marked etableres og fungerer tilfredsstillende; disse transaktioner må

⁴ Bent Ramskov, Aktieombytning og uegentlig fusion, side 45.

ikke hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler; der bør derfor for disse transaktioner indføres konkurrencemæssigt neutrale skatteregler således, at virksomhederne kan tilpasse sig vilkårene i det fælles marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling internationalt; de skatteregler, der gælder for disse transaktioner, er i øjeblikket mindre fordelagtige end dem, der gælder for selskaber, der er hjemmehørende i samme medlemsstat; den forskelsbehandling må bringes til ophør”.

Tidligere var der meget begrænsede muligheder for at foretage skattefrie omstruktureringer. Dermed var fusionsbeskatningsdirektivet en velkommen nyskabelse. Efter indarbejdelsen af dette direktiv i dansk lov, var der nu mulighed for også internationalt at foretage skattefri aktieombytning, hvilket gav selskaberne nye muligheder for omstrukturering.

3.2 Fusionsbeskatningsdirektivets anvendelighed

Når det skal vurderes, hvorvidt fusionsbeskatningsdirektivet er anvendeligt i et land som Danmark, skal man se på, om det falder ind under betegnelsen ”umiddelbart anvendeligt”. Definitionen af umiddelbar anvendelighed er ”Det forhold, at en EU-retsakt umiddelbart kan påberåbes for og håndhæves af nationale domstole, og herved skabe rettigheder og pligter for retssubjekterne i de enkelte medlemslande, herunder Danmark”.⁵

Det er yderst sjældent, at et direktiv i sin helhed er umiddelbart anvendeligt. Derfor må samtlige bestemmelser vurderes konkret af medlemslandene, for at man på den måde kan få afgjort, hvorledes de forskellige betingelser skal tolkes, for at bestemmelserne bliver udformet og gennemført på tilfredsstillende måde.

Den første af de forudsætninger der skal være overholdt, for at fusionsbeskatningsdirektivet umiddelbart kan anvendes er, at det skal fremstå ubetinget. Dette vil sige, at hvert enkelt medlemsland ikke har nogen mulighed for at vælge eller afstå fra at anvende direktivet, men derimod er direkte forpligtet til at efterleve direktivets bestemmelser. Den anden forudsætning er, at direktivet skal være tilstrækkeligt præcist

⁵ Søren Næsborg Jensen, EU-selskabsskatteret, side 91.

formuleret i sin udformning, således at det er muligt, at udlede direktivets formål og anvendelsesområde ud fra dets ordlyd.

Med hensyn til om fusionsbeskatningsdirektivet opfylder den første af de ovennævnte forudsætninger, er det min mening, at dette er tilfældet. Dette skyldes, at der her er tale om et direktiv, der er indarbejdet i den danske lovgivning og dermed fuldt ud er på højde med andre love vedtaget i det danske Folketing. Endvidere er de enkelte medlemslande direkte forpligtede til at indarbejde et direktiv i deres lovgivning, så der er altså slet ikke mulighed for at udlade at anvende direktivet. Direktivet blev som tidligere nævnt indarbejdet i dansk lov ved lov nr. 219 af 3. april 1992.

Den anden forudsætning, med henblik på præcisionen af direktivet, vil jeg ligeledes vurdere, at fusionsbeskatningsdirektivet lever op til. Begrundelsen for dette er, at direktivet generelt klart og tydeligt lader forstå, hvilke forpligtelser de enkelte medlemslande har samt, hvilke indskrænkninger de skal følge. Jeg mener derfor at direktivet generelt må betegnes som værende ganske præcist i sin formulering.

Min konklusion er således, at fusionsbeskatningsdirektivet umiddelbart kan anvendes i hvert af de enkelte medlemslande på grænseoverskridende omstruktureringer, som eksempelvis aktieombytning, idet direktivet lever op til de stillede krav.

Ud over spørgsmålet om fusionsbeskatningsdirektivet er umiddelbart anvendeligt, kan der rejses spørgsmål om, i hvor stort omfang de forskellige medlemslande har mulighed for at fravige de udstukne rammer i direktivet. I og med at medlemslandene er direkte forpligtede til at indarbejde et direktiv, kan anvendelsesområdet ikke indsnævres. Tilbage er der så kun spørgsmålet om, hvorvidt medlemslandene kan give bedre muligheder, end der følger af fusionsbeskatningsdirektivet.

Sådan som fusionsbeskatningsdirektivet er formuleret, kan der ikke herske tvivl om, at det er et såkaldt minimumsdirektiv. Hvis de enkelte medlemslande vælger at stille sine borgere bedre end rammerne i direktivet dikterer, vil dette ikke være i konflikt med direktivet. I Danmark blev direktivets minimumsbestemmelser fraveget ved lov nr. 313 af 21. maj

2002. Grænsen for kontantvederlæggelse i forbindelse med aktieombytning er ifølge fusionsbeskatningsdirektivet på 10% af den pålydende værdi af de værdipapirer, som udleveres i forbindelse med ombytningen. Efter fravigelsen er det nu muligt at erlægge ubegrænsede kontanter, hvis blot der erlægges minimum en aktie.

I lighed med vurderingen af fusionsbeskatningsdirektivets umiddelbare anvendelighed, må direktivets karakter af minimumdirektiv tillige vurderes fra artikel til artikel. Konklusionen må dog være, at fusionsbeskatningsdirektivet generelt bærer præg af at være et minimumsdirektiv. Dette skyldes, at der ikke umiddelbart er nogle bestemmelser i direktivet, der begrænser de enkelte medlemslande i selv at fastsætte mere attraktive regler end dem, der nu engang er udstukket af fusionsbeskatningsdirektivet.

3.3 Skattesvig og skatteunddragelse

I og med at formålet med fusionsbeskatningsdirektivet er at sikre, at virksomhederne i EU frit kan foretage forretningsmæssige dispositioner over landegrænserne, er det kun rimeligt at antage, at det ikke er meningen, at fusionsbeskatningsdirektivet skal støtte dispositioner med skattesvig eller skatteunddragelse som formål. Der er derfor indsat en form for sikkerhedsklausul i fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, som skal forhindre, at sådanne dispositioner finder sted.

I sidste ende er det EF-domstolen, der tolker, hvorledes begreberne skattesvig og skatteunddragelse skal forstås, og det er så op til de danske domstole at anvende disse tolkninger korrekt i forbindelse med deres egne afgørelser.

Betegnelsen skattesvig benyttes om de skatteudnyttelser, som ikke blot er i modstrid med de materielle skatteregler, men som samtidig udløser et strafansvar for overtrædelse af Skattekontrollovens bestemmelser, typisk SKL § 13 om skattesvig. Ifølge bestemmelsen straffes blandt andet den, der med fortsæt til at unddrage skat, afgiver urigtige eller vildledende oplysninger i selvangivelsen.

Ved skatteunddragelse forstås skatteudnyttelser, som ikke er i overensstemmelse med gældende skatteret. Den af den skattepligtige tilstræbte skattefordel tilsidesættes derfor af

myndighederne ved omligning af selvangivelsen, efterbetaling mv. Skatteunddragelse er således udtryk for, at den indleverede selvangivelse ikke har været korrekt.⁶

I forbindelse med oversættelsen af fusionsbeskatningsdirektivet til dansk, har der været sat spørgsmålstegn ved, om begreberne skattesvig og skatteunddragelse er oversat korrekt.⁷ Skattesvig syntes at være oversat til et strammere begreb på dansk, end det fremgår af originalteksten. Skatteunddragelse og skatteundgåelse havde måske været en mere retvisende oversættelse, eftersom ingen af disse begreber er strafbare, i overensstemmelse med den originale tekst. Afgørelsen af de enkelte sager beror dog altid på en konkret vurdering fra skattemyndighederne, hvorfor oversættelsen i sig selv ikke vurderes til at have den store betydning.

Ifølge fusionsbeskatningsdirektivets formodningsregel kan der gives afslag på ansøgninger om tilladelse til skattefri aktieombytning, hvis der ikke ligger forsvarlige økonomiske betragtninger⁸ til grund for ansøgningen. Såfremt der ligger forsvarlige økonomiske betragtninger til grund for en ansøgning men, der dog i ansøgningen er mulighed for uønsket skattetænkning, kan der ikke gives blankt afslag. Der kan derimod opstilles et efteranmeldelsesvilkår i forbindelse med at tilladelsen gives, for at hindre den uønskede skattetænkning i at finde sted.

I 2005 blev fusionsbeskatningsdirektivet ændret ved ændringsdirektiv 2005/19/EF. I den forbindelse blev ordlyden af formodningsreglen ændret således, at det i stedet for at hedde forsvarlige økonomiske betragtninger, nu kom til at hedde gyldige forretningsmæssige årsager. I praksis har ændringen af ordlyden dog ikke haft den store betydning, idet skattemyndighederne fortolker formodningsreglen på samme måde som tidligere.

3.4 Leur-Bloem sagen

På baggrund af EF-traktatens daværende artikel 177, svarende til den nuværende artikel 234, forelagdes EF-domstolen den 6. februar 1995 en række præjudicielle spørgsmål

⁶ Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl., Skatteretten 1, side 122.

⁷ Bent Ramskov, Aktieombytning og uegentlig fusion, side 62.

⁸ Begrebet "forsvarlige økonomiske betragtninger" bruges i fusionsbeskatningsdirektivet og angiver, at der skal ligge mere til grund for en ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning end blot skattemæssige fordele. Der kræves således en forretningsmæssig begrundelse.

omhandlende fortolkningen af fusionsbeskatningsdirektivets artikel 2, litra d og artikel 11, stk. 1, litra a. Dette er baggrunden for den såkaldte Leur-Bloem sag⁹, i hvilken EF-domstolen afsagde dom den 17. juli 1997. Leur-Bloem dommen er væsentlig i relation til blandt andet aktieombytning, idet EF-domstolen for første gang gik ind og fortolkede dele af fusionsbeskatningsdirektivet, herunder blandt andet den subjektive betingelse i artikel 11, stk. 1, litra a. Endelig blev det også i forbindelse med Leur-Bloem dommen fastslået, at en sag af national karakter i nogle tilfælde kan forelægges EF-domstolen.

Leur-Bloem sagen vedrørte A. Leur-Bloem samt Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen, hvor den sidstnævnte, var den hollandske skattemyndighed. A. Leur-Bloem var den eneste direktør og anpartshaver i 2 hollandske anpartsselskaber og påtænkte i den forbindelse at foretage en aktieombytning med sine egne anparter og anparterne i et tredje selskab. Resultatet af aktieombytningen ville blive, at der mellem A. Leur-Bloem og de to anpartsselskaber ville blive indskudt et holdingselskab. Dette holdingselskab ville så være 100% ejet af A. Leur-Bloem og ville så igen eje hvert af de to anpartsselskaber 100%.

Jævnfør hollandsk lovgivning ville det være muligt for A. Leur-Bloem at udskyde den kapitalgevinst, han ville få ved aktieombytningen, såfremt der var tale om en dominerende post, og hvis der endvidere var tale om fusion ved ombytning af aktier som defineret i den hollandske lovgivning. Det ville endvidere være muligt, ifølge den hollandske lovgivning, hvis aktieombytningen blev foretaget, at modregne eventuelle tab indenfor koncernen.

De hollandske myndigheder afviste imidlertid, at der var tale om fusion ved ombytning af aktier. På denne baggrund lagde A. Leur-Bloem sag an ved en hollandsk domstol, som fandt, at en afgørelse på sagen afhang af en fortolkning af en bestemmelse i den hollandske lovgivning, der var blevet indført i forbindelse med indarbejdelsen af fusionsbeskatningsdirektivet. I denne forbindelse fandt den hollandske domstol ligeledes, at der i henhold til hollandsk lovgivning ikke blev sondret mellem nationale og grænseoverskridende transaktioner. Endvidere fandt domstolen, at det såvel af fusionsbeskatningsdirektivet som af forarbejderne til bestemmelserne i den hollandske

⁹ Sagen er offentliggjort i SU 1997.257.

lovgivning fremgik, at nationale og grænseoverskridende transaktioner skulle behandles ens. Da domstolen, som nævnt ovenfor, kom frem til, at en fortolkning af dele af fusionsbeskatningsdirektivet var påkrævet for at kunne afgøre sagen, var det derfor nødvendigt, at forelægge EF-domstolen nedenstående præjudicielle spørgsmål.

Det første spørgsmål, der blev stillet til EF-domstolen, lød således ”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 sag, men den konkrete situation efter den nationale lovgivnings hensigt skal behandles på samme måde, som en situation direktivet finder anvendelse på?”.

Med hensyn til dette spørgsmål fandt EF-domstolen, at det var fast retspraksis, at den i traktatens artikel 177 (nu 234) fastlagte procedure er et instrument, som skal bruges i samarbejde mellem EF-domstolen og de nationale domstole. EF-domstolen er derfor i princippet forpligtet til at træffe en afgørelse, når den bliver forelagt spørgsmål fra de nationale domstole vedrørende fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, herunder fusionsbeskatningsdirektivet. En anmodning fra de nationale domstole vil derfor kun kunne afvises, hvis det er ganske åbenlyst, at fællesskabsretten ikke finder anvendelse i den forelagte sag, hverken direkte eller indirekte.

Konklusionen på det ovennævnte bliver, at det først stillede spørgsmål må besvares med, at EF-domstolen har kompetence til at fortolke fællesskabsretten, hvis denne ikke umiddelbart regulerer det forhold, som sagen angår, men hvor indarbejdelsen af fællesskabsretten i den nationale lovgivning har medført, at nationale forhold skal behandles på samme måde som forhold omfattet af fællesskabsretten.

I relation til dansk ret må der herefter antages, at sager vedrørende aktieombytning, såvel nationale som internationale, i yderste konsekvens, kan ende ud med en forelæggelse for EF-domstolen.

Det andet spørgsmål i forbindelse med Leur-Bloem sagen, retter sig mere specifikt mod selve transaktionen, som A. Leur-Bloem påtænkte at gennemføre, og består af en række underspørgsmål. Spørgsmålet ser således ud:

- a) Foreligger der en ombytning af aktier i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, litra d, i fusionsbeskatningsdirektivet, når det erhvervende selskab, jævnfør artikel 2, litra h, ikke selv driver 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 finansiell og økonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden i det erhvervede 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 finansiell og økonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden i 2 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, en forsvarlig økonomisk betragtning, som er omhandlet i direktivets artikel 11?

Det fremgår af de ovenstående spørgsmål, at de i overvejende grad omhandler problematikken ”i finansiell og økonomisk henseende, at opnå en varig sammenslutning af virksomheden i dette selskab med virksomheden i et andet selskab, hvorved der dannes en enhed”. Grunden til dette er, at denne betingelse er indsat i den hollandske lovgivning og skal være opfyldt for, at man skal kunne foretage en fusion af selskaber.¹⁰ Betingelsen blev indarbejdet i hollandsk lovgivning for at udelukke, at fusionsbeskatningsdirektivets transaktioner blev anvendt med henblik på skattesvig eller skatteunddragelse. I forbindelse

¹⁰ Den nederlandske lov af 1964 om indkomstskat, artikel 14 b, stk. 2, litra a og b.

med Leur-Bloem sagen var myndighedernes argument netop, at der allerede eksisterede en enhed, hvorfor der ikke ved aktieombytningen blev dannet en enhed.

Uden at gå i for mange detaljer omkring EF-domstolens besvarelse af de fem punkter under det andet spørgsmål, kan hovedkonklusionerne sammenfattes således:¹¹

- Udgangspunktet er, at skatteyderen har ret til at foretage en aktieombytning uanset begrundelsen.
- Skattemyndighederne skal indrømme de i fusionsbeskatningsdirektivet fastsatte skattemæssige fordele, med mindre hovedformålet eller et af formålene er skattesvig eller skatteunddragelse.
- Skattemyndighederne skal foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion med henblik på, at afgøre om hovedformålet eller et af hovedformålene er skattesvig eller skatteunddragelse.
- Skattemyndighederne kan ikke blot anvende forudfastsatte generelle kriterier med henblik på, at afgøre om hovedformålet eller et af hovedformålene er skattesvig eller skatteunddragelse. En generel regel, hvorefter visse former for transaktioner automatisk er afskåret fra at opnå de skattemæssige fordele i fusionsbeskatningsdirektivet, og som er baseret på et krav om, at et etableret samarbejde mellem to selskaber i finansiell og økonomisk henseende skal være varigt, gå – uanset om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse – udover, hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for skattesvig eller skatteunddragelse og vil være i strid med fusionsbeskatningsdirektivets formål.
- At en aktieombytning ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, kan skabe en formodning for skattesvig eller skatteunddragelse, men er ikke i sig selv tilstrækkelig begrundelse for et afslag.
- Begrebet forsvarlige økonomiske betragtninger skal fortolkes således, at det er mere vidtgående end hensigten blot at opnå en rent skattemæssig fordel.

¹¹ Michael Serup, Fusionsskatteoven med kommentarer, side 245.

- Skattemyndighederne skal respektere proportionalitetsprincippet¹² og ikke være mere restriktive end nødvendigt for at modvirke skattesvig eller skatteunddragelse.

EF-domstolens afgørelse i Leur-Bloem sagen fik stor indflydelse på de danske sager om skattefri aktieombytning. På grund af de meget klare tolkninger af fusionsbeskatningsdirektivet fra EF-domstolens side, blev den måde de danske myndigheder tolkede direktivet på ændret radikalt i tiden fremover.

Dette fremgår blandt andet af TfS 1999.787 LR, hvor der for første gang var blevet givet afslag på at foretage en skattefri aktieombytning. Sagen handlede om, at to personer ejede et anpartsselskab med 50% hver. Person A købte herefter en del af person B's aktier, således at han kom til at besidde såvel 50,5% af aktierne som af stemmeretten i anpartsselskabet. Person A anmodede herefter om at få lov til at foretage en skattefri aktieombytning med et selskab, han i forvejen ejede med sine to sønner. På baggrund af Leur-Bloem dommen valgte Ligningsrådet nu at tillade den skattefri aktieombytning. Tilladelsen var dog betinget af, at selskabet fortsatte med at besidde 50,5% af anparterne og stemmeretten i anpartsselskabet i mindst 3 år.

¹² Proportionalitetsprincippet indebærer, at en restriktion overfor en borger aldrig må være mere indgribende, end formålet i fusionsbeskatningsdirektivet tilsiger. I stedet for et direkte afslag kan der eventuelt opstilles en række vilkår for den givne disposition.

4. Motiver til skattefri aktieombytning

Motiverne til at foretage skattefri aktieombytning kan være mange, og i det følgende afsnit vil en række af disse blive gennemgået. Såvel de selskabsretlige motiver, såsom begrænset hæftelse, som de skatteretlige motiver, eksempelvis udlodning af skattefrit udbytte, vil blive belyst i afsnittet. Der vil især blive lagt vægt på de skatteretlige motiver, idet det hovedsagligt er disse, der er interessante i forhold til denne afhandling.

4.1 Begrænset hæftelse

Under de selskabsretlige motiver, er det især den begrænsede hæftelse, der vejer tungt. Aktionæren i et selskab hæfter kun med indskudskapitalen, og risikerer derfor kun at miste denne ved en eventuel konkurs. Minimumskravene for indskudskapital er henholdsvis 125.000 kr. for et anpartsselskab¹³ og 500.000 kr. for et aktieselskab.¹⁴ Som aktionær kan man dog sagtens komme ud for, at man er nødt til personligt at kautionere for selskabets gæld, hvorfor der ikke er nogen fordel ved den begrænsede hæftelse.

Begrænset hæftelse alene er dog ikke motivet til at foretage en skattefri aktieombytning og på den måde danne en holdingstruktur. Hvis man i forvejen er aktionær i et selskab, er man jo allerede omfattet af den begrænsede hæftelse. Der er derfor ingen grund til at indskyde et selskab, mellem en selv og det selskab, man i forvejen ejer, idet det ikke vil ændre på det faktum, at man kun hæfter med den indskudte kapital.

Motivet til at indskyde et holdingselskab for dermed at udnytte den begrænsede hæftelse kan derimod være, at man ønsker at udskille den risikofyldte drift af virksomheden i et selskab for sig. På den måde kan man bruge det indskudte holdingselskab som en form for pengetank, hvor der ikke er risiko for at miste hele det opsparede overskud ved en eventuel konkurs i driftsselskabet. Holdingselskabet vil jo også kun hæfte overfor driftsselskabet med den kapital, der er indskudt i dette.

¹³ APSL § 1, stk. 3.

¹⁴ ASL § 1, stk. 3.

Den begrænsede hæftelse ses ligeledes ofte udnyttet i allerede eksisterende koncerner. Hvis et selskab eksempelvis ønsker at starte op med salg på et nyt marked, er dette ofte forbundet med stor risiko, idet man ikke på forhånd kan vide med sikkerhed, om det vil blive en succes eller en fiasko. Sådanne aktiviteter ses derfor ofte placeret i datterselskaber, således at det ikke vil skade selve koncernen mere end højst nødvendigt, hvis det mod forventning skulle vise sig ikke at gå helt, som man havde forudset.

Hensynet til den begrænsede hæftelse ved særskilte aktiviteter i datterselskaber er derfor et væsentligt motiv til at danne en holdingstruktur.

4.2 Selskabsstruktur

Når selskabsstruktur nævnes som et motiv, tænkes der på enten etablering af ny struktur eller ændring af en bestående struktur. Det selskabsstrukturmæssige motiv ved dannelse af en holdingstruktur er dog mere diffust, end det er tilfældet med mange andre motiver. Dette skyldes hovedsagligt, at langt de fleste danske såvel som udenlandske virksomheder, helt naturligt undergives en hvis livscyklus. Det hele starter med en etableringsperiode efterfulgt af en udviklingsperiode og endeligt afsluttende med en afviklingsperiode. De enkelte perioders længde varierer fra virksomhed til virksomhed.

I løbet af denne livscyklus ændres virksomhedens størrelse og behov væsentligt. Det er derfor ikke unormalt, at en virksomhed starter som et enkelt selskab med blot en enkelt ejer for i løbet af en årrække at ende som en større koncern. Typisk etableres der mindst én holdingstruktur i form af et moderselskab, der så ejer de forskellige datterselskaber.

Fordelene ved løbende at ændre selskabsstrukturen ved eksempelvis holdingdannelse er, at det er med til at give ejerne og de ansatte et større overblik. Ved at placere forskellige aktiviteter i forskellige selskaber, undgår man, at skabe forvirring om selskabets formål og ide samtidig med, at ejerne eller aktionærene nemmere kan danne sig et overblik over, hvorledes udviklingen i de forskellige selskaber har været.

Det diffuse ved selskabsstruktur som motiv til holdingdannelse består i, at selskabsstrukturen som regel vil være en del af de overvejelser, man gør sig i forbindelse

med en hvilken som helst holdingdannelse. Dette gør dog ikke motivet mindre væsentligt, eftersom det som udgangspunkt er båret af forretningsmæssige overvejelser. Dette er ligeledes begrundelsen for, at netop hensynet til selskabsstrukturen bør fremhæves i forbindelse med enhver ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning.

4.3 Skattefri aktieavance

De skatteretlige motiver i forbindelse med holdingdannelsen er for manges vedkommende mere direkte fordelagtige, og er som regel en umiddelbar følgevirkning af, at koncernstrukturen bliver etableret. De ovenstående to afsnit har omhandlet et par af de mere fremtrædende selskabsretlige motiver til holdingdannelse, og de næste afsnit vil derfor omhandle de skatteretlige motiver.

Det første skatteretlige motiv jeg vil fremhæve, er muligheden for at undgå aktieavancebeskatning i forbindelse med salg af aktierne i driftsselskabet. For fysiske såvel som juridiske personer, reguleres beskatning ved afståelse af aktier i aktieavancebeskatningsloven. Udgangspunktet i denne lov er, at afståelse af aktier som hovedregel skal undergives beskatning. Der findes dog en meget væsentlig modifikation til denne hovedregel, gældende i forbindelse med koncernforhold.

Det fremgår af ABL § 9, at gevinst ved afståelse af aktier på et tidspunkt, der ligger 3 år eller mere efter erhvervelsen, medregnes ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Dette betyder, at selskaber kan afstå aktier med en ejertid på minimum 3 år skattefrit.

Motivet med at opnå skattefri aktieavance bliver især aktuelt, når hovedaktionæren i et selskab nærmer sig det punkt, hvor han ønsker at skille sig af med selskabet. Dette kan eksempelvis skyldes et ønske om at gå på pension og dermed overlade tøjlerne i selskabet til yngre kræfter. Hvis en fysisk person har ejet selskabet i en årrække, og nu ønsker at skille sig af med det eller i det mindste afvikle aktiviteten i selskabet, vil det som regel kunne betale sig for denne fysiske person, at få dannet en holdingstruktur. Hvis han gør dette, vil han være i stand til at sælge driftsselskabet skattefrit efter de ovennævnte 3 år. Det kræver selvfølgelig en del planlægning i forbindelse med, at man nærmer sig tiden,

hvor man ønsker at afvikle selskabet, idet man er nødt til at vente 3 år med at sælge aktierne for at opnå fordelene med skattefrihed.

Selvom den fysiske person, ved at benytte sig af ovenstående metode, opnår at få afstået sine aktier skattefrit, får han dog ikke den fulde råderet over de midler, han får ved salget. Midlerne bliver ved salget placeret i holdingselskabet, hvor de så kan benyttes til mere passive investeringer med et mere fast og sikkert afkast.

Den fysiske person vil ligeledes være i stand til helt og aldeles selv at bestemme, hvornår en eventuel beskatning af midlerne i holdingselskabet skal udløses. Han disponerer jo selv over, hvor meget der skal udloddes i udbytte fra holdingselskabet hvert år. Hvis der endvidere har været en stor aktieavance ved salget af aktierne i driftsselskabet, der egentligt skulle have været beskattet som aktieavance med det samme, vil den skat man skulle have betalt, komme til at fungere som et rentefrit lån til selskabet. Skatten udløses først i takt med, at midlerne i selskabet udloddes til den fysiske person.

4.4 Skattefrit udbytte

Skattefri udlodning af udbytte fra datterselskab til moderselskab er en anden af de fordele, man kan opnå ved at foretage en skattefri aktieombytning, hvorfor dette også er et af de motiver, der kan ligge bag en sådan.

Ifølge SEL § 13, stk. 1, nr. 2, skal modtaget udbytte fra datterselskaber nemlig ikke medregnes til den skattepligtige indkomst, hvorfor det er skattefrit. For at dette kan lade sig gøre, er der dog en betingelse, der skal være opfyldt. Det udbyttmodtagende selskab, moderselskabet, skal eje mindst 10% af aktie- eller anpartskapitalen i det udbyttegivende selskab, datterselskabet. Endvidere skal moderselskabet have ejet aktierne eller anparterne i en sammenhængende periode på minimum 1 år. Inden for denne periode skal udbytteudlodningstidspunktet ligge. Denne betingelse betyder blandt andet, at det ikke er muligt for et selskab, at opkøbe eksempelvis 25% af aktiekapitalen i et andet selskab for derefter straks at modtage skattefrit udbytte og efterfølgende sælge aktierne igen inden for 1 år.

Gennem udlodning af skattefrit datterselskabsudbytte har man mulighed for at flytte de frie midler i datterselskabet, der også typisk vil være driftsselskabet, op i moderselskabet uden at dette vil få nogen skattemæssige konsekvenser for selskaberne, hvis blot den førnævnte betingelse er opfyldt.

Hvis der ikke er lavet en holdingstruktur, men det derimod er en fysisk person der ejer aktierne i selskabet, vil det udloddede udbytte, som udgangspunkt blive beskattet som aktieindkomst.¹⁵ Det er ikke muligt at udlodde skattefrit udbytte til en fysisk person.

Selvom man har en holdingkonstruktion og udlodder udbytte skattefrit fra datterselskabet til moderselskabet, har den fysiske person, der ejer moderselskabet, dog stadigvæk ikke mulighed for at råde over midlerne til privat brug. Han har desuden ikke mulighed for, at låne pengene af selskabet, idet selskabslovene indeholder forbud mod aktionærlån. Hvis han skal have fuld råderet over midlerne, vil dette derfor kræve, at de skal udloddes videre til ham selv som udbytte. Dette vil imidlertid betyde, at de vil blive udbyttebeskattet, ligesom de ville være blevet, hvis de var blevet udloddet direkte fra datterselskabet og til ham selv. Så er der ikke længere den store ide i at udlodde skattefrit udbytte til moderselskabet.

Grunden til at det alligevel kan være en fordel, at benytte sig af en holdingdannelse i forbindelse med udlodning af udbytte er, at det giver en større handlefrihed i forhold til, hvorledes man ønsker udbyttet placeret. I lighed med afsnittet om skattefri aktieavance kan man også her vælge, at lade udbyttet blive stående i moderselskabet og så investere pengene i forholdsvis sikre projekter. Man kan så udlodde et mindre beløb i udbytte hvert år for at undgå at blive beskattet med en højere sats end 28 %. I 2009 er denne grænse 48.300 kr., og hvis man er gift, er den det dobbelte.

En anden situation, hvor man med fordel kan bruge en holdingstruktur er, hvis man eksempelvis er to aktionærer i et selskab. Der vil utvivlsomt kunne opstå tvister mellem de to aktionærer om, hvorvidt der skal udloddes mest muligt udbytte fra selskabet, eller om det er bedre at lade den opsparede likviditet stå i selskabet og dermed udskyde

¹⁵ PSL § 4a.

udbyttebeskatningen. Hvis hver aktionær har deres eget holdingselskab, vil man være fuldstændigt ude over dette problem. Hvert år kan man udlodde 50% af det fastsatte udbytte til hver aktionær, og denne kan så selv beslutte, hvorvidt han ønsker at udlodde sin andel af udbytte videre ud af holdingselskabet til sig selv, eller om han hellere vil lade udbyttet blive i holdingselskabet.

Den ovenstående konstruktion har naturligvis karakter af skatteundgåelse, eftersom udbyttebeskatningen bliver udskudt alt efter aktionærernes individuelle dispositioner. Der kan dog også være en forretningsmæssig begrundelse for konstruktionen, idet man på denne måde kan styre likviditeten og egenkapitalen i selskaberne, som man finder det bedst, samtidig med at aktionærerne uafhængigt af hinanden kan tilgodese egne interesser.

Slutteligt skal det nævnes, at udlodning af skattefrit udbytte også er en glimrende måde at sikre den overskydende likviditet i driftsselskabet mod at blive tabt ved en eventuel konkurs. Hvis man vil bruge dette ønske om at fjerne overskydende likviditet fra det risikofyldte driftsselskab som argument, skal man huske på, at det er muligt at gøre det samme uden en holdingdannelse ved skattefri aktieombytning. Man kan jo i forvejen udlodde udbytte til en fysisk person i stedet for et holdingselskab, hvilket så vil medføre udbyttebeskatning. Argumentet får dermed igen karakter af skatteundgåelse, hvilket ikke må ligge til grund for en ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning, og man bør dermed nok ikke sætte sin lid til, at dette som eneste argument vil få tilladelsen igennem.

4.5 Sambeskatning

Ønsket om at opnå sambeskatning, kan ligeledes være et motiv for at ville foretage en skattefri aktieombytning.

I Danmark er der tvungen national sambeskatning for koncernbundne selskaber.¹⁶ Det vil sige, at opgørelsen af de koncernforbundne selskabers skattepligtige indkomst foretages under et. Fordelen ved dette er, at man herved opnår mulighed for at fradrage et eventuelt skattemæssigt underskud i et selskab i et andet selskabs skattemæssige overskud. Den samlede beskatning for koncernen kan på denne måde minimeres.

¹⁶ SEL § 31, stk. 1.

Sambeskatning i forbindelse med en holdingstruktur hvor der kun indgår ét driftsselskab og ét holdingselskab, giver sandsynligvis ikke de store fordele. Typisk vil der ikke være nogen særlig aktivitet i holdingselskabet, hvorfor der ikke vil blive generet nogen udgifter eller indtægter her. Den sambeskattede skattepligtige indkomst vil derfor være stort set lig den skattepligtige indkomst i driftsselskabet. Fordelene ved sambeskatning kommer altså især til udtryk i større koncerner med mindst to datterselskaber.

4.6 Negativ anskaffelsessum

Hvis man som aktionær har en negativ anskaffelsessum for sine aktier, vil dette være et væsentligt motiv til at gennemføre en skattefri aktieombytning for herved at forsøge, at undgå at få denne negative anskaffelsessum beskattet.

Et selskab kan stiftes på to måder, enten skattepligtigt eller skattefrit. Ved en skattepligtig stiftelse af et selskab, udgøres den skattemæssige anskaffelsessum for aktierne i selskabet som udgangspunkt af de indskudte nettoaktivers værdi. Vælger man derimod at stifte et selskab efter reglerne om skattefri virksomhedsomdannelse, vil de aktiver og passiver, der indskydes i selskabet som apportindskud, ikke blive undergivet afståelsesbeskatning efter afskrivningsloven, ejendomsavancebeskatningsloven samt kursgevinstloven mv.¹⁷ Der er dog også en ulempe ved at stifte et selskab skattefrit. Ulempen er, at aktiernes anskaffelsessum reduceres til den skattemæssige værdi af virksomhedens aktiver og passiver.¹⁸

Den skattemæssige værdi af virksomhedens aktiver og passiver opgøres til det kontante beløb, som man kunne have opnået ved at sælge virksomheden på sædvanligvis til tredjemand, det vil sige handelsværdien. Herfra fratrækkes skattepligtig fortjeneste, der ville være konstateret ved et sådant salg af virksomheden til tredjemand. Tit og ofte er det således, at de enkelte aktiver er behæftet med en ikke uvæsentlig skattepligtig fortjeneste, hvorimod virksomhedens passiver sjældent er det. Dermed kan der ved en sådan skattefri virksomhedsomdannelse, enten for en fysisk person eller et selskab, opstå en negativ

¹⁷ VOL § 4, stk. 1.

¹⁸ VOL § 4, stk. 2.

anskaffelsessum for aktierne, og det er beskatningen af denne, man forsøger at undgå gennem dannelsen af en holdingstruktur via skattefri aktieombytning.

En sådan negativ anskaffelsessum for aktierne i selskabet kan sagtens gå hen og blive en byrde for aktionæren. Inden for alle brancher, uanset hvad man beskæftiger sig med, vil der altid være en risiko for, at selskabet går konkurs. I nogen brancher er der naturligvis større risiko for en konkurs end i andre. Hvis det værst tænkelige skulle ske og selskabet går konkurs, vil dette udløse en aktieavance på baggrund af den opgjorte negative anskaffelsessum. Ved en konkurs anses aktierne for afstået til 0 kr. Hvis man har en negativ anskaffelsessum på eksempelvis 500 tkr., vil dette udløse en aktieavance på 500 tkr., selvom man ikke har fået nogen egentlig fortjeneste på sine aktier. Hvis det er en fysisk person og ikke et selskab, der ejer aktierne, vil denne blive beskattet af en sådan fortjeneste. Dette vil ikke være en ønskelig situation at komme i for den fysiske person, idet han sandsynligvis har problemer nok i forbindelse med konkursen af selskabet.

Ovenstående situation er netop grunden til, at en fysisk person kan have stor interesse i at gennemføre en skattefri aktieombytning for derved at indskyde et holdingselskab mellem sig selv og driftsselskabet. Ved denne aktieombytning flyttes den negative anskaffelsessum nemlig fra aktierne i driftsselskabet til aktierne i holdingselskabet. Den fysiske person har altså stadig en negativ anskaffelsessum for sine aktier, men nu vedrører den aktierne i holdingselskabet.

Hvis holdingselskabets formål alene er at eje aktierne eller anparterne i driftsselskabet og så i øvrigt fungere som pengetank for udloddet udbytte, vil der ikke være særlig stor risiko forbundet med driften af dette selskab. Som tidligere nævnt, hæfter holdingselskabet jo kun med den indskudte kapital i driftsselskabet. Såfremt dette er tilfældet og holdingselskabet kun ejer aktierne i driftsselskabet, kan beskatningen af den negative anskaffelsessum fuldstændig undgås. Hvis driftsselskabet på et tidspunkt skulle gå konkurs, vil dette ikke medføre beskatning af den fysiske persons negative anskaffelsessum, hvilket jo var tilfældet, hvis han selv direkte ejede aktierne. Så længe holdingselskabet kan fortsætte, udløses beskatningen ikke. På denne måde kan den fysiske person sørge for, at den negative anskaffelsessum aldrig vil komme til beskatning.

Dette vil dog kræve en noget langsigtet planlægning af, hvorledes den fysiske persons formue forvaltes fremover. Hvis denne sørger for at få afviklet størstedelen af sin formue inden sin død, således at boets aktiver ikke overstiger 2.595.100 kr. (2009) og boets nettoformue efter handelsværdien ved boafslutningen ikke udgør mere end højst 2.595.100 kr. (2009) er dødsboet nemlig slet ikke skattepligtigt.¹⁹ Hvis boet eksempelvis kun udgøres af holdingselskabet med en handelsværdi på 125.000 kr. samt en negativ anskaffelsessum på 500.000 kr., vil boet ikke blive skattepligtigt. Dermed vil den skat, der ellers hviler på den negative anskaffelsessum, slet ikke komme til beskatning.

For at overstående eliminering af beskatningen af den negative anskaffelsessum skal lykkes, er det nødvendigt, at der dannes en holdingstruktur. Hvis holdingstrukturen ønskes dannet gennem en skattefri aktieombytning, og man ønsker tilladelse hertil fra skattemyndighederne, skal man dog ikke udelukkende bruge dette motiv som begrundelse herfor. Der skal ligge forsvarlige økonomiske betragtninger bag ansøgningen, og her er ønsket om alene at opnå en skattefordel ikke nok.

Dette kan illustreres ved hjælp af den foreliggende retspraksis med TfS 1997.206 LR. I denne sag har en skatteyder forsøgt at gennemføre en skattefri aktieombytning alene med den begrundelse at undgå aktieavancebeskatning i forbindelse med selskabets konkurs. Dette blev afslået af ligningsrådet. I 1998 ansøgte skatteyderen igen om tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning. Denne gang blev der fremført flere argumenter for, hvorfor aktieombytningen ønskedes gennemført, herunder blandt andet muligheden for at opdele aktionærens enkelte virksomheder for derved at begrænse risikoen de enkelte virksomheder imellem. Denne gang blev der givet tilladelse til den skattefri aktieombytning, jævnfør TfS 1998.536 LR.

Konklusionen på denne afgørelse samt afsnittet i øvrigt er, at hvis den eneste årsag til ansøgningen om tilladelse til skattefri aktieombytning er, at man ønsker at undgå beskatning af den negative anskaffelsessum, er dette ikke tilstrækkeligt til at få tilladelsen givet. Man er altså nødt til at have andre forsvarlige økonomiske betragtninger, som man

¹⁹ Dødsboskatteloven § 6, stk. 1.

kan fremhæve i sin ansøgning. Det, at man så rent faktisk slipper for beskatning af den negative anskaffelsessum, er blot en sidegevinst ved, at man får dannet en holdingstruktur.

4.7 Køb og salg af virksomhed

En af de mere relevante og interessante situationer hvori skattefri aktieombytning med fordel kan benyttes, er ved køb eller salg af en virksomhed. I denne situation anvendes den skattefri aktieombytning med baggrund i en noget mere forretningsmæssig begrundet tankegang, hvor det ikke blot er skattefordelene, der er motivet bag beslutningen.

Ved mange af de tidligere nævnte motiver, foregår den skattefri aktieombytning ofte ved selskaber, hvor der kun er en eller i hvert fald ganske få aktionærer. Resultatet af aktieombytningen har i disse situationer været, at der er blevet dannet et holdingselskab, hvis eneste formål er at eje aktierne i driftsselskabet. Ved køb og salg af virksomheder kan den skattefri aktieombytning og efterfølgende holdingdannelse dog benyttes på en lidt anden måde.

Hvis eksempelvis et allerede eksisterende selskab ønsker at købe en anden virksomhed, der ligeledes drives i selskabsform, kan man vælge at gøre dette via en skattefri aktieombytning. Selve købet sker således ved en skattefri aktieombytning, hvor aktionærerne i det erhvervende selskab udsteder aktier til aktionærerne i det erhvervede selskab, som betaling for købet af deres virksomhed. Denne måde at købe en virksomhed på er navnlig fordelagtig i de tilfælde, hvor køberen af selskabet har problemer med at finansiere hele købesummen ved et almindeligt køb af aktierne i det erhvervede selskab. Ved at udstede aktier til aktionærerne i det erhvervede selskab, kan han således slippe med kun at erlægge en mindre kontant sum, alt efter hvad der er aftalt parterne i mellem. Aktionærerne i det erhvervede selskab bestemmer dog stadig selv, hvornår de vil konvertere deres aktier til kontanter.

Også i forbindelse med grænseoverskridende køb af virksomheder er skattefri aktieombytning meget aktuelt. Der er intet i vejen for at foretage en skattefri aktieombytning, i lighed med det ovenstående eksempel, på tværs af landegrænserne. I praksis er denne mulighed benyttet af Nordea, i forbindelse med deres overtagelse af

Unibank i 2000. Erhvervelsen skete her netop som en skattefri aktieombytning, hvilket resulterede i, at Unibank blev datterselskab og Nordea blev moderselskab. Sammenslutningen af de to virksomheder var altså ikke en fusion, men derimod alene en koncerndannelse.

4.8 Generationsskifte

Der foreligger ikke nogen endegyldig definition på, hvad der forstås ved generationsskifte. Dog er et generationsskifte udtryk for et helt eller delvist ejerskifte, som ellers normalt vil blive karakteriseret som en ikke forretningsmæssig begrundelse og dermed ikke en forsvarlig økonomisk betragtning. Det er således problematisk at afgrænse, hvornår en skattefri aktieombytning er begrundet i et almindeligt salg af aktierne i selskabet, da et generationsskifte netop medfører en afståelse af aktierne.

Som følge af den administrative og legale blåstempling på området, karakteriseres generationsskifte dog som værende forretningsmæssigt begrundet under visse forudsætninger. Dette skyldes, at et generationsskifte er mere beskyttelsesværdigt end et almindeligt salg til en tredjemand. Det er dog væsentligt at huske på, at et generationsskifte først kan karakteriseres, som værende en forsvarlig økonomisk betragtning, når generationsskiftet har karakter af en forsvarlig økonomisk betragtning i relation til selskabet og ikke i relation til aktionæren i selskabet. Som alt overvejende hovedregel vil der dog altid være tale om en forretningsmæssig begrundelse i de tilfælde, hvor en skattefri aktieombytning ønskes foretaget med den begrundelse, at gennemføre et generationsskifte med henblik på virksomhedens videreførelse, da dette netop tilgodeser selskabets interesser.²⁰

Når et selskab skal generationsskiftes, vil der altid være en lang række spørgsmål og forhold, som skal afklares og besvares, inden selve generationsskiftet kan falde på plads. Noget af de mest fundamentale der skal tages stilling til i den forbindelse er, hvor stor en del af virksomheden der ønskes generationsskiftet. Er det hele virksomheden eller blot en del heraf. Når det så er besluttet, hvad der skal generationsskiftes, vil de tre øvrige spørgsmål trænge sig på. Hvornår skal generationsskiftet finde sted, hvem ønskes

²⁰ Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte, side 121.

generationsskiftet til og hvordan skal generationsskiftet gennemføres rent konkret, for at man får det bedst mulige resultat ud af det?

Besvarelsen af disse spørgsmål vil, for aktionæren i selskabet, indebære overvejelser omkring diverse mere eller mindre bløde elementer og værdier, såsom menneskekendskab, lederevner samt relation til virksomheden. Disse overvejelser er nødvendige for aktionæren at gøre sig, hvis han vil være med til, at sikre sit selskabs overlevelse på længere sigt og ikke bare vil lade sit livsværk smuldre i forbindelse med sin egen pension. Det ses dog ofte i praksis, at disse mere bløde overvejelser i forbindelse med generationsskiftet tones ned og at det der i højere grad bliver fokuseret på er, hvorledes generationsskiftet kan gennemføres rent teknisk med størst mulig fordel for alle parter.

Denne nedtoning af disse mere bløde overvejelser i forbindelse med et generationsskifte skyldes hovedsagligt tre forhold, hvor henholdsvis køber og sælger er i fokus. Med hensyn til køberen af selskabet, skal generationsskiftet helst gennemføres til så lav en pris som muligt. Sælgeren af selskabet ønsker derimod, at selskabet skal sælges til så høj en pris som muligt og samtidig med så lille en beskatning til følge som muligt. Endeligt er der hensynet til selve selskabet. Det skal helst sikres, at selskabet ikke lider unødvendigt under generationsskiftet, men derimod kan fortsætte den positive udvikling, som det forhåbentligt allerede er godt i gang med. I praksis vil det ofte være de to førstnævnte forhold, med hensyn til købesummen for køber og sælger, der vil blive fokuseret mest på, når generationsskiftet skal forhandles endeligt på plads.

Det kan være svært, at tilgodese såvel køber som sælger når førstnævnte ønsker at betale så lidt som muligt for selskabet samtidig med, at sidstnævnte naturligvis vil have så meget for selskabet, som det kan lade sig gøre. Det er her, at den skattefri aktieombytning med fordel kan benyttes. Den skattefri aktieombytning skaber ikke generationsskiftet i sig selv. Det er alene en måde, der kan hjælpe til med at sikre, at generationsskiftet sker på så optimale betingelser som muligt.

Ved at gennemføre en skattefri aktieombytning får man dannet et holdingselskab, som ejer aktierne i det driftsselskab, man ønsker at generationsskifte. Dette giver så mulighed for, at udnytte nogle af de skattemæssige fordele, som er nævnt tidligere i dette afsnit.

Ved et generationsskifte af en virksomhed vil det ofte være sådan, at en af de faktorer der i høj grad er med til at gøre selskabet dyrere for køberen, er en stor egenkapital i selskabet, opbygget gennem adskillige år. I og med at man har fået etableret en holdingkonstruktion, er der nu mulighed for at udlodde skattefrit udbytte fra driftsselskabet til holdingselskabet. Hermed kan man få flyttet den frie egenkapital fra driftsselskabet op i holdingselskabet således, at denne ikke vil ende med at blive en belastning i forbindelse med generationsskiftet. For at overskueliggøre fordelene ved dannelsen af en holdingkonstruktion i forbindelse med generationsskiftet, har jeg opstillet dem i nedenstående punkter:

- Det bliver betydeligt lettere for køberen, at finansiere sit køb af selskabet ved køb af aktierne.
- I kraft af muligheden for at udlodde skattefrit udbytte fra driftsselskabet til holdingselskabet, kan driftsselskabet slankes, hvilket væsentligt forbedrer muligheden for et salg.
- Såfremt driftsselskabet er overkapitaliseret, kan dette have en negativ effekt på prisen af selskabet, idet køberen så skal skaffe yderligere finansiering.
- Hvis holdingselskabet først sælger driftsselskabet efter at have ejet det i 3 år eller mere, kan salget ske skattefrit. Herved vil sælgeren få maksimeret prisen for selskabet uden at blive beskattet heraf med det samme.

Hvorvidt et generationsskifte kan bruges som argument i forbindelse med ansøgningen om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning kan ikke diskuteres. Generationsskifte kan bruges som argument, men hvor tungt det vejer, og hvor meget det taler for, at der gives tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning kan diskuteres, og kommer an på den enkelte situation.

Hvis man eksempelvis ønsker, at få tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning og bruger generationsskifte som argument uden, at man har nogle konkrete planer udover at klargøre selskabet til på et tidspunkt at blive generationsskiftet, skal man ikke regne med, at få tilladelse. Denne situation vil blive vurderet til udelukkende at have skatteunddragelse som motiv.

Det skal dog gøres helt klart, at argumentet om generationsskifte i forbindelse med skattefri aktieombytning altid vil befinde sig på en balancegang mellem det motiv, at sælger ønsker at undgå beskatning ved afståelse af selskabet (skattesvig eller skatteunddragelse) og så motivet for at kunne skabe de bedste muligheder for at videreføre selskabet, hvilket må betegnes som forsvarlige økonomiske betragtninger. Et vigtigt element for at transaktionen vil blive betegnet som et generationsskifte er, at overdragelsen foretages til ejeren af selskabets familie eller medarbejdere.

5. Skattefri aktieombytning med tilladelse

Inden de nye regler omkring skattefri aktieombytning uden tilladelse blev vedtaget i 2007, var det kun muligt at gennemføre en sådan med forudgående tilladelse fra skattemyndighederne. De enkelte ansøgninger bliver individuelt vurderet af skattemyndighederne, hvorfor der er risiko for at få forskellige svar på ellers enslydende ansøgninger.

Det er derfor nødvendigt med en række krav og kriterier samt et klart udgangspunkt for, hvilke begrundelser der skal udløse tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, og hvilke der ikke skal, så man kan sikre, at skattemyndighederne behandler ansøgningerne så ens som muligt. Det er vigtigt for de virksomheder, der vælger at ansøge om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, at praksis på området er fast, således at man på forhånd ved om det er en mulighed at vælge en skattefri aktieombytning i forbindelse med en omstrukturering af virksomheden, eller om man er nødt til at gå andre veje.

Der har historisk set været en svingende praksis på området. Det har især været den subjektive del af ansøgningerne, som har givet anledning til problemer, idet der har været forskellige vurderinger af hvornår en ansøgnings hovedformål var enten skatteundgåelse eller –unddragelse. Især advokat Michael Serup²¹ har udtalt sig negativt om den danske praksis inden for området.

I dette afsnit vil såvel de objektive som de subjektive betingelser for at foretage en skattefri aktieombytning blive gennemgået.

5.1 Objektive betingelser

I ABL § 36 er der fastsat en række objektive betingelser, som skal være opfyldt førend, der kan gives tilladelse til gennemføringen af en skattefri aktieombytning. Disse objektive betingelser kan, i modsætning til de subjektive betingelser, som vil blive gennemgået

²¹ Har skrevet flere bøger om området, og var også advokat for skatteyderen i Vognmandssagen.

senere i denne afhandling, udledes direkte fra lovteksten. Betingelserne kan opdeles i seks hovedgrupper, og disse vil alle blive gennemgået i dette afsnit.

5.1.1 Selskabet

Der er begrænsninger for hvilke selskabsformer, der kan anvende reglerne om skattefri aktieombytning. I ABL § 36, stk. 1, fremgår der, at selskaber, som er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat, jævnfør fusionsbeskatningsdirektivets artikel 3, kan anvende reglerne. Ifølge denne artikel skal der ved et selskab i et medlemsstat forstås følgende selskaber:

- Selskaber, der antager en af de former, der er anført i bilaget.²²
- Selskaber, som ifølge skattelovgivningen i en medlemsstat anses for at være hjemmehørende i denne stat i skatteretlig forstand, og som i henhold til en overenskomst om dobbeltbeskatning med et tredjeland ikke anses for at være hjemmehørende uden for fællesskabet.
- Selskaber, som desuden uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af en af følgende former for skat – selskabsskat i Danmark – eller enhver anden form for skat, der træder i stedet for en af de her nævnte former.

Som det fremgår af overstående punkter, er der visse betingelser, der skal være opfyldt for at falde ind under begrebet ”selskab i en medlemsstat”. Således skal der for Danmarks vedkommende være tale om et aktie- eller anpartsselskab, og det skal skatteretligt være hjemmehørende i Danmark. Endelig skal selskabet betale selskabsskat til Danmark.

Den anden slags selskaber, der også er omfattet af reglerne i ABL § 36, er selskaber, som svarer til danske aktie- og anpartsselskaber, men som er hjemmehørende i lande uden for EU. Formålet med at indføre denne type selskaber var, at ligestille aktier i selskaber uden for EU med aktier i selskaber inden for EU. Hermed menes der, at selvom et selskab er hjemmehørende i et land, der ikke er med i EU, så er det stadig muligt at få tilladelse til at

²² I bilaget er der anført definitioner for de selskaber der refereret til. For dansk rets vedkommende er det aktie- og anpartsselskaber.

foretage en skattefri aktieombytning, så længe der blot er tale om selskaber, som svarer til danske aktie- og anpartsselskaber. Hvorvidt et udenlandsk selskab svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab afgøres i forbindelse med behandlingen af ansøgningen om tilladelse til skattefri aktieombytning. Det er ansøgeren selv, som har ansvaret for at fremlægge tilstrækkelig dokumentation for, at det udenlandske selskab svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab.

5.1.2 Genstanden for ombytningen

Af afsnit 5.1.1 fremgår det, at skattefri aktieombytning kun kan gennemføres, hvis der er tale om bestemte former for retssubjekter. I disse retssubjekter er det ejerandelene, der bliver ombyttet ved en skattefri aktieombytning. I dette afsnit vil jeg komme nærmere ind på, hvilke former for ejerandele der kan ombyttes. Jeg vil se på såvel den positive som den negative afgrænsning for på den måde at få grundigt afdækket, hvilke ejerandele der kan og ikke kan indgå i en skattefri aktieombytning.

Med hensyn til den positive afgrænsning af hvilke ejerandele der kan indgå i en skattefri aktieombytning, kan der ikke være nogen tvivl om, at aktier og anparter er omfattet af reglerne i ABL § 36, og derfor kan indgå. Dette giver ikke umiddelbart anledning til nogen problemer.

I ABL § 1, stk. 3, fremgår det endvidere, at konvertible obligationer ligeledes er omfattet. Der er dog tvivl, om denne form for værdipapirer i praksis kan indgå i en skattefri aktieombytning. I ligningsvejledningen 2008-1, afsnit S.G.18.5.1, står der således: "Det synes ikke at have været hensigten med bestemmelsen i ABL § 36, at der skulle kunne ske ombytning af en fordring. Såfremt der eksisterer konvertible obligationer i driftsselskabet, må indehaverne af disse således konvertere obligationerne til aktier for at kunne deltage i en eventuel ombytning".

I praksis er problemet hidtil blevet løst ved at indehaveren af konvertible obligationer forud for aktieombytningen, har konverteret disse til ejerandele. Det må derfor antages, at konvertible obligationer ikke kan indgå i en aktieombytning.

En anden type værdipapir, der er omfattet af ABL, er tegningsretter. Tegningsretter må antages, at kunne indgå i en skattefri aktieombytning på samme måde som aktier og anparter. Der har ikke i praksis været tilfælde, der har gjort, at dette kan drages i tvivl.

Køberetter er ikke omfattet af ABL, hvorfor det må antages, at disse ikke kan indgå i en skattefri aktieombytning. Hvis eksempelvis en person har køberetter i et driftsselskab, og der så bliver gennemført en skattefri aktieombytning, der medfører, at personen får ombyttet sin køberet i driftsselskabet til en køberet i holdingselskabet, vil personen som udgangspunkt blive afståelsesbeskattet efter de gældende regler herom. Grunden til dette er, at der vil være tale om en skatteretlig afståelse af en køberet og erhvervelse af en ny køberet ved den skattefri aktieombytning. Køberetter kan derfor som udgangspunkt ikke indgå i en skattefri aktieombytning.

5.1.3 Flertallet af stemmerne

I forbindelse med en skattefri aktieombytning, efter reglerne i ABL § 36, er det ligeledes en betingelse, at det erhvervende selskab opnår flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab ved aktieombytningen.

Betingelsen om, at flertallet af stemmerne skal være opnået, skal overholdes ved selve den skattefri aktieombytning. Hvis det erhvervende selskab ikke i forvejen har en stor nok aktiepost, som opfylder dette krav, er det altså nødvendigt at opkøbe flere aktier i selskabet for på den måde at opnå det krævede stemmeflertal. Det er i den forbindelse vigtigt at huske på, at foretages sådanne opkøb, skal disse være gennemført, inden selve den skattefrie aktieombytning gennemføres. Foretages opkøbene først samtidigt med eller efter aktieombytningen, er kravet om flertallet af stemmerne ikke opfyldt, hvorfor aktieombytningen derfor ikke kan godkendes af myndighederne.

I og med at det er en betingelse for at opnå tilladelse til skattefri aktieombytning, at man har et stemmeflertal, skal man huske at tage en eventuel aktionæroverenskomst med i betragtning. I selskaber med flere aktionærer udarbejdes der ofte en aktionæroverenskomst i forbindelse med stiftelsen af selskabet. Aktionæroverenskomsten regulerer samarbejdet mellem de enkelte aktionærer i selskabet, herunder blandt andet fordelingen af

stemmeretten, hvilket har direkte betydning i relation til skattefri aktieombytning. Alt efter hvorledes aktionæroverenskomsten er udformet, og hvorledes stemmeretten i selskabet er fordelt, er det ikke sikkert, at man har flertallet af stemmerne i selskabet, selvom det umiddelbart kunne se sådan ud.

I TfS 2001.590 LR kom aktionæroverenskomsten eksempelvis til at spille en afgørende rolle med hensyn til, om kravet om flertallet af stemmerne i selskabet var opnået. Sagen omhandlede to aktionærer i et IT selskab, som til sammen ejede 62,2% af kapitalen og stemmerne i selskabet. Disse to aktionærer ville gerne have tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning. Der var dog et problem med aktionæroverenskomsten, idet der i denne var angivet, at de to aktionærer, på trods af deres stemmeflertal, kun kunne vælge to ud af de fem bestyrelsesmedlemmer i selskabet. Endvidere havde fire af bestyrelsesmedlemmerne vetoret ved alle væsentlige beslutninger, hvoraf tre ud af de fire bestyrelsesmedlemmer var valgt af mindretalsaktionærerne. Med baggrund i denne aktionæroverenskomst afslog Ligningsrådet ansøgningen om tilladelse til skattefri aktieombytning. Begrundelsen for afslaget var, at de to aktionærer reelt ikke havde bestemmende indflydelse i selskabet, og derfor ikke opfyldte betingelsen om stemmeflertal. Det objektive krav om stemmeflertal vurderedes ikke til at være opfyldt, af Ligningsrådet, hvilket efter min mening må siges at være korrekt ud fra sagens forhold.

En anden lignende sag, som bekræfter ovenstående praksis, er SKM 2005.33.LSR. Denne sag omhandler, i korte træk, et selskab, som ejes ligeligt af tre aktionærer. Disse tre aktionærer ønsker tilladelse til at foretage en fælles skattefri aktieombytning samt en skattefri ophørsspaltning af det holdingselskab, som stiftes ved aktieombytningen, således at de efterfølgende hver i sær kommer til at eje deres aktier gennem et holdingselskab. På trods af, at aktionærerne ejede 100% af det erhvervede selskab og dermed også 100% af stemmeretten, fik de afslag på deres ansøgning af Landsskatteretten. Grunden til dette var, at der i aktionæroverenskomsten for holdingselskabet var aftalt, at den enkelte aktionær havde vetoret vedrørende væsentlige beslutninger angående selskabet. Dette må siges at være en lidt hård fortolkning af Landsskatteretten, idet aktionærerne jo ejer 100% af såvel kapitalen som stemmeretten i selskabet. Det man kan lære af denne afgørelse er, at hvis man påtænker at indgå aftaler om stemmeretten i holdingselskabet, skal man tænke sig om

en ekstra gang, for at undgå at komme i problemer med hensyn til kravet om flertallet af stemmerne.

Som det fremgår af de to ovenstående sager, tager myndighederne udgangspunkt i realitetsgrundsætningen.²³ Såfremt der er lavet en aktionæroverenskomst, som bevirker, at aktionærernes stemmeflertal ikke er reelt, vil myndighederne ikke give tilladelse til, at der foretages en skattefri aktieombytning.

5.1.4 Vederlaget

I forbindelse med en skattefri aktieombytning skal aktionærerne, i det erhvervede selskab, modtage et eller andet form for vederlag. Selve sammensætningen af dette vederlag er i ABL § 36 stk. 2, angivet til at være ”aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum”. Der sondres således overordnet imellem vederlæggelse med aktier eller anparter og vederlæggelse med kontanter. Med hensyn til, hvorledes man ønsker, at vederlaget skal sammensættes i forhold til aktier og kontanter, er der valgfrihed. De skattemæssige konsekvenser ved de to forskellige former for vederlæggelse er dog markant forskellige, hvorfor man bør gøre sig nogle overvejelser omkring, hvorledes sammensætningen bliver.

Hvis man vælger udelukkende at lade vederlaget bestå af aktier, indtræder der succession, jævnfør FUL § 11. Dette er ensbetydende med, at der ikke udløses nogen form for afståelsesbeskatning i forbindelse med ombytningen af aktierne. Vælger man en løsning, hvor vederlaget består af såvel aktier som kontanter, vil der være tale om almindelig afståelsesbeskatning omfattet af aktieavancebeskatningsloven, for den del af vederlaget der udgøres af kontanter. Den tredje og sidste måde vederlaget kan sammensættes på, er ved udelukkende at bruge kontanter. Hvis dette er tilfældet, vil der slet ikke være tale om en skattefri aktieombytning, men derimod blot en almindelig skattepligtig overdragelse af aktier med deraf følgende konsekvenser.

²³ Realitetsgrundsætningens budskab er i hovedtræk, at der skal ses på realiteten i en disposition frem for den formelle ikklædning af dispositionen.

Når det er fastslået, at vederlaget i forbindelse med en skattefri aktieombytning kan bestå af enten aktier/anpartar eller kontanter, er det vigtigt at få defineret, hvad der kan falde ind under de to kategorier.

Med hensyn til aktierne, vil der her være tale om den samme problemstilling som under afsnit 5.1.2, omhandlende genstanden for ombytningen. I dette afsnit blev det gennemgået, hvilke værdipapirer der kan indgå i en skattefri aktieombytning, hvorfor det ikke vil blive behandlet yderligere her. Jeg vil blot nøjes med at konstatere, at de i afsnit 5.1.2 nævnte værdipapirer kan ombyttes med succession til følge.

Den kontante udligningssum kan naturligvis udbetales med netop kontanter. Hvorledes disse kontanter erlægges, er desuden underordnet. Dette kan illustreres ved TfS 2003.97 TSS, hvor man ville tvangsindløse de sidste aktionærer i selskabet, som ejede under 10% af kapitalen. En sådan tvangsindløsning er naturligvis imod vederlag, og kan sidestilles med en kontant vederlæggelse. Man kan også vælge at udstede et gældsbrev som kontant vederlæggelse. Eftersom et gældsbrev også betegnes som kontant vederlæggelse, vil dette medføre afståelsesbeskatning hos aktionærerne.

Indtil 1. juli 2002 var der et krav om at højst 10% af aktiernes pålydende værdi kunne erlægges kontant i forbindelse med aktieombytningen, men dette krav er ophævet som også nævnt under afsnit 2.2.

5.1.5 Ombytningsperioden

Den skattefri aktieombytning skal desuden finde sted inden for et bestemt tidsrum. Dette tidsrum betegnes som ombytningsperioden. Der sondres som udgangspunkt mellem to forskellige frister, det være sig den lovbestemte frist og den administrative frist. Den lovbestemte frist kan, som navnet antyder, læses direkte i lovteksten, hvorimod den administrative frist, er den frist, der fastsættes i forbindelse med de enkelte tilladelser.

Den lovbestemte frist fremgår af ABL § 36, stk. 4, hvori der står ”Det er en betingelse, at transaktioner som nævnt i stk. 1 og 3 gennemføres inden for en periode på højst 6 måneder regnet fra den første ombytningsdag”. Ved de aktieombytninger, hvor der kun indgår en

eller i hvert fald ganske få aktionærer, vil denne 6 måneders frist normalvis ikke volde problemer. Risikoen for at komme i karambolage med 6 måneders fristen er betydeligt større ved aktieombytninger, hvori der indgår selskaber med en stor aktionærkreds. Det kan i disse tilfælde være vanskeligt, at få de nødvendige tiltrædelser til at gennemføre aktieombytningen i tide.

Der er mulighed for at få dispensation fra 6 måneders fristen.²⁴ En af de situationer hvor dispensationsmuligheden er tiltænkt at kunne benyttes er, hvis der er problemer med værdiansættelsen af aktierne i selskabet. Dette ses eksempelvis ved nystartede selskaber, hvor det eventuelt først er muligt, at fastsætte aktiernes værdi på et senere tidspunkt end de 6 måneder fristen lyder på. Generelt må der siges at være en lempelig praksis på området omkring dispensation fra 6 måneders fristen. Så længe der blot ligger praktiske eller reelle årsager til grund for ansøgningen om dispensation fra 6 måneders fristen, vil denne højst sandsynligt blive givet.

Den anden frist, der sondres mellem i forbindelse med ombytningsperioden, er den administrative frist. Når man får tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, vil det i denne være anført, at ombytningen skal være foretaget senest 6 måneder fra tilladelsen er givet. Det er denne frist, der betegnes som den administrative frist. Grunden til dette er, at den fastsættes af den enkelte myndighed i forbindelse med en konkret ansøgning. Der er dog ingen tidsmæssig forskel på henholdsvis den lovbestemte frist og den administrative frist, idet de begge er på 6 måneder.

I lighed med den lovbestemte frist kan der også dispenseres fra den administrative frist, hvis man mod forventning ikke kan nå at gennemføre aktieombytningen inden for de 6 måneder. Også her er praksis lempelig, så der gode muligheder for at få dispensation, hvis blot begrundelsen er saglig.

Grunden til, at det er en betingelse for at få tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, at selve ombytningen sker inden for en frist på 6 måneder er, at hvis der ikke var fastsat nogen frist, ville tilladelsen i princippet kunne anvendes tidsubegrænset.

²⁴ ABL § 36, stk. 4.

Dette ville ikke være hensigtsmæssigt, idet de motiver og forsvarlige økonomiske betragtninger der måtte ligge til grund for tilladelsen til at foretage den skattefri aktieombytning, antageligvis ikke vil eksistere i al evighed.

5.1.6 Ikke tilbagevirkende kraft

Den sjette og sidste objektive betingelse, der skal være opfyldt, for at man kan få tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning er, at den ikke må gennemføres med tilbagevirkende kraft. Dette fremgår af ABL § 36, stk. 4, hvori der står ”Ombytning af aktier kan ikke ske med tilbagevirkende kraft”. Selve bestemmelsen blev først tilføjet loven i 1999. Indtil da blev det dog angivet i de tilladelser, der blev givet, at en ombytning ikke kunne ske med tilbagevirkende kraft. Praksis på området var således allerede sådan, men nu slap man så for at tilføje dette, i de tilladelser der blev givet.

Grunden til, at det blev tilføjet til loven, at en aktieombytning ikke kan ske med tilbagevirkende kraft, skal nok til dels findes i den lovmæssige behandling af andre lignende områder. Eksempelvis kan skattefri virksomhedsomdannelser og fusioner foretages med tilbagevirkende kraft, hvorfor det kunne være nærliggende at drage en parallel mellem disse områder og aktieombytning.

5.2 Subjektive betingelser

I det foregående afsnit er de objektive krav, der skal være opfyldt i forbindelse med en skattefri aktieombytning blevet gennemgået. Disse fremgår klart af lovteksten, hvorfor der ikke er de store problemer hermed.

Udover disse objektive betingelser er der ved skattefri aktieombytning, efter de gamle regler, ligeledes krav om at der skal gives tilladelse fra skattemyndighederne til at foretage transaktionen. I det følgende vil det blive gennemgået, hvad der kræves for at opnå denne tilladelse, og hvilke argumenter der vil falde ind under betegnelsen forsvarlige økonomiske betragtninger.

5.2.1 Forsvarlige økonomiske betragtninger

Når man søger om tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, skal der, som tidligere nævnt, ligge forsvarlige økonomiske betragtninger til grund for denne ansøgning. Hvis dette ikke er tilfældet, vil ansøgningen højst sandsynligt blive afvist af myndighederne.²⁵ Men hvad falder så ind under begrebet ”forsvarlige økonomiske betragtninger”? I praksis syntes forsvarlige økonomiske betragtninger at blive sidestillet med forsvarlige forretningsmæssige betragtninger. Dette må være ensbetydende med, at ansøgningen skal være begrundet i forhold, der vedrører selve selskabet og dets fremtidige udvikling.

Hvis det derimod fra myndighedernes side vurderes, at ansøgningens hovedformål er skattesvig eller skatteunddragelse, vil denne ikke blive godkendt, med den begrundelse at der ikke ligger forsvarlige økonomiske betragtninger til grund for ansøgningen. Det er dog alligevel muligt at opnå skattemæssige fordele i forbindelse med en skattefri aktieombytning og så alligevel få tilladelse til at gennemføre denne. Det skal bare ikke fremgå af ansøgningen, at de skattemæssige fordele ved den skattefri aktieombytning, ene og alene er baggrunden for, at man har valgt at søge. Der skal med andre ord være et formål med ansøgningen, der bygger på forsvarlige økonomiske betragtninger.

I det følgende har jeg valgt at se på fem forskellige områder, som alle kan falde ind under begrebet forsvarlige økonomiske betragtninger, og dermed opfylder kriterierne for, at man som udgangspunkt kan få tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning. Fælles for de fem områder er, at der generelt gives tilladelse til ansøgninger om skattefri aktieombytning, begrundet i en eller flere af disse. Jeg vil endvidere give eksempler på den administrative praksis på de forskellige områder.

5.2.2 Omstrukturering

Det første område, man kan begrunde sin ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning i, er omstrukturering. Begrebet omstrukturering er direkte nævnt i

²⁵ Af Fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, fremgår det, at en medlemsstat kan nægte tilladelse til foretagelse af en skattefri aktieombytning såfremt der ikke ligger forsvarlige økonomiske betragtninger til grund herfor.

fusionsbeskatningsdirektivet artikel 11, stk. 1, litra a, som en af de begrundelser, der falder ind under betegnelsen forsvarlige økonomiske betragtninger. Der kan altså ikke være nogen tvivl om, at omstrukturering kan bruges som begrundelse ved en ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning. Spørgsmålet er så bare, hvorledes omstrukturering skal fortolkes i denne forbindelse og om det i sig selv, er begrundelse nok til at få tilladelse.

Når der gennemføres en skattefri aktieombytning, er det alene det erhvervede selskab, der bliver omstruktureret. I og med at aktiviteterne i det erhvervede selskab ikke ændrer sig som en direkte konsekvens af aktieombytningen, er det dog ikke så klart, hvori omstruktureringen består. Omstrukturering i forbindelse med skattefri aktieombytning skal derfor antageligvis betragtes ud fra et bredere perspektiv således, at det kommer til at omfatte omstruktureringen af ejerandelene i det erhvervede selskab. Hvis dette ikke var tilfældet, ville det ikke give nogen mening at tale om omstrukturering i forbindelse med skattefri aktieombytning.

Eftersom en skattefri aktieombytning ændrer på ejerforholdene i et selskab og det ovenfor er slået fast, at omstrukturering ligeledes kan omfatte ejerandelene i det erhvervede selskab, kunne man tro, at dette i sig selv kunne være nok til at få tilladelse. Der skal dog noget mere til for at bevise, at omstruktureringen er begrundet i forsvarlige økonomiske betragtninger og ikke i skattesvig eller skatteunddragelse. Dette er tilfældet, hvis eksempelvis det nystiftede holdingselskab efterfølgende spaltes eller der etableres sideordnede aktiviteter under holdingselskabet. Ved disse to eksempler bliver strukturen overordnet ændret, også udover det blotte ejerskifte der naturligt sker i forbindelse med selve den skattefri aktieombytning.

Selvom det tidligere er slået fast, at forsvarlige økonomiske betragtninger skal relatere sig til selskabets forhold frem for aktionærernes, kan der dog være tilfælde, hvor der gøres en undtagelse fra dette. I det omfang aktionærernes forhold har betydning for selskabets forretningsmæssige udvikling, vil dette ligeledes falde ind under betegnelsen forsvarlige økonomiske betragtninger.²⁶ Hvorvidt dette er tilfældet, skal naturligvis vurderes af

²⁶ Birgitte Sølvkær Olesen & Søren Halling-Overgaard, Generationsskifte, side 192.

myndighederne fra sag til sag. Et eksempel i forbindelse med omstrukturering, hvor aktionærernes forhold vurderedes at have indflydelse på selskabets forretningsmæssige udvikling, ses i TfS 2002.407 TS. I denne sag blev der givet tilladelse til at foretage en spaltning, begrundet i, at to ægtefæller, som skulle skilles, ønskede at bringe deres forretningsmæssige samarbejde til ophør i samme forbindelse.

Hvis man ser på praksis, findes der talrige eksempler på sager, hvor omstrukturering har været en tilstrækkelig begrundelse for ansøgningen om tilladelse til skattefri aktieombytning, hvorfor der er blevet givet tilladelse.

Et nyere eksempel på en sådan sag er TfS 2004.67 LSR. I korte træk handler sagen om, at en eneaktionær i et selskab, med aktiviteter indenfor IT-branchen, ønsker at ombytte sine aktier til anparter i et nystiftet holdingselskab. I første omgang var argumentet for at gennemføre den skattefri aktieombytning, at han ønskede at etablere en medarbejderaktieordning i forhold til en række nøglemedarbejdere i selskabet. Denne ansøgning blev dog afslået af myndighederne. Sagen blev herefter indbragt for Landsskatteretten, hvor det yderligere blev føjet til argumentationen, at aktionæren i øvrigt påtænkte at udskille to af selskabets produktionsområder i selvstændige selskaber af strategiske hensyn. Nu var det altså hovedsagligt omstrukturering af selskabet, der lå til grund for ansøgningen. Der blev således i anden omgang givet tilladelse til at gennemføre den skattefri aktieombytning.

Ovenstående sag illustrerer ligeledes, at det forhold, at der gennemføres to former for ekstern selskabsomstrukturering i forbindelse med hinanden, syntes at tale meget for, at der rent faktisk foreligger de nødvendige forsvarlige økonomiske betragtninger, jævnfør fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a. Ud fra TfS 2004.67 LSR kan man endda lede, at blot muligheden for at opdele selskabets erhvervmæssige aktiviteter i selvstændige datterselskaber på et senere tidspunkt er tilstede, tillægges dette en ikke uvæsentlig vægt i forbindelse med vurderingen af ansøgningen.

5.2.3 *Generationsskifte*

Den anden begrundelse, der generelt betragtes som en forsvarlig økonomisk betragtning, er generationsskifte. Det at man ene og alene angiver generationsskifte som begrundelse for sit ønske om at foretage en skattefri aktieombytning, uden at begrunde dette yderligere, vil dog i sig selv ikke blive betragtet som nogen forsvarlig økonomisk betragtning. Der vil skulle en mere konkret begrundelse til.

I forbindelse med den konkrete begrundelse af hvorledes generationsskiftet og den skattefri aktieombytning hænger sammen, vil det være nødvendigt, at der i ansøgningen er en redegørelse for, hvorledes dette generationsskifte påtænkes gennemført, herunder hvorfor en skattefri aktieombytning er et nødvendigt element heri. Det er her vigtigt at have i tankerne, at der ved en skattefri aktieombytning er en række generationsskiftefordele indbygget. Disse fordele kan indgå som en del af argumentationen for at få tilladelse til at foretage den skattefri aktieombytning. Med generationsskiftefordele tænkes der blandt andet på, at det vil være muligt, at sælge driftsselskabet skattefrit efter at holdingselskabet har ejet det i mindst tre år. Endvidere vil det også være muligt, at slanke driftsselskabet ved skattefrit at udlodde udbytte til holdingselskabet og på den måde gøre driftsselskabet billigere for en eventuel køber.

Man skal dog i forbindelse med ansøgningen passe på med at fremhæve disse skattemæssige fordele ved generationsskiftet for meget. Hvis dette sker, vil der hurtigt opstå mistanke om, at den skattefri aktieombytning egentligt har skatteunddragelse som hovedformål frem for forsvarlige økonomiske betragtninger.

Generelt skal man altså huske at konkretisere sine generationsskifteplaner så meget som muligt i ansøgningen. En typisk model for en generationsskifteplan kunne se således ud:

- Der gennemføres en skattefri aktieombytning.
- Driftsselskabet udlodder skattefrit overskydende egenkapitalsreserver til holdingselskabet, med henblik på at slanke driftsselskabet mest muligt.

- Generationsskiftet kan herefter gennemføres til en væsentlig lavere pris til gavn for såvel køberen som virksomheden.

Selvom den ovenstående model har en hvis grad af skatteundgåelse over sig, idet der skattefrit kan udloddes udbytte fra driftsselskabet til holdingselskabet, er det dog ikke dette, der er hovedformålet. Hvis det ikke var muligt at gennemføre et generationsskifte ud fra en sådan model, ville der være en række selskaber, som ganske enkelt ikke kunne videreføres. Der ville simpelthen ikke være en køber til dem, fordi prisen ville være alt for høj. Ved at få udloddet de overskydende egenkapitalsreserver fra driftsselskabet til holdingselskabet, bliver prisen på selskabet betydeligt lavere, hvilket væsentligt øger muligheden for et salg. Dette vil, foruden at være til gavn for en eventuel køber, også være til gavn for selskabet, idet selskabets videreførelse sikres.

I den foreliggende administrative praksis på området, har der været en række sager, hvor hensynet til et forestående generationsskifte er tillagt betydelig vægt i forbindelse med ansøgningen.

I TfS 2003.46 LSR ansøgte en eneanpartshaver om tilladelse til at foretage en skattefri anpartsombytning. Der var ikke anført nogen særlige argumenter i den oprindelige ansøgning, hvorfor denne også blev afvist af Told- & Skatteregionen med den begrundelse, at det ikke kunne afkræftes, at hovedformålet var skatteunddragelse. Afgørelsen blev efterfølgende indbragt for Landsskatteretten. Her fremførte anpartshaveren fire argumenter for, at den skattefri anpartsombygning ikke havde skatteundgåelse eller skatteunddragelse som formål. Et af disse argumenter var, at man ved ombygningen fik forberedt et senere generationsskifte af selskabet, ved at man kunne udlodde overskydende egenkapitalreserver til det nystiftede holdingselskab. Det blev endvidere bemærket, at der ikke på nuværende tidspunkt var konkrete planer om at foretage et generationsskifte i den nærmeste fremtid. På grundlag af en samlet vurdering af de fire argumenter blev der nu givet tilladelse til at gennemføre den skattefri anpartsombytning. I Landsskatterettens præmisser er det beskrevet, at netop hensynet til generationsskifte blev tillagt vægt i forbindelse med afgørelsen. Dette på trods af, at der ikke forelå konkrete planer for gennemførelsen af generationsskiftet.

Foranstående afgørelse medførte, at der blev givet tilladelse til skattefri anpartsombytning, selvom der ikke forelå konkrete generationsskifte planer. Der blev dog også fremført yderligere argumenter i sagen, hvorfor afgørelsen ikke alene har baggrund i generationsskifteplanerne men i en generel vurdering af de fremførte argumenter. TfS 1997.207 LR er ligeledes en afgørelse, hvor der er givet tilladelse til en skattefri aktieombytning, selvom der ikke forelå konkrete planer om et generationsskifte. Også i denne sag blev der dog fremført yderligere argumenter, som givetvis har været med i den samlede vurdering.

I de to nævnte sager, er generationsskifteplaner, hvor ukonkrete de end måtte være, tillagt betydning. I TfS 2002.809 LSR er der derimod givet afslag på en ansøgning om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, på trods af, at generationsskifte har været brugt som argument. I lighed med de to tidligere nævnte sager, var generationsskifteplanerne heller ikke her konkretiserede. I afgørelsen af sagen blev generationsskifteplanerne ikke tillagt nogen særlig vægt, hvilket går i mod begrundelserne i de to andre sager.

Den foreliggende praksis på området omkring hvad, der er tilstrækkeligt for, at generationsskifteplaner bliver tillagt vægt i forbindelse med en afgørelse, er tilsyneladende ikke helt entydig. Det vil derfor altid være en god ide, at argumentere for hvilke fordele i forhold til generationsskifte, man opnår ved at foretage en skattefri aktieombytning, samt hvorledes generationsskiftet er planlagt gennemført. Hvis dette ikke gøres, vil der nemt kunne opstå en formodning om, at det eneste formål med aktieombytningen er at undgå skattebetaling, hvorfor ansøgningen kan afvises²⁷. Dette syntes kun at være rimeligt, idet ukonkrete generationsskifteplaner ikke bør kunne falde ind under betegnelsen forsvarlige økonomiske betragtninger.

5.2.4 Driftsmæssige årsager

I forbindelse med selve driften i et selskab, kan en aktieombytning ikke siges at have den store indflydelse eller give forbedrede muligheder for selskabet. Det der sker, er jo blot, at der eksempelvis stiftes et holdingselskab, som ejer aktierne i driftsselskabet. De driftsmæssige hensyn skal altså ikke findes ved en direkte påvirkning af selskabets

²⁷ Fusionsbeskatningsdirektivet artikel 11, stk. 1.

driftsaktiviteter. Det kunne i stedet være, at man havde planer om at flytte en del af driften over i et sideordnet selskab eller måske starte en helt ny aktivitet op, som man ønsker at bevare inden for den samme koncern.

For at en skattefri aktieombytning skal kunne være begrundet i driftsmæssige årsager, er det ligeledes vigtigt, at disse har baggrund i selskabet og ikke hos aktionærerne. Hensynet til aktionærerne kan altså ikke falde ind under driftsmæssige årsager.

Med hensyn til de likviditetsmæssige hensyn, som ligeledes kan have indflydelse på driften af et selskab, kan der her være tale om muligheden for at sikre, at den nødvendige likviditet hele tiden er til rådighed i koncernen. Det vil typisk være driftsselskabet, som generer overskud og deraf følgende likviditet, hvorimod holdingselskabet ikke genererer nogen likviditet i sig selv, men blot ejer aktierne i driftsselskabet.

Det vil derfor være hensigtsmæssigt, at kunne flytte denne genererede overskydende likviditet fra driftsselskabet til holdingselskabet via skattefri udbytteudlodning. Især såfremt der er flere selskaber i koncernen, vil dette være en fordel, idet man så har mulighed for at flytte likviditet mellem samtlige selskaber i koncernen.

I forbindelse med denne omplacering af midler selskaberne imellem kan man mene, at dette lige så godt kunne være foregået ved at udlodde udbytte til aktionæren, hvorefter denne kunne have geninvesteret i et af de øvrige selskaber. Dette ville have medført almindelig udbyttebeskatning for aktionæren. Hvis man kun ser således på muligheden for at udlodde skattefrit udbytte, vil dette have karakter af skatteundgåelse, hvorfor dette ikke vil medføre, at der gives tilladelse til at foretage den skattefri aktieombytning.

Man skal dog ved den lejlighed huske på, at der udløses endnu en likviditetsfordel for selskaberne, ved at de har mulighed for at foretage skattefri udbytteudlodning. Ved at udbyttet bliver udloddet skattefrit spares skatten, idet denne ikke forfalder til betaling med det samme. Den skat, der skulle have været afregnet i forbindelse med udbytteudlodningen, påvirker således likviditeten i selskaberne i positiv retning.

I praksis findes der flere sager, hvor driftsmæssige årsager er det eneste argument for at få tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning. I såvel TfS 1995.618 LR som TfS 2001.673 TSS blev der givet tilladelse på baggrund af driftsmæssige årsager. I begge de nævnte afgørelser, forelå der konkrete planer for, hvorledes den skattefri aktieombytning ville medføre driftsmæssige fordele for selskaberne. Det må derfor antages, at generelle betragtninger om driftsmæssige fordele ved en skattefri aktieombytning, ikke i sig selv er nok til at opnå tilladelse. En mere konkret beskrivelse er derfor nødvendig, hvis man vil være sikker på, at ansøgningen går i gennem.

5.2.5 Risikoafvejning

Argumentet risikoafvejning kan også bruges i forbindelse med ansøgningen om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning. Risikoafvejningsargumentet minder en del om argumentet omkring driftsmæssige årsager, og har da også en række fællestræk hermed.

I lighed med argumentet om driftsmæssige årsager kan risikoafvejningsargumentet bygge på, at der skal fjernes overskydende likviditet fra et driftsselskab for at sikre den øvrige aktivitet i koncernen.

Der kan ligeledes opstå en betydelig driftsmæssig risiko for et selskab i forbindelse med eksempelvis opstart af aktiviteter i udlandet. I sådanne situationer kan det forekomme at et selskabs begrænsede hæftelse udnyttes for at sikre de øvrige aktiviteter i selskabet bedst muligt.

Hvis et selskab påtænker, at starte en ny risikofyldt aktivitet op kan det være en fordel at fjerne eventuel overskydende egenkapital fra selskabet skattefrit ved hjælp af skattefri udbytteudlodning. Denne transaktion vil minimere den driftsmæssige risiko i selskabet, idet man ikke risikerer at miste så meget ved en eventuel konkurs.

I lighed med argumentet om driftsmæssige årsager vil der også her skulle foretages en afvejning af, om der er tale om forsvarlige økonomiske betragtninger eller skatteundgåelse. Argumentet for at der rent faktisk foreligger forsvarlige økonomiske betragtninger bygger

på, at transaktionen er til gavn for de øvrige selskaber og aktiviteter i koncernen, hvorimod skatteundgåelsen består i, at udbyttet ikke bliver udloddet direkte til aktionæren.

Generelt vil afvejningen blive påvirket af, hvor mange øvrige driftsmæssige aktiviteter der findes i koncernen. Jo flere driftsmæssige aktiviteter desto lettere vil det være at påvise, at argumenterne omkring risikoafvejning vejer tungere end muligheden for skatteundgåelse.

Praksis viser, at argumentet om risikobegrænsning kan bruges i forbindelse med ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning. Som eksempel kan fremdrages TfS 1998.536 LR, som er omtalt under afsnit 4.6. I denne afgørelse vejede hensynet til risikoafgrænsning tungt, hvorfor der blev givet tilladelse.

Konklusionen på afsnittet om risikoafvejning er, at inddragelsen af risikomæssige betragtninger sagtens kan være forsvarlige økonomiske betragtninger. Dette vil dog ikke nødvendigvis være tilfældet hver gang, især ikke, hvis argumentet alene skal bære en ansøgning. Hver enkelt sag må konkret vurderes, men generelt gælder det, at jo flere driftsmæssige aktiviteter der findes i koncernen og jo mere konkret argumentationen er, desto tungere vejer argumentet.

5.2.6 Mindst 3 års ejertid

Ifølge vejledningen om aktieombytning af 28. oktober 2003 kan formodningen om, at motivet bag aktieombytningen er skattesvig eller skatteunddragelse afkræftes ved, at oplyse at ejerskabet til de erhvervede aktier i driftsselskabet vil blive bevaret i en længere periode, normalt minimum 3 år efter aktieombytningen har fundet sted.

Det skal dog ikke forstås således, at hvis blot man oplyser, at man har tænkt sig at beholde aktierne i minimum 3 år, vil dette blive betragtet som en forsvarlig økonomisk betragtning, og tilladelse vil blive givet. Oplysningen i sig selv er kun med til at afkræfte den formodningsregel, som findes i fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, om at der ligger skattesvig eller skatteunddragelse til grund for ansøgningen.

Hvis det i ansøgningen således er anført, at man har tænkt sig at beholde aktierne i minimum 3 år efter aktieombytningen, skabes der en omvendt formodning om, at der ikke ligger skattesvig eller skatteunddragelse til grund for ansøgningen. Der skal dog stadig angives argumenter i ansøgningen, som falder ind under betegnelsen forsvarlige økonomiske betragtninger, hvis man gør sig forhåbninger om, at ansøgningen skal godkendes.

I de fleste af de afgørelser der er nævnt i de ovenstående afsnit, er der endvidere angivet et 3 års efteranmeldelsesvilkår. Dette betyder, at hvis der efterfølgende sker væsentlige ændringer i vilkårene for ansøgningen om tilladelse til skattefri aktieombytning, skal dette meddeles skattemyndighederne. Skattemyndighederne har på denne måde mulighed for at sikre, at der ikke forekommer skattesvig eller skatteunddragelse i forbindelse med, at der gives tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning. Hvis der skulle ske væsentlige ændringer inden for disse 3 år, og det ikke meddeles skattemyndighederne, vil dette antageligvis medføre, at det formodes, at der ikke er handlet ud fra økonomiske forsvarlige betragtninger, hvorfor tilladelsen tilbagekaldes og ombytningen bliver skattepligtig.

5.3 Manglende konkret begrundelse

I de foregående afsnit omhandlende forsvarlige økonomiske betragtninger, er der udelukkende gennemgået sager, hvor der er blevet givet tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning. Om ikke i første omgang, så i hvert fald i anden, efter at sagen har været taget op på ny. Det er dog langt fra alle ansøgninger om tilladelse, der bliver imødekommet af skattemyndighederne. Hvis der ikke i ansøgningen er opstillet tilstrækkelige konkrete forsvarlige økonomiske betragtninger, eller der mangler et motiv til, hvorfor man ønsker at foretage den skattefri aktieombytning, vil der højst sandsynligt ikke blive givet tilladelse.

I alle ansøgninger vil der selvfølgelig være et motiv til at foretage den skattefri aktieombytning. Dog er det ikke i alle sager lige klart, hvad det er, der ligger til grund for ansøgningen og dermed motivet. Hvis skattemyndighederne i den forbindelse finder, at aktieombytningen udelukkende er et forsøg på at opnå visse skattemæssige fordele på længere sigt, vil der ikke være tale om forsvarlige økonomiske betragtninger, hvorfor ansøgningen vil blive afvist. Manglende konkret begrundelse i ansøgningen er med til at

forstærke den formodning, der kan være om, at det snarere er skattesvig eller skatteunddragelse, der ligger til grund for ansøgningen.

I dette afsnit vil jeg gennemgå nogle afgørelser, hvor ansøgningerne om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning er blevet afslået. Jeg vil på denne måde forsøge via praksis, at gøre det klart, hvor meget der skal til, for at man kan forvente at få en ansøgning godkendt.

Den første afgørelse jeg har valgt at se på er TfS 2001.178 LSR. I denne sag var der tale om en eneaktionær, som ejede selskabet B A/S, som drev frisørvirksomhed. Hovedaktionæren ønskede at foretage en skattefri aktieombytning, således at der blev indskudt et holdingselskab, som ejede aktierne i B A/S. Formålet med den skattefri aktieombytning var, at hovedaktionærer ønskede, at sælge en del af aktierne i B A/S på længere sigt og samtidig beholde salgssummen i selskabsform, således at denne ikke ville blive beskattet umiddelbart. Det blev endvidere oplyst, at ejerandelen i det fremtidige datterselskab B A/S ville blive bevaret i minimum 3 år.

I første omgang blev ansøgningen afvist af Told- og Skatteregionen. Begrundelsen for dette var, at det eneste formål med aktieombytningen var, at udskyde beskattningen af den aktieavance som ville opstå i forbindelse med et salg af aktierne i B A/S. Dette blev ikke betragtet som en forsvarlig økonomisk betragtning, idet forsvarlige økonomiske betragtninger er mere end blot at opnå en skattebesparelse.

Ud fra de ovenstående oplysninger må Told- og Skatteregionens afslag på ansøgningen siges at være helt i overensstemmelse med hvad man kunne forvente. Der bliver ikke fremført argumenter til støtte for ansøgningen overhovedet, udover at man ønsker at sælge en del af aktierne i selskabet og beholde pengene indenfor koncernen. Aktieombytningen falder derfor ind under Fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra 1's formodningsregel om, at hovedformålet er skattesvig eller skatteunddragelse frem for forsvarlige økonomiske betragtninger.

Efter det første afslag på ansøgningen bliver sagen indbragt for Landsskatteretten. Her bliver det samme argument fremdraget igen, denne gang er der dog tilføjet yderligere argumenter til støtte for ansøgningen. I de yderligere argumenter anføres det, at der er tale om en yderst konkurrencepræget branche, hvorfor der er behov for en stor egenkapital. Ved at gennemføre en skattefri aktieombytning, vil man kunne undgå den udbytteudlodning fra selskabet, der ellers ville skulle til for at betale skatten, som ville blive udløst i forbindelse med salget af aktierne. Egenkapitalen vil derfor blive styrket ved, at denne udbytteudlodning i så fald vil være unødvendig. Endelig blev der anført, at der vil opnås en større kreditorbeskyttelse ved aktieombytningen, idet man vil kunne udlatte udbytte til holdingselskabet og dermed fjerne den overskydende kapital fra den risikofyldte drift i selskab B A/S.

Landsskatteretten valgte, at fastholde det oprindelige afslag på ansøgningen, på trods af de tilkomne argumenter i sagen. I Landsskatterettens afgørelse blev der især lagt vægt på, at på trods af de nye argumenter giver ansøgningen ikke grundlag for at antage, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen ikke er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

De nye argumenter, til støtte for ansøgningen, er altså ikke nok til, at Landsskatteretten efterfølgende vil omstøde Told- og Skatteregionens afgørelse i sagen og imødekomme ansøgningen. Grunden til, at de nye argumenter tilsyneladende ikke tillægges nogen særlig vægt i forbindelse med vurderingen af sagen er sandsynligvis, at de først kommer til efter, der er meddelt afslag på ansøgningen i første omgang, samt at de ikke er af særlig konkret karakter. Det oprindelige argument, hvoraf det fremgår, at man ønsker at foretage aktieombytningen for at undgå en umiddelbar beskatning ved et salg af aktierne i driftsselskabet, betragtes stadig som hovedargumentet for ansøgningen.

Landsskatterettens afgørelse er altså fuldt forståelig, eftersom et af hovedformålene med ønsket om at foretage en skattefri aktieombytning er skatteundgåelse. Hvis dette afslag på ansøgningen skulle have været undgået, skulle de øvrige argumenter i sagen have været indarbejdet i ansøgningen allerede i første omgang og ikke først i forbindelse med Landsskatterettens behandling af sagen. Endvidere ville det nok have været klogt, at

nedtone den indbyggede skatteundgåelse i ansøgningen. Skattefordelen ville i så fald blot have været en konsekvens af den skattefri aktieombytning, som i øvrigt ville være baseret på forsvarlige økonomiske betragtninger.

En anden afgørelse, hvor der ikke bliver givet tilladelse til at foretage den ønskede skattefri aktieombytning, er SKM 2005.167 ØLR.²⁸

Sagen omhandler en vognmand, som havde omdannet sin personlige virksomhed til et selskab efter reglerne om skattefri virksomhedsomdannelse. I den forbindelse var der en negativ anskaffelsessum på aktierne. Knap et år efter omdannelsen søges der om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning med den begrundelse, at man ønsker at minimere risikoen samt forberede et fremtidigt generationsskifte. Endvidere vil en skattefri aktieombytning åbne mulighed for at stifte yderligere datterselskaber i fremtiden, hvorved investeringsmulighederne ville blive øget vedrørende overskydende likviditet.

Landsskatteretten valgte at stadfæste Told- og Skatteregionens afgørelse. Dette blev begrundet med, 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 således, at det oplyste ikke på det foreliggende giver grundlag for at antage, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen ikke er at opnå undgåelse eller udskydelse af aktieavancebeskatningen med deraf følgende skattebesparelse”.

Det, der umiddelbart taler for, at afgørelsen er korrekt, er, at argumenterne i ansøgningen ikke er tilstrækkeligt konkrete. Især ønsket om at forberede et generationsskifte samt stiftelse af yderligere datterselskaber er på et generelt niveau og dermed ikke konkretiserede. Argumentet om risikobegrænsning i forhold til branchen må anses som værende det væsentligste argument. Argumentet kan have karakter af forsvarlige økonomiske betragtninger, men det skal ofte kombineres med yderligere argumenter for at give ansøgningen tilstrækkelig vægt, jævnfør afsnit 5.2.5 om risikoafvejning. Risikoen kunne jo ligeledes være minimeret ved at udlodde udbytte til aktionæren som fysisk

²⁸ Michael Serup omtaler og refererer kendelsen i ”Skatteundgåelse som et hovedformål – en nødvendig kommentar til Landsskatterettens praksis bl.a. i lyset af de liberaliserede spaltningsregler” i TfS 2003.17.

person. Sagen viser, at generelle, ukonkretiserede argumenter tillægges meget ringe vægt i forbindelse med bedømmelsen af en ansøgning.

Dette forhold støttes endvidere i TfS 2008.593 LSR. I denne sag bliver risikoafvejning og forberedelse af et fremtidigt generationsskifte ligeledes fremhævet som argumenter for den skattefri aktieombytning. Skattemyndighederne afviser ansøgningen, og giver ikke tilladelse til at foretage omstruktureringen, idet argumenterne er for ukonkrete og mangler substans, ganske som i ovenstående afgørelse.

Konklusionen på afsnittet omkring manglende konkret begrundelse er, at de i ansøgningen anførte argumenter og motiver for at få tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, skal konkretiseres i et vist omfang. Hvis dette ikke er tilfældet, og der blot anføres mere generelle betragtninger i ansøgningen, vil dette sandsynligvis betyde, at der opstår en formodning om, at de skattefordele, der er ved den skattefri aktieombytning, er det egentlige motiv, hvorfor der meddeles afslag på ansøgningen.

5.4 Skattesvig og skatteunddragelse

Hvis en ansøgning om tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning direkte eller indirekte bærer præg af, at hovedformålet eller et af hovedformålene er skattesvig eller skatteunddragelse, så vil ansøgningen blive afvist i overensstemmelse med Fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a.

De afgørelser, der er gennemgået i afsnit 5.3, ligger på den forkerte side af grænsen mellem at have forsvarlige økonomiske betragtninger eller skattesvig og skatteunddragelse som hovedformål. Dette skyldes, at argumenterne i ansøgningerne ikke er tilstrækkeligt konkretiserede, hvorfor der indtræder en formodning om, at der ikke ligger forsvarlige økonomiske betragtninger til grund for denne.

Der findes dog også sager, som alene har skattesvig eller skatteunddragelse som formål og dermed ikke er i nærheden af at opfylde kravet om forsvarlige økonomiske betragtninger. Det virker underligt, at der overhovedet er nogen, der sender ansøgninger om tilladelse til

at foretage en skattefri aktieombytning ind, når det ganske tydeligt fremgår af ansøgningen, at hovedformålet er skattesvig eller skatteunddragelse.

Fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, indeholder en formodningsregel om, at der ved den blotte skatteombytning foreligger skattesvig eller skatteunddragelse, hvis ikke andet er angivet. For at afkræfte denne formodning, er det nødvendigt, at der i ansøgningen anføres argumenter, der har karakter af forsvarlige økonomiske betragtninger. Jævnfør de tidligere afsnit omkring hvad der falder ind under forsvarlige økonomiske betragtninger, vil især disse kunne bruges i forbindelse med ansøgningen:

- Driftsmæssige årsager og risikoafvejning.
- Generationsskifteplaner.
- Rationalisering.
- Omstrukturering.

Endvidere er det ikke nok blot at angive disse argumenter på et mere overordnet plan. Jo mere konkrete argumenterne er, jo større chance er der for, at ansøgningen bliver godkendt. Hvis der ikke er fremført konkrete argumenter i ansøgningen, vil den bevismæssige og retslige stilling for ansøgeren ikke være særlig attraktiv, og der må forventes afslag i overensstemmelse med fusionsbeskatningsdirektivets bestemmelser.

6. Skattefri aktieombytning uden tilladelse

Da lov nr. 343 af 18. april 2007 blev vedtaget, var det en væsentlig nyskabelse af de hidtidige regler på området. Ved indsættelse af ABL § 36 A blev det nu muligt for virksomheder at foretage skattefri aktieombytninger uden forudgående indhentelse af skatteforvaltningens tilladelse. Efter reglerne i aktieavancebeskatningslovens § 36 er det centralt, at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse for ansøgninger om tilladelse til at foretage skattefri aktieombytninger. Med de nye regler blev det muligt at gennemføre en aktieombytning uden, at der nødvendigvis ligger forretningsmæssige overvejelser til grund herfor.

Det er naturligvis som udgangspunkt en fordel for danske virksomheder, at der indføres sådanne regler som et alternativ til de allerede eksisterende. Nu er spørgsmålet så for virksomhederne, hvilke regler de skal vælge at anvende i forbindelse med gennemførelsen af en skattefri omstrukturering.

Dette valg vil de fleste virksomheder givetvis have deres rådgivere til at vurdere for dem. I de tilfælde, hvor begge muligheder bliver vurderet, og man vælger at foretage en skattefri aktieombytning efter de gamle regler, vil der alt andet lige være brugt yderligere ressourcer på at træffe beslutningen, hvorfor der reelt vil være tale om en omkostningsforøgelse for virksomheden. I disse situationer vil indførelsen af de nye regler ikke være en lettelse for virksomhederne. Det vil de kun i de tilfælde, hvor det vurderes, at virksomheden skal benytte sig af de nye regler i forbindelse med aktieombytningen.

De nye regler kræver som tidligere nævnt ikke, at der nødvendigvis ligger en forretningsmæssig begrundelse bag foretagelsen af en skattefri aktieombytning. Tidligere har det været nødvendigt, at en skattefri aktieombytning byggede på forsvarlige økonomiske betragtninger.²⁹

Det er således efter de nye regler helt legalt at foretage en skattefri aktieombytning i en virksomhedsstruktur med kun et selskab og en aktionær i strukturen, udelukkende for

²⁹ Fusionsbeskatningsdirektivet artikel 11, stk. 1.

eksempelvis at flytte en negativ anskaffelsessum, opstået i forbindelse med en tidligere gennemført skattefri virksomhedsomdannelse, til et holdingselskab. Tidligere ville der sandsynligvis ikke være blevet givet tilladelse til gennemførelse af en sådan aktieombytning, idet den åbenlyst ville have haft skatteundgåelse som hovedformål.

6.1 Betingelser

Der er dog indsat en række betingelser i ABL § 36 A, som skal overholdes, hvis man vil gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse. Disse har til hensigt at undgå, at der gennemføres aktieombytninger udelukkende med skattespekulation for øje, nøjagtig som det heller ikke var meningen med de gamle regler. I det følgende vil disse betingelser blive gennemført og sammenholdt med de gamle regler.

6.1.1 Selskabet

Det fremgår af ABL § 36 A, stk. 1, at det er muligt at foretage en skattefri aktieombytning uden tilladelse, når såvel det erhvervende som det erhvervede selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat som defineret i fusionsbeskatningsdirektivet, eller er selskaber, som svarer til aktie- eller anpartsselskaber, men som er hjemmehørende i lande uden for EU.

Definitionen af selskaber, der kan anvende reglerne i ABL § 36 A, er den samme som definitionen af selskaber, der kan anvende reglerne i ABL § 36, hvilket ikke kommer som nogen overraskelse.

Man skal dog være opmærksom på, at hvis man ønsker at anvende reglerne i ABL § 36 A i forbindelse med en skattefri aktieombytning med et selskab beliggende udenfor EU, skal man være sikker på, at dette selskab vil kunne ligestilles med et dansk aktie- eller anpartsselskab. Når man anvender de nye regler, tager skattemyndighederne ikke på forhånd stilling til dette spørgsmål, og eftersom der er tale om en subjektiv vurdering af, om et selskab kan ligestilles med et dansk aktie- eller anpartsselskab, vil det ikke altid være givet, om dette er tilfældet.

Det vil derfor være anbefalelsesværdigt i en sådan situation, at indhente et bindende ligningssvar, for at få klarlagt om skattemyndighederne er enige i, at selskabet kan ligestilles med et dansk aktie- eller anpartsselskab. Alternativt skal man vælge at benytte de gamle regler, således at skattemyndighederne i forbindelse med ansøgningen tager stilling til spørgsmålet.

Gennemfører man en skattefri aktieombytning efter reglerne i ABL § 36 A, og skattemyndighederne ikke mener at selskabet beliggende udenfor EU, kan sidestilles med et dansk aktie- eller anpartsselskab, bliver aktieombytningen skattepligtig.

6.1.2 Vederlagsaktierne

Af ABL § 36 A, stk. 3, fremgår det, at det er en betingelse for anvendelse af reglerne, at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de ombyttede aktier. Ved vederlagsaktier forstås de aktier, som det erhvervende selskab udsteder til aktionærerne i det erhvervede selskab.

I lighed med reglerne i ABL § 36, sondres der således overordnet imellem vederlæggelse med aktier eller anparter og vederlæggelse med kontanter. Med hensyn til, hvorledes man ønsker, at vederlaget skal sammensættes i forhold til aktier og kontanter, er der valgfrihed. For den del af vederlaget der erlægges med kontanter, vil der være tale om almindelig afståelsesbeskatning omfattet af de øvrige regler i aktieavancebeskatningsloven.

Med handelsværdien af de ombyttede aktier menes der den dagsværdi aktierne havde på ombytningstidspunktet, hvilket svarer til den værdi, man ville kunne have fået ved at sælge dem til tredjemand. Med hensyn til værdiansættelsen af aktierne, henviser skatteministeren ikke på noget tidspunkt ved besvarelsen af spørgsmål 31-36 og 56 til lovforslaget, til de eksisterende værdiansættelsescirkulærer vedrørende værdiansættelse af henholdsvis aktier og goodwill.³⁰ Det må dog antages, at i praksis vil det være disse cirkulærer, man tager udgangspunkt i ved fastsættelsen af aktiernes handelsværdi, i mangel af andre holdepunkter.

³⁰ TSS-cirkulære nr. 2000-9 af 28. marts 2000 og TSS-cirkulære nr. 2000-10 af 28. marts 2000.

Såfremt man ikke anvender handelsværdien af aktierne i forbindelse med vederlæggelse af aktionærene i det erhvervede selskab, vil konsekvensen være at ombytningen gennemført uden tilladelse vil være skattepligtig.³¹

En ændring i forhold til de gamle regler, ved indførelsen af ABL § 36 A, er hvilken anskaffelsessum og hvilket anskaffelsestidspunkt de tidligere aktionærer i det erhvervede selskab skal benytte. Dette forhold reguleres af ABL § 36 A, stk. 4. Af ABL § 36, stk. 4, 1. pkt., fremgår det, at de aktier, som aktionærene i det erhvervede selskab modtager i det erhvervende selskab, skal behandles som om de var erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier. I dette er der ingen ændringer i forhold til de gamle regler i ABL § 36 om skattefri aktieombytning med tilladelse.

Det nye kommer i ABL § 36 A, stk. 4, 2. pkt., hvor det fremgår, at en aktionær, der er et selskab mv., og som før ombytningen var aktionær i både det erhvervede og det erhvervende selskab, ved indkomstopgørelsen skal behandle alle sine aktier i det erhvervende selskab, som om de var erhvervet på ombytningstidspunktet.

En undtagelse hertil er indført i ABL § 36 A, stk. 4, 3. pkt. Heri står, at det i 2. pkt. anførte dog ikke gælder, hvis aktionæren på ombytningstidspunktet har ejet alle sine aktier i begge selskaber i mere end 3 år. I dette tilfælde sker der succession jf. ABL § 36, stk. 4, 1. pkt.

Ifølge bemærkningerne til L110, er reglen indsat for at tilskynde aktionærer, der er selskaber, til at beholde deres vederlagsaktier i mindst 3 år efter omstruktureringen har fundet sted, idet et salg inden, vil udløse beskatning af en eventuel avance.³²

Bestemmelsen i ABL § 36 A, stk. 4, 2. pkt., er blevet kritiseret fra flere sider. Blandt andet har FSR forholdt sig kritisk til bestemmelsen. I bilag 1 til lovforslaget har FSR anmodet skatteministeren om en redegørelse for, på hvilken måde en omgåelse af 3 års reglen er mulig, nu hvor der stilles krav om, at vederlagsaktierne med tillæg af en kontant afståelsessum skal opgøres til handelsværdien på ombytningstidspunktet.

³¹ Dette præciseres i bilag 1 til L110.

³² ABL § 8.

Skatteministeren har uden at uddybe det svaret, at skatteministeriet anser det for muligt, at omgå ABL § 9, uanset at der er foretaget ombytning til handelsværdier.

Bestemmelsen er endvidere blevet kritiseret i Revision og Regnskabsvæsen i juni 2007. Heri har Susanne Kjær, Tax Partner hos KPMG, en artikel, hvori hun giver udtryk for at reglen kan virke urimelig. Hun skriver:

*”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.”*³³

Umiddelbart må bestemmelsen siges at virke meget vidtgående, idet et selskab mister alt optjent ejertid for de aktier som selskabet tidligere har anskaffet. På baggrund af skatteministeriets besvarelse af FSRs spørgsmål til lovforslaget, kunne det endvidere se ud, som om man har taget bestemmelsen med udelukkende for at være helt sikre på, at der ikke sker omgåelse af 3 års reglen, uden dog at kunne præcisere, hvorledes dette ville kunne finde sted.

I tilfælde, hvor man vil falde ind under bestemmelsen i ABL § 36 A, stk. 4, 2. pkt., vil det kunne anbefales, at ansøge om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning efter de gamle regler, frem for at benytte de nye.

6.1.3 De erhvervede aktier

I lighed med de gamle regler efter ABL § 36, vil de erhvervede aktier anses for at være anskaffet på ombytningstidspunktet.³⁴ Efter de nye regler bibeholdes den oprindelige anskaffelsessum³⁵ for aktierne, medmindre den oprindelige anskaffelsessum er højere end handelsværdien af aktierne på ombytningstidspunktet. I sådanne tilfælde fastsættes anskaffelsessummen til handelsværdien.

³³ Susanne Kjær, Revision og Regnskabsvæsen nr. 6, juni 2007, side 20.

³⁴ ABL § 36 A, stk. 5.

³⁵ Opgøres efter gennemsnitsmetoden, jf. ABL § 26.

Dette er et nyt tiltag i forhold til de gamle regler, hvor det erhvervende selskab altid ansås for at have anskaffet aktierne i det erhvervede selskab til handelsværdien på ombytningstidspunktet. Efter de nye regler, vil en afståelse inden 3 år fra afståelsestidspunktet udløse en beskatning, som den ville have været, hvis omstruktureringen aldrig havde fundet sted.

Reglerne i ABL § 36, stk. 5, er indsat for at sikre, at det erhvervende selskab ikke kort efter ombytningen afhænder aktierne i det erhvervede selskab. Såfremt aktierne beholdes i mindst 3 år, vil disse kunne sælges skattefrit på sædvanlig vis.³⁶

Idet bestemmelsen er objektiv, kan skattemyndighederne ikke dispensere herfra. Såfremt man vælger at foretage en skattefri aktieombytning uden tilladelse, vil man derfor kunne komme i problemer, hvis der skulle opstå en situation inden for de første 3 år, hvor et salg af aktierne i det erhvervede selskab blev nødvendigt. Det kunne eksempelvis blive nødvendigt på grund af sygdom. I et sådant tilfælde vil man blive beskattet af en avance opgjort på baggrund af den oprindelige anskaffelsessum.

De nye regler giver således det erhvervende selskab et væsentligt incitament til at bevare strukturen i koncernen i mindst tre år efter den skattefri aktieombytning.

Denne ændring, i forhold til de gamle regler, vil sandsynligvis kunne få mange til at fravælge det nye regelsæt, alene på grund af faren for at blive beskattet af en forholdsvis høj avance ved et salg indenfor 3 år. Der er dog mulighed for efterfølgende at ansøge om, at den gennemførte aktieombytning kan blive omfattet af ABL § 36.³⁷ Hvis den kan det, kan skattemyndighederne herefter konkret vurdere, hvorvidt det påtænkte salg af det erhvervede selskab kan tillades, og man vil i så fald undgå at blive brandbeskattet.

Reglen bevirker også, at det erhvervende selskab ikke kan udnytte et eventuelt tab på aktierne i det erhvervede selskab, idet handelsværdien skal anvendes som ny anskaffelsessum, såfremt denne er lavere end den oprindelige anskaffelsessum.

³⁶ ABL § 9.

³⁷ Skatteministeren svarer bekræftende på spørgsmål fra blandt andet FSR, om hvorvidt dette vil kunne lade sig gøre.

6.1.4 Tab på aktier i det erhvervende selskab

En anden regel, der er indført for at forhindre misbrug af de nye regler omkring skattefri aktieombytning uden tilladelse, er ABL § 36 A, stk. 6. Heraf fremgår det, at såfremt det erhvervende selskab på ombytningstidspunktet har uudnyttede fradragsberettigede tab på aktier, kan disse tab ikke fradrages i gevinst ved salg af aktier i det erhvervede selskab.

Normalt vil det være muligt for et selskab at modregne uudnyttede fradragsberettigede tab på aktier ejet i under 3 år, på gevinst ved salg af aktier ejet i under 3 år³⁸, men det forhindrer denne regel.

Der er dog ikke tale om, at det erhvervende selskab helt mister retten til at fremføre sine uudnyttede fradragsberettigede tab på aktier. Tabene kan blot ikke modregnes i en skattepligtig avance ved salg af aktier i det ombyttede selskab, men der er ikke noget i vejen for, at de modregnes i avancer vedrørende salg af andre aktier, som det erhvervende selskab måtte eje.

Hvis denne regel ikke havde været der, kunne man forestille sig, at det erhvervende selskab typisk ikke ville være så tilbageholdende med at afhænde aktierne i det erhvervede selskab, for derved at realisere en skattepligtig avance og få udnyttet det fradragsberettigede tab det måtte have.

I deres vejledning til skattefri omstruktureringer nævner SKAT selv et eksempel³⁹ på, hvorledes reglerne ville kunne udnyttes, hvis ABL § 36 A, stk. 6 ikke havde været der.

Eksemplet drejer sig om et selskab, hvor man ønsker at afhænde driftsaktiviteterne og samtidig har et uudnyttet tab på aktier. Først grenspaltes selskabet, således at driftsaktiviteterne placeres i et selskab, og det uudnyttede tab på aktier placeres i et andet. Dernæst foretages en skattefri aktieombytning uden tilladelse, hvor driftsselskabet bliver det erhvervede selskab og selskabet med det uudnyttede tab på aktier bliver det erhvervende selskab. Herefter vil aktierne i driftsselskabet kunne sælges med en skattepligtig avance til følge.

³⁸ Jf. ABL § 8, stk.2 og 3, samt ABL § 17, stk. 1 og 2.

³⁹ Vejledning af 12/6 2007 - Objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber, afsnit 5.6.

Såfremt reglerne i ABL § 36 A, stk. 6, ikke havde været der, ville denne avance kunne modregnes i selskabets uudnyttede fradragsberettigede tab på aktier.

Bestemmelsen virker umiddelbart fornuftig og nødvendig, eftersom fraværet heraf sandsynligvis ville føre til misbrug af reglerne, som illustreret i eksemplet ovenfor.

6.1.5 Udbytte

Såfremt man gennemfører en skattefri aktieombytning efter reglerne i ABL § 36, forholder det sig således, at udlodning af udbytte, udover årets resultat i den efterfølgende 3-års periode regnet fra ombytningstidspunktet, skal efter anmeldes til skattemyndighederne.

Ved indførelsen af de nye regler er der indsat en bestemmelse, som skal regulere dette forhold for skattefri aktieombytninger foretaget uden forudgående tilladelse.

Denne bestemmelse fremgår af ABL § 36 A, stk. 7. Af denne fremgår det, at der i en periode på 3 år, regnet fra ombytningstidspunktet, alene kan ske en udlodning fra det erhvervede selskab til det erhvervende selskab af et beløb, der svarer til det ordinære resultat i selskabet, opgjort i henhold til den seneste årsrapport for det regnskabsår, som udlodningen vedrører.⁴⁰

Formålet med denne bestemmelse er 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, såfremt den skattefri aktieombytning ikke havde fundet sted.

Bestemmelsen er en væsentlig indskrænkning i de fordele, man ellers vil kunne opnå ved at foretage en skattefri aktieombytning. Der er således ikke den samme mulighed, som efter de gamle regler, til eksempelvis at udlodde det erhvervede selskabs overskydende likviditet til holdingselskabet, med henblik på at investere midlerne andet steds, eller for at minimere den driftsmæssige risiko.

⁴⁰ Ved lov nr. 98 af 10. februar 2009 er ABL § 36 A, stk. 7, blevet ændret, således at det nu fremgår heraf hvorledes resultatet i det erhvervede selskab skal opgøres. Se bilag 1 for nærmere specifikation heraf.

Der er dog tvivl om, hvorvidt denne bestemmelse kan anvendes, idet en forespørgsel til EF Domstolen har underkendt de danske skattemyndigheders beskatning af større udlodninger umiddelbart efter en skattefri aktieombytning foretaget efter de gamle regler.⁴¹

EF Domstolen konkluderer i den forbindelse, 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 derefter kan udlodde skattefrit til de personlige aktionærer i selskabet.

Dette betyder, at udbytteudlodninger umiddelbart efter en skattefri aktieombytning, foretaget efter reglerne i ABL § 36, ikke er i strid med dansk skatteret. Hvis dette er tilfældet, bør det have en afsmittende effekt på bestemmelsen i ABL § 36 A, stk. 7, og disse bør revurderes og muligvis ændres, eftersom de sandsynligvis vil blive underkendt af EF Domstolen.

Det er dog ikke sikkert, at det vil være nødvendigt at ændre reglerne i ABL § 36 A, stk. 7. Et alternativ hertil vil være at indarbejde generalklausulen⁴² fra fusionsbeskatningsdirektivet, omkring skatteundgåelse og -unddragelse, i dansk lovgivning. Hvis denne blev indarbejdet, ville der være hjemmel til at tilsidesætte en transaktion med udbytte overfor et lavbeskatningsland, som Irland.

Domstolens og de administrative afgørelser ville således ikke længere være baseret på en ikke formuleret realitetsgrundsætning, men være direkte hjemlet i loven. Jeg vil derfor ikke vurdere, at EF Domstolens afgørelse vil få den helt store indflydelse på de nye regler for skattefri aktieombytning, men den vil muligvis give anledning til implementering af generalklausulen fra fusionsbeskatningsdirektivet i danske lovgivning.

6.1.6 Mindst 3 års ejertid

I betingelserne for at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse, fremgår der ikke noget om, at ejerskabet skal fastholdes i mindst 3 år. Et decideret forbud mod at

⁴¹ C-321/05.

⁴² Fusionsbeskatningsdirektivet, artikel 11, stk. 1.

foretage en handel inden for 3 år ville sandsynligvis også være noget problematisk at indføre, hvilket sikkert også er grunden til, at der ikke er en sådan.

Betingelserne for at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse betyder dog i praksis, at ejerskabet i langt de fleste tilfælde vil blive fastholdt i minimum 3 år. Der vil være for store skattemæssige konsekvenser, hvis man vælger at sælge forinden.

Så længe man vælger at beholde aktierne i mindst 3 år, er der ikke væsentlige ulemper forbundet med betingelserne i ABL § 36 A. Så hvis man har en lidt længere tidshorisont, er det muligt at planlægge og gennemføre omstruktureringen udelukkende med skattemæssige fordele for øje.

I forbindelse med lovens tilblivelse og skattemyndighedernes vejledninger hertil, er det tilkendegivet, at skattemyndighederne ikke mener, at de nye regler vil være interessante for virksomheder, hvis hovedformål med transaktionen er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.⁴³ Dette er imidlertid ikke nødvendigvis tilfældet. Mange mindre koncerner, der har god mulighed for at langtidsplanlægge, og hvis forhold ikke er så komplekse, vil kunne anvende de nye regler til at opnå en skattemæssig mere gunstig situation via en skattefri aktieombytning. De vil ikke længere have behov for at opfinde en forretningsmæssig grund til at foretage en sådan.

Den hidtidige praksis viser også, at 3 års ejertid ikke har været tilstrækkeligt til at opnå tilladelse til en skattefri aktieombytning efter de gamle regler. Eksempelvis kan vognmandssagen⁴⁴, som gennemgået tidligere under afsnit 5.3, fremdrages. I denne sag bruger ansøger blandt andet som argument, at ejerforholdet mellem det erhvervende og det erhvervede selskab fastholdes i 3 år, men dette er ikke tilstrækkeligt til at opnå tilladelse. Efter den hidtidige praksis er der således ingen tvivl om, at 3 års ejertid ikke har været nok til at få tilladelse.

I deres høringssvar til lovforslaget anførte FSR, at det ville være en væsentlig lempelse for erhvervslivet, hvis man helt ophævede 3 års reglen i ABL, eller i hvert fald nedsatte den

⁴³ Vejledning af 12/6 2007 - Objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber, afsnit 1.4.

⁴⁴ SKM 2005.167 ØLR.

således, at koncernselskaber inden for en kortere tidshorisont ville kunne afhændes skattefrit. Lovgivers svar til dette var, at det ikke var i overensstemmelse med regeringens økonomiske prioriteringer, og at det ville være forbundet med et væsentligt provenutab. Hvorvidt det vil være forbundet med et væsentligt provenutab er dog usikkert, idet langt hovedparten af de salg af datterselskaber der sker, sandsynligvis først vil finde sted efter udløbet af 3 års perioden.

FSRs tankegang om en sådan ændring i omstrukturingsreglerne må derfor siges at være interessant. Hvis 3 års reglen helt blev fjernet, ville man for alvor kunne tale om en ændring, der ville være med til at gøre omstruktureringer i koncerner mere fleksible og skabe administrative lettelser for erhvervslivet.

6.2 Forlænget ligningsfrist

Som nævnt under afsnit 6.1.5 vedrørende udbytte, er der visse grænser omkring udbytteudlodning der skal overholdes i en periode på 3 år regnet fra ombytningstidspunktet.⁴⁵

Såfremt disse grænser ikke overholdes, vil det resultere i, at aktieombytningen anses for en afståelse af aktierne i det erhvervede selskab til tredjemand på ombytningstidspunktet.

I forbindelse hermed er der indsat en bestemmelse i skatteforvaltningsloven⁴⁶, der udvider ligningsfristen således, at den først udløber efter udløbet af det 6. Indkomstår, efter omstruktureringen har fundet sted. I bestemmelsen henvises der alene til de ombytninger, der er omfattet af ABL § 36 A, stk. 7, som alene omhandler udbyttebegrænsningen.

Det må derfor kunne konkluderes, at den forlængede ligningsfrist udelukkende vedrører problemstillinger omkring, hvorvidt udlodninger foretaget efter en ombytning overholder aktieavancebeskatningslovens § 36 A, stk. 7.

⁴⁵ ABL § 36 A, stk. 7.

⁴⁶ Skatteforvaltningslovens § 26, stk. 8.

6.3 Oplysning til myndighederne

Når man foretager andre former for omstruktureringer af en virksomhed, det være sig eksempelvis fusion eller spaltning, skal de selskabsretlige dokumenter indsendes til skattemyndighederne senest en måned efter vedtagelsen.⁴⁷

Når man foretager en skattefri aktieombytning efter reglerne i ABL § 36 A, skal det erhvervende selskab senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor aktieombytningen er gennemført, give skattemyndighederne oplysning om, at selskabet har deltaget i en skattefri aktieombytning.⁴⁸

Det vil sige, at der i modsætning til ved andre former for omstrukturering ikke er krav om, at der gives oplysninger til skattemyndighederne i forbindelse med selve aktieombytningen, men derimod først væsentligt efter at selve ombytningen har fundet sted.

Manglende oplysning i forbindelse med indgivelsen af selvangivelsen vil ikke betyde, at ombytningen bliver skattepligtig. En sådan mangel vil skulle behandles som en mangel ved selvangivelsen, og straffes med sanktioner efter disse regler i form af kontrollovstillæg.

6.4 Valg af skattefri aktieombytning med eller uden tilladelse

Et af de spørgsmål, der fremadrettet vil være helt væsentligt at få afklaret som rådgiver er, hvorvidt en skattefri aktieombytning skal gennemføres efter bestemmelserne i ABL § 36, hvor der indhentes tilladelse, eller efter bestemmelserne i ABL § 36 A, uden tilladelse.

Hovedformålet med at indføre bestemmelserne omkring skattefri aktieombytning uden tilladelse har fra skatteministeriets side været et ønske om at gøre det nemmere og hurtigere for danske selskaber at tilpasse koncernstrukturen til ændrede markedsmæssige vilkår.⁴⁹

⁴⁷ FUL § 6, stk. 4.

⁴⁸ ABL § 36 A, stk. 9.

⁴⁹ Dette fremgår af bemærkningerne til L110.

Umiddelbart er det klart for enhver, at i og med at det ikke længere er nødvendigt at ansøge om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, vil selskaberne kunne opnå en besparelse ved ikke at have udgifter til rådgivere i forbindelse med udarbejdelse af denne ansøgning. I praksis forholder det sig dog ikke altid således.

I og med at der nu er to muligheder at vælge imellem, vil selskaberne være nødt til at foretage en vurdering af, hvilken mulighed der passer bedst i netop deres situation, og afveje fordele og ulemper herved. Begge muligheder må overvejes nøje, og idet hver eneste omstrukturering på sin egen måde er særegen, er det ikke muligt at opstille en udtømmende liste over, hvornår det ene regelsæt skal anvendes frem for det andet.

I den vurdering der skal foretages, er man nødt til også at inddrage overvejelser omkring hvorvidt de forretningsmæssige årsager man lægger til grund for sin skattefri aktieombytning, nu også vil blive opfattet som værende fyldestgørende af skattemyndighederne, overfor den besparelse man opnår ved at foretage en skattefri aktieombytning uden tilladelse, herunder sandsynligheden for, at man er i stand til at overholde de objektive regler i ABL § 36 A.

Denne vurdering, der skal foretages, vil selskaberne højst sandsynligt ikke stå med alene, hvorfor en ekstern rådgiver, eksempelvis en revisor, vil blive inddraget, således at beslutningstagerne i selskabet vil blive klædt ordentligt på til at træffe den bedste beslutning i den givne situation.

Eftersom det er nødvendigt med rådgiverassistance i forbindelse med valget mellem de to muligheder, vil jeg påstå, at der ikke er den store besparelse at hente for selskaberne rent administrativt. I de situationer, hvor man vælger at foretage en skattefri aktieombytning efter de gamle regler, vil det snarere være fordyrende for selskaberne.

Når først valget er truffet, giver de nye bestemmelser dog naturligvis nogle forenklinger i forhold til de gamle, som de involverede selskaber vil kunne få glæde af.

6.4.1 Skattefri aktieombytning efter ABL § 36

Ud fra et forsigtighedsprincip vil mange sandsynligvis fortsætte med at ansøge om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning jf. ABL § 36. Ved at gøre dette opnår man, at skattemyndighederne på forhånd tager stilling til transaktionen. Derudover opnår man mulighed for efterfølgende at anmelde væsentlige ændringer inden for en 3-årig periode til skattemyndighederne. Skatteministeren har selv formuleret dette således i bemærkningerne til L110:

”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.”

De objektive regler, som blev indført med ABL § 36 A, er udformet således, at de i videst muligt omfang skal forhindre, at der foretages skattefri aktieombytninger, der har skatteundgåelse eller –unddragelse som hovedformål eller et af hovedformålene. Dette bevirker, at man ved at foretage en skattefri aktieombytning uden tilladelse binder sig til de objektive bestemmelser, der fremgår af ABL § 36 A i en periode på 3 år. Dette er i høj grad med til, at begrænse selskabernes udfoldelser efter den skattefri aktieombytning er foretaget.

Derfor må det nok forventes, at selskaber der har en konkret forretningsmæssig begrundelse for ønsket om at foretage en skattefri aktieombytning, fortsat vil vælge at søge om tilladelse jf. ABL § 36. Ved at gøre dette vil man undgå at blive fanget af de noget firkantede bestemmelser, og man vil have friere muligheder efterfølgende.

Der vil endvidere være nogle konkrete tilfælde, hvor det vil være fordelagtigt at ansøge om tilladelse frem for at gennemføre transaktionen uden.

Et eksempel kunne være, at man ønsker at foretage en aktieombytning inden for en større og allerede eksisterende koncern. I dette tilfælde skal man overveje, om man kan acceptere, at der bindes midler i det erhvervede selskab i en periode på 3 år efter ombytningen, som det vil være tilfældet, såfremt man anvender reglerne i ABL § 36 A.

Har man ikke lyst til at vente 3 år på, at der kan flyttes midler fra det erhvervede selskab udover begrænsninger i ABL § 36 A, stk. 7, så vil det være naturligt, at vælge at søge tilladelse til at foretage aktieombytningen.

At man får tilladelse, er dog ikke ensbetydende med, at der efterfølgende kan udloddes ubegrænsede midler fra det erhvervede selskab, men det gør muligheden for det større.

En anden situation, hvor det kunne være fordelagtigt at søge om tilladelse, kunne være hvis man er et selskab, som før ombytningen var aktionær i både det erhvervede og det erhvervende selskab, og dermed bliver omfattet af bestemmelserne i ABL § 36 A, stk. 4, 2. pkt. I denne situation vil man som udgangspunkt skulle behandle alle sine aktier i det erhvervende selskab, som om de var erhvervet på ombytningstidspunktet.

Årsagen til at det vil være fordelagtigt at søge om tilladelse er, at man bliver straffet, idet selskabet mister optjent ejertid på de aktier i det erhvervende selskab, som det allerede havde i behold på ombytningstidspunktet. Dette betyder, at såfremt man sælger aktierne inde for en periode på 3 år, kan man risikere at blive beskattet af en avance, som ville have været skattefri, såfremt man ikke havde foretaget aktieombytningen.

Opnår man tilladelse til at foretage den skattefri aktieombytning, vil denne sandsynligvis være betinget af et efteranmeldelsesvilkår, som vil begrænse selskabets dispositionsmuligheder med hensyn til salg af aktierne i det erhvervende selskab. Dette vil dog sandsynligvis være noget lempeligere i forhold til de nye regler, da skattemyndighederne sandsynligvis kun vil fremsætte vilkår, som begrænser salget af de aktier i det erhvervende selskab, som man allerede havde i behold, i en periode på 3 år regnet fra den dag de oprindeligt blev anskaffet.⁵⁰

⁵⁰ Jf. TfS2002.424.

Der skal i hvert eneste tilfælde, hvor en virksomhed ønsker at foretage en skattefri aktieombytning, foretages en vurdering af hvilken mulighed der passer bedst i netop denne situation. I de nedenfor oplistede situationer må det dog anbefales at anvende bestemmelserne i ABL § 36. Listen er ikke udtømmende:

- Hvor aktionæren ønsker at udlodde udbytte udover det ordinære resultat.
- Hvor aktionæren forventer, at det kan komme på tale med et salg inden for 3 år, eksempelvis på grund af dårligt helbred.
- Hvor der kan være fortolkningstvivil om, hvorvidt en eller flere af betingelserne for at foretage en skattefri aktieombytning er opfyldt.

I den nederste situation vil man også kunne ansøge skattemyndighederne om bindende ligningssvar for at få afklaret problemstillingen, men når man alligevel skal til at spørge myndighederne, vurderes det, at man lige så godt kan vælge at ansøge om tilladelse.

6.4.2 Skattefri aktieombytning efter ABL § 36 A

Som nævnt tidligere under afsnit 6.4, vil der ikke i alle tilfælde være en økonomisk besparelse ved at vælge at foretage en skattefri aktieombytning uden forudgående tilladelse. Der er dog andre fordele forbundet herved for virksomhederne.

For det første er det ikke noget krav, at aktieombytningen skal være begrundet med forsvarlige økonomiske betragtninger. Det er således muligt for aktionærer, efter de nye regler, at foretage en skattefri aktieombytning, på trods af at man en gang har fået afslag fra skattemyndighederne, begrundet i at de forretningsmæssige begrundelser, der lå til grund for ansøgningen, ikke var nok til at bære ansøgningen igennem.

Afskaffelsen af kravet om forretningsmæssige forsvarlige begrundelser, vil alt andet lige være et kærkomment tiltag for de aktionærer, hvor det er tvivlsomt, om man vil kunne opnå tilladelse fra skattemyndighederne til ombytningen.

En meget almindelig situation, hvor man med fordel vil kunne anvende de nye regler, kunne være det tilfælde, hvor en person ejer et driftsselskab, og denne person ønsker at

skyde et holdingselskab ind mellem ham selv og driftsselskabet. Typisk vil motivet til at foretage denne omstrukturering hovedsagligt være at opnå de skattemæssige fordele, der er forbundet hermed, herunder skattefri udlodning af udbytte mellem datter- og moderselskab, samt muligheden for at sælge datterselskabet skattefrit efter en ejertid på mindst 3 år.⁵¹

Valgte man at anmode skattemyndighederne om tilladelse til at foretage ovenstående skattefri aktieombytning ville de højst sandsynligt nå frem til at hovedformålet eller et af hovedformålene var skatteundgåelse eller –unddragelse, hvilket ville resultere i afslag af ansøgningen. Dette virker kun rimeligt, idet en sådan holdingstruktur ofte har til hensigt at udskyde beskatningen længst muligt.

Så længe aktionæren ikke stiller større krav til udbytteudlodningen end det tilladte jf. ABL § 36 A, stk. 7, vil det være oplagt at vælge at gennemføre aktieombytningen uden tilladelse fra skattemyndighederne, idet omstruktureringen er overskuelig og sandsynligvis ikke vil skabe problemer i forhold til at overholde bestemmelserne i ABL § 36 A.

En omstrukturering som nævnt ovenfor støder man ofte på i praksis, og i sådanne situationer er de nye regler virkelig en lettelse. Man skal ikke længere udarbejde en detaljeret ansøgning med konkrete beskrivelser af de forretningsmæssige årsager, som ligger til grund for ønsket om omstrukturering, og som i mange tilfælde vil være meget begrænsede eller lige frem ikke eksisterende.

Såfremt man i en situation, som beskrevet ovenfor, går med konkrete planer om eksempelvis at oprette flere datterselskaber, og starte nye aktiviteter op i disse, og man dermed rent faktisk har en forretningsmæssig begrundelse for ønsket om at foretage en skattefri aktieombytning, vil det sandsynligvis ikke være fordelagtigt at benytte sig af de nye regler. I forbindelse med opstarten af de nye aktiviteter vil det sandsynligvis være nødvendigt, at flytte likviditet fra driftsselskabet til brug herfor og dermed kan man komme i konflikt med ABL § 36 A, stk. 7, om udbyttebegrænsning.

⁵¹ Jf. ABL § 36 A, stk. 5.

De to ovennævnte situationer skal illustrere, hvornår det med fordel kan betale sig at anvende henholdsvis de nye og de gamle regler. Begge situationer er forholdsvis simple, og er noget, man ofte vil se i praksis.

Et andet eksempel, hvor de nye regler med fordel kan anvendes er, hvis eneaktionæren i et selskab står overfor et generationsskifte inden for en overskuelig årrække, og ønsker at slanke selskabet for på den måde at klargøre det til en overtagelse af yngre generationer. Såfremt generationsskiftet planlægges i god tid, det vil sige mindst 3 år før det rent faktisk skal finde sted, vil man med fordel kunne anvende de nye regler.

Fordelen ved at anvende bestemmelserne i ABL § 36 A er, at man slipper for at komme med en forretningsmæssig begrundelse for ombytningen. Som tidligere gennemgået under afsnit 5.2.3 vil det være tvivlsomt, om et generationsskifte alene vil kunne bære en ansøgning igennem. Såfremt den ikke er konkretiseret nok, vil skattemyndighederne sandsynligvis mene, at der ikke er tilstrækkelige forsvarlige økonomiske betragtninger bag, hvorfor ansøgningen vil blive afslået.

Generelt må de nye bestemmelser i ABL § 36 A især forventes at blive anvendt ved omstruktureringer, der er ganske ukomplicerede, og i situationer, hvor det på forhånd er helt afklaret med aktionæren, hvilke planer om salg, og hvilke forventninger til udbytte han måtte have.

Såfremt der er tvivl om, at de objektive betingelser i ABL § 36 A kan overholdes, skal man ikke vælge at benytte sig af de nye regler, idet manglende overholdelse af de opstillede betingelser vil medføre, at ombytningen bliver skattepligtig.

7. Konklusion

Skattefri aktieombytning har gennem tiden vist sig at give anledning til en lang række problemstillinger. I denne afhandling har jeg forsøgt, at belyse de vigtigste problemstillinger i forbindelse med skattefri aktieombytning samt at redegøre for, hvilke krav og betingelser der skal være opfyldt, hvis man ønsker at gennemføre en skattefri aktieombytning efter henholdsvis de nye og de gamle regler, og i hvilke situationer det vil være fordelagtigt at anvende bestemmelserne i ABL § 36 og ABL § 36 A.

Aktieombytning defineres som 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, ved til gengæld, for værdipapirer tilhørende aktionærene i det andet selskab, at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum. Rent historisk har aktieombytning været kendt i dansk ret siden 1983, men først ved indførelsen af EU's fusionsbeskatningsdirektiv i 1992 blev der for alvor sat fokus på mulighederne for at foretage en skattefri aktieombytning.

Fusionsbeskatningsdirektivets formål var i korte træk at sikre, at grænseoverskridende omstruktureringer, herunder aktieombytninger, fik de samme fordelagtige vilkår, som de nationale omstruktureringer allerede havde. Her tænkes der især på de skattemæssige fordele.

På baggrund af direktivets implementering i dansk lovgivning, og den efterfølgende Leur-Bloem dom fra 1997, hvor EF-domstolen for første gang gik ind og fortolkede dele af fusionsbeskatningsdirektivet, ændredes de danske skattemyndigheders tolkning og administrative behandling af området væsentligt. Det blev herefter nemmere at få tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning, hvis de anførte motiver til gennemførelsen ellers var begrundet i forsvarlige økonomiske betragtninger.

Motiverne til at ville foretage en skattefri aktieombytning kan være mange. Typisk vil den skattefrie aktieombytning blive foretaget ved, at der indskydes et holdingselskab, som så kommer til at eje et allerede eksisterende driftsselskab. Motiverne til den skattefri

aktieombytning vil derfor ofte være tæt forbundet med fordelene ved at have et holdingselskab mellem driftsselskabet og aktionæren.

Af selskabsretlige motiver vil såvel den begrænsede hæftelse som den fremtidige selskabsstruktur være væsentlige. Den begrænsede hæftelse vil især være fordelagtig, hvis man eksempelvis ønsker at isolere den mest risikofyldte del af driften i et selskab for sig, således at en eventuel konkurs ikke vil gå ud over hele koncernen. I denne situation vil den fremtidige selskabsstruktur ligeledes være med i overvejelserne, idet det skal besluttes, hvorledes koncernen skal se ud i fremtiden for at være optimeret bedst muligt.

De skatteretlige motiver, i forbindelse med en skattefri aktieombytning, er som regel mere direkte fordelagtige for aktionæren. Nogle af de væsentligste skattemæssige motiver, som gør sig gældende, er muligheden for skattefri aktieavance ved salg af datterselskabet efter 3 år, muligheden for at udlodde udbytte skattefri mellem datter- og moderselskabet, og endelig muligheden for at eliminere en eventuel negativ anskaffelsessum på sine aktier i datterselskabet, således at denne aldrig vil komme til beskatning.

Endvidere vil muligheden for at forberede et salg af virksomheden eller et generationsskifte også være et motiv til at foretage en skattefri aktieombytning. Med en skattefri aktieombytning får man blandt andet mulighed for at flytte overskydende kapital ud af driftsselskabet og på den måde gøre det billigere at overtage for en tredjemand.

7.1 Skattefri aktieombytning med tilladelse

Når beslutningen om at gennemføre en skattefri aktieombytning er taget, er næste skridt i processen at beslutte efter hvilke regler man ønsker at gøre dette. Tidligere var der kun mulighed for at foretage en skattefri aktieombytning efter reglerne i ABL § 36, hvor der krævedes tilladelse fra skattemyndighederne forud for transaktionens gennemførelse, men med vedtagelsen af lovforslag L110 den 18. april 2007, blev det muligt at foretage skattefri aktieombytninger uden forudgående tilladelse fra skattemyndighederne, mod at man skulle overholde en række objektive regler.

Efter de gamle regler er der en række objektive betingelser, der skal overholdes. Disse fremgår direkte af lovtæksten i ABL § 36. Fælles for de objektive betingelser er det, at der ikke kræves nogen særlig vurdering fra skattemyndighedernes side, for at kontrollere om disse er opfyldt. Af de objektive betingelser fremgår det, hvilke selskaber der kan foretage en skattefri aktieombytning, hvilke typer af værdipapirer der kan ombyttes, hvilke krav der stilles til stemmeflertal, hvorledes vederlaget for de ombyttede aktier kan sammensættes, hvor lang en tidsmæssig periode ombytningen må finde sted over, samt at en skattefri aktieombytning ikke kan gennemføres med tilbagevirkende kraft. Eftersom de fremgår af lovtæksten og netop er objektive, er der ikke nogen særlige problemstillinger forbundet hermed.

De subjektive betingelser, i forbindelse med en skattefri aktieombytning med tilladelse, kræver derimod, at der foretages en konkret vurdering fra skattemyndighedernes side, hvorfor disse sædvanligvis er forbundet med flere problemer. Det subjektive element består i, at skattemyndighederne på baggrund af den indsendte ansøgning skal vurdere, hvorvidt der ligger forsvarlige økonomiske betragtninger til grund for denne eller om formålet/motivet blot er skatteundgåelse eller -unddragelse.

Fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, indeholder en formodningsregel om, at der ved den blotte aktieombytning foreligger skatteundgåelse eller -unddragelse, såfremt der ikke er angivet andet. For at afkræfte denne formodning er det derfor nødvendigt, at der i ansøgningen anføres tilstrækkelige argumenter, der har karakter af forsvarlige økonomiske betragtninger. Det er min mening, at især argumenter omhandlende generationsskifteplaner, omstrukturering, rationalisering, risikohensyn og driftsmæssige årsager vil veje tungt ved vurderingen af ansøgningen.

Det er dog ikke nok blot overordnet at angive disse argumenter i ansøgningen. For at afkræfte formodningen om skattesvig og skatteunddragelse er det endvidere nødvendigt, at argumenterne er konkretiseret så meget som muligt. Hvis argumenterne i ansøgningen bærer præg af at være overfladiske, vil der være større sandsynlighed for, at de ikke har noget reelt indhold, men blot er medtaget for at få tilladelse til at gennemføre den skattefri aktieombytning og få de medfølgende skattemæssige fordele.

Det kan således konkluderes, at såfremt man vælger at gennemføre en skattefri aktieombytning efter de gamle regler i ABL § 36, skal ansøgningen bygge på forsvarlige økonomiske betragtninger og være så konkret som mulig, hvis man vil gøre sig forhåbninger om at opnå tilladelse fra skattemyndighederne.

Jeg har nedenfor oplistet de situationer, hvor jeg mener, at det må anbefales at anvende bestemmelserne i ABL § 36. Listen er ikke udtømmende:

- Hvor aktionæren ønsker at udlodde udbytte udover det ordinære resultat.
- Hvor aktionæren forventer, at det kan komme på tale med et salg inden for 3 år, eksempelvis på grund af dårligt helbred.
- Hvor der kan være fortolkningstvivel om, hvorvidt en eller flere af betingelserne for at foretage en skattefri aktieombytning er opfyldt.

7.2 Skattefri aktieombytning uden tilladelse

Da de nye bestemmelser vedrørende skattefri aktieombytning blev vedtaget i 2007, var formålet med at indføre disse, at gøre det lettere og hurtigere for de danske virksomheder at gennemføre omstruktureringer.

Kravet om at der skulle ligge forretningsmæssige begrundelser til grund for ønsket om at foretage en skattefri aktieombytning blev droppet, og der blev i stedet indsat en række betingelser i ABL § 36 A, som skal overholdes i forbindelse med ombytningen. Disse skal forhindre, at skattefri aktieombytning uden tilladelse bliver misbrugt til skatteundgåelse eller –unddragelse.

De betingelser der skal overholdes i forbindelse med gennemførelsen af en skattefri aktieombytning uden tilladelse, er ikke på alle områder enslydende med dem, der skal overholdes såfremt man ønsker at gennemføre en skattefri aktieombytning med tilladelse.

En af grundene hertil er, at man fra lovgivers side har villet sikre sig, at der ikke er mulighed for at udnytte de nye regler på en utilsigtet måde, hvorfor de på flere områder er strammet op i forhold til de gamle. Dette bevirker, at såfremt man anvender de nye regler,

vil man opleve at virksomhedens handlemuligheder bliver indskrænket i forhold til de gamle regler.

Nedenfor har jeg oplyst en række fordele og ulemper ved at anvende de nye regler i ABL § 36 A, som jeg mener, vil have indflydelse på virksomhedernes valg af regelsæt i forbindelse med gennemførelse af en skattefri aktieombytning:

Fordele:

- Der skal ikke udarbejdes en ansøgning til skattemyndighederne, hvilket i visse tilfælde giver virksomheden en økonomisk besparelse i form af sparede rådgiverudgifter.
- Der skal ikke nødvendigvis ligge forretningsmæssige betragtninger til grund for den skattefri aktieombytning, hvorfor en sådan kan foretages selvom skatteundgåelse er eneste motiv herfor.

Ulemper:

- Eftersom bestemmelserne i ABL § 36 A er ufravigelige, er de ikke så fleksible som de gamle regler, hvor man havde mulighed for at efteranmelde ændrede forhold, efter ombytningen havde fundet sted.
- I nogle situationer vil aktionærer i det erhvervende selskab miste optjent ejertid, jf. ABL § 36 A, stk. 4, 2. pkt.
- Afstås aktierne i det erhvervede selskab inden for en periode på 3 år, bliver man beskattet hårdt, idet den oprindelige anskaffelsessum for aktierne danner grundlag for beregningen af avancen.
- Der kan i en periode på 3 år alene ske udlodning fra det erhvervede selskab til det erhvervende selskab af et beløb, der svarer til det ordinære resultat i selskabet, jf. ABL § 36 A, stk. 7. Overskydende likviditet kan således først udloddes efter 3 år.

Ud fra foranstående oplyste fordele og ulemper ved skattefri aktieombytning uden tilladelse, kan det konkluderes, at disse reglers anvendelsesområde vil være de situationer, hvor det ikke er sandsynligt, at det erhvervede selskab afstås inden for 3 år, og hvor binding af overskydende likviditet i det erhvervede selskab kan accepteres.

Generelt må de nye bestemmelser i ABL § 36 A især forventes at blive anvendt af mindre virksomheder, og ved omstruktureringer, der er ganske ukomplicerede.

Såfremt der er tvivl om at de objektive betingelser i ABL § 36 A kan overholdes, skal man ikke vælge at benytte sig af de nye regler, idet manglende overholdelse af de opstillede betingelser vil medføre, at ombytningen bliver skattepligtig.

De gamle og de nye regler supplerer dog hinanden godt, i og med at det er muligt at vælge at søge om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, efter at man i første omgang har valgt at foretage den uden tilladelse. Det kan være ganske nyttigt i situationer, hvor der efterfølgende opstår forhold, som man ikke havde forudset på ombytningstidspunktet. Det må antages, at en efterfølgende ansøgning til skattemyndighederne om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning skal behandles, som om den var indleveret på ombytningstidspunktet, uden at hverken ansøger eller skattemyndighederne kendte noget til den efterfølgende opståede situation.

Alt i alt vurderes det, at de nye regler er et brugbart supplement til de allerede eksisterende, og at det er positivt, at de danske virksomheder får mulighed for nemmere at foretage omstruktureringer, når det er nødvendigt.

8. Summary

The enactment of Bill no. L110 on 18 April 2007 enabled tax-free exchange of shares without prior permission by the tax authorities, provided a number of objective rules were fulfilled. I have in this Thesis attempted to illustrate the most important issues relating to a tax-free exchange of shares and to account for the requirements and conditions that must be fulfilled if it is desired to make a tax-free exchange of shares according to the new or the old rules, and in which situations it will be advantageous to apply the provisions of sections 36 and 36 A of ABL.

Exchange of shares is defined as the transaction by which a company acquires a share of another company's share capital to the effect that the company gains the majority of the votes in this company by in return, for securities belonging to the shareholders in the other company, granting them shares in first mentioned company and, if relevant, a sum in cash. Historically, exchange of shares has been known in Danish law since 1983, but it was not until the implementation of the EU Merger Directive in 1992 that the opportunities of making a tax-free exchange of shares came really in focus.

The objective of the Merger Directive was briefly to ensure that cross-border restructurings, including share exchanges, would have the same favourable terms that local restructurings had already.

The motives for a tax-free exchange of shares may be many. Typically, the tax-free exchange of shares will be made by contributing a holding company, which will then own an already existing operating company. The motives for the tax-free exchange of shares will therefore often be closely attached to the advantages of having a holding company between the operating company and the shareholder.

The significant motives from a corporate law perspective will include the limited liability and the future corporate structure. The limited liability will in particular be advantageous if, eg, it is desired to place the most risky portion of the operation in a separate company so that a potential bankruptcy will not affect the whole group. In this situation, the future

corporate structure will also be included in the considerations because it will have to be decided how the group should be structured in the future to be optimized best possible.

The motives for tax law purposes of a tax-free exchange of shares are normally more directly advantageous to the shareholder. Some of the most important tax motives are the possibility of a tax-free gain on shares from sale of the subsidiary after 3 years, the possibility of distributing tax-free dividend between the subsidiary and the parent company, and finally, the possibility of eliminating a potential negative acquisition cost on the shares in the subsidiary to the effect that it will never be subject to taxation.

When the decision has been made to carry out a tax-free exchange of shares, the next step in the process will be to decide on the rules to be applied.

The old rules provide for a number of objective conditions that must be fulfilled. These are shown directly in the text of section 36 of ABL. Common for the objective conditions is that there is no requirement for a special assessment by the tax authorities to check if the conditions have been fulfilled. The objective conditions show which companies are allowed to make a tax-free exchange of shares, the type of securities that can be exchanged, the requirements for majority of votes, how the consideration for the exchanged shares can be composed, how long a period the exchange may cover, and that a tax-free exchange of shares cannot be carried out with retroactive effect.

The subjective conditions in connection with a tax-free exchange of shares with permission require that a specific assessment should be made by the tax authorities, and these are therefore usually subject to several problems. The subjective element is that the tax authorities must assess, on the basis of the application filed, whether the financial basis is sound or if the objective/motive was tax avoidance or evasion.

Article 11 (1)(a) of the Merger Directive contains an assumption rule that tax avoidance or evasion exists at the mere exchange of shares, unless otherwise stated. In order to disprove this assumption it is therefore necessary that the application contains adequate, specific arguments in the form of proper financial considerations.

In the following situations, I believe that it is recommendable to use the provisions of section 36 of ABL: If the shareholder desires to distribute dividend in excess of the ordinary profit, if the shareholder expects a sale within 3 years, and finally if there is any doubt as to the interpretation of whether one or more of the conditions for making a tax-free exchange of shares has been fulfilled.

When the new provisions regarding tax-free exchange of shares were passed in 2007, the purpose was to implement these to make it easier and quicker for Danish enterprises to implement restructurings.

The requirement for commercial backgrounds for the desire to carry out a tax-free exchange of shares was dropped and a number of conditions were instead included in section 36 A of ABL, which are to be fulfilled in connection with the exchange. These should prevent that a tax-free exchange of shares without permission will be abused for tax avoidance or evasion.

It will of course be necessary to weigh the advantages and disadvantages of the new set of rules when deciding which one to use. Advantages of the new set of rules are that an application will not have to be filed with the tax authorities, which in certain situations may present a financial saving for the enterprise in the form of saved consultancy costs. It is not necessary that commercial considerations form basis for the tax-free exchange of shares and an exchange can therefore be made even if tax avoidance is the sole motive.

Of disadvantages could be mentioned that the provisions of section 36 A of ABL are mandatory and therefore are not as flexible as the old rules. In addition, sale of the shares in the acquired company within a period of 3 years will be subject to heavy taxation because the original acquisition price of the shares will form basis for calculation of the profit.

On the basis of the above advantages and disadvantages of a tax-free exchange of shares without permission, it can be concluded that the application of these rules will be the

situations where it is unlikely that the acquired company will be sold within 3 years and where tying-up of excess liquidity in the acquired company can be accepted.

It is generally expected that the new provisions of section 36 A of ABL will in particular be used by small enterprises and in connection with restructurings that are quite uncomplicated.

If there is any doubt as to whether the objective conditions of section 36 A of ABL can be fulfilled, the new rules should not be applied as non-fulfillment of the conditions set up will result in taxation of the exchange.

It is, from an overall viewpoint, assessed that the new rules will present a useful supplement to the already existing rules, and it is positive that the Danish enterprises will have the opportunity to have easier access to restructure when it is necessary.

9. Litteraturliste

Litteraturlisten indeholder litteratur, der konkret henvises til i afhandlingens fodnoter, samt litteratur anvendt som baggrundsinformation og inspiration.

Faglitteratur

Generationsskifte

Birgitte Sølvkær Olesen & Søren Halling-Overgaard
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 1. oplag, 2007

Generationskifte – Omstrukturering

Michael Serup
Forlaget Thomson, 2. udgave, 1. oplag, 2004

Aktieombytning og uegentlig fusion

Bent Ramskov
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2004

Ligningsvejledningen 2008-1

Magnus Informatik

EU-selskabsskatteret

Søren Næsborg Jensen
Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 1997

Skatteretten 1-2

Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl.
Forlaget Thomson, 3. udgave, 2. oplag, 2002

Vejledninger

Vejledning af 28-10-2003 - Skattefri aktieombytning efter Aktieavancebeskatningsloven.
Vejledning af 12-06-2008 - Objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering af selskaber.

Danske afgørelser

TfS 1995.618 LR
TfS 1997.206 LR
TfS 1997.207 LR
TfS 1998.536 LR
TfS 1999.787 LR
TfS 2001.178 LSR
TfS 2001.590 LR
TfS 2001.673 TSS
TfS 2002.407 TS
TfS 2002.424 LSR
TfS 2002.809 LSR
TfS 2003.46 LSR
TfS 2003.97 TSS
TfS 2004.67 LSR
SKM 2005.33.LSR
SKM 2005.167 ØLR
TfS 2008.593 LSR

EU afgørelser

C-28/95
C-321/05

Bilag 1

Aktieavancebeskatningslovens § 36 A

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 aktionærene 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 mindst 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 handelsværdien 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, ikke fradrages i gevinst ved afståelse 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 efter 5. pkt. opgjorte resultat for det erhvervede selskab i det regnskabsår, som udlodningen vedrører. Det gælder dog ikke, i det omfang udbytte som nævnt i 1. pkt. overstiger det efter 5. pkt. opgjorte resultat for det erhvervede selskab med et beløb, der højst svarer til det erhvervende selskabs andel af resultatet efter 5. pkt. for et tidligere år, som ikke tidligere er blevet udloddet. 2. pkt. omfatter kun ikke udloddede resultater opgjort efter 5. pkt. for regnskabsår, der svarer til indkomståret før det indkomstår, hvor ombytningen gennemføres, og de følgende indkomstår. Hvis det erhvervede selskabs resultat opgjort efter 5. pkt. er negativt, modregnes det erhvervende selskabs andel heraf ved opgørelsen af det beløb, der kan udloddes til det erhvervende selskab efter 1. og 2. pkt. Resultatet for det erhvervede selskab opgøres som det ordinære resultat i den godkendte årsrapport efter skat fratrukket skattefrit udbytte og skattefri aktieavancer, som det erhvervede selskab har modtaget. 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. Til udbytte efter 5. pkt. medregnes ethvert tilskud eller udbytte af udbyttepræferenceaktier ydet af det underliggende selskab og af koncernselskaber, som det underliggende 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. Gennemføres der i den periode, der er angivet i 1. pkt., en skattefri omstrukturering af det erhvervede eller det erhvervende selskab, gælder de i 1.-8. pkt. nævnte betingelser tilsvarende selskabsdeltagerne henholdsvis de deltagende selskaber i den efterfølgende omstrukturering. Det gælder dog ikke, hvis der efter aktieombytningen gennemføres en skattefri fusion mellem det erhvervede og det erhvervende selskab.

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.